

ÖZEL HUKUK

İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN YAKINLARIN MANEVİ TAZMİNAT TALEPLERİNE UYGULANACAK ZAMANAŞIMI SÜRESİNE İLİŞKİN BİR KARARININ İNCELENMESİ ve KARARDA VARILAN SONUCUN TÜRK HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Arzu Genç Arıdemir*

I. Genel Olarak

İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Haziran 1997 tarihli ve 123 III 204 sayılı kararı¹, yakınların manevi tazminat talebine ilişkindir. Kararda, manevi tazminatın fonksiyonu, koşulları, sözleşmeye aykırılık halinde de manevi tazminat talep edilebileceği, beden bütünlüğü ihlal edilen mağdurun yakınlarının Art.49 OR'ye dayanarak manevi tazminat talep edebileceği gibi manevi tazminat bakımından doktrinde ve uygulamada tartışılan birçok hukuki sorun ele alınmıştır. Ancak karar, esas itibarıyla, İsviçre doktrininde tartışmalı olan bir başka konu ile ilgilidir. Kararda, sözleşmeye aykırı davranış sonucu beden bütünlüğü ihlal edilen tarafın –sözleşmeye taraf olmayan –yakınının manevi tazminat talebinde, hangi zamanaşımı süresinin uygulanması gerektiği tartışılmıştır. Bu açıdan, haksız fiillere ilişkin zamanaşımı süresinin mi (Art.60 OR), yoksa sözleşmeye aykırılık halinde uygulanan genel zamanaşımı süresinin mi (Art.127 OR) somut olayda uygulanması gerektiği irdelenmiştir.

Bu çalışmada, İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Haziran 1997 tarihli ve 123 III 204 sayılı kararına konu olan olay ve yargılama süreci açıklandıktan sonra kararda tartışılan hukuki sorunlar belirtilecektir. Yukarıda belirtildiği gibi, kararda ele alınan manevi tazminat ile ilgili sorunların her biri, ayrı bir incelemeyi gerektirecek ağırlıkta olduğundan, bu çalışmada özellikle, yakınların manevi tazminat taleplerinde uygulanacak zamanaşımı süresi sorunu bakımından değerlendirme yapılacaktır. Son olarak, aynı hukuki sorunda Türk Hukuku'nda uygulanması gereken çözüm bakımından kanaatimiz açıklanacaktır.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

¹ BGE 123 III 204 vd.

II. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 9 Haziran 1997 Tarihli ve 123 III 204 Sayılı Kararı

A. Karara Konu Olan Olay ve Yargılama Süreci

23 Ekim 1986'dan beri aile doktorunda tedavi gören B.X., Mayıs 1987'den itibaren depresyona tutuldu. 27 Aralık 1988'de kocası ile birlikte aile doktorlarını ziyarete gitti ve bu arada intihar etmeyi düşündüğünü belirtti. Doktor, bunun üzerine akut intihar tehlikesi sebebiyle onu acil duruma uygun bir şekilde Q'daki Y. AG (davalı) özel kliniğine yerleştirdi. B. X., kliniğin C.binasının 2. katındaki tek kişilik odadaki boş kısma yerleştirildi. 29 Aralık 1988'in sabahında B. X., odasının penceresinden atladı. Bu esnada omuriliğinin ayrılması ile boyun omurları kırıldı. O zamandan beri B.X., iki kol ve bacağı felçli biri olarak sürekli bakıma muhtaç bir haldedir.

16 Ağustos 1994'te B. X. ve kocası A. X., Bern Kantonu Temyiz Mahkemesinde, Y. AG. Özel kliniğine karşı tazminat davası açmışlardır. Davacılar, faiziyle birlikte 15.000 Frankı aşan bir miktarda tazminatın ve manevi tazminatın mağdura (B.X.'e), faiziyle birlikte 40.000 Frank manevi tazminatın ikinci davacıya (A.X.'e) ödenmesini talep etmişlerdir. 10 Mayıs 1996 tarihli kararda Mahkeme, 29 Aralık 1988 tarihli olayın sonuçları için davalının ilk davacıya karşı esas itibarıyla sorumlu olduğunu kabul etmiş ve aynı zamanda ikinci davacının davasını zamanaşımı sebebiyle reddetmiştir.

Önceki merci, davalının davranışının sözleşmeye aykırı bir davranış olup olmadığını incelemiş² ve davalının sözleşmeye aykırılıktan doğan bir sorumluluğu olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, hastanın binada kapalı pencereleri bulunan bir odaya yerleştirilme olanağı olmasına rağmen, binanın 2. katındaki tek kişilik odaya yerleştirilmesi sözleşmeye aykırı bir davranıştır. Davalı, bu davranışı ile özen yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Mahkemeye göre, hasta, hiç olmazsa iki kişilik odaya veya binanın gömülü zemin katı üstündeki uygun bir odaya yerleştirilebilirdi. Ayrıca hastanın intihar etme düşüncesi olduğu hakkında kısmi bir biçimde bilgilendirilmemiş olan bakım personeli, hasta kaza sabahında açık pencerede yüksek pervaza oturmuş bir şekilde bulunduğunda gerekli özeni göstermemiştir. Bu nedenlerle, özen yükümlülüğünü ihlal eden davalı, sözleşmeye aykırı davranmıştır. Önceki merci, bu gerekçelerle davalının ilk davacı ve sözleşmenin tarafı olan B.X.'e karşı sorumlu olduğunu belirtmiş ve onun taleplerinin kabulüne karar vermiştir. Ancak B.X.'in eşi olan A.X.'in taleplerinin ise, zamanaşımına uğradığı gerekçesiyle reddedilmesine karar vermiştir³. Önceki merci, A.X.'in talepleri bakımından zamanaşımı süresinin 22.Haziran 1990'da yapılan maluliyet sigortası emeklilik işleminin tebliği ile işlemeye başladığını ve Art.60 Abs.1 OR gereğince bir yıllık zamanaşımı süresinin dolduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, somut olayda Art.60 Abs.2 OR'nin⁴ de uygulanamayacağına karar vermiştir. Mahkemeye göre, o zamanki şef doktorun bilirkişi olarak davalının özen yükümlülüğüne aykırı davranmadığını belirtmesi nedeniyle davalıya karşı yürütülen ilk tahkikata son verildiği için somut olayda Art.60 Abs.2 OR uygulama alanı bulamayacaktır.

² BGE 123 III 204, s. 205 E. 1.

³ BGE 123 III 204, s. 205-206, E.1.

⁴ Art.60 Abs. 2 OR'ye göre, dava, ceza hukukunda daha uzun bir zamanaşımı süresi bulunan cezayı gerektiren bir fiilden doğuyorsa, bu (zamanaşımı süresi), medeni hukuk talepleri için de geçerli olacaktır.

İkinci davacı (A.X.), Mahkemenin kararının hukuka aykırı olduğunu belirtirken temyiz başvurusunda bulunmuştur⁵. Ona göre, davalı, doğrudan zarar gören ilk davacıya karşı sözleşmeden dolayı sorumlu olduğu için kendi manevi tazminat talebi için de Art.127 OR gereğince on yıllık zamanaşımı süresi geçerli olmalıydı. Federal Mahkeme, 9 Haziran 1997 tarihli kararında ikinci davacı A.X.'in temyiz talebini reddetmiş ve aleyhine kanun yoluna başvurulmuş olan kararı aşağıdaki gerekçelerle onamıştır.

B. Kararda Tartışılan Hukuki Sorunlar ve Gerekçeler

Federal Mahkeme, kararında, manevi tazminat ile ilgili birçok hukuki sorun hakkında görüş belirtmiştir. Öncelikle, somut olayda mağdurun eşi olarak manevi tazminat talep eden A.X.'in böyle bir talepte bulunmaya yetkili olup olmadığını ele almıştır. Federal Mahkeme'ye göre, beden bütünlüğü ihlal edilen kişinin yakınları da sorumludan manevi tazminat talep edebilir⁶. Federal Mahkeme, bu kararda, açıkça, eşi ya da ebeveynlerinden biri haksız fiil veya sözleşmeye aykırı davranış dolayısıyla ağır bir biçimde sakat bırakılmış olan eşin ve altsoyun bağımsız olarak manevi tazminat talep etme hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. Ancak bu kişilerin manevi tazminat talep edebilmesi için, eşin veya ebeveynlerden birinin haksız fiil veya sözleşmeye aykırı davranış dolayısıyla ağır bir biçimde sakat bırakılmış olması, bu nedenle bu en yakının duyduğu acı ve elem, ölenin yakınının duyduğu elem ve acı ile aynı veya ondan daha ağır bir acı ve elem olması gereklidir⁷.

Federal Mahkeme, Art.127 OR. çerçevesinde on yıllık zamanaşımı süresinin aksini düzenleyen başka bir hüküm olmadıkça tüm medeni hukuka ilişkin talepler için geçerli olduğunu belirtmiştir⁸. Mahkemeye göre, yakınların ölüm veya ağır beden bütünlüğü ihlallerindeki manevi tazminat talepleri Art. 47 ya da Art.49 OR.'ye dayanır. Bu düzenlemeler ise, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler arasında yer almaktadır. Bunlar içindeki Art. 60 Abs.1 OR, Art.127 OR.'den farklı olarak, haksız fiillerdeki taleplerde zamanaşımı süresini özel olarak düzenlemektedir. Manevi tazminat talebi de bu zamanaşımı düzenlemesi içinde kesin olarak anılmaktadır⁹. Bu yoruma göre, yakınların manevi tazminat taleplerinde uygulanacak zamanaşımı süresini düzenleyen bir hüküm kanunda yer aldığına göre, Art.127 OR. uygulanamayacaktır. Art. 127 OR., sadece sözleşmenin tarafı olan kişilerin manevi tazminat taleplerinde uygula-

⁵ BGE 123 III 204, s. 206, E.2.

⁶ BGE 123 III 204, s. 206, E.2, a. Federal Mahkeme, beden bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde yakınların manevi tazminat talebini Art.47'ye göre değil, Art.49 OR'ye göre ileri sürebileceklerini kabul etmektedir. Bkz. BGE 122 III 5 vd.; 118 II 404 vd.; 117 II 50 vd.; 116 II 520; 112 II 220 vd. Bu kararda da yararlanılan hüküm Art. 47 OR değil, Art.49 OR olmuştur. Bkz. BGE 123 III 204, s. 210, E.2.e ve s. 211, E. 2 f. (Buna göre, ağır beden bütünlüğü ihlallerinde yakınların manevi tazminat taleplerinde ihlal edilen kişilik değeri, Art.47 ile değil Art.49 OR ile ilgilidir. Bkz. BGE 123 III 204, s. 210, E.2 e).

⁷ Kararda şu kararlara atıf yapılmaktadır: BGE 112 II 220 E.2, 226 E.3; 116 II 519 E.2; 117 II E.3, 122 III 5 E.2.

⁸ BGE 123 III 204, s. 206, E.2 b.

⁹ Art. 60 OR.'ye göre, maddi ve manevi tazminat talepleri, mağdurun zararı ve tazminat yükümlüsü olan kişiyi öğrenmesinden itibaren bir, her halde zarar verici davranıştan itibaren on yılda zamanaşımına uğrar. Hükümde açıkça, manevi tazminat taleplerinin de burada belirtilen zamanaşımı süresine tabi olduğu belirtilmektedir.

nabilecektir¹⁰. Federal Mahkeme, sözleşmenin ihlal edilmesinden dolayı manevi tazminat talep edilebileceğini belirtmektedir. Mahkemeye göre, sözleşmenin ihlal edilmesi halinde manevi tazminat talep edebilmek için Art.49 OR.'nin koşullarının¹¹ gerçekleşmesi şarttır¹². İşte bu halde, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerinde, zamanaşımı süresi Art.127 OR gereğince on yıldır¹³. Uzlaşmazlık konusu olan olayda ise, sözleşmenin tarafının değil, onun eşinin manevi tazminat talebi söz konusudur. Federal Mahkeme, daha önceki kararlarına atıfta bulunarak, sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişilerin, taraflar arasındaki borç ilişkisine dayanarak talepte bulunamayacaklarını açıkça vurgulamıştır¹⁴. BGE 64 II 200 ve devamında Federal Mahkeme, destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminat bakımından, ölenlerin geride kalanlarının ölen ile sorumlu olan arasındaki borç ilişkisinden hiçbir hak çıkaramayacağını belirtmekte, bu kişilerin yalnızca Art.45¹⁵ ve Art.47 OR.'ye dayanabileceğinde ısrar etmektedir (E.1). BGE 72 II 311 ve devamında da Federal Mahkeme, yakınların anılan taleplerinin yalnızca haksız fiilden doğduğunu belirtmektedir. (E.3). İki olayda zamanaşımı sorunu hakkında karar verilmemiş ve sonra, Federal Mahkeme BGE 81 II 549 ve devamında ölen ve sorumlu olan kişi arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunduğu olayda da destekten yoksun kalma tazminatı ve manevi tazminatı bakımından yalnız Art.60 OR.'deki zamanaşımı düzenlemesinin uygulanabilir olduğunu açıklanmıştır. (E.3). Federal Mahkeme, aleyhine kanun yollarına başvurulmuş olan bu kararda da bu içtihadın izlendiğini belirtmiştir¹⁶.

Davalının yorumuna göre, Federal Mahkeme BGE 122 III 5 ve devamında, ağır beden bütünlüğü ihlal edilenlerin yakınlarının manevi tazminat talebi ile doğrudan zarar görenin asıl davası arasında zamanaşımı bakımından bir bağımlılık olduğunu kabul etmiştir. Eğer birisi diğerine karşı sözleşmeden dolayı sorumlu olursa, o zaman diğerinin yakınlarının manevi tazminat taleplerinde zamanaşımı bakımından sözleşme hukukuna ilişkin düzenlemeler uygu-

¹⁰ BGE 123 III 204 s. 206, E. 2 b.

¹¹ Art.49 OR'ye göre manevi tazminat talep edebilmek için kişilik hakkının ihlal edilmesi, manevi zararın doğması, uygun illiyet bağının bulunmasının yanında ihlalin ağırlığının manevi tazminatı haklı kılmaması ve manevi zararın diğer bir biçimde telafi edilememiş olması da şarttır. Bkz. Roland Brehm, Berner Kommentar zum schweizerschen Privatrecht, Das Obligationenrecht, B.IV, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art.41-61 OR, 2. Auflage, Bern, Staempfli Verlag, 2005, Art.49, N.19 vd. Kusur koşulu bakımından ise bkz. dn.36.

¹² BGE 123 III 204 s. 206-207, E. 2 b. Kararda şu kararlara ve eserlere de atıf yapılmaktadır. Bkz. BGE 87 II 143 E.5b ve 290 E. 4; 102 II 211 E.9 s. 224; Merz, SPR VI/1, s. 224 vd.; von Tuhr/Peter, Allgemeiner Teil der Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auf., B. I, s. 127; Gauch/Schluep, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 6. Auf., R.2634 ve 2798; Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, R.476.

¹³ BGE 123 III 204 s. 207, E. 2 b. Kararda şu kararlara ve eserlere de atıf yapılmaktadır. Bkz. BGE 87 II 155, E.3a, s. 159; 80 II 256 vd.; Gauch/Schluep, age, R.3431; farklı görüş: Keller/Gabi, Das Schweizerische Schuldrecht, B. II, Haftpflichtrecht, 2. Auf., s. 122.

¹⁴ BGE 123 III 204 s. 207, E. 2 b.

¹⁵ Art.45 OR., BK md.45 gibi, ölüm halinde tazminat talebini düzenleyen bir hükümdür. Hükmün üçüncü fıkrası, BK md.45 f.II gibi, ölüm dolayısıyla, ölen kişinin ihtiyaçlarını karşıladığı diğer kişilerin bu zararları için tazminat talep edebileceklerini düzenlemektedir.

¹⁶ BGE 123 III 204 s. 207, E. 2 b.

lanır. Federal Mahkeme'ye göre, ileri sürülen bu yorum burada izlenemez¹⁷. Atf yapılan kararda dava konusunu sadece Art. 60 Abs.2 OR.'de düzenlenen ihtimalin¹⁸ yakınların taleplerine de uygulanabilirliği oluşturmaktadır. Bu düzenleme de Art.60 Abs.1 OR. gibi haksız fiil talepleri için uygulanacak zamanaşımı hükümlerinden birisidir. Fakat doğrudan doğruya, yakınını manevi tazminat talebinin zarar görenin talebine zamanaşımı bakımından bağımlı olduğu bu karardan çıkarılamaz. Aksine kararda¹⁹ yakınların manevi tazminat taleplerinin bağımsız bir karakteri olduğu ve bunun ileri sürülmesinin özel bir haktan doğduğu kesin bir biçimde vurgulanmıştır²⁰. Federal Mahkeme'ye göre, sözü edilen kararda Art.60 Abs. 2 OR.'nin uygulanabilirliği şu gerekçeyle kabul edilmişti: Yakınların -manevi tazminat- talebi, doğrudan doğruya zarar görenin talebi ile aynı cezalandırılabilir davranışa dayanmaktaydı. Faile karşı ceza hukukuna ilişkin talep, doğrudan zarar görenin beden bütünlüğünün ihlal edilmesine veya ölümüne neden olmuşsa ve onun kişisel ilişki içinde bulunduğu yakınına yönelik bir tecavüz oluşturmamakta olsa bile, medeni hukuk talepleri, ceza hukuku taleplerinden önce zamanaşımına uğramasın diye bu sonuca varılmıştır.

Federal Mahkeme, kararında, yakınların manevi tazminat taleplerinde uygulanacak zamanaşımı süresi hakkında doktrinde yapılan tartışmalara da yer vermiştir²¹. Sözleşmeye aykırı davranış yüzünden ölen kişinin yakınlarının manevi tazminat taleplerinde haksız fiil hükümlerinin mi yoksa sözleşmeye aykırılık hükümlerinin mi uygulanacağı doktrinde tartışmalıdır. Brehm²² ve Oftinger/Stark²³ destekten yoksun kalma zararları bakımından bu olaylarda da Art.60 OR.'nin uygulanacağını desteklemektedir. Zamanaşımına ilişkin düşüncelerinde kesin bir şekilde olmasa da, von Tuhr/Escher²⁴ de doğrudan zarar gören ve sorumlu arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunması halinde bile yakınların ve geride kalanların taleplerinin yalnızca haksız fiilden doğduğunu belirtmektedir.

Keza - Federal Mahkeme'nin içtihatlarına karşı olarak - Art.127 OR.'nin uygulanabileceğini haksız fiile ilişkin zamanaşımı düzenlemesi ile gerekçelendirilen yazarlar, bu maddenin uygulamasını sözleşmenin hiç ifa edilmemesinden veya geç ifa edilmesinden doğan tazminat talepleri ile sınırlamaktadır. Buna karşılık yazarlar, sözleşmenin kötü ifasından veya sözleşmenin müspet ihlalden doğan talepler ile doğrudan zarar görenin manevi tazminat talepleri için Art.60 OR.'nin uygulanacağını savunmaktadır²⁵.

¹⁷ BGE 123 III 204 s. 207, E. 2 c.

¹⁸ Art.60 Abs. 2 OR'ye göre, dava, ceza hukukunda daha uzun bir zamanaşımı süresi bulunan cezayı gerektiren bir fiilden doğuyorsa, bu (zamanaşımı süresi), medeni hukuk talepleri için de geçerli olacaktır.

¹⁹ BGE 122 III 5 E., 2a s. 7.

²⁰ BGE 123 III 204 s. 208, E. 2 c.

²¹ BGE 123 III 204 s. 208-209, E. 2 d.

²² Karardan naklen : Brehm, Berner Kommentar, N.13 zu Art.60 OR.

²³ Karardan naklen : Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, B.II/1, 4. Auf., s. 106

²⁴ Karardan naklen :von Tuhr/Escher, age., B.II, s. 102 ve 109 Anm.101.

²⁵ Karardan naklen : Jaeggi, zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in : Festgabe für Wilhelm Schönenberger, Fribourg, 1963, s. 195; Weiner Schwander, Die Verjaehrung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen, Diss.,

Gauch/Schlupe'a göre²⁶, sözleşmeye aykırılık bulunması halinde, yakınların manevi tazminat talepleri ile destekten yoksun kalma zararlarından doğan talepler Art.127 OR.'ye göre zamanaşımına uğramalıdır. Hans - Ulrich Brunner²⁷, taraflar arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunması halinde, -taraf olmayan- yakınların manevi tazminat talebi ile destekten yoksun kalma zararlarının tazmini talebinin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk düzenlemelerine tabi olduğunu belirtir. Yazara göre, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talebine de kesin olarak sözleşme hukukuna ilişkin zamanaşımı düzenlemesi uygulanır²⁸. Hütte/Duksch²⁹, -Federal Mahkeme'ye göre hatalı bir şekilde BGE 122 III 5 v.d.na dayanarak- en ağır şekilde beden bütünlüğü ihlal edilenin yakınlarının manevi tazminat taleplerinde doğrudan zarar görenin talebine ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanacağını belirtir. Alfred Keller ise³⁰, ağır biçimde beden bütünlüğü ihlal edilenlerin yakınlarının manevi tazminat taleplerinde Art.60 OR.'deki zamanaşımı süresinin uygulanmasını kabul etmektedir³¹. Tercier³², zarar veren ve mağdur arasında sözleşme ilişkisinin bulunduğu haller için bir ön koşul getirmeksizin, kişilik hakkı ihlallerinde maddi ve manevi tazminat talepleri için yalnızca haksız fiil hukukuna ilişkin zamanaşımı düzenlemelerinin uygulanacağını belirtmektedir. Buna karşılık Frank'a göre³³, kişilik hakkı ihlali sözleşmenin gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı ortaya çıkmışsa, bu tür talepler, sözleşme hukukuna ilişkin zamanaşımına tabi olacaktır.

Federal Mahkeme, manevi tazminat talebinin hukuki mahiyetinin kanun koyucu tarafından açık bir biçimde tespit edilmediğini ve manevi tazminatın fonksiyonunun doğan manevi zarar için bir denkleştirme yaratmak olduğunu belirtmiştir³⁴. Mahkemeye göre, Art.49 OR. bağımsız bir sorumluluk hükmü olarak değil, aksine sadece diğer kanun düzenlemelerinden doğan sorumluluğun belirlenmesini sağlayan bir hüküm olarak görünür³⁵. Mahkeme, kararında manevi tazminatın koşullarına ilişkin olarak kusurun manevi tazminatın bir

Fribourg, 1963, s. 137 vd.). Aynı eğilim Spiro'nun açıklamalarında da (Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch die Verjaehrungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bern 1975, B.1, § 295, s. 691 vd. ve § 297, s. 699 vd.) ve Patrick Beuverd (L'action des proches en réparation de la perte de soutien et du tort moral, Diss., Fribourg 1987, s. 172) görülmektedir.

²⁶ Karardan naklen :Gauch/Schlupe, a.g.e., N.3432.

²⁷ Karardan naklen :Hans Ulrich Brunner, Die Anwendung deliktischer Regeln auf die Vertragshaftung, Diss., Fribourg 1991, Nr.290 vd. ve 520 vd.

²⁸ Karardan naklen :Brunner, age., Nr.515.

²⁹ Karardan naklen :Hütte/Duksch, Die Genugtuung, 3. Auf., Zürich 1996, s. I/92.

³⁰ Karardan naklen :Alfred Keller, Haftpflicht im Privatrecht, B.I, 5. Auf., Bern 1993, s. 386 vd. ve B.II, Bern 1987, s. 224 vd.

³¹ Karardan naklen :A. Keller, age, B.II, s. 142 vd.

³² Karardan naklen :Tercier, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich 1984, N.1945 vd. ve N.2062.

³³ Karardan naklen :Richard Frank, Persönlichkeitsschutz heute, Zürich 1983, s. 189 vd.

³⁴ BGE III 204, s. 209, E.2 e.

³⁵ Kararda atf yapılan eserler : Brehm, age, Art.47, N.15; Rey, age., s. 479; Thomas Sutter, Voraussetzungen der Haftung bei Verletzung der Persönlichkeit nach Art.49 des revidierten Obligationenrechts, BJM, 1991, s. 10; "tazminat treninde ek bir vagon" şeklindeki nitelen-dirme için bkz. Oftinger/Stark, age., B.I, s. 436, Anm.82.

koşulu olup olmadığı konusunda da görüş belirtmiştir. Buna göre, kusur sorumluluğunda (dar anlamda haksız fiil sorumluluğunda), maddi tazminat taleplerinde olduğu gibi manevi tazminat taleplerinde de kusur gereklidir. Buna karşılık sebep sorumluluklarında manevi tazminat talebi için kusur şart değildir³⁶. Federal Mahkeme'ye göre, sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat talebi için de bu gerekçe geçerlidir. Diğer yandan Art.49 OR gereğince manevi tazminat talep etmek için kişiliğin (kişilik hakkının) hukuka aykırı olarak ihlal edilmesi gereklidir; ayrıca ihlalin ağırlığının manevi tazminatı haklı kılması ve manevi zararın diğer bir biçimde telafi edilememiş olması da şarttır. Federal Mahkeme'ye göre, bir mutlak hak olarak kişilik hakkı ihlalden dolayı ortaya çıkması ile ve anılan öteki koşulları ile talep, tazminatı belirleyen normun saf fonksiyonunu aşan özel bir karaktere sahiptir³⁷. Ölüm ve beden bütünlüğü ihlallerinde manevi tazminatı düzenleyen Art.47 OR., bu açıdan sadece genel hüküm olan Art.49 OR.'un bir uygulama halidir³⁸.

Federal Mahkeme'ye göre, ağır beden bütünlüğü ihlallerinde mağdurun yakınlarının manevi tazminat talebi, bağımsız bir karaktere sahiptir ve yakınların kendi kişilik haklarının ihlalden doğmaktadır³⁹. Onların bağımsız manevi tazminat talebinin haksız fiilden doğan talep karakterine sahip olması, zamanaşımı süresi bakımından Art.60 OR.'nin uygulanmasını gerektirir. Talebin bağımsızlığı, bu husustaki tasarruf yetkisinin sadece yakınlarla tanınmasından ve doğrudan zarar gören tarafından açıklanan feragat ya da sulhün ona karşı ileri sürülememesinden de anlaşılır⁴⁰. Aynısı takas olasılığı bakımından da geçerlidir⁴¹. Doğrudan zarar görene karşı verilen hukuk mahkemesi kararı, yakının özel talebine karşı da hiçbir şekilde kesin hüküm sağlamaz⁴².

Federal Mahkeme'ye göre⁴³, sorumlu ve doğrudan zarar gören arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunması, yakınların manevi tazminat taleplerinin sözleşmeden doğan taleplere uygulanan zamanaşımı hükümlerine tabi olmasını gerektirmez. Bu, sözleşmelerin nisbiliği ilkesini de ihlal eder. Sözleşmenin nisbiliği ilkesine göre, sadece taraflar sözleşmeden doğan ilişkinin mevcudiyetine dayanabilir ve sözleşmeden doğan yükümlülüklerin ihlali halinde, sözleşmeye aykırılıktan doğan tazminatı talep edebilir. Beden bütünlüğü ihlal edilenlerin yakınları ise, doğan manevi zararlarına karşı manevi tazminat talep edebilirler. Yakınların uğradıkları manevi zararın giderilmesi için Art.49 OR. yeterli bir hukuki temel oluşturur. Burada, sorumlu ile doğrudan zarar

³⁶ Kararda, BGE 115 II 156 E.2 s. 158'deki atıflara gönderme yapılmaktadır. Bkz. BGE 123 III 204, s. 210, E.2 e.

³⁷ BGE 123 III 204, s. 210, E.2 e. Karardan naklen: karşı. Thomas Sutter, age., S.10.

³⁸ BGE 123 III 204, s. 210, E.2 e. Kararda şu karara atıf yapılmaktadır: BGE 116 II 733 E. 4 f, s. 735.

³⁹ BGE 123 III 204, s. 210, E. 2 e. Aynı yönde bkz. BGE 112 II 220 vd. Federal Mahkeme'ye göre, diğer taraftan, yakınların beden bütünlüğü ihlallerinde bağımsız bir (maddi) tazminat talep etme hakkı yoktur. Bkz. BGE 123 III 204, s. 210, E. 2 e. Karardan naklen: Jean-François Egli, De la réparation accordée à la famille du défunt et de l'invalidité en responsabilité civile, in : Problèmes de droit de la famille, Neuchâtel 1987, S.57 ff.).

⁴⁰ BGE 123 III 204, s. 211, E. 2 e. Ayrıca bkz. BGE 84 II 292 E.6, s. 300 (ölümde yakınların manevi tazminat talebi için).

⁴¹ BGE 123 III 204, s. 211, E. 2 e.

⁴² BGE 123 III 204, s. 211, E. 2 e.

⁴³ BGE 123 III 204, s. 211 E. 2 f.

gören arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunduğu göz önüne alınması gerekli değildir. Talep sahibi, sözleşmenin tarafı değilse, onun talebine sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun hükümlerinin uygulanmasını gerektiren hiçbir zorlayıcı sebep bulunmamaktadır. Eğer sorumlu ve doğrudan zarar gören sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi içinde bulunmaktaysa, o zaman sözleşmeye aykırılık olarak nitelendirilen beden bütünlüğü ihlali, sadece yakınlarla karşı sebep olunan kişilik hakkı ihlalinin nedenidir. Oysa ki, mutlak hakkın ihlalinin nedeninin özellikleri, bu hakkın ihlalinden doğan hakların tabi olacağı hükümleri etkileyemez. Ayrıca sözleşme hukukuna ilişkin sorumluluk hükümlerinin uygulanması kabul edilseydi, sadece uygulanacak zamanaşımı süresi bakımından problem doğmayacak, ayrıca yardımcı kişinin sorumluluğunun (Art.101 OR) da bu kapsamda olup olmadığının değerlendirilmesi gerekecekti⁴⁴.

Kararda, sözleşme hukukuna ilişkin zamanaşımı hükümlerinin yakınların manevi tazminat talebine de uygulanması için ileri sürülen şu gerekçe de değerlendirilmiştir: Sözleşmenin tarafları ile onların yakınlarının manevi tazminat taleplerinde farklı hükümlerin uygulanması halinde, yakınların tazminat talebi ile doğrudan zarar görenin tazminat talebi farklı zamanaşımı rejimlerine tabi olmuştur olacaktır⁴⁵. Federal Mahkeme'ye göre⁴⁶, bu farklılık, sadece doğrudan zarar görenle sorumlu arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunduğu hallerde doğar. Her talep sahibi manevi tazminat talebini birbirinden bağımsız olarak ileri sürmeye muktedir.

Doktrinde bazı yazarlar, beden bütünlüğünün ihlalinde yakınların manevi tazminat taleplerinde haksız fiil zamanaşımının uygulanması halinde, beden bütünlüğünün ihlalinde yakınların manevi tazminat talepleri ile ölüm halinde yakınların manevi tazminat talepleri arasında farklılık yaratılmış olacağını ve beden bütünlüğü ihlaline karşı ölümün ayrıcalıklı hale geleceğini belirtmektedirler⁴⁷. Federal Mahkeme'ye göre⁴⁸, bu itiraz yerinde değildir. Yakınların manevi tazminat talebi, sorumlu ve doğrudan zarar gören arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunması halinde de, Art.60 OR. çerçevesinde zamanaşımına uğrar. Bu kural, ağır beden bütünlüğü ihlallerinde olduğu gibi ölüm olayında da geçerlidir⁴⁹. Anılan itiraz, sorumlu ve doğrudan zarar gören arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunması ihtimalinde, beden bütünlüğü ihlalinde doğrudan zarar görenin talebi ile ölüm halinde destekten yoksun kalma zararına ilişkin talep arasındaki farklılık ile ilgilidir. Bu talepler, temel olarak hukuki mahiyetleri ve kapsamaları itibariyle bile birbirinden farklıdır.

Yakınların manevi tazminat taleplerinde, sözleşme hukukuna ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanması için yakınların kusurunun doğrudan zarar görenin kusuru olarak göz önüne alınması gerektiği de ileri sürülemez. Federal Mahkeme'ye göre, BGE 117 II 50 v.d.ında açıkladığı gibi, bu birlikte kusur ya-

⁴⁴ BGE 123 III 204, s. 212, E. 2 f.

⁴⁵ BGE 123 III 204, s. 212, E. 2 f. Karardan naklen: Brunner, age, Nr.296.

⁴⁶ BGE 123 III 204, s. 212, E. 2 f.

⁴⁷ BGE 123 III 204, s. 212, E. 2 f. Karardan naklen: A. Keller, age., B.I, s. 386; Brunner, age, Nr.296.

⁴⁸ BGE 123 III 204, s. 212, E. 2 f.

⁴⁹ Kararda şu karara atıf yapılmaktadır: BGE 81 II 547 E.3, s. 553.

kının kendi kusuru olarak dikkate alınmaz, aksine sadece Art.44 OR çerçevesinde üçüncü kişinin kusuru olarak göz önüne alınır⁵⁰. Bu da yakınların manevi tazminat taleplerinde sözleşme hukukuna ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanamayacağını göstermektedir.

Federal Mahkeme, yakınların manevi tazminat taleplerinde, haksız fiil hukukuna ilişkin Art. 60 OR.'nin uygulanacağını belirtmekle birlikte, bu kuralın istisnalarının da bulunduğunu açıklamıştır⁵¹. Buna göre, eğer istisnai olarak yakın bizzat – olsa olsa bir çocuğun tıbbi tedavisindeki gibi⁵² - sözleşmenin tarafı ise ve üçüncü kişi yararına bir sözleşme varsa⁵³, yakının manevi tazminat talebine sözleşme hukukuna ilişkin zamanaşımı süresi uygulanır.

Federal Mahkeme, sonuç olarak, sorumlu ile doğrudan doğruya zarar gören arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunması halinde, yakının bağımsız manevi tazminat talebinin sözleşme hukukuna ilişkin zamanaşımı rejimine tabi olacağına dair sağlam bir gerekçe bulunmadığını tespit etmiştir. Mahkemeye göre⁵⁴, haksız fiilden doğan talep olarak, karakterine uygun bir şekilde bu olayda da yakının manevi tazminat talebi, Art.60 OR. çerçevesinde zamanaşımına uğrar. Bu hem ağır beden bütünlüğü ihlallerinde hem de doğrudan zarar görenin ölümü halinde geçerlidir.

III. Doktrindeki Görüşler Çerçevesinde Kararın Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku Bakımından Kararda Varılan Sonucun Kabul Edilebilirliği

A. Yakınların Manevi Tazminat Taleplerinde Uygulanacak Zamanaşımı Sorunu Bakımından Doktrinin Federal Mahkeme Kararına Bakışı

Sözleşmeye aykırı bir davranış, sözleşmenin taraflarından birisinin ölümüne neden olabilir. Örneğin hekimin özen yükümlülüğüne aykırı davranışı hastanın ölümüne neden olabilir. Bu ihtimalde, ölüme neden olan kişi ile ölen arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi bulunmaktadır ve ölüme neden olan davranış sözleşmeye aykırı davranıştır. Sözleşmeye aykırı davranış, sözleşmenin taraflarından birisinin yaralanmasına –beden bütünlüğü ihlaline uğramasına- da neden olabilir. Federal Mahkeme'ye göre, her iki ihtimalde de, sözleşmenin tarafı olmayan yakınlar, ancak haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebileceklerdir. Bu sebeple, yakınların manevi tazminat taleplerine, Art.60 Abs.1 OR gereği, bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır. Buna karşılık, kural olarak, manevi tazminat talep edebilecek yakınlar, somut olaydaki borç ilişkisinin tarafı olmadıkları veya üçüncü kişi yararına sözleşme bulunmadığı sürece, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edemeyeceklerdir.

Ancak doktrinde bazı yazarlar bu görüşe karşı çıkarak, ölüme veya beden bütünlüğü ihlaline neden olan davranış sözleşmeye aykırı bir davranış ise, yakınların da –sözleşmenin tarafı olmasalar bile- Art.99 Abs.3 OR'nin atfıyla⁵⁵,

⁵⁰ BGE 123 III 204, s. 213, E. 2 f.

⁵¹ BGE 123 III 204, s. 213, E. 2 g.

⁵² Kararda şu karara atf yapılmaktadır: BGE 116 II 519 vd.

⁵³ Kararda şu esere atf yapılmaktadır: Oftinger/Stark, age, B.I, s. 686/687.

⁵⁴ BGE 123 III 204, s. 213, E. 2 g.

⁵⁵ Art.99 Abs. 3 OR. gereğince, haksız fiilden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler kıyasen sözleşmeye aykırılık halinde de uygulanır. Bkz. Arzu Genç Ardemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2008, s. 38 vd.; Brehm, Berner

sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebileceklerini ileri sürmektedirler⁵⁶. Bu görüşe göre, yakının manevi tazminat talebi bakımından da kusurun ispatı, zamanaşımı ve yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk bakımından sözleşme hukukunun hükümleri uygulanacaktır⁵⁷. Özellikle zamanaşımı bakımından Art.127 OR.'deki on yıllık zamanaşımının uygulanması gerekmektedir.

Federal Mahkeme'nin kararında da tartışılan ve bu görüşü savunan yazarlarca ileri sürülen gerekçeler özetle şunlardır: gerek yakının gerekse mağdurun kişilik hakkını ihlal eden davranış, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışdır. Bu nedenle her ikisi bakımından da zamanaşımı süresi aynı olmalı ve zamanaşımı aynı andan itibaren işlemeye başlamalıdır. Her iki talep sahibi bakımından farklılık yaratmak için bir gereksinim bulunmamaktadır⁵⁸. Sorumlu, doğrudan zarar görene karşı sözleşmeden dolayı sorumlu olduğu için yakınların manevi tazminat talebi için de Art.127 OR gereğince on yıllık zamanaşımı süresi geçerli olmalıdır. Sözleşmenin tarafları ile onların yakınlarının manevi tazminat taleplerinde farklı hükümlerin uygulanması halinde, yakının tazminat talebi ile doğrudan zarar görenin tazminat talebi farklı zamanaşımı rejimine tabi olacaktır. Beden bütünlüğünün ihlalinde yakınların manevi tazminat taleplerinde haksız fiil zamanaşımının uygulanması halinde, beden bütünlüğünün ihlalinde yakınların manevi tazminat talepleri ile ölüm halinde yakınların manevi tazminat talepleri arasında farklılık yaratılmış olunacak ve beden bütünlüğü ihlaline karşı ölüm ayrıcalıklı hale gelecektir. Bunların dışında kararda ele alınmayan diğer itirazlar ise⁵⁹, bu konuda da sözleşmenin nisbiliği ilkesine bir istisna tanımak gerektiği yönündedir. Buna göre, borçlar hukuku, üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep etmesine olanak sağlamıştır (üçüncü kişi yararına sözleşmede). Bu düzenlemeler, sınırlayıcı olarak yorumlanmamalıdır. Sözleşmenin nisbiliği ilkesinin istisnaları bulunmaktadır. Bunlar, hâkimin hukuk yaratması yoluyla olaya uygun olarak genişletilebilir. Özellikle, sözleşmenin nisbiliğinin kabulü, açık bir biçimde adaletli olmayan sonuçların doğmasına yol açacaksa, istisna kabul edilmelidir.

Bu görüşteki yazarlar, Federal Mahkeme'nin kararındaki, yakınların manevi tazminat talep etme hakkının mağdurunkinden bağımsız olduğuna yönelik gerekçesini şöyle değerlendirmektedir: Yakınların manevi tazminat talebinin bağımsızlık karakteri, hakkaniyet ilkesine dayanır. Oysa ki hakkaniyet ilkesi, yakınların manevi tazminat talebinin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa dayandırmasına da olanak sağlar. Art.47 OR ile Art.49 OR hüküm-

Kommentar, Art.49, N.75; Hans-Ulrich Brunner, Die Anwendung deliktsrechtlicher Regeln auf die Vertragshaftung, Freiburg Schweiz, Universitätsverlag, 1991, N.75.

⁵⁶ Jürg Koller, Genugtuung aus Vertragsverletzung, Buchhandlung Zürich, Schulthess Juristische Medien, AG, N.417.

⁵⁷ Koller, Genugtuung, N.417; Kern Kostkiewicz/Urs Bertschinger/Peter Breitschmid/Ivo Schwander, Handkommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Zürich, Orell Füssli Verlag AG, 2002, Art.127, N.5; Peter Gauch/Walter R. Schlupe/Jörg Schmid/Heinz Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, B.II, 7. Auf., von Heinz Rey, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1998, N.2697, 3498; Jörg Schmid, "Vertragsverletzung und Genugtuung", Festschrift für Ernst A. Kramer, Basel, 2004, s. 659.

⁵⁸ Koller, Genugtuung, N.412; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, B.II, N.3432.

⁵⁹ Koller, Genugtuung, N.407; Brunner, a.g.e., N.504.

lerine atf yapan Art.99 Abs. III OR., yakınların manevi tazminat talebi bakımından da geçerlidir⁶⁰. Diğer yandan, yakınların hangi taleplerde bulunabileceğini düzenleyen Art.47 OR ile Art.49 OR, onun hukuki mahiyeti nedeniyle, sadece ek özel bir sorumluluk nedenidir. Bu özel sorumluluk nedeni, haksız fiil olabileceği gibi, Art.99 Abs. III OR'nin atfıyla sözleşmesel mahiyette de olabilir. Bu nedenle, bu gerekçe, yakınların sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk temeline dayanmalarının reddedilmesi için yeterli değildir⁶¹.

Federal Mahkeme ve doktrindeki yazarların çoğu ise bu görüşü eleştirmektedir⁶². Federal Mahkeme kararında detaylı biçimde incelenen bu görüşün gerekçeleri ise, özetle, Art.60 OR gibi manevi tazminat taleplerinde zamanaşımı süresini düzenleyen bir hüküm bulunmakta iken genel zamanaşımı süresini düzenleyen Art.127 OR'nin uygulanamayacağı; aksinin kabulünün sözleşmenin nisbiligi ilkesine aykırı olduğu; doğrudan zarar görenin manevi tazminat talebi ile yakınının manevi tazminat talebinin birbirinden bağımsız talepler olduğu, bu nedenle ilki için geçerli olan zamanaşımı süresinin diğerine uygulanamayacağı; yakınların manevi tazminat talebinin kendi kişilik hakkının ihlalinden doğduğu; doğrudan zarar gören ile yakınının manevi tazminat taleplerinde farklı zamanaşımı sürelerinin uygulanmasının bir haksızlık değil, taleplerin birbirinden bağımsız olmasının bir gereği olduğu ve bu sonucun kabul edilmesi halinde beden bütünlüğü ihlalinde yakınların manevi tazminat talepleri ile ölüm halinde yakınların manevi tazminat talepleri arasında bir farklılık yaratılmadığı, aksine bu sonucun her iki ihtimal için de geçerli olduğudur.

B. Kararın Değerlendirilmesi ve Sorunun Türk Hukuku Açısından İncelenmesi

Kanaatimizce, yakınların manevi tazminat talebini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebileceklerini savunan görüş, yerinde değildir.

⁶⁰ Koller, Genugtuung, N.404; Brunner, a.g.e., N.503.

⁶¹ Koller, Genugtuung, N.405; Heinz Hausherr/Manuel Jaun, "Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1997", ZBJV, Band.134, 1998, s. 540.

⁶² Hardy Landolt, Zürcher Kommentar, Allgemeiner Bestimmungen, Obligationenrecht, Herausgebenen von Peter Gauch, Jörg Schmid, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art.1-529 OR), Teilband V 1c, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Zweite Lieferung, Art.45-49 OR, Dritte Auf., Zürich, Schulthess, 2007, Vorbem. zu Art.47/49, N.299; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auf., Bern, Staempfli Verlag AG, 2006, N.84.09; Brehm, Berner Kommentar, Art.60, N.12a; Vito Roberto, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Zürich, Schulthess, 2002, N.569; Theo Guhl/Alfred Koller/Anton K. Schnyder/Jean Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels und Wertpapierrechts, Zürich, Schulthess, 2000, s. 65; Rolf H. Weber, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband, Die Folgen der Nichterfüllung Art 97-109, Bern, Staempfli Verlag AG, 2000, Art.99, N.181; Gauch, Walter/R. Schlupe, Schweizerische Obligationenrecht, B.II, 4. Auf., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1987, N.2072; Karl Oftinger/Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erter Band, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1995, s. 692; Andreas von Tuhr/Arnold Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, B.II, 3. Auf., Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1974, § 68, s. 102, 109, dn.101.

Öncelikle, sözleşmeye taraf olmayan yakınların sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebileceğinin kabulü, sözleşme hukukuna hâkim olan sözleşmenin nisbiliği ilkesini ihlal eder. Sözleşmenin nisbiliği ilkesine göre, borç ilişkisinden doğan hak ve borçlar, kural olarak, o ilişki çerçevesi içinde ve tarafları arasında hüküm doğurur⁶³. Sözleşmeye taraf olmayan kişilerin, kural olarak, borç ilişkisi üzerinde bir etkisi yoktur⁶⁴. Sözleşmeye taraf olmayan yakınların sözleşme hükümlerine dayanarak manevi tazminat talep edilebileceğinin kabulü, dolayısıyla haksız fiil hükümlerinin doğrudan doğruya uygulanması, sözleşmenin nisbiliği ilkesine uygun düşmez, onu zedeler. Ayrıca aksi görüşün savunduğu gibi hakkaniyet ilkesine dayanarak bu konuda yakınlar bakımından bir istisna tanımak da yasal bir dayanak bulunmadıkça hukuki güvenliği zedeler.

Sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminatın talep edilebilmesi için taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan yükümlülüğün hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinden dolayı alacaklının kişilik hakkının ihlal edilmesi ve manevi zarara uğraması gereklidir⁶⁵. Doğrudan zarar görenle sorumlu arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi bulunması ve beden bütünlüğü ihlalinin borçlunun sözleşmeye aykırı davranışının bir sonucu olması ihtimalinde, beden bütünlüğü ihlal edilen doğrudan zarar gören Art.99 Abs.3 OR/BK md.98 f.II'nin atfıyla Art.47 OR/BK md.47'ye kıyasen manevi tazminat talep edebilir⁶⁶. Sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun hükümleri uygulanabilir. Baskın görüşe göre, zamanaşımı süresi bakımından, aksini düzenleyen bir hüküm bulunmadıkça, tüm talepler için Art.127 OR/BK md.125 gereği, on yıllık zamanaşımı süresi uygulanır⁶⁷.

Bu ihtimalde mağdurun ölümüne veya beden bütünlüğünün ihlal edilmesine neden olan davranış, sözleşmeye aykırı davranıştır. Oysa ki, sözleşmeye taraf olmayan yakınların manevi tazminat talep etmesine neden olan davranış, yakın bakımından "sözleşmeye aykırı" davranış değildir. Zira onunla borçlu arasında bir borç ilişkisi yoktur ki, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışından söz edilebilsin. Yakının manevi zarara uğramasına neden olan davranış, Art.47 OR/BK m.47'de düzenlenen genel davranış kuralının ihlali, bir haksız fiildir. Sorumlu ile üçüncü kişi-yakın arasında sanki bir borç ilişkisi varmış gibi, yakının sözleşme hukuku hükümlerine göre talepte bulunması kabul edilemez. Manevi tazminat borcunu doğuran davranış haksız fiil niteliği taşıdığından yakın, manevi tazminat talebini haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edecektir. Bu nedenle, zamanaşımı süresi bakımından haksız fiil-

⁶³ Schwenzer, Obligationenrecht, N.4.06; Weber, Berner Kommentar, Art.97, N.275, 277; Selahattin S. Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993, s. 60.

⁶⁴ Schwenzer, Obligationenrecht, N.4.07; M. Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s. 24.

⁶⁵ Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, s. 85.

⁶⁶ Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, s. 110 vd.

⁶⁷ Bu konudaki tartışmalar için bkz. Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, s. 266 vd. Federal Mahkeme'nin kararında da ele alınan ve Jaeggi tarafından savunulan görüşün eleştirisi için bkz. aynı eser, s. 268-269. Yargıtay da sözleşmeye aykırılıktan doğan manevi tazminat taleplerinde BK md.125 hükmünün uygulanacağını belirtmektedir. Bkz. YHGK., 11.12.2002 T., 2002/13-1011 E., 2002/1047 K. (Kazancı İçtihat Bankası); 21.HD., 1.3.2004 T., 2004/1691 E., 2004/956 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

lerde zamanaşımı sürelerini düzenleyen ve BK md.125/Art.127 OR'ye göre özel hüküm niteliği olan BK md.60/Art.60 OR, yakınların manevi tazminat talepleri için de uygulanacaktır.

Yakının manevi tazminat talebi, doğrudan doğruya zarar görenin manevi tazminat talebinden bağımsızdır. Yakınların manevi tazminat talep hakkı, ölen den miras ile intikal eden bir hak değil, yakınlarla doğrudan doğruya BK m.47/Art.47 OR ile tanınan bağımsız bir haktır⁶⁸. Art.47 OR/BK md.47 adam ölmesi halinde yakınlarına manevi tazminat talep etme imkânı tanımaktadır⁶⁹. Yukarıda belirtildiği gibi, İsviçre Federal Mahkemesi, doktrindeki baskın görüşe katılarak, ağır beden bütünlüğü ihlallerinde mağdurun yakınlarına da bu hakkın verilmesi gerektiğini belirtmiştir⁷⁰. Türk doktrinde baskın olan görüşe ve Yargıtay'a göre de ağır beden bütünlüğü ihlallerinde mağdurun yakınları manevi tazminat talep edebilecektir⁷¹. Ağır beden bütünlüğü ihlallerinde mağdurun manevi tazminat talep etme hakkı ile onun yakınının manevi tazminat talep etme hakkının birbirinden bağımsız olmasının çeşitli sonuçları vardır. Federal Mahkeme, taleplerin birbirinden bağımsız olmasının sonuçlarını şöyle açıklamıştır: bu hususta tasarruf yetkisi sadece yakınlarla tanınmıştır. Doğrudan zarar gören tarafından açıklanan feragat ya da sulh yakına karşı ileri sürülemez⁷². Aynısı takas olasılığı bakımından da geçerlidir⁷³. Doğrudan zarar

⁶⁸ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 699; Brehm, Berner Kommentar, Art.47, N.132, s. 376; Hüseyin Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/ Arpacı, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1998, § 10, N.15.

⁶⁹ BK md.47'de "ölünün ailesi" kavramı kullanılmışsa da doktrin ve Yargıtay, mehz kanuna uygun olarak ölünün ailesi kavramını ölünün yakınları olarak yorumlamaktadır. Bkz. Oğuzman, Öz, Borçlar Hukuku, s. 699; Fikret Eren, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 8. b., İstanbul, Beta Basım Yayım, 2003, s. 764; Tekinay/Akman/ Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku, s. 660; Kemal Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I, 6.Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 1976, s. 503; Haluk Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku (Akit dışı ve Akdi Mes'uliyet), Ankara, Ajans-Türk Matbaası, 1961, s. 335; Ferit H. Saymen, Manevi Zarar ve Tazmini Sureti, Doktora Tezi, İstanbul, Cumhuriyet Matbaası, 1940, s. 186-187. Y.4.HD., 16.11.1998 T., 1998/5648 E., 1998/8925 K. (M. Reşit Karahasan, Tazminat Hukuku, Manevi Tazminat, Öğreti - Yargıtay Kararları, 6.bası, İstanbul, Beta Basım, Yayım ve Dağıtım A.Ş., 2001, s. 350 = YKD., C.25, S.6, Haziran 1999, s. 772-773); Y.11.HD., 17.2.1983 T., 1983/592 E., 1983/699 K. (Karahasan, Manevi Tazminat, s. 353); Y.HGK., 25.11.1970 T., 1967/4-31 E., 1970/645 K. (Karahasan, Manevi Tazminat, s. 360); Y.11.HD., 17.2.1983 T., 1983/592 E., 1983/699 K. (Karahasan, Manevi Tazminat, s. 356-357). Borçlar Kanunu Tasarısının 55.maddesinde de "aile" yerine, "yakınları" kavramına yer verilmiştir

⁷⁰ BGE 123 III 204, 206, E2 a.

⁷¹ Baskın görüş için bkz. Eren, Borçlar Hukuku, s. 764; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop, Borçlar Hukuku, s. 659. Aksi görüş için bkz. Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 671; Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, § 10, N.15. Bu konudaki tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, s. 243 vd. YHGK., 26.4.1995 T., 1995/11-22 E., 1995/430 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Aynı yönde bkz. Y.21.HD., 25.10.2005 T., 2005/7868 E., 2005/10156 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 27.10.2004 T., 2004/8116 E., 2004/9009 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 13.5.2004 T., 2004/3980 E., 2004/4846 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 23.2.2004 T., 2004/24 E., 2004/1413 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 15.6.2000 T., 2000/4733 E., 2000/4833 K (YKD., C.27, S.2, Şubat 2001, s. 248-250).

⁷² BGE 123 III 204, s. 211, E. 2 e. Ayrıca bkz. BGE 84 II 292 E.6, s. 300.

görene karşı verilen hukuk mahkemesi kararı, yakının özel talebine karşı da hiçbir şekilde kesin hüküm sağlamaz⁷⁴.

Yakınların manevi tazminat talebinin bağımsızlık karakterinin hakkaniyet ilkesine dayandığı ve bunun yakınların manevi tazminat talebinin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğa dayandırmasına da olanak sağladığına yönelik gerekçe⁷⁵ de hukuki dayanaktan yoksundur. Bu açıdan Art.47 OR ile Art.49 OR hükümlerine atıf yapan Art.99 Abs. III OR/BK md.98 f.II'nin yakınların manevi tazminat talebi bakımından da uygulanabileceğini savunmak, bizzat bu hükümlerin lafzına ve ruhuna aykırı bir yorumdur. Zira Art.99 Abs.3 OR/BK m.98 f.II, sözleşmeye aykırılık halinde haksız fiil hükümlerinin uygulanabilmesini, kıyas ölçütüne bağlamıştır. Buna göre, haksız fiil hükümleri, ancak sözleşme hukukunun amaç ve ilkelerine, bünyesine uygun düştüğü ölçüde sözleşmeye aykırılık halinde uygulanabilecektir⁷⁶. Daha önce de belirtildiği gibi, sözleşmeye taraf olmayan kişilerin, kural olarak, borç ilişkisi üzerinde bir etkisi yoktur, aksinin kabulü sözleşme hukukuna hâkim olan sözleşmenin nisbiliği ilkesini zedeler⁷⁷. Sözleşmenin nisbiliği ilkesine aykırı bir sonuç benimsemek ve dolayısıyla sözleşme hukukunun temel ilkelerinden birine açıkça aykırı bir yorum yaparak, Art.99 Abs.III OR/BK md.98 f.II'den yararlanmak, bu hükümlerin amacına uygun değildir.

Aynı fiil dolayısıyla zarar gören birden çok kişinin, mağdur ve yakının, farklı sorumluluk nedenlerine göre tazminat talep etmesi de bir haksızlık değildir. Aksinin kabulü halinde, sözleşmeye aykırılık ile haksız fiil arasındaki ayrımın bir anlamı kalmayacaktır. Ancak, olması gereken hukuk açısından her iki sorumluluk temelinin zamanaşımı vb. bakımdan birbirine paralel olarak düzenlenmesi gerektiği ileri sürülebilir⁷⁸. Yürürlükteki hukuk bakımından ise, yakınlar, koşulları gerçekleştiğinde, haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebilecektir⁷⁹. Diğer yandan Federal Mahkeme kararında da belirtildiği gibi, bu sonuç, yakınların hem ağır beden bütünlüğü ihlallerindeki hem de ölüm halindeki manevi tazminat talepleri için geçerlidir. Dolayısıyla her iki ihtimal arasında farklılık yaratıldığı ve ölümün diğer ihtimale göre ayrıcalıklı hale getirildiği de söylenemez.

Sonuç olarak, kanaatimizce, İsviçre Federal Mahkemesi kararında isabetli bir biçimde, doğrudan zarar görenle sorumlu arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunması ve ölümün veya beden bütünlüğü ihlalinin sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle doğması ihtimalinde bile, yakınların manevi tazminat taleplerinde, haksız fiil hukukuna ilişkin Art. 60 OR.'nin uygulanacağını kabul etmiştir. Türk Hukuku bakımından da kanaatimizce yakınların ma-

⁷³ BGE 123 III 204, s. 211, E. 2 e.

⁷⁴ BGE 123 III 204, s. 211, E. 2 e.

⁷⁵ Koller, Genugtuung, N.404.; Brunner, a.g.e., N.503.

⁷⁶ Genç Arıdemir, Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Manevi Tazminat, s. 49 vd.

⁷⁷ Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 24.

⁷⁸ Bkz. Hüseyin Hatemi, "Ölüm ve Beden Bütünlüğü Zararında Giderim", Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 10-11.XII.1993, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, Türkiye İş Bankası Vakfı, s. 1-8.

⁷⁹ Aynı yönde bkz. Schwenzler, Obligationenrecht, N.84.09; Brehm, Berner Kommentar, Art.60, N.12a; Roberto, Haftpflichtrecht, N.569; Guhl/Koller/Schnyder/Druey, a.g.e., s. 65; Gauch/Schluep, a.g.e., N.2072; Oftinger/Stark, age., s. 692.

nevi tazminat taleplerinde, mağdur ile sorumlu arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunması ihtimalinde bile, kural olarak BK md.60 f.1 gereğince bir yıllık zamanaşımı süresi uygulanmalıdır.

Yargıtay yakınların manevi tazminat talebini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edip edemeyecekleri sorunu ile açık bir biçimde ilgilenmemiştir. Ancak örneğin iş kazasına uğrayan kişinin yakınının açtığı bir manevi tazminat davasında, yakınların manevi tazminat taleplerinin gerekçesi açıklandıktan sonra şu cümleye yer verilmiştir⁸⁰: “*Bu durumda olanların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama söz konusudur.*” Açıkça değinilmemiş ise de yakınların manevi tazminat talebinden söz ederken “haksız eylem” kavramının kullanılması, onların haksız fiilden doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep edebileceklerinin kabul edildiği izlenimi uyandırmaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi kararında, yakınların manevi tazminat talepleri bakımından Art.127 OR hükmündeki zamanaşımı süresinin uygulanabileceği istisnai halleri de açıklamıştır⁸¹. Buna göre, eğer istisnai olarak yakın bizzat sözleşmenin tarafı ise ve üçüncü kişi yararına bir sözleşme varsa, yakının manevi tazminat talebine sözleşme hukukuna ilişkin zamanaşımı süresi uygulanır. Federal Mahkeme kararında örneği verildiği gibi⁸², çocuğunun tedavisi için hekimle sözleşme yapan anne, hekimin sözleşmeye aykırı davranışı sebebiyle çocuğunun yaralanması veya ölmesi ihtimalinde, hekimden tazminat talep edebilir. Bu ihtimalde, anne ile hekim arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisi bulunduğu ve zarar sözleşmeye aykırı davranışın bir sonucu olduğu için sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümleri uygulanır.

Üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından ise, Federal Mahkeme kararında tartışılmayan ancak doktrinde tartışılan bir hukuki sorun bulunmaktadır. Doktrinde bazı yazarlar, eksik üçüncü kişi yararına sözleşmelerde lehtarın uğradığı zararların tazmini bakımından da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluğun hükümlerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedirler⁸³. Bunlara göre, lehtarın uğradığı zararların tazmini için haksız fiil hükümlerini uygulamak yeterli değildir. Üçüncü kişi ile vadeden arasında dar sözleşmesel bağlantı⁸⁴ veya bazı yazarlara göre sözleşmeye benzer ilişki⁸⁵ bulunmaktadır. Bu sözleşmesel bağlantı veya sözleşme benzeri ilişki nedeniyle lehtar da sözleşmenin korunması kapsamındadır. Bu yüzden onun da sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine dayanmasına izin verilmeli ve sözleşmenin nisbiliği ilkesinin istisnaları genişletilmelidir. Kanaatimizce, aralarındaki sözleşme benzeri bağlantı veya özel sözleşmesel ilişki dolayısıyla, lehtara sözleş-

⁸⁰ Y.21.HD., 19.2.2002 T., 2002/991 E., 2002/1278 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Benzer bir şekilde bkz. Y.21.HD., 23.2.2004 T., 2004/24 E., 2004/1413 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 25.3.2003 T., 2003/2421 E., 2003/2555 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.21.HD., 15.6.2000 T., 2000/4733 E., 2000/4833 K. (YKD., C.27, S.2, Şubat 2001, s. 248-250).

⁸¹ BGE 123 III 204, s. 213, E. 2 g.

⁸² BGE 123 III 204, s. 213, E.2 g'de atıf yapılan karar : BGE 116 II 519 vd.

⁸³ Koller, Genugtuung, N.376; Patrick Krauskopf, Der Vertrag zugunster Dritter, Freiburg, Schweiz, Universitaetsverlag, 2000, N.762.

⁸⁴ Koller, Genugtuung, N.376.

⁸⁵ Krauskopf, Der Vertrag zugunster Dritter, N.762 vd.

meye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep etme yetkisi veren görüş yasal bir dayanaktan yoksundur. Zira kanun, üçüncü kişi yararına sözleşmenin türleri arasında bir ayırım yaparak, ancak tam üçüncü kişi sözleşmeyi, sözleşmenin nisbiliği ilkesinin istisnası olarak kabul etmektedir (BK md.111 f.2/Art.112 Abs.2 OR). Eksik üçüncü kişi yararına sözleşmede, sözleşmenin tarafı olmayan veya sözleşme gereğince vaat edene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahip olmayan lehtarın sözleşme hükümlerine dayanması mümkün değildir. Taraflar, eğer sözleşme hukukundaki hükümlerden lehtarın yararlanmasını amaçlasa idi, sözleşmeyi tam üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde yapabilirlerdi. Nitekim kanun da tarafların iradesi gereği sözleşmenin tam üçüncü kişi yararına sözleşme şeklinde yapılabileceğini açıkça düzenlemektedir (BK m.111 f.II/Art.112 Abs. II OR). Eğer sözleşmenin amacı ve hal ve şartlar dikkate alınarak tarafların irade beyanlarının yorumundan da bu sonuca ulaşmak mümkün değilse, sözleşme eksik üçüncü kişi yararına sözleşmedir. Bu halde, lehtar, ancak koşulları gerçekleştiğinde haksız fiil hükümlerine dayanarak manevi tazminat talep edebilecektir. Buna karşılık, tam üçüncü kişi yararına sözleşme bakımından lehtar, borç ilişkisinde taraf olmasa bile, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep edebilecektir⁸⁶. Çünkü tam üçüncü kişi yararına sözleşmelerde, lehtar, vaat edene karşı ileri sürebileceği bir alacak hakkına sahiptir ve sözleşmenin nisbiliği ilkesine bir istisna tanınmaktadır⁸⁷. Bu ihtimalde, lehtar, vaat edene karşı, taahhüt ettiği edimi ifa etmesini ve bu edimin hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesi nedeniyle doğan zararlarının tazmin edilmesini talep edebilecektir⁸⁸. Sonuç olarak, yakın, ancak tam üçüncü kişi yararına sözleşmede lehtar ise, vaat edenin taahhüt ettiği edimi hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle uğradığı manevi zararın tazmin edilmesini sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edebilecektir. Bu halde, lehtar sıfatıyla yakının manevi tazminat talebinde, sözleşmeye aykırılıktan doğan taleplere uygulanan zamanaşımı süresi uygulanacaktır (BK md.125 vd./Art.127 Art vd.).

Ayrıca doktrinde, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin bulunması halinde de sözleşmenin nisbiliği ilkesinin bir istisnası bulunduğu kabul edilmektedir⁸⁹. Buna göre, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmelerde koruma kapsamından yararlanan üçüncü kişi, borçlunun koruma yükümlülüklerine

⁸⁶ Koller, Genugtuung, N.374, 381.

⁸⁷ Guhl/ Koller/ Schnyder/ Druet, a.g.e., s. 164; von Tuhr/Escher, a.g.e., s. 237.

⁸⁸ Schwenger, Obligationenrecht, N.86.25; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, s. 834; Krauskopf, Der Vertrag zugunster Dritter, N.1543 vd.; Şener Akyol, Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 211.

⁸⁹ Doktrinde borçlu ile alacaklı arasındaki borç ilişkisinin yanında, borçlu ile bir takım üçüncü kişiler arasında da dürüstlük kuralı gereği bir borç ilişkisinin kurulduğu, bu ikinci ilişki gereği doğan koruma yükümlülüklerini yerine getirmeyen borçlunun kıyasen sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre sorumlu olduğu kabul edilmektedir. Buna göre, borçlu, üçüncü kişiye karşı koruma yükümlülüklerini yerine getirmez ve üçüncü kişi, bu nedenle zarara uğrarsa, o, kıyasen sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre borçludan tazminat talep edebilir. Bu konuda bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), 1. Cilt, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2008, § 2, N.32; Marc Liebmann, Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, 2006, s. 135. Ayrıca bkz. Y.HGK 6.5.1992 T., 1992/13-312 E., 1992/315 K. (YKD, 1992/8, s. 1176).

aykırı davranması yüzünden maddi ve/veya manevi zarara uğrarsa, kıyasen sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre maddi ve/veya manevi tazminat talep edebilir. Bu tür taleplerde zamanaşımı süresi, kanunda başka suretle hüküm bulunmadıkça, on senedir (Art.127 OR/BK md.125). Doktrine göre, eğer beden bütünlüğü ihlal edilenin veya ölenin yakını, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmenin koruma kapsamından yararlanan üçüncü kişi konumundaysa⁹⁰, o da kıyasen sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep edebilir⁹¹.

Bazen kanun da sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep etmesine olanak sağlayabilir. Bunlara örnek olarak Türk Hukuku bakımından BK md.332, TTK md.806 f.II, 1130 verilebilir:

a. BK m.332 f.II hükmüne göre⁹², işveren, BK m.332 f.I'e aykırı davranması sonucu "işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabidir." Buna göre, işçinin ölümü halinde "onun yardımından mahrum kalanlar", "uğradıkları zararlar" ın tazminini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre talep edecek, zamanaşımı bakımından BK m.125'teki on yıllık süre uygulanacaktır⁹³.

Doktrinde bazı yazarlar BK m.332 f.II' de düzenlenen tazminatın destekten yoksun kalma tazminatı olduğunu, manevi tazminatın ise BK m.47'ye göre talep edilebileceğini belirtmektedir⁹⁴. Bazı yazarlara⁹⁵ ve Yargıtay'a⁹⁶ göre ise, BK m.332 f.II' ye göre yakınlar da sözleşme hukukunun hükümlerine göre manevi tazminat talep edilebilir. Kanaatimizce son görüş daha isabetlidir.

Hükmün lâfzî yorumuna göre, düzenlenen tazminat, BK m.45'teki destekten yoksun kalma tazminatıdır. Çünkü hükümde ölüm halinde "onun yardımından mahrum kalan kimseler"den söz edilmektedir. BK m.45 de, destekten yoksun kalma tazminatını şöyle düzenlemiştir: "Ölüm neticesi olarak diğer kim-

⁹⁰ Hangi üçüncü kişilerin sözleşmenin koruması kapsamında olacağı doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda bkz. Liebmman, a.g.e., s. 196 vd.

⁹¹ Schmid, a.g.e., s. 659.

⁹² BK m.332 f.II, 29.6.1956 tarih ve 6763 sayılı Kanun ile hükme eklenmiştir. (RG. 9353 S.).

⁹³ Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 7. Baskı, 7. Baskıyı Hazırlayanlar: Cevdet Yavuz, Burak Özen, Faruk Acar, İstanbul, Beta, 2007., s. 476; Kenan Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, Sermet Matbaası, 1977, s. 897; N. Bilge, Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara, Bankacılık ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1971, s. 226.

⁹⁴ Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul 1992, s. 323; Tunçomağ, Özel Borç İlişkileri, s. 897; Seza Reisoğlu, Hizmet Akdi, Mahiyeti-Unsuruları-Hükümleri, Ankara, Sevinç Matbaası, 1968, s. 209.

⁹⁵ Eren, Borçlar Hukuku, s. 1011.

⁹⁶ Yargıtay, işverenin işçinin güvenliği için gerekli olan önlemleri alması sebebiyle iş kazasına uğrayan işçinin yakınlarının açtığı tazminat davalarının BK m.125 gereği on yıllık zamanaşımına tabi olduğunu kabul etmektedir. Bkz. Y.21.HD., 7.2.2006 T., 2005/13299 E., 2006/810 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Ancak kararın gerekçesinde, işverenin İş Kanunu'ndaki yükümlülüklerine aykırı davrandığı belirtilmekte ve BK m.332 f.II'den söz edilmemektedir. Oysa ki, kararda yakınlar bakımından neden BK m.125'in uygulandığı açıklanmalıydı.

seler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararlarını da tazmin etmek lazım gelir". Ancak BK m.45'te "onların bu zararlarını" ifadesi yer almakta iken, BK m.332 f.II' de "uğradıkları zararlara" ifadesi kullanılmıştır. Dolayısıyla zararın çoğul kullanılması, hem maddi hem de manevi zararın kast edildiği izlenimi yaratmaktadır. Kanaatimizce, hükümdeki "yardımından yoksun kalan" ifadesi, lâfzi olarak yorumlanmamalı, hükümün amacı da göz önünde bulundurulmalıdır. Kanun koyucu, işverenin işçiyi gözetme borcu kapsamında, işletme tehlikesine karşı işçiyi koruma, münasip ve sağlığa uygun çalışma yeri ve işçinin sağlığına uygun yatacak yer sağlama yükümlülüğünü BK md.332 f.I'de düzenlemiştir. Ayrıca kanun koyucu, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle alacaklının ölümü halinde, diğer kişilerin de talep edecekleri tazminatta sözleşme hukukunun hükümlerinin uygulanacağını düzenleyerek, işveren karşısında bu kişileri daha elverişli bir konuma getirmeyi arzu etmiştir. Kanun koyucunun ölüm dolayısıyla sırf maddi menfaatleri sarılan kişileri (destekten yoksun kalanları) bu elverişli konuma getirmek istediği, buna karşılık işçinin ölümü nedeniyle acı ve elem duyan, yaşama sevinci azalan kişileri (yakınları) ise korumak istemediği düşünülemez. İşçinin ölümü nedeniyle destekten yoksun kalan kişilerin uğradığı maddi zararın tazmini için sözleşme hukuku hükümlerini uygulamak, buna karşılık ölenin yakınlarının manevi zararlarının tazmininde haksız fiil hükümlerini uygulamak, adaletli olmayan bir sonuçtur. Sırf doğan zararın türü göz önüne alınarak bu yönde bir sınırlama yapılmaması gereklidir. Bu nedenlerle, BK m.332 f.II' deki "zararlara" ifadesi, hem destekten yoksun kalanların uğradığı maddi zararı hem de yakınların uğradığı manevi zararı kapsayacak şekilde geniş yorumlanmalı ve BK md.332 f.II'nin uygulandığı hallerde yakınların da sözleşme hukukunun hükümlerine göre manevi tazminat talep edebileceği kabul edilmelidir.

b. TTK m.806 f.II c.2'ye göre, "Yolcunun kaza neticesinde ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalan kimseler dahi uğradıkları zararlara karşılık taşıyıcıdan tazminat isteyebilirler". TTK m.806 f.II c.2'de, BK m.332 f.II'den farklı olarak, ölenin "yardımından yoksun kalanların" sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talep edebilecekleri belirtilmemiştir. Ancak taşıyıcının yükümlülüklerine aykırı davranması halinde yolcunun "yardımından mahrum kalan kimseler" in de tazminat talep edebileceklerinin ayrıca belirtilmesi ve taşıyıcının kazanın kendisine veya yardımcılarına yükletilmesi mümkün olmayan bir kusurdan doğmadığını ispat etmekle yükümlü olduğunun düzenlenmesi (TTK m.806 f.II c.3), kanun koyucunun bu istisnai hallerde haksız fiil hükümleri yerine, sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talep edilmesini arzu ettiğini göstermektedir. Çünkü BK md.45 ölenin desteğinden yoksun kalanların tazminat talep edebileceklerini ayrıca düzenlemişken TTK md.806 f.II'nin aynı sonucu tekrarladığı ve kanun koyucunun abesle iştigal ettiği söylenemez. Zira TTK md.806 f.II olmasaydı bile, ölüm halinde yakınlar, BK md.47'ye göre manevi tazminat talep edebileceklerdi. TTK m.1 f.I c.1 gereği, Medeni Kanun'un ayrılmaz bir parçası olan Türk Ticaret Kanunu'nda 806 f.II gibi bir hükme yer veren kanun koyucu, onların da sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre tazminat talep edebilmelerini ve sözleşme hukukunun elverişli hükümlerinden yararlanmalarını arzulaşmıştır. Bu sebeple, kanun koyucu, taşıma sözleşmesine ilişkin hükümler arasında ölen yolcunun yardımından yoksun kalan kişilerin de tazminat talep edebileceklerini, kusurlu olmadığını

ispat yükünün taşıyıcıya ait olduğunu düzenleyerek, bu iradesini açıklamıştır. Bu sonucun kabulü halinde, bir adım daha atmak gereklidir. TTK md.806 f.II'deki "onun yardımından mahrum kalan kimseler"i, BK md.332 f.II gibi, destekten yoksun kalanlar ile sınırlamamak, genişletici yorum ile ölenin yakınlarının da manevi tazminatı sözleşmeye aykırılık hükümlerine göre talep edebileceklerini kabul etmek gereklidir. Böylece taşıma sözleşmesine aykırı davranan taşıyıcı, TTK md.806 f.II gibi özel bir hükümle, yolcunun ölümü halinde destekten yoksun kalanların uğradığı maddi zararı, yakınların uğradığı manevi zararı, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazmin etmekle yükümlü olacaktır. TTK m.1130 gereği, deniz ticaret hukukunda yolcu taşıma sözleşmeleri bakımından da aynı esas uygulanacaktır.

Yargıtay'a göre, TTK m.806 ve BK m.47 gereği, ölenin yakınları sorumlu taşıyıcıdan manevi tazminat da talep edebilir⁹⁷. TTK m.767 b.5'e göre, yolcunun ölümü veya yaralanması halinde bu maddedeki zamanaşımı uygulanamayacaktır. Bu hükmü yorumlayan Yargıtay'a göre⁹⁸, yolcunun ölümü halinde, ölenin yakınlarının taşıyıcıya karşı açtıkları maddi ve manevi tazminat davalarında TTK m.767 b.5 gereği, BK m.125'teki zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Sonuç olarak, BK md.332, TTK md.806 f.II ve md.1130 hükümlerinin yorumlanması sonucu, bu hükümlerin uygulama alanı bakımından, manevi tazminat talep etme hakkına sahip olan yakınlar, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre manevi tazminat talep edebileceklerdir. Bu nedenle, söz konusu hükümler bakımından, yakınların manevi tazminat talepleri, BK md.125 vd. hükümlerine tabi olacaktır.

IV. Sonuç

İsviçre Federal Mahkemesi, incelediğimiz kararında, sorumlu ile mağdur arasında sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinin bulunması halinde bile, yakınların manevi tazminat taleplerinde, haksız fiil sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresinin uygulanacağına karar vermiştir. Yukarıda belirtilen gerekçelerle, kanaatimizce, Federal Mahkeme'nin vardığı sonuç yerindedir ve Türk Hukuku bakımından da kabul edilmelidir. Bu sebeple, kural olarak, yakınların manevi tazminat taleplerinde uygulanacak zamanaşımı süresi, BK md.60 f.1/Art.60 Abs.1 OR gereği, zararın ve failin öğrenilmesinden itibaren bir ve her halde zarar verici fiilden itibaren on yıldır.

Ancak bu kuralın istisnaları da bulunmaktadır. Buna göre, yakın bizzat sözleşmenin tarafı ise veya tam üçüncü kişi yararına sözleşmede lehtar ise veya üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kapsamında korunan üçüncü kişi ise, yakınların manevi tazminat talebi, sözleşmeye aykırılık halinde doğan tazminat talepleri bakımından uygulanan zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Bu süre ise, aksini düzenleyen bir hüküm bulunmadıkça, on yıldır (BK md.125/Art.127 OR). Bazen kanun da sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilerin sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine göre tazminat talep edebilecekleri

⁹⁷ Y.11.HD., 20.6.1979 T., 1979/3263 E., 1979/3298 K. (Batder, C.X, 1979, S.542-543).

⁹⁸ Y.21.HD., 28.9.2004 T., 2004/2331 E., 2004/7661 K. (Kazancı İçtihat Bankası); Y.11.HD., 20.1.1986 T., 1985/6865 E., 1986/102 K. (Kazancı İçtihat Bankası). Yaralanma hali için bkz. Y.11.HD., 13.12.2001 T., 2001/8006 E., 2001/9833 K. (Kazancı İçtihat Bankası).

rini düzenleyebilir. BK md.332 f.II, TTK md.806 f.II c.2 ve TTK md.1130 bu tür hükümlerdendir. Yukarıda belirtildiği gibi, söz konusu hükümlerde sadece destekten yoksun kalma tazminatı bakımından bu imkân tanınmış görünse de, hükümleri amacına göre yorumlayarak, yakınların manevi tazminat talepleri bakımından da aynı sonucun uygulanacağını kabul etmek gereklidir.