



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

Yeni Gelişmeler Işığında

BEDENSEL

ZARARLARIN

TAZMİNİ

Uluslararası Kongre

Türkiye Barolar Birliği Yayınları : 309

*Yeni Gelişmeler Işığında
Bedensel Zararların Tazmini
Uluslararası Kongre Cilt-2*

ISBN: 978-605-9050-66-1

© Türkiye Barolar Birliği
Ocak 2016, Ankara

Türkiye Barolar Birliği
Oğuzlar Mah. Barış Manço Cad.
Av. Özdemir Özok Sokağı No: 8
06520 Balgat - ANKARA

Tel: (312) 292 59 00 (pbx)
Faks: 312 286 55 65
www.barobirlik.org.tr
yayin@barobirlik.org.tr

Baskı
Şen Matbaa
Özveren Sokağı 25/B
Demirtepe-Ankara
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

Yeni Gelişmeler Işığında
BEDENSEL
ZARARLARIN
TAZMİNİ

Uluslararası Kongre

CİLT-2

EDİTÖRLER

AV. SEMA UÇAKHAN GÜLEÇ

AV. PROF. DR. NECDET BASA

ANKARA 2016

İÇİNDEKİLER

Altıncı Oturum

“Tüketici Yönünden Bedensel Zararların Tazmini Esasları”

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL

Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararlar

Çerçevesinde Tüketici Kavramı 13

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK

Bedensel Zararların Tazmini Kapsamında Tüketici Hukuku

Yönünden Ürün Sorumluluğu 23

Prof. Dr. Rainer KEMPER

Alman Tüketici Hukukunda

Bedenen Zarar Görmenin Tazmini..... 41

Die Haftung wegen Körperschäden im deutschen

Verbraucherschutzrecht 65

Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU

6402 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a Göre

Ayıplı Mal Veya Hizmet Nedeniyle Tüketicinin Tazminat Hakkı

(Özellikle Bedensel Zararlar Yönünden) 91

İlhan KARA

Tüketici Hukuku ve Ticaret Hukukunda Bedensel Zararlar

Nedeni İle Tazminat Davaları ve Uygulamaları 115

Av. Nehir Miray BEDÜK

Tüketici Kanunu Açısından Bedensel Zararların Tazmini 133

Yedinci Oturum

“Yargılama Hukuku Bakımından Bedensel Zararlar”

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararların

Tazmini Bağlamında Belirsiz Alacak Davası 153

Prof. Dr. Jürgen STAMM Alman Hukuk Usulü Kanunlarının Şahıslar Tarafından Kullanılması	175
Die Geltendmachung Von Personenschäden Im Deutschen Zivilprozess.....	195
Prof. Dr. Çetin ARSLAN Bedensel Zararlar Bağlamında Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesine Etkisi	217
Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN İdarenin Sorumluluğu Anlamında Bedensel Zarar Kavramı ve Uygulaması.....	225
Doç. Dr. Murat ATALI Özel Mahkemenin İnsan Zararları Bakımından Önemi.....	269
Arş. Gör. Alper BULUR Alternatif Uyuşmazlık Çözümleri Yönünden Bedensel Zararlar	275

8 Mayıs 2015

Sekizinci Oturum

**“Bedensel Zararların Türk ve Yabancı Hukuku Yönünden
Tazminine İlişkin Esasların Değerlendirilmesi”**

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR Bedensel Zararların Türk ve Yabancı Hukuku Yönünden Tazminine İlişkin Esasların Değerlendirilmesi.....	293
Prof. Dr. Aydın ZEVLİLİLER.....	305
Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU	313
Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN.....	319
Av. Veli KOLUAÇIK.....	329

Dokuzuncu Oturum
“Farklı Hukuk Disiplinleri Bakımından
Bedensel Zararların Hesap Yöntemleri”

Av. Şafak GÜLEÇ

Türk Borçlar Kanunu Sorumluluk Hukuku İlkeleri Gereği
Yargı Kararları Işığında Oluşmuş Hesaplama Yöntemine Göre
Örnek Hesaplama 365

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Ali ŞUĞLE

İş Hukuku Yönünden..... 405

Fikret KÜTÜK

Sigorta Hukuku Yönünden 415

Okan AYDIN

Sosyal Güvenlik Kurumu Yönünden..... 423

Yaşar BAŞKAYA

İdare Hukuku Yönünden..... 429

Prof. Dr. Jens GAL

Almanya’da Kişisel Yaralanmalar 443

Die Berechnung des Personenschadens in Deutschland..... 463

Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN

Hmk’da Bilirkişilik Kurumu ve Özellikleri..... 485

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

Altıncı Oturum

*“Tüketici Yönünden Bedensel Zararların
Tazmini Esasları”*

Oturum Başkanı Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)- Teşekkür ederim. Değerli meslektaşlarım, yerli ve yurtdışından gelen çok değerli meslektaşlarım, bunun içinde sadece akademisyenleri katmıyorum tabii avukat meslektaşlarım da dahildir bu hitabın içerisinde, ben de avukatlık yaptığıma göre ve sevgili öğrenciler; bu sempozyumun altıncı oturumunu açıyorum.

Bu oturumu yönetmek onuru bana verildi, ben son derece mutluyum. Çünkü bu oturumda benim yıllardan beri tanıştığım yabancı akademisyen arkadaşlarım ve yine vaktiyle öğrenciliğimi asistanlığımı yapmış şimdi meslektaş olarak yanımda konuşan öğrencilerim. Daha önce başka sempozyumlarda da birlikte olduğumuz değerli uygulayıcılar hâkim bey özellikle tanışıyoruz, bulunduğumdan bu onurun ne kadar büyük olduğunu anlatamam.

Şimdi bu konuşma sırasına göre ben kendilerine söz vereceğim. Programımıza göre ilk sözü Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı önce öğrencim olan, hatta Haluk hocayla birlikte ikimizin de öğrencisi olmuştu, sonra asistanım olan, şimdi de dekan meslektaşım olarak yanımda oturan Çağlar Özel ilk sözü alacak. Yalnız bir şey hatırlatayım ben. Her konuşmacıya 15 dakikalık süre tanınıyor. Eminim konuşmacılar buna riayet edeceklerdir, bu süreyi aşmayacaklardır. Ama daha sonra programın sonunda hepsi konuştuktan sonra değerli izleyicilerin dinleyicilerin soru sorması aşamasında da çok fazla soru sorulmamasını, soru soranların da kendilerinin ikinci bir tebliğ verme yorumunda bulunma yoluna gitmeksizin sadece sorularını sormalarını rica edeceğim. Böylelikle diğer soru soracak arkadaşların da hakkına gasp etmemiş olurlar.

Evet, şimdi ilk sözü Sayın Prof. Dr. Çağlar Özel'e veriyorum. Buyurun Sayın Dekan.

ÜÇÜNCÜ KİŞİNİN UĞRADIĞI ZARARLAR ÇERÇEVESİNDE TÜKETİCİ KAVRAMI

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Teşekkür ederim sayın başkan. Öncelikle heyecanımı başış-lamanızı istiyorum, çünkü hemen yanımda oturum başkanı-mız ve benim bu mesleğe girmeme vesile olan, fakülteyi bitir-diğim dönemde kendi kürsüsüne asistan olarak alan, Medeni Hukuk alanının duayenlerinden sayın hocam Prof. Dr. Aydın Zevkliler, tam karşımda yine bu alanın duayenlerinden sayın hocam Prof. Dr. Fikret Eren oturuyor. O yüzden dilim sürçerse beni başış-lamanızı istirham ediyorum.

Sayın başkan ve değerli konuşmacılar bana söz verdiğiniz için tekrar teşekkür ediyor ve bu oturumumuzu izleyen tüm katılımcılara hoş geldiniz diyerek saygılarımı sunuyorum. Bana ayrılan bu süre içerisinde açıklamalarımı yapmaya çalışacağım.

Efendim tebliğimizin konusu “Üçüncü Kişinin Uğradığı Zararlar Çerçevesinde Tüketici Kavramı.” Bu konuyu seçmemizin nedeni aslında tüketici kavramına değişik bir açıdan bakmanın mümkün olup olmayacağı çerçevesinde ortaya çıktı. Eskiden beri hep tartışılır. Acaba tüketici kavramını yasal bir tanıma kavuşturmak tüketicinin korunması anlamında tüketiciye faydalı bir durum mudur? Yoksa tüketici kavramını yasal kalıp içine sokmak aslında tüketiciye yarardan çok zarar mı getirir? Burada bu konulardaki tartışmalar girmeden ki zaten buna

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

vakit yok- hemen belirteyim ki bizim kanun koyucumuz tüketici kavramını yasal bir şekilde tanımlama yolunu seçmiştir. Peki, o zaman tüketici kimdir? Daha önce yürürlükte olan 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un ilk şeklinde getirilen düzenlemeye göre "Tüketici; Bir mal veya hizmeti özel amaçlarla satın alarak nihai olarak kullanan veya tüketen gerçek veya tüzel kişi" olarak tanımlanmıştı. Daha sonra bu yasada yapılan değişiklik sonucunda tanım "Bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi," olarak belirlendi. Bugün yürürlükte olan 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a göre ise tüketici şu şekilde tanımlanmaktadır: "Ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi".

İşte bu tebliğimizde bizi doğrudan ilgilendiren husus daha önce yapılan tanımlar ve bugün yürürlükte olan tanım itibarıyla tüketiciyi geniş anlamda ele alarak, tüketicinin ailesini, tüketicinin misafirleri, tüketicinin taraf olduğu sözleşmenin konusunu oluşturan mal veya hizmeti kullanan kişiyi, tüketicinin taraf olduğu sözleşmenin konusunu oluşturan mal veya hizmetten yararlanan kişiyi de bu geniş anlamda tüketici kavramının içine sokabilir miyiz sorusuna yanıt aramak olacaktır. Haliyle buradaki amaç eğer böyle bir durum varsa bu sayılan kişileri de tüketiciye sağlanan koruma zırhı ve ayrıcalığının sağlanması örneğin dava açılması gerektiğinde doğrudan tüketici sıfatına sahip olunması. Buna karşılık uzun zamandır kabul edilen anlayış gereğince tüketici tanımı aynı zamanda kendi şahsı, ailesi ya da ev ihtiyaçları ile ilgili olarak işlem yapan kişi olarak da nitelenir. Buna örnek olarak, diyelim bir ev hanımı, yeni teslim aldığı arabayı, sürücü ehliyeti olan oğlunun direksiyona geçerek eve doğru getirdikleri sırada, yeni alınan araçtaki fabrikasyon hatası dolayısıyla freni tutmayıp bir kaza gerçekleştiğinde, bu kazadan doğan zararların giderilmesini satıcıya (ya da yapımçı/ ithalatçı vs.) karşı tüketici sıfatıyla anne mi talep edebilecek, yoksa arabayı süren ve zarara uğrayan oğul da bu şekilde, yukarıda söylenen "sözleşmenin konusunu oluşturan mal veya hizmeti kullanan kişi" olarak "geniş

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

anlamda tüketici" sıfatıyla bu taleplerde bulunabilecek midir? Bir başka deyişle olayda oğula "doğrudan" talepte bulunma yetkisi verilerek geniş anlamda tüketici kavramının içinde mi değerlendirilecek yoksa olağan anlamda üçüncü kişi sayılarak ancak "dolaylı" olarak haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılık dolayısıyla satıcı/sağlayıcıdan talepte bulunabilecektir?

Bu bağlamda öncelikle üçüncü kişi kavramından söz etmek, borç ilişkilerinde kimin üçüncü kişi olarak nitelendirildiğini belirlemek gerekecektir.

Aslında "kimler üçüncü kişidir" sorusuna, sözleşmeler hukuku açısından bakıldığında "sözleşmeye katılmayan, sözleşmede taraf olmayan kişi üçüncü kişidir" diye kısa bir yanıt verilebilir. Üçüncü kişi gerek sözleşme dışı sorumluluk gerek sözleşmeden doğan sorumluluk hallerinde, sorumluluğu gerektiren eylem ya da olgudan dolayı çıkarları zedelenen, bu eylem ya da olgunun uzak ya da yakın etkileri sonucunda zarar gören bütün kişileri anlatır. Bu bağlamda alacaklının eşi, çocukları, yakınları, borç ilişkisinden doğan hakkı, özellikle borç konusunu kendilerine kullandığı kişiler üçüncü kişidir.

Bu durumda bizim geniş anlamda tüketici kavramının içine sokmaya çalıştığımız kişilerin temelde üçüncü kişi olarak nitelendirildiğini görüyoruz. Peki, bu kişilerin uğradıkları zarar dolayısıyla tazminat talepleri hangi kapsamda gerçekleşecektir. Bu husus aslında çok geniş olan ve değil kapsamını belirlemeye sınırlarını çizmeye bile bu toplantının yetmeyeceği bir nitelik taşıyan "sözleşmeden doğan ve sözleşme dışı sorumlulukta üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu" dur.¹

Sözleşme dışı sorumlulukta üçüncü kişinin zararının tazmini sorunu yansıma yoluyla (dolayısıyla) zarar² gören kişilerin

¹ Bu konuda bkz. Tandoğan, Haluk, Mukayeseli Hukuk, Hususiyle Türk - İsviçre ve Alman Hukuku Bakımından Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara 1961. Tebliğde yapılan açıklamalar büyük ölçüde bu kaynaktan yararlanılarak hazırlanmıştır.

² "Yansıma zarar, dolaylı zarar adı verilen zararlar kategorisine altlanır. Deyim (kural olarak bir kişinin malvarlığında meydana gelen azalma anlamına gelen) zararın yapısını değil de kaynağını belirler. Gerçekten

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

tazminat talebinde bulunmalarının uygun olmadığı kuralına ne gibi istisnalar tanımak gerektiği ve bu istisnaların sınırının nasıl belirleneceği biçiminde kendini göstermektedir. Sözleşmeden doğan sorumluluk çevresinde de, tazminat talebine yetkili kişiler sözleşmelerin nispiyeti ilkesince sınırlanmış bulunmakta, sözleşmeye aykırılıktan zarar gören üçüncü kişiler tazminat isteyememektedirler. Böylece, sözleşmeden doğan sorumlulukta da üçüncü kişinin zararının tazmini meselesi, sözleşmeye taraf olmayanların tazminat talebinde bulunamayacakları kuralına ait istisnaların sınırlarını saptamakla ilgili bir konu olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu hususu belirleyen temel ilkelerden birincisi borç ilişkisinin nispiyeti ilkesi³ ise ikincisi de tazminat talebinde bulunacakların sınırlandırılması ilkesi olarak oraya çıkar.

Şimdi bir daha soralım: Kimler tazminat talebinde bulunabilir? Öncelikle belirtelim ki, gerek sözleşme dışı sorumluluk

de bu deyim, bir illiyet sorununu akla getirmektedir. Bir kişinin sorunlu olduğu fiil ve bir başkasına yansıyan böyle bir zarar arasında sebep - sonuç bağlantısı doğrudan değildir. Şu anlamda ki; ara olgular (vakıalar) işin içine girer. İhlalle doğrudan doğruya verilen ilk zarar (örneğin taşıttaki hasar) bazı zararlı sonuçlar doğurabilir. (Örneğin hasar gören taşıt aracının yerine konacak aracın kira giderleri) ve diğer nedenlere bağlı olarak da yeni zararlar ortaya çıkabilir, (örneğin aracın onarımı amacıyla bırakıldığı tamirhanedeki yangında zarara uğraması). Bu dizi zararlar aynı kişide toplandığında dolaylı zararlara "takip eden zararlar" adı verilebilir. Buna karşılık nedensellik zinciri, ilk zararın mağdurundan başka kişileri etkilediğinde bu zararlar yansıma zarar olur. Görüldüğü gibi, takip eden (sonraki) zararlar yansıma zarar arasındaki fark, illiyet bağının sağlamlığında değil de, zararın bir tek ya da birden çok kişi üzerinde yansımada bulunmaktadır. Nitekim bir borunun arızalanmasıyla meydana gelen iş kesintisi, boru, etkilenen işletmeye ait olduğu zaman takip eden zarara, bir üçüncü kişiye ait olduğu zaman da yansıma zarara yol açar. Bu belirleme sorunun temel görünümünü ortaya çıkarmaktadır." Özel, Çağlar, Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFD Y.2001, C.50, S.4 (s.81-106), s. 83'den naklen.

³ 72 Borç ilişkisi nispi bir yapıya sahiptir, yani yalnız tarafları ilgilendirir; sadece belirli kişilere karşı bu ilişkiden doğan hakları ileri sürülebilir. Alacaklı yalnız borçlusundan borcunu, edimin ifasını talep edebilir. Borçlu da yalnız alacaklısına karşı sorumlu olur. Bu nedenle borç ilişkisinin varlık verdiği haklara alacak hakları/şahsi haklar (nispi haklar) denir. Bu kavram mutlak hakların karşısı olarak kullanılır. Mutlak haklar, herkese karşı ileri sürülebilirken, nispi haklar herkese karşı değil, ancak belli bir kişiye ya da belirli kişilere karşı ileri sürülebilir.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

gerek sözleşmeden doğan sorumluluk hallerinde, sorumluluğu gerektiren eylem ya da olgudan dolayı çıkarları zedelenen, bu eylem ya da olgunun uzak ya da yakın etkileri sonucunda zarar gören pek çok kişi olabilir. Ne var ki sayılan bütün kişiler tazminat talebinde bulunamazlar. Tazminat talebinde bulunmaya yetkili kişilerin çevresi, sorumluluğun dayanağı olan olgunun niteliği, sorumluluğun dayandığı kuralın koruyucu amacı, kimleri korumayı amaçladığı dikkate alınarak sınırlandırılmıştır. Bu sınırlama sözleşme dışı ve sözleşmeden doğan sorumlulukta değişik şekillerde karşımıza çıkar.

Öncelikle borçlularının malvarlığına giren bir şeyin haksız eylem sonucunda yok olmasından ya da değerinin azalmasından alacaklılar da dolayısıyla etkilenirler. Gerçekten, zarar görenin malvarlığı onun bütün alacaklıları için güvence oluşturur. Gerçi burada, borçlunun haksız eylemi gerçekleştiren kişiden olan tazminat alacağının, malvarlığındaki azalma yerine geçeceği, bu azalmayı karşılayacağı düşünülebilir. Ancak tazminat her zaman zararın tamamını karşılayamayacağı gibi, tazminat alacağının tahsil edilememesi veya zarar görenin alacağını elde etmektan kaçınması tehlikesi de bulunmaktadır. Alacaklılar için tek olanak, borçlularının tazminat alacağına haciz koydurmaştır. Ancak, borçlunun bedensel bütünlüğünün ihlali sonucunda çalışma gücünü yitirmesi halinde bu hacze de izin verilmez. Hâlbuki borçlunun çalışma gücünün azalması ya da kaybolması nedeniyle malvarlığına yeni değerler ekleyememesi yüzünden alacaklıları da dolayısıyla etkilenmiş olurlar.

Sınırlamayı gerektiren bir diğer ilke sözleşmelerin (borç ilişkisinin) nispiyeti ilkesidir. Buna göre sözleşmeden, borç ilişkisinden doğan yükümlülüğün yerine getirilmesi, yani dar anlamda borcun ifası yalnız borçludan talep edilebilir ve bu yükümlülüğü yalnız borçlu ihlâl edebilir.⁴ Borç ilişkisinin nispiyeti ilkesinin ikinci sonucu ise bu ilişkiye dayanarak yalnız alacaklının borcun yerine getirilmesini isteyebilmesidir. Böyle

⁴ Bkz. Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C. II, İstanbul 2013, s. 428; Hatemi/Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2012, s. 281.

bir durumda üçüncü kişiler söz konusu ilişkidenden herhangi bir hak çıkarmaları da mümkün değildir.

Peki üçüncü kişilerin borç ilişkisine, borç ilişkilerinin üçüncü kişilere etkili olduğu durumlar yok mudur? Bu sorunun yanıtı da olumludur. Bu bağlamda üçüncü kişilerin borç ilişkisine, borç ilişkilerinin üçüncü kişilere etkili olduğu durumları öyle sıralayabiliriz:

- 1. Üçüncü kişi borç ilişkisi üzerinde etkili olabilir:** Örneğin borçlunun para borcunu üçüncü kişinin ödemesi halinde üçüncü kişi borcu ifa ederek borç ilişkisini (sözleşmeyi) sona erdirmiş olur (TBK m. 83).⁵
- 2. Borç ilişkisi üçüncü kişiler üzerinde etkili olabilir:** Örneğin üçüncü kişi yararına sözleşme (TBK m. 129) ve üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme bu anlamdadır.

Bir borç ilişkisinde edimlerden birinin ya da bazılarının alacaklı tarafa değil de o borç ilişkisinde taraf olmayan üçüncü kişiye ifa edilmesi üzerinde anlaşılmışsa, üçüncü kişi yararına sözleşmeden söz edilir.⁶ Üçüncü kişi yararına sözleşme bazı durumlarda gerçek olmayan (eksik) üçüncü kişi yararına sözleşme olarak adlandırılır. Örneğin A'nın nişanlısı Ü'ye gönderilmek üzere çiçekçi B'den çiçek alması halinde gerçek olmayan üçüncü kişi yararına sözleşmeden söz edilir. Gerçek üçüncü kişi yararına sözleşmede ise üçüncü kişi alacaklı sıfatına bağlı tüm hakları kullanabilir: Örneğin alacağını takas edebilir; borçluyu temerrüde düşürebilir. Ama buna karşılık sözleşmeden dönemez ya da yanılma, yanılma ya da korkutma nedeniyle iptal edemez.

Öğretide belirtilen üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerde ise, gerçekleşen sosyal temas sonucu dürüstlük kuralı (MK m.2/1) gereğince edim yükümlerinden bağımsız davranış ve koruma yükümlülüklerinin, sözleşmenin karşı tarafını oluşturmayan üçüncü kişilere de yayılması söz konusudur.

⁵ Bkz. von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil Des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II, Zürich 1974, s. 26.

⁶ Bkz. Hatemi/Gökayla, Borçlar Hukuku, s. 295.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Örneğin devre tatil sözleşmesi yapan tüketiciye teslim edilen taşınmazdaki bakım ve koruma eksiklikleri dolayısıyla tüketicinin eşi ve çocuklarının yaralanması veya bunların eşyalarının zarar görmesi halinde ne olacaktır? Olağan yöntem olarak bunların haksız fiil hükümleri çerçevesinde taşınmaz malikine karşı tazminat talebinde bulunmaları gerekir. Çünkü bu kişiler devre tatil sözleşmesinin tarafı olmadığı için borca aykırılık hükümlerine başvurmaları ya da tüketici sıfatıyla talepte bulunmaları mümkün değildir. Buna karşılık zarar gören bu kişiler her hangi bir üçüncü kişi olmayıp, sözleşme yapılırken güvenlikleri dürüstlük kuralı gereği sözleşme taraflarınca dikkate alınması gereken kişilerdir. Böyle durumlarda taraflar arasında sözleşme kurulurken bu sözleşmenin ihlalinden etkilenebilecek taraf yakınlarının uğrayacakları zararların karşılanacağı hususunda örtülü bir anlaşmanın varlığı öğretide ve uygulamada kabul edilmektedir.⁷ Böylece, borç ilişkisinden doğan koruma yükümlerinden yalnızca tarafların değil aynı zamanda üçüncü kişilerin de yararlanabileceği ve uğradıkları zararı borca aykırılık hükümlerine göre ileri sürebilmeleri kabul edilmektedir.

- Bu durumda hangi üçüncü kişilerin tarafı olmadıkları bir sözleşmenin koruyucu etkisinden yaralanması kabul edilecektir?
- Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin koşulları:
 1. Üçüncü kişi edime yakın olmalı, yani borçlunun ediminin arz ettiği tehlike alanı içinde yer almalıdır.
 2. Edim alacaklısının üçüncü kişinin korunmasında ilgisi bulunmalıdır.
 3. (1. koşul) ve (2. koşul) bilinmeli ya da bilinebilir olmalıdır.

⁷ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 434 vd.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- 4. Üçüncü kişi talep hakkına esas olacak olgular sebebiyle bir başkasına karşı (alacaklıya da) aynı içerikte dava hakkına sahip olmamalıdır

Sonuç:

Yapılan açıklamalar değerlendirildiğinde, tüketici kavramına; tüketicinin ailesi, tüketicinin misafirleri, tüketicinin taraf olduğu sözleşmenin konusunu oluşturan mal veya hizmeti kullanan kişi ya da tüketicinin taraf olduğu sözleşmenin konusunu oluşturan mal veya hizmetten yararlanan kişiyi içine alacak şekilde “geniş anlam” vermek, mevzuatta, öğretide ve uygulamada kabul edilen üçüncü kişi kavramına uymamaktadır. Ayrıca yine yukarıda belirtildiği gibi böyle bir anlayışa gereksinim de bulunmamaktadır. Bu anlamda sayılan kişileri üçüncü kişi olmaktan çıkararak tüketici kavramının içine sokmanın mümkün olamayacağını düşünüyorum.

Sayın Başkan, sanırım süremi çok az da olsa biraz aştım. Bunun için özür dileyerek burada sözlerimi bitiriyorum. Sabırla dinlediğiniz için hepinize çok teşekkür ederim.

Anahtar Sözcükler: Tüketici, geniş anlamda tüketici, borç ilişkilerinin üçüncü kişilere etkisi, üçüncü kişi yararına sözleşme, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER (Oturum Başkanı)- Sayın Prof. Dr. Çağlar Özel'e ilginç tebliği için teşekkür ediyoruz. Şimdiye kadar hep birden çok kişinin tüketiciye karşı sorumluluğunu okuduk yazdık inceledik. Fakat bu kez aksi yönden, yani birden çok kişinin yasanın verdiği imkândan yararlanıp yaralanamayacağı ve uğradıkları zararı isteyip isteyemeyecekleri konusunu irdelediler. İlginç bir konu, herhalde tebliğler basılınca ayrıntısını daha iyi görebileceğiz. Burada ne de olsa 15 dakika içerisinde sunucular bu kadar anlatabiliyorlar.

Şimdi bana verilen listeye göre, sıralamada ikinci sırada yer alan Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinin öğretim üyesi, aynı zamanda İstanbul Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı olan Sayın Prof. Dr. Şebnem Akipek'e söz vereceğim. Şebnem Hanım bugün artık Türkiye'de tüketici hukukunun uzmanlarından, onu da söyleyeyim. Kendisi uzun zamandan beri bu konularda yazıp çizmektedir. Asistanlığından beri hep çalışmalarını takip ediyorum. Hatta bilmiyorum belki yanlış hatırlamıyorsam, profesörlüğü yükseltme aşamasında da eserlerini inceleme ve rapor etme durumunda kalmıştım. Çok başarılı eserlerdi ve şimdi sunacağı tebliğin de aynı derecede ilginç ve başarılı olacağını umuyorum.

Buyurun Sayın Hocam.

BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ KAPSAMINDA TÜKETİCİ HUKUKU YÖNÜNDEN ÜRÜN SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Şebnem AKİPEK

*Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı*

I. ÜRÜN SORUMLULUĞU VE ÜRÜN GÜVENLİĞİNİN YASAL BOYUTU

ÜRÜN sorumluluğu kavramının, tüketici hukuku ile birlikte anılmaya başladığı andan itibaren üzerinde daha bir dikkatle durulması gerektiği bütün dünyada kabul edilmeye başlanmıştır. Günümüz koşullarında çoğunlukla tüketici üretici ile hiç irtibata geçmemekte, yalnızca satıcı ile bir araya gelmekte ve sözleşme kurmaktadır. Oysa üretim hatasından kaynaklanan zararın talep edilmesi gerektiğinde, satıcı ile üreticinin aynı kişi olmamasından dolayı üretici, bu sözleşmenin tarafını teşkil etmemekte ve tüketici satıcı ile karşı karşıya kalmaktadır. Tüketicinin, üreticiye karşı üretim hatasından kaynaklanan zararının tazmin edilmesi talebini yönlendirmesi kimi açıdan karşılık bulamamakta, yönlendirse bile, tazminat talebini yalnızca sözleşmeye aykırılık bağlamında satıcıya karşı ileri sürebilmesi mümkün olabilmektedir. Tüketicinin, üreticiye üretim hatasından dolayı başvurabilmesi çoğu kere ancak haksız fiil temelinde gerçekleşebilmektedir. Çünkü tüketici ile üretici arasında sözleşmeye dayanan bir ilişki kurulmamaktadır¹.

¹ Atamer, Yeşim; Avrupa Topluluğu Hukukunda İmalatçının Sorumluluğu, Tüketicilerin Korunması Semineri, Ankara 2-6 Kasım 2006.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ürün sorumluluğu denildiğinde ne anlaşılması gerektiği çok büyük önem taşımaktadır. Ürün sorumluluğu, bir ürünün hammadde aşamasından, tasarım, proje, üretim, dağıtım, pazarlama, satış ve kullanımından kaynaklanan kanuni sorumluluklar silsilesi olarak nitelendirilebilir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere ürün sorumluluğu yalnızca tüketici ile satıcı arasında kurulan sözleşmenin ötesine geçmekte, üretim hatasından dolayı meydana gelen zararın tazmin edilmesi talebi, oldukça farklı taraflara yönelmektedir. Ürünün üretiminden, tüketiciye ulaştığı süreç içinde gelişen tüm durumların ürün sorumluluğu kapsamında nitelendirilmesi ve değerlendirilmesi gerekmektedir.

Bir ürünün üretim aşamasından piyasaya sunma aşamasına kadar geçen süreçte bu ürünlerdeki hata sebebiyle ortaya çıkan kişi sağlığı ve vücut bütünlüğünü tehlikeye sokan durumlarda, üreticinin sorumlu tutulması genel kabul gören hukuki bir yaklaşımdır².

Diğer taraftan sözleşmesel bir ilişkiye girmemesi durumunda bile üretim hatasından kaynaklanan zararın üçüncü kişilere yönelmesi de söz konusu olabilmektedir. Örneğin, konutuna elektrik bağlatan bir kişinin bu sözleşmenin tarafı olmamasına karşın hane halkından birinin elektrik kaçağından zarar görmesi durumunda da tazminat talebinin haksız fiilden kaynaklanan bir dava ile yöneltmesi ön görülmektedir.

Kullanım amacı önceden belirli bir ürünün, kullanılması esnasında ayıplı olması sebebiyle vücut bütünlüğüne, kişinin sağlığına zarar vermesi halinde, üretici ve satıcının veya her ikisinin bir arada sorumlu olacağı durumlar yaşanmaktadır. Kural olarak bu tarz bir zararı ya üretici, ya satıcı ya da her ikisinin birden tazmin etmesi gerekmektedir.

Ürün sorumluluğuna ilişkin yasal düzenlemelerin AB'nin ortak pazar politikasıyla ivme kazandığını söylemek mümkündür. AB'nin ortak pazar politikası, pazara giren üreticilerin

² Günergök, Özcan; Üreticinin Sorumluluğu Çerçevesinde Üreticinin Ürün Gözleme Yükümlülüğü, EÜHFD, C.XII, S.3-4 (2008), s.314.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ortak kıstaslar doğrultusunda hareket etmesi ve ülke politikalarının AB standartları doğrultusunda düzenlenmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. AB bünyesinde ürün sorumluluğu 85/374/EEC sayılı Ürün Sorumluluğu Yönergesi ile hüküm bulmuştur³. Yönerge genel anlamda üreticinin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak nitelendirmiştir. Bu Yönerge sayesinde AB temelinde birlik dâhilinde tüketicilerin geniş bir koruma altına alınması, üretim aşamasından başlamak üzere hammadde ile nihai ürün arasında geçen bütün süreçte kapsamlı ve geniş bir sorumluluk sisteminin kurulması ve bu sistemlerin birbirleri ile ortak bir temelde bağlanması amaçlanmaktadır.

AB, ortak ticaret politikalarının gelişmesi, birlik içerisinde serbest ticaretin gelişmesine zemin hazırlarken, diğer yandan üretici, sağlayıcı ve satıcıların güvenli ürünler imal etme, pazarlama ve sunma yükümlülüğüne işaret etmektedir. Ürün sorumluluğu temelde üreticinin, ürünü hatalı imal etmesi noktasında düğümlemektedir. AB dâhilinde üye devletlerin kendi üzerlerine düşen sorumluluğu yerine getirerek bir bakıma kamu görevi bağlamında kontrol ve denetim mekanizmalarını hareket geçirmesi gerektiği Yönerge ile hüküm altına alınmıştır⁴.

AB genelinde piyasaya ürün sunan üreticilerin, bu ürünler dolayısıyla tüketicilerin zarar görmesi halinde ortaya çıkan sorumluluğun maddi anlamda yüksek tutulmasıyla, üretici ya da ürün sunanların piyasaya güvenli ürünler sürmesi gerektiği vurgulanmıştır. Ürün güvenliği bağlamında; yalnızca üreticinin sorumluluğunun düzenlenmesi değil, geniş yelpazede ürününün piyasada bulunduğu bütün süreçte tüketiciye zarar vermesinin bir anlamda önlenilmeye çalışıldığı görülmektedir. Üreticiler, bu doğrultuda kullanım amacı bakımından güvenli mallar üretmekle sorumlu tutulmuşlardır.

³ Council of Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of the laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning liability for defective products, Official Journal (OJ) 1985, L 210/29.

⁴ Canpolat, Önder; Üretici ve Sorumluluğu, Ankara Barosu Dergisi S. 2013/2, s. 374.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ülkemizde, çeşitli konularda AB mevzuatına yakınlık sağlamak amacıyla farklı alanlarda kanunların yürürlüğe girdiği bilinmektedir. Özellikle tüketicinin korunması bakımından 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da düzenlemeler yapıldığı ve ürün güvenliği konusunun; ayıplı mallar ve ayıplı mallardan kaynaklanan zararlar bağlamında kısa bir hükümle ve yalnızca tüketicinin korunması yönü ile ele alınıp düzenleme getirildiği görülmektedir. AB Ürün Sorumluluğu Yönergesi'nde üretici bakımından sorumluluk, ürünün "hatalı" olarak imal edilip edilmediği noktasında yoğunlaşırken, 4077 sayılı Kanun, AB Yönergesinden farklı olarak ithalatçıyı, üretici kavramına dâhil etmemiş, bu sebeple tazminat ödeme yükümlülüğü altına sokmamıştır. Halbuki, Yönerge'de bir ürünü mesleki veya ticari faaliyetler kapsamında satmak, kiralamak veya herhangi bir şekilde pazarlamak amacıyla Avrupa Ekonomik Alanına ithal edenlerin de üretici gibi kabul edileceği öngörülmektedir⁵. TKHK, Yönergeden bu noktada ayrılarak ithalatçıyı, üretici kavramının dışında bırakmıştır. Ayrıca ürün sorumluluğunu ayıptan sorumluluktan tam olarak ayırıştırılamış olması da eleştiriye açıktır.

Aslında ürün sorumluluğu kavramı ile anlatılmak istenen husus, ayıplı bir ürün nedeniyle tüketicinin korunmasına ilişkin yasal mevzuat doğrultusunda tüketiciye tanınan seçimlik haklardan farklı bir olgu olarak kabul görmektedir⁶. Gerçekten de bu iki farklı kavram sık sık karıştırılmakta ve içiçe geçmektedir. Öncelikle ayıplı maldan kaynaklanan sorumluluk sözleşmeye dayanan bir sorumluluk olduğu halde, ürün sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk türüdür. Ayıplı maldan kaynaklanan sorumluluğun sebebi maldaki bir ayıp olduğu halde, ürün sorumluluğunda "hatalı" bir ürün söz konusudur. Bu sorumlulukta ürünün hatalı olması dolayısıyla doğan zararın tazmini gerekmektedir.

⁵ Canpolat, s. 371.

⁶ Günergök, s.314.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

AB'nin bu düzenleme ile getirmek istediği husus zarar gören kişinin, başka bir ülkedeki asıl üreticiden bunu tazmin etmesinin beklemesindeki güçlükten kaynaklanmaktadır. Zararın asıl üretici yerine ürünü ithal edenden talep edilmesi birliğin ticaret politikaları ile örtüşmektedir⁷. TKHK'na, AB Yönergesindeki düzenlemeye benzer bir şekilde ithal edilen mallar açısından, yurt dışındaki üreticiye ulaşmanın mümkün olmadığı durumlarda ithalatı gerçekleştirenin tıpkı yurt içindeki üretici gibi sorumlu tutulmaması doğrultusunda haklı eleştiriler getirilmiştir.

Bu derecede eleştirilere maruz kalan 4077 sayılı TKHK'nun, 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun kapsamında gerektiği şekilde bir düzenlemeye kavuşması arzu edilirken, hatta bu konuya ilişkin kapsamlı gelişmelerin taslak metinde yer aldığı görülmüşken, yasama sürecinde metinden çıkarılması kanımızca doğru olmamıştır. Diğer taraftan ürün güvenliği konusu yalnızca tüketicinin korunması maksadıyla yürürlüğe giren Kanun ile düzenlenecek kadar dar bir alana sığacak bir husus değildir. TKHK'da "ayıplı ürün"ün satıcı veya sağlayıcı tarafından kısıtlı bir çerçevede ele alındığı görülmekte iken, "hatalı ürün" anlamında üretici veya imalatçının sorumluluğuna ilişkin hukuki anlamda kesin bir fark bulunmakla birlikte hiç düzenleme getirilmiş olmaması ciddi bir eksikliklerdir.

Sadece taraflardan birinin tüketici olduğu durumlarda ürün güvenliğinin ayıplı mallar bakımından düzenlemeden bağımsız olarak düzenlenmesi yoluna gidilmesi, diğer kullanıcılar bakımından da Borçlar veya Ticaret Kanunu gibi genel Kanunların yanı sıra diğer özel mahiyetteki Kanunlarda hüküm bulması hukuk sistematigi bakımından büyük önem ta-

⁷ Yönerge kapsamında, malın üreticisinin belirlenemediği durumlarda, zarara maruz kalan kişiye asıl üreticinin veya birlik pazarına ürünü tedarik eden aracının kimliğinin makul bir süre içinde bildirmeyen ithalatçının her birinin ürünün üreticisi olarak sorumlu tutulacağı ön görülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz. Canpolat, s.371.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

şımaktadır. Kanun koyucunun bütün bu nedenlerden dolayı 4703 sayılı Ürünler İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ile özel bir düzenleme getirmeye çalıştığı anlaşılmaktadır. Ancak bu Kanuna yönelik yapılan eleştirilerde, üreticinin kusursuz sorumluluğunu düzenleyip düzenlemediği konusu tartışmalara sebep olmuştur.

Kanun koyucunun, TKHK kapsamı dışında bıraktığı üreticinin sorumluluğunu, 4703 sayılı Kanunda herhangi bir kişi ve özellikle de satıcının sorumluluğuna dayanmadan, bağımsız olarak düzenlemiş olması başka bir tartışmaya zemin hazırlamıştır. Kanun doğrultusunda, üreticilerin piyasaya güvenli ürünler arz etmesi gerektiği belirtilmiştir. Güvenli ürün Kanununun 3/e maddesinde; *“Kullanım süresi içinde, normal kullanım koşullarında risk taşımayan veya kabul edilebilir ölçülerde risk taşıyan ve temel gerekler bakımından azami ölçüde koruma sağlayan ürün”* şeklinde ifade edilmiştir. Kanunla ayrıca üretici dışında kalan dağıtıcılar bakımından da sahip olduğu bilgiler çerçevesinde, ürünlerin yaratabileceği riskler hakkında bilgi vermesi yükümlülüğü getirilmiştir.

Kanun koyucu 4703 sayılı kanun ile üreticilerin, piyasaya güvenli ürünler sürmesi konusunda bir kıstas getirmeye çalışmıştır. Yukarıda belirtilen güvenli ürünün tanımından da anlaşılacağı üzere risk taşımayan veya kabul edilebilir düzeyde risk taşıyan ve temel gerekler bakımından azami derecede koruma sağlayan ürünlerin güvenli olduğu kabul edilmiştir. Burada iki temel kural bulunmakta, kanun ile temel güvenlik kriterlerine uygun olmayan ürünlerin daha başından itibaren piyasaya arzının önlenmesi hedeflenmektedir.

4703 sayılı Ürünler İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ile ürünün ilgili teknik düzenlemelere uygunluğu belgelenmiş olsa bile bu ürünün güvenli olmadığı yolunda kesin bulgular elde edilmesi durumunda, kontrol yapılıncaya kadar yetkili makamca piyasaya arzı geçici olarak durdurulabilmektedir. Yapılan kontroller sonrasında ürünün güvenli olmadığı tespit edilmesi ile ürünün piya-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

saya arzının yasaklanması, toplatılması veya bertaraf edilmesi düzenlenirken, risk altındaki kişilerin basın-yayın organları ile bilgilendirilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Diğer taraftan Kanun kapsamında yapılan düzenleme ile üreticisinin tespit edilemediği durumlarda, üreticinin veya ürünü tedarik ettiği kişinin kimliğini bildirmeyen satıcının, tıpkı üretici gibi kabul göreceği ve ürüne ilişkin bütün sorumluluğu üstleneceği ifade edilmektedir. Kanun ayrıca piyasaya sunulan ürünlerin ilgili mevzuata aykırı olması durumunda sorumluluğu esas olarak imalatçıya, ithal edilen ürünler bakımından da ithalatçıya yüklemiş, kanunda öngörülen idari yaptırımların bu kişilere uygulanacağını ifade etmiştir.

Piyasada mevcut ürünlerin insan sağlığını olumsuz olarak etkileyen fiziksel ve kimyasal risklerinin bertaraf edilmesi devlet eliyle gerçekleştirilmektedir. Kanun koyucu, yetkili makama tanımış olduğu görevler içinde piyasanın gözetlenmesi, planlı veya şikâyet üzerine denetimlerin yapılması ve bu denetimlerde belge kontrolünden laboratuvar incelemelerine kadar geniş yelpazede inceleme yapılmasına imkân tanınmaktadır.

Üreticinin, 4703 sayılı Kanun kapsamında hangi durumlarda sorumlu olmayacağı da açıklığa kavuşmuştur. Kanununun 3/e maddesinde; *“Üretici, güvenli olmadığı tespit edilen ürünün kendisi tarafından piyasaya arz edilmediğini veya ürünün güvenli olmaması halinin ilgili teknik düzenlemeye uygunluktan kaynaklandığını ispatladığı takdirde sorumluluktan kurtulur.”* ifadesi yer almaktadır.

II. HUKUKUMUZDA BEDENSEL ZARAR KAVRAMI

Bedensel zarar kavramı 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 46. maddesi, yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 54. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun koyucu bedensel zararları TBK’da şu şekilde ifade etmekte; *“tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar”* olarak nitelemektedir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bedensel zararlarla, geçici ve sürekli (kalıcı) iş göremezlik durumunda karşılaşılabileceği gibi, bedensel zararları, tedavi süresince yapılan masraflar, iyileşme dönemindeki giderler ve ekonomik durumun sarsılmasından kaynaklanan kayıplar olarak farklı kategorilere ayırmak da mümkündür. Yargıtay, kararlarında kimi zaman işten ayrı kalma ya da çalışılmayan süre olarak da nitelenen geçici iş göremezlik hali ile beden gücü kaybı ya da meslekte kazanma gücü kaybı şeklinde ifade edilen sürekli (kalıcı) iş göremezlik halini kavramsal bir zemine oturtmuştur.

Bedensel zararlara ilişkin tanımdan anlaşılacağı üzere bedensel zarar sebebiyle malvarlığında meydana gelen maddi zararlar, masraflar, çalışma gücünün azalması veya yitirilmesinden doğan zararlar ve ekonomik durumun sarsılmasından doğan zararlar dikkat çekmektedir. Ayrıca tedavi giderleri olarak da ifade edilen, maddi zararın giderilmesi ile kişinin bedensel sağlığının, vücut bütünlüğünün eski hale getirilmesi amacıyla yapılan iyileştirme masrafları da bu kategoride yer almaktadır. Bütün bunlara ilave olarak bedensel zarar gören kişinin geçici veya kalıcı olarak iş göremez hale gelmesi durumu da tazmin edilmesi gereken zararlar içindedir. Yine tanımdan da anlaşılacağı üzere ekonomik geleceğin sarsılması sebebiyle oluşan zararların tazmin edilmesi gerekmektedir. Bu zarar kategorisinde ise özellikle zarar gören kişinin çalışma gücündeki azalma veya herhangi bir azalma meydana gelmemişse bile yeni bir iş sahibi olma çabası, eski işini muhafaza etmekte zorlanması veya aynı işte devam etse bile müdahale öncesine nazaran daha çok gayret ve emek harcaması nedeniyle ortaya çıkan zararlar olarak ifade etmek mümkündür.

Kural olarak ortaya çıkan bedensel zararın kanıtlanması davacının üzerine bırakılmış olsa da TBK 50/I.maddesi gereğince, zararın gerçek miktarının kanıtlamanın mümkün olmadığı durumlarda, hâkimin somut olayı değerlendirerek, bütün olguları gözeterек uygun göreceği bir düzeyde tazminata hükmedebileceği düzenlenmiştir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Çalışmanın konusunu, tüketici hukuku yönünden bedensel zararların tazmini esasları doğrultusunda taraflardan birinin tüketici olduğu hukuki işlemlerde ürün sorumluluğunun çerçevesinin çizilmesi oluşturmaktadır. Her ne kadar bedensel zararların TBK kapsamında tanımı verilmiş ise de bu kapsamda taraflardan birinin tüketici olduğu ve tüketicilerin bir biçimde kendisine sunulan ürünler yüzünden zarar görmesi durumunda öncelikle Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerine başvurulması gerekmektedir.

Kapsam bu şekilde belirlenince tüketicinin kim olduğunu açıklığa kavuşturmak yerinde olacaktır. 6502 sayılı TKHK tüketiciyi; *“Ticari ve mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi”* olarak tanımlamaktadır. Görüldüğü üzere kanun koyucu hem gerçek hem de tüzel kişilerin tüketici olabileceğini ifade etmektedir. Tüzel kişilerin bedensel zararlarının oluşamayacağı göz önüne alındığında, kanun kapsamında yalnızca gerçek kişilerin ürün güvenliği bakımından bedensel zarara uğrayabileceği açıkça görülmektedir.

Gerçek kişiler açısından ürün güvenliğine en yakın ilgi alanı tüketici hukuku bakımından ayıplı mallara ilişkin düzenlemelerde karşımıza çıkmaktadır. Her ne kadar yukarıda da açıklanmaya çalışılsa da ürün güvenliği, kuşkusuz ayıplı mallardan doğan zararların tazmin edilmesi boyutuna indirgenemeyecek düzeyde geniş ve kapsamlı bir konudur. Yine de bu mihverde hareket edilmeye devam edildiğinde, yeni TKHK'nun 8. maddenin I. ve II. fıkralarda iki ayrı açıklama mevcuttur. Her iki düzenleme incelendiğinde, ayıplı mallara ilişkin farklı bir tanımın yapılmaya çalışıldığı anlaşılmaktadır. Bu durumun uygulamada karmaşaya ve karışıklığa sebep olabileceği değerlendirilmektedir.

Kanun kapsamında ifade edilen ve bedensel zararların tazmini açısından konu edilen gerçek kişilerin TKHK şemsiyesi altında ayıplı mallardan doğan zararını seçimlik haklarına başvurmak suretiyle giderme imkânının yanı sıra TKHK m.11/62'da belirtildiği üzere; *“Seçimlik hakların kullanılması ne-*

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

deniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.” hükmü doğrultusunda genel hükümlere de başvurma imkanı bulunmaktadır.

Bu durumda özel kanun ile genel kanun arasında tüketici bakımından öncelikle TKHK hükümleri uygulanırken, Kanunun açıkça yol göstermesi ve genel hukuk ilkeleri bakımından TBK’da yer alan bedensel zararların tazmini yoluna gidilebileceği ön görülmektedir. Kişinin bedensel zararlarının sırf tüketici sıfatı ile tazmin edilmesi imkânının TKHK hükümlerine göre tazmin edilmesi beklenmemekte, her halükarda haksız fiil ve sözleşmeye aykırılıktan hareketle tazminat talep etme hakkı bulunmaktadır.

Diğer bir ifade ile konu başka bir açıdan ele alınırsa, TKHK kapsamında ayıplı mallardan dolayı meydana gelecek zarar ve masrafların tazmini noktasında, seçimlik haklarla birlikte TBK’nun tazminat hükümlerine de başvurulabileceği ön görülmektedir. Meydana gelen zarar bedensel bir zarar yarattıysa, yine TBK 54. madde hükümleri ile devamında 55. madde gereğince bu zararın belirlenmesi hususu açıkça düzenlenmiştir. TBK m.55 şu şekilde kaleme alınmıştır; *“Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz.*

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.”

Bu maddede altı çizilmesi gereken önemli bir nokta, *“bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine”* göre bedensel zararların hesaplanmasında kusurun ispatlanmasına gerek du-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

yulmamaktadır. Bilindiği üzere sorumluluk hukukunun esas amacı, bir kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeleri ya aynen ya da nakden gidermek suretiyle zarar görenin, meydana gelen durum sonrasında malvarlığında eksilen değer yerine nitelik veya nicelik yönünden eş bir değer konulmasıdır. Mümkün olduğu ölçüde aynen bir değer, mümkün olmadığı takdirde nakden ona denk bir değer konulmak suretiyle zarar verenin yerine getirmiş olduğu bu yükümlülüğe tazminat adı verilmektedir⁸.

Öğretide sorumluluk hukuku üç temel anlamda kullanılmaktadır. Bunlar, geniş, dar ve en dar anlamda sorumluluk hukuku olarak karşımıza çıkmaktadır. Geniş anlamda sorumluluk hem sözleşmeden doğan hem de sözleşme dışı sorumluluk olarak nitelendirilmektedir. Dar anlamda ise; sadece sözleşme dışı sorumluluğa işaret etmektedir. En dar anlamda ise; bazı doktrin ve uygulamalarda yalnızca özel kanunlarla düzenlenmiş olan kusursuz sorumluluk, yani sebep ve tehlike sorumluluğu halleri ifade edilmektedir⁹.

Kusur, sorumluluk sebeplerinin başında gelmektedir. TBK m. 49' da buna işaret etmekte; *"Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür"* şeklinde belirtilmektedir. Kendi kusurlu davranışı dolayısıyla bir başkasına zarar veren kimsenin bu zararı giderme, tazmin etme yükümlülüğü bulunmaktadır¹⁰.

Hukuki sorumluluğu; kusur sorumluluğu, kusursuz sorumluluk ve fedakârlığın denkleştirilmesi şeklinde üç gruba ayırmak mümkündür. Konumuz açısından kusursuz sorumluluk ilkesi incelenecek olursa bu sorumluluğun gerçekleşmesi için ilke olarak sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığının bulunması gereklidir. Diğer bir

⁸ Hatemi, Hüseyin; Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1998, s.96; Nomer, Haluk N., Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 33 vd.

⁹ Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15.Bası, Ankara 2013, s.490 vd.

¹⁰ Eren, s.492.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ifade ile bütün sebep sorumluluğu halleri için geçerli tek ortak unsurun, sorumluluğu doğuran olayla gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır¹¹.

Bedensel zarar gören ya da destekten yoksun kalma zararına maruz kalanın tazminat talebinde ayıbın tüketici bakımından makul düzeyin üzerinde tehlikeli olduğunu, zararın ayıptan kaynaklandığını, ürünün üretici veya imalatçı denetimi altındayken ayıplı olduğunu ispatlaması yeterli görülmektedir.

Burada TBK'na getirilebilecek eleştirilerden biri de üreticinin ürün sorumluluğuna ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemesidir. Eğer TBK üreticinin sorumluluğunu, kusursuz sorumluluk hallerinden biri olarak düzenlemiş olsaydı, tüketicinin korunmasına ilişkin getirilen hükümlerle birlikte bir tarafta tüketiciler ile diğer tarafta tüketici vasfını taşımayan kişiler bakımından sorumluluğun hukuki mahiyeti net olarak ortaya konmuş olacak ve zarar görenin zararının en etkin şekilde giderilmesi sağlanacaktı¹².

III. BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ KAPSAMINDA TÜKETİCİ HUKUKU YÖNÜNDEN ÜRÜN SORUMLULUĞU

Ürün sorumluluğu yukarıda da açıklanmaya çalışıldığı üzere, ürünün meydana gelmesinden başlayarak nihai tüketimine kadar geçen süreçte meydana gelen kanuni sorumluluklar silsilesidir. Bu sorumluluk, üreticiden kaynaklanabileceği gibi süreç içinde yer alan her bir kademedeki de kaynaklanabilmektedir. Nihayetinde kişinin sağlığı, bedensel bütünlüğü ve çevresinin bundan etkilenmesi istenmeyen bir durumdur.

Tüketici bütün dünyada olduğu gibi ülkemiz hukukunda korunmasına özel bir ilgi gösterilen kesimdir. Hemen hemen her ülke hukukunda tüketicilerin, üretici ve/veya sağlayıcılar

¹¹ Eren, s.495.

¹² Canpolat, s.381.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

karşısında güçsüz olduğu görüşünden hareketle ayrı, özel bir kanunla korunması gerektiği anlayışı hâkim olmuştur. AB ile her alanda uyum gayretleri ile hukuk alanında yapılan düzenlemeler kimi zaman örtüşmekte kimi zaman ise bazı farklılıklar göstermektedir. TKHK da bu alanda üzerinde dikkatle durulması gereken bir mevzuattır. Bu mevzuat ile şimdiye kadar sadece genel hükümlerin koruma şemsiyesi altında bırakılmış olan tüketicilerin ayrı bir kanunla korunması sağlanmıştır.

Kanun koyucu tüketicinin korunması alanında ürün güvenliği bakımından yalnızca ayıplı mallara ilişkin düzenlemeleri hayata geçirmiştir. Oysa ki ürün güvenliği ve ürün sorumluluğu yukarıda da açıkça ifade edildiği üzere yalnızca tüketiciler bakımından ve yalnızca ayıplı mallar açısından geçerli olabilecek kadar dar bir alana sığmamaktadır.

Nitekim AB bu konuyu tüketicinin korunması alanından daha geniş bir perspektifte, bütün üye ülkelerin birliğin ortak pazarına sunmuş olduğu ürünler dolayısıyla bir şekilde zarara uğrayan tarafın tazmin edilmesine yasal bir dayanak hazırlamıştır. 85/374/EEC sayılı Ürün Sorumluluğu Yönergesi bu anlamda önemli bir düzenlemedir.

Birlik içinde serbest ticarete ve malların serbest dolaşımına olanak tanıyan, zemin hazırlayan otoritenin, diğer taraftan bu pazara ürün arz eden gerek üretici, gerek imalatçı ve gerekse ithalatçının sorumluluklarını çok detaylı bir şekilde belirlemesi gerekmektedir. Bu sayede birlik içerisinde malların serbestçe dolaşımının önü açılmakta, tüketicilerin güvendikleri ürünlere, kendileri için tehlike riski taşımayan mallara yönelmesi sağlanmaktadır.

Kişisel sağlığın korunması ve bedensel zarara uğramanın engellenmesinin en temel şartı ürünün kaynağından itibaren son nihai noktaya kadar kontrol altında tutulması ile mümkündür. AB standartları doğrultusunda ve yapmış olduğu kontrol mekanizmaları sayesinde birlik içinde bedensel zarara uğrama riskinin en aza indirilmeye çalışıldığı görülmektedir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ülkemizde de 4703 sayılı Ürönlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun ile devletin kontrol mekanizmaları altında ürünlerin piyasaya güvenli bir şekilde sürölmesi, ürünlerin mevcut teknik standartlara uygunluğu belgelenmiş dahi olsa güvenli olmadığına ilişkin kesin bulgular elde edilmesi durumunda gerekli kontrollerin yapılmasına kadar geçen sürede piyasaya arzının geçici olarak durdurulması, yapılan kontroller neticesinde güvenli olmadığına tespit edilmesi halinde piyasaya arzının yasaklanması, toplatılması veya bertaraf edilmesi şeklinde işlem basamakları tesis edilmiştir.

Araştırma konumuz bakımından kişinin sırf tüketici olması vasfı ile TKHK'da yer alan ayıplı mallara ilişkin seçimlik haklarını kullanmasının yanı sıra yine TKHK m.11/62'da belirtildiği üzere, bahse konu seçimlik haklarının yanında TBK genel hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği açıkça görölmektedir. TBK m. 54 ile tanımsal çerçevesi çizilen bedensel zararların meydana gelmesi durumunda sebep ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması kişinin tazminat talebini haklı kılacak, yasal bir zemine kavuşturacaktır.

TBK m.54/I, Kanunda yer alan genel hükümlerin yanında özel bir hüküm olması dolayısıyla öncelikle uygulanması gereken bir hükümdür. Bu hüküm, hem sözleşme sorumluluğuna hem de sözleşme dışı sorumluluğa uygulanmaktadır. Sebep sorumluluğu ile özel kanunlarla düzenlenmiş tehlike sorumluluğunda da uygulanacağı ifade edilmektedir. Bu noktada belki de en önemli husus zararın, bedensel bütönlüğün ihlali olmadığı, ancak bu ihlal sebebiyle meydana gelen ekonomik kayıp ve maddi-manevi eksilmelerin olduğunun anlaşılmasıdır. Bedensel bütönlüğün ihlali, zararın ancak sebebini oluşturmaktadır¹³.

Bedensel bütönlüğün zedelenmesinden doğan maddi zararlar, tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalması veya yitirilmesi dolayısıyla yaşanan kayıplar ile ekonomik

¹³ Eren, s.744 vd.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak ifade edilmektedir. Bedensel bütünlüğün zedelenmesinden doğan manevi zararlar ise, TBK m. 56 belirtildiği üzere; *“Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.”* şeklinde belirtilmiştir.

Sonuç olarak; kişinin sırf tüketici olma vasfı doğrultusunda herhangi bir ürün sebebiyle karşılaşmış olduğu bedensel zararlar öncelikle TKHK’da yer alan ayıplı mallar ve bunlara ilişkin seçimlik haklarının kullanılmasının yanı sıra genel hükümler içeren TBK’nun ilgili hükümlerine başvurularak tazmin edilme hakkını saklı tutmaktadır. Ürün sebebiyle meydana gelen olayın kişinin bedensel zararına dönüşmesi halinde, TBK m. 54 ve devamında yer alan bedensel zararlara ilişkin hükümler sayesinde çözüme kavuşacağı açıkça anlaşılmaktadır.

SONUÇ

Hukukumuzda hem tüketicilere yönlük özel bir kanun olduğu hem de 4703 sayılı Ürünlere İlişkin Teknik Mevzuatın Hazırlanması ve Uygulanmasına Dair Kanun bulunduğu halde, hukuki anlamda ürün sorumluluğu ve tazminat net bir düzenlemeye kavuşturulamamış, ürün sorumluluğunun hukuki niteliği tam olarak ortaya konulamamıştır. Hatta yeni TKHK, bu konuda 4077 sayılı eski Kanunun da gerisinde kalmış ve ürün sorumluluğunu tamamen düzenleme dışı bırakmıştır.

Bu nedenle hatalı ürün sebebiyle uğranılan zararların tazmininde TBK hükümleri uygulanacaktır. Tüketiciler bakımından her ne kadar öncelikle TKHK hükümleri uygulanacak olsa da, TKHK sadece ayıplı mallardan sorumluluğu düzenlediğinden bu hükümler ürün sorumluluğundan kaynaklanan zararın tazmini bakımından kullanılamayacağından, yine TKHK ile yapılan atfı gereği TBK uygulamasına gidilecektir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu noktada da ürün sorumluluğunun TBK’da ayrıca düzenlenmemiş olduğunun altının çizilmesi gerekir. Kusursuz sorumluluk türleri arasında düzenlenmiş olsa AB ile de paralel bir uygulama sağlamak ve hukuki niteliğini tam olarak oturtmak mümkün olurdu.

Sorumluluk hukukunda kural kusur sorumluluğu, istisna kusursuz sorumluluk olduğundan, açık düzenleme olmadan ürün sorumluluğundan kaynaklanan zararın kusursuz sorumluluk olarak nitelenmesi ve dolayısıyla “kusur” aranmadan üreticinin sorumlu tutulması mümkün görünmemektedir. Konunun 4703 sayılı Kanun ile de düzenlemeye tam olarak kavuşturulmuş olmaması büyük bir eksikliklerdir.

Tüm bu nedenlerle hukukumuzda ürün güvenliğinin hukuki niteliği ve sorumluluğunun temelleri de netleştirilmek suretiyle yeniden ve özel olarak düzenlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER (Oturum Başkanı)- Sayın Prof. Dr. Şebnem Akipek'e de teşekkür ediyoruz. Gerçekten uygulamada hatta akademik çevrelerde birbirine karıştırılan, kolay ayırt edilemeyen üreticinin sorumluluğu, yani imalatçının sorumluluğuyla, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasadan doğan sorumluluk birbirine karıştırılır. Evet, bazı konularda örtüşebilir, ama bunların önemli farkları da var. Onu bize çok güzel örnekleriyle izah etti. Kendisine çok teşekkür ediyoruz.

Şimdi sırada aziz dostum Prof. Dr. Rainer Kemper var. Kendilerini yıllar önce Münster'de Wesfalyan Wilhelms Üniversitesinde görevliyken tanımuştum. Münster küçük bir kenttir Almanya'da. O zaman nüfusu 250 bin filandı, ama Almanya'nın üçüncü büyük üniversitesi Münster'dedir ve öğrenci sayısı o zamanlar 51 bin civarıydı, üniversite öğrencisi sayısı. O kadar nüfusun bu kadarı da öğrenciydi. Orada yine daha önce Berlin'den tanıdığım dostum hocam diyelim, Prof. Dr. Wilfred Schlüter kürsü başkanıydı. Rainer Kemper onun kürsüsünde çalışırdı ve ben iki kez misafir öğretim üyesi olarak oraya gittim davet edildim. Orada incelemeler yaptım, uzun araştırmalar yaptım. Hatta bir tane de Almanca kitap yayınladım. Onda da çok yardımı olmuştu. Benden sonra da yine bugünkü oturumda, şu andaki oturumda konuşacak olan değerli meslektaşlarım Prof. Dr. Ayşe Havutçu ve Prof. Dr. Çağlar Özel de orada bulunma inceleme yapma fırsatını edindiler.

Bir başka isim daha anımsatacağım. Orada bir kütüphane, büyük bir kütüphane var. Üst katta açık raf usulü kitaplar var ve böyle kitaplıklar arasında odacıklar oluşturulmuş kapısız. Orada çalışma masası vesaire var. Bir yeri bana gösterdiler, dediler ki burada daha önce bir Türk çalışmıştı, burada doktora da yapmıştı tanıyor musunuz dediler. Kimdi dedim. Şimdi söyleyeceğim ismi hepiniz tanıyacaksınız, Prof. Dr. Baki Kuru. O da orada ömrü bol olsun, o da orada çalışmış. Yani geleneksel çok güzel bir üniversite. Ben tavsiye ederim. Akademik çalışma yapacak olanlara tavsiye edeceğim bir üniversite, tam bir öğrenci kenti ve muhteşem gelişmiş bir üniversite.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Prof. Dr. Rainer Şu anda kũrsũ sahibi bir profesŕ. Ama buna rağmen hâla Mũnster Őniversitesine gidip orada derslerini veriyor, ŕĐretim faaliyetlerini yũrũtũyor. Yani kendisine bũyũk değer atfediliyor.

Ayrıca Rainer Kemper Almanya'da tũketiciler hukuku konusundaki eksperlerden, uzmanlardan birisi. Kendisinin bu konuda kitabı, yayınları var. Şimdi zannediyorum kendisini vereceği tebliğiyle ilgili olarak keyifle dinleyeceğiz.

Evet lũtfen.

ALMAN TÜKETİCİ HUKUKUNDA BEDENEN ZARAR GÖRMENİN TAZMİNİ

Prof. Dr. Rainer KEMPER¹

Münster Wesfalyan Wilhelms Üniversitesi

I. Giriş²

“Alman Tüketici Hukukunda Bedenen Zarar Görmenin Tazmini”-bundan daha karmaşık bir konu hemen hemen bulunamazdı, bu konu Alman tazminat hukukunun neredeyse tüm alanlarını ilgilendirmektedir çünkü , -küçük istisnaları ayrı tutarsak- spesifik bir tüketici-tazminat hakkı tanınmamaktadır, bu nedenle tüketici hukuku alanında bedenen zarar görme durumlarındaki değerlendirmelerde genel tazminat hukuku kapsamında yapılmalıdır. Bu yüzden birazdan Alman tazminat hukukunun sistematliğini genel anlamda ele almak durumunda kalacağız.

Bu söylediğimin zor anlaşılır ve kuram ağırlıklı olmaması için bu sorunsalı günümüzde oldukça güncel olan bir örnekle tartışmak istiyorum çünkü şu an buna ilişkin halen görülmekte olan bir sürü dava bulunmaktadır. Ve Alman Federal Yargı-

¹ Yazar Osnabrück Yüksek Okulu’nda Ticaret Hukuku alanında profesördür ve Münster ve Paris X üniversitelerinde öğretim görevlisidir.

² Bu konuşma, Hacettepe Üniversitesi ve Türkiye Barolar Birliği’nin işbirliğiyle 5-8.05.2015 tarihlerinde Ankara’da düzenlenen „International Congress of Current Developments on Compensation for Physical Damages and Determination Principles“ kongresinde yapılmıştır. Konuşmanın özgün hali aynen muhafaza edilmiştir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

tayı 9.4.2015 tarihinde bir Fransız firması olan PIP tarafından üretilen ve dünya geneline satılan hatalı göğüs implantlarının davasını ele almıştır.

Kısaca özetlemek gerekirse meselenin özü şu şekildedir: Fransız üretici PolyImplantProthèse (PIP) ürettiği göğüs implantlarını özel silikon yerine ucuz sanayi silikonuyla doldurmuştur. Dünya genelinde yüz binlerce kadın bu implantları vücuduna uygulamıştır, Almanya’da ise Federal İlaç ve Tıp Ürünleri Enstitüsü’nün tahminine göre (BfArM) bu sayı 6000 civarındadır. Patlayan ya da sızıntı yapan silikon keseleri hakkında haberler çoğaldığı için Fransız makamları 2010 ürünün dağıtımını durdurmuştur. BfArM 2012 yılının başında bu duruma maruz kalan kadınlara implantları vücutlarından aldurmalarını tavsiye etmiştir. BfArM’ye göre bu çağrıya uyan her iki kadından birinde en azından bir silikon kesenin çatlağı bulunmaktaydı ve implanttan vücuda silikon sızılmaktaydı. Bunun üzerine birçok kadın tazminat aramaya koyulmuştu. PIP bizzat iflas etmişti ve Fransa’da sadece hasar olaylarına karşı sigortalıydı. Doktorlara karşı açılan davalar tamamıyla başarısız kaldı çünkü estetik cerrahlar en azından 2010 yılına kadar PIP göğüs implantlarının sorunları hakkında hiçbir şey bilemezlerdi. Bunun dışında TÜV Rheinland’a karşı da davalar açıldı. Bu şirket PIP’teki üretim sürecine sertifika vermişti. 2014 Ocakta Zweibrücken İstinaf Mahkemesi (OLG) bu tür bir davayı reddetti. Sertifikalandırmada sadece üretim süreci ve kalite güvencesi söz konusuydu fakat bizzat ürünün kalitesi ve içeriği söz konusu değildi. Bu dava bundan ötürü Alman Federal Yagıtayına intikal ettirilmiştir.

Bu durum özellikle bedensel zarardan doğan tazminat hakkının hem sözleşmeden hem de haksız fiil sorumluluğundan doğabileceğini açıkça göstermektedir. Alman Hukuku - Fransız Hukukundan farklı olarak- sözleşmeden doğan sorumluluğunun yanı sıra doğrudan haksız fiil sorumluluğunu devreye sokmaktadır. Bunun sonucu olarak haksız fiil sorumluluğunun denetimi sonucunda ortaya çıkan haklar sözleşme sorumluluğunun denetiminden doğan haklardan farklılık gösterebilmek-

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

tedir (ya da tam aksi).O halde hak iddia eden ile kendinden hak iddia edilen arasında hiçbir şekilde sözleşmeye dayanan bir ilişki bulunmadığında sorumluluk ancak haksız fiilden doğabileceği kendiliğinden anlaşılmalıdır.

Örnekte gösterilen durumda bu, özel hastalar söz konusu³ olduğunda operasyon geçiren kadınların haksız fiil nedeniyle olduğu gibi sözleşme ilişkisi nedeniyle de hastaneye ve ameliyatı gerçekleştiren doktora karşı hak iddialarının ortaya çıkabileceği fakat implantın üreticisine, potansiyel araçlara ve TÜV Rheinland şirketine karşı hak iddialarının sadece haksız fiil üzerine gerekçelendirilebileceği anlamına gelmektedir.

Alman hukukunda tüketicilerin bedensel zarar görmelerinin hangi şartlarda ve hangi şekilde tazmin edileceğine ilişkin sorunun açıklamasında yeterli cevap bulunmamaktadır. Bu nedenle her iki hukuk alanının göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu yüzden aşağıda hem sözleşme ilişkisinden hem de haksız fiilden doğan haklara değineceğim ve hem onların ortak yönlerini hem de farklılıklarını açığa çıkaracağım.

Tüketiciyi koruma kavramına istinaden ortaya çıkan sorunun ilave açıklamasının gerçekten konunun sınırlandırılması anlamına gelip gelmediği de şüphelidir. Klasik görüşe göre tüketici hukuku, zayıf olan tüketiciyi satıcı ile doğan özel ilişkiden koruyan hukuktur. Bu nedenle tanımın dar anlamıyla tüketici hukuku, tüketiciyi bu yapısal eşitsizliklerden dolayı meydana çıkan kendine özgü tehlikelerden bertaraf etmesi gereken hukuk dalıdır. Bu dar yorumlamada Alman tüketici hukukunda bedensel zararlar için özel bir tazminat bulunmamaktadır. Bedensel zararlar nedeniyle doğan tazminat hakkı genel olarak biçimlendirilmiştir. Tüketiciler, kural olarak ta-

³ Yasal olarak sağlık sigortası yaptırılmalarda sorumluluk durumu belirsizdir çünkü bu durumda hastane veyahut da doktor ile hasta arasında yapılan bir sözleşme tedavi için temel teşkil etmemektedir hatta hasta sadece hastaneler birliği ve yasal sağlık sigortalıları birliği arasında imzalanan çerçeve sözleşme vesilesiyle tedavi edilmektedir. Fakat estetik operasyonlarda kural olarak bir yanda hastane ve doktor ile diğer yanda ise hasta arasında özel bir tedavi sözleşmesinin olması için tedavinin sadece küçük bir kısmı tıpla ilgili olarak gösterilmektedir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

cirler ticari faaliyetlerini yürüttüğünde nasıl korunuyorsa aynı şekilde korunmaktadır, çünkü Alman yasa koyucusu bedensel zararların tazminini bir temel hak olarak görmüştür ve bu nedenle tüm mağdurları aynı şekilde korumaktadır. Örnek olarak üreticinin maddi zararlardan sorumluluğunda farklar bulunmaktadır (Ürün Sorumluluğu Yasası Paragraf 1 Madde 1 Fıkra 2) bu nedenle bedensel zarar bakımından eksiktir. Bu bakımdan maddi ayıplar mevcut ise tüketiciler için ancak sözleşmeden doğan kısmi haklar söz konusu olacaktır (BGB Paragraf 474 vd. Tüketim Malları Satımı).

Fakat tüketici hukuku yalnızca tüketiciye uygulanabilir düzenlemeler aracılığıyla yapılan bir hukuki korumadan daha fazlasıdır. Tüketici hukuku,-bu düzenlemelere dayandığı sürece- genel zarar tazminatı düzenlemelerinin bir tamamlayıcısıdır. Bu sebeple genel düzenlemeler tüketici hukukuna ilişkin olan düzenlemelere aittir. Burada anlaşılan anlamıyla tüketici hukuku tüketiciyi korumayı amaçlayan ve tüketicilerin korunmasını ilke edinmiş ve gerçekleştirmiş hukuk dalıdır.

Bununla birlikte sunumun yapılandırılmasında aşağıdaki sıralama ortaya çıkmaktadır. Sonradan ikinci ana kısımda bedensel zarar nedeniyle söz konusu olan bir zarar tazminatı hakkının hangi sonuçları olabileceğine daha yakından ışık tutabilmek için ilk ana kısımda vücudun zarar görmesi nedeniyle hangi koşullarda zarar tazminatı talep edilebileceğini, aynı zamanda bedensel zarar nedeniyle söz konusu olan zarar tazminatı adı altından somut olarak neyin anlaşıldığını açıklayacağım (buna ilişkin II. Başlığa bakınız).

II. Bedenen Zarar Görme Durumlarında Tazminat Hakkının Sistematiği

1. Sözleşme ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluğun Alternatifliği

Alman Hukuku tazminat hakkı konusunda sözleşme ve haksız fiil sorumluluğu arasında ayırım yapmaktadır. Her ikisinin koşulları aynı anda bulunduğu çifte gerekçelendirme

ile tek hak doğmaktadır. Ancak baştan itibaren iki sistem arasında karar verilmesi gerektiği anlamında hakların alternatifliği bulunmamaktadır, aksine tazminat haklarının çoğalmasız söz konusu olabilecektir (ancak tek seferlik ödemede). Ayrıca bu hakların koşulları ve hukuki sonuçları birbirini etkilememektedir, örnek olarak aynı zamanda zamanaşımına uğramamaktadır veya birisinin koşulu mevcut olup diğerinin olmadığına her ikisi içinde haklar imkansızlaşmamaktadır.

a) Üçüncü Kişiler İçin Sorumluluk Durumunda Etkiler

Özellikle üçüncü kişilerin sorumluluğunda sözleşmeden ve haksız fiilden doğan sorumluluklar arasındaki farklar önem taşımaktadır: Sözleşmenin tarafı, sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek için kullandığı ifa yardımcısının edimlerinden hem sözleşmenin karşı tarafına karşı hem de sözleşmenin koruma kapsamındaki diğer kişilere karşı kusursuz sorumludur (BGB Paragraf 278 İfa Yardımcısının Sorumluluğu), bu sorumluluktan özenle seçimini, denetimini ve talimatını yaptığını ispatlayarak kurtulamaz, bunun aksine üçüncü kişilerin haksız fiil sorumluluğundan bu ispatlarda bulunarak kurtulabilecektir (BGB Paragraf 831, Adam Çalıştırmanın Sorumluluğu). Bu durumda zarara uğrayan kişiye zarara neden olan personele karşı sadece az derecede değer taşıyan zarar tazminatı hakkı kalmaktadır.

Örnek: Bir inşaat sahibi bir arkadaşıyla birlikte evinin inşaatını ziyaret etmektedir. İnşaat şirketinin bir personelinin inşaat sahasının emniyete alınmasındaki kusurlu davranışı nedeniyle her ikisi üzeri kapatılmayan bir çukura düşer ve her ikisinin de bir bacağı kırılır. BGB Paragraf 280, 278 vd. ve BGB Paragraf 831'e İnşaat şirketinin inşaat sahibine karşı sorumluluğu bulunmaktadır. İnşaat şirketi personelini özenle seçtiğini, talimat verdiğini ve denetlediğini kanıtlamak suretiyle üzerinden sorumluluğu atabilse de BGB Paragraf 280 ve 278'e göre halen sorumluluğu devam etmektedir. Çünkü BGB Paragraf 831 Fıkra 1 Bent 2'ye göre suçsuzluğun belli olması (aklanma) sözleşmede yer alan hakları etkilememektedir. Buna karşın eşlik eden

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

arkadaşı ile inşaat şirketi arasında bir sözleşme bulunmamaktadır. Bu nedenle öte yandan BGB Paragraf 831 Fıkra 1' e göre sadece kusurlu sorumluluk göz önüne alınmaktadır. Fakat inşaat şirketi sorumluluğu üzerinden atabildiğinde bununla birlikte onun sorumluluğu tamamen bitmiş olmaktadır. Zarar gören kişinin halen sadece hatası bulunan inşaat işçisinden zarar tazminatı talep etme olanağı bulunmaktadır.

Bu noktada yargısal kararın ve literatürün sözleşmede yer alan sorumluluğun uygulama alanını mümkün mertebe genişleten hukuki aktörleri keşfetmeye ve uygulamaya meyletmesine yola açan tamamen başlıca bir fark bulunmaktadır. Böylelikle bir sözleşmenin imzalanmasından önce sözleşmede yer alan sorumluluğun etkin kılınabilmesi için culpa in contrahendo (sözleşme görüşmelerindeki kusurdan doğan sorumluluk) diye adlandırılan hukuki kurum oluşturulmuştur.⁴

Öte yandan meşhur “marul yaprağı durumuna” işaret edilmektedir: satış sözleşmesinin kasada yapıldığı bir süpermarketin müşterisi oldukça güvenilir bir bayan personelin dikkatsizliği yüzünden zamanında yerden kaldırmadığı bir marul yaprağına basmak suretiyle manav reyonunda kayarak kendini yaralamıştır. Bu durumdan sadece haksız fiil kuralları uygulanırsa Paragraf 831 Fıkra1 Bent 2’te göre suçtan temize çıkabileceği için süpermarket işleticisinin sorumluluğu (hatta bayan personelin zarar tazminatı yükümlülüğüne ilişkin sorumluluk) söz konusu olmayacaktır. Bayan personelin düzenli olarak aldığı az miktardaki maaşı nedeniyle müşterinin zarar tazminatı hakkı için ödeme yeterliliği olmayan bir borçlu olması hasebiyle bu durum müşteri için oldukça tatmin edici olmayan bir sonuç anlamına gelmektedir. 2002 yılında gerçekleştirilen borçlar hukuku reformunda yasa koyucu bu düşüncüyü ele almıştır ve önceden örf ve adet hukukuna göre uygulanan bu durum BGB Paragraf 311 Fıkra 2 ve 3 ile tam olarak yasalaştırılmıştır. Sözleşme imzalama durumu tüketici ile arz eden arasındaki etkileşimde oldukça tipik bir durum olduğundan

⁴ RGZ 95, 58; BGHZ 6, 333.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

dolayı “herkes için tüketiciyi koruma kanunundan” bahsedilebilmektedir.

Karşılaştırılabilir sorunlar post contractum finitum sorumluluğunda ortaya çıkmaktadır, yani sözleşme yapıldıktan sonra ama yine de sözleşme ilişkisi ile yakın bir bağlantıda bulunan zararların doğmasında.

Sözleşmenin hukuki aktörü sayesinde sözleşmede yer alan sorumluluk üçüncü kişinin lehine koruma etkisiyle daha da genişletilmiştir⁵. Bu hukuki aktörün oluşmasına neden veren sebep şudur ki sözleşme tarafından hariç üçüncü kişilerde sözleşmenin ifası ile bir bağlamda bulunabilmektedir. Sözleşme yapan ile üçüncü kişi arasında yakın bir ilişki mevcut olduğunda,⁶ üçüncü kişinin sözleşme ortağı gibi yerine getirilmesi gereken edim ile karşılaştırmalı olarak bağlantı kurduğu ve borçlunun bu durumu bildiği takdirde yargısal karar söz konusu bu durum için sözleşmede yer alan (ve sadece sonradan kusurlu olmayan) ilkelere göre bir sorumluluğu kabul etmektedir.

Örnek: Bay M tek başına konut kirası sözleşmesine⁷ taraf olmuştur . M ailesi akşam eve geldiğinde merdiven aralığındaki lamba arızalıdır. Bu yüzden Bayan M merdiven aralığında düşüp kolunu kırar. Diğer eski bir kiracıdan lambanın arızalı olduğunu öğrendiği halde oldukça güvenilir biri olan kapıcı lambayı tamir etmemiştir. Bu durumda kiraya veren sadece BGB Paragraf 831'e göre sorumlu olmayacaktır (BGB Paragraf 831 Fıkra 1 Bent 2'de yer alan sorumluluktan kurtulma olanağı ile) ayrıca BGB Paragraf 280, 278 vd.'dan da sorumlu olacaktır, çünkü eşi ve kiraya veren arasında kurulan sözleşmenin ko-

⁵ Üçüncü kişinin lehine koruma etkili sözleşmeye ilişkin: Sivil Konularla İlgilenen Alman Federal Yargıtayı-BGHZ 56, 273; 66, 56; 133, 171; Bayer, JuS 1996, 473; Gernhuber in Festschrift für Nikisch, 1958, S. 249.

⁶ Bu ilk başta çok sert olan talepler sonradan bir bir gevşetilmiştir. BGHZ 129, 167; 133, 172 sadece hükme uygun edim bağlantısı durumunda yakınlık ilişkisi olmaksızın üçüncü kişi lehine koruma etkili bir sözleşmenin kabulüne müsaade etmektedir.

⁷ Bakınız: BGHZ 77, 124 m.w.N.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ruma etkisi Bayan M içinde geçerlidir. Bay M'nin çocuğunun kaza geçirmesiyle ortaya çıkacak hukuki durum aynı şekilde değerlendirilmektedir. Fakat buna karşın bir ziyaretçinin/ misafirin kaza geçirmesi aynı şekilde değerlendirilmemektedir. Çünkü orada sadece kısa süreli konakladığı fakat orada ikamet etmediği için misafir -dairenin devredilmesi ile- yerine getirilmesi gereken edim ile kiracıyla karşılaştırılabilir bir şekilde bağlantı kurmamaktadır

Anılan hukuki aktörler üçüncü kişi lehine koruma etkisi bulunan bir borç ilişkisinde culpa in contrahendo var olması için birbiriyle birleştirilebilmektedir.

Örnek: yukarıda bahsedilen "marul yaprağı durumunda" süpermarkette alışveriş yapmak isteyen müşteri değil de ona alışveriş esnasında eşlik eden küçük kızı kaza geçirmektedir. Bu durumda da süpermarketin sahibi hem haksız fiil sorumluluğuna göre hem de sözleşmeden doğan sorumluluğa göre sorumlu tutulur.

b) Hakların Bağımsızlığının İhlal Edilmesi Durumları

Sözleşmede yer alan veyahut da sözleşme benzeri ve kusurlu hakların tam bağımsızlığı ilkesi hiç şüphesiz birçok bakımdan ihlal edilmektedir:

İlk olarak hakların alternatifliğinin normal şartlar altında sorumluluk koşullarının tespit edilmesiyle birlikte sona erdiğine dikkat çekilmek durumundadır. Zarar ölçülmesi sorunu yani hangi zararların tazmin edileceği sorusu buna karşın bugün tüm zarar tazminatı hakları için BGB Paragraf 249 vd.'da standart olarak düzenlenmektedir. Öte yanda bedensel zararlar için sorumlulukta durum açık bir şekilde iyileştirilmiştir. Çünkü önceden sadece BGB Paragraf 823 vd.'daki koşullar gerçekleştiğinde manevi tazminat talebinde bulunulabiliyordu, buna karşı sözleşmeden doğan koşulların varlığında fakat haksız fiil sorumluluğunun koşulların mevcut olmadığına manevi tazminat hakkı doğmuyordu (örnek "İnşaat sahibi olayı"). Yasa koyucu bu gerekçelendirilemez farklılığı isabetli bir

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

şekilde bertaraf etmemiştir. Tazminat almayı meşru kılan zararlar bakımından farklılar bugün halen her şeyden önce tehlikeye sorumlulukları haksız fiil sorumluluğu olarak dikkate alındığında ortaya çıkmaktadır. Böylece ürün sorumluluğu yasası örnek olarak Paragraf 9'da(ProdhaftG) aynı ürün ya da aynı hatalara sahip aynı türden ürünler tarafından sebep olunan tüm bedensel zararlar için (85 milyon Avroluk) bir üst sınır barındırmaktadır.

PIP durumunda mağdur olan kadınların implantların üreticisinde hepsi birlikte en fazla 85 milyon Avro talep edebileceği anlamına gelmektedir.

Sözleşmede yer alan aykırı sorumluluk ölçütünün haksız fiil sorumluluğuna aktarılmak durumunda kalındığı vaziyetler bulunmaktadır. Medeni Hukuk, "normal" sorumluluk ölçütü kasıt ve (her çeşit) ihmalin (karşılaştırınız BGB Paragraf 276) sözleşmeye ilişkin belli durumlarda yeniden uyarlandığı durumların bir dizisini tanımaktadır. Örnek olarak kasıt ve ağır ihmal konusundaki sorumluluğun kısıtlanmasının Paragraf 300 Fıkra 2 ve 521., 599., 1359., 1664. Bu nedenle bağlayıcı ödünç sözleşmesi ve bağlayıcılık taşımayan hatır ödünç sözleşmesi arasında farklar bulunmaktadır⁸. Fakat tam aksine daha sert kusurlu sorumluluğu gerekçelendirmek için sözleşme ile ilgili alandan doğan sorumluluğa ilişkin güçlükler göz önünde bulundurulmamaktadır(Örnek: BGB Paragraf 287).

İlk başta açıklanmış olan, sözleşmeden doğan ve haksız fiilden doğan sorumluluğunun zamanaşımı birini etkilemediği kuralının aksine bazı durumlarda sözleşmeden doğan sorumluluğunun kısa zamanaşımı haksız fiil sorumluluğunu da etkileyebilmektedir (örnek Paragraf 548,606 vd.).⁹ Bu durumlarda sözleşmede yer alan daha dar ilişki baskın olarak ortaya çıkmaktadır.

⁸ Karşılaştırınız: Alman Federal Yargıtayı Yeni Haftalık Hukuk Dergisi 1992, 2474, 2475.

⁹ OLG Hamm r+s 2001, 416; BGH BB 2006, 574; BGH VersR 10, 1466 ff.

2. Bedensel Zararların Sözleşmeden Doğan Tazminat Hakkı

Beden ve sağlık için zararlar, çoğu zaman bir tüketici ile sözleşme yapan taraf yükümlülüklerine aykırı davrandığında ve bu şekilde zararlara yol açtığında ortaya çıkmaktadır. Bu durumda sözleşmeden doğan tazminat hakları söz konusu olacaktır. Henüz bir sözleşme mevcut değilse fakat sözleşme öncesi güven ilişkisi mevcutsa aynı durum geçerlidir (karşılaştırınız BGB Paragraf 311).

Alman hukuku sözleşmenin ihlali dolayısıyla zararın tazmini konusunda standart hak tanımamaktadır. Dahası kanun, borçlar kanunu reformundan sonra da müstakil sözleşme türlerinde düzenlenmiş ayıplı ifa (Satış için BGB’de yer alan Paragraf 434 vd., iş sözleşmesi için BGB’de yer alan Paragraf 634 vd.), ifanın imkansız olması (BGB Paragraf 280 vd, 311a), borçlu temerrüdü (BGB Paragraf 280, 286) ve diğer sistem dışı oluşan yükümlülüklerle aykırı davranış nedeniyle oluşan zararlardan doğan hakları ayırt etmektedir. (BGB Paragraf 280).

Mevcut değerlendirmeye bakıldığında hemen kendini belirten durum şudur ki tüketici hukukunda bedensel zararın tazmini özellikle ayıplı ifa ve diğer yükümlülüklerle aykırılıktan doğmaktadır. İfa imkansızlığından veya temerrüitten doğan bedensel zarar ancak istisnai durumlarda düşünülebilecektir.

Burada müstakil sözleşme türlerinde sorumluluğun ayırntıya inmeden incelenmesi yapılmaktadır. Çerçevenin dışına çıkmamak için kendimi daha ziyade sistematığın gösterimiyle sınırlandırmaktayım. Bahsedilen sorumluluk unsurları daha yakından göz önüne alındığında tüm anılan normların nihayetinde BGB Paragraf 280 ve 311a’ya işaret ettiği netlik kazanmaktadır. Bundan genel olarak sözleşmeden doğan sorumluluğunun hukuki karakteri ortaya çıkmaktadır: Kusursuz sorumluluk ile yükümlülüğe aykırı davranış söz konusudur. Bu kusursuz sorumluluk, sözleşme kurulduğunda aykırılığı bilmek veya bilmek zorunda olmaktan ortaya çıkmaktadır (BGB Paragraf 311a) eğer aykırılık sözleşme kurulduktan son-

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ra ortaya çıkmış ise söz konusu kusurlu sorumluluk olacaktır (karşılaştırınız BGB Paragraf 280 fıkra 2). Her iki durumda da sözleşmenin tarafı, yükümlülüğünü ifa etmek için kullandığı kişilerin edimlerinden bizzat kendi edimlerinden kadar sorumludur (BGB Paragraf 278).

İfa yardımcısının kasıtlı veya ihmali davranışı nedeniyle borçlu sorumluluktan kurtulamayacaktır, çünkü kendi davranışı nedeniyle değil üçüncü kişinin davranışı nedeniyle sorumludur.

Mağdur olan kimse BGB Paragraf 311a ve 280'de yer alan durumlarda işyeri sahibinin kabahati olduğu tahmin edilerek ayrıcalıklı bir konuma getirilmektedir. Bu, mağdur olan kişinin özen yükümlülüğünün ihlalini ya da borçlunun bildiğini veya hatta da bilmek zorunda olması gerektiğini göstermek ve gerektiğinde ispatlamak zorunda olmadığı hatta borçlunun bedenine ya da sağlığın zarar görmesine yol açan eksikliği ne bildiği ne de bilmek zorunda olduğu (BGB Paragraf 311a) veyahut da ne kasıtlı olarak ne de süreçte gerekli olan özeni ihmal ederek yükümlülüğü ihlal ettiği anlamı ortaya çıkan tüm durumları göstermek ve gerektiğinde ispat etmek zorunda olduğu anlamına gelmektedir.

Fakat borçlunun bedensel zarara neden olan şeyi ne bildiği ne de bilmek zorunda olduğu veyahut da ihmali ya da kasıtlı davranmadığı şüphe götürmez olarak tespit edildiğinde sözleşmede yer alan zarar tazmini hakları yardımcı olmamaktadır. Bu oldukça sık meydana gelmektedir: PIP durumunda hastanenin inceleme ve uyarı yapma yükümlülüğü (Ticaret Kanunu Paragraf 377) göğüs implantlarının eksikliğini teşhis etme olanağı bulunmadığından dolayı hastanenin veyahut da hastanenin personelinin herhangi bir şekilde biçimlenen kabahati bulunmayacaktır. Aynısı diğer birçok ayıplı ürün durumunda geçerlidir çünkü ürünü nihai tüketiciye satan satıcının sorunsuz bir ürün serisinde tek tek arızalı ürünleri (diğer adıyla gözden kaçan ürünleri) düzenli olarak inceleme olanağı bulunmamaktadır.

3. Bedensel Zararın Haksız Fiil Sorumluluğundan Doğan Tazminat Hakkı

Beden ve sağlığa gelen zararlar dolayısıyla sözleşmeden doğan haklar yanı sıra bir de haksız fiil sorumluluğundan doğan haklar bulunmaktadır. Bu haklar genel bir özel hükümden ortaya çıkmamaktadır hatta tek tek zarar tazminatı temellerinin büyük bir oranında ayırım yapılmaktadır. Tüketiciyi koruma durumlarıyla ilgili unsurlar aşağıda kısaca taslak halinde gösterilmektedir ve zarara neden olanın kabahatinin lüzumlu derecesine göre gruplandırılmaktadır. Bu noktada tüketiciyi koruma alanındaki bedensel ve sağlığa gelen zararların tazminatının normal şartlar altında zarar veren kişinin kabahatinin zarara uğrayan kişi tarafından belgelendirilmesi gerektiği saptanmak durumundadır. Sadece yükümlülüğün yerine getirilmesine yardımcı olan kimselerin sorumluluğu durumunda (BGB Paragraf 831) kusur tahmin edilmektedir. Ancak bu hak sorumluluktan kurtulma olanağı nedeniyle (BGB Paragraf 831 Fıkra 1 Bent 2) oldukça zayıftır. Tehlike sorumluluğu sadece ürün sorumluluğu alanında bulunmaktadır (Ürün Sorumluluğu Kanunu Paragraf 1).

a) Kusurlu Sorumluluktan / Haksız Fiilden Doğan Tazminat Hakkı

Haksız fiil sorumluluğunun klasik tazminat hakları özellikleri olarak karşı tarafın kusurunu aramaktadır. Bu, mağdur olan kişinin zarar veren kişinin kasıtlı ya da ihmali davranışını ve neden böyle davrandığını göstermek ve gerektiğinde ispatlamak zorunda olduğu anlamına gelmektedir. Bu genellikle mağdur olan kişi için olacaktır. Bu nedenle bu haklar genellikle zor kabul edilmektedir.

Bu gruptan ortaya çıkan uygulamada en önemli zarar tazminatı hakkı BGB Paragraf 823 Fıkra 1'den ortaya çıkmaktadır. Belli hukuki değerlerin ihlali nedeniyle ortaya çıkan tazminat hakkı söz konusu olmaktadır. Bu hukuki değerler arasından hayat, beden ve sağlık yer almaktadır. Her kim bu hukuki değerlerden birini hukuka aykırı ve kusurlu bir şekilde ihlal ederse bundan ortaya çıkan zararları tazmin etmek zorundadır.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Birçok durumda BGB Paragraf 823 Fıkra 2'den ortaya çıkan tazminat hakkı BGB Paragraf 823 Fıkra 1'den ortaya çıkan hakka paralel düşmektedir. Öte yandan norm ihlali nedeniyle ortaya çıkan bir tazminat hakkı söz konusu olmaktadır. Her kim kusurlu olarak diğer bir kişinin korunmasını amaçlayan bir normu ihlal ederse bu norm ihlalinin ortaya çıkan ve bu normun koruma alanı içine düşen zararı tazmin etmek zorundadır. Bireyi koruyan kuralların içinde her şeyden önce hayatın, sağlığın ve bedeninin korunmasına ilişkin cezai hükümler yer aldığından dolayı bu hukuki değerlerin tüm zedelenmeleri bu norm tarafından kapsamaktadır. Bedene, sağlığa ve hayata gelen zararlar söz konusu olduğu sürece BGB Paragraf 823 Fıkra 1'in yanı sıra BGB Paragraf 823 Fıkra 2'den ortaya çıkan hakkın bağımsız bir anlamı bulunmaktadır.

BGB Paragraf 826 kasten ahlaka aykırı zarar vermenin tazminat hakkını içermektedir. Bu aynı zamanda bedensel ve sağlığa gelen zararları da kapsamaktadır. Fakat bu normun koşulları BGB Paragraf 823'ün koşullarına göre daha dardır (kasıt ve ihmal yerine kasıt). Bu yüzden burada ilgili alan için bu zarar tazminatı hakkının bağımsız bir anlamı bulunmamaktadır.

BGB Paragraf 844 ve 845 özel unsurlar içermektedir. Her iki maddede bedensel zarar veya adam öldürme nedeniyle ortaya çıkan üçüncü kişinin haklarını ilgilendirmektedir. Tazminat ödemekle yükümlü kimse bu nedenle adam öldürme suçunu işlediğinden dolayı cenaze masraflarını bu masrafları üstlenme yükümlülüğü bulunan kimseye rücu etmelidir (BGB Paragraf 844 fıkra 1). Ölen kişi üçüncü bir kişiye kanunen nafaka ödemekle yükümlüdüysen ya da nafaka ödeyecek duruma gelebilirdiyse ve ölüm nedeniyle üçüncü kişinin nafaka hakkı ortadan kalktıysa, tazminat ile yükümlü olan kişi üçüncü kişiye eğer ölen yaşıyor olsaydı yaşama süresince alacağı nafakayı tazmin etmelidir (BGB Paragraf 844 Fıkra 2). BGB Paragraf 845 yitirilen hizmetler nedeniyle, her şeyden önce ev idaresi edimlerinden ortaya çıkan bir hakkı içermektedir.

b) Kusursuz Sorumluluktan Doğan Tazminat Hakkı

BGB’de kusursuz sorumluluktan doğan tazminat haklarından ancak m.831’de satıcı-tüketici durumlarında beden ve sağlığa gelen zarara ilişkin tazminatlar önem taşımaktadır. Bu kurala göre bir başkasını bir görevi yerine getirmekle görevlendiren kimse o kişinin görevi yerine getirirken üçüncü bir kişiye hukuka aykırı olarak açtığı zararın tazminiyle yükümlüdür. Fakat iş sahibi görev vereceği kişiyi seçerken gerekli özeni gösterdiyse veya zarar bu özeni gösterdiğine rağmen ortaya çıkarsa (BGB Paragraf 831 Fıkra 1 Bent2) tazminat yükümlülüğü devreye girmemektedir. Yukarıda haksız fiil ve sözleşmede doğan sorumluluğuna ilişkisi açıklamalarda bu hakkın zayıf yönlerine ilişkin görüş bildirilmiştir.

c) Tehlike sorumluluğu

BGB’de tehlike sorumluluğunu belirleyen sayısız haklardan hiçbirinin işletmeci-tüketici durumunda önemi bulunmamaktadır. Fakat ürün sorumluluğu yasasına (ProdhaftG) göre ürün sorumluluğunun bedensel ve sağlığa gelen zararların tazmini bakımından pratik öneme sahiptir. Bir ürünün (ProdhaftG Paragraf 3) hatalı olması nedeniyle (kavram: ProdhaftG Paragraf 2) biri ölürse, onun bedeni ya da sağlığı zarar görürse ürünün üretici mağdur kimseye bu durumdan meydana gelen zararı tazmin etmekle yükümlüdür (ProdhaftG Paragraf 1 fıkra 1 Bent 1). Bu açıklama bunun bir kusura bağlı olmadığını açık bir şekilde göstermektedir. Ürün sorumluluğu kanununun 1. Maddesinin 2. ve 3. fıkrasında sadece zarar veren olayın ürünün üreticisi için mukadder olarak görüldüğü ve hiçbir şekilde onun suçlanamayacağı birkaç durum istisna tutulmuştur. Sorumlu üretici bir temel maddeyi, bir kısmi ürünü ya da nihai ürünü gerçekte üretmiş olan kimsedir (ProdhaftG Paragraf 4 Fıkra 1 Bent 1). Aynı zamanda üretici logosunu ya da markasını ürün üzerine yazan kimsedir (ProdhaftG Paragraf 4 fıkra 1 Bent 2). Ticari faaliyeti çerçevesinde ekonomik amaç güdeyerek dağıtımını yapmak için bir ürünü Avrupa Ekonomik Alanı üzerine imzalanmış anlaşmanın geçerlilik alanına süren ya da

nakleden kimse de üretici olarak kabul edilmektedir (ProdhaftG Paragraf 4 fıkra 2). Şayet ürünün üreticisi tespit edilemezse tazminata ilişkin talep kendisine iletdikten sonra bir ay içerisinde mağdur kimseye üreticinin ya da ona ürünü teslim eden kişinin adını vermeyen her teslimatçı ürünün üreticisi olarak sayılmaktadır (ProdhaftG Paragraf 4 Fıkra 3).

Tazminat ödemeye yeterli zarar bakımından ürün sorumluluğu kanununda bedensel ve sağlığa gelen zarar için sorumluluğun aynı ürün hatasından ya da benzer hatalı ürünlerden kaynaklanan tüm zararlar için toplamda 85 milyon Avroyla sınırlandırıldığı bir özel durum mevcuttur (ProdhaftG Paragraf 10 Fıkra 1). Ortadan kalkan nafaka yükümlülükleri dolayısıyla üçüncü kişiler karşısında sorumluluk için BGB Paragraf 844'e uygun bir düzenleme geçerlidir (karşılaştırınız: ProdhaftG Paragraf 9 Fıkra 2).

III. Alman Hukukunda Bedenen Zarar Görme Durumlarında Ortaya Çıkan Tazminatın Kapsamı

Bedensel ya da sağlığa ilişkin bir zarar nedeniyle tazminat hakkı doğmuş ise, nelerin tazmin edileceği sorusu ortaya çıkacaktır. Bu sorunun cevabı için öncelikle hangi zararların tazmin değeri taşıdığı ve ayrıca vücut bütünlüğünün ihlali ile zarar arasındaki illiyet bağı araştırılmalıdır.

1. Tazmin Edilebilir Zararlar

Hangi zararların tazminat hakkına sahip olduğu BGB Paragraf 249 vd.'da açıklanmıştır. Bu noktada zararın karşılanması (giderilme-onarım) giderleri (BGB Paragraf 249) bedensel zarar söz konusu olduğunda çok az anlam ifade eden, giderilemeyen-onarılamayan zararların tazminatı (BGB Paragraf 251), kâr kaybı tazminatı (BGB Paragraf 252) ve maddi olmayan zararın tazminatı (BGB Paragraf 253) konularında farklılıklar oluşmaktadır. Özellikle son zarar türü uygulamada büyük önem taşımaktadır, çünkü söz konusu manevi tazminattır (karşılaştırınız: BGB Paragraf 253 fıkra 2).

a) Oluşum Maliyetlerinin Tazminatı

BGB Paragraf 249'a göre tazmin ile yükümlü olan kişi, onu tazminata yükümlü tutan durumun öncesindeki haline getirmek ile yükümlüdür. Bu esnada ilk aşamada olayın doğal geri kazanımına yönelik bir iddia; yani çıkış durumunun doğal ortamda, kendiliğinden onarımına yönelik bir iddia oluşacaktır. Bedensel bir zarar, yaralanmaya yönelik bir iddia içeren en önemli durumlar için BGB Paragraf 249 Maddesi 2. Fıkrası 1. Bendi bu durumu, ilgili iddia mağdurunun durumun/zararın oluşumu yerine bu husus için gerekli maddi tazminatını talep edebileceği şeklinde değiştirmektedir. Böylece vaka, mağdur tarafın tıbbi bir yardım ya da benzeri bir destek almaya (örn. Yetkilendirilen biri tarafından) uygun olmadığını göz önünde bulunduracaktır. Bu noktada kişinin oluşan zarar durumunu hangi yol ile ve kimin yardımı ile mevcut duruma zarar vermeksizin gidermek istediğine karar vermesi gerekmektedir. Bu tip durumlarda iddia ya da açılan dava tamamen parasaldır.

Bu noktada kastedilen oluşum maliyetleri, mağdur-yaralı tarafın sağlığını geri kazanımı için gerekli tüm masrafları kapsamaktadır. Buna her şeyden önce tedavi masrafları (doktor masrafları ve ilaç giderleri) ve olası tıbbi operasyonların giderleri ile son olarak kozmetik (estetik) operasyonların masrafları dâhildir,¹⁰ böylece PIP-durumlarında (Yaralanmalara karşı korunma) hatalı implantların sökülmesi ve kusursuz implantların yerleştirilmesinin giderlerinin karşılanması zorunluluğu sağlanmaktadır. Hastanede hangi standardın karşılanması gerektiğini mağdurun şahsı yaşam standardı belirlemektedir.¹¹ Tazminat hakkı olmayan ek giderler arasında mağdur için ziyaretlere,¹² çocuk bakım masrafları¹³ ya da benzeri durumlar dâhildir. Burada dikkat edilmesi gereken konu oluşum mas-

¹⁰ BGHZ 63, 295; Jauernig/Teichmann, § 249 BGB Rn. 6.

¹¹ Vgl. BGH VersR 1970, 130; OLG Hamm VersR 1977, 151.

¹² BGH NJW 1991, 2341; vgl. auch Seidel, VersR 1991, 1319; weiter gehend Grunsky, JuS 1991, 907.

¹³ BGH NJW 1991, 2341; vgl. auch Seidel, VersR 1991, 1319; weiter gehend Grunsky, JuS 1991, 907.

raflarının hesaplanması gerektiğidir. Tahmini maliyet hesaplamaları için herhangi bir ödeme söz konusu değildir. Herhangi bir avans dâhilinde kullanılmayan miktarlar, mağdur kişi tarafından geri ödenmek durumundadır.¹⁴

Uygulamada, bedensel bir zarar oluşmasına neden olan sağlık durumu ile ilgili bir zarar iddiası söz konusu olduğunda durumun oluşumundan kaynaklanan giderler yönetmelikler gereği yasal sağlık sigortası (X Sosyal Güvenlik Kanunu Paragraf 116. Maddeye göre) ya da özel sağlık sigortası tarafından karşılanacaktır. Bu durumda geriye yalnızca BGB Paragraf 249. Maddesi gereğince sağlık sigortası tarafından karşılanmayan iddialar kalacaktır. Bu noktada göz önünde bulundurulacak durumlar yasal sağlık sigortası tarafından yalnızca çok kısıtlı çerçeveler dahilinde karşılanan fizyoterapi ya da benzeri tedavi biçimleri olacaktır.

b) Tazminat Talebi

BGB Paragraf 251 Maddesi 1'e göre; tazminatı ödemekle yükümlü olan taraf, mağdur kişinin durumunun iyileştirilmesinin ya da düzeltilmesinin yeterli olmadığı durumlarda zararı maddi tazminat ile ödemek zorundadır. Bu zararın tazminatı vakasının genel kapsamı, bedensel ve sağlığa ilişkin zararların giderilmesi konusunda iş göremezlik tazminatına yönelik sınırlı kalmaktadır; diğer tüm mali zararları başka hükümler kapsamaktadır.

BGB Paragraf 842'den anlaşıldığı üzere kişiye karşı yöneltilen hukuka aykırı bir davranıştan her şeyden önce bedensel ya da sağlığa gelen zarardan zarar tazminatı hakkı ortaya çıktığında bir kişinin kazancı ve geçimi bakımından düştüğü dezavantajlı durum tazminat gerektiren zararlar arasında yer almaktadır. Bu zararlar herhangi bir tedavi yöntemi ile giderilememektedir. Bu durum istihdam olanaklarının bitmesi ile sonuçlanabilmektedir (BGB Paragraf 252 bu durumda yer ala-

¹⁴ Jauernig/Teichmann, § 249 BGB Rn. 6.

çaktır), fakat aynı zamanda gelecekteki kazanım, istihdam ve ilerleme şanslarını da azaltmaktadır.¹⁵ Her şeyden önce buyurucu olarak kendini bir işyerinin kaybında belli eden kazanç sağlama yeteneğinin soyut bir şekilde kısıtlanması da buna dahil edilmektedir. Aynı zamanda ev idaresiyle uğraşan bir eşin (“ev hanımıyla evlilik” ya da “evde işleriyle meşgul erkekle evlilik”) uğraşısını ikamet ettiği çevrede devam ettirmesi engellendiğinde tazminat talep edilebilmektedir¹⁶.

c) Kâr Kaybı

Vücut bütünlüğü ya da sağlığının ihlali nedeniyle ortaya çıkabilen ve tazmin edilen maddi zararların kapsamına mağdurun kar kaybı da girmektedir (BGB Paragraf 252 fıkra 1). BGB Paragraf 252 fıkra 2 bunun için bir ispat kolaylığı: Hayatın normal akışı içerisinde olabilecek alışıl gelmiş ya da hususi olaylar veya en önemlisi gerçekleşme ihtimali olan planlamalar kar kaybı olarak görülür. Bu ispat kolaylığı hakime zararın kapsamını belirlerken yardımcı olacaktır (Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu Paragraf 287 ile karşılaştırınız). Mağdurun, zarara yol açan olayı ispat etmeksizin sadece kâr oluşumunun olabilirliğini kanıtlaması yeterlidir. Sonrasında zarara sebebiyet veren kişi mutlak gerekçeler dolayısıyla kârın gerçekleşmeyeceğini açıklaması, gerektiğinde kanıtlaması gerekmektedir.

Bu madde PIP olayında, mağdurların gelecekte değiştirmeleri istenen implantların ücretlerinin tazmin edilmesi anlamına gelmektedir. Hatalı implantlar dolayısıyla çoktan meydana gelmiş mağduriyetler ve gerekli görülen uzun tedaviler nedeniyle kar kayıpları da tazmin kapsamındadır.

Fakat burada dikkat edilmesi gereken, kâr kaybı kaynaklı tazminat taleplerinde, tedavi giderlerinde olduğu gibi benzer bir problemin ortaya çıkmasıdır: Bir işçi hastalık kaynaklı çalışamazlık durumunda, ilk 6 hafta işveren tarafından ödenmekte

¹⁵ Alman Federal Yargıtayı Yeni Haftalık Hukuk Dergisi 1998, 1635.

¹⁶ Jauernig/Teichmann, § 842 BGB Rn. 3.

olan ücretini almaya devam eder. Bu durumun dengelenmesi için işçinin tazminat hakkı işveren üzerinden üçüncül kişilere devreder (Ücretin ödenmeye devam etmesi hakkında kanun Paragraf 4). Çok sayıda örnekte kâr kaybı mağdur olan kişilere değil, işveren lehine ortaya çıkmaktadır.

d) Manevi Tazminat

Tazminat hakkı doğuran zararlardan dördüncüsü, Alman yasalarında vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan manevi tazminat talebidir. BGB Paragraf 253 1. bendi zararın maddi boyutu olmadan tazminat talebinde bulunulamayacağını belirtir. Ancak bu kısıtlama hemen ikinci bentte ayrıca düzenlenmiştir, ki maddi boyutu olmayan tipteki zararlarda, eğer bedeni ve sıhhi ihlal (burada belirtilmeyen kişi hakları da dahil) olmuşsa, hakkaniyete uygun bir bedel nakden ödenmelidir. Bu, tazminat hakkı manevi tazminat olarak tanımlanmaktadır.

Günümüzde manevi tazminat hakkı sözleşmeden mi yoksa haksız fiilden mi doğduğuna bakılmaksızın belirlenmektedir. 2002 senesinden önce bu durum farklıydı. 25.07.2002 tarihinde yapılan kanun değişikliği ile (1.8.2002'de yürürlüğe girdi)¹⁷ klasik anlayış kalkmıştır, buna göre ancak haksız fiillerden¹⁸ doğan sorumluluk nedeniyle manevi tazminat talep edilebilmekteydi. O tarihten itibaren, gerek haksız fiil sorumluluğundan, gerek tehlike sorumluluğundan¹⁹ ve gerekse de bir sözleşme sorumluluğundan manevi tazminat söz konusudur.²⁰

Ayrıca böylelikle manevi tazminat taleplerine karşı mazeret gösterme noktaları da sınırlandırılmıştır. Burada geleneksel olarak ikili bir işlev düzenlemesi yapılır: Bir yandan mağdurun somut sıkıntı ve ruhsal kaygılarının giderilmesi, diğer yandan ise manevi tazminatın kasten reva görülen zarar ve ziyana karşılık bir cezalandırma olması. Manevi tazminatın hukuk litera-

¹⁷ BGBI I 2674.

¹⁸ Yukarı Bak II 3 a.

¹⁹ Yukarı Bak II 3 c.

²⁰ Yukarı bak II 2.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

türü üzerinden oldukça eleştirilmesi ve kanun koyucunun manevi tazminat talebini kusursuz sorumluluğu da içine alacak şekilde genişletmesi sonrası Federal Yargıtay bugün bireysel hak ihlalinin maddi olmayan ihlalle daima denk tutulması gerektiğini ima etmektedir.

Hakkaniyet sınırlarında belirlenen manevi tazminat kararının her bir duruma özel belirlenmesi beklenilmektedir. Bu nedenle, yapılan değerlendirme zordur. Somut bir davada manevi tazminatın saptanmasından çıkarsamalar yapmak da güçtür. Ancak uygulamalarda emsal toplama (manevi tazminatlar çizelgesi) yoluyla benzer mağduriyetlerin standart bedellere ulaşmasına çalışılmaktadır. Tazminat talebinin belirlenmesinde öncelikle mağdurun durumu, özellikle zararın ağırlığı ve duyulan ızdırap önem taşımaktadır. Ayrıca zarara uğrayan kişinin çıkarlarını koruma becerisi de rol oynar. Bu durum kuşkusuz çarpıcı sonuçlara yol açar; benzer mağduriyette ilgilinin kendi davranışları çerçevesinde yapay bir boşluğa düşmesi tazminatı düşük sonuçlandırır.²¹ Zarara uğrayan kişi zarar dolayısıyla ölürse (veya başka bir sebepten ötürü) tazminatın hesaplanması ölüm anını temel alır. Mağduriyet ne kadar büyükse ve geriye kalan yaşam süresi de buna bağlı olarak ne kadar kısaysa, tazminat miktarı da o ölçüde az hesaplanır. Bir uçak düşmesi olayında kazazedeler neredeyse hemen ölecekleri için tazminat miktarı talep edilen kadardır.²² Mağduriyette müşterek kusurun olması (BGB Paragraf 254), kasıtsız sorumluluğun göz önünde bulundurulması durumunda tazminat miktarı düşmektedir.²³

Son yıllarda manevi tazminata duyulan memnuniyet geriye gitmesine rağmen yine de tazminat karşıtlarının miktarın yüksekliğine ilişkin tutumları mühimdir: Kusur ne kadar büyükse tazminat da o kadar çok olur. Aynı zamanda zarar verenin yaklaşımı da olayın mahiyeti doğrultusunda bir rol oynar; yani

²¹ BGHZ 138, 391.

²² OLG Düsseldorf VersR 2001, 1384.

²³ BGHZ 20, 262; BGH NJW 1970, 1037.

her kim mağduriyetin sonuçlarını azaltmak için çaba gösteriyorsa mağduriyet karşısında vurdumduymaz olan tüm kişilere göre daha az tazminat ödemek durumundadır. Nihayetinde zarara sebep olan kişinin ödeme gücü de önem taşımaktadır: Her kimin ödeme gücü diğer kimselere göre daha güçlü ise daha fazla tazminat da ödemelidir. Eğer zararı karşılayan bir sigorta şirketi ise aynı geçerlidir.²⁴

Bu kısa açıklamalar Almanya'da manevi tazminatın diğer başka ihlal konularına göre ılımlı bir artışta olduğunu açıklar. ABD'de kısmen karara bağlanmış büyük meblağlar alışılmışın dışındadır. Şimdiye kadar Almanya'da verilen beş haneli meblağlara bakıldığında uzun süreli sonuçları olan ciddi ihlallerin olduğu görülür.

Aynı zamanda PIP olayının mağdurlarına en az üç, çoğunlukla dört haneli tazminat miktarları hesaplanabilmesi, - her ne olursa olsun implantların üreticisiyle alakalıdır. Oysaki bu üretici iflas etmiştir ve basın bültenlerine göre yalnızca Fransa'da ortaya çıkan olumsuzluklara karşı zorunlu kaza sigortası yapılmıştır.

e) Diğer Zararlar

Bu belirtilen zararlar dışında Alman tazminat hukukunda başka zararlar tanımlanmamıştır. Bu her şeyden önce, Amerikan Hukuku'nun tanıdığı şekliyle cezai tazminat gerektiren haklar (punitive damages) ve duygusal zararlar nedeniyle oluşan üçüncü kişi hakları için geçerlidir. Bu nedenle 24.3.2015 tarihindeki olayın Germanwings mağdurlarının yakınları, Alman Yasaları çerçevesinde herhangi bir hakka sahip olmayacakları için ABD - Yasaları çerçevesinde bir yetki arayışı içerisindedirler.²⁵

²⁴ BGH NJW 1993, 1532.

²⁵ Vgl. Westfälische Nachrichten vom 20.4.2015, S. 8; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.4.2015, S. 7.

2. Nedensellik Sorunu

Sözleşmeye ya da haksız fiil sorumluluğuna dayalı olsun, tüm zarar tazminat iddialarında, mağdur kişinin oluşan hasarın aslen görev ihlali, hatalı ürün sunulması ya da haklarının ihlali (örn. kural ihlali) nedenleri dolayısıyla oluştuğunu kanıtlaması ön görülmektedir. BGB Paragraf 823 1. Fıkrası'na göre; haksız fiile dayalı zararın davalı tarafa isnad edilebildiği ileri sürülmeli ve gerektiğinde ispat edilmeli. Mağdur taraf için her iki iddianın kanıtlanması da genellikle kolay değildir.

Sadece uzun bir süre teneffüs edilen (ahşap koruma maddesi ve asbest maddesindeki durumlar) zararlı maddelerin yavaş yavaş birikmesinde olduğu gibi bir zararın yavaş yavaş kendini gösterdiği durumlardan bahsetmek gerekmektedir. Bu vakalar için geçerli hukuk sorunlu durumlarda tatmin edici bir çözüm sunmamaktadır. Ürün sorumluluğu hakkı dâhil zarar tazminatı hakkının belli bir zayıf yönü burada bulunmaktadır çünkü ProdhaftG Paragraf 1 Fıkra 4 ürün hatası ile mağdur olan kişinin hukuki değerinin ihlali arasındaki nedenselliğin kanıtlanması gerektiğinin açık bir şekilde tespit etmektedir.

IV. Bedenen Zarar Görme Nedeniyle Tazminat Haklarının Tüketiciyi Korumaya Özgü Biçimlendirilmesi

Yukarıda verilen açıklamalar sadece tüketici için geçerli olan bedensel zararların tazminatı bakımında bir zarar tazminatı hukukunun Almanya'da var olmadığını fakat tüketiciler maruz kaldığı sürece genel zarar tazminatı hakkı sayesinde genel olarak tatmin edici sonuçlara erişilebileceğini göstermiştir.

Sözleşmede yer alan olası zarar tazminatı haklarını kısıtlayabilecek anlaşmalar kendi açısından kısıtlanmak suretiyle sözleşmede yer alan zarar tazminatı hakları saf dışı bırakıldığı sürece kendine özgü tüketiciyi koruma kuralları için içine müdahil olmaktadır.

Öncelikle Genel İşlem Şartları ile bir koruma sağlanmaktadır. (BGB Paragraf 305 vd) Bu açıdan özellikle satıcı-tüketici

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ilişkinde geçerli olan ve ayrıca sayesinde Genel İşlem Şartları belli ve katalog formunda sayılan şartların yasaklandığı BGB Paragraf 308 ve 309'a işaret edilmektedir. Elimizdeki bağlamda her şeyden önce BGB Paragraf 309 No 7 bunu yapmaktadır. Bu hüküm gereğince Genel İşlem Şartları kapsamında sorumsuzluk anlaşması eğer (BGB Paragraf 310 Fıkra 1 Bent 1) hayatın, bedenin ya da sağlığın ihlali söz konusu ise ve kullanıcının ihmali nedeniyle ya da bir yasal temsilcinin ya da ifa yardımcısının kasıtlı ya da ihmali olarak yükümlülüğünü ihlaline dayanıyorsa yasaktır. Aynısı kullanıcının ağır ihmali ile yükümlülüğünü zedelemesine ya da bir yasal temsilcinin ya da kullanıcının görevini yerine getirmede faydalandığı kişilerin kasıtlı ya da ihmali olarak yükümlülüğünü zedelenmesine dayanan diğer zararlara ilişkin sorumluluğun bağlantısı ya da sınırlandırması için geçerlidir. Bununla birlikte genel olarak izin verilen sorumluluk kısıtlamaları (karşılaştırınız BGB Paragraf 276 Fıkra 3, Paragraf 278 Fıkra 2) açık bir şekilde daha da kısıtlanmaktadır.

Tüketici sözleşmelerindeki muafiyetler ile ilgili özel kurallar yalnızca tek tük karşımıza çıkmaktadır. Tüketici satın alma haklarında, BGB Paragraf 475 1. Fıkrasına göre tüketicinin tazminat isteme haklarının sözleşme ile sınırlandırılmasına karşı önemli geliştirmeler bulunmaktadır. Bu kural, tüketici sözleşmelerinde, tüketiciyi olası durumlarda geçerli kılmasını sağlayacak satın almaya ait yasal garantide her kısıtlamayı yasaklamaktadır. Bu aynı zamanda BGB Paragraf 437 Maddesi 3. Fıkrasına göre bedensel zararlara yönelik tazminat davalarını da kapsamaktadır. Tüketici Hakları Yasasında müşteri hiçbir kısıtlama imkânı olmaksızın satıcı tarafından korunmalıdır.

Seyahat sözleşmesindeki paralel yönetmelik (BGB Paragraf 651m) paket seyahat programları için zararın tazminatı hakkı konusunda istisnai sınırlamalar içermektedir. Bu noktada şunu tekrar belirtmek gerekir ki;

Bu açıdan seyahat sözleşmesi yapma hakkına BGB Paragraf 651h'de müsaade eden sorumluluk sınırlandırmasının bedensel zararlar için seyahat ücretinin üç katı olarak orada açık bir

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Şekilde belirlenmiş olması tamamlayıcı olarak göz önünde bulundurulmak durumundadır.

Fakat hali hazırdaki kira sözleşmelerinde, normal hizmet sözleşmelerinde ve iş sözleşmelerinde tüketicinin haklarını güçlendirecek maddeler eksiktir. Bu nedenle zarar tazminat davalarında bedensel zararların firma tarafından kapsamlı bir karşılama ya da koruma durumu mümkün olamamaktadır.

IV. Sonuç

Yukarıda detayları açıklanan soruşturma, Almanya'da tek bir Tüketici- Tazminat Yasası bulunmadığını, fakat mevcut yönetmeliklerin tüketicinin bedensel ve sağlığına ilişkin muhtemel zarar-hasarlardan korumak için yeterli olduğunu göstermiştir. Fakat mevcut yönetmelik sisteminde, tüketicinin şikâyet edebilmesi ve durumunu tanımlayabilmesi için uygun yasayı bulabilmesi konusunda zorluk oluşturan bir karmaŐa mevcuttur. Bu noktada daha sistemli bir hukuki uygulama çerçevesinin olması gerekmektedir.

DIE HAFTUNG WEGEN KÖRPERSCHÄDEN IM DEUTSCHEN VERBRAUCHERSCHUTZRECHT

Dr. Rainer KEMPER, Münster¹

I. Einführung²

„Die Haftung wegen Körperschäden im deutschen Verbraucherschutzrecht“ – ein komplexeres Thema hätte sich kaum finden lassen können, betrifft die Thematik doch nahezu alle Bereiche des deutschen Schadensersatzrechts, weil dieses – von kleinen Ausnahmen abgesehen – kein spezifisches Verbraucher-Schadensersatzrecht kennt, so dass der Ausgangspunkt einer jeden Betrachtung einer Haftung für Körperschäden im Bereich des Verbraucherschutzrechts das allgemeine Schadensersatzrecht sein muss. Wir werden uns deswegen gleich auch mit der Systematik des deutschen Schadensersatzrechts im Allgemeinen zu befassen haben.

Damit die Darstellung aber nicht zu schwerfällig und theorielastig wird, möchte ich die Problematik an einem Beispiel diskutieren, das gerade hochaktuell ist, weil es dazu im Mo-

¹ Der Verfasser verwaltet eine Professur für Wirtschaftsrecht an der Hochschule Osnabrück und ist Lehrbeauftragter an den Universitäten Münster und Paris X.

² Der Vortrag wurde auf dem „International Congress of Current Developments on Compensation for Physical Damages and Determination Principles“ gehalten, der vom 5.-8-5-2015 in Ankara an der Hacettepe Universität in Zusammenarbeit mit der Union of Turkish Bar Associations stattgefunden hat. Die Vortragsform wurde beibehalten.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ment eine Vielzahl von anhängigen Klagen gibt, und auch der Bundesgerichtshof hat sich am 9.4.2015 damit befasst: den Fall der fehlerhaften Brustimplantate, die von der französischen Firma PIP hergestellt und weltweit vertrieben worden sind.

Kurz zusammengefasst lag folgender Sachverhalt vor: Der französische Hersteller Poly Implant Prothèse (PIP) hatte seine Brustimplantate statt mit Spezial-Silikon mit billigerem Industrie-Silikon befüllt. Weltweit hatten sich mehrere zehntausend Frauen die Implantate einsetzen lassen, in Deutschland nach Schätzung des Bundesinstituts für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) rund 6000 Frauen. Französische Behörden hatten 2010 den Vertrieb gestoppt, weil sich Berichte über geplatzte oder undichte Silikonkissen häuften. Das BfArM empfahl betroffenen Frauen Anfang 2012, die Implantate entfernen zu lassen. Bei fast jeder zweiten Frau, die diesem Aufruf gefolgt ist, hatte laut BfArM zumindest ein Silikonkissen Risse oder das Implantat schwitzte Silikon in den Körper aus. Viele Frauen suchten nun nach Schadenersatz. PIP selbst ist insolvent und war nur gegen Schadensfälle in Frankreich versichert. Klagen gegen Ärzte blieben durchweg ohne Erfolg, weil die Schönheitschirurgen zumindest bis 2010 nichts von den Problemen mit PIP-Brustimplantaten wissen konnten. Weitere Klagen richteten sich daher auch gegen den TÜV Rheinland. Dieser hatte das Herstellungsverfahren bei PIP zertifiziert. Im Januar 2014 hatte das Oberlandesgericht (OLG) Zweibrücken eine solche Klage abgewiesen. Bei der Zertifizierung sei es nur um das Herstellungsverfahren und die Qualitätssicherung gegangen, nicht aber um die Qualität und Beschaffenheit der Produkte selbst. Dieses Verfahren lag nun dem BGH vor.

Dieser Fall zeigt zunächst sehr deutlich, dass die Frage der Haftung wegen Körperschäden sowohl in vertraglichen Schuldverhältnissen als auch in außervertraglichen Beziehungen auftreten kann. Das deutsche Recht stellt – anders als etwa das französische Recht – die deliktische Schadensersatzhaftung ohne weiteres neben die vertragliche. Daraus folgt, dass sich aus der Prüfung von deliktischen Anspruchsgrundlagen

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

gegebenenfalls andere Rechte ergeben können als aus der Prüfung vertraglicher Ansprüche (oder umgekehrt). Dass dann, wenn zwischen Anspruchsteller und Anspruchsgegner keinerlei vertragliche Beziehungen bestehen, nur Ansprüche auf deliktischer Basis bestehen können, versteht sich von selbst.

Im Beispielsfall bedeutet das, dass sich Ansprüche der operierten Frauen gegen die Klinik und den operierenden Arzt aus vertraglichen wie deliktischen Grundlagen ergeben können, wenn es sich um Privatpatientinnen handelte,³ dass aber Ansprüche gegen den Hersteller der Implantate, etwaige Zwischenhändler und den TÜV Rheinland nur auf deliktischer Grundlage begründet sein können.

Es reicht also nicht, sich bei der Erörterung der Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Weise im deutschen Recht Körperschäden von Verbrauchern ersetzt werden, ist deswegen die Betrachtung beider Rechtsbereiche erforderlich. Ich werde deswegen im Folgenden sowohl auf vertragliche wie auf deliktische Ansprüche eingehen und sowohl deren Gemeinsamkeiten als auch deren Unterschiede herausarbeiten.

Fraglich ist auch, ob der Zusatz in der Fragestellung, der sich aus der Bezugnahme auf den Begriff des Verbraucherschutzes ergibt, tatsächlich eine Eingrenzung des Themas bedeutet. Nach klassischer Auffassung ist Verbraucherschutzrecht das Recht, das den Verbraucher in seinem besonderen Verhältnis zur Anbieterseite schützt, weil er dieser strukturell unterlegen ist. Verbraucherschutzrecht im engen Sinne der Definition ist deswegen nur das Recht, das gerade die spezifischen Gefahren für Verbraucher beseitigen soll, die sich aus diesem strukturel-

³ Schon unklarer ist die Haftungslage bei gesetzlich Krankenversicherten, weil in diesem Fall der Behandlung kein eigener Vertrag zwischen Krankenhaus bzw. Arzt und der Patientin zugrunde liegt, sondern die Patientin nur aufgrund des Rahmenvertrages zwischen dem Krankenhausverband und dem Verband der gesetzlichen Krankenversicherungen behandelt wird. In den Schönheitsoperationsfällen ist aber nur ein kleiner Teil der Behandlungen medizinisch indiziert, so dass es im Regelfall einen privaten Krankenbehandlungsvertrag zwischen Klinik und Arzt auf der einen Seite und der Patientin auf der anderen Seite gibt.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

len Ungleichgewicht ergeben. In dieser engen Auslegung gibt es einen speziellen Ersatz für Körperschäden im deutschen Verbraucherschutzrecht nicht. Schadensersatzansprüche wegen Körperschäden sind generell ausgestaltet. Geschützt werden damit Verbraucher grundsätzlich in gleicher Weise wie Unternehmer in ihrem unternehmerischen Tun, denn der deutsche Gesetzgeber hielt den Ersatz bei Körperschäden für derart elementar, dass er allen Betroffenen in ähnlicher Weise geschützt hat. Unterschiede, wie sie z.B. im Produkthaftungsrecht in Bezug auf Sachschäden bestehen (vgl. § 1 Abs. 1 Satz 2 ProdhaftG), fehlen deswegen in Bezug auf Körperschäden. Insoweit ergeben sich für Verbraucher allenfalls partielle Erleichterungen in Bezug auf vertragliche Ansprüche, soweit Mängelrechte betroffen sind (vgl. §§ 474 ff. BGB für den Verbrauchsgüterkauf).

Verbraucherschutz ist aber mehr als ein Rechtsschutz durch allein auf Verbraucher anwendbare Regelungen. Das Verbraucherschutzrecht ist eine Ergänzung der Allgemeinen Schadensersatzregelungen – soweit das Verbraucherschutzrecht auf diesen aufbaut, gehören deswegen diese allgemeinen Regelungen mit zum Verbraucherschutzrecht. Verbraucherschutzrecht im hier verstandenen Sinne ist deswegen das Recht, dass nur den Schutz von Verbrauchern bezweckt, aber auch das Recht, dass auch den Schutz von Verbrauchern zum Ziel hat und diesen Schutz bewirkt.

Damit ergibt sich für den Aufbau des Vortrages folgende Reihenfolge: Ich werde in einem ersten Hauptteil erörtern, unter welchen Voraussetzungen Schadensersatz wegen Beschädigung des Körpers verlangt werden kann (siehe dazu unter II:), um danach in einem zweiten Hauptteil näher zu beleuchten, welche Konsequenzen ein Schadensersatzanspruch wegen Körperschäden haben kann, was also konkret unter dem Schadensersatz wegen Körperschäden zu verstehen ist.

II. Die Systematik der Ansprüche auf Ersatz von Körperschäden

1. Die Alternativität von vertraglicher und deliktischer Haftung

Das deutsche Recht unterscheidet bei den Schadensersatzansprüchen zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen. Sind die Voraussetzungen von beiden gegeben, besteht eine doppelte Begründung des einheitlichen Anspruchs. Es gibt also keine Alternativität der Ansprüche in dem Sinne, dass man sich von vornherein zwischen den beiden System entscheiden müsste, sondern eine Kumulierung der Anspruchsgrundlagen (bei allerdings einmaliger Zahlung) ist möglich. Genauso wenig sind diese Ansprüche im Prinzip voneinander abhängig in dem Sinne, dass sich die Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieser Ansprüche gegenseitig beeinflussen, etwa in dem Sinne, dass sie einheitlich verjährten⁴ oder dass ein Anspruch dann ausgeschlossen wäre, wenn zwar seine Voraussetzungen vorliegen, nicht aber die des alternativen Anspruchssystems.

a) Auswirkungen bei der Haftung für Dritte

Wesentliche Unterschiede zwischen der vertraglichen Schadensersatzhaftung und der deliktischen Schadensersatzhaftung bestehen vor allem in der Haftung für das Verschulden Dritter: Während ein Vertragspartner gegenüber seinem Vertragspartner (und den in den Schutzbereich des Vertrages einbezogenen Personen für das Verschulden aller Personen haftet, derer er sich zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten bedient (Haftung für Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB), ohne dass er sich in diesen Fällen durch den Nachweis entlasten könnte, dass er bei der Auswahl, Anleitung und Überwachung dieser Personen alles ihm Mögliche getan hat, um eine Schädigung zu vermeiden, kann die Haftung für das Verschulden eines Dritten im außervertraglichen Haftungsbereich mit einem derartigen Entlastungsbeweis ohne weiteres ausgehe-

⁴ Handkommentar-BGB/Staudinger, 8. Aufl., 2014, Vor §§ 823-853 Rn. 13.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

belt werden (Haftung für Verrichtungsgehilfen, § 831 BGB). Es bleibt dem Geschädigten dann nur noch der wenig werthaltige Schadensersatzanspruch gegen den Mitarbeiter, welcher den Schaden verursacht hat.

Beispiel: Ein Bauherr besichtigt zusammen mit einem Freund die Baustelle seines Hauses. Durch das Verschulden eines Mitarbeiters des Bauunternehmens bei der Absicherung der Baustelle stürzen beide in einen nicht abgedeckten Schacht und brechen sich beide ein Bein. Die Haftung des Bauunternehmens gegenüber dem Bauherrn richtet sich nach §§ 280, 278 BGB und nach § 831 BGB. Kann sich der Bauunternehmer dadurch entlasten, dass er nachweist, seinen Mitarbeiter sorgfältig ausgesucht, angeleitet und überwacht zu haben, dann bleibt immer noch die Haftung aus §§ 280, 278 BGB übrig, denn die Exculpation nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB wirkt für die vertraglichen Ansprüche nicht. Zwischen dem Bauherrn begleitenden Freund und dem Bauunternehmer besteht dagegen kein Vertrag. In Betracht kommt insoweit deswegen nur die deliktische Haftung aus § 831 Abs. 1 BGB. Kann sich aber der Bauunternehmer nach entlasten, dann entfällt damit seine Haftung ganz. Dem Geschädigten bleibt nur noch die Möglichkeit, den Bauarbeiter, dem der Fehler unterlaufen war, auf Schadensersatz in Anspruch zu nehmen.

Darin liegt ein ganz wesentlicher Unterschied, der dazu geführt hat, dass Rechtsprechung und Literatur dazu neigen, Rechtsfiguren zu erfinden und zu praktizieren, die den Anwendungsbereich der vertraglichen Haftung möglichst weit ausdehnen. So wurde das Rechtsinstitut der culpa in contrahendo geschaffen, um die vertragliche Haftung bereits vor dem Abschluss eines Vertrages eintreten lassen zu können.⁵

Hingewiesen sei insoweit auf den berühmten „Salatblattfall“: Eine Kunde eines Supermarkts, in dem der Kaufvertrag erst an der Kasse geschlossen wird, verletzt sich beim Sturz in der Ge-

⁵ RGZ 95, 58; BGHZ 6, 333.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

müseabteilung, weil er auf einem Salatblatt ausrutscht, das eine ansonsten sehr zuverlässige Mitarbeiterin aus Unachtsamkeit nicht rechtzeitig entfernt hatte. Wendete man in diesem Fall allein deliktische Regeln an, käme man nicht zu einer Haftung des Supermarktbetreibers (sondern nur zur Schadensersatzpflicht der Mitarbeiterin), weil dieser sich nach § 831 Abs. 1 Satz 2 exculpieren könnte. Das wäre für den Kunden ein äußerst unbefriedigendes Ergebnis, weil die Mitarbeiterin wegen ihres regelmäßig geringen Gehalts kein zahlungsfähiger Schuldner für den Schadensersatzanspruch des Kunden wäre. Der Gesetzgeber hat bei der Schuldrechtsreform 2002 diesen Gedanken aufgegriffen und mit § 311 Abs. 2 und 3 BGB genau diese Lage kodifiziert, die bereits zuvor gewohnheitsrechtlich praktiziert wurde. Da die Vertragsabschlussituation eine ganz typische Situation in der Interaktion zwischen Verbraucher und Anbieter ist, kann insoweit von „Verbraucherschutzrecht für alle“ gesprochen werden.

Vergleichbare Probleme stellen sich bei einer Haftung post contractum finitum, also bei nach der Durchführung eines Vertrages eintretenden Schädigung, wenn die Schädigung noch einen engen Bezug zu dem beendeten Vertragsverhältnis hat.

Noch weiter ausgedehnt wurde die vertragliche Haftung durch die Rechtsfigur des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.⁶ Diese Rechtsfigur fußt auf dem Gedanken, dass es bei Vertragsverhältnissen vorkommen kann, dass auch andere Personen als der Vertragspartner bestimmungsgemäß mit der vertraglich geschuldeten Leistung der anderen Seite in Kontakt kommen können. Für diese Konstellation hat die Rechtsprechung eine Haftung nach vertraglichen (und nicht nur nach deliktischen) Grundsätzen angenommen, wenn eine Nähebeziehung zwischen dem Vertragsschließenden und dem Dritten besteht⁷, wenn der Dritte in vergleichbarer Weise mit

⁶ Zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vgl. grundlegend BGHZ 56, 273; 66, 56; 133, 171; Bayer, JuS 1996, 473; Gernhuber in Festschrift für Nikisch, 1958, S. 249.

⁷ Diese ursprünglich viel strengeren Anforderungen wurden nach und nach gelockert; vgl. BGHZ 129, 167; 133, 172 lassen jetzt wohl schon ohne

der geschuldeten Leistung in Kontakt kommt wie der Vertragspartner selbst und der Schuldner diesen Umstand kennt.

Beispiel: Den Wohnungsmietvertrag⁸ hat Herr M allein abgeschlossen. Als die Familie M abends nach Hause kommt, ist das Treppenhauslicht defekt. Frau M stürzt deswegen im Treppenhaus und bricht sich einen Arm. Der sonst sehr zuverlässige Hausmeister hatte es versäumt, das Licht zu reparieren, obwohl er von einem anderen Mieter auf das Problem hingewiesen worden war. In diesem Fall haftet der Vermieter der Wohnung nicht nur nach § 831 BGB (mit der Entlastungsmöglichkeit des § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB), sondern auch nach §§ 280, 278 BGB, weil der zwischen ihrem Mann und dem Vermieter abgeschlossene Vertrag auch Schutzwirkung für Frau M entfaltet. Ebenso wäre die Rechtslage bei einem Unfall eines Kindes des M zu beurteilen, nicht dagegen bei einem Unfall eines Besuchers; denn dieser kommt mit der geschuldeten Leistung – der Überlassung der Wohnung – nicht in vergleichbarer Weise in Kontakt wie der Mieter selbst, weil er sich dort nur kurzfristig aufhält, nicht aber dort wohnt.

Die genannten Rechtsfiguren können miteinander kombiniert werden, so dass es eine culpa in contrahendo in einem Schuldverhältnis mit Schutzwirkung zugunsten Dritter geben kann.

Beispiel: Im oben angesprochenen „Salatblattfall“ verunfallt nicht die Kundin die im Supermarkt einkaufen will, sondern deren kleine Tochter, die sie beim Einkauf begleitet. Auch in diesem Fall haftet der Inhaber des Supermarkts (auch) nach vertraglichen und nicht nur nach deliktischen Grundsätzen.

b) Durchbrechungen der Eigenständigkeit der Ansprüche

Das Prinzip der vollkommenen Eigenständigkeit der vertraglichen bzw. vertragsähnlichen und der deliktischen Ansprüche ist allerdings in mehrfacher Hinsicht durchbrochen:

Näheverhältnis bei nur bestimmungsgemäßigem Leistungskontakt die Bejahung eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter zu.

⁸ Siehe BGHZ 77, 124 m.w.N.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass die Alternativität der Ansprüche im Regelfall bei der Feststellung der Haftungsvoraussetzungen endet. Die Frage der Schadensbemessung, d.h. die Frage, welche Schäden überhaupt ersetzt werden, wird dagegen heute für alle Schadensersatzansprüche einheitlich in den §§ 249 ff. BGB geregelt. Insofern hat sich die Lage gerade bei der Haftung für Körperschäden deutlich verbessert; denn früher gab es ein Schmerzensgeld nur in den Fällen, in denen ein Haftungstatbestand nach §§ 823 ff. BGB verwirklicht war, während in den Fällen, in denen zwar die Voraussetzungen für eine vertragliche, nicht aber eine deliktische Haftung vorliegen (vgl. den „Bauherrenfall“) kein Schmerzensgeldanspruch bestand. Der Gesetzgeber hat diese nicht zu begründende Differenz zutreffend beseitigt. Unterschiede in Bezug auf den ersatzfähigen Schaden können heute noch vor allem dann bestehen, wenn Gefährdungshaftungen als deliktische Haftungen in Betracht kommen. So enthält das Produkthaftungsgesetz beispielsweise in § 9 ProdhaftG eine Obergrenze (von 85 Millionen Euro) für alle Körperschäden, die durch dasselbe Produkt oder gleichartige Produkte mit gleichen Fehlern verursacht worden sind.

Im PIP-Fall bedeutet das, dass die geschädigten Frauen alle zusammen vom Hersteller der Implantate maximal 85 Millionen Euro fordern könnten.

Es gibt Fallkonstellationen, in denen ein abweichender vertraglicher Haftungsmaßstab auf eine deliktische Haftung zu übertragen ist. Das Zivilrecht kennt eine Reihe von Fällen, in denen der „normale“ Haftungsmaßstab Vorsatz und (jede Art von) Fahrlässigkeit (vgl. § 276 BGB) in bestimmten vertraglichen Konstellationen modifiziert wird: Zu denken ist etwa an die Beschränkung der Haftung auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit durch die §§ 300 Abs. 2, 521, 599, 708, 1359, 1664. Deswegen unterscheidet sich etwa die Haftung bei einer vertraglich bindend vereinbarten Leihe (vgl. § 599 BGB) von derjenigen bei einer nicht bindenden Gefälligkeitsleihe, in der voll

gehaftet wird.⁹ Umgekehrt kommen aber Haftungerschwereungen aus dem vertraglichen Bereich (z.B. § 287 BGB) nicht in Betracht, um eine strengere deliktische Haftung zu begründen.

Im Gegensatz zu dem eben als Grundsatz herausgestellten Prinzips, dass die Verjährung von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen abstrakt voneinander zu beurteilen ist, steht, dass in manchen Fällen eine kurze vertragliche Verjährungsfrist auch auf deliktische Ansprüche durchschlagen kann (etwa §§ 548, 606).¹⁰ In diesen Fällen setzt sich die engere vertragliche Beziehung durch.

2. Vertragliche Ansprüche auf den Ersatz von Körperschäden

Körper- und Gesundheitsschäden entstehen in vielen Fällen, wenn ein Vertragspartner des Verbrauchers eine Pflichtverletzung begeht und auf diese Weise eine Ursache für den Eintritt einer Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung setzt. In Betracht kommen dann vertragliche Schadensersatzansprüche. Entsprechendes gilt, wenn noch kein Vertrag besteht, aber schon ein vorvertragliches Vertrauensverhältnis besteht (vgl. § 311 BGB).

Das deutsche Recht kennt keinen einheitlichen Anspruch auf Schadensersatz wegen Vertragsverletzungen. Das Gesetz unterscheidet vielmehr auch nach der Schuldrechtsreform noch Ansprüche wegen Schäden, die aus der Mangelhaftigkeit von vertraglichen Leistungen entstehen, die bei den einzelnen Vertragstypen geregelt sind (etwa §§ 434 ff. BGB für den Kauf, §§ 634 ff. BGB für den Werkvertrag), solchen wegen Unmöglichkeit der Leistung (§§ 280 ff., 311a BGB), solchen wegen Schuldnerverzugs (§§ 280, 286 BGB) und solchen wegen anderer, nicht in das sonstige System einzuordnender Pflichtverletzungen (§ 280 BGB).

⁹ Vgl. BGH NJW 1992, 2474, 2475.

¹⁰ OLG Hamm r+s 2001, 416; BGH BB 2006, 574; BGH VersR 10, 1466 ff.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Betrachtet man die vorliegende Thematik, den Ersatz von Körperschäden im Verbraucherschutzbereich, dann wird schnell klar, dass von den geschilderten Fallgruppen vor allem die Schadensersatzhaftung wegen der Mangelhaftigkeit von vertraglichen Leistungen und wegen sonstiger Pflichtverletzungen in Betracht zu ziehen sind. Körperschäden durch die Unmöglichkeit der Leistung oder durch deren verspätete Erbringung sind nur als Ausnahmefälle denkbar.

Es soll hier keine in Details gehende Untersuchung der Haftung bei den einzelnen Vertragstypen vorgenommen werden. Ich beschränke mich vielmehr auf eine Darstellung der Systematik, um den Rahmen nicht zu sprengen. Betrachtet man die genannten Haftungstatbestände näher, dann wird deutlich, dass alle genannten Normen letztlich auf §§ 280, 311a BGB verweisen. Daraus ergibt sich der Rechtscharakter der vertraglichen Haftung im Allgemeinen: Es handelt sich um eine Haftung wegen Pflichtverletzung wegen eines vermuteten Verschuldens. Dieses besteht in einem Kennen oder Kennenmüssen, wenn der haftungsauslösende Umstand bereits beim Vertragsschluss bestand (§ 311a BGB) und in einem echten Verschulden, wenn der haftungsauslösende Umstand erst nach dem Vertragsschluss eingetreten ist (vgl. § 280 Abs. 2 BGB). In beiden Fällen haftet der Vertragspartner für alle Personen, derer er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, wie für eigenes Verschulden (§ 278 BGB). Eine irgendwie geartete Entlastungsmöglichkeit besteht nicht, wenn dem Erfüllungsgehilfen Fahrlässigkeit oder Vorsatz zur Last fällt, denn der Schuldner haftet nicht für ein eigenes Verschulden, sondern es wird ihm ein Fremdverschulden zugerechnet.

Der Geschädigte wird in den Fällen der §§ 311a, 280 BGB dadurch privilegiert, dass das Verschulden des Geschäftsherrn vermutet wird. Das bedeutet, dass nicht der Geschädigte den Sorgfaltsverstoß oder das Kennen bzw. Kennenmüssen des Schuldners darlegen und notfalls beweisen muss, sondern dass der Schuldner alle Umstände darlegen und notfalls beweisen muss, aus denen sich ergibt, dass er den Mangel, welcher zu

der Schädigung von Körper oder Gesundheit geführt hat, weder kannte noch kennen konnte (bei § 311a BGB) bzw. dass er den Pflichtverstoß weder vorsätzlich noch unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt begangen hat.

Keine Hilfe bieten die vertraglichen Schadensersatzansprüche aber dann, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Schuldner die Ursache des Körperschadens weder kannte noch kennen musste bzw. dass er auch nicht fahrlässig oder vorsätzlich gehandelt hat. Das kommt recht häufig vor: Im PIP-Fall etwa wird ein irgendwie geartetes Verschulden des Krankenhauses bzw. von dessen Mitarbeitern schon deswegen fehlen, weil das Krankenhaus auch unter Einbeziehung von dessen Untersuchungs- und Rügepflicht (§ 377 HGB) keine Möglichkeit hatte, die Mangelhaftigkeit der Brustimplantate zu erkennen. Das Gleiche gilt in vielen anderen Fällen von Produktmängeln, weil der Verkäufer, der das Produkt an den Endverbraucher weiterveräußert, regelmäßig gar nicht die Möglichkeit hat, einzelne defekte Produkte in einer ansonsten einwandfreien Produktionsserie (sog. Ausreißer) zu ermitteln.

3. Deliktische Ansprüche auf den Ersatz von Körperschäden

Neben den vertraglichen Ansprüchen auf Ersatz von Körper- und Gesundheitsschäden stehen die deliktischen Ansprüche auf Schadensersatz wegen dieser Schäden. Sie ergeben sich nicht aus einer allgemeinen Generalklausel, sondern es wird eine Vielzahl von einzelnen Schadensersatzgrundlagen unterschieden. Im Folgenden werden die für Verbraucherschutz-Konstellationen relevanten Tatbestände kurz skizziert und nach dem erforderlichen Grad des Verschuldens des Schadensverursachers eingruppiert. Dabei ist festzustellen, dass der Ersatz von Körper- und Gesundheitsschäden im Verbraucherschutzbereich in aller Regel den Nachweis des Verschuldens des Schädigers durch den Geschädigten erfordert. Nur bei der Gehilfenhaftung (§ 831 BGB) wird das Verschulden vermutet. Dieser Anspruch ist jedoch gerade wegen der Entlastungsmög-

lichkeit (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB) relativ schwach. Eine Gefährdungshaftung findet sich nur im Produkthaftungsbereich (§ 1 ProdhaftG).

a) Schadensersatzansprüche wegen nachgewiesenen Verschuldens

Die klassischen Schadensersatzansprüche des Deliktsrechts setzen als Tatbestandsmerkmale unter anderem voraus, dass der Anspruchsgegner schuldhaft gehandelt hat. Das bedeutet, dass der Geschädigte darlegen und notfalls beweisen muss, dass und warum der Schädiger vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Das wird dem Geschädigten oft schwer fallen. Diese Ansprüche sind deswegen oft schwer durchzusetzen.

Der in der Praxis wichtigste Schadensersatzanspruch aus dieser Gruppe ergibt sich aus § 823 Abs. 1 BGB. Es handelt sich um einen Schadensersatzanspruch wegen der Verletzung bestimmter Rechtsgüter. Zu diesen Rechtsgütern gehören auch Leben, Körper und Gesundheit. Wer eines dieser Rechtsgüter rechtswidrig und schuldhaft verletzt, muss den daraus entstehenden Schaden ersetzen.

In vielen Fällen läuft der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB parallel zu dem Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB. Insofern handelt es sich um einen Schadensersatzanspruch wegen einer Normverletzung: Wer schuldhaft gegen eine Norm verstößt, die den Schutz einer anderen Person bezweckt, der muss den Schaden ersetzen, der aus diesem Normverstoß resultiert und in den Schutzbereich dieser Norm fällt. Da zu den individualschützenden Vorschriften vor allem die Strafvorschriften zum Schutz von Leben, Gesundheit und Körper gehören, werden von dieser Norm alle Verletzungen dieser Rechtsgüter erfasst. Eigenständige Bedeutung hat der Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB neben § 823 Abs. 1 BGB nicht, soweit Schädigungen von Körper, Gesundheit und Leben betroffen sind.

§ 826 BGB enthält einen Schadensersatzanspruch wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung. Er deckt auch Körper- und

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Gesundheitsschäden. Die Voraussetzungen dieser Norm sind aber enger als die des § 823 BGB (Vorsatz statt Vorsatz und Fahrlässigkeit). Eigenständige Bedeutung hat dieser Schadensersatzanspruch für den hier interessierenden Bereich deswegen nicht.

Sondertatbestände enthalten § 844 und § 845 BGB. Beide betreffen Ansprüche Dritter aus Anlass einer Körperschädigung oder Tötung. So muss der Ersatzpflichtige im Fall der Tötung die Kosten der Beerdigung demjenigen ersetzen, welchem die Verpflichtung obliegt, diese Kosten zu tragen (§ 844 Abs. 1 BGB). War der Getötete zur Zeit der Verletzung einem Dritten kraft Gesetzes unterhaltspflichtig oder konnte er unterhaltspflichtig werden, und ist dem Dritten infolge der Tötung das Recht auf den Unterhalt entzogen, muss der Ersatzpflichtige dem Dritten insoweit Schadensersatz leisten, als der Getötete während der mutmaßlichen

Dauer seines Lebens zur Gewährung des Unterhalts verpflichtet gewesen sein würde (§ 844 Abs. 2 BGB). § 845 enthält einen Anspruch wegen entgehender Dienste, vor allem von Haushaltsführungsleistungen.

b) Ansprüche wegen vermuteten Verschuldens

Von den im BGB enthaltenen deliktischen Ansprüchen wegen vermuteten Verschuldens hat nur § 831 BGB in den Unternehmer-Verbraucher-Konstellationen für den Ersatz von Körper- und Gesundheitsschäden Bedeutung. Nach dieser Vorschrift ist derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Die Ersatzpflicht tritt aber nicht ein, wenn der Geschäftsherr bei der Auswahl der bestellten Person die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde (§ 831 Abs. 1 Satz 2 BGB). Zu den Schwächen dieses Anspruchs wurde bereits oben bei der Erörterung des Verhältnisses von deliktischer und vertraglicher Haftung Stellung genommen.

c) Gefährdungshaftung

Von den zahlreichen Ansprüchen des BGB, die eine Gefährdungshaftung statuieren, hat in der Unternehmer-Verbraucher-Konstellation keiner eine Bedeutung. Von praktischer Bedeutung ist in Bezug auf den Ersatz von Körper- und Gesundheitsschäden aber die Produkthaftung nach dem Produkthaftungsgesetz (ProdhaftG): Wird durch den Fehler (§ 3 ProdhaftG) eines Produkts (Begriff: § 2 ProdhaftG) jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt, ist der Hersteller des Produkts verpflichtet, dem Geschädigten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen (§ 1 Abs. 1 Satz 1 ProdhaftG). Diese Formulierung zeigt eindeutig, dass es auf ein Verschulden nicht ankommt. In § 1 Abs. 2 und 3 ProdhaftG werden nur einige Fälle ausgenommen, in denen sich das schädigende Ereignis für den Hersteller des Produkts als schicksalhaft darstellt und ihm keinerlei Vorwurf gemacht werden kann. Haftender Hersteller ist derjenige, der einen Grundstoff, ein Teilprodukt oder das Endprodukt tatsächlich produziert hat (§ 4 Abs. 1 Satz 1 ProdhaftG). Außerdem ist Hersteller, wer sein Logo oder seine Marke auf dem Produkt angebracht hat (§ 4 Abs. 1 Satz 2 ProdhaftG). Als Hersteller gilt auch, wer ein Produkt zum Zweck des Vertriebs mit wirtschaftlichem Zweck im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit in den Geltungsbereich des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum einführt oder verbringt (§ 4 Abs. 2 ProdhaftG). Ist der Hersteller des Produkts nicht zu ermitteln, gilt jeder Lieferant als dessen Hersteller, der nicht dem Geschädigten innerhalb eines Monats, nachdem ihm dessen diesbezügliche Aufforderung zugegangen ist, den Hersteller oder diejenige Person benennt, die ihm das Produkt geliefert hat (§ 4 Abs. 3 ProdhaftG).

In Bezug auf den ersatzfähigen Schaden besteht beim Produkthaftungsgesetz die Besonderheit, dass die Haftung für Körper- und Gesundheitsschäden auf insgesamt 85 Millionen Euro begrenzt ist für alle Schäden, die aus demselben Produktfehler oder durch oder gleiche Produkte mit demselben Fehler verursacht worden sind (§ 10 Abs. 1 ProdhaftG). Es gilt

eine § 844 BGB entsprechende Regelung für die Haftung gegenüber Dritten wegen wegfallender Unterhaltspflichten (vgl. § 9 Abs. 2 ProdhaftG).

III. Der Umfang des Ersatzes von Körperschäden im deutschen Recht

Ist eine auf Schadensersatz wegen Körper- oder Gesundheitsschäden gerichtete Anspruchsgrundlage dem Grund nach verwirklicht, stellt sich die Frage, welche Schäden denn nun ersetzt werden. Insoweit kommt es zunächst darauf an, welche Schäden überhaupt ersatzfähig sind und dann darauf, wie der Ursachenzusammenhang zwischen Körperverletzung und Schaden sein muss.

1. Ersatzfähige Schäden

Welche Schäden überhaupt ersatzfähig sind, ergibt sich aus §§ 249 ff. BGB. Unterschieden werden dabei die Kosten der Wiederherstellung (§ 249 BGB), die Entschädigung für nicht zu behebbende Schäden (§ 251 BGB), die allerdings bei Körperschäden nur eine geringe Bedeutung hat, der Ersatz von entgangenem Gewinn (§ 252 BGB) und der Ersatz von immateriellen Schäden (§ 253 BGB). Gerade die letzte Schadensposition hat in der Praxis eine große Bedeutung, denn diese Vorschrift betrifft das sog. Schmerzensgeld (vgl. § 253 Abs. 2 BGB).

a) Ersatz der Herstellungskosten

Nach § 249 Abs. 1 BGB hat derjenige, der zum Schadensersatz verpflichtet ist, den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn der zum Schadensersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre. Dabei handelt es sich zunächst um einen Anspruch auf Naturalrestitution, d.h. einen Anspruch auf Wiederherstellung des Ausgangszustandes in Natur. Für die wichtigsten Fälle, darunter den Anspruch wegen einer Verletzung des Körpers, modifiziert § 249 Abs. 2 Satz 1 BGB den Anspruch aber dahingehend, dass der Geschädigte

statt der Herstellung den dazu erforderlichen Geldbetrag verlangen kann. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es einem Geschädigten nicht zumutbar ist, ärztliche Hilfe oder ähnliches vom Schädiger selbst (bzw. einer von diesem beauftragten Person) anzunehmen. Ihm soll die Entscheidung darüber überlassen werden, auf welche Weise und mit wessen Hilfe er die Herstellung de ohne die Verletzung bestehenden Zustandes erreichen will. Der Anspruch ist in diesen Fällen ein reiner Zahlungsanspruch.

Herstellungskosten sind in diesem Zusammenhang alle Kosten zur Herstellung der Gesundheit, die der Verletzte für erforderlich halten darf. Hierzu gehören vor allem Heilungskosten (Arztkosten und Kosten von Medikamenten) und Kosten für Operationen, einschließlich kosmetischer Operationen,¹¹ so dass im PIP-Fall die Entfernung der fehlerhaften und die Implantation einwandfreier Implantate bezahlt werden muss. Welcher Standard im Krankenhaus finanziert werden muss, ergibt sich aus dem Lebensstandard des Geschädigten.¹² Nicht zu den ersatzfähigen Kosten gehören etwa zusätzliche Aufwendungen für Besuche durch Angehörige,¹³ Kinderbetreuungskosten¹⁴ oder ähnliches. Zu beachten ist, dass die Herstellungskosten abzurechnen sind. Es erfolgt keine Zahlung nach Kostenvoranschlägen. Was von einer Vorauszahlung nicht verbraucht wurde, muss dem Schädiger zurückgezahlt werden.¹⁵

In der Praxis sind die Ansprüche wegen der Herstellungskosten im Gesundheitsbereich im Regelfall auf die gesetzliche Krankenversicherung (nach § 116 SGB X) oder auf die private Krankenversicherung übergehen, die Leistungen wegen der durch die Körperverletzung eingetretenen Schäden übernommen haben. Es verbleiben dann für § 249 BGB nur Ansprüche

¹¹ BGHZ 63, 295; Jauernig/Teichmann, § 249 BGB Rn. 6.

¹² Vgl. BGH VersR 1970, 130; OLG Hamm VersR 1977, 151.

¹³ BGH NJW 1991, 2341; vgl. auch Seidel, VersR 1991, 1319; weiter gehend Grunsky, JuS 1991, 907.

¹⁴ BGH VersR 1989, 1309.

¹⁵ Jauernig/Teichmann, § 249 BGB Rn. 6.

wegen solcher Leistungen, die die Krankenversicherungen nicht übernehmen. In Betracht kommt das vor allem für physiotherapeutische Maßnahmen und ähnliches, die von der gesetzlichen Krankenversicherung nur in begrenztem Rahmen übernommen werden.

b) Entschädigungsanspruch

Nach § 251 Abs. 1 BGB muss der Ersatzpflichtige den Geschädigten in Geld entschädigen, soweit die Herstellung nicht möglich ist oder zur Entschädigung des Geschädigten nicht ausreicht. Der Anwendungsbereich dieses Schadensersatztatbestandes ist bei Gesundheits- und Körperbeschädigungen auf die Entschädigung von Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit beschränkt; alle anderen Vermögenseinbußen werden bereits durch andere Vorschriften erfasst.

Wie sich aus § 842 BGB ergibt, gehören Nachteile für den Erwerb und das Fortkommen einer Person zu den ersatzfähigen Schäden, wenn sich der Schadensersatzanspruch aus einer gegen die Person gerichteten unerlaubten Handlung, also vor allem auch einer Körper- oder Gesundheitsbeschädigung, ergibt. Diese Schäden sind durch eine Heilung nicht behebbar. Es kann sich um den Wegfall von Erwerbsmöglichkeiten handeln (für die dann § 252 BGB eingreift), aber auch schlicht um Minderungen der künftigen Erwerbsmöglichkeiten oder der Chancen des Vorankommens.¹⁶ Erfasst wird vor allem auch die abstrakte Einschränkung der Erwerbsfähigkeit, die sich noch nicht zwingend im Verlust eines Arbeitsplatzes manifestiert. Außerdem kann eine Entschädigung verlangt werden, wenn ein im Haushalt tätiger Ehegatte („Hausfrauenehe“ oder „Hausmannehe“) daran gehindert ist, seine Tätigkeit in dem gewohnten Umfang weiter fortzusetzen.¹⁷

¹⁶ BGH NJW 1998, 1635.

¹⁷ Jauernig/Teichmann, § 842 BGB Rn. 3.

c) Entgangener Gewinn

Zu den Vermögensschäden, die anlässlich einer Gesundheits- oder Körperbeschädigung eintreten können und die vom Schädiger zu ersetzen sind, gehört auch der entgangene Gewinn des Verletzten (§ 252 Satz 1 BGB). Dafür stellt § 252 Satz 2 BGB eine Beweiserleichterung auf: Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, vor allem nach den getroffenen Anstalten, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte. Das ist eine Beweiserleichterung, welche die richterliche Schadensschätzung (vgl. § 287 ZPO) erleichtern soll. Der Geschädigte braucht nur die Umstände zu beweisen, aus denen sich die Wahrscheinlichkeit des Gewinneintritts ohne das Schadensereignis ergibt. Der Schädiger muss dann darlegen und notfalls beweisen, dass der Gewinn aus bestimmten Gründen doch nicht entstanden sein würde.

In dem PIP-Fall bedeutet das, dass die Geschädigten den Verdienst ersetzt erhalten müssen, der ihnen wegen des erforderlich werdenden Austauschs der Implantate entgeht. Sollten die Schädigungen durch die fehlerhaften Implantate bereits eingetreten sein und längere Behandlungen erforderlich gemacht haben, ist auch der dadurch eintretende Gewinnentgang ersatzfähig.

Zu beachten ist aber, dass bei den Ansprüchen wegen entgangenen Gewinns in vielen Fällen eine ähnliche Problematik auftreten wird wie bei den Heilungskosten: Ein Arbeitnehmer erhält während der ersten sechs Wochen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit seinen Lohn weiter durch den Arbeitgeber gezahlt. Als Ausgleich dafür geht der Schadensersatzanspruch des Arbeitnehmers gegen Dritte auf den Arbeitgeber über (§ 4 Lohnfortzahlungsg). In sehr vielen Fällen wird der Anspruch auf entgangenen Gewinn deswegen nicht in der Person des Geschädigten, sondern für dessen Arbeitgeber entstehen.

d) Schmerzensgeld

Die vierte Schadensposition, die im deutschen Recht aus einer Körperschädigung folgen kann, ist der Schmerzensgeldanspruch. Zwar bestimmt § 253 Abs. 1 BGB, dass wegen eines Schadens, der kein Vermögensschaden ist, grundsätzlich kein Schadensersatz verlangt werden kann. Dieser Ausschluss wird aber sogleich in § 253 Abs. 2 BGB insofern eingeschränkt, als angeordnet wird, dass dann, wenn wegen der Verletzung des Körpers und der Gesundheit (sowie weiterer, hier nicht interessierender Rechtsgüter) Schadensersatz geleistet werden muss, eine billige (d.h. gerechte) Entschädigung in Geld auch für solche Schäden geleistet werden muss, die keine Vermögensschäden sind. Dieser Schadensersatzanspruch wird gemeinhin als Schmerzensgeldanspruch bezeichnet.

Der Schmerzensgeldanspruch ist heute unabhängig davon gegeben, ob der Schadensersatzanspruch auf eine deliktische oder eine vertragliche Grundlage gestützt wird. Das war vor 2002 anders. Erst durch das Zweite Schadensrechtsänderungsgesetz vom 25.7.2002 (in Kraft getreten am 1.8.2002)¹⁸ wurde die klassische Rechtslage beseitigt, dass Schmerzensgeld nur bei schuldhaftem Verstoß gegen einen Tatbestand des Deliktsrechts verlangt werden kann. Seitdem kommt ein Schmerzensgeldanspruch also sowohl bei verschuldensabhängigen deliktischen Ansprüchen,¹⁹ bei Ansprüchen aus Gefährdungshaftung²⁰ und bei vertraglichen Ansprüchen, die ja auf einem vermuteten Verschulden basieren.²¹

Damit wird aber auch die klassische Rechtfertigung von Schmerzensgeldansprüchen relativiert: Diesem wird traditionell eine doppelte Funktion zugeordnet: Zum einen solle der Geschädigte einen Ausgleich für erlittene Schmerzen und

¹⁸ BGBl I 2674.

¹⁹ Siehe oben II 3 a.

²⁰ Siehe oben II 3 c. Zur Ausdehnung auf Ansprüche aus Gefährdungshaftung siehe BT-Drucks. 14/7752, S. 14 ff.

²¹ Siehe oben II 2.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

seelische Leiden erhalten, zum anderen aber sei der Schmerzensgeldanspruch eine Art privater Strafe für die schuldhaft zugefügte Verletzung der erlittenen Schmerzen und Einbußen.²² Nach erheblicher Kritik an der Genugtuungsfunktion durch die Literatur²³ und deren faktische Aufgabe durch den Gesetzgeber durch die Ausdehnung von Schmerzensgeldansprüchen auf Gefährdungshaftungstatbestände stellt der BGH heute darauf ab, dass der immaterielle Schaden zugleich immer eine Persönlichkeitsrechtsverletzung kompensieren soll.²⁴

Die Höhe des Schmerzensgeldes bemisst sich nach der Billigkeit; gefordert ist also eine Entscheidung, die allein der Einzelfallgerechtigkeit Rechnung trägt. Die Bemessung ist deswegen schwierig. Rückschlüsse von der Festsetzung eines Schmerzensgeldes in einem konkreten Fall auf einen anderen Fall sind deswegen schwierig. Gleichwohl wird in der Praxis versucht, durch Fallsammlungen („Schmerzensgeldtabellen“) eine Vereinheitlichung der Beträge bei typischen Verletzungen zu erreichen.²⁵ Kriterien für die Bemessung des Schmerzensgeldes sind zunächst die Verhältnisse des Geschädigten, vor allem die Schwere der Verletzung und das Ausmaß der Leiden. dafür spielt auch die Wahrnehmungsfähigkeit des Verletzten eine Rolle.²⁶ Das führt allerdings zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass bei gleicher Verletzung das Schmerzensgeld niedriger ausfällt, wenn der Betroffene im Rahmen seiner Behandlung in ein künstliches Koma versetzt wird.²⁷ Stirbt der Verletzte infolge der Verletzung (oder aus von dieser unabhängigen Gründen), ist der Schmerzensgeldberechnung nur die Zeit bis zum Tod zugrunde zu legen. Je schwerer also die Verletzung

²² Siehe vor allem BGHZ 18, 154 ff.; 128, 120, jeweils mit weiteren Nachweisen.

²³ Pecher, AcP 171, 70 f.; Lorenz, Immaterieller Schaden und „billige Entschädigung in Geld“, 1981, S. 95 f.; Nelsen-von Stryk, JZ 1987, 119, jeweils mit weiteren Nachweisen.

²⁴ Vgl. BGHZ 120, 4 ff.

²⁵ Vgl. etwa Hacks/Wellner/Häcker, Schmerzensgeldbeträge, 33. Aufl. 2015.

²⁶ BGHZ 138, 391.

²⁷ BGHZ 138, 391.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

und je kürzer deswegen die Restlebenszeit ist, desto niedriger fällt das Schmerzensgeld aus. Im Falle eines Flugzeugabsturzes, bei dem die Opfer nahezu sofort ums Leben kommen, ist der Schmerzensgeldanteil am Schadensersatzanspruch.²⁸ Sein Mitverschulden an der Verletzung (§ 254 BGB) einschließlich eventuell zu beachtender Gefährdungshaftungen auf seiner Seite führt schon bei der Bemessung zu einer Reduzierung des Schmerzensgeldes.²⁹

Trotz Zurückdrängung der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes in den letzten Jahren ist aber auch das Verhalten des Anspruchsgegners für die Höhe des Schmerzensgeldes relevant: Je größer sein Verschulden, desto höher fällt das Schmerzensgeld aus. Ebenso können eine Rolle spielen das Verhalten des Schädigers nach der Tat – wer sich bemüht, die Schädigungsfolgen zu verringern, muss weniger Schmerzensgeld zahlen als jemand, der gegenüber den Schadensfolgen gleichgültig ist. Schließlich ist auch bedeutsam, wie schwer dem Schädiger die Zahlung des Schmerzensgeldes fällt: Wer leistungsfähiger ist als andere Personen, muss auch überdurchschnittlich viel Schmerzensgeld leisten. Das Gleiche gilt, wenn eine Versicherung für den entstandenen Schaden aufkommen muss.³⁰

Diese kurzen Ausführungen machen deutlich, dass in Deutschland das Schmerzensgeld nur als maßvoller Aufschlag zu den sonstigen Schadenspositionen verstanden wird. Mit den in den USA teilweise zugesprochenen gewaltigen Summen hat es nichts gemein. Bis in Deutschland fünfstellige Beträge zugesprochen werden, müssen schon sehr schwerwiegende Verletzungen mit zeitlich lang andauernden Leiden vorhanden sein.

Gleichwohl würden die Geschädigten im PIP-Fall mit mindestens dreistelligen, eher mit vierstelligen Schmerzensgeldbeträgen rechnen könnten – jedenfalls soweit der Hersteller der Implantate betroffen wäre. Dieser ist jedoch insolvent, und

²⁸ OLG Düsseldorf VersR 2001, 1384.

²⁹ BGHZ 20, 262; BGH NJW 1970, 1037.

³⁰ BGH NJW 1993, 1532.

nach den Presseberichten bestand eine Haftpflichtversicherung nur für in Frankreich auftretende Schäden.

e) Sonstige Schäden

Andere als die genannten Schadenspositionen kennt das deutsche Schadensersatzrecht nicht. Das gilt vor allem für Ansprüche auf Strafschadensersatz (punitive damages), wie sie das amerikanische Recht kennt und Ansprüche Dritter wegen emotionaler Schäden. Deswegen versuchen nun etwa Angehörige von Opfern des Germanwings-Absturzes vom 24.3.2015 eine Zuständigkeit US-amerikanischer Gerichte zu finden, damit sie dort derartige, dem deutschen Recht unbekannte Ansprüche durchsetzen können.³¹

2. Kausalitätsfragen

Alle Schadensersatzansprüche, seien sie vertraglich oder deliktisch, setzen voraus, dass der Geschädigte nachweist, dass sein Schaden tatsächlich durch die Pflichtverletzung, das fehlerhafte Produkt oder die Rechtsgutverletzung (bzw. den Normverstoß) verursacht worden ist. Bei dem deliktischen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB ist zudem vorzutragen und notfalls zu beweisen, dass die Rechtsgutverletzung auf ein Verhalten des Anspruchsgegners zurückgeht. Beide Kausalitäten nachzuweisen, ist für einen Geschädigten oft nicht einfach. Zu erwähnen seien nur die Fälle, in denen eine Schädigung schleichend eintritt, wie etwa bei der langsamen Akkumulation von Schadstoffen, die über längere Zeiträume eingeatmet werden (Holzschutzmittelfälle und Asbestfälle). Für diese Fallkonstellationen bietet das geltende Recht keine befriedigende Lösung in den problematischen Fällen. Hier liegt eine gewisse Schwäche des Schadensersatzrechts einschließlich des Produkthaftungsrechts, denn § 1 Abs. 4 ProdhaftG stellt ausdrücklich fest, dass die Kausalität zwischen Produktfehler und Rechtsgutverletzung vom Geschädigten bewiesen werden muss.

³¹ Vgl. Westfälische Nachrichten vom 20.4.2015, S. 8; Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21.4.2015, S. 7.

IV. Verbraucherschutzspezifische Ausgestaltungen von Schadensersatzansprüchen wegen Körperschäden

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass es ein Schadensersatzrecht in Bezug auf den Ersatz von Körperschäden, das für Verbraucher allein gilt, in Deutschland nicht gibt, dass aber mit Hilfe des allgemeinen Schadensersatzrechts im Allgemeinen befriedigende Ergebnisse erzielt werden können, auch soweit Verbraucher betroffen sind.

Spezifische Verbraucherschutzregeln greifen nur ein, soweit vertragliche Schadensersatzansprüche betroffen sind, indem vertragliche Abreden, welche mögliche Schadensersatzansprüche einschränken könnten, ihrerseits beschränkt werden.

Insoweit wird zunächst ein allgemeiner Schutz durch die Regelungen über Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB) geboten. Insoweit sei besonders auf die allein im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis geltenden §§ 308 und 309 BGB hingewiesen, durch welche bestimmte, in Katalogform aufgezählte Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verboten werden. Im vorliegenden Kontext hat vor allem § 309 Nr. 7 BGB. Die Regelung verbietet in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die ein Unternehmer gegenüber einem Verbraucher verwendet (§ 310 Abs. 1 Satz 1 BGB), alle Klauseln, durch die ein Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit vereinbart wird, die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen. Das Gleiche gilt für den Ausschluss oder eine Begrenzung der Haftung für sonstige Schäden, die auf einer grob fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder auf einer vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Pflichtverletzung eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders beruhen. Damit werden die allgemein zulässigen Haftungsbeschränkungen (vgl. §§ 276 Abs. 3, 278 Satz 2 BGB) deutlich weiter eingeschränkt.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Spezielle Regelungen in Bezug auf Haftungsausschlüsse in Verbraucherverträgen finden sich nur punktuell. Im Verbraucherkaufrecht findet sich eine Erweiterung des Schutzes von Verbrauchern gegen die vertragliche Einschränkung von Schadensersatzansprüchen in § 475 Abs. 1 BGB. Diese Regelung verbietet bei Verbraucherkaufverträgen jede Einschränkung der kaufrechtlichen Gewährleistung vor der Geltendmachung eines Mangels. Das kann auch Schadensersatzansprüche wegen Körperschäden betreffen, die sich auch aus § 437 Nr. 3 BGB ergeben können. Im Verbrauchsgüterkauf ist der Kunde also ohne Beschränkungsmöglichkeit durch den Verkäufer geschützt.

Die parallele Regelung im Reisevertrag (§ 651m BGB) schließt die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen in Pauschalreiseverträgen aus. Insofern ist ergänzend zu beachten, dass für Körperschäden die Haftungsbegrenzung auf den dreifachen Reisepreis, welche das Reisevertragsrecht sonst in § 651h BGB erlaubt, dort ausdrücklich ausgeschlossen ist.

Schon bei Mietverträgen, normalen Dienstverträgen und Werkverträgen fehlen aber derartige Vorschriften zur Stärkung der Verbraucherrechte. Von einem umfassenden Schutz des Verbrauchers bei der Schadensersatzhaftung von Unternehmern wegen Körperschäden kann deswegen nicht die Rede sein.

V. Fazit

Die vorausgegangene Untersuchung hat gezeigt, dass in Deutschland zwar kein einheitliches Verbraucher-Schadensersatzrecht besteht, dass die vorhandenen Regelungen aber ausreichen, um einen angemessenen Schutz auch des Verbrauchers vor Schädigungen seines Körpers und seiner Gesundheit zu bewerkstelligen. Zu bemängeln ist am Regelungssystem aber seine Unübersichtlichkeit, die es den Verbrauchern schwer macht, selbst zu erkennen, welche Rechte ihnen eigentlich zustehen. Hier wäre durchaus noch gesetzgeberischer Handlungsbedarf.

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Oturum Başkanı)- Sayın Prof. Dr. Rainer'e de bu çok ilginç tebliği için teşekkür ediyoruz. Alman hukuku açısından ana tamamız söz konusu olduğunda, karşımıza çıkan bazı farklılıklara da değindiler. Bu arada daha öğleden önceki oturumda bir sunucu hanımefendinin ileri sürdüğü hani manevi tazminat talebi için kişilik değerleriyle, onun dışındaki duygusal durumlar arasında yapılan ve bizim öğretimizde de savunmaya başlanan görüşünü, aslında Alman hukukunda pozitif olarak düzenlendiğini söyledi. Orada manevi zararlar yönünden bir işte vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan manevi tazminat, duygusal emansiyonel olarak, mesela özellikle seyahat sözleşmesinde karşılaşılan olumsuzluklar karşısında manevi tazminat istenebileceğine ilişkin düzenlemeler arasındaki farkı belirttiler.

Hatta onlar farklı kavramlarla da anılabiliyor Alman hukukunda. O kısmı oldukça ilginçti. Kendisine çok çok teşekkür ediyoruz bu ilginç tebliği için. İnşallah tebliğler basıldığı zaman, hem Türkçe çevirisini, hem Almancasını orada daha ayrıntılı olarak görebileceksiniz. Çok teşekkür ediyoruz kendisine.

Şimdi sırada, yine kendisiyle devamlı övünç duyduğum Dokuz Eylül Üniversitesinde önce asistanım, sonra meslektaşım olan, daha sonra da yeni kurmuş bulunduğumuz Yaşar Üniversitesinde meslektaşım olan, biraz önce bahsettiğim gibi kendisi de Münster'de bulundu araştırmalar yaptı. Değerli meslektaşım Ayşe Havutçu'ya sözü vermek istiyorum. Ayşe Havutçu ayıplı maldan doğan sorumlulukla ilgili tebliğini sunacak.

Evet, buyurun Ayşe hocam.

**6402 SAYILI TÜKETİCİNİN
KORUNMASI HAKKINDA KANUN'A GÖRE
AYIPLI MAL VEYA HİZMET NEDENİYLE
TÜKETİCİNİN TAZMİNAT HAKKI
(ÖZELLİKLE BEDENSEL ZARARLAR YÖNÜNDEN)**

Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU
Yaşar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Anahtar kelimeler: Tüketici, tazminat, seçimlik haklar

I. Giriş

07.11.2013 tarihinde kabul edilen ve 28.11.2013 tarihli 28835 sayılı Resmi Gazetede yayınlanmasından altı ay sonra, 28.05.2014 tarihinde yürürlüğe giren 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK), ayıplı mal ve hizmetlerle ilgili düzenlemelerinde önceki yasaya göre önemli değişiklikler içermektedir.

6502 sayılı Kanunda ayıplı mal ve hizmetler Kanun'un 8-16. maddelerinde düzenlenmiştir.

Yeni Kanunun ayıplı mal/hizmetlerle ilgili hükümleri, 25 Mayıs 1999 tarihli Tüketici Malları Satım Sözleşmeleri ve İlgili Garantilerin Bazı Yönleri Hakkında 1999/44/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi ile uyum sağlamak amacıyla yeniden yapılandırılmıştır. Bu çerçevede yeni Kanunda ayıp olgusu açıkça bir “sözleşmeye aykırılık” hali olarak vasıflandırılmıştır (Ayıplı mallarda, m.8; ayıplı hizmetlerde, m.13).

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kabaca bakıldığında,

- Ayıplı mal/hizmetlerde tüketicinin sahip olduğu haklar ve muhatapları ile ilgili önceki yasaya yönelik eleştirilerin 6502 sayılı Yasa ile önemli ölçüde karşılandığı,
- Ayıplı mallarda sözleşmeden dönme veya bedelde indirim haklarının yalnızca sözleşme ilişkisinin diğer tarafı olan satıcıya karşı; ücretsiz onarım ve ayıpsız misli ile değiştirme haklarının satıcı yanında üretici veya ithalatçıya karşı da kullanılabileceğinin kabul edildiği,
- Tüketici lehine ayıplı ihbar külfetinin kaldırıldığı ve teslimden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim tarihinde mevcut olduğuna dair adi karineye yer verildiği görülmektedir.

6502 sayılı Yasa, ayıplı mal/hizmetlerle ilgili hükümlerinin uygulama alanını genişletmiştir: Yeni Kanun'da, **“sözleşme konusu malın sözleşmede kararlaştırılan sürede teslim edilmemesi** veya montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda **gereği gibi monte edilmemesi**; malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde **montaj talimatındaki eksiklik veya yanlışlık sebebiyle montajın hatalı olması**” sözleşmeye aykırı ifa sayılmış(6502 s.K.m.8/f.3), böylelikle anılan sözleşmeye aykırılık hallerinde de tüketicinin ayıp hükümlerine başvurmasına olanak sağlanmak istenilmiştir. Benzer biçimde, hizmet edimlerinde **hizmetin ifasına belirlenen sürede başlanılmaması** da sözleşmeye aykırı ifa olarak nitelendirilerek ayıplı hizmetle ilgili hükümlerin uygulanmasına imkân tanınmaktadır (6502 s.K.m.13/f.1).

6502 sayılı yasa ile ayıplı mal/hizmetler konusunda en önemli değişiklik, ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumlulukla ilgili 4077 sayılı Kanundaki düzenlemeye yer verilmesidir. 4077 sayılı TKHK m. 4, f. 2 son cümlesinde,

“Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/

veya kullanımındaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı- üreticiden tazminat isteme hakkına da sahiptir”

denilerek üreticinin sorumluluğu ile satıcının ayıptan doğan sorumluluğunu karıştırılmıştı. Oysa üreticinin sorumluluğu haksız fiil temeline, ayıptan doğan sorumluluk ise sözleşmeye aykırılığa dayanır. Ayıp olgusunu açıkça “sözleşmeye aykırılık” temeline dayandıran 6502 sayılı Kanun, önceki yasanın anılan hükmünü isabetli olarak yasa metninden çıkarmıştır. Tazminatla ilgili olarak 6502 sayılı Kanun m.11/f.6’da,

“Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafca karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.”

denilmektedir. Ayıplı mallarla ilgili bu hükme paralel olarak ayıplı hizmetlere ilişkin m.15/f.1’de de

“...Seçimlik hakkın kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.”

hükmüne yer verilmiştir.

Biz bu tebliğde -tüketicinin ayıplı mal nedeniyle tazminat isteme hakkı açısından- öncelikle üreticinin sorumluluğu ile ayıp sorumluluğu arasındaki sınırı ortaya koyacağız. Bunun ardından 6502 sayılı Yasa’nın tazminatla ilgili hükümlerini değerlendireceğiz.

II. Ayıp Nedeniyle Sorumluluğun Üreticinin Sorumluluğundan Ayırt Edilmesi

A. Tazminat İsteminin Temelini Oluşturan Ayıp Kavramı Bakımından

Sözleşme Hukukunda ayıp, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin, sahip olması gereken niteliklerden yoksunluğunu,

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

olması gereken durumdan sapmanın varlığını, bir vasıf eksikliğini ifade eder¹. Türk Borçlar Kanununun çeşitli sözleşme tiplerinde ayıptan sorumluluğu düzenleyen hükümlerinde ayıp kavramı, sözleşmenin konusunu oluşturan şeyin borçlunun bildirdiği nitelikleri taşımaması ya da şeyin kullanım amacı bakımından değerini ve ondan beklenen faydaları azaltan ya da ortadan kaldıran eksikliklerinin bulunması olarak değerlendirilmiştir. İş görme edimlerinde vasıf eksikliği, gösterilmesi gereken özenden sapma, özen eksikliği ile eşdeğerdedir².

Sözleşme hukukunda vasıf eksikliği, alacaklının şeyi sözleşmeden beklediği amaca uygun biçimde kullanmasını, şeyden yararlanmasını engellemekte, şeyin kullanım ve tahsis amacını azaltmakta veya ortadan kaldırmaktadır. Vasıf eksikliğinin belirlenmesinde ölçüt esas olarak tarafların iradesi, sözleşme ile izlenen amaçtır³. 6502 sayılı Yasa'da da esas itibarıyla ayıp sözleşme hukukundaki ayıp anlayışına uygun olarak formüle edilmiştir:

Madde 8

- (1) **Ayıplı mal, tüketiciye teslimi anında, taraflarca kararlaştırılmış olan örnek ya da modele uygun olmaması ya da objektif olarak sahip olması gereken özellikleri taşımaması nedeniyle sözleşmeye aykırı olan maldır.**
- (2) **Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında ya da reklam ve ilânlarında yer alan özelliklerinden bir veya birden fazlasını taşımayan; satıcı tarafından bildirilen veya teknik düzenlemesinde tespit edilen niteliğe aykırı olan; muadili olan malların kullanım amacını karşılamayan, tüketicinin makul olarak beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi,**

¹ Havutcu, Ayşe, *Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk: Üreticinin Sorumluluğu*, İzmir 2005, s.24

² Eren, Fikret, *6098 sayılı Türk Borçlar Kanununa Göre Hazırlanmış Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Bası Ankara 2015, s.1048

³ Havutcu, s.26

hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar da ayıplı olarak kabul edilir.

- (3) Sözleşmeye konu olan malın, sözleşmede kararlaştırılan süre içerisinde teslim edilmemesi veya montajının satıcı tarafından veya onun sorumluluğu altında gerçekleştirildiği durumlarda gereği gibi monte edilmemesi sözleşmeye aykırı ifa olarak değerlendirilir. Malın montajının tüketici tarafından yapılmasının öngörüldüğü hallerde, montaj talimatındaki yanlışlık veya eksiklik nedeniyle montaj hatalı yapılmışsa, sözleşmeye aykırı ifa söz konusu olur.

Görüldüğü gibi, 6502 sayılı Kanunda öncelikle ayıplı ifanın sözleşmeye aykırı ifa olduğu vurgulanmıştır. Vasıf eksikliği olarak hangi hususların sözleşmenin içeriğine dâhil olduğunun saptanmasında, sözleşmenin içeriğine dâhil olan hususların tespitinde tarafların iradesi, taraflarca kararlaştırılan hususlar (sübjektif ölçüt), malın objektif olarak sahip olması gereken vasıflar (objektif ölçüt) esas alınmaktadır. Ayrıca, maddenin ikinci fıkrasında yer verilen ölçütler de bir nitelik sapması olup olmadığının tayininde önem taşır. Maddenin gerekçesinde, “malın ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda, internet portalında, reklam ve ilânlarında yer alan özellikler, niteliklerin de taraflarca kararlaştırılmış olduğu, sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu kabul edilmektedir. Kamuya yapılmış olan bu tür bildirimlerden, satıcının ve tüketicinin haberdar olduğu ve bu bilgi ışığında sözleşmeyi kurdukları varsayılmaktadır” denilerek, taraflarca kararlaştırılmış vasıflarda eksiklik gibi değerlendirileceği ortaya konulmaktadır.

Ayıp sorumluluğu bakımından 6502 sayılı Kanunun 8.maddesindeki ayıplı mal tanımının özünde, TBK.m.219 hükmünde olduğu gibi nitelik eksikliği vardır. Kısacası mal, olması gereken durumda değildir. Fakat 6502 sayılı Kanunda bu nitelik eksikliğinin yanında, neredeyse tüm ifa etmeme halleri (geniş anlamda gereği gibi ifa etmeme) ayıp hükümlerine tabi tutulmuştur: İfa zamanı bakımından ifanın tarz ve unsuruna

aykırılık (kararlaştırılan sürede ifa etmeme/hizmet ifasına başlamama) yanında, yan yükümlere aykırılık (aydınlatma, bilgi verme yan yükümlerinin ihlali: montaj talimatındaki eksiklik ya da yanlışlık) da sözleşmeye aykırı ifa olarak ayıp hükümlerine dayanma imkânı vermektedir.

Üreticinin sorumluluğu alanında üründeki ayıp, ürün güvenliği ile ilgilidir, ürünün güvenli olmaması, ondan beklenebilecek ölçüde güvenliği sağlamaya yeterli olmaması sorumluluk doğuran olgudur⁴. Ayıp sorumluluğundan farklı olarak üreticinin sorumluluğunda şeyin tahsis ve kullanım amacına elverişliliği değil, güvenli kullanım imkânı sunup sunmaması önem taşır⁵.

Bazı hallerde aynı olayda, farklı açılardan yapılan değerlendirmede her sorumluluk alanı için de ayıp sayılan/güvenli olmayan bir olgunun/ürünün varlığı tespit edilebilir: Örneğin, bir şampuan ya da kremin tüm dermatolojik testlerden geçtiği ve tüm cilt tipleri için uygun olduğu, hassas ciltlerde de kullanılabilmesi reklamlarda bildiriliyorsa fakat hassas cilt için uygun değilse, kullanan tüketicide döküntü, kızarıklıklar, cilt rahatsızlıklarına yol açmışsa ayıplı sayılacak, tüketici ayıp hükümlerine dayanarak bedensel zararı için satıcıdan tazminat talep edebilecektir. Bu olayda, ürünün güvenli olmaması sebebiyle tüketicinin üreticinin sorumluluğuna dayanarak tazminat talep etmesi de mümkün olabilecektir.

B. Ayıp Sorumluluğu ile Üreticinin Sorumluluğu Kurumlarının Yönelindikleri Amaç Bakımından:

Ayıp sorumluluğunda, sözleşme konusunun ayıplı olması tarafların edimleri arasındaki mübadele amacını zedeler, edim ve karşı edim arasındaki denklik ilişkisinin bozulmasına neden olur. Sözleşme konusu ayıplı olduğunda edimlerin değişimine ilişkin menfaat, alacaklının ifa menfaati ihlal edilir. Ayıp so-

⁴ Havutcu, s.31

⁵ Havutcu, s.32

rumluluğunu düzenleyen hükümlerin temel amacı tarafların edimleri arasında bozulan bu dengenin yeniden kurulmasıdır. Ayıp sorumluluğunda alacaklıya tanınan haklar, mübadele amacının ihlaline karşı alacaklının ifa menfaatinin korunmasına yöneliktir⁶.

Üreticinin sorumluluğu alanında ise amaç genelin, can ve mal güvenliği için tehlike oluşturan, güvenli olmayan ürünlerin piyasaya sürülmesinin yol açacağı zararlara karşı korunmasıdır. Burada, belirli bir kişinin (alacaklı olarak borç ilişkisine taraf olanın) ifa menfaati (veya bütünlük menfaati) değil, ürünün yarattığı tehlike nedeniyle zarar gören/görme olasılığı olan herkesin bütünlük menfaatleri korunmak istenmektedir.

C. Tazminatın İşlevi ve Niteliği Bakımından

Üreticinin sorumluluğunda tazminat, ürünlerdeki hatanın zarara neden olmasıyla sorumlu ve zarar gören arasında kurulan borç ilişkisinin asli içeriğidir.

Ayıp sorumluluğunda alacaklıya seçimsel haklar dışında tanınan tazminat hakkı tali niteliklidir. Tazminat borcunun doğması için öncelikle ayıp nedeniyle sorumlu olan kişiyle tazminat isteminde bulunan kişi arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmalı, bu sözleşme ilişkisinde satıcı/sağlayıcı taraf mal teslimi veya hizmet ifası borcunu ayıplı ifa etmeli, sözleşmeye aykırı ifade bulunmuş olmalıdır.

D. Tazminatın Kapsamı Bakımından

Ayıp sorumluluğu ile üreticinin sorumluluğu kurumlarının yöneldikleri amaç ve işlevlerinin farklılığı, sorumluluk kapsamına giren zararlar bakımından da farklılaşma yaratır: Üreticinin sorumluluğu alanında hatalı ürünün uğradığı zarar, ürünün kullanılmaması nedeniyle uğranılan kazanç kaybı, üründen beklenen yararın gerçekleşmemesi nedeniyle uğra-

⁶ Havutcu, s.33,34

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

nılan zararlar tazminatın kapsamı dışında tutulurken, sadece ölüm, yaralanma nedeniyle doğan maddi zararlar veya hatalı ürün dışında zarar görenin başka bir malının uğradığı zararlar sorumluluk kapsamındadır. Oysa üreticinin sorumluluğu dışında tutulan zararların ayıp sorumluluğu kapsamında tazmin ettirilmesi mümkündür.

III. Ayıp Sorumluluğunda Tüketicinin Tazminat İsteme Hakkı

A. Genel Olarak

6502 sayılı K.m.11'e göre malın ayıplı olduğunun anlaşılması halinde tüketici;

- Satılanı geri vermeye hazır olduğunu bildirerek sözleşmeden dönme,
- Satılanı alıkoyup ayıp oranında satış bedelinden indirim isteme,
- Aşırı bir masraf gerektirmediği takdirde, bütün masrafları satıcıya ait olmak üzere satılanın ücretsiz onarılmasını isteme,
- İmkân varsa, satılanın ayıpsız bir misli ile değiştirilmesini isteme seçimlik haklarından birini kullanabilir (1.fıkra).
- **Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanır. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 11/1/2011 tarihli ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir (6.fıkra).**

6502 sayılı K. m.15'te de hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketicinin;

- Hizmetin yeniden görülmesini,

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımını,
- Ayıp oranında bedelden indirim yapılmasını,
- Ya da sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbest olduğu (f.1,birinci cümle);
- **Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masrafların sağlayıcı tarafından karşılanacağı (birinci fıkra, üçüncü cümle); tüketicinin, bu seçimlik haklardan biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği (birinci fıkra, son cümle) belirtilmektedir.**

Dikkat edilirse, bu düzenlemelerde **seçimlik hakların kullanılması nedeniyle yapılan masraflar**, seçimlik haklardan biri ile **genel hükümlere göre istenilebilecek tazminattan ayrı tutulmuştur**. 11. Maddenin gerekçesi şöyledir:

“Altıncı fıkra, seçimlik hakların kullanılması sebebiyle ortaya çıkan tüm masrafların, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça (satıcı, üretici veya ithalatçı) karşılanmasını öngörmektedir. Örneğin, nakliye, posta veya iletişim masrafları gibi. Tüketici seçimlik haklarını kullanma sebebiyle hiçbir masrafa katlanmak zorunda bırakılmamalıdır. **Ayrıca ayıplı mal bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olabilir. Dolayısıyla, tüketicinin dört seçimlik hakkının yanı sıra Türk Borçlar Kanunu hükümlerine kıyasen tazminat talep etmesi imkânı da mevcuttur. Ancak bunun için, sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın ispat edilmesi gerekir.**”

Bu gerekçeden yasa koyucunun hiçbir masrafa katlanmaksızın tüketicinin seçimlik hakkını kullanmasını sağlamayı amaçladığı, seçimlik hakkın muhatabının masraflardan sorumluluğunun tazminat dışında görüldüğü anlaşılmaktadır.

Fakat **ayıplı malın bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olabileceği, böyle bir durumda TBK hükümlerine kıyasen seçimlik haklardan**

biri ile birlikte tazminat da talep edebileceği şeklinde gerekçedeki açıklama kafa karıştırıcıdır. Zira gerekçede kullanılan bu ifadeler üreticinin sorumluluğu alanında sorumlu olunan zararları çağrıştırmaktadır. Oysa burada seçimlik haklardan biri ile birlikte talep edilebilecek zarar için TBK hükümlerine yollama yapıldığından, anılan hükümlerle TBK. hükümlerine yapılan yollamanın;

- a) Dönme seçimlik hakkının kullanılması nedeniyle TBK m.229/f.1, 3.bent ve 229/f.2 çerçevesinde doğrudan-dolaylı zararların tazmin edilmesini isteme hakkına yapılmış bir yollama olması;
- b) Dönme dışındaki bir hakkın kullanılması halinde, TBK.m.112'ye dayanılarak sözleşmeye aykırılık/gereği gibi ifa etmeme nedeniyle tazminat isteme hakkına yapılmış bir yollama olması;
- c) TKHK.da yapılan yollamanın, TBK. m.227/f.2'yi kapsayıp kapsamadığı, dolayısıyla, seçimlik hak kullanılmaksızın yalnızca ayıplı ifa/sözleşmeye aykırılık nedeniyle TBK m.112'ye dayanılarak tazminat isteme hakkı olup olmaması yönleriyle tartışılması gereklidir.

Diğer taraftan, geç ifanın ya da yan yüküm ihlalinin de sözleşmeye aykırı ifa olarak ayıp hükümlerine dayanma imkânı vermesi nedeniyle, dar ve teknik anlamda ayıplı ifa -edimin nitelikçe gerekli vasıflardan ya da kararlaştırılan vasıflardan yoksunluğu-dışında ayıp hükümlerine tabi tutulan bu sözleşmeye aykırılık hallerinde tüketicinin tazminat hakkının ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Örneğin, montaj talimatı hatalı olan bir gardırop tüketici tarafından talimat izlenerek monte edilmişse fakat talimattaki hata dolabın da hatalı monte edilmesi, dolayısıyla hatalı olmasına neden olmuşsa ve mukavemeti zayıf olduğundan tüketicinin kullanımı sırasında devrilmiş, tüketicinin yaralanmasına sebep olmuşsa ya da baza açıldığında sabitlemek için emniyet mandalının montajı satıcı ya da onun sorumluluğu altında hatalı yapılmışsa ve tüketicinin kullanımı sırasında baza aniden kapanarak tüketicinin ölümüne veya

yaralanmasına sebep olmuşsa, tüketici, yukarıda belirtilen ihtimallere dayalı olarak seçimlik hakla birlikte ya da ayrı olarak, bedensel zararının tazminini talep edebilecektir. Fakat ayıp hükümlerine tabi tutulan bu sözleşmeye aykırılık hallerinde genel hükümlere yapılan yollama acaba temerrüt hükümlerini, temerrüt hükümlerinde düzenlenen tazminat istemlerini kapsar mı? Örneğin, tüketici elektrik kaçağı olduğunu anladığı çamaşır makinesini değiştirmek istemiş, ayıpsız mislinin teslim edilmesinde gecikilmiş ise tüketici genel hükümlere dayanarak, ifadan vazgeçip müspet zararın tazmin edilmesini isteyebilir mi? Bu hususun da değerlendirilmesi gerekir. 6502 sayılı Kanun m.11/f.4'te **“Ücretsiz onarım veya malın ayıpsız misli ile değiştirilmesi haklarından birinin seçilmesi durumunda bu talebin satıcıya, üreticiye veya ithalatçıya yöneltilmesinden itibaren azami otuz iş günü, konut ve tatil amaçlı taşınmazlarda ise altmış iş günü içerisinde yerine getirilmesi zorunludur. Ancak, bu Kanunun 58 inci maddesi uyarınca çıkarılan yönetmelik eki listede yer alan mallara ilişkin, tüketicinin ücretsiz onarım talebi, yönetmelikte belirlenen azami tamir süresi içerisinde yerine getirilir. Aksi halde tüketici diğer seçimlik haklarını kullanmakta serbesttir.”** Hükümü yer almaktadır. Bu fıkrada belirtilen süreler içinde onarım veya değiştirme yapılmazsa tüketicinin diğer seçimlik haklarını kullanabileceği belirtildiğinden tüketici temerrüt olgusuna bağlı olmaksızın dönme hakkını kullanabilecek, dönme sonucunda TBK 229/f.1 b.3; f.2'ye dayanarak tazminat talep edebilecektir.

A. Seçimlik Hakkın Kullanılması Nedeniyle Ortaya Çıkan Masrafların Tazmini

6502 sayılı TKHK m.11/f.6, ayıbın giderilmesine yönelik masraflara ilişkin olarak 99/44 sayılı AT Yönergesi m.3/f.4'e paralel bir düzenleme getirmektedir. Tüketicinin seçimlik haklarından herhangi birisini kullanması nedeniyle nakil, işçilik masrafları veya malzemeye ilişkin masrafları gibi tüm masraflarının karşılanması, sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilen ayıplı ifanın doğal bir sonucudur. Burada, sözleşmeye aykırılığın giderilmesi, örneğin ayıplı teslim edilen malın değiştiril-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

mesi veya onarılması, malın sözleşmeye uygun hale getirilmesi sürecinde doğabilecek tüm masraflar, özellikle taşıma, işgücü ve malzeme masrafları satıcı (ya da diğer muhataplar) tarafından karşılanacaktır⁷. Örneğin ayıplı malın tüketicinin evinden alınması ve onarımın gerçekleştirileceği yere nakli, burada tamir edilmesi veya değiştirilmesi ve yeniden tüketicinin evine nakli masrafları satıcıya aittir. Bu zaten ücretsiz onarım yükümlülüğünün gereğidir.

Maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi masraflarla ilgili düzenleme ile yasa koyucu tüketicinin seçimlik haklarını kullanmak sebebiyle hiçbir masrafa katlanmak zorunda kalmamasını amaçlamıştır. Aslında, seçimlik hakkını kullanmak isteyen tüketicinin satıcı ile iletişim kurmasında yaptığı iletişim masrafları örneğin noter kanalıyla ihtarname gönderdiğinde ihtarname masrafı, telefon giderleri, malı değiştirme için götürdüğünde ulaşım bedeli (benzin parası) vb. masraflar, seçimlik hakkı kullanması sebebiyle tüketicinin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalma, maddi zarardır. Yasa koyucu seçimlik hakların kullanılmasını sebebiyle ortaya çıkan masrafları tüketicinin tazminat isteminin dışında tutmakla, tüketicinin seçimlik hakkını masraf kaygısı olmaksızın serbestçe kullanabilmesini temin etmek istemiştir. Ayrıca, seçimlik hakkın muhatabının, örneğin satıcının, malın ayıplı olmasında kusuru olmadığını ileri sürerek masraflara katlanmaktan kaçınması da önlenmiştir. Seçimlik hakkın muhatabının masraflardan sorumluluğu kusursuz sorumluluktur. Oysa masraflar dışında ayıbın neden olduğu diğer zararlarda örneğin onarım süresince kullanım imkanından yoksunluk ya da onarıma rağmen sürüm değerinde azalma nedeniyle oluşan kayıplarda genel hükümlere göre tazminat istenilirken, sorumlunun kusurlu olması aranmaktadır.

⁷ Yeşim M. ATAMER - Ece BAŞ, *Avrupa Birliği Hukuku İle Karşılaştırmalı Olarak 6502 Sayılı Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Uyarınca Satım Sözleşmesinde Ayrıntı Doğan Sorumluluk, İstanbul Barosu Dergisi, Tüketici Hakları ve Rekabet Hukuku Özel Sayısı CİLT: 88 • 2014 ÖZEL SAYI:1 ISSN 1304-737X, s.41.42 (<http://www.istanbulbarosu.org.tr/Yayinlar/BaroDergileri/TUKETICI2014.pdf>) erişim:20.04.2014*

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masrafları tazmin borcu, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren taraftır (6502 s.K. m.11/f.6). Dönme veya bedelde indirim seçimlik haklarının muhatabı satıcıdır. Bu haklardan birinin kullanılması nedeniyle doğan masraflardan da sadece satıcı sorumlu olur. Fakat ücretsiz onarım ya da değiştirme hakkı kullanılıyorsa, satıcı dışında üretici veya ithalatçı da muhatap alınabilir. Satıcı dışında üreticinin ya da ithalatçının muhatap alındığı hallerde seçimlik hakkın kullanılması nedeniyle doğan masraflardan seçimlik hakkı yerine getiren üretici ya da ithalatçı sorumlu tutulacaktır. Burada, satıcı ile tüketici arasındaki sözleşmesel ilişkide mevcut olan tüketicinin ifa menfaatinin telafi edilmesine, malın üreticisi ya da ithalatçısı da dahil edilmiştir. Ancak burada üretici ya da ithalatçının masraflardan sorumluluğu kuşkusuz teknik anlamda bir ürün sorumluluğu anlamına gelmemektedir.

Öte yandan, ATAMER'in⁸ zikrettiği Avrupa Adalet Divanı'nın verdiği karar, seçimlik hakkın kullanılması nedeniyle tüketicinin hiçbir masrafa katlanmaması gerektiği konusunda ilginç bir örnek oluşturmaktadır. 6502 sayılı TKHK m.11, f. 3 ve 4'e mehz teşkil eden AB Yönergesine uyum çerçevesinde Alman hukukunda da satım sözleşmesinde ayıp sorumluluğu esaslı surette değişikliğe uğramıştır. Atamer tarafından nakledilen, Almanya'da yaşanan olayda, davacı evine döşemek için fayans satın almış ve yarıdan fazlasını döşedikten sonra fayansların üzerinde gözle görülür gölgeler olduğu anlaşılmıştır. Tüketici fayansların yenisi ile değiştirilmesini istemiş ve bu talebi kabul görmüştür. Ancak satıcı sadece yeni fayansları evine kadar getirmiş buna karşılık döşenmiş fayansların sökülmesi ve imha edilmesi ile yeni fayansların döşenmesi giderlerini ödemekten kaçınmıştır. AB Satım Yönergesindeki "masrafsız" kavramının nasıl anlaşılması gerektiği konusunda Alman alt derece mahkemesi konuyu bekletici mesele yaparak Adalet Divanına soru olarak yöneltmiştir. AB Adalet Divanı kararında, Yönergenin "masrafsız" ile kast ettiği şeyin, tüketici açısından

⁸ *Atamer/Baş, s.41,42*

kural olarak hiçbir masraf doğurmamak olduğunu ifade etmiştir. Başka deyişle, tüketiciye mutlak koruma vermiş ve değiştirme ile bağlantılı bütün masrafların satıcı tarafından karşılanması gerektiğine hükmetmiştir. Hatta Divan, satıcının, yenisi ile değiştirmenin orantısız masraflar doğuracağı şeklinde bir savunma ileri sürmesi imkânı da olmadığına karar vermiştir. Zira somut olayda tüketicinin onarım seçeneğini kullanması işin niteliği gereği mümkün değildir. Tek çare fayansları değiştirmektir. Dolayısıyla satıcıya yenisi ile değiştirmeyi orantısızlık nedeniyle reddetme imkânı verilse alıcının tek yapabileceği şey sözleşmeden dönmek olacaktır. Oysa Adalet Divanı tüketicinin mala kavuşma menfaatinin daha önemli olduğuna hükmetmiştir. Yani masraflar yüksek dahi olsa tüketicinin yenisi ile değiştirme istemi kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, AB Adalet Divanı'nın kararında seçimlik hakkın kullanılması sebebiyle doğan masraf kavramı, tüketici lehine çok geniş yorumlanmıştır.

B. Seçimlik Haklardan Biri İle Birlikte Tazminat Talebi

Yukarıda belirtildiği gibi, TKHK'da ayıplı mal ve hizmetlerde tüketiciye "seçimlik haklardan biri ile birlikte" Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir.

Seçimlik haklardan biri ile birlikte genel hükümlere göre tazminat istenilmesi mümkün olduğundan, öncelikle genel hüküm olarak satım sözleşmesinde satıcının ayıp sorumluluğunu düzenleyen 227 vd. hükümleri dikkate alınmalıdır.

TBK'da satım sözleşmesinde ayıpla ilgili hükümlerde (m.227) alıcının seçimlik hakları TKHK'da olduğu gibi dört seçimlik hak olarak belirtilirken, 2.fıkıradaki, alıcının genel hükümlere göre tazminat isteme hakkını saklı tutmakta yani, TBK m.112'ye yollama yapılmaktadır. Ayrıca ayıp nedeniyle alıcının dönme hakkını kullanması durumunda dönmenin sonuçlarını düzenleyen 229.maddede de dönme sonucu talep edilebilecek tazminat hükme bağlanmıştır.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Tüketici işlemlerinde TKHK'da genel hükümlere yapılan yollama nedeniyle, tüketici dönme seçimlik hakkını kullandığında dönmenin sonuçlarına ilişkin TBK m.229'a göre tazminat isteyebilir. Diğer seçimlik haklardan biri kullanıldığında TBK m.112'ye dayanılarak tazminat talep edilebilir:

1. Seçimlik Haklardan Dönme Hakkının Kullanılması Halinde İstenilebilecek Tazminat

TBK.m.229/f.1 b.3'te "ayıplı maldan doğan doğrudan zararlar" için satıcının kusursuz sorumluluğu; TBK m.229/f.2'de ise "diğer zararlardan" (dolaylı zararlardan) dolayı kusur sorumluluğu düzenlenmiştir. İkinci fıkradaki sorumluluktan (diğer zararlardan/dolaylı zararlardan) satıcı kusursuzluğunu kanıtlayarak kurtulabilir.

Öğretide bu hükümlerde düzenlenen zararların nitelendirilmesi ve kapsamının ne olduğu son derece tartışmalıdır. Bu tartışmalar, ayıba refakat eden zarar olarak bedensel zararın, ayıplı mal dışında tüketicinin diğer mallarının uğradığı zararın hangi sorumluluk esasına göre tazmin ettirileceği bakımından da önemlidir.

Serozan, doğrudan zararın, nedenselliği yoğun, sıcak ve yakın ayıp zararı diye tanıdığını (Maengelschaden), bu zararın tazmini ile alacaklının ifa menfaatinin karşılanıp kapatıldığını, ayıp zararının menfi zarar ile karıştırılmaması gerektiğini; kusur esasına göre satıcının tazmin etmesi gereken dolaylı zararın ise ayıp sonucunda doğmuş uzak refakat eden zararı (Mangelfolgeschaden) ifade ettiğini belirtmektedir⁹. Biz de bu görüşü paylaşmaktayız. Çünkü, ayıplı mal teslimi ile edimler arasındaki mübadele amacı ihlal edilmiştir. TBK'da düzenlenen kusursuz sorumluluğun, doğrudan bu amacın ihlali ile bağlantılı olan ifa menfaatini kapsadığı söylenebilir. Bütünlük

⁹ Serozan, Rona, Tüketiciyi Koruma Yasasının Sözleşme Hukuku Alanındaki Düzenlemesinin Eleştirisi, Yasa Hukuk dergisi, Mayıs 1996, sayı: 44, s.591

menfaatinin ihlali sonucu doğan zararlar doğrudan mübadele amacıyla ilgili değildir. Bunlar, borçlunun alacaklının bütünlük menfaatlerinin zarar görmemesi için göstermesi gereken özen ödevini ihlal etmesi yani sözleşmenin kötü ifası nedeniyle doğan zararlardır ve edimlerin mübadele edilmesiyle sadece dolaylı bir ilgisi vardır. Buna göre, ayıplı ifa sonucunda dönme hakkını kullanan tüketici, ayıp sonucunda doğan bedensel zararlarını TBK m.229/f.2'ye göre satıcıdan talep edebilecektir. Satıcı kusursuzluğunu ispat edemezse, tüketicinin bedensel zararlarından sorumlu olacaktır.

Örneğin, dermatolojik olarak test edildiği ve tüm ciltlerde kullanılabilmesi bildirilen bir kremin tüketicide allerjiye, cilt hastalığına yol açması halinde tedavi giderlerinin; sibobu arızalı bir düdüklü tencerenin kullanım sırasında patlaması nedeniyle yaralanan tüketicinin bedensel zararlarının tazmin edilmesini TBK m.229/f.2'ye dayanarak istemesi mümkündür.

Burada tazminat talebinin muhatabı, sadece satıcıdır. Dönme hakkının muhatabı satıcı olduğundan, üretici veya ithalatçıdan 229'a dayanılarak tazminat istenilemez.

2. Diğer Seçimlik Hakların Kullanılması Halinde İstenilebilecek Tazminat

2.1. Seçimlik haklardan birinin kullanılması tek başına ayıplı ifa nedeniyle zedelene mübadele amacının ve ihlal edilen ifa menfaatinin yeniden sağlanmasına yeterli olmaz¹⁰. Örneğin, tüketici değiştirme hakkını kullandığında edimler arasındaki denklik sonradan bu hakkın kullanılmasıyla yeniden kurulur fakat değiştirmenin sebep olduğu masraflar tüketicie ödenmezse, tüketicinin ifa menfaatinin değiştirme ile tam olarak telafi edildiği söylenemez. Burada sözünü ettiğimiz masraf, değiştirme hakkının kullanılmasının ortaya çıkardığı nakil masrafı v.b gibi bir masraf değildir. Örneğin az yakıt tükettiği

¹⁰ Havutcu, s.35

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

belirtilen otomobilin aşırı yakıt sarfiyatı nedeniyle değiştirilmesi veya onarım hakkının kullanılmasında, sadece otomobilin tüketiciden alınması, yenisinin nakliyesinin sağlanması, işçilik ya da malzeme masraflarının satıcı tarafından karşılanması yeterli değildir. TKHK.m.8/6. fıkrada zaten seçimlik hakların kullanılmasının ortaya çıkardığı masrafların seçimlik hakkın muhatabı tarafından karşılanacağı öngörülmüştür. Bu masraflar dışında, tüketicinin tam ve doğru bir ifaya ilişkin çıkarı, tüketicinin fazla yakıt için yaptığı harcama bedelini; fren düzeneği arızalı olan otomobilin onarımı süresince araç kiralamak zorunda kalmışsa, ödediği kira bedelini “zarar” olarak tazmin ettirebilmesini gerektirir. Ancak böylelikle tüketicinin tam ve doğru bir ifadan beklediği menfaatin eksiksiz olarak karşılanması söz konusu olabilir.

Öte yandan, ifa menfaati dışında, ayıplı ifa nedeniyle bütünlük menfaatleri de ihlal edilmiş olabilir. Verdiğimiz örnekte, fren sistemi tutukluk yapan araçla tüketicinin kaza yapması ve yaralanması halinde bütünlük menfaatleri de ihlal edilmiştir. Ayıplı ifa nedeniyle tüketicinin bütünlük menfaatlerinin ihlali nedeniyle uğradığı bedensel zararı tazmin edilmelidir.

Yasa koyucu seçimlik haklarla birlikte tüketiciye ayrıca tazminat isteme hakkının tanımakla, bir taraftan tüketicinin ifa menfaatine tam olarak kavuşabilmesini, diğer taraftan bütünlük menfaatlerinin ihlali nedeniyle zararlarının tazmin ettirilebilmesine imkan sağlamaktadır. Burada tüketicinin dayanabileceği genel hüküm, TBK m.112 olacaktır. Tüketici bu bağlamda gereği gibi ifa etmeme kapsamında talep edilebilecek doğrudan zararlarını, refakat eden, ek zararlarını talep edebilecektir.

2.2. 6502 sayılı Kanunda, dönme ve bedelde indirim seçimlik haklarının muhatabının yalnızca satıcı olacağı, buna karşılık ücretsiz onarım ya da ayıpsız misli ile değiştirme haklarının muhatabının satışı dışında üretici, ithalatçı da olabileceği hükme bağlanmıştır. Dönme dışındaki seçimlik haklardan biri ile birlikte Türk Borçlar Kanununa göre

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

tazminat talep edildiğinde, seçimlik hakkın muhatabı ile tazminat sorumlusu farklılaşabilir. Çünkü, seçimlik hakla birlikte talep edilecek tazminat genel hükümlere, TBK m.112'ye dayandırılmaktadır. Özellikle ifa menfaatinin karşılanmasına yönelik olarak tüketici ile sözleşmesel ilişki içinde olmayan üretici ya da ithalatçının TBK.m.112'ye göre sorumluluğu olmaz. Çünkü ayıp TKHK'da açıkça "sözleşmeye aykırılık" olarak vasıflandırılmıştır. Ayıplı ifa nedeniyle doğan zararlarda sözleşmeye aykırılık nedeniyle TBK m.112'ye göre satıcı dışındaki muhataplara başvurma olanağı yoktur.

Satıcının TBK 112'ye göre sorumluluğu kusur sorumluluğu olup, kusursuzluğunu ispat edemezse tüketicinin ifa menfaatiyle ilgili zararlarını, bütünlük menfaatiyle ilgili zararlarını tazmin etmek zorunda kalacaktır. Tabi ki burada zararı ispat yükü tüketicidedir.

C. Tüketicinin Seçimlik Haklardan Birini Kullanmaksızın Sadece Tazminat İstenmesi

TKHK'da tüketicinin tazminat hakkı için, "seçimlik haklarından biri ile birlikte" ifadesi kullanılmaktadır.

Alman Hukukunda Borçlar Hukukunun modernleştirilmesi öncesinde eski BGB 463'te, "satım esnasında garanti edilen bir niteliğin satılan şeyde bulunmaması durumunda, alıcı sözleşmeden dönme veya satım parasının indirilmesi yerine ifa etmeme nedeniyle bir tazminat isteyebilir. Satıcının bir ayıbı hile ile gizlediği durumda da aynı kural uygulanır". Denilmekteydi. Bu hükümle satılanın vaat edilen nitelikleri taşımaması ya da satılanın ayıbının satıcı tarafından hile ile gizlenmesi durumunda, alıcı, diğer seçimlik hakları yanında bağımsız bir seçimlik hak olarak müspet zararının tazminini isteme hakkına sahip olmaktadır. Eski BGB 480/2'de aynı imkân çeşit satımlarında da mevcuttu: Anılan maddede, "Hasarın alıcıya geçmesi anında şeyin garanti edilen niteliği taşımaması ya da satıcının hile ile bir ayıbı gizlemesi durumunda alıcı sözleşmeden dönme, satım parasının indirilmesi veya ayıpsız bir misli ile de-

ğiştirilmesi yerine ifa etmeme nedeniyle tazminat isteyebilir.” Denilmektedir.

Alman Hukukunda, Borçlar Hukukunun Modernleştirilmesi çerçevesinde gerçekleştirilen reformda satım hukukunda ayıba karşı tekeffül sorumluluğunda en önemli yeniliklerden biri tazmin hükümleridir. BGB 437 ile ayıp halinde satıcının tazminat sorumluluğu genişletilmiş, alıcının ifa yerine tazminat talebine yasada yer verilmiştir. 437.maddenin özelliği, ayıp halinde alıcının haklarının genel ifa ihlali ile düzenlemelere yollama yaparak, o hükümlerdeki şartların mevcudiyetine ve taraflarca başka türlü kararlaştırılmamış olmasına bağlı olarak düzenlenmiş olmasıdır.

Alman Medeni Kanunundaki yeni düzenleme şu şekildedir:

“BGB m.437 Ayıp halinde alıcının hakları

Şey ayıplıysa, alıcı, aşağıdaki hükümlerde aranan şartlar mevcutsa ve başka türlü kararlaştırılmadıysa;

439’a göre sonraki ifayı talep edebilir;

440,323 ve 326/5’e göre sözleşmeden dönebilir veya 441’e göre bedelde indirim talep edebilir ve

440,280,281,283 ve 311a’ya göre tazminat isteyebilir ya da 284’e göre boşa giden masraflarını talep edebilir.”

Hukukumuzda, TKHK’da tüketicinin “seçimlik haklardan biri ile birlikte” tazminat isteyebileceği düzenlendiğinden, maddenin ifadesinden tüketicinin seçimlik haklardan birini kullanmaksızın tek başına tazminat talep edemeyeceği anlamı çıkmaktadır. Bununla birlikte, ayıplı ifa halinde tüketicinin seçimlik haklardan birini kullanmaksızın yalnızca tazminat talep etmesine hukuken engel yoktur. TKHK.m.83’te bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümlerin uygulanacağı belirtilmektedir. Bu atıf sebebiyle, tüketicinin gereği gibi ifa etmeme nedeniyle TBK m.112 hükmüne dayanması mümkündür. Öte yandan, TBK. m.227’de ayıp sebebiyle alıcının seçim-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

lik hakları belirtildikten sonra, alıcının genel hükümlere göre tazminat talep etme hakkının saklı olduğu açıkça öngörülmüştür. Yasa koyucunun tüketici satımları dışında tek başına tazminat istemine yer verirken, tüketici satımlarında tüketiciyi bu imkândan yoksun bırakma amacı taşıdığı düşünülemez. Bu nedenle, tüketicinin de TBK.m.227’de olduğu gibi seçimlik haklardan birini kullanmaksızın tek başına tazminat talep etmesi mümkündür¹¹.

III. Tazminatla İlgili Diğer Hususlar:

- **Tüketicinin seçimlik hakla birlikte ya da ayrı olarak talep edeceği tazminat beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle uğradığı maddi zararlar yanında, manevi zararları da kapsar. Ayıplı ifa sözleşmeye aykırılık olmakla birlikte, sözleşmeye aykırılık aynı zamanda hukuka aykırı eylem niteliğini de taşıdığından, TBK.56, 58’deki koşullara göre manevi tazminat da talep edilebilir¹².**

¹¹ 4077 sayılı Kanun açısından bu yönde: T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2009/4-234 K. 2009/260 sayılı, 17.6.2009 tarihli kararı

¹² Örnek olarak: T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2010/13-41 K. 2010/55 sayılı, 3.2.2010 tarihli kararından: “Dava, satılan mala bağlı olarak verilen hizmetin ayıplı olması nedeniyle doğan maddi ve manevi zararın tazminine ilişkindir. Davâ konusu olayda, davalılar tarafından sunulan ayıplı hizmet nedeniyle evlerinde çıkan yangın sunucunda davacıların evleri, eşyaları, ahır ve samanlıklarının yandığı, bu nedenle moral bozukluğu ve üzüntü yaşadıkları göz önünde tutulduğunda, dava konusu olayda davacıların şahsi menfaatlerinin ihlal edildiği dolayısıyla manevi bir zararın gerçekleştiğinin kabulü gerekir. O halde mahkemece tarafların ekonomik ve sosyal durumları araştırılıp takdir edilecek bir manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.” (Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 17.04.2015)

T.C. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU E. 2009/4-234 K. 2009/260 sayılı, 17.6.2009 tarihli kararından: “Dava, haksız eylem nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacı, satın alıp içtiği içki şişesinde böcek ölüsü çıktığı iddiasıyla üretici firma aleyhine tüketici mahkemesinde dava açmıştır. Uyuşmazlık; tüketicinin, üretici davalıdan manevi tazminat isteyebilme koşullarının bulunup-bulunmadığı, noktasında toplanmaktadır. Tüketicinin ayıplı maldan kaynaklanan yasal başvuru yollarını düzenlerken “her türlü zarardan dolayı yapılacak talepler” kavramına da yer verip bu talepler için başvuru süresini daha uzun tutarak, tüketici diğer haklarını kullansın kullanmasın, bu zararlarını da giderebilmesine olanak tanımıştır. Davacı tarafından satın alınan şişenin orijinal olduğu, bilyalı kapak sistemi nedeniyle imalat aşamasından sonra şişenin içerisine yabancı cisim girmesinin mümkün olmadığı, ürünün ayıplı olduğu anlaşılmaktadır. Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilme olup; duyulan acı ve çekilen ızdırap kişinin ruhsal bütünlüğünü bozucu etki yaratır. Söz konusu rakının içilmesi nedeniyle

- Tüketicinin satılanın ayıplı olduğunu biliyorsa veya ayıplı satılanı bilerek çekince koymadan teslim almışsa nasıl ki seçimlik haklarını kullanma imkânını yitiriyorsa, genel hükümlere dayanarak, TBK m.112 çerçevesinde gereği gibi ifa etmeme nedeniyle tazminat isteme hakkını da yitirir. Fakat ayıp bütünlük menfaatlerinin ihlaline yol açmışsa dikkatli olmak gerekir: Ayıbı bilme/ çekince koymama, beden bütünlüğünün ihlal edilmesine, zarara muvafakat etme olarak değerlendirilip, tazminat talep edilemeyeceği söylenemez. Bu ihtimalde hukuka aykırılık ortadan kalkmamakla birlikte tazminatın kapsamının tayin edilmesinde önem taşıyabilir.
- TKHK'da tazminat isteme hakkı bir seçimlik hak olarak tanınmamıştır. Türk Borçlar Kanununda da 227/f.2'de tazminat isteminin saklı olduğu belirtilmiş ancak Alman Hukukundan farklı olarak bir seçimlik hak olarak tazminat hakkı düzenlenmemiştir.
- TKHK'nun ayıp sorumluluğu hükümleri çerçevesinde üretici veya ithalatçının tüketicinin beden bütünlüğünün ihlalden doğan zararlarından, kullanımındaki diğer eşyaların uğradığı zararlardan, malın kendisinin uğradığı zararlardan sorumlu turulması mümkün değildir.
- Yeni TKHK'da geç ifa-zamanında ifa etmeme-yan yüküm ihlali (montaj talimatının eksik/hatalı olması) ayıp hükümlerine tabi tutulmaktadır. Ayıpla ilgili hükümlerde tüketicinin tazminat hakkına da yer verildiğinden örneğin, sözleşme konusunun geç teslimi nedeniyle uğranılan gecikme zararları, tazminat konusunda genel hükümlere yapılan yollama nedeniyle TBK. m.118'e dayanılarak talep edilebilecek midir? Teslim zamanında gecikmenin temerrüde yol açması halinde genel hükümlere göre gecik-

davacının vücut bütünlüğünün ve ruh sağlığının bozulduğunun kabulü ile davacı lehine manevi tazminata karar verilmesi gerekir.” (Kazancı İçtihat Bankası, erişim: 17.04.2015)

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

me zararlarının tazmini yanında, gecikme halinde ayıp hükümlerinden yararlanılabileceği için ayıp hükümlerine göre sözleşmeden dönme ve TBK 125'e göre menfi zararının tazminini isteme yolu açılmış gözükmektedir.

- Tüketicinin tazminat isteminde dönme halinde istenilebilecek tazminatta doğrudan- dolaylı zarar kavramına verilen anlamların farklılığı ve konunun çok tartışmalı olması

nedeniyle, dönme halinde beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle satıcının sorumluluğu - aksi görüşü paylaşılanlar için- bir kusursuz sorumluluk, dönme dışındaki diğer seçimlik haklarla birlikte aynı nedenle tazminat istendiğinde satıcının sorumluluğu kusur sorumluluğu olabilecektir.

- Tazminat isteminde sorumluluk şartları bakımından dayanılan temel olgu, ayıplı ifadır. "Ayıp" bakımından TKHK. hükümlerine göre değerlendirme yapılmalıdır. Ayrıca, ayıbın varlığını ispat noktasında teslimden itibaren altı ay içinde ortaya çıkan ayıpların teslim sırasında mevcut olduğu karinesinden tazminat talep eden tüketici de yararlanmalıdır.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Oturum Başkanı)- Evet, şimdi programımıza göre sırada değerli bir uygulayıcı var. Kendisini tanımaktan mutluluk onur duyduğumuz. Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı Sayın Hâkim İlhan Kara Bey. Bize uygulamadan birtakım örneklerle, tecrübelerini de yansıtacaklar. Umuyorum özellikle bizler tabii, başta bizler sonra da uygulayıcı arkadaşlar için çok yararlı olacaktır.

Ancak hem dinleyiciler, hem de tebliğ verenler tarafından genel arzu üzerine 5 dakikalık bir mola veriyoruz. 5 dakika sonra burada buluşalım lütfen. Bu arada katılımcılardan bazıları da dönüş yolunda havaalanına gidecekler. O bakımdan bu arada bütün o sorunları halledelim, 5 dakika sonra başlayalım.

Değerli meslektaşlarım, molamız bitti, izninizle başlıyoruz tekrar devam ediyoruz. Şimdi çok değerli uygulayıcımız Hâkim İlhan Kara Beyefendiden tebliğini dinleyeceğiz. Ben ilginç olacağı kanısındayım, çünkü uygulamadan edindiği birtakım deneyimleri örnekleri de bize aktaracaktır. Daha önceki sempozyumlarda yaptığı gibi. Kendisi tam bir sempozyum koliktir. Yani tebliğ verse de vermese de tüm Türkiye’de cereyan eden tüketici hukukuyla ilgili sempozyumları hiç kaçırmaz.

Evet, buyurun İlhan Bey.

TÜKETİCİ HUKUKU VE TİCARET HUKUKUNDA BEDENSEL ZARARLAR NEDENİ İLE TAZMİNAT DAVALARI VE UYGULAMALARI*¹

İlhan KARA

Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı

Özü: Tacirler arasında yapılan hukuki işlemlerden veya tüketici işleminden kaynaklanan bedensel zararlar için yasal koşulları oluştuğunda maddi ve manevi tazminat talep edilebilir. Tüketici işleminden kaynaklanan bedensel zararlar nedeni ile tüketici lehine hükmedilecek manevi tazminatın Anayasa ve Tüketici Kanununda kabul edilen, tüketiciyi koruma amacına uygun bir miktar olması gerekir. Tüketici işleminden kaynaklanan bedensel zararlar nedeni ile açılacak davalarda tüketici mahkemeleri ve tüketici hakem heyetleri görevlidir.

1- Genel Değerlendirme

Dünyada ve özellikle Avrupa ülkeleri ile Amerika'da yaşanan toplumsal gelişmeler ve sanayileşme ile birlikte 19. Yüzyılın sonlarından itibaren tüketici hukuku ve tüketici kavramı hızla gelişmeye başlamıştır. Yaşanan bu hızlı gelişmelerin etkisiyle 1985 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda alınan kararla her yıl 15 Mart tarihinin Dünya Tüketici Hakları Günü olarak kutlanmasına karar verilmiştir. Bu kararla tüketicilerin sahip olduğu sekiz temel hak yazılı metin haline dönüştürülmüştür. **Bunlar;**

¹ İlhan KARA Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- a) *Temel Gereksinimlerin Karşılanması Hakkı,*
- b) *Sağlık ve Güvenlik Hakkı,*
- c) *Ekonomik Çıkarların Korunması ve Seçme Hakkı,*
- d) *Bilgilendirme Hakkı,*
- e) *Eğitim Hakkı,*
- f) *Tazmin Edilme Hakkı,*
- g) *Temsil Edilme Hakkı ve*
- h) *Sağlıklı Bir Çevrede Yaşama Hakkı'dır.*²

Dünyada yaşanan bu hızlı gelişmeler ülkemizi de etkilemiştir. Avrupa Birliğine katılma ve mevzuatı uyumlu hale getirme sürecinde 1995 yılında Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 4077 sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanun (TKHK) kabul edilerek yürürlüğe girmiştir (R.G. 08.03.1995, 22221). **1982 Anayasasının 172. Maddesinde "Devlet tüketicileri koruyucu ve aydınlatıcı tedbirler alır, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini teşvik eder."** düzenlemesi yapılmıştır.

Mülga 4077 sayılı TKHK yürürlüğe girdikten sonra 1997, 2003, 2004 ve 2007 yılında kanunda çok önemli değişiklikler yapılmıştır. Kanunun yetersiz kalması nedeni ile 28 Mayıs 2014 tarihinde 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun yürürlüğe girmiştir. 6502 sayılı TKHK'da yapılan düzenlemelerde tüketicilerin sahip olduğu sekiz temel hak dışında tüketicilere önemli haklar verilmiştir.

Mülga TKHK'da olduğu gibi 6502 Sayılı TKHK'da da tüketicilerin aldıkları malın veya hizmetin ayıplı olması durumunda, kanundan kaynaklanan seçimlik haklarını kullanabilirler. Tüketicinin ayıplı mal veya hizmet nedeni ile kullanabileceği **dört (4) seçimlik hakkı (Bedel iadesi, Yenisi ile değişim, Bedel-**

² Bu konuda geniş açıklama için bkz. KARA, İlhan Yeni Kanuna Tüketici Hukuku 1. Baskı Ankara-2015 s.162 vd.(Yeni TKHK)

de indirim ve Onarım isteme hakkı) dışında en önemli beşinci hakkı bu nedenle meydana gelen “*Zararların tazmin edilmesini isteme hakkı*” dır (TKHK m.11, 15; mülga TKHK m.4, 4/ A).

Tüketici işlemi niteliğinde sayılan ayıplı mal veya hizmetler dışında, diğer tüketici işlemlerinden kaynaklanan maddi ve manevi zararlar nedeni ile maddi ve manevi tazminat talep edilebilir. Özellikle tüketici işleminden kaynaklanan zararlardan dolayı manevi tazminat talep edilemeyeceğine yönelik düşüncenin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır. Hatta tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tüketici, sözleşmenin karşı tarafı olan girişimciye göre daha zayıf konumda bulunduğundan hükmedilecek manevi tazminatın, tüketicinin bu nedenle uğradığı manevi zararın etkisini azaltacak bir düzeyde olması gerekir.

Tüketici lehine hükmedilecek manevi tazminat tutarı, karşı taraf üzerinde caydırıcılık etkisi yaratacak bir miktar olması gerekir. Tüketici işleminden kaynaklanan bedensel zararlardan dolayı da maddi ve manevi tazminat isteme hakkı bulunmaktadır. Bu nedenle tüketici işleminden kaynaklanan zararlardan dolayı yasal koşulları olduğu takdirde, maddi tazminat yanında manevi tazminat talep edebilir. Tüketici işleminden kaynaklanan zararlardan dolayı tazminat talep edebilmek, tüketiciler yönünden Anayasa ve Kanunla sağlanan 8 temel haktan biridir.

Tacirler arasında yapılan hukuki işlemlerden kaynaklanan bedensel zararlar için Asliye Ticaret Mahkemesinde dava açılması zorunludur. Ticaret hukukundan kaynaklanan bedensel zararlar daha çok can ve mal sigortaları kapsamında kalmaktadır. Bu nedenle açılan tazminat davalarında genellikle sigorta şirketleri davalı konumunda bulunmaktadır.

2-Tüketici İşlemi ve Kapsamı

Taraflardan biri tüketici karşı tarafı gelir elde etmek amacı ile bu işi yapan müteşebbis (satıcı, sağlayıcı, banka, üretici, imalatçı, ithalatçı, bayi, acente) arasında yapılan **her türlü hu-**

kuki işlem tüketici işlemi sayılır. Tüketici işlemi ve tüketici sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda tüketici mahkemeleri ve tüketici hakem heyetleri görevli ve yetkilidir.

Tüketici; bir mal veya hizmeti ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen kullanan veya yararlanan gerçek veya tüzel kişiyi ifade eder (TKHK m.3/1-k). Ticari şirketler tüketici olarak kabul edilemez. Sadece kâr amacı olmayan dernek ve vakıflar tüketici sayılır. Burada önemli olan taraflardan birinin tüketici diğer tarafın müteşebbis-girişimci olmasıdır. Yapılan sözleşmenin adı veya niteliğinin hiçbir önemi yoktur.

6502 sayılı Tüketici Kanununda yapılan açık düzenleme uyarınca eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem tüketici işlemi sayılır. Kanun koyucu uygulamada yapılan gereksiz daraltıcı yorumları engellemek amacıyla bu şekilde bir tanım yapmıştır (TKHK m.3/1,l). Yapılan bu düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere tüketici işlemi veya tüketici sözleşmesi konusunda TKHK'da herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.³

3- Bedensel Zararların Tazmini ve Hukuksal Dayanakları

Tüketici işleminden kaynaklanan bedensel zararlardan dolayı zarar gören tüketici veya yakınları maddi ve manevi tazminat talep edebilirler. Tüketicilerin aldığı mal veya hizmetler nedeniyle bazen bedensel zarara uğradıkları görülebilmektedir. **Örneğin;** satın alınan otomobildeki **fren arızası** nedeniyle aracın kaza yapması veya **hava yastığının kaza sırasında açılmaması** nedeniyle yaralanma veya ölüm meydana gelmesi durumunda **maddi ve manevi tazminat talep edilebilir.** Aynı şekilde lokantada yemek yenildiği sırada **sandalyedeki vidanın gevşemesi nedeniyle tüketicinin parmağının sıkışması,** hatta **kopması** nedeniyle de maddi ve manevi tazminat talep

³ KARA, (Yeni TKHK) s.162 vd.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

edilmesi mümkündür. Yine yiyecek veya içecek maddesinin içerisinde sinek veya yabancı cisim bulunması, tüketicinin tatil için gittiği otelde müşterilere domuz eti yâda sağlığa aykırı et yedirilmesi. Ayıplı mal nedeni ile evde yangın çıkması, bu yangın nedenle ile kişilerin hayati tehlike yaşaması veya evdeki hatıra eşyaların yanması, dalış hizmet sözleşmesi kapsamında yapılan dalışta boğulma tehlikesi yaşanması veya boğulmadan kaynaklanan ölüm meydana gelmesi nedeniyle yasal koşulları olduğu takdirde, tüketici maddi ve manevi tazminat talep edebilir. Tüketici işleminden kaynaklanan her türlü bedensel zararlar nedeni ile açılacak davalarda tüketici mahkemesi veya tüketici hakem heyetleri görevli ve yetkilidir.

Tüketici işleminden kaynaklanan bedensel zararlardan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat taleplerinde öncelikle 6502 Sayılı TKHK'nın tüketiciciye daha geniş koruma sağlayan hükümlerinin uygulanması zorunludur. Ancak 6502 Sayılı TKHK m.83/1 fıkrada yapılan açık düzenleme uyarınca TKHK'da hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. Buna göre tüketicinin maruz kaldığı bedensel zararlardan kaynaklanan maddi ve manevi tazminat taleplerinin başlıca normatif dayanakları;

- a) 1982 Anayasası m.172
- b) 6502 Sayılı TKHK m.1, 2, 11/6, 15, 83
- c) TBK m.53 (ölüm halinde), 54 (bedensel zarar), 56 (manevi tazminat), 58 (kişilik hakkının zedelenmesi)
- d) Türk Medeni Kanunu m.24
- e) Diğer kanunlardaki özel düzenlemeler, şeklinde sıralayabiliriz.

Tüketici işlemi, tüketici sözleşmesi yâda sözleşme öncesi görüşmeler sırasında, tüketicinin bedensel zarara uğraması durumunda, tüketici meydana gelen bu zarar nedeni ile 6502 sayılı TKHK, TBK, TMK ve diğer yasal düzenlemelere dayanarak maddi ve manevi tazminat talep edebilir. Tüketicinin

kendisi dışında olaydan zarar gören yakınları veya üçüncü kişiler dahi tazminat talep edebilirler.

Örneğin; tüketicinin aldığı televizyonun evde patlaması nedeni ile zarar gören tüketicinin eşi, çocukları hatta patlama sırasında evde bulunan ve zarar gören misafirler dahi tazminat talep edebilirler.

4-Bedensel Zararların Kapsamı

Tüketici işlemi veya tüketici sözleşmesinden kaynaklanan bedensel zararların kapsamına bu nedenle meydana gelen **maddi ve manevi zararların tamamı girer.** Tüketici işleminden kaynaklanan uyuşmazlıklarda özellikle hâkimin takdirine giren konularda maddi ve manevi tazminatın miktarı tayin edilirken, 6502 sayılı TKHK'da temel ilke olarak kabul edilen **"Tüketiciyi Koruma Amacı"** na uygun olacak şekilde tazminat miktarının belirlenmesi gerekir.

4.1. Maddi Tazminat

Maddi tazminatın kapsamı **ölüm halinde;** ölüm meydana gelmeden önce yapılan tedavi giderleri, daimi veya geçici iş göremezlik nedeni ile oluşan maddi kayıplar, cenaze giderleri ve diğer maddi kayıplar talep edilebilir. Özellikle ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler bu nedenle destek tazminatı talep edebilirler (TKHK m.1, 2, 83, TBK 53). **Bedensel zarar meydana gelmesi durumunda; zarar gören tüketicinin kendisi veya yakınları** bu nedenle yapılan tedavi giderlerini, meydana gelen kazanç kayıplarını, çalışma gücünün azalması yada tamamen kaybedilmesi nedeni ile oluşan zararları veya ekonomik geleceğinin sarsılmasından kaynaklanan zararları talep edebilirler (TKHK m.1, 2, 83, TBK 54).

4.1. Manevi Tazminat

Tüketici işleminden kaynaklanan bedensel zararlar veya yaralanma nedeni ile zarar gören tüketici veya yakınları yasal koşulları oluştuğunda **manevi tazminat talep edebilirler. Ma-**

nevi zarar, kişilik değerlerinde meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Bir kişinin, kişi varlığını ihlal oluşturan hukuki değerlerin ihlali yani saldırıya uğraması nedeni ile oluşan objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir.⁴ Zarar görenin kişilik değerlerinin iradesi dışında eksilmiş olması durumunda manevi zarar oluşur. **Hukuken korunmaya değer olan bütün kişilik değerleri** bu kapsamda kabul edilir.

Manevi zarar, kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilme olduğundan bu kapsamda olmak üzer; duyulan acı ve çekilen ızdırap kişinin ruhsal bütünlüğünü bozucu etki yaratacağından bunun manevi zarar oluşturacağı konusunda kuşku bulunmamaktadır. Diğer taraftan mülga BK m.49 hükmünde kişilik hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişinin manevi tazminat talep edebileceği kabul edilmişti. Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, başka türlü bir tazminata karar verebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir. Verilen kararın basın yolu ile ilanına karar verilebilir.⁵

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 24.maddesinde yapılan düzenleme uyarınca, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırı olan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı olmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır kabul edilir. Benzer düzenleme TBK m.58 hükmünde yapılmıştır.

Tüm bu yasal düzenlemelerden açıkça anlaşıldığı üzere, tüketici işleminden kaynaklanan bedensel zararlar (maddi ve manevi) nedeni **hâkim, hem tüketici hukukunu ve hem de açıkça atıf yapılan diğer yasal düzenlemeleri gözeterek manevi tazminata karar vermek durumundadır.** Somut olayın niteliği ve hatanın ağırlığına göre tazminatın miktarını hâkim tayin eder. Hükmedilecek **manevi tazminatın adalete hakka-**

⁴ EREN (TBK), s.531

⁵ KARA, (Yeni TKHK) s.92 vd.

niyete uygun olması gerekir. Bu konuda manevi tazminatın caydırıcılık fonksiyonu olduğu unutulmamalıdır. Bu nedenle hükmedilecek manevi tazminat zarara sebebiyet veren kişi üzerinde caydırıcı bir etki yaratmalıdır.⁶

Sanayide ve teknolojiye yaşanan gelişmeler, zarar türlerinin artmasına neden olmuştur. Özellikle manevi tazminat konusunda dar yorum yapılmamalıdır. Meydana gelen zararın niteliğine göre, hükmedilecek manevi tazminat miktarının günün ekonomik koşullarına ve olayın özelliğine göre hâkim tarafında takdir edilmelidir. Manevi tazminatın kapsamının dar yorumlanması TKHK'nun lafzına ve tüketiciyi koruma amacına uygun düşmeyecektir.⁷

Nitekim son zamanlarda Yargıtay'ın yeni ve yerleşik uygulamaları bu yöndedir. Yargısal uygulamalarda ve öğretilerde aynı yaklaşım benimsenmiştir. Herkes tarafından kabul edilen yeni yaklaşıma göre, aralarında sözleşme ilişkisi bulunan taraflardan birisinin eylemi sözleşmeye aykırı olması yanında karşısındaki ruhsal veya bedensel bütünlüğü açısından zarara da yol açıyorsa, haksız eyleme benzer bir etkinin varlığının kabulü ile oluşan manevi zararın tazmini gerekmektedir.

Örneğin; kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, sağlık, özgürlük, isim, resim, şeref, haysiyet, ticari itibar ve buna benzer olan değerlerin tamamı kişilik hakkını oluşturur.

Kişilik değerleri zarar gören bir kimse bu nedenle manevi tazminat talep edebilir. Somut olaya göre manevi tazminatın koşullarının oluşup oluşmadığını hâkim takdir eder.

4. Bedensel Zararlarda Maddi ve Manevi Tazminata İlişkin Emsal Nitelikteki Dava ve Karar Örnekleri⁸

Özellikle tüketici işleminden kaynaklanan ilginç bazı olaylar emsal olmaları nedeni ile aşağıda gösterilmiştir.

⁶ KARA, (Yeni TKHK) s.93

⁷ KARA, (Yeni TKHK) s.93

⁸ Daha fazla açıklama ve örnekler için bkz. KARA, (Yeni TKHK) s.782 vd.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

4.1. Sinekli Rakı Davası⁹

- Sinekli Rakı İçilmesi,
- Manevi Tazminat Gerektirir,

ÖZET: Davacı tarafın satın aldığı rakı şişesi içinde sinek bulunması ve bu rakının içilmesi halinde manevi tazminat istenebilir.

(Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 17.06.2009, 2009/4-234 E., 2009/260 K, ile Ankara 7. Tüketici Mahkemesinin DİRENME KARARI ONAMA)

4.2. Otelde Müşteriye (Tüketiciye) Domuz Eti Yedirilmesi¹⁰

- Domuz Eti,
- Otel Tatili,
- Maddi Manevi Tazminat,

ÖZET: Tüketicinin tatil yaptığı otelde, müşterilere domuz eti yedirilmesi veya domuz eti yedirildiğine ilişkin genel kanı ve ihtimal oluşması durumunda maddi ve manevi tazminat talep edebilir.

(Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 14/12/2012, 2012/2132 E, 2012/1438 K, sayılı DİRENME KARARI

Yargıtay HGK 12.02.2014, 2013/13-492 E, 2014/87 K, sayılı kararı ile DİRENME KARARI ONAMA)

4.3. Paket Turun Kanuna Aykırı Şekilde İptali¹¹

- Paket Tur Sözleşmesi,
- Manevi Tazminat,

⁹ Ayıplı mal ve manevi tazminat konusunda bkz. KARA,(Yeni TKHK) s.783, HGK Karar No: 64

¹⁰ KARA,(Yeni TKHK) s.784, HGK Karar No:83

¹¹ KARA,(Yeni TKHK) s.784, Tüketici Mahkemesi Karar No:12

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ÖZET: Paket tur sözleşmesinin geziye dört gün kala yeterli sayıya ulaşmadığı gerekçesiyle şirket tarafından iptal edilmesi durumunda sözleşme bedeli davacıya iade edilmiş olsa bile, davacı turun gerçekleşmemesinden dolayı manevi tazminat talep edebilir (*Mahkeme talep edilen 5.000 TL manevi tazminatın tamamını kabul etti.*)

(Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 09/12/2010, 2010/402 E, 2010/657 K, sayılı Kararı; Yargıtay 13 HD, 27.06.2011, 2011/3068 E, 2011/10238 K. ONAMA)

4.4. Merkez Bankasının Kara Listesine Haksız Dâhil Edilme¹²

- Tüketici Kredi Sözleşmesi,
- Borcun Tümüyle Ödenmesi,
- Haksız Negatif Kayıt Oluşturulması,
- Manevi Tazminat,

ÖZET: Banka ile yaptığı tüketici kredi sözleşmesi uyarınca tüm ödemeleri düzenli yapmasına rağmen banka tarafından haksız biçimde ödemede gecikme yaşandığı gerekçesi ile Merkez Bankası nezdinde tutulan negatif kayıt (kara liste) listesine dâhil edilen tüketici manevi tazminat talep etmekte haklıdır.

(Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 31/05/2011, 2010/156 E, 2011/602 K, sayılı Kararı;

13 HD, 21.12.2011, 2011/14106 E, 2011/19924 K, ONAMA)

4.5. Güvenlik Şirketinin Verdiği Ayıplı Hizmet Nedeni ile Maddi ve Manevi Tazminat İstenebilir. Konutta Hırsızlık,

- Özel Güvenlik Bulunması,
- Maddi ve Manevi Tazminat,

¹² KARA,(Yeni TKHK) s.1230

ÖZET: Binada özel güvenlik hizmeti veren şirket bulunması halinde bina içindeki bağımsız bölümlerde yapılan hırsızlıktan özel güvenlik şirketi sorumludur (ayıplı hizmet). Bu nedenle maddi ve manevi (hatıra eşyanın çalınması) tazminat talep edilebilir.

(Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 28/06/2011, 2010/1165 E, 2011/825 K, sayılı Kararı;

13.HD.17.09.2012, 2011/16870 E, 2012/20001 K, ONAMA)

4.6. Alışveriş Merkezinde Dökülen Sıvı Sabun Nedeni İle Yaralanma

- Alışveriş Merkezi,
- Akit Öncesi Sorumluluk Hükümleri,
- Deterjan Dökülmesi,
- Ayak Kırılması,
- Manevi Tazminat,

ÖZET: Alışveriş merkezinde yere dökülen sıvı deterjan nedeniyle ayağı kayan tüketici bu nedenle maddi ve manevi tazminat talep edebilir.

(Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 16/10/2012, 2012/1045 E, 2011/825 K, 13.HD.12.03.2013, 2012/29467 E, 2013/6124 K, ONAMA)

4.7. Şifreli Maç Yayınının Kesilmesi Manevi Tazminat Gerektirir¹³

- Şifreli Televizyon Yayını,
- Futbol Müsabakası,
- Haksız Ücret Talebi,
- Manevi Tazminat,

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ÖZET: Taraflar arasında yapılan sözleşme uyarınca dava konusu üyelik sözleşmesi nedeniyle yayınlanacak futbol müsabakaları için şifreli yayın yapılması mümkün bulunmadığından bu maç yayınının şifreli olarak yayınlanması ve ayrıca ücret talep edilmesi haksız şart sayılır. Canlı müsabakanın seyredilememesi nedeniyle tüketici manevi tazminat talep edebilir

(Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 27/09/2012, 2012/1539 E, 2012/1004 K, sayılı Kararı;Yargıtay 13.HD.08.07.2013, 2013/18684 E, 2013/19018 K, ONAMA)

4.8.Düğünde Çekilen Fotoğrafların Yanması Manevi Tazminat

Karar No: 78

- Düğün Hizmet Sözleşmesi,
- Fotoğraf Çekimi,
- Manevi Tazminat,

ÖZET: Taraflar arasında yapılan düğün hizmet sözleşmesinde kararlaştırıldığı şekilde 60 adet orijinal fotoğrafın 55 adedinin davacılara teslim edilmemesi nedeniyle manevi tazminat talep etmekte haklıdır.

(Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 26/03/2013, 2012/332 E, 2013/662 K, sayılı Kararı;

13.HD.13.11.2013, 2013/16005 E, 2013/28169 K, ONAMA)

HGK Karar No: 61

- Düğün Töreni Hizmet Sözleşmesi,
- Gelin ve Damadın Bizzat Sözleşme Yapması Gerekmez,
- Sözleşmeyi Yapan Dava Açabilir,
- Fotoğraf ve Video Kaydının Eksik, Ayıplı Olması,
- Manevi Tazminat İstenebilir,

ÖZET: Düğün hizmet sözleşmesinde **fotoğraf ve video kaydının eksik ve ayıplı olması nedeniyle bu işte menfaati olan gelin, damat** ve sözleşmeyi onların yararına yapan kişi davacı olabilir. Düğün salonu sahibi ve fotoğraf çekme işinden sorumlu olan kişiye yönelik müteselsil sorumluluk esaslarına göre dava açılabilir. Fotoğrafların eksik ve ayıplı olması nedeniyle maddi ve **manevi tazminat** istenebilir. (HGK 30.11.2011, 2011/13-606 E, 2011/717 K.)

4.9. Dalışta Boğulma Nedeni ile Maddi ve Manevi Tazminat

Karar No: 97

- Dalış Hizmet Sözleşmesi
- Dalışta Ölüm
- Maddi ve Manevi Tazminat

ÖZET: Dalış hizmeti sözleşmesi kapsamında verilen hizmetin ayıplı olması nedeniyle dalış sırasında ölüm meydana gelmesi halinde destekten yoksun kalan kişiler maddi ve manevi tazminat talep edebilirler. Dalış sırasında ölenle birlikte dalan ve birbirinden sorumlu olan kişiler ile dalış hizmeti veren kişi veya firma oluşan zarardan müteselsilen sorumludur. (Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 2013/199 E. 2013/2711 K. 13.HD.28.01.2015, 2014/10846 E, 2015/1619 K, ONAMA)

4.10. Ayıplı Buzdolabından Yangın Çıkması Nedeni ile Maddi ve Manevi Tazminat

Karar No: 98

- Ayıplı Buzdolabı
- Yangın Çıkması
- Maddi ve Manevi Tazminat
- Müteselsil Sorumluluk

ÖZET: Tüketicie satılan buzdolabının ayıplı olması aynı zamanda konuttaki elektrik tesisatı ve projesinin hatalı yapılmasından dolayı konutta meydana gelen yangın nedeniyle konutta yaşayan ve yangından zarar gören kişi maddi ve manevi tazminat talep edebilir. Yangın sırasında konutta bulunmayan yetişkin çocuklar yangın nedeniyle zarar gören hatıra eşyaları ve oyuncakları nedeniyle manevi tazminat talep edebilirler. (Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 2009/474 E., 2012/204 K. 13.HD.15.04.2013, 2012/14843 E, 2013/9497 K., ONAMA)

4.11. Konut Kredisi Ödenmesine Rağmen Tüketici Hakkında İcra Takibi Yapılması Manevi Tazminat Gerektirir

-Maddi ve Manevi Tazminat

-Konut Kredisi

-Borcun Ödenmiş Olması

-İpoteğın Paraya Çevrilmesi

ÖZET: Tüketicinin kullandığı konut kredisi borcunu fazlasıyla ödemiş olmasına rağmen banka tarafından icra takibi yapılması ve ipoteğın paraya çevrilmesi amacıyla icra işlemi başlatılması ve tüketicinin bu nedenle kara listeye dâhil edilmesi nedeniyle manevi tazminat talep edilebilir. Çünkü *kredi veren banka kredi verme işleminde uzman bir kuruluş olup borcun kalıp kalmadığını en iyi bilecek kişi konumundadır.* (Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 2009/54 E, 2011/734 K, 13.HD.17.01.2012, 2011/14779 E, 2012/349 K., ONAMA)

4.12. Alışveriş Merkezinde Işıklı Oyuncak Ayı Yanında Fotoğraf Çekilmesi Sırasında Elektrik Çarpması Manevi Tazminat Gerektirir

-Sözleşme Öncesi Sorumluluk

-Culpa In Contrahendo

-Oyuncak Ayı Önünde Fotoğraf Çekimi

-Elektrik Çarpması

ÖZET: Tüketicinin alışveriş merkezinde dolaştığı sırada satış mağazası önüne reklam amaçlı konulan ışıklı oyuncak ayının yanında fotoğraf çekildiği sırada elektrik akımına kapılması durumunda maddi ve manevi tazminat talep edilebilir. (Ankara 7. Tük. Mahk. 2011/156 E, 2013/268 K, 13.HD.26.12.2013, 2013/23972 E, 2013/32952 K, ONAMA)

4.13. Paket Tur Otobüsünün Kaza Yapması ve Ölüm Meydana Gelmesi Manevi Tazminat Gerektirir

Karar No: 101

-Manevi Tazminat

-Paket Tur Sözleşmesi

-Otobüsün Ölümlü Kaza Yapması

ÖZET: Paket Tur sözleşmesi kapsamında otobüste yolculuk yapıldığı sırada otobüsün kaza yapması nedeniyle gerçekleşen ölümden dolayı ölen tüketicinin yakınları maddi ve manevi tazminat talep edebilirler. (Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 2012/234 E., 2013/224 K. 13.HD.08.05.2014, 2013/14486 E, 2014/14781 K., ONAMA)

4.14. Lokantada Yemek Yerken Ayıplı Sandalye Nedeni ile Parmak Kopması Manevi Tazminat Gerektirir

-Manevi Tazminat

-Restoranda Yemek

-Ayıplı Sandalye

-Parmak Ucunun Kopması

ÖZET: Tüketicinin yemek için gittiği lokantada oturduğu sandalyenin vidasının yerinden çıkmış olması nedeniyle sandalyeye oturma esnasında parmağının sandalye oturak kısmı ile metal kısım arasında kalması nedeniyle parmak ucunda

meydana gelen kopma nedeniyle manevi tazminat talep edilebilir. (Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 2013/199 E., 2013/2711 K. 13.HD.22.04.2013, 2010/726 E, 2012/492 K., ONAMA)

4.14. Haksız Negatif Kayıt Oluşturulması Manevi Tazminat Gerektirir

-Manevi Tazminat

-Negatif Kayıt

ÖZET: Tüketicinin bankaya borcu bulunmamasına rağmen borç bulunduğu gerekçesiyle banka tarafından negatif kayıt oluşturularak Merkez Bankası nezdinde tutulan kara listeye dâhil edilmesi bankanın özensiz tutum ve davranışından kaynaklandığı için manevi tazminat talep edilebilir. (Ankara 7. Tüketici Mahkemesi 2010/659 E., 2011/1261 K. 13.HD.26.03.2012, 2012/3016 E, 2012/7959 K, ONAMA)

4.15. Yurt Dışında Bu Kredi Kartı Hamilinin Kartının Haksız Şekilde Kullanıma Kapatılması Manevi Tazminat Gerektirir.

- Kredi Kartı Üyelik Sözleşmesi

- Kartın Kullanıma Kapatılması

- Manevi Tazminat

Özet: Yurt dışında bulunan kredi kartı ek kart hamilinin, kredi kartı ödemeleri düzenli şekilde yapılmasına rağmen, bankanın haklı bir sebep olmadan kredi kartını kullanıma kapatamaz. Bankanın haksız şekilde kredi kartını kullanıma kapatması durumunda kart hamili veya ek kart hamili manevi tazminat talep edebilir.

(Ankara 7. Tüketici Mahkemesi tarafından 5.000 TL manevi tazminata hükmedildi. Yargıtay 13 HD. ONAMA)

Sonuç:

Tacirler arasında yapılan hukuki işlemlerden veya tüketici işleminden kaynaklanan bedensel zararlardan dolayı zarar gören ve bu zarardan etkilenen kişiler, maddi ve manevi tazminat talep edilebilir. Özellikle tüketici işleminden kaynaklanan uyumsuzluklarda tüketici lehine hükmedilecek manevi tazminatın tarafların sosyal ve ekonomik durumuna uygun olması gerekir. Ayrıca manevi tazminat miktarının Anayasa ve Tüketici Kanunu'nun tüketiciyi koruma amacına uygun olacak şekilde, aynı zamanda karşı taraf üzerinde caydırıcılık etkisi yaratacak bir miktar olmalıdır. Tüketici işleminden kaynaklanan bedensel zararlar nedeni ile açılacak davalarda Tüketici Mahkemeleri ve Tüketici Hakem Heyetleri görevli ve yetkilidir.

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER (Oturum Başkanı)- Biz de Sayın Hâkim İlhan Kara'ya bu ilginç tebliği ve ilginç örnekleri için teşekkür ediyoruz. Ben kendisine küçücük bir şey sormak istiyorum. Bu Türkiye çapında bütün cereyanların kesilmesi olayıyla ilgili bir dava geldi mi size hiç huzurunuz?

İlhan KARA (Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı)- Hocam gelebilir, onun için yorum yapmayayım, ama zarar varsa tazminat vardır, hiç tartışılacak bir şey yok.

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER (Oturum Başkanı)- Sizin bu anlattıklarınızı işittikten sonra, buradaki avukat arkadaşlar herhalde kolları sıvayacaklardır.

İlhan KARA (Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı)- Anlayan anlamıştır hocam.

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyoruz. Şimdi de yine tüketici hukukunun uzmanı sayılan, uygulamasıyla ilgilenen Ankara Barosu Tüketici Hukuku Kurulunun önceki başkanı olan Sayın Av. Nehir Miray Bedük'e söz vereceğim. Mutlaka o da bize ilginç şeyler anlatacaklardır. Buyurun efendim.

TÜKETİCİ KANUNU AÇISINDAN BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Av. Nehir Miray BEDÜK

Ankara Barosu

Tüketici Hukuku Kurulu Önceki Başkanı

Herkese hoş geldiniz diyerek başlamak istiyorum. Ben sizlere 6502 Sayılı Yeni Tüketici Kanununda yer alan 3. Madde kapsamında tüketici işlemi kavramından ve bu kavram içerisinde söz edilen sözleşmeler kapsamında taşıma ve sigorta sözleşmelerinden ve genel olarak tüketici yasasındaki bedensel zararlara ilişkin maddelere ve gerekçelere değinip konulara ilişkin Yargıtay kararlarına değinmeğe çalışacağım.

Öncelikle tüketici işleminden bahsetmek istiyorum. Bilindiği üzere 6502 sayılı kanunun 3. Maddesinin (1) bendinde tüketici işlemi kavramı ele alınmıştır. Kanunda "**tüketici işlemi**":*mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dahil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlemi ifade eder*" şeklinde hükme bağlanmıştır.

Genel Gerekeçe

TBMM tutanaklarına göre; 6502 Sayılı Kanunun çıkarılmasında genel gerekçe olarak; 1995 yılından beri tüketici hukukunun giderek gelişen bir alan olması ve bu gelişmeler ışığında 2003 yılında getirilen kapsamlı değişikliklerin ihtiyacı karşılar ni-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

telikte olmasına karşın Avrupa Birliği mevzuatları çerçevesinde tam uyum içerisinde yeni düzenlemelere ihtiyaç duyulması nedeniyle bu kanunun çıkarıldığı ifade edilmektedir. Bu düzenlemeler getirilirken özellikle İsviçre'deki tüketici mevzuatı dikkate alınmıştır.

Madde gerekçesine bakacak olursak; Bu maddenin tanımlar maddesi olduğu, 4077 Sayılı Kanunla karşılaştırıldığında "tanımlar" maddesinden bazı tanımların çıkarıldığı, yeni tanımların eklendiği, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler dahil edilerek uygulamada ortaya çıkan ve tüketici sözleşmelerinin kapsamının daraltan yorumların önüne geçilmesinin düşünüldüğü belirtilmiştir.

Madde son halini alt komisyonda almıştır.

Bu maddeden anlaşılacağı üzere bir tarafı tüketici olan ve tüketicilerle kurulan sözleşmeler tüketici işlemi olarak tanımlanmakta ve bu kanun kapsamında değerlendirilmektedir. Yine 6502 Sayılı Kanunun 73. Maddesinin 1. Fıkrasında "tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir." Hükmü de bu yorumu desteklemektedir.

Madde metninde görüldüğü üzere bazı sözleşme tiplerinden bahsedilmektedir. Bunlar; eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekalet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler diye belirtmekle; kanun koyucu sınırlı bir sayımın aksine geniş yorumlamıştır. Zaten madde gerekçesinde de tüketici sözleşmelerinin kapsamını daraltan yorumların önüne geçildiği ifade edilmiştir.

Bu sözleşme tiplerinden taşıma ve sigorta sözleşmelerine değinmek istiyorum.

Taşıma Sözleşmeleri: 6502 sayılı kanunla kapsam altına alınmıştır. TTK 850 maddede ; taşıma sözleşmesi ile taşıyıcının, eşyayı varma yerine götürme ve orada gönderilene teslim etmeyi veya yolcuyu varma yerine ulaştırmayı; buna karşılık, eşya taşımada gönderen ve yolcu taşımada yolcunun, taşıyıcıya taşıma ücretini ödemeyi borçlanacağı bir sözleşme

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

tipi olduğu belirtilmiştir. Bununla birlikte 6502 sayılı kanunun 3. Maddesinde taşıma sözleşmesi kapsam altına alınarak bir tarafın tüketici olduğu taşıma sözleşmelerinin de tüketici hukuku kapsamında değerlendirileceği belirtilmiştir. Örnek: Otobüs firması ile seyahat ederken meydana gelen trafik kazası nedeniyle bedensel zarar

Sigorta sözleşmeleri de Türk Ticaret Kanunumuzun 1401. Maddesinde sigorta sözleşmelerinin tanımı yapılmaktadır. Buna göre; *sigortacının bir prim karşılığında, kişinin para ile ölçülebilir bir menfaatini zarar uğratan tehlikenin, rizikonun meydana gelmesi halinde bunu tazmin etmeyi ya da bir veya birkaç kişinin hayat süreleri sebebiyle ya da hayatlarında gerçekleşen bazı olaylar dolayısıyla bir para ödemeyi veya diğer edimlerde bulunmayı yükümlendiği sözleşmeler olarak ifade edilmektedir.*

Yukarıda bahsettiğimiz temel ilke doğrultusunda (yani bir tarafın tüketici olması) sebebiyle yapılan sigorta sözleşmeleri *tüketici sözleşmesi* olarak kabul edilmektedir. Sigorta Sözleşmesine örnek: Hayat sigortası, kaza sigortası

Yargıtay ilgili dairelerinin kararlarında görevli mahkemelerin asliye ticaret mahkemeleri olduğunu belirtmekle birlikte 6502 sayılı kanunla yukarıda bahsettiğimiz ilke doğrultusunda bu tartışma ortadan kalkmıştır.

Madde 11/6

1) 6502 Sayılı Kanunun Tüketicinin Seçimlik Hakları Başlıklı 11. Maddenin 6. Fıkrasında; seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar, tüketicinin seçtiği hakkı yerine getiren tarafça karşılanacağı ve tüketicinin bu seçimlik haklarından biri ile birlikte 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebileceği hükme bağlanmıştır.

Madde gerekçesi

Altıncı fıkra, seçimlik hakların kullanılması sebebiyle ortaya çıkan tüm masrafların, tüketicinin seçtiği hakkı yerine geti-

ren tarafça (satıcı, üretici veya ithalatçı) karşılanmasını öngörmektedir. Örneğin, nakliye, posta veya iletişim masrafları gibi. Tüketici seçimlik haklarını kullanma sebebiyle hiçbir masrafa katlanmak zorunda bırakılmamalıdır.

Ayrıca ayıplı mal bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olabilir. Dolayısıyla, tüketicinin dört seçimlik hakkının yanı sıra Türk Borçlar Kanunu hükümlerine kıyasen tazminat talep etmesi imkânı da mevcuttur. Ancak bunun için, sözleşmeye aykırılık nedeniyle ortaya çıkan zararın ispat edilmesi gerekir.

2) **15. maddenin 1. Fıkrasında;** hizmetin ayıplı ifa edildiği durumlarda tüketici, hizmetin yeniden görülmesi, hizmet sonucu ortaya çıkan eserin ücretsiz onarımı, ayıp oranında bedelden indirim veya sözleşmeden dönme haklarından birini sağlayıcıya karşı kullanmakta serbesttir. Sağlayıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür. Seçimlik hakların kullanılması nedeniyle ortaya çıkan tüm masraflar sağlayıcı tarafından karşılanır. Tüketici, bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat da talep edebilir." Hükümü yer almaktadır.

Madde Gerekçesi (özetle)

Bu madde, ayıplı mallara ilişkin 11 inci maddeye paralel olarak düzenlenmiştir. Tüketici bu seçimlik haklarından biri ile birlikte Türk Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca tazminat talep edebilir.

3) **6502 Sayılı Kanunun Üretim veya Satışın Durdurulması ve Malın Toplatılması başlıklı 74. maddesinin 2. Fıkrasında;** "Satışa sunulan seri malın ayıplı olduğunun mahkeme kararı ile tespit edilmesi halinde, mahkeme ayıbın niteliğine göre malın satışını geçici olarak durdurma veya ayıbı giderme kararları verebilir. Üretici veya ithalatçı mahkeme kararının tebliğ tarihinden itibaren en geç üç ay için-

de malın ayıbını ortadan kaldırmakla yükümlüdür. Malın ayıbının ortadan kalkmasının imkansız olması halinde mal, üretici veya ithalatçı tarafından toplanır veya toplattırılır. Toplatılan mallar taşıdıkları risklere göre kısmen veya tamamen imha edilir veya ettirilir. **İmha edilen malla ilgili tüketicinin dava açma ve tazminat hakları saklıdır.”** Hükmü yer almaktadır.

Madde Gerekeçesi

İkinci fıkrada mahkeme tarafından seri ayıplı mal konusunda alınabilecek farklı önlemler hakkında bilgi verilmektedir.

Toplatılan kansorejen ayakkabılar ve oyuncak örnekleri vs

- 4) **6502 Sayılı Kanunun Yiyecek Taklidi Ürünler başlıklı 79. Maddesinin 5. Fıkrasında;** Yiyecek taklidi ürünleri satın alan tüketicilerin uğradıkları maddi ve manevi zararlar nedeniyle dava açma hakları saklıdır. Hükmü düzenlenmiştir.

Madde gerekçesi

Beşinci fıkrada, yiyecek taklidi ürünler nedeniyle tüketicilerin uğradıkları maddî ve manevî zararların tazmini için dava açma haklarının saklı olduğu vurgulanmıştır.

elma şeklindeki sabunu yiyen çocuk

Bahsettiğim Kanun Maddelerine İlişkin Yargıtay Kararları

- 1) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2013/13-492E. 2014/87 Karar 12.02.2014 sayılı kararı (özetle) Ankara 7. Tüketici mahkemesinde tatil amaçlı kalınan otelde sağlığa zararlı yiyecek (domuz eti) verilmesi sebebiyle açılmış maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir.
- 2) Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2008/344 E. 2008/5712 K. 28.04.2008 Tarihli kararı (özetle) Tüpgaz bayisinden alınan tüpün patlaması sonucu oluşan ölüm ve cismani zarardan doğan tazminat davasına ilişkin verilen karardır.

- 3) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2009/4-346E. 2009/394 K. Sayılı kararı (özetle)İstanbul 2. Tüketici Mahkemesinde davalı tarafından üretilen ve cam kavanozda satışa sunulan bezelye konserve içinden salyangoz çıktığından bahisle, hijyenden yoksun ürünün yol açtığı psikolojik rahatsızlık nedeniyle manevi, ürün içindeki salyangozun tespiti için yapılan masraflar karşılığı olarak da maddi tazminat istemi ile açılmış bir davaya ilişkin karardır.
- 4) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2009/4-234E. 2009/260 K. 17.06.2009 Tarih sayılı kararı (özetle) davacı tarafından satın alınan rakının, bir miktar tüketildikten sonra şişede bulunan sineğin fark edilmesiyle, ürünün ayıplı olduğu gerekçesiyle açılmış maddi ve manevi tazminat davasına ilişkindir.

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

*Altıncı Oturum
Soru - Cevap Bölümü*

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Oturum Başkanı)- Vakti çok ekonomik kullandı, hatta kendisine tanınan süreden önce konuşmasını bitirdiği için sayın konuşmacıya candan teşekkürlerimi sunuyorum. Bu arada bir sonraki oturumun başkanı Sayın Prof. Dr. Erzan Erzurumluoğlu da, ben teşekkür ederken hareketle başını sallıyor. Efendim bugün bu oturumda değerli ilginç ve başarılı bir çalışma yaptık, ben ona eminim. Bundan sonraki oturumun da aynı şekilde başarılı geçeceğini düşünüyorum. Kendi adıma bu düzenlemeyi yapan başta Barolar Birliği temsilcisi hanımefendi, sonra bizim Çağlar Özel hocamız ve diğer bütün görevlilere candan teşekkürlerimi sunuyorum. Bu arada soru sormak isteyenlere de küçük bir ricam olacak. Fazla kişiye söz veremeyeceğiz, çünkü 19.30'da karşı blokta akşam yemeği başlıyor. Yani bu oturumu 19.30'a kadar mutlaka bitirmemiz lazım ve de sırada konuşacak 7 kişi var. Onun için sizlerin in-safına sığıyorum.

Tamam bir kişi soru soracak, başkasına söz vermeyeyim. Buyurun. Burada da varmış bir tane, tamam iki kişi. Buyurun efendim. Dediğim gibi fazla yoruma girmeden tebliğ vermeye yeltenmeden sadece soru.

KATILIMCI- Hocam müsaade ederseniz İlhan Beye sorumu yöneltmek istiyorum. Son dönemde kanser hastaları çok fazlaştı ve kredi çekerlerken banka kanser hastası olmadığına dair kayıt alıyor. Kanser hastası olduğunu bildirirse kredi vermiyor. Dolayısıyla bütün tüketiciler kanser hastası değilim diye yazıyor. Şimdi risk gerçekleşince bu sefer sigorta şirketi epikriz istiyor ve diyor ki, siz kanser hastasıysanız bize yanlış bilgi verdiniz, ödeme yapmıyor.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Şimdi sorum; bir, bu durumda ne olacak? Ticaret mahkemesine mi gidecek vefat edenin mirasçıları, tüketici mahkemesine mi gidecek? Bir de davanın kazanılma durumu ne olabilir?

İlhan KARA (Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı)- Ejder hocamı saygıyla bir anmış olayım buradan. Bir şeyin sonucu belli olmaz. Bir, suçuğun içinde ne olduğu; iki, hanımın ne düşündüğü; üç, mahkemenin ne karar vereceği. Yani hâkimin hikmetinden sual olunmaz.

Şimdi çok enteresan bir şey, sigorta sözleşmesi... Tabii burada görev konusunda çok temel bir şeyi atlamayalım lütfen. Sigorta ticaret mahkemesi de olabilir, tüketici mahkemesi de olabilir. Burada temel ilişkiye bakacaksınız. Tüketici kredisi için teminat oluşturmak üzere poliçe satın alındıysa tüketici mahkemesi, ama genel kredi sözleşmesiyse ticaret mahkemesi. Bu vekâlet için de aynı, sizler yönünden özellikle burada çok karışıklık var. Vekâlet sözleşmesi nasıl hepsi tüketici olur. Hepsi olmuyor ki zaten, sizin aldığınız genel vekâlet. Bir vekâlet aldığınız zaman adamın bütün işini görüyorsunuz. Halbuki adamın boşanma davası var. Boşanma davasını bitirdiniz, ücretinizi alamadınız. Nerede açacaksınız davayı?

Şimdi çok temel bir kural söyleyeyim, hiç unutmayın. Tüketici lehine yorum ilkesini hiç unutmayın, bir de tüketici tanımı. Ticari ve mesleki olmayan amaçla hareket eden kişi. Boşanma davası ticari bir iş midir, mesleki bir iş midir? Tüketici işi, ama büronuza abonelik yaptıracaksınız, elektrik su telefon... Nedir bu? Mesleki bir iş, avukat buna da hizmet verebilir. Dolayısıyla hep temeldeki ilişkiyi uyumsuzluk konusu olan işlemi sorgulayacaksınız.

Sigortalarla ilgili kısma gelince, çok enteresan bir şey. Genel işlem şartlarının c2.2 maddesinde o rahatsızlık kanser hastalığıyla ilgili düzenleme mevcut. Sözleşme yapılırken çok güzel, böyle acayip moraliniz yerine geliyor, prezantıbil işte beyefendiler hanımefendiler sizi ağırlıyor, hatta yorulmayın amcacığım beyefendi vesair, gerekirse kalemi sizden alıyor dolduracak yerleri dolduruyorlar. Riziko gerçekleştiğinde bu sefer

amiyane tabirle su koyuveriyorlar. Leyla ablam burada, tabii o dairenin uygulaması hangi yönde gelişecek biz de merakla bekliyoruz, ama tüketici hukukunun bilgilendirme aydınlatma yükümlülüğü burada da aynen geçerli. Yani sigorta yapılma-
dan önce çok ciddi bir bilgilendirme yapılması lazım. Adamın bildiği halde söylemediği hastalığı vesair varsa bunun sonuçları açıklanmış olması lazım. Ama şimdi bu açıklamalar bilgilendirmeler nasıl yapılacak? Kemal hocam bir sohbetimizde, bilmiyorum beyefendi misafirimiz de burada bir eksiklik varsa düzeltsin. Alman sisteminde bir bilgilendirme için siz eve gittiğinizde orada asla sözleşme yapamıyorsunuz. Neden? Eve misafir gelmiş, işte komisyon alacak bilmem ne, acıma duyguları, başka şeyler işin içine girebilir.

Siz seçenekler teklifler gelir, en iyi seçeneği kendinize göre değerlendirip oraya gidersiniz. Bilgilendirme aydınlatma yükümlülüğünün ispatı nasıl olacak? Vallahi yani teknolojik imkânlar var. Kamera kaydını ses kaydını alırsınız, kayıt altına alırsınız, adamı da orada bilgilendirirsiniz; bu bir kamera kaydıdır, kayıt yapmak zorundayız, sonra ispat aracı olarak kullanacağız. Gazi Yaşargil hocam bir Beypazarı ziyaretinde, ben de o dönemde Beypazarı hâkimiydim. Diyordu ki o, ameliyatlarda olan tıbbi hatalar veya sorumluluk davalarından kurtulmak için İsviçre’de o kadar gelişmiş belli bir aşamaya gelmiş ki, artık yapılan operasyon kamera kaydına alınıyor.

Bakın ben her türlü müdahaleyi, tıbbın o andaki en son verilerine göre yapmama rağmen, işte meşhur komplikasyon meydana geldi. Yani bu bilgilendirme yükümlülüğünün nasıl yerine gelip gelmediğine bakmak lazım. Bu söylediğiniz konuda çok ciddi bir sorun var. Ama 11. Hukuk Dairesinin uygulamasını biliyorum, 17’deki uygulama nedir... Bizim geleneklerimize göre bir kişinin kanser hastası olduğu yakınları tarafından kendisine söylenmez. Yani burada kişinin kanser hastası olduğunu bildiğini ispat yükü iddia eden sigortacıdadır. Burada temel bir sıkıntımız var. Biz komisyon diğer aşamalarda da teklifte bulunmuştuk. Sigorta sözleşmesiyle ilgili tüketicinin açık talebi olmadan yasak getirdiler. Halbuki tüketici için ne

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

kadar teminatsa, banka için de o kadar önemli bir teminattı. Buna yasak getirme yerine veya bunu zorlaştırma yerine; çünkü hiç kimse kendisinin hasta olacağını öleceğini vesaire aklından bile geçirmez. Kardeş kuruluşlara aynı holding bünyesinde bulunan şirketlerle sigorta yapma yasağı getirelim. Rekabet böyle sağlanır.

Siz burada sigorta yasağı getirirken tüketiciyi korumaktan çok cezalandırıyorsunuz. Ölüm gerçekleşti, işte iki çocuk, çalışmayan bir eş. Bir konut almıştı, konut gidiyor, üstelik geriye borç kalıyor. Ama maalesef yani yasa yapma sürecinde bunun öyle bir tercih olduğu söylenince, tabii yasa koyucunun tercihinin söz konusu olduğu yerde hukukçu susmak zorunda. Yani burada da bilgilendirme aydınlatma yükümlülüğü çok özel bir önemi var. Bu konuya detaylı bir şekilde bakmak lazım.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Oturum Başkanı)- Şimdi ikinci soruyu alalım efendim.

KATILIMCI- Şimdi bir sitede, kooperatife ait bir site, büyük de bir site Ankara'da Çayyolu'nda. Hırsızlık olayı meydana geliyor ve çok yüklü miktarda maddi manevi tazminatı gerektirecek mallar çalınıyor. Şimdi buna ilişkin davaya nerede açacağız? Ankara'da ticaret mahkemesi asliye mahkemesi ve tüketici mahkemesi, üçü de kendini görevsiz saydı, konu uyuşmazlık mahkemesine gitti. Artık Ankara mahkemelerinde görevsizlik kararı vermek moda haline geldi.

İlhan KARA (Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı)- Beypazarı'na açın o zaman siz de.

KATILIMCI- Efendim görevli mahkeme yetkili değil, görevli mahkemeyi soruyoruz.

İlhan KARA (Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı)- Yani şimdi hâkimin hikmetinden sual olunmaz, ama biz burada normatif düzenlemeyi olanı konuşmak zorundayız. Bir, site ne sitesi, konut sitesi mi?

KATILIMCI- Konut sitesi ve kooperatifi de davaya dahil ettiğimiz için, davalı hem kooperatif hem hırsızlık yapılan...

İlhan KARA (Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı)- Önemli değil, biraz cepheyi genişletmişsiniz. Yönetimle kooperatifle uğraşmayın. Kooperatif yönetim her neyse zaten bu güvenlik sorununu halletmek üzere bir sözleşme yapmış, daha ne yapacaktı? Yani yönetici bir de gelip sitenin kapısında nöbet mi tutacaktı silahlı?

KATILIMCI- Hayır tutmayacak tabii, ama yani burada görevli mahkeme...

İlhan KARA (Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı)- Görevli mahkeme, hiç tartışılacak bir şey yok. Yani onlarca karar geçti Yargıtay'dan. Hatta sitelerle ilgili böyle çok pratik bir bilgi daha söyleyeyim. Eksik ayıplı iş çok olur. Tabii burada dava açılırken herkesin vekâletini almak vesair çok ciddi bir sorun. Burada daire hakikaten yerinde pratik bir çözüm öngördü; özellikle ortak alanlarla ilgili. Yani tüzel kişiliği olmayan bina site yönetimine aktif dava ehliyeti verildi, bu şekilde devam ediyor. Yani biraz bakmanız incelemeniz gerekiyor bunu. Yoksa sorun yok.

KATILIMCI- Efendim biz açtık, ama mahkemeler üçü de görevsizlik veriyor. Bizim sorunumuz değil ki, mahkemenin sorunu.

İlhan KARA (Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı)- Bir dava, bakın burası çok enteresan, biraz gözler de gitmeye başladı. Avukatın bürosunda kazanılır. Yani bunun kimseyi ağırlamakla bir ilgisi yok. Davanın mutfak çalışması çok iyi yapılacak, ayakları yere basacak. Davayı yani şimdi ek belgeler olarak koyabilirsiniz. Olay, sözleşme, olan iş, ne istiyorsun? Yani bir-bir buçuk sayfadan madde sıra numaraları adı altında tam kanundaki tabiriyle istersiniz, mahkeme de meseleyi çok net bir şekilde anladığı zaman sorun çözülür. Ama meseleyi davayı açan anlamadıysa, mahkemenin algılaması anlaması epey bir zaman alıyor. O arada da tabii tüketici mahkemesi tüketici işle-

miyse, avukatla ilgili ciddi manada sorumluluk davası gündeme gelebilir. Yani üç tane görevsiz mahkemede açılan davayla ilgili özen yükümlülüğü çok ciddi şekilde gözden geçirilmeli.

Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER (Oturum Başkanı)- Biz de teşekkür ediyoruz. Efendim aslında hâkim beyin de söylediği gibi, son derece açık yasadaki tanımdan çıkarın. Yani tüketici ticari mesleki amaçlarla hareket etmeyen kişi, karşı taraf da ona hizmet veya malı sunan, ticari amaçlarla hareket eden kişi. Şimdi burada kiracı nedir? Tüketici durumunda. Yönetim veya şirket veya kooperatif nedir? Hizmeti sunan kişi. Orada artık yani bir tereddüde gerek yok bence de hâkim beyin söylediği gibi.

İlhan KARA (Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı)- Başkanım affınıza sığınarak, çok ilginç enteresan bir şey, biraz böyle dikkatler toplansın. Şimdi camiye elektrik aboneliği isteyen mahalle halkından bir vatandaş tüketici sayılır mı sayılmaz mı? Caminin elektrikleri kesik; adam diyor ki, ben bu camiye gidip geliyorum, ben buraya abonelik yaptırmak istiyorum, parasını da ödeyeceğim, para benim değil mi? Tüketici sayılır mı sayılmaz mı? Hemen burada direkt hemen tüketici tanımını tekrar ediyoruz. Ticari veya mesleki olmayan... Ticari olmayan ne demek? Tacir olmayacak. Adamın ticari bir gayesi var mı? Varsa bile bu dünyayla ilgili değil, öbür tarafla ilgili. Peki, camiye gitmeyi meslek haline getiren bir vatandaş biliyor musunuz? Vallahi ben görmedim. Onlar zaten asli kadro, onlar oranın demirbaşı.

Şimdi dolayısıyla ne yapacaksınız burada? Adam tüketici, yapılacak bir şey yok. Yani çok böyle idari yargıydı, ondan sonra tüketici olmak ticaret mahkemesiydi, asliye mahkemesiydi vesair kapı kapı dolaşmaya gerek yok. Yani ilkeyi belirleyip, ısrarcı olacaksınız, ama tam belirleyeceksiniz. Normatif temel olmadan pratik temel hiç olmaz. Normatif temel sağlam olacak, sağlam atılacak, onun üstüne binayı yapacağız.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Teşekkür ederim hocam.

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Oturum Başkanı)- Biz de teşekkür ediyoruz. Efendim burada oturuma son veriyorum. Tüm katılımcılara tek tek adlarını anmadan -zaman kazanalım- tek tek sonsuz teşekkürler ediyorum. Ayrıca bütün konuşmacılar adına bu organizasyonu yapanlara düzenleyenlere, bize bu imkânı sunanlara da teşekkür ediyorum.

Av. Berra BESLER (TBB Bakan Yardımcısı)- Hukuku iyi uygulayan, sosyal problemleri çok yerinde ve doğru tespit ederek, cesur kararlarıyla ünlenmiş bir yargıçımız var. Ama ününün bir başka yönü daha var ki, bence o çok önemli. Türkiye Barolar Birliğinin Eğitim Merkezinin, Anadolu'daki eğitim seferberliğinin bir bölümünü biz Sayın İlhan Kara'yla ve karşısında oturan Sayın Çetin hocayla ve aranızda olan diğer eğitimimize katkı sunan meslektaşlarımızla birlikte yürütüyoruz. Sayın İlhan Kara, kaçınıcı eğitim seminerinizi verdiniz? Şimdi soru sorma sırası bende. 50'yi aştı, 50 veya 60'ncı defadır ki, Anadolu'yu bizimle beraber dolaşılıyor. Huzurunuzda kendisine ve Çetin hocaya da ayrıca bu konudaki katkılarından dolayı teşekkür ediyorum ve bu ödülü size takdim ediyorum.

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

Yedinci Oturum

*“Yargılama Hukuku Bakımından
Bedensel Zararlar”*

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)- Değerli meslektaşlarım, biliyorum sabrınızın sonuna geldiniz artık değil mi? Dayanamıyorsunuz, ama ben Sayın İlhan Kara'ya çok teşekkür ediyorum. Hem çok doyurucu bilgiler verdi, hem de bizim canlanmamıza sebep oldu. O neşeyle bu oturumu da inşallah sabırla zamanında bitiririz diyorum, ama siz yine de 20.00'yi hedef alın diye de söyleyelim de, sonra yalancı çıkmayalım değil mi? Bitireceğim dedi bitiremedi demeyin diye.

Vakit kaybetmeden hemen ilk sözü Sayın Prof. Dr. Süha Tanrıver'e vereceğim, ama bir hususu da belirtmek istiyorum. Ahmet İyimaya sayın meslektaşımız bana dün de telefon etti. İşte seçim çalışmaları nedeniyle çok yoğun olduğunu katılamayacağını, özür dilediğini söyledi. Şimdi Ahmet İyimaya gelmediğine göre, oradan artan bir 15 dakika var. Ben o 15 dakikanın bir bölümünü Süha Tanrıver'e vereceğim. Çünkü onun konuşması, bana dedi ki yarım saat sürecektir. Ben işte yarım saati önlemek için 15'ten biraz vereceğim.

Buyurun Sayın Tanrıver.

BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLÂLİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARIN TAZMİNİ BAĞLAMINDA BELİRSİZ ALACAK DAVASI

*Prof. Dr. Süha TANRIVER**

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. GENEL OLARAK BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLÂLİNDEN KAYNAKLANAN ZARAR KAVRAMI

Bedensel bütünlüğün ihlâli, ya vücut bütünlüğünün ya da ruh bütünlüğünün ihlâli biçiminde ortaya çıkar. Bedensel bütünlüğün ihlâlinden kaynaklanan ve vücut bütünlüğünün bozulması veya eksilmesi biçiminde ortaya çıkan zararlara, bedensel zarar yahut maddî zarar denir. Borçlar Kanunu'nun 54. maddesinde, bedensel zararların kapsamına giren hususların neler olduğu, saymak suretiyle belirtilmiştir. Bunlar:

- a) Tedavi giderleri
- b) Kazanç kaybı
- c) Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar
- d) Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Yine, bir kimsenin ölümü nedeniyle, onun yakınlarının, ölenin cenaze giderleri; ölüm hemen gerçekleşmemişse, tedavi giderleriyle, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıpları ile ölüm sebebiyle destekten yoksun kalma şeklinde beliren kayıpları, maddî zarar kapsamında mütalaa edilir (TBK.m.53).

Esas itibariyle, ruh bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan, bu bütünlüğün bozulması ya da zedelenmesi biçiminde ortaya çıkan zararlara ise, ruhsal zarar ya da manevî zarar denir. Bu tür zararların kapsamına, bir kimsenin kişilik haklarının ihlâlinden kaynaklanan zararların (TBK.m.58, I) yanı sıra, vücut bütünlüğünün ağır bir biçimde zarar görmesi dolayısıyla kişinin, duymuş bulunduğu şiddetli üzüntü, elem ve acı şeklinde ortaya çıkan zararlar da (TBK.m.56, I) dahildir. Keza, ölüm ya da ağır bedensel zarar dolayısıyla, ölenin ya da bedensel zarar görenin yakınlarının duymuş oldukları şiddetli üzüntü, elem ve acı şeklinde somutlaşan zararlar da, manevî zarar bütünü içinde yer alır (TBK.m.56, II).

II. BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLÂLİNDEN KAYNAKLANAN ZARARLARIN TAZMİNİ BAĞLAMINDA BELİRSİZ ALACAK DAVASI

A. BEDENSEL (MADDÎ) ZARARLAR BAKIMINDAN

Davacının, davanın açıldığı tarihte talep sonucunun miktarını yahut değerini, tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin imkânsız veya kendisinden beklenemeyecek bir nitelik taşıması halinde, dava dilekçesinde dayanılan hukukî ilişkiye ve asgarî bir tutara işaret etmek suretiyle açacağı davaya, belirsiz alacak davası denir (HMK m. 107, I).

Belirsiz alacak davasının işlerlik kazanabilmesi için, davacının talep sonucuna konu kılacağı alacak miktarını, davayı açacağı tarihte, tam ve kesin olarak belirleyebilmesi, objektif çerçevede, ya imkânsız olmalı ya da kendisinden beklenemeyecek bir nitelik taşımalıdır. Burada özellikle, davanın açıldığı anda, dava konusu kılınan alacak tutarının, tam ve kesin olarak belir-

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

lenebilmesinin, davacıdan beklenemeyecek bir nitelik taşıyıp taşımadığının tâyininde, davacının, somut olayın koşulları ve özellikleri gözetilerek, doğruluk ve güven kuralı çerçevesinde (HMK m.27, I; TMK m.2) dürüst, makûl ve orta zekâlî bir insanın göstermesi gereken tüm dikkat ve özeni göstermesine rağmen, alacak tutarını tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin mümkün olup olmadığı hususu, esas alınmalıdır. Yani, alacağın miktarının, davanın açıldığı tarihte tam ve kesin olarak tespit edilebilmesi, objektifleştirilmiş dikkat ve özen çerçevesinde, davacı alacaklıdan, gerçekten beklenilememelidir¹.

Belirsiz alacak davalarının, en etkin ve geniş kapsamlı bir biçimde işlerlik kazanacağı alanlardan ilkinin ve en önemlisinin, bedensel zararların (maddî zararların) giderimini konu alan tazminat alacakları oluşturur. Çoğunlukla, bedensel zararın miktar ya da değerinin ve dolayısıyla talep edilebilecek olan tazminatın tutarının, davanın açıldığı anda, tam ve kesin olarak belirlenmesi, objektif çerçevede, ya imkânsız ya da davacıdan beklenemeyecek bir nitelik taşır. Bu tutar, ya karşı tarafın verdiği bilgi veya sunduğu belge ya da tahkikat evresinde mahkemece yaptırılacak olan bilirkişi incelemesi sonucunda, belirlilik kazanır. Borçlar Kanunu'nda yer alan münferit hukukî düzenlemeler de, bu durumu teyit eder bir nitelik taşımaktadır. Şöyle ki; Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimin, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını gözetmek suretiyle belirleyeceği, açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna paralel bir biçimde, aynı kanunun 52. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen düzenlemede, zarar görenin, zararı doğuran fiile razı olması veya zararın doğmasında veya artmasında etkili olması yahut tazminat yükümlüsünün durumunu

¹ "...Davanın belirsiz alacak davası türünde açılabilmesi için, davanın açıldığı tarih itibariyle uyuşmazlığa konu alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak davacı tarafından belirlenmemesi gerekir. Belirleyememe hâli, davacının gereken dikkat ve özeni göstermesine rağmen, miktar veya değer belirlenmesinin kendisinden gerçekten beklenilememesi durumuna ya da objektif olarak imkânsızlığa dayanmalıdır..." (22. HD.'nin 07.05.2015 günlü ve 11568/16824 sayılı kararı)

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ağırlaştırması hâlinde, hâkimin, tazminatı indirebileceği gibi tamamen kaldırmayacağı de açıkça ifade edilmiştir. Yine, Borçlar Kanunu'nun, bedensel zararların kapsamını belirleyen 54. maddesinde sözü edilen ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların, tazminat davasının açıldığı anda tam ve kesin olarak belirlenmesi mümkün değildir. Aynı şeyi, destekten yoksun kalma biçimindeki maddî tazminat davaları bağlamında, tazminatın tutarının tayıni bakımından önem taşıyan, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin, bu sebeple uğramış oldukları kayıplarının da gözetileceğini öngören Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde yer alan düzenleme bakımından da söylemek mümkündür. Tüm bunların yanı sıra, hukukumuzda, değişiklik davasının somut uygulanma biçimlerinden birisini oluşturan Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde yer alan düzenlemede de, bedensel zararların tutar veya miktarının, hükmün kesinleşmesinden sonraki evrede dahi, değişiklik arz edebileceğine açıkça işaret edilmiştir.

Bedensel zararların giderimini konu alan maddî tazminat davalarından başka, destekten yoksun kalma biçiminde belirlenen maddî tazminat davalarının da, belirsiz alacak davası şeklinde açılması mümkündür.

Yapılan tüm bu tespitler çerçevesinde, bedensel zararların giderimini konu alan tazminat talepleri bağlamında, eda davasının özel bir türevi ya da somut plânda birer uygulanma biçimi konumunda bulunan belirsiz alacak davası kurumunun² yaygın bir biçimde işlerlik kazanacağı söylenebilir.

² Yılmaz, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Dava Çeşitleri (Bankacılar Dergisi, 2012/80, s. 83-104), s. 95; Yılmaz, E.: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2013, s. 741; Pekcanitez, H.: Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011, s. 51; Ercan, İ.: Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Konya 2013, s. 67; Pekcanitez, H./ Atalay, O./ Özkes, M.: Medenî Usul Hukuku, 14. B., Ankara 2013, s. 444; Özbay, İ.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? Ankara 2012, s. 127; Budak, A. C.: Belirsiz Alacak Davası (Bankacılar Dergisi, Ocak 2015 Özel Sayı, s. 82-86), s. 84; Pekcanitez, H.: Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, Cilt 15, Özel Sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, İzmir 2014, s. 933-968), s. 937; Yavaş, M.: Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri (İş Hukukunda Güncel Sorunlar II, Seminer - 25.05.2012, İstanbul 2012, s. 55-81), s. 60, 62; Simil, C.: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013, s. 94.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu durumda, bedensel zararın giderimini konu alan bir tazminat davası, belirsiz alacak davası biçiminde açılmak isteniyorsa, davacı, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin birinci fıkrası uyarınca, dava dilekçesinde, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre belirlenmesi mümkün olan alacak tutarı (asgarî alacak tutarı) ile dayanmış olduğu hukukî ilişkiye (örneğin, haksız fiil gibi) ve bu hukukî ilişkinin temelini teşkil eden ve talep sonucunu haklı göstermeye yarayan tüm maddî vakıalara, dava dilekçesinde, açıkça işaret etmek zorundadır. Burada vurgulanması gereken husus, dava dilekçesinde gösterilecek olan asgarî tutarın, tümüyle davacının iradesine göre değil; somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, objektif çerçevede tespit edilmesi mümkün bulunan tutar olduğudur³. Bu asgarî tutar, "geçici talep sonucu" olarak da adlandırılır. Bunun belirtilmesi, açılan davada, alınacak olan harç ve avans ile talep olunacak ihtiyatî tedbir bağlamında, gösterilecek olan teminatın tutarının tâyini açısından, özel bir anlam ve önem taşır⁴.

Koşullarının oluşmamasına, yani talep edilecek alacak tutarının, davanın açıldığı anda, tam ve kesin bir biçimde belirlenmesinin mümkün olmasına rağmen, bir dava, belirsiz alacak davası şeklinde açılmışsa, hukukî yarar, yani dava şartı yokluğundan, usulden hemen reddedilmemeli⁵; hâkim, taleple

³ Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası, s.48; Simil, s.107; Pekcanitez - Armağan, s.944; Pekcanitez / Atalay / Özekes, s.456; Ercan, s.104.

⁴ Pekcanitez - Armağan, s. 944-945; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.456.

⁵ Hukukî yarar eksikliğinin sonradan tamamlanacak bir dava şartı olmasından hareketle, davanın usulden reddedilmesi gerektiği konusunda, bkz.: Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 454; Yılmaz - Şerh, s. 735; Özekes, M.: Anayasa Mahkemesi'nin Kararı Karşısında Kısmî Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.II, Ankara 2014, s.1589-1606), s.1603; Özbay, s. 128; Simil, s. 201; Kuru, B. / Arslan, R. / Yılmaz, E.: Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. B., Ankara 2014, s. 264. Bu hukukî yarar eksikliğinin, giderilebilir nitelik taşıdığı için (HMK m. 119, II; m. 115, II), davacıya, talebini belirli hale getirmesi için süre verilmesi gerektiği yönündeki görüş için, bkz.: Budak, s. 84; "...şartları bulunmadığı halde dava dilekçesinde davanın belirsiz alacak davası olarak açıldığı durumda davacıya herhangi bir süre verilmeden hukukî yarar yokluğundan davanın reddi yoluna gidilmelidir. Çünkü, alacağın belirlenebilmesi mümkün iken, böyle bir davanın açılmasına Kanun izin vermemiştir. Böyle bir durumda, belirsiz alacak davası açmakta hukukî yarar yokluğundan dava reddedilmeli, ek

bağlı olup (HMK m.26) hukukî tavsifle bağlı bulunmadığı için (HMK m.33), ortada örtülü bir kısmî dava da mevcut değilse (HMK m. 109), bir ara kararıyla, açılan davayı, tam bir eda davası (HMK m.105) olarak nitelendirip görmeye devam etmelidir. Çünkü, belirsiz alacak davası bağlamında, dava dilekçesinde gösterilmesi gereken asgarî tutar, zaten somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre, tespiti mümkün olan alacak tutarı konumundadır. Dolayısıyla, anılan durumda, örtülü kısmî davanın koşulları da mevcut değilse, davacının, tam bir eda davası açtığı kabul edilmelidir. Bu karşılık, dava dilekçesinde, asgarî bir tutar gösterilmiş olup; bunun, alacağın belirli bir kesimi olduğu anlaşılma ile birlikte, açılan davanın belirsiz alacak davası mı; yoksa kısmî dava mı olduğu hususunda, talep sonucu bağlamında herhangi bir açıklık yok ise (HMK m.119, I/ğ), hâkim, taleple de bağlı olduğu için (HMK m. 26, I), öncelikle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca, davacı tarafa, bir haftalık kesin bir süre verip; onun beyanı doğrultusunda, açılmış olan davanın belirsiz alacak davası mı; yoksa, kısmî dava mı olduğunu saptamak zorundadır⁶. Davacı, açmış olduğu davanın, belirsiz alacak davası olduğunu beyan etmiş ve somut olayda da belirsiz alacak davası açılabilmesi için varlığı gereken koşullar mevcutsa, bu dava, belirsiz alacak davası olarak görülmeli ve karara bağlanmalıdır. Somut olayda, belirsiz alacak davası açılabilmesi için varlığı gereken koşulların mevcut olmasına rağmen, davacı taraf, kendisine verilen bir haftalık kesin süre

bir süre verilmemelidir. Zira, burada talep açıktır, bu sebeple 6100 sayılı Kanun'un 119/1-ğ. maddesinin uygulanarak süre verilmesi mümkün değildir; aslında açılmaması gerektiği halde belirsiz alacak davası açılmış olduğundan, bu konudaki eksiklik de süre verilerek tamamlanamayacağından, dava hukuki yarar yokluğundan reddedilmelidir." (22. HD.'nin 07.05.2015 günlü ve 11568/16824 sayılı kararı); aynı yönde bkz.: 22. HD.'nin 20.10.2014 günlü ve 20845/28186 sayılı kararı.

Buna karşılık, 9. Hukuk Dairesi ise, "...belirsiz alacak davası veya kısmi dava açıldığında, dava konusu edilen alacak açık ve tam olarak belirli ise davacıya tam eda davası açması, tamamlanabilir hukuki yarar şartını yerine getirmesi için öncelikle süre verilmeli, süre sonunda yerine getirmediği takdirde davanın hukuki yarar şartı yokluğu nedeni ile usulden reddine karar verilmesi" gerektiği kanısındadır (9. HD.'nin, 11.02.2015 günlü ve 589/5718 sayılı kararı).

⁶ Aynı yönde, Özkes, s.1603.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

içerisinde, açmış olduğu davanın, kısmî dava olduğu yönünde bir beyanda bulunmuşsa, mahkeme, davayı, kısmî dava olarak kabul edip görmeli ve sonuçlandırmalıdır. Öte yandan, alacağın, belli bir kesiminin dava edildiği açık olmakla beraber, somut olayda, belirsiz alacak davasının işlerlik kazanabilmesi için varlığı gereken koşullar mevcut değil ve fakat kısmî dava açılabilmesi mümkün ise, bu durumda, mahkemece, açılmış olan dava, doğrudan, bir ara kararıyla bir kısmî dava olarak nitelendirilmek suretiyle, görülmeli ve karara bağlanmalıdır. Çünkü, hukukumuzda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin son fıkrasının metninin son derece açıklığı karşısında, örtülü kısmî dava dahi caizdir. Koşulları mevcut ise, kısmî dava açılabilmesi için, açılan davanın, kısmî dava olduğuna ilişkin iradenin, dava dilekçesinde, açık ve kesin bir dille ortaya konulması şart değildir. Davacı tarafa, talep sonucunun açıklattırılması gereken durumlarda, davacı taraf, kendisine verilen bir haftalık kesin süre içerisinde, talep sonucunu açıklığa kavuşturmazsa, davanın açılmamış sayılmasına karar verilmelidir (HMK m.119, II).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında, belirsiz alacak davası bağlamında, karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu, alacağın miktarı ya da değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda, davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın, yani karşı tarafın açık muvafakatine ve ıslaha ihtiyaç kalmadan, davanın başında, dava dilekçesinde belirtmiş olduğu tutarı (asgarî tutarı), tam ve kesin olarak belirlilik kazanan bu tutara kadar artırabilmesine olanak tanınmıştır. Artırım sonucu ulaşılan bu yeni tutara ise, "kesin talep sonucu" denir. Bu durumda, bedensel zararın giderimini konu alan tazminat davası, belirsiz alacak davası biçiminde açılmışsa, davacı, karşı tarafın verdiği bilgi ve sunduğu belgeler çerçevesinde yahut tahkikat sonucunda, tazminat alacağının, tam ve kesin olarak belirlenebildiği anda, kısmî davadan farklı olarak, dava dilekçesinde, belirtmiş olduğu tazminatın tutarını, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşılaşmadan, yani davalının açık muvafakatına ve ıslaha gerek kalmadan belirlilik kazanan tutara kadar

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

artırabilir; hatta artırmak, yani geçici talep sonucunu, kesin talep sonucuna (artırılabilir olan üst sınıra çıkarmak) dönüştürmek zorundadır. Çünkü belirsiz alacak davasında, alacağın tutarındaki belirsizlik, tahkikatın sonuna kadar devam eder; davacı, en geç tahkikatın sonunda talebini belirlemeli (yani, geçici talep sonucunu, kesin talep sonucuna dönüştürmeli) ve bunu mahkemeye bildirmelidir⁷. Bu belirleme, hükmedilecek olan yargılama giderlerinin hesaplanması ve kanun yollarına başvurunun tâyini bağlamında da, özel bir önem arz eder⁸. Aksi takdirde, hâkim, dava dilekçesi mahkemeye sunulurken, davacının bu dilekçede belirtmiş olduğu tutarı, yani, geçici talep sonucunu, gözetmek suretiyle kararını verir⁹. Zira, tahkikat bitiminde ya da alacağın diğer bir şekilde belirlilik kazanmasından sonra, davacı, geçici talep sonucunu, kesin talep sonucuna dönüştürüp mahkemeye bildirmezse, hâkim, geçici taleple bağlıdır ve ondan fazlaya hüküm veremez¹⁰ (HMK. m.26, I). Davacı, aceleci davranıp, geçici talep sonucunu kesin talep sonucuna dönüştürdükten sonra, alacağının daha fazla olması gerektiğini düşünerek, bir kez daha, talep sonucunu artırmaya kalkışırsa, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşı karşıya kalacağı için, bunu, ancak davalının açık muvafakati yahut ıslaha başvuru suretiyle gerçekleştirebilir¹¹.

Bedensel zararların tazminini konu alan bir dava belirsiz alacak davası şeklinde açılmışsa, tazminat alacağının tutarının, tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anın tâyini açısından, genelde, iki olasılık işlerlik kazanır: Birinci olasılıkta, alacağının tutarının, tam ve kesin olarak belirlenebilmesi, ancak davanın açılmasından sonra, davacı tarafın yapmış olduğu açıklamalardan veya sunmuş olduğu bilgilerden

⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.458-459; Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası, s.51; Pekcanitez - Armağan, s. 944-946.

⁸ Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası, s.48.

⁹ Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası, s.56; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 459; Pekcanitez - Armağan, s.944; Yavaş, s.63-64.

¹⁰ Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası, s.56; Yılmaz - Dava Çeşitleri, s.101; Yılmaz - Şerh, s.758; Yavaş, s.63-64; Simil, s.175-176. Ercan, manevi tazminat davaları dışında, aynı görüştedir (Ercan, s.88, 94).

¹¹ Ercan, s.97.

yahut vermiş olduğu belgelerden sonra mümkün olabilir¹². Örneğin, hekimin sorumluluğuna dayanan bir tazminat davası bağlamında, hasta, kendisine uygulanan tedavinin içeriğini, boyutlarını ve niteliğini, hekimin ya da sorumlu hastanenin, kendisini hiç ya da yeterince bilgilendirmemesi nedeniyle bilemediği için, tazminat davasını açtığı anda, zararını, tam ve kesin bir biçimde hesaplayıp belirleyebilme olanağından yoksun kalmış olabilir¹³. Davanın açılmasından sonra, davalı hekimin, mahkemeye vermiş olduğu izahat ve sunmuş olduğu belgeler çerçevesinde, uğranılan bedensel zararın tutarı, tam ve kesin olarak belirlenebilir bir nitelik kazanabilir. İkinci olasılık ise, alacağın varlığının ispatı aşamasında, tutarın tam ve kesin olarak belirlilik kazanması hâlidir¹⁴. Bu hal, tahkikat evresinde, mahkemece yaptırılacak olan bilirkişi incelemesi sonucunda, alacağın tutarının tam ve kesin olarak tâyin edildiği an biçiminde somutlaşır; etkin ve yoğun bir biçimde (yani, sıkça) bedensel zararların tazminini konu alan belirsiz alacak davaları bağlamında uygulanma alanı bulur¹⁵. Belirsiz alacak davasında, davacı, sadece bir kez, talep sonucunun belirlenmesi için değerlendirmede bulunacağı ve bunu rakamsal bazda ifade edebileceği için, her bir bilirkişi incelemesinden sonra, talep sonucunu, rakamsal çerçevede yeniden belirleme olanağına

¹² Yavaş, s.68; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.458; Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası, s.51; Ercan, s. 88-89.

¹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.458; Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası, s.51.

¹⁴ Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası, s.51; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.458-459; Yavaş, s.68.

¹⁵ Simil, s. 202; Yavaş, s.65; burada yeri gelmişken, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282. maddesindeki kuralın aksine, hâkimin, bilirkişi incelemesi sonucunda belirlenen ve davacı tarafça da kesin talep sonucunun tâyininde esas alınacak tazminat alacağının tutarında, hakkaniyet gerekçesiyle herhangi bir değişikliğe gidemeyeceğini vurgulamakta da yarar vardır (TBK. m.55). Bu kural, her şeyden önce, görünüşte, hükümün, hâkim tarafından, gerçekte ise, bilirkişi tarafından verilmesi sonucunu doğuracağından, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesiyle, hâkimlerin anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm vereceğini öngören anayasal kurala (m.138, I, c.1) aykırıdır. Ayrıca, anılan düzenleme, yargı sistemi içerisinde, hâkimin üstlenmiş olduğu fonksiyonla da bağdaşmaz ve hâkimin, hüküm fıkrasıyla maddî vakıalar arasında bir aracı haline getirilmesine neden olur ki; bunun da, anayasal bir temeli de bulunan yargı bağımsızlığı ilkesinin geçerliliği karşısında kabulü mümkün değildir (AY. m.138).

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sahip değildir¹⁶. Bu nedenle, davacının, geçici talep sonucunu, kesin talep sonucuna dönüştürme işlemini, yani dava dilekçesinde belirtilen asgarî tutarı, iddianın genişletilmesi yasağıyla karşı karşıya kalmadan artırma işlemini, alacağının tutarını belirleyen bilirkişi raporunun kesinleşmesinden sonra yapması, daha isabetli bir tutum ve davranış teşkil eder¹⁷.

Alacağın tutarının, tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anın tâyin edilmesi işlemi, tümüyle, davacının iradesine ve tasarrufuna bırakılmıştır; hâkim, bu bağlamda, davacıya herhangi bir hatırlatmada bulunamaz ve süre veremez¹⁸. Davacı, talep sonucunun kesin olarak belirlenmesi işlemini, ancak bir kez yapabilir; aceleci davranıp, kesin bir belirleme yaptıktan sonra, tekrar talep sonucunu artırmaya kalkıştırsa, iddianın genişletilmesi yasağı işlerlik kazanır¹⁹. Ancak, onun, talep sonucunu, kesin olarak belirledikten sonra, tutarını azaltması mümkündür.

Bedensel zararların tazminini konu alan bir dava, belirsiz alacak davası şeklinde açılmışsa, talep sonucunun miktar veya değerinin, tam ve kesin olarak belirlenebildiği anda, davacı, alacağının tutarını, belirlilik kazanan bu tutara çıkarmışsa, mahkeme, davanın başında, dava dilekçesinde gösterilen asgarî tutar üzerinden hesaplanan ve peşinen ödenmesi gereken karar ve ilâm harcını, kesin talep sonucu üzerinden yeniden hesaplamalı ve eksik kalan kısmı, davacı tarafa tamamlattırmalıdır; tamamlama işlemi gerçekleştirilmediği sürece, davaya devam olunamaz²⁰ (HK. m.30; m.16, IV).

¹⁶ Simil, s.284; Pekcanitez - Armağan, s. 947; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.458-459.

¹⁷ Simil, s.284.

¹⁸ Pekcanitez, s.52; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.459; Pekcanitez - Armağan, s. 948. Belirsiz alacak davalarında, alacağın miktarının belirlenebilir olduğu anda, hâkimin, davacıya, talep sonucunu rakamsal olarak kesin şekilde belirleyebilmesi için, uygun süre vermesi gerektiği yönündeki görüş için bkz.: Simil, s.285; Yılmaz - Şerh, s. 743.

¹⁹ Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası, s.53; Pekcanitez - Armağan, s. 948; Ercan, s. 112; Yılmaz - Dava Çeşitleri, s.101.

²⁰ Simil, s.115.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Davacının, geçici talep sonucunu, kesin talep sonucuna dönüştürdüğü hususunda, davalı haberdar edilmeli ve bu suretle, davalıya, bu tutarı değerlendirebilme, tutara ilişkin görüşlerini açıklayabilme olanağı tanınmalıdır²¹. Yargılamaya ilişkin temel bir hak olan hukukî dinlenilme hakkı (HMK m.27) uyarınca, davalıya, bu şekilde bir bildirim yapılması zorunludur²². Davalı, bildirim üzerine, beyanda bulunurken, savunma sebeplerini genişletip değiştiremez²³. Geçici talep sonucunun, kesin talep sonucuna dönüştürülmesi halinde, mahkeme, artırılan bu yeni tutara, yani kesin talep sonucuna göre, davaya devam etmeli ve karar vermelidir.

Bedensel zararın tazminini konu alan bir davanın, belirsiz alacak davası biçiminde açılmasının, hem medenî usul hukuku hem de borçlar hukuku bakımından sağlamış olduğu bazı avantajlar mevcuttur.

Bedensel zararların tazminini konu alan bir davanın, belirsiz alacak davası şeklinde açılmasının medenî usul hukuku bakımından sağlamış olduğu avantajlar şu şekilde sıralanabilir:

Her şeyden önce, belirsiz alacak davasında derdestlik olgusu, bu davanın açılmasıyla birlikte, sadece dava dilekçesinde belirtilen asgarî tutarla sınırlı olarak değil; alacağın belirsiz olan kısmı da dâhil, tamamı bakımından, davanın açıldığı andan itibaren ortaya çıkar²⁴.

Yine, belirsiz alacak davasının, dava açana sağlamış olduğu en önemli avantaj, davacının, karşı tarafın verdiği bilgi veya belge yahut tahkikat sonucuna göre, alacağının miktar veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda, davanın başında, dava dilekçesinde belirtmiş olduğu tutarı (asgarî tutarı), iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın, yani, davalının açık muvafakatine ya da ıslaha gerek olma-

²¹ Simil, s. 292; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.459-460.

²² Simil, s. 292.

²³ Simil, s. 292.

²⁴ Simil, s. 302.

dan, tam ve kesin olarak belirlilik kazanan tutara çıkartabilmesi; bu tutara kadar, talebini artırabilmesidir (HMK m. 107, II).

Belirsiz alacak davası açılmasının, borçlar hukuku bağlamında sağlamış olduğu avantajlar ise, şu şekilde sıralanabilir:

Belirsiz alacak davasının açılması ve dava dilekçesinin kendisine tebliği ile birlikte, davalı, sadece, dava dilekçesinde belirtilen asgarî tutarla sınırlı olarak değil; alacağın, belirsiz olan kesimi de dâhil, tamamı bakımından, artık, iyiniyet iddiasında bulunulamaz²⁵. Buradaki iyiniyetten maksat, hakların kazanılması bağlamında işlev gören, subjektif iyiniyettir (TMK m. 3).

Belirsiz alacak davasında, zamanaşımının kesilmesi olgusu, kısmî davadan farklı olarak, alacağın, sadece dava dilekçesinde gösterilen kesimi bakımından değil; belirsiz olan kesimi de dâhil olmak üzere, tamamı açısından, bu davanın açıldığı andan itibaren ortaya çıkar²⁶. Çünkü, belirsiz alacak davasında, kısmî davadan farklı olarak, dava konusu kılınan alacak, dava dilekçesinde belirtilen tutarla sınırlı kalmayıp; alacağın belirsiz olan kesimi de dâhil olmak üzere, tamamını kapsamaktadır.

²⁵ Simil, s. 345.

²⁶ Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası, s. 59; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 462; Ercan, s. 114; Özbay, s. 128; Budak, s. 84; Yılmaz - Dava Çeşitleri, s. 100; Yılmaz - Şerh, s. 757; Yavaş, s. 59; Simil, s. 348; Kiraz, T. Ö.: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, 2. B., Ankara 2012, s. 17; Çil, Ş. / Kar, B.: 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmî Dava, 2. B., Ankara 2013, s. 26; Pekcanitez - Armağan, s. 936; Özkaya-Ferendeci, H. Ö.: Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Kademeli Dava İle 6100 Sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davasının Karşılaştırılması (Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012/1, s. 353-382), s. 355; Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B., Ankara 2012, s. 881-882. "...Belirsiz alacak davası açılmasının sonuçlarından biri tüm alacak yönünden zamanaşımının kesilmesidir. Yargıtay'ın bugüne kadarki uygulamalarına göre zamanaşımı kesilmesi dava dilekçesinde talep edilen miktarla sınırlıdır ve dava edilmeyen kısım için zamanaşımı kesilmez. Ne var ki, bu kuralı hukukumuza yeni giren belirsiz alacak davası bakımından uygulayabilmek mümkün değildir. Aksinin kabulü, belirsiz alacak davasının kanun koyucu tarafından usul kanununda düzenlenmesine rağmen (daha başlangıçta) reddi anlamına gelir. Belirsiz alacak davasında, kısmî alacak davasından farklı olarak, dava sırasında belirli hâle gelen alacağın davaya sokulmasına izin verildiğinden, geçici talep sonucuyla açılan belirsiz alacak davasında, ileride belirli hâle gelen alacağın tamamı için zamanaşımı kesilmesi sonucu ortaya çıkar..." (7. HD.'nin, 01.12.2014 günlü ve 16138/21779 sayılı kararı).

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Yine, aynı şekilde, kısmî davadan farklı olarak, belirsiz alacak davasında, başlangıç anına ilişkin olarak dava dilekçesinde herhangi bir belirlemede bulunulmamışsa, faizin, sadece dava dilekçesinde belirtilen kesim için değil; belirsiz olan kesimi de dahil, alacağın tamamı için, bu davanın açıldığı anın (tarihin) baz alınmak suretiyle yürütülmesi ve hesaplanması gerekir²⁷. Bu çerçevede, haksız fiilden kaynaklanan ve bedensel zarara ilişkin bulunan bir tazminat davası, belirsiz alacak davası biçiminde açılmışsa, dava dilekçesinde, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren faize hükmedilmesi (TBK. m.117/ II) talep edilmişse, yargılama sonucunda, dava dilekçesinde belirtilen asgarî alacak tutarı ve değer artırıldığı takdirde, artırılan bu kısım için, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren faize hükmedilmesi gerekir²⁸. Buna karşılık, dava dilekçesinde sadece faizden söz edilmiş, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren faizin yürütülmesine ilişkin herhangi bir irade belirtilmemişse, bu durumda, yargılama sonucunda, geçici miktar ve değer artırıldığı takdirde, artırılan bu kısım için, davanın açıldığı tarihin baz alınması suretiyle, faizin hesaplanması icap eder.

Belirsiz alacak davasının açılabilceği her durumda, kısmî dava açılması da hukuken mümkündür. Çünkü, alacak miktarı belirsizse, davacı, belirsiz alacak davası yahut kısmî dava açma bağlamında bir serbestiye sahiptir. Ancak, hem usul hukukuna hem de borçlar hukukuna ilişkin olarak sağlamış bulunduğu ciddi ve önemli avantajları gözetildiğinde, belirsiz alacak davası açılması daha caziptir ve daha rasyonel bir davranış teşkil eder. Ancak, burada, kısmî davanın açılabilceği her durumda, belirsiz alacak davası açılmasının hukuken mümkün bulunmadığını belirtmekte de yarar vardır. Çünkü, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun her iki dava türü ile ilgili olarak öngörmüş bulunduğu düzenlemelere bakıldığında, belirsiz alacak dava-

²⁷ Şimil, s. 346; Ercan, s. 115; Yılmaz - Dava Çeşitleri, s. 103; Kiraz, s. 17; Özbay, s. 128; Yavaş, s. 59; Çil/Kar, s. 26. Karş. Budak, s. 85; "...Belirsiz alacak davası açılmasının sonuçlarından biri yargılama sırasında harçlandırılarak artırılan alacaklar yönünden de faiz başlangıcının dava tarihinden başlaması..." (7. HD.'nin, 01.12.2014 günlü ve 16138/21779 sayılı kararı).

²⁸ Şimil, s.347; Budak, s.85.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sı açılabilmesinin, kısmî davaya nazaran, daha katı koşullara bağlandığına ve uygulama alanının daha da sınırlı tutulmak istendiğine işaret etmek gerekir.

Bedensel zararlar bağlamında, belirsiz alacak davası açma olanağı varken, bu dava yerine, bir tespit davası açılmasında da hukukî yarar yoktur. Çünkü, belirsiz alacak davası, zaten eda davasının özel bir türü, yani özel bir türüdür. Dolayısıyla, açılacak olan bu davada, davalının, tazminat ödemeye mahkûm edilebilmesi için, öncelikli olarak, dava dilekçesinde dayanmış olduğu hukukî ilişkinin bir bütün halinde varlığının tespiti şarttır. Belirsiz alacak davasının varlığı, doğası, zaten bu tespiti zorunlu kılar. Belirsiz alacak davasında elde edilecek olan hüküm, davanın kabulü halinde bir eda hükmü olduğu halde, tespit davasında verilecek olan hüküm, hukukî ilişkinin varlığının saptanması biçiminde somutlaşsa bile, bu nitelikten yoksundur. Öte yandan, alacağın tamamı için zamanaşımının kesilmesi olgusu, belirsiz alacak davasının açıldığı anda, kendiliğinden ortaya çıkar. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kural da, her ne kadar, belirsiz alacak davasını öngören hukukî düzenlemede yer alıyor olsa bile, belirsiz alacak davası kurumu ile değil; aynı Kanun'un 109. maddesinde düzenlenen kısmî dava kurumuyula ilişkilidir. Dolayısıyla, 107. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan kuralın, "kısmî eda davasının açılabilirdiği hallerde, tespit davası da açılabilir ve bu durumda, hukukî yararın var olduğu kabul edilir" şeklindeki düzenlemesinde yer alan "kısmî eda davasının açılabilirdiği hallerde" şeklindeki ibaresinin, "belirsiz alacak davasının açılabilirdiği hallerde" şeklinde anlaşılması olanağı da yoktur.

B. MANEVÎ ZARARLAR BAKIMINDAN

Manevî tazminat davalarının, belirsiz alacak davası şeklinde açılıp açılmayacağı hususu, doktrinde, ciddi tartışmalara sebebiyet vermiştir.

Bir görüş, hâkime tanınan takdir hakkının son derece geniş olmasından hareketle, manevî tazminat davalarının, belirsiz

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDE BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

alacak davası şeklinde açılmaya en uygun dava tipi olduğu yönündedir²⁹.

Kanımızca, manevî tazminat alacağını konu alan bir davanın, belirsiz alacak davası formatında değil de, tam bir eda davası biçiminde açılması gerekir³⁰. Her şeyden önce, manevî

²⁹ Pekcanitez – Belirsiz Alacak Davası, s. 81-82; Simil, s. 372-373, 376; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 443-444; Pekcanitez – Armağan, s. 942, Pekcanitez, H.: Manevi Tazminat Alacakları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir mi? (Legal Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi, 2015/1, s.21 - 41), s.26-37; Erçan, s. 73.

³⁰ Bizim de katıldığımız görüşe göre, manevi tazminat davaları, kısmi dava şeklinde de açılmaz; bkz.: Tanrıver, S.: Kısmi Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler (Makalelerim II, 2006-2010, Ankara 2011, s.95-113), s.112-113; Üstündağ, S.: Kısmi Davaya İlişkin Bazı Hukuki Sorunlar (Yargı Dünyası, 2003/89, s.9-20), s.7-11; Kuru, B.: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.İI, 6. Bası, İstanbul 2001, s.1523.

Her şeyden manevî tazminat taleplerinin, genelde bir para alacağı ile ifade ediliyor olması, anılan tazminatın gidermeye yöneldiği zararın (yani, manevî zararın) da bölünebilir bir nitelik taşıdığı anlamına asla gelmez. Manevî zarar, doğası gereği bir bütünlük arz eder; bir başka ifade ile hukuka aykırı bir fiil yüzünden hissedilen ruhi elem, üzüntü veya acının zamana yayılması söz konusu değildir; o filin işlendiği tarihte yaşanan veya yaşanılması gereken bir haldir. Bu tespit çerçevesinde, manevî zarar, niteliği gereği bölünemez. Dolayısıyla, onun giderimine yönelik tazminatın da bölünebileceğinden söz edilemez; bir seferde, toptan bir bütün hâlinde talep edilmesi gerekir. Kaldı ki; manevî tazminat taleplerinde, davacının tazminat talebinin genelde bir parasal rakamla ifade ediliyor olması, onun konusunu, her durumda, bir para alacağının oluşturduğu anlamına asla gelmez. Sözü edilen durum, esasında, bu bağlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan düzenlemenin işlerlik kazanmasının doğal bir sonucudur. Çünkü, manevî tazminatın şeklini takdir edecek olan davacı değil; hâkimin kendisidir. Öte yandan, manevî tazminat olarak belli bir meblağ talep edilmiş bulunsa bile, hâkim, somut olayın koşullarını ve tarafların özel durumlarını dikkate alarak, bu parasal meblağın ödenmesine karar verilmesi yerine, tecavüzün kınanıp basın yoluyla duyurulması yahut zarar verenin, zarar görenden özür dilemesi gibi diğer bir tazmin biçimini de ikame edebilir yahut parasal meblağın ödenmesine hükmedilmesinin yanına bu tazmin biçimlerinden birisini de ilâve edebilir (TBK. m.58, II ve m.56). Kendisine işaret edilmiş olan bu durum da, manevî tazminat taleplerinin, nitelik itibari ile maddî tazminat taleplerinden farklılık gösterdiğinin ve dolayısıyla kısmi dava bağlamında irdelenmede bulunulurken, manevî tazminatın, maddî tazminatla aynı işleme tâbi tutulmasının doğru olamayacağına bir başka göstergesini teşkil eder. Çünkü, manevî tazminat alacağının bir para alacağı şeklinde ifade ediliyor olması, asla, tazminat olarak talep edilen paranın, uğranılan manevî zararın, birebir karşılığı olduğu anlamına gelmez. Karş.: Nomer, H. N.: Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Açmak Mümkün müdür? (İÜHFİM., 2002/1-2, s.221-229), s.225-229.

Öte yandan, ağır bedensel zarara uğrama dolayısıyla duyulan ruhi elem, şiddetli acı ve üzüntünün gideriminin temini amacıyla, bir manevî tazminat davasının açılıp görülmeye başlanılmasından sonraki evrede, be-

tazminat alanında, hâkime, geniş ölçüde bir takdir hakkının tanınmış olması, bu tür taleplerin, belirsiz alacak davasına konu kılınmaya en uygun talepler olduğu anlamına, asla gelmez yahut bu şekilde bir genellemeye gidilmesini, tek başına mümkün kılmaz³¹. Öte yandan, manevî tazminat talepleri bağlamın-

densel zararın artması veya kronik bir boyut kazanması sebebiyle, yeni bir ruhî elem, üzüntü veya acı ortaya çıkmışsa, bu, ilk manevî zarardan, tümüyle ayrı ve bağımsız bir kimlik taşıyıp; ortaya çıkan yeni bir manevî zarar konumunda bulunduğu için, başlı başına tazminat davasına konu kılınabilir. Sözü edilen halde, dava sebebi ve dava konusu farklılık gösterceği için, derdestlik iddiasının, ileri sürülmesi de mümkün olmaz.

Yargıtay'ın müstakâr uygulaması da, manevî tazminat davalarının, kısmi dava şeklinde açılmayacağı yönündedir, bkz.: "...Ancak, hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen ruhi elem ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Bu itibarla manevî zararın ödetilmesi istemini kapsayan manevî tazminatın bölünmesi, bir kısmının dava edilerek mütebakisinin saklı tutulması sonradan hesabı gerektirmediği için, bu tazminatın niteliğine uygun düşmez... Bu itibarla, davacı, daha sonra saklı tuttuğu manevî tazminat istemi hakkında ek dava açamaz" (HGK., 2.7.1980, 3/1477-2113, YKD., 1980/11, s.1461-1462). "Hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle, manevî tazminatın bölünmesi, bir kısmın dava konusu yapılması, kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibari ile manevî tazminat bölünemez, bir defada istenilmesi gerekir. Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşleri de bu doğrultudadır." (21. HD., 1.12.1995, 7525-7393, Kuru, s.1535-1526; aynı yönde bkz.: 21. HD., 6.4.1999, 1305/2110, Manisa BD., 1999/71, s. 95).

31 Aynı yönde: Yavaş, s. 65-66, Karaaslan, V.: Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir mi? (Legal Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi, 2014/3, s. 37-58), s. 52-55; Kılıçoğlu - Borçlar, s. 880. Nitekim, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 08.10.2013 gün ve 10119/18256 sayılı kararında, manevî tazminat davalarının, belirsiz alacak davası şeklinde açılmayacağına açıkça işaret etmiştir. Anılan karara göre, "...Manevi tazminat, kişinin çekmiş olduğu, fiziksel ve manevi acıları indirmeyi, hafifletmeyi amaçlar. Bu tazminat, bizzat yaşanan acı ve elemnin karşılığıdır. Bu tazminat türü, kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemnin giderilmesini amaçladığı için, zarar gören kişi, öngördüğü miktarı belirleyerek istemde bulunabilir. Manevi zarar, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu ve zararı gören tarafından da, takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için, birden fazla bölümler halinde istenemez... İş kazasında zarar gören davacı, davanın açıldığı tarihte, manevî tazminat alacağı miktarını, kendisi belirlediğinden, davanın açıldığı tarihte, alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu, söylenemez. O halde, manevî tazminat istemi, manevî tazminatın bölünmezliği kuralına aykırı bir biçimde, kısmi veya belirsiz alacak davası olarak açılmaz ve manevî zararın HMK'nun 107. maddesine göre, dava yoluyla da tespiti istenemez." (Yılmaz, H. / Kalemer M.: Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Ankara 2014, s. 361-364). Budak ise, ilke olarak, manevî tazminat davalarının, belirsiz alacak davası şeklinde açılmayacağına vurgu yaptıktan sonra, manevî tazminatın sebebini oluşturan zararın gelişmekte olduğu

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

da, davacının tazminat talebinin, genelde, parasal bir rakamla ifade ediliyor olması, onun konusunu, her durumda, bir para alacağının oluşturduğu anlamına da gelmez. Sözü edilen durum, esasında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesinin birinci fıkrasının (d) bendinde yer alan düzenlemenin işlerlik kazanmasının doğal bir sonucudur. Bunun yanı sıra, parasal bir manevî tazminat talebi, manevî zararın, asla, birebir karşılığı da değildir. Öte yandan, manevî tazminatın konusu, her zaman, bir para alacağı da değildir; paradan başka bir şey de olabilir. Salt para alacakları bakımından uygulanma alanı bulan belirsiz alacak davası kurumu, konusu paradan başka bir şey olan talepler bakımından ise, zaten gündeme dahi gelemez³². Dolayısıyla, maddî tazminatta geçerlilik taşıyan ilke ve kuralların, bu bağlamda da işlerlik kazanması mümkün olmaz. Kaldı ki; manevî tazminat olarak, belirli bir meblağ talep edilmiş bulunsa bile, hâkim, somut olayın koşullarını ve tarafların özel durumlarını dikkate alarak, bu parasal meblağın ödenmesi yerine, zararın diğer bir giderim biçimini de kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verip; bu kararın yayınlanmasına hükmedebilir (TBK. m.58, II).

Ayrıca, manevî zarar, doğası gereği bir bütünlük arz eder; hukuka aykırı bir fiil yüzünden, o anda duyulan ruhî elem, üzüntü ve acıyı ifade eder; fiilin işlendiği tarihte yaşanan veya yaşanılması gereken bir haldir; zamana yayılmaz. Dolayısıyla, bir seferde, toptan talep edilmesi gerekir. Davacı, bunun karşılığını, illâ para olarak talep edecekse, sabit bir rakam olarak, davanın başında, dava dilekçesinde ifade etmek durumundadır. Bu tutarın, zaman içerisinde artması ya da azalması söz konusu olmaz. Çünkü, manevî tazminat adı altında talep edi-

(örneğin, haksız fiil mağduru davacının, tıbbî tedavisinin ne şekilde sonuç vereceğinin tahmin edilemediği) hallerde, manevi tazminat davalarının da, belirsiz alacak davası şeklinde açılmasına olanak tanınması gerektiği kanısındadır (Budak, s. 84-85).

³² Pekcanitez, H.: Belirsiz Alacak Davası (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan II, İzmir 2010, s. 509-552), s. 528; Budak, s. 85; Özkaya-Ferendeci, s. 355, aynı yönde, bkz.: 9. HD.'nin 11.02.2015 günlü ve 589/5718 sayılı kararı.

len para, asla uğranılan manevî zararın birebir karşılığını teşkil etmez³³. Kaldı ki, manevî tazminatın, maddî tazminattan farklı olarak, telafi işlevinden öte, tatmin ve hatta cezalandırma işlevleri de bulunmaktadır³⁴.

O halde, doğası gereği de, manevî tazminat alacakları, belirsiz alacak davasına konu kılınabilecek bir niteliğe sahip değildir. Öte yandan, bedensel, yani maddî zararın, zaman içerisinde artması ya da kronik bir boyut kazanması sebebiyle, uğranılan ve dava yoluyla tazmin edilmesi istenen manevî zarardan farklı olarak, yeni bir ruhî elem, üzüntü ya da acı ortaya çıkmışsa, bu manevî zarar, ilkinden, tümüyle ayrı ve bağımsız bir kimlik taşıyacağı için, ayrı bir tazminat davasına da konu kılınabilir. Yani, sözü edilen hal, manevî zararın, zaman içerisinde artma eğilimi gösterebileceğinin ve zamana yayılabileceğinin bir kanıtı olarak değerlendirilemez. Çünkü, bu durumda, tek bir zararın varlığından değil; müstâkil ve ardışık bir nitelik taşıyan, iki ayrı manevî zararın varlığından bahsedilmek gerekir. Sözü edilen hâlde, özellikle dava konuları farklılık gösterdiği için, derdestlik iddiasının ileri sürülmesi de mümkün olmaz.

³³ Ertaş, Ş.: Manevi Tazminatın Hukukî Niteliği ve Miktarının Tespiti (Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s.65-111), s.80-81. Bu durumu Saymen, şu şekilde veciz bir şekilde ifade etmektedir: "... Bir kimseye manevî bir zarar ika edilince mezkur zarar nakden ne kabili takdir, ne de kabili tazmindir (tamirdir); fakat şüphe yok ki, fena veya acı bir his iyi ve tatlı bir his ile tatmin ve telâfi edilebilir. Binaenaleyh, acı çeken bir kimsenin ızdırabını bir miktar para büsbütün izale etmez ise de, bu parayla elde edebileceği meserret bu acısını bir derece tahfif ve tehvin eder. Burada zarar ziyan tamir edici değil, tatmin edicidir. Hükmedilen bu parayla manevî zarara maruz kalan kimse arzusu, zevki ve tabiatına göre kendisine tatlı hisler temin edecek ve bunlar acı hisleri ve ızdırapları telâfi edecektir. ...Binaenaleyh ızdırap hislerinde para zati mahiyet ve kıymetiyle değil, belki de mübadele kıymetinin temin ettiği her türlü şeyle tatmin ve telâfi edecektir.", Saymen, F. H.: Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940, s.92-93.

³⁴ Franko, N.: Şeref ve Haysiyete Tecavüzdten Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s.123-124. Tandoğan, H.: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s.330-331. Manevi tazminatın tatmin işlevinin baskın olduğu yönünde bkz.: Kılıçoğlu, A.: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982, s.244.

BİBLİYOGRAFYA

- Budak, A. C.** : Belirsiz Alacak Davası (Bankacılar Dergisi, Ocak 2015 Özel Sayı, s. 82-86)
- Çil, Ş./ Kar, B.** : 6100 Sayılı HMK'ya Göre İş Yargısında Belirsiz Alacak Davası ve Kısmî Dava, 2. B., Ankara 2013.
- Ercan, İ.** : Belirsiz Alacak ve Tespit Davası, Konya 2013.
- Ertaş, Ş.** : Manevi Tazminatın Hukukî Niteliği ve Miktarının Tespiti (Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s.65-111)
- Franko, N.** : Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973.
- Karaaslan, V.** : Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir mi? (Legal Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi, 2014/3, s. 37-58)
- Kılıçoğlu, A.** : Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982.
- Kılıçoğlu, A.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. B., Ankara 2012. (**Kılıçoğlu - Borçlar**)
- Kiraz, T. Ö.** : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, 2. B., Ankara 2012.
- Kuru, B.** : Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.II, 6. Bası, İstanbul 2001.
- Kuru, B./ Arslan, R./**
- Yılmaz, E.** : Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. B., Ankara 2014.
- Nomer, H. N.** : Manevî Tazminat Alacağında Kısmî Dava

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Açmak Mümkün müdür? (İÜHFİM., 2002/1-2, s.221-229)

Özbay, İ. : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi? Ankara 2012.

Özekes, M. : Anayasa Mahkemesi'nin Kararı Karşısında Kısmî Dava ile Belirsiz Alacak Davası Arasındaki Sınırın Belirlenmesi Sorunu (Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, C.II, Ankara 2014, s.1589-1606)

Özkaya-Ferendeci, H. Ö. : Alman ve İsviçre Hukuklarındaki Kademeli Dava İle 6100 Sayılı HMK'ya Göre Belirsiz Alacak Davasının Karşılaştırılması (Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2012/1, s. 353-382)

Pekcanitez, H.: Belirsiz Alacak Davası, Ankara 2011. (**Pekcanitez - Belirsiz Alacak Davası**)

Pekcanitez, H.: Belirsiz Alacak Davasının İş Hukukunda Uygulanması (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2013, Cilt 15, Özel Sayı, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan, İzmir 2014, s. 933-968) (**Pekcanitez - Armağan**)

Pekcanitez, H.: Manevi Tazminat Alacakları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir mi? (Legal Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi, 2015/1, s.21 - 41)

Pekcanitez, H.: Belirsiz Alacak Davası (Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, Özel Sayı, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan II, İzmir 2010, s. 509-552)

Pekcanitez, H./ Atalay, O./

Özekes, M. : Medenî Usul Hukuku, 14. B., Ankara 2013.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Saymen, F. H.** : Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, İstanbul 1940.
- Simil, C.** : Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.
- Tandoğan, H.** : Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.
- Tanrıver, S.** : Kısmî Dava Kurumu Üzerine Bazı Düşünceler (Makalelerim II, 2006-2010, Ankara 2011, s.95-113)
- Üstündağ, S.** : Kısmî Davaya İlişkin Bazı Hukukî Sorunlar (Yargı Dünyası, 2003/89, s.9-20)
- Yavaş, M.** : Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri (İş Hukukunda Güncel Sorunlar II, Seminer - 25.05.2012, İstanbul 2012, s. 55-81)
- Yılmaz, E.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Dava Çeşitleri (Bankacılar Dergisi, 2012/80, s. 83-104) (Yılmaz - Dava Çeşitleri)
- Yılmaz, E.** : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. B., Ankara 2013. (Yılmaz - Şerh)
- Yılmaz, H. / Kalemer M.** : Yargıtay'ın Sosyal Güvenlik Hukukuna İlişkin Emsal Kararları, Ankara 2014.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)-
Ben de çok teşekkür ediyorum Sũha Beye. Bu nũmdeki listeye göre söz vermeyi ben de yeğliyordum, ama konuk arkadaşımızın başka bir toplantıya veya başka bir yere gitme durumu varmış. O nedenle ikinci szũ Sayın Jũngen Stamm'a veriyorum. Buyurun.

ALMAN HUKUK USULÜ KANUNLARININ ŞAHISLAR TARAFINDAN KULLANILMASI

*Prof. Dr. Jürgen STAMM**
Friedrich Alexander Üniversitesi

I. Giriş

Şahısların zarara uğraması durumunda Usul Hukuku Kanunları davacıları bazı zorlu prosedürlerle karşılaştırmaktadır. Bunları genel, normal ve özel duruşmalar, yani davaya dahil olan taleplerden dolayı meydana gelen durumlar, olarak bölünebilmektedir. Her iki alan için de söz konusu yazımızda Alman Hukuk Usulü Kanunlarının koşulları çerçevesinde bir genel bakış sunmaktadır. İlk bölümde ağırlık olarak maddi hasarlara ilişkin özel problemleri konu almaktadır. Bu konu da konferansın ana konusu olmaktadır. Bunun dışında bununla ilişkili olan tüm düşünceler tüm Avukat görüşmelerinin başında her zaman konu edilmektedir. Şahsi zararlardan dolayı alacaklara ilişkin yürütülen Hukuk Usulü Kanunlarına ilişkin süreçler bu bildirginin ikinci bölümünde geçmektedir.

II. Dava açılımından önce meydana gelen sorular

Şahsi kayıplardan dolayı bir dava açılımından önce aşılması gereken iki uçurum vardır. Her ikisi de normal durumlardan

* Yazar Medeni Kanun, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, İcra İflas ve Gönüllü Yargılama alanlarında Friedrich-Alexander-Üniversitesi Erlangen-Nürnberg'de öğretim görevlisidir.

farklı olan (numaralandırılmış) hizmet alacak davalarında geçerli olmaktadır. Bundan dolayı çok sık bir şekilde oluşabilecek sorunlar önceden tahmin edilememektedir. Düşünülmesi gereken olası tıbbi hasarlar, örneğin kırıkların ardından meydana gelebilecek olan kemik kireçlemeleri. Hukuki açıdan maddi hasarlara ilişkin, örneğin acı parası, belirlemelerin yapılması hakim değerlendirmesine bağlıdır. Burada davacıya masraf risklerine ilişkin önceden bağlayıcı bir maddi mablağın belirlenmesi mümkün olmamaktadır. Dolaylı zararlar ve acı parası talepleri gibi iki problem alanları, ileride daha detaylı olarak açıklanacaktır.

1. Belli olmayan dolaylı zararlar

Meydana gelebilecek olan muhtemel zararlar, davacıyı mevcut olan zararlara ilişkin tazminat talep etmesinden alıkoymamaktadır. Bundan dolayı verilmiş olan maddi zarar konularına ilişkin kararların hukuki geçerliliği¹ gelecekte meydana gelebilecek olan zararlarla kısıtlı bulunmaktadır. Kısacası geleceğe ilişkin maddi tazminatlar konusu böylelikle tamamen kapatılmış bulunmamaktadır.

Kesin hükmü tabi kılmak, kendi başına başvuru ve gerçeklere dayalı gibi prosedür bakımından iki bölümlü anlaşmazlık teriminden oluşan ve buna bağlı olarak numaralandırılmış yardım dilekçesi ile sınırlandırılmış dava konusudur.

Fakat meydana gelebilecek olan alacaklılar konusunda yıllanma (zamanaşımı) sorunu meydana gelebilmesi muhtemel olmaktadır. Burada dikkate alınması gereken konu maddi haklarıdır. Bunun nedeni ise yıllanma konusunun Almanya'da sadece maddi medeni kanuna dayalı olup ve Usul Hukukunu kapsamaktadır. Medeni kanununun sınırlama olmaksızın subjektif yıllanma sistemine bağlı olmaktadır.

Bu da demek oluyor ki BGB 195§ gereğince geçerli olan üç yıllık normal yıllanma süresi, tazminat hakkının meydana gel-

¹ Sonradan vuku bulabilecek olan maddi hasarların hukuki geçerlilikleri ileride II 3 b de ayrı olarak verilmektedir.

diği yılın sonunda ve § 199 I BGB maddesi gereğince alacaklının meydana gelen olaydan ve bunun sorumlusu hakkında bilgi sahibi olması ve sorumsuz bir şekilde bilgi alabilmesi durumunda başlamaktadır. Bu da alacaklının ek yıllanma süresine ilişkin bilgi sahibi olması durumunda BGB 199 § II göre şahıs yaralanmalarında en fazla 30 yıla kadar uzayabilmektedir. Bu yıllanma süresi bilgi olup olmaksızın yaralanmanın gerçekleşmesi durumunda başlamaktadır. Böylelikle meydana gelmiş olan yaralanmadan dolayı sonradan meydana gelebilecek olan sağlık sorunlarından dolayı alacak hakları önceden² değil de bunların meydana gelmesiyle birlikte başlayacak olması burada önem taşımamaktadır ve alacaklı 30 yıllık yıllanma süresinin sona ermesiyle birlikte yıllanma problemiyle karşılaşacaktır.³ Eğer suçlu olan taraf yıllanma süresinden vazgeçtiğine dair bir yazılı beyanda bulunmadığı sürece bu durum sadece mahkeme yoluyla çözülebilmektedir.

Yıllanma (zamanaşımı) süresinin kesintiye uğraması § 204 I No. 1 BGB ye göre normal şartlarda dava açılmasını gerektirmektedir. Sizin tarafınızdan dava açılması § 253 II No. 2 ZPO göre yaşama koşullarını ve dava konusunu belirten bir başvuru ile gerçekleştirilmelidir. Sonradan meydana çıkan sağlık

² Zarara dayalı olarak öngörülebilir olası zararlar BGHZ 50, 21 (24); 119, 69 (71), § 68 StBerG, ve BGH NJW 1998, 1488 (1489), aynen yıllanma başlangıcına göre § 68 StBerG, aynı şekilde BGH NJW 2000, 861 (862), § 852 BGB a.F., yıllanma başlangıcına göre, aynı şekilde 199 göre n.F gilt: BGH, 24.10.2013 - III ZR 82/11 karara göre, BeckRS 2013, 20079; OLG Köln, 14.05.2013 - 24 U 145/12 BeckRS 2014, 13026 kararına göre. Ebenso im Schrifttum Ellenberger, in: Palandt, 74. Aufl., 2015, § 199, Rn. 14; J. Schmidt-Räntsch, : Erman, 14. baskı., 2014, § 199, Rn. 9, aynı şekilde Terbille, VersR 2005, 37 (41). Alacaklı lehine reddetme Peters/Jacoby.: Staudinger, § 199, Rn. 47 ff., und Mansel/Stürner, : NK, § 199, Rn. 25, ki burada bilgiler gelecek ve geçmişe dayalı olarak alınmaktadır.

³ Fakat en yüksek süre engellenecek olursa (Ellenberger'e göre, in: Palandt (Fn. 4), § 199, Rn. 42; Grothe, : Münchener'in değerlendirmesine göre BGB, 6. baskı, 2012, § 199, Rn. 45; Schmidt-Räntsch, : Erman (Fn. 4), § 199, Rn. 32, ve Fischinger, VersR 2006, 1475 ff., fakat maddi muhtemel sorunlar için bir faydası bulunmamaktadır. Çünkü BGB § 204 I Nr. 1 uyarınca, numaralandırılmış bir tazminat davasının ikame edilmesi, öngörülebilir maddi zararlarla ilgili olarak talep edilen tazminatın zamanaşımı süresini engellemez. Olaylarda ki eşit zaman aşımı süresi ve usul kıstaslarına göre yardım davası ile dava konusunu saptanmasında tek başına ölçü alınıyor olması, engellenmenin kapsamında herhangi bir değişikliğe sebep olmaz.

sorunlarında ki belirsizlik durumlarında herhangi bir meblağ belirlenememektedir ve bundan dolayı da alacaklı yahut onun avukatı farklı çözüm yolları aramak zorunda kalacaktır. Bu gibi durumlarda genel olarak Hukuk Mahkemeleri Usul Kanunlarında değişik hukuki kurumlar bulunmaktadır.

a) Kısmi dava

Alacaklı normal durumlarda meydana gelmiş olan zararlardan ve bedeli belirlenmiş olan durumlardan dolayı, zararların dengelenmesine ilişkin ve borçlunun iflas durumundan korunabilmek için kısmi dava açması gerekmektedir.⁴ Bunun haricinde hızlı bir dava görülümü yeterli delil toplanmasına imkan sağlamaktadır. Yıllanma kanununa göre maddi tazminat durumunda hiçbir şey elde edememektedir. Kısıtlı yıllanma engeli, ödenek başvurusu ile kısıtlanmış olan kanunlar ve sonradan geçerli olan kanunları olumsuz tarafı olmaktadır. Kısmi davanın reddedilmesi durumunda da bu davacı aleyhinde hukuki bir yaptırıma neden olmamaktadır.⁵ Yani sistem karşı taraflı olmak üzere sadık kalmaktadır!

Yani kısmi dava açılması da davacıya sonradan meydana gelebilecek olan zararlarda herhangi bir yardım elde edemeyecektir. Eğer sonradan meydana gelebilecek olan hasarlar bu dava sürecinde meydana gelecek olursa, davacının kısmi

⁴ Burada sigortalılara ilişkin uygulamalar burada dikkate alınmamalıdır.

⁵ Bu şekilde açık kısmi davalarda herhangi bir durumda hâkimi görüşü bulunmaktadır BGHZ 93, 330 (334); Vollkommer, in: Zöllner, 29. Baskı, 2012, Vor § 322, Rn. 47; Reichold, in: Thomas/Putzo, 34. Auflage, 2013, § 322, Rn. 26; a. M. diğer taraftan Musielak, in: Musielak (Fn. 3), § 322, Rn. 71 ff. Gizlenmiş kısmi dava için BGHZ 34, 337 (340 ff.), kesin hükmün uzatılması için eğitim göstermekte olup, aksine yeni yargılama faaliyeti ve h. L. eşit muamele için açık kısmi dava ile kabul oyu kullanılır. BGH NJW 1997, 1990 (1990 f.); BGH NJW 1997, 3019 (3020); Reichold.; Thomas/Putzo (Fn. 7), § 322, Rn. 23; Vollkommer.; Zöllner (Fn. 7), Vor § 322, Rn. 48; Gottwald.; Münchener Kommentar zur ZPO, 4. baskı, 2013, § 322, Rn. 131. Şayet davacı devam eden kesin hükmün uzatılmasını, örneğin sözleşme veya cürüm nedeniyle davalının sorumluluğunun sorulmasını amaçlıyorsa, ZPO § 256 I uyarınca yardım dilekçesi açılmadığı sürece, ZPO § 256 II uyarınca d) ile belirtildiği gibi tespit davası açma imkânına sahiptir.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

dava başvurusunu genişlettiği dışında herhangi bir imkanı bulunmamaktadır. Sonradan meydana gelebilecek olan muhtemel zararlar konusunda öyle bir dava yöntemi seçilmelidir ki dava başvurusunun yeniden numaralandırılması gerekmemelidir. §§ 253 ff. ZPO sisteminde ilk olarak § 254 ZPO göre kademeli dava şekli düşünülmelidir.

b) Kademeli dava şekli

ZPO § 254 davacıyı yardım dilekçesinin numaralandırılma gerekliliğinden muaf tutar. Hüküm, numaralandırmayı saklı tutmak suretiyle belirlilik şartı ile bir istisna oluşturur.⁶ Buradan hâsıl olan avantaj ise başlangıçtaki zamanaşımı engeli ve ayrıca esas alınan dava yığılması konusunda ki süreç ekonomisinde bulunmasıdır.⁷

Ayrıca burada söz konusu olan başka bir problem ise ZPO § 254 ün bilgilendirme hakkına veya hakediş davasına bağlanmasıdır. Alacaklı,⁸ tam tersine başlangıçta borçludan numaralandırılmamış yardım dilekçesi istenmesinden dolayı, yardım dilekçesini numaralandırabilmek için bu dilekçenin doldurulmasına tabi olmak zorundadır. Bu koşullar, ne belirsiz dolaylı zararın durumunda ne de numaralandırılması zor olan manevi tazminatın durumunda verilmiştir. Her iki durumda da sebep borçlunun etki alanı dışında numaralandırmanın zorluğundadır. Bu nedenle kademe davası, kaza veya şahıs yaralanmalarının talep ve dava edilmesinde ortaya çıkan zorluklara, imkân vermez.

c) İleriki edimlerde dava

Hukuk Mahkemeleri Usulü Kanunu ZPO §§ 257, 258 ve 259 uyarınca devamlı olarak, ileri ki ödeme veya edinimler için dava açma imkânı öngörmektedir. Başlangıç noktası ise davanın, hu-

⁶ Roth,; Stein/Jonas, 22. baskı., 2008, § 254, Rn. 1.

⁷ Foerste,; Musielak (Fn. 3), § 254, Rn. 1.

⁸ Becker-Eberhard,; Münchener yorumu ZPO (Fn. 7), § 254, Rn. 6, ve Greger,; Zöllner (Fn. 7), § 254, Rn. 2.

kuka uygun sürede mevcut dolaylı zararın ortaya çıkması neticesinde açıldığında, borçlunun edinimi geri alabilme endişesidir.⁹ ZPO § 259 nın standart kurallarında açıkça belirtildiği gibi, bu kanunun amacı yaralanma veya ölümden, borçlunun tehdit edici iflasından dolayı ortaya çıkmış olmasıdır.¹⁰

Burada kesin olan ileriki edinime binaen dava açılırken numaralandırmayı gereksiz kılmasıdır. Burada söz konusu olan dava açılması esnasında edinimin sürenin sona ermesinden muaf olmasıdır¹¹. Talep, ortaya çıkmış olmalı ve aynı zamanda numaralandırma ölçülebilir olmalıdır. Ancak, usul hukuku enstitüsü yardım etmediğinden, hukuk usulü muhakemelerinde yaralanma veya ölüm olayında her iki problemde de bu durum söz konusu değildir¹²

d) Tespit davası

Şu ana kadar olan düşüncelerin aksine alacaklıya sadece dava türünün değiştirilmesi, yani tespit davasından hizmet davasına geçilmesi kalıyor, ve onların koşulları § 256 I ZPO I. satırında açıklanmış bulunmaktadır. Daha sonrasında eğer davacı hukuki ilişkinin hakim tarafından verilecek olan bir kararla daha çabuk bir şekilde tespit edileceğinden yanaysa, hukuki ilişkinin devamının tespitine dair olarak dava açılması mümkündür.

Şu anki hukuki ilişki, sözleşmeyle ve/veya suçlarla ilgili olarak kaza veya olayda şahıs yaralanmasındaki durumun tazminat hakkına dayanmaktadır. Hizmet davasından ayrıldığında

⁹ Becker-Eberhard,: Münchener ZPO (Fn. 7) ilişkin yorum, § 257, Rn. 1 ff.; Saenger,: Saenger, ZPO, 6. baskı, 2015, § 257, Rn. 1.

¹⁰ Sigortalılar için yorumlar Fn. 6.

¹¹ BGH NJW 1965, 440 (441) = BGHZ 43, 28 (31); BGH NJW 1983, 2197 (2197), aynı şekilde Becker-Eberhard,: Münchener in ZPO (Fn. 7), § 259, Rn. 4 ilişkin yorumu.

¹² Bu uygulama, ZPO § 258 uyarınca kaza veya olayda şahıs yaralanması neticesinde talep ve dava edilmesi için bedensel zarar ve öldürülme durumunda para emekliliği ile yetinilmekte (Roth, in: Stein/Joans (Fn. 8), § 258, Rn. 5), periyodik olarak tekrarlanan maddi ve manevi yardımları gelecek için de geçerli kılınabilmekte, ancak burada söz konusu olan problemde eksik numaralandırma önemli olmamaktadır.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ise, tüm bunların dışında bir tespitin yapılması yararlı olacaktır. Davacı için yasal bir dezavantaj riskinin doğması gerekir ve kararın bu tehlikenin ortadan kaldırılması için uygun olması gereklidir.¹³ 1 Pozitif tespit davasında davalının söz konusu hakka karşı itiraz etmesi yeterli olacaktır. Bunun dışında tespit kararının uygulanamamasına ilişkin ve bunun sonucu olarak hizmet davasının prensipte öncelikli olacağı problemi ortaya çıkmaktadır. Tespit davasının ikinci dereceden olmasından bahsedilir.¹⁴ Burada düşünceler kısmı devreye girer ve bu nedenle hizmet davasının ancak müteakip zararların oluşması ile birlikte açılması söz konusu olur. Zamanlararası zamanaşımında ise hukuki engel ortaya çıkar, bu yüzden tespit davasının ikinci dereceden olma prensibi tam burada ikiye bölünür. Bu söz konusu kısmi hizmet davasını ilgilendirmektedir, çünkü onun müteakip zararlar üzerinde herhangi bir olumsuz etkisi olmamaktadır. Onun bu yüzden aynı şekilde tespit davasına karşı herhangi bir önceliği yoktur ve kısmi hizmet davasının açıklanmasına ilişkin herhangi bir sorumluluk söz konusu olmayacaktır.¹⁵ Davacı da bu nedenle tespit davası ile sınırlı kalabilmektedir, fakat bu davranışın daha sonradan tamamen eksik olan hitap yüzünden herhangi bir anlamı olmayacaktır.

Sonuç olarak müteakip zararlar için zamanaşımı tehlikesi ile karşı karşıya gelinir ve onun eksik olan rakamlarla belirleme şekli bir tespit davası için hukuki bir menfaati gerekçelendirir. Hüküm verme yönteminde bu nedenle diğer zararların söz konusu olacağı hesaba katılmalıdır ve sonuç olarak sadece bununla kalmayacağı da göz önünde bulundurulmalıdır.¹⁶ Mağdur açısından da anlaşılır bir değerlendirme yapılması ve burada başka bir hasarın da söz konusu olacağının dikkate alınması gerekir.¹⁷

¹³ böylelikle BGH sürekli olarak kanuni geçerli olması, örneğin BGH NZM 2010, 237 (237) de.

¹⁴ Saenger,; Saenger (Fn. 11), § 256, Rn.1.

¹⁵ Bussmann, MDR 2007, 446 (446).

¹⁶ BGH NJW 2001, 3414 (3415); NJW 2004, 1243 (1244). Tespit için önemli Bussmann, MDR 2007, 446 (446).

¹⁷ BGH NJW 2001, 3414 (3415); NJW 2004, 1243 (1244).

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu güne kadar zamanaşımının başlaması için taleplere yönelik yeterli bir geri dönüş olmamıştır. Asıl önemli nokta ise § 199 I BGB maddi hukuka bağlı bilgiye veya alacaklının tazminat hakkından ağır ihmâl nedeniyle bilgi sahibi olmamasına dayanılarak – söz konusu durumda müteakip zararlar için –, zamanaşımına neden olmaktadır ve beraberinde tespit avantajını getirmektedir. Tam bu noktada tespit avantajının kendine ait açıklaması gereksiz olmaktadır.¹⁸

Tespit davasının kısmi hizmet davasının dava meblağına ilişkin bağlantının sonuç olarak tespit avantajının ancak zamanaşımı süresi sona ermeden kısa bir süre önce onaylanmasını gerektirir.¹⁹ Davacıdan beklemesi beklenmez, bunun yerine tespit dilekçesinin hizmet davası ile § 260 ZPO paragrafına göre davaların yığılması yolunda, başlangıç olarak birbirine bağlanmasına izin verilir. Son olarak sadece öngörülen değil, önceden öngörülme-yen müteakip zararlar da bu kapsama girmektedir, çünkü tespit davasının zamanaşımı etkisi de sınırsız geçerlilik kazanır.

2. Manevi tazminatın numaralandırılmasına ilişkin problem

Maddi zarara dahil olmayan bedensel yaralanma ve sağlığın zarar görmesi için olan § 253 II BGB gereğince para karşılığında olan “ucuz bir tazminat” ile giderilebilir. Manevi tazminat olarak adlandırılan mahkemenin takdiriyle belirlenir ve yara-

¹⁸ İma yoluyla aynı zamanda Greger, in: Zöllner (Fn. 7), § 256, Rn. 9 („Tespit etme ilgisi zaman aşımı süresinin kısıtlanması içindedir“); Becker-Eberhard, in: ZPO için Münihlinin açıklaması (Fn. 7), § 256, Rn. 40 („Davacı aksini iddia etmeden tehdit edici zaman aşımı tespit etme merakını gerektirir (§ 204 Abs. 1 BGB)“), ve Gerlach, VersR 2000, 525 (531): „Meşru ilgi davacının tehdit edici zaman aşımı süresi ile yüzleşmek istemesi durumunda ortaya çıkar.“

¹⁹ Bu olmadığı takdirde yeniden sorun teşkil edebilmesi için, yardım davası ile birlikte bir tespit davası açılması, Slizyk gibi, manevi tazminatın sistematik olarak yorumlanması genel olarak tavsiye edilmektedir. 10. Yü-küm, 2014, Rn. 394: “Bu yargılama faaliyetlerinin temelinde, her davacı vekili için şiddetle önerilen, tüm olaylarda, yüzde yüz ihtimal verilmeyen gecikmeli hazarlarda, yardım davasının yanında aynı zamanda tespit davasının da ikame edilmesidir.”

lanma olayının kronolojisine bağlı çeşitli kriterlere göre ve yaralanmanın oluşumu hakkındaki olay öncesi durumdan mağdurun olay sonraki haline kadar değerlendirilir²⁰. Davacı her ne kadar geniş kapsamlı manevi tazminat tabloları bilgilenmek amacıyla kullanıma sunulsa da, bu nedenle manevi tazminatın miktarı hakkında herhangi bir kesin tahminde bulunamaz.²¹

Dava dilekçesinin numaralandırılmasını öngören § 253 II No. 2 ZPO göz önünde bulundurulduğunda ise, mağdur ciddi bir şekilde ikilemde kalır. Eğer o düşük miktarda manevi tazminat talebinde bulunacak olursa, o taktirde ona sadece bu meblağın verilmesi sağlanacaktır. Fakat eğer o fazla yüksek manevi tazminat talebinde bulunacak olursa, dava reddine neden olan hususla ilgili olarak kendisinden dava masraflarını üstlenilmesinin talep edilmesi söz konusu olabilecektir ve bu durum da ekonomik açıdan değerlendirildiğinde ulaşılan manevi tazminat bedelini ağır bir şekilde düşürecektir ve hatta onun tükenmesine neden olacaktır.²²

a) Başvuru meblağının belirlenmesinden vazgeçme

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, manevi tazminatın eksik ölçülme problemlerinin çözülmesinde, faydalı bir çözüm konsepti sunmamaktadır. Özellikle basamak davası ve ileri ki edinim için açılacak olan davanın yardımı olmamaktadır.²³ Bu nedenle hüküm verme yöntemi, yasal eğitim şeklinde harekete geçmiştir. Aynı şekilde devlet makamı, dava dilekçelerinin numaralandırma gerekliliği için kâğıda dökülmemiş bir ayrıcalık talebinde bulunmuştur.²⁴ İçerik ve metot olarak, özellikle davacı için beklenmeyen masraf riskinden ve çıkar konumundan

²⁰ Oetker,; Münchener yorumu BGB (Fn. 5), § 253, Rn. 36 ff.

²¹ Mertins, VersR 2006, 47 (50), yaralanma şekline ilişkin Jaeger/Lucke'e dikkat çekmektedir, manevi tazminat (güncel 7. baskı., 2014), ve meblağın yüksekliğine göre Hacks/Ring/Böhm, manevi tazminat meblağının yüksekliği (güncel 26. baskı., 2008).

²² Buna ilişkin Mertins, VersR 2006, 47 (47) bakabilirsiniz.

²³ S. o. II 1 b) ve c).

²⁴ Birleşik sivil Yargıtay senatosu, RGZ 21, 382 (387). Aynı şekilde buna dayalı olan dava kazanımı BGH, BGHZ 4, 139 (142).

kaynaklanan, ZPO § 253 II Nr. 2 nun teolojik indirgenmesi söz konusudur.²⁵ Dava konusu, manevi tazminatın ölçümünde gerekli olan mal bilgilendirilmesinin sunumunda paralel olarak indirgenir.

b) Rakam aralığı çözümü

Numaralandırılmış dava dilekçesinin lüzumsuzluğu sonucunda, fiyat yükünün sarkacı tek taraflı olarak davalının zararına, dönmeye zorlar. En az tutarda bozulan manevi tazminat yargılamasında bile, davanın kaybı sonucunda bütün dava masrafları davalının üzerine bırakılır ZPO § 91 I 1. Davalının korunması adına, yargısal kararda davacı, gerçek olayın beyanı esnasında kendisi tarafından talep edilen manevi tazminatın ortalama miktarını belirtmek zorunda olduğundan, ihmal edilmiştir.²⁶

Yargılama, ortalama miktarın aşağı veya yukarı % 20 rakam aralığında dönmesi durumunda, masraf açısından risk davalının üzerine bırakılmalıdır. Şayet mahkeme diğer taraftan gösterilen koridorun gerisinde kalırsa ve davacı tarafından belirtilen miktarın altında kalırsa, dava masrafa tabi olarak reddedilir.²⁷

²⁵ Amaçsal indirgemeye metodolojik atıf yapılmaksızın, ancak aynı zamanda fiyat yüküne Husmann VersR 1985, 715 (715 f., 718 f.). Roth, in: Stein/Jonas (Fn. 8), § 253, Rn. 46, delil göstermekte ve BGB § 253 II de numaralandırılmamış dava dilekçesini, hukuksal sürecin karşılığı olarak görmektedir.

²⁶ BGH VersR 1974, 1182 (1183); BGH NJW 1982, 340 (340 f.); BGH VersR 1983, 151 (151); VersR 1983, 1160 (1161), ve BGH VersR 1984, 538 (540).

²⁷ Mahkeme, ZPO § 92 II No. 2 uyarınca tüm mahkeme masraflarını davalının üzerine bırakabilir. Yönetmelik, dava talebinin saptanmasını, hâkim takdiri ile ilişkilendirmektedir. Bu bağlamda yönetmelik, manevi tazminatın boyutunun belirlenmesinde belirgin bir değer belirleme hatası ortaya çıkmış ise, davacının lehine genişletmek için kullanır, Mertins, VersR 2006, 47 (49 ff.). Bununun birlikte yazarın bakış açısından, yönetmeliği kümülatif olarak mevcut içtihata dayandırmaktansa, ZPO § 92 II Nr. 2 yardımı ile Greger gibi : Zöllner (Fn. 7), § 253, Rn. 14 a, ve Becker-Eberhard gibi: ZPO için Münchener yorumu (Fn. 7), § 253, Rn. 128 m.w.N. Husmann kabul edilmez şekilde, NJW 1989, 3126 (3129), ZPO § 92 II takdir yönetmeliği olduğundan ve numarasız dilekçe için masraf riskinin karşılaştırılabilirliğinden kaçınmayı imkansız kıldığından, numaralandırılmış dava dilekçesinin gerekliliğine geri dönmeye yöneliktir.

c) Meblağın üzerine çıkıldığında tertip ilkeli ihtilaf

Eğer mahkeme davacıya öngörülen bant genişliğinin üzerine bir manevi tazminat vaadinde bulunmuş ise, burada nasıl davranılması gerektiğine dair soru farklı değerlendirilecektir. Bu durum § 308 I ZPO gereğince tertip ilgilerine aykırı düşmektedir, buna göre mahkeme davacıya talep edilenden ne farklı bir şey ne de fazla bir şey vaat edemez. Bu durum sözleşme özgürlüğüne dair medeni hukuk prensibi tarafından üstlenilmektedir. Geçerli kılınan hakların rakamlarının belirlenmesi davacının problemidir, mahkemenin değil.

BGH tertip ilkeleri ile buna karşılık ilgilenmemektedir, çünkü rakama belirlenmemiş olan dava dilekçesinde ihtilaf konusunun belirlenmesi için sadece yaşanan olayın esas alınması gerekmektedir. Dava dilekçesinin eksik olmasından dolayı § 308 I ZPO bu durumda ihlal edilmemiştir.²⁸ Davalı bu yüzden haksızlığa uğramamış sayılacaktır, çünkü onun yargılanma riski hakkında daha önceden davanın değer tespiti ile ilgili olarak bilgi edinmesi gerekirdi.²⁹ Gösterilen bu delil sadece sınırlı bir şekilde gerçek olanaklara uymaktadır. Mahkeme başlangıçta yapılan dava değeri tespiti kapsamında tipik olarak kendine ait bir değerlendirme yapmamaktadır, bunun yerine kendisi geçici dava değerini sıradan bir şekilde dava dilekçesine dayandırmaktadır.³⁰ Davalının menfaatleri de bu nedenle başka yollara başvurularak korunmalıdır.

d) Asgari meblağın belirlenmesine ilişkin kısıtlamalar

Alacaklı, önceden resmedilen yargılama faaliyetine bakıldığında ve davanın reddedilmesi çerçevesinde, kendisi tarafından talep edilen en yüksek miktarı değil, en düşük miktarı belirtmesi için teşvik edilmiştir.³¹ Mahkeme kendi takdirine bağlı

²⁸ BGH NJW 1996, 2425 (2427). Aynı şekilde Terbille, VersR 2005, 37 (42).

²⁹ BGH NJW 1996, 2425 (2427).

³⁰ Aynı şekilde Lemcke, r+s 1996, 306 (306 f.), ve Mertins, VersR 2006, 47 (48).

³¹ Michel/von der Seipen, Hukuk davasında dava vekilinin yazılı beyanı,

olarak, davacının manevi tazminatı en düşük şekilde belirleme riskini ortadan kaldıran ve en yüksek miktara bağlı kalmadan, en düşük miktarı reddedebilir. Buna bağlı olarak davacı, manevi tazminatın en düşük miktarını doğal olmayacak şekilde indirmeyi ve davanın kısmi reddedilişinde kendisi üstüne bırakılan masraf riskini ortadan kaldırmayı düşünebilir.

aa) Davacının şikayetinin eksik olması nedeniyle davalının korunması

Manevi tazminat için davada belirlenmesi gereken asgari bedelin ihtiyaten düşürülmesine dair bir tahrik hukuki durum anlaşılabilir bir şekilde değerlendirilmesinde söz konusu olmaz, çünkü alacaklı bu tarz bir yaklaşım şekline kendisini engelleyen iki risk olgusu ile karşılaşacaktır. Mahkemenin en nadir durumda dahi davacı tarafından istenilen manevi tazminatın üzerine çıkacağı, hem tamamen psikolojik açıdan hem de hukuki gerçek açısından inkar edilmemelidir.³² İstisnalar uyulması gereken bir kuralı onaylar, çünkü tertip ilkeleri bu yola başvurulduğunda ancak fiilen ciddiye alınır.

Diğer taraftan riskin minimuma düşürülmesine ilişkin bu-merang en geç kanun yoluna başvuru yapılırken davacıya kalır. Mahkeme karada davacı tarafından adı verilen asgari meblağın altına inmeyecek olursa, buna karşı mahkemenin başvuracağı hukuki yol için itiraz hakkı olmayacaktır.³³ § 308 I ZPO göre yargı ilişkisi her ne kadar mantıksız görünse de, ve her ne kadar rakamı belirtilmiş bir dava dilekçesi talebinde bulunulmasa da, tam bu noktada dava dilekçesinde adı geçen asgari meblağ üzerindeki yargılama kararı kaldırılır.

6.Baskı, 2004, S. 97; Luckey, yaralanma veya ölüm, 1. Baskı, 2013, S. 496; Breucker, hukuk davalarında dava vekili stratejisi, 1. Baskı, 2006, Sayfa 79.

³² Aynı şekilde değerlendirmede Mertins, VersR 2006, 47 (47), ve Gerstenberg, NJW 1988, 1352 (1352), mahkemelerin birçok manevi tazminat tutarlarını (kısmi olarak reddedilebilir), davacının belirlediği tazminat tutarlarına göre karar verdikleri görülmektedir.

³³ BGHZ 140, 335 (340) = NJW 1999, 1339 (1340). Ebenso Terbille, VersR 2005, 37 (42).

Bu neden göz önünde bulundurulduğunda ise manevi tazminatının fazla düşük asgari meblağda değerlendirilmesinde, davacıya ancak dava devam ederken asgari meblağı yükseltme olanağı kalmaktadır. Dava konusunun değiştirilmesinin söz konusu olmamasından dolayı böyle bir yükselme dava değişikliği taleplerine tabi olmayacaktır, bu sağlanırken onların koşulları §§ 263 ff. ZPO gereğince problemsiz bir şekilde zaman aşımına uğrayacaktır.³⁴ Böyle bir yaklaşım davacının sözlü duruşma sona ermeden önce, mahkemenin manevi tazminatı daha yüksek belirlemesi için yeterli ispatlar sunmasını öngörecektir. Buna ek olarak mahkemeler – şu ana kadar açıklandığı üzere – davacı tarafından istenilen manevi tazminatın üzerinde bir meblağı esas almasına ilişkin olarak nadiren meyil gösterecektir. Sonuç olarak davalı bu nedenle BGH'den vazgeçilmesi sayesinde yüksek meblağın belirlenmesine dair gereksinimde haksız yere mağdur edilmiş olmayacaktır. Davacı için karşı davranış tutumları tespit edilmeyecektir.

bb) Geniş kapsamlı zamanaşımı engelli karşısında geniş kapsamı olarak kesinleşmenin uzaması

Alacaklı davalının rakamı belirlenmiş olan bir asgari meblağ için yargılanmasında sadece daha sonradan kanun yoluna başvurma hakkına sahip olmakla kalmaz, başka bir dava da açabilir. Tam bu noktada BGH'nin dava değerinin belirlenmesine ilişkin olarak esas alınan olaya bağlıdır. Alacaklı için rakamı belirtilmiş olan dava dilekçesinden vazgeçilmesinin yanı sıra, geniş kapsamlı bir zamanaşımı engelinin de söz konusu olacağı avantajlı olacaktır.³⁵ Eğer örneğin ilk merci mahkemesine davanın reddedilmesine ilişkin bir hukuki dava açılmış ise ve

³⁴ Dava dilekçesinin genişletilmesi hukuk muhakemeleri kanununun 264. paragrafının 2 no'su gereğince zaten dava değişikliği olarak geçerli olmaz, bu da asgari meblağın yükseltilmesi için geçerlilik teşkil eder. Aynı şekilde Mertins, VersR 2006, 47 (48), daha sonradan rakamın belirlenmesi için.

³⁵ BGH NJW 1974, 1551 (1551) = BGH ZZZP 1989, 199, aynı şekilde BGHZ 103, 298 (301 f.) = NJW 1988, 1380 (1381); Teichmann.: Jauernig, 15. baskı, 2014, § 253, Rn. 6; Spindler.: Beck'scher Online-yorum BGB, durum 1.11.2013, § 253, Rn. 76.

yasalara uygun zaman aşımı her ne kadar sona ermiş olsa da, mahkeme belirlenmiş olan manevi tazminatı yükseltecektir.³⁶ Zamanaşımının geniş kapsamlı bir şekilde engellenmesi ise rakamı belirtilmiş olan dava dilekçesinde mümkün değildir, çünkü hedefi aşan alan için özel bir dava değeri söz konusu olacaktır ve onun zamanaşımı bağımsız bir şekilde dava açılması eksik olduğundan, engellenmiş olacaktır. Madalyonun arka yüzünü çevirdiğimizde, kesinleşmenin geniş kapsamlı etkisi olduğu görülecektir.³⁷ Sonuç olarak manevi tazminat alacağında “yeniden belirleme” yapılması mümkün değildir.

Farklı bir değerlendirme sadece manevi tazminatın üst sınırının aynı zamanda belirlenmesi sayesinde gerçekleşebilir. Bu yüzden alacaklı dava değerini sınırlandıracaktır. Böyle bir yaklaşım tarzı ise mahkemenin yapacağı sınırlama ve bunun tam tersi şekilde hedefi aşacak bir alacak için yeniden ortaya çıkacak olan bir zamanaşımı problemi göz önünde bulundurulduğunda, pratikte tavsiye edilmez. Fakat buna benzer, masrafları gözetken kısmi bir dava modeli ise buna karşılık düşünülebilir.

e) Davacının savunma çerçevesi kapsamında korunması

Eğer davacı acı tazminatına ilişkin bir meblağ belirlemek zorunda bırakılmazsa, aynı hak karşılık olarak davalıya savunması çerçevesinde sunulmalıdır. Davalı belirlenmiş olan (kısmi) tanıma hakkını saklı tutmaktadır. Davacı asgari meblağa bağlı olarak – aksi taktirde kısmi tanıma mevcuttur – daha fazla ödenek talep edip etmeyeceğine ilişkin beyanda bulunmalıdır.

Buna dayalı olarak davalı acı tazminatını aşan meblağın hesaplanmasını talep edip yeniden dava açma hakkına sahiptir. Mahkeme tarafından belirlenecek olan meblağa ilişkin belirsizlikten dolayı koşullu tekrar davası açılmalıdır.³⁸

³⁶ So BGH NJW 2002, 3769 (3769 f.).

³⁷ Bussmann, MDR 2007, 446 (447).

³⁸ Aynı şekilde Mertins, VersR 2006, 47 (49).

f) Sonuç

Manevi tazminatın rakamla ifade eksikliği probleminin, numaralandırılmış dava dilekçesinden feragat edilerek, davacı ile davalının çatışan menfaatlerinin dengelenmesi ile çözülebileceği tespit edilmiştir. Fakat burada değişik dava etkilerinin, özellikle yılanma engeli ve hukuksal dayanağının detaylarını kapsamlı bir şekilde gözetmelidir.

3. Dolaylı zarar problemleri ve bundan dolayı meydana çıkan acı tazminat talepleri

Dolaylı zararlar ve bundan dolayı artış gösteren acı tazminatının kombinasyonu ayrı bir sorun oluşturmaktadır.

a) Tahmin edilemeyen dolaylı zararlara ilişkin hukuki yaptırım bulunmaması

Eğer söz konusu olan şey dolaylı zararlar ise, alacaklı anlaşmalı olarak manevi tazminat hakkını özel olarak geçerli kılabilir. ³⁹ Önceki duruşmada verilen kararın hukuksal dayanağına karşı hiçbir itiraz bulunmamaktadır. Bu sınırlama için, yapılan son sözlü oturum ile belirlenmeyen, kesinleşmiş yargı kararının zamansal sınırları sebep. ⁴⁰ Burada da ön görülmeye sorusuna ilişkin § 199 I BGB yılanma kriterlerine başvurulabilmektedir. ⁴¹

b) Tahmin edilebilir sonuç etkileri ve kesin hükmün uzatılması

Yasal değerlendirme karmaşık olarak, sonuç zararları tahmin edilebilmiş ise, şekillenir. Burada manevi tazminat du-

³⁹ BGH NJW 2001, 3414 (3415); NJW 2004, 1243 (1244). Aynı şekilde Terbille, VersR 2005, 37 (38).

⁴⁰ Bunun sonucunda tek başına isimlendirilen talebe karşılık maddiyat hukuğu ile ilgili itirazların durumu ZPO § 767 II uyarınca, son görülen sözlü oturumun süresinde bertaraf edilmektedir.

⁴¹ Anders BGH NJW 2001, 3414 (3414 f.); 2004, 1243 (1244), Sözde bağımsız kriterlere göre belirlenen ve bu nedenle gereksiz bir yasal belirsizlik ayrıca bireysel vakalarda BGB § 199 I aykırı yasal boşluklar saptandığı farz edilmektedir.

rumlarında, manevi tazminat talebi biriminin temelini fark edilir yapar. Bunun anlamı, manevi tazminatın belirlenmesinde prensip olarak gelecekte beklenen ve zarar verecek davranışlar dikkate alınmalıdır.⁴² Bunun ardından olası zararların muhtemel olasılık derecelerine göre risk vuku bulur.⁴³ Madalyanın diğer tarafı ise hukuki yaptırım tarafıdır. Eğer muhtemel riskin meydana gelmesi ile davacı herhangi bir “ek ödeme” talebinde bulunamamaktadır.⁴⁴

c) Kesin hükmü öngörülebilir sonuçları ile kısıtlamak için manevi tazminat kısmi davası

Davacı, kesin hükmün uzatılma riskine girmek istemez ise, kendisine sadece ileriki zamanda oluşacak hasar faktörlerini, manevi tazminatın değerlendirilmesinden ayrı tutma olanağı kalır. Böylece burada ortaya çıkan durum, davacının kısıtlamasını belirleyen açık bir kısmi davadır.⁴⁵ Buna bağlı olarak, mahkeme kararının kesin hükmü sınırlanmış olup, davacı ileri ki zamanlarda ek tazminat talebinde bulunabilir ve geri alabilir.⁴⁶ Diğer taraftan sonuç riski gerçekleşmez ise, doğal olarak geriye başlangıçtaki numaralandırılan manevi tazminat kalır.

Manevi tazminat kısmi davasının avantajı, eninde sonunda ayrılan manevi tazminatın ilgilendirdiği hassas ayarlamamanın yapılabilmesidir. Kısıtlanmayan manevi tazminat davası buna karşılık, dolaylı zararların ortaya çıkmasıyla ilgili olarak, rulet oyunu karakteri kazanır. Diğer taraftan bu türde bir dava için yeni bir sürecin oluşması engellenerek, memnuniyet fonksiyonu telaffuz edilir.⁴⁷ Sonuç zararlarının zamanaşımı riski ayrı bir

⁴² BGHZ (GS) 18, 149 (167); BGH NJW 1955, 1675 (1677); 2001, 3414 (3414 f.), ve BGH NJW 2004, 1243 (1243 f.). Aynı şekilde Mertins, VersR 2006, 47 (49).

⁴³ Terbille, VersR 2005, 37 (38 f.), ve Bussmann, MDR 2007, 446 (447).

⁴⁴ Heß, NJW-Spezial 2004, 63 (63).

⁴⁵ Terbille, VersR 2005, 37 (37 f., 43), ve Bussmann, MDR 2007, 446 (447).

⁴⁶ BGH NJW 2001, 3414 (3415); Mertins, VersR 2006, 47 (49).

⁴⁷ Değerlendirmesi gibi Terbille, VersR 2005, 37 (41).

tespit davası ile önlenmesi gerektiğinden, diğer taraftan kısıtlanmamış süre aşımı engeli, kayda değer bir fayda sağlamamış olur. Bu durum hem maddi hem de manevi sonuç zararları için geçerlidir. Pratikte denenmiş olduğundan, neticede halihazırda gerçekleşmiş olan maddi tazminat için açılan eda davasından oluşan kombinasyon manevi tazminat için açılan manevi tazminat kısmi davası ve sonuç zararları çerçevesinde açılmış olan genel tespit davası, maddi veya manevi türdedir.⁴⁸ Bu şekilde hem zamanaşımı riski (tespit davası) hem de kesinleşmiş yargı kararının bitirilmesi (açık edinim kısmi davası ve manevi tazminat kısmi davası) hesaba dâhil edilmiş olur.⁴⁹

d) Danışmanlık görevinde bulunan avukata ilişkin pratik sonuçlar

Danışmanlık desteğinde bulunan Avukatlar için pratik sonuca ilişkin düşünceler, alacaklılardan muhtemel zararlara ilişkin sorguya alması ve muhtemel zararlardan dolayı nasıl ilerlemesi gerektiğine ilişkin danışmanlık desteğinde bulunmalıdır.⁵⁰ Tıbbi alanda ki konulara ilişkin bilir kişilerin fikirleri alınmalıdır ve buna dahil olarak özel uzman kişilerin fikrine başvurulması tavsiye edilmektedir.

Bu kapsamda yapılan masraflar uygun duruşma hazırlığı kapsamında tazmin edilmesi gereken masraflardan sayılmaktadır.⁵¹

⁴⁸ Sonuç olarak aynı Heß, NJW-Spezial 2004, 63 (64), ve Bussmann, MDR 2007, 446 (448).

⁴⁹ BGH genel tespit davasını kendi amacına yönelik olarak manevi tazminata yönelik kısmi dava ile kıyasladığından ve ikinci olarak bunu vazgeçilebilir gördüğünden, BGH NJW NJW 2004, 1243 (1244) bunu yanlış yorumlamaktadır. Bu nedenle, tespit davasında gelecekteki dolaylı zarar dile getirilmekte olup, davacı kısmi yardım davasının sınırını, yani özellikle manevi tazminat boyutunun gelecekteki dolaylı zarardan ayrılması şeklini bilmek istiyor.

⁵⁰ Bussmann, MDR 2007, 446 (448).

⁵¹ Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 5), § 249, Rn. 396.

III. Medeni hukuk davalarının esnasında meydana gelebilen problemler

Medeni hukuk davalarının görülmesi esnasında şahsi tazminatların geçerli kılınabilmesi için dava açılımı ve delil toplanması büyük önem taşımaktadır.

1. Doğru dava açılımı

Özel danışmanın görevlendirilmesi sadece gelecekte muhtemel olan zararların tespiti için değil, aynı zamanda doğru bir yargılama süreci için önem taşımaktadır. Manevi zararlar doğaları gereği tıbbi alana dahil olmaktadır. Bundan dolayı da uzmanın bu konuda yeterli ve başarılı bir sonuç verecek olan bir savunma sunmaktadır. Avukatlık pratiğinde daha sonra § 139 ZPO ya dayalı olan muhakeme bilgilerine güvenebilecekleridir.⁵² Aynı şekilde mahkemelerde yeterli tıbbi bilgilere sahip değildirler ve bu konuya ilişkin geçerli bir dava süreci için uzman kişilerin fikirlerine başvurmaktadır.

2. Delil davası

Şahısların zarar görmesi durumunda delil davalarında delil hafifletilmesine ilişkin sorular ve bilirkişi görevlendirilmeleri önem taşımaktadır.

a) § 287 ZPO göre zarar tespiti

Mahkemeye manevi tazminat belirlemesine ilişkin verilmiş olan yetkiye benzer şekilde § 287 ZPO tarafından delil davalarında manevi tazminat davalarını ekleme hakkı sunulmuştur. Bu yönetmelik delil toplanmasının kapsamının düşürülmesine ilişkin imkan sunmaktadır. Bu da zararların nedenleri ve meblağları ile tazmin edilmeleriyle tamamen giderilememesidir.⁵³ Buna dayalı olarak gerekli olan mahkeme iknaları ve delil tespit çerçevesi küçültülebilmektedir.⁵⁴

⁵² Doukoff, DAR ek 2013, 744 (744).

⁵³ Leipold, Stein/Jonas (Fn. 8), § 287, Rn. 1.

⁵⁴ Foerste, Musielak (Fn. 3), § 287, Rn. 1, 6 ff., 10 ff.

Talep edilen tazminata ilişkin mahkeme sadece bağlantı noktaları tam olarak belirtildiği takdirde yaptırımında bulunabilmektedir.⁵⁵ Delillerin toplanmasına ilişkin masraflar talep edilen tazminat masraflarını aşmamalıdır. Bundan dolayı prensip olarak § 287 II ZPO şahıs zarar görmeleri söz konusu olmaktadır. Fakat pratikte bu sadece küçük zararlarda kullanılmaktadır.⁵⁶

b) Bilirkişi kanıtları

Şahıs hasarlarının tıbbi değerlendirmesine ilişkin - § 287 ZPOs istinası dikkate alınmadığı sürece - tüm durumlarda bilirkişinin fikri alınmaktadır. Hukuk usulü muhakeme kanunlarının pratikte ki kullanımında bazı eksiklikler bulunmaktadır. Bunun ilk başladığı nokta, yani bilirkişinin görevlendirilmesi genelde çok geç gerçekleştirilmektedir.⁵⁷ Mahkemeler genellikle § 144 ZPO nun sunmuş olduğu bilirkişilerin en başta, yani mahkemelerin uzman değerlendirmelerinden itibaren alınabileceklerini unutmaktadırlar. Bunun haricinde bilirkişiler şahitlerin dinlenmesi esnasında çok istisnai olarak dahil edilmektedirler. Halbuki hedef odaklı ifade alımı esnasında uzman kişiler, kişisel zarar görme durumundaki değerlendirmeyi daha iyi gerçekleştirebilmektedir.⁵⁸

Delil kararlarının düzenlenmesinde daha ciddi hata kaynaklarının belirlenmesi gerekmektedir.⁵⁹ Delillere ilişkin sorular nadiren uzman kişiler tarafından etkilenmektedir. Uzman kişiler genellikle kritik bilgi toparlamaktan kaçınmaktadır. Bu-

⁵⁵ Saenger, : Saenger (Fn. 11), § 287, Rn. 16.

⁵⁶ Buna göre BGH NJW 1992, 1043 (1043) gaza bağlı baş ağrısı ve mukoza tahrişi içindir. ZPO § 287 nin yöntem hukukuna göre düzenlemesi ve manevi tazminatın değerlendirilmesi çerçevesinde hâkim takdirine bağlı olarak maddiyat hukuku açısından anlamı, bu karara bağlı olarak neredeyse birbirinden farklılık göstermektedir. Aynı şekilde bu durum BAG WM 1971, 634 (635.) içinde geçerli olup, ancak BAG manevi tazminatın değerlendirilmesini genel olarak gerçek bir hâkimin takdirine bırakmak istemektedir.

⁵⁷ Detaylı olarak Stamm, ZP 2011, 433 (440 ff.).

⁵⁸ öncesinde Stamm, ZP 2011, 433 (446 f.).

⁵⁹ Detaylar için Doukoff, DAR ek 2013, 744 (745).

nun nedeni ise tarafından görevlendirilmiş olduğu mahkemeyi kızdırıp işveren olarak kaybetmek istemeyişidir. Aynı zamanda davacı tarafın avukatının etkileme alanları çok kısıtlı olmaktadır. Buna ek olarak avukatın seçimler ve değerlendirmeler konusunda bilirkişiyeye belirgin bir şekilde müdahale ederek gereksiz yere kızdırmaması gerektiğini bilmesi gerekmektedir.

Sonuç olarak uygulama alanında § 279 III ZPO kanunu değerlendirmenin ardında açıklama yapılması alanında ihmal edilmektedir.⁶⁰ Böylelikle avukatlar mahkemenin kararlarını inceleme imkanı sunmaktadırlar. Bunun nedeni ise dava süreci içerisinde muhtemel düzenlemeler yapılabilmesi içindir. Buna dayalı olarak Hukuk Usul Muhakemelerinde şahsi zarar görme davalarının görülmesinde geniş kapsamlı iyileştirme ihtiyacı duyulmaktadır.

IV. Özet

Şahsi yaralanmalar durumunda Alman Hukuk Usulü Muhakemelerinde hukuki temeller yeterince bulunmaktadır. Bu davanın hazırlanması ve uygulanmasını da kapsamaktadır. Fakat delil toplanmasına ilişkin Hukuk Usulleri Muhakemelerinin imkanları yeterli şekilde kullanılmamaktadır.

⁶⁰ Doukoff, DAR ek 2013, 744 (747).

DIE GELTENDMACHUNG VON PERSONENSCHÄDEN IM DEUTSCHEN ZIVILPROZESS

*Prof. Dr. Jürgen STAMM, Erlangen**

I. Einleitung

Die Geltendmachung von Personenschäden stellt den Kläger im Zivilprozess vor einige verfahrensrechtliche Herausforderungen. Man kann diese in allgemeine, im regulären Verfahrensablauf angelegte, und besondere, d.h. durch die Implikation des zugrunde liegenden Anspruchs ausgelöste Probleme unterteilen. Zu beiden Bereichen soll der vorliegende Beitrag einen Überblick liefern, was die Rahmenbedingungen der deutschen Zivilprozessordnung anbelangt. Der Schwerpunkt liegt im ersten Teil auf den besonderen Problemstellungen, die sich aus der Verbindung zum materiellen Schadensersatzrecht ergeben. Dies knüpft zum einen an das übergreifende Tagungsthema an. Zum anderen stehen die damit zusammenhängenden Überlegungen am Anfang jeder anwaltlichen Beratung. Die im späteren Ablauf des Zivilprozesses zu berücksichtigenden Facetten der Geltendmachung von Personenschäden sind Gegenstand des zweiten Teils dieses Vortrags.

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht, Insolvenzrecht und Freiwillige Gerichtsbarkeit an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

II. Fragestellungen im Vorfeld der Klageerhebung

Im Vorfeld der Klageerhebung sind es im Wesentlichen zwei Klippen, die es bei der Geltendmachung von Personenschäden zu meistern gilt. Beide sind dadurch gekennzeichnet, dass eine Abweichung vom Regelfall der (bezahlten) Leistungsklage vorliegt. So besteht in tatsächlicher Hinsicht sehr häufig das Problem, dass künftige Folgeschäden nicht absehbar sind. Zu denken ist an medizinische Spätfolgen wie beispielsweise eine Arthrose infolge eines Knochenbruchs. In rechtlicher Sicht besteht des Weiteren bei immateriellen Schäden in Form eines Schmerzensgeldes die Schwierigkeit, dass dessen Bemessung in das Ermessen des Richters gestellt ist. Hier ist es dem Kläger mit Blick auf das Kostenrisiko kaum zuzumuten, im Vorfeld eine gleichsam verbindliche Bezifferung der Leistungsklage vorzunehmen. Beide Problembereiche, die Folgeschäden und der Schmerzensgeldanspruch, sollen im Folgenden näher beleuchtet werden.

1. Das Problem ungewisser Folgeschäden

Die Ungewissheit künftig eintretender Folgeschäden hindert den Gläubiger nicht daran, die bereits eingetretenen Schäden im Wege einer Leistungsklage geltend zu machen. Die Rechtskraft des daraus resultierenden Urteils ist, was die materiellen Schadenspositionen anbelangt,¹ auf den geltend gemachten gegenwärtigen Schaden begrenzt. Die Geltendmachung künftiger materieller Folgeschäden wird also nicht abgeschnitten. Der Rechtskraft unterworfen ist allein der Streitgegenstand, der sich nach der herrschenden Theorie vom prozessual zweigliedrigen Streitgegenstands begriff aus An-

¹ Zur Rechtskrafterstreckung bei immateriellen Folgeschäden s. später unter II 3 b gesondert.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

trag und Lebenssachverhalt zusammensetzt² und demzufolge auf den bezifferten Leistungsantrag beschränkt ist.

Für den Gläubiger stellt sich in Bezug auf Folgeschäden allerdings das Problem der drohenden Verjährung. Anknüpfungspunkt ist ein materiellrechtlicher, da die Verjährung in Deutschland im materiellen Zivilrecht und nicht im Verfahrensrecht geregelt ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch geht insofern von einem subjektiven Verjährungssystem aus. Das heißt, dass die Regelverjährung von drei Jahren, § 195 BGB, mit dem Schluss des Jahres zu laufen beginnt, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger von den den Anspruch begründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste, § 199 I BGB. Gedeckelt ist diese an die Entstehung des Anspruchs und die Kenntnis des Gläubigers anknüpfende Regelverjährung durch eine Höchstfrist, die sich für Personenschäden gemäß § 199 II BGB auf 30 Jahre bemisst. Diese Verjährungsfrist beginnt kenntnisunabhängig von der Begehung der Verletzung an zu laufen. Selbst wenn man daher die Ansicht vertreten wollte, dass der Anspruch auf Schadensersatz für Folgeschäden erst mit deren Eintritt und nicht bereits mit Entstehung des den anfänglichen Schaden auslösenden Anspruchs entsteht,³ stellt

² BGH NJW 2014, 314 (315); NJW 2010, 2210 (2211); NJW 2004, 1252 (1253); NJW 2002, 3465 (3466); NJW 2000, 1958 (1958); NJW 1992, 1172 (1173); Grunsky, Zivilprozessrecht, 13. Aufl., 2008, Rn. 116; Jauernig/Hess, Zivilprozessrecht, 30. Aufl., 2011, § 37 IV, VI; Lüke, JZ 1960, 203 (204); Musielak, in: Musielak, ZPO, 11. Aufl., 2014, Einleitung, Rn. 74; Musielak, NJW 2000, 3593 (3593 ff.); Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., 2010, § 92 IV, Rn. 23 f.; Schilken, Zivilprozessrecht, 7. Aufl., 2014, Rn. 227, 229 ff.; Zeiss/Schreiber, Zivilprozessrecht, 12. Aufl., 2014, Rn. 307 ff., 311.

³ So aber für vorhersehbare Folgeschäden gestützt auf den Grundsatz der Schadenseinheit BGHZ 50, 21 (24); 119, 69 (71), zum Verjährungsbeginn nach § 68 StBerG, und BGH NJW 1998, 1488 (1489), ebenso zum Verjährungsbeginn nach § 68 StBerG, sowie BGH NJW 2000, 861 (862), noch zu § 852 BGB a.F., was jedoch auch für 199 n.F gilt: BGH, Urteil vom 24.10.2013 - III ZR 82/11, BeckRS 2013, 20079; OLG Köln, Urteil vom 14.05.2013 - 24 U 145/12 BeckRS 2014, 13026. Ebenso im Schrifttum El-

sich für den Gläubiger jedenfalls mit Ablauf der 30-jährigen Höchstfrist ein Verjährungsproblem.⁴ Dieses Verjährungsproblem ist nur verfahrensrechtlich zu lösen, gibt der Schuldner nicht freiwillig eine Verjährungsverzichtserklärung ab.

Die Hemmung der Verjährung setzt im Regelfall eine Klageerhebung voraus, § 204 I Nr. 1 BGB. Die Klageerhebung ihrerseits bedingt gemäß § 253 II Nr. 2 ZPO die Angabe des Lebenssachverhaltes und einen bestimmten Antrag, mithin also die Bezeichnung des Streitgegenstands. Bei ungewissem Eintritt von Folgeschaden lässt sich ein Leistungsantrag hingegen nicht beziffern, weshalb der Gläubiger bzw. dessen beratender Rechtsanwalt nach einem anderen Lösungsweg suchen muss. Im Allgemeinen bieten sich hier gemäß der Systematik der Zivilprozessordnung verschiedene Rechtsinstitute an.

a) Die Teilklage

Der Gläubiger wird in der Regel eine Teilklage über die bereits eingetretenen und bezifferbaren Schäden erheben, um einen raschen Schadensausgleich zu realisieren und damit das ihn, den Gläubiger, treffende Insolvenzrisiko des Schuldners zu minimieren.⁵ Darüber hinaus ermöglicht die rasche Klage eine ausreichende Beweissicherung. Verjährungsrechtlich geht

lenberger, in: Palandt, 74. Aufl., 2015, § 199, Rn. 14; J. Schmidt-Räntsch, in: Erman, 14. Aufl., 2014, § 199, Rn. 9, sowie Terbille, VersR 2005, 37 (41). Ablehnend im Sinne des Schutzes des Gläubigers Peters/Jacoby, in: Staudinger, § 199, Rn. 47 ff., und Mansel/Stürner, in: NK, § 199, Rn. 25, wonach die Kenntnis nur auf Tatsachen der Gegenwart oder Vergangenheit bezogen werden kann.

⁴ Zwar kann auch die Höchstfrist noch gehemmt werden (so Ellenberger, in: Palandt (Fn. 4), § 199, Rn. 42; Grothe, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2012, § 199, Rn. 45; Schmidt-Räntsch, in: Erman (Fn. 4), § 199, Rn. 32, und Fischinger, VersR 2006, 1475 ff., jedoch nützt dies bezüglich materieller Folgeschäden nichts. Denn die Erhebung einer bezifferten Schadensersatzklage gem. § 204 I Nr. 1 BGB hemmt die Verjährung für Schadensersatzansprüche bezüglich voraussehbarer materieller Folgeschäden nicht. Die einheitliche Verjährung in Fällen sog. Schadensseinheit ändert nichts daran, dass sich der Umfang der Hemmung durch Leistungsklage allein danach bemisst, was den nach prozessualen Kriterien zu ermittelnden Streitgegenstand ausmacht.

⁵ Der direkte Haftungsdurchgriff auf Versicherer als Leistungsträger soll hier unberücksichtigt bleiben.

sie hingegen für materielle Folgeschäden ins Leere. Die eingeschränkte Verjährungshemmung ist Kehrseite der auf den Leistungsantrag beschränkten Rechtshängigkeit und späteren Rechtskraft. Selbst eine Klageabweisung der Teilklage bewirkt umgekehrt keine Rechtskrafterstreckung zu Lasten des Klägers.⁶ Das System bleibt sich also wechselseitig treu!

Die Teilklage hilft dem Kläger also in Bezug auf Folgeschäden nicht weiter. Dem Kläger einer Teilklage bleibt daher nur die Möglichkeit, den Klageantrag im laufenden Prozess zu erweitern, soweit Folgeschäden noch in diesem Verfahrensstadium eintreten. Für erst später eintretende Folgeschäden ist hingegen eine Klageart zu wählen, die ohne Bezifferung des Klageantrags auskommt. In der Systematik der §§ 253 ff. ZPO ist dabei zunächst an den Typus der Stufenklage gemäß § 254 ZPO zu denken.

b) Die Stufenklage

§ 254 ZPO befreit den Kläger von der Notwendigkeit der Bezifferung des Leistungsantrags. Die Vorschrift stellt eine Ausnahme vom Bestimmtheitsgebot dar, indem die Bezifferung vorbehalten werden kann.⁷ Der daraus resultierende Vorteil liegt in der anfänglichen Verjährungshemmung sowie der Prozessökonomie in Bezug auf die zugrunde liegende Klagen-

⁶ So sieht es jedenfalls die ganz herrschende Meinung für die offene Teilklage BGHZ 93, 330 (334); Vollkommer, in: Zöller, 29. Auflage, 2012, Vor § 322, Rn. 47; Reichold, in: Thomas/Putzo, 34. Aufl., 2013, § 322, Rn. 26; a. M. hingegen Musielak, in: Musielak (Fn. 3), § 322, Rn. 71 ff. Für die verdeckte Teilklage tendierte BGHZ 34, 337 (340 ff.), noch für eine Rechtskrafterstreckung, wohingegen die neuere Rechtsprechung und h. L. für eine Gleichbehandlung mit der offenen Teilklage votiert: BGH NJW 1997, 1990 (1990 f.); BGH NJW 1997, 3019 (3020); Reichold, in: Thomas/Putzo (Fn. 7), § 322, Rn. 23; Vollkommer, in: Zöller (Fn. 7), Vor § 322, Rn. 48; Gottwald, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, 2013, § 322, Rn. 131. Bezweckt der Kläger eine weitergehende Rechtskrafterstreckung, beispielsweise für die Frage der Haftung des Beklagten dem Grunde nach aus Vertrag oder Delikt, hat er die Möglichkeit der Zwischenfeststellungsklage gemäß § 256 II ZPO, soweit er nicht ohnehin eine über den Leistungsantrag hinausgehende Feststellungsklage gemäß § 256 I ZPO erhebt, s. dazu nachfolgend unter d).

⁷ Roth, in: Stein/Jonas, 22. Aufl., 2008, § 254, Rn. 1.

häufung.⁸ Hier liegt jedoch zugleich das Problem, da § 254 ZPO an einen vorlaufenden Auskunfts- oder Herausgabeanspruch anknüpft. Der Gläubiger muss auf dessen Erfüllung angewiesen sein, um die Leistungsklage beziffern zu können,⁹ weshalb dem Schuldner umgekehrt die anfänglich unbezifferte Leistungsklage zuzumuten ist. Diese Voraussetzungen sind jedoch weder in der Konstellation ungewisser Folgeschäden noch in der Konstellation des schwerlich zu beziffernden Schmerzensgeldes gegeben. Beide Male liegt der Grund für die Schwierigkeiten bei der Bezifferung außerhalb der Sphäre des Schuldners. Die Stufenklage bietet daher für die Schwierigkeiten, die bei der Geltendmachung von Personenschäden auftreten, keine Handhabe.

c) Klage auf künftige Leistung

Die Zivilprozessordnung sieht des Weiteren die Möglichkeit einer Klage auf künftige Zahlung oder Leistung gemäß §§ 257 bis 259 ZPO vor. Ausgangspunkt ist die Besorgnis, dass der Schuldner sich der Leistung entziehen würde, wenn die Klage erst zum regulären Zeitpunkt, vorliegend also mit der Entstehung des Folgeschadens, erhoben werden könnte.¹⁰ Dieser Gesetzeszweck, wie er in der Auffangregelung des § 259 ZPO deutlich zum Ausdruck kommt, ließe sich bei Personenschäden aus einer drohenden Insolvenz des Schuldners herleiten.¹¹ Entscheidend ist jedoch, dass die Klage auf künftige Leistung deren Bezifferung bei Klageerhebung nicht entbehrlich macht. Es geht allein um die Befreiung vom Erfordernis der Fälligkeit der Leistung bei Klageerhebung.¹² Der Anspruch

⁸ Foerste, in: Musielak (Fn. 3), § 254, Rn. 1.

⁹ Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Fn. 7), § 254, Rn. 6, und Greger, in: Zöllner (Fn. 7), § 254, Rn. 2.

¹⁰ Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Fn. 7), § 257, Rn. 1 ff.; Saenger, in: Saenger, ZPO, 6. Auflage, 2015, § 257, Rn. 1.

¹¹ Zu den Versicherern s. bereits Anmerkung in Fn. 6.

¹² BGH NJW 1965, 440 (441) = BGHZ 43, 28 (31); BGH NJW 1983, 2197 (2197), sowie Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Fn. 7), § 259, Rn. 4.

muss hingegen bereits entstanden und auch der Höhe nach bezifferbar sein. Dies ist in den beiden Problemkonstellationen der Personenschäden im Zivilprozess aber nicht der Fall, weshalb auch dieses Prozessrechtsinstitut nicht weiterhilft.¹³

d) Feststellungsklage

In der Konsequenz der bisherigen Überlegungen bleibt dem Gläubiger nur der Wechsel der Klageart von der Leistungsklage zur Feststellungsklage, deren Voraussetzungen in § 256 I ZPO umrissen sind. Danach kann auf Feststellung des Bestehens eines Rechtsverhältnisses Klage erhoben werden, wenn der Kläger ein Interesse daran hat, dass das Rechtsverhältnis durch richterliche Entscheidung alsbald festgestellt werde.

Das gegenwärtige Rechtsverhältnis beruht in der Konstellation der Personenschäden auf dem Schadensersatzanspruch, der vertraglich und/oder deliktsrechtlich ausgelöst ist. In Abgrenzung zur Leistungsklage bedarf es darüber hinaus eines Feststellungsinteresses. Dem Kläger muss ein rechtlicher Nachteil drohen und das Urteil muss geeignet sein, diese Gefahr zu beseitigen.¹⁴ Es genügt insoweit bei der positiven Feststellungsklage, dass der Beklagte den Anspruch bestreitet. Darüber hinaus stellt sich aber das Problem, dass das Feststellungsurteil nicht vollstreckbar ist und demzufolge die Leistungsklage prinzipiell Vorrang hat. Man spricht von der Subsidiarität der Feststellungsklage.¹⁵ Hier schließt sich der Kreis der Überlegungen, indem nämlich die Leistungsklage erst mit Entstehung der Folgeschäden erhoben werden kann. Bei zwischenzeitlicher Verjährung droht damit die Rechtsvereitelung, weshalb

¹³ Seine Anwendung beschränkt sich für die Geltendmachung von Personenschäden gemäß § 258 ZPO auf Geldrenten bei Körperverletzung und Tötung (Roth, in: Stein/Joans (Fn. 8), § 258, Rn. 5), deren wiederkehrende Leistungen auch bereits für die Zukunft geltend gemacht werden können, was jedoch für die hier zu behandelnden Probleme der mangelnden Bezifferbarkeit nicht relevant ist.

¹⁴ So die ständige Rechtsprechung des BGH, beispielsweise in BGH NZM 2010, 237 (237).

¹⁵ Saenger, in: Saenger (Fn. 11), § 256, Rn.1.

das Prinzip der Subsidiarität der Feststellungsklage an dieser Stelle durchbrochen ist. Dies betrifft auch die einleitend angesprochene Teilleistungsklage, weil sie keine Auswirkungen auf Folgeschäden zeitigt. Sie genießt daher ebenfalls keinen Vorrang gegenüber der Feststellungsklage und es besteht auch keine Verpflichtung zur Erhebung der Teilleistungsklage.¹⁶ Der Kläger könnte sich daher auf eine Feststellungsklage beschränken, was allerdings wegen der dann gänzlich fehlenden Titulierung kaum sinnvoll ist.

Im Ergebnis begründen die drohende Verjährung des Schadensersatzanspruchs für Folgeschäden und deren mangelnde Bezifferbarkeit das rechtliche Interesse für eine Feststellungsklage. Die Rechtsprechung verlangt insoweit, dass mit dem Eintritt weiterer Schäden zu rechnen sein muss, die letztlich aber noch nicht absehbar sind.¹⁷ Aus Sicht des Geschädigten muss bei verständiger Würdigung Anlass bestehen, mit dem Eintritt eines weiteren Schadens wenigstens zu rechnen.¹⁸ Es fehlt insoweit bislang eine ausreichende Rückkopplung an die Anforderungen für den Beginn der Verjährung. Im Kern geht es um die materiellrechtlich in § 199 I BGB verankerte Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis des Gläubigers vom Anspruch auf Schadensersatz – vorliegend für Folgeschäden –, die Auslöser der Verjährung und damit des Feststellungsinteresses sind. Eine eigenständige Definition des Feststellungsinteresses erübrigt sich daher an dieser Stelle.¹⁹

Die prozessökonomische Verbindung der Feststellungsklage mit der Leistungsteilklage gebietet es schließlich, dass

¹⁶ Bussmann, MDR 2007, 446 (446).

¹⁷ o BGH NJW 2001, 3414 (3415); NJW 2004, 1243 (1244).

¹⁸ So BGH NJW 2001, 3414 (3415); NJW 2004, 1243 (1244). Näher zum Feststellungsinteresse Bussmann, MDR 2007, 446 (446).

¹⁹ So andeutungsweise auch Greger, in: Zöller (Fn. 7), § 256, Rn. 9 („Feststellungsinteresse besteht stets zum Zwecke der Hemmung der Verjährung“); Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Fn. 7), § 256, Rn. 40 („Die drohende Verjährung rechtfertigt das Feststellungsinteresse auch ohne Bestreiten durch den Beklagten (§ 204 Abs. 1 BGB)“), und Gerlach, VersR 2000, 525 (531): „Ein rechtliches Interesse besteht stets dann, wenn es dem Kläger darum geht, der drohenden Verjährung zu begegnen.“

das Feststellungsinteresse nicht erst kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist zu bejahen ist.²⁰ Dem Kläger ist ein Zuwarten nicht zuzumuten, sondern eine anfängliche Verknüpfung des Feststellungsantrags mit der Leistungsteilklage im Wege der Klagenhäufung, § 260 ZPO, zu gestatten. Letztendlich sind damit nicht nur vorhersehbare, sondern auch unvorhersehbare Folgeschäden umfasst, da die verjährungshemmende Wirkung der Feststellungsklage uneingeschränkt zur Geltung gelangt.

2. Das Problem der Bezifferung des Schmerzensgeldes

Der Schadensersatz für die Verletzung des Körpers und der Gesundheit, der nicht Vermögensschaden ist, kann gemäß § 253 II BGB durch eine „billige Entschädigung“ in Geld erfolgen. Die Bemessung dieses sogenannten Schmerzensgeldes liegt im Ermessen des Gerichts und bemisst sich nach vielfältigen Kriterien in der Chronologie des Verletzungstatbestandes, von der Vorgeschichte über den Hergang der Verletzung bis hin zum Nachtatverhalten des Schädigers.²¹ Der Kläger kann demzufolge kaum eine sichere Prognose über die Höhe des Schmerzensgeldes treffen, auch wenn umfangreiche Schmerzensgeldtabellen zur Verfügung stehen.²²

Im Angesicht des § 253 II Nr. 2 ZPO, der eine Bezifferung des Klageantrags verlangt, steht der Geschädigte damit vor einem ernstem Dilemma. Verlangt er zu wenig Schmerzensgeld, wird ihm auch nur dieses zugesprochen. Verlangt er zu viel, droht ihm die Prozesskostenlast hinsichtlich des klage-

²⁰ Ohne dies gesondert zu problematisieren wird im Allgemeinen empfohlen, mit der Leistungsklage eine Feststellungsklage zu erheben, so etwa Slizyk, Systematische Kommentierung des Schmerzensgeldrechts, 10. Auflage, 2014, Rn. 394: „Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist jedem Klägervorteiler dringend anzuraten, in allen Fällen nicht hundertprozentig auszuschließenden Spätschäden stets neben der Leistungsklage auch eine entsprechende Feststellungsklage anhängig zu machen.“

²¹ Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 5), § 253, Rn. 36 ff.

²² Mertins, VersR 2006, 47 (50), verweist hinsichtlich der Art der Verletzung auf Jaeger/Luckey, Schmerzensgeld (aktuell 7. Aufl., 2014), und hinsichtlich der Höhe auf Hacks/Ring/Böhm, Schmerzensgeldbeträge (aktuell 26. Aufl., 2008).

abweisenden Teils, was bei wirtschaftlicher Betrachtung den erzielten Schmerzensgeldbetrag empfindlich schmälern, ja sogar aufzehren kann.²³

a) Verzicht auf das Erfordernis der Antragsbezifferung

Zur Lösung des Problems der mangelnden Bezifferbarkeit des Schmerzensgeldes bietet die Zivilprozessordnung keine tauglichen Lösungskonzepte. Insbesondere die Stufenklage und die Klage auf künftige Leistung helfen nicht weiter.²⁴ Die Rechtsprechung ist daher im Wege der Rechtsfortbildung tätig geworden. Schon das Reichsgericht hat eine ungeschriebene Ausnahme vom Erfordernis der Bezifferung des Klageantrags postuliert.²⁵ Inhaltlich und methodisch geht es um eine teleologische Reduktion des § 253 II Nr. 2 ZPO, die sich aus der Interessenlage, insbesondere dem unzumutbaren Kostenrisiko für den Kläger, rechtfertigt.²⁶ Der Streitgegenstand wird parallel auf die Unterbreitung des zur Bemessung des Schmerzensgeldes erforderlichen Sachvortrags reduziert.

b) Bandbreitenlösung

Infolge der Entbehrlichkeit des bezifferten Klageantrags droht das Pendel der Kostenlast einseitig zu Lasten des Beklagten auszuschwingen. Die Verurteilung zu einem auch noch so gering ausfallenden Schmerzensgeld ließe den Beklagten infolge des Prozessverlustes sämtliche Kosten des Rechtsstreits tragen, § 91 I 1 ZPO. Zum Schutz des Beklagten ist die Rechtsprechung daher dazu übergegangen, dass der Kläger im Rahmen der Sachverhaltsdarlegung die ungefähre Größenordnung des von ihm geltend gemachten Schmerzensgeldes beziffern

²³ Anschaulich dazu Mertins, VersR 2006, 47 (47).

²⁴ S. o. II 1 b) und c).

²⁵ Vereinigte Zivilsenate des Reichsgerichts, RGZ 21, 382 (387). Ebenso die daran anschließende Rechtsprechung des BGH, BGHZ 4, 139 (142).

²⁶ Ohne methodischen Bezug zur teleologischen Reduktion, aber ebenso zur Kostenlast argumentiert Husmann, VersR 1985, 715 (715 f., 718 f.). Roth, in: Stein/Jonas (Fn. 8), § 253, Rn. 46, sieht den unbezifferten Klageantrag im Weiteren als prozessrechtliche Entsprechung zu § 253 II BGB.

muss.²⁷ Bewegt sich die Verurteilung in einer Bandbreite von 20 % unter- oder oberhalb dieser Größenordnung, so ist dieses Risiko kostenmäßig dem Beklagten anzulasten. Unterschreitet das Gericht hingegen den aufgezeigten Korridor und bleibt unterhalb des vom Kläger vorgegebenen Mindestbetrages, wird die Klage insoweit kostenpflichtig abgewiesen.²⁸

c) Kollision mit der Dispositionsmaxime bei Überschreitung

Unterschiedlich beurteilt wird die Frage, wie zu verfahren ist, wenn das Gericht dem Kläger ein Schmerzensgeld oberhalb der vorgegebenen Bandbreite zusprechen möchte. Dies widerspricht der Dispositionsmaxime gemäß § 308 I ZPO, wonach das Gericht dem Kläger nicht etwas anderes oder mehr zusprechen darf, als dieser beantragt hat. Getragen wird dies vom zivilrechtlichen Prinzip der Privatautonomie. Es ist Angelegenheit des Klägers und nicht des Gerichts, den von ihm geltend gemachten Anspruch zu beziffern.

Der BGH sieht die Dispositionsmaxime hingegen nicht tangiert, da beim unbezifferten Klageantrag allein der Lebenssachverhalt für die Bestimmung des Streitgegenstandes maßgeblich sein soll. Mangels Klageantrages liege kein Verstoß gegen § 308 I ZPO vor.²⁹ Der Beklagte sei dadurch nicht

²⁷ BGH VersR 1974, 1182 (1183); BGH NJW 1982, 340 (340 f.); BGH VersR 1983, 151 (151); VersR 1983, 1160 (1161), sowie BGH VersR 1984, 538 (540).

²⁸ Das Gericht kann dem Beklagten jedoch weitergehend gemäß § 92 II Nr. 2 ZPO die gesamten Prozesskosten auferlegen. Die Vorschrift knüpft ebenfalls an die Festsetzung der Klageforderung durch richterliches Ermessen an. Insoweit wird die Vorschrift erweiternd zu Gunsten des Klägers herangezogen, wenn ihm verständliche Schätzfehler bei der Bemessung der Größenordnung des Schmerzensgeldes unterlaufen sind, so Mertins, VersR 2006, 47 (49 ff.). Vom Standpunkt des Autors läge es hingegen näher, mithilfe von § 92 II Nr. 2 ZPO zum Erfordernis des bezifferten Klageantrages zurückzukehren, anstatt die Vorschrift kumulativ zur bestehenden Rechtsprechung heranzuziehen, so auch schon Greger, in: Zöllner (Fn. 7), § 253, Rn. 14 a, und Becker-Eberhard, in: Münchener Kommentar zur ZPO (Fn. 7), § 253, Rn. 128 m.w.N. Ablehnend hingegen Husmann, NJW 1989, 3126 (3129), da § 92 II ZPO lediglich eine Ermessensvorschrift sei, die keine dem unbezifferten Antrag vergleichbare Vermeidung des Kostenrisikos ermögliche.

²⁹ BGH NJW 1996, 2425 (2427). Ebenso Terbille, VersR 2005, 37 (42).

unangemessen benachteiligt, da er sich durch eine vorzeitige Streitwertfestsetzung über sein Verurteilungsrisiko unterrichten könne.³⁰ Diese Argumentation entspricht jedoch nur bedingt den tatsächlichen Gegebenheiten. Das Gericht nimmt im Rahmen der anfänglichen Streitwertfestsetzung typischerweise keine eigene Bewertung vor, sondern richtet den vorläufigen Streitwert schlicht an dem Klageantrag aus.³¹ Die Interessen des Beklagten sind daher auf anderem Wege zu schützen.

d) Begrenzung auf die Benennung des Mindestbetrages

Der Gläubiger ist mit Blick auf die vorskizzierte Rechtsprechung im Rahmen der Klageerhebung nur noch gehalten, den Mindestbetrag, nicht mehr den Höchstbetrag des von ihm geltend gemachten Schmerzensgeldes anzugeben.³² Das Gericht kann von sich aus den Mindestbetrag überschreiten, ohne an einen Höchstbetrag gebunden zu sein, was den Kläger von dem Risiko befreit, den Schmerzensgeldbetrag zu gering zu bemessen. Demzufolge könnte der Kläger auf den Gedanken verfallen, den Mindestbetrag des Schmerzensgeldes künstlich herabzusetzen, um das ihm verbleibende Kostenrisiko bei einer Teilabweisung der Klage auszuschließen.

aa) Schutz des Beklagten im Wege mangelnder Beschwer des Klägers

Ein Anreiz zur vorsorglichen Reduzierung des in der Klage zu benennenden Mindestbetrags für das Schmerzensgeld besteht bei verständiger Würdigung der Rechtslage hingegen nicht, da den Gläubiger gleich zwei Risiken treffen würden, die ihn von einer derartigen Vorgehensweise abhalten werden. Zum einen ist es rein psychologisch und auch rechtstatsächlich nicht zu leugnen, dass das Gericht in den seltensten Fällen von

³⁰ BGH NJW 1996, 2425 (2427).

³¹ Ebenso Lemcke, r+s 1996, 306 (306 f.), und Mertins, VersR 2006, 47 (48).

³² Michel/von der Seipen, Der Schriftsatz des Anwalts im Zivilprozess, 6. Auflage, 2004, S. 97; Luckey, Personenschaden, 1. Auflage, 2013, S. 496; Breucker, Anwaltsstrategien im Zivilprozess, 1. Auflage, 2006, S. 79.

sich aus über das Maß des vom Kläger begehrten Schmerzensgeldes hinausgehen wird.³³ Ausnahmen bestätigen insofern die gegenläufige Regel, was nur zu begrüßen ist, da sich die Dispositionsmaxime auf diesem Wege zumindest de facto Gehör verschafft.

Zum anderen fällt der Bumerang der Risikominimierung spätestens im Rechtsmittelverfahren auf den Kläger zurück. Unterschreitet das Gericht im Urteil nämlich nicht den vom Kläger benannten Mindestbetrag, so fehlt dem Kläger für ein dagegen gerichtetes Rechtsmittel die Beschwer.³⁴ Es mag im Verhältnis zu der Rechtsprechung zu § 308 I ZPO als inkonsequent erscheinen, aber an dieser Stelle hebt die Rechtsprechung auf den in der Klageschrift benannten Mindestbetrag ab, auch wenn ein bezifferter Klageantrag nicht verlangt wird.

Vor diesem Hintergrund bleibt dem Kläger bei zu niedrig bemessenem Mindestbetrag des Schmerzensgeldes allein die Möglichkeit, noch im laufenden Rechtsstreit den Mindestbetrag zu erhöhen. Mangels Änderung des Streitgegenstandes unterliegt eine solche Erhöhung nicht den Anforderungen der Klageänderung, wobei sich deren Voraussetzungen gemäß den §§ 263 ff. ZPO ohnehin unproblematisch bejahen ließen.³⁵ Ein derartiges Taktieren würde aber voraussetzen, dass der Kläger schon vor Schluss der mündlichen Verhandlung ausreichende Anhaltspunkte dafür gewinnt, dass das Gericht das Schmerzensgeld höher bemessen könnte. Zudem bleibt zu berücksichtigen, dass die Gerichte – wie bereits angesprochen – selten eine Neigung empfinden werden, über das Maß des vom Kläger begehrten Schmerzensgeldes hinauszugehen. Im

³³ Ebenso in der Bewertung Mertins, VersR 2006, 47 (47), und Gerstenberg, NJW 1988, 1352 (1352), der aufzeigt, dass die Gerichte in den meisten Fällen Schmerzensgeldbeträge (teilweise erheblich) unterhalb der klägerischen Größenangabe ausurteilen.

³⁴ BGHZ 140, 335 (340) = NJW 1999, 1339 (1340). Ebenso Terbille, VersR 2005, 37 (42).

³⁵ Die Erweiterung des Klageantrages gilt gemäß § 264 Nr. 2 ZPO schon nicht als Klageänderung, was dann erst recht für eine Erhöhung des Mindestbetrages gilt. Ebenso Mertins, VersR 2006, 47 (48), zur nachträglichen Bezifferung.

Ergebnis erscheint der Beklagte daher durch den Verzicht des BGH auf das Erfordernis der Benennung eines Höchstbetrags nicht unangemessen benachteiligt. Gegenläufige Verhaltensreize für den Kläger sind nicht festzustellen.

bb) Umfassende Verjährungshemmung versus umfassende Rechtskrafteinstreckung

Dem Gläubiger ist bei Verurteilung des Beklagten in Höhe des bezifferten Mindestbetrages nicht nur ein späteres Rechtsmittel abgeschnitten, sondern auch eine weitere Klageerhebung. Dies hängt auch an dieser Stelle damit zusammen, dass der BGH zur Bestimmung des Streitgegenstandes allein auf den zugrunde liegenden Sachverhalt abstellt. Für den Gläubiger hat dies neben dem Verzicht auf einen bezifferten Klageantrag zunächst den weiteren Vorteil, dass eine umfassende Verjährungshemmung eintritt.³⁶ Noch im Rechtsmittelverfahren, sofern dieses beispielsweise durch eine erstinstanzliche Klageabweisung eröffnet ist, kann das Gericht von sich aus die Bemessung des Schmerzensgeldes erhöhen, auch wenn die reguläre Verjährungsfrist bereits abgelaufen ist.³⁷ Diese umfassende Hemmung der Verjährung wäre im Rahmen eines bezifferten Klageantrages nicht möglich, da es sich dann für den überschießenden Bereich um einen gesonderten Streitgegenstand handeln würde, dessen Verjährung mangels eigenständiger Klageerhebung nicht gehemmt wäre. Kehrseite der Medaille ist jedoch, dass auch die Rechtskraft eine umfassende Wirkung hat.³⁸ Ein „Nachlegen“ ist folglich bei der Schmerzensgeldforderung ausgeschlossen.

Eine abweichende Bewertung ließe sich allein durch die gleichzeitige Benennung einer Obergrenze des Schmerzensgel-

³⁶ BGH NJW 1974, 1551 (1551) = BGH ZZZ 1989, 199, sowie BGHZ 103, 298 (301 f.) = NJW 1988, 1380 (1381); Teichmann, in: Jauernig, 15. Auflage, 2014, § 253, Rn. 6; Spindler, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand 1.11.2013, § 253, Rn. 76.

³⁷ So BGH NJW 2002, 3769 (3769 f.).

³⁸ Busmann, MDR 2007, 446 (447).

des realisieren. Dadurch würde der Gläubiger den Streitgegenstand begrenzen. Ein solches Vorgehen ist jedoch angesichts der damit einhergehenden Begrenzung des Gerichts und dem sich umgekehrt neu eröffnenden Verjährungsproblem für eine überschießende Forderung in der Praxis nicht zu empfehlen. Das Modell einer derart kostenschonenden Teilklage wäre hingegen durchaus vorstellbar.

e) Schutz des Beklagten im Rahmen seiner Verteidigung

Gewährt man dem Kläger die verfahrensrechtliche Erleichterung, das Schmerzensgeld nicht beziffern zu müssen, so verlangt dies einen korrespondierenden Schutz des Beklagten im Rahmen seiner Verteidigung. Der Beklagte behält die Möglichkeit des bezifferten (Teil-)Anerkenntnisses. Der Kläger muss sich bei Einhaltung des Mindestbetrages – anderenfalls liegt nur ein Teilanerkennnis vor – dazu erklären, ob er eine weitergehende Forderung geltend machen will.³⁹

Entsprechend kann der Beklagte auch aufrechnen und in Höhe des das Schmerzensgeld übersteigenden Betrages die Widerklage erheben. Aufgrund der Ungewissheit über die abschließende Bezifferung des Schmerzensgeldes durch das Gericht handelt es sich um eine bedingte Widerklage.⁴⁰

f) Ergebnis

Es ist festzustellen, dass das Problem der mangelnden Bezifferbarkeit des Schmerzensgeldes durch den Verzicht auf einen bezifferten Klageantrag sachgerecht unter Abwägung der kollidierenden Interessen von Kläger und Beklagtem gelöst ist. Dabei sind allerdings die unterschiedlichen verfahrensrechtlichen Auswirkungen, insbesondere die Hemmung der Verjährung und der Umfang der Rechtskraft, stets sorgfältig im Blick zu bewahren.

³⁹ So schon Mertins, VersR 2006, 47 (48 f.).

⁴⁰ Ebenso schon Mertins, VersR 2006, 47 (49).

3. Die Problematik der Folgeschäden und daraus resultierender Schmerzensgeldansprüche

Eine gesonderte Problematik bildet die Kombination aus Folgeschäden und daraus resultierendem erhöhten Schmerzensgeld.

a) Keine Rechtskrafterstreckung bezüglich unvorhersehbarer Folgeschäden

Handelt es sich um unvorhersehbare Folgeschäden, so besteht Einvernehmen, dass der Gläubiger das zusätzlich anfallende Schmerzensgeld gesondert geltend machen kann.⁴¹ Die Rechtskraft aus dem Vorprozess steht dem nicht entgegen. Für diese Begrenzung lassen sich die zeitlichen Grenzen der Rechtskraft anführen, die nicht über die letzte mündliche Verhandlung hinausgehen.⁴² Dabei sollte hinsichtlich der Frage der Vorhersehbarkeit auch an dieser Stelle auf die Verjährungskriterien des § 199 I BGB zurückgegriffen werden.⁴³

b) Vorhersehbare Folgewirkungen und Rechtskrafterstreckung

Komplexer gestaltet sich die rechtliche Bewertung, wenn die Folgeschäden vorhersehbar gewesen sind. Es macht sich hier beim immateriellen Schadensersatz der Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldanspruchs bemerkbar. Dies bedeutet, dass bei der Bemessung des Schmerzensgeldes prinzipiell auch erst künftig zu erwartende Beeinträchtigungen zu berücksichtigen sind.⁴⁴ Es erfolgt dann ein Risikozuschlag,

⁴¹ BGH NJW 2001, 3414 (3415); NJW 2004, 1243 (1244). Ebenso Terbille, VersR 2005, 37 (38).

⁴² Dies ergibt sich allein schon aus § 767 II ZPO, der für die Konstellation der materiellrechtlichen Einwendungen gegen die titulierte Forderung auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung abstellt.

⁴³ Anders BGH NJW 2001, 3414 (3414 f.); 2004, 1243 (1244), der vermeintlich eigenständige Kriterien benennt und damit eine unnötige Rechtsunsicherheit sowie auch Rechtsschutzlücken heraufbeschwört, soweit die Kriterien im Einzelfall von § 199 I BGB divergieren.

⁴⁴ BGHZ (GS) 18, 149 (167); BGH NJW 1955, 1675 (1677); 2001, 3414 (3414 f.),

dessen Höhe sich nach der Wahrscheinlichkeit des zukünftigen Eintritts des Folgeschadens bemisst.⁴⁵ Kehrseite der Medaille ist wiederum die Rechtskrafterstreckung. Verwirklicht sich das Risiko daher später tatsächlich, so kann der Kläger keinen „Nachschlag“ mehr geltend machen.⁴⁶

c) Schmerzensgeldteilklage zur Begrenzung der Rechtskraft bei vorhersehbaren Folgewirkungen

Will der Kläger das Risiko der Rechtskrafterstreckung nicht eingehen, so bleibt ihm die Möglichkeit, künftige Schadensfaktoren von der Bemessung des Schmerzensgeldes auszunehmen. Es handelt sich dann um eine offene Teilklage, indem der Kläger die Beschränkung kenntlich macht.⁴⁷ Dementsprechend ist auch die Rechtskraft des Urteils begrenzt, so dass der Kläger ein später ausgelöstes (zusätzliches) Schmerzensgeld nachfordern kann.⁴⁸ Verwirklicht sich das Folgerisiko hingegen nicht, verbleibt es – naturgemäß – bei dem ursprünglich bezifferten Schmerzensgeld.

Der Vorteil der Schmerzensgeldteilklage liegt in der Passgenauigkeit, was das letztlich ausgelöste Schmerzensgeld anbelangt. Die uneingeschränkte Schmerzensgeldklage gewinnt demgegenüber den Charakter eines Roulettespiels in Abhängigkeit vom Eintritt der Folgeschäden. Für diese Art der Klage spricht hingegen die Befriedungsfunktion, indem ein neuer Prozess unterbunden wird.⁴⁹ Die uneingeschränkte Verjährungshemmung liefert hingegen keinen nennenswerten Vorteil, da das Risiko der Verjährung für Folgeschäden ohnehin durch eine gesonderte Feststellungsklage zu vermeiden ist. Dies gilt für die materiellen wie für die immateriellen Folgeschäden. In der Praxis bewährt hat sich demzufolge die

und BGH NJW 2004, 1243 (1243 f.). Ebenso Mertins, VersR 2006, 47 (49).

⁴⁵ Terbille, VersR 2005, 37 (38 f.), und Bussmann, MDR 2007, 446 (447).

⁴⁶ Heß, NJW-Spezial 2004, 63 (63).

⁴⁷ Terbille, VersR 2005, 37 (37 f., 43), und Bussmann, MDR 2007, 446 (447).

⁴⁸ BGH NJW 2001, 3414 (3415); Mertins, VersR 2006, 47 (49).

⁴⁹ Ebenso in seiner Einschätzung Terbille, VersR 2005, 37 (41).

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kombination aus Leistungsklage für die bereits eingetretenen materiellen Schäden, Schmerzensgeldteilklage für die bereits eingetretenen immateriellen Schäden und eine allgemeine Feststellungsklage in Bezug auf Folgeschäden, seien sie materieller oder immaterieller Art.⁵⁰ Damit ist sowohl dem Risiko der Verjährung (Feststellungsklage) als auch demjenigen der vorzeitigen Rechtskrafterschöpfung (offene Leistungs- und Schmerzensgeldteilklage) Rechnung getragen.⁵¹

d) Praktische Konsequenzen für den beratenden Rechtsanwalt

Für den beratenden Rechtsanwalt führen die Überlegungen zu dem praktischen Ergebnis, dass er den Gläubiger nach denkbaren Folgeschäden befragen und im Hinblick auf vorhersehbare Folgeschäden zur weiteren Vorgehensweise beraten muss.⁵² Angesichts der unter medizinischen Gesichtspunkten zu treffenden Prognoseentscheidung ist entsprechender Fachverstand zu bemühen, wozu auch ein Privatgutachter konsultiert werden kann. Die dadurch ausgelösten Kosten zählen im Rahmen einer angemessenen Prozessvorbereitung zu den erstattungsfähigen Folgeschäden.⁵³

III. Problemstellungen im Ablauf des Zivilprozesses

Im Ablauf des Zivilprozesses sind bei der Geltendmachung von Personenschäden insbesondere die Klageerhebung und das Beweisverfahren von Bedeutung.

⁵⁰ Im Ergebnis ähnlich Heß, NJW-Spezial 2004, 63 (64), und Bussmann, MDR 2007, 446 (448).

⁵¹ Dies verkennt BGH NJW NJW 2004, 1243 (1244), indem der BGH die allgemeine Feststellungsklage in ihrer Zielrichtung der Schmerzensgeldteilklage gleichstellt und letztere damit für entbehrlich hält. Diese ließe sich nur so rechtfertigen, dass in der Feststellungsklage die Erwartung künftiger Folgeschäden zum Ausdruck kommt, um die der Kläger seine Leistungsteilklage zugleich beschränkt wissen will, also insbesondere die Schmerzensgeldbemessung von künftigen Folgeschäden entkoppelt wissen will.

⁵² Bussmann, MDR 2007, 446 (448).

⁵³ Oetker, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 5), § 249, Rn. 396.

1. Substantiierte Klage

Die Beauftragung eines privaten Gutachters kann nicht allein für die Ermittlung künftig zu erwartender Folgeschäden ratsam sein, sondern auch deshalb, um den Erfordernissen eines substantiierten Klagevortrags Rechnung zu tragen. Personenschäden gehen naturgemäß in den medizinischen Bereich, so dass oft erst die entsprechende Expertise einen ausreichenden und damit erfolversprechenden Sachvortrag ermöglicht. Es entspricht einem häufigen Irrtum in der anwaltlichen Praxis, man könne sich auf spätere gerichtliche Hinweise gem. § 139 ZPO verlassen.⁵⁴ So verfügt auch das Gericht zumeist nicht über das medizinische Fachwissen und ist seinerseits auf einen substantiierten Klagevortrag angewiesen.

2. Beweisverfahren

Im Beweisverfahren sind bei Personenschäden die Frage der Beweiserleichterung im Wege der Schadensschätzung und die Beauftragung eines Sachverständigen von Bedeutung.

a) Schadensschätzung gemäß § 287 ZPO

Ähnlich wie dem Gericht bei der Bezifferung des Schmerzensgeldes ein Ermessen zusteht, räumt § 287 ZPO dem Gericht für Schadensersatzprozesse im Beweisverfahren ein Ermessen ein. Die Vorschrift eröffnet die Möglichkeit, die Anforderungen an den Umfang der Beweiserhebung abzusenken. Dies fußt auf der Einsicht, dass Schäden häufig dem Grunde und der Höhe nach nicht in allen Einzelheiten zu substantiieren sind.⁵⁵ Demzufolge kann der Grad der notwendigen gerichtlichen Überzeugung gemindert und der Kreis der Beweismittel erweitert sein.⁵⁶

Maßgeblich zur Höhe eines geltend gemachten Schadens kann das Gericht eine Schätzung vornehmen, wenn die zu-

⁵⁴ Doukoff, DAR Extra 2013, 744 (744).

⁵⁵ Leibold, in: Stein/Jonas (Fn. 8), § 287, Rn. 1.

⁵⁶ Foerste, in: Musielak (Fn. 3), § 287, Rn. 1, 6 ff., 10 ff.

grunde liegenden Anknüpfungspunkte ausreichend dargelegt sind.⁵⁷ Der Aufwand der Beweiserhebung darf nicht außer Verhältnis zu dem streitigen Teil der Forderung stehen, § 287 II ZPO, weshalb die Schadensschätzung prinzipiell auch bei Personenschäden in Betracht kommt, jedoch in der Praxis zumeist auf sogenannte Bagatellschäden begrenzt ist.⁵⁸

b) Sachverständigenbeweis

Zur medizinischen Bewertung des Personenschadens wird – von der seltenen Ausnahme des § 287 ZPO abgesehen – in aller Regel ein Sachverständiger konsultiert. Das in der Praxis gelebte Beweisverfahren der Zivilprozessordnung weist hier einige Schwächen auf. Dies beginnt allein schon damit, dass der Sachverständige häufig erst viel zu spät beauftragt wird.⁵⁹ Die Gerichte verkennen zumeist die gesetzlichen Möglichkeiten des § 144 ZPO, den Sachverständigen bereits zur fachmännischen Beratung des Gerichts heranziehen zu können. Darüber hinaus wird der Sachverständige selten schon zu vorlaufenden Zeugenvernehmungen herangezogen, obwohl erst die fachliche Expertise eine gezielte Vernehmung und eine darauf aufbauende Begutachtung der Personenschäden ermöglicht.⁶⁰

Weitere gravierende Fehlerquellen sind bei der Erstellung des Beweisbeschlusses auszumachen.⁶¹ Die Beweisfragen sind selten fachmännisch beeinflusst. Der Sachverständige seinerseits scheut allzu oft vor kritischen Rückfragen zurück, um das ihn beauftragende Gericht nicht zu verärgern und als

⁵⁷ Saenger, in: Saenger (Fn. 11), § 287, Rn. 16.

⁵⁸ In diesem Sinne BGH NJW 1992, 1043 (1043), für durch Gas bedingte Kopfschmerzen und Schleimhautreizungen. Die rein verfahrensrechtliche Ausrichtung des § 287 ZPO und die materiellrechtliche Bedeutung des richterlichen Ermessens im Rahmen der Bemessung des Schmerzensgeldes werden im Rahmen dieser Entscheidung kaum hinreichend voneinander unterschieden. Ähnliches gilt für BAG WM 1971, 634 (635.), indem das BAG der Bemessung des Schmerzensgeldes generell eine Schätzung des Tatsachenrichters zugrunde legen will.

⁵⁹ Ausführlich dazu Stamm, ZZZ 2011, 433 (440 ff.).

⁶⁰ Ebenso schon Stamm, ZZZ 2011, 433 (446 f.).

⁶¹ Näher dazu Doukoff, DAR Extra 2013, 744 (745).

Auftraggeber zu verlieren. Gleichzeitig sind die Möglichkeiten des klägerischen Rechtsanwalts zur Einflussnahme sehr begrenzt. Zudem muss auch der Rechtsanwalt davor bedacht sein, den Sachverständigen durch ein allzu offensives Intervenieren bei der Auswahl und Begutachtung nicht unnötig zu verärgern.

Schließlich wird in der Praxis häufig das gesetzliche Gebot des § 279 III ZPO zur erneuten Erörterung im Anschluss an die Begutachtung vernachlässigt.⁶² Die Rechtsanwälte vergeben damit des Öfteren die Möglichkeit, die Einschätzung des Gerichts zu eruieren, um eine in diesem Verfahrensstadium noch denkbare Kurskorrektur herbeizuführen. Die zivilprozessuale Geltendmachung von Personenschäden bietet demzufolge vielfältigen Optimierungsbedarf.

IV. Resümee

Die rechtlichen Grundlagen für die Geltendmachung von Personenschäden erscheinen im deutschen Zivilprozess ausreichend gelegt. Dies betrifft die Vorbereitung des Prozesses wie auch dessen Durchführung. Hier werden allerdings die zivilprozessualen Möglichkeiten zur Gewährleistung einer zielführenden Beweisaufnahme in der Praxis häufig nicht ausgeschöpft.

⁶² Doukoff, DAR Extra 2013, 744 (747).

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)-
Sayın Prof. Dr. Stamm'a teşekkür ediyoruz bu bildirisinden
dolayı.

şimdi vakit kaybetmemek için hemen sözü Sayın Çetin
Arslan'a veriyoruz.

BEDENSEL ZARARLAR BAĞLAMINDA CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUK MAHKEMESİNE ETKİSİ

Prof. Dr. Çetin ARSLAN

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Türk yargı sistemi, adli yargı, idari yargı, askeri yargı ile yüksek mahkemelerden oluşmaktadır. 26.09.2004 tarihli ve 5235 sayılı “*Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun*”un ikinci maddesi gereğince adli yargı ilk derece mahkemeleri, hukuk ve ceza mahkemeleridir.

Hukuk ve ceza mahkemeleri farklı davaları konu edindiklerinden kural olarak vermiş oldukları kararların birbirini etkilemesi söz konusu değildir. Fakat bazı istisnai hallerde ceza mahkemesinin vermiş olduğu bir kararın hukuk mahkemesini etkileyip etkilemeyeceği sorusu akla gelmektedir. Bunların başında, suç teşkil eden fiilin aynı zamanda borçlar hukuku bağlamında haksız fiil teşkil etmesi ve tazminat davasına konu olması gelmektedir.

Suç ve haksız fiil teşkil eden bir eylemin özel hukuk ve ceza hukukundaki sonuçları farklı olacaktır. Hukuk ve ceza muhakemesinin amacı, konusu, yargılama yöntemi gibi konularda temel farklılıkları olması nedeniyle, bu durumda esas itibarıyla bir anormallik yoktur. Ancak hukuk düzeninin bir bütün olması karşısında, uyumsuzluğun temeline (özellikle olayın varlığına veya yokluğuna ya da meydana geliş şekline) ilişkin

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

hususlarda zıt kararların çıkması çeşitli hukuki sorunlara neden olabilecektir.

Bu gibi durumlarda hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi gereğince çelişkili kararlar çıkmasının önüne geçilmesi önemlidir. Bunun sağlanması için ilk akla gelen, bir mahkemenin (uygulamada ceza mahkemesi) kararının beklenmesidir. Ancak bu durumda ilk olarak, yargılamaların makul süre içinde sonuçlandırılmaması gibi bir sorun ortaya çıkmaktadır. Diğer taraftan hukuk hâkiminin bağımsız karar verememesi, bir tür memur haline gelmesi söz konusu olabilmektedir.

Karşılaştırmalı hukukta bu durum karşısında, benimsenen hukuk politikasına göre temel olarak üç sistemini ön plana çıkarttığı görülmektedir. Bunlardan birincisi ceza mahkemesi kararlarına öncelik tanımak olup, bunlara örnek olarak Fransız ve İtalyan Hukuku gösterilmektedir. Bu sistem daha çok kamusal menfaatin bireysel menfaatten ön planda tutulduğu ülkeler için geçerlidir. İkincisine göre, hukuk mahkemesinin ceza mahkemesi kararıyla bağlı olmamasıdır. Alman ve Anglosakson sistemi bu doğrultudadır. Üçüncüsü ise, bunların karması kısmi bağlılık (veya esasen bağımsızlık, ancak geniş istisnası olan model) diyebileceğimiz sistemdir. Türk ve İsviçre sistemleri de buna örnek gösterilmektedir.

11.01.2011 tarihli ve 6098 sayılı “*Borçlar Kanunu (TBK)*”nun 74. maddesi ceza hukuku ile medeni hukukun ilişkisini ortaya koymakta ve mülga 22.04.1926 tarihli ve 818 sayılı “*Borçlar Kanunu (BK)*”nun 53. maddesinin birebir karşılığını teşkil etmektedir. TBK’nın genel hükümleri düzenleyen birinci bölümünün “*Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri*” başlıklı ikinci ayırımında yer alan “*Ceza hukuku ile ilişkisinde*” başlıklı 74. madde “*Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.*” hükmünü içermektedir. Madenin lâfzî yorumundan hareketle, zarar verenin kusurunun

olup olmadığı ve ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı konularında hukuk hâkiminin ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı söylenebilir. Bununla birlikte, hukuk hâkimi -kural olarak- ceza mahkemesinin beraat kararı, kusur değerlendirilmesine ilişkin kararı ya da zararın belirlenmesine ilişkin kararıyla da bağlı değildir.

Yargıtay'ın bu konudaki yerleşmiş içtihadı da BK md. 53 ve TBK md. 74'e paralellik göstermektedir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 22.12.2014 tarihli ve E. 2014/18755, K. 2014/19112 sayılı kararında bu husus, önceki tarihli emsal teşkil eden Hukuk Genel Kurulu kararlarına atıf yapılarak *“Bu açık hüküm karşısında, Ceza Mahkemesince verilen beraat kararı, kusur ve derecesi, zarar tutarı, temyiz gücü ve yükletilme yeterliği, illiyet gibi esasların Hukuk Hâkimini bağlamayacağı konusunda duraksama bulunmamaktadır. Ceza Mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun Hukuk Mahkemesinde yeniden tartışılması olanaklı değildir (Y.H.G.K. 11.10.1989 gün ve E.1989/11-373, K.472 sayılı ilamı). Bunun nedeni, ceza yargılamasındaki ispat araçları bakımından Ceza Hâkiminin Hukuk Hâkiminden çok daha elverişli konumda bulunmasıdır. O halde bir Ceza Mahkemesinin uyuşmazlık konusu olayın tespitine; diğer bir söyleyişle maddi olgulara ilişkin kesinleşmiş saptamasının, aynı konudaki Hukuk Mahkemesinde de kesin delil oluşturacağı açıktır. (Hukuk Genel Kurulu - 2008/4-564 E, 2008/536 K.)”* şeklinde ifade edilmiştir.

04.12.2004 tarihli ve 5271 sayılı *“Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK)”*nun 223. maddesinde düzenlenen karar türleri, beraat, ceza verilmesine yer olmadığı, mahkûmiyet, güvenlik tedbirine hükmedilmesi, davanın reddi ve düşmesi kararlarıdır. Fakat TBK m. 74, bu hüküm çeşitlerini gözetmemiş olması nedeniyle ciddi çelişkilere sebep olabilecek niteliktedir. Maddenin içeriği yanında, ortaya çıkan olumsuzluğun bir nedeni de özensiz/kötü yargısal uygulamadır. Bu konuda, Anayasa Mahkemesi'nin 2012/1254 numaralı bireysel başvuruya ilişkin olarak 07.03.2014 tarihinde vermiş olduğu karar örnek niteliği taşımaktadır. Söz konusu karara konu olan olayda, başvuran

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

internet üzerinden hakaret fiilini işlemiş; hukuk mahkemesi manevi tazminat davasında ceza mahkemesinde görülmekte olan hakaret davasını bekletici sorun yapmıştır. Bunun neticesinde, manevi tazminat davası yaklaşık altı yıl sürmüştür; Anayasa Mahkemesi BK md. 53'ü göz önünde bulundurarak hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinin kararını bekletici sorun yapmasını hukuka aykırı bulmuş ve başvuranın makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğine karar vererek kendisine manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

TBK md. 74'ü, CMK md. 223'ten bağımsız olarak yorumlamak mümkün değildir. Hukukun genel ilkeleriyle bu iki kanun birlikte yorumlandığında, ceza mahkemesi kararının hukuk mahkemesi bakımından bağlayıcı olabilmesi için iki unsurun bir arada bulunmasının zorunlu olduğu görülmektedir. Bu unsurlar, kararın esasa ilişkin olması ve maddi bir olgunun varlığını ya da yokluğunu tereddütsüz bir şekilde tespit etmiş olmasıdır. Bu bağlamda, doktrinin çoğunlukla kabul ettiği ve Yargıtay uygulamasıyla desteklenen görüşe göre, ceza mahkemesi tarafından verilen mahkûmiyet kararları hukuk mahkemeleri için bağlayıcıdır.

CMK m. 223/2'ye göre, beraat kararı;

- a) Yüklenen fiilin kanunda suç olarak tanımlanmamış olması,
- b) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmediğinin sabit olması,
- c) Yüklenen suç açısından failin kast veya taksirinin bulunmaması,
- d) Yüklenen suçun sanık tarafından işlenmesine rağmen, olayda bir hukuka uygunluk nedeninin bulunması,
- e) Yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olması hallerinde verilir.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ceza hâkiminin delil yetersizliği sebebiyle vermiş olduğu beraat kararı ceza hâkimini bağlamaz; hukuk hâkimi haksız fiilinin unsurlarının oluşup oluşmadığını yeniden inceleme konusu yapabilir. Fakat ceza hâkiminin fiilin sanık tarafından işlenmediğini kesin karara bağlaması halinde bu karar, hukuk hâkimini bağlar. Doktrindeki baskın görüş ve Yargıtay uygulaması da bu doğrultudadır.

Öte yandan, ceza mahkemesinin fiilin tipik olmamasından dolayı vermiş olduğu beraat kararı ise hukuk hâkimini bağlamayacaktır. Nitekim eylem suç niteliği taşımasa dahi haksız fiilin şartları oluşmuş olabilir.

Yargıtay, fiilin sanık tarafından işlendiğinin sabit olmaması durumunda verilen beraat kararını hukuk hâkimi için bağlayıcı kabul etmemektedir. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 15.01.2014 tarihli ve E. 2013/15850, K. 2014/346 sayılı kararında bu husus "...*Davalı hakkında açılan ceza davasında 'yüklenen suçun sanık tarafından işlendiğinin sabit olmadığı' gerekçesiyle beraat kararı verilmişse de bu husus mutlak anlamda hukuk hâkimini bağlamaz (6098 sayılı TBK'nın 74.mad).*" şeklinde ifade edilmektedir. Kanımızca, re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu ceza muhakemesinde daha geniş bir araştırma ile ispat edilemeyen bir isnadın, taraflarca getirilme ilkesinin hâkim olduğu ve dolayısıyla daha sınırlı bir inceleme yapan hukuk mahkemesinde ispat edilmesi mantıklı görünmemektedir. İspat edilebilmesi ihtimalinde ise, bu durum hukuk güvenliği ilkesine aykırılık arz etmektedir.

Ceza hâkiminin kendiliğinden araştırma ilkesi neticesinde çok daha ayrıntılı bir muhakeme yapabilmesi bir başka sonucu da beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda ceza mahkemesinin maddi bir olayın gerçekleşip gerçekleşmediğine dair verdiği kararın hukuk mahkemesinde yeniden tartışılması mümkün değildir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin 08.07.2014 tarihli ve E. 2013/3296, K. 2014/10883 sayılı kararında bu husus "...*Ceza Mahkemesinde bir maddi olayın varlığı ya da yokluğu konusundaki kesinleşmiş kabule rağmen, aynı konunun Hukuk Mahkemesinde*

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

yeniden tartışılması olanaklı değildir (Y.H.G.K. 11.10.1989 gün ve E.1989/11-373, K.472 sayılı ilamı). Bunun nedeni, ceza yargılamasındaki ispat araçları bakımından ceza hâkiminin hukuk hâkiminden çok daha elverişli konumda bulunmasıdır...” şeklinde ifade edilmektedir.

TBK md. 74 “Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ... hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı...” kuralını içermektedir. Failin kusuru kast veya taksir derecesine varmasa dâhi borçlar hukuku anlamında haksız fiilin koşulları oluşmuş olabilecektir. TBK md. 74 uyarınca, ceza hâkiminin kusur bakımından yaptığı değerlendirme hukuk hâkimini bağlamaz.

Ceza hukukunda suçun meydana geldiğinden bahsedilebilmesi için mutlaka bir zararın ortaya çıkması aranmaz. Söz konusu suç, neticesiz suç olabileceği gibi tehlike suçları arasında da yer alabilir. Öte yandan, borçlar hukuku bağlamında haksız fiilden bahsedebilmek için mutlaka bir zararın meydana gelmesi gerekir. Bu sebeple, ceza hâkiminin zarar konusunda yapmış olduğu değerlendirme hukuk hâkimini bağlamaz. Bununla birlikte, haksız fiiller bakımından illiyet bağının varlığı, fiille zarar arasında aranacağından ve zarar konusunda ceza hâkiminin yaptığı değerlendirme hukuk hâkimi açısından bağlayıcı olmadığından, hukuk hâkimi illiyet bağı hakkındaki değerlendirme ile de bağlı değildir.

Eylemin hukuka uygunluğu sebebiyle verilen beraat kararları ise hukuk hâkimi açısından bağlayıcıdır. Zira ceza hukukunda genel hukuka aykırılık kabul edilmekte ve ceza hâkiminin hukuka uygun bulduğu fiil aslında bütün hukuk düzenine uygun olmaktadır. Bu sebeple, ceza hâkiminin fiili hukuka uygun bularak beraat kararı vermesinin ardından hukuk hâkiminin fiili hukuka aykırı bularak tazminata hükmetmesi mümkün değildir. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 17.12.2013 tarihli ve E. 2013/14424, K. 2013/18046 sayılı kararında bu husus, “Gerek öğretide ve gerekse Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında, ceza hâkiminin tespit ettiği maddi olaylarla ve özellikle 'fiilin hukuka aykırılığı' olgusu ile hukuk hâkiminin tamamen bağlı

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

olacağı kabul edilmektedir. Diğer bir anlatımla, maddi olayları ve yasadık eylemleri saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşıyacağından hukuk hâkimini de bağlayacaktır.” şeklinde ifade edilmektedir.

Bu konuda bazı özel düzenlemeler önem arz etmektedir. Bunlardan ilki, sahtelik hakkında verilen hukuk ve ceza mahkemesi kararlarının birbirine etkisidir. 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) md. 214’e göre, belgenin sahte olmadığına dair hukuk mahkemesince verilen karar kesinleştikten sonra, söz konusu belge hakkında ceza mahkemesinde de sahtelik iddiası dinlenmez. Ancak ceza mahkemesince belgeyi düzenleyen hakkında ceza verilmesine yer olmadığı ya da beraat kararı verilmiş olması, hukuk mahkemesinin belgenin sahteliğini incelemesini engellemez.

İkinci ise, HMK’nın 239. maddesinde yer alan düzenlemedir. İlgili hükme göre, yemin edildikten sonra, yalan yere yemin nedeniyle açılan ceza davası, esas dava bakımından bekletici sorun yapılamaz. Bu durumda yemin edildikten sonra tanık hakkında açılan kamu davası hukuk davasında bekletici sorun yapılmayacaktır. Bununla birlikte tanığın bu söz konusu suçtan mahkûm olması halinde yargılamanın yenilenmesi gündeme gelecektir (HMK md. 375, 443).

Sonuç olarak, hukuk ve ceza mahkemeleri adli yargı mahkemelerinin iki farklı kolu olmasına rağmen bazı durumlarda kararlarının birbirini etkilemesi söz konusu olabilmektedir. Bu durum, hukukun bütünlüğü ilkesi gözetildiğinde kaçınılmaz bir sonuçtur. Bununla birlikte uygulamada ortaya çıkan ve yargılamaların gereksiz yere uzamasına neden olan sorun, özensiz/kötü yargısal uygulama bir tarafa bırakıldığında, Kanun koyucunun TBK md. 74’ü vazederken CMK md. 223 gereğince verilebilecek ceza mahkemesi kararlarının ve özellikle beraat hükümlerinin nitelik ve sonuçlarını dikkatlice irdelememiş olmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla yukarıda özetlemeye çalıştığımız görüşler çerçevesinde TBK md. 74’te bir revizyona gidilmelidir.

İDARENİN SORUMLULUĞU ANLAMINDA BEDENSEL ZARAR KAVRAMI VE UYGULAMASI

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi

GİRİŞ

Hukuk kuralının öngördüğü ödevin yerine getirilmemesi, kişi bakımından “sorumluluk”¹ denilen hukukî kurumu gündeme getirir. Zira hukuk dilinde “sorumluluk”, “uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme; tazminatla yükümlü tutulma; işlenmiş bulunan bir suçun gerektirdiği cezayı çekme”² anlamına gelmektedir.

İdarî yetkilerin kullanımı, bilerek ya da bilmeyerek, kusurlu veya kusursuz yapılan birtakım işlem ve eylemler yoluyla, çeşitli zararlara neden olabilir³. İdarenin faaliyetlerinden meydana gelen bu zararlar, kişilerin malvarlığına yönelik olabileceği

¹ Sorumluluk kelimesinin Fransızcası “responsabilité”, İngilizcesi “responsibility”, İtalyancası “responsabilità”, Almancası “verantwortung” dur. Osmanlıca karşılığı, Arapçadan alınan ve günümüz hukuk dilinde de kullanılan “mes’uliyet” kelimesidir.

² YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara 1992, s. 813; DOĞAN D. Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, Ankara 2001, s. 1195; BAŞGİL Ali Fuad, “Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi”, Adliye Ceridesi, 1940, s. 582; İNAN Atilla, “Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarında Devlet ve Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu”, Danıştay Dergisi, S.42-43, 1981, s. 20.

³ YAYLA, age., s. 345..

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

gibi, kişilik varlığına ilişkin de olabilir⁴. Bu zararların tazmin edilmesi, idare hukukunda sorumluluk kavramını gündeme getirmektedir. Bu anlamda idarenin malî sorumluluğu, idarenin etkinlikleri sonucu meydana gelen zararların tazmin edilmesi⁵ yahut idarenin faaliyetleri sonucu kişilerin mamelekinde (malvarlığı ve şahıs varlığı) meydana gelen azalma yahut engellenen artışın giderilmesi, ve bu tazmin için gereken koşulları ve uygulanacak kural ve ilkeleri içermektedir⁶.

Hukuk devleti anlayışının, devlet ve kamu tüzel kişilerinin hukukla bağlı olması şeklindeki şekli (formel) yönü yanında, adalet idesine yönelen maddî bir yönü de bulunmaktadır⁷. Hukuk devleti olmayı benimsemiş bir devlet, Anayasa Mahkemesinin de belirttiği gibi⁸, bireylere verilen zararların, bireyler üzerinde kalmasının, adil bir çözüm olmadığına da bilincinde olan devlet demektir. Bu anlamda hukuk devleti, zarar doğurucu davranışları neticesinde, bu zararları telâfi etmeyi görev bilen devlet yanında, zarar doğurucu faaliyetlerden kaçınmayı ve bunları önleyici bir sistemi kurmayı amaçlayan bir devleti de ifade etmektedir⁹. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, hukukken ve fiilen, bireyler karşısında kamu gücü denilen üstün yetkilerle donatılmıştır. Bu denli etkili bir gücün, verdiği zararlar bakımından sorumluluk sahibi olması da hukuk devletinin bir gereğidir. Sonuç olarak, hukuk devleti ilkesi, kamu gücünün malî sorumluluğunun temelini oluşturacak güç ve yeterliliktedir¹⁰.

⁴ ATAY E. Ethem/ODABAŞI Hasan/GÖKCAN H. Tahsin, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s. 35.

⁵ DUEZ Paul/Çev.İbrahim Senil, Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes"uliyeti, Ankara 1950, s. 3.

⁶ ESİN Yüksel, Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukukî Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara 1976, s. 14.

⁷ OZANSOY, age., s. 31.

⁸ Anayasa Mahkemesi. E.1976/1, K.1976/28, T.25.5.1976, AMKD-14, s. 189. "...Hukuk devleti,... bütün işlem ve eylemleri yargı denetimine bağlı olan devlettir...".

⁹ OZANSOY, age., s. 32.

¹⁰ OZANSOY, age., s. 33.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Anayasanın 125. Maddesinde yer alan “İdare, kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür” hükmü, idarenin sorumluluğunun anayasal dayanağını oluşturmaktadır. 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununun 2. maddesinde, idari dava türleri belirtilirken “İdarî eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan tam yargı davaları” denilerek, idarenin sorumluluğuna gidilebileceği ifade edilmektedir.

İdarenin sorumluluğuna ilişkin bu düzenlemeler dışında, sorumluluk türleri; kusura dayalı sorumluluk (hizmet kusuru), kusursuz sorumluluk ilkeleri (risk ilkesi, kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi) tamamıyla içtihatlarla oluşturulmuştur¹¹. Bu durum dare hukukunun içtihadı dayalı hukuk olmasının en bariz misalini oluşturmaktadır¹².

İdare hukukunda “kusura dayalı sorumluluk (hizmet kusuru) ve “kusursuz sorumluluk” olmak üzere iki tür sorumluluk esası yer almaktadır.

İdare hukukunda kusura dayalı sorumluluk, idarenin kamu hizmeti ve faaliyetlerini yürütürken “kusurlu” bir davranışta bulunarak sebep olduğu zararı tazmin etmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir. İdare hukuku öğretisine genel olarak bakıldığında Fransa’da olduğu gibi¹³ Türkiye’de¹⁴ de idarenin kusura

¹¹ AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, age., s.40-41.

¹² AKYILMAZ/SEZGİNER/KAYA, age., s.40-41.

¹³ RİVERO/WALİNE, age., s. 268; DUPUIS/GUÉDON, age., s. 481; RİVERO, age., s. 261; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 543; LEBRETTON Gilles, Droit Administratif Général, 2.Baskı, Paris 2000, s. 340; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 783; DARCY, age., s. 68; PAİLLET, age., s. 94; PEISER, age., s. 202; AUTIN Jean-Louis/RİBOT Catherine, Droit Administratif Général, Paris 1999, s. 248; FORGES, age., s. 293-294.

¹⁴ ONAR, age., C.III, s. 1694; SARICA Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İHFM, C: 15, sy.4, 1949, s. 858; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s. 679; GÜNDAY, age., s. 369; BILGEN, İdare Hukukuna Giriş, s. 343-344; ÖZGÜLDÜR Serdar, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996, s. 65; ESİN, Esas, s. 27; ANAYURT Ömer, Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara 1989, s. 46; YAYLA, age., s. 361; ATAY, age., s. 702..

dayanan sorumluluğunda yer alan “kusur (*faut*), “hizmet kusuru (*faute de service*)” olarak ifade edilmektedir. Bu anlamda *hizmet kusuru, hizmetin kurulmasında, düzenlenmesinde ya da işleyişindeki bir bozukluğu, aksaklığı ve eksikliği ifade etmektedir*¹⁵. Hem öğretide hem de içtihatlarda kabul edilen hizmet kusuru halleri, “*hizmetin kötü işlemesi*”, “*hizmetin geç işlemesi*” ve “*hizmetin hiç işlememesi*” şeklinde tasnif edilmektedir¹⁶.

İdare hukukunda “kusursuz sorumluluk (*responsabilité sans faute*)”, idarenin sorumluluğu için kusurunun aranmadığı, zarar ile idarenin davranışı arasında illiyet bağının bulunmasının yeterli olduğu sorumluluktur¹⁷. Kusursuz sorumlulukta idarenin gerçekleştirdiği bir faaliyetten bir zarar meydana geldiğinde, ortada idareye ya da görevlisine hiçbir kusur atfedilmese de, idarenin davranışı hukuka uygun olsa da idare meydana gelen zarardan sorumlu tutulmaktadır.

Türk idare hukuku öğretisinde kusursuz sorumluluğun ilkeleri bakımından farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Bazı yazarlar “hasar (risk) ilkesi”nden söz etmekte fakat buna kamu külfetleri karşısında eşitlik anlamı yüklemektedirler¹⁸. Kimisi de “sosyal hasar” deyimini kullanmaktadır¹⁹. Bazıları “hukukî

¹⁵ ONAR, age., C.III, s. 1694; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s. 679, C.II, s. 656; GÜNDAY, age., s. 320; SARICA Ragıp, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, İÜHFİM-1949, C.XV, s. 858; DURAN, Türkiye İdaresinin, s. 26; ÖZGÜLDÜR, age., s. 66; YAYLA Yıldızhan, İdare Hukuku, İstanbul 2009, s. 361; ATAY, age., s. 703; FORGES, age., s. 293-294; DARCY, age., s. 68; DUPUIS/GUÉDON, age., s. 543; PEÏSER, age., s. 202; AUTIN/RIBOT, age., s. 247-248; FORGES, age., s. 293.

¹⁶ ONAR, age., C.III, s. 1695; GÜNDAY, age., s. 320; ESİN, Esas, s. 31; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s. 679; DUPUIS/GUÉDON, age., s. 481; RIVERO, age., s. 261; ANAYURT, İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu, s. 57; ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, age., s. 72; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 807; Danıştay Onuncu Dairesi, E.1994/7359, K.1995/3559, T.12.7.1995, DD.91, s. 1106.

¹⁷ CHAPUS, age., C.I, s. 1309; FORGES, age., 305; PAİLLET, age., s. 127; FRIER, age., s. 475. Kusursuz sorumluluğun kabulündeki etkenler ve kusursuz sorumluluğun hukukî temeli hakkındaki görüşler hakkında geniş bilgi için bkz. ÇAĞLAYAN Kusursuz Sorumluluk, s. 142-151.

¹⁸ ONAR, age., C.II, s. 1709; BAŞPINAR Recep, “Tam Yargı Davaları”, Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1986, s. 489; ÖZYÖRÜK Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları (Teksir) Ankara 1972/1973, s. 238-239; DERBİL Süheyy, İdare Hukuku, Ankara 1959, s. 233; ESİN, Esas, s. 129-131.

¹⁹ EROĞLU Hamza, İdare Hukuku, 5.Baskı, Ankara 1985, s. 497-504.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

musavaat” deyimini²⁰, kimisi “*imkân ve fırsat eşitliği*”²¹ deyimini kullanmaktadırlar. Yine “risk ilkesi” ve “kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi” şeklinde ifade edenler bulunmaktadır²². Bütün bunların yanında, idarenin kusursuz sorumluluğunun genel ve objektif esasının kamu külfetleri karşısında eşitlik ilkesi olduğunu ileri sürenler de bulunmaktadır²³.

Türk idarî yargısının kusursuz sorumluluk ilkesine dayanarak verdiği kararlara bakıldığında “*adalet*”²⁴, “*hakkaniyet ve nesafet*”²⁵, “*risk*”²⁶, “*kamu külfetleri karşısında eşitlik*” gibi kavramlar yanında, “*hukukun genel prensipleri*”, “*idare hukukunun bilinen prensipleri*”²⁷, “*idare hukuku esası*”, “*bilinen hukuk kaidesi*”, “*hukukun genel ilkesi*”²⁸ gibi kavramlara da yer verdiği görülmektedir²⁹.

Danıştay bazen bu ilkelerin bir kaçını birlikte kullanarak³⁰, bazen de, bu ilkelerden hiç bahsetmeyerek doğrudan “kusursuz sorumluluk ilkesi” ya da “objektif sorumluluk esası” ge-

²⁰ SARICA Rağıp, İdarî Kaza, İstanbul 1949, s. 222-223; GİRİTLİ İsmet/BİLGİN, İdarî Kaza (Teksir), İstanbul 1972, s. 60

²¹ DURAN, Türkiye İdaresinin, s. 16, 25-26.

²² DÜREN Akın, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s. 311; GÜNDAĞ, age., s. 329 vd.; ULUSAN, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, s. 21; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.II, s. 686-690; ZABUNOĞLU Yahya, İdarî Yargı Hukuku Dersleri, (Teksir) C.I, Ankara 1981, s. 263; ATAY, İdare Hukuku, s. 589; AKYILMAZ, İdare Hukuku, s. 91.

²³ DURAN, Türkiye İdaresinin, s. 52; AYANOĞLU, agt., s. 44; DEVRİM Semahattin, “Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin, Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Eylemlerinden İdare Hukukundan Doğan ve Kusura Dayanmayan Sorumluluğu”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Sy.24-25, Ankara 1979-1980, s. 42.

²⁴ Danıştay Altıncı Dairesi, E.1950/1631, K.1952/84, T.17.1.1952, DKM.54-57, s. 486.

²⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1982/3322, K.1985/1065, T.22.5.1985, DD.60-61, s. 463.

²⁶ Danıştay Onikinci Dairesi, E.1969/3328, K.1971/2770, T.30.11.1971, ESİN, Esas, s. 138-139

²⁷ ERKUT Celâl, Hukuka Uygunluk Bloku-İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul 1999, s. 23.

²⁸ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1982/4042, K.1983/1823, T.5.10.1983.

²⁹ Danıştay Onikinci Dairesi, E.1976/179, K.1977/1454, T.31.5.1977, DD.28-29, s. 675; Danıştay Onikinci Dairesi, E.1966/2842, K.1968/1665, GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.II, s. 688; Danıştay Onikinci Dairesi, E.1976/179, K.1977/1454, T.31.5.1977, DD.28-29, s. 675

³⁰ Danıştay Dava Daireleri Genel Kurulu, E.1960/177, K.1962/108, T.16.2.1962, ESİN, Esas, s. 140-141.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

reğince diyerek kararlar vermektedir³¹. Askerî Yüksek İdare Mahkemesi uygulamaları da Danıştay ile paralellik göstermektedir³².

Fransız hukukunda kusursuz sorumluluk, (1) “risk sorumluluğu (*la responsabilité pour risque*)” ve (2) “kamu külfetleri karşısında eşitlik (*la responsabilité pour rupture de l'églité devant les charges publiques*)” şeklinde ikiye ayrılarak ele alınmaktadır³³. Türk hukukunda bazı farklılıklar olmakla beraber benzer ayırımın yapıldığı görülmektedir³⁴.

İdarenin, bünyesinde belli bir tehlike taşıyan faaliyetler sebebiyle oluşan zararlardan sorumlu olmasına risk ilkesi gereğince sorumluluk (*responsabilité pour risque*³⁵) denilir. Fransız hukukunda buna “komşuluk riski (*risque de voisinage*)” de denilmektedir³⁶. Buna göre idarenin yürüttüğü faaliyet, komşuları için tehlike içeriyorsa, bu tehlikenin gerçekleşmesi halinde, idare zararları ödemekle yükümlüdür³⁷.

³¹ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1996/3996, K.1997/2544, T.23.6.1997, DD.95, s. 637; Danıştay Onikinci Dairesi, E.1966/2842, K.1968/1665, T.25.9.1968, GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.II, s. 688; Danıştay Onikinci Dairesi, E.1976/179, K.1977/1454, T.31.5.1977, DD.28-29, s. 675: “...Kamu hizmetinin yürütülmesi sırasında doğan zarar bu bakımdan idarenin hizmet kusuru aranmaksızın tazmin edilmesi objektif sorumluluk adı ile bilinen hukuk kaidesi gereğidir...”.

³² Konuya ilişkin karar örnekleri için bkz. ÖZGÜLDÜR, age., s. 232.

³³ CHAPUS, age., C.I, s. 1310, 1337; RİVERO/WALİNE, age., s. 271; FORGES, age., s. 306 vd.; DARCY, age., s. 103, 109; PAILLET, age., s. 129, 156; DEBBASCH, age., s. 579, 584; LEBRETON, age., s. 355, 361; FRIER, age., s. 475, 482; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., s. 803; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 553, 556; AUTİN/RİBOT, age., s. 252-252; MAURİN, age., s. 106; VÉDEL-DELVOLVÉ, age., C.I, s. 595 vd.; SEİLLER, age., s. 278, 282

³⁴ GÜNDAY, age., s. 379, 3982; ATAY, age., s. 740, 751; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., s. 688;

³⁵ CHAPUS, age., C.I, s. 1310; FORGES, age., s. 306; RİVERO, age., s. 264; PAILLET, age., s. 129; LEBRETON, age., s. 355; MAURİN, age., s. 106; DEBBASCH, age., s. 579.

³⁶ DEBBASCH, age., s. 579; FORGES, age., s. 308; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., s. 823.

³⁷ Türk idare hukukunda risk sorumluluğu anlatılırken, Mecelle’de yer alan “Mazarrat menfaat mukabelesindedir. Yani bir şeyin menfaatine nail olan onun mazarratına da mütehammil olur” kuralına göndermede bulunularak, idare hukukundaki yansımalarının kamu hizmetlerinin genel külfetleri dışında, kişilere özel bir külfet getirmesi durumunda, bun-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

İdare hukukunda kusursuz sorumluluk türlerinden ikincisini, “kamu külfetleri karşısında eşitlik (*responsabilité pour rupture de l'égalité devant les charges publiques*)”³⁸ ilkesi oluşturmaktadır³⁹. Bu sorumluluk ilkesi, idarenin bünyesinde herhangi bir tehlike barındırmayan faaliyetlerinden ve hukuka uygun işlemlerinden kaynaklanan zararlar için uygulanmaktadır. Bir kusursuz sorumluluk ilkesi olduğuna göre, idarenin sorumluluğu için kusur şartı aranmayacaktır.

İdarenin işlem veya eylemleri neticesinde ortaya çıkacak bedensel (ölüm veya vücut bütünlüğüne yönelik) zararlar bu sorumluluk ilkeleri çerçevesinde tazmin edilecektir.

A. ZARAR VE BEDENSEL ZARAR KAVRAMLARI

İdarenin sorumluluğu, zararın varlığına bağlıdır⁴⁰. Zarar meydana gelmemişse sorumluluk da yoktur.

ların İdare tarafından karşılanması şeklinde olduğu ifade edilmektedir. ONAR, age., C.III, s. 1710; GÜNDAY, age., s. 330; EŞİN, Esas, s. 132; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.II, s. 686.

³⁸ CHAPUS, age., C.I, s. 1337; FORGES, age., s. 311; PAİLLET, age., s. 156; DARCY, age., s. 109; DEBBASCH, age., s. 584; LEBRETON, age., s. 361; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 556; AUTIN/RIBOT, age., s. 252; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., s. 826; SEILLER, age., s. 282; FRIER, age., s. 482.

³⁹ Türk hukukunda bu ilke, değişik şekillerde ifade edilmektedir: “Kamu külfetleri karşısında eşitlik” (GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s. 691, C.II, s. 689); “kamu külfetleri karşısında eşitlik-fedakârlığın denkleştirilmesi” (GÜNDAY, age., s. 333; AKYILMAZ, İdare Hukuku, s. 91), “yükümlerde eşitlik-hakkaniyet esası” (YAYLA, age., s. 145; ÖZGÜLDÜR, age., s. 88), “fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi” (DÜREN Akın, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979, s. 311. Aynı yönde bkz. ULUSAN, Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi, s. 10; ULUSAN, Fedakârlığın Denkleştirilmesi, s. 21) yahut “kamu külfetleri karşısında eşitlik-fedakârlığın denkleştirilmesi-hakkaniyet, nesafet ilkesi” (ATAY, İdare Hukuku, s. 594).

⁴⁰ ONAR, age., C.III, s. 1715; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s. 713, C.II, s. 708; ATAY/ODABAŞI/GÖKCAN, age., s. 149; GÜNDAY, age., s. 383; ATAY, age., s. 685; ÖZDAĞ Savaş, Türk Hukukunda İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1990, s. 45; DARCY, age., s. 120; FORGES, age., s. 280; RİVERO/WALINE, age., s. 276; CHAPUS, age., C.I, s. 1211; DEBBASCH, age., s. 589; AUTIN/RIBOT, age., s. 245; FRIER, age., s. 490; DARCY, age., s. 119120; RİVERO, age., s. 980

1. Genel Olarak Zarar Kavramı

Geniş anlamda zarar, bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında meydana gelen eksilme⁴¹, hukuken korunan maddi ve manevi varlıkların uğradığı tecavüz neticesinde, tecavüz öncesi ve sonrası arasındaki fark⁴² olarak tanımlanmaktadır. Bu tanıma göre buradaki zarar kavramı içerisinde, malvarlığındaki azalma, yoksun kalınan kâr gibi maddî zararlar ve manevî zararlar girmektedir⁴³.

Burada ifade etmek gerekir ki, her zarar tazmin borcu doğurmaz. Örneğin kanunun verdiği yetkiye dayanılarak Bakanlar Kurulu kararıyla vergi oranının artırılması, mükellef açısından bir zarar niteliğindedir fakat idare açısından bir tazmin yükümlülüğüne sebebiyet vermez.

Fransız Danıştayı, devlet hastanesinde yapılan çocuk aldırma (kürtaj) ameliyatının başarısız geçmesi ve çocuğun doğması nedeniyle açılan davada, çocuğun doğmasının zarar olarak nitelendirilemeyeceğine karar vermiştir⁴⁴. Yine devlet hastanesinde kısırlaştırma ameliyatı geçirmesine rağmen çocuk sahibi olan bir kadının açtığı tazminat davasını, Strasbourg İdare Mahkemesi aynı gerekçeyle reddetmiştir⁴⁵. Fransız Hukukunda bazı konulardan meydana gelen zararlar, idarenin sorumlu olmadığı “sorumluluk adacıkları (*îlots d’irresponsabilité*)” bulunduğu ifade edilmektedir⁴⁶. Bu bağlamda imar irtifakları, postaya verilen adî gönderiler, askerî operasyonlar, yolların yönünün veya zemininin değiştirilmesi, mağdurun riskleri kabul etmesi gibi durumlarda, idarenin sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir⁴⁷.

⁴¹ EREN, age., s. 472.

⁴² TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 63.

⁴³ EREN, age., s. 473-487; İMRE, age., s. 9-13; TANDOĞAN, Mesuliyet, s. 69-71; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, age., s. 735.

⁴⁴ CHAPUS, age., C.I, s. 1218; DARCY, age., s. 120; FORGES, age., s. 280; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 560; FRIER, age., s. 492.

⁴⁵ CHAPUS, age., C.I, s. 1218-1219.

⁴⁶ CHAPUS, age., C.I, s. 1216.

⁴⁷ CHAPUS, age., C.I, s. 1216-1217; LEBRETON, age., s. 322; FRIER, age., s. 492.

2. Zararın Unsurları

İdare açısından tazmin borcunun doğabilmesi için, zararın şu şartları taşıması gerekir:

(a) *Zarar meşru olmalıdır*: İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, zararın meşru (*légitim*) olması, zarar görenin hukuka aykırı bir konumda olmaması, zararın hukuken korunan bir menfaate ilişkin olması gerekir⁴⁸. Mağdurun gayri meşru (hukuk dışı) konumda olması, tazminat talep etmesine engel teşkil eder⁴⁹.

Fransız Danıştay, kamu arazisini hukuka aykırı işgal eden kişinin, idarenin bu işgale son vermesi sırasında uğradığı zararın, bir ırmakta izinsiz balık işletmesi kuran kişinin uğradığı zararın, güvenlik tedbirlerini almayan gece kulübünün yangın sebebiyle uğradığı zararın, mağdurun gayrimeşru konumu sebebiyle tazmin edilemeyeceğine karar vermiştir⁵⁰.

Türk Danıştay da mağdurun gayrimeşru durumunun, tazminat istemesine engel olacağını kabul etmektedir. Örneğin davacının hazine arazisi üzerine diktiği ağaçların, idarenin bayındırlık faaliyeti sebebiyle kesmesi sonucu açılan davada şöyle denilmektedir: “...Olayın niteliği gereği idarî eylem ya da işlemlerden doğan ve hukuken korunması gereken bir zarardan söz edilemeyeceği, idarenin hizmet kusurunun olmadığı, hazine arazisi üzerinde izinsiz ağaç yetiştiren davacının kendisinin kusurlu olduğu...”⁵¹.

Yine Danıştay, madenin izinsiz çıkarıldığı gerekçesiyle maden ocağının kapatılması olayında⁵²; sulama suyunun parası-

⁴⁸ CHAPUS, age., C.I, s. 1228; FRIER, age., s. 491; DEBBASCH, age., s. 592; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 561; DARCY, age., s. 121; MAURIN, age., s. 108; FORGES, age., s. 282; PAILLET, age., s. 205-206; ATAY, age., s. 692; RIVERO/WALINE, age., s. 264.

⁴⁹ FRIER, age., s. 491; PEISER, age., s. 210: “Nemo auditur propriam suam turpitudinem allegans”.

⁵⁰ CHAPUS, age., C.I, s. 1228-1229.

⁵¹ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1994/4415, K.1995/5152, T.6.11.1995, KARAVELİOĞLU, age., c.I, s. 297.

⁵² Danıştay Sekizinci Dairesi, E.1982/2256, K.1984/1193, T.21.09.1984, KARAVELİOĞLU, age., C.I, s. 301.

nın ödenmemesi nedeniyle suyun idarece kesilmesi olayında⁵³; etrafı tel örgü ile çevrili atış alanına girilip çalınan roketatar mermisinin patlaması sonucu kişinin ölümü olayında⁵⁴ tazminat istemini reddetmiştir.

(b) Zarar gerçekleşmiş ve kesin olmalıdır: İdarenin sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için, zararın hâlihazırda gerçekleşmiş (*actuel-güncel*) ve kesin (*certain*) olması, yani zararın bilfiil gerçekleşmiş veya gelecekte gerçekleşmesi muhakkak olması gerekir⁵⁵. Başka bir ifade ile doğması muhtemel zararlar (*préjudices éventuels*) sorumluluğa yol açmaz⁵⁶. Bu bakımdan sadece zarar tehlikesi, tazmin borcu doğurmaz. Buna mukabil zararın kesin olması, mutlaka gerçekleşmiş olması demek değildir. Gelecekte gerçekleşmesi kesin olan, mevcut bir durumun devamı niteliğindeki zararlar da kesinlik şartına sahiptir⁵⁷. Örneğin idarenin davranışı sebebiyle bir kişinin kolunu kaybetmesi durumunda, kişinin kolunu kullanamaması sebebiyle ileride uğrayacağı zararlar da hesaba katılır. Burada doğacağı kesin zarar söz konusudur. Buna nazaran, çocuk sakat kalmasaydı bize daha iyi bakacaktı şeklindeki talep, doğması muhtemel bir zarardır⁵⁸.

*“...İdarî işlemler nedeniyle tazmini gereken bir zarardan söz edebilmek için zararın gerçekleşmiş olması ya da gerçekleşeceğinin kesin olması da gerekir. Gerçekleşmesi olası bulunan zararların tazmin sorumluluğu doğurmayacağı açıktır...”*⁵⁹.

⁵³ Danıştay Sekizinci Dairesi, E.1967/2334, K.1967/1578, T.27.04.1968, KARAVELİOĞLU, age., C.I, s. 301.

⁵⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1994/7415, K.1995/1522, T.29.03.1995, ARMAĞAN, age., s. 275

⁵⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s. 713, C.II, s. 714; TAN, age., s. 474; GÜNDAY, age., s. 335383; ATAY, age., s. 690-691; ÖZGÜLDÜR, age., s. 59; ATAY, age., s. 690-691; CHAPUS, age., C.I, s. 1211-1212; FORGES, age., s. 280; DARCY, age., s. 121; PAILLET, age., s. 195; FRIER, age., s. 493; PEISER, age., s. 210; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 560; LEBRETON, age., s. 321; DEBBASCH, age., s. 590; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 329.

⁵⁶ ATAY, age., s. 691; GÜNDAY, age., s. 383; CHAPUS, age., C.I, s. 1211-1212; PAILLET, age., s. 196; DARCY, age., s. 120.

⁵⁷ ONAR, age., C.III, s. 1716; ATAY, age., s. 691; GÜNDAY, age., s. 383-384; GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.II, s. 713.

⁵⁸ CHAPUS, age., C.I, s. 1212; FORGES, age., s. 280.

⁵⁹ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1987/1324, K.1990/278, T.15.9.1990, DD.80,

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Gerçekleşeceği kesin zararlar: Gelecekte meydana gelen zarar olan ciddi şans kayıpları (*pert d'une chance sérieuse*), kesin zarar olarak kabul edilmektedir⁶⁰. Örneğin idarenin davranışı (kararı, hareketsiz kalması, gecikmesi ya da idarenin faaliyetinden kaynaklanan kaza gibi) sebebiyle, kamu görevine atanamama veya terfi edememe; bir hastalıktan iyileşememe; malî yükümlülükten muafiyeti kaybetme; bir sınavı başaramama; bir sözleşmeyi akdedememe; belli bir parayı elde edememe gibi durumlar⁶¹ ciddi şans kayıpları olup idarece tazmini gerekmektedir.

Türk Danıştay 1990 tarihli bir kararda, idarenin kararı ile atın yarışlara katılmaması nedeniyle uğranılan zararlar için açılan davayı, "*ihhtimale dayalı, muhtemel ve tahakkuk etmemiş zarar*" olarak değerlendirerek davayı reddetmiştir⁶². Yine su kanalından sızan suların çeltiğe zarar vereceği iddiasıyla açılan davada⁶³; avukatlık staj bitim belgesinin geçersiz sayılması işleminin mahkemece iptal edilmesi üzerine, avukatlığa geç başlanması sebebiyle uğranılan zararlar için açılan davada⁶⁴; tıp fakültesinde çalışan hekimin, özel muayene yapmasının yasaklanması işleminin mahkemece iptal edilmesi üzerine, bu sürede elde edilemeyen muayene ücretleri için açılan davada⁶⁵, zararların muhtemel olduğu, kesin olmadığı gerekçesi ile tazminat talepleri reddedilmiştir.

(d) Zarar parayla ölçülebilir olmalıdır. İdare hukukunda cari olan "nakden tazmin" ilkesi gereğince, zararın parayla öl-

s. 416.

⁶⁰ CHAPUS, age., C.I, s. 1212; PAILLET, age., s. 197; FORGES, age., s. 280; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 329;

⁶¹ LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 330; CHAPUS, age., C.I, s. 1212; PAILLET, age., s. 197-198; FORGES, age., s. 280.

⁶² Danıştay Onuncu Dairesi, E.1987/1324, K.1990/278, T.15.9.1990, DD.80, s. 416 (KARAVELİOĞLU, age., C.I, s. 290).

⁶³ Danıştay Onikinci Dairesi, E.69/1774, K.71/2479, T.6.11.1971, GÖZÜBÜ-YÜK/DİNÇER, age., s. 122.

⁶⁴ Danıştay Sekizinci Dairesi, E.1973/1076, K.1973/2502, T.13.6.1973, DD.12-13, s. 390 (KARAVELİOĞLU, age., C.I, s. 285).

⁶⁵ Danıştay Sekizinci Dairesi, E.1995/376, K.1997/3431, T.18.11.1997, (GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.II, s. 716-717).

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

çülebilir nitelikte olması gerekmektedir⁶⁶. Mal varlığına gelen zararlar da parayla ölçülebilir nitelik konusunda bir tereddüt bulunmaz. Şahıs varlığına gelen zararlar da yani manevî zararların parayla ölçülebilirliği de kabul edilmektedir⁶⁷.

(e) Zarar maddî veya manevî olabilir. İdarenin davranışı sonucu meydana gelen ve tazmin edilmesi gereken zarar maddî olabileceği gibi manevî bir zarar da olabilir.

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalma, artması gerekirken artmama (yoksun kalınan kâr) yahut malvarlığın pasifinde (borçlarda) artma, değer kayıpları maddî zararları oluşturur⁶⁸. Örneğin bir binanın yıkılması, otomobilin telef olması, tarla ya da bahçedeki ürünlerin zarar görmesi, tuğla-kiremit toprağının ırmağa akması, meyve veya kavak ağaçlarının kesilmesi, yaralanan kişinin tedavi masrafları, yaralanan kişinin belli bir süre çalışmaması, kapatma kararı nedeniyle satış yapılamaması gibi durumlar maddî zararlar içinde yer alırlar.

İdarece tazmin edilecek zarar, şahıs varlığına yönelik manevî zarar şeklinde de olabilir. Kişinin kişi olarak sahip olduğu hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi kişilik değerlerinin tümü şahıs varlığını ifade etmektedir⁶⁹. Bu değerlere saldırı, objektif olarak bir zararı ifade eder⁷⁰. İşte şahıs varlığına yönelen bu tür zararlar “manevî zararlar (*préjudices moreux*)⁷¹” denir ve tazmi-

⁶⁶ ATAY, age., s. 693; CHAPUS, age., C.I, s. 1209; FORGES, age., s. 282; DARCY, age., s. 139; PAILLET, age., s. 212; FRIER, age., s. 495; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 561; MAURİN, age., s. 108.

⁶⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s. 715, C.II, s. 719; ONAR, age., C.III, s. 1717-1718; ATAY, age., s. 693.

⁶⁸ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s. 715, C.II, s. 719; TAN, age., s. 475; GÜN-DAY, age., s. 383; CHAPUS, age., C.I, s. 1213; FORGES, age., s. 282; PAILLET, age., s. 212; FRIER, age., s. 495; LEBRETON, age., s. 323; DEBBASCH, age., s. 591.

⁶⁹ EREN, age., s. 483

⁷⁰ EREN, age., s. 483.

⁷¹ CHAPUS, age., C.I, s. 1213; PAILLET, age., s. 218; FORGES, age., s. 282; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 831; DEBBASCH, age., s. 591; LEBRETON, age., s. 325; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 561.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ni gerekir. Bu bağlamda şeref (*honneur*), ün (*réputation*), estetik bozukluklar (*préjudice esthétique*), fiziksel acılar (*douleur physique*) manevi zararlar içinde mütalaa edilmektedir⁷².

Aslında manevî elem ve ıstırap, parayla karşılanabilecek bir durum değildir. Sadece kişinin acısının hafiflemesine katkı sağlayan bir durumdur. Nitekim Danıştay da bu hususu belirtmektedir:

“... Manevi tazminat, gerçekte bir tazmin aracı değil, doyum (tatmin) aracıdır. İdarenin hukuka aykırı eylem veya işlem nedeniyle manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı (elem, ıstırap), üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı ile bir miktar para verilerek, onun bu yoldan doyurulması (tatmin edilmesi sağlanır...)”⁷³.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin şu kararı, manevi zararın değerlendirmesinin ne kadar zorluklarla dolu olduğunu ortaya koymaktadır:

“... Manevi tazminata gelince, üzücü olayların uzak veya yakın tesirini duyan hemen herkes manevî tazminat isteme hakkına sahip değildir. Bu tür -ölümlü- olaylarda, özellikle akrabaların az ya da çok üzüntü ve acı duyması tabiidir. Ancak, mücerret böyle bir acı için manevi tazminat gerekmez. Bu tazminatta hukukî ölçü, duyulan acının niteliği ve süresi yönünden istek sahibinin **tüm benliğini sarar şekilde kapsamış olmasıdır**. Yoksa sadece amca, teyze, dayı, üvey anne gibi ölenin yakını olmak, mahiyeti belirtilen acıların duyulduğuna delil sayılamayacağı gibi, manevî tazminat isteyen kimselerin acı, ıstırap ve elem gibi duyguları idrak edebilecek yaş ve aklî yeterlik içinde bulunmaları da şarttır...”⁷⁴.

⁷² CHAPUS, age., C.I, s. 1213; FORGES, age., s. 283; PAILLET, age., s. 218-221; PEISER, age., s. 211; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 561; LEBRETON, age., s. 325-327; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 831.

⁷³ Danıştay Sekizinci Dairesi, E.1988/470, K.1990/929, T.8.5.1990, GÖZÜ-BÜYÜK/TAN, age., s. 715-716.

⁷⁴ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (2.D), 30.6. 1982 tarihli karar, GÜRAN Şait, “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi’ne Göre Manevi Tazminat”, İÜSBFD, Yıl.1, Sy.1, s. 160.

C. BEDEN VE RUH BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİ VE TAZMİNAT

İdarenin davranışı sonucu meydana gelen ve tazmin edilmesi gereken zarar maddî olabileceği gibi manevî bir zarar da olabilir. Bu bağlamda şahıs varlığının ihlali (beden bütünlüğünün ihlali) sonucunda da maddî ve manevi zararlar meydana gelebilmektedir.

1. Şahıs Varlığı Kavramı

Kişinin kişi olarak sahip olduğu hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi kişilik değerlerinin tümü şahıs varlığını ifade etmektedir⁷⁵. Bu anlamda ölüm, beden bütünlüğün bozulmasına sebep olan her türlü müdahale (yaralama, organın işlevini kaybetmesi...), kişilik haklarına yönelik bir davranış, şahıs varlığının ihlali niteliğindeki davranışlar sonucunda meydana gelen maddi ve manevi zararlar, şahıs varlığına yönelik zararlar içinde mütalaa edilir.

Şahıs varlığı, beden ve ruh bütünlüğünü kapsayan bir kavramdır. Bedensel bütünlük, sadece fiziki anlamda bütünlüğü değil, aynı zamanda ruhî bütünlüğü de kapsamaktadır. Beden ve ruh bütünlüğü ise şahıs varlığının iki parçasını oluşturmaktadır. Nitekim Yargıtay da beden bütünlüğü kavramı içinde ruhsal bütünlüğün de yer aldığını belirterek, “*“ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin de girdiğini; burada, sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil, ruhi ve asabi bütünlüğün de korunduğunu”* söylemektedir⁷⁶. İdarî yargı yerlerinin yaklaşımının da aynı yönde olduğu söylenebilir⁷⁷.

⁷⁵ EREN, age., s. 483

⁷⁶ KARAHANAN Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku: Manevi Tazminat, 6. Baskı, İstanbul 2001, s.851.

⁷⁷ ARMAĞAN Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara 1997, s. 225. Danıştay 6. Dairesi, E, 2005/3310, K. 2006/2160, T.02.03.2006: “...Söz konusu hizmet kusurunun basit bir hukuka aykırılık sonucu doğurmayıp çok dramatik bir neticeye sebep olmasından dolayı derin manevî travmalar oluşturacağı nedeniyle de manevî tazminat is-

Örneğin Danıştay, hastahanedeki yapılan göz ameliyatı sonunda görme yetisini kaybeden kişi bakımından, görme yetisinin kaybedilmesinin manevi değerlerinde eksilme niteliğinde olduğu ve bu sebeple duyulan acı ve üzüntünün meydana getirdiği ruhsal sarsıntı sebebiyle manevi tazminat verilmesine hükmetmiştir⁷⁸.

2. Şahıs Varlığının İhlalinden Doğabilecek Maddî Zararlar

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalma, artması gerekirken artmama (yoksun kalınan kâr) yahut malvarlığın pasifinde (borçlarda) artma, değer kayıpları maddî zararları oluşturur⁷⁹.

Beden bütünlüğünün ihlalinden kaynaklanabilecek maddî zararlara şu örnekleri verebiliriz:

-Zararın niteliğine göre, tedavi veya zararın azaltılmasına yönelik tıbbî bakım masrafları maddî zararlar içinde yer alır. Bu bağlamda teşhis ve tedavi, hekim kontrolü, ilaçlar ve diğer tıbbî malzemelerin kullanımı, alternatif tedavi yöntemleri, tedavi için yol masrafları tazmin edilmesi gereken maddî zararlar içinde yer alır.

Yine tedavi bağlamında, zarar görenin yakınlarının gelip manevi destek olmaları tedavinin bir parçası niteliğinde ise, başka bir ifade ile bu manevi destek iyileşme için tıbben gerekli ise, kişilerin ziyaret masrafları da maddî zararlar kapsamındadır. Tıbben zorunlu olan akraba ziyaretlerinde, ziyaretçilerin bu nedenle uğradıkları kazanç kayıpları da dikkate alınmalıdır.

temlerinin kabulüne...".

⁷⁸ Danıştay 10.Dairesi, E. 1998/190, K.1999/6198, T.22.11.1999, DD.103, s. 879.

⁷⁹ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s. 715, C.II, s. 719; TAN, age., s. 475; GÜNDAY, age., s. 383; CHAPUS, age., C.I, s. 1213; FORGES, age., s. 282; PAILLET, age., s. 212; FRIER, age., s. 495; LEBRETON, age., s. 323; DEB-BASCH, age., s. 591.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- Zarara uğrayan, sürekli bir bakıma ihtiyaç duyacak durumda ise, bakım masrafları da maddî zararlar içinde yer alır. Hatta bir bakımevinde kalması zarureti hasil olursa, bu masraflar da maddî zarar kapsamındadır.
- Zarar görenin, hayatını idame ettirebilmesi için protez, tekerlekli sandalye, duyma cihazı gibi diğer tıbbi cihazlara ihtiyacı doğmuşsa bunların masrafları da maddî zararlar içindedir.
- Zarar görenin hayatını idame ettirebilmesi için, konutunda tadilatlar gerek duyuluyorsa bu masraflar da maddî zararlar kapsamında düşünölmelidir.
- Beden bütönlüğünün ihlalinden kaynaklanabilecek en önemli zarar kalemi, çalışma gücünün tamamen veya kısmen ortadan kalkması sonucu kazanç kaybına uğraması şeklindeki zararlardır. Burada çalışma gücünün yeterince kullanılamaması sebebiyle ortaya çıkabilecek zararlar (mesela fazla mesaiye kalamama) tazmin edilmelidir.
- Zarar görenin ev işlerine yaptığı katkıları (evin boyanması, tamiratlar...vs) da, maddî zararın hesabında dikkate alınmalıdır.
- Zarar görenin mesleki ilerlemesi de maddî zararlar da dikkate alınması gereken bir başka husustur. Şayet beden bütönlüğünün ihlali olmasaydı mesleki kariyerinde yükselilebileceği statü dikkate alınarak bir kazanç kaybı hesap edilir. Bunun yapılması doğal olarak birçok bileşenin (yetenek, çalışkanlık, istihdam edilebilirlik...)değerlendirilmesine bağlı olacaktır.
- Son olarak ölenin ya da zarar görenin yakınlarının (eş, çocuk...), yoksun kaldığı destek de maddî zararlar içinde yer alır. Ölüm veya yaralanma olmasaydı ne kadar destek sağlayacak idiyse, o miktarda maddî tazminat hakkı doğar.

3. Şahıs Varlığının İhlalinden Doğabilecek Manevî Zararlar

Kişinin kişi olarak sahip olduğu hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi kişilik değerlerinin tümü şahıs varlığını ifade etmektedir⁸⁰. Bu değerlere saldırı, objektif olarak bir zararı ifade eder⁸¹. İşte şahıs varlığına yönelen bu tür zararlara “manevî zararlar (*préjudices moraux*)⁸²) denir ve tazmini gerekir. Bu bağlamda şeref (*honneur*) ve ün (*réputation*) gibi değerlere saldırı, estetik bozukluklar (*préjudice esthétique*), beden bütünlüğünün bozulması nedeniyle duyulan manevî elem, fiziksel acılar (*dolleur physique*) manevî zararlar içinde mütalaa edilmektedir⁸³.

Beden bütünlüğü zarar gören ve bu zarar sebebiyle anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan, organları işlev kaybına uğrayan ve bu yüzden acı-üzüntü (elem-ıstırap) duyan kişi, ekonomik yönden bir zarar olup olmadığına bakılmaksızın, sırf bu acı ve üzüntü için manevî tazminat hakkına sahip olacaktır⁸⁴.

Aslında manevî elem ve ıstırap, parayla karşılanabilecek bir durum değildir. Sadece kişinin acısının hafiflemesine katkı sağlayan bir durumdur. Nitekim Danıştay da bu hususu belirtmektedir:

“...Manevî tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevî tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı,

⁸⁰ EREN, age., s. 483

⁸¹ EREN, age., s. 483.

⁸² CHAPUS, age., C.I, s. 1213; PAILLET, age., s. 218; FORGES, age., s. 282; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 831; DEBBASCH, age., s. 591; LEBRETON, age., s. 325; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 561.

⁸³ CHAPUS, age., C.I, s. 1213; FORGES, age., s. 283; PAILLET, age., s. 218-221; PEISER, age., s. 211; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 561; LEBRETON, age., s. 325-327; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 831.

⁸⁴ KARAHASAN Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku: Manevî Tazminat, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 844.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir... Manevi tazminata hükmedilmesi için kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi ve idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması gerekir... Manevi zararın tazminine hükmedilirken ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini ifade edecek, idarenin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirilmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir...”⁸⁵.

Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin şu kararı, manevi zararın değerlendirmesinin ne kadar zorluklarla dolu olduğunu ortaya koymaktadır:

*“... Manevi tazminata gelince, üzücü olayların uzak veya yakın tesirini duyan hemen herkes manevî tazminat isteme hakkına sahip değildir. Bu tür –ölümlü- olaylarda, özellikle akrabaların az ya da çok üzüntü ve acı duyması tabiidir. Ancak, mücerret böyle bir acı için manevi tazminat gerekmez. Bu tazminatta hukukî ölçü, duyulan acının niteliği ve süresi yönünden istek sahibinin **tüm benliğini sarar şekilde kapsamış olmasıdır**. Yoksa sadece amca, teyze, dayı, üvey anne gibi ölenin yakını olmak, mahiyeti belirtilen acıların duyulduğuna delil sayılamayacağı gibi, manevî tazminat isteyen kimselerin acı, ıstırap ve elem gibi duyguları idrak edebilecek yaş ve aklî yeterlik içinde bulunmaları da şarttır...”⁸⁶.*

Hukukumuzda manevi tazminatın bir “tazmin aracı olmadığı”, sadece “tatmin aracı” olduğu kabul edilmektedir.

⁸⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E. 2002/4177, K. 2003/1089, T.25.03.2003; Danıştay Sekizinci Dairesi, E.1988/470, K.1990/929, T.8.5.1990, GÖZÜ-BÜYÜK/TAN, age., s.715-716: “... Manevi tazminat, gerçekte bir tazmin aracı değil, doyum (tatmin) aracıdır. İdarenin hukuka aykırı eylem veya işlem nedeniyle manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı (elem, ıstırap), üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı ile bir miktar para verilerek, onun bu yoldan doyurulması (tatmin edilmesi) sağlanır...”

⁸⁶ Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (2.D.), 30.6. 1982 tarihli karar, GÜRAN Sait, “Askerî Yüksek İdare Mahkemesi’ne Göre Manevi Tazminat”, İÜSBFD, Yıl.1, Sy.1, s. 160.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

“...Manevi tazminat, patrimonuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik **bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır**. Olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir...”⁸⁷.

Manevi tazminat sadece gerçek kişiler için mi söz konusudur? Tüzel kişilerin manevi zarara uğramaları ve manevi tazminat istemeleri mümkün müdür? Danıştay bu soruya olumlu cevap vermekte ve tüzel kişilerin de manevi tazminat talep etmelerinin mümkün olduğunu belirtmektedir.

“...Davacı şirketin bir yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına neden olan eyleminin 4734 sayılı Kanun’unun 17/a maddesi kapsamında “Yasak fiil ve davranış” niteliğinde olmadığı, bu gerekçeyle verilen yasaklama kararı davacı şirketin ticari itibarını zedeleyeceğinden ve güvenilirliğini azaltacağından, davacı şirketin söz konusu işlem nedeniyle uğradığı manevi zarara karşılık makul bir tazminata hükmedilmesi gerektiğine...”⁸⁸.

Danıştay’ın 2005 tarihli bir kararında ise şirket lehine manevî tazminata hükmedilmiştir.

“...Davacı şirketin bir yıl süreyle bütün kamu kurum ve kuruluşların ihalelerine katılmaktan yasaklanmasına neden olan eyleminin 4734 sayılı Kanun’unun 17/a maddesi kapsamında “Yasak fi il ve davranış” niteliğinde olmadığı, bu gerekçeyle verilen yasaklama kararı davacı şirketin ticari itibarını zedeleyeceğinden ve güvenilirliğini azaltacağından, davacı şirketin söz konusu işlem nedeniyle uğradığı manevi zarara karşılık makul bir tazminata hükmedilmesi gerektiğine...”⁸⁹.

⁸⁷ Danıştay Onuncu Dairesi, E.2007/5028, K.2010/6974.

⁸⁸ Danıştay Onüçüncü Dairesi, E. 2005/1819, K. 2005/4728, T.26.09.2005.

⁸⁹ Danıştay 13.Dairesi, E.2005/1819, K.2005/4728,T. 26.09.2005.

2. Manevi Zarar Türleri

Şahıs varlığına yönelik ihlallerden kaynaklanan manevi zararları etkileri bakımından kendi içinde “salt manevi zararlar” ve “maddî etkileri dolan manevi zararlar” şeklinde ikiye ayırabiliriz⁹⁰.

“Salt manevi zararlar”, herhangi bir maddî kayba sebep olmayan, sadece manevi bir elem ve ıstıraba yol açan ihlallerdir. Mesela hakaret, aşağılama, küçük düşürme filleri salt manevi zarara sebep olacak nitelikte fiillerdir. Buna mukabil şahıs varlığına yönelik ihlal, kişi bakımından bazı maddi kayıplara da sebep oluyorsa, “maddi etkileri olan manevi zarar” dan söz edilebilir. Mesela kişinin beden bütünlüğünü kaybetmesi (kolunu veya bacağına yahut gözünü kaybetmesi) nedeniyle işgücü kaybına uğraması ve gelirinde yahut kazancında azalma olması bu nitelikte bir zarardır. Bir sanatçının şöhretine yönelik saldırı nedeniyle kazancında kayıp varsa maddi etkileri olan manevi zarar ortaya çıkmış demektir.

Salt manevi zararların tespiti ve giderimindeki zorluktan dolayı ki, Fransız Yargıtayının 1800’lü yılların başından beri salt manevi zararların tazmin edilmesi yönünde içtihat oluşturmamasına rağmen; Fransız Danıştay 1960 yıllara kadar bu zararların tazminini “fiziksel acılar parayla ölçülemez” diyerek hatta bu tür acıların paraya tahvil edilmesi gayri ahlaki bulunarak reddetmiştir⁹¹. Fransız Danıştay bu içtihadından 1961 tarihli “*Ministre des Travaux Publics ç/Consorts Letisserand* kararı⁹² ile vazgeçmiş ve salt manevi zararlar içinde tazminat ödeneceğine içtihat etmiştir.

⁹⁰ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s.715.

⁹¹ ATAY E. Ethem/ODABAŞI Hasan/GÖKCAN Hasan Tahsin, Teori ve Yargı Kararları İşığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara, 2003, s. 160 vd; RIVERO Jean/WALINE Jean, Droit Administratif, 20. Baskı, Paris, 2004, s. 402.

⁹² Conseil d’Etat, Ass. 24 Novembre 1961 (Rec.661) RİCCİ Jean-Claude, Mémento dela Jurisprudence admnistratve, 3.Baskı, s.84.

D. İDARÎ YARGI YERLERİ UYGULAMALARINDAN ÖRNEKLER

1. İdarenin Sorumluluğunun Anlamı

Yukarıda, idare hukukunda idarenin sorumluluğu bağlamında kusura dayalı sorumluluğun ve kusursuz sorumluluğun teorik temelleri üzerinde durmuştuk. Sorumluluk kavramının idare hukuku bakımından ne anlama geldiğini ifade etmiştik. Danıştay da öğretilerdeki yaklaşıma paralel bir anlayışı benimsemektedir. Aşağıdaki karar bunu açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

“...İdarenin hukuki sorumluluğu, kamusal faaliyetler sonucunda, idare ile yönetilenler arasında yönetilenler zararına bozulan ekonomik dengenin yeniden kurulmasını, idari etkinliklerden dolayı bireylerin uğradığı zararın idarece tazmin edilmesini sağlayan bir hukuksal kurumdur. Bu kurum, kamusal faaliyetler nedeniyle yönetilenlerin malvarlığında ortaya çıkan eksilmelerin ya da çoğalma olanağından yoksunluğun giderilebilmesi, karşılanabilmesi için aranılan koşulları, uygulanması gereken kural ve ilkeleri içine almaktadır...”⁹³.

Kararda bir hususun altı çizilmektedir. İdarenin davranışları sonucu zarar görenlerin zararlarının tazmin edilmesi, hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olduğu, idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuç olduğu vurgulanmaktadır: *“...İdarenin hukuki sorumluluğu, kişilere lütuf ve atıfet duygularıyla belli miktarda para ödenmesini öngören bir prensip olmayıp; demokratik toplum düzeninde biçimlenen idare-birey ilişkisinin doğurduğu hukuki bir sonuçtur...”⁹⁴.*

2- Kusur Sorumluluğunun Öncelik Özelliği

Yukarıda ifade edildiği üzere, özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da kusur sorumluluğu (hizmet kusuru), öncelik özelliğine sahiptir. Başka bir ifade ile kusura dayalı sorumlu-

⁹³ Danıştay Onuncu Dairesi, E.2007/3301, K.2008/2939.

⁹⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E.2007/3301, K.2008/2939.

luk, kusursuz sorumluluktan önce gelir. Mahkeme tam yargı davasında idarenin sorumlu olup olmadığını tespit ederken önce kusura dayalı sorumluluğun şartlarını araştırır; kusursuz sorumluluğun şartları bulunmuyorsa ikincil olarak kusursuz sorumluluğun şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakar. Danıştay da bu yaklaşımı aynen benimsemektedir.

“...Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, (gerekir)...”⁹⁵.

Kararda dikkat çeken bir husus da, tam yargı davasında da idarenin tasarruflarının hukuka uygunluk denetiminin yapıldığının ortaya konmasıdır. Hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hukuka uygunluk denetiminin bir yansımasıdır.

3-Sorumluluk Sebebinin Açıkça Belirtilmesi Gerekliği

Danıştay, idarenin sorumluluğuna hükmedilirken hangi sorumluluk esasına dayanılarak karar verildiğinin açıkça belirtilmesini istemektedir. Yani kusura dayalı sorumluluk ya da kusursuz sorumluluktan hangisi esas alınarak tazminata hükmedildiğinin kararın gerekçesinde açıkça ortaya konulması gerekmektedir.

*“...Tam yargı davalarında, öncelikle zarara yol açtığı öne sürülen idari işlem veya eylemin hukuka uygunluğunun denetlenmesi esas alındığından, olayın oluşumu ve zararın niteliği irdelenip, idarenin hizmet kusuru olup olmadığının araştırılması, hizmet kusuru yoksa kusursuz sorumluluk ilkelerinin uygulanıp uygulanmayacağına incelenmesi, **tazminata hükmedilirken de her halde sorumluluk sebebinin açıkça belirtilmesi gerekmektedir...**”⁹⁶.*

⁹⁵ Danıştay Onuncu Dairesi, E.2007/3301, K.2008/2939.

⁹⁶ Danıştay Onuncu Dairesi, E.2007/3301, K.2008/2939.

4-İdareden Tazminat İsteyebilecekler

İdarenin etkinliklerinden (işlem veya eylemlerinden) zarar görmesi nedeniyle idareden tazminat talep edebilecek kişiler kimler olabilir? Danıştay aşağıya aktardığımız kararda bu hususu gayet açık ve net bir biçimde ifade etmektedir.

“...İdari faaliyetten zarar gören kişi, faaliyetin ilişkili olduğu kamu hizmetinden yararlanan durumunda veya faaliyetin içinde, kamu hizmetinin görülmesine katılan bir kişi olabileceği gibi; idari faaliyetle, kamu hizmeti ile hiçbir yönden ilişkisi olmayan üçüncü bir kişi de olabilir...”⁹⁷.

Karadan da anlaşıldığı gibi, idareden tazminat talep edebilmek için mutlaka idarenin faaliyetinin (etkinliğinin) muhatabı ya da bu etkinlikten etkilenen durumunda olmak zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna göre idareden tazminat isteyebilecek kişileri şu şekilde ifade edebiliriz:

a) Kamu hizmetinden yararlananlar: Mesela belediyenin metro hizmetinden yararlanan (metro ile seyahat eden) kişi, bu seyahat esnasında beden bütünlüğüne yönelik bir zarara uğrarsa idareden maddî ve manevî tazminat talep edebilecektir.

b) Kamu hizmetinin sunumuna katılan kişi: Mesela, mahallede çıkan yangının söndürülmesine yardımcı olan kişi (kamu hizmetinin sunumuna katılan geçici kamu görevlisi), bu faaliyet sırasında beden bütünlüğüne yönelik bir zarara maruz kalırsa, idareden tazminat talep edebilecektir.

c) Üçüncü kişiler: Kamu hizmetinin sunumuna katılan veya kamu hizmetinden yararlanan konumunda olmayan üçüncü kişiler, idarenin davranışından zarar görür iseler, onlar da idareden tazminat talep edebileceklerdir. Mesela belediyenin üst geçit inşaatı devam ederken yoldan geçen bir kişinin inşaatından düşen demir parçası sebebiyle yaralanması bu şekildedir.

⁹⁷ Danıştay Onuncu Dairesi, E.2007/3301, K.2008/2939.

5. Manevi Tazminatın Niteliği

Daha önce manevi tazminatın hukukî niteliği konusundaki tartışmalar üzerinde durmuştuk. Öğretideki ağırlıklı görüşün manevi tazminatın bir “tazmin aracı” olmadığı, ancak bir “tatmin aracı” olduğunu ifade etmiştik. Danıştay kararlarına baktığımızda, bu yaklaşımın Danıştay tarafından da benimsendiğini görmekteyiz.

“...Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik **bir tazmin aracı değil, tatmin aracıdır**. Olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlar. Belirtilen niteliği gereği manevi tazminatın zenginleşmeye yol açmayacak şekilde belirlenmesi gerekmekte ise de, tam yargı davalarının niteliği gereği takdir edilecek miktarın aynı zamanda idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak bir oranda olması gerekmektedir...”⁹⁸.

“...Manevi tazminat, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik **bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır**. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Manevi tazminata hükmedilmesi için kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi ve idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veya şeref ve haysiyetinin rencide edilmiş bulunması gerekir... Manevi zararın tazminine hükmedilirken ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu elem ve ızdırabın kısmen giderilmesini ifade edecek, idarenin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir...”⁹⁹.

Bu kararda ayrıca tazminat miktarının belirlenmesinde kişilerin sosyal ve ekonomik durumunun dikkate alınması; buna paralel olarak idarenin hukuka aykırı davranışı ile mütenezip bir tazminata hükmedilmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

⁹⁸ Danıştay Onucu Dairesi, E.2007/5028, K.2010/6974.

⁹⁹ Danıştay Onuncu Dairesi, E. 2002/4177, K. 2003/1089, T.25.03.2003.

Yine kararda tazminat miktarı belirlenirken “hukuka aykırılığı özendirmecek” bir miktar belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Danıştay’ın manevî zararın hukukî niteliği hakkında yaklaşımı da öğretilmesine benzemektedir.

“...Manevi zarar, kişinin fizik yapısını zedeleyen, yaşama gücünü azaltan olaylar nedeniyle duyulan acıyı, ıstırapı veya kişilik haklarının zedelenmesi nedeniyle şeref ve haysiyetin rencide edilmesini ifade ettiği gibi; günlük yaşamı zorlaştıran belli ağırlıktaki her türlü üzüntü ve sıkıntıyı da kapsamaktadır...”¹⁰⁰.

6- Ölüm Nedeniyle Tazminat İsteyebilecekler

İdarenin etkinliği (faaliyeti-işlemi veya eylemi) sonucu ölüm gerçekleştiğinde, bu ölüm olayına dayanarak kimler tazminat talep edebileceklerdir? İdarî yargı kararlarına baktığımızda şu sonuçlara ulaşmaktayız.

a) Ölenin anne-babası: İdarenin etkinliği sebebiyle bir ölüm olayı gerçekleştiğinde, ölenin anne-babası idareden maddî ve manevî tazminat talep edebilmektedirler. Nitekim Danıştay’ın 2000 tarihli bir kararına konu olan olayda; Bir kişinin, ihbar üzerine olay mahalline giden görevli polis memuruna ait tabancadan çıkan kurşunla ölmesi nedeniyle anne ve babaya manevi tazminata hükmedilmiş¹⁰¹.

b) Ölenin eşi: İdarenin etkinliği sebebiyle bir ölüm olayı gerçekleştiğinde, ölenin eşi idareden maddî ve manevî tazminat talep edebilmektedirler. Nitekim Danıştay’ın 2005 tarihli bir kararına konu olan olayda; Ölüm neticesinde manevi zarara uğramış olan eşe duyduğu acıyı ispat etmesine gerek olmaksızın bu zararın tazmini olarak bir miktar manevi tazminat verilmesi gerektiğine karar verilmiştir¹⁰².

¹⁰⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E.2007/3301, K.2008/2939.

¹⁰¹ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1998/1909, K.2001/240, T. 25.01.2000,

¹⁰² Danıştay Beşinci Dairesi, E.2001/2534, K.2005/3655, T.16.09.2005.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

c) **Ölenin çocukları:** İdarenin etkinliği sebebiyle bir ölüm olayı gerçekteştiğinde, ölenin çocukları idareden maddî ve manevî tazminat talep edebilmektedirler. Danıştay çocukların ölüm olayı sebebiyle hayat boyunca manevî bir elem duyulacağı ve tazminat belirlenirken bu hususun da dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.

“...Manevi tazminat, yalnız çekilen acılara değil çekilecek acılara da karşılık takdir olunur. Davacı çocukların ölen babalarının acısını olay anında duyması mümkün olmasa bile, daha sonra ve hayat boyunca olayın ağırlığını hissedecekleri ve dolayısıyla manevi acı duyacakları ortadadır. Bu itibarla, davacılardan ölenin çocuklarının olay tarihindeki yaşları dikkate alınarak manevi tazminat istemlerinin” kabulü gerekir¹⁰³.

Ölüm olayı nedeniyle çocuğun tazminat talep edebilmesi için, yaşının bir önemi bulunmamaktadır. Nitekim Askerî Yüksek İdare Mahkemesinin 1975 tarihli bir kararında, ölüm tarihinde ana rahminde bulunan ve sonradan doğan çocuğun manevi tazminata müstahak olduğu kabul edilmiştir¹⁰⁴.

d) **Ölenin kardeşi:** İdarenin etkinliği sebebiyle bir ölüm olayı gerçekteştiğinde, ölenin kardeşi idareden maddî ve manevî tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir. Nitekim AYİM’in 2004 tarihli bir kararında, ölenin kardeşine tazminat ödenmesi gerektiğine hükmedilmiştir¹⁰⁵.

Burada belirtmek gerekir ki AYİM, ölüm olayı nedeniyle kardeşin tazminat talep edebilmesi için, kardeşin ölüm olayını idrak edebilecek bir yaşta olması gerektiği yönünde içtihat oluşturmaktadır. AYİM ölüm olayını idrak edebilme yaşı olarak 1995’li yıllara kadar 10 yaş olarak¹⁰⁶; daha sonra bunu 7 yaş

¹⁰³ Danıştay Onucu Dairesi, E.1995/2428, K.1996/7639, T.18.11.1996.

¹⁰⁴ AYİM Üçüncü Dairesi, E.1974/2236, K.1975/2263, T.09.12.1975.

¹⁰⁵ AYİM İkinci Dairesi, E.2002/783, K.2004/809, T.27.10.2004.

¹⁰⁶ AYİM İkinci Dairesi, E.1994/669, K.1994/583, T.30.03.1994.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

olarak kabul etmiş¹⁰⁷; 2001 tarihli bir kararda ise ölüm olayının idrak yaşı olarak 5 yaşı kabul etmiş görünmektedir¹⁰⁸.

e) Ölenin nişanlısı: İdarenin etkinliği sebebiyle bir ölüm olayı gerçekleştiğinde, ölenin nişanlısının idareden maddî ve manevî tazminat talep edebileceği kabul edilmektedir. Nitekim AYİM'in 1994 tarihli bir kararında, örf ve adetler gereğince, ölen kişi ile nişanlı olarak bilinen davacının, nişanlısının ölümü nedeniyle büyük üzüntü yaşayacağı ve hatta ileride evlenme şansının azalacağı endişesini duyacağı gerekçesiyle, duyacağı acı ve ıstırabını kısmen de olsa karşılayabilmek amacıyla uygun miktarda tazminata hükmedilmiştir¹⁰⁹. Danıştay da ölenin nişanlısının tazminat talep hakkına sahip olduğuna karar vermektedir¹¹⁰.

f) Ölenin akrabaları: Ölen kişinin amca, teyze, dayı, kayın valide, kayınpeder gibi akrabalarının, ölüm olayı nedeniyle tazminat talep hakları bulunmaktadır. Ancak bu kişiler sadece akraba olmaları hasebiyle tazminat hakkına sahip olamayacakları, ölen ile aralarında sıkı bir ilişki yani "*duygusal bir bağ olması*" halinde tazminat hakkına sahip olacakları kabul edilmektedir¹¹¹.

Nitekim AYİM'in 1982 tarihli bir kararında bu durum açık ve net bir şekilde ortaya konmaktadır:

"...Manevi tazminata gelince, üzücü olayların uzak veya yakın tesirini duyan hemen herkes manevi tazminat isteme hakkına sahip değildir. Bu tür ölümlü olaylarda, özellikle akrabaların az ya da çok üzüntü ve acı duyması tabiidir. Ancak, mücerret böyle bir acı için manevi tazminat gerekmez. Bu tazminatta ölçü, duyulan acının niteliği ve süresi yönünden istek sahibinin tüm benliğini sararak

¹⁰⁷ AYİM İkinci Dairesi, E.1994/1534, K.1995/979, T.13.12.1995.

¹⁰⁸ AYİM İkinci Dairesi, E.2001/640, K.2001/688, T.03.10.2001.

¹⁰⁹ AYİM İkinci Dairesi, E.1993/159, K.1994/1058, T.23.03.1994..

¹¹⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1997/4839, K.1999/5475, T.09.11.1999.

¹¹¹ AYİM 3.Dairesi, E.1974/2236, K.1975/2263, T.09.12.1975

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

kapsamış olmasıdır. Yoksa, sadece amca, teyze, dayı, üvey anne gibi ölenin yakını olmak, mahiyeti belirtilen acıların duyulduğuna delil sayılamayacağı gibi, manevi tazminat isteyen kimselerin acı, ıstırap ve elem gibi duyguları idrak edebilecek yaş ve aklî yeterlik içinde bulunmaları da şarttır...”¹¹².

Bu karardan çıkan bir başka sonuç ise, amca, teyze, dayı, kayın valide, kayınpeder gibi akrabaların, ölüm olayı nedeniyle tazminat talep edebilmeleri için, *acı, ıstırap ve elem gibi duyguları idrak edebilecek yaş ve aklî yeterlik içinde bulunmaları* gerekmektedir. Yukarıda ölenin kardeşi bakımından söz konusu edilen beş yaş şartı, burada da kabul edilebilir.

g) Öleni büyütüp yetiştiren: Ölenin yakın akrabası olmakla birlikte, öleni bir anne-baba gibi bakıp büyüten kişinin de, ölüm olayı nedeniyle tazminat talep edebileceği idarî yargı kararlarında kabul edilmektedir. AYİM’in 2004 tarihli bir kararında, babasının ölümünden sonra, öleni bakıp büyüten, amca ve halaya tazminat ödenmesine hükmedilmiştir¹¹³. Benzer şekilde 1997 tarihli bir kararda, ölenin “büyüyüp yetişmesinde katkısı bulunduğu anlaşılan davacı üvey annenin, ölüm olayı nedeniyle duyduğu ve ömür boyu duyacağı acı ve ıstırapı kısmen de olsa karşılamak amacı ile kendisine uygun miktarda manevi tazminat verilmesine karar verilmiştir¹¹⁴.

h) Ölenin evlilik dışı birlikte yaşadığı kişi: İdarî yargı yerleri, ülkemizdeki toplumsal yaşamı dikkate alarak, resmî nikâh olmaksızın dinî nikâh ile birlikte yaşayan kişiler bakımından da tazminat taleplerini kabul etmektedir.

“...Ülkemizin toplumsal gerçekleri göz önünde bulundurulduğunda, ölen kişinin nikâhsız eşiyle birlikte uzun süre karı-koca hayatı yaşayıp dört çocuğunun dünyaya gelmesi ve geçiminin ölen tarafın-

¹¹² AYİM İkinci Dairesi, T.30.06.1982, GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.I, s.716-717.

¹¹³ AYİM 2.Dairesi, , E,2003/257, K.2004/249, T.16.06.2004.

¹¹⁴ AYİM 2.Dairesi, E.1997/479, K.1997/858, T.05.11.1997.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

dan karşılandığının anlaşılması nedeniyle nikâhsız eşe maddi ve manevi tazminat verilmesi gerektiği sonucuna varıldığı...”¹¹⁵.

Kararda “*nikâhsız eş*” deyimini dikkati çekmektedir. Buradan anlaşılan, toplumda evlilik olarak kabul edilen birliktelik (dini nikâh) tazminata hakkı sağlamaktadır. Bunun tersinden çıkan sonuç, toplumda evlilik olarak kabul edilmeyen birliktelik, tazminat hakkı vermeyecektir.

5-Bedensel Zarar ve Manevi Tazminat

Yukarıda da ifade edildiği üzere, tazmin edilecek zarar, şahıs varlığına yönelik manevî zarar şeklinde de olabilir. Kişinin kişi olarak sahip olduğu hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi kişilik değerlerinin tümü şahıs varlığını ifade etmektedir¹¹⁶. Bu değerlere saldırı, objektif olarak bir zararı ifade eder¹¹⁷. İşte şahıs varlığına yönelen bu tür zararlara “*manevî zararlar (préjudices moreux*¹¹⁸)” denir ve tazmini gerekir.

Doğrudan fizikî beden bütünlüğünün ihlali (bir organın ya da uzvun kaybedilmesi gibi) de, o kişi bakımından manevî tazminat hakkı doğurur. Nitekim Danıştay’ın 1999 tarihli bir kararında “*hastanede yapılan göz ameliyatı sonunda davacının gözünün görmemesi olayında; manevi değerlerinde eksilme meydana gelen davacıya duyulan acının, üzüntünün ve ruhsal sarsıntının verdiği hisler nedeniyle manevi tazminat verilmesine*” karar verilmiştir¹¹⁹.

¹¹⁵ Danıştay İDDGK, E.1995/79, K.1997/479, T.17.10.1997

¹¹⁶ EREN, age., s. 483

¹¹⁷ EREN, age., s. 483.

¹¹⁸ CHAPUS, age., C.I, s. 1213; PAILLET, age., s. 218; FORGES, age., s. 282; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 831; DEBBASCH, age., s. 591; LEBRETON, age., s. 325; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 561.

¹¹⁹ Danıştay 10.Dairesi, E.1998/190, K.1999/6198, T. 22.11.1999.

6- Bedensel Zarar Sebebiyle Yakınlara Tazminat Ödenmesi

Beden bütünlüğünün ihlali (bir organın ya da uzvun kaybedilmesi, işlevini yitirmesi gibi) durumunda, zarara uğrayanın yakınlarına da tazminat ödenmesi yargı yerlerince kabul edilmektedir.

Danıştay'ın 1998 tarihli bir kararında, "askerî atış sahası içinde kalan patlamamış dinamit ve mermilerin patlaması sonucu yaralanan ve el parmağında kalıcı sakatlık meydana gelen çocuğun, bu sakatlık nedeniyle bir üzüntü ve acı duydukları kabul edilen *ana ve babası için* de manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği" belirtilmiştir¹²⁰.

Yine Danıştay'ın 1996 tarihli bir kararında, Milli Savunma Bakanlığı'na bağlı kreş ve gündüz bakımevine gönderilen bir çocuğun, bu kreşte işçi olarak çalışan bir kişinin tecavüzüne uğraması olayında; çocuk yanında *anne baba için de tazminata* hükmedilmiştir¹²¹.

AYİM'in 1998 tarihli bir kararında, idarî faaliyet esnasında zarar görenin cinsel fonksiyonunu kaybetmesi nedeniyle, *eşe tazminat ödenmesine* karar verilmiştir¹²².

8- Tazminatın Hesaplanma Tarihi

Beden bütünlüğünün ihlalinde, ödenecek tazminat hangi tarihe göre hesaplanacaktır? Zararın gerçekleştiği tarih, idareye başvuru tarihi, dava açıldığı tarih ya da karar tarihinden hangisi esas alınacaktır? Burada kural olarak zararın meydana geldiği tarih esas alınmaktadır¹²³.

¹²⁰ Danıştay 10.Dairesi, E.1996/4061, K.1998/742,T. 19.02.1998.

¹²¹ Danıştay 10.Dairesi, E.1996/4313, K.1996/3477.T. 11.06.1996.

¹²² AYİM 2. Dairesi, E.1997/255, K.1998/364, T. 06.05.1998.

¹²³ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.II, s. 747; CHAPUS, age., C.I, s. 1236; DARCY, age., s. 144; PAİLLET, age., s. 221; FORGES, age., s. 290; LEBRETON, age., s. 323; DEBBASCH, age., s. 598; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 847; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 565; RIVERO/WALINE, age., s. 276; LAUBADÈRE/VENEZIA/GAUDEMET, age., C.I,

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Fransız hukukunda mala gelen zararlarla kişiye gelen zararlar arasında bir ayırım yapılarak, mala gelen zararlarda zararın meydana geldiği tarihin, şahsa gelen zararlarda ise karar tarihinin esas alınacağı kabul edilmektedir¹²⁴.

Türk idare hukuku öğretisinde kural olarak zararın meydana geldiği tarihin esas alınacağı, ancak bu tarih ile karar tarihi arasında uzunca bir zaman geçmesi durumunda, bu arada meydana gelen fiyat artışlarının dikkate alınması gerektiği yönünde görüşler¹²⁵ yanında, hüküm tarihinin esas alınması yönünde de görüşler bulunmaktadır¹²⁶.

Öğretide Danıştay'ın bazen "zarar tarihini", bazen de "dava tarihini" esas aldığı¹²⁷, yine sürekli olmayan zararlarda "olay tarihini" esas aldığı¹²⁸ gibi değerlendirmeler yapılmaktadır. Konunun özel hukukta da tartışmalı olduğu, hâkim görüşün karar tarihinin esas alınması yönünde olduğu belirtilmektedir¹²⁹.

Danıştay'ın 2008 tarihli bir kararında, süregelen zararlar bakımından "olayın başlangıç tarihinin" esas alındığı görülmektedir. Kararda, terör eylemleri nedeniyle köyden ayrılmaya zorlanan kişilerin zararlarının tespitinde, köyden ayrılma tarihi ile köye dönüşün başladığı tarihe kadar geçen sürenin dikkate alınması gerektiği belirtilmektedir¹³⁰.

s. 1031; RİVERO, age., s. 270.

¹²⁴ CHAPUS, age., C.I, s. 1236; FORGES, age., s. 290-291; LAUBADÈRE/GAUDEMET, age., C.I, s. 848; MAURIN, age., s. 110; FRIER, age., s. 496; DEBBASCH, age., s. 598; DARCY, age., s. 144; PAILLET, age., s. 224; LEBRETTON, age., s. 323; DUPUIS/GUÉDON/CHRÉTIEN, age., s. 565; RİVERO/WALİNE, age., s. 277; RİVERO, age., s. 270

¹²⁵ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.II, s. 748; TAN, age., s. 950; ATAY/ODA-BAŞI/GÖKCAN, age., s. 169; AKYILMAZ, Tazminat Şekilleri, s. 199.

¹²⁶ ARMAĞAN, age., s. 320; GÜRAN, Tazminat Miktarının Saptanması, s. 167; ÖZGÜLDÜR, age., s. 351.

¹²⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.II, 748. Dava tarihin esas alındığına, Danıştay Onbirinci Dairesi, E.1970/1063, K.1971/1591, T.16.6.1971 karar örneği gösterilmektedir.

¹²⁸ ARMAĞAN, age., s. 320.

¹²⁹ EREN, age., s. 694.

¹³⁰ Danıştay Onuncu Dairesi, E.2008/5548, K.2008/9733, T.31.12.2008, danistay.gov.tr. Aynı yönde bir karar: Danıştay Onuncu Dairesi, E.1998/5957, K.1999/3531, danistay.gov.tr.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Danıştay'ın 2004 tarihli bir kararında tazminatın hesaplanmasında "olay tarihinin esas alınacağı" belirtilmektedir: "... Tam yargı davaları, idarenin eylem ve işlemi nedeniyle ilgililerin uğradıkları gerçek zararın tazmin aracıdır. Gerçek zarar ise; idarî eylemin meydana geldiği an itibarıyla uğranılan ve tespit edilebilen zarar tutarıdır. İdarenin aynen iade yükümlülüğü olan bir malı iade edememesinden doğan gerçek zarar ise, iade tarihi itibarıyla söz konusu malın yerine konulması için gerekli olan tutardır..."¹³¹.

Kanaatimizce, mahkeme maddî tazminatın hesabında karar tarihini esas almalıdır. Karar tarihinde kişinin gerçek zararı tespit edilmelidir. Bu tespit yapıldıktan sonra, davacının talebi bu miktardan fazla ise sorun yok demektir. Davacının talebi gerçek zarardan az ise, genel kabule göre, taleple bağıllık kuralınca hareket edilecektir. Ancak talepten fazlaya ilişkin zararlar bakımından zarar görenin yeni bir dava açma imkânının kabul edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz.

Manevî zararlar¹³², haysiyete, vücut tamlığına ve yakınlarına yapılan saldırılar yüzünden duyulan bedeni, ruhsal acı ve üzüntüler karşılığında takdir edilen meblağdır¹³³. Manevi zararın miktarına mahkeme karar vereceğinden, karar tarihinde belirlenecek demektir.

9- Maddî Zararda Faiz

Tazminatın olay tarihi veya dava tarihi itibarıyla hesaplandığı durumlarda, paranın değerinin düşmesi göz önüne alınarak, kişinin zararının tam olarak karşılanabilmesi için zararın

¹³¹ Danıştay Onuncu Dairesi, E.2002/2036, K.2004/91, T.12.01.2004, danistay.gov.tr.

¹³² Danıştay kararlarında ne gibi hâllerin manevî zarar kapsamı içinde mütalaa edildiği konusunda bkz. GÜRAN, Tazminat Miktarının Saptanması, s. 154-155.

¹³³ GÜRAN Sait, "Askeri Yüksek İdare Mahkemesi'ne Göre Manevi Tazminat", İÜSBFD, Yıl.1, Sy.1, s. 157.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

doğduğu andan itibaren hesaplanacak¹³⁴ bir “değerleme faizi (*internet compensatoire*¹³⁵) ödenmesi gerekir.

“...Maddî tazminat bir kimsenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi karşılamaktadır. Bu karşılamamanın zaman süreci içinde gecikmesi de ayrıca hükmedilecek maddi tazminata faiz yürütülmesini gerekli kılmaktadır...”¹³⁶.

Taleple bağlılık kuralı gereğince, mahkemenin faize hükmedebilmesi için, davacının faiz talebinde bulunması gerekir¹³⁷. Talep edilmiş ise faiz verilip verilmeyeceğine, talepten fazla olmamak kaydıyla, mahkeme karar verir¹³⁸.

Faizin hesaplanacağı tarih konusunda yargı yerlerinin kararlarında bir tutarlılık bulunmamaktadır. Bazı kararlarda olay tarihi¹³⁹, bazılarında idareye başvuru tarihi¹⁴⁰, bazılarında idarenin ret işleminin tarihi¹⁴¹, bazılarında da dava tarihi esas alınmaktadır¹⁴². Zararın meydana geldiği tarih esas alınmalıdır.

¹³⁴ EREN, age., s. 696; AKYILMAZ, Tazminat Şekilleri, s. 202; İYİMAYA Ahmet, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990, s. 192;

¹³⁵ FORGES, age., s. 292; LEBRETON, age., s. 333; DEBBASCH, age., s. 599; RİVERO/WALİNE, age., s. 278; MAURIN, age., s. 110; PAILLET, age., s. 256; DARCY, age., s. 149.

¹³⁶ Danıştay Onikinci Dairesi E.1978/6899 K.1979/3774, ASLAN/BERK, age., s. 279.

¹³⁷ GÖZÜBÜYÜK/TAN, age., C.II, s. 744; AKYILMAZ, Tazminat Şekilleri, s. 200; KARVELİOĞLU, age., C.I, s. 326.

¹³⁸ AKYILMAZ, Tazminat Şekilleri, s. 200; Danıştay Beşinci Dairesi, E.1991/938, K.1991/877, T.13.5.1991, DD.84-85, s. 349.

¹³⁹ Danıştay Altıncı Dairesi, E.1978/4027, K.1982/676, T.22.3.1982, DD.48-49, s. 207; Danıştay Altıncı Dairesi, E.1978/1400, K.1982/3761, T.7.11.1982, DD.50-51, s. 285; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (2.D), E.1999/440, K.2000/864, T.20.12.2000, AYİMD.15, s. 915; Askerî Yüksek İdare Mahkemesi (2.D), E.1998/369, K.2000/163, T.22.3.2000, AYİMD.15, s. 874.

¹⁴⁰ Danıştay Beşinci Dairesi, E.1991/938, K.1991/877, T.13.5.1991, DD.84-85, s. 349; Danıştay Onuncu Dairesi, E.1994/359, K.1995/3559, T.12.7.1995, DD.91, s. 1115.

¹⁴¹ Danıştay Onuncu Dairesi, E.1989/2476, K.1990/1342, T.7.6.1990, DD.81, s. 357; Danıştay Onuncu Dairesi, E.1991/2327, K.1992/4491, T.12.12.1992, DD.87, s. 543; Danıştay Onuncu Dairesi, E.1982/4103, K.1985/3, T.14.1.1985, DD.60-61, s. 456.

¹⁴² Danıştay Sekizinci Dairesi, E.1982/1857, K.1984/1618, T.24.12.1984,

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

“...Maddi ve manevi zararın giderilmesi için takdiren hükmedilecek miktara, **idareye başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, mahkemece maddi ve manevi tazminata faiz uygulanmamasında yasaya uyarlık bulunmamaktadır...**”¹⁴³.

“...Manevi tazminatın yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında, manevi zararın telafisi için hükmedilecek miktara **idareye başvuru tarihinden itibaren ... faiz yürütülmesini gerekli kılmaktadır...**”¹⁴⁴.

Kanaatimizce, zararın gerçekleştiği andan itibaren, tazminata faiz uygulanmalıdır. Zira faiz, zarara bağlı olarak hesaplanmaktadır. Bu durumda zararın gerçekleştiği andan itibaren faiz hesaplanması daha isabetli olur.

10- Manevî Zararda Faiz

Beden bütünlüğünün ihlalden kaynaklanan manevî zararlar için faiz hesaplanıp hesaplanmayacağı konusunda Danıştay uzun süre olumsuz yaklaşmıştır. Danıştay'ın 2003 tarihli konuya ilişkin bir kararında yer alan muhalefet şerhi, bu yaklaşımı gayet güzel şekilde ifade etmektedir.

“...Bir maddi zararın giderilmesine yönelik açılan tam yargı davalarında tazminat faizi kişinin malvarlığındaki zararın oluştuğu an itibariyle karşılanması gerekirken, gecikerek ödenmesi karşısında bu gecikmeden dolayı para değerinde enflasyon nedeniyle meydana gelecek azalmayı karşılamaya yönelik olarak hükmedilmektedir. Maddi zararlar malvarlığında meydana gelen ve para ile değerlendirilebilen bir azalmayı ifade ettiklerinden, bu azalma miktarının idare tarafından telafi edilmediği süre içinde ayrıca enflasyon nedeniyle de kayba uğrayacağı aşikârdır. Manevi zararlar ise malvarlığında meydana gelen somut bir azalma olmayıp, kişinin manevi varlığında ortaya çıkan olumsuzluklar olduğundan, manevi tazminat değerinin yargılamaya sonucu para olarak belirlenmesi zarara uğrayanı tatmin ve

DD.58-59, s. 302.

¹⁴³ Danıştay Onuncu Dairesi, E.2007/5028, K.2010/6974.

¹⁴⁴ Danıştay Onuncu Dairesi, E. 2002/4177, K. 2003/1089, T.25.03.2003.

de bu zararı meydana getireni cezalandırma aracı olarak kullanılmasından kaynaklanmaktadır. **Bu itibarla, ilk defa yargı kararıyla para olarak değerlendirilebilen bir manevi tazminatın önceden davalı idarece belirlenmesi ve de ödenmesinin mümkün olmaması nedeniyle, ödenmede gecikmeden bahsedilemeyeceğinden kararın manevî tazminata faiz uygulanması gerektiği yolundaki kısmına katılmıyorum...**"¹⁴⁵.

Ancak Danıştay, manevî zarara faiz uygulanmayacağı yönündeki içtihadını değiştirmiştir. Danıştay'ın içtihadı, manevî zararlara da faiz uygulanacağı yönündedir.

"...Maddi ve **manevî zararın** giderilmesi için takdiren hükmedilecek miktara, idareye başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülmesi gerekirken, mahkemece maddi ve **manevî tazminata faiz uygulanmamasında yasaya uyarlık bulunmamaktadır...**"¹⁴⁶.

"...**Manevî tazminatın** yukarıda belirtilen özellikleri dikkate alındığında, manevî zararın telafisi için hükmedilecek miktara idareye başvuru tarihinden itibaren ... **faiz yürütülmesini gerekli kılmaktadır...**"¹⁴⁷.

12.Borçlar Kanunu 55. Madde Uygulaması

Türk Borçlar Kanununun 55/2. maddesinde, idarî yargılama hukukunu ve dolayısıyla idarî yargı yerlerini yakından ilgilendiren bir düzenleme bulunmaktadır. 2011 tarih ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 55/2. maddesinin hükmü şu şekildedir: "**Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır**".

Bu düzenleme, 12.1.2011 günlü, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesindeki hükümle paralellik arzedi-

¹⁴⁵ Danıştay 10. Dairesinin E. 2001/323, K. 2003/703, 25.02.2003.

¹⁴⁶ Danıştay 10. Dairesi, E.2007/5028, K.2010/6974.

¹⁴⁷ Danıştay10. Dairesi, E. 2002/4177, K. 2003/1089, T.25.03.2003.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

yordu: “Her türlü idarî eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddî ve maneî zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemeleri bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. 30/1/1950 tarihli ve 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır”.

Anayasa Mahkemesi HMK'nın 3. maddesini, anayasaya aykırı bularak iptal etti¹⁴⁸. Ancak Borçlar Kanununun 55/2. maddesi hükmü yürürlüğünü devam ettirmektedir. Burada sorun şudur. Borçlar Kanunu 55/2. madde hükmünün lafzına bakıldığında, açık ve net bir sonuç çıkarılacak nitelikte olmadığı görülmektedir. Düzenlemede, idarenin sorumlu olduğu davalarda Türk Borçlar Kanunu'nun hangi hükümlerinin uygulanacağı konusunda bir muğlaklık bulunmaktadır. Vücut bütünlüğünün ihlalden doğan ve idarî yargıda görülen bir davada, BK. 55/2. maddedeki atıf nedeniyle, Borçlar Kanunu sadece “tazminatın hesaplanmasına” ilişkin olarak mı, yoksa bunun yanında “sorumluluk esasları (sebepleri) bakımından da uygulanacak mıdır? Bu konuda iki yaklaşım ileri sürülebilir.

Konuya ilişkin birinci yaklaşıma göre¹⁴⁹; Borçlar Kanunu 55/2. maddede, sadece tazminat hesabı bakımından uygulanacağına ilişkin bir ifade bulunmamakta, tam aksine “bu kanun hükümleri” ifadesine yer verilmektedir. Bu düzenleme biçiminden, ölüm ve beden bütünlüğünden kaynaklanan zararlar için açılan tam yargı davalarında idarî yargı yerleri, idarenin sorumluluğuna, “**tazminat hesabı**” yanında “**sorumluluk ilkeleri**” bakımından da Borçlar Kanunu hükümlerini uygulamak zorunda olduğu söylenebilir.

¹⁴⁸ Anayasa Mahkemesi, E.2011/35, K. 2012/23, T.16.2.2012.

¹⁴⁹ İNCEOĞLU M. Murat/PAKSOY Meliha Sermin, “Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK, m.55)”, ournal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/10-M.-Murat-INCEOGLU-Meliha-PAKSOYyy.pdf

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu görüş şu açılardan eleştirilmektedir¹⁵⁰. İdarenin sorumluluğuna, BK hükümleri (tüm sorumluluk ilkeleri) uygulanacak olursa, idari yargılama hukukunda geliştirilen sorumluluk ilkelerinde önemli değişiklikler ve daralma meydana gelecektir. Zira özel hukuktaki kusur kavramı ile idare hukukundaki kusur kavramında farklılıklar bulunmaktadır; özel hukukta kusursuz sorumluluk sınırlı sayıda kanunla düzenlenmişken, idare hukukunda içtihatla geliştirilmiş ve sorumluluk ilkeleri bakımından bir sınırlama da bulunmamaktadır¹⁵¹. Şayet idarenin sorumluluğuna, Borçlar Kanunundaki sorumluluk esaslarını uygulayacak olursak, idarenin sorumluluğuna hayli geniş sınırlamalar getirilmiş olacaktır. Mesela idarî yargı içtihatları ile geliştirilen “sosyal risk ilkesi” gereğince sorumluluğun özel hukukta bir karşılığı bulunmamaktadır¹⁵².

Konuya ilişkin ikinci yaklaşıma göre¹⁵³; Borçlar Kanununun 55. maddesi, kanunun genel sistematigi içinde “Ölüm ve Bedensel Zararlar” üst başlığı ve “Belirlenmesi” alt başlığı altında yer almaktadır. Bu sistematikten yola çıkarak, ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan idarî sorumlulukta, sadece zarar miktarının belirlenmesinde Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı sonucuna ulaşılabilir. Öte yandan bu maddenin önergesinde de “insan zararlarına ilişkin tazminatın belirlenmesinde ortaya çıkan farklı hesaplamaların önüne geçilmek istendiği” belirtilmiştir. Sonuç itibarıyla BK, m.55/2.

¹⁵⁰ İNCEOĞLU/PAKSOY, agm.

¹⁵¹ GÖKCAN Hasan Tahsin, Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, 87.

¹⁵² ÇAKIR Hüseyin Melih, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK m.3’ün İdari Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi 2011, C.85, Sayı.6, s.212.

¹⁵³ AYANOĞLU Taner, “İnsan Zararlarına İlişkin Tam Yargı Davalarını Çözme Görevini Asliye Hukuku Mahkemelerine Vermek Reform mu Yoksa Fantezi mi?”, İstanbul Barosu Dergisi 2012, C. 86, Sayı.2, s.73; BAŞ Ece, Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2011, s.148, 149; NOMER Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2012, s.130; OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 9. Bası, İstanbul 2012, s.89; ÖZ M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011, s.9; YENİOCAK Umur, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler, Genel Hükümler, İstanbul 2011, s.62.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

maddenin uygulanması bakımından, insan zararlarından kaynaklanan idarî davalarda, tazminatın hesabı bakımından Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı; sorumluluk esasları bakımından ise idare hukuku kurallarının geçerli olacağı söylenebilir.

Bu yaklaşım öğretide eleştirilmektedir. Tazminat hesabının yapılmasında, idarî yargıya yol gösterebilecek özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Tazminat konusuna ilişkin olarak idarî yargıya özgü tek kural, idarî yargıda “nakden tazmin” ilkesinin geçerli olmasıdır. Diğer durumlarda öteden beri idarî yargıda da özel hukuk kuralları uygulanagelmektedir. Bu durumda BK, m.55/2 yeni bir şey söylememekte, sadece var olan bir uygulamayı ilan etmektedir¹⁵⁴.

Kanaatimizce BK, m.55/2’deki yollamayı, sadece tazminat miktarının hesabında Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanması gerektiği şeklinde anlamak gerekir. Böyle olunca Borçlar Kanununun 55/1. maddesindeki hüküm de idarî davalarda uygulanacaktır. Borçlar Kanununun 55/1. madde hükmü şu şekildedir: “Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz”.

¹⁵⁴ Bu eleştirilere ilişkin olarak bkz. ÖZKAN Oğuz, “İdare Hukukunda Sorumluluk”, Destekten Yoksunluk ve Cismanî Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, s.62; SAĞLAM Fazıl, “İdari Yargıda Sorumluluk Konusuna İlişkin Bazı Kararlar Üzerine Notlar”, Destekten Yoksunluk ve Cismanî Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, s.70; ÇAKIR Hüseyin Melih, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK m.3’ün İdari Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Barosu Dergisi 2011, C.85, Sayı.6, s.211; GÜRAN Sait, “İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları”, Destekten Yoksunluk ve Cismanî Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, s.122; ÖZGÜLDÜR Serdar, “İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi, AYİM Uygulaması”, Destekten Yoksunluk ve Cismanî Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, s.131.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- YILMAZ Ejder, Hukuk Sözlüğü, 4. Baskı, Ankara 1992.
- DOĞAN D. Mehmet, Büyük Türkçe Sözlük, Ankara 2001.
- BAŞGİL Ali Fuad, "Devletin ve Diğer Amme Hükmi Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi", Adliye Ceridesi, 1940.
- İNAN Atilla, "Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarında Devlet ve Kamu Tüzel Kişilerinin Kusura Sorumluluğu", Danıştay Dergisi, S.42-43, 1981.
- YAYLA Yıldızhan: İdare Hukuku, İstanbul 2009.
- ATAY E. Ethem/ODABAŞI Hasan/GÖKCAN H. Tahsin, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.
- DUEZ Paul/Çev.İbrahim Senil, Mukavele Dışında Amme Kudretinin Mes"uliyeti, Ankara 1950.
- ESİN Yüksel, Danıştay"da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukukî Sorumluluğu, 2.Baskı, Ankara 1976.
- OZANSOY Cüneyt: Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusura Doğan Sorumluluğu, (Yayımlanmamış Doktora Tezi) Ankara 1989.
- AKYILMAZ Bahtiyar/ SEZGİNER Murat/KAYA Cemil: Türk İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2011.
- RİVERO Jean/WALİNE Jean: Droit Administratif, 17. Baskı, Paris 1998.
- DUPUIS Georges/GUEDON Marie-José/CHRETIEN Partice: Droit Administratif, 8. Baskı, Dalloz-Paris 2002.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- DUPUIS Gerges/GUÉDON Marie-José: Droit Admisitratif, Paris 1993.
- RİVERO Jean: Droit Administratif, 3. Baskı, Paris 1971.
- LEBRETON Gilles, Droit Administratif Général, 2.Baskı, Paris 2000.
- DARCY Gilles: La Responsabilité de l'Administration, Dalloz-Paris, 1996.
- PAILLET Michel: La Responsabilité Administrative, Paris 1996.
- PEİSER Gustave, Droit Administratif Général, 21. Baskı, Paris 2002.
- AUTİN Jean-Louis/RİBOT Catherine, Droit Administartife Général, Paris 1999.
- FORGES Jean Michel de: Droit Administratif, 4. Baskı, Paris 1991.
- ONAR Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumî Esasları, C.III, İstanbul 1966.
- SARICA Ragıp, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İHFM, C: 15, sy.4, 1949.
- GÖZÜBÜYÜK A. Şeref/TAN Turgut: C.I, İdare Hukuku, Ankara 1999.
- GÜNDAY Metin: İdare Hukuku, 10. Bası, Ankara 2011.
- BİLGEN Pertev: İdare Hukuku Dersleri -İdare Hukukuna Giriş, İstanbul 1996.
- ÖZGÜLDÜR Serdar, Askerî Yüksek İdare Mahkemesi Kararları İşığında Tam Yargı Davaları, Ankara 1996.
- ESİN Yüksel: Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları-İkinci Kitap: Esas, İdarenin Sorumluluğu, 2. Baskı, Ankara 1976.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- ANAYURT Ömer, Türk Hukukunda İdarenin Kusura Dayalı Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Ankara 1989.
- ATAY Ender Ethem: İdare Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2009.
- SARICA Ragıp, "Hizmet Kusuru ve Karakterleri", İÜHFİM-1949, C.XV, s. 858.
- DURAN Lûtfi: Türkiye İdaresinin Sorumluluğu, Ankara 1974.
- ÇAĞLAYAN Ramazan: Tarihsel, Teorik ve Pratik Yönleriyle İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, Ankara 2007.
- BAŞPINAR Recep, "Tam Yargı Davaları", Yüzyıl Boyunca Danıştay, Ankara 1986.
- ÖZYÖRÜK Mukbil, İdare Hukuku Ders Notları (Teksir) Ankara 1972/1973.
- DERBİL Süheyp, İdare Hukuku, Ankara 1959.
- EROĞLU Hamza, İdare Hukuku, 5.Baskı, Ankara 1985.
- SARICA Ragıp, İdarî Kaza, İstanbul 1949.
- GİRİTLİ İsmet/BİLGİN, İdarî Kaza (Teksir), İstanbul 1972.
- DÜREN Akın, İdare Hukuku Dersleri, Ankara 1979.
- ULUSAN İlhan, "Alman Kamu Hukukunda Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi", İÜHFİM, C.XLIII, Sy. 1-4, 1979,
- ZABUNOĞLU Yahya, İdarî Yargı Hukuku Dersleri, (Teksir) C.I, Ankara 1981.
- AYANOĞLU Taner: Danıştay Kararlarına Göre Kamu Külfetleri Karşısında Eşitlik İlkesi ve Uygulama Alanı, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul 1994.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- DEVİRİM Semahattin, “Devletin ve Kamu Tüzel Kişilerinin, Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Eylemlerinden İdare Hukukundan Doğan ve Kusura Dayanmayan Sorumluluğu”, Türkiye Noterler Birliği Dergisi, Sy.24-25, Ankara 1979-1980.
- ERKUT Celâl, Hukuka Uygunluk Bloku-İdare Hukukunda Hukukun Genel Prensipleri Teorisi, İstanbul 1999.
- CHAPUS René: Droit Administratif Général, 14. Baskı, C.I, Paris 2000.
- FRIER Pierre-Laurent: Précis de Droit Administratif, Paris 2001.
- AUTİN Jean-Louis/RİBOT Catherine: Droit Administrative Général, Paris 1999.
- MAURİN André: Droit Administratif, 3. Baskı, Paris 2001.
- VEDEL Georges/DELVOLVÉ Pierre, Droit Administratif, C.I, 12. Baskı, Paris 1992.
- ÖZDAĞ Savaş, Türk Hukukunda İdarenin Kusursuz Sorumluluğu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1990.
- EREN Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003.
- TANDOĞAN Halûk: Türk Mes’uliyet Hukuku (Akit Dışı ve Akdî Mes’uliyet), 1961.
- İMRE Zahit: Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul 1949.
- TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atillâ: Tekinay Borçlar Hukuku- Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

- GÜRAN Sait, "Askerî Yüksek İdare Mahkemesi'ne Göre Manevi Tazminat", İÜSBFD, Yıl.1, Sy.1, s. 160.
- KARAHASAN Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku: Manevi Tazminat, 6. Baskı, İstanbul 200.
- ARMAĞAN Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Ankara 1997.
- KARAHASAN Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku: Manevi Tazminat, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- AKYILMAZ Bahtiyar: "İdarî Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması", SÜHFD, C. 6, 1998, Sy. 1-2, s. 163.
- İYİMAYA Ahmet, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, Ankara 1990.
- İNCEOĞLU M. Murat/PAKSOY Meliha Sermin, "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi (TBK, m.55)", ournal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/10-M.-Murat-İNCEOĞLU-Meliha-PAKSOYyy.pdf
- GÖKCAN Hasan Tahsin, Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.
- ÇAKIR Hüseyin Melih, "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK m.3'ün İdarî Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi 2011, C.85, Sayı.6, s.212.
- AYANOĞLU Taner, "İnsan Zararlarına İlişkin Tam Yargı Davalarını Çözme Görevini Asliye Hukuku Mahkemelerine Vermek Reform mu Yoksa Fantezi mi?", İstanbul Barosu Dergisi 2012, C. 86, Sayı.2, s.73.
- BAŞ Ece, Bina ve Yapı Eserlerinden Doğan Sorumluluk, İstanbul 2011.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

NOMER Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2012.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 9. Bası, İstanbul 2012.

ÖZ M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, İstanbul 2011.

YENİOCAK Umut, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Getirdiği Değişiklik ve Yenilikler, Genel Hükümler, İstanbul 2011.

ÖZKAN Oğuz, "İdare Hukukunda Sorumluluk", Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996.

SAĞLAM Fazıl, "İdari Yargıda Sorumluluk Konusuna İlişkin Bazı Kararlar Üzerine Notlar", Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996, s.70.

ÇAKIR Hüseyin Melih, "Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK m.3'ün İdari Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi", İstanbul Barosu Dergisi 2011, C.85, Sayı.6, s.211.

GÜRAN Sait, "İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları", Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996.

ÖZGÜLDÜR Serdar, "İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi, AYİM Uygulaması", Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat, İstanbul 1996.

ÖZEL MAHKEMENİN İNSAN ZARARLARI BAKIMINDAN ÖNEMİ

Doç. Dr. Murat ATALI

Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Saygıdeğer hocam çok teşekkür ediyorum. Ben 15 dakikaya bile ihtiyaç duymayacağım diye düşünüyorum. Yusuf Has Hacib'in meşhur şiiridir: "Dildendir mutluluk, dildendir değer, dili olmayana insan mı derler" diye başlayıp "çoğu faydasızdır, iyisi özüdür, asıl söz bilerek söylenen sözdür" der. Ben de buna uyarak kısa söylemeye çalışacağım.

Benim tebliğ konumun başlığı, özel mahkemenin insan zararları bakımından önemi. Şimdi epeyce hazırlandım açıkçası, ama hepsine girmeyeceğim. Hemen kanaatimi söyleyeyim, daha doğrusu son söyleyeceğimi söyleyeyim. Böyle bir şey inşallah gerçekleşmez, inşallah böyle bir hata yapılmaz. Böyle bir mahkemenin yaratacağı usul hukuku sorunlarını düşünmüyorum.

Şimdi bu mahkemelerin kuruluşu için harcanan emek zaman, keşke biraz önce Alman meslektaşımızın insan zararlarından dolayı davalara ilişkin usul hukuku sorunlarına kafa yorulsaydı, orada çok önemli sorunlara değindi. Süha hocam özellikle belirsiz alacak davası çerçevesinde ortaya çıkan sorunlara değindiler. Keşke bu kanun teklifi hazırlanuncaya kadar bu sorunlara işaret edilseydi. Zamanaşımından kesin hüküm etkisine kadar pek çok konuya değindi. Manevi tazminatın miktarının belirlenmesine kadar, ispat sorunlarına ilişkin

Alman meslektaşımız değindi. Keşke onlara zaman ayrılısaydı kafa yorulsaydı.

Şimdi neden insan zararları mahkemesi diye bir mahkeme olmaz? Bu arada daha panele başlamadan önce de Alman meslektaşına sordum. Almanya'da ben bilmiyorum, ama bu arada kuruldu mu böyle bir mahkeme filan diye sordum. Böyle bir şeyi düşünemiyorum ben dedi kendisi.

Şimdi dedemin bir sözü vardır. Derdi ki, uşağım derdi aklın kesmeysel ne edeceğimi, başkalarına bak onlar ne ediyorsa sen de öyle et. Şimdi yani icat yapmaya çalışıyoruz, açıkçası hukukta bir icat çıkarmaya çalışıyoruz, ama ondan önce bir bakalım, yani bir başka ülkede bunu başka insanlar bunu tecrübe etmişler mi, var mı böyle bir şey? Varsa nasıl sonuç almışlar? Varsa da hemen almamıza gerek yok, orada iyi sonuç verebilir, ama bizde hiç öyle bir sonuç vermeyebilir. Şekil bir ombudsman; yani mala davara nasıl bir faydası olduğunu burada izah edebilecek bir Allah'ın kulu var mı?

Her neyse, şimdi insan zararları mahkemesi bir defa bu HMK'ya Meclis Adalet Komisyonunda eklenen 3. maddeyi çok şükür Anayasa Mahkemesi onu iptal etti. Yeniden belirtme çabası var. O ucube bir maddeydi. Neden ucube olduğunu burada Süha hocam değindi, Ramazan hocam da değindi, dolaylı olarak en azından değindiler. Anayasa Mahkemesi oybirliğiyle o maddeyi iptal etti. Ender rastlanan bir çoğunluktur oybirliği Anayasa Mahkememizde son zamanlarda. Bu kadar da değil, hemen hemen bütün üyeler üzerinde ittifak edilen iptal gerekçelerine ilave gerekçeler de yazdılar. Yani başkaca da gerekçeleri vardı, o gerekçeleri de hepsi ittifak edemediler. Hepsinin üzerinde ittifak ettiği iki gerekçe vardı. Bir tanesi, hadi diyelim o çok formel bir şey, ama anayasadan kaynaklanıyor. Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin görevi açıkça anayasada düzenlenmiş olduğundan, anayasa değişikliği yapmadan onun görevini adli yargı içerisindeki asliye hukuk mahkemesine veya ihdas edeceğimiz bir başka mahkemeye veremezsiniz; bir tanesi o.

Diğeri, üzerinde ittifak edilen gerekçe; idari yargıda geliştirilmiş sorumluluk ilkeleri vardı. Ramazan hocam biraz önce değindi onlara. İdari yargıda, idare hukukunda geliştirilen bu sorumluluk ilkelerini borçlar hukukunda, medeni hukukta, adli yargıda karşılayamazsınız dedi Anayasa Mahkemesi. Katılırsınız katılmazsınız, tespiti bu istikamette oybirliğiyle ve idare hukuku çerçevesinde bireylere cismani zararlardan dolayı sağlanan koruma daha yüksektir dedi. Ben uzmanı değilim idare hukukunun, özel hukukun da maddi hukuk boyutuyla borçlar hukuku boyutuyla uzmanı değilim, ama bu iki gerekçeyi söyledi. Yani daha iyi korumayı ancak idari yargıda bu davaları görerek sağlayabilirsiniz dedi.

İlave gerekçeler de var. Bir tanesi, en azından onu zikre-
deyim ki, kendisi de bir medeni usul hukukçusu hocamızdır. Prof. Dr. Erdal Ercan, o ilave bir gerekçeye daha özellikle vurgu yaptı. Usul ekonomisi ortaya çıkacak sorunlar. Şimdi ortaya çıkacak o asliye hukuk mahkemesine bütün cismani zararlardan bedensel... Bir kavram birliği de yok, insan zararları, hocam da işaret etti. İnsan zararı dediğinizde aklınıza insanın verdiği zarar geliyor, insana verilen zarar değil. Her neyse o bir tarafa, insan zararlarının bedensel zararları asliye hukuk mahkemesine verdiğinizde ortaya çıkabilecek hepsini sakıncaların, usul hukuku açısından ortaya çıkacak sakıncaların katmerlisi yüz katı bin katı sırf bu iş için ayrı bir özel mahkeme kurarsanız karşınıza çıkacaktır.

Şimdi ihtisas mahkemeleri bizde vardı, biraz da fazla sayıda vardır hatta. Alman hukukunda örneğin çok azdır. Ticaret mahkemesi var, aile mahkemesi var, iş mahkemesi var ve bunlarda da bizdeki kadar kesin sınırlarda yok, onu da söyleyeyim.

Bunun dışında insan zararı... Ve bütün bu özel mahkemeler hukuki ilişkiyi esas alarak kurulmuşlardır. İhtisas hukuki ilişki çerçevesinde olur. Tüketici hukukundan kaynaklanan uyuşmazlıklar için tüketici mahkemesi, ticaret hukukundan kaynaklananlar için ticaret mahkemesi, efendim iş hukukundan aile hukukundan doğanlar için iş mahkemesi, aile mahkemesi.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Şimdi sırf insan zararı, zararı esas alarak bir mahkeme kuruyorsunuz. Çatma, Ticaret Kanununda düzenlenmiş mutlak bir ticari iş haksız fiil. Çatmadan dolayı, işte iki gemi çarpıştı, içinde miço öldü veya ne bileyim ikinci kaptan öldü, gemi battı. İçinde mal zarar gördü. Sigorta var, şu var bu var, bir sürü bilmem ne, dava malvarlığı haklarına ilişkin zarardan dolayı dava ticaret mahkemesinde açılacak, cismani zarardan dolayı ölenin işte maddi manevi zarar insan zararları mahkemesinde. Düşünebiliyor musunuz faciayı? Tüketici sorunlarıyla ilgili bir durum. İşte bilgisayar aldınız, taktınız fişe patladı eliniz yandı, işe gidemediniz, elinizde nasır kaldı, maddi manevi zarar mal ayıplı diye tüketici mahkemesine ondan dolayı zarar için, ama aynı fiilden doğan cismani zarar için insan zararları mahkemesine. Yani hakikaten aklım havsalam almıyordum böyle bir şey.

Şimdi ortaya çıkacak usul sorunları, bir defa... Bir de taslakta şöyle bir şey var. Diğer mahkemede açılacak olan dava, bu dava için bekletici sorun yapılamaz. İnsan zararı doğuran olayla ilgili diğer zararlara ilişkin davalar tüketici mahkemesinde, iş mahkemesinde, ticaret mahkemesinde açılan davalar, insan zararı davasında bekletici sorun yapılamaz. Bunu harala gürele hemen karara bağlayacağız. Burada insan zararı mahkemesi diyecek ki, evet bu mal ayıplıydı kusurluydu, işte ürün sorumluluğumdan maddi manevi şey için de sorumlu. Öbür taraftan belki de, yok bunun kullanma kılavuzunu becerip okumadığı veya okuyamadığı için açarken kendisi bu şeye zarar vermiştir denilecek. Faciayı düşünebiliyor musunuz?

Bunun yanında anayasaya aykırılık sorunu ayrı. Ortaya çıkacak hukuki sorunları gerçekten tahayyül etmek bile mümkün değil. Şimdi öbür taraftan zamanaşımı filan onlar ayrı. Öbür taraftan bir kavramsal çelişkiler yumağı. Şimdi ifadenin şu lafzına bakar mısınız lütfen: "*Vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesinden yahut kişinin ölümüne bağlı maddi manevi zarar.*" Yani vücut bütünlüğünü tamamen yitirip de, hâlâ sağ kalabilen bir insan organizması, yani tek hücreli organizmalardan belki düşünebilirsiniz. Vücut bütünlüğünü tamamen yitirmiş, ama henüz ölmemiş, ya o ihtimal ya ölürse.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ne demeye getirdi? Ben şeyini okuyamam, ama buraya yansıyan bu. Özenli olacaksınız. Bir başkası, aynı metne ilişkin Kemal Gözler hocamın bir eleştirisi var, bunlara orada da değiniliyor. Ondan sonra bu hazırlandığı halde buna bile riayet edilmemiş. Orada Kemal hoca şunu da söylüyor. Bir idari işlemde nasıl diyor bedensel bir zarar doğar? Hani idari işlemde, idari eylemi anladık idarenin sorumlu olduğu eylemi anladık. Birel yahut genel idari işlem, yönetmelik yahut atama görevden alma. Bundan nasıl bir bedensel zarar doğabilir? Ben düşünemiyorum.

Biraz düşündüm epeyce, manevi tazminat belki hani, işte müsteşardı aldı şef yaptılar onu görevden, itibarı zedelendi üzüldü elem duydu filan. Belki bunlardır. Kısacası neresinden bakarsanız tutarsanız tutarsız bir tekliftir. Daha fazla uzatmayacağım, ayrıntılı olarak tebliğimi yazılı olarak sunacağım, tebliğ kitabına girsin diye. Doğrusu daha fazla üzerinde durmaya gerek de yok.

Bu arada Süha hocamın da benimle aynı fikirde olduğunu görmekten ayrıca mutluluk duydum, teşekkür ediyorum.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ediyorum.

ALTERNATİF UYUŞMAZLIK ÇÖZÜMLERİ YÖNÜNDE BEDENSEL ZARARLAR

Arş. Gör. Alper BULUR

Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teşekkür ediyorum. Tüm değerli katılımcıları, bu saate kadar sabırla bekledikleri için saygıyla selamlıyorum öncelikle.

Benim konum, alternatif uyuşmazlık çözümleri yönünden bedensel zararlar. Öncelikle alternatif uyuşmazlık çözümü dediğimiz zaman veya dostane uyuşmazlık çözümü veya barışçıl uyuşmazlık çözüm yöntemleri dediğimiz zaman, uyuşmazlık kelimesi üzerinde çok kısa durmak gerektiğini düşünüyorum.

Uyuşmazlık, hepimizin bildiği gibi, hak olarak hukuk düzenince korunan, menfaat dengesinin ihlali veya bozulması suretiyle ortaya çıkan bir durum. Söz konusu menfaat dengesi, çeşitli uyuşmazlık çözüm yöntemleriyle tekrar kurulabilir. Bu yöntemler söz konusu yöntemlerin taşıdığı resmiyet, örneğin müzakere ortamında tarafların sahip olduğu ortamdaki rahatlıkla, işte bir mahkeme sürecindeki resmiyet anlamında. Yine üçüncü kişilerin taraf boyunca üstlendiği işlev; mesela müzakere ortamında bir arabulucu gibi tarafsız, kolaylaştırıcı girdiyse arabulucunun rolüyle, yine üçüncü kişi olan hâkimin rolünün karşılaştırılması gibi.

Süreç içerisinde tarafların etkinliği ve yine süreç sonunda bağlanan anlaşmanın hukuki niteliği gibi birtakım kıstaslarla birbirinden ayrılmaktadır. Gerek hukukçular, gerekse halk ara-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sında uyuşmazlık çıktığında, uyuşmazlığın çözüm noktasında ilk akla gelen yöntem, dava yoluna başvurmak ve uyuşmazlığı dava süreciyle sonlandırmaktır. Oysaki dava yoluna başvurmak, belki de başvurulması gereken en son yöntem olmalıdır. Çünkü dava yoluyla uyuşmazlık çözümü, taraflar bakımından sosyal ekonomik ve psikolojik yönden maliyet yaratacaktır. Sosyal yönden maliyet, zaman harcamaları adliye koridorlarında; ekonomik yönden maliyet, işte harçlara katlanmaları, yargılama giderlerine katlanmaları ve psikolojik yönden maliyet de hep kafalarında bu sorunla yaşıyor olmaları ve uzun yıllardır bu yargılama sürecinin sürdüğünü bildiğimizde, bunun ciddi bir psikolojik maliyet de getirdiğini görebiliyoruz.

Bedensel zararlar çerçevesinde barışçıl yöntemleri nasıl değerlendirebiliriz diye düşündüğümüzde, öncelikle özel hukuk ve kamu hukuku ayrımı yapmakta belki fayda var diye düşünüyorum. Özel hukuk boyutuyla baktığımızda, hepimizin bildiği gibi, buradaki katılımcıların tamamının bildiğini düşünerek hareket ediyorum. 2012 yılında Resmi Gazetede yayımlanarak, işte 2013 yılında yürürlüğe giren 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu çerçevesinde, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği özel hukuk uyuşmazlıkları arabuluculuk yoluyla çözülebilmekte 2013 yılı itibarıyla.

Ben özellikle bedensel zararlardan kaynaklanan tazminat taleplerinin, arabuluculuk yoluyla çözülebilecek en belirgin uyuşmazlıklar olduğunu düşünüyorum. Tarafların uzunca sürece yargılamalarda yer alması, az önce de ifade ettiğimiz gibi, onlar açısından ciddi anlamda maliyet getirecektir ve taraflar aslında dava sürecinde girilen, işte o maddi hukukun kuralları, usul hukukunun şekli kuralları, hâkimi içine alan üçlü bir ilişki içine girilmesi, sonucu tam olarak önceden kestirilemeyen bir kararla karşı karşıya kalma ihtimali tarafların, tarafların isteğini ortaya koymayacaktır diye düşünüyorum.

Sabahki oturumlarda da Sayın Prof. Dr. Zehra Odyakmaz hocamızın da ifade ettiği gibi, bedensel zararların tazmini noktasında dava yoluyla ne maddi ne de manevi yönden her iki

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

tarafın da, davacı veya davalının tam olarak tatmin olamadığını görmekteyiz yargılama süreci içerisinde. Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlıkların çözülmesi, taraflara bu anlamda çeşitli imkânlar sunabilecektir diye düşünüyorum.

Bu kurumun tabii işler hale getirilmesi açısından, çalışmalar biliyorsunuz gerek bakanlık düzeyinde, gerek işte arabuluculuk dernekleri düzeyinde devam ediyor. Bu çalışmalar eğer ilerler de, bu süreç işlerlik kazanırsa, hem toplum barışına fayda sağlayacaktır arabuluculuk yöntemiyle bedensel zararların tazmini taleplerinin karşılanması, hem de aynı zamanda bir sonuç olarak da mahkemelerin iş yükünün azaltılmasına elbette fayda sağlayacaktır.

Bu noktada özellikle özel hukuk uyuşmazlıkları bakımından baktığımızda, zaten tarafların talepleri belli, davacının talebi belli olacak uyuşmazlığın başında. Mahkemeye gittiğiniz zaman elbette şöyle bir hesaplama farklılığından hep bu iki gün boyunca bahsedildi, yarın da üzerinde durulacak hesaplama yöntemleri konusunda, ama belirli hesaplama yöntemleri biliyorsunuz arabuluculuk sürecinde de belki bir yargılama faaliyeti olarak bilirkişinin görevlendirilmesi değil tabii ki, ama tarafların kendi uzmanlarına raporlarını müzakere sürecine dahil etmesi anlamında arabuluculuk görüşmelerine getirilip, karşılıklı müzakere... O raporlar üzerinden bir müzakere süreci yürütülerek, ortak bir noktada buluşulabilmesi mümkün olabilir diye düşünüyorum. Böylelikle gereksiz yere dava süreci içinde olmayacağız.

Tabii burada bizim belki de işte bu aktüerya hesaplamalarında, bedensel zararlarla ilgili tazmin hesaplamalarında görev alan kişiler, yine arabuluculuk sürecinde, tarafların tabii kendi inisiyatifleriyle ve kendi masraflarına arabuluculuk sürecinin dışında katlanarak masaya getirdikleri uzman görüşleri, bir nevi yani rapor hazırlama anlamında, müzakere sürecine dahil etmeleri noktasında ihtiyaç duyulmaya, bu tarz raporlamalara ihtiyaç duyulmaya da devam edecektir tabii ki arabuluculuk sürecinde bunları da kullanabilirsiniz.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Yine bir diğler boyut, kamu kısmına geçtiğimizde, öncelikle ceza hukuku boyutuyla baktığımızda barışçıl çözüm yöntemlerine. Yine hepimizin bildiğı gibi Ceza Muhakemeleri Kanunumuzun 253 ilâ 255 maddeleri arasında düzenlenen, cezada uzlaştırma kurumu CMK 253. madde çerçevesinde, özellikle Türk Ceza Kanununun 86. maddesinde düzenlenen kasten yaralamanın bir kısmı, 3. fıkra hariç 1 ve 2. fıkralar. Yine kasten yaralamanın ihmal davranışla işlenmesi, taksirle yaralama özellikle 89'da düzenlenen. Bu suçlardan ortaya çıkan zararlar, bedensel zararlarla olabiliyor, uygulamada bunu görebiliyoruz.

Özellikle baktığımız zaman cezada uzlaştırma uygulamalarına, daha çok taksirle yaralamaya giren hafif yaralamalı trafik kazalarının uzlaşma kapsamında sıklıkla görüldüğüne şahit oluyoruz. Ben de tabii bu anlamda Ankara'da özellikle hem Ankara Barosunda bir süre, sonra da Cumhuriyet Başsavcılığının listesinde uzlaştırıcılık yapmış birisi olarak şunu paylaşabilirim ki; bu bedensel zararların yaşandığı taksirli yaralamalarda, taraflar uzlaşma masasına oturdukları zaman, zaten biz onları uzlaştırıcı olarak tamamen bir maddi edim üzerinde uzlaştırıyoruz. Yani biz orada tamamen olası bir işte hastane masrafları vesaire gibi, karşılanması gereken edimler üzerinde uzlaştırıyoruz. Yani bu telefonu düştüğü zaman telefonu kırıldı, telefon için 500 lira veya ayağı kırıldı hastane masrafları 5 bin lira da olabilir tabii ki, ama bir maddi edim üzerinde uzlaştırıyoruz. Ceza hukukunda onun bir sonucu doğuyor. Biliyorsunuz ceza hukukunda yaptığımız bir müdahale yok bizim ceza uzlaşmasında. Soruşturma aşamasında kovuşturmaya yer olmadığı, kovuşturma aşamasında olursa da davanın düşmesi şeklinde bir sonuç ortaya çıkıyor.

Şunu gördük ki biz orada uzlaşma tecrübemizle, vatandaşlar gerçekten uzlaşma sürecinden memnun ayrılıyorlar. Yani orada edimlerini karşılıklı ortak bir noktada buluşularak yerine getirilmesi, tarafları dava sürecinin dışında tutulması süreci, taraflar tarafından yüksek memnuniyetle karşılanıyor ve hatta biz bunu tanıdıklarımıza anlatalım, bu yoldan onlar da yararlansınlar diyecekleri noktada tarafların yüksek memnuniyetle masadan kalkabildiklerini görüyoruz.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Dolayısıyla gerek özel hukukta arabuluculukla uyuşmazlıkların çözülmesi noktasında, mahkemelerin iş yükünün azaltılması, ceza uzlaşmasında bunun çok daha bağlantılı sonuçları var. Özel hukukta mahkemelerin iş yükünü azaltıyorsunuz toplum barışı dışında ve icra dairelerinin iş yükünü azaltıyorsunuz. Cezada ise, soruşturma aşamasında sağlanan uzlaşmadan sonra, yine toplum barışı esas olmak üzere, soruşturma evresini kovuşturma evresini, hukuk mahkemesinde açılacak bir tazminat davasını ve icra dairesinin iş yükünü ve bir kartopu etkisiyle dolaylı olarak kapatmış oluyorsunuz.

Bunun da ben özellikle bedensel zararların, işte bu kasten yaralama veya taksirle yaralamayla gerçekleştiği uzlaşmaya tabi suçlar çerçevesinde konuşuyoruz, gerçekleştiği durumlarda kullanılabileceğini düşünüyorum.

İdare hukukuna baktığımızda, yine idarenin özellikle taraf olduğu uyuşmazlıklarda, idari yargı boyutuyla sorumluluğa baktığımızda; yine 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamemizi biliyoruz hepimiz. 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname çerçevesinde, o kanun hükmünde kararnamenin uygulanacağı değerlerden bahsediyorduk. İşte üniversiteler, bakanlıklar, ama bu noktada tabii Sağlık Bakanlığı'nın konumu önemli, Maliye Bakanlığı'nın konumu önemli. Bakanlığa karşı açılan davalarda da, 659'un işletilebileceğini düşünüyorum.

659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname işletilsin diye çıkarılan bir kanun hükmünde kararname zaten. Fakat günümüze kadar çok fazla işletilebildiğini göremedik maalesef. Orada biliyorsunuz, idarenin taraf olduğu adli yargı ve idari yargı uyuşmazlıklarında sulh esasları ağırlıklı olarak düzenlenmektedir. Buna benzer düzenlemeler 2011 yılında kabul ettiğimiz 659 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'den önce de vardı aslında. Ama o kararnameyle biraz daha belirgin hale getirildi.

Fakat o kararnameyle ilgili iki tane sorun var tabii ki. Bunlardan birincisi, sulh ve yetkili idare ajanının memurunun, bu yetki devri, yukarıdan aşağıya yapılan yetki devriyle donatılmamış

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

olması. Bu yetki devrinin henüz ciddi anlamda sağlıklı yapılmamış olması. Bu yetkiyi devretseniz bile nihayetinde ikinci sorun, o ajanın bu sorumluluğu almaması. Bir Sayıştay denetimiyle veya 5018 sayılı Kanun çerçevesindeki denetimle, kendisini tedirgin hissetmesi. Bu konuda da ciddi çalışmaların şu an yürütüldüğünü söyleyebilirim. İdari yargıda sadece mevcut sulh kurumunun değil, yine tarafsız üçüncü kişinin yer aldığı kolaylaştırıcı, müzakere ortamını kolaylaştıran üçüncü kişinin de yer aldığı bir arabuluculuk benzeri bir kurumun idare hukukunda getirilmesi düşüncesine sahip olduğunu söyleyebilirim.

Bu noktada da farklı bir sorun karşımıza çıkıyor. O sorun da şu: İdare hukukunda çok, ben özel hukuktan farklı olarak biraz böyle katı bakış açısı görüyorum. Yani idare hukukunda biz biliyorsunuz sulhu bile sulh olarak yürütmüyoruz zaten. Sulh dediğimiz şey aslında özünde müzakeredir, yani karşılıklı bir müzakere edersiniz ve bir sonuca varırsınız. Bizim idare hukukunda biliyorsunuz sulhu ele aldığınız zaman, katı bir teklif ve bu teklifin kabul edilip edilmemesi üzerine yürüyen bir süreçten bahsediyoruz. Yani idarenin binasına giriyorsunuz, idarenin masasına oturuyorsunuz, onlar yüksekte oturuyor zaten. Sizin önünüze bir metin konuyor. Bu kamulaştırmada da bu şekilde biliyorsunuz, vergi uzlaşmasında da bu şekilde. Gerek komisyon, gerek idarenin yetkilisi tarafından önünüze konan metni ya kabul ediyorsun rakamı ya da etmiyorsunuz. Bunun üzerine kurulu bir sistem var.

Müzakere becerisi yok bizim idaremizin. Hatta bırakın müzakere becerisini, yani vatandaşıyla karşılıklı oturduğu zaman masaya, iletişimden bahsediyoruz iletişim kurulmasından bahsediyoruz; 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunumuzun 13. maddesine baktığımızda, orada biliyorsunuz işte tazminatlar için zorunlu başvuru aşaması. O madde çerçevesinde yapılan başvurularda, bırakın iletişimi, iletişim kurulmasını muhatap olmama kültürü geliştirildiğini görüyoruz. İdare diyor ki, 60 gün içinde cevap vermezsem reddettim say. Yani hiç muhatap olmuyor benimle, hiç gerekçelendirmeden bana zımnen ret anlamında bir cevap vermiş oluyor ve ben o süreçten sonra dava yolunu tercih ediyorum.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Belki bu noktaların da açılması gerekiyor idare hukuku açısından diye düşünüyorum. İletişim kanallarının açılması açısından, belki doyurucu bir gerekçe niye reddettiğini gösteren gibi, sürecin ondan sonra yürütülmesi aşaması anlamında bir değerlendirme yapılabilir.

Ben devlet olarak şunları çok duyduk toplantılarda. İşte devletin psikoloji mi olur, devletin iletişim becerisi mi olur, devlet niye müzakere etsin? Bu biraz kalıplaşmış bakış açısı diye düşünüyorum ben. Çünkü devlet vatandaşı da müzakere eder, devlet devletle de müzakere eder ve bu müzakerenin eğer devletin ajanları müzakere ihtiyarına çok sahip değilse, bu müzakere ortamını sağlayacak kolaylaştırıcı bir üçüncü kişi sayesinde de yapılabileceğine inanıyorum ben kendi adıma.

O noktada da yine hem bedensel zararlar noktasında idaredeki hizmet kusuru çerçevesinde, özellikle kamu hastanelerinde meydana gelen zararlardan doğan tazminat talepleri açısından, 650 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin sulh hükümlerinin daha işler hale getirilmesinin yararlı olacağını toplum barışı açısından düşünüyorum. Yine o anlamda da iyileştirme çalışmalarının yapıldığını takip ediyoruz.

Bu çerçevede özellikle barışçıl yöntemlerin sahiplenilmesi konusunda da, hukukçu olarak, buradaki çoğunlukla hukukçu meslektaşlarımızın olduğunu düşünerek hareket ediyorum. Bizim üzerimize önemli görevler düştüğünü düşünüyoruz. Sabahki oturumlarda, dünkü ve bugünkü oturumlarda da ara ara dile getirildi. Avukatların belki ileride göreceğimiz, müvekkilleriyle karşı karşıya kaldıklarında barışçıl yöntemlerle çözülebilecek uyuşmazlıklarda; gerek özel hukuk, gerek ceza, gerekse idare hukuku açısından müvekkillerini bilgilendirme ödevinin kendileri bakımından bir hukuki sorumluluğa yol açabileceğini de ileride şahit olabileceğimiz bir noktaya gidebileceğimizi düşünüyorum. Bu konuda hukukçuların hassasiyet göstermesi gerektiğini düşünüyorum.

Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim. Saygılarımı sunarım.

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

*Yedinci Oturum
Soru - Cevap Bölümü*

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyoruz. Teamüle uygun olarak bir soru alalım, iki soru alalım.

Buyurun.

KATILIMCI- Başkanım sorumu Ramazan hocama ve Alper hocama yöneltmek istiyorum müşterek olarak. İdare mahkemelerinde idari işlemin iptali için dava açmanın şartı İYUK'a göre, idari işlemin tebliğinden itibaren bir ay içinde dilekçemizi veriyoruz. Güzel, sıkıntı yok. Ancak Alper hocam çok güzel değindi, tam yargı davaları için İYUK 13'e göre, idareye önceden başvuru şartı var. 60 gün içinde cevap verdi hayır dedi veya cevap vermedi, zımnen ret. İkinci 60 gün içinde davanın açılma mecburiyeti var. Geçtik sıradan vatandaşları, meslektaşlarımızın çoğu bu süreye maalesef riayet edemediklerinden kaçırıyorlar ve büyük hak kaybına sebebiyet veriyorlar. Hem kendi sorumlulukları, hem müvekkillerin adları için.

Ben şimdiye kadar açtığım yüzlerce idari başvurun hiçbirinde, bir tane idari kurumun bile çıkıp, ey avukat Kartal tamam gel ya ödeyeceğim dediklerini görmedim duymadım, hocam da söyledi. Şimdi ben şöyle bir öneri sunuyorum. İleride yasal değişiklik ve hak kaybının olmaması anlamında. Aynen idari işlemin iptalinde olduğu gibi, doğrudan 30 gün içinde veya 60 gün içinde açalım davayı. İlk cevap süresi içinde idare dedi ki ... tamam gel ben 60 bin lirayı ödüyorum dedi, amenna. İdare mahkemesinin avukatlık ücretine hükmetmesin, yargılama giderine hükmetmesin. Böyle bir yasal değişiklik mümkün olabilir mi? Hak arama özgürlüğünün zarara uğramaması anlamında.

Saygılarımla.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederiz, kendiniz sorunuza cevap verdiniz sayılır, ama birer cümleyle.

Prof. Dr. Ramazan ÇAĞLAYAN (Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Aslında arkadaşımız uzlaşmadan sulhten

bahsetti. Aslında İYUK 13 bir sulh maddesidir. Ama bizim kültürümüzde, idaremizin kültüründe sulh kültürü olmadığı için işe yaramıyor, o madde öyle duruyor. Yasama organı değişti-rirse niye olmasın.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)-Buyurun.

Av. Semra KOÇAK- Sigorta hakemiyim aynı zamanda. Alternatif çözüm yollarıyla ilgili olarak ben sigorta tahkim komisyonundan da bahsetmenizi bekledim, ama herhalde bilginiz yok bu konuda. Çünkü trafik kazalarından kaynaklanan uyuşmazlıkların çoğunda, özellikle trafik sigortasından kaynaklanan uyuşmazlıkların da bedensel zararların tazmini konusunda, sigorta tahkim komisyonu bünyesinde hakemlere başvuru yapılabilir. Hakemler tarafından 4 aylık sürede karar verilebilir, çok kısa sürede kararlar alınabilir.

Arş. Gör. Alper BULUR (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Bilgim var, açıkçası onu öncelikle söyleyeyim sigorta tahkim komisyonuyla ilgili ve tebliğimde de var. Tebliğimi slâydımı yansıtmaya gereği duymadım, vakit olmadığı için. Ama kitap olarak hazırlandığı zaman, zaten sigorta tahkim komisyonunun çok detaylı olarak tebliğimde incelendiğini, hatta kanun yollarının hak arama özgürlüğüne engel olduğuna ilişkin olduğu düşüncemle beraber, kanun yolları temyiz parasal sınırları... Anayasanın 36. maddesine aykırı olduğuna ilişkin, biliyorsunuz. Dolayısıyla onlara ilişkin görüşlerimizi paylaştığımız bir tebliğimiz olacak.

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU (Oturum Başkanı)-Teşekkür ediyoruz. Değerli meslektaşlarım, öncelikle sabrınız için sizlere çok teşekkür ediyoruz. Hemen arkasından Barolar Birliğimize, Hacettepe Üniversitemize ve Friedrich Alexander Üniversitesine bu toplantıya vesile oldukları için, yararlı oldukları için ayrıca çok teşekkür ediyoruz. Emeği geçen değerli meslektaşım Sema Güleç Uçakhan'a ve diğer çalışanların hepsine de çok teşekkür ediyoruz. İyi geceler diliyoruz. Yarın sabah yine bekliyoruz, buyurun gelin.

8 Mayıs 2015 Üçüncü Gün

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

Sekizinci Oturum

*“Bedensel Zararların Türk ve
Yabancı Hukuku Yönünden Tazminine
İlişkin Esasların Değerlendirilmesi”*

Oturum Başkanı Prof. Dr. Fikret EREN- Değerli meslektaşlarımız, sekizinci oturum bir panel şeklinde cereyan edecek ve çok saygın değerli hukukçu arkadaşlarımız, daha önce yapılan konuşmalarda ileri sürülen fikirlerin değerlendirmesini yapacaklar.

Bu panelist meslektaşlarıma, bu değerlendirme için 10-15 dakikalık bir zaman dilimi ayıracağız. Biraz zaman artırıp, siz güzide katılımcıların muhtemel sorularınızı yine yönlendireceğiniz arkadaşlarınız panelistlerimiz cevaplayacaklar.

Şimdi elimizdeki programa göre ilk değerlendirici konuşmacı panelist olarak çok değerli meslektaşım Prof. Dr. Çağlar Özel'e söz veriyorum. Buyurun Sayın Profesör.

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)- Çok teşekkür ediyorum Sayın Başkan, Sayın Hocam. Öncelikle bütün katılımcılara bu katılımları için çok teşekkür ediyorum. Günlerdir süren bu toplantılar serisini aksatmadan pek çok arkadaşımız burada sürekli olarak bu toplantıları izledi. O anlamda hepinize teşekkür ediyorum.

Şimdi bizim oturumumuzdan bahsedeceğim ben, başkan olduğum oturumdan. Gerçi borçlar hukuku yönünden bedensel zararların tazmini esaslarıyla ilgili olan, o konuda şimdi yanımda solumda Fikret hocam var sağımda Erzan hocam var, o tarafta Aydın hoca var. Tabii onlar benden çok çok daha iyi biliyorlar bu konuları, ama ben sadece şöyle toparlayacağım, neler oldu neler bitti diye, onlardan bahsedeceğim. Daha çok gerekirse sorular halinde bunların cevaplarını vermeye çalışacağım.

Şimdi ilk oturumda doğal afetler nedeniyle oluşan bedensel zararlarda, bina ve yapı malikinin sorumluluğuyla, yapıyı inşa

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

eden yüklenicinin sorumluluğu çerçevesinde bir bildiri sunulmuştu. Bu bağlamda sunulan bildiride, özellikle vurgulanan husus sorumluluk süresinin zamanaşımıyla ilgili olarak, bundan kaynaklanan sorumluluğun ne zaman başlayacağı. Bu bir haksız fiil sorumluluğu olarak değerlendirildiğinde veyahut da sözleşmeden doğan sorumluluk olarak değerlendirildiğinde, nasıl bir sonuç ortaya çıkacağı özellikle vurgulanmaya çalışılmıştı. Ön plana çıkan noktalar olarak, onlara ben dikkatinizi çekmek isterim.

Bu çerçevede bir başka husus daha vardı aslında vurgulanan; kusursuzluk kavramı. İlliyet bağının kesildiği hallerin dışında, daha doğrusu illiyet bağıyla ilgili olarak da şöyle bir şey çıktı. İlliyet bağının kopması veyahut da illiyet bağının olmaması hali acaba ne zaman gerçekleşecek? Özellikle bir depresyon halinde, depresyonun hangi şiddette olması gerekir ki, bu illiyet bağı kopmuş sayılabilir diye. Bu konular üzerinde de duruldu. Ama pek de uygulamada bu anlamda bu illiyet bağı unsurunun dikkate alınmadığından da aslında bahsedilmişti.

Kusursuz sorumluluk olarak düzenlenen bina ve yapı malikinin sorumluluğu olgusunun, ağırlaştırılmış kusursuz sorumluluk olarak değerlendirilmesi halinde, bunun bir tehlike sorumluluğundan çok fazla farkının kalmadığı, bu anlamda tehlike sorumluluğuna da çok yaklaştığı belirtilmişti.

Bir diğer husus, Borçlar Kanununun sorumluluk hukuku açısından, Türk Borçlar Kanununun 55. Madde ve bedensel zararlar çerçevesinde bir değerlendirme yapıldı. Borçlar Kanununun 55. Maddesi, bilindiği gibi daha sonradan hükümet tasarısına eklenen ve son anda değiştirilen bir, daha doğrusu eklenen bir madde olarak getirilmişti. Bu madde çerçevesinde özellikle destek yoksun kalma tazminatı zararlarının ve bedensel zararların belirlenmesine yönelik olarak temel kuralın bu Borçlar Kanununun 55. Maddesinde getirilen hüküm olduğu. Özellikle de kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleriyle, ifa amacını taşımayan ödemelerin bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemeyeceği hükmü gerçekten yeni ve dikkate alınması gereken bir hüküm olarak farklı

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

bir düzenleme olduğu. Ama uygulamada maalesef buna pek fazla uyulmadığı hususları dile getirildi. Hesaplanan tazminat miktarı esas olarak hakkaniyet düşüncesiyle artırılmaz veya azaltılamaz hükmünün de çok fazla dikkate alınmadığından söz edildi.

Bir diğer husus da, aslında 2. Fıkra düzenleneni, diğer panellerde de bundan bahsedildi. Bu konuya ilişkin olarak bir karşı görüş de var anladığım kadarıyla. Bu hükmün özellikle 2. Fıkranın uyumlaştırılması veyahut da tamamen kaldırılması isteniyor, özellikle de idare hukukçularının bir kısmı tarafından. Burada şöyle diyor: Bu kanun hükümleri her türlü idari eylem ve işlemlerle, idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.

Bunu HMK'daki diğer ayağının yürürlükten kaldırılması çerçevesinde, bu düzeneğin bozulduğu ve bu çerçevede yine bu hükmün ya yeniden düzenlenmesi gerektiği veyahut da tamamen kaldırılması gerektiği iddia edildi.

Alman hukukunda cismani zararlardan dolayı yasal sorumluluğun nasıl olduğu hususu, BGM'nin 823. Maddesi çerçevesinde haksız fiilden kaynaklanan zararların tazminine bağlı olarak bunun gerçekleştiği belirtildi. Aslında bizim hukukumuzdan çok fazla farkı yok. Bu çerçevede maddi ve manevi zararların, bedensel zarar dolayısıyla ortaya çıkan maddi ve manevi zararların kusur esasına bağlı olarak tazmin edilebileceği hususu o çerçevede belirtilmişti.

Daha sonra yargı kararları çerçevesinde, bedensel zararların tazminiyle ilgili olarak Yargıtay üyemiz tarafından açıklamalarda bulunuldu. Bu çerçevede özellikle Yargıtay'ın Borçlar Kanununun yeni düzenlemeleriyle ilgili olarak getirilen hükümlerine uymaya çalıştığını, uyduğunu hatta birtakım eleştiriler de vardı bu konuda. O çerçevede kararlarını verdiğini ve o anlamda da örnekler vermişti. O örneklerden de bahsetti.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Evet, Sema Hanım zaten burada, kendi konusuyla ilgili olarak birazcık eksik zamanı olduğu için hepsini de söyleyemediğini belirtmişti. Bu bağlamda ondan zaten biraz sonra o konuyla ilgili açıklamaları alacağız.

Eđer daha sonradan vaktimiz kaldığında sizlerden alacağımız sorular bu konulara iliŐkin olarak olursa, ben bunları daha geniŐletmeyi dűŐunuyorum.

TeŐekkűr ederim.

BEDENSEL ZARARLARIN TÜRK VE YABANCI HUKUKU YÖNÜNDEN TAZMİNİNE İLİŞKİN ESASLARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR
Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sorumluluk hukukunda tazminat borcunun doğabilmesi için, bir koruma normuyla güvence altına alınan bir hakkın ihlali sonucunda bir zararın ortaya çıkması gerekir. Sorumluluk hukukunun en önemli amacı, zarar veren kişiyi cezalandırmak değil, ortaya çıkan zararı tazmin etmek olduğu için, zarar doğmadan tazminat ödeme borcu da doğmaz. TBK’da zarar kavramı tanımlanmadığı için, doktrin ve uygulama tarafından tanımlanmış olan zarar kavramı “bir kişinin malvarlığında veya şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme” şeklinde tanımlanmaktadır. Türk hukukunda esas alınan maddi zarar-manevi zarar ayrımı altında yer alan ve maddi zararın bir türünü oluşturan “kişiye verilen zarar” veya “bedensel zarar”, bir kişinin öldürülmesi veya beden bütünlüğünün ihlali sonucunda malvarlığında meydana gelen eksilmelerdir. Gerçekte “insan zararı” kavramı altında toplanan yaşam hakkı (can zararı) ve vücut bütünlüğü hakkının (bedensel zarar) ihlal edilmesi halinde ortaya çıkan maddi ve manevi zararların tazmini hususu yanında, en az yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü hakkı kadar önem taşıyan “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı” (fiziksel hürriyet) üzerinde de durulması gerekmektedir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bütün insanların sadece insan olmaları sebebiyle doğdukları andan itibaren sahip oldukları hakların başında yaşama hakkı ve vücut bütünlüğüne ve dokunulmazlığına saygı gösterilmesi hakkı gelmekle birlikte, kişinin fiziksel özgürlüğü olarak ifade edebileceğimiz “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı” da büyük önem taşımaktadır. Zira, bireyin siyasal iktidar karşısında hukuki güvenliğinin temelini oluşturan “kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı”, diğer bütün hakların kullanılabilmesinin ön koşulunu oluşturmaktadır. Bu sebeple bu haklara koruyucu haklar ismi de verilmektedir. Kişinin fiziksel anlamda özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde, diğer bütün hakların kullanılması zorlaşmakta, hatta çoğu zaman imkansız hale gelmekte ve kişi bu sebeple maddi ve manevi zarara uğramaktadır. Zira fiziksel anlamda özgürlüğünden yoksun bırakılmış bir kişinin sahip olduğu diğer hakları kullanabilmesi mümkün olamaz. Bu anlamda kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde, aile hayatı ve özel hayat, toplantı özgürlüğü, serbest dolaşım özgürlüğü, ifade özgürlüğü kullanılamaz hale geldiği gibi, kişinin yaşama hakkı ve vücut bütünlüğü hakları dahi büyük bir risk altına girmektedir. Diğer taraftan, temel bir insan hakkından yararlanmak isteyen kişi, hürriyetinden yoksun bırakılma tehdidiyle karşılaşıyorsa, kullanmak istediği hakkın hiçbir anlamı ve önemi kalmayacaktır. Bu sebeple, tarihte bilinen ilk yazılı hukuki metin olan Hammurabi Kanunları’nda dahi rastlanılan kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, bu önemi dolayısıyla gerek tarih süreci içinde gerek günümüzde tüm insan haklarına ilişkin belgelerde ve anayasalarda güvence altına alınmış bir haktır.

İnsanların hak ve hürriyetlerini en iyi kullanabilecekleri sistemin hukuk devleti olduğu tartışmasızdır. Hukuk devleti ilkesi sayesinde hem kişinin temel hak ve özgürlüklerinin keyfi olarak sınırlandırılması önlenmekte hem de hukuk devletinin varlığını ve unsurlarını tehlikeye atacak şekilde kullanılması engellenmiş olmaktadır. İnsan haklarına saygılı demokratik bir hukuk devletinde, insan haklarının ve özgürlüklerinin varlık sebebi doğrudan doğruya insan olduğu için, kişinin özgürlük ve güvenliğinin sağlanması ve korunması ön koşul olmaktadır.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kişi özgürlüğü ve güvenliği, kişinin, kanunla belirlenmiş sınırlı haller dışında, hareket serbestliği ve özgürlüğünden yoksun kılınmaması, yani açık ifadesiyle kilit altında tutulamaması anlamına gelir. Kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, kişinin keyfi olarak yakalanmamasını, gözaltında tutulmamasını, zorla bir yere götürülmemesini, tutuklanmamasını, cezalandırılmamasını, hareket serbestisinin kısıtlanmamasını, istediği yere gidip gelebilme ve dolaşabilme olanağının ortadan kaldırılmamasını ve bu hakkın sağladığı güvence altında yaşamını sürdürmesi ve geliştirmesini ifade eder. Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin sağlandığı bir yapı içerisinde insanlar, hiçbir devlet otoritesinin keyfi uygulamalarına maruz kalarak özgürlüğünden yoksun bırakılamayacakları düşüncesiyle huzur içinde yaşarlar ve diğer tüm hak ve özgürlüklerini kullanabilme imkanına sahip olurlar.

Kişi özgürlüğü ve güvenliği kavramının ortaya çıkışı İngiltere’de kabul edilen Magna Carta Libertatum ile gerçekleşmiş ve kişinin keyfi olarak özgürlüğünden yoksun bırakılamayacağına ilişkin ilk düzenleme Magna Carta’da kabul edilmiştir. Daha sonra özgürlüğü kısıtlayıcı işleme karşı yargıç denetimini zorunlu kılan 1679 tarihli Habeas Corpus Act ile, kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı, sağlam temellere oturmuştur. Kıta Avrupası’nda da 1789 tarihli Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi’nde yer alan kişi özgürlüğü ve güvenliği ilkesi, Birinci ve İkinci Dünya Savaşı sonrasında kaleme alınan insan hakları belgelerinde de yerini ve önemini korumuştur. 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul ve ilan edilen, insanlık tarihinin sayılı belgelerinden olan “İnsan Hakları Evrensel Bildirisi”nde de herkesin kişi özgürlük ve güvenliğine sahip olduğu, hiç kimsenin keyfi olarak gözaltına alınamayacağı, tutulamayacağı, sürülemeyeceği belirtilmiştir. 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe giren AİHS’nin 5’inci maddesinde de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı yerini alarak bir denetim mekanizmasına kavuşmuştur. Herkesin kişi özgürlük ve güvenlik hakkına sahip olduğunun ifade edildiği bu maddede, gözaltına alma ve tutuklama süreleri kısıtlanıp bazı şartlara bağlanmış ve kişi özgürlüğünün devlet tarafın-

dan keyfi bir şekilde ihlal edilmesi önlenmek istenmiştir. Devlet makamlarının bir kişiyi polis nezaretinde, ceza evinde veya başka bir yerde alıkoyarak özgürlüğünden yoksun bırakması madde kapsamına girer. Bu tür özgürlük kısıtlamalarının maddede öngörülen çerçevede ve şartlar altında yapılıp yapılmadığı, Komisyon ve Mahkemenin denetimi altındadır. Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 41'inci maddesinde de kişi özgürlüğü ve güvenliği hakkı da dahil olmak üzere Sözleşmede koruma altına alınan herhangi bir hakkı ihlal edilen kişiye *"hakkaniyete uygun bir tazminat"* ödenmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır.

Kişinin fiziksel özgürlüğünün sınırlanması veya ortadan kalkması sonucunu doğuran tutuklama kararına veya ceza mahkemesi tarafından verilmiş mahkumiyet hükmüne dayanılarak kişinin özgürlüğünden yoksun bırakılmasının, sağlam hukuki temellere dayanması ve kişiyi özgürlüğünden yoksun bırakan bu uygulamaların evrensel hukuk ilkelerine uygun olması gerekir. Nitekim, kişinin belli sebepler gereğince, devletin yetkili kişi veya birimleri tarafından özgürlüğünden yoksun bırakılarak zorla kapalı bir yerde tutulmasının, kişiyi diğer bütün insanlara, hayata, hatta ailesine ve kendisine yabancılaştıran bir uygulama olduğu dikkate alındığında, bu tür bir uygulamanın insan üzerinde yaratacağı olumsuz etkilerin derece ve önemi kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Türkiye'de son yıllarda sürekli olarak gündeme gelen haksız ve hukuka uygun olmayan tutuklama kararları ile uzun yargılama süreleri sonucunda haklarında mahkumiyet kararı verilen kişilerin müracaatları sonucunda Anayasa Mahkemesi tarafından verilen hak ihlali kararlarına bağlı olarak yeniden yargılanmaya başlanan pek çok kişinin haksız şekilde oldukça uzun sürelerle özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları, ülkemizin en önemli hukuki sorunlarından birini oluşturmaktadır. Hukuka uygun olmayan tutuklama ve mahkumiyet kararları gereğince özgürlüklerinden yoksun bırakılan bu kişilerin uğramış oldukları maddi ve manevi zararların ne şekilde tazmin edilebileceği hususu büyük önem taşımaktadır.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri incelendiğinde "insan zararları"na ilişkin olarak ölüm ve bedensel zararlar halinde ortaya çıkan maddi zararların ve manevi zararların tazminine ilişkin özel düzenlemeler getirilmiş olduğu, buna karşılık, kişinin hürriyetinden hukuka aykırı şekilde mahrum bırakılması halinde doğan maddi ve manevi zararlara ilişkin özel bir düzenleme vaz'edilmemiş olduğu görülmektedir. Oysa, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun hazırlık aşamasında, ilk Tasarı'nın 50'inci maddesi 3'üncü fıkrası ile yeni bir "zarar" tanımı yapılarak "*Hayata, bedensel ya da ruhsal bütünlüğe ve diğer kişisel değerlere yönelik fiillerin, malvarlığında yol açtığı eksilmeler de maddi zarardır*" denilmiş; ancak sonradan bu tür tanımlar Tasarı'dan çıkarıldığı için 6098 sayılı yeni yasa da yer almamıştır. Tasarı'da yer verilen "diğer kişisel değerler" kapsamında yer alan en önemli hakkın ise, kişi özgürlüğü olduğunu ifade etmek gerekir. O halde, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda, yukarıda da ifade edildiği gibi, en az yaşama hakkı ve bedensel bütünlük hakkı kadar önem taşıyan kişi özgürlüğü hakkının ihlal edilmesi halinde ortaya çıkabilecek maddi ve manevi zararların tazminine yönelik olarak, ölüm ve bedensel zararlara ilişkin hükümlerin yanında, özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Durum böyle olmakla birlikte, kişinin hukuka aykırı şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılması halinde ortaya çıkan maddi ve manevi zararların tazmini bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan ölüm ve bedensel zararlara ilişkin hükümlerin, durumun niteliğine göre zaman zaman genel hüküm olarak, zaman zaman ise kıyas yoluyla doğrudan doğruya uygulanabileceğini ifade etmek gerekir.

Kişinin özgürlüğünün hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesi halinde uğramış olduğu zarar karşılığında kendisine tazminat ödeneceğini öngören hükümlerin başında 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu 141 vd. maddeleri gelmektedir. Bu düzenlemede yer alan hükümler gereğince, suç soruşturması veya kovuşturması sırasında, kanunlarda belirtilen koşullar dışında yakalanan, tutuklanan veya tutukluluğunun devamına karar verilen; kanuni gözaltı süresi içinde hakim önüne çıkarılmayan; kanuni hakları hatırlatılmadan veya hatırlatılan hakla-

rından yararlandırılma isteği yerine getirilmeden tutuklanan; kanuna uygun olarak tutuklandığı halde makul sürede yargılama mercii huzuruna çıkarılmayan ve bu süre içinde hakkında hüküm verilmeyen; kanuna uygun olarak yakalandıktan veya tutuklandıktan sonra haklarında kovuşturmayaya yer olmadığına veya beraatlerine karar verilen; mahkum olup da gözaltı ve tutuklulukta geçirdiği süreleri hükümlülük sürelerinden fazla olan veya işlediği suç için kanunda öngörülen cezanın sadece para cezası olması nedeniyle zorunlu olarak bu cezayla cezalandırılan; yakalama veya tutuklama nedenleri ve haklarındaki suçlamalar kendilerine, yazıyla veya bunun hemen olanaklı bulunmadığı hallerde sözle açıklanmayan; yakalanmaları veya tutuklanmaları yakınlarına bildirilmeyen; hakkındaki arama kararı ölçüsüz bir şekilde gerçekleştirilen; eşyasına veya diğer malvarlığı değerlerine, koşulları oluşmadığı halde el konulan veya korunması için gerekli tedbirler alınmayan ya da eşyası veya diğer malvarlığı değerleri amaç dışı kullanılan veya zamanında geri verilmeyen kişiler, yani genel bir ifadeyle, kişi özgürlüğü hukuka aykırı şekilde kısıtlanan kişiler, maddi ve manevi her türlü zararlarını, Devletten isteyebilirler.

Bütün bunların yanında, 5271 sayılı CMK m. 323/3'de yer alan "(3) *Yargılamanın yenilenmesi sonucunda beraat veya ceza verilmesine yer olmadığı kararının verilmesi halinde, önceki mahkûmiyet kararının tamamen veya kısmen infaz edilmesi dolayısıyla kişinin uğradığı maddî ve maneî zararlar bu Kanununun 141 ilâ 144 üncü maddeleri hükümlerine göre tazmin edilir.*" hükmü gereğince, kişi hakkında verilen ve kısmen veya tamamen infaz edilen mahkumiyet kararının daha sonra yapılan yargılamanın yenilenmesi sonucunda haksız olduğu anlaşılırsa, kişinin uğradığı maddi ve manevi zararın CMK m. 141 vd. hükümlerine göre tazmin edilmesi gerekir.

O halde, kişinin hukuka aykırı şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucunu doğuran haksız tutuklama ve mahkumiyet kararları gereğince uğramış olduğu maddi ve manevi zararlar için kişiye bir tazminat ödenmesi gerekmektedir.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu anlamda, maddi zarar, haksız olarak yakalanan veya tutuklanan kişinin ya da hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olan kişinin, hürriyetinden yoksun kaldığı süre boyunca uğradığı gelir kaybıdır. Bunun yanında, bu haksız işlemlerin kaldırılması dolayısıyla yapmış olduğu avukatlık masrafı, yol masrafları gibi giderlerin de maddi zarar kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca, yakalanan veya tutuklanan ya da hakkında mahkumiyet kararı verilen kişi, işçi, memur gibi ücret alarak hayatını idame ettiren birisi ise, özgürlüğünden yoksun kaldığı süre boyunca maruz kaldığı ücret kaybı da maddi zarar olarak nitelendirilir. Bu ihtimalde, kişinin, tekrar görevine iade edilmesi nedeniyle tüm ücret ve haklarını geri alması mümkün olursa, bunun bir zarar kalemi olarak değerlendirilmemesi gerekir. Ancak son yıllardaki haksız tutuklama ve mahkumiyet uygulamalarının pek çoğunda, tutuklu bulunan veya haklarında mahkumiyet kararı verilen kişilerin devlet memuru olmaları sebebiyle, bu süre boyunca ücretlerini tam olarak alamadıkları, bir grubun ise ücret alma ve emeklilik haklarını kaybettikleri gerçeği de gözden uzak tutulmamalıdır. Dolayısıyla, bu kişilerin ekonomik geleceklerinin sarsılması sebebiyle uğramış oldukları bu kayıpların da maddi zarar olarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Bunun dışındaki hallerde ise, özgürlüğünden hukuka aykırı şekilde yoksun bırakılan kişinin çalışma koşulları, çalıştığı sektör, serbest meslek sahibi ise daha önceki dönemlerde elde ettiği kazançlar dikkate alınarak kişinin uğradığı maddi zararın tespit edilmesi gerekir.

Kişinin hukuka aykırı şekilde özgürlüğünden yoksun bırakılması sonucunu doğuran haksız tutuklama ve mahkumiyet kararları gereğince uğramış olduğu manevi zararın tespitinde ise, kişinin itibarının sarsılması, ailesine ve yakınlarına yönelik olarak hissettiği hasret, çekmiş olduğu üzüntü, cezaevi koşulları sebebiyle hissettiği elem, acı ve ıstıraplar dikkate alınır. Bu kişilerin uğramış olduğu manevi zararlar bakımından, bu manevi kayıpların hiçbir şekilde giderilmesinin mümkün olmadığı gerçeği dikkate alınmak suretiyle, “zenginleşme yasağı” ve “felaketi özendirme” gibi artık modası geçmiş ve geçerliliği

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

olmayan kalıpların bir kenara bırakılması ve bu kişiler lehine mümkün olabilecek en yüksek manevi tazminat miktarlarına hükmedilmesi gerekir.

CMK 141/1-son gereğince, tazminatı gerektirir fiil veya fiillerin sübutu halinde, fiilin mağduru olan kişi, Devletten her türlü zararının tazminini talep edebilir. CMK m.142/6' da yer alan "(6) İstemin ve ispat belgelerinin değerlendirilmesinde ve tazminat hukukunun genel prensiplerine göre verilecek tazminat miktarının saptanmasında mahkeme gerekli gördüğü her türlü araştırmayı yapmaya veya hâkimlerinden birine yaptırmaya yetkilidir." hükmü gereğince, tazminat miktarının hesaplanmasında, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan tazminat hukukunun genel prensipleri esas alınır. Bu anlamda, Yargıtay CGK'nun 23.11.2004 tarihli 1-177/203 sayılı kararında da açıkça ifade edildiği gibi, hükmedilen tazminata faiz yürütülmesi de gerekir.

CMK 142/2'de yer alan "(2) İstem, zarara uğrayanın oturduğu yer ağır ceza mahkemesinde ve eğer o yer ağır ceza mahkemesi tazminat konusu işlemle ilişkili ise ve aynı yerde başka bir ağır ceza dairesi yoksa, en yakın yer ağır ceza mahkemesinde karara bağlanır." hükmü gereğince, tazminat talebinin ağır ceza mahkemesine yöneltilmesi gerekir. Ancak, tazminat kavramının Borçlar Hukuku ile olan yakın ilgisi ve ayrı bir uzmanlık gerektirdiği dikkate alındığında, tazminat talepleri hakkında hukuk mahkemesi tarafından karar verilmesi gerektiğini de ifade etmek gerekir. Nitekim, Türk Hukukunda bir süredir gündemde olan "İnsan Zararları Mahkemeleri"nin görev alanına, uzmanlık mahkemesi olması sebebiyle, bu tür tazminat taleplerinin de alınması gerektiği ifade edilmelidir.

CMK m. 141/4 (Ek:18/6/2014-6545/70 md.)'te yer alan "Devlet, ödediği tazminattan dolayı görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle görevini kötüye kullanan hâkimler ve Cumhuriyet savcılarında bir yıl içinde rücu eder." hükmü gereğince, devlet, haksız tutuklama, gözaltı veya mahkumiyet kararı veren hakim ve cumhuriyet savcılarında rücu eder.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Haksız tutuklama, gözaltı veya mahkumiyet kararına maruz kalan kişilerin CMK m. 141 vd. maddelerinde öngörülen sebepler dolayısıyla tazminat talebinde bulunma hakkına sahip olması yanında, 6100 sayılı HMK m. 46 vd. hükümleri gereğince de ilgili hükümlerde yer alan şartların gerçekleşmesi halinde, hakimlerin yargılama faaliyetinden dolayı Devlet aleyhine tazminat davası açılabilmesi de mümkündür.

Kanunda açıkça düzenlenmemekle birlikte, haksız olarak yakalanan veya tutuklanan ya da hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olan kişinin, hürriyetinden yoksun kaldığı süre boyunca yakınlarının onun desteğinden yoksun kalmaları sebebiyle uğramış oldukları zararın tazmini üzerinde de durulması gerekmektedir. CMK m.142/6'da *"tazminat hukukunun genel prensiplerine göre"* verilecek tazminat miktarının saptanması öngörüldüğü için, haksız olarak yakalanan veya tutuklanan ya da hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olan kişinin, hürriyetinden yoksun kaldığı süre boyunca yakınlarının onun desteğinden yoksun kalmaları sebebiyle uğramış oldukları zararın tazmininin mümkün olduğunu ifade etmek gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nda destekten yoksun kalma tazminatı, her ne kadar ölüm ve bedensel zararlar bakımından kabul edilmiş olsa da, kıyas yoluyla, kişinin haklı bir gerekçe olmaksızın hürriyetinden mahrum bırakılması sebebiyle yakınlarının, onun desteğinden yoksun kalmaları sebebiyle uğrayacakları zararların da destekten yoksun kalma tazminatı yoluyla giderilebilmesi hukuka ve hakkaniyete uygun olacaktır.

Özellikle haksız olarak uzun süre tutuklu kalan ya da hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olduğu için hürriyetinden mahrum kalan kişinin yakınları bakımından manevi zararın söz konusu olup olamayacağı üzerinde de durulması gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun "Manevi tazminat" başlığını taşıyan 56'ncı maddesinde yer alan *"Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uy-*

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

gun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.” hükmü dikkate alındığında, yapılacak lafzi yorum çerçevesinde, sadece ağır bedensel zarar veya ölüm halinde zarar gören veya ölen kişinin yakınlarının manevi tazminat talep edebileceği, bu özel durumlar dışında yakınların manevi tazminat talebinde bulunamayacakları sonucuna varılmaktadır. Ancak, haksız olarak uzun süre tutuklu kalan ya da hakkında mahkumiyet kararı verilmiş olduğu için hürriyetinden mahrum kalan kişinin, yaşadığı bu alışılmadık ve kabul edilebilmesi mümkün olmayan olaylar sebebiyle, tıpkı ağır bir bedensel zarara uğramış gibi değerlendirilerek, onun yakınlarının da manevi tazminat talebinde bulunabileceklerinin kabul edilmesi kanunun amacı ile ters düşmeyecektir. Diğer taraftan, Türk Borçlar Kanunu’nun “Kişilik hakkının zedelenmesi” başlığını taşıyan 58’inci maddesinde yer alan “Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.” hükmü gereğince, yakını haksız olarak uzun süre tutuklu kaldığı ya da hakkında mahkumiyet kararı verildiği için hürriyetinden mahrum kalmasına bağlı olarak toplum içindeki şeref, itibar ve saygınlığının sarsılması halinde, yakınının bu durumu sebebiyle onun da toplumdaki şeref, itibar ve saygınlığının ihlal edildiği, bu anlamda manevi zarara uğradığı kabul edilebilir ve manevi tazminat ödenmesine hükmedilebilir.

Günümüzde yaşanan olayların daha iyi anlaşılabilmesi için, geçmişte de benzer nitelikte yaşanmış olayların mevcut olup olmadığının belirlenmesi gerekir ve buna bağlı olarak geleceğe ilişkin öngörülerin daha gerçekçi şekilde yapılabilmesi sağlanır. Bu anlamda, mitolojik hikayeler, gerçekte tarihin kendi içinde tekerrür ettiğinin en önemli göstergelerinden biri olmaktadır. Antik Yunan döneminde Girit adasında kral olan Minos, boğa başlı insan vücutlu canavar Minotaurus ile başa çıkamayınca, ünlü mimar Daedalus ve onun oğlu Ikarus’u Girit’e çağırarak bir kale yapmasını ve bu kaleyi, giren kişinin hiçbir şekilde dışarıya çıkamayacak şekilde inşa etmesini ister. Kralın amacı, boğa başlı insan vücutlu canavar Minotaurus’u kaleye hapsedmek ve böylece ondan kurtulabilmektir. Mimar Daedalus ve

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

oğlu Ikarus, Labyrenthos isimli kaleyi inşa ederler ve canavar Minotauros'u bu kaleye hapsederler. Ancak Theseus isimli bir kahraman, mimar Daedalus'tan aldığı akılla kaleye girerek canavarı öldürür ve kaleden dışarı çıkar. Theseus'un bu başarısı sonrasında kral Minos'un kızı ona aşık olur ve birlikte Girit'ten kaçarlar. Olaylara çok sinirlenen kral Minos, mimar Daedalus ve onun oğlu Ikarus'u Labyrenthos içinde bir kuleye hapseder. Bir başkası için hapisane inşa eden mimar Daedalus ve oğlu Ikarus, kendi inşa ettikleri hapisane içinde kalırlar. Kaleden kurtulmak için kuşların döktükleri tüyleri balmumuyla yapıştirarak kanat yaparlar ve kuleden uçarak kaçarlar. Mimar Daedalus, oğlu Ikarus'a güneşe yakın uçmamasını, aksi takdirde balmumunun eriyerek kanatları bozacağını söylemesine rağmen, Ikarus, kaleden kurtulmanın verdiği zafer hissi ve coşkuyla güneşe doğru yükselir ve güneşe doğru ulaşma hırsı sonucunda Ege denizinde Sisam adası yakınlarına düşerek ölür.

....

Prof. Dr. Aydın ZEVKLİLER

Yaşar Üniversitesi Emekli Öğretim Üyesi

Kadim dostluktan öte, bizim ağabeyimiz önderimiz, hatta branşımızda şu anda yaşayanlar arasında duayen sayılan Sayın Fikret Eren ağabeyime teşekkürler ediyorum, övücü sözlerinden dolayı. Bunları hak etmedim, ama o bana layık gördüğü için yine kendisine teşekkür ederim.

Efendim biz Ankara Hukuk Fakültesinde beraber mesai arkadaşlığı yaptık yıllarca. Sonra ben Ankara'dan ayrıldım, işte değişik yerlerde dolaştım. Diyarbakır, İstanbul, İzmir, oralarda öğretim üyeliğine devam ettim, ama dostluğumuz arkadaşlığımız hiçbir zaman bitmedi.

Efendim ben oturumun, daha doğrusu bu düzenlenenin ikinci günündeki altı numaralı oturumda başkanlık yaptım ve benim başkanlık yaptığım oturumun konusu tüketici hukuku yönünden bedensel zararların tazmini esaslarıydı. Benim yönettiğim oturumda altı değerli bilim insanı ve uygulayıcı tebliğlerini sundular.

Bunların ne dediğine gelmeden önce, kısaca bir açıklama yapayım. Bu kısa oturum içerisinde biz hangi konuyu inceledik? Bildiğiniz gibi daha önce geçerli yürürlükte olan 4077 sayılı Yasanın 4. Maddesiyle, onun yerine geçen bugün yürürlükte olan 6502 sayılı yeni Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasanın 8. Maddesinde, ayıplı maldan ve devamı maddelerde ayıplı ifadan dolayı tüketicinin uğradığı zararlara karşı, önce

tüketicinin seçimlik hakları ve tüketicinin bunun yanında uğradığı zararlara karşı, satıcı veya sağlayıcının, yani malı ya da hizmeti sunan kişinin sorumluluğu düzenleniyor.

İşte genellikle biz bu ana başlık altında, belirttiğim hususları inceleme konusu yaptık, daha doğrusu tebliğ sahipleri o konudaki tebliğlerini sundular. Yani ayıplı bir mal teslim edilmişse ya da ayıplı ifada hizmet ifasında bulunulmuş ise, bu ayıp karşısında tüketici ne gibi haklara, ne gibi seçimlik haklara sahiptir. Artı, bu seçimlik hakları kullanması dışında uğradığı diğer zararlar yönünden de tüketici acaba satıcı-sağlayıcıya, hatta daha önceki yasada daha geniş kapsamdaki kişilere müteselsil sorumluluğu olan kişilere başvurabilir mi? Başvurursa hangi esaslara göre başvurabilir? Konularını tartıştık.

Tabii iki yasanın düzenlemesi arasında bazı farklılıklar vardı, ona değindiler. Özellikle bu konuda üçüncü veya dördüncü sırada tebliğ sunan Prof. Dr. Ayşe Havutçu o farkları güzelce sıraladı. Şimdi ona daha sonra geleceğim, ama isterseniz o programdaki sıralamaya göre konuşmacıların nelerden söz ettiğine kısaca değinmek isterim.

İlk sözü alan Prof. Dr. Çağlar Özel idi. Çağlar Özel, üçüncü kişinin uğradığı zararlar çerçevesinde tüketici kavramı konulu tebliğini sundu, ama Çağlar hoca şimdiye kadar ender yapılan bir işi yaptı ve alışılmışın dışında birtakım şeyler söyledi. Biliyorsunuz tüketicinin korunması söz konusu olduğunda, genellikle ve taraflardan birinde birden çok kişi olduğunda, genellikle bir tüketicinin kimlere hangi nedenlerle kimlere başvurabileceğini inceleriz konuşuruz tartışırız yazarız yayınlarız. Ama bu kez Çağlar hoca farklı bir noktadan olaya girdi.

Bir tarafta satıcı ya da sağlayıcı, diyelim ki tek kişi, ama öbür tarafta onun ifa ettiği ediminden dolayı mal ya da hizmetten dolayı birden çok kişi aynı anda zarara uğruyorlar. Peki, bunlar hepsi acaba o sağlayıcı veya satıcıya birlikte ya da tek tek başvurabilir onu sorumlu tutabilirler mi? Eğer tutabilirlerse hangi esasa göre hareket ederler? Bu yasaya göre mümkün müdür? Bu konuları inceledi ve burada işte dava arkadaşlığı

dışında, acaba olayla ilgisi olmayan üçüncü kişiler de sorumluluk yoluna başvurdukları zaman tüketici sayılır mı sayılabilir mi? Tüketici kavramı içerisinde yer alabilir mi? Bu konuları irdeledi. İlginç bir tebliğdi. Burada üçüncü kişi kavramına açıklık getirdi, kimlerden bahsettiğini belirtti Çağlar hoca ve sözleşmeden doğan sorumluluk yanında, haksız fiilden doğan sorumluluğun da gündeme gelip gelemeyeceğini söyledi; geneliyle başarılı bir tebliğ idi.

Ondan sonra söz alan Prof. Dr. Şebnem Akipek, bugün maalesef aramızda değil. Kendisi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi olmasına rağmen, şu anda dekan olarak atandığı İstanbul Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi dekanlığında. Atandığı fakülteye gitmek zorunda kaldı. Onun için herhalde burada bulunmadığından, ben kısaca onun nele-re değindiğini de sizlere aktarmak isterim.

Şebnem Akipek programa göre, tüketici hukuku yönünden ürün sorumluluğu konusunu ele aldı. Önce ürün nedir kavram olarak, sonra ürün sorumluluğu hangi anlama gelir? Bunları inceledi ve ürün sorumluluğunun tüketicinin korunması yönünden gündeme gelip gelemeyeceğini ve hatalı ürün veya imalat, ayıplı ürün üretme imal etmeden doğan sorumlulukla, tüketicinin hakları açısından sorumluluğun aynı şey olup olmadığını net çizgilerle ortaya koydu ve bunlar arasındaki farkı belirtti. Ama sonuçta bunların zaman zaman örtüşebileceğini, fakat farklı kavramlar olduğunu. Bizim hukukumuzda ürün sorumluluğu kavramının da yanlış kullanıldığını doneleriyle ortaya koydu.

Bu arada 4703 sayılı Yasaya da değindi. Avrupa Birliği hukukuna göre bizim tüketici hukukunun farklarını da anlattı. Orada tüketicinin korunması esasları direktiflerle ve ortak kararlarla, ortak kurullarla düzenlendiği halde, ayrıca üretimden doğan sorumluluğun da bir özel yönergeyle düzenlendiğini. Hatta arkadan bir yönerge daha çıkarıldığını ve bunların birbirinden farklı tutulduğunu belirterek, bizde de bu farkın ayrt edilmesini önerdi tavsiye etti.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ondan sonra söz alan değerli meslektaşımız, Alman meslektaşımız Prof. Dr. Rainer Kemper, Alman hukukunda tüketicilerin sorumluluğuyla ilgili esasları anlattı bize. Tebliğinin başlığı da, Alman hukukunda tüketicinin korunması yolundaydı. Burada onun anlatmadığı bir hususu ben kısaca söyleyeyim. Şimdi Alman hukukunda tüketicinin korunması konusu, önceleri özel bir yasayla düzenlenmişti. Bugün bizim Tüketici Yasası gibi, özel bir yasa vardı orada. Tabii daha sonra Avrupa Birliği ülkeleri arasındaki ortak düzenlemeler kararlar bilmem ne kapsamında, Avrupa Birliği direktifleriyle önce başladılar, sonra işte yönergelerle bunlar genişletildi, ortak bir tüketicinin korunması hukuku yaratıldı. O şimdi Almanya'da da geçerli, Almanlar da uyuyorlar ona.

Fakat ondan önce kendileri zaten böyle bir yasaya sahiptiler ve şunu da söyleyeyim. Bizdeki özel yasa da, 4077 sayılı Yasa çıkarılan ilk yasaydı 1995'te çıktı uyum yasaları çerçevesinde. Onun hükümleri de büyük ölçüde Almanların bu özel tüketiciyi koruma yasasından alınmadır. Yani mehazıdır diyebiliriz. Tabii ufak tefek modifikasyonlar oldu. İşte Rainer şimdiki durumda Alman hukukunda tüketicinin korunması konusunda neler geçerlidir, nasıl hareket edilir? Onu anlattı bize.

Prof. Dr. Rainer'in anlattığı konular içerisinde ilginç olanları da vardı. Şu anda Almanlar o özel yasayı da zaten Avrupa Ortak Pazar, sonra Avrupa Birliği hukukunda tekdüze bir tüketicinin korunması hukuku yaratılınca, o özel yasayı yürürlükten kaldırdılar. Hatta şu anda bazı hükümleri BGB içine, yani Alman Medeni Kanununun içine koydular, ayrı bir yasa yok artık.

Şimdi bu çerçevede Rainer, Alman Medeni Kanununun ilgili maddelerini tek tek sayarak, o maddelere göre tüketicinin nasıl korunduğunu, korunmak istendiğini anlattı. O arada manevi tazminat istenebilir mi sorusuna da değindi. Yani bildiğimiz bizim bedensel zarar, hani ölüm yaralanma sakat kalma gibi hallerden dolayı o doğan maddi zararlar ödendiği gibi, manevi zarar da istenebilir mi konusuna da geçti. Burada önemli bir hususa değindi. Alman hukukunda manevi tazminat istendiği durumlarda iki değişik olayla karşılaşırız. Birincisi, bizim

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

bildiğimiz kişilik haklarına yapılan saldırı dolayısıyla kişinin uğradığı zararlar, bu arada manevi zararlar; iki, konumuz da bedensel zarar, beden bütünlüğü sağlık yaşam da yine kişilik değerlerindedir ve bunlara verilen zararlar dolayısıyla manevi tazminat istenebilir dedi.

Ona Almanlar normatif zarar diyorlar. Maddi bedensel zarar yanında manevi zararın da birlikte kabul edilebilir olacağını söylüyorlar. Yani acı parası dedikleri bir talebin de gündeme gelebileceğini, yani kişinin beklentilerinin hayallerinin kurgularının gerçekleşmemesi, boşa çıkarılması nedeniyle duyduğu üzüntü, hayal kırıklığı da acaba manevi tazminata hükmetmeye esas olabilir mi konusuna geldi ki, acı parasını o durumlarda istediklerini ve bunun daha çok ruhsal bünyeye, duygusal bünyeye ilgili olduğunu. Artık bugün için sadece maddi bedensel bütünlüğe değil, ruhsal bütünlüğe verilen zararın da yine kişi zararı sayılacağını belirtti ve örnekler de verdi.

Bizde de son sıralarda Yargıtay'ın özellikle bu konuda gerçekten o duygusal yapıda yaratılan hayal kırıklığı, çöküntü ve üzüntü vesaire dolayısıyla manevi tazminat istenebileceğini kabul ettiğini görüyoruz. Onu biraz sonra Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı Sayın Hâkim İlhan Kara'nın tebliğinde dinledik, örnekleriyle. Orada değineceğim. İlhan Bey de zaten aynı oturumda konuşmuştu.

Bu özel çarpıcı bir husustu. Yani artık bedensel zararların tartışılması kapsamında ruhsal çöküntüleri de... Ruhsal çöküntü dediğimiz, bedene verilen zarar vesaire veya kişilik haklarına verilen zarar vesaire yok ortada, ama kişinin beklentileri hayal kırıklığıyla sonuçlanıyor. Bir örnek olarak da, klasik örnek olarak da, kişinin verilen ilanlara bakarak bir seyahate katılması, orada vaat edilen hususların yerine getirilmemesi. Örneğin, turların düzenlenmemesi, örneğin kaldığı otelde sıcak suyun akmaması veya kaldığı otelin vaat edilen hizmetlerde bulunmaması vesaire vesaire, buna benzer şeyler. Bunlar da kişilik değerlerine verilen bir zarar olmadığı halde, yani klasik anlamda manevi zarar söz konusu olmadığı halde, artık bu şekilde kişi zararı sayılıp, manevi tazminata hükmedilebileceği esasını bize anlattı.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kemper'in tebliği zaten sanıyorum tebliğler basılarken o Türkçe çevirisi de orada basılacak. Okunmaya değer, ben okumanızı tavsiye ederim. Bunun dışında, başka artık fazla da zaman harcamayayım. Sayın Rainer'le ilgili söylemeyeceğim fazla bir şey de yok, artık tebliğine bırakıyorum, sizlerin takdirinize bırakıyorum.

Ondan sonra söz alan arkadaşım Prof. Dr. Ayşe Havutçu idi. Ayşe Havutçu'nun tebliği başlığı da, ayıplı mal nedeniyle tüketicinin tazminat hakkıydı. Şimdi biliyorsunuz 4077 sayılı önceki Tüketicinin Korunması Hakkındaki Yasa'nın 4. Maddesinde diyordu ki, orada ayıp halinde seçimlik hakları sayar, tüketici bu haklardan birini kullanmakla birlikte, bununla birlikte ayrıca doğan zararlarını da talep edebilir deniliyordu.

Şimdi bu madde yeni yasada 8. Madde oldu. Orada da yine Borçlar Kanunu'na yollama yaparak, doğan zararları Borçlar Kanunu çerçevesinde talep edebileceği söyleniyor, son cümlesinde 8. Maddenin. Ayşe Havutçu bu konuyu ele aldı. İki yasa arasındaki düzenleme farklılıklarını, önce ayıpla ve seçimlik hakla ilgili farklılıkları ortaya koydu. Daha sonra da bu tazminat isteme konusunda aynı hükmü muhafaza ettiğini, yani yine de bu yeni düzenlemeye göre de tazminat istenebileceğini, buna hatta manevi tazminatın da dahil olacağını belirtti toplu olarak.

Ondan sonra söz alan, daha doğrusu programda ondan sonra konuşma sırası gelen Ankara 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı Sayın İlhan Kara, çok ilginç bir tebliğ verdi. Özellikle önüne gelen, kendisinin muhatap olduğu ve yargılamanın en üst aşamasından Yargıtay'dan da geçip kesinleşen bazı örnek kararları, ilginç örnek kararları bize anlattı. Bu arada benim hepsini hatırlamak mümkün değil, birisi örneğin. Adamın birisi rakıyı seviyor, her akşam bir şişe rakı alıyor içiyor ve bir gün aldığı rakıyı açmadan bakıyor ki içinde bir tane sinek. Bundan dolayı tazminat davası açıyor, manevi tazminat davası. O da kendisinin artık rakıdan soğuduğunu, rakı içme zevkinden mahrum bırakıldığını vesaire söyleyerek, bu nedene dayalı bir tazminat talep ediyor ve Yargıtay kabul ediyor davayı, manevi tazminata hükmediyor.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Yine mesela bir ilginç örnek, adamın birisi köpeğiyle birlikte Trabzon'a seyahat ediyor. Otobüse biniyorlar, köpek otobüste rahatsız oluyor tabii durmadan havlıyor. Yolcular da rahatsız olmuşlar, başlamışlar onlar da söylenmeye şikâyetlenmeye ve yolda durdurmuş şoför, kardeşim sustur bunu filan, ama susturamıyor adam ne yapsın. Bunun üzerine itiraz eden adamı indirmiş şoför aşağıya. İtiraz eden adamı indirmiş, çok sert biçimde müdahale ediyor. İtiraz eden adamı indirmiş, adam daha sonra mahkemeye başvuruyor, manevi tazminat istiyor. Fakat bu arada tabii köpek Trabzon'a gitmiş ulaşmış otobüsle, ama adam yolda bırakılmış. Yolda bırakıldığı için manevi tazminat istiyor ve Yargıtay onu da kabul etmiş. Böyle çok ilginç örneklerle, ama eleştirel birtakım örneklerle manevi tazminat konusunu bize anlattı. Gerçekten ilginçti. İnşallah tebliğler basıldığıında okumanızı salık veririm. Özellikle uygulayıcı arkadaşlar okusunlar.

Hatta işte şunu bile anlattı. Mesela televizyon yayınında bir maç, önemli bir maç, final maçı yayınlanıyor. Tam yayın başlamadan önce 5 dakika önce, maç saatinden 5 dakika önce yayın kesiliyor. O maç nakli yayından çıkarılıyor, başka bir yere geçiyor. Adam dava açıyor filan. Diyor ki, ben paket program aldım onun parasını ödedim. Karşı taraf diyor ki, efendim maç yayınları paket programa dahil değildir. Sonra davalık oluyorlar. Burada da yine Yargıtay tazminata hükmediyor. Böyle ilginç örnekler var.

Evet, Sayın İlhan Kara'dan sonra en nihayet Av. Nehir Miray Bedük, uzun süre baro tüketici hukuku komisyonunda başkanlık da yapmış. O da yine uygulamadan bazı örneklerle, tüketici kavramını, tüketicinin korunması kavramını bize anlattı ve sonuç olarak başarılı bir oturum oldu benim kanaatime göre.

Benim şimdilik söyleyeceklerim bundan ibaret. Daha sonra başkanım eğer gerekli görür, siz de soru sorarsanız ben de elimden geldiğince yanıt vermeye çalışırım.

Teşekkür ederim Sayın Başkanım.

...

Prof. Dr. Erzan ERZURUMLUOĞLU

Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Teşekkür ederim Sayın Başkan. Öncelikle, iki gündür sabırla inatla buraya gelip bizleri dinleyen sizlere saygılar sunuyorum

İki gündür ölüm ve bedensel zararlar konusunda özel hukukçular, idare hukukçuları, tüketici hukukçuları, ceza hukukçuları, usul hukukçuları, sigortacılar, haksız fiilden sözleşmeye aykırılığa, yapı malikinin sorumluluğundan, idari işlem ve eylemlerden doğacak sorumluluğa, sigorta tazminatının hesabı, aktüeryayı da içine alacak şekilde geniş bir yelpazede konuşmalar yapıldı.

Ölüm ve bedensel tazminat konusunda ya da tazminat hukuku konusunda, son 15 yıl içerisinde üç önemli toplantı oldu. Bunlardan bir tanesi 2001 yılında Galatasaray Üniversitesi'nde, ikincisi 2013 Nisan ayında Ankara Barosunun öncülüğünde yine Ankara Hukuk Fakültesi salonlarında ve üçüncüsü de bu toplantı oluyor. Her üç toplantıda da, yabancı konuklarımız oluyor, aynı zamanda Türk hukuku ve yabancı hukukla karşılaştırma yapma imkânı buluyoruz.

Bu son toplantının önemi bana göre daha çok, 76. maddenin uygulanması. Birinci gün konuşmalarında özellikle Haluk BURCUOĞLU'nun yaptığı sunumda, 76. maddenin uygulanması çok öne çıktı. Zaten TBK'nın hazırlanmasında, komisyonda görev almış olan arkadaşımız BURCUOĞLU, "hani TBK için bazıları devrim filan diyorlar, ama bana göre devrim filan

değil reform” dedi. “Ama iki tane devrim niteliğinde madde var” dedi. Birisi 76. madde, diğeri 603. madde.

76. maddenin uygulaması TBK'nın yürürlüğe girdiği 1.7.2012 tarihinden itibaren bir parça gerçekleşti. Yargıtay 17., 21. ve 3. Hukuk dairelerinin, 76. maddenin, yani geçici ödemelerin uygulanması konusunda verilen kararlarına bakıldığında, maddenin amacından çok geçici ödemelerin uygulanması ve geçici ödemeye ilişkin ara kararın hukuki niteliği nedir tartışması öne çıkıyor. Yine Yargıtay verdiği kararlarda, geçici ödemelerin toplumsal ve ekonomik öneminden çok, geçici ödemeye ilişkin ara kararların hukuki niteliği, bu kararların İcra İflas Kanunu'nun 68. maddesinin birinci fıkrasında anılan belgelerden bir tanesi olduğu ve ona göre takip yapılacağı şeklinde bir görüşü tartışıyor ve bu görüş istikrar kazanmış görünüyor. Biçim yine esasın önüne geçiyor.

Şimdi iki gündür ifade edilen, bu geniş yelpazedeki görüşleri şöyle bir araya getirdiğimizde yerli yabancı; bizim tazminat hukuku açısından Almanya'da uygulanan BGB hükümlerinden veya Anglosakson hukukundaki uygulamalardan, Amerika'daki uygulamalardan bir karşılaştırma yaptığımızda, bizim hiç de onlardan geri olmadığımız, hatta bazı noktalarda ileri olduğumuz ortaya çıkıyor. Mesela, Amerika'daki uygulamaları anlatırken Amerikalı Prof. Dr. Colin şu örneği verdi. Dedi ki “Amerika'da eyaletlerin her birinin anayasası var, kendi hukukları var, ona göre uygulamalar oluyor. Örneğin Alabama'da gözü sakatlanan bir kişinin alabileceği tazminat 27 bin dolardır en fazla. Buna karşılık Pennsylvania'da gözü sakatlanan bir kişinin alacağı tazminat 267 bin dolardır”. Yani aklın almayacağı kadar bir fark ortaya çıkıyor. Ve “işte biz Amerika'da 1950'den itibaren bazı yenilikler yapmaya çalışıyoruz. Amerika'nın üçte ikisinde aşağı yukarı bunlar benimsemiş” şeklinde görüşler bildirdi.

Şimdi bizim eski Borçlar Kanunumuz ve yeni Borçlar Kanunumuzu şöyle bir karşılaştırdığımızda, her ne kadar TBK 2012'den itibaren yürürlükte yeni bir yasa gibi gözükiyorsa da, tabii eski yasadan hemen hemen hiçbir farkının olmadığını

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

çok az değişikliklerin olduğunu söyleyebiliriz. Yani 85 yıllık Borçlar Kanununun uygulamasından bize kalan bir anlayış ve bir miras var ve buna bağlı bir uygulama alışkanlığımız var.

TBK'da ne oldu? Yani Borçlar Kanunundan çok büyük farklar mı oldu? Yok, hayır. TBK'da değişik olarak 85 madde var. Her ne kadar görüntüde 100 küsur madde gibi gözüküyorsa da, hepsi 85 maddedir. Çünkü 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkındaki Kanun, TBK'ya monte edilmiştir. Yani ona eklenmiştir, entegre olmuştur. Dolayısıyla bu 15 maddeyi filan da çıkardığımız zaman, geriye kalan bir 85 maddede değişiklikler görüyoruz. Bunlardan birkaç tanesi yenidir. Yani işte genel işlem şartları, 76. madde, 603. madde kefaletin geçerlilik koşulları filan gibi, eşin rızası gibi hususlarda yeni düzenlemeler vardır. Onun dışındaki düzenlemeler çok büyük değişiklikler değildir.

Şimdi biz özellikle dün 7. Ticaret Mahkemesi Başkanı arkadaşımızın anlatımlarından anlıyoruz ki, bizim bu zararların giderimi konusunda hiç de geri bir durumumuz yok. Sinekli rakıdan, köpek havlamasına kadar ya da bir seyahat acentesinin yaptığı karışık işlere rağmen, herkese manevi tazminat ödemesi yapılıyor.

Peki, bizim yabancı ülkelerden ne farkımız var bu kriterleri göz önünde tuttuğumuzda? Mesela Alman Profesör Rohev dedi ki, "evinizin önünde üç santimden fazla buzlanma olur da siz düşer bir yerinizi kırarsanız, Alman Hukukuna BGB'ye göre tazminat alabilirsiniz." Şimdi bizde sinekli rakıya tazminat veriyormuşuz, yani hiç de kötü bir şey değil ölçüye vurduğunuz zaman. Ama acaba bizde üç santimden fazla buzlanmada düşüp konulu kırana filan tazminat vermeye kalkarsak ne olur?

Dün akşam Edirne ve İstanbul'a yağan yağmurlar nedeniyle, öyle çok zararlar olmuş ki. Bu durumda geçtiğimiz 24 saat içerisinde 1000 kişi Edirne'de veya İstanbul'da tazminat davası açabilirdi. Şimdi böyle bir şey olduğu zaman, yani böyle bir ölçüyü biz benimsesek ki benimsememiz lazım aslında insana

değer veriyorsak benimsememiz lazım, bizim belediyeler iflas durumuyla karşı karşıya kalacağından, hemen birileri araya girer ve uygulamayı önlemeye çalışır.

Şimdi 76. maddenin uygulanması meselesinde Sayın BURCUOĞLU çok hassas olduğunu gösterdi. Mine KAYA hanımefendi, Yargıtay üyesi meslektaşımız, 76. maddenin uygulamasının da bizde gün geçtikçe artmaya başladığını söyledi ve bir örnek verdi. Dedi ki, “Şahinbey’de asliye hukuk mahkemesi hâkimi seri halinde açılan bir davada, hepsinde ön ödemeye hükmetti dedi. Ama hemen salondan Manisa’da avukatlık yapan ve Soma’da kaybettiğimiz madenci arkadaşların davalarını takip eden bir meslektaşımız da dedi ki, biz her celsede bunu talep ediyoruz, bu talebimizi bırakın kabul etmeyi hâkim talebimizi zapta bile yazdırmıyor.”

Biraz önce de belirttiğim gibi, yabancı ülkelerle bizim mevzuatımızı karşılaştırdığımız zaman, arada çok da önemli bir farkın olmadığını görüyoruz. Ama uygulamaya döndüğümüz zaman, aradaki farkın ne olduğu ortaya çıkıyor. Aradaki fark, insana bakış açımız. Yani şimdi 301 kişinin ölümü, nasıl öldüklerini bütün hepimiz biz biliyoruz, dünya da biliyor artık. Şimdi 76. maddeye göre acaba Soma’daki ölüm olaylarında geçici tazminata hükmetmek için inandırıcı delil yok mu? Herhalde hâkim bey bu talepleri dikkate almadığına göre, 76. maddede ki o şart var ya, inandırıcı delil sunulursa hâkim kanaat getirirse ödeyecek, ödemeye karar verecek ya, demek ki Soma’daki ölümler inandırıcı ölümler değil o hâkimin nazarında. Böyle bir durum ortaya çıkıyor. O zaman bizim bütün bu çabalamalarımıza rağmen...

Birlik Başkanımız toplantıyı açarken şöyle bir laf etti. Dedi ki, hukukun yok olduğu bir dönemde biz hukuk aramak için bu toplantıyı yapıyoruz, böyle toplantıları yapıyoruz dedi. Tabii biz yılgınlık göstermeden hukuk aramaya devam edeceğiz, bu toplantılara devam edeceğiz. Ama bu toplantıların bize ancak zihniyette bir değişiklik sağlamaya yaraması halinde, ki ben faydalı olduğuna inanmak istiyorum, faydalı olduğunu düşünüyorum. Aksi takdirde böyle toplantıların çok da fayda-

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

lı olduğunu dűŐünmüyorum. İŐte uygulamada canı yanan arkadaşlarımız burada serzenişte bulunacaklar, karşı taraf karar verme mercii durumunda olan meslektaşlarımız da olayı hafifletmeye çalışacaklar. Böyle karşılıklı birbirimizi tatmin etmek için uğraşacağız.

Ben, bu toplantıların sonunda Türkiye’de de bir zihniyet değişikliğinin olması ümidiyle hepinize saygılar sunuyorum.

...

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN

Ankara Barosu

Tazminat Hukuku Bilirkişisi

Bu kongreleri düzenlerken, bedensel zararlar konusunda 1986 yılından beri çok büyük çalkantılar olduğunu görüyorum. Bizim yargı sistemimiz içerisinde çok başlılık var; bu bazı yönlerden çok iyi, tabii ki yargı yollarının ayrı olması, ayrı disiplinlerin olması, ayrı ilkelerin olması doğru. Ama bedensel zararlar dediğimiz, insanın canıyla yaşantısıyla yaşamıyla ilgili olan konularda çok başlılık maalesef zarar getiriyor.

Neden zarar getiriyor? Bizim mahkemelerimizde, adli idari ve ceza mahkemelerinin tamamını dikkate aldığımız zaman. Burada hâkim arkadaşlarımız var, yanlıssa beni lütfen düzeltinler. Yüzde 30'luk kısmı tazminatlarla ve bedensel zararlarla ilgilidir. Ceza davalarının yaklaşık yüzde 30, belki daha fazlası. Ben çok cezacı olmadığım için. Gerek trafik kazaları olsun, gerek kasten adam öldürmeler yaralanmalar vesaire olsun, ceza davalarının büyük bir kısmında insan bedeniyle ilgili zararlar var. Öbür tarafta tabii ki bunun nakdi tarafı, akçeli tarafı, yani tazminat davaları var. Bunlar ister idari yargının ihmalinden, idarenin ihmalinden veya kastından kaynaklansın, ister özel şahısların kastından ve ihmalinden kaynaklansın veya borçlar hukukunun kusursuz sorumluluğu ilkelerinden kaynaklansın, herhangi bir sebeple olursa olsun, görülen davaların en az yüzde 30'luk kısmı *-ben bunu biraz alt seviyeden söylüyorum-* tazminat davaları, insan zararları.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu kadar çok değişik alana dağılması, ticaret mahkemelerinin iş mahkemelerinin, öbür tarafta idare mahkemelerinin düzenlemeleri farklı ilkelerle farklı hesap yöntemlerine gidiyor. Bu farklı hesap yöntemleri, aynı uzvun kaybindan kaynaklanan eşitler arasında eşitsizlik meydana getiriyor. Bunu biraz açmak istiyorum.

Aynı ekonomik seviyede, aynı kazanç seviyesinde, aynı yaşta olan kişilerin farklı disiplinlerdeki hesaplamalarda, farklı tazminat sonuçlarına ulaşıldığını görüyoruz. Bu adil değil, en kibar tabirimle adil değil. O halde bunun düzeltilmesi lazım. Nasıl düzeltilecek? Ya ilkeler tekleştirilecek ki, Borçlar Kanunu 55. Maddenin getiriliş amacı bu, ilkelerin tekleştirilmesi en azından yahut mahkemeler tekleştirilecek. Böylece bir özel ihtisas mahkemesi, bir özel veya birden fazla Yargıtay ihtisas dairesi kurulmak suretiyle bu insan zararlarıyla ilgili olan konu, artık tek elde toplanacak. İnsanı birden fazla alana dağıtmamız mümkün değil.

Dün Süha hocam ve Murat Atalı hocam buna karşı çıktılar. Saygı duyarım fikirlerine, onların bakış açıları daha çok usuli bakış açısı. Ben belki biraz daha maddi hukukçu olarak bakıyorum konuya. Ama insan olunca bu bir yerde bizi zorluyor diye düşünüyorum. Doğrudur yanlıştır, bu konudaki esas duayen sayın hocam Fikret Eren'dir. Ulusal kongrede bu fikri ortaya atan ve bu fikrin gerçekten benim yürekten savunduğum bir fikir olmasını, sonuna kadar da savunacağım bir fikir olmasına yol açan kişi sayın hocamdır.

Bir fikir ve sanat eserleri konusunda ayrı mahkemeyi kuruyoruz, fikri ve sınai haklar mahkemesini, öbür tarafta tüketiciler için ayrı bir mahkeme kuruyoruz ki, şimdi tüketici hukukuna baktığımız zaman, neredeyse tüm asliye hukuk davalarını toplayıp toplayıp tüketici mahkemesine götürüyoruz. Nerede kaldı onun özelliği? Böyle bir özel mahkemeyse, tüketiciyle ilgili olan konuları siz sadece tarafın bir tanesini ticari bir iş yapmaması veya mesleki bir faaliyet yapmamasına dayandırıyor olsanız, o zaman tüketici mahkemesini kurabiliyorsak, zarar görenin insan oluşunu da ele alarak, insan zararları mahkeme-

sinin kurulması bence çok abesle iştigal değil. Çünkü bizim bu mevzuatta birliğe ihtiyacımız var, bunların toparlanmasına ihtiyacımız var. Ancak ilkeler toparlanırsa, ancak kararlar oturursa insanın zararını gerçekten tazmin ettiğimizi düşünebiliriz.

Bugüne kadarki bütün sempozyum konuşmalarının içerisinde, kongre konuşmalarının içerisinde gördük ki, yasal düzenlemelerimiz açısından Avrupa'dan veya Amerika'dan geri değiliz, ama bizim bir toplanmaya ihtiyacımız var. Bunu topladığımız ve tekleştirdiğimiz ölçüde de daha medeni daha insanımızı korur hale gelebileceğimizi düşünüyorum. Bu benim şahsi inancım. 1986 yılından beri yapmış olduğum bilirkişilik faaliyetlerinin ve incelemelerimin getirmiş olduğu bir tecrübe.

Bu kadar önemli olan yaşam hakkının ihlallerini bir yerde toplamamız gerektiğini düşünüyoruz. Peki, 6098 sayılı Borçlar Kanununun 55. Maddesi, bize bu tabloyu neden getirdi? Neden ilkelerin tekleştirilmesini getirdi? Bu çok başlılığın getirisinin karşılığıdır bu. Ancak disiplinleri bir araya getirerek, ilkeleri bir araya getirerek bu sorunu çözme imkânımız var. Nelerdir bu objektif kriterler? Borçlar hukukunda, sorumluluk hukuku ilkelerine göre çözüleceği belirtildiğine göre, bu ilkeler nelerdir ve kim koymuştur bu ilkeleri?

Doğrusunu ararsanız, tek tek kanunlarımızda bu ilkeler belli kriterler halinde a-b-c-d diye sıralanmış ilkeler değil. Ama Yargıtay'ın çok eskiden beri oluşturduğu ilkeler var. 4. Hukuk Dairesinin özellikle, 21. Hukuk Dairesinde iş hukukuyla ilgili olarak, tazminatın hesaplanmasına ilişkin ilkeleri düzenleyen birçok kararı var. Bunlarda hangi ilkelerin baz alınması gerektiği düzenleniyor. Ama bu ilkeleri düzenlerken ele alınacak olan kriterleri, hâkimlerin özellikle tespit etmesi ve bu tespit ettikleri kriterleri topladıktan sonra dosyayı bilirkişiye vermeleri lazım.

Çok özür diliyorum, hâkimler dosyada tarafların delillerini dosyaya topladıktan sonra, sadece ve sadece dosya münderecatına göre davacı ve davalının itirazları ve iddiaları çerçevesinde hesap yapılmak üzere dosyanın A şahsına tevdi edilmesine

diye bir ara kararı, asla borçlar hukukunun genel ilkeleriyle ve Yargıtay kararlarıyla uyuşmuyor. Çünkü hâkimin takdir etmesi gereken prensip kararları var. Bu prensip kararlarını o dosya için almak zorunda. Sözgelisi destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanacak. Destekten yoksun kalma tazminatında, ölenin yaşını, sağ kalanların yaşını, destek sürelerini aslında saptaması gereken hâkimin kendisi. Sadece ben çok mutlu oluyorum, nüfus kaydı dosyaya girmişse, vukuatlı nüfus kaydı. Hâkim bunları saptamadığı gibi, bazen bu nüfus kaydı dahi dosyaya eklenmeden bilirkişiye tevdi ediliyor. Öbür tarafta sağ kalan eşin evlenme şansının tespit edilmesi, Yargıtay'ın birçok kararında hâkimin takdir hakkına bırakılmıştır. Hâkim bu takdir hakkını kullanırken, sadece eldeki kriterlere değil, davacı olan eşin yaşına fiziki durumuna sosyal seviyesine çocuk adedine bakarak, bunun ne kadar bir evlenme şansı olacağını tespit etmesi gerekir. Bu şans tespit hakkı hâkimin takdir hakkıdır. Ama biraz espri katacağım konuya.

Ben kitabın üçüncü baskısı sırasında bu eleştirileri yapmıştım. Yaptım bu eleştirileri, ama sonuçta Yargıtay'da bu konuda Çetin Aşçıoğlu'nun da katılımıyla, bunların bilirkişilerin takdirine bırakılmayacağını, hâkimin takdir etmesi gerektiğini belirterek birçok bozma kararı çıkarttı. Çıkan bu bozma kararlarının sonucunda, dosyalar yeniden mahkemelerine döndü, takdir edilmek üzere. Sonra dosyalar tekrar hesap yapmak üzere bana geldiğinde, ben şöyle bir şey gördüm. Yeniden evlenme şansının takdiri için bilirkişi tayin edilmiş. Bilirkişilerin şahsiyeti daha önemliydi benim için. Yazı işleri müdürleri veya mahallenin imamı. Bunu gördüğüm zaman ben dedim ki, ben Hans Mosser'i çok seviyorum. Hans Mosser Allah'tan bir bilimsel inceleme yapmış, bu bilimsel incelemenin içinde belli yaş aralıklarında evlenme şansını tespit etmiş. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de bunu biraz işlemiş, biraz daha artırmış, sağını solunu yükseltmiş ve belli kriterler getirmiş. Vazgeçtim dedim, yani bu iddialarda fazla bulunmamak gerekiyor demek ki. Ama uygulanması gereken, en azından elimizde böyle bir kriter varken, bilirkişilerin kendi kafalarına göre bunu tespit

etmeleri doğru bir yaklaşım değil. Eğer takdir edilecekse, böyle tabloların dışında takdir edilecekse, o zaman hâkimin en azından karşısına davacı olan eşi çağırıp, onun fiziksel durumunu da dikkate alarak evlenme şahsını tespit etmesi lazım.

Şu anda kaç yaşında olduğunu bilmiyorum, ama en muhteşem şu anda kendini en iyi prezante eden kişi kimdir? Hülya Avşar. Hülya Avşar şu anda herhalde 45-50 yaşı civarında. Bunu söylediğimi duysa beni aforoz eder kesinlikle, ama ne kadardır? 52 yaşında. Peki, bizim Ankara'nın herhangi bir köyünden 52 yaşında birisini getirsek, Hülya Avşar'ın mı evlenme şansı yüksek olur, onun mu evlenme şahsı yüksek olur? Bunlar evet, fiziksel görüntü her zaman ön plana çıkmaz, insanın ruhunun da çok önem taşıdığını kabul ediyoruz. Hele de bir feminist olarak bunun üzerinde fazla durulmaması gerektiğini düşünüyoruz ama bu artık inkâr edilemez bir gerçek olduğuna göre, bunun da göz önüne alınması lazım.

Bu tür verilerin hâkim tarafından dosyaya kazandırılması lazım. Bunları bilirkişinin takdirine bırakmamak gerekiyor. Öbür tarafta, ölenin gelirinin tespiti de yine hâkimin takdirinde olması gereken bir husus. Hâkim eğer bu geliri kendisi tespit edemiyorsa, muhasebecilerden yararlanarak da bunu tespit edebilir veya araştırma yapabilir. Yapacağı araştırmalar odalardan tespit edilmek suretiyle bulunabilir, ama odalar her zaman doğru bir netice vermiyorlar. Ben Ankara Barosu yönetimindeyken bize birçok yazı geliyordu. Gelen yazıların içerisinde de, avukat arkadaşlarımızla ilgili olarak, işte ortalama olarak ne kadar kazancı vardır?

Şimdi bu çok değişken bir rakam, bunu tespit etmemiz mümkün olmuyor. Yani aynı hizmet süresine, tecrübeye sahip olan kişilerin arasında bile kazanç farklılıkları var. O nedenle bunlar odaların çok sağlıklı bir netice verdiklerini düşünmüyorum. Ama mesela bir inşaat odasına biz yazı yazdığımız zaman, inşaatta kalıpcı ustasının günlük kazancının ne olduğunu söyleyebiliyorlar. Serbest meslekler açısından bu biraz daha zor tespit edilmesi.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Gelir artışlarının tespit edilmesi, bunların iskonto oranlarının tespit edilmesi tabii ki çok önemli. Bir diğer önemli husus da, yaşam sürelerinin tespit edilmesi; yaşam sürelerinin tespit edilmesi, hem destekten yoksun kalma zararları açısından, hem de bedensel zararların, yani sakatlanma tazminatlarının hesaplanması açısından elbette çok önemli. Yaşam tabloları konusunda da çok büyük farklılık yok. Neden? Yargıtay dairelerinin tamamına yakını, PMF yaşam tablosunu kabul etmiş durumdadır.

Türkiye’de TRH 2010 tablosunun düzenlenmiş olduğunu, daha birinci günkü konuşmamda da belirtmiştim. TRH 2010 tablosu, daha yaşam süreleri yönünden mağdurların lehine olan bir tablo. Ancak TRH yaşam tablosunun tek başına uygulanması halinde ben bu iddianın arkasında durabilirim. Bunu sigorta aktüerlerinin yapmış olduğu hesaplamalar gibi, eğer teknik faizle birlikte değerlendirilecekse veya Sosyal Sigortalar Kurumunun hesaplamalarında olduğu gibi, yine bu teknik faizle birlikte TRH 2010 tablosu uygulanacaksa, o zaman bu mağdurların lehine değil aleyhine tecelli etmekte; yaşam süresi daha uzun olmasına rağmen.

Tabii burada kalan çocukların durumlarının ve askerlik yapıp yapmayacaklarının, çocukların evlenme yaşlarının tespitleri de yine hâkimin takdirinde olması gereken konular.

Iskontonun ne şekilde yapılacağı, yıllık artışların gelir artışlarının ne şekilde olacağı, Yargıtay’ın çok oturmuş içtihatlarından. Bu yıllık yüzde 10 artış yapılması ve her yıl için ayrı ayrı ıskontolanmak suretiyle yüzde 10’luk iskonto çarpanlarıyla ayrı ayrı ıskontolanması yönünde 1996’dan itibaren, belki yıl olarak bir veya iki yıl değişebilir, ama uyguladığımız bir sistem. Özellikle 1993 yılında Ankara Hukukta düzenlenmiş olan seminerde, ortalama gelir üzerinden yapılan hesaplamaların, artık yapılmayacağını, yıllık iskontonun uygulanması gerektiğini Prof. Dr. Tahir Çağa’nın ortaya atmış olduğu bir hesaplama yöntemi sonrasında, Yargıtay’ın tüm daireleri tarafından benimsenmesi suretiyle ortaya çıkartıldı. O halde hesaplamaların yıllık yapılması gerekiyor.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Geldik şimdi hesaplama yöntemlerindeki farklılıklara. Ben buna da kısaca değinmek istiyorum. Çünkü bu dediğim ilkelere tamamı Yargıtay tarafından kabul ediliyor. Yargıtay'da bunun dışında bir tek istisnamız var. O da gelirin iskontolanmasıyla birlikte bulunan zarar tutarında, peşin sermaye değeri, yani Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından işverenlere rücu edilmek üzere ödenen maaşların peşin sermaye değerini düşürmesi yönündeki olan kısım. Bir de sigorta şirketleri tarafından mağdurlara daha evvel yapılmış olan birtakım ödemeler varsa, bunların da güncellenerek zarardan düşülmesine ilişkin hükümler. Bu hükümlerin dışında farklı bir uygulama yok dairelerde hesaplama yöntemi yönünden.

O halde diyebiliriz ki, borçlar hukuku yönünden, sorumluluk hukuku yönünden ilkelerde bir oturma var bizim açımızdan. Öbür yana baktığımızda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesine ve idare mahkemelerine baktığımız zaman, hesaplama yöntemlerinde öncelikle bir farklılık var. Hâlâ onlar ortalama gelir hesabı üzerinden hesaplama yapıyorlar ve yıllık gelir artışlarını yüzde 5 üzerinden yapıyorlar. Bu açık bir farklılık yaratıyor. Yani aynı zararın tazmininde açık bir farklılık yaratıyor. Bu hesap ilkelerinin dışında, tazminattan yapılacak indirimler yönünden de idare mahkemeleriyle adliye mahkemeleri arasında büyük bir farklılık var. Neden? 1978 yılındaki içtihadı birleştirme kararıyla, Emekli Sandığı tarafından yapılan ödemelerin zarardan düşülmeyeceği esas kabul edildi ve bu esas bugüne kadar geldi. 2005 yılında bir ayrık genel kurul kararının dışında, bu böyle geldi. Ama Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve idare mahkemeleri Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılan, daha açık Emekli Sandığı tarafından yapılan ödemelerin zararı karşıladığı nispette zarardan düşülmesi gerektiği prensibini kabul ediyorlar. Hâlâ aynı uygulamayı sürdürüyorlar.

Öğleden sonraki oturumumuzda bu farklılıkları zaten göreceğiz, hesaplama şekillerini de göreceğiz. Çünkü her bir disiplin kendi ayrıntısını yapacak. Sigorta şirketleri bundan daha ayrık bir hesaplama yapıyorlar. Sigorta şirketleri hiç gelir artı-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

şı uygulamıyorlar. Hiç gelir artışı uygulamıyorlar, ama bunu ileri sürerken de diyorlar ki siz ne yapıyorsunuz ki, yüzde 10 artırıyorsunuz, yüzde 10 iskonto yapıyorsunuz. Elinizde kalan zaten aynı başlangıç geliri, bu gelirin ötesine çıkmıyorsunuz. Evet, ama biz bu geliri yaşam boyu veriyoruz. Yani yüzde 10 artırıyoruz, yüzde 10 iskonto yapıyoruz, başka iskonto yapmıyoruz. Bunu yaşam boyu veriyoruz.

Sigorta şirketlerinin hesaplamasında ise, birinci yılın iskontolu gelirin, hangi kalan ömür süresi ne kadarsa; yani diyelim ki 20 yıllık bir ömrü kaldığı veya bu 20 yıllık bir destek süresi var. Bu sürenin karşılığında bir çarpan var. Bu çarpanla çarpıyorlar, iskonto oranını buna uyguluyorlar. Gelir artışı yapmıyorlar. Birinci yılı bu şekilde artırıyorlar, çarparak bir rakam tespit ediyorlar. Diyelim ki birinci yılın geliri 10 lira, tamamen afaki olduğunu hepimiz biliyorsunuz. 10 lirayı 2,5'la çarpıyorlar, ne çıkıyor karşımıza? 22,5 mu? Sigorta şirketleri senin zararın budur diyor. Ama 20 yılın karşılığı bizim açımızdan çok daha fazla fark ediyor. Çünkü 10 lira için biz 20 yıl ödüyorsak, 20 yılı 10 lirayla çarpıyoruz en azından. Yani 10 yıl için bu kadarlık bir zarar hesabı yapıyoruz. Sigorta şirketleri bu ödemeyi yaptıkları zaman kabul edilecek mi bunlar?

Hayır, bunlar mahkemeler tarafından kabul edilmiyor ve fark zararları için dava açılıyor veya tahkim kuruluna gidiyor, sigorta tahkim heyetlerine gidiyor. Sigorta tahkim heyetleri daha önce sigorta şirketlerinin aktüerlerini kullandıkları için, onlardan çok sağlıklı netice alınmıyordu. Fakat Yargıtay'ın muhtelif kararlarındaki bozmalardan sonra, sigorta şirketleri de artık mahkemelerin uygulamış oldukları, Yargıtay'ın prensipleri çerçevesinde hesaplama yaptıkları için, onlar da diyorlar ki, evet sen bu rakamı ödemek zorundasın, maddi zarar budur.

Aktüerlerin karıştırdıkları olay, biraz daha ben sigorta matematiğiyle çok fazla uğraşmıyorum, benim branşım değil, ama onların sistemleriyle bizim hesaplama yöntemlerimiz çok farklı. Onlar hukuksal bakmıyorlar konuya, istatistiki bakıyorlar ve istatistik tablolarına göre diyorlar ki, siz şu kadar yıl içerisinde

yaşayabilirsiniz, ama şu kadar sürede de ölebilirsiniz. Şimdi biz yaşama ihtimaline göre dikkate alıyoruz, ölme ihtimaline göre değil. Zaten yaşama ihtimali şu kadar yıl muhtemelen yaşayabilecektir dediğimiz zaman, artık bunun içerisinde bir de ölme ihtimalini dikkate almak gerekmiyor. Zaten bu var. Belki 20 yıllık bir yaşam süresini veriyoruz PMF tablosuna, TRH'ye vesaireye göre, ama bu 20 yıl sonunda sen öleceksin diye bir Allah'ın emri değil bu, belki 30 yıl yaşayacak. Bu da bir ihtimaldir. Bu ihtimali değerlendiriyoruz, ama bu ihtimali bir de tutup ölüm ihtimaliyle daha aşağıya çektiğimiz zaman, sigorta şirketleri yönünden yapılan hesaplama, çeşitli verilerin ortaya toplandığı bir harmanlama sonucunda çıkıyor ve tabii ki işte hem yaşamak kadar ölmek de hak oluyor.

Bu farklılıklar nedeniyle de, zararlarda çok büyük bir ayrım-tı ortaya çıkıyor. Bu hesaplama yöntemlerinin dışında, insan zararlarıyla ilgili olan konuda gerekeni söylemiştim. Bir tek bir konuya değinebilir miyim?

Anayasa Mahkemesinin son olarak vermiş olduğu 2014 tarihli, 22.10.2014 tarihli ve 2014/94 Esas, 2014/160 sayılı iptal isteminin reddine ilişkin karara değinmek istiyorum. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi ve bir iş mahkemesi, Borçlar Kanununun 55. Maddenin 2. Fıkrasının iptali için Anayasa Mahkemesine başvurdular. İdare mahkemelerinin de bu Borçlar Kanunu sorumluluk hukuku prensiplerini uygulamalarına karşı oldukları için. Anayasa Mahkemesi çok güzel gerekçeli bir karar yayınladı ve bu yayınlamış olduğu karar da özetle, tamamını okumayacağım, internet ortamında hepinizin inceleyebileceğini düşünüyorum. Ancak söylemiş olduğu husus çok açık ve net. Burada panelde de oturumlarda da tartışıldı. İdare hukukçuları biraz konuyu zannediyorum kenarından dolaşmak istiyorlar, çarpıtıyorlar demiyorum, kenarından dolaşmak istiyorlar.

Borçlar Kanununun 55. Maddesinin getiriliş amacıyla, hesaplama ilkelerinin tekleştirilmesi var. Sorumluluk ilkelerinin tekleştirilmesi yok. Sorumluluk ilkelerini tekleştiremezsiniz. Çünkü idare mahkemelerinin konuya bakış ve sorumluluk açı-

ları çok farklı. Onlar risk nazariyesini dikkate alıyorlar, sosyal risk nazariyesini dikkate alıyorlar, devletin kusursuz sorumluluğunu dikkate alırken ilkeleri farklı. Hatta bizim de onlardan yararlandığımız ve ithal ettiğimiz birtakım, onlardan almış olduğumuz ilkeler var. Fedakârlığın denkleştirilmesi gibi, işte gelişim kusuru gibi birçok ilkeler var.

Esas olan Borçlar Kanunu 55. Maddenin 2. Fıkrasında, Anayasa Mahkemesi de onun altını çiziyor. Diyor ki, miktarı tespit ederken hesap ilkelerini tekleştirmek için getirilmiştir. Bu bir disiplin meselesidir, sorumluluğa tecavüz manasına gelmez. O yüzden de idare hukukçuları hukuku uygulamak zorundalar, sadece idare hukuku ilkelerini değil hukukun genel prensiplerini uygulayacakları için de, borçlar hukuku da hukukun genelinde ve temelinde bana göre olduğuna göre, uygulamak zorundalar.

İnşallah onlar da bu çizgiye gelirler diyorum. Sabırla dinlediğiniz için de çok teşekkür ediyorum.

...

Av. Veli KOLUAÇIK

Ankara Barosu

Tazminat Hukuku Bilirkişisi

Teşekkür ederim Sayın Hocam. Program çizelgesinde de görüldüğü gibi, aslında bu kongrede benim görevim yoktu. Ama Barolar Birliği Yönetim Kurulu Üyesi Sayın meslektaşımız Kürşat Karacabey'in mazereti olması nedeniyle benden yardım istedi. Düzenleme komitesinin de uygun görmesiyle, sayın hocamın belirttiği konuda kısaca görüşlerimi sunacağım ve iki gündür *-bugün üçüncü gün-* panelistlerin benim anlatacağım konudaki görüşlerini kısaca özetleyeceğim, fazla tekrara girmeden. Öncelikle hepinize saygıları sunuyorum.

Bendeniz de 1990 yılından bu yana cismani zararlar konusunda, gerek destekten yoksunluk gerekse iş ve güçten kalma veya genel vücut çalışma gücü kaybı davalarında bilirkişilik yapıyorum. Tabii hukukçu bilirkişi olunca, ilgili ilgisiz birçok konuda hâkimlerimiz görev veriyor. Onları ayrı tutuyorum, ama ana bilirkişilik konum bu. Bu konunun artık günümüzde meslektaşlarımız içinde duayen sayılan Sayın Av. Sema Güleç Uçakhan bu konuda mastır döneminden beri uzmanlaşarak ve şu an altıncı baskısını yaptığını bildiğimiz *-yedi diye düzeltiyor-* yedinci baskısı yapılan kitabını da önce yüksek lisans mastır tezi olarak hazırlayıp, sonra geliştirip, bu sahada temel kaynak haline getirdi. O birçok konuya değindi. Öğleden sonraki oturumda da daha hesap yöntemleri konusunda da sanı-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

rım hepimizi bilgilendirecek, ama ben hemen kısaca şunlara değineyim.

Cismani zararlar üç gündür anlatılıyor, maddi tazminatın bir alt dalı. Burada insan bedenine ve bedensel bütünlüğüne yönelik haksız fiillerin oluşturduğu zararların tazmini ilkelere ve bunun esasları değerlendiriliyor. Haksız fiillerin sonucunda; bunlar kasıtlı olabilir, taksirli olabilir, hatta kusurun aranmadığı durumlar olabilir. Bu fiiller sonucunda ölüm olayı meydana gelmişse, destekten yoksunluk zararı; ölüm olayı meydana gelmeyip, geçici veya sürekli iş gücü kaybı, iş ve güçten kalma veya genel vücut çalışma gücünü tamamen veya kısmen kayıp durumları oluşmuşsa, bunlardan oluşan zararların tazmini dava konusu edildiğinde, bu konunun hesaplanması uzmanlık gerektirdiği düşüncesiyle yasa koyucular öyle öngörmüş. Hâkimlerimiz bu konudaki bilirkişilere, daha çok aktüer bilirkişi olarak adlandırılıyor, ama bana göre aktüer kavramı bizim yaptığımız iş yönünden biraz dar kalıyor, aktüerya ayrı bir bilim dalı ona bir diyeceğimiz olamaz. Ama biz sadece aktüerya ilkelerini esas alarak, az önce Sayın Uçakhan da belirtti, hesaplama yapmıyoruz. Daha çok hukuki ilkeleri esas alarak, ama aktüer biliminin verilerini de kullanarak hesaplama yapıyoruz.

Hesap için dosya tarafımıza tevdi edildiğinde, hep umarız ki dosya olgun gelsin. Örneğin, bir destekten yoksun kalma zararının hesabında dosyada neler olmalıdır? Öncelikle destek kavramının ve destek ilişkisinin varlığını tespit etme anlamında, desteğin ölmeden önce ne iş yaptığı, elde ettiği gelir, gelir belgelenebiliyorsa bu belge dosyada olmalı, belgelenemiyorsa araştırılıp dosyanın içine konulmalı. Meslek odalarından veya emsal gelir kuruluşlarından. Eğer bunlar konulmamışsa, artık hiç olmazsa asgari ücrete göre hesap yapıp yapılmayacağı konusunda hâkim, az önce Sayın Uçakhan'ın dediği gibi talimat vermeli. Bilirkişinin takdirine bırakılmamalı. Ama dosyalarımız öyle eksik geliyor ki, zorunlu olarak birçok şeyi, daha önceki Yargıtay uygulamalarının ve bizim kendi mesleki tecrübelerimizden yararlanarak biz işte değerlendiriyoruz.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bir nüfus kaydı olmalı *-ki, Sema Hanım da söyledi-* ölenin yaşı, onun desteğinden yoksun kalan kişilerin karine olarak destek olanlardan olup olmadığını görelim. Evet, destek ilişkisi geniş bir kavram, mutlaka akrabalık kan bağı gerektirmediği gibi, mutlaka mirasçılık ilişkisi de aranmıyor. Ölmeden önce fiilen desteği veriyorsa ve destek verecek pozisyonda, gelirden kudrette ise, fiili destek varsa veya yaşasaydı ileride fiili destek olabileceği olasılığı yüksekse, destek ilişkisi var diyoruz. İşte bunu dosyadaki bu belgelere göre destekten yoksun kalan yönünden de destek ölmeden önce fiilen bu desteği görüyor mu ve destek almaya muhtaç mı? Ve destek yaşasaydı ileride de bu destek ilişkisi devam edecek miydi? Edecekse ne kadar süre devam edecekti? Bunları tespit için nüfus kayıtları olmalı.

Ayrıca zararın hesabında ve tazminatın belirlenmesinde esas alınacak diğer doneler bulunmalı. Örneğin, müşterek kusur var mı yok mu? Müşterek kusur sadece taksirli fiillerde aranmayabilir, kasıtlı fiillerde de müşterek kusur söz konusu olabilir. Örneğin, tahrik söz konusuysa, yine biz orada kasıtlı fiillerde de müşterek kusur indirimi yapıyoruz.

Burada prensip tabii kasıtlı haksız fiiller genellikle suç da oluşturduğu için, ceza mahkemelerinin tahriki kabul edip etmediğine vesaire bakıyoruz. Ama dün burada tartışıldı, ceza davasının sonucu beklenmiyorsa ne olacak? Bu takdirde de işte mahkeme bilirkişi talimat vermeli. Tabii orada bir handicap çıkıyor. Yani ihsası rey sayılır mı sayılmaz mı? Hâkim hükümü vermeden haksız tahrikin varlığını kabul edip, buna göre indirip yap derse ne olur? Onları da şu an vaktimiz yok diye duramıyoruz, ama genel prensip olarak söyleyeyim.

Kusurdan sonra eğer bunun dışında ölenin desteğinden yoksun kalanlara bir ödeme yapılmışsa, gerek sosyal güvenlik kurumlarından, gerekse sorumluların sorumluluğuna ortak olan kişiler tarafından. Bundan neyi kastediyorum? Genellikle trafik kazalarında işletenin sorumluluğuna ortak olan sigortacı şirketler var. Bunlar ödeme yapabiliyorlar, bunlar araştırılmalı. Yapılmış mı? Yapılmışsa ne zaman yapılmış, miktarı

nedir? Bazen toplu bir ödeme bildiriliyor. Faraza 6 tane destekten yoksun kalan kişi var. İşte eş, birden fazla çocuk, ana baba vesaire. Kime ne ödeme yapılmış? Onu bilirkişi olarak biz hesabın detayını görmeden, ödemenin detayını görmeden bilemiyoruz. Bunlar belirlenmeli, bunlar bildirilmeli ki davalar uzamasın.

Bütün bu doneleri esas alarak, biz az önce Sema Hanımın belirttiği esaslar dairesinde, olay tarihi esas alındığı için olay tarihinden hesap tarihine kadar bilinen veya belirlenen gerçek gelirleri, hesap tarihinden sonrası için de en son bilinen belirlenen güncellenen gelire, yıllara göre yüzde 10 artış, yıllara göre yine yüzde 10 iskonto uygulanmak suretiyle elde edilen geliri esas alarak bir gelir belirlemesi yapıyoruz. Bu geliri bu defa da destekten yoksun kalanlar arasında bir paylaşırma yöntemi var. Örneğin, eş ölmüş ve ölen eş erkek diyelim, geride sağ kalan kadın ve işte iki tane üç tane çocuğu var. Bazen desteğin anne babası da sağ olabiliyor, onlar var. Bunlar arasında nasıl paylaşılacak?

Burada da takdiri bir değerlendirme yapılıyor, ama Yargıtay'ın istikrar bulmuş kararlarında olayın özelliğine, bölgenin sosyokültürel durumuna, ailevi bağların durumuna vesaireye göre, eğer hâkim somut bir paylaşırma önermemişse, bilirkişi olarak biz ona bakıyoruz. Örneğin, eş için genellikle işte eş ve iki çocuk, bir de anne baba var diyelim. Eş için bu durumda genellikle yaklaşık yüzde 30'u esas alıyoruz. Çocuklar için de, işte yüzde 10 yüzde 12, bazı hallerde değişebilir. Anne baba için de, eş ve çocuğun var olduğu olaylarda kademeli olarak çeşitli varsayımlarda bulunuyoruz. Bir çocuk olursa şu kadar olur, çocuk sayısı artmışsa bu kadar olur diye. Bütün bunlara gerekli indirimler yapılıyor.

Buna göre belirlenen zarardan, az önce belirtmiştik, önce müşterek kusur indirimi, varsa kusur indirimi yapılıyor; gerek desteğin, gerekse olur ya destekten yoksun kalanların da aynı olaya dahil olabilir ve orada kusurlar olabilir. Dolayısıyla önce kusur indirimi yapılıyor. Daha sonra zarara ilişkin indirimler, kusurun yanında bazı hallerde, özellikle trafik kazalarında ha-

tır taşımacılığı diye bir Yargıtay olgu belirledi ki, çok yerinde. Dolayısıyla eğer ticari bir amaçla taşınmıyor, hatır taşımacılığı amacıyla ölen destek ilgili kişinin, davalının failin aracında bulunuyor ise, hatır taşınması indirimi yapılıyor. Daha sonra da varsa ödemelerin güncellenmiş değerleri, çok nadir görülmekle beraber davalılar bazen anlaşıp bir miktar ödeme yapabiliyorlar. Bunların güncellenip indirilmesi gerekiyor veya sigorta şirketleri ödeme yapmışsa bunların güncellenip indirilmesi gerekiyor. Ya da SGK'nın bağladığı maaşların veya yaptığı ödemelerin rücuca esas olup olmadığına bakılarak; eğer rücuca esas ise indirimleri yapılıyor. Buna dikkat etmek lazım. Rücuca esas olmayanlar, artık yeni Borçlar Kanunumuzun 55. Maddesinde açık hüküm var, indirilmiyor. Daha önce de Yargıtay zaten rücuca esas olmayanların indirilmemesi gerektiği yönünde çok yerleşik içtihatları vardı, keza Sema Hanım değindi. 1978 tarihli içtihadı birleştirme kararında da, Emekli Sandığı yönünden rücuca tabi olmadığından indirilmeyeceği söylenmişti.

Burada mantık şudur: Özellikle sigorta şirketleri bazen, yani ölenin maaşından dolayı dul ve yetim maaşı bağlanıyor zarar görenlere. Bir de biz zararın tamamını ödersek, mükerrer ödeme zenginleşme olmuyor mu? Kanaatimce olmaması lazım, çoğunluk da böyle düşünüyor. Çünkü orada yapılan ödeme ve Sosyal Güvenlik Kurumunun yaptığı ödeme, bu olaya ilişkin bir lütuf değil, desteğin sağlığında ödediği primlerin bir sosyal karşılığı. Dolayısıyla bunlar indiriliyor ve sonuçta çıkan zarara da hükmediliyor.

Eğer ölüm olayı olmamış da, yaralanma vuku bulmuşsa, bu yaralanmanın sonucunda eğer geçici bir iş ve güçten kalma varsa, bu dönemde işten güçten kaldığı dönem için aynı esaslarla belirlenen geliri esas alarak hesap yapıyoruz. Bu belirlemeyi hekimler yapıyor, sağlık raporlarıyla biz anlıyoruz. Üç ay beş ay bir yıl, bazen daha uzun süre. Bu sürede uğradığı gelir kaybını, işte yıl veya ay sayısına göre hesaplıyoruz. Bu dönemde eğer çalışmaya devam etmemekle beraber, çalıştığı kurumdan ücretini almaya devam etmişse bir zarar yok. Ama

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ücretinde bir azalma oluşmuşsa, o farkı hesaplıyoruz. Çalıştığı kurumdan ücret almamakla beraber SGK geçici iş göremezlik ödeneği ödemişse, doğan zarardan o iş göremezlik ödeneğini indiriyoruz.

Yaralanma veya maluliyet halinde, sadece iş ve güçten kalma veya maluliyetten kaynaklanan zararları değil, bunun yanında kanunumuzun 53-54-55. Maddelerinde ilkeler çerçevesinde, tedavi giderleri, eğer tedavisi bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşu tarafından yapılmışsa, ek tedavi giderleri, tedavi için yolculuk ve konaklama giderleri, hatta ileride olması yapılacak tedavi giderlerinin o günkü değeri hesaplanarak; mesela daha çok estetik müdahalelerde bu söz konusu oluyor. Bu tür giderleri de aynı esaslara göre hesaplayıp, kusur indrimi varsa kusur, diğer indirim sebepleri varsa sırasıyla onları indirip, belirlenen miktarı zarar olarak bildiriyoruz.

Burada benim son olarak, fazla uzatmadan üzerinde duracağım bir husus, Sema Hanım değindi biraz, destekten yoksunlukta ve maluliyet halinde zararın süresini belirlemek ya da o süreye göre bir hesap yapmak için tablolarımız var. Yani malul kalan kişi daha ne kadar yaşayacak ve dolayısıyla ne kadar süre maluliyet halinde bir gelir kaybına ve efor kaybına uğrayacak? Ölen kişiler yönünden de, o olay olmasa ne kadar süre yaşardı ve ne kadar süre destek verirdi? Destekten yoksun kalanlara da ne kadar süre destek alacaklar?

Uzun yıllar PMF yaşam tablosu uygulandı, halen de Yargıtay'ın birçok dairesi bunu uyguluyor. Ama kanımızca PMF yaşam tablosu artık güncelliğini yitirdi. Ülkemiz gerçeklerine de uymadığını düşünüyoruz. Zira tablo önümde, mesela sıfır yaşında ölen, yani birkaç aylıkken ölen bir insanın, bu olay olmasa 56 yıl yaşayacağı varsayılıyor o tabloya göre. Hâlbuki kanun koyucu biliyoruz, 5510 sayılı Yasayla emeklilik yaşını dahi belli bir süre sonra 65 olarak esas alıyor. Şu an fiilen kadınlarda 58, erkeklerde 60. Yani değil bakiye ömür, çalışma süresi bile o 56'nın üzerinde. Ama o tablo 85 yıl önce hazırlanan bir tablo. O günkü dünya koşullarında ve o günkü Türkiye koşullarında doğru kabul edilebilir, ama şimdi yeni daha çağdaş,

daha ülkemiz gerçeklerine uygun olarak hazırlanan tablolar var ve bunlardan biri de TÜİK'in hazırladığı. Bunun esas alınmasının bence daha uygun olacağını düşünüyorum.

Sayın Uçakhan bu esas alınabilir, ama hesap yöntemi de mevcut yöntem olmak kaydıyla diyor. Ben de katılıyorum doğru. Yani o tablo esas alınca hesap yöntemini değiştirip, destek görme süresini, destek verme süresini uzatmamıza rağmen zararın azalacağı bir yöntem tabii ki tercih edilmemeli. Ayrıca bu yönde bir de yine Sema Hanım değindi. Özel sigorta şirketlerinin Hazine aktüerlerine belirleme yaptıkları olaylarda, Hazinesinin genelgesi 2010 Şubat tarihli bir genelgesi uyarınca, zaten orada Hazine aktüerleri CSO 1980 diye bir tabloyu esas alıyor.

O tabloda mesela sıfır yaşında birkaç aylıkken ölen bir insanın muhtemel bakiye ömrü, kadın erkek ayrımı yapmış. Erkeklerde yaklaşık 70, kadında 74 civarında. TÜİK'in tablosunda erkekte 72 kadında 76-77 civarında. Dolayısıyla arada çok büyük fark var. O nedenle bu farkın giderilmesi, Yargıtay'ımızın da PMF tablosundaki ısrarından vazgeçmesi. Ayrıca Yargıtay'ımız halen aktif gelir devresini 60 yaş olarak esas alıyor. Bu da artık gerçekçi değil. Emeklilik yaşınının 65 olarak yasa koyucu tarafından belirlendiği bir hukuk düzeninde, aktif gelir devresini 60 olarak esas almak, bence mağdurlar aleyhine hak kaybına yol açacak bir uygulama ısrarıdır. Bundan da vazgeçilmelidir.

Böylece Yargıtay'ın uygulamalarındaki ana prensipleri kısaca özetlemeye çalıştık, ama mevcut uygulamadaki aksaklıkların, mağdurlar aleyhine sonuç doğuran aksaklıkların artık terk edilmesi. Her ne kadar işte yerleşik bir uygulama var, bundan vazgeçtiğimizde farklı içtihatlar farklı kararlar olacak, iyice konu dağılacak; zaten işte idari yargıda farklı, askeri yargıda farklı. Yargıtay'ın içinde de bir bütünlük oluşmazsa sıkıntı olur endişesinden vazgeçerek, prensipleri doğru koyarak ve çağdaş gelişmelere, günümüzün bakiye ömürleri ortalama ömürleri ve gerçekçi bilimsel değerlere göre hazırlanan tabloları esas alarak, buna göre uygulamayı oturtmak, hukukçular

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

olarak bizlerin görevidir ve mahkeme olarak da üst mahkeme sıfatıyla içtihat mahkemesi olması gereken, yerine göre de olan Yargıtay'ın görevidir.

Ben fazla uzatmıyorum, teşekkür ediyorum beni dinlediğiniz için.

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

**8. Oturum (Panel)
Soru - Cevap Bölümü**

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Değerli meslektaşımız ve bu konuda bilirkişi Av. Veli Koluvaçık'a sunumu için teşekkür ediyorum.

Değerli katılımcılar, değerli meslektaşlarım; şimdi yarım saatlik bir süremiz var. Bu süre içerisinde sizlerin sorularınızı, arkadaşlarımız yanıtlamaya çalışacaklar. Soru soracak arkadaşlarımızın ellerini lütfedip kaldırmalarını rica ediyorum. Buyurun.

Arkadaşlarımız mümkünse soru soracakları değerli meslektaşlarımıza da işaret ederlerse, daha başarılı oluruz. Buyurun.

KATILIMCI- (Mikrofonsuz konuşuyor)

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Biraz daha yüksek sesle konuşursanız...

KATILIMCI- (Mikrofonsuz konuşuyor) bilimsel eserlerinde yeteri kadar dayanak ve gerekçe gösterildiği, ...tarafından belirtildi. Bir diğer husus, Soma'da geçici ödeme verilecek mi verilmeyecek mi? Tabii ki hâkim hüküm ya da karar vermektense yahut kısa karar vermektense kaçınamayacak; bu husus hariç. Ancak 6552 sayılı Yasayla getirilen düzenlemeler var. Bu düzenlemeler niye getirildi? Tazminat hukukumuzu biraz altüst edecek. Hem İş Kanununda değişiklikleri getirdi, hem Sosyal Güvenlik Kanununda değişiklikleri getirdi.

İş Kanununda ne oldu? Dedi ki, ben size işsiz kaldığınız sürelerin belli bir kısmını Çalışma Bakanlığından ödeyeceğim. Başka ne denildi? 5510 uyarınca normalde alması gereken ölüm gelirlerini biraz daha katmerli vereceğim, zamlı vereceğim dedi. Yani ortada zararın çıkmama ya da daha düşük tutarlı çıkma ihtimali var.

Ayrıca bu 76'nın değerlendirilmesi bakımından, iş kazası yahut ölüm geliri bağlanması halinde, zaten geçici ödemenin koşullarının oluşup oluşmayacağı yasanın gerekçesinde yer almaktadır. Ama hâkim yine de olur ya da olmaz diye karar versin. Gönlün arzu ettiği şey, az ya da çok, özellikle gelir bağ-

lanacağı dönemde, her ne kadar gelirler dördüncü gününde bağlansa da farklı kararlar verilebilirdi, ama o dönemde daha davalar açılmamıştı. Yani SGK gelir ödemeye başladığında, davalar daha ikame edilmemişti.

Ben şunu söylemek istiyorum. Tazminat hukukunda bir, ne yapıyoruz biz? Diyoruz ki var olan sorunlar, sorun geldi çözümü yapalım, yargı böyle söyledi, bilimsel görüşler böyle. Böyle yapmasak da, var olan görüşleri bir kenara bırakmadan önce sorunları ve kanun ve farazi olaylar karşısında değiştirilebilen yönleri bir sıralasa. Neler değişebilir, neler değişmeyebilir?

Benim sorun Sayın Aydın Zevkliler hocama. Sorum şu hocam: Bir tane çocuk var, annesi ölü babası da ölü, ama babasının ölüm sebebi trafik kazası. Trafik kazasında ölen bir çocuğu vasi atanıyor. Tazminat alacağız, ama sigorta şirketi anlaşmak istiyor. Vesayet makamından izin almadan bir işlem yapmamız mümkün değil. Diğer çocuk, onun da babası ölmüş, ama onun annesi var, hatta onlar üç kardeşler. Biri 18, biri 15, biri de 1 yaşında. Anne gidiyor bir güzel ibraname imzalıyor ya da anlaşma yapıyor, ibra sözleşmesi yapıyor sorumlularla. Sorun şu: Annenin temsil yetkisini sınırlayan hükümleri nasıl kullanacağız? İşte ibranameler KTK uyarınca iki yılda iptal edilir kurallarını burada uygulayacak mıyız? Reşit olana kadar uygulayacak mıyız? Yani diyelim ki 50 lira yerine 5 liraya anlaşılmışsa ya da 50 lira yerine 26 liraya ya da 30 liraya anlaşılmışsa, ama çocuğun hakları hiçe sayılarak anlaşmalar yapılmışsa, bunların iptalinde izlememiz gereken başka hukuki yöntemler bulabilir miyiz? Kanunlarımız buna ne kadar cevaz verir?

Özellikle kişiler hukuku alanındaki eserleriniz nedeniyle ben bunu soruyorum. Çünkü biz birinci sınıfta öğrendiğimize, dördüncü sınıfa geldiğimizde bağ kuramıyoruz. Ama hukukta zarar hesaplarında yahut sorumlulukta bütün normlar arasında, bütün bilimsel görüşler arasında zihnen gidip gelme yapma durumundayız.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Değerli meslektaşım sorunuz için teşekkür ediyorum. Sayın hocam buyurun, Aydın Zevkliler hocam.

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Emekli Öğretim Üyesi)- Bu sorular doğrudan doğruya bizim ana tamamıyla ilgili değil. Aile hukuku velayet vesayetle ilgili sorular, ama buna rağmen ben yine de izin verirse başkanımız zaman alma bakımından bunları yanıtlayayım.

Şimdi birinci olayda baba ölmüş trafik kazasında, fakat anne sağ diyorsunuz değil mi? Yanlış anlamadıysam. Bir dakika şimdi ben şunu öğrenmek istiyorum. Birinci olayda baba ölmüş, anne sağ mı?

KATILIMCI- Hocam benim bahsetmek istediğim şey, zararın tazminatın ifasıyla ilgili olmak üzere...

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Emekli Öğretim Üyesi)- Siz tebliğ vermeyin burada soru soruyorsunuz, soru sorun. Sorunuzu anlamak istiyorum. Yani anne baba ikisi de mi ölmüş.

KATILIMCI- Evet, ikisi de ölmüş.

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Emekli Öğretim Üyesi)- Şimdi oldu tamam. Buna vasi atanıyor, vesayet makamı müdahale ediyor diyorsunuz. Vesayet makamından gayet tabii izin alacaksınız, gayet tabii izin alacaksınız. Hatta bazı işlemler için sulh mahkemesinden izin alıp, asliye mahkemesine de bunu... Birisi denetim makamıdır asliye mahkemesi ve sulh mahkemesi de vesayet makamıdır. Vesayet makamından izin alıp, bunu sulh mahkemesi...

KATILIMCI- Özür dilerim, sonuçları bakımından soruyorum.

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Emekli Öğretim Üyesi)- Sulh mahkemesinden izin alıp... Konuşmamı kesmeyin lütfen, sonra konuşursunuz. Sulh mahkemesinden izin alıp, asliye mahkemesine onaylatacaksınız. Ancak bütün işlemler yönünden değil, bu belli işlemler yönünden.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Sizin söylediğiniz olayda, çocuğa işte bir mal satın alınması vesaire bu konuda sulh mahkemesinin izni yeterlidir. Sulh mahkemesinden izin alınmadıkça bu işlem yapılamaz. O bakımdan vesayet makamının müdahil olması, müdahale etmesi yasaldir, yasaya uygundur. Ama sulh mahkemesi kasıtlı olarak izin vermiyorsa, onun aleyhine denetim makamına şikâyetle bulunulabilir. Asliye mahkemesine şikâyetle bulunulabilir. Bunun dışında vasi kendi başına, tek başına gidip çocuğun malvarlığını yönetmek kullanmak vesaire konularında sorumlu olan vasi, tek başına bu işlemi yapamaz. Çünkü önemli bir malvarlığı değerini alırken, çocuğun malvarlığından da belli bir para çıkacaktır. O bakımdan sulh mahkemesinin müdahalesi yerindedir. Fakat bu müdahalenin yasaya uygun objektif dürüstlük kuralına uygun olması gerekir. Aykırıysa, asliye mahkemesine şikâyetle bulunursunuz, oradan kararı elde edebilirsiniz.

Evet, şimdi bunun dışında soracağınız bir husus var mı?

KATILIMCI- (Mikrofonsuz konuşuyor)

Prof. Dr. Aydın ZEVLİLER (Emekli Öğretim Üyesi)- Bende işte onun için sordum tereddüt ettiğim için, anne baba sağ mı diye. Anne sağsa zaten, vasiye filan gerek yok. Baba ölse de anne tek başına velayeti yürütebilir ve çocuk adına da velayeten sulh sözleşmesi yapabilir. Onun için izne gerek yok. Ama anne de ölmüş ya da anneden velayet alınmışsa nezedilmişse, o zaman sorunuz güncellik kazanıyor. Yani anne varsa ortada zaten, vesayet makamına vesaireye gerek yok ki. Onun iznine de gerek yok ki.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum. Başka soru var mı efendim... Buyurun.

Av. Kartal AKCAN (Samsun Barosu)- Başkanım, Erkan hocama ve Sema üstadıma yönelmek istiyorum müsaadenizle. Haksız tutuklama durumunda, ağır ceza mahkemesine manevi tazminat davası açılıyor; tabii ki Adalet Bakanlığı aleyhinde. Hükmolunan miktar tebliğinizde sonradan dediniz ki, hâkimden rücu edilir dediniz.

Şimdi benim sorum, özellikle bu 76 ve diğerleriyle ilgili olarak, hâkimin sorumluluğuyla ilgili. Tabii pek kullandığımız bir yöntem değil avukat olarak, manevi yönden. Fakat şimdi hâkim tutuklama kararı verirken, örneğin Özgecan olayındaki gibi hassas olaylarda, tabii ki tutuklama mağdur tarafı oldukça tatmin eden, intikam duygusunu minimize eden bir olay olduğu için, şimdi 3 kişi tutuklandı, biri fakat sonra beraat etti. Bu durumda hâkimin önünde sanki bir Demokles'in kılıcı gibi; yani hâkimlik çok istisnai, çok özel bir meslek. Korkusuzca karar verebilmesinin önüne geçmiş olmaz mıyız? Bu hâkimin lehine bir yorum, ama 76 örneğinde, Soma örneğinde ısrarla ara ödeme kararı vermeyen hâkim veya ben bizzat çok yaşıyorum taşra mahkemelerinde. Ölümlü bir trafik kazası, karı koca ölüyor, trafik kaza tutanağına göre sıfır kusurlular, tır şoförü asli kusurlu. Bir yıl boyunca ihtiyati tedbir veya ihtiyati tedbir mahiyetinde ihtiyati haciz talep etmemize rağmen karar vermeyen hâkim, sonradan bakıyoruz ki icraya koyuyoruz, mal kaçırılmış vesaire.

Bu durumda hâkimin sorumluluğuna tabii ki gitmemiz gerekebilecek mi? Ancak her durumda da mı gitmemiz lazım? Yoksa ağır kusuru hangi durumlarda nitelememiz lazım? Üstadım size yönlendiriyorum.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Şimdi tabii hâkimin kendi vicdani serbest kanaatiyle karar vermesini engeller miyiz? Değil mi esas sorunun özü bu... Şimdi meslek grubu itibariyle tabii zaten bu vicdani sorumluluğa sahip olması gereken bir meslek grubu; objektif ve tarafsız hareket etme zorunda olan bir meslek grubu. Ama ben de sizin gibi yıllardır avukatlık yapıyorum, maalesef kötü örneklerimiz var. Çok iyi meslektaşlarımız da var. Birlikte okuduk, aynı yollardan geçtik, fakat belli noktalarda yollar ayrılıyor galiba, öyle anlaşılıyor. Ama tabii birleşmesi gereken yol adalet. Hakkaniyet çerçevesinde karar verilmesi. Dolayısıyla bu tür bence hâkimin bu endişeyi hissetmesinde fayda olduğunu düşünüyorum ben. Yani vereceği karar son-

rasında kendisinin de sorumluluk altında kalabileceği düşüncesi, daha dikkatli hareket etmeye sevk eder düşüncesi bende hâkim. Yani dolayısıyla hem bu cezai sorumluluk anlamında, hem hukuki tazminat sorumluluğu anlamında bu tür mekanizmaların belki hepimiz tarafından çok daha fazla müracaat edilmesi gerektiğine inanıyorum.

Genel anlamda bunu söyleyeyim.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim. Sema Hanım buyurun siz...

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Ankara Barosu-Tazminat Hukuku Bilirkişisi)- Ben bu konuyla ilgili olarak Erkan hocamdan farklı düşünmüyorum. Ancak biraz da ben yapıyor muyum dersiniz o da birazcık tereddütlü, ama avukatların da cesur olması gerektiğini düşünüyorum. Yani bu konuda acaba hâkimle ters düşersen bir başka davamda da o bana ters düşer mi düşüncesinden sıyrılarak, biraz daha cesur hareket etmek gerekir.

Yapıyor muyuz? Hayır, hiçbirimiz yapmıyoruz. Açık ve net bir özeleştiri bu. Tamam, karşılıklı nezaket kuralları içerisinde götürüyoruz, ama bence hâkimlerin de biraz bize karşı nazik olmaları gerekiyor, bunu anlamaları gerekiyor diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Başka bir şey daha... Şimdi tabii üniversitelerde son yıllarda kariyer günleri başladı. Çocuklar genellikle son sınıftayken işte kendi mesleklerinde, ileride kendilerine örnek teşkil edecek kişileri çağırıp, hani ne yapabiliriz gibi böyle bir akıl alma ihtiyacı hissediyorlar. Hemen hemen her üniversite hukuk fakültesi, biliyorsunuz 80'in üzerinde şu anda hukuk fakültesi sayısı. Biz de mümkün olduğu kadar gittiğimizde, hani bu davetlere icabet etmeye gayret ediyoruz.

Tabii şunu hep söylüyorum ben arkadaşlar. Önümüzdeki hafta da başka bir yerde ifade edeceğim. Yani özellikle hukuk

alanında meslek icra eden, başta hâkimler ve savcılar olmak üzere, çok özgür düşünceye sahip olması gereken insanlar. Yani kendilerini böyle bir ideolojiye, bir inanca, bu siyasal anlamda olabilir veya diğer anlamlarda olabilir, hiçbir şekilde hapsetmemesi gerekir. Yani serbest düşünce, o tarafsızlık bağımsızlığın gerektirdiği şekilde hareket etme yeteneği bir şekilde oluşması lazım. Bu bizim insanımızın genel sorunu bana soracak olursanız. Bunu bütün meslekler için belki söylemek lazım, ama bizi ilgilendirmesi itibariyle ve yarattığı ağır sonuçlar itibariyle adalet sistemi bakımından öncelikle uygulamamız lazım. Onu ifade etmek istiyorum.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum, gerek soruyu soran Samsun Barosu meslektaşımız, gerek Küçükgüngör ve Uçakhan arkadaşlarımıza.

Efendim başka sorusu olan var mı? Buyurun.

Av. Müjgan BİLSEL- Merhabalar. Teşekkür ediyorum öncelikle, çok güzel bir üç gün geçirdik. Şimdi ben aynı arkadaşımın sorduğu sorunun devamı niteliğinde bir soru soracağım. İsmim Müjgan Bilsel, ben avukatım aynı zamanda bilirkişilik yapıyorum.

Hâkimin bilirkişi raporlarına göre karar vermesinden sonra, maddi olarak kötü sonuç doğduğunda, hâkime karşı bir şey olabilir mi? Tazminat ya da işte maddi manevi... Manevi olabilir daha çok herhalde, tazminat olayı olabilir mi? Bir de bunun yansıması şeklinde olabilir mi? Şöyle sormak istiyorum. Benim bizzat başıma geldi. İki bilirkişi raporuna istinaden bir karar çıktı. Eşim bu konuda çok mağdur oldu. 11,5 sene uğraştık, 11,5 senenin sonunda Yargıtay onadı ve bitti, kurtulduk. Fakat burada iki bilirkişi raporu vardı. Bizim aleyhimize olana hâkim uymuştu. Buna istinaden ben o karar veren hâkime karşı yansıma yoluyla eş olmam sebebiyle duyduğum sıkıntı sebebiyle manevi tazminat davası açabilir miyim?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum.

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Tabii bu konuların böyle bir gündeme getirilip, belki ayrı bir oturum şeklinde değerlendirilmesi icap eder. Gerçekten oldukça geniş konular. Sözüünü ettiğiniz konular, zaten Türkiye'deki haksız tutuklama ve mahkûmiyet kararlarının temelini hepsinde bilirkişi raporları var. Özellikle teknik bilirkişiler tarafından verilmiş raporların yanlışlığının sonradan anlaşılması çerçevesinde ortaya çıkan yeniden yargılamalar söz konusu.

Dolayısıyla sadece bilirkişinin sorumluluğu altında olan bir şey değil, hepimizin hani bildiği bir şeyi ifade etmeye gerek yok, ama hani bilirkişi raporunun hâkimi bağlamayacağı, sadece görüş olarak nitelendirilmesi gerektiği hepimizin malumu. Dolayısıyla bu yollar açık. Yani sizin söylediğiniz örnek itibarıyla de, ben de zaten tebliğimi sunarken o konuya bir yaklaşmak istedim. Özellikle yakınlar bakımından manevi tazminat istemi söz konusu olabilir mi? Orada iki gerekçeye dayandırdım. Bunlar çok telaffuz edilmeyen şeyler, ama üzerinde konuşulup değerlendirilip, somut olayın özellikleri çerçevesinde bence hukuki yollara gitmek icap eder.

Av. Müjgan BİLSEL- Hocam şöyle; eşim Anayasa Mahkemesine başvurdu, bu 11 yıllık süreç bitip tamamlanınca. Fakat normal hani kişisel olarak algılanmaması için, halihazırda da çalışmaya devam ettiği için dava açmayı kabul etmedi, yani hâkime karşı. Ben o yüzden kendim şahsım olarak kullanabilir miyim diye sormamın sebebi oydu.

Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)- Ben kullanabileceğiniz kanaatindeyim, çok net söylüyorum.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Çağlar hocamız da bu konuda cevap verecek. Buyurun hocam.

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)- Teşekkür ederim hocam. Şimdi burada bir yansıma zarar söz konusu olduğunda, bu yansıma zararın nasıl tazmin edileceği meselesiyle karşı karşıyayız. Yansıma zarar dediğimiz şey, doğrudan doğruya zarar gören kişinin, o kişide meydana gelen zararın bir anlamda bir başkasına sıçraması nedeniyle o üçüncü bir kişide de gerçekleşen bir zararın meydana gelmesi.

Şimdi bizim hukukumuzda, bu tür zararlar kural olarak kabul edilmiyor. Yani kural olarak kişinin uğradığı, doğrudan doğruya zarar gören kişinin uğradığı zararların tazmini söz konusu. Buna bağlı olarak, tabii bu bazen hakkaniyete aykırı davranışlar sonuçlar ortaya çıkarabildiği için, kanun koyucumuz bunun istisnalarını getirmiş. Bu çerçevede eğer bir haksız fiil dolayısıyla zarara uğrayan kişi varsa ve bundan dolayı bir başka üçüncü kişi zarara uğramışsa, ya bu ölüm halinde söz konusu olabilir bu haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan zarar ya da ağır bedensel zarar halinde söz konusu olabilir.

Yani bizim kanuni düzenlememizde 56. Maddede ve 58. Maddede manevi tazminatla ilgili düzenleme getirilmiştir. Burada bir ayırım yapılıyor; aslında çok da eleştirilen bir ayırım bu. 56. Maddede doğrudan doğruya bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle ortaya çıkan manevi zararın tazmini, 58. Maddede ise diğer kişilik haklarının zarar görmesi dolayısıyla ortaya çıkan zararın tazmini.

Bu bağlamda baktığımızda, hâkimin davranışı eğer eşinize karşı zarar verici davranış olarak değerlendirilebilir ve o davranışın size yansıdığı kabul edilebilirse, burada bir yansıma zarar vardır. Ama mevcut mevzuat doğrultusunda bu tür kişilik haklarının ihlali dolayısıyla uğranılan üçüncü kişinin zararları tazmin edilmiyor.

Dün de konuşuldu, keşke edilse. Buna yakın çok örnekler var. Bu sizinki de ona benzer bir durum, ama bu zararın giderilmesinde belirli bir sınır getirilmesi ilkesi doğrultusunda, her türlü zararın tazmin edilemeyeceği anlayışı doğrultusunda, bu tür zararların giderilemeyeceği yasamızca kabul edilmiş.

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum. Kaldı ki, bedensel bütünlüğün ihlalinde ve yansıma zararının ağır bir manevi zarar olması gerekiyor.

Evet, şimdi başka soru var mı arkadaşlar? Sayın hocam Necdet Basa...

Prof. Dr. Necdet BASA (Türkiye Barolar Birliği)- Teşekkür ederim hocam. Önce küçücük bir anı... Almanya'da Köln Üniversitesinde olduğum yıllarda, kardeşim de Köln üniversitesinde öğrenciydi, benim arabamla bir kaza yaptı. Geçici olarak araba hurdaya döndü, çok şükür kendisinde bir şey yok. Yolun kenarına aldılar arabayı. Aldıkları kaldırımın yanında bir birahane vardı. O birahanedeki üç-beş kişi her neyse, aradan epey zaman geçtikten sonra benden ciddi bir para istediler. Avukatları yazıyor tabii bana. Para istemelerinin sebebi, biz birahane-den çıktık, geçerken arabanın işte hurda sivri olan neresiyse, biri oraya takılmış pantolonu yırtılmış, onun takımı bozulmuş, bir tanesinin ayağı çizilmiş. Uzatmayalım, benden para istediler. Son kuruşuna kadar bu parayı ödedim.

Ancak ben de bir hukukçuyum, kendi hakkımı savunamazsam, bir başkasının hakkını hiç savunamam. Köln şehir idaresi ki, belediye başkanı da çok yakın tanıdığım... Son kuruşuna kadar alacağım senden dedim bu parayı ve aldım. Köln şehir idaresi ödediğim parayı son kuruşuna kadar bana ödedi. Bunu geçtik. Aramızda bilirkişiler, hâkimler, savcılık yapmış olan değerli dostlarımız var.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Köln'den nasıl aldınız hocam?

Prof. Dr. Necdet BASA (Türkiye Barolar Birliği)- Şehir idaresi. Talep ettim, mahkeme faslına gerek kalmadan ödediler bana.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Hayır, hangi gerekçeyle talep ettiniz?

Prof. Dr. Necdet BASA (Türkiye Barolar Birliği)- Arabayı niye orada bıraktınız? Geçici süre niye Köln'ün yolun kıyısına koydunuz da, hemen oradan kaldırmadınız? Bu kadar basit, hizmet kusuru bu...

İlk gün ikinci oturumu yönetirken, bir hatırlatma yapmıştım, Almanlarla yaptığım bir konuşma. Özel hukuk ihtilaflarında Türkiye'de bilirkişiye müracaatın yüzde 80'ler mertebesinde olduğunu söylemiştim. Haluk hocam "ne 80'i, 80'lerin üzerinde" demişti. Bu rakam Almanya'da yüzde 5 mertebesinde. Bilirkişi kanayan bir yara, şimdi bu durumda mahkemeleri biliyoruz. Bilirkişilerin de en son hüküm paragrafını okuyarak karar verdikleri şeklinde bir de algı var. O zaman şimdi bu durumda çözüm... Bilirkişi müessesesi düzenlemesi şusu busu da, birçok bakımdan bilirkişileri hâkim olarak adde demez miyiz değerli hocam?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Teşekkürler. Hocam cevap verecek galiba buna. Buyurun.

KATILIMCI- Ben sadece dedim ki, büyük ölçüde öyle dedim. Yani hâkimlerimizin kararlarının büyük kısmı, gerekçe filan, hani gerekçesiz olmaz diyor ya anayasa. Hak getire yani, gerekçe filan diye bir şey yok. Bilirkişi raporunun bir kısmına gerekçe yazıyor, sonucu da hükme yazıyor, oluyor bitiyor yani.

Tabii bilirkişilik müessesesi çok yararlı bir müessese, ama artık bizim ülkemizde kötüye kullanıldığı da bir gerçek. Yani hâkimler her şeyi üstünden atmak için, hemen her şeyi bilirkişiye havale eder oldular. Bu dayanılacak bir durum değil, ama tabii bilirkişilik yapan arkadaşlarımızı suçlamak istemiyoruz. Kanun açıkça yazıyor. Diyor ki, hâkim bilirkişinin raporuna bağlı değildir. Bilirkişinin raporuna bağlı hissediyorsa kendini, ona çok güveniyor da onu hükme geçiriyorsa, yapılacak bir şey yok.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Bir cümle de ben katayım, daha sonra Sema Hanıma söz vereceğim. Tabii bizim

usul hukukumuz, Hukuk Muhakemesi Kanunumuz şimdi de buna izin veriyor. Özellikle özel bilgiyi gerektiren, teknik bilgiyi gerektiren konularda hâkim her şeyi bilemez, bilmeyebilir. Ama bilirkişinin bu sarmalı diyeyim, tabii Türkiye'ye mahsus biraz. Almanya'da İsviçre'de daha az. Şimdi uzman bilirkişi arkadaşımız Uçakhan, bir uçsun bizi de uçursun bakalım, bu bilirkişiler konusunda.

Buyurun Sayın Uçakhan.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Ankara Barosu-Tazminat Hukuku Bilirkişisi)- Başkanım, bilirkişiliğin ıslahıyla ilgili olarak komisyon kuruldu ve bununla ilgili olarak da bu komisyonda da Barolar Birliği adına ben görev aldım. Komisyonda çok sevilen bir üye değilim, çünkü biraz fazla sivri dilliyim. Orada dile getirdiğimi burada da dile getireceğim aynen.

Almanya'da bilirkişi seçimiyle ilgili olan düzenlemeler, usul kanunu çerçevesinde orada ortaya konuldu. Çünkü Türk-Alman birliği çerçevesinde yapılan bir komisyon, Avrupa Birliği fonlarından da yararlanılarak üretilmiş bir proje. Bu projenin içerisinde, Alman usul kanununun bilirkişi seçimiyle ilgili olan hükümleriyle, Türk hukuk usulünün bilirkişi seçimiyle ilgili hükümleri ve ceza usulünün bilirkişi seçimiyle ilgili hükümleri ortaya konuldu.

Gördük ki, bizim yasal düzenlemelerimiz açısından hiçbir farklılık yok. Fark, eldeki dava adedinde ve hâkim kalitesinde. Bunu çok açık ve net söylemek istiyorum. Çok bilgisine, okumasına ve kendisini geliştirmesine inandığım hâkimler var, ama bunun yanında hâkimlik stajını bitirdikten sonraki Yargıtay kararlarından öteye gitmeyen araştırmaları yapan hâkimler de var.

Benim önerim; hâkimlerin ve avukatların çok iyi bir şekilde yetişmeleri halinde, bilirkişi kurumuna yapılacak müracaatın zaten azalacağı yönündeydi. Neden? Hâkim öncelikle teknik konularda bilirkişi tayin etmek durumunda. Bu bizim usul kanunumuzda var zaten. Yani teknik bilgisiyle çözemeyeceği

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

konularda bilirkişi kurumuna başvurmak durumunda, ama bakıyoruz ki uygulamada, bazen bir faiz hesabının yapılması için bile dosya bilirkişiye gidiyor. Faiz hesabını bırakın hukuk fakültesini, liselerde öğreniyoruz biz. Lisede öğrendiğimiz basit faizi, hâkim oturup yapmıyor. Şimdi bu çerçevede baktığımız zaman, onların ileri sürdükleri hususta elimizdeki dosya adedi çok, biz her dosyanın içerisine bu kadar çok araştırma yapamayız. Haklılar.

Yargıtay'dan dün gelen üyelerimiz dediler ki, bizdeki dosyaya giren dosya ve çıkan dosya adedi 26 binlerle 30 binlerle ölçülen düzeylerdeyse, oraya gelen bu böyle mahkemelerin önündekilerini varın siz düşünün.

Şimdi tabii bu kurumların bir tanesinin düzeltilmesiyle sorunun çözülmesi mümkün değil. Öncelikle hâkimlerin çok kalifiye yetiştirilmesi ve çok kaliteli olmaları lazım. Bunu yaparken avukatların öncelikle çok kaliteli olması lazım. Avukatların kaliteli olabilmesi için hukuk fakültelerinin bu kadar çok olmaması lazım veya her hukuk fakültesi mezununun avukat olmaması lazım. Avukat olmak için belli kariyerlere sahip olması lazım. Bunların da ancak sınavla, ölçme değerlendirmeyele seçilmeleri lazım ve seçilmiş avukatlar arasından belli bir düzeyde avukatlık yaptıktan sonra, seçilmiş hâkimler olması lazım ki, o kürsüye oturduğu zaman 15 santimlik kürsü farkını, kendisini Allah'ın temsilcisi saymaması lazım.

Özür diliyorum, belki içimizdeki hâkimler buna kızacaklar, ama bu böyle. Eğer bu şekilde yetişmiş eleman olursa, ne bilirkişiye gitmek için hâkimler bu kadar uğraşırlar, ne dosyaları bilirkişiye verip de, hele bir incelesin bakalım benim önüme de eksiklerimi gösteren rapor koysun deme ihtiyacını duyarlar. Çoğu hâkim önce bilirkişiye gidiyor, dosyanın bir özetini çıkartıyor. Ön raporlarla eksikleri tespit ediyor, ondan sonra o delilleri toplamaya kalkıyor. Sonra ikinci bilirkişi, sonra üçüncü bilirkişiye gidiyor. Sadece bir kuruma yük yüklemek doğru bir davranış değil.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Biz de diyoruz ki sacayağıdır. Hâkim avukat savcı sacayağıdır, adaleti tecelli ettirir. Bunların üçünü birden kalifiye yapmazsanız, adalet bugünkü durumuna gelir.

Özür diliyorum sivri dilliyim demiştim. (Alkışlar)

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Güzel şeyler söylendi, bir cümle daha söylemek lazım. Halkımızın da bu nizacı karakterinden biraz feragat etmesi lazım; yılda 1 milyon 2 milyon dava gelen bir ülkede bu mümkün mü? Hâkim ne yapsın, bilirkişi ne yapsın? Veleddalin amin, iyi olur inşallah. (Alkışlar)

KATILIMCI- Bir de şeyi söylemek lazım. Son üniversiteye giriş sınavında matematikten cevap veren arkadaşların oranı yüzde 3,5. Dolayısıyla bu ülkede ne hâkimin yaptığına, ne bilirkişinin yaptığına, ne avukatın yaptığına çok da güvenmek lazım. (Alkışlar)

Bu arada başta matematik dersi olmak üzere, temel bilgiler dersleri birçok liseden kaldırıldı, onu da biliyoruz.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Efendim onun için veleddalin amin dedim ben zaten. Şimdi efendim vaktimiz azaldı, üç arkadaşımıza söz vereceğim. Bir bayan arkadaşımız, beyaz giysili.

Av. Aysun TEZCAN- Çok teşekkür ediyorum hocam, çok kıymetli bilgiler aldık üç gün içerisinde. Duruşmaları astık geldik, yani mazeretler inşallah kabul olmuştur. İbranamenin sıkı şekli koşullara bağlandığından bahsetti hocalarımız. Efendim ibranamenin sıkı şekli koşullara bağlandığı kanun düzenlemesi karşısında, lakin uygulamada bu olmayacak. Yani sıkı şekli koşullara bağlanmasına rağmen, ibranamelerin bu şekle uygun olmadığı görülecektir uygulamada. Bu hallerde ve iradı fesadı hallerinde, bir yıllık hata süresi belki geçecek geçmeyecek. Bunların bu tip maddi manevi tazminat davalarına yansımalarını değerlendirebilir misiniz hocam? Yani bu ibraname sıkı şekli koşullara bağlanmasına rağmen, usulüne uygun dü-

zenlenmemiş ise yahut da irade fesadı halleri var ise, maddi manevi tazminat davalarının doğuracağı hukuki sonuçlar.

Bir de efendim çok kısaca şeyi merak ediyorum. Dava dilekçesinde talimat dosyalarında özellikle bazen, talep sonucu ayrıştırılmıyor. Maddi tazminat kalemleri... Bu durumda ne olacaktır? Yani bilirkişi hesaplama yapacak mı yapmayacak mı? Hâkim açıklama ödevini yapmamışsa, ama içeriğinde varsa, talep sonucunda yoksa ne olacaktır?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Efendim ibra mı dediniz?

Av. Aysun TEZCAN- İbraname hocam.

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)- Şimdi ibradan bahsediyoruz, ama ibranın ibra sözleşmesi daha doğrusu, aslında öyle sıkı bir şekil şartı da yok. Hiç yok daha doğrusu. Şöyle diyor; borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile, borç tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabilir.

Bu sözleşme tarafların iradesine bağlı olarak şekilsizce dahi ortadan kaldırılabilecek bir şey. Ben oradaki sorunu anlayamadım şahsen. Neden çok sıkı şartlara bağlanmış bir ibranameden bahsettiğinizi.

Av. Aysun TEZCAN- ... koşulu yok bu durumda, doğru mu anladım hocam? Yani iş hukukunda da var ya yansıması nihayetinde bu tarafa.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Şunu demek istediniz herhalde değil mi? Şimdi iş hukukunda tabii sosyal hukuk içerikli olduğu için, işçinin işverene karşı vereceği ibra veya yapacakları ibra sözleşmesinde, çok sıkı şekil ve içerik maddi şartlar, çok sıkı orada. İş hukukundaki bu şekil ve içerik yönünden katı sıkı şartlar, hukukun diğer alanlarına da yansıtacak mı? Onu mu demek istediniz?

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Tabii ibra biliyorsunuz bir anlamda da bir tasarruf işlemi. Yani öyle bir sözleşme ki, alacak hakkınızdan bir yerde vazgeçiyorsunuz ve hak ortadan kalkıyor. Belki ülkemizde de demin arz ettiğim gibi nizadan hoşlanan insanlarız. Biraz daha bençe de iş hukukundaki kadar sıkı olmasa da, hiç olmazsa ibra edilen hakkın niteliği, ibra edilen miktar veya hakkın sınırları tanımı, en nihayet niçin ibra edildiği çok kısa olarak belirtilmelidir. İş hukukundaki hiç olmasa, Borçlar Kanunumuzun da yeni hizmet sözleşmesini düzenlerken çok sıkı ve çok ince davrandığını görüyoruz. Bunun bu kadar çok yansımaya aynen yansımaya karşılım, ama ibra da bir hak ortadan kaldırıldığına göre, kaldırılan hakkın kendisi tanımı içeriği mahiyeti miktarı bildirilmelidir görüşümdedir.

Teşekkür ediyorum. Başka arkadaşlar... Buyurun efendim.

Av. Şentürk DURSUN (İstanbul Barosu)- Sayın Başkanım çok teşekkür ederim. Mühendislik firması inşaatında çalışan işçi kalıpcı ustası, sayın meslektaşım Sayın Uçakhan'a soruyorum. Emsal ücretin tespiti sorun oldu. Biz bir sendikadan ücret getirdik. İnşaat Mühendisleri Odasından ücret soruldu. 21. Hukuk Dairesi dedi ki, kalıpcı ustasının meslek örgütü olan daha düşük ücreti belirleyen İnşaat Mühendisleri Odasının ücretini esas alın karar verin dedi. Biz buna itiraz ettiysek de sonuç alamadık.

Şunu sormak istiyorum. Bu emsal ücretin tespiti ciddi bir sorun. Biz İstanbul'da çok ciddi sıkıntılarla karşılaşyoruz. Bu konuda acaba bir kurum veya bir teşkilat bir örgütlenme, bir açılım olabilir mi? Yani ne yapılabilir?

Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ederim. Buyurun Sema Hanım.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Ankara Barosu-Tazminat Hukuku Bilirkişisi)- Esas olan odaların tespit ettikleri rakamlar. Çünkü onlar, odalar daha yakın oluyorlar meslek kuruluşlarına. İnşaat Mühendisleri Odasının tespit ettikleri rakamlar,

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

genellikle bu ihalelerle ilgili olarak tespit edilen rakamlar çerçevesinde oluyor.

Emsal ücretlerin tespitinde, aslında argümanlar çok fazla. Yani sadece odalardan elde edilecek bilgiler değil, başka işlerde aynı işkolunda çalışan yerlerden de sorgulama imkânı var. Ancak bu çok değişiklik arz ettiği için, ortalamanın ne olduğunu öğrenenilmek adına odalardan sorulması mümkün oluyor. İnşaat ustalarıyla ilgili oda var. Yani bu ayrı kurulmuş bir oda. İşte burada kalıpcı ustası şunu yapar, boyacı bunu yapar, sıvacı şunu yapar gibi, şu kadar ücretle çalışır gibi bir rakam tespit edilebiliyor. Ama bu bildirilen rakamlar yevmiye rakamları. Yevmiye rakamları olduğu için de, yılın kaç günü burada çalışabileceği, aynı sistemde kaç gün iş bulabileceğinin de ayrıca sorgulanması lazım ki, doğru bir neticeye ulaşılabilirsin.

İnşaat Mühendisleri Odasının bildirdiği rakamlar, her ihalede inşaat firmalarının, işte inşaatın değerlerini tespit ederken çıkartmış oldukları istihkakların tespitine ilişkin, kesin hakedişlerin tespitine ilişkin rakamlar oluyor bir yerde. Öteki türlü de, o yörede kaç gün çalışıldığının ayrıca sorgulanması gerekiyor. Sadece odaya yazı yazarken yevmiye değil, o yörede ne kadar süreyle inşaat işinde çalışılabileceğinin belirlenmesi lazım. Söz gelişi Ankara'da Kasım ayında inşaatta çalışmak mümkün değil, Kasım'dan Şubat'ın sonuna kadar çalışmak mümkün olmayabileceği gibi, Kars'ta da mümkün olmayabilirdi bundan 15-20 sene önce. Şimdi inşaat sektöründe öyle gelişmeler oldu ki, bazen kış ayında bile beton dökülebiliyor. Şimdi bunların hepsini saptamak lazım... Ne kadar çalışılabileceğini, son teknik gelişmelere göre kaç gün çalışma imkânının olduğunu da sorgulanması lazım.

Bunlar sorgulanacak ki, biz hesaplama yaparken, diyelim ki yılın işte 365 gününün 200 gününde iş bulabilecektir söz gelişi. 200 günün yevmiesi de şu olacaktır diyebilelim. Bunları tespit etmeden afaki rakamlarla yola çıkmamız mümkün değil. Genellikle dosyalarda gördüğümüz şu: Aynı işkolunda çalışan tanığı getirip, işte ölen Ahmet 1600 lira maaş alıyordu, ben de zaten 1600 lira maaş alıyorum, bizim işkolunda da çalışanlar

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

1600 lira alıyorlar gibi birtakım rakamlar, bir tane tanık geliyor bunu söylüyor. Bir başka tanık geliyor, ben 1400 liraya çalışıyorum, Ahmet de herhalde öyle çalışıyordu filan gibi değişken rakamlar bizi doğru sonuçlara ulaştırmıyor maalesef.

O zaman bunların ortalamasını alma söz konusu olabiliyor veya en düşüğünü almak söz konusu olabiliyor. En düşüğünü almaktaki kastımız da, bilirkişi olarak baktığımız zaman sadece davacının haklarını değil, davalının da haklarını korumak yükümlülüğünde olan hâkimin yanında yardımcı olduğumuzu düşünmemizden. Eğer en yüksek rakamı alırsak, sadece mağduru koruruz. O yüzden düşük olan en az seviyedekine gitmek durumdayız, ama asgari ücreti bunun altına iner tabii ki. Her dosya için farklılıklar oluşuyor, tabii sizin dosyanızın ne olduğunu da tam net olarak bilemediğim için, sadece böyle yüzeysel bir bilgi verme imkânım olabildi.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Teşekkür ediyorum efendim. Şimdi bu taraftan da... Buyurun bayan arkadaş.

Av. Ünzüle GÜNEŞ (Ankara Barosu)- Benim sorum Sayın Sema Hanıma. Şimdi Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bazı dosyalarda, OYAK tarafından yapılan ödemelerin tazminat hesabından düşülmesi için dosyaları bilirkişilere iade ettiğini görüyoruz. Oysa OYAK tarafından yapılan ödemeler, bir lütuf ödemesi değil. TSK mensuplarının maaşlarından yapılan kesintilerle oluşturulan bir fon OYAK. Bu doğru mudur? OYAK tarafından yapılan ödemeler tazminat hesabından düşülebilir mi? Bu konuda yargıda herhangi bir uygulama birliği mevcut mudur?

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Ankara Barosu-Tazminat Hukuku Bilirkişisi)- Esasında Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin eski esaslarının içerisinde, OYAK tarafından yapılan ödemelerin düşürmeyeceği söz konusuydu. Çünkü OYAK tarafından yapılan ödemeler, ölenin veya ölenin kendi sağlığındayken maaşından yapılan kesintiler sonucunda, yani kendi birikimleri sonucunda oluşan ve o sisteme girmesinden kaynaklı olan ödemeler. Dolayısıyla ne devletin bunda bir katkısı var, ne de bir başka kişinin katkısı var. OYAK'ın da herhangi

bir şekilde lütuf ödemesi değil. Bu nedenle bunun düşülmesi doğru bir düşünce tarzı değil tabii ki.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Buyurun beyefendi.

Av. Sinan YAZICI (Sosyal Güvenlik Kurumu)- İki tane sorum olacak kısaca. Birisini Sema Hanıma, birisini de Beyfendiye yönelteceğim.

Sema Hanıma yönelteceğim soru, maddi tazminatın geleceğe yönelik olarak hesaplanmasında Yargıtay'ın son kararlarında, zannediyorum 21. Hukuk Dairesinin kararlarında yüzde 10 artırım, ancak yüzde 5 iskonto yapılması gerektiğinden bahseden kararları var. Bu yüzde 5 iskonto indirim yapıldığı durumlarda, artırım yine yüzde 10 mu yapılacaktır?

İkinci sorumu da müsaade ederseniz sorayım. Yine bu maddede tazminat hesaplarının geleceğe yönelik olarak hesaplanmasında, bu yüzde 10 artırım ve yüzde 10 şimdi kabul edildiği şekliyle indirim yapılmaktadır. Bunlar yapılmadan tazminat hesaplanırsa ne olur? Bu benim kabaca söyleyeceğim şu: Bu hesapları yaptığımız zaman 100 bin liralık bir tazminatta 500 lira gibi küçük bir fark ortaya çıkıyor. Bu farklar görmemezlikten gelinemez mi? Sorum bu.

Teşekkür ediyorum.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Ankara Barosu-Tazminat Hukuku Bilirkişisi)- Sizi tereddüde sevk eden, aslında 21. Hukuk Dairesinin kararı değil, 10. Hukuk Dairesinin kararı. 10. Hukuk Dairesi, hesaplama ilkelerinin Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından hak sahiplerine yapılan, işverenlere rücu için açılan davalarda yapılan hesaplama yöntemine göre yapılması yönünde bir karar verdi. 10. Hukuk Dairesinin bu kararı, 2013 yılında seri halde çıkan birtakım davalara sebebiyet verdi.

Buradaki kabul edilen sistem şuydu: 10. Hukuk Dairesi dedi ki, ben Sosyal Güvenlik Kurumunun rücu ödemelerini alıyorum. Bu rücu ödemelerinin içerisinde, işverene rücu eder-

ken işçilere yapılmış olan maaşların peşin sermaye değerinin hesabına, işvereni kusuru nispetinde dönerken, hesaplamaları adli yargıdaki yüzde 10 artış yüzde 10 ıskontoya göre yaparsak yanlış bir yöntem uygulamış oluruz. Hak sahiplerinin zararını tespit ederken rücu davalarında, Sosyal Güvenlik Kurumunun yapmış olduğu hesaplama yöntemine göre yüzde 5 artış ve ıskontonun uygulanması gerekir diye yuvarlak bir sistem getirdi ve TRH 2010 tablosunun uygulanması gerekir dedi.

Buradaki esas olan doğru bir karar mıdır? Hatta bu konuyla ilgili olarak ben bir makale hazırladım ve Terazi Dergisinde yayınlandı. Bu sistemde Yargıtay 10. Hukuk Dairesinin kararında bir eksiklik var. Ama siz hak sahiplerinin tavan zararını, iç tavan zararını hesaplarken, dış tavan zararını hesaplarken 2010 tablosunu kullanıyorsanız, TRH 2010 tablosunu kullanıyorsanız ve yüzde 5'lik sistemi kullanıyorsanız, buradaki hesaplama yöntemini Sosyal Güvenlik Kurumunun hesaplama yöntemiyle karıştırıyorsunuz demektir. Çünkü Sosyal Güvenlik Kurumunun hesaplama yöntemi, aktüerlerin hesaplama yöntemiyle birbiriyle eşleşiyor. Şöyle; yaşam tablosu olarak TRH 2010'u kullanıyorlar, ancak yüzde 5'lik teknik faizi kullanıyorlar. Teknik faiz dediğimiz olayın içerisinde, yıllık artışların yapılması suretiyle değil, belli bir yaşam ölüm ihtimallerinin de değerlendirilmesi suretiyle bulunan birtakım tablolardan yararlanılıp, çarpanlar tespit ediliyor. Bu çarpanlara göre de, işte her bir şahsa göre erkeğin ölümü halinde, kadının ölümü halinde tespit edilecek olan çarpanlar farklı farklı TRH 2010'la yüzde 5'lik teknik faizin birleştirilmesi suretiyle yapılmış olan tablolar.

Bu şekilde hesaplama yapıyorlar. Hak sahiplerinin zararını biz sadece TRH'yi kullanıp, yüzde 5'lik de ıskonto oranını kullanırsak, burada yanlış bir hesaplama yaparız. Öncelikle hakkaniyete aykırı bir hesaplama yaparız. Çünkü hak sahipleri zarar için dava açtıkları zaman, biz hesaplamalarımızı diğer dairelerin, 21'in 22'nin 7'nin ve diğer bugüne kadar ki bütün uygulamaların, Yargıtay uygulamalarına göre yüzde 10 yıllık

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

gelir artışı ve yüzde 10 ıskontoyu uygulamak suretiyle hesaplama yapıyoruz ve PMF yaşam tablosunu kullanıyoruz.

Buradaki ince nokta, yaşam tablosuna göre olayın kısalmış olması PMF'ye göre, yüzde 10 ıskonto ve yüzde 10 gelir artışıyla sabitlenmiş olan bir rakamın tespit edilmesi.

Sizin demiş olduğunuz yüzde 10 ıskonto ve yüzde 10 gelir artışını hiç yapmasak ne olur? Hiç yapmazsak aradaki fark 500 lira gibi bir rakam diyorsunuz. Tamam doğrudur, ama yüzde 5 teknik faizi uygulamamak koşuluyla. Onu uygularsanız, zaten yüzde 50'den fazla aşağıya çekmiş oluyorsunuz, hak sahiplerinin zararına.

Bilmiyorum biraz karışık mı oldu anlatabildim mi? Ama farklı hesap yöntemleri derken, ben bunu anlatmaya çalıştım zaten.

Prof. Dr. Fikret EREN (Oturum Başkanı)- Çok teşekkür ediyorum. Değerli meslektaşlarım, bir hayranlığımı belirtmek istiyorum. Hukukçularımızın bu kadar sabırla üç saatten beri oturmalarını ve dinlemelerini büyük bir hayranlıkla tekrar söylüyorum karşılıyorum. O kadar güzel dinlediniz ki, sağ olun var olun.

Bana verilen müsaadeyi 10 dakika geçtim, 12.30'da bitirmemi söylüyor bendeki belge. Ben 10 dakika sizlerin güzel hatırlığınız için bu sabırla dinlemeniz hoşuma gitti uzattım. Sağ olun var olun, öğleden sonra görüşmek üzere.

**YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA
BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ**

Dokuzuncu Oturum

*“Farklı Hukuk Disiplinleri Bakımından
Bedensel Zararların Hesap Yöntemleri”*

Oturum Başkanı Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN- Üç gün boyunca beni görmeden bıkmadınız umarım, sürekli karşınızdayım. Bu oturumu düzenlerken, şimdiye kadar kongrelerde pek alışılmadık veya panellerde sempozyumlarda alışılmadık bir oturum oldu. Hep farklılıklar var, farklılıklar var diyoruz. Bu farklılıkları görelim istedik. Evet, şişmanlık ve yemek sonrası olunca da böyle nefes kontrolü de sıfır oluyor.

Sosyal Güvenlik Kurumundan bir arkadaşımız gelecekti, ben de onu büyük bir şeyle bekliyorum. Deminden beri girip çıkışımın sebebi de o, ama herhalde ya yetişemedi yahut da bir mazereti çıktı. Gelirse sorun değil zaten, onu sonradan da tekrar aktarırız.

Önce 55. Madde diyoruz ki sorumluluk hukuku ilkelerine göre zarar hesabı nasıl olacak? Bir tip olay tespit ettik ki, bu tip olaya göre, istersen o tip olayı bir yansıtıcıya evvela yansıtalım. Borçlar hukuku esaslarına göre hesaplamayı Şafak Güleç Bey yapacak. Ondan sonraki hesaplamalarda, iş hukukuna göre esaslar neler? Onu Mehmet Ali Şuğle hocamız anlatacak. Sosyal Güvenlikten gelen arkadaşımız olsaydı, iş hukukuyla SGK yönünden peşin sermaye değerinin hesabının hangi ilkelere göre yapılacağını anlatacaktı. Acemi yönünden dinlemek isterseniz, eğer o gelmezse ben birazcık esaslar üzerine değinmek isterim, yapabildiğim kadar. Hatta burada bir Sosyal Güvenlik avukatımız var. Yavaş yavaş kendini şeyin altına saklamaya çalışıyor, ama ondan da yardım alırım birazcık.

Sigorta eksperlerini çok yerden yere vurduk, aktüerlerini. Fikret Bey de kendini herhalde anlatacaktır bu çerçevede. Aktüeryal hesaplamayı yapacak. Almanya'dan gelen konduğumuz Sayın Jens Gal, Almanya'daki hesaplama yöntemlerini burada

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sizlere aktaracak. Son olarak Barış Bey, bilirkiŐilikle ilgili olarak tez hazırlıyor kendisi, doktora tezi onun üzerine. Size gerekli açıklamaları da o yapacak.

Benden buraya kadar, söz Şafak Beyin...

**TÜRK BORÇLAR KANUNU
SORUMLULUK HUKUKU İLKELERİ GEREĞİ
YARGI KARARLARI IŞIĞINDA OLUŞMUŞ
HESAPLAMA YÖNTEMİNE GÖRE
ÖRNEK HESAPLAMA**

*Av. Şafak GÜLEÇ**

Ankara Barosu

Türk Borçlar Kanunu 55. Maddesi haksız fiilden kaynaklanan bedensel zararların hesaplanmasında sorumluluk ilkelerine atıfta bulunmakla ve hesaplamanın bu ilkelere göre yapılması gereğine işaret etmekle birlikte, destekten yoksun kalma zararlarının ve başta kalıcı sakatlık nedeniyle oluşan maddi zararların hesaplanması olmak üzere diğer maddi zararların hesaplanmasında somut bir teknik hesaplama için düzenleme söz konusu değildir. 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlüğü döneminde olsun, yürürlükteki Borçlar Kanunu düzenlemesinde olsun böylesi bir hesaplama tekniği yasalarda düzenlenmemiştir. Yasal düzenlemelerin yarattığı boşluk, öğreti ve uygulama ile doldurulmuş, Kıta Avrupası Hukuk sistemlerinin karakteristik yaklaşımı ile, prensip içtihatları gelişmiş, hesap yöntemleri olaya özgü ve yeni baştan değerlendirilir olma niteliğini temelde yitirmeden genel bir tutum belirleme çabası ve görüntüsünü daha öne çıkarmıştır.

* Avukat (Ankara Barosu), Maddi Tazminat (Ölüm ve Yaralanma, Sakatlık Zararları) Hesaplanmasında Çalışan Bilirkişi, Özel Hukuk (Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku) Doktora Öğrencisi,(Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü)

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Gerek destekten yoksun kalma hesaplamalarında gerekse diğer bedeni zararların hesaplanmasında, temel esaslardan biri, haksız fiil nedeniyle zarar görenin ve desteğin, mağdurun olası yaşam süresinin belirlenmesidir. Bu konuda Yargıtay tarafından benimsenen yaşam tablosu Population Masquiline et Feminine) tablosudur. Bu tablo 1931 tarihlidir ve kadın ve erkek olası yaşam sürelerini düzenleyen Fransız kaynaklı bir tablodur. Tablo, gün-ay-yıl şeklinde olup, örneğin sıfır yaşındaki bir kişinin 56 yıl 7 ay 24 gün olası yaşam süresi olduğunu düzenlemiştir. Anılan tablo, 506 sayılı yasa 22. Maddesi gereğince uygulamada Yargıtay tarafından benimsenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki, anılan yasa yürürlükte değildir. Bu anlamda, yurt gerçeğine uygun tablo kullanımı kanımızca isabetli olacaktır. Tablo aşağıdaki gibidir :

PMF YAŞAMA TABLOSUNA GÖRE MUHTELİF YAŞLARDA ORTALAMA ÖMÜR

(Popilatino Masculine et Feminine)

Yaş	Bakiye Ortalama Ömür			Yaş Bakiye Ortalama Ömür				Yaş	Bakiye Ortalama Ömür		
	Yıl	Ay	Gün		Yıl	Ay	Gün		Yıl	Ay	Gün
0	56	7	24	35	33	5	29	70	8	11	28
1	60	7	9	36	32	8	12	71	8	5	22
2	60	7	2	37	31	10	29	72	7	11	28
3	59	11	24	38	31	1	7	73	7	6	17
4	59	2	20	39	30	3	23	74	7	0	29
5	58	5	0	40	29	8	26	75	6	10	21
6	57	6	28	41	28	8	26	76	6	3	1
7	56	8	19	42	27	11	17	77	5	10	14
8	55	10	3	43	27	2	6	78	5	6	3
9	54	11	9	44	26	4	26	79	5	1	29

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

10	54	0	11	45	25	7	24	80	4	10	10
11	53	1	10	46	24	10	18	81	4	6	10
12	52	2	9	47	24	1	14	82	4	2	20
13	51	3	12	48	23	4	11	83	3	11	17
14	50	4	15	49	22	7	16	84	3	8	19
15	49	5	29	50	21	10	21	85	3	5	29
16	48	7	16	51	21	1	25	86	3	3	20
17	47	9	15	52	20	5	3	87	3	1	14
18	46	11	20	53	19	8	16	88	2	11	24
19	46	1	25	54	18	11	28	89	2	10	3
20	45	10	29	55	18	3	12	90	2	8	9
21	44	7	5	56	17	9	29	91	2	7	16
22	43	10	3	57	16	10	29	92	2	6	21
23	43	0	18	58	16	1	7	93	2	5	25
24	42	3	9	59	15	6	21	94	2	5	14
25	41	5	29	60	14	10	25	95	2	4	26
26	40	8	16	61	14	2	24	96	2	4	8
27	39	10	29	62	13	7	5	97	2	3	23
28	39	1	7	63	12	11	24	98	2	2	28
29	38	3	27	64	12	4	8	99	2	1	17
30	37	6	3	65	11	9	4	100	2	0	0
31	36	8	16	66	11	2	2	101	1	9	18
32	35	10	29	67	10	6	6	102	1	7	2
33	35	1	7	68	10	0	18	103	1	6	3
34	34	3	16	69	9	6	3	104	1	3	1

Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, E. 2011/11066 K. 2012/10762 sayılı 9.10.2012 tarihli kararında "Başvuru sahibi vekili, Sigorta Tahkim Komisyonu'na müracaat ederek; Davalı sigortacının

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ZMSS poliçesi ile sigortacısı olduğu İ. K.'ın sevk ve idaresindeki 26 plakalı araç (kamyon) ile, müvekkillerinin murisi K.A.'ın sevk ve idaresi altında olan 42 plakalı aracın (kamyon) çarpışması sonucu K. A.'ın öldüğünü, kaza tespit tutanağı ve soruşturma aşamasında alınan bilirkişi raporuna göre karşı araç sürücüsünün olayda tam kusurlu, müvekkillerinin desteğinin kusursuz olduğunu, davalı sigorta şirketine yapılan başvuru sonrasında eş D. için 51.695,62 TL, çocuk Yasin için 7.987,24 TL, çocuk Hatice E. için 11.758,19 TL ödendiğini, toplamda hak edilen miktarın ise 108.909,00 TL (Döndü için 87.912,73 TL, Yasin için 8.365,69 TL., Hatice E. için 12.632,75 TL) olduğunu belirterek, bakiye 37.470,12 TL'nin 07.08.2010 temerrüt tarihinden itibaren işleyecek ticari faizi ile birlikte davalıdan tahsiline karar verilmesini, müvekkili şirketin davacıların alacaklarının %10'unu temlik aldığından hüküm altına alınacak tazminatın %10'luk kısmının müvekkili şirket adına hükümlenmesini talep etmiştir.

Davalı sigorta şirketi vekili, davacı şirketin başvuru ehliyetinin bulunmadığını, yapılan hesaplama neticesinde davacıların alacağına 71.441,00 TL olduğunun tespit edildiğini ve davacılar ödendiğini, başvuru sahibinin başkaca hak ve alacağı kalmadığını öne sürerek, başvurunun reddini talep etmiştir.

Sigorta Tahkim Heyetince; Bilirkişi olarak atanan Av. A. Ö. tarafından düzenlenen bilirkişi raporuna itibar edilmeksizin, hakem heyetinde yer alan Aktüer B. N. Ö. tarafından yapılan hesaplama esas alınarak, talebin kısmen kabulü ile 4.999,21 TL tazminatın %10'una tekabül eden 499,92 TL'sinin G... Ltd. Şti.'ne, 4.499,29 TL'nin D. A.'a verilmesine, Y. ve H. için yapılan talebin reddine, alacağa 07.09.2010 tarihinden itibaren ticari faiz yürütülmesine, H.C.A.'nın karşı oyu ile, oyçokluğuyla karar verilmiş; karar, davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Davacıların talebi destekten yoksun kalma tazminatına ilişkindir.

Tahkim Heyetince karara esas alınan hesaplama, Hukuk Genel Kurulu'nun 1989/4-586, 1990/199 sayılı kararı ve yer-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

leşik Yargıtay içtihatlarına uygun değildir. Bu itibarla, dosya kapsamında yer alan, Yargıtay kriterlerine uygun olarak PMF Tablosu esas alınarak Av. A. Ö. tarafından düzenlenen 30.03.2011 tarihli rapor doğrultusunda karar verilmesi gerekirken, Hazine Müsteşarlığı'nın 2010/4 sayılı Genelgesine göre yapılan hesaplama dayalı olarak karar verilmesi isabetli olmamıştır." Şeklinde PMF tablosunu işaret etmiştir.

Adli yargı kolundaki yargı organlarında, Yargıtay'ın yerleşik içtihatları ile benimsenin bir diğer hesap ilkesi de işlemiş devre olarak ifade edilen, olay tarihinden hesap tarihine kadar geçen süre içerisinde doğmuş olan zarar döneminden sonra gelen ve olası ömür sonuna kadar süren dönemi yani hesap tarihini izleyen dönem ifade eden dönem işleyecek devre olarak kabul edilmiştir. Bu devrede, haksız fiili doğuran olay meydana gelmeseydi elde edilecek parasal değer, olası karar tarihinde veya hesap tarihinde elde edildiği var sayılarak aşağıdaki tabloda $1/kn$ olarak belirtilen sütundaki gibi her bir yıl için ayrı ayrı işleyecek dönem hesabı yapılırken iskonto uygulanır. Bu kapsamda, işleyecek her yıl, bir önceki yılın %10'u oranında bir artış ile önce yıllık arttırılmış gelir bulunur ve bu gelire işleyecek her bir yıl için (n) zamana isabet eden çarpan ile çarpılarak iskontolu gelir elde edilir. Bu gelir, kalıcı sakatlık hesaplarında sakatlık yüzdesi ile çarpılır ve ilgili yıl zararı bulunur. Ölüm sonrası destekten yoksun kalma zararlarında ise iskontolu gelir, ilgili paylaşma oranlarına göre paylaşılır.

$K = 1 + \frac{0}{100} \%10 \text{ Faiz Üzerinden}$					
n	kn	$\frac{1}{k}$	$\frac{k-1}{k-1}$	$\frac{k-1}{k-1}$	$\frac{k-1}{k-1}$
1	1,1000	0,90909	1,0000	0,90909	1,10000
2	1,2100	0,82644	2,1000	1,73554	0,57619
3	1,3310	0,75131	3,3100	2,48685	0,40211
4	1,4641	0,68301	4,6410	3,16986	0,31547

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

5	1,6105	0,62092	6,1050	3,79074	0,26380
6	1,7715	0,56449	7,7150	4,35506	0,22961
7	1,9487	0,51316	9,4870	4,86837	0,20540
8	2,1436	0,46650	11,4360	5,33495	0,18744
9	2,3578	0,42412	13,5780	5,75875	0,17364
10	2,5936	0,38556	15,9360	6,14435	0,16275
11	2,8530	0,35050	18,5300	6,49491	0,15396
12	3,1382	0,31865	21,3820	6,81346	0,14677
13	3,4521	0,28967	24,5210	7,10321	0,14078
14	3,7973	0,26334	27,9730	7,36655	0,13574
15	4,1770	0,23940	31,7700	7,60594	0,13147
16	4,5947	0,21764	35,9470	7,82358	0,127818
17	5,0542	0,19785	40,5420	8,02144	0,124665
18	5,5596	0,17987	45,596	8,20131	0,121931
19	6,1156	0,16351	51,156	8,36483	0,119548
20	6,7272	0,14865	57,272	8,51349	0,117460
21	7,3999	0,13513	63,999	8,64863	0,115625
22	8,1399	0,12285	71,399	8,77148	0,114005
23	8,9538	0,11168	79,538	8,88315	0,112572
24	9,8492	0,101531	88,492	8,98469	0,111300
25	10,8341	0,09230	98,341	9,07698	0,110168
26	11,9175	0,083910	109,175	9,16089	0,109159
27	13,1092	0,07628	121,092	9,23717	0,108258
28	14,4202	0,06935	134,202	9,30653	0,107451
29	15,8622	0,06304	148,622	9,36957	0,106728
30	17,4484	0,05731	164,484	9,42688	0,106079
31	19,1933	0,05210	181,933	9,47898	0,105496

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

32	21,1126	0,04737	201,126	9,52635	0,104972
33	23,2238	0,04306	222,238	9,56941	0,104499
34	25,5463	0,03914	245,463	9,60855	0,104074
35	28,1009	0,03558	271,009	9,64414	0,103689
36	30,9110	0,03235	299,110	9,67649	0,103343
37	34,0021	0,02941	330,021	9,70590	0,103030
38	37,4023	0,02673	364,023	9,73264	0,102747
39	41,1426	0,02430	401,426	9,75694	0,102491
40	45,2568	0,02209	442,568	9,77904	0,102259
41	49,7825	0,02008	487,825	9,79913	0,102049
42	54,7607	0,01826	537,607	9,81739	0,101860
43	60,2368	0,01660	592,368	9,83399	0,101688
44	66,2605	0,01509	652,605	9,84908	0,101532
45	72,8865	0,01372	718,865	9,86280	0,101391
46	80,1752	0,01247	791,752	9,87527	0,101263
47	88,1927	0,01134	871,927	9,88661	0,101147
48	97,0120	0,01031	960,120	9,89691	0,101041
49	106,7132	0,00937	1057,132	9,90629	0,100946
50	117,3845	0,00852	1163,845	9,91481	0,100859
Yıllar 1 Liranın n devre sonundaki Baliğ Kn (Un) Peşin Değeri kn	1 Liran $\frac{1}{n}$ vadeli		Devre Sonlarında n devre müddetle Yatırılan 1 Liralık Taksitlerin Peşin Değerleri Toplamı		

Bu tablo esasına göre, gelecek ilk yılda, elimizdeki 1000 TL'nin günümüzde elde edilmesi nedeniyle $1000 \times 0,909 = 909$ TL olarak tahsil edilmesi gerekecektir. Erken tahsil edilmesi nedeniyle günümüz değerine indirgenmektedir.

Yukarıdaki esaslar ile, bir örnek hesabı sunmak yararlı olacaktır :

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Öncelikle örnek olayımızı belirtmek gereklidir, olayımız şu şekildedir:

OLAY : “02.07.2013 tarihinde Hakkari’de meydana gelen anarşik olaylara müdahale için yola çıkan askeri konvoyda bulunan yedek subay Osman K. , yola düşen mayının patlaması sonucu şehit olmuştur. Geride kalan eşi Sevim K. ve 2008 doğumlu oğlu Nihat ile 2011 doğumlu kızı Nisan’a SGK tarafından vazife şehidi olarak dul ve yetim aylığı bağlanmış, ayrıca 3713 Sayılı kanunun gereği nakdi tazminat çerçevesinde aylık bağlanmıştır. Osman K.’nin ölmeden önceki aylığı 3.500 TL olup, muhtemel terhis tarihi 01.01.2014 tür. Askerlik öncesi sigortalı çalışması karşılığı aylık geliri 2.500 TL dir. (2012 yılı itibariyle) Osman K. 27 yaşında (olay tarihine göre) eşi Sevim ise 25 yaşındadır.”

Sunulan olay üzerine, olay nedeniyle destekten yoksun kalanların ve müteveffanın olası(muhtemel) yaşam süresi ve ömür sonlarının belirlenmesi gereklidir. Bu belirleme de belirtildiği gibi PMF tablosu ile mümkündür. Belirlememizi tablo eşliğinde somutlaştırmak olanaklıdır :

		Doğum Tarihi	Yaşı	PMF	Muhtemel Ömür Sonu
Ölen	Osman	1986	27	39 Yıl 10 Ay 29 Gün	2053
Eşi	Sevim	1988	25	41 Yıl 5 Ay 29 Gün	2055
Oğlu	Nihat	2008	5	(25 Yaş)	2033
Kızı	Nisan	2011	2	(25 Yaş)	2036

Örnek olayımızdan hareket ettiğimizde, olay tarihini esas alarak hesap yapılması gerekmektedir. Olay tarihinden itibaren hangi verilerin kullanıldığı, hangi esaslarla hesaplamanın yapıldığı tebliğ konumuzu oluşturmaktadır. Bu durumda, destek süresini tespit edebilmek için ölenin ve destekten yoksun kalanların yaşları ve olası yaşam süreleri belirlenmelidir. Ölen,

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

1986 tarihinde doğduğuna göre, olay tarihinde 27 yaşındadır. PMF tablosuna göre 39 yıl 10 ay 29 gün muhtemel yaşam süresinin olduğu anlaşılmaktadır.

Hesaplamalarda, uygulamada, iki türlü yaklaşım bulunmaktadır. İlki, gün-ay-yıl esasını benimseyen yaklaşım, diğeri ise sadece yıl olarak muhtemel yaşam süresini tespit eden yaklaşımdır. Bu uygulamalardan hangisinin tercih edildiği Yargıtay tarafından fark arz eden bir durum olarak değerlendirilmemiştir. Olayımıza döndüğümüzde ise, ölenin muhtemel ömür sonunun tespitinde, olay tarihi olan 02.07.2013 tarihine göre 39 yıl 10 ay 29 gün sonrası 2053 yılına isabet ettiğinden, muhtemel ömür sonu 2053 yılı olarak belirlenmektedir. Ancak sadece ölenin muhtemel yaşam süresi ve muhtemel ömür sonunun belirlenmesi, destekten yoksun kalma zararının tespitinde yeterli değildir. Destekten yoksun kalanların da destekten yararlanma süresi olarak ifade edebileceğimiz destek süresi içindeki süre yönünden konumlarını belirleyebilmek için onların da muhtemel bakiye ömürleri ve ömür sonlarının tespiti gerekmektedir.

Ölenin eşi Sevim, 1988 doğumludur. 25 yaşındadır. PMF tablosuna göre 41 yıl 5 ay 29 gün muhtemel ömür bakiye ömrü bulunmaktadır. Muhtemel ömür sonu 2055 yılıdır. Bu kapsamda destek süresi ve süre sonu tespitinde bulunduğumuzda, ölenin muhtemel ömür sonu olan 2053 yılı destek süresi sonu olarak kabul edilmelidir. Zira, bu konuda destek ve destekten yoksun kalanlar arasında muhtemel bakiye ömrü kısa olanın ömür süresi ve ömür sonu destek süresi belirlenmesinde esas alınacaktır.

Olay nedeniyle desteğin ölümü sonucunda, iki kişi daha destekten yoksun kalmış olduğunu görmekteyiz ki, bu kişiler kızı ve oğludur. Ölenin oğlu 2008 doğumlu olup, olay tarihinde 5 yaşındadır. Destek süresi belirlenirken destek göreceği sürenin belirlenmesi ve bu sürelerin esas alınması gereklidir. Ölenin geliri askerlik öncesi 2500 TL olduğuna göre asgari ücretin iki katından fazla tutara denk gelen bu rakamın ölenin oğluna üniversite eğitimi aldirmaya yeterli bir tutar olduğu açıktır. Bu

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

nedenle 25 yaşını ikmal edeceği 2033 yılı destek süresinin sonu olarak kabul edilmektedir. Ölenin kızı Nisan, çocuklar arası eşitlik ilkesi gereğince baba desteğinden 25 yaşına kadar yararlanacaktır, 2011 doğumlu olan çocuğu 2 yaşındadır. benzer gerekçelerle bu doğrultuda 2036 yılı destek sonu olarak kabul edilecektir.

Hesabın diğeri bir unsuru da, gelirdir. Gelir ana çarpanlardan biridir. Ölenin askerlik öncesinde aylık 2500 TL gelir elde ettiği bilgisi olayda yer almaktadır. Hesaplar, esas alınan gelir net gelirdir. Ölüm tarihindeki net geliri üzerinden hesaplama yapılacaktır. Askerlik sırasında gelir elde etmediği kabul edilecek, askerlik öncesi geliri veri olarak kullanılmaktadır. 2500 TL aylık net gelir, aynı dönemdeki asgari ücretin netinin 3,29 katına isabet etmektedir.

Hesaplama da belirtilmesi gereken bir diğeri durum da, destek hesap süresinin ölüm tarihinden değil, destek askerlik yaptığından muhtemel terhis tarihinden itibaren başlaması gerektiğidir. Buna gereğince olarak da, askerlik sürecinde bakmakla yükümlü olduklarına parasal ve bedeni bir katkıda bulunamayacak olmasını göstermek mümkündür. Olası terhis tarihi 01.01.2014 tarihi olarak karşımıza çıkmaktadır. Yargıtay uygulamasında genel kanı, askerlik sürecinde ödenen aylıkların, asker kişinin geçimine yetebileceği ancak kendisinden başka kişilere destek vermeye elverişli olmadığı yönündedir.

Yapılan hesaplamada, olası emeklilik tarihi yani 65 yaşın ikmal olan 2046 yılı olarak Yargıtay uygulamasında kabul edilmektedir.

Ölenin eşinin yani destekten yoksun kalan sağ kalan eşin yeniden evlenme şansı ise, tazminattan indirim sebeplerinden biri olarak kabul edilmektedir¹. Bu konuda, Askeri Yüksek İda-

¹ "Dava 19.7.2000 tarihinde meydana gelen iş kazası sonucu ölen sigortalının hak sahiplerinin maddi ve manevi zararlarının giderilmesi istemine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Kabul ve uygulamaya göre davacı eş G. O.'un bir çocuklu olup, hesap tarihi itibarıyla halen evlenmediği gözardı edilerek, hesap tarihindeki yaşı

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

re Mahkemesi tarafından kullanılan tablo Yargıtay tarafından benimsenmiştir². Anılan tablo şu şekildedir:

yerine, olay tarihindeki yaşının, evlenme şansının belirlenmesinde esas alınması hatalı olmuştur.

Yapılacak iş; Asgari ücretin ve toplu iş sözleşmelerinin uygulanması Kamu düzeniyle ilgili olduğundan bir talep olmasa dahi resen gözönünde tutulması zorunlu olduğundan işçi ücretlerinde artma olmuş ise, bu artışlarında hesapta gözönünde tutulması gerektiği gözetilerek hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan veriler (asgari ücretteki artışlar, PSD deki artışlar veya toplu iş sözleşmesinin getirdiği olanaklar) gözönünde tutularak yeniden hesap raporu almak ve sonucuna göre karar vermekten ibarettir.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. O halde, davacı G. O.'un bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli, hüküm bozulmalıdır." (Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 2009/12537 E. 2010/6762 K. sayılı içtihadı, www.kazanci.com'dan alınmıştır)

- 2 "Destekten yoksun kalan eşin yeniden evlenme olasılığı, zararı azaltan durumlardan sayılmakta; olasılığın oranına göre tazminattan indirim yapılması gerekmektedir.

Dul eş dava bitmeden evlenmişse, destek tazminatı, önceki eşinin ölüm tarihi ile yeniden evlenme tarihi arasındaki süreye göre hesaplanması gerekir. Çünkü, yeniden evlenmekle yeni bir destek bulduğu kabul edilmektedir. Şu kadar ki, ölen eşinin gelir durumuna oranla, yeni eşinin geliri daha düşükse, aradaki farkın tazminat olarak ödenmesi gerekir.

Dul kalan eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde aile bağlarına, sosyal ve ekonomik durumuna, kişiliğine, çocuk sayısına, ülke şartlarına ve yörenin töresel koşullarına bakılarak bir sonuca varılması gerekir. Bu hususta, gerektiğinde konusunun uzmanı bilirkişilerin görüş ve düşüncesine de başvurulabilir.

Uygulamada, dul eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde daha çok, hazır tablolardan yararlanılmaktadır. En sık başvuru İsviçreli Hans Moser'in tablosu ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablodur. Moser'in tablosu 1940'dan önceye ait olup, günümüz koşullarına ve ülkemiz şartlarına uyduğu söylenemez. Gene, İsviçre kaynaklı Stauffer/Schaetzle tablosu daha yakın tarihli ise de, bu tablonun da Türkiye koşulları dikkate alınarak hazırlanmadığı açıktır. Bu durumda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablonun mevcut koşullarda ülkemiz koşullarına daha çok uyumlu olduğu değerlendirilebilir.

Kaza 01.08.2005 tarihinde meydana gelmiş; dava da 26.08.2005 tarihinde açılmıştır. Davacılar 1962 doğumlu eş Şennur Er bu tarihte 43, çocukları ise 13, 7 ve 5 yaşlarındadır. Karar tarihi itibarı ile; davacı kadın 49, çocukları 19, 13 ve 11 yaşlarındadır. Dosya kapsamına göre kadının halevlenmediği ve dul olduğu anlaşılmaktadır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tabloya göre, 41-50 yaş aralığındaki dul eşin evlenme şansı % 2 olup, AYİM uygulamasında 18 yaşından küçük her bir çocuk için evlenme şansından % 5 indirim yapılması gerekir. Davacı dul eşin dava tarihindeki yaşı, çocuk sayısı, AYİM tablosu, sosyal ve ekonomik durumu ile ülke ve yöre koşulları dikkate alındığında, yeniden evlenme şansının bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.

Bu nedenle, dul eşin yeniden evlenme şansının bulunmadığı gerekçesi

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Kadının Yaşı	Evlenme Şansı
17-20	%52
21-25	%40
26-30	%27
31-35	%17
36-40	%9
41-50	%2
51-55	%1

Bu tablo kapsamında, sağ kalan eşin 18 yaşından küçük her bir çocuğu için %5'er indirim yapılması gereklidir. (Örneğin iki küçük çocuklu 20 yaşındaki bir kadının yeniden evlenme şansı bu durumda % 52- (%5x2=%10)= %42 olarak karşımıza çıkmaktadır)

Olayımıza döndüğümüzde ise sağ kalan eş 25 yaşındadır. İki küçük çocuğu bulunmaktadır. Tabloya göre, yapılan değerlendirmede, % 40'lık yeniden evlenme şansından çocuk indirimi ile %10 tenkis edildiğinde %30 yeniden evlenme şansı bulunduğu görülmektedir.

Hesap tablosuna geçmeden önce, ölenin olası elde edeceği gelirlerin paylaşılma esaslarını içeren, yüzdeler dilimlerinden bir paylaşılma tablosunun yapılması uygulamada yararlı ve bilirkişi raporunun denetlenebilir olması gereği yönünden isabetli bulunmaktadır. Pay tablosunun belirlenmesinde gene Askeri Yüksek İdare Mahkemesi esasları ve hayatın olağan akışı temel alınmakta, ölen desteğin kendisine ayıracağı pay mutlak surette %30'un altına düşmemektedir³. Bu ilkeye

ile tazminattan bir indirimle gidilmesine yer olmadığına ilişkin direnme usul ve yasaya uygun bulunduğundan, direnme kararı bu yönüyle de onanmalıdır." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2010/4-712 E. 2011/4 K. 2.2.2011 tarihli içtihadı, www.kazanci.com 'dan alınmıştır)

³ "Destekten yoksun kalma zararının hesabında, destekten yoksun kalanlara müteveffanın sağlığında sağlamış olduğu yardımın miktarı belirlenmelidir. Ölenin parasal veya bedensel destekliğinin derecesiyle bundan yoksun kalanların tazminat isteklerinin ölçüsü ya da hesaplama yöntemi

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

payların geliri yutmaması ilkesi adı verilmektedir. Uygulamada, yüzdelik paylaşımın yanı sıra kesirli bir sistemin de benimsendiği, bu konuda Ankara'da görev yapan bilirkişilerce daha çok yüzdelik sistemin, İstanbul'da görev yapan bilirkişilerce ise daha çok kesirli sistemin benimsendiği görülmektedir.

Paylaşım tablomuz şu şekilde gerçekleşmelidir :

konusunda öğretide görüş birliği yoktur. Gerçek yardım miktarının yeterli delillerle ispat edilemediği durumlarda yargıç, takdir H.nı kullanarak yardım miktarını belirleyebilecektir. Bu belirlemede destekle destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da göz önünde bulundurulacaktır. Hayatın olağan akışı içinde, destek sayılan kimsenin baktığı kimselere gelirini belli paylara bölerek baktığı pek söylenemese de tazminat hesabında bir paylaşım yapmak zorunlu hale gelmektedir.

Buna göre öncelikle gelirin tamamının, yardım görenlere tahsis olunmuş varsayılmayacağı, ölenin gelirinden bir bölümünü kendisine ayıracağı, bu tahsisten vazgeçilemeyeceği ve bu suretle yardımın (payların) geliri yutmaması ilkesi dikkate alınmalıdır. Ayrıca ölenin kendi geçim masraflarından artan miktarın tamamının (hiçbir tasarrufuna yer bırakmadan) destek görenlere dağıtıldığı da kabul olunamaz. Öte yandan, destek görece kimselere ayrılacak miktar da, bunların ihtiyaçlarının toplamı kadar olmalıdır. Bunun dışında destekten yoksun kalanlardan bir kısmının davacı olup diğer kısmının davacı olmadığı durumda talepte bulunmayan destek görenlerin paylarının da hesaplamada gözönünde tutulması gerekmektedir.

Somut olayda, destekten yoksun kaldığını iddia eden davacılar, müteveffanın anne ve babası olup mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda müteveffanın sağlığında sağlamış olduğu yardım miktarı davacıların bakiye yaşam süresi boyunca sabit % 15 oranında desteklik payı olarak davacılar ayrılmıştır. Vefat eden Duray 20 yaşında bekar olarak vefat etmiş olup olağan hayat tecrübelerine göre evleneceği ve çocuk sahibi olacağı kabul edilerek evleneceğinin kabul edilebileceği zamana kadar bekar olduğu dönem için davacıyla birlikte yaşadıkları da dikkate alınarak daha fazla, evlendiği dönem ve çocuk ya da çocuklarının olduğu varsayıldığı dönemlerde ise giderek daha az pay ayrılması şeklinde hesaplama yapılması gerekirken davacının bakiye yaşamı boyunca sabit bir oranda hesaplama yapılması doğru olmayıp bu yöndeki bilirkişi raporunun hükme esas alınması doğru görülmemiş ve kararın bozulmasını gerektirmiştir." (Yargıtay 17. Hukuk Dairesi 2013/14419 E. 2015/3324 K. sayılı 24.2.2015 tarihli içtihadı, www.kazanci.com'dan alıntıdır)

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Devre	Eş	Nihat	Nisan	Ölen
2014-2033	40	10	10	40
2033-2036	45	---	15	40
2036-2053	50	---	---	50

Ölenin olası terhis tarihinden başlayan paylaşım tablosunda, 2033 yılına kadar, eş ve çocuklarının destekten yararlandıkları süre içerisinde eşin yüzde %40 ve çocukların da % 10'ar eşit pay aldıklarını görmekteyiz. Çocuk Nihat'ın destek çağından çıkmasından sonra eş ve diğer çocuğun payında artış göze çarpmaktadır. Yargıtay ve AYİM uygulamasında, son olarak destek alan çocuk %15'lik payı yani yüksek payı elde etmektedir. Bu durumun hayatın olağan akışına daha uygun olduğu savunulmuştur. Bu nedenle ölenin kızı Nisan'ın destek çağından çıkmasına kadar % 45 oranının eş için %15 oranının Nisan için değerlendirileceği kabul edilmiştir. Nisan'ın destek çağından çıkması ile, destek süresi sonuna kadar, ölenin gelirinin eşin, 2036-2053 arasında ölen eşi ile eşit olarak paylaştırıldığı görülmektedir.

Hesap esaslarına geldiğimizde ise, aktif dönem olarak ifade edebileceğimiz emeklilik dönemine kadarki dönemde net geliri üzerinden, emeklilik döneminde ise asgari geçim indirimi katılmamış olarak asgari ücret üzerinden ölenin geliri tespit edilecek ve paylaştırılacaktır. Emeklilik döneminde hesaplama yapılırken asgari ücretin esas alınmasının sebebi, anılan dönemde ölen nedeniyle bağlanan yaşlılık aylığının bulunması, ölenin fiziki varlığı yani bedeni ile yapacağı katkının eksikliğinin zarar unsurunu oluşturmasıdır⁴.

⁴ "1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına, davacıların murisinin davalı Dursun'un kullandığı araçta yolcu olmamasına, dava dilekçesinde kusur kapsamında tazminat isteminde bulunulmuş olmasına, murisin kapıcı/

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Hesap Tablosu aşağıdaki gibidir :

Devre	Yıllık Net Gelir	1/k ⁿ (iskonto)	Eş	Nisan	Nihat
2014-2015	34289,17	----	13715,67	3428,91	3428,91
2015-2016	38485,30	34983,14	13933,26	3498,31	3498,31
2016-2017	42333,84	34967,75	13987,10	3496,77	3496,77
2017-2018	46567,22	34971,98	13988,79	3497,19	3497,19
2018-2019	51223,94	34985,95	13994,38	3498,59	3498,59
2019-2020	56346,33	34934,72	13973,89	3493,47	3493,47
2020-2021	61980,96	34957,26	13982,90	3495,72	3495,72

kaloriferci olduğuna ilişkin somut kanıt gösterilmemesine göre davacılar vekilinin yerinde görülmeyen ve aşağıdaki bentler kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.

2- Ancak, bilirkişi raporunda murisin pasif döneminde hiçbir gelir elde edemeyeceğinden hareketle destek tazminatı hesabında dikkate alınmaması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle davacılar yararına bozulması gerekmektedir.

3- Dava dışı Güneş Sigorta A.Ş.nin ödemesi kendi sigortalısına ait aracın işletilmesine dayalı bir sorumluluğun ifası niteliğinde olup, davalıların sorumlu olduğu tazminat tutarının azaltılması sonucunu doğurmaz. Zira, davalılar, davacıların yoksun kaldığı toplam destek tazminatının 2/8 kusura isabet eden tutarından sorumludurlar. Dava dışı sigorta şirketinin ödemesi ise kendi sigortalısına ait aracın sürücüsünün kusuru ve sorumluluğu ile ilgilidir. O halde mahkemece yukarıda 2 numaralı bentte açıklanan bozma nedenine göre yeniden bilirkişi raporu alınarak belirlenecek destek tazminatı tutarından davalı Dursun'un kusuruna isabet eden tazminatın, dava dışı sigorta şirketinin ödemesi gözetilmeksizin belirlenmesi gerekir iken, davalıların sorumluluğunu azaltacak biçimde yapılan hesaplama itibarla hüküm kurulmuş olması doğru görülmemiş, kararın bu nedenle dahi davacılar yararına bozulması gerekmektedir.

4- Yukarıda 2 numaralı bentte açıklanan bozma kapsamı gereğince yeniden aktüerya raporu alınacak olmasına ve alınacak raporda bilinen dönem hesabında yargılama sırasında artan asgari ücretinde nazara alınacak olmasına göre davacılar vekilinin bu yöne ilişkin temyiz itirazının şimdilik değerlendirilmesine gerek görülmemiştir." (Yargıtay 11. Hukuk Dairesi 2005/13873 E. 2007/4833 K. sayılı 27.3.2007 tarihli içtihadı, www.kazanci.com dan alınmıştır)

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

2021-2022	68179,06	34975,86	13990,34	3497,58	3497,58
2022-2023	74996,97	34948,59	13979,44	3494,85	3494,85
2023-2024	82496,67	34978,59	13991,44	3497,85	3497,85
2024-2025	90746,34	34937,34	13974,94	3493,73	3493,73
2025-2026	99820,97	34937,34	13974,94	3493,73	3493,73
2026-2027	109803,07	34917,38	13966,95	3491,73	3491,73
2027-2028	120783,38	34906,40	13962,56	3490,64	3490,64
2028-2029	132861,72	34942,63	13977,05	3494,26	3494,26
2029-2030	146147,89	34929,35	13971,74	3492,93	3492,93
2030-2031	160762,68	34885,50	13954,20	3488,55	3488,55
2031-2032	176838,95	34837,27	13934,91	3483,72	3483,72
2032-2033	194522,85	34819,59	13927,84	3481,95	3481,95
2033-2034	213975,14	34877,95	15695,08	5231,69	----
2034-2035	235372,65	34835,15	15675,82	5225,27	
2035-2036	258909,92	34952,84	15728,78	5242,93	
2036-2037	284800,91	34745,71	17372,86	----	
2037-2038	313281,00	34774,19	17387,10		

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

2038-2039	344609,10	34805,52	17402,76		
2039-2040	379070,01	34874,44	17437,22		
2040-2041	416977,01	34609,09	17304,55		
2041-2042	458674,71	34859,28	17429,64		
2042-2043	504542,18	34813,41	17406,71		
2043-2044	554996,40	34964,77	17482,39		
2044-2045	610496,04	34798,27	17399,14		
2045-2046	671545,64	34920,37	17460,19		
2046-2047(e)	224529,66	10522,90	5276,45		
2047-2048	246982,63	10620,26	5310,13		
2048-2049	271680,90	10595,56	5297,78		
2049-2050	298848,99	10459,72	5229,86		
2050-2051	328733,89	10519,49	5259,75		
2051-2052	361607,28	10486,62	5243,31		
2052-2053	397768,01	10341,97	5170,99		

Yapılan hesaplamaların tarihine göre, bilinen dönem ve bilinmeyen dönem ayrımı yapılması gerekecektir. Hesap tarihi 2015 yılıdır. Günümüze göre yapılan değerlendirmede bilinen dönem 2014-2015 döneminde, asgari ücretin o dönemki miktarı ile 3,29 çarpıldığında yıllık net gelir 34.289,17 TL tespit

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

edilmektedir. Bu geliri paylaştığımızda ise 34.289,17 TL'nin %40'ını bularak ilk sütunda eşin ilk yıl için 13.717,67 TL zararı olduğunu, çocukların ise 34.289,17 TL'nin %10'unun bulunması ile son iki sütundaki tespit edilen zararlarının yani 3428,91 TL'nin belirlendiği görülmektedir.

Bilinmeyen dönem açısından ise, bilinen dönem son gelirini yani 34.289,17 TL'i %10 arttırmak suretiyle bilinmeyen dönemin ilk gelirini yani arttırılmış gelirini tespit ediyoruz. Her yıl %10'luk artış yapılması ile bilinmeyen dönem gelirlerini yıl be yıl tespit etmekteyiz. Ancak %10 artıştan sonra %10 oranında eksiltme uygulanması söz konusudur. Bu iskontoyu da logoritmik bir hesaplama ile yukarıda sunulan 1/kn oranındaki iskontoları içeren peşin değer tablosuna göre gerçekleştirmekteyiz. İlk yıl için yıllık net bilinmeyen dönem gelirini 0,909 ile, ikinci yılı 0,826 ile, üçüncü yılı 0,751 ile çarparak bu şekilde sürdürmekte ve bilinmeyen dönemde iskontolu geliri elde etmekteyiz. Her yıl için iskontolu geliri de ayrı ayrı paylaşım tablosundaki paylaşım esaslarına göre paylaştırmaktayız. Örneğin 2016-2017 döneminde geçtiğimizde, 38.485,30 TL'yi %10 arttırıyoruz ve 0,826 ile çarparak iskontolu geliri tespit ediyoruz. Bu durumda 34.967,75 TL iskontolu gelir olarak elde edilmiştir. Bu geliri paylaştığımızda ise %40'ını 13.987,10 TL, %10'unu ise 3496,77 TL olarak tespit ediyoruz. Ölenin oğlunun destek çağından çıkmasından sonra bu paylaşırma eşi ve kızı arasında %45 eşi, %15 kızı için olmak üzere sürmektedir.

Pasif dönem olarak belirtebileceğimiz emeklilik devresinde ise bilinmeyen döneme isabet eden yani peşin değer tablosunda bilinmeyen yıl karşılığı iskonto çarpanı ile bu sefer asgari ücreti çarparak her yıl %10 oranında asgari ücrete göre arttırım yapıp %10 oranında peşin değer iskontosu uygulayarak hesaplamayı yapıp, eşin payını bu iskontolu gelirden paylaşırılmak gerekmektedir. Bu eksende, 2046-2047 yılında asgari ücretin %10 artışlarla tespit edilmiş yıllık net parasal değeri 224.529,66 TL olarak belirlenmiş olmaktadır. Bu kapsamda, bir önceki yıl aktif döneme ait olduğu için o yılın yıllık net geliri olan 671.545,64 TL'e göre bir artış söz konusu edilmemektedir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Çocukların destek çağından çıkmaları ile de eşler arasında ölenin yıllık net gelirinin peşin değer iskontosu uygulanarak eşit şekilde %50'şer paylaştırıldığı görülmektedir.

Bu şekilde yapılan hesaplamada, indirim uygulanmaksızın zarar toplamları da, yukarıdaki tabloda her bir hak sahibinin belirtildiği sütunlardaki sayıların yukarıdan aşağıya doğru yıl be yıl yapılmış zarar hesaplarının toplanması ile elde edilmektedir. Tabloya göre zarar toplamları şu şekilde gerçekleşmiştir :

Eş : 523.132,43 TL

Nisan : 81.990,37 TL

Nihat : 66.290,48 TL

Eş açısından yeniden evlenme şansının düşülmesi gerekmektedir. Bu kapsamda hesaplama şu şekildedir :

$$523132,43 \times \%70 = \underline{366192,70 \text{ TL}}$$

Olayda, ölen yolcu olduğu ve terör saldırısı sonucu şehit olduğu için kusuru olmadığı görülmektedir. Bu nedenle kusur indirimi yapılmamıştır.

Ölen kişinin asker kişi olması ve konunun nakti tazminat ödemesi ile ilişkilendirilmesi durumunda ne yapılması gerekecektir? Nakti tazminat ödemesi söz konusu olması halinde zarar tutarından 2330 sayılı yasa ve 3713 sayılı yasa kapsamında bağlanan maaşların peşin değeri değil, nakti tazminat olarak ödenen tazminat bulunmakta ise maddi zarar kalemi manevi zarardan ayrılarak tespit edilecek ve zarardan düşülmesi gerekecektir. Kusur tespiti olması halinde, kusurun da düşülmesi gerekecektir. Aracın zorunlu mali sorumluluk sigortasının bulunması halinde ve sigorta tarafından bir ödeme yapılması durumunda da ödenen kısmın indirilmesi gerekmektedir. Sigorta şirketi tarafından yapılan ödemelerin ise güncellenerek indirilmesi gerekli olup, Yargıtay'ın bu konudaki görüşü ise şöyledir :

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

“Bozma ilamının 3/b bendinde yer alan “Güncellemeye ilişkin” direnmeye yönelik temyiz itirazlarının incelenmesine gelince:

Zararlandırıcı olayın 07.03.2005 tarihinde gerçekleştiği, 27.03.2006 ve 28.03.2006 tarihlerinde 5.923,56 TL ve 36.785,56 TL tazminatın kaza yapan aracın sigortacısı Güneş Sigorta şirketi tarafından davacılara ödendiği, davanın 30.01.2006 tarihinde açıldığı, tazminat hesabının yapıldığı bilirkişi raporunun ise 03.08.2007 tarihinde düzenlendiği hususlarında çekişme bulunmamaktadır.

Kural olarak, haksız fiil nedeniyle zarar görenin mal varlığındaki azalma haksız fiilin işlendiği anda meydana geldiğine göre haksız fiili işleyenin sorumluluğu da bu tarihten başlar. Olay tarihi itibarıyla tazminatın tamamını ödemekle yükümlü bulunan tazminat yükümlüsünün ödeme yapmaması halinde temerrüde düşeceğinde duraksama bulunmamaktadır.

Dava, davacıların desteğinin (çocuklarının ve kardeşinin) ölümüyle sonuçlanan trafik kazası nedenine dayalı maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir.

Bu tür davalarda destek tazminatı hesabı özellikli bir yöntemle yapılmakta ve faraziyeye dayanan bu hesaplama, sürekli tartışmalara yol açmaktadır.

Bu tartışmaların bir bölümünü de olay sonrası mağdurlara yapılan ödemeler ve anlaşmalar oluşturmaktadır.

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu (KTK)’nun 3. maddesi hükmüyle bu sorun çözümlenmiştir.

Anılan madde hükmüne göre:

“Bu kanunla öngörülen hukuki sorumluluğu kaldıran veya daraltan anlaşmalar geçersizdir. Tazminat miktarlarına ilişkin olup da, yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilir.”

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu yolda düzenlenen ibranameler ve sözleşmeler, hukuki sorumluluk ve tazminat miktarı bakımından istenilen sonuçları doğurma özellik ve niteliğinden yoksunsa da, hemen ödenen paraların akıbeti önem kazanmaktadır.

Özellikle destek tazminatı saptamalarında ödemelerin konumunun ne olacağı; bir başka anlatımla da genellikle birkaç yıl süren yargılama sürecinin sonlarına doğru yapılan destek tazminatı miktarlarının belirlenmesinden sonra, yıllar önce gerçekleşen ödemelerin aynen mi düşüleceği; yoksa uyarla yoluna mı gidileceği sorularının cevaplandırılması gerekmektedir.

Yerel mahkemenin kararı, olay sonrası ne miktar para ödendi ise çok sonraları yapılan hesaplamada çıkan miktardan güncelleme yapılmaksızın düşülebileceği yönündedir. Bu gerekçe “zarar haksız eylemden kaynaklandığından tazminat haksız eylemin vuku bulduğu tarihte muaccel hale gelmektedir. O halde, davalı tarafından ödenen miktarın zarardan mahsubunun olay tarihine göre yapılması yani faizin düşülmemesi gerekir.” şeklindeki düşüncenin yansımasıdır.

Bu yöntem, adalet ve hakkaniyet duygularını incittiği gibi borcunu hemen ödemeye çalışanların üzerinde de olumsuz etki yapmaktadır.

Bunu bir örnekle anlatmak gerekirse; 1995 yılında meydana gelen trafik kazasından dolayı, fail mağdurlara beş milyar lira destek tazminatı ödemiş; daha sonra, mağdurlar bir dava ile destekten yoksun kalma nedeniyle maddi tazminat istemişlerse, yargılama sırasında, 1999 yılı içinde yapılan tazminat hesaplamasında tazminat miktarı yirmi milyar lirayı bulur ki, ileri tarihlerde yapılan hesaplama mutlaka yüksek miktarlara ulaşmaktadır. Oysa 1995 yılı içinde hesaplama yapılabilsaydı, mağdurların hak edebilecekleri para belki de beş milyar veya biraz fazlası olacaktı. Şimdi, tazminat sorumlusu ya da sorumlularının, 1995 yılında beş milyar lira ödemekle tazminat yükümlülüğünden kurtulup kurtulmadıkları ve yerel mahkemenin düşüncesi gibi (20-5=15) hesabıyla onbeş milyar lira borçlu mu olduklarına bakmak gerekir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Elbette zarar, haksız eylem tarihinde gerçekleşmiştir. Kural olarak da o tarihe göre tazminat hesap edilir ve buna faiz de yürütülür.

Ne var ki, yapılan ödeme varsa bu ödemenin hangi tarihe göre mahsup edileceğinin; mahsubun, ödeme tarihine mi, yoksa yıllar sonra faraziyeyle dayanan bir hesaplama ile karar tarihine göre mi yapılacağıın tespiti büyük önem taşımaktadır.

Yıllar önce yapılan ödemenin, daha sonraki bir tarihte yine aynı miktarda düşülecek olması, toplumda uzlaşmaları yok eder; dava aç-al parayı savunmasına pirim vermiş olur. Hukuk, borcunu kısmen ya da tümüyle ödeyenleri, iyi niyetlileri, pişman etme aracı olamaz. Kaldı ki, yukarıdaki örnekteki gibi, tazminat yükümlüsünce ödenmesi gereken paralar ödenmeyip dava sonuçları beklenseydi; ödenen miktarlar en azından kendisi kadar faiz getirir, tazminat sorumlusu da karlı çıkardı.

Hukuk Genel Kurulundaki tartışmalarda bu gerekçeler ile olayda, sigorta şirketinin yaptığı ödemelerin, daha sonra alınan bilirkişi raporunda dikkate alınarak güncelleme yapılması gerektiği görüşü çoğunluk tarafından kabul edilmiş; güncellenmenin nasıl ve hangi yöntemle yapılması gerektiği konusu tartışılmış, ancak azınlıkta kalan bazı üyeler tarafından, bu husus yerel mahkeme ile Özel Daire arasında uyuşmazlık konusu yapılmadığından, Hukuk Genel Kurulu önüne uyuşmazlık konusu olarak gelmediği, dolayısı ile Hukuk Genel Kurulunda güncellenmenin nasıl formüle edilmesi gerektiği hususunun tartışılmayacağı görüşü ileri sürülmüş; bu husus Hukuk Genel Kurul'ca usulü bir ön sorun olarak tartışılmıştır.

Hukuk Genel Kurulunun bir görevinin de mahkemelere yol göstermek ve uygulama birliği sağlamak olduğu, azınlık görüşünün kabul edilmesi durumunda uyuşmazlığın tam olarak çözümlenmemiş olup müphem kalan hususların, belirsizliklere sebebiyet vereceği gerekçeleri ile, güncellenmenin şekli ve formülünün de Hukuk Genel Kurulunda tartışılarak, karara bağlanması gerektiği çoğunluk tarafından kabul edilmiştir.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Usule ilişkin bu ön sorun aşıldıktan sonra işin esasının incelenmesine geçilmiştir.

İşin esasına gelince:

Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında, iki türlü güncelleme yöntemi ileri sürülmüş ve bu iki görüş tartışılarak karara bağlanmıştır.

Birinci güncelleme yöntemi; Özel Daire bozma kararında da belirtildiği gibi, sigorta şirketi tarafından yapılan ödemelere bilirkişi rapor tarihine kadar yasal faiz işletilmek suretiyle bulunacak tazminat miktarından sigorta şirketi tarafından yapılan bu ödeme ile birlikte işletilen yasal faiz tutarının da düşülmesi suretiyle bulunacak miktar üzerinden destekten yoksun kalma tazminatı verilmesi şeklinde formüle edilmiştir.

Tartışılan ikinci güncelleme yöntemi ise; sigorta şirketinin yapmış olduğu ödeme tarihi itibari ile ayrıca zararın miktarının da hesaplanması, sigorta şirketi tarafından yapılan ödemelerin toplam zarar miktarına yüzde olarak oranının bulunması -eğer ödeme zararın tamamını karşılıyor ise davanın reddedilmesi-, ödeme zararın tamamını karşılamıyor ise, mahkeme kararına en yakın tarihte alınan bilirkişi rapor tarihi itibari ile de toplam zarar miktarı hesaplanmak suretiyle, bulunacak toplam tazminat miktarından, sigortanın ödediği miktarın oran olarak (yüzde olarak) düşüldükten sonra bakiye kalan miktar üzerinden destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesi gerektiği şeklinde formüle edilmiştir.

Bahsedilen bu iki güncelleme formülü üzerinde yapılan tartışmalar sonucunda birinci güncelleme yönteminin uygulanması gerektiği, çoğunluk tarafından kabul edilmiştir.

Öyleyse yerel mahkemece yapılacak iş; sigorta şirketi tarafından davacılara ödemelerin yapıldığı günler ile destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporunun düzenlendiği gün arasında geçen sürede, sigorta şirketinden alınan paranın getirisinin yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip belirlenmesi ve sigorta şirketi tarafından yapılan

ödeme ile birlikte, hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından indirilmek suretiyle bulunacak miktar üzerinden destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmesinden ibarettir.

Hal böyle olunca, yerel mahkemece sigorta şirketi tarafından yapılan ödemenin yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip belirlenmemesi ve sigorta şirketi tarafından yapılan ödeme ile birlikte hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından bu miktarın indirilmemiş olması da ayrı bir bozma nedenidir.

O halde, yukarıda açıklanan gerekçelerle usul ve yasaya aykırı bulunan direnme kararının bozulması gerekir." (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2011/4-824 K. 2012/134 T. 14.3.2012)

Biz Yargıtay'ın bu görüşüne katılmamaktayız, şöyle ki, sayın Yargıtay Genel Kurulu yukarıdaki içtihadından önce 2011/4-157 E. 2011/317 K. Sayılı 18.05.2011 tarihli içtihadında aynen *"Prensipte haksız eylem tarihinde tümüyle ödenmesi gereken zararın bir kısmının olay tarihinde ödenmiş olması haksız fiil sorumlusunun temerrüdünü ortadan kaldırmayacağı gibi, yasal olarak ödenmesi gereken bu miktarın, açıklanan özellikleri karşısında, güncellenerek tazminat bedelinden indirilmesi de düşünülemez. Böyle bir kabul biçiminde haksız fiil sorumlusunun geç ödemekten yarar elde etmesi de söz konusu olur ki, bunun hukuken korunması mümkün değildir."* şeklinde görüşünü belirtmiştir. Ancak daha sonra yukarıdaki gerekçelerle görüşünü değiştirmiştir.

Katılmama gerekçemiz ise, sayın Yargıtay HGK'nın belirttiği gibi değil, ana paradan faizi indirmektense, ana paraya işletilecek faizi bulmak, daha sonra işlemiş bu faizden rapor tarihine kadar hükmedilebilecek faizi düşmek olması gerektiği kanısında olmamızdır. Bir başka deyişle, davalıya başvuru tarihinde yapması gereken ödeme miktarı bulunmalı, bu miktardan ödediği kısma isabet eden rapor tarihine kadarki yasal faiz miktarı tespit edilmeli, tespit edilen bu tutardan anılan tarihte tam olarak ödeme yapılsaydı ödenecek tutarın günümüze kadarki faizi belirlenerek düşülmelidir. Faizden faiz düşülmesi gereklidir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDE BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu açıklamamızı bir örnek hesapla somutlaştırmak gerekirse, 100 TL'lik bir zarar için 70 TL ödeyen borçlu, güncelleme faizine baktığımızda günümüze kadar 20.12.2011-20.12.2012 arası 70 TL'nin %9 üzerinden faizini indirdiğimizde 6.3 TL faiz tenkisi söz konusu olmaktadır. 100 TL'yi tam olarak ödeseydi 9 TL faiz kazancı günümüze kadar alacaklının lehine olmak üzere söz konusu olacaktır, borçlu bunu ödemiştir. Borçlunun bu ödemesi ile alacaklının kısmi ödemeyi kabulü arasında kazancı 9 TL değil 6,3 TL olduğuna göre, bu halde rapor tarihinde hemen hüküm verilse başvuru tarihinden itibaren faiz işleyecektir. 30 TL'lik kısma işletilecek faiz bir yıl içinde % 9 üzerinden 2,7 TL olacaktır. Alacaklı, 100 TL'yi tam olarak tahsil etse günümüzde 9 TL kazanabilecek iken, 70 TL'yi işletse 6,3 TL kazanmış sayılacaktır. Bu durumda kazanmadığı 2,7 TL vardır.

Sayın Yargıtay HGK içtihadına göre indirim yapıldığında ise 70 TL'nin faizi olan 6,3 TL ana paraya eklenmekte ve 76,3 TL 100'den düşülmektedir. Buna göre alacaklının alacağı 23,7 TL olarak değerlendirildiğinde farazi ödeme tarihinden faiz işletilse 2.13 TL kazanacaktır. Halbuki 109 TL'den 76,3 TL düşülse 32,7 TL bakiye alacak kalacaktır. Faizler arası indirim yapılırsa 2,7 TL olacaktır.

Bu durumda hüküm kurulurken de ödeme tarihinden itibaren/hüküm tarihinden ayrımı yapılması gerekecektir. Rapor tarihindeki faiz tutarı ödenmesi gereken ana para için 9 TL, ödenen kısım ana para için 6,3 TL'dir. Hüküm kurulurken işletilmesi mümkün olup işletilmemiş faizin tenkisi yapılarak olası karar tarihinden (rapor tarihinden olası üç ay sonrası hesaplanıp) itibaren ödenmemiş kısma faiz işletilmesine karar verilmesi daha adil olacaktır. Bu halde yalnız, alacaklının yoksun kaldığı, örnekteki 2,7 TL'lik kısmın işlemiş faiz tutarı olarak ayrı bir kalemde hüküm altına alınması, karardan sonraki ana para kısmına da ayrıca faizi olarak hükmedilmesi gereklidir. Buna göre Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun içtihadında ulaşmak istediği amaca ulaşılmış olabilecektir. Temelde olay tarihi-hüküm tarihi arasında bu indirim yapılmadığından

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

işlemiş devre faizi indirilmemektedir. Hiçbir ödemenin yapılmadığı durumlarda hesaplamada işlemiş devrede peşin değer iskontosu yapılmadan hesap yapıldığı için yeniden bir faiz indirimi yapılmamaktadır.

Tebliğimizin sonucunda özetle belirtmek isteriz ki, BK 55. Maddesi ile hem İdari Yargı hem de Askeri Yargı'da yukarıda sunulan örneğimizdeki esaslar gereğince Yargıtay uygulaması ve Özel Hukuk öğretisinin sorumluluk hukukuna kattığı değerli görüşler ışığında bir hesap tekniğini kullanması yasa maddesinin getirmek istediği sonuç olarak karşımıza çıktığını tespit etmekteyiz. Bu doğrultuda, gerek logaritmik yöntemler gerekse yaşam tabloları açısından olsun, hukuk dışında da farklı disiplinler arası bir çalışma ile Adli Yargı kolunda benimsenen hesap yöntemi üzerine gerek destekten yoksun kalma tazminatı gerekse kalıcı sakatlık ve geçici iş göremezlik zararları hesaplanmaktadır.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Bu sistem, yani borçlar hukuku sistemi, yüzde üzerinden yapılan hesaplamalar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin çeşitli istatistikler sonucunda hazırladıkları tablolarda. Ama bu tablolar aynı zamanda İsviçre’de de geçerli olan İsviçre’de de uygulanan tablolar. Bir kısım bilirkişiler 5’lik sistem üzerinden çalışırlar. Yani 5 pay kabul ederler ölenin gelirini, 2 payını kendisine, 2 payını eşine, 1 payını da çocuklarına ayırmak tarzında.

Bu sistemin temelini ben çok araştırdım, ama bulamadım. Biraz çok eskiden hani alaylı mektepli hesabı derler ya, eski bilirkişilerin getirmiş oldukları sistemin, birazda SGK’nın sistemlerine benzetilerek çıkartılmış olan bir sistem. Uygulanıyor, Yargıtay’ın da buna çok da itiraz ettiği yok. Yani Yargıtay çünkü çok detaylandırarak bu hesaplamalara itiraz etmiyor. Burada Yargıtay üyelerinin anlatımlarından da dikkatinizi çekmiştir. Biz hesaba ancak itiraz olduğu zaman gireriz diyorlar. Yani eğer taraflar hesaba itiraz ederek bunu temyiz konusu yapıyorlarsa Yargıtay inceleme yapıyor, aksi halde incelemesini yapmıyor.

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Bu esaslar çerçevesinde paylaşım tablosuna baktığımızda; muhtemel terhis tarihinden itibaren başlatmışız tablomuzu. Bu tabloya göre 2033 yılına kadar, yani eş ve iki çocuğun da destekten yararlandığı süre içerisinde, eşin yüzde 40 ve çocukların da yüzde 10’ar eşit pay aldığını görüyoruz. Nihat’ın, yani çocuklarından Nihat’ın, yani oğlunun devreden çıkmasıyla, yani 25 yaşını doldurmasıyla, payın artış gösterdiğini görüyoruz ki, Yargıtay’ın genel kabulleri ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin genel kabulleri aynı oranın çocuklarda sürmemesi, son kalan çocuğun bir yüzde 5 daha fazla pay alması şeklinde.

Bu nedenle Nisan’ın da, yani kızının da 25 yaşını ikmal etmesine kadar yüzde 45 yüzde 15 oranında ölenin gelirinden pay alacağını görmekteyiz. Daha sonra Nisan’ın 25 yaşını doldurmasıyla, 2036 yılından 2053 yılına kadar, yani ölenin muhtemel ömür sonuna kadar da eşlerin gelirlerini aralarında eşit olarak paylaşacaklarını görmekteyiz bu kabulün içerisindeyiz.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ölenin payını ayırdık burada tabii en sonunda, yüzde 40 ve yüzde 50 şeklinde ayrılmış burada. Yargıtay'ın genel kabulü ve birazdan Yaşar Beyin de belirteceğini tahmin ediyorum, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin kabullerine göre yüzde 30'un altına düşmemesi desteğin gelirin. Kendisine ayırdığı paydan, desteğin gelirden kendisine ayırdığı paydan yüzde 30'un altına inmemesi esas kabul edilmiş durumda. Bu nedenle hesaplarda da bu noktaya dikkat ederek bu payın dokunulmaması kabul edilerek hesap yapılmakta.

Hesaba geçtiğimizde ise, karşımıza ne çıkacak? Öncelikle şunu da belirtmek istiyorum. Hesabın bir sonraki slâyttta tabii durumu görülecek, ama emeklilik dönemine kadar bir hesap yapacağız. Emeklilikten itibaren de, yani emekli olana kadar net geliri üzerinden belirteceğimiz esaslar üzerine hesap yapacağız. Fakat emeklilik döneminde ise, asgari geçim indirimi uygulanmaksızın asgari ücret üzerinden hesaplama yapacağız. Çünkü o dönemde emekli maaşını zaten alacak ve sadece bedeni olarak fiziki olarak eşine, yani o dönemde eşi kalacak olmuş olacak destekten yoksun kalan o dönem açısından, emeklilik açısından. Eşine fiziken, yani ev ihtiyaçlarını gidermekte olsun, diğer herhangi bir şekilde ev faaliyeti olsun, bedeniyle fiziki varlığıyla destek sürdüreceğini kabul ettiğimizden de, o dönem açısından asgari ücret üzerinden hesap yapacağız.

Hesap tarihimize göre, bilinen dönemi ve bilinmeyen dönemi ayırmamız gerekecek. Hesap tarihimiz 2015, yani günümüze göre esas alıyoruz. Bilinen dönem, yani 2014-15 dönemi bilinen bir dönem kabul edildiği için, asgari ücrete oranına göre o dönemki, yani yıllık net gelir açısından değerlendirdiğimizde 34.289,17 Türk Lirasıyla karşılaşmaktayız. Bu rakam asgari ücretin 3,29 katına işaret ediyor. Yani gelirin artırılmış hali, o dönemki hali.

Paylaşımında tabii ki bulunuyoruz, paylaşıyoruz. 34.289,17 TL'nin yüzde 40'ını alarak ilk sütunda eşin 13.717,67 TL zararı olduğunu, çocukların da 34.289,17 TL'nin yüzde 10'unun alınmasıyla, yani yüzde 10'la çarpmakla son iki sütunun oluştuğunu görmekteyiz. Bilinmeyen dönem açısından, yani işleye-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

cek dönem olarak da ifade edilen dönem açısından ise, en son bilinen gelirin, yani 34.289,17 TL'yi yüzde 10 arttırarak devam ediyoruz. Ama yüzde 10 arttırırken, bir yandan da yüzde 10 eksiltme yapıyoruz, yani iskonto uyguluyoruz. Bu iskontoyu da az önce benim paylaştığım ikinci sütuna göre, yani şuradaki üçüncü sütun oluyor, sıralama sütununun haricinde. 0,909'la başlayan sütuna göre, her yıl için ayrı ayrı hesaplıyoruz. Yani birinci yıl, bilinmeyen dönemin birinci yılını 909'la, ikinci yılını 0,826'yla, üçüncü yılını 0,751'le gibi böyle her yıl için bilinmeyen dönemle çarparak devam ediyoruz.

Bu noktaya kadar tereddüdünüz olan bir yer var mı? Öyle devam edeyim. Var mı tereddüdünüz olan sorunuz olan...

Buradan devam edersek, yani bilinmeyen dönemi bu şekilde arttırdıktan sonra her yıl için, yani 2015-16'da da pay tablosunu esas alarak paylaştırmamızı yapıyoruz. Orada geçen yüzde 40'lık yüzde 10'luk oranlara göre her yılı, iskontolu geliri daha doğrusu burada paylaşıyoruz. Yani 2015-2016'da 38.485,30 TL'yi, 34.289 TL'ye göre yüzde 10 arttırarak bulduktan sonra, 0,909'la çarptığımızda 34.983,14 TL'yi bulduk. O rakamın, yani 34.983 TL'yi paylaştırmaya başlıyoruz, yüzde 40 ve 10-10 şeklinde. Paylaştırmayı bu esasla yapıyoruz.

Daha sonra 2016-2017 dönemine geçtiğimizde de, 38.485,30 TL'yi yüzde 10 arttırıyoruz ve az önce açtığım sütunda 0,826 olarak geçen ikinci sıradaki iskonto çarpanıyla çarpıyoruz ve 34.967,75 TL'yi buluyoruz. Bunu da tekrar paylaştırmaya tabi tutuyoruz, yani iskontolu bulduğumuzu. Yüzde 40'ı 13.987,10 TL, yüzde 10'u da 3.496,77 TL olarak karşımıza çıkıyor. Paylaştırmayı bu şekilde yapıyoruz.

Tabii burada bir sonraki yansıya geçtiğimizde, paylaşırma tablosunda ilk başta oğlu devreden çıkıyordu 25 yaşının dolduruyordu. O dönem açısından baktığımızda, tabii o sütun orada tamamlanıyor ve biz deminki belirttiğim esaslarda yeniden paylaştırmaya devam ediyoruz. Yani burada herhangi bir kesinti olmadan, bu sefer yüzde 15 olarak kalan kızı Nisan için paylaşıyoruz. Eşi için de tabii ki iskontolu geliri yüzde 45 olarak belirtiyoruz ve devam ediyoruz.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Emekliliğe kadar bu sürüyor. Yani emekli olacağı, yaşlılık almaya hak kazanacağı döneme kadar bunu sürdürüyoruz. Oradan itibaren de yüzde 10 artışı bu sefer asgari ücrete göre, yani yansımızın en altında 224.529,66 TL olarak görünen kısım, asgari ücretin 2046-2047 yılında yüzde 10 artışlarla bulunmuş hali. Yani 671.545'e göre yapılmış bir işlem değil. Asgari ücrete göre ayrıca artırabilirsiniz veya tekrar tablomuza dönelim. İlk sütuna göre KN'ye göre çarpıp, o dönemki denk gelen bilinmeyen dönem açısından da tespit edebilirsiniz. Yani iki şekilde de yapılabilir. Ya tekrar baştan bir hesap yapıp asgari ücrete göre o rakama ulaşabiliyorsunuz ya da oraya denk gelen rakamı da bulun, o şekilde de hesap yapılabilir.

Yansıya tekrar döndüğümüzde, emekli dönemi açısından bakalım. Burada da yine aynı esaslarla artışı yapıyoruz. Fakat tabii demin belirtmiştim, çocuklar devreden çıktıktan sonra - *bunu tekrarlayayım*- yüzde 50 olarak eşler aralarında geliri paylaşıyorlar. Çocuklar devreden çıktıktan sonraki kısmı da yüzde 50'yle çarparak iskontolu geliri yapıyoruz.

Burada, yani emeklilik döneminde yine artış yapmaya devam ediyoruz. Yani asgari ücreti bu sefer artırıyoruz, yüzde 10 arttırarak devam ettiriyoruz. Yine yüzde 10 iskantomuzu da uygulamaya devam ediyoruz. Yani Yargıtay'ın zaman zaman değişen kararları oldu, fakat son görüş bu şekilde karşımıza çıkıyor.

Peki, bu toplamaları neye göre alıyoruz? Tahmin etmişsinizdir, burada... En sondaki emekliliği mi diyorsunuz? Asgari ücret mi? Hesap tarihindeki asgari ücrete göre tabii ki değerlendirme yapıyoruz. Ona göre yüzde 10 artırarak gitmiş oluyoruz.

Burada toplamaları alırken, zarar toplamını önce alırken, tazminat değil zararı. Tazminat her zaman malum zarara eşit olmuyor. Bu anlamda öncelikle sütunları zarar toplamını tespit edebilmek için toplamamız gerekiyor. Yukarıdan aşağıya her bir sütunu topladığımız zaman, ilgili kişinin zarar miktarını bulmuş oluyoruz. Burada karşımıza eşin zararı 523.132,43 olarak çıkmış. Kızı 81.990,37, oğlu ise 66.290,48 olarak karşımı-

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

za çıkmış. Eş açısından yüzde 30 evlenme şansını düşüyoruz. 523.132,43'ün yüzde 70'ini almamız lazım. O da 366.192,70 olarak karşımıza çıkıyor.

Şimdi burada tabii zarar tutarı burada nakdi tazminat ödemesinin de söz konusu olması halinde, zarar tutarından 2330 sayılı Yasa ve 3713 sayılı Yasa kapsamında bağlanan maaşların peşin değeri değil, nakdi tazminat olarak ödenen tazminat varsa, maddi zarar kusur belirlenerek zarardan indirilmesi gerekiyor. Olayda kusur yok tabii. Bu esas da belirtmemiz lazım. Yani ödenen miktarın nakdi tazminat olarak ödenen miktarın da bilinmesi gerekiyor ki, düşülebilsin. Ayrıca aracın zorunlu mali mesuliyet sigortası tarafından bir ödeme yapılmış ise, zarar tutarından bunun da indirilmesi gerekiyor.

Bununla ilgili, yani güncellemeyi zaten benimsedi Yargıtay bu anlamda. Hukuk Genel Kurul kararıyla birlikte benimsenmiş durumda. Bu nedenle de ödeme tabii ki, yani herhangi bir ödemenin yapılması durumunda bunun güncellenerek indirilmesi gerekecek. Çünkü idare karşı burada açıldığı durumda, o zaten kendi yaptığı ödemenin, idare ödemeyi yapmış olduğu için, bu anlamda onun ödemesini, yani idareye karşı açılacak olan bir davada mutlaka indirilmesi gerekiyor güncellenerek.

Burada zaten güncellemeyle de ilgili şöyle bir şey var. Tabii üstatlar burada, onlar daha iyi değerlendireceklerdir. Anaparadan, yani ödenen kısmın anaparası artı faizi indirilmekte. Tabii bu da açıkçası bunu da belirtmem gerekiyor. Gerçekten hakkaniyete uymayan bir indirim şekli olduğunu düşünüyorum. Bu anlamda anaparadan anapara, faizden de faizin indirilmesi daha hakkaniyete uygun olacaktır. Hesabın veya bu yöndeki hesap ilkeleri gereğince daha amaca uygun bir çözüm olacaktır diye düşünüyorum.

Bana yönelik sorularınız var mı veya açabileceğim... Çünkü çok genel bir konu.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin ve Yargıtay'ın genel kabullerinde, son kalan çocuğun, yani destekten yok-

sun kalan, en son kalan çocuk olan kişinin daha fazla aile imkânlarından yararlanabileceği. Başka kardeşi kalmadığı için, aile imkânlarından daha fazla yararlanabileceği kabul ediliyor.

Bunun paralelinde, tek çocuk varsa da yüzde 15 yapıyoruz. Yani sonuçta tek çocuk kalıyorsa... Pardon, en başta tek çocuk varsa. O zaman da yüzde 45 yüzde 15 ve çocuk devreden çıktıktan sonra yüzde 50 olarak sürdürüyoruz. Ama burada iki çocuk devreden, yani ilk çocuk devreden çıktıktan sonra, yine tek çocuk kalmış kabul edildiği için, bu ilkeler çerçevesinde, yani uygulamanın getirdiği, Yargıtay ve AYİM uygulamalarının getirdiği prensiplere göre yüzde 15'i o şekilde yapıyoruz.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Biraz da hayatın olağan akışında da bu böyle. Yani evin küçük çocuğu her zaman daha fazla evin imkânlarından yararlanır, kazandı-bi tatlı olur özetle.

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Ama aynı dönemde ayırım yapılmıyor. Yani aynı destek döneminde eşit, biri destek çağından çıktıktan sonra bu yapıyor. Yani tek çocukmuş gibi kalıyor. O dönemde o nedenle yararlanıyor.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Buyurun.

KATILIMCI- (Mikrofonsuz konuşuyor)

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Bizim burada farazi bir hesap şeklinde yapıldı. Yani burada açıkçası günü gününe yapılmadı. Ancak olması gereken dediğiniz gibi, yani dediğiniz katılıyorum, olması gereken o şekildedir.

KATILIMCI- (Mikrofonsuz konuşuyor)

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Burada yapılan, olması gereken ideali gün hesabıdır. Ama burada hani zamanı aşmamak adına açıkçası yıl esasına göre yapıldı. Fakat gün esas adaletin daha net ve isabetli tecellisi için gereklidir diye düşünüyorum.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Şöyle; hesaplamalarda yılbaşı devre hesapları ve yılsonu devre he-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sapları diye ikiye ayrılan bir sistem var. Bunu sigorta eksperleri de, arkadaşımız da anlatacak. Yılbaşı ödemeli devre esaslarını biz kabul ettiğimiz zaman, devre başı hesabını alırken yıllık almak durumundayız. O yüzde yıla yuvarlama yapmak durumundayız. Şimdi diyelim ki, 20 yaş 6 ay 29 günlük olan bir kişi, siz 20 yaşında varsayarsanız yanlış yaparsınız. Çünkü 20 yaşının buçuğunu geçmiş olacak. 6 aylık devreleri geçmiş olacak. Onu o yüzden 21 gibi kabul etmemiz gerekecek, ona göre de devreyi toparlamamız lazım. Veya 20 yaş kabul etsek bile, öteki devrenin uzatılması gerekecek. Yani bu bir yerde devre başını denkleştirme esnasından kaynaklanıyor.

Buradakinde gün ayı yok zaten, sadece yıllık. Kafa karışıklığı olmasın diye böyle bir varsayımsal olay yarattık. Böyle bir olay da yok zaten.

Buyurun.

KATILIMCI- Şu tabloda öğrenmek istediğim bir şey var. Normalde matematiksel kural olarak, beynelmilel matematik kuralı olarak, 1N1K formülündeki tüm rakamların eşit olması gerekiyordu. Burada bir ayırıştırma var, küsuratlarda fark var, ama normalde çarpmış olsak...

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Beş hane kullanırsanız hepsi aynı çıkar.

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Beş hanede hepsi aynı oluyor. Üçünü kullanırsanız bu şekilde çıkıyor.

KATILIMCI- Küsuratlarda fark çıkıyor, ama bu durumda beş hanenin kullanılması herhalde daha mantıklıdır. En azından küsurat olmaması açısından, kafa karışıklığına sebebiyet vermez diye düşünüyorum.

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Şöyle bir algı oluyor sayın meslektaşım, şimdi öbür türlü de sanki sadece sabit bir hesap yaptınız, herhangi bir gelir artışı olmadı veya herhangi bir değişiklik bulunmadığı gibi bir algı yaratılıyor.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

KATILIMCI- Zaten amaç o, gelirden hiçbir değişikliğin olmaması. Yani orada kúsurat farkının bile olmaması gerektiğini düşünüyorum. O yüzden hani beşle çarpılması gerektiğini düşünüyorum. Yani ben kendi raporlarımda onu öyle yapıp, hiçbir kúsuratta bile değişiklik çıkmıyor.

Bir de şeyi öğrenmek istiyorum. Bu işlemiş dönemin sonunu aldığınızda rapor tarihine göre mi baz alıyorsunuz? Yoksa yıllık devre hesabı aldığınız için, mesela atıyorum bugün yaptığınız bir raporu 2015'in sonuna kadar götürüyorsunuz. Hani o rakamlar, asgari ücret bilindiği için o rakamı sonuna kadar mı alıyorsunuz? 2016'dan mı başlatıyorsunuz? Yoksa Mayıs ayı itibariyle kesip, Mayıs ayından sonraki çarpanı, 0,909'la Mayıs ayından sonraki kısmı mı çarpıyorsunuz?

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Şimdi burada 2015 yılı açısından o geliri henüz daha elde etmediği ve davadan daha sonra, yani dava sonuçlandıktan sonra elde edileceği varsayımı yüksek olduğu için, yılbaşı itibariyle iskontoyu yapmaya başlıyoruz. Yani 2015'in başından itibaren yapmaya başlıyoruz. 2015'in başından itibaren almış oluyoruz.

KATILIMCI- (Mikrofonsuz konuşuyor)

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Başından itibaren alıyoruz evet.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Altıncı aya kadar, yani yılı yarılایncaya kadar 2015'in başı, altıncı aydan sonra yılı yarıladıktan sonra 2016'ın başı iskontolama dönemi olarak başlıyor.

KATILIMCI- (Mikrofonsuz konuşuyor)

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Asgari ücretin bilinmesi değil önemli olan, hep orada takılıyoruz. Biz 2015 yılının bütün asgari ücretlerini biliyoruz, ama bilmiş olmamız parayı almış olmamız anlamına gelmiyor. Biz parayı hak ettiğimize bakıyoruz iskontolarken. Eğer hak etmişsek zaten işlemiş zarar devresi içerisinde kabul edilecek. O yüzden

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ıskontolama yapılmaması gerekecek. Almadığımız bir paranın da ıskontosunu yapmamız lazım, erken almaktan kaynaklı olarak. O yüzden 2015'in eğer baş kısmına yakınsa, yani altı aydan daha düşükse, o zaman 2015'in başını işleyecek dönem olarak almak durumundayız. Devre başına denk getirebilmek adına, ama eğer altıncı ayı geçmişsek, artık işleyecek dönem daha az kalmış olduğu için de, 2016'nın başına taşımak durumundayız. O yüzden değişiyor. Hesap yaptığımız tarih itibariyle.

Buyurun.

KATILIMCI- Destekten çıkma yaşını 25 olarak gösterdik, eğer eğitime devam ediyorsa. Şöyle; gerçek durumunda eğer desteği sürüyorsa, mesela evlenmemiş ya da çalışmıyor fiilen sürüyor ve sürmeye de devam edeceğini düşünüyorsak, yine 25 yaş mı ele almamız gerekiyor? Yoksa farklı bir hesap yapılacak mı?

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Şimdi buradaki durumda, diyelim ki çocuk, yani mevcut destekten yararlanan, yani daha doğrusu yoksun kalan, ama 25 yaşına kadar devam edeceğini farz ettik, ama diyelim ki ağır bedensel özrü var veya zihinsel bir özrü var, ömür boyunca o desteğe muhtaç kalabilecek durumdaysa, tabii ki 25 yaş değil ömür sonu. Onu da tabii ki o desteğin ömür sonunu da aşacağı için, yine desteğin ömür sonuna kadar yararlanacağını kabul etmek gerekiyordu.

Fakat diyelim ki aynı evde kalıyorlar işsiz, yani sadece aynı evde ikamet ediyorlar. Babasının kazancı yetiyor, birlikte oturuyorlar babasıyla birlikte, evlenmedi de kişi diyelim ki. Böyle bir durumda bakım ihtiyacı veya muhtaçlıkta bir belirsizlik var. Yani evlenebilir de, her an evlenebilir, daha sonra işe girebilir, çalışabilir. Bu nedenle bunu bir yerde kesmek gerekiyor. Yani orada zaten çalışabileceği halde, normalde çalışabilir, çalışabileceği halde hâlâ babasının desteğinden yararlanıyor. Onu da kabul edilmiyor genel olarak. Gerçek bir muhtaçlığı esas alıyoruz.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturma Başkanı)- Medeni Kanun çerçevesinde baktığımız zaman, çocukların anne baba-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

larının bakımına muhtaç oldukları ve anne babalarının bakım yükümlülüğünü taşıdıkları yaş 18 yaş. 18 yaşından sonra anne babaların çocuklarına bakım yükümlülükleri yok. Yargıtay uygulamalarıyla ve Sosyal Güvenlik Kurumunun sisteminde diyor ki, kız çocuklar evleninceye kadar anne babalarının bakımına muhtaç kabul edilirler. Yani onların çalışmaya zorlanması, bizim örf adetlerimize göre, kanunlarımıza göre değil örf adetlerimize göre kabul ediliyor anne babayla birlikte yaşayacakları.

Bu çerçevede de evlenme yaşına kadar, muhtemel evlenme yaşına kadar kız çocuklarının destek alabilecekleri kabul ediliyor. Bu yaş kırsal kesimde 20, şehirlerde oturanlar, kentsel kesimde oturanlar açısından da 22 yaş sınırı olarak kabul ediliyor. Olayımızda olduğu gibi, çok küçük yaşlarda olur da, ekonomik durumu da vasat durumdaysa, yani buradaki gibi iyi bir ekonomik durumları yok ise, kız çocuklar açısından bizim kabul etmemiz gereken yaş sınırı, 20 ilâ 22 olması gerekiyor sonuçta. Dediğim gibi, böyle bir ekstrem durum olmadığı takdirde.

Ancak burada baba yedek subaylık yaptığı için sonuçta, bir yükseköğrenim yapmış olduğunu kabul ediyoruz. Yükseköğrenim yapmış olan kişinin ekonomik durumu da müsaitse, çocuklarını okutacaktır muhtemelen diye düşünüldüğünden böyle bir varsayımsal hesap. Ama dosyanın içerisindeki verilerde bunu göremiyorsak eğer, babanın gelirini net olarak yüksek olarak göremiyorsak, asgari ücretten çalışan bir işçi konumundaysa, o zaman ya da geliri belirlenmemiş durumdaysa, o zaman artık onun da 25 yaşına kadar çocuklarına bakacağını düşünmeyeceğiz. Onu da erkek çocuklar için 18 yaş, eğer orta öğretimi görüyorlarsa Sosyal Güvenlik Kanununa göre 20 yaş, orta öğrenimini yapmıyorlarsa 18 yaş. Yükseköğrenimini yapıyor olanlar fiilen biliniyorsa 25 yaş. Bu 25 yaş sınırı da zaten Sosyal Güvenlik Kanunundan kaynaklanan bir sınır; hem Emekli Sandığı açısından, hem SSK açısından.

Buyurun.

KATILIMCI- Diyorum ki kadın ölmüş, sadece çocuklar var. Çocukların payı aynı mı kalıyor? Yoksa diğer kadının payı onlara paylaştırılıyor mu?

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)-Şimdi şöyle; biz olay tarihindeki durum itibariyle konuyu değerlendirmek durumundayız. Babanın ileride evlenme durumu var ise, yine eşine de bir pay ayırmak durumundayız. Yani baba ilebet bekâr kalıp da, çocuklarıyla birlikte yaşayacaktır diye düşünemiyoruz. Nasıl sağ kalan eşin yeniden evlenme şansını düşünüyorsak, orada da eşi ölmüş, ama olay tarihinde yeniden evlenmemiş olsa bile, bundan birkaç sene sonra evlenme ihtimalinin olacağını düşünüp, onun payını ayırmamız gerekiyor.

KATILIMCI- Ben onu sormuyorum. Yani adam ölmüş, ama eşi daha önce ölmüş, ortada sadece çocuklar var.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Onu anlatmaya çalıştım işte ben de. Yani dul olan bir adamın ölümü halinde, onun ilebet dul kalacağını değil, onun da ileride evleneceğini düşünerek, iki sene belki böyle bir kalacak, ama daha sonra evlenebilir diyoruz.

KATILIMCI- Ben şunu demek istiyorum.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Ben de onu anlatmaya çalışıyorum zaten. Şimdi bakın olay tarihinde erkek dul doğru mudur söylediğiniz? Yani eşi daha önce ölmüş, iki de çocuğu var diyoruz tamam mı? Çocuğu ve ölen adam birlikte yaşıyorlar, onlara bakıyor, yeniden de bir evlenmesi yok diyoruz.

KATILIMCI- Adam ölüyor, yani dul olan adam ölüyor, ortada iki tane çocuğu kalıyor.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Anladım, ben de onu söylüyorum. Bakın dul adam ölüyor diyorum. Dul adam ölüyor diyorsam, onun zaten evveliyatında karısı ölmüş olması lazım öyle değil mi? Yani dul adamın ölmesi için, evvela karısının ölmesi lazım değil mi? Yanlışım yok herhalde

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

bunda. Kusura bakmayın dokuzuncu oturum, ama biraz benim de kafa dönmüş olabilir. Ama dul olması için bir insanın karısının zaten olmaması lazım veya kocasının olmaması lazım.

O da ölürse, çocuklarına destek verirken bütün payının çocuklarına hepsini gelirini harcayacak diyemiyoruz. Bir-iki sene daha evlenmeyebilir veya bu durum böyle devam eder, ama erkeğin evlenme ihtimali biraz daha fazladır deyip, onunla ilgili payı ayırmamız lazım çocuklara verirken, paylaşım yaparken. Diyelim ki, 100 liralık geliri var. Adam ölünce 100 lirayı çocuklarına 50'şer 50'şer paylaşmıyoruz yine. İleride evlenebilir diye varsayımsal hesap yapıyoruz ya, ileride evlenebilir, evlenirse de karısına bir pay ayıracaktı. Dolayısıyla çocuklarına ayıracak olduğu payı da yüzde 15 yüzde15 yüzde 10 yüzde10 gibi onların payını o şekilde ayırıyoruz. Yani ileride desteğe girebilecek olanların paylarını da ayırmak durumundayız.

KATILIMCI- Benim sorumun özü aslında şuydu. Şimdi kadına yüzde 40, 10-10 ayırdınız diyelim. Burada yüzde 40 ayırırken sanki evi o döndürecek, öbürleri de eklenti harcamalar içinmiş gibi gözükyor. Oysa kadın da olmadığı zaman, yüzde 10 yüzde10 çocuklara ayrılan pay yetersiz olacak. Ben bunu sorgulamak istedim.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- O iki-üç sene içerisinde o payın, kendisine ayrılacağı kısmını çocuklarına bırakabilir, ama iki sene sonra kadın payını yine sokmak durumundayız. Özellikle bu farazi hesaplamaları yaparken, anne babanın çocuklarından, yani küçük çocuklarından alacakları desteklikleri hesaplarırken de biz bunu dikkate almak durumundayız. İleride bu çocuk evlenecek, annesine babasına normalde gelirinin yüzde 50'sini ayırırken, daha sonra bu payı daha az alacak, evlendiği için karısına da bir pay ayırması gerekecek. Onlara ayıracağı pay biraz azalacak. Sonra kendi çocukları olunca, annesine babasına ayıracağı pay daha da düşecek diyerek, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin paylaşım tabloları var. Bu tablolar çerçevesinde hayatın normal akışında da bu böyledir. Evlenene kadar siz annenize babanı-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

za daha fazla destek verirsiniz, daha fazla yardımda bulunursunuz, ama evlendikten sonra el kızı devreye girdi diye onun payı çıkar devreden. Ondan sonra da çocuklar olunca, eh ancak bir çocuk payı kadar kalır sonuçta anne babaya ayırabileceğiniz pay tutarı.

Bunları hesaplamalarda çeşitli paylaşırma tabloları var. Bu paylaşırma tablolarının şimdi hepsini buraya yansıtmamız mümkün olmuyor. Çünkü tek bir olay üzerinden gidelim ki, farklılıkları görelim istedik.

KATILIMCI- AYİM uygulaması biraz farklı. Ben beyefendinin duymak istediğini söyleyeyim. AYİM’de destek ölmenden önce eşi ölmüşse, çocuk sayısına göre hazırlanan cetveller esas alınır, örnek vererek daha kolay anlaşılır. Anne payı 40, çocuklar 15-15 diyelim. Eğer anne yoksa annenin o 40’ı 20-20 çocuklara paylaşırılır, 35-35 çocukların payları olur. AYİM uygulaması bu şekilde.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Demek ki askerler bir daha evlenmiyorlar karıları ölünce, özet bu.

Evet, son bir soru alalım, ondan sonra çünkü artık zamanı dikkatli kullanmamız gerekiyor.

KATILIMCI- Merhabalar. Ben evlilik indirimiyle ilgili hep kafamı kurcalayan bir şey var, onu sormak istiyorum. Bu örnek üzerinden gidersek, yüzde 30 evlenme şansı vardı. İki tane de 18 yaşından küçük çocuğu vardı, yüzde 5 yüzde 5 toplam 10, 30 eksi 10 yaptık. Pardon 40 eksi 10 yaptık 30 kaldı. Ama yüzde hesabından hani benim onu okuduğumda anladığım, o oran üzerinden yüzde 5 indirim. Yani o 40’ın yüzde 3’ini alıp, o kalanın da yüzde 5’ini almamız gerekiyor diye bir şey algılıyorum, kafam karışıyor.

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Çocuk başına yüzde 5’i olarak, kaç çocuğu varsa, iki çocuğu olduğu için yüzde 5’ten yüzde 10’a ulaştık. Tablodaki rakam yüzde 40’tı, yani çocukla bağlı olmadan belirtilen rakam yüzde 40’tı. Çocuk başına indirimi, yani yüzde 10’u oradaki 40’tan düştük 30 kaldı, bu şekilde.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Evlenme şansının yüzdesi değil yani. Normaldeki düşülecek olan rakam, normal yüzde üzerinden düşülecek.

KATILIMCI- Öncelikle çocuğun anne babaya destekliği ömür boyu olarak kabul edildiği için, şimdi bu olayda anne babaya bir pay ayrıldı. Fakat daha ilerleyen süreçlerde anne babanın da tazminat talebi olduğunda, bu durum hani sebep-siz zenginleşme gibi bir şey olmuyor mu? Çünkü tüm payını, tüm gelirini dağıttık çocuklara ve eşe. Daha sonrasında, çünkü zamanaşımı da uzun, anne babanın da bu konuyla ilgili bir dava açması halinde, bizim bilirkişi olarak hesap yaparken bir pay ayırmamız gerekir mi o ihtimale karşı.

Av. Şafak GÜLEÇ (Ankara Barosu)- Burada yalnız paylaşım tablosunda, ölene yüzde 40 ve 50 olarak ayırdık. Şimdi ben yansıyı açmış olmam lazım. Burada ölenin geliri, yani ölenin kendisine ayıracağı gelir yüzde 30'un altına düşmeyecek. Kaldı yüzde 10, yani yüzde 10'luk bir kısım kaldı. Anne ve babaya bunu yüzde 5 dağıtabilir. Biz bunu kabul ediyoruz.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Yani saklı payı var halen.

Evet, şimdi iş hukukuyla ilgili olan esaslar yönünden Sayın Yrd. Doç. Dr. Mehmet Ali Şuğle'ye sözü bırakıyorum.

İŞ HUKUKU YÖNÜNDEN

Yrd. Doç. Dr. Mehmet Ali ŞUĞLE

Ankara Üniversitesi

Siyasal Bilgiler Fakültesi

Teşekkür ediyorum Sayın Başkan. Öncelikle böyle bir güzel toplantıyı düzenleyenlere teşekkür etmek istiyorum. Barolar gibi saygın bir yerde konuşmaktan da duyduğum onuru ve mutluluğu belirtmek istiyorum.

Konu iş hukuk açısından bakılınca, daha farklı bir boyuta çok az oturuyor. Sevgili Şafak çok güzel açıkladı, benim bunun üzerine onu tekrarlamadan birtakım şeyleri konuşmam gerekiyor. Bizim iş yasalarımızda, bununla ilgili özel bir düzenleme yok. O yüzden Borçlar Yasasına bakıyoruz. Borçlar Yasasında gayet az madde görüyoruz. Ben biraz daha kuramsal olarak açıklamaya çalışacağım. Bu az maddelerden de Yargıtay'ın uzunca süreler içerisinde uygulamayı şekillendirdiğini görüyoruz.

Bu kadar az maddeden böyle bir uygulamayı çıkartmak, bence büyük bir başarı. Ben de Yargıtay uygulamasına baktığımda, eleştirel gözle baktığımda, çok fazla doğrusu söyleyecek birşey bulamıyorum. Yani yargıçların çok çok uzun bir dönem içerisinde, böyle işte hesaplamalar hesaplamalar hesaplamalar gittikçe daha düzgün hale getirildiğini görüyorum. Bir de burada da belirtildi, varsayımsal olarak yapılıyor. Varsayımsal olarak yapıldığında da, ancak tartışarak hataları düzeltme şansımız var.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Hesap eğer bu bir işçi olsaydı, iş kazasına uğrasaydı, aşağı yukarı aynı şekilde olurdu. Bizim iş hukuku açısından borçlar hukuku açısından büyük bir fark ortada yok. Ancak birtakım farklılıklar şöyle var. Bir iş ilişkisi, iş sözleşmesi olduğu için arada, sadece haksız fiil değil, bir sözleşme ilişkisine dayanarak da dava açmak söz konusu. Dolayısıyla Borçlar Yasasıyla İş Yasası arasındaki önemli bir fark bu.

İkincisi, belki son söylemem gereken şeyi, hemen başında söyleyip, o katkıyı yapmak istiyorum. Maalesef benim ders günlerimle çakıştı, önceki toplantıları izleyemedim. Büyük ihtimalle iş hukuku şeyinde de söylenmiş olması lazım. Söylenmediyse ya da tekrarında yarar var diye düşünüyorum. Kaza geçirenle ölen bir işçi, geçimi çalışmaya bağlı bir kişi. Burada ölüyor ve destekten yoksun kalma tazminatı çıkıyor, ama ölmeyebilirdi de. Ölse de ölmese de, açılacak dava yine buradakinin farklı olarak işverene açılıyor. Yani işçinin çalıştığı alın terini döktüğü, parasını o kişiden kazandığı kişiye karşı bir dava açılmak zorunda kalıyor.

Ne davası? Biz yargıcı bu yasada şöyle bir konuma sokuyoruz. Bir kaza oluyor, işçinin ya da yakınlarının bir zararı var. Bu zarar Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ya da başka kamu kurumları tarafından büyük ölçüde karşılanıyor. Karşılanmayan zararın işverenden talep edilmesi lazım. Yargıç, bu zarar işçide midir işverende midir diye bir değerlendirme yapacak. Yargıtay büyük ölçüde hakkaniyeti de kullanıyor ve bu zarara kimin katlandığına bakacak karar verecek, ona göre hükmü kuracak.

Şimdi bu özellikle eğer kişi ölmediyse sakat kaldıysa veya hiçbir şey olmadan yeniden işyerine döndüyse, davayı kime açacak? Gidip çalıştığı işverene karşı dava açmak zorunda kalacak. Bence sistemi burada gözden geçirmemiz gerekiyor. Olması gereken hukuk açısından, Sosyal Güvenlik Kurumunun bu zararı bir kere işçinin üzerinden alması, işçiye bunu ödemesi, sonrasında da dönüp işverene eğer kusuru varsa, kusuru yoksa işçi kimin için çalışıyor? Kendisi için çalışıyor, ama üretim için toplum için çalışıyor. Bunun için sosyal sigor-

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ta sistemi var. Sosyal sigorta sistemi bu zararları önlemek için var; dolayısıyla sosyal güvenlik sisteminin bu zararı öncelikle kapatması lazım, işçinin bu işten devre dışı bırakılması lazım, işçi alacağını alıp, kenarda oturması, gerekirse işine devam etmesi lazım. Sonrasında ise, varsa bir kusuru işverenin, Sosyal Güvenlik Kurumu bu zararı kusuru ölçüsünde işverenden alması lazım.

Biz bunu yapmadığımız takdirde, özellikle iş hukuku açısından, iş güvencesinin çok yeterli olmadığı, bunca işsizliğin, bunca kayıt dışılığın bulunduğu bir ülkede biz işçiyi zararla karşı karşıya bırakırız. Bu sistemin mutlaka gözden geçirilip, işçinin zararına bir kere bir an önce ya da yakınlarının bir an önce o zararın giderilmesi lazım. Sonra kusurlu işverene döner Sosyal Güvenlik Kurumu, ondan bu zararı alır. Bunun olması lazım. Ben hiçbir şey anlatmıyorsam, bunu anlatmak için buradayım.

Yargıtay uygulamasında çok eleştireceğim bir şey yok dedim, iki-üç husus dışında. Sistem gayet belli, Sevgili Şafak çok güzel anlattı, çok açık bir şekilde anlattı. Bir, kazanın olduğu tarih var, çalışma yaşı var, ondan sonra da ölene kadar bir emeklilik dönemi var. İşte tablolardan yapıldığı için eleştirseniz bile objektif davranıldığı için pek bir şey demek mümkün değil. Emeklilik dönemi ayrı hesaplanıyor, çalışma dönemi ayrı hesaplanıyor.

Burada Kazanın olduğu tarihle, davanın sürdüğü hükmün kurulduğu ve hükümden sonraki tarihi de belki bir ayırabiliriz. Yani önce ikiye ayırıp, sonra belki kendi içinde bir ikiye ayırma. Burada özellikle benim söyleyebileceğim bir husus, faizin başlatılmasıyla ilgili. Yargıtay faizi bildiğim kadarıyla ölüm tarihinde başlatıyor. Halbuki ölüm tarihinde faizin başlatılması, iş hukuku öğretisinde tartışma konusu. Bunun hükümle ölüm arasında bir tarihte olması lazım. Dava hemen açılmayabiliyor, sonra açılıyor. Bu konu tartışılır, eleştirilebilir.

Eleştiri olarak benim gördüğüm en önemli husus, öbür daireleri bilmiyorum, ama bizim iş hukuku dairelerinde kusur

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sorumluluğuyla kusursuz sorumluluk arasında Yargıtay'ın maalesef bir istikrarsızlığı söz konusu. Şimdi yeni Borçlar Kanununda tehlikeli işler bakımından kusursuz sorumluluk var, ama iş hukukunda normal bir çalışma yerinde kusur mu kusursuz sorumluluğa mı gidilecek? Yargıtay kusur gördüğünde, genellikle kusur sorumluluğunu söylüyor. Fakat bu defa işveren kusuruna göre bakarsanız, birtakım zararlar kimin sırtında kalacak? İşçinin sırtında kalacak. Bazen kusurun olmadığı dönemde de, Yargıtay kusursuz sorumluluk üzerinden karar veriyor.

Bir kere burada bir seçimi Yargıtay'ın yapması lazım. Bana göre sistem sosyal güvenlik tarafından desteklendiğinde, o zaman kusur sorumluluğu almanız çok mümkün. Neden? Sigorta ödeyecek, işveren de kusuru ölçüsünde geri ödemeyi yapacak. Fakat kusursuz sorumluluk dersek, o zaman bu da bir tercih. Bence yasada açık bir hüküm yok, ama öğretilerde de birtakım bu görüşü kabul edenler var. Yargıtay da bunu yapıyor. Fakat Yargıtay bunu yaptığında bir teknik hata yapıyor bana göre. Nedir? Kusursuz sorumlulukta kusur aranmaz. Yüzde 90 kusuru varmış, yüzde 50 kusuru varmış, yüzde 10 kusuru varmış ya da kusuru hiç yok yüzde sıfır aranmaz, kusura bakılmaz bile. Yargıtay kusursuz sorumluluk dedikten sonra, tutuyor bu defa hakkaniyet indirimi diyor. Kusursuz sorumlulukta hakkaniyet indirimini bence uygulamamanız lazım. Neden? Zaten kusursuz sorumluluk demek, hiç kusuru olmasa bile, bu zarardan sorumlu demek.

Bunun dışında, iş hukuku açısından, aslında Şafak da belirtebilirdi, ama zamanımız kısa olduğu için şey... Destek destekleyen sadece eşler ve çocuklar değil bizim iş hukukumuzda, eğer varsa örneğin nişanlısı, ne bileyim birlikte yaşadığı bir kimse, evlatlığı, bunlara dahi ödeme yapılıyor. Şafak çok ayrıntılı bir şekilde anlattı, artık tekrar etmek istemiyorum. Ben zaten bilirkişilik de yapmıyorum, bu hesapları büyük ölçüde teorik olarak katılıyorum. Yaşa göre, çalışanın yaşına göre, destek olunanların yaşına göre, onların çalışabilirliklerine göre, evlenme durumlarına göre hepsi burada zaten anlatıldı, bir he-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

saplama yapılıyor. Bu hesaplama dan da en sonunda özellikle sosyal güvenlikle ilgili yapılan yardımlar, peşin sermaye değeri bakımından hesaplanıp, bunların da indirimine gidiliyor.

Fark yok, çünkü biz de iş hukuku hesaplaması yaparken, Borçlar Kanununa göre hesaplama yapıyoruz. İş Yasasında özel bir durum olmadığı için, sadece iş hukukuna özgü birtakım farklılıklar giriyor. İşte sözleşme ilkesi gibi, ama dediğim gibi iş hukukunda en önemli sıkıntı, işçinin üzerinde zararın kalmamasını bu sistemin sağlaması gerekiyor; Sosyal Güvenlik Kurumunun bunu karşılaması, sonrasında da kusuru ölçüsünde işverenin bunu ödemesi. Bu sistemi umarım en yakın zamanda kurarız, ben çok uzatmak istemiyorum.

Çok teşekkür ediyorum, sabırla dinlediğiniz için.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Borçlar Kanununun 55. Maddesi, bizim açımızdan iş hukuku yönünden önem taşıyor. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleriyle, ifa amacı taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez hükmünü getirmiş durumda.

Bu çerçevede baktığımız zaman, Sosyal Güvenlik Kurumunun çeşitli ödemeleri var. İş kazası dalından yapılan ödemeler, eğer bir iş kazası kabul edilmiş ve hak sahiplerine iş kazası dalından gelir bağlanmış ise, bu gelirlerin işverene rücu edilmesi söz konusu olduğu için zarar tutarından indirilmesi gerekiyor. Ama Sosyal Güvenlik Kurumunun başka ödemeleri de var. Yaşlılık aylığı, uzun vadeli sigorta dallarından bağlanan. Zaten yaşlılık aylığı almaya hak kazanmış kişilerin ölümü halinde, onların dul ve yetimlerine bağlanan aylıklar burada rücu edilmeyeceği için, zarar tutarından indirilmesi mümkün olmayacak demektir.

Hakeza asker kişilerle ilgili olarak da veya devletin sorumlu olduğu konularla ilgili olarak baktığımız zaman, Sosyal Sigortalar Kanununun 5510 sayılı Kanunun 39. Maddesinde rücu esasları düzenlenmiş. Bu rücu esasına göre diyor ki, kasti eylemler sonucunda herhangi bir şekilde ödeme yapmak durumunda kalmışsa Sosyal Güvenlik Kurumu, üçüncü bir kişinin kasti nedeniyle malul kalan sigortalıya veya ölümü halinde hak sahiplerine bu kanun uyarınca bağlanacak aylığın, başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değerinin yarısı için kurumca zarara sebep olan üçüncü kişilere rücu edilir.

Bu çerçevede baktığımızda, devletin hizmetini görürken sakat kalanların veya ölenlerin hak sahiplerine bağlanacak aylıkların peşin sermaye değeri, ancak kasten bir eylem söz konusu ise rücu edilebilecek. O halde kasti bir eylem yok ise, bağlanan aylıkların rücu edilmesi mümkün olacak mı? Elbette olmayacak. O halde bunların da Borçlar Kanununun 55. Maddesine göre zarar tutarından indirilmesi de mümkün olmayacak.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Ayrıca peşin sermaye değerinin yarısı rücu edilebildiğine göre, burada da rücu edilecek olan tutar peşin sermaye değerinin tamamı olmayacak, ancak yarısı tutarında olacak. Eğer malullük, vazife malullüğü veya ölüm hali kamu görevlilerinin veya er ve erbaşlar ile kamu idareleri tarafından görevlendirilen diğer kişilerin vazifelerinin gereği olarak yaptıkları fiiller sonucu meydana gelmiş ise, bu fiillerden dolayı haklarında kesinleşmiş mahkûmiyet kararı bulunanlar hariç, sigortalı veya hak sahiplerine yapılan ödemeler ve bağlanan aylıklar için, kurumca kurumuna veya ilgililerine rücu edilemez.

Bu demektir ki, vazife sırasında böyle bir şey meydana gelmiş ise, haklarında mahkûmiyet kararı da verilmemiş ise, bağlanan aylıklar ne ilgiliye ne de kurumuna rücu edilmeyeceği için, bu aylıkların da zarar tutarından indirilmemesi gerekecek.

21. maddeye bakıyoruz, rücuyu düzenleyen 5510 sayılı Yasanın 21. Maddesinde de, konu aynı şekilde düzenlenmiş. İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kasti veya sigortalılara sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, kurumca sigortalıya ve hak sahiplerine bu kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemelerle, bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.

Bu çerçevede baktığımız zaman, kusursuz sorumlulukla ilgili hükümlerin değerlendirilmesine Sayın Şuğle değindi. Kusursuz sorumluluk hallerinde, işverene rücu edilmesi mümkün olmayacak demektir. O halde kusursuz sorumluluk hallerinde işverenin kusurunun hiç olmadığı hallerde, bağlanan gelirin zarar tutarından indirilmesi mümkün olacak mı? Olmayacak, çünkü onda da rücu edilemeyecek. Kaçınılmazlık hali dikkate alınır derken, Yargıtay'ın bu konudaki uygulamaları çeşitli. Kaçınılmazlık söz konusuysa, meydana gelen zararın paydaşlar arasında paylaşılması, yani hem zarar görene hem zararı meydana getirilen işin sahibi olan işverene bu sorumluluğun

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

paylaşılması şeklinde geçiyor, ama burada sermayesi olarak daha kuvvetli durumda olan, sermaye yönünden daha kuvvetli durumda olan işverene biraz daha fazla pay verilmesi suretiyle yüzde 40 yüzde 60 gibi, bu sorumluluk kaçınılmazlık halinin paylaşılmasına gidiliyor ki, o zaman da rücu edilecek olan tutar belirlenmiş olacak. Kaçınılmazlık halinde rücu edilecek mi edilmeyecek mi? Onun da değerlendirilmesinin ayrıca bakılması gerekecek. Çünkü kaçınılmazlık söz konusu ise, işverenden istenebilecek, hak sahiplerinin isteyebilecekleri tazminat konusunda bu kusurun paylaşılması söz konusu olsa bile, bu rizikonun paylaşılması, iş kazası yönünden Sosyal Güvenlik Kurumunun vermiş olduğu ödemelerin rücu edilmesi de mümkün olmayacak. Dolayısıyla zarar tutarından da indiriminin yapılmaması gerekecek.

Korsan oldu birazcık benim bu konuşmalarım.

Şimdi Sosyal Güvenlik Kurumu yönünden bir arkadaşımız gelecekti, ancak işyerinde bir sıkıntısı olduğu için, başka bir işle görevlendirildiği için gelememiş. Ancak daha önceden yapmış olduğumuz temaslar ve incelemelerde, Sosyal Güvenlik Kurumunun yapmış olduğu ödemelerle ilgili olarak, hesaplama tarzının Hazine Müsteşarlığı genelgelerine göre aktüerlerin yapmış oldukları hesaplama tarzlarına benzerliği söz konusu.

Ben bu nedenle öncelikle sözü Fikret Beye bırakmak istiyorum. Sayın Fikret Kütük aktüerimiz, sigorta aktüeri. O sigorta şirketlerinin hesaplama yöntemleri yönünden size gereken açıklamaları yaparken, aynı hesaplama yöntemlerine yakın hesaplamaların Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından da yapıldığını. Ancak teknik faiz oranlarının Sosyal Sigortalar Kurumunda yüzde 5 üzerinden değerlendirilirken, aktüerler yönünden yapılan hesaplamaların oranını da Fikret Bey versin. Ben çok fazla müdahale ediyorum her şeye, biraz çenem düştü galiba.

SİGORTA HUKUKU YÖNÜNDEN

Fikret KÜTÜK

*Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulu
Sigorta Aktüeri*

Merhabalar, ismim Fikret Kütük, Hazine Müsteşarlığı Sigorta Denetleme Kurulunda çalışıyorum, aktüerim, sicile kayıtlı aktüerim. Teşekkür ediyorum, öncelikle beni davet ettikleri için.

Destekten yoksun kalma tazminatıyla ilgili tip olayla ilgili aktüeryal hesaplamayı yapacağım. Aktüeryal açıdan hesabı örnek olarak sunmaya çalışacağım. Tabii aktüerim, ama aktüerle ilgili pek şey bilinmediği için, kısaca oraya değinmek istiyorum. Ülkemizde pek aktüer ya da aktüeryayla ilgili çok bilinmiyor, ama uluslararası boyutta aktüerler daha çok biliniyor. O açıdan kısaca bir tanım yapmak istiyorum aktüer kimdir diye.

Aktüer, belli aktüeryal teknikler kullanarak, gelecekte ortaya çıkması muhtemel riskleri hesaplayan ve risklere bir değer biçen ya da fiyat oluşturan kişi olarak tanımlayabiliriz. Tabii aktüerlik sadece matematik istatistiklerle sınırlı değil, bu aktüerya bir bilim midir? Aktüerya aktüerin uzman olduğu aktüerya disiplin midir? Bu konuda tartışmalar var. Ama birçok bilimden aktüerya bilimi belli teknikler almıştır. Bu ekonometri, ekonomi, işletme, matematik, istatistik gibi. Bu açıdan aktüerlere baktığımız zaman, aktüerlere mali mühendisler ya da sosyal matematikçiler demek bir açıdan da doğru olabiliyor.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Hazine Müsteşarlığının bir genelgesi var. Bu genelge özellikle 2010 yılında yayınlamış olduğu genelge, CSO 1980 tablosunun kullanılmasını öngörüyor. Bu tabloda eğer hak sahipleri lehine sonuç doğuran bir mortalite tablosu bulunması halinde, şirketin bu hakkının da saklı tutulması gerektiğini de vurguluyor. Bu genelge öncesinde, yani 2010 yılının Şubat ayında çıkan genelgenin öncesinde, sigorta şirketleri özellikle belli başlı tabloları kullanmaktaydılar. Bu tablolar CSO 1953-58, bu Amerika Birleşik Devletlerindeki nüfusa ait demografik verilerle oluşturulmuş bir tablo. Daha sonra Almanya'dan 4951 ADST, sonra Fransa'dan PMF 1931 ve İsviçre'den 1948-53 yılları arasındaki nüfusa göre demografik verilerle oluşturulmuş tablo olmak üzere dört adet tablo kullanılmaktaydı.

Ancak az önce söylediğim gibi, genelgeden sonra sigorta şirketlerine baktığımız zaman, özellikle destekten yoksun kalma tazminatı hesaplarında, CSO 1980'i kullanmaya başladıklarını görüyoruz ve SGK'da da belli hesaplamalarda PMF tablosunun terk edildiği ve CSO 1980 tablosunun kullanıldığı görülmektedir. Buradaki bir önemli husus da, PMF tablosunda cinsiyet ayrımı yok, yani kadın erkek ayrımı yok, ama CSO 1980'de kadın ve erkek ayrımı mevcuttur.

Bu kapsamda daha sonraki yıllarda, geçtiğimiz yıllarda bir Hazine Müsteşarlığının bir projesi, Türkiye mortalite projesi gündemdeydi. Bu proje kapsamında Hacettepe Üniversitesinin aktüerya birimleri bölümü yöneticiliğinde ve Başkent ve Marmara üniversitelerinden katılan akademisyenlerle birlikte tablolar üretildi. Bu tablolar TRH 2010, Türkiye kadın erkek hayat tablosu, TVSH 2010 Türkiye kadın erkek sigortalı hayat, TRHA 2010 bu da hayat anüte. Anüte dediğimiz irat gelir ödemelerine yönelik, bir de SGK'ya tablo ürettikler, dört adet tablo üretilmiştir.

Şimdi tablolara baktığımızda, az önce belirttiğim tablolara, CSO 80 tablosu, yani Hazine Müsteşarlığının en az asgari bu tabloyu kullanmasını belirtirken, bu tabloya baktığımızda 0 yaş, yani yeni doğmuş bir çocuğun cinsiyet bazında muhtemel hayat ömrü. Yani bu bizim destekten yoksun kalma hesaplama-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

rında kullandığımız, yani her bir yaş için bu vardır, 0'dan 99, bazen 104'e kadar giden PMF'te. Yani kişi hangi yaştaysa, muhtemel kalan ömrünü bulur bunlara bakarak. Ama CSO 1980 erkek tablosuna baktığımızda, doğuştan muhtemel bir erkek için 70,83, yani 71 yaşa kadar bir ömrü olduğunu gösteriyor. Kadın tablosunda 75,83, yani 5 yaşlık bir fark var. Normalde kadınlar erkeklere göre daha uzun yaşarlar, bu bütün tablolarda bir şeydir nüfus biliminde. Çünkü kadınlar doğuştan genetik olarak bağışıklık sistemleri güçlüdür. Bu açıdan kadınların muhtemel ömrü 4 ya da 5 yaş olarak her zaman için bütün tablolarda bu kadar bir fark, doğal bir farktır.

CSO 5358'e baktığımızda, burada tabii 68 yaş, yani yeni doğmuş bir... Burada yine cinsiyet kırılımı yok. PMF'te 56,65 yani 57 yaşa yakın bir yaş yeni doğmuş bir kişi için. İsviçre tablosunda 66, Alman tablosunda 64,58 olarak görebiliyoruz.

Bu yaşlara, yani bu mortalite projesi kapsamında oluşturulmuş tablolara baktığımızda, burada tabii daha yüksek değerlere ulaşıyoruz. Bu değerler 70-71, erkek... Görüldüğü üzere yeni doğmuş sıfır yaşındaki bir kişi için. Bu arada TÜİK de tabii belli çalışmalar yapıyor, tablolar üretiyor ve TÜİK'in Türkiye İstatistik Kurumunun hesaplamalarına baktığımızda, 2006'dan itibaren kadın erkek cinsiyet bazlı, doğuştan belirlenen yaşam sürelerinde. En son 2013'e baktığımız zaman kadınların 80 yaşa yaklaştığı, erkeklerin 73, yani yeni doğmuş bir bebeğin diyelim kız bebeğin, 80 yaşına kadar yaşama ihtimali var, erkeğin ise 73,74 yaşına kadar ihtimal. Tabii karma olarak cinsiyet ayrımı gözetmeden baktığımızda da 76 şeklinde görüyoruz.

Bütün tablolara baktığımızda, sırayla baktığımızda farkı görebiliriz. Yani aradaki yaşam beklentisi anlamında farklar. Bu tabii doğuştan dediğimiz sıfır yaşta, yeni doğmuş birisi için. Her bir tablolarda farklılıklar gözüktüyor.

Şimdi bu destekten yoksun kalma hesaplarında, özellikle aktüeryal hesaplamalar yapılırken, bu noktada kişilerin, yani destek alan kişilerin de, ölen kişiden destek alabilecek konumda olan kişilerin de hayatta kalma ihtimallerinin dikkate alın-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ması gerekir. Biz aktüeryal hesaplamaları yaparken, bunu da dikkate alıyoruz. Yani sadece onların bir paranın belli bir dönem sonra götürülüp tekrar başa getirip iskonto edilmesi değil de, bunların da bu destek alacak kişilerin de alan kişilerin de yaşama, yani ölme ihtimallerini düşüyoruz. Bu açıdan farklı bir formülasyon kullanıyoruz.

Bu formülasyonu AX olarak söylüyoruz. Bu AX formülü, NX eksi NX artan bölü DX'tir, aktüeryal bir notasyondur. Bu belli bir süre içinde, yani X burada, X kişi hesaplamaya konu olan kişinin yaşıdır. Yani bu sigortalıysa sigortalının yaşıdır, N'de süredir. Bu destek hesaplarında bu X'i alırken, olay tarihi itibariyle bu destekten yoksun kalan kişilerin yaşları alınır. N'de destek süreleri olarak hesaba dahil edilir ve bu şekilde bu formül kullanılarak, bir emsal değer bulunur. Birazdan bunu ben detaylı olarak izah edeceğim.

Burada tabii ki dediğim gibi, N ve D değerleri, bu değerler tabii aktüeryal anlamda komitasyon değerleri olarak bilinir. Bu komitasyon değerleri de, az önce gösterdiğim tablodaki belli değerler yarımıyla bulunur. Bu N ve D, genelde DNS diye ifade ettiğimiz değerler, kişinin hayatta kalmasıyla ilgili komitasyon değerlerdir. CMR dediğimiz de ölümle ilgili. Şimdi buradaki hesaplamamızda, tabii biz kişilerle ilgili hayatta kalma ihtimalleri, yani o kişi destek alan kişi hayatta kaldığı sürece bu parayı alacağı için, dolayısıyla bu N ve D'leri kullanmamız gerekiyor. Bu noktada isterseniz tip olayımıza giderek, daha... Az önce özetlemeye çalıştığım hususları onun üzerinde görmeye çalışalım.

Tip olayımızı az önce Şafak Bey de belirtmişti, tekrar okumama gerek yok. Dediğim gibi burada ben Hazine Müsteşarlığının bu genelgesinde belirtilen CSO 1980 kadın ve erkek tablosunu kullanacağım, buna göre hesaplama yapacağım.

Bu tabloya göre baktığımız zaman, asteğmen olarak vefat eden Osman K'nın, vefat tarihi itibariyle 27 yaşında olduğu ve yine CSO tablosuna göre 46 yıl ömrü kaldığı gözüküyor. Bu PMF'e göre bakıldığında daha düşük bir değer elde ediliyor.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Sevim K yine 25 yaşında 52 yıl muhtemel ömrü var, oğlu Nihat K'nın 66, kızının ise 74 yıl ömrü gözüküyor. Yani bunlara bakarken, tabloyu 27 yaşındaki değere bakıp ya da Nisan K 2 yaşındaysa kalan ömrü ne kadar yaşayacak? 74 yıl bu şekilde CSO tablosuna bakıyoruz.

Tabii destek sürelerine baktığımızda, Sevim K için eşinin kalan ömrü boyunca destek alacağını görüyoruz 46 yaş, oğlu için oğlunun 5 yaşında olduğunu görüyoruz. Sadece bize verilen tip olayda, kendisinin asteğmen olduğu Osman K'nın, onun dışında bir bilgi yok. Yani ailesinin eğitim durumu, ekonomik sosyal durumu yok, nerede yaşadıkları hangi tür bilgiler. Dolayısıyla burada ben sadece hani örf adetlerimize göre askerliğe gidene kadar, yani askerlik yaşı 20 olduğu için 20 yaşına kadar destek alacağını varsayarak, 15 yıllık bir destek hesabı yaptım. Kızı için ise, kızı Nisan K 2 yaşında, dolayısıyla 21-23 yaşında. Onu da evlenene kadar, yani hangi yaşta evlenecek? Az önce Sema Hanım da belirtmişti. Bu konuda TÜİK'in Türkiye İstatistik Kurumunun belli yıllarda evlenme istatistikleri var. İlk evlenme istatistikleri. Burada baktığımızda olay tarihimiz itibariyle 2013 yılında kadınlar ve erkekler için muhtemel ilk evlenme ortalama yaşları var. Yine burada ailenin sadece asteğmen olarak Hakkari'de öldüğünü biliyoruz, ama ailenin nerede yaşadığını, daha önce hangi bölgede yaşadığını bilmiyoruz. Dolayısıyla bu bölge bazındaki verileri kullanamıyoruz. Onun için genel bir şey söylememiz lazım. Eğer evlilik yaşına kadar kızının destek alacağını söylüyorsak. Yani 23,6, Türkiye genelini alırsak 23,6, o değeri alıp 23 yaş muhtemel evlenme yaşı olarak belirleyerek. Yani 2 yaşında olduğuna göre 21 senelik bir destek alacağını hesaplıyoruz.

Şimdi burada tazminat hesabımızı işlemiş ve işleyecek dönem olarak iki döneme ayırıyoruz. İşlemiş dönem vefat tarihinden itibaren, şimdi az önce de konu oldu, yani hangi tarihi alacağız? Ben işlemiş dönemi şeyde bitiriyorum, 1 Mayıs itibariyle. Vefat tarihinden 1 Mayıs 2015 tarihine kadar işleyecek dönem olarak ayırıyorum. Daha sonra da 1 Mayıs'tan itibaren de eşi için kocasının ömür süresi, çocuklar için de işte askerlik ya da evlenme yaşına kadar olan süreyi dikkate alıyorum.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Burada yedek subay olduğu belirtiliyor, ama bu gelir durumuyla ilgili Şeyi belirlemek için, net bir durum ortaya koyabilmek için, asteğmen olduğu için, asteğmenlik sũresinde 3500 liralık bir gelir elde ettiği belirtiliyor ve bu asteğmenlik 75 gũnlũk bir öğrencilik sũresi olacağı için ben bunu dũŐuyorum, o sũrede bir gelir elde edemeyeceği için. O anlamda bu asteğmenlik, yani yedek subaylık dönemindeki geliri olarak aylık 3500 lira, ondan öncesindeki bize verilen bir değer var, 2500 TL. Yani bu kişinin 01.01.2014'ten terhis tarihine kadar... Askerlik ncesi yedek subaylık öncesinde 2500 lira aldığını biliyoruz, bir yıllık da asteğmenlik vazifesini yaptđını sylũyoruz. Dolayısıyla en son 01.07.2012 ilâ 31.12.2012 arasındaki 2500 lira gelir elde ettiğini dũŐunerek, bu dönemde geçerli asgari ũcrete gidiyoruz. Asgari ũcreti alırken evli ve iki çocukla asgari geçim indirimi dahil 773,3 TL'yi buluyoruz ve 2500'ũ buna bldũđũmũzde, 3,23 katı bir gelir elde ettiğini grũyoruz.

Burada hesaplamamızı yaparken, eşi açısından hesaplamayı yapıyoruz. 46 yıllık sũre için bir destek hesabı yapıyoruz. Az önce yine Şafak Bey belirtti, AYİM tablosuna göre yeniden evlenme ihtimali yũzde 40, her bir ocuk için yũzde 5, tabii 18 yaşı aslında dolmak Őartıyla yũzde 10 indirdiğimiz zaman yũzde 30 yeniden evlenme ihtimali olduğunu grũyoruz.

Bu alacakları destek oranlarına yönelik, hani bize bir bilgi verilmediği için, biz yine uygulamalara göre bakıyoruz. Yũzde 40 ve yũzde 10-10 Şeklinde, mũteveffa eşinin yũzde 40, her bir çocuğun da yũzde 10 destek alacağını ngrũyoruz. Burada ben Şöyle bir Şey, ocuğun payını değer de annenin payını arttırarak, her bir ocuk birinci ocuk çıktığında erkek ocuk çıkacak yũzde 45 annenin, daha sonra kız çocuğunun da evlenmesiyle birlikte destekten çıkacağını, yũzde 50 oranında destek alacağını varsayarak hesaplamayı yaptım.

Bu hesaplamada öncelikle işlemiş dönem gelirinin hesaplanmasında, 01.01.2013 tarihinde yedek subay olarak başladığını ve az önce belirttiğim gibi 75 gũnlũk bir öğrencilik sũresi olduğunu ve maaş alamayacağını ngrdũm. Burada tabii 15.03.2013'ten 01.01.2014 tarihine kadar aylık 3500 TL gelir elde

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ettiğini dikkate aldığımızda ve bu gelirin aynı dönem içerisinde az önce belirttiğim gibi, evli iki çocuklu asgari geçim indirimini dahil değerini 4,317 katı olduğunu gördüğümüzde, buna göre o her bir altı aylık dönemde geçerli asgari ücreti, bu 4,317 o askerlik dönemi süresiyle çarparak, bir sonraki dönemde ilk dönemde 3500 liraydı, bir sonraki altı aylık dönemdeyse 3632,60 TL maaşı olduğunu, yani geliri olduğunu varsaydık.

Burada hesapladığımız zaman, işlemiş dönem gelirlerinin toplam olarak, az önce belirttim 01.01.2013 ilâ 30.06.2013 arası 3500 lira, 01.07.2013 ilâ 31.12.2013 arası 3632,60 lira toplamı. Daha sonra askerlik sonrasında bu şöyle bir varsayım yaptım. Eski işine döneceğini, bu konuda yine hangi işte çalışacağı ya da mesleğiyle ilgili mezuniyetiyle ilgili bilgi verilmediği için, askerlik sonrasında ise bir aylık bir süre sonra bekleme süresi sonra eski işine geri döneceği ve çalışacağını varsayımı altında hesaplamayı yaptık. Burada da yine dediğim gibi, her bir asgari ücreti 1 Mayıs 2015'e kadar, o 3,23 dört katıyla çarparak, her bir dönemdeki geliri, aylık 2865, 3011 ve 3216 lira olarak hesapladık. Daha sonra işlemiş dönem gelirlerini topladığımızda, 82 bin lira bulduk. Yüzde 40'ını eşine verdiğimiz için, yüzde 40'la çarparak 33 bin lira bulduk.

Bu işleyecek dönem hesabına geldiğimizde ise, eşi yönünden aktif ve pasif dönem diye ikiye ayırdık. Burada ben aktif dönemi 60 yaşla bitirdim. Dediğim gibi, daha önceki sigortalılık durumu ya da asteğmenin şeyini bilemediğim için, 65 yaş da olabilir, ama net bir bilgiye ulaşamadığımız için 60 yaş olarak bitirdim. Pasif dönemin 60 yaştan sonra devam edeceğini hesapladım.

Burada ben kullandığım değerler tabii ki Sevim K'nın destek almaya işleyecek dönem, gelecek dönem, 27 yaşından 40 yaşına kadar bir şey alacağını, yüzde 40'lık destek oranı alacağını, daha sonra oğlunun d evreden çıkmasıyla yüzde 45 olacağını, daha sonra kızının çıkmasıyla yüzde 50'lik destek alacağını ve burada aktif dönem için 425.884 lira hesapladık. Pasif dönemde yüzde 50 destek oranı altında. Tabii buradaki ücret asgari ücret olarak düşürüyoruz, emeklilik dönemi olduğu için, burada 35

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

bin liralık bir hesap buluyoruz ve her iki dönemin toplamında... Özür diliyorum, aktif ve pasif dönemin toplamı 460.925 lira, işlemiş dönemin 33 binini de ilave ettiğimizde 493.936 lira bir tazminat hesaplıyoruz.

Burada az önce söylediğim gibi, yeniden evlenme ihtimali, yani yaşı itibariyle AYİM tablosunda yüzde 40'tu, her bir çocuk için de yüzde 5 indirdiğimiz için, yüzde 30 yeniden evlenme ihtimali var. Bu ihtimali de düştüğümüz takdirde, 345.755 lira eşi Sevim K yönünden destekten yoksun kalma tazminatı ortaya çıkmaktadır.

Oğlu yönünden destekten yoksun kalma hesabına baktığımızda, oğlunun az önce belirttiğim gibi, çok detaylı bilgi olmadığı için, askerlik yapacağı 20 yaşına kadar destek alacağını, yani 15 yıllık süre için varsaydık ve buradan hareketle işlemiş dönem. Az önce işlemiş dönem gelirlerini bulmuştuk 82.525 liraydı. Oğlunun yüzde 10'unu alacağını söylemiştik destek oranı olarak. 8 bin lira işlemiş dönem tazminatı elde ettik. İşleyecek dönem hesabında ise, kendisi 7 yaşındaydı Mayıs itibariyle 2015'te, dolayısıyla ne kadar işleyecek dönem 20 yaşına kadar. Az önce belirttiğim formülü koyarak ve yüzde 10 ve yıllık maaş... Özür diliyorum, aylık maaşı yıllık 12'le çarparak 46 bin lira değer bulduk. Toplam her iki dönemde ise 54.497 lira.

Benzeri şekilde kızı için de yaptığımızda, 23 yaşında evleneceğini öngördüğümüz için, 21 yıllık süre için destek yaptık. Aynı şekilde 8.252 lira işlemiş dönem, işleyecek dönem ise 4 yaşından 23 yaşına kadar 19 yıllık bir süre için hesap yaptık ve orada da 65 bin lira bulduk. Toplamda ise 73.274 lira hesap ettik.

Bu genel toplama baktığımızda, toplam 473.527,91 TL destekten yoksun kalma tazminatı hesaplamış olduk. Bu tabii rücuyla ilgili az önce Sema Hanım da söyledi. Rücuyla ilgili az önce Sema Hanım da söyledi. Rücuyla ilgili az önce Sema Hanım da söyledi. Rücuyla ilgili az önce Sema Hanım da söyledi. Rücuyla ilgili az önce Sema Hanım da söyledi.

Teşekkür ediyorum.

SOSYAL GÜVENLİK KURUMU YÖNÜNDEN

Okan AYDIN

SGK - Aktüerya Hesap Uzmanı

GİRİŞ

Örnek olay SGK açısından değerlendirildiğinde “2330 Sayılı Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun” kapsamına girdiği görülmektedir. Söz konusu kanun kapsamında ölenlerin kendilerine bağlanması gereken görev malullüğü aylığı, dul ve yetimlerine intikal ettirilir. Bağlanan aylıklar SGK tarafından ödenir ve faturası karşılığında Hazine’den tahsil edilir. Sonuç olarak bu ödemelerin SGK’nın faturalı ödemeler kapsamına girmesinden dolayı bağlanacak bu aylıklar için Kurum herhangi bir işlem yapmamakta ve bir zarar hesabı (Kurum açısından Peşin Sermaye Değeri¹ olarak nitelendirilecektir.) mevzu bahis olmamaktadır.

Somut olayı yine SGK açısından bir zarar hesabı veya tazminat hesabı olarak da değerlendirmek de pek mümkün değildir. Bu tip olaylarda Kurumun yaptığı esasında Kanuna dayanan basit rücu hakkıdır. Örnek olay basit rücu hakkı olarak ele alınmak istenirse 5510 sayılı Kanun 21inci madde kapsamında gibi değerlendirilip bu minvalde Peşin Sermaye Değeri hesaplanabilir. İlgili maddenin birinci fıkrası;

¹ Peşin sermaye değeri: Kurumca, bu Kanunun ilgili maddelerinde belirtilen giderlerin yaş, kesilme ihtimali ve Kurumca belirlenecek iskonto oranı dikkate alınarak hesaplanan tutandır.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

“İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalının sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödettirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitiinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.”

Hükmünü amirdir.

Buna göre örnek olay yukardaki fıkra kapsamında, işverenin sorumluluğu neticesinde gerçekleştiğinde iki farklı ödeme türü ortaya çıkmaktadır. Birincisi, Kurumca sigortalıya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler; ikincisi ise Kurum tarafından bağlanan gelirdir². Birincisi fiili ödemeler kapsamında olduğu için burada herhangi bir hesap yapılması gerekmemekte yapılan ödemeler aynen rücu edilmektedir. İkincisinde ise Kurum tarafından sağlanan gelir, gelecekte de yapılacak ödemeleri içerdiğinden Peşin Sermaye Hesabına konu olmaktadır.

SOMUT OLAY İÇİN PEŞİN SERMAYE DEĞERİ HESABI

Peşin Sermaye Değeri Hesabında öncelikle şu hususlara dikkat edilmelidir:

- Peşin sermaye değerlerinin hesabında, sigortalıların veya hak sahiplerinin gelire giriş tarihindeki yaşları esas alınır. Yaş hesabında altı aydan küçük yıl kesirleri dikkate alınmaz. Altı ay ve daha fazla yıl kesirleri tam yıl sayılır.
- Peşin sermaye değeri, sigortalı veya hak sahibinin gelir başlangıç tarihindeki aylık gelirinin 12 katının yaş karşılığı olarak peşin sermaye değeri tablolarındaki değerle çarpımı

² Gelir: İş kazası veya meslek hastalığı halinde sigortalıya veya sigortalının ölümü halinde hak sahiplerine, yapılan sürekli ödemeyi ifade eder.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

sonucu bulunan rakamın 100'e bölünmesi suretiyle hesaplanır.

- Kurumca hazırlanan peşin değer tablolarından;
 - o (1) Numaralı Peşin Değer Tablosu: İş kazası sonucu ölen kadın sigortalının hak sahibi eşine ölüm geliri,
 - o (2) Numaralı Peşin Değer Tablosu: İş kazası sonucu ölen sigortalının ana ya da babasına ölüm geliri,
 - o (3) Numaralı Peşin Değer Tablosu: İş kazası sonucu ölen sigortalının kız ya da erkek çocuklarına ölüm geliri,
 - o (4) Numaralı Peşin Değer Tablosu: İş kazası geçirip, kaza sonrası hayatta kalan kadın sigortalılar,
 - o (5) Numaralı Peşin Değer Tablosu: İş kazası sonucu ölen erkek sigortalının hak sahibi eşine ölüm geliri,
 - o (6) Numaralı Peşin Değer Tablosu: İş kazası geçirip, kaza sonrası hayatta kalan erkek sigortalılar, için kullanılacaktır.

Yukardaki hususlar dikkate alındığında örnek olay için bazı varsayımlara ihtiyaç duyulmaktadır. Bu doğrultuda aşağıdaki varsayımlar yapılmış olsun.

- Hak sahiplerinin gelire giriş tarihi 01.08.2013 ,tür.
- Hak sahibi çocuklar yıl ortasında (1 Temmuz) doğmuştur. Erkek çocuk 5 yaşında, kız çocuk 2 yaşındadır.
- Gelir başlangıç tarihinde eş 25 yaşındadır.

Varsayımlarla birlikte hak sahiplerinin gelir başlangıç tarihindeki aylık miktarları için ölüm gelirinin tutarı hesaplanmalıdır. Ölüm geliri kısaca şu şekilde hesaplanır:

$$\text{Günlük Kazanç} * 30 * \%70 \text{ veya } \text{Günlük Kazanç} * 21$$

Günlük kazanç, ölüm gelirinin hesabına esas son takvim ayı için, prime esas kazancın bir günlük tutarını ifade etmektedir. Net ücretin 3.500 TL olduğu düşünüldüğünde prime esas

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

kazanç 4.895,72 TL'dir. ³ Buradan günlük kazanç 163,2 TL ve ölüm geliri 3.427 TL'dir. Bu tutar hak sahiplerine paylaştırıldığında aşağıdaki tablo elde edilir.

TABLO 1 : GELİR TUTARLARI

HAKSAHİBİ	HİSSE	TUTAR (TL)
EŞ	2/4	1713,5
ERKEK ÇOCUK	1/4	856,75
KIZ ÇOCUK	1/4	856,75

Tablo 1'de yer alan ölüm gelirleri üzerinden Peşin Sermaye Değeri hesaplandığında sonuç olarak Tablo 2'de yer alan tutarlar elde edilir.

TABLO 2: PEŞİN SERMAYE TUTARLARI

Haksahibi	Ölüm Geliri (TL)	Peşin Sermaye Değerleri	Peşin Sermaye Tutarları (TL)
EŞ	1713,5	1.839,35	378.207
Erkek Çocuk	856,75	1.010,41	103.880
Kız Çocuk	856,75	1.115,98	114.734

³ Net ücrete asgari geçim indirimi dahil edilmemiştir. Gelir vergisi oranı %15'dir.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Bu hesaplama yönteminin içerisinde, Fikret Beyin de söylediği gibi, hak sahiplerinin ölme ihtimalleri de dikkate alınarak bir hesaplama yapılıyor. Yani sadece desteğin yaşam süresi ve yaşama ihtimali değil, hak sahiplerinin de yaşama süreçleri yanında, ölme ihtimalleri de dikkate alınarak bir çarpan tespit ediliyor ve bununla zarar tutarı saptanıyor.

Sosyal Sigortalar Kurumunun hesaplama yöntemleri de aktüerya hesapları yönünden bu hesaplamalara benziyor. Ancak burada Sayın Fikret Kütük yüzde 3'lük teknik faiz üzerinden hesaplamalarını yaptı. Şu anda Sosyal Sigortalar Kurumu yönünden yüzde 5'lik teknik faiz dikkate alınarak hesaplama yapılıyor. Bu çerçevede de hesaplamadaki bu rakam arttığı sürece, ödenecek olan tazminat, yani peşin sermaye değeri daha düşüyor olarak ifade etmişti bana Okan Bey. Yani payda daha fazla arttığı zaman, pay oranı küçülüyor, ödenecek peşin sermaye değeri azalıyor diye bir şey ifade etmişti. Bu çerçevede de Sosyal Sigortalar Kurumunun yüzde 5'lik teknik faizi uygulamakla, aslında zarar içerisinde olduğunu da belirtmişti.

Kulaklarını çınlatıyorum kendisi tebliğini yazılı olarak iletcek ve sözü idare hukuku yönünden hesaplamalarının, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi yönünden hesaplamalarını, demin takdim etmeyi unuttum, Yaşar Başkaya Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin bilirkişisi. O sizlere gereken bilgileri sunacaklar. Sağ olsunlar yardımlarını esirgemediler.

Kahve arası mı? Katılımcıların itirazı yoksa benim için uygun. Benim gibi çay koliğe ilaç soruyorsun da, neyse. İsterseniz 10 dakika ara verelim, 10 dakika sonra tekrar başlayalım.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Evet, aradan sonra sözü Yaşar Başkaya'ya bırakıyorum. Buyurun Sayın Başkaya.

İDARE HUKUKU YÖNÜNDEN

Yaşar BAŞKAYA

Bilirkişi

Teşekkür ederim. Efendim ben de Sema Hanıma teşekkürle başlayayım, çok iyi bir üç gün geçirdik, bilgilerimizi tazeledik, bir sürü yeni konu öğrendik, kendi açımdan söylüyorum.

Ben size bana tahsis edilen süre içinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde hesaplamanın nasıl yapıldığıyla ilgili bilgi vermeye çalışacağım. İlk iki günde ve izlediğim kadarıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesiyle ilgili sunumlar ya da sorular olduğunda, bilgilerin tam olarak güncel olmadığını, bazı bilgilerin daha eski bilgilere dayandığını dikkate alarak, bugün bu dakika itibarıyla Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin hangi konularda, neleri uyguladığıyla ilgili son en taze bilgileri vermiş olacağım.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, kendi içtihatlarının yanında, bilirkişilerini 1992 yılından itibaren beş adet bilirkişi talimatı, bilirkişiyle ilgili kriterler adı altında çeşitli talimatlar yayınladı. Bunlar 92, 2006, 2013'te iki tane, en son geçtiğimiz ay 23 Mart 2015'te de bir tane olmak üzere toplam beş tane kriter. Bunlar bir önceki bir sonrakinin bazılarını kaldırmak suretiyle değiştirmek suretiyle yaptı. Ama asıl olan 1992 yılında yayınladığı, meşhur Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin dul eşin evlenme indiriminden tutun, diğer pay oranlarının filan bahsedildiği kriterlerin ilk belirlendiği 92 kriterleri. O kriterlerde ufak tefek değişiklikler olmakla beraber, esas yine 92 kriterleri geçerli.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Muhtemel yaşamla ilgili bakiye ömür hesabında, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi de PMF 1931 tablosunu kullanıyor. Ben anlatırken Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin zarar hesabı ve yarar hesabı başlığı altında anlatacağım genel anlamda, daha sonra örnek olaya geçerek, örnek olay üzerinden devam edeceğim.

Gelir hesabında malum Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin asker kişiler olduğu için, ikili bir ayırım var. Yedek subay ve erbaş ve erler için gelir hesabı ayrı hesaplanıyor, diğer rütbeli personel için, yani muazzaf personel için ayrı bir hesaplama yöntemi var. Yedek subay ve erbaş ve erler için, gelir belgesi olarak sunulan dosyada bulunan gelir belgeleri değerlendiriliyor. Eğer bir gelir belgesi sunulmamışsa ki, genelde 20 yaşında gençler oldukları için, daha fazla bir gelir belgesi hemen hemen sunulmuyor. O zaman Askeri Yüksek İdare Mahkemesi resen tahsil durumuna bakıyor. Eğer lise mezununa kadar olanlarda bir asgari ücret, meslek yüksekokulu mezunlarında bir buçuk asgari ücret, üniversite mezunu olanlarda iki asgari ücret üzerinden hesaplama yapıyor.

Bunlar bu hesaplama yönteminde adli yargıdan ayrılıyor. Ortalama değer sabit rant yöntemi, progresif rant yöntemi uygulamıyor AYİM, ortalama değer sabit rant yöntemi uyguluyor. Yani yüzde 5 artırımlı olarak hesaplıyor ve hesaplananın toplamını yıl sayısına bölüp, ortalama bir değer buluyor. Bu değeri, peşin değer hesabı dediğimiz, Şafak Beyin de formülünü verdiği, ben de birazdan göstereceğim, bu formülle hesaplama yapıyor.

Muvazzaf personele ilişkin ise, kendi rütbesinden, yani olayın olduğu tarihteki rütbesinden başlayarak, çıkabileceği en son rütbeye kadar mevcut ve geçerli katsayılar kullanılarak, bir gerçek maaş bordroları ihdas ediliyor ay ay. Her ay ne alacağı hesap ediliyor. Diyelim ki 30 yılsa, 30 yıllık, 30 çarpı 12 aylık bir maaş bordrosu hesabı yapılıyor. Bu bordrolar sonucunda çıkacak değeri alacağı gelir olarak kabul ediyor. Çıkış olarak da, ilk olay anında ve olaya en yakın tarihte birliğinden istemiş

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

olduğu maaş bordrosunu kullanıyor rütbeli personel. Bu hesaplama gerçeğe en yakın hesap olarak kabul ediliyor.

Buradaki fark, gerçekten ayrılması, eğer şimdi bu yıl için söylersek 2015 katsayı ve gösterge değerleri belli olduğu için, 2015 yılına kadar gerçek katsayıda göstergeler kullanılıyor. 2015'ten sonra rütbe artıyor. Diyelim üsteğmen, şehit olmuş bir üsteğmense, yüzbaşının ne alacağı, binbaşının ne alacağı, yarbayın ve albayın ne alacağı aynı katsayılarla hesap edilip, bu varsayım üzerinden bir gelir hesabı sonucuna gidiliyor.

Yine peşin değer hesabını birazdan söyleyeceğim. Peşin sermaye değerinde, demin de bahsettiğim gibi ortalama kazanç, sabit rant yöntemi kullanılıyor. Burada faiz oranı yüzde 5 olarak alınıyor. Kazanç yıla bölünüyor, K üzeri N eksi 1 bölü K üzeri N çarpı K eksi 1 formülü ki, demin Şafak Beyin bahsettiği formül, aynı formül kullanılıyor ve peşin değer hesabı yapılıyor. Tek fark progresif rantla sabit rant arasındaki, biz tüm yılı toplayıp ortalama değer üzerine uyguluyoruz, progresif rantta ise yıl yıl uygulanıyor. Yani aradaki fark, ikisinin arasındaki peşin değer... Gelecekte bir defa alacağı emekli ikramiyesi gibi konular varsa da, onun formülünü de 1 üzeri 1 bölü K üzeri N formülüyle yapılıyor ve bir defada alacağı gelirinin hesabı da bu şekilde bulunuyor. Yine faiz oranı yüzde 5.

Destekten yoksun kalma pay oranları dediğimiz bir çizelimiz var, burada tam görünmüyor. Ben bu kadar detaya inemediğimizi düşünmediğim için onu büyük bir hale getirmedim. Peşin, desteğin çeşitli durumlarına göre AYİM'in tespit etmiş olduğu, 1992 yılında tespit etmiş olduğu bir değerler var. Yani ölen bekârsa, evli çocuksuzsa, evli bir çocukluysa, evli iki çocukluysa, evli üç çocukluysa diye o varyasyonlara göre eşinin çocuklarının annesinin babasının alacağı yüzdelerin ortaya çıkarıldığı bir değerler zinciri var. Onu tablo haline getirdim ben. Tablo değil, aslında her biri birer sayfalık değerler. O tabloya bakarak biz karar veriyoruz.

Bunda biraz detaya gireyim, çünkü arkadaşımız bir soru da olmuştu. Burada şayet üç çocuktan sonra dört veya beşe çı-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

karsa çocuk sayısı, hiçbir liste değişmeden, dördüncü beşinci çocuklara da yüzde 8 hisse artırılıyor. Destek ölmeden önce (demin soru olmuştu), eşi ölürse çocuk sayısına göre hazırlanan cetveller esas alınıyor ve eşe isabet eden hisseler çocuk sayısına göre eşit olarak çocuklara bölünüyor. Ana babanın hisse oranlarına dokunulmuyor aynı kalıyor. Şayet devreden çıkan çocuk olursa, devreden çıkan çocuğun hissesi diğer çocuklara ya da ana babaya intikal etmiyor.

Dul eşin evlenme olasılığı, yine bu meşhur AYİM her yerde kullanılan tablo, aynen kullanılıyor. Buna bir de erkek bölümü ilave edildi. Erkek bölümünün de ilave edilmesinde İstatistik Enstitüsünün, erkeklerin hanımlara göre yüzde 77,3 oranında daha yüksek evleneceği varsayımı üzerine, kadına göre tespit edilen değerler erkeklere göre hesapla bulundu.

Şimdi yarar hesabına geelim. Burada genelde zarar konuşuldu, pek yarar konuşulmadı. AYİM çeşitli kanunlara devletimizin ali imkânları ölçüsünde çeşitli kanunlara dayanarak, çeşitli şehit ve gazilerimize çeşitli olanaklar sağlanıyor. Bu oranlar da dikkate alınarak, çeşitli yarar hesapları yapılıyor ve bazıları dikkate alınıyor, bazıları alınmıyor. En son Borçlar Kanunu 55'in devreye girmesinden sonraki uygulamayla, 5434 sayılı kanun kapsamında harp ya da vazife malulü aylığı bağlanıyor gazilerimize ya da şehitlerimize. Eğer bunlar SGK'ya soruluyor. SGK'dan gelen cevaba göre rücuya tabi ise, bağlandığı ilk peşin sermaye değerinin yarısı, yani Sema Hanımın belirttiği 5510 sayılı Kanunun madde 39 geçerli hale geliyor. Bağlandığı ilk peşin sermaye değerinin yarısı yarar olarak alınıyor. Bunu zaten SGK bildiriyor, SGK'nun bildirmiş olduğu değer alınıyor. Eğer tabi değilse, Borçlar Kanunu 55 gereği yarar olarak alınmıyor.

3713 sayılı Kanunun 2330 sayılı Kanuna yapmış olduğu atıf kapsamında verilen ve maaşa yüzde 25 eklenen fazlalıkla ilgili konuda ise, rücuya tabi olup olmadığına bakılmaksızın yarar olarak alınıyor. Bu yüzde 25 artırılmış kısım yıllara sari olarak yüzde 5'er artırılarak hesap ediliyor, bilinmeyen dönem için ve yine yüzde 5 aylık deminki bahsetmiş olduğu peşin sermaye değeri indirimi yapılıyor.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Şimdi o hesabı da SGK yapıyor. Normalde SGK vazife malulü aylığını buluyor. O bulduğu vazife malulü aylığının yüzde 25'ini buluyor. Vazife malulü aylığının ya da harp malulüyse harp malullüğünün üzerine ekliyor. Yani 1000 liraysa, 250 lira buluyorsa, 1250 lira olarak 250 liralık daha fazlalık vermiş oluyor.

Aynı şekilde 3713 sayılı Kanun kapsamında ödenen kira yardımı, 10 yıllık kira yardımı ödenebiliyor. Bu 10 yıllık kira yardımları, yine tabi olup olmadığına bakılmaksızın yarar olarak alınıyor, yıllara sari olarak enflasyon oranında artırılarak hesap edilip, peşin sermaye değeri uygulaması yapılıyor.

2330 sayılı Kanun kapsamında ödenen nakdi tazminat var, bir defada ödenen. Bu da rücuya tabi olup olmadığına bakılmaksızın yarar olarak alınıyor. Bu 2330 sayılı Kanunun benzeri, 2629 sayılı Kanun var. İki tazminattan birini alıyor. O da yapmış olduğu görev ya da sınıfıyla ilgili olarak fark ediyor. Bu şehitlik sakatlık tazminatında da yine rücuya tabi olup olmadığına bakılmaksızın yarar olarak alınıyor.

3713 sayılı Kanun madde 21/a kapsamında ödenen bir emekli ikramiyesi var. Bu emekli ikramiyesi de, rücuya tabi olup olmadığına bakılmaksızın yarar olarak alınıyor. Bunun karşılığında zararda bahsetmedim, müteveffanın bu olay başına gelmeseydi emekli olacağı faraziyesiyle emeklide alacağı ikramiye de zarara konuyor bunun karşılığında, yararın karşılığında zarara konuyor. Dolayısıyla bir denkleştirme yoluna gidiliyor ikramiye için.

5434 sayılı Kanun ek madde 79 kapsamında ödenen ek ödeme, eski adıyla bilinen adıyla tütün ikramiyesi denilen ödemede, yine rücuya tabi olup olmadığına bakılmaksızın yarar olarak alınıyor, yıllara sari olarak yüzde 5 artırılıp, yine peşin sermaye değeri uygulanıyor.

Örnek olayımıza geçerseniz, Şafak Beyin anlatımı esnasında ben de not aldım. Yaptığımız hesaplama tekniklerimiz farklılaşmasına rağmen, yaş hesabı ve eş ve çocukların destekten

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

çıkmaları hesabıyla ilgili bir farklılığımız yok. Ben sadece burada uygun görürseniz farklı olan bölümleri, zamanın da darlığı bakımından değineceğim.

Birinci farklılığımız, Şafak Bey zarar başlangıcını terhis tarihini müteakip hemen başlattı. AYİM de iki ay iş arayacağı diye bir faraziye var, iki ay sonrası alınıyor zarar başlangıcı olarak. Şafak Beyde emekli yaşı 65 olarak alınmıştı, AYİM’de 60 olarak alınıyor, bunu yedek subay için söylüyorum tabii. Öbür rütbeliler için, mesela subaylar için kıtaya çıktıklarından 31 yıl sonrası, astsubaylar için 55, uzman çavuşlar için 56, jandarma uzmanları için 57 gibi çeşitli kanun kanun gereği personel kanunu gereği yaş hadleri var, o yaş hadleri uygulanıyor. Yedek subayı erlerle beraber hesap ettiğimiz için 60 yaş esas alınıyor.

Gelir durumu Şafak Beyle aynı hesabımız, asgari ücretin 3,29 katı aldık biz de hesabımızda. İşleyen dönemle ilgili bir farklılığımız var adli yargı hesabıyla ilgili. Biz işleyen dönemde rapor yazdığımız tarihin altı ay sonrasını alıyoruz. Altı ay sonra hükmün açıklanacağı ve kesinleşeceği varsayımına dayanarak, altı ay daha işleyen dönemi götürüyoruz altı ay ileriye kadar. Altı ay sonrasında bitiriyoruz işleyen dönemin sonunu. Rapor yazıldığı tarihin üzerine bir altı ay koyarak yapıyoruz.

Yine Şafak Beyin hesaplamalarından farklı olarak ve AYİM’in sadece yaptığı, diğer hiçbir hesaplamada olmayan, bizim bir pozitif ayrımcılık da diyebiliriz. Dul eşin normalde destek süresi, desteğin ömrüyle sınırlı kalırken eşte bu fark ediyor. Eşte biz dul aylığı da katıyoruz, eşin ömrünün süresine kadar devam ediyoruz. Eşin dul aylığı alacağı faraziyesiyle eşe zarar da dul aylığını da zararın içine katıyoruz. Yani eşin ömür sonuna kadar yürütüyoruz. Desteğin ömür sonu da bittikten sonra da dul aylığı alacak diye kabul ederek, dul aylığını da hesabın içine katıyoruz.

Yaş olarak rütbeli personel ve yedek subaylar için kız ve erkek çocuklarda çok az istisnai geçerse 25 esas alıyoruz. Çünkü bir subay astsubayın ya da bir uzman erbaşın çocuğunu üniversitede okutacağını farz ve kabul ediyoruz. Erler için ise, bazen 18’e kadar düştüğümüz oluyor. Bir basit olayda söyle-

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

yeyim. Eğer 20 yaşında eşi 14 yaşında evlenmiş köyde, kendisi de ben de 14 yaşında evlendim diyor. Kızı 12 yaşındayken evlenmiş kızla. Vefat etmiş, eşi 14 yaşında, annesi 33 yaşında erin. Yani bu durumda bunun eşinin ya da çocuklarının, bir tane de çocuğu var, kız çocuğu vardı, onu 18 yaş aldık esasını.

Yeniden evlenme şansı indiriminde Şafak Bey anlatır dediği için, bunu şey olarak söyleyeyim. Evet, bizim yeniden evlenme şansı indirimi tablomuzu demin göstermiştik, oraya tekrar döneyim. Bu tablodaki esaslarda, birinci maddesinde de şunu demiştik. Bu yüzdeler çocuksuz eşler için hesaplanmıştır. 18 yaşından küçük olan her çocuk için anne lehine yüzde 5 indirim yapılır. Diyelim yüzde 40 olan, bu örnekteki olduğu gibi yüzde 40 olan evlenme şansı, iki çocuğu olduğu için yüzde 10 daha indirip, yüzde 30'a tekabül ettiriyoruz. Adli yargıyla bir farklılığımız yok, aynı.

Bunların ışığında, ben şöyle bir de not tuttum. Adli yargı hesabında 366 bin lira anneye vermiş -yuvarlak konuşuyorum- aktüer arkadaşımız 345 bin verdi, biz 500 bin lira veriyoruz zarar hesabını AYİM olarak. Bizim hesaplama yöntemimizle, biz veriyoruz derken sanki bir yerden hibe bağışlıyormuş gibi... Bizim hesabımızda 500 bin lira çıkıyor. Çocuk için, adli yargı 66 bin, aktüer birinci çocuk için 54, biz 116 bin bizim hesabımız. İkinci çocuk için, adli yargı 81, aktüer hesabı 73, biz 138 bin bulduk. Ama bu zarar her zaman buraya kadar tamam, çünkü Sema Hanımın bize göndermiş olduğu şeyler ölçüsünde yapıldı, ama bir de işin öbür tarafa var, yarar kısmı var. Yarar kısmı hiç konuşulmadı. Ben burada Sema Hanımın iznine dayanarak korsan olarak yararı da katıp devam edeceğim.

Tabii bu faraziyeler olmadığı için, kendim yeni faraziyeler koyarak yarardan devam edeceğim. Kazın ayağı 500 116 gibi olsa da, AYİM çok zarar hesap etse de, çok da yarar da hesap ediyor. O nedenle daha gerçeğe yaklaşalım diye ben yarar faraziyeleri katacağım müsaadenizle, ilave varsayımlar.

Şimdi birinci ilave varsayımımız, bu terör olayı, terörle mücadele olduğu için 3713 sayılı Kanununun 2330 sayılı Kanu-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

na yaptığı atf kapsamında yüzde 25 artırımlı bir aylık alacağı varsayımı var, onu yarar olarak alacağı. Aynı zamanda nakdi tazminat alacağı, aynı zamanda emekli ikramiyesi alacağı ve ek ödemede bulunacağı tütün ikramiyesi alacağı faraziyesine dayanarak yaptığımızda; eş için söylersek bu yüzde 25'lik kısım eş için 200 bin liraya denk geliyor. Nakdi tazminat 12 bin lira civarında 36 bin oluyor, paylaşımında 12 bin civarı olur diye tahmin ettik. Tabii bunda tamamen benim varsayımsal değerlerim. Bunun nakdi tazminat hariç gerisi SGK bildiriyor, nakdi tazminatı da birliği ödüyor; Milli Savunma Bakanlığı ya da Kara Kuvvetleri, Hava Kuvvetleri, hangi kuvvetse o kuvvetten geliyor gelen değerler. Böyle gelebileceğini, benim tecrübelerime de dayanarak yazmış olduğum değerler.

Emekli ikramiyesi olarak 40 bin, ek ödeme olarak da 43 bin liraya denk gelecek bir ödeme yapıldığı ve 295 bin liralık bir yararı olduğu. Çocuklar için de, 97 ve 109 bin liralık yararlar olduğu hesabıyla, sonuçta bizim hesabımız eş için 205 bin, oğlu için 19 bin, kızı için 29 bin lira yuvarlak rakamlarla söylersek değerlere, ilave yararların da katılmasıyla düşmüş oluyor. Bunlar gerçeğe yakın varsayımlarla o kadar büyük, 100 bin değil 29 bin 19 bin gibi değerlere düşmüş oldu.

Bunu birkaç açıdan değerlendirilebilir. Birincisi, devletimiz şehit ve gazilerimize önem veriyor. Bu dediklerimizin, bu yarar diye saydıklarımızın hepsini zaten onlara veriyor. Yani vazife malulü aylığını yüzde 25 fazlayla ödüyor. Hatta emsal aylık diye bir konu var. Emsal aylığı şöyle açıklayayım: Bir üstegmen arkadaşımız malul olduysa, ayağı koptuysa diyelim, kendi devreleri yüzbaşı olduğunda, ona aynı yüzbaşının aldığı, çalışmadan yüzbaşının aldığı maaş veriliyor, binbaşı olduğunda çalışmadan binbaşının maaşını veriyor, albay olduğunda da çalışmadan albayın maaşını veriyor, rütbesini de veriyor. Emekli üstegmenken emekli albay oluyor, gittikçe rütbesini de veriyor.

Devreleriyle beraber o da terfi ediyor, çalışmadan aynı maaşı alıyor. Ayrıca 10 yıl evi yoksa kirada oturmasında kirasını karşılıyor ve bu kirayla ilgili çok astronomik abartılı rakamlar olmamak kaydıyla, ortalama değerlerin üstünde bir evde

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

kirada... Bu üsteğmen için değil, uzman çavuş için de, tümü için geçerli. Normal ortalamanın üzerinde bir kirayla oturmasına sıcak bakıyor ve iyi bir evde oturması için 10 yıllık kirasını ödüyor. Nakdi tazminat olarak olay olur olmaz birkaç ay içinde hemen ailenin ilk anda sıkıntıya düşebileceği kaydıyla hemen bir ödeme yapılıyor. Ayrıca SGK çalışsaydı faraziyesiyle 30 yıllık çalışma hesabıyla, madde 21/a gereği 30 yıl üzerinden emekli ikramiyesi veriyor ve her yıl da yine bu ek ödemelerini tütün ikramiyesi dediğimiz yıllık ödemeler şeklinde veriyor.

Zaten normalde epeyce onlar için, vatan için hizmet ettikleri için hiçbiri layık değil, hiçbiri ayağının yerini ya da ölenin yerine gelmeyecek, ama elinden geldiği kadar devlet tatmin etmek için bütün gayretini sarf ediyor. Bizim verdiğimiz bunların üzerine yeniden bir tazminat. Bunları yeterli bulmuyoruz dava açılıyor, biz de bunları yeterli görmüyoruz. AYİM adına konuşuyormuş gibi yapıyorum, bilirkişisiyim AYİM'in AYİM üyesi değilim. Ama AYİM bunları yeterli görmüyor, ilave tazminat veriyor. Ama şimdi son yapılan bu şeylerde, bu tazminat miktarlarına bakıldığında, yapılan yardımlar çok yükseldiği için, hemen hemen bu davaların büyük bir kısmı, burada avukat arkadaşlarımız da var dava açanlar, büyük bir kısmı ret oluyor. Yani fazlasıyla karşılanmış olarak çıkıyor yeni yapılan hesaplarımızın çoğunda.

Benim anlattığım soyut kavramlar, somut olaya göre bunlar çok değişebiliyor. Yani ben hiçbir yerde bir hesap çıkarmıyoruz diye bir iddiam yok, öyle bir yanlış anlaşılmaya sebep olduysam düzelteyim. Mutlaka çıkıyor, çok çıkan da var. Ama genel anlamda, ben genel olarak söylüyorum.

Genel mukayese yaparsak, ben bir en yüksek, bir de en düşük almıştım. En yüksek hiçbir yarar olamazsa 500 bin, en düşük 205 bin. Bu yapmış olduğum hesap da en düşük alacağı gibiydi, bu olay için tabii geçerli, somut olay için. En yüksek 116, en düşük 19, en yüksek 139 en düşük 29 arasında bir... Bu iki rakam arasında bir değer çıkacağı, bu olayla ilgili olursa diye düşünüyorum.

Sorularınızı bekliyorum.

KATILIMCI- Şimdi Harp Okulundan çıkan herkesin gönlünde genelkurmay başkanlığı yatıyor. Şimdi bu hesabı general hesabına mı, albay hesabına göre mi?

Yaşar BAŞKAYA (Bilirkişi)- Şimdi onunla ilgili de kanunda rütbe tavanları var, kanunlarda onlar belirtilmiş. Mesela subaylarda kıdemli albay, astsubaylarda kıdemli başçavuş vesair gibi rütbe tavanları var. O kanunlar gereği çıkabileceği rütbe tavanlarına göre yapılabiliyor. Zaten muhtemel ömür esasını da alıyoruz. Bu yaş esası da geçerli olduğu için, 57 yaşında hangi rütbeye ulaşıyorsa, o rütbeye kadar ulaştırıyoruz, o rütbe tavanlarına göre. Ama mesela bir subayı general yapmıyoruz, onun şeyi kıdemli albaylıkta bitiyor.

KATILIMCI- (Duyulmuyor)

Yaşar BAŞKAYA (Bilirkişi)- Kurmay için de ayrı bir düzenleme yok. Yani kurmay subaylarımızın yüzde 32'si general oluyor yasaya göre.

General için de herhalde, öyle bir şey olmadı, ama olsaydı genelkurmay başkanlığına kadar hesaplardık.

Av. Ali ÜNLÜBAY (Ankara Barosu)- Teşekkür ediyorum tabii öncelikle bütün herkese. Ben AYİM'le ilgili birkaç bir şeyi hem eklemek istiyorum, hem de birkaç bir şeyi de hem konuşmacılara, hem de buradaki tüm katılımcıların vicdanlarına bırakıyorum.

Yaşar Bey sağ olsun çıkarmış olduğu tazminat miktarıyla ilgili, terör müydü bilmiyorum?

Yaşar BAŞKAYA (Bilirkişi)- Terör evet, siz başına yetişemediniz herhalde.

Av. Ali ÜNLÜBAY (Ankara Barosu)- Yok yetiştim de oraya dikkat etmedim. Nakdi tazminatın miktarıyla ilgili zannedersen orada bir eksiklik de olabilir.

Şimdi Borçlar Kanunu 55. Maddeyle HMK 3. Maddesi, aslında bir paket halinde çıkarılmıştı. Bunun amacı, hem adli yar-

gıda hem Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde, hem de idari yargıda, özellikle insan zararları arasındaki bu farkı gidermek içindi. HMK 3'ün iptalinde de zaten aynen bu şekilde belirtildi. Başka amaçla iptal edildi.

Şimdi Borçlar Kanunu 55'in uygulamasında, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde maalesef büyük haksızlıklar olduğunu düşünüyorum. Yaşar Bey de bahsetti, devletimizin kira yardımıdan, devletimizin ek yüzde 25'lik fark verdiği ve devletimizin tütün ikramiyesinden verdiği bahsetti, ama bunların hiçbirini AYİM vermiyor, bunu devlet veriyor. Bunu vermesinin de amacı, yapılan görevin niteliğinin, o görevin çok önemli olmasından ve orada terörle mücadele eden, asayişle görevli olan kişilere hasredilmiş bir ödemelerdir. Ama maalesef Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Borçlar Kanunu 55'in hem lafzına, hem de gerekçesine aykırı bir şekilde burada hesaplamalarını yapıyor. Tabii talimat doğrultusunda, Yaşar Beyin bunda yapacak bir şeyi yok.

Çok küçük bir şeyden bahsetmek istiyorum. Yaşar Beyin daha yeni elimde bir raporu, yüzde 100 malul, bir başkasının bakım ve desteğine muhtaç, terör gazisi kardeşim, çıkarılan tazminat 43 bin lira. Bundan yaklaşık olarak, hatta yeni belki de, elini çamaşır makinesinin içerisine kapıran, görevinin niteliği çok basit, ölümün veya yaralanmanın tabii ki güzeli kötüsü, iyisi kötüsü olmaz. Ama bu tarafta bahsetmiş olduğum terör mağduru gazi, bu tarafta bahsetmiş olduğum batıda İzmir'de elini işte merdaneye kapıran başka bir er. Almış olduğu tazminat 250 bin TL tazminat. Yüzde yüz bakıma muhtaç terör gazisi 25 bin lira tazminat. AYİM bunu neden yapıyor?

AYİM diyor ki, yüzde 25'lik artırım devlet veriyor diyor, tütün ikramiyesini devlet veriyor diyor. Hâlbuki AYİM daha bu Borçlar Kanunu 55'in ilk uygulandığı zaman terör gazilerine gelmeden önce, tütün ikramiyesiyle ilgili herhangi bir indirim yapmıyordu. Bana göre bu indirimler de düşmemesi gerekir. Neden? Çünkü bunların hepsi Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından verilen ödemelerdir. Ama AYİM'in anladığım kadarıyla görüşü, bunları bir ifa amacı saymasından.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Peki, ben soruyorum. İfa amacı olmayanların düşünülme-yeceği ve gerekçesinde Borçlar Kanunu 55'in parantez içeri-sinde yardımların düşülmeyeceği belirtilmesine rağmen, yasa koyucu bunu aynen zikretmesine rağmen kira yardımı neden düşülüyor? Tütün ikramiyesi, 2330 sayılı Nakdi Tazminat Ka-nunu çerçevesine verilen ek yüzde 25 farklar. Bunlar sosyal gü-venlik ödemesi değil mi? İfa amacıysa, nasıl ifa amacı oluyor?

Takdiri herkese bırakıyorum.

Yaşar BAŞKAYA (Bilirkişi)- Tabii devam etmekte olan dava bunlar. Devam etmekte olan davayla ilgili benim bir gö-rüş bildirmem, ben aynı zamanda mahkeme üyesi olmadığım için, ben hesap yaparım bilirkişiyim, benim haddime düşmü-yor. Arkadaşımızın ilave katkı olduğunu düşünüyorum, ona bir cevap vermeyi düşünmüyorum. Ama ifa amacı taşımayan ödemeler dediği için aklıma geldi. Anlatmadığım bir konu var-dı.

Mehmetçik Vakfı da çeşitli yardımlar yapıyor. Bu yardım-ları AYİM ifa amacı taşımayan ödeme kabul ettiği için dikkate almıyor, yarar olarak kullanıyor.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Bir dahaki sefere Askeri Yüksek İdare Mahkemesinden özellikle Coşkun Beyi davet ederiz. Coşkun Bey ateşli bir şekilde gerekenleri anlatır. Bana çok anlattı, ben de ona çok anlattım; özellikle 2013'teki kongre sırasında. Onun için ben susma hakkımı kullanıyorum ve sözü misafirimiz Prof. Dr. Jens Gal'a bırakıyorum.

ALMANYA'DA KİŞİSEL YARALANMALAR SIRASINDA OLUŞAN ZARARIN HESABI

*Prof. Dr. Jens GAL**
Frankfurt Goethe Üniversitesi

Genel Özetleme:

I. Giriş

Türkiye ve Almanya'da özdeş bir atasözü vardır: "Rüzgâr eken, fırtına biçer"- "Wer wind säht, wird Sturm ernten". Bu anlaşılır kelime, sosyolojik olarak doğru olabilir. Ancak yasal olarak değildir. Alman ve Türk hukuk kanunlarına göre zarar veren kişi cezai tazminatına tabi tutulmuyor, sadece yaptığı zararın tamamını telafi etmekte mesul tutuluyor. Eğer bu atasözüne bağlı kalırsak, o zaman kim rüzgâr ekerse fırtına değil de, aynı şiddetteki rüzgârı biçer. Tam burada, zarar kalemelerinde sorunlar başlıyor, telafi edilecek zarar kalemi maddi hasara nazaran, kısmen çok zor belirleniyor veya zor ölçülebiliyor. Bunun yanında, Almanya'nın güçlü sosyal güvence sistemlerinde özellikle kişisel yaralanmalarda, çok belirgin bir fayda dengelemesi sorusu neredeyse kaçınılmaz kılmaktadır.

* Prof. Dr. Jens Gal Avrupa sigorta hukuku alanının uzman Profesördür. Goethe Üniversitesinde Frankfurt am Main şehrinde Uluslar Arası Sigortacılık Düzenleme Merkezi üyesidir. Sunum genel anlamda Ankara toplantısındaki konuşma Makalesinden alınmış olup, sadece birkaç kaynak düzenlemeleri ve dilsel düzeltmeler yapılmıştır.1

Böylece, olay nedeniyle zarar gören tarafa tahakkuk edilecek faydalar, tazminat miktarının hesaplanmasında dikkate alınıp alınmayacağına karar verilmesi gerekmektedir.

II. Kısaca Yasal Sorumluluk Esasları

Bireysel potansiyel zarar kalemlerini irdelemeden önce, Alman Tazminat kanunundaki kişisel yaralanma tanımını ve uygunluk şartlarını belirlemek gerekmektedir.

Kişisel yaralanma tanımı meydana gelen yaşamsal mal kaybı ve bu nedenle ortaya çıkan maddi kayıptır, bunun nedeni de olay sonucu oluşan hasar, ölüm, yaralanma (vücudun fiziksel bütünlüğünün herhangi bir dış darbe ile zedelenmesi, veya insanın sağlığının bozulması (vücut içi sağlığının bozulması) olarak tanımlanmaktadır (bak. MK, 2012, 714). Genel kişisel hakların, kişisel yaralanmalarda ne ölçüde dahil edilebileceğini öncelikle şöyle bir kenara bırakalım. Bu durum en azından Medeni Kanunun (BGB) 823. maddesinin 1.Satırı göre diğer bir hak olarak korunmuş, ancak şu anda pek dikkate alınmamaktadır

Almanya'da vücut bütünlüğünün korunması, medeni hukukunun üçlü hak sistemi temeline dayanmaktadır. Kusurlu Sorumluluk Standardına göre, şayet hasara neden olan kişi kusurluysa (bu tahmin de olabilir), zarar gören kişi tazminat talep edebilir. Bunun yanında, Almanya'da çok sayıda belirlenmiş tehlike güvence gerekçeleri kişisel yaralanmaları da kapsamaktadır. Nihayetinde, kişisel yaralanmalar diğer sigorta sözleşmelerine dâhil güvence kapsamında olabilir. (örn. iş sözleşmesi kapsamında).

Bu durumların tamamında, tazminat talebini kapsama şartları kısmen de olsa farklıdır. Bazı kanunlar farklı güvence limiti belirlemiş olup, aralarında ki düzenlemelerin sonucunda çok büyük farklılıklar ortaya çıkabilmektedir. Alman hukuku kusurluluk konusunda (daha doğrusu yükümlülük konusunda) kümülasyon ilkesinin prensibine göre işlemektedir, (farklı örnek. Fransa'da "principe de noncumul" geçerli olup), zarara

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

uğrayan, farklı tazminat taleplerinden hür iradesi ile kendine uygun gördüğünü seçebilmektedir. Örneğin, şayet bir mirasçı araba ile öldürülen bir kişi için, StVG Kanununun 12. maddesinin, 1. satırının 1 no. 1 1 Hs 1 göre, araba sahibinin aynı olayda bir veya birden fazla kişinin yaralanmasına veya ölmesine sebep olmuşsa ve toplam sorumluluk tazminatı beş milyon Avro ile sınırlı olması nedeniyle yeterince tazminat alamamış ise, geri kalan kısmını Medeni Kanununun 823. maddesinin 1 satıra göre mahkemeye başvurarak talep edebilir.

Tazminat talep kriterleri kabaca gösteriyor ki- özellikle bazı tehlike sorumluluk yükümlüğü için büyük farklılıklar olabilir - ilk önce korumalı yasal hakkı (yani yaşama hakkı, sağlık hakkı, bir kişinin fiziksel bütünlüğü hakkı) zedelenmesi lazım, karşı tarafın ise bir eylemi ya da taksiri olması lazım, karşı tarafın görev ihlali, yasa ihlali veya sorumluluk ihlali saptanmışsa ve tazminatı gerekçelendirebilecek (hasar telafisi bağlamında) karşılanacak zarara ilişkin nedensellik var olması gerekmektedir. Zarar kalemlerinin veya toplam zararın telafisinin miktarını etkileyecek en etkili unsur, müşterek kusur, zarar hafifletici sorumluluğun ihlali ve hafifletici unsurların dikkate alınmasıdır. Son unsurlar burada sadece kaba hatlarıyla dile getirilecektir. Burada yapılmak istenen, kişisel yaralanmaların (hasarın) ne ölçüde ekonomik kayıplara neden oldukları ve nasıl hesapladıklarını sunmaktan ibarettir.

III. Zarar Kalemlerini sistemleştirmek

Konuyu kolaylaştırmak için zarar kalemlerini iki bakış açısından ele alacağız 1) bir insanın yaralanmasında ortaya çıkan telafi edilebilecek dezavantajlar ve 2) bir insanın ölümünde ortaya çıkan telafi edilebilecek dezavantajlar. Kaza sonrası ölen ama ölümü hemen gerçekleşmeyen bir insanda, yaralanması ile ilgili tabii ki zarar kalemleri hemen oluşabilmektedir ve bu yasal ardılı olan ölenin mirasçılara devredilmektedir. Bu kesin bir sınır olarak anlaşılması lazım. Örneğin yaralanmış ve çok sonradan ölmüş bir kişinin yasal ardılı, yaralının kurtulabilmesi için yapılabilecek tüm uygun, yerinde ve gerekli tedavi girişimlerinin masraflarını talep edebilmektedir.

IV. Yaralamalardaki Zarar Gider Kalemleri

Bir insan yaralandığında en belirgin zarar gider kalemini tedavi masrafları teşkil etmektedir. Bu kalem zarar gören kişi tarafından doğal olarak sadece küçük parçalar halinde talep edilebilmektedir (bu durum kalemin hasarın karşılanması sırasında önem taşımadığı anlamına gelmiyor, yalnızca başkaları tarafından doğrudan talep edilmektedir.) Bunu yanında daha büyük önem arz eden başka zarar gider kalemleri vardır.

1. Tedavi Masrafları

Medeni Kanunu'nun 249. maddesi ilkesine göre, zararın tamamının telafisi için, kişisel yaralanmalarda özellikle sağlığın tekrar kazılması için gerekli olan tedavi masraflarının karşılanması öne çıkmaktadır. Medeni Kanunun 254. maddesine göre zararın azaltılması yükümlülüğü güdüldüğünden, zarar nedeniyle gerekli tedavi işlemleri için gerçekten ortaya çıkan makul masrafların karşılanması gerekmektedir. Şayet tedavi usulü, bilinçli bir insanın ortaya çıkan durumu nedeniyle tıbbi olarak gerekli olup, önerilmişse yaptırılması zorunludur (MK 1970, 129). Masraflar açısından zarar gören kişilerin durumu ve özellikleri tarafsız irdelendiğinde çok orantısız gözükmüyorsa, masrafların makul olduğu anlamına gelir. (bak *Pardey, Berechnung von Personenschäden (Kişisel Zararın Hesaplanması)*, 4 Baskı, Heidelberg 2010, Rn 1731 ff.). Telafi edilecek unsurlar içerisinde, sağlığın yeniden kazanılması için gerekli gerçek harcamalar veya ağrıyı azaltmak için gerekli masraflar, yakınların refakat ve bakım hizmetleri, yataklı tedavi için yapılan ziyaret masrafları ile ek masraflar ve her türlü ek ödemeleri kapsamaktadır.

İşlemin tür itibari tıbbi olarak gerekli hasta bakımı olarak geçerli olup, şifa, iyileşme ve durumunu hafifletmeye yönelik yapıyorsa, hasar nedeniyle yapılan her türlü işlemler tedavi etme sayılmaktadır (MK 1996, 1233). Masrafların telafisi bakımından, işlemlerin başarıyla sonuçlanması belirleyici olmayıp, sadece ve sadece durumunu gerçekten hafifletme ihtimali olup

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

olmadığı belirleyicidir. Tedavi işlemleri, tıbbi sağlık bakım hizmetlerinin yanında, ilaç desteği, sargı malzemesi, yardımcı sağlık hizmetleri uygulaması (masaj gibi) ve poliklinikteki tıbbi tedavi için yol parasını da kapsamaktadır.

Bu bağlamda dikkate alınması gereken diğer bir unsur ise Almanya'da tedavi masraflarının telafisi ile ilgili Almanya'ya has yasal temlik temin edilmektedir. Zorunlu Sağlık Sigortasının düzenlemelerine göre, X. SGK, 116. maddesine göre, sosyal sigorta taşıyıcısının verdiği hizmet tutarından tahakkuk eden tazminat hakkının, kaza anında sosyal sigorta taşıyıcısına devredilmektedir. Özel sağlık sigortasına hakların VVG Kanununun 86. maddesinin1. bendine göre, sigortalının zararı telafisini yaptığı anda sosyal sigorta taşıyıcısına devredilmektedir. Bu gerçekleştiğinde sigortalının bu hasar kalemleri için artık dava ehliyeti bulunmamaktadır. Tedavi masrafları için açılacak her türlü dava doğal olarak sigorta ile zarar veren arasında görülecektir. Bu diğer taraftan demek değil ki, bazı zarar kalemlerin zarar görenin elinde olmasın. Örneğin zorunlu sağlık sigortaları genelde reçetesiz alınan ilaçları ilkesel olarak ödememekte, yol parası vermemekte (gerekli olmadığı takdirde), görmek için yardımcı malzeme ve gözlük parası ödememekte (şayet oluşan hasar çok ağır görme bozukluğu meydana getirmemiş ise). Burada çok önemli bir nokta da, sosyal sigorta tedavi masrafları için katılma payı tahakkuk ettiriyorsa, tedavi masrafları devredilmemektedir. Zorunlu sosyal sigorta örneği üzerinden devam edersek, her bir sigortalı, her bir 28 güne kadar yataklı tedavisi sırasında, günlük 10 Euro katılım payı ödemek zorundadır. İlaç ve sargı malzemesi masraflarında sigortalı satış fiyatının % 10'u tutarında, en az 5 en fazla 10 Euro üst limit katılım payı ödemekle yükümlü; Sağlık gereçlerinde de katılım payı oranı % 10 olup (ama üst yoktur) ayrıyeten her reçete için 10 Euro reçete bedeli vardır. Tüm bu kalemlere bakıldığında, bu kalemlerin bedeli sigortaya değil de zarar gören tarafa yüklendiği görülmektedir (bak vgl *Küppersbusch/Höher*, İnsan Yaralamaları Sırasında Talep Edilen Tazminat, 11 Baskısı, Münih 2013, Rn 355, güncel değil)

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Sigortaya tahakkuk edilemeyen telafi edilebilecek masraflar, zorunlu sağlık sigortası mükellefin özel tıbbi sağlık hizmetinden yararlandığında veya yataklı tedavi sırasında çift kişilik veya tek kişilik odada kaldığında da ortaya çıkmaktadır. Bu tür masraflar ilkesel olarak gerekli olamamaktadırlar yani, bu giderlerinin karşılanması uygun görülmemektedir. Bunun tek bir istisna durumu vardır, o da zorunlu sağlık sigortasının tedavi olanakları yetersiz iyileşme olasılığı sunduğunda olabilmektedir. Diğer bir istisnai durumun ise - nihayetinde uygunluğun tanımı sırasında zarar görmüş kişinin şahsi durumu önemlidir - kişi daha önce geçmişte de özel sağlık hizmetinden faydalandıysa ve bunu kanıtlayabiliyorsa, yani zarar veren olmadan da bu giderleri ödeme gücü olduğunu göstermesi yeterlidir. (bak MK 2005,1559). Benzer ilkeler yurtdışı tedavilerinde de geçerlidir, Almanya'da uzman ve yetkin doktorların görev yaptığı aşikardır, yani Almanya'da yetersiz tedavi olanakların bulunduğunu kanıtlamak neredeyse imkansız, oldukça zordur (bak MK 1969, 1040) Diğer taraftan Alman mahkemeleri en azından karmaşık ve ağır yaralanmalı kaza sonrası yabancı uzmanlar nezdinde yapılan yeni tedavi yöntemleri için çoğu zaman ödenir giderler kararı almıştır (Örn. OLG HH 1988, 858)

Sonuç olarak sadece gerçekleşen tedavi giderleri ödenmekte, varsayılan giderler veya götürü bedel giderlerinin ödenmesi söz konusu bulunmamaktadır.

2. Diğer Sağlık Giderleri (Ücretsiz Refakat ve Bakım)

Ödenmeyen varsayılan giderlerin yanında tedavi süresince yapılan ücretsiz refakat ve bakım hizmetlerinin ödenme olanağı bulunmaktadır. Şayet bu durumun aile yakınlarının olağan ve aslı sorumlulukları dışına taşarsa, yani gerekli yabancı tıbbi yardımın alternatifi söz konusu olduğu durumlarda zarar veren tarafından ödenebilecek kalemler olduğu MK tarafından tanımlanmıştır (MK, 1999, 1156) Bu durum özellikle tedavi bakım hizmetleri söz konusu olduğunda, bunun yanında temel hizmetler için de gerekli olabilmekte ama çoğu zaman fazladan gösteren manevi ilgi ve alaka bu duruma girmemektedir (Kar-

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

şılaştır *Pardey* [s.o.], Rn. 1786 ve devamı) Bunun için ödenen saat ücreti, uzmanlara yapılan saat ücretinin çok çok altında olmakla birlikte, genelde sadece 4 Euro civarında kalmaktadır (aynen OLG Münih, 1995, 1506).

Şayet yapılan ziyaretler iyileşme süresince tıbbi gereklilik arz ediyorsa, tedavi sürecince iyileşmeye yardım etmekteyse, tedavi giderlerine orantılı olarak ziyaret giderleri kaçınılmaz görülmekteyse, zarar görene yakınlarını ve hayat arkadaşının yaptıkları ziyaretlerin giderlerinin ödenmesi olasılığı tanınmıştır, böylece manevi ilgi ve alaka en azından dolaylı olarak ödenebilmektedir. Yaralanmanın ağırlığına göre gerekli ziyaret sayısındaki sıklık artışı onaylanmaktadır, şöyle ki hafif yaralanmalarda haftada 1 veya 2 ziyaret, daha ağır hayati tehlikesi bulunan vakalarda haftada 5 veya 6 ziyaret sıklığı gerekli görülmektedir (*Pardey* [s.o.], Rn. 1797). Bu ziyaret giderleri için örneğin en ekonomik seyahat aracın yol parası ödenmektedir (hususî araçlar kullanıldığında genel de kilometre başı 0,20 Euro ödenmektedir) (OLG Koblenz, NJOZ 2004, 132). Ziyaret sırasında gerekli olan konaklama ücreti de ödenebilmektedir, bunun yanında gerçekten ödenmiş bulunan çocuk bakım ücreti de ödenebilmektedir (MK 1989, 1308). Ziyaret edilene getiren hediyeler, daha önce verilmiş olumlu mahkeme kararların bulunmasına rağmen ödenmemektedir. (önceki OLG Münih, 1981, 560; şimdiki MK, 1991, 559) Aynı durum ziyaretçinin ziyaret için harcadığı soyut zaman bağlamında da geçerlidir (MK, 1989, 188). Diğer yandan ziyaretçinin uğradığı gelir kaybı, şayet hiç bir şekilde değiştirme olanağı bulunmuyorsa ödenebilmektedir (MK, 1985, 784).

Bununla birlikte diğer ilave giderler ile ek giderler de ödenebilmektedir. Örneğin gerekli olan sağlık raporları ve heyet raporları giderleri tespit edilerek ek ödenek hakkı gerekçelendirilmektedir (KG Berlin, NZV 2003, 281) Bakım hizmetleri personeline verilen küçük hediyeler ve bahşişler ödenebilmektedir. Bu bağlamda haftalık bakım süresi boyunca yapılan hizmet için 50 Euro uygun bulunmuştur (en azından *Pardey* [s.o.], Rn. 1772). Fazladan yapılan telefon görüşmeleri ve de hastane

için alınan televizyon da ödenebilmektedir. (*Pardey* [s.o.], Rn 1772 m.w.N ve bazı kısıtlamalar ile birlikte). Ek yemek bedeli ödenmemektedir, zira Almanya'daki hastane yemek hizmeti hastanın bütün beslenme ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde hazırlanmış olduğu kabul edilmektedir (OLG Nürnberg, ZfS 1983, 132). Tam aksine tazminat miktarının hesaplanmasında beslenme bedeli düşülür, zira zarar gören yatış süresince kendi beslenme giderlerini karşılamak zorunda kalmayacaktır. Düşülecek miktarın tutarı duruma göre değişiklik gösterebilir. Görülen o ki genel olarak günlük 10 Euro tasarruf uygulama eğilimi ortaya çıkmaktadır (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 241). Zorunlu sigortalıların tazminat hesaplamasında düşülecek bu miktar sigortalıların günlük hastane yatak katılım payına eşitlenerek hak ettikleri 10 Euro olarak uygulanır, böylece iki kalemin karşılıklı birebir denk gelmesiyle de sıfırlanır.

3. Artan İhtiyaçlar

Artan ihtiyaç zararları da ödenebilmektedir. Artan ihtiyaçlar denildiğinde Medeni kanununun 834. maddesinin 1. bendine göre olay sonrası zarar nedeniyle ortaya çıkan (sürekli tekrarlanan) ihtiyaçları, yani yaralanmış kişinin vücudunun bütünlüğünün işlevinin (refahının) yitirilmesinden dolayı meydana gelen ihtiyaçları kapsamaktadır (MK 2004, 482). Yaralı kişi bu zarar nedeniyle (tekrarlanan) emeklilik ödeneği talep edebilir, kişiye tek seferlik bir tazminat da ödenebilir, zaten bu tür zarar kalemlerinde genelde bu ödeme türü uygulanmaktadır. Önemli diğer bir ayrıntı ise, bu emeklilik maaşın yeni kanun hükümlerine göre gelir vergisinden muaf olmasıdır (BFHE 175, 439; 176, 402). Artan ihtiyacın tespitinin sırasında ortaya çıkan diğer bir sorun ise bastıran nedenselliğin düzgün değerlendirilebilme meselesidir. Örneğin yaralı kişinin belirli bir yaştan sonra zaten yaşlılar bakım evine gireceğini hesaba katmak gerekmektedir, böylece varsayılan bu durumda, bu tarihten itibaren zarar verenin yükümlülüğü ortadan kalkacaktır. Bu husus özellikle de emeklilik hakkının parasal karşılığını hesaplarken ağırlıklı olarak dikkate alınmalıdır. Şayet herhangi bir sosyal güvenlik kurumu veya üçüncü taraf sosyal güvenlik

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

hizmeti veriyorsa ve tazminat hakkı ona devroluyorsa, burada da zarar görenin dava ehliyeti sorunu ortaya çıkmaktadır,

Artan ihtiyaçların en önemli zarar gider kalemini bakım giderleri oluşturmaktadır. Şayet artan masraf, zarar görülen olaya bağlı olarak yapılan bakım için harcanan gerçek giderler ise, telafi edilir (yanı bakım ihtiyacı, zarar görülen olaya bağlı olmadan da var olmasına rağmen, daha yüksek bir seviyede gerçekleşiyorsa). Böylece örneğin bakım evine yatış masraflarının tamamı ödenebilmektedir (KG Berlin, Schaden-Praxis 2010, 147). Bu bağlamda kendi evi ve beslenmesi için harcanan giderleri ortadan kalkacağı için bu miktar mahsup edilebilmektedir (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn 265). Mahsup edilecek meblağ kapatılan evin giderleri veya daha önce beslenme için harcanan gerçek tutarında olamayıp, tarafsız bakım evinin barınma ve beslenme giderlerine göre mahsup edilecektir. (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn 265). Bu bağlamda daha önce gerçekten tahakkuk etmiş giderlerin tamamı mahsup edilirse, zarar verene zarar görenin vazgeçtiği konforunun hakkı geçer. Artan bakım ihtiyacın göre gerekli olan alternatif profesyonel bakım hizmeti de tutulabilir, bunun için yapılan brüt giderler ödenebilmektedir. Bu masrafların karşılanabilirliği için bakım kalitesinin, ödenen fiyatına orantılı makul seviyede olması gerekmektedir. Bu bağlamda mahkemelerin coğrafi farklılıkları dikkate alması gerekmektedir (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn 265). Bu yine de zarar görenin evdeki bakım masrafları, bakım evindeki yatılı bakım masraflarını katladığında bile bakım evine dolaylı olarak yerleşme zarurietiyeti olduğu anlamına gelmemektedir. Yasa hükümleri daha ziyade ağır zarar görmüş bir insanın kendi doğal yaşam ortamında uygun bakım hizmetleri alma hakkı olduğunu varsayar (OLG Koblenz, VersR 2002, 244). Bakım hizmetinin dışarıdan tutulmuş biri tarafından sağlanması yerine aile fertleri tarafından gerçekleştirilirse, hesaplamalarda sorunlar ortaya çıkmaktadır. Bu girişim zarar verenin lehine bir durum oluşturmak için yapılmamaktadır. Tabii ki masrafların hesaplanmasında, uzman bakıcı hizmeti masrafları temel alınmamaktadır, yine de aile fertlerinin zahmetleri eşit ve uygun şekilde telafi edilmelidir. Önceleri bu

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

durum için pazar değeri referans alınırken (MK, 1986, 173), artık bundan sonra yasa hükümleri eşdeğer yardımcı personelin net maaş gelirini referans almaktadır (MK, 1999, 253). Saat ücretleri 7 ila 10 Euro arası bir eğilim göstermektedir. Burada özellikle bakım için gerekli gerçek zaman sürecinin hesaplamasında zorluklar ortaya çıkmaktadır. Genelde uzman kişiler tarafında yapılan bazı bakım hizmetlerinin zaman süreçlerini hesaplarırken, varsayılan uzman kişilerin işleri gerçekleştirdiği süreç üzerinden hesap yapılmaktadır (örn. yemek yedirmek, yıkamak, giydirmek, alışveriş yapmak), diğer taraftan duruma göre yapılan bakım hizmetleri (öksürük nöbetinde, ara sıra gece vaktinde tuvalet için yardım) zarar görmüş kişi ile aynı evde yaşayan aile fertleri için daha rasyoneldir, çünkü nöbeti sırasında evde hayati ile ilgili başka işlerle meşgul olabilmektedir (vgl OLG Koblenz, 2002, 244). Bu bağlamda bu hesaplamalarda yardımcı personelin saat ücretinden oldukça yüksek oranda kesinti yapılması gerekmektedir Ebeveynler veya eşler tarafından yapılan yakın ve ilgi odaklı bakım hizmetleri, hiç bir şekilde karşılanamamaktadır.

Artan ihtiyaç masrafları olarak gerekli yardımcı malzeme giderleri de (bunlar gözlük, işitme cihazları, özel ayakkabı, tekerlekli sandalye, özel yataklar) sayılmaktadır. İlk edinim masraflarının yanı sıra, sarf malzeme ve periyodik giderler ödenebilmektedir. Akla ilk gelen örneğin körler için bir köpeğin ilk satın alım masrafları ve sonrasında aylık beslenme masrafları ve zarar görenin yaşadığı evin durumuna göre, artan yaşam alanı ihtiyacı ortaya çıkmaktadır. Artan yaşam alanı ihtiyacı, kapsamında, yapım giderleri veya tadilat giderleri ve de yaralanmaya bağlı taşınma durumunun giderlerinin ödenmesi şeklinde olabilir (bak OLG Köln, 1992, 506; OLG FfM, 1990, 912). Kira ücretinin ödenmesi usulünde temel yaşama alanının kira bedeli ödemeye dahil değildir ve ödenekten düşülmelidir. Zarar nedeniyle ortaya çıkan daha yüksek aidatlar ödenebilir (örn. ağır yanık vakalarında gerekli daha yüksek ısı ihtiyacı.) Diğer ihtiyaçlar kaleminin de zararın hesaplanmasında önemli yer tutabilir, bu kalemin içeriğinde ilaç, yürüme engelliler için

özel diyet, kür ve masaj vs. oluşturmaktadır. Şayet hareketliliğin temel ihtiyacını karşılamak için gerekli olmaktaysa, artan hareketlilik ihtiyacı için edinim masrafları veya aracın tadilat masrafları ödenebilmektedir (*Pardey* [s.o.], Rn 1879 ff.).

4. Gelir Kaybı

Kişinin zararının hesaplanmasında en zor kalem uğradığı gelir kaybı oluşturmaktadır. Burada asıl konu kişinin iş gücünün kaybı veya etkilenmesi olmamaktadır (MK, 2008, 824). Daha çok zarar görenin yaralanmalarına bağlı iş gücünü eskisi gibi kullanamamasından kaynaklanan her türlü ekonomik dezavantajlar telafi edilebilmektedir (MK, 2008, 824). Öncelikle maaşı, izin parası dahil, ikramiyeler, fazla mesai, ek ödemeler (ek ödemelerden harcırah, il dışı çalışma harcırahı kısmen telafi edilemez sayılmaktadır). Ama işsizlik parası, ek gelirler de ödenebilmektedir bunu yanında serbest meslek gelirleri de ödenebilmektedir (bunu için bak *Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn 42 ff m.w.N.) Bunun yanında zarara uğramasaydı, ev içinde ev için yapılan işlerde aile bütçesine katkı sağlayacaktı (akla ilk gelenler evdeki tamirat işleri, boya badana işleri ve bahçe bakımı) veya kendi evinin yapımı sırasında bedenen yaptığı iş katkısı (LG Duisburg, Schaden-Praxis (Zarar Uygulaması) 2000, 307; MK, 1989, 1308). Bunun yanında sigorta bağlamında uğranılan dezavantajlar, sigorta prim artışları ve risk katkı payları uğranılan zarar hakkı olarak talep edilebilmektedir (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 42 a.E.). Zararın hesaplanmasında brüt veya net maaş geliri mi temel alınır sorusu çok da önemli değildir, yasa hükümleri hesaplamalarda iki gelir türünün de kullanılmasına müsaade etmektedir (MK 1995, 104; bunun için karşılaştı *Pardey* [s.o.], Rn. 2268 ve devamı) Hesaplamalarda brüt maaş temel alındığında avantaj dengelemesi bağlamında, vergi ve katkı paylarındaki indirimlerin dikkate alınması gerekmektedir hesaplamalarda net maaş temel alındığında ise gerçekte tahakkuk edecek vergi ve katkı payları zarar açısından hesaba katılması gerekmektedir. Böyle olunca iki hesap tür de doğru uygulandığında aynı sonucu vermektedir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bu zarar diliminin temel sorunun bir tarafı, zarara uğrayanın, bu kaza olmasaydı, mesleki geleceğine ilişkin yapılacak tahminlerde yatmaktadır. Örneğin bir memur için bu tahmin çok kolay yapılabilir, bağımlı bir sözleşmeli için tahminde bulunmak zorlaşmaktadır ve serbest meslek sahibi için, şayet branşı daha yeni branşlardan ise uygulayan için ve zarara uğrayan için oldukça zor bir durum teşkil etmektedir. Özellikle çocuklarda geleceğin tahmini çok büyük sorun teşkil etmektedir. Yasa hükümleri özellikle bu bağlamda oldukça maliyetli tahminler yapılmasına olanak tanımaktadırlar. Şimdiki durumdan başlayarak emeklilik yaşına kadar olabilecek durumun tahminin yaparken birçok unsurun dikkate alınması gerekmektedir. Yetenek, kabiliyet, vasıf, meyil, çalışkanlık, mesleki başarı olanakları, başlanmış kariyer, kazanılan gelirleri, ortalama başarısı, iş bulma riski, kalifikasyon, vs. Gelir kaybı maaşının belirlenmesinde çok adil ve güvenilir olunması bir zorunluluktur, aksi takdirde gelir tazminatı değil de geçici durum değerlendirme tazminatı söz konusu olmaktadır (*Pardey* [s.o.], Rn 2081). Hesaplamaların güvenilirliğini sağlamak için kısmen de olsa ölçülemezlik indirimleri uygulanmaktadır (MK, 1995, 422).

Bu zarar diliminde zararı hafifletme yükümlülüğü özellikle çok büyük önem arz etmektedir. Yaralının kendisine uygun görülen bir işi arayışı işine girmez ve aslında kendisine uygun iş bulunabileceği olasılığı bile bunun ihlali varsayılmaktadır (MK, 2007, 76). Öncelikle zarar görenin eski iş yerine geri dönmesi ve orada eski işinde çalışması hedeflenmektedir, sadece çalışmaya devam etmesinin imkansız olduğu durumlarda, bu hususun zararı hafifletme yükümlülüğü için önem arz etmediği varsayılmaktadır (karşılaştır OLG FfM, ZfS 2002, 20). Bu nedenlerden dolayı zarar gören kişi haksız işten çıkarıldığında, işvereni haksız işten çıkardığı için mahkemeye vererek karşı gelme zorunluluğu vardır, bunu yapmazsa zararı hafifletme yükümlülüğünü ihlal etmiş sayılacaktır (OLG Oldenburg, r+s 2007, 303). Şayet zarar gören kişinin aynı seviyede bir işte çalışması mümkün değilse, elindeki iş gücü kullanarak çalışma hayatına dönmesi gerekmektedir ve burada kaybettiği iş gü-

cünün farkı kadar tazminat hakkı doğar, yani kaybettiği maaşı ile son durumu ile aldığı maaşının farkını talep edebilmektedir. (karşılaştır MK 1979, 424). Ama gerçekten bir işe devam edebilme olasılığı, uygun bir işin var olmasına, özellikle de zarar görenin sağlık durumunun elverişli olmasına, sosyal konumu, önceki arkadaş çevresi, kabiliyeti, eğitimi, bilgisi, yaşı, uyum sağlama yeteneği dikkate alınması gerekmektedir (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 60). Her harikulade kendini aşarak elde edilen gelir avantaj sayılmaktadır, bu örneğin daha önce fırın ustası ve bölüm şefi olarak çalışan bir kişi fırında basit bir tezgahlar işçisi olarak çalışmaya devam etmesidir, aslında yukarıda dile getiren unsurlar nedeniyle böyle bir işte çalışma zorunluluğu yoktur (diğer bir basit içerik OLG Hamm, 1995, 669). Şayet eşit seviyede bir iş bulunamazsa, zarar gören kişi için ilkesel olarak, durumuna uygun eşit seviyede olan bir meslek eğitimi alması zorunluluk arz etmektedir (MK 1961, 1081). Yapılan bu mesleki eğitimin masrafları tabii ki zarar olarak talep edilebilecektir (MK Z 84, 151). Yüksek maliyetli, daha üst düzey bir mesleki eğitimin masraflarını ödenmesine, sadece aynı seviyedeki meslek eğitimin hiç bir şekilde mesleki başarıyı, yani iş bulma başarısını sağlamadığı durumlarda müsaade edilmektedir (MK, 1982, 767).

Bu kalem diliminde de sosyal sigorta ve sosyal sigorta taşıyıcısına veya özel sigortaya temlikleri büyük önem taşımaktadır, bu olduğunda zarar görenin dava ehliyeti düşmektedir. Dava ehliyetinin yanı sıra üçüncü bir tarafın sağladığı ödemeler yasal olarak dikkate alınmamaktadır, çünkü eşleşim olmayacaktır, bunun nedenine gelince, burada kendi çabasıyla elde ettiği haklarını veya aile birliği tarafından sağlanan mali yardım, zarar verenin lehine bir avantaj teşkil etmesini önlemeyi amaçlamaktır.

5. Ev İdaresi Zararı

Ev idaresi zararı, burada hem evin erkeği hem de evin kadını açısından hak ettiği zarar telafisi olarak ele alınacaktır (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 181). Bu kalemde ya varsayılan bir

yardımcının alacağı maaşı temel olarak hesap yapılabilir veya böyle bir yardımcı gerçekten tutulabilir ve onun aldığı maaşının ödemesi talep edilebilir (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 188 d.s., ve 205 d.s.). Bu konu başlığı altında zarar görülen olaydan önce ücretsiz yapılan işlerde bir açıdan zarar olarak dikkate alınabilir. Burada ilk akla gelenler arasında özellikle zarar görülen olaydan önce gönüllü olarak yakın akrabalar için yapılan refakat ve bakım hizmetleri olup, zarar görülen olaydan sonra artık yapılamayan bu hizmetleri kapsamaktadır (*Pardey* [s.o.], Rn 2704 ff und 2710). Nafaka hakkı olan bir yakını için gerçekleştirilen ücretsiz yardım işleri de ödenebilmektedir, gönüllü fahri hizmetlerin ödenmemektedir (manevi tazminat hususunda ise bu durum hesaba katılabilir) (karşılaştır *Pardey* [s.o.], Rn 2716 d.s. und 2759 d.).

6. Manevi Tazminat (Acı Parası)

Yaralamalı kaza durumlarından sonra manevi tazminat yani acı parası sorusu gündeme gelmektedir. Bu hususun Almanya'da - aynı şekilde Türkiye'de de - çift yönlü işlevi vardır, zarar görenin başına gelme durumu açısından, bir yandan uğranılan manevi zararları telafi etmeli, diğer taraftan manevi zararı hafifleterek az da olsa manevi memnuniyet vermelidir. Gerçek hayatta manevi zararların telafisi şeklindeki uygulamasına daha çok ağırlık verilmektedir (bak örn. OLG Düsseldorf, VersR 2004, 120). Telafi için acının süresi, büyüklüğü ve şiddeti, çekilen ıstırap ve zedelenme ve de kalıcı deformasyon belirleyicidir (MK, 1955, 615). Yoğun subjektif türden hissedilen ıstırap ve ağrılar tıbbi faktörler ile birlikte somutlandırılmalı, bunu yaparken zarar gören kişinin yaşı, bu acı ve ıstırapları çekeceği tahmini süreyi, aynı şekilde cefakesliği hissedebilmesi büyük önem taşımaktadır. Bunun anlamı şudur, bitkisel hayata geçmiş kişi, hissedebilme duyularını büyük ölçüde yitirmiş olduğundan, manevi tazminatında indirim uygulanır, yani sadece bir "bitki gibi yaşayan", tüm beyin fonksiyonlarını yitirmiş bir zarar görenin, acı parasını hak etmesi söz konusu olmayacağıdır (*Pardey* [s.o.], Rn 2837 m.w.N.). Manevi tazminatın belirlenmesinde tazminatı belirleyen hakim, kısıtlı somut

belirleme yöntemleri olmamasına rağmen, birçok unsurların hesaba katması gerekmektedir, bu da aynı zamanda çok geniş kanaat kullanımı anlamına gelmektedir. Bunu yaparken belirleyen hakim bu unsurlardan istediğini, istediği gibi ele alabileceği anlamına gelmez, kararını belirlerken, kanaatını kullanırken geçerliklerini de açıklamak zorundadır (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 281). Daha önce hazırlanmış manevi tazminat ödenek çizelgeleri karar vericilere önemli ölçüde ipuçları verebilmektedir, bu çizelgeler bir çok kararları sistematik değerlendirerek hazırlanmıştır ve tazminatı belirleyen hakimlere benzer olaylardaki uygulamaları karşılaştırma olanağı sunabilmektedir. 281). Manevi tazminat maddi parasal tazminat olarak belirlenir, tazminatı belirleyen hakim her bir bireysel duruma göre manevi tazminat ayılığı da bağlayabilir (*Pardey* [s.o.], Rn 2876).

Alman hukuk sisteminde yakınlar için otomatik olarak bağlanan manevi tazminat uygulaması yoktur. Alman hukuk sistemi örneğin Fransız hukuk sistemine nazaran şoka uğrayan kişinin gördüğü zarara karşı daha ihtiyatlı davranmaktadır. Burada manevi tazminat yakınına kaybeden kişinin üzüntüsü uzun süren psiko-patolojik kayıp üzüntüsüne dönüştüğünde ödenebilmektedir (MK 1989, 853).

V. Ölümle Sonuçlanan Zarar Kalemi

Ölümlü vakalarda, zarar gören kişiye değil de, zarar gören kişinin yakınları için özel zarar tazminatı alma hakkı doğabilir, mirasçılara (ek olarak) daha önceden burada belirtilmiş yaralama tazminat haklarından doğan ödemeler de devrolunabilir.

1. Nakit Geçim Zararı

Ölümlü kazalarda miktarı açısından en hacimli zarar kalemini nakit geçim zarar tazminatı oluşturmaktadır, özellikle de ailenin tek geçiminin kaynağı ölen kişi olmuşsa. Almanya'da geçim genelde geçim nafakası hakkı eşler arasında, kayıtlı yaşam partneri birliktelikleri, kısmen boşanmış eşler, düz çizgide

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

aile akrabalıkları, yani ebeveynlerin çocukları ama bazen de çocukların ebeveynleri arasında olmaktadır (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 322). Yasal nafakanın miktarı yasal geçim standartları çerçevesinde belirlenmektedir. Zarar telafisi (tazminat) yükümlünün muhtemel hayatı süresince ödenecektir (nafaka yükümlülüğün olası erken ölümlü ile sona erer). Zarar görenin muhtemel hayat süresi, zarar veren olay tarihinde ölenin istatistiksel yaşam beklentisi, özel yaşam koşulları ve sağlık durumu dikkate alınarak hesaplanmaktadır (MK, 2004, 653). Şayet dul ve yetim aylığı zarar veren olay nedeniyle çok düşük kalmışsa, zarar telafisi muhtemel ölüm zamanından sonraki süreç için de hesaplanabilir (MK 1962, 568). Şayet zarar veren olay nedeniyle geçim nafakası yükümlülüğü için rezervler oluşturamıyorlarsa, aynı husus esnaf ve serbest meslek mükellefleri için de geçerlidir (OLG Stuttgart, 2002, 1520). Nafaka zararının miktarın tespitinde ölenin bakmakla yükümlü olduğu kişilerin geçim durumlarının olası seyrinin gelişimi ile ilgili tekrardan birçok belirsizliklerle dolu tahminler gerekmektedir (MK, 2004, 75). Burada gelir kaybı zararının tahmininde olduğu gibi aynı unsurlar dikkate alınmalıdır.

Uygun nafaka miktarı - çok basit şekilde - öldürülen nafaka yükümlü kişinin yaşam şartlarına ve de nafaka alacak kişilerin yaşam standardı ve ihtiyaçlarına bağlı belirlenmektedir. Öldürülen kişinin yaşam ihtiyaçları için kullandıkları varsayılan tüm gelirleri belirleyici olup, hesaplama sırasında dikkate alınacaktır (MT, 2004, 75). Aile hukuku ile ilgili özellikle de Düsseldorf’da hazırlanmış ve hizmete sunulmuş geçim çizelgelerinde belirtilen meblağlar sadece kısmen kullanılabilir, zira geçimsiz aileler için hazırlanmıştır ve o nedenle çift ev idaresini sağlamaya yöneliktir, ailenin geçimini sağlayan kişi öldüğünde, bu çizelgeler kullanıldığında geride kalanlar için tanımlanan zarar nafakası çok düşük kalmaktadır (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn 347). Buradaki hesaplamalarda ev idaresinin sabit giderlerinin önden onaylanıp tanımlanması ile hesap daha adil olacaktır (MK NJW 2012, 2887) Sabit giderler tanımı örneğin, kira, elektrik, su, ısınma giderleri araç giderleri, kreş giderleri, ailenin sosyal güvencesi için gerekli sigorta prim

giderleri gibi giderler teşkil etmektedir (karşılaştır MK 1998, 333). Bunun gerçekleşmesi şu şekilde olmaktadır, sabit giderler net gelirden düşülür, bakmakla yükümlü kişilerin payına düşen miktar tekrar net gelirleri üzerinden ödenir. Kişisel ihtiyaçlar için gerekli aylık gelirin orantılanması ile ilgili, bunların öncelikle tespitinin yapılması gerekmektedir. Bu öncelikle net gelirlerden sabit giderlerin düşülmesi ile gerçekleşir, akabinde tasarruf için aylık katkı payı düşülür. Öldürülenin kendisi için de gelirinden harcadığı oranın miktarı da dikkate alınmaktadır, sonrası bakmakta yükümlülerin payına uygun düşmekte olan kısımdır. Bunun gerçekte genelde sabit oranlarla örneğin 2 çocuklu dul için paylaştırıldığında % 30/15/15 olarak uygulanmaktadır (daha farklı oranlar da uygulanır, MK, 1986, 264). Federal Yüksek Mahkeme, bakmakta yükümlü çocukların yaşların göre paydaş olmalı hususunu talep etmiştir, zira çocukların ilerleyen yaşlarıyla birlikte ihtiyaçları da değişmektedir, özellikle de üniversite eğitimine başlayanlar açısından ele alındığında (MK, 1987, 1243). Bu hesaplamaları yaparken kimsesiz çocukların gelirleri de dikkate alınır, bu durumda da bakmamakla yükümlülerin yaşına göre çalışabilir durumu, erken işbaşı ve eğitim durumuna göre çalışma yükümlüğü getirebilir.

2. Natürel (Doğal) Geçim Zararı

Şayet öldürülen kişi çocuk bakım ve eğitimi ile ilgileniyorduydu veya ev idaresi onun sorumluluğu altındaydıysa, nakit geçim zararının yanı sıra ölenin aile fertlerine bakım geçim zararına daha doğrusu natürel (doğal) geçim zararına uğrayabilirler. Zararın miktarı, nakit geçimindeki gibi gerçekleşen zorunlu hizmetlerden değil de, yasal olarak sorumluluk kapsamında yapılan natürel (doğal) hizmetlerden ortaya çıkmaktadır (MK, 1993, 56). Bu bağlamda artık Almanya'da yasal olarak klasik ev hanımı evliliğinden yola çıkılmadığı için arda kalan eşin, evin idaresini yapan partnerinin ölümünden sonra, ev idaresi açısından hangi önemli işleri üstlenebileceğinin araştırılması gerekmektedir. Diğer taraftan ağırlıklı olarak ev idaresi ve çocuk eğitimi ile ilgili olmayan eşin ölmesiyle birlikte, ölen

kişinin kanunen bazı işleri üslenmesi yükümlülüğü vardysa, tabii ki natürel (doğal) geçim zararı ortaya çıkabilir. Keza eşler arasında yapılan iş bölümü hafife alınacak bir unsur değildir, çünkü yeteneklerine göre ev idaresi yükümlülüklerini kendi aralarında anlaşarak bölüştürmeleri gerekmektedir (karşılaştır *Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 362 ve devamı) Gerçekte gerekli zaman süreci ise Almanya'da zaman çizelgelerinden faydalanarak hesaplanır, bu çizelgeler idare edilecek evin büyüklüğüne, sosyal yapı ve teknik donanımına göre gerekli zaman süreçlerini sabitlemektedirler (karşılaştır MK, 1988, 490). Örneğin 4 kişilik, orta sosyal yapıda bir evin idaresi için ev idaresinden sorumlu eş öldüğünde, kalan 3 kişilik ev idaresi için haftalık 49 saat belirlenmiştir (MK, 1979, 670). Saat ücreti olarak federal sözleşme tarifesine tabii bir ev yöneticisinin saat ücreti temel alınmaktadır, ailenin gerçek ihtiyaçları göz önünde bulundurularak gündelikçi veya saatli yardımcı hizmet de alınabilir (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn 373). Özellikle evde iki çalışan dikkate alınır ve kazançla zararın dengelenmesinde üçüncü kişilerin hizmetleri göz önünde bulundurulursa ve ayrıntılara bakıldığında bu kalemin hesaplanmasında büyük zorluklarla karşılaşılır. Örneğin geçim zararına bakıldığında, arda kalan kişi tekrar evlendiğinde, sonuç olarak uğradığı zarar ortadan kalktığı için hesaba katılması gerekmektedir. Burada geçim zararı emeklilik maaşı şeklinde değil de, parasal karşılık olarak verilmişse sorun ortaya çıkabilmektedir, ortaya çıkan soru da, gelecekte geçim nafakasının ortadan kalkma durumu için hangi olasılık faktörü hesaba katılır.

3. Cenaze Masrafları

Son olarak kısaca Medeni Kanununun 844. maddesinin 1. bendine göre zarar telafi kalemi olan cenaze masraflarına değinilecektir. Telafi edilen masraflar standart bir cenaze törenini kapsamaktadır. Standardın belirleyici faktörler ise, ölenin uyruğu, sosyal konumu ve ekonomik durumudur ve çevresinde saygılı bir cenaze merasimi için adet ve törelerdir (MK, 1974, 140). Uygun bir cenaze töreninin masraflarını belirlemek için gerekli faktörler, uygun bir mezar yeri, tabut, cenaze ilanları, teşekkür

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

ilanları, yeme içme, misafirlerin barınması, çiçek ve çelenkler, resmi ve dini vergi ve harçlar, mezar yerinin ilk çiçeklendirilmesi, nakliye giderleri, taziye kıyafetleri (diğer kalemlerle karşılaştır *Pardey* [s.o.], Rn 3469). Herhangi bir mirasçı sosyal sigorta kurumundan veya işverenden ölüm parası alırsa, bu tutardaki meblağ ödenecek tutardan mahsuplanır (MK, 1986, 698).

VI. Sonuç

Bu kısa özet Federal Alman Kişisel Yaralanma Hukuku ile ilgili ilk izlenimleri edinme imkanı sunmaktadır ve Türk okuyucularına çelişkili kararlar potansiyelini gözler önüne sermektedir. Türk güvence sistemi ile Alman güvence sisteminin başlangıç pozisyonunda çok büyük benzerlikler olmasına rağmen, her bir kalemlerin telafisinde daha doğrusu hesaplamalarında hiçbir şekilde örtüşme bulunmamaktadır.

DIE BERECHNUNG DES PERSONENSCHADENS IN DEUTSCHLAND

Prof. Dr. Jens GAL^{*1}

Ein grober Überblick

I. Einführung

Es gibt in der Türkei und in Deutschland ein gleichlautendes Sprichwort: „Rüzgar eken, fırtına biçer“ – Wer Wind sät, wird Sturm ernten. Dieses anschauliche Wort mag soziologisch richtig sein, rechtlich hingegen ist es dies nicht. Nach der deutschen – und wohl auch der türkischen – Rechtsordnung wird ein Schadensverursacher nicht dazu angehalten, Strafschadensersatz zu leisten, sondern lediglich dazu, den verursachten Schaden vollumfänglich zu kompensieren. Wenn wir im Sprichwort bleiben wollen, so erntet derjenige, der Wind sät, eben keinen Sturm, sondern einen Wind der gleichen Stärke. Genau hier beginnen jedoch gerade beim Personenschaden die Probleme, da die einzelnen kompensationsfähigen Schadenspositionen teilweise schwerer zu bestimmen oder zu quantifizieren sind, als dies beim Sachschaden der Fall ist. Hinzu-

* Prof. Dr. Jens Gal, Maître en droit ist Juniorprofessor für Europäisches Versicherungsrecht und Mitglied des International Center for Insurance Regulation an der Goethe-Universität in Frankfurt am Main. Der Vortrag beruht weitgehend auf dem Redemanuskript zum Vortrag auf der gegenständlichen Tagung in Ankara, wobei nur einige Verweise und sprachliche Korrekturen vorgenommen wurden.

kommt, dass sich gerade beim Personenschaden im Hinblick auf in Deutschland besonders stark ausgeprägte Sozialsysteme die Frage des Vorteilsausgleichs nahezu zwangsläufig stellt. Somit ist zu bestimmen, ob Vorteile, die dem Geschädigten anlässlich des Schadensfalls zufließen, bei Berechnung der Schadenshöhe zu berücksichtigen sind.

II. Überblick zu den Anspruchsgrundlagen

Bevor wir uns den einzelnen ersatzfähigen Schadenspositionen zuwenden, mag es hier zunächst sinnvoll sein, die Definition eines Personenschadens im deutschen Schadensersatzrecht und die Anspruchsvoraussetzungen für seine Ersatzfähigkeit vorzuzeichnen.

Als Personenschaden wird eine Einbuße an Lebensgütern und daraus resultierende Vermögensschäden verstanden, die zurückzuführen sind auf ein schadenstiftendes Ereignis, das den Todes, die Verletzung (worunter jeder äußerliche Eingriff in die körperliche Unversehrtheit zu verstehen ist), oder eine Gesundheitsschädigung von Menschen (d.h. die Störung der inneren Lebensvorgängen) zur Folge hat (vgl. BGH, VersR 2012, 714). In wie weit auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht dem Personenschaden i.w.S. zuzurechnen ist, mag vorliegend dahin stehen. Ein solches ist zumindest über § 823 Abs. 1 BGB als sonstiges Recht geschützt, wird vorliegend jedoch aus der Betrachtung ausgeklammert.

Der zivilrechtliche Schutz der Unversehrtheit der Person beruht in Deutschland auf einem grundsätzlich dreigeteilten Anspruchssystem. Es gibt zum einen deliktische Normen, über die ein Verletzter ein Personenschaden ersetzt verlangen kann, wenn (vermutetes) Verschulden des Schädigers gegeben ist. Zudem werden in Deutschland zahlreiche Gefährdungshaftungstatbestände statuiert, die auch Personenschäden decken. Schließlich kann der Personenschaden auch von einer vertraglichen Haftung erfasst sein (bspw. im Fall des Arbeitsvertrages).

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

In allen diesen Fällen sind die Anspruchsvoraussetzungen teilweise unterschiedlich. Auch sehen einige dieser Gesetze Haftungshöchstsummen vor, sodass sich im Ergebnis größere Unterschiede hinsichtlich der Ersatzfähigkeit ergeben können. Das deutsche Recht geht jedoch im deliktischen Bereich (bzw. genauer im Haftungsbereich) grundsätzlich vom Kumulationsprinzip aus (anders bspw. in Frankreich, wo das *principe de non-cumul* herrscht), sodass es dem Geschädigten freisteht, Schadensersatz aus unterschiedlichen einschlägigen Anspruchsgrundlagen geltend zu machen. So kann beispielsweise der Erbe eines durch ein Kfz Getöteten, wenn eine Gefährdungshaftung des Halters gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 1 Hs 1 StVG, der den Schadensersatz im Fall der Tötung oder Verletzung eines oder mehrerer Menschen durch dasselbe Ereignis auf insgesamt fünf Millionen Euro beschränkt, nicht zum vollen Erfolg führt, den ausstehenden Rest des Personenschadens bei Vorschulden des Halters aus § 823 Abs. 1 BGB einklagen.

Sehr grob stellt sich die Anspruchsvoraussetzungen also so dar – für einzelnen insbesondere Gefährdungshaftungstatbestände mag dies stark abweichen –, dass zunächst ein geschütztes Rechtsgut (d.h. Leben, Gesundheit, körperliche Integrität eines Menschen) verletzt werden musste, ein Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen des Anspruchsgegners vorliegt, Pflichtwidrigkeit, Rechtswidrigkeit bzw. Sorgfaltswidrigkeit des Anspruchsgegners zu konstatieren ist und eine haftungsbegründende und (hinsichtlich eines ersatzfähigen Schadens) eine haftungsausfüllende Kausalität vorliegt. Erheblichen Einfluss auf die Ersatzfähigkeit der einzelnen Schadenspositionen bzw. des Gesamtschadens der Höhe nach haben zudem noch ein etwaiges Mitverschulden, die Verletzung einer Schadensminderungspflicht und die Berücksichtigung von schadensmindernden Vorteilen. Gerade die letzten Faktoren werden im Folgenden nur im Ansatz berücksichtigt werden können. Vielmehr soll es nun darum gehen, welche wirtschaftlichen Nachteile den Personenschaden bilden und in welcher Weise sie berechnet werden.

III. Systematisierung der Schadenspositionen

Der Einfachheit halber betrachten wir die einzelnen Schadenspositionen unter dem Blickwinkel 1) ersatzfähige Nachteile bei Verletzung eines Menschen und 2) Ersatzfähige Nachteile bei Tötung eines Menschen. Im Falle der Tötung eines Menschen, bei dem der Tod nicht sofort eintritt, können einzelne der Schadenspositionen, die mit der Verletzung eines Menschen zusammenhängen natürlich schon entstanden sein und nunmehr per Rechtsnachfolge auf den Erben des Getöteten übergegangen sein. Die Grenze ist insofern nicht als ausschließlich zu verstehen. So kann beispielsweise der Rechtsnachfolger eines später verstorbenen Geschädigten alle Kosten einer versuchten Heilung ersetzt verlangen, wenn sie angemessen, sachgerecht und zweckentsprechend waren.

IV. Schadenspositionen bei Verletzung

Bei Verletzung einer Person drängt sich als offensichtlichste Schadensposition die Heilbehandlungskosten auf. Diese werden jedoch typischerweise allenfalls sehr bruchstückhaft durch den Geschädigten geltend gemacht werden können (womit nicht gesagt sein soll, dass dieser Position in der praktischen Schadensregulierung keine Bedeutung zukommt, sie wird nur von anderen Akteuren geltend gemacht). Daneben sind aber einige andere Schadenspositionen von herausragender Bedeutung.

1. Heilbehandlungskosten

Vom Grundsatz der vollständigen Restitution des Schadens nach § 249 BGB ausgehend, gilt als Personenschaden insbesondere die Wiederherstellung der Gesundheit in Form der Heilbehandlungskosten. Im Hinblick auf die Schadensminderungspflicht des § 254 Abs. 2 BGB sind die tatsächlich entstandenen, angemessenen Kosten aller schadensfallbedingten und erforderlichen Heilbehandlungsmaßnahmen zu ersetzen. Erforderlich ist die Heilbehandlung, wenn sie vom Standpunkt

eines verständigen Menschen bei der gegebenen Sachlage medizinisch zweckmäßig und geboten erschien (BGH, VersR 1970, 129). Angemessen sind die Kosten, wenn sie bei objektiver Ansehung der persönlichen Lage und Besonderheiten des Geschädigten nicht unverhältnismäßig erscheinen (vgl. *Pardey*, Berechnung von Personenschäden, 4. Auflage, Heidelberg 2010, Rn. 1731 ff.). Unter die ersatzfähigen Elemente zählen hierbei die tatsächlichen Kosten der Wiederherstellung der Gesundheit oder der Linderung von Schmerzen, die Betreuungs- und Pflegeleistungen von Angehörigen, die Besuchskosten bei stationärer Behandlung sowie etwaige Neben- und Zusatzkosten.

Heilbehandlung ist hierbei jede Tätigkeit, die aufgrund der Schadensergebnisfolgen durchgeführt wird, wenn sie ihrer Art nach als medizinisch notwendige Krankenpflege anzusehen ist und auf Heilung, Besserung oder Linderung zielt (BGH, VersR 1996, 1233). Hinsichtlich der Ersatzfähigkeit der Kosten kommt es nicht auf den Erfolg, sondern allein darauf an, dass eine realistische Chance auf Linderung bestand. Die Heilbehandlung umfasst neben der ärztlichen Betreuung, die Versorgung mit Arznei- und Verbandsmitteln, die Anwendung von Heilmitteln (wie Massagen) und notwendige Fahrtkosten zur ambulanten medizinischen Behandlung.

In diesem Bereich ist jedoch zu berücksichtigen, dass hinsichtlich des Schadensersatzanspruchs für Heilbehandlungskosten in Deutschland typischerweise eine Legalzession greifen wird. So lautet die Regelung bei der gesetzlichen Krankenversicherung, dass der Schadensersatzanspruch gemäß § 116 SGB X bereits zum Unfallzeitpunkt soweit auf den Sozialträger übergeht, wie dieser Leistungen an den Geschädigten zu erbringen hat. Auf den Privatversicherer gehen gemäß § 86 Abs. 1 VVG die Ansprüche hingegen erst dann und soweit über, wie dieser den Schaden gegenüber seinem Versicherten ersetzt hat. Soweit dies geschehen ist, besitzt der Geschädigte für diese Schadenspositionen keine Aktivlegitimation mehr. Ein etwaiger Rechtsstreit über die Heilbehandlungskosten wird

sich also typischerweise im Verhältnis Versicherer-Schädiger abspielen. Das heißt jedoch nicht, dass hier nicht bestimmte Schadenspositionen beim Geschädigten verbleiben. Beispielsweise übernehmen die gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich nicht die Kosten für rezeptfreie Medikamente, keine notwendigen Fahrtkosten (es sei denn, sie sind zwingend), keine Kosten für Sehhilfen und Brillen (es sei denn es handelt sich, um eine schwere Sehbehinderung). Besonders wichtig ist hierbei, dass ein Übergang der Heilbehandlungskosten dort nicht in Frage kommt, wo der (Sozial-)Versicherer eine Eigenbeteiligung vorsieht. Um beim Beispiel der gesetzlichen Versicherung zu bleiben, hat beispielsweise jeder Versicherte pro vollstationärem Krankenhausaufenthalt bis zu 28 Tage eine Tagespauschale von 10 Euro selber zu tragen. An den Kosten von Arznei- und Verbandmitteln wird der Versicherte mit 10 % des Abgabepreises, mindestens 5 und höchstens 10 Euro beteiligt; bei Heilmitteln beträgt die Selbstbeteiligung auch 10 % (jedoch ohne Höchstgrenze) und zuzüglich 10 Euro pro Verordnung. Hinsichtlich all dieser Positionen geht der Schaden also nicht auf den Sozialversicherer über, sondern verbleibt beim Geschädigten (vgl. *Küppersbusch/Höher*, Ersatzanspruch bei Personenschaden, 11. Auflage, München 2013, Rn. 355 allerdings nicht ganz aktuell).

Ersatzfähige Mehrkosten, die nicht auf den Sozialversicherer übergehen, können auch dann entstehen, wenn der gesetzlich Versicherte eine privatärztliche Behandlung in Anspruch nimmt oder beispielsweise bei stationärer Behandlung ein Doppel- oder Einzelzimmer in Anspruch nimmt. Diese Behandlungen werden jedoch grundsätzlich für nicht erforderlich bzw. die Kosten für nicht angemessen erachtet (vgl. BGH, VersR 2004, 1180). Eine Ausnahme ist jedoch zum einen dann zu machen, wenn die gesetzliche Behandlung nur unzureichende Aussichten auf Schadensbeseitigung bietet. Eine weitere Ausnahme wird dann gemacht – schließlich kommt es bei der Angemessenheit auf die persönliche Lage des Geschädigten an – wenn dieser sich schon in der Vergangenheit privat hat behandeln lassen und insofern beweist, dass er die zusätz-

lichen Kosten auch ohne Schädiger getragen hätte (vgl. BGH, VersR 2005, 1559). Ähnliche Grundsätze gelten auch hinsichtlich einer Behandlung im Ausland, wobei zu berücksichtigen ist, dass in Deutschland sehr erfahrene und kompetente Ärzte praktizieren, sodass der Nachweis, dass eine Behandlung in Deutschland nur unzureichende Aussicht auf Erfolg bietet, nur schwer zu erbringen sein wird (siehe BGH, VersR 1969, 1040). Allerdings haben deutsche Gerichte zumindest bei besonders komplizierten Unfallverletzungen das Aufsuchen ausländischer Kapazitäten mit neuen Behandlungsmethoden zahlreich für ersatzfähig gehalten (bspw. OLG HH, VersR 1988, 858).

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass nur konkret angefallene Behandlungskosten ersatzfähig sind, fiktive Kosten oder die Anwendung eines Pauschalbetrages kommen nicht in Frage.

2. Weitere Heilbehandlungskosten (unentgeltliche Betreuung und Pflege)

Von der Nichtersatzfähigkeit fiktiver Kosten abzugrenzen ist jedoch die Ersatzfähigkeit unentgeltlicher Betreuungs- und Pflegeleistungen im Rahmen des Behandlungsprozesses. Zu diesen ist vom BGH anerkannt, dass sie wirtschaftlich durch den Schädiger zu ersetzen sind, soweit sie sich aus dem selbstverständlichen, originären Aufgabengebiet der Angehörigen abheben, also als praktische Alternative zum Einsatz fremder Hilfskräfte in Betracht kommen (BGH, VersR 1999, 1156). Hierunter fallen insbesondere die Behandlungspflege, aber eventuell auch die Unterstützung bei der Grundpflege, nicht jedoch die vermehrte emotionale, persönliche Zuwendung als solche (vgl. *Pardey* [s.o.], Rn. 1786 ff.). Der hierfür festgesetzte Stundensatz liegt deutlich unter dem von Fachkräften und dürfte sich üblicherweise wohl auf nur 4 Euro belaufen (so OLG München, VersR 1995, 1506).

Allerdings ist auch die emotionale Zuwendung zumindest indirekt ersatzfähig, indem dem Geschädigten ein Ersatzanspruch für Besuchskosten naher Verwandter und Lebensgefährten dann zugesprochen werden, wenn die Besuche für die

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Genesung medizinisch notwendig sind, den Heilerfolg fördern und die Besuchskosten im Verhältnis zum Heilungsaufwand unvermeidbar erscheinen (BGH, VersR 1991, 559). Die zunehmende Schwere der Verletzung indiziert hierbei eine zunehmende Frequenz notwendiger Besuche, sodass bei leichten Verletzungen 1 bis 2 bei schwersten Verletzungen mit Lebensgefahr hingegen 5 bis 6 Besuche pro Woche für notwendig erachtet werden (*Pardey* [s.o.], Rn. 1797). Zu diesen Besuchskosten zählen bspw. die Fahrtkosten für die wirtschaftlichste Beförderungsart (bei Verwendung des Kfz wird hier häufig mit 0,20 Euro pro km abgerechnet) (OLG Koblenz, NJOZ 2004, 132). Auch erforderliche Übernachtungskosten sind ersatzfähig, sowie tatsächlich aufgewandte erforderliche Betreuungskosten für ein Kind (BGH, VersR 1989, 1308). Geschenke für den Besuchten sind entgegen früherer Rechtsprechung nicht mehr ersatzfähig (früher OLG München, VersR 1981, 560; nunmehr BGH, VersR 1991, 559). Gleiches gilt auch für den abstrakten Zeitaufwand des Besuchenden (BGH, VersR 1989, 188). Allerdings kann ein Verdienstausschlag des Besuchenden ersatzfähig sein, wenn keine anderen Umdisponierungsmöglichkeiten bestehen (BGH, VersR 1985, 784).

Ersatzfähig sind schließlich auch Nebenkosten und Zusatzkosten. So werden beispielsweise die Kosten für ärztliche Bescheinigungen und Atteste erfasst, wenn sie erforderlich sind, um einen Ersatzanspruch zu substantiieren (KG Berlin, NZV 2003, 281). Für erstattungsfähig werden auch kleine Geschenke und Trinkgelder erachtet, die dem Pflegepersonal zugewendet werden. Hierbei werden 50 Euro pro Woche des Pflegeaufenthaltes für angemessen erachtet (so zmd. *Pardey* [s.o.], Rn. 1772). Auch Mehrkosten für Telefonate und einen Fernseher im Krankenhaus sind ersatzfähig (*Pardey* [s.o.], Rn. 1772 m.w.N. und einigen Einschränkungen). Abgelehnt wird hingegen der Ersatz von Aufwendungen für zusätzliche Verpflegung, da die Krankenhausverpflegung in Deutschland für voll auf die Bedürfnisse eines Kranken zugeschnitten erachtet wird (OLG Nürnberg, ZfS 1983, 132). Umgekehrt sind hier jedoch ersparte Aufwendungen vom Schadensersatz in Abzug zu bringen,

da der Geschädigte während der Stationierung für keine Verpflegung sorgen muss. Wie hoch diese Ersparnis festgesetzt wird variiert. Es lässt sich jedoch eine Tendenz erkennen, die Ersparnis mit 10 Euro festzusetzen (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 241). Dieser anrechnungsfähige Vorteil wird bei gesetzlich Versicherten schadensersatzrechtlich typischer Weise einfach mit dem schadensersatzrechtlichen Nachteil der Selbstbeteiligung von täglich 10 Euro verrechnet, sodass sich beide Positionen neutralisieren.

3. Vermehrte Bedürfnisse

Erstattungsfähig ist auch ein Mehrbedarfsschaden. Unter vermehrten Bedürfnissen i.S.d. § 834 Abs. 1 BGB versteht man alle auf das Schadensereignis zurückzuführenden, (ständig wiederkehrenden) Aufwendungen, die dem Verletzten aufgrund dauernder Beeinträchtigung seines körperlichen Wohlbefindens entstehen (BGH, VersR 2004, 482). Der Verletzte kann hinsichtlich dieses Schadens eine (wiederkehrende) Rente beanspruchen, wobei auch eine Einmalzahlung möglich und zumindest im Hinblick einiger der Schadenspositionen gebräuchlich ist. Zu beachten ist, dass diese Rente nach neuerer Rechtsprechung nicht der Einkommenssteuerpflicht unterliegt (BFHE 175, 439; 176, 402). Die besondere Problematik bei Erfassung des vermehrten Bedarfs liegt in der richtigen Beurteilung der überholenden Kausalität. Muss man beispielsweise davon ausgehen, dass der Verletzte ab einem gewissen Alter sowieso in einem Seniorenheim untergebracht worden wäre, so entfällt ab diesem fiktiven Zeitpunkt die Ersatzpflicht des Schädigers. Dies ist insbesondere auch bei einer Kapitalisierung etwaiger Rentenansprüche gewichtigend zu berücksichtigen. Auch hier stellt sich das Problem der Aktivlegitimation des Geschädigten, wenn ein Sozialversicherungsträger oder sonstiger Dritter kongruente Leistungen erbringt und der Schadensersatzanspruch insofern auf ihn übergeht.

Eine der wichtigsten Schadensposition im Bereich des Mehrbedarfs stellen die Pflegekosten dar. Hier sind die Ko-

sten der konkret anfallenden Pflege zu ersetzen, soweit es sich bei diesen um schadensereignisbedingte Mehrkosten handelt (also soweit der Pflegebedarf der bei Hinwegdenken des Schadensereignisses bestünde überschritten wird). So sind bspw. die Kosten für die Unterbringung in einem Pflegeheim in der konkret anfallenden Höhe ersetzbar (KG Berlin, Schaden-Praxis 2010, 147). Hierbei können die ersparten Kosten für eine aufgegebene eigene Wohnung und Verpflegung als Vorteil in Abzug gebracht werden (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 265). Hier richtet sich der abzuziehende Wert allerdings nicht nach den Kosten der aufgegebenen Wohnung oder den vorherigen konkreten Verpflegungskosten, sondern nach dem objektiven der vom Heim gestellten Wohngelegenheit und des Essens (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 265). Würde man hier auf die konkreten vorherigen Kosten abstellen, so würde dem Schädiger der Komfortverzicht des Geschädigten zugutekommen. Alternativ kann auch eine professionelle Pflegekraft eingestellt werden, soweit dies aufgrund des erhöhten Betreuungsbedarfs erforderlich ist und die Bruttokosten für diese sind ersatzfähig. Zur Erstattungsfähigkeit dieser Kosten wird jedoch typischerweise verlangt, dass sie nicht in einem unverhältnismäßigen Missverhältnis zur Qualität der Versorgung stehen. Hierbei gilt es durch die Gerichte auch geographische Unterschiede zu berücksichtigen (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 265). Dies darf jedoch nicht so verstanden werden, dass ein Geschädigter indirekt zu einer Heimunterbringung veranlasst wäre, wenn die ambulanten Pflegekosten, die Heimpflegekosten deutlich übersteigen. Vielmehr geht die Rechtsprechung davon aus, dass ein Schwergeschädigter einen Anspruch darauf hat, eine angemessene Pflege in den ihm vertrauten Lebensumständen zu erfahren (OLG Koblenz, VersR 2002, 244). Berechnungsschwierigkeiten ergeben sich, wenn die Pflege zumindest teilweise nicht von externen Pflegekräften, sondern kostenlos von der Familie geleistet wird. Dieser Einsatz geschieht nicht, um den Schädiger zu begünstigen. Gleichwohl ist bei Berechnung der Kosten nicht auf die Kosten einer professionellen Pflegekraft abzustellen, aber die Mühewaltung der Familienmitglie-

der ist gleichwohl angemessen auszugleichen. Während hierbei früher auf den Marktwert als Vergleichsfaktor abgestellt wurde (BGH, VersR 1986, 173), orientiert sich die Rechtsprechung nunmehr stärker am Nettolohn einer vergleichbaren Hilfskraft (BGH, VersR 1999, 253). Die Stundensätze tendieren hierbei gegen 7 bis 10 Euro. Schwierigkeiten ergeben sich insofern vor allem bei Berechnung des tatsächlichen Zeitbedarfs der Betreuung. Während einige Pflegeleistungen, die üblicherweise von professionellen Hilfskräften übernommen werden, am Zeitbedarf dieser fiktiven Hilfskraft errechnet werden können (bspw. Füttern, Waschen, Anziehen, Einkaufen), sind solche Pflegeleistungen, die bedarfsfallabhängig sind (Hilfe bei Hustenanfällen, gelegentliche nächtliche Hilfe bei Klogängen), für einen Familienangehörigen, der in derselben Wohnung lebt wie der Geschädigte, mit erheblichen Rationalisierungseffekten verbunden, da er während der Bereitschaft anderen Tätigkeiten in seinem Lebensmittelpunkt nachgehen kann (vgl. OLG Koblenz, VersR 2002, 244). Insofern sind hier erhebliche Abschläge vom Stundensatz einer Hilfskraft vorzunehmen. Solche Betreuungsleistungen, die allein durch die elterliche oder partnerschaftliche Nähe und Zuwendung geprägt sind, sind nicht ersatzfähig.

Zu den Mehrbedarfsschäden können auch die Kosten für erforderliche Hilfsmittel (wie beispielsweise Brillen, Hörgeräte, Spezialschuhe, Rollstuhl, Spezialbetten) zählen. Hierbei sind zum einen die einmaligen Anschaffungskosten, aber auch der wiederkehrende Aufwand ersatzfähig. Zu denken ist hier beispielsweise an die Anschaffungskosten eines Blindenhundes und den daran anknüpfenden monatlichen Aufwand für dessen Verpflegung, je nach Wohnsituation des Geschädigten, kann sich hier zudem ein Wohnmehrbedarf ergeben. Im Rahmen des Wohnmehrbedarfs sind sowohl Bau- und Umbaukosten, sowie verletzungsbedingte Umzugskosten zu ersetzen (vgl. OLG Köln, VersR 1992, 506; OLG FfM, VersR 1990, 912). Bei Ersatz der Mietkosten nach Umzug ist jedoch der nicht geschuldete Grundbedarf zum Wohnen herauszurechnen. Auch schadensereignisbedingt erhöhte Nebenkosten

sind erstattungsfähig (bspw. höhere Heizkosten bei schweren Verbrennungen). Auch der Posten Sonderbedarf kann in der Schadensberechnung gewichtig sein, wobei es hier etwa um Arzneimittel, die Mehrkosten einer behinderungsgerechten Ernährung, Kuren, Massagen geht. Hinsichtlich des Mobilitätsmehrbedarfs sind die Anschaffungskosten oder die Umbaukosten eines Fahrzeugs zu ersetzen, soweit diese unerlässlich sind um den Grundbedarf an Mobilität angemessen herzustellen (*Pardey* [s.o.], Rn. 1879 ff.).

4. Erwerbsschaden

Eine der schwierigsten Positionen bei Berechnung des Personenschadens stellt der sogenannte Erwerbsschaden dar. Hierbei geht es nicht etwa um den Wegfall oder die Beeinträchtigung der Arbeitskraft als solcher (BGH, VersR 2008, 824). Ersetzungsfähig sind vielmehr alle wirtschaftlichen Nachteile des Geschädigten, die dieser dadurch erleidet, dass er seine Arbeitskraft verletzungsbedingt nicht mehr in gleichwertiger Weise verwerten kann (BGH, VersR 2008, 824). Ersetzt werden mithin der Arbeitslohn einschließlich Urlaubsentgelt, Gratifikationen, Überstundenvergütungen, Zulagen (einige Zulagen wie Spesen, Trennungentschädigungen werden jedoch teilweise für nicht ersatzfähig gehalten). Aber auch das Arbeitslosengeld und Nebeneinkünfte werden ersetzt, sowie der Gewinn eines Selbständigen (vgl. hierzu *Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 42 ff. m.w.N.). Ferner werden hier Arbeitsleistungen ersetzt, die ohne das Schadensereignis, als Beitrag zum Familienunterhalt erbracht worden wären (man denke hier beispielsweise an Reparatur- und Malerarbeiten im Haus oder Gartenarbeit) oder Eigenleistungen beim Hausbau (LG Duisburg, Schaden-Praxis 2000, 307; BGH, VersR 1989, 1308). Auch versicherungsrechtliche Nachteile, wie Prämienerrhöhungen und Risikozuschläge können schadensrechtlich geltend gemacht werden (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 42 a.E.). Ob bei Berechnung dieses Schadens- vom Brutto- oder vom Nettolohn auszugehen ist, ist unerheblich, die Rechtsprechung erlaubt für die Berechnung beides (BGH, VersR 1995, 104; vgl. hierzu

Pardey [s.o.], Rn. 2268 ff.). Bei Berechnung vom Bruttolohn sind dann allerdings Steuer- und Beitragsersparnisse im Wege des Vorteilsausgleichs zu berücksichtigen. Beim Ausgehen vom Nettolohn sind hingegen die tatsächlich angefallenen Steuern und Abgaben schadensrechtlich zu ersetzen. Insofern kommen beide Methoden richtig angewandt zum gleichen Ergebnis.

Die Hauptproblematik dieses Schadenssegments liegt zum einen in der Prognose für die berufliche Entwicklung, die der Geschädigte ohne den Unfall genommen hätte. Dies mag bei einem Beamten noch recht einfach gelingen, bei einem unselbstständigen Angestellten deutlich schwerer fallen und bei einem Selbständigen, zumal, wenn sein Gewerbe noch relativ jung ist, den Tatrichter und den Geschädigten vor erhebliche Probleme stellen. Gerade bei Kindern ist diese Prognose von ausgesprochenen Problemen geprägt. Gerade hier lässt die Rechtsprechung jedoch großzügige Schätzungen zu (BGH, NJWE-VHR 1996, 141). Bei der Einschätzung, die den Ist-Zustand *ex quo ante* in die Zukunft bis zum prognostizierten fiktiven Ausscheiden aus dem Erwerbsleben projizieren muss, sind zahlreiche Faktoren zu berücksichtigen: Veranlagung, Begabung, Fähigkeiten, Neigungen, Fleiß, Chancen zum Berufsaufstieg, begonnener Werdegang, bisherige Einkünfte, durchschnittlicher Erfolg, Beschäftigungsrisiko, Qualifikation etc. Die Bemessung der festzusetzenden Erwerbsschadensrente muss hinreichend verlässlich sein, ansonsten kommt kein Leistungs- sondern vorübergehend nur ein Feststellungsanspruch in Frage (*Pardey* [s.o.], Rn. 2081). Teilweise werden zur Herstellung der Verlässlichkeit der Bemessung aber auch Unwägbarkeitsabschläge eingepreist (BGH, VersR 1995, 422).

Daneben stellt sich in diesem Schadenssegment die Schadensminderungspflicht als besonders bedeutsam dar. Ein Verstoß gegen diese wird schon angenommen, wenn sich der Verletzte nicht in zumutbarer Weise um eine Arbeitsstelle bemüht und anzunehmen ist, dass eine Beschäftigung hätte gefunden werden können (BGH, VersR 2007, 76). Vorrangig ist der Geschädigte gehalten, trotz seiner Beeinträchtigung an

seinem alten Arbeitsplatz weiter zu arbeiten, eine Kündigung dieses wird nur im Fall der Unzumutbarkeit als unerheblich für die Schadensminderungspflicht anzusehen sein (vgl. OLG FfM, ZfS 2002, 20). Aus diesem Grund hat sich der Geschädigte auch gegen eine arbeitsrechtlich unzulässige Kündigung mit einer Kündigungsschutzklage zu wehren, da ansonsten die Schadensminderungspflicht verletzt wird (OLG Oldenburg, r+s 2007, 303). Sollte der Geschädigte gleichwohl nicht in der Lage sein, einen gleichwertigen Arbeitsplatz zu bekommen, so hat er seine verbliebene Arbeitskraft einzubringen und erhält als Schadensersatz die Differenz zwischen dem entgangenen und dem tatsächlich erzielten Einkommen (vgl. BGH, VersR 1979, 424). Ob er *in concreto* gehalten ist, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen, bestimmt sich nach der Möglichkeit und der Zumutbarkeit, wobei insbesondere der Gesundheitszustand des Geschädigten, dessen Persönlichkeit, soziale Lage, bisheriger Lebenskreis, Begabung, Bildungsgang, Kenntnisse, Alter, Anpassungsfähigkeit zu berücksichtigen sind (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 60). Jedoch ist auch *überobligationsmäßige* erzieltes Einkommen als Vorteil anzurechnen, so bspw. wenn ein bisheriger Bäckermeister und Filialleiter als einfacher Verkäufer in der Bäckerei arbeitet, wozu er auf Grund der vorgenannten Faktoren nicht zwingend gehalten gewesen wäre (leicht anderer Sachverhalt OLG Hamm, VersR 1995, 669). Soweit keine vergleichbare Arbeit gefunden werden kann, so trifft den Geschädigten im Falle der grundsätzlichen Zumutbarkeit eine Obliegenheit, sich zu einem gleich qualifizierten Beruf umschulen zu lassen (BGH, VersR 1961, 1081). Die Kosten einer solchen Umschulung können wiederum als Schaden geltend gemacht werden (BGHZ 84, 151). Eine Kostentragung für eine kostenintensivere Umschulung in einen höher qualifizierten Beruf kommt dann in Betracht, wenn eine Umschulung in einen gleichwertigen Beruf nicht möglich ist oder keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat (BGH, VersR 1982, 767).

Auch in diesem Segment spielt die Legalzession auf den Sozialversicherungs- oder den Sozialhilfeträger und den privaten Versicherer eine erhebliche Rolle, sodass es insoweit an der

Aktivlegitimation des Geschädigten fehlen wird. Jenseits der Legalzession wird eine Anrechnung von Leistungen Dritter jedoch regelmäßig ausscheiden, da es insoweit an einer Kongruenz fehlen wird bzw. diese durch eigenen Leistungen erworbenen Ansprüche bzw. aus familienrechtlichem Zusammenhalt gewährte Zuwendungen dem Schädiger nicht zu Gute kommen sollen.

5. Haushaltsführungsschaden

Der Haushaltsführungsschaden soll nur dahingehend behandelt werden, indem festgestellt wird, dass dieser sowohl dem Hausmann als auch der Hausfrau zusteht (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 181). Hier kann entweder auf Grundlage des Lohnes einer fiktiven Hilfskraft abgerechnet werden oder aber eine solche tatsächlich eingestellt werden und deren Lohn im Rahmen des Üblichen ersetzt verlangt werden (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 188 ff. und 205 ff.). In diesem Kontext sind auch andere vor dem Schadensereignis geleistete unentgeltlich Tätigkeiten als eventueller Schaden zu berücksichtigen. Zu denken sind hier insbesondere an Betreuungs- und Pfllegetätigkeiten, die der Geschädigte vor dem Schadensereignis für einen nahen Verwandten erbracht hat, durch das Schadensereignis aber nicht mehr erbringen kann (*Pardey* [s.o.], Rn. 2704 ff. und 2710). Auch die unentgeltliche Mitarbeit bei einem unterhaltsberechtigten Angehörigen ist ersatzfähig, nicht jedoch freiwillige, ehrenamtliche Dienstleistung (wobei dies im Rahmen des Schmerzensgeldes berücksichtigt werden kann) (vgl. *Pardey* [s.o.], Rn. 2716 ff. und 2759 f.).

6. Schmerzensgeld

Schließlich steht im Rahmen eines Personenschadens auch immer die Frage des Schmerzensgeldes im Raum. Dieses erfüllt in Deutschland – sowie sicherlich auch in der Türkei – eine eigentümliche Doppelfunktion, es soll zum einen Schäden kompensieren, die nicht vermögensrechtlicher Art sind, und zum anderen eine Genugtuung darstellen, für das, was dem Geschä-

digten angetan wurde. In der regulatorischen Praxis wird jedoch der Ausgleichsfunktion ein wesentlich größeres Gewicht beigemessen (siehe bspw. OLG Düsseldorf, VersR 2004, 120). Für den Ausgleich kommt es auf die Dauer, das Ausmaß und die Intensität von Schmerzen, Leiden und Beeinträchtigungen, sowie Entstellungen an (BGH, VersR 1955, 615). Leiden und Schmerzen, deren Empfinden stark subjektiv geprägt sind, müssen hierbei anhand medizinischer Faktoren objektiviert werden, wobei das Alter des Geschädigten, die voraussichtliche Leidenszeit aber auch die Wahrnehmbarkeit des Martyriums einen besonderen Einfluss haben (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 275). Bei einer Person *in extremis* bedeutet dies, dass bei erheblich herabgesetzter Empfindungsfähigkeit Abschlüge vom Schmerzensgeld zu machen sind, bei einer so genannten „menschlichen Hülle“, bei der alle geistigen Funktionen des Geschädigten erloschen sind, ein Schmerzensgeld sogar gar nicht mehr in Frage kommt (*Pardey* [s.o.], Rn. 2837 m.w.N.). Bei Festsetzung des Schmerzensgeldes obliegt dem Tatrichter im Hinblick auf die zahlreichen Faktoren und wenig greifbaren Messungsmethoden ein ganz erheblicher Ermessensspielraum. Dies darf jedoch nicht so verstanden werden, dass der Tatrichter diesen Faktor willkürlich festsetzen dürfte, vielmehr ist eine Erläuterung der wesentlichen Überlegungen bei der Urteilsbegründung erforderlich (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 281). Entscheidende Anhaltspunkte bieten hier die sogenannten Schmerzensgeldtabellen, die eine Vielzahl von Urteilen systematisch zusammentragen und hierdurch dem Tatrichter eine Orientierung an vergleichbaren Fällen ermöglichen (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 281). Das Schmerzensgeld wird klassisch als Kapitalentschädigung geschuldet, der Tatrichter kann jedoch im Einzelfall auch eine Schmerzensgeldrente zubilligen (*Pardey* [s.o.], Rn. 2876).

Ein automatisches Schmerzensgeld für Verwandte kennt das deutsche Recht nicht. Auch steht das deutsche Recht dem sogenannten Schockschaden beispielsweise im Vergleich zu Frankreich wesentlich restriktiver gegenüber. Ein Schmerzensgeld kommt hier erst in Betracht, wenn die Trauer der nahen

Angehörige das Ausmaß eines psycho-pathologischen Ausfalls von einiger Dauer annimmt (BGH, VersR 1989, 853).

V. Schadenspositionen bei Tötung

Im Falle der Tötung können spezielle Schadensersatzansprüche entstehen, die dann nicht dem unmittelbar Geschädigten, sondern solchen Personen zustehen, die mit ihm in einem zu definierenden Näheverhältnis stehen, wobei den Erben (daneben) auch noch die vorgenannten Schadensersatzansprüche bei Verletzung aus übergegangenem Recht zustehen können.

1. Barunterhaltsschaden

Die am Umfang gemessen bedeutendste Schadensposition im Falle der Tötung einer Person ist typischerweise der Barunterhaltsschaden, insbesondere wenn es um den Tod des Alleinverdieners geht. Unterhaltsberechtigter sind in Deutschland grundsätzlich die Ehegatten untereinander, Partner einer eingetragenen Lebenspartnerschaft, eventuell auch geschiedene Ehegatten, Verwandte in grader Linie d.h. Kinder gegenüber ihren Eltern, aber gegebenenfalls auch Eltern gegenüber den Kindern (vgl. *Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 322). Der Umfang des gesetzlichen Unterhalts bemisst sich hierbei an den unterhaltsrechtlichen Normen. Schadensersatz ist für die mutmaßliche Dauer des Lebens des Verpflichteten zu leisten (begrenzt durch das mutmaßliche frühere Ende der Unterhaltspflicht). Die mutmaßliche Dauer bestimmt sich hierbei nach der statistischen Lebenserwartung des Getöteten zum Zeitpunkt des Schadensereignisses unter spezieller Berücksichtigung seiner Lebens- und Gesundheitsverhältnisse (BGH, VersR 2004, 653). Allerdings kann der Schadensersatz auch über den mutmaßlichen Todeszeitpunkt hinaus zu berechnen sein, wenn die Hinterbliebenenpension bedingt durch das Schadensereignis reduziert wird (BGH, VersR 1962, 568). Gleiches gilt beim Tod von Selbständigen und Freiberuflern, wenn diese aufgrund des Schadensereignisses nicht mehr in der Lage sind, unterhaltsrechtlich verpflichtende Rücklagen zu bilden (OLG

Stuttgart, VersR 2002, 1520). Für die Festsetzung der Höhe des Unterhaltsschadens ist wiederum eine von zahlreichen Unsicherheiten geprägte Prognose erforderlich, wie sich die Unterhaltsbeziehung zwischen dem Getöteten und dem Unterhaltsberechtigten mutmaßlich entwickelt hätte (BGH, VersR 2004, 75). Hierbei gilt es ähnliche Gesichtspunkte wie bei der Prognose des Erwerbsschadens zu berücksichtigen.

Die Höhe des angemessenen Unterhalts bemisst sich hierbei – stark vereinfachend dargestellt – an den Verhältnissen des getöteten Unterhaltspflichtigen und dem aufgrund der Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten bestehenden Bedarfs. Heranzuziehen sind hierbei grundsätzlich alle Einkünfte, die dem Getöteten tatsächlich zugeflossen wären, soweit sie zur Deckung des Lebensbedarfs zur Verfügung gestanden hätten (BGH, VersR 2004, 75). Hierbei sind die Sätze, die durch familienrechtliche Unterhaltstabellen wie insbesondere der Düsseldorfener Tabelle bereitgestellt werden, nur bedingt brauchbar, da sie grundsätzlich von gestörten Familienverhältnissen ausgehen, bei denen eine notwendige doppelte Haushaltsführung zu gewährleisten ist, was im Falle des Sterbens des Unterhaltsverpflichteten zu einem unangemessen niedrigen Schadensersatz führen würde (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 347). Entsprechend erfolgt die Berechnung hier dergestalt, dass die sogenannten fixen Kosten der Haushaltsführung vorweg zugebilligt werden (BGH, NJW 2012, 2887). Hierbei handelt es sich bspw. um Miete, Strom, Heizung, Wasser, Pkw, Kindergartenkosten, Versicherungsprämien für Deckungen, die den Schutz der Familie sicherstellen (vgl. BGH, VersR 1998, 333). Dies geschieht indem diese fixen Kosten zunächst vom Nettoeinkommen abgezogen und sodann dem Anteil der Hinterbliebenen an dem verbleibenden Nettoeinkommen wieder zu geschlagen werden. Hinsichtlich der Quotierung der für den persönlichen Bedarf verfügbaren monatlichen Einkünfte gilt also, dass diese zunächst zu ermitteln sind. Dies erfolgt wie gesagt zunächst durch Abzug der Fixkosten von den Nettoeinkünften und dann des Abzugs der monatlichen Beiträge zur Vermögensbildung. Da nunmehr zu berücksichtigen ist, dass von dem freien

Betrag der Getötete einen gewissen Prozentsatz selber konsumiert hätte, ist eine angemessene Quote für die Hinterbliebenen zu bilden. Dies geschieht in der Praxis zum größten Teil durch Anwendung pauschalierter Prozentsätze, also beispielsweise bei einer Witwe mit 2 Kindern durch Anwendung einer Quotierung von 30/15/15 % (mit noch leicht anderen Quoten BGH, VersR 1986, 264). Der Bundesgerichtshof fordert hierbei allerdings, dass die Quotierung dem Alter unterhaltsberechtigter Kinder Sorge tragen müsse – da der Unterhaltsbedarf bei Kindern mit zunehmendem Alter erheblich steigt, insbesondere bei Aufnahme eines Studiums (BGH, VersR 1987, 1243). Bei dieser Berechnung sind Einkünfte der Waisen zu berücksichtigen, auch kann hier je nach Alter, Leistungsfähigkeit, früherer Erwerbstätigkeit und Ausbildungsstand des Hinterbliebenen diesen eine Arbeitsobliegenheit treffen.

2. Naturalunterhaltsschaden

Neben dem Barunterhaltsschaden kann die Hinterbliebenen auch ein Betreuungsunterhaltsschaden oder noch treffender ein Naturalunterhaltsschaden treffen, wenn also dem Getöteten die Betreuung und Erziehung der Kinder oder die Führung des Haushalts unterlag. Die Höhe des Schadens richtet sich hier wie schon beim Barunterhalt nicht nach den tatsächlich erbrachten überobligatorischen Leistungen, sondern nach dem gesetzlich geschuldeten Umfang der Naturalunterhaltsleistungen (BGH, VersR 1993, 56). Hierbei ist jeweils zu prüfen, da man in Deutschland nicht mehr ohne weiteres vom gesetzlichen Leitbild der Hausfrauenehe ausgehen kann, in wie weit der hinterbliebene Ehegatte, beim Tod des haushaltsführenden Partners, zur Übernahme bedeutender Tätigkeiten bei der Haushaltsführung verpflichtet gewesen wäre. Umgekehrt kann auch beim Tod des nicht im Schwerpunkt mit der Erziehung und Haushaltsführung betrauten Partners durchaus ein Naturalunterhaltsschaden entstanden sein, wenn dieser gesetzlich zur Übernahme bestimmter Tätigkeiten verpflichtet war. Allerdings ist eine konkrete Aufteilung zwischen den Ehegatten nicht unerheblich, da diese im Rahmen der An-

gemessenheit dazu ermächtigt sind, sich über die Verteilung der Haushaltsführungspflicht zu einigen (vgl. *Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 362 ff.). Der konkrete Zeitbedarf wird hierbei in Deutschland typischerweise unter Zuhilfenahme von Zeittabellen berechnet, die den Zeitbedarf für Haushalte unterschiedlicher Größe, sozialen Zuschnitts und Technisierung pauschalieren (vgl. BGH, VersR 1988, 490). So wird beispielsweise der Haushaltsführungsbedarf eines reduzierten 4-Personenhaushalts mittleren Zuschnitts, der nach dem Sterben des Haushaltsführungspflichtigen noch 3 Personen umfasst, mit 49 Wochenstunden angesetzt (BGH, VersR 1979, 670). Hinsichtlich des Stundensatzes wird typischerweise auf einen leicht bereinigten Lohn einer Wirtschafterin nach Bundesangestellten-tarif abgestellt, wobei je nach konkretem Bedürfnis der Familie auch auf die Kosten einer Zugehfrau oder einer stundenweisen Haushaltshilfe abzustellen sein kann (*Küppersbusch/Höher* [s.o.], Rn. 373). Im Detail stellt sich auch dieser Bereich in der Berechnung teilweise deutlich schwieriger dar, gerade wenn man einen Haushalt mit zwei Berufstätigen berücksichtigt und den Vorteilsausgleich für Leistungen Dritter in Augenschein nimmt. Auch ist beispielsweise beim Unterhaltsschaden insgesamt zu berücksichtigen, dass der Schaden wegfällt, wenn der Hinterbliebene sich wiederverheiratet. Dies kann gerade dann Probleme bereiten, wenn der Unterhaltsschaden nicht als Rente, sondern kapitalisiert gewährt werden soll, dann stellt sich die Frage, mit welchem Wahrscheinlichkeitsfaktor ein eventuelles Wegfallen der Unterhaltspflicht in der Zukunft zu versehen ist.

3. Beerdigungskosten

Abschließend soll nur noch kurz auf die Beerdigungskosten als Schadensersatzposition nach § 844 Abs. 1 BGB eingegangen werden. Zu ersetzen sind hierbei die Kosten einer standesgemäßen Beerdigung. Ausschlaggebend ist mithin das, was nach Herkunft, sozialer Stellung und wirtschaftlichen Verhältnissen des Getöteten und nach den in seinen Kreisen herrschenden Gebräuchen zu einer würdigen Bestattung gehört (BGH,

VersR 1974, 140). Einzelfaktoren, die hierbei bei Ermittlung der Kosten eines angemessenen Begräbnisses zu berücksichtigen sind, sind neben der angemessenen Grabstelle und ebensolchem Sarg, beispielsweise auch Traueranzeigen, Danksagungen, Bewirtung und, soweit üblich, Unterbringung der Gäste, Blumen und Kränze, behördliche und kirchliche Gebühren, Erstbepflanzung der Grabstätte, Überführungskosten, Trauerkleidung (vgl. mit weiteren Positionen *Pardey* [s.o.], Rn. 3469). Soweit ein Erbe jedoch ein Sterbegeld durch einen Sozialversicherungsträger oder Arbeitgeber erhält, so ergibt sich wiederum in dieser Höhe ein Forderungsübergang (BGH, VersR 1986, 698).

VI. Resümee

Dieser knappe Überblick mag einen ersten Zugriff auf das Personenschadensrecht der Bundesrepublik Deutschland ermöglichen und dem türkischen Leser das Potential für sehr konträre Entscheidungen vor Augen führen. So besteht trotz der großen Ähnlichkeit in den Ausgangslage der Haftungssysteme der Türkei und Deutschlands hinsichtlich der Ersatzfähigkeit einzelner Positionen bzw. deren Berechnung keineswegs Deckungsgleichheit.

HMK'DA BİLİRKİŞİLİK KURUMU VE ÖZELLİKLERİ

Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Çok teşekkür ederim. Değerli katılımcılar, hepinizi saygıyla selamlıyorum. Öncelikle bu toplantının organizasyonunu gerçekleştirenlere, başta Barolar Birliği olmak üzere, Hacettepe Üniversitesine ve Friedrich Alexander Üniversitesine bu imkânı sağladıkları için yetkilere teşekkür ediyorum.

Benim sunuşumun genel çerçevesi, Hukuk Muhakemeleri Kanununun bilirkişi incelemesine ilişkin hükümleri perspektifinde belirlenmişti. Nitekim ben de bu somut düzenlemeler çerçevesinde, fakat doğrudan bedensel zararlardan kaynaklanan davaları ilgilendirdiği ölçüde sunuşumu birkaç noktayla sınırlandırmak istiyorum.

Tabii burada birbirinden değerli tebliğ ve özellikle pratik çalışmadan sonra, bilirkişiliğe ilişkin artık klişeleşmiş ve kemikleşmiş o bazı tartışmalara girmek istemiyorum açıkçası. Yani bunlarla vaktinizi almak istemiyorum. O tartışmalar da elbette hiç şüphe yok ki merkezi bir önem arz ediyor. Ancak şu kısıtlı zamanda belki üzerinde biraz daha durmanın daha iyi olacağını düşündüğüm daha dikkat çekici görünen konu var. Öncelikle bunlardan bir tanesinin, bilirkişilik sisteminin standardizasyonu olduğunu düşünüyorum. İkincisi, bunu takiben

üzerinde duracağım ikinci konu, özellikle vakıaların somutlaştırılması ve delillerin ibrazı çerçevesinde bilirkişi incelemesine başvurunun yeri ve zamanı. Tüm bunlardan sonra eğer biraz daha vakit kalırsa, birkaç belki somut konuda, yani ceza davasında alınmış bir bilirkişi raporunun hangi hallerde hukuk davasında kullanılabileceği, yeniden bir bilirkişi raporunun alınmasına ihtiyaç duyulup duyulmayacağı ve uzman görüşünün bu tarz davalardaki yeri ve sair konular üzerinde durmak istiyorum, genel hatlarıyla böyle.

Şimdi bu çerçevede bilirkişilik sisteminin standardizasyonu ile başlamak istiyorum. Öncelikle bilirkişilik sisteminin standardize edilmesiyle neyi murat ettiğimi açıklamak istiyorum. Birinci husus burada, bilirkişilerin yeknesaklaştırılması; yani bu anlamda bilirkişi seçimine ilişkin usullerin iyileştirilmesi ve bilirkişi listelerinin daha işlevsel hale getirilmesi. İkinci husus ise, uzmanlık dallarının özellikle inceleme yöntemlerinin ve hesaplama yöntemlerinin bizzat kendisinin yeknesaklaştırılması.

Şimdi şüphesiz bilirkişi görüşü hâkim tarafından serbestçe takdir edilir. Tabii burada hâkimin serbestçe takdir edeceği şey, bilirkişinin vardığı teknik sonuçlardan ziyade, esasen iki noktada toplanmaktadır. Bunlardan ilki bilirkişinin yetkinliği, ikincisi ise sunulan raporun niteliğidir. Yani bu raporun hazırlanma biçimi, gerekçeli olup olmadığı, ikna edici olup olmadığı, esasen hâkimin takdir ettiği hususlar bunlardır. İşte bu çerçevede bilirkişilerin yeknesaklaştırılmasından yola çıkarsak, bilirkişi olarak kimin seçilip tayin edileceği iki açıdan önem taşımaktadır. Öncelikle bunlardan birincisi, onun sahip olduğu varsayılan uzmanlık bilgisi; ikincisi ise, bizzat bilirkişinin kendisinin güvenilirliğidir.

Şimdi burada mesele şu: Bilirkişi incelemesinin kendine özgü niteliği ve özellikle hükme götürücü işlevi karşısında, bilirkişilik konusunda kanımca en temel mesele, kimin bilirkişi olarak seçileceğidir. Çünkü alanında uzman olmayan bir kişinin bilirkişi olarak seçilmesi faraziyesinde pratik olarak iki sonuç ortaya çıkmaktadır. Ya hâkim yeniden bilirkişi incele-

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

mesine başvurmakta veyahut buna dayanarak hükmünü vermişse, hüküm Yargıtay tarafından mutlak surette bozulmaktadır; tabii tespit edebildiği ölçüde. Yargıtay'ın yaklaşımı bu konuda çok nettir.

Yani son tahlilde bilirkişi incelemesinin en hassas ve kritik konusu, bilirkişinin seçimidir. Bu sebeple bilirkişinin seçimi konusuna biraz gerçekçi bir açıdan bakmak istediğimizde savunduğum görüş şudur: Bedensel zararların tazmini davaları özelinde tüm davalar bakımından olduğu gibi, hakkın himayesinin ne ölçüde sağlandığı, o hakkın ne derecede himaye edildiği aslında biraz da bilirkişinin uzmanlık bilgisinin derecesi kadardır.

Nitekim Yargıtay Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu döneminde olduğu gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu döneminde de, özellikle seçilen bilirkişinin tazminatın nitelik ve amacını bilen, aktüerya hesabını bilen bir bilirkişi tarafından hesaplanması gerektiğine o hususların işaret etmektedir. İşte bilirkişinin seçimi bağlamında zamanla ön plana çıkan husus, özellikle Kıta Avrupa'sının pek çok ülkesinde, elbette istisnaları var bunun, bilirkişilerin bu konuda düzenlenen listelerden seçilmesidir.

Özellikle bize benzer sorunları uzun bir dönem yaşayan Fransız hukuku, bu listeleri etkin bir hale getirebilmiştir. Benzer bir yaklaşımı İtalyan ve Belçika hukuklarında da görüyoruz. Bu liste usulü nedir? Bu liste usulüyle kastedilen şey, bilirkişi olmak isteyen kişilerin daha önceden belirlenmiş uzmanlık dalları doğrultusunda tutulan listelere kayıt olmaları ve bilirkişilerin bu listelerden seçilmesidir.

Şimdi bunun ayırt edici özelliği listelerin, bilirkişilerin henüz hâkim tarafından tayin edilmeden önce, bir ön seçime tabi tutuluyor olmalarıdır. Yani bu ön seçimin amacı ise, bilirkişi olarak görev yapacak kişinin uzmanlığının ve güvenilirliğinin olabildiği ölçüde önceden kontrol edilmesidir. İşte kanun koyucu, hukuk muhakemelerini hazırlayan kanun koyucu, biraz da CMK'dan esinlenmek suretiyle 268. Maddede bilirkişi listelerine işaret etmiş. Nitekim ayrıca kanunun da yönlendirme-

siyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu Bilirkişi Yönetmeliği yürürlüğe girmiştir.

şimdi bu listelerin en önemli faydası, hâkimin bir uzman kişi bulmak noktasında işini kolaylaştırması. Tabii ki listeler hâkimin takdir yetkisine bir bilirkişi seçimi konusunda sınırlandırıyor ki, zaten bu listelere yapılan en önemli eleştiri de bu yönde. Ancak burada hâkimin uzman bir kişiyi sahip olduğu hangi uzmanlık bilgisi vasıtasıyla seçebileceğini de sorgulamamız gerekiyor.

şimdi buradaki esas mesele, listelerin nasıl düzenleneceği; bu konuda HMK Bilirkişi Yönetmeliğini dikkate almamız gerekiyor. Esasen üzerinde duracağım ve eleştiriler getireceğim şey bu. Yönetmeliğin 7. Maddesi listeye kabul şartlarını, 10. Maddesi ise bu şartların nasıl değerlendirileceğini düzenlemekte. şimdi burada iki husus bulunmaktadır. Bunlardan bir tanesi bilirkişilerin eğitimi, ikincisi ise bilirkişilerin uzmanlık bilgisinin değerlendirilmesidir. İlk, yani eğitim bakımından listelerden beklenen faydayı sağlayabilmek için, bir kere bilirkişilik konusundaki eğitim faaliyetlerinin mutlak surette yaygınlaştırılması gerekiyor.

şimdi burada barolar nezdinde ve özellikle TMMOB nezdinde bu meslek örgütleri tarafından bu eğitim faaliyetinin verildiğini görüyoruz belli bir süredir. Bunlar son derece değerli çabalar. Ancak özellikle belki Adalet Bakanlığı bünyesinde bu eğitim faaliyetinin yaygınlaştırılması ve sürekliliğin sağlanması şart. Özellikle bu eğitimin bilirkişilik bağlamında teknik konuları; mesela buradaki gibi hesaplama yöntemlerini içerdiği kadar, rapor yazma usullerini, yani genel adli yazışma usulleri bağlamında bizatihi bu bağlamda rapor yazma usullerini, ayrıca bilirkişiliğe ilişkin temel hukuk bilgisini de. Yani yargılama hukukunun temel ilkeleri kadar, belki ispat hukuku çok geniş olmakla birlikte, ama mutlaka bilirkişiliğe ilişkin temel hukuk bilgisini içermesi gerekiyor. İşte buna bağlı olarak eğitim faaliyetine katılmış olmanın, listelere kayıt için pek tabii ki diğer koşulların yanında varlığı aranan zorunlu bir koşul olması gerekmekte.

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Şimdi bu başvurular nasıl değerlendiriliyor veyahut da nasıl değerlendirilmelidir dediğimiz zaman, bilirkişi olarak listeye kayıt olmak isteyen kişilerde aranan nitelik bakımından Hukuk Muhakemeleri Bilirkişi Yönetmeliğinin 7. Maddesinde esasen üç ölçütün esas alındığını görüyoruz. Bunlardan bir tanesi 3 yıllık mesleki faaliyet deneyim; ikincisi, bir meslekte çalışabilmek için mevzuatta aranan koşullara sahip olmak; üçüncüsü de, meslek örgütlerine kayıtlı olanlar bakımından bu konudaki sertifikaları almış olmak. Bunu tabii ki genel olarak olumlu görmek mümkün. Özellikle ilgili uzmanlık dalındaki bilgi ve tecrübesi başta yeterli olarak gözükebilir. Ancak aynı yönetmeliğin 11. Maddesine baktığımızda, bilirkişinin bunların yanı sıra temel yargılama ilkelerine de uygun davranması gerektiğinin ifade edildiğini görüyoruz. Yani bunların yanında da, o eğitim faaliyet çerçevesinde temel yargısal ilkelerin bunun yanı sıra özellikle bilirkişi incelemesine ilişkin hükümlerin verilmesi lazım.

Şimdi tabii burada değerlendirme usulü noktasında ise, zannımca esas kritik nokta orada ortaya çıkmakta. Çünkü 10. Madde bunun adli yargı adalet komisyonları tarafından başvuruların değerlendirileceğini öngörmüş. Yapılan şey mevcut hükümler çerçevesinde şundan ibaret: Bilirkişi Yönetmeliğinin 7. Maddesi çerçevesinde o diplomasını ibraz ettiği zaman, kural olarak bilirkişi olarak tayin edilebiliyor. Şimdi burada özellikle şunu ifade ediyorum. Bu komisyon tamamen hukukçulardan oluşmakta. Eşyanın tabiatı gereği de bunların sadece kendilerine sunulan diplomayla yetinmesi çok normal. Ancak olması gereken husus kanımızca, bilirkişinin yeterliliğinin, arasında bilirkişinin uzmanlık dalında çalışan bir diğer uzmanın yahut uzmanların, yani bilirkişilerin de olduğu bir komisyon tarafından değerlendirilmesi.

Nitekim Fransız hukukuna baktığımızda, bunların yaklaşımı bu yönde; özellikle bilirkişinin seçimi için oluşturulan komisyonlarda, hem hâkimler yer almakta, hem de o alandan 5 bilirkişi de... Daha doğrusu yani sırf o alan özelinde söylemiyorum. Ayrıca yine tayin edilen 5 bilirkişinin de bu başvuruları değerlendireceği hususu öngörülmüş.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Şimdi tabii ki ilk etapta büyük şehirler çerçevesinde bunun yapılmasının çok güç olduğu ifade edilebilir, ama son kertede bundan alınacak fayda gözetildiğinde, bunun bile tek başına bu bilirkişilik çerçevesinde pek çok sorunu kendiliğinden çözeceğini düşünüyorum. En azından Fransız hukuku meseleyi bu yönde çözmüş. Çünkü bizim kadar, hatta bizden daha kötü problemleri de onlar da yaşamış.

Şimdi buradaki ikinci mesele ise, yani özellikle toparlayacak olursam; mutlaka sadece hukukçular tarafından değerlendirilmemesi. Bu değerlendirmenin elbette belli standartlar noktasında uzmanların da yer aldığı bir hususla yapılması. Bu bilirkişilerin yeknesaklaştırılmasını sağlayacak. İkinci mesele ise, bizzat inceleme ve hesap yöntemlerinin standardizasyonu. Özellikle bedensel zararlar sebebiyle açılacak davalarda, gerek bu konudaki somut bilirkişi raporlarına, gerek bu toplantı boyunca uygulayıcıların ve bilirkişilerin eleştirilerine baktığımızda, hesap yöntemleri bağlamında farklı hesap sistemlerinin esas alındığını görüyoruz.

Nitekim mesele farklı yargı yollarında da aslında çok tekrara gerek yok, üç gündür söyleniyor. Sizin de bildiğiniz üzere farklı yollarında farklı hesaplar... Şimdi ben bir medeni usul hukukçusu olarak, elbette PMF 1931 veya TRH 2010 yahut CSO 1980 Türkiye standartlarına biri diğerinden daha uygundur diyebilecek bir pozisyonda değilim. Ancak yakın tarihli mahkeme kararlarına baktığımızda dahi, aynı yargı yolunda farklı hesap yöntemlerine işaret edildiğini görüyorum. Bu itibarla usul hukukçusu olarak en azından şunu ifade edebilirim diyorum. Yani burada vakıa, yani maddi mesele tektir. Maddi mesele tekken, buradaki teknik değerlendirmenin o veya bu mahkemeye yahut bir yargı yoluna göre değişmemesi gerekmektedir. Bu sistemler ortaklaşmak zorundadır. Bu salt Yargıtay tarafından da belirlenebilecek bir husus değildir.

Nitekim kanun koyucunun gündeminde bilirkişilik özelinde bir üst kurul oluşturulması yer almakta. Farklı mahkemelerin farklı yorumlarda bulunabilmesinin önüne geçilmesi

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

açısından, yeknesak bir tablonun oluşturulması; hangisi olursa olsun, belki farklı bir isim olabilir. Onu ben tayin edemem şüphesiz. Bu üst kurulca işaret edilecek bir husus olmalıdır. Ancak tabii burada Sayın meslektaşım Sema Hanımın aksine, o kendisi mesela insan zararları mahkemesinin lehinde görüş beyan etti. Ben burada söz konusu uyuşmazlıkların tek bir mahkeme eliyle, gerekçelerine tabii ki doğrudan katılmakla beraber kendisinin Sema Hanımın, ama tek bir mahkeme eliyle görülmesinin uygun olmadığı kanaatindeyim. Dün zaten bunun üzerinde yeterince durulduğu için tekrar konuşmayacağım. Ancak buna gerek olmadığını düşünüyorum açıkçası. Çünkü inceleme ve hesap yöntemi bakımından, zaten bu ilkelerin yeknesaklaştırılması, özellikle Borçlar Kanunu 55 bağlamında zaten bu buna hizmet edecektir.

Bir de tabii ki buradaki, yani paralel giden bir diğer husus, bilirkişilik mutlaka kurumsal bir niteliğe kavuşturulmalıdır. Neyi kastediyorum burada da? Bilirkişilik dernekleri mevcut, ancak bilirkişi odaları da mutlaka kurulmalıdır. Şüphesiz bilirkişilik bir meslek değildir. Ancak burada bilirkişiler özelinde bu uzmanlık bilgisinin yeknesaklaştırılması bağlamında, hatta bir öz denetimin bilirkişiler açısından gerçekleştirilebilmesi için de, bu noktanın da önemli olduğu kanısındayım.

Özellikle bilirkişilerin kurumsallaştığı hukuk sistemlerinde bu problemlerin de kurumsallaşmanın arttığı ölçüde azaldığını düşünüyorum. Ancak tabii ki bu öğretilerde özellikle, burada çok aykırı görüşler de mevcut, onu da ifade edeyim.

O zaman son olarak sadece şunu, ama onu da diyeyim mi? Şimdi ceza davasında alınan bilirkişi raporu, hukuk davasında kullanılabilir mi? Yargıtay diyor ki, kusura olmaz. Tabii ki burada kusur konusunda bilirkişi incelemesine gidilebilir mi? O bambaşka bir mesele, ama şunu söylemek istiyorum. Dün gerçi Çetin hoca da ifade etmişti. Burada ceza davasında alınan bilirkişi raporu vakıaları tespit ediyorsa, olguları olayları durumları tespit ediyorsa, pekala hukuk mahkemesi de bunu kullanabilir.

YENİ GELİŞMELER İŞİĞİNDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

Bakın şey demek değil bu, tabii ki hukuk hâkimi bu bilirkişi görüşüyle bağlı değil şüphesiz, ama hukuk hâkimi bu rapordan da şüphesiz yararlanabilecektir. Onu da vurgulamak istedim.

Saygılarımı sunuyorum, çok teşekkür ediyorum.

Av. Sema GÜLEÇ UÇAKHAN (Oturum Başkanı)- Üç günlük maratonun son oturumunun son konuşmacısına katkıları için çok çok teşekkür ediyoruz. Sabrınız için de ben sizlere teşekkür ediyorum. Üç gündür bizi yalnız bırakmadığınız için, katılımlarınız için hepimize sonsuz sevgiler ve teşekkürler. Sağ olun.

Prof. Dr. Necdet BASA (Türkiye Barolar Birliği Başkan Başkanışmanı)- Çok değerli katılımcılar, çok değerli konuşmacılar; üç gün boyunca burada yoğun bir bilgi bombardımanına tabi tutulduunuz, ama umarım dilerim memnun ayrılıyorsunuz bugün bu salondan. Birbirinden değerli yetkin konuşmacıların uzmanlık alanlarıyla ilgili açıklamalarını hep birlikte dinledik. Üç gün boyunca gösterdiğiniz yakın ilgi, o büyük dikkat, her türlü övgünün üzerindedir. Önce sizleri tebrik ediyorum, önce bu katılımdan dolayı sizlere teşekkür ediyorum.

Türkiye Barolar Birliği -ben zaman zaman arkadaşlarıma bunu hatırlatıyorum- hem Avukatlık Yasasının kendine verdiği görev çerçevesinde, hem de üstlendiği toplumsal sorumluluk gereği, hani klasik olarak söylüyoruz ya hukukun üstünlüğüne sahip çıkarken insan hak ve özgürlüklerinin de koruyucusu olmak konumu. Yani insanla alakalı, doğrudan insana dokunan her hususta görevlidir yetkilidir. Üç gün boyunca burada doğrudan insana dokunan konuları konuştuk farkındaysanız. Biz bu duyarlılıkla bu tür önemli konulara ilgimizi sürdüreceğiz. Bu demektir ki, bu tür toplantılar devam edecek.

İlk günkü oturumda, ikinci oturumu ben yönetmiştim. Orada sadece kısa bir teşekkür konuşması yapmışım. Bunu tekrarlayacağım. Önce tabii çok ciddi bir organizasyon bu farkındasınız. Bu organizasyonu Hacettepe Üniversitesi Hu-

kuk Fakültesinin Dekanı çok sevgili kardeşim Prof. Dr. Çağlar Özel, Sevgili Av. Sema Güleç Uçakhan dostum birlikte yaptık. Tabii ki Friedrich Alexander Üniversitesinin Erlangen'daki görevlileri bu organizasyona dahil oldular. Biz önde görünen kısmıyız, ama bir de görünmeyen kısmı var. Hacettepe Üniversitesinde Çağlar hocanın ekibi var, onlara çok teşekkür ediyorum. Türkiye Barolar Birliğinde bizim ekibimiz var. Bizim Dış İlişkiler bölümümüzün başındaki Murat Yalkın kardeşim ve ekibi tabii, onlara teşekkür ediyorum.

Çok ciddi bir çalışma olduğunu hepimiz görüyorsunuz. Hiç lafı uzatmıyorum, hepimiz hoş geldiniz sefalar getirdiniz. Bu duygularla sizlere veda ediyorum, hoşça kalın, dostça kalın.

Prof. Dr. Çağlar ÖZEL (Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)- Necdet ağabeyin konuşmasından sonra, herhalde bana bir şey söylemek düşmüyor. O heyecanını gerçekten biz baştan itibaren birlikte o çalıştığımız dönem içerisinde yaşadık. Onun çabalarıyla heyecanıyla bugünlere geldik.

Gerçekten bir maraton oldu, üç günlük bir maraton ve bilgi bombardımanı sözcüğü de çok doğru. Bunları tabii ki insan için ve biz kendimiz için yapıyoruz sonuç olarak. Bu bilgi aktarımını, karşılıklı olarak bilgi paylaşımını her zaman inşallah devam ettireceğiz.

Ben de aynı şekilde çok çok teşekkür ediyorum; özellikle dışarıdan yurtdışından gelerek bize bu katkıyı veren hocalarımıza arkadaşlarımıza. Bugün öğle yemeğinde, dün konuşmasını yapan Rainer Kemper vardı. Daha doğrusu öğlene kadar bütün toplantıyı, bütün hepsini izledi, kendi konuşmasının olduğu oturumun dışında bütün toplantıları teker teker hepsini izledi ve şöyle bir şey dedi. Bugün öğleden önceki toplantı neticesinde, ne olduğunu ben ancak anladım dedi; burada ne olduğunu ne döndüğünü. Mesele dedi, ben şimdi anladım, yargılama meselesi dedi. Yargı yeri olarak nereye başvuracağını bilmiyor bu arkadaşlarımız dedi. Yani böyle bir sorun var, en temel sorunlar. Bilirkişilik sorunu, bilirkişilik sorununun da bu derece olduğunu ilk defa bu şekilde anlayabildim dedi. Onun

YENİ GELİŞMELER IŞIĞINDA BEDENSEL ZARARLARIN TAZMİNİ

için de tabii ki çok verimli bir toplantı olmuş, bizim için de çok verimli bir toplantı oldu.

Tekrar hepimize bu katkınız ve bu saate kadar beklemeniz dolayısıyla çok çok teşekkür ediyorum. İnşallah söylediğim gibi Eylül ayında yapacağımız daha dar kapsamlı, ama daha geniş bir zamanda yapacağımız toplantıda buluşmak üzere diyorum.

Çok teşekkürler.

Prof. Dr. Necdet BASA (Türkiye Barolar Birliği Başkan Başkanışmanı)- Değerli konuklar, hafızayı beşer nisyan ile maluldür af ola. Tabii sizlere bu toplantıyı ileten çok değerli çevirmen arkadaşlarımızı da unutmayalım, onları da hep birlikte alkışlıyoruz, çok teşekkür ediyoruz. (Alkışlar)

