

MUINDEN MAHRUMİYET

(Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrası
üzerinde bir tetkik)

MÜNDERECAT :

I. Umumi görüş

II. Muinden mahrumiyete müteallik hükümlerin menşei

III. Tatbik şartları :

§ 1. — Haksız fiil

§ 2. — Ölümü mucib olan haksız fiil

§ 3. — Muin mefhumunu: a) Ana-baba; b) Çocuklar; c) Nesebi gayri sahih çocuk; d) Ölümden sonra doğan nesebi gayri sahih çocuk; e) Erkek ve kız kardeş; f) Eş ve boşanmış karı; g) Nişanlı; h) Müstefrişe ve «sözde-karı».

IV. Muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat miktarını tayine yarayan unsurlar :

§ 1. — Dâvacının maddi durumu

§ 2. — Dâvacının bakımına yardım eden müteveffanın kudreti

§ 3. — Tanzim edici veya tenzil ettirici âmilleri: a) Müteveffanın veya dâvacının müterafık kusurunun tesiri; b) Hayatta kalan eşin tekrar evlenmesi veya evlenebilmesi imkânı; dâva esnasında zuhur eden hâdiseler; c) Bir seramyeye tediyesinin faydaları dolayısıyla tenzilat ve efektif faiz yüzdesi; d) Müddei-aleyhin nisbeten hafif kusuru ve zararın tamamen tazmini halinde müzayakaya düşmesi tehlikesi; e) Muinin yakında bir evlenme akdetmesi imkânı.

V. Murtabit meseleler

§ 1. — Müruru zaman

§ 2. — Muinden mahrumiyet dolayısıyla tahakkuk eden alacağın temliki

§ 3. — Muinden mahrumiyet dolayısıyla hükümlenen sermayenin faizlerinin hesaplanmasında mebbe.

VI. Netice

Bibliyografya

I. UMUMİ GÖRÜŞ

Yapmış olduğumuz fiil ve muameleler — hukuki olsun olmasın — esas itibarile ya kendimize veya mamelekimize, yahut doğrudan doğruya alâkalı üçüncü şahıslara — âkid veya mağdur — veya mameleklerine tesir icra edebilirler.

Maahaza kanun bu umumî kaideye bazı istisnalar vaz etmiştir; bu istisnaya göre bazı hukukî fiil ve muameleler, alâkalı olmamakla beraber **dolayısıyla** alâkalı bulunan bazı üçüncü şahıslara da tesir edecektir. Ezcümle Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrası bu şekilde bir hüküm ihtiva etmektedir:

«Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları taktirde, onların bu zararını da tazmin etmek lâzımgelir.»

Bu fıkra, hısımlık rabitalarına, sevgi hislerine, hattâ alelâde fiilî vaziyetlere istinat ederek muinlerinin ölümüne sebebiyet veren kimseye karşı **doğrudan doğruya dava** ikame etmek hakkını bahşeylemektedir.

Bunun gibi 28 Mayıs 1905 tarihli «Demiryolları, vapur ve posta işletmelerinin hukukî mesuliyeti» ne müteallik kanunun 2 inci maddesi de aynı mealde bir hüküm ihtiva ediyor:

«Mağdurun ölümü dolayısıyla diğer kimseler muinden mahrum olmuşlar ise, bunların da zararını tazmin etmek lâzımdır.»

Bu hükümlerin hikmeti vücudunu belki de miras hukuku kaidelerini hatırlıyarak izah etmek akla gelebilir.

Fakat derhal söliyelim ki, miras hukukunun bu mesle ile hiç alâkası yoktur; Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrası ile 28 Mayıs 1905 tarihli kanunun 2 inci maddesinin esasî Miras hukuku hükümlerinin esasından tamamen ayrıdır; hattâ miras hukuku hükümlerile ekseriya muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminata müteallik hükümler müvazi olarak tatbik olunur ve bunlardan birinin tatbiki diğerinin tatbikini bertaraf etmez. Niha-yet muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talep eden kimsenin hiç bir miras hakkı da bulunmıyabilir.

Bu basit müşahedeler miras hukukunun temeli ile muinden mahrumiyete müteallik tazminat talebi temelinin biribirinden tamamen farklı olduğunu iddia etmeğe kifayet eder. Mirasa hak iktisap etmenin temelini kan hısımlığı, sihriyet hısımlığı, evlât edinme (ca li hısımlık) veya vasiyetçinin iradesi ve bazan da kanun teşkil eder; bu hak evvelinden tarihi kestirilemezse de vukuu muhakkak bir hâdiseden doğar: Müteveffanın ölümü. Bilâkis muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talep etmek hakkı ancak talepte bulunanın müteveffadan yardım istemeğe hakkı olduğu veya sonradan bu hakkı iktisap edeceği, veya müteveffa ile kendisi arasında mevcut fiilî vaziyete göre yardım görmekte bulunması

hallerinden neşet eder. Binaenaleyh böyle bir tazminat talep etmek hakkı ancak istisnai ve feci hâdiselerden sonra doğar. Haksız fiil failinin kusuru, ihmal veya tedbirsizliği yüzünden ölen muhakkak veya muhtemel, mevcut veya müstakbel muinin yerine yardımdan mahrum kalan kimse kaim olur ve bu bir dereceye kadar kanundan ötürü olur.

Federal mahkemenin 18 Mayıs 1938 tarihli **Ehrläch c/ Grand Hôtel et Kurhaus Seelisberg A. — G.** kararında işaret ettiği gibi, Borçlar Kanununun 45 inci maddesine istinat ederek muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebi, tamamen müstakil bir dava mahiyetindedir. Bu dava, haksız fiil neticesinde ölenin şahsından doğmayıp, muinden mahrum olduğunu iddia eden kimsenin şahsında doğrudan doğruya doğar. Davanın temelini, haksız fiil neticesinde öleni davacıya bağlayan şahsi münasebet teşkil eder. (1)

Hayatta kalanın veya yakınının talebi, diyor **von Tuhr** (2), müteveffaya karşı işlenen haksız fiilden doğar; lâkin müteveffanın şahsında doğmayıp bilâkis mirasçı olup olmadıklarına bakılmaksızın hayatta kalanın veya yakınının şahsında doğar.

Oser - Schönenberger de muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebinin müstakil mahiyette olduğunu kabul etmektedirler. (3)

II. MUINDEN MAHRUMİYETE MÜTEALLİK HÜKÜMLERİN MENŞEI

Eski Prusya Landrecht ine göre (4) — diğer bilûmum akrabalar hariç olmak üzere - yalnız dul kadın ve çocuklar, ihmal ve dikkatsizliği ile babalarının veya kocasının ölümüne sebebiyet veren kimseden bir tazminat talep edebilirlerdi; bu tazminat, kendi bakımları için müteveffadan alacakları meblâğın yerine kaim olacak bir meblâğdır.

§ 903 ilâ 1892 si 1855 yılında meriyete giren Zürih Medeni Kanununda bu hakkın ayrıca akrabalara, erkek ve kızkardeşlere ait olduğu görülür. Bir irat veya sermayeye hükmedilir (§ 1843).

(1) A. T. F. 64. II. 198; J. d. T. 1939, sah. 52.

(2) *Von Tuhr*, Partie générale du C. O., fransızca tercümesi, 2. bası, sah. 345.

(3) *Oser - Schönenberger*, B. K. m. 45 şerhi No. 8 (2. basının 323 üncü sahifesi).

(4) I. kısım, Fasil 6, § 99 ve mü.

Ölüm kasden veya büyük bir ihmâl dolayısıyla husule getirilmiş ise, aileye verilecek nafaka, nail olacakları mirastan müstakil olarak takdir edilmelidir. Buna mukabil, ortada yalnız alelâde bir ihmâl varsa, tazminat hayatta kalanlara ancak elzem olan miktarla mahdud olacaktır (§ 1844). Bluntschli'nin § 1843 ün tahriri sırasında yazdığı bir notta meselenin münakaşa edildiğini ve daha ileri gidilerek ölüm neticesinde muinden mahrum olma dolayısıyla bir zarara uğradığını ispat eden herhangi bir şahsa, meselâ müteveffa kendisi yaşadığı müddetçe onu bakıp gözeteceğini vadetmiş olduğu kimseye, bir tazminat verilip verilmeyeceğinin mevzu bahis olduğunu görmekteyiz. Bu münasebetle Bluntchli sulüstimallere yol açılacağı ve haksız fiil failinin mesuliyetinin hudutsuz olarak artacağını ileri sürmüştü.

Maamafih bu fikir yol almakta devam etti. Yirmi sene kadar sonra ticaret hukuku ile kambiyo hukukunu da ihtiva eden borçlar hukukuna müteallik Temmuz 1877 tarihli federal bir kanun projesinde bir 86 inci madde mevcuttu ki, 2 inci fıkrası aynen şöyle idi:

«Müteveffa hukukan ve ahlâkan diğer bir şahsı infak ve iâşe, ona yardım etmekle mükellef bulunuyor idi ise, bu kimsenin de kezaî bir tazminat talebine hakkı olur. Mahkeme bu tazminatın mahiyetini ve miktarını tayin edecektir: bunun için kusurun ağırlığını, müteveffanın kazanç imkânlarını, nihayet tazminata hakkı olanın ihtiyaçlarını ve mevkiini nazara alacaktır.»

İkincikânun 1878 tarihli borçlar hukukuna ait federal bir kanun projesinin 54 üncü maddesi şu yolda bir kaide ihtiva ediyordu:

«Adam ölmesi halinde zarar ve ziyan yalnız tedavi, hekim muayenesi ve defin masraflarını değil, fakat aynı zamanda öldürülen adamın maişetini temin ettiği kimselere sebebiyet verilen zararları da ihtiva eder.»

Bu metin, Federal adliye ve emniyet Vekâleti (Département fédéral de justice et de police) nin hazırladığı Temmuz 1879 tarihli bir projede yer almıştır.

Nihayet 14 Temmuz 1881 tarihli Borçlar Kanunu, 52 inci maddesinin 3 üncü fıkrası, bugün meri olup (revize edilmiş) Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrasını kabul etmiş ve bu kanunun 1905 tarihli projesi mezkûr fıkrayı hiç tadil etmeksizin

aynen İktibas eytemiştir. Bunun gibi 28 Mart 1905 tarihli federal bir kanunun 2 inci maddesine de aynı fıkra idhal olunmuştur.

Alman Medeni Kanunu İsviçre Medeni Kanunundan (ve dolayısıyla Türk Medeni Kanunundan) çok daha dardır; muinden mahrumiyet sebebiyle tazminata hükmedebilmek için, muinin hali hazır veya müstakbel yardımlarının kanunî bir temeli olması, yani bu yardımın **kanunen mecburî** bir yardım mahiyetinde olması şartının tahakkukunu aramaktadır. (Avusturya Medeni kanununun § 1377 si de aynı şekildedir.)

III. TATBİK ŞARTLARI

Şu halde, İsviçre Medeni Kanunu ölen adamın mükellef olduğu veya olacağı, mevcut veya müstakbel, bazı borçları haksız fiil failine yüklemektedir. Bu bakımdan, adam ölmesi halinde mağdur olan veya olanlar, muinlerinden mahrum bulunan kimselerdir. Bu suretle haksız fiil faili ekseriya mevcudiyetini hiç bilmediği üçüncü şahıslara dolayısıyla ika ettiği **maddî zarar**ı tazmin etmeğe mecbur olacaktır.

Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının tatbik şartları nelerdir?

1. Muinin
2. Ölümünü intaç etmiş
3. Haksız bir fiil (en geniş mânasile)

karşısında bulunmamak lâzımdır.

Bunlar muinden mahrumiyet için tazminata hak veren üç esas âmildir; davacı veya davacılara «dava ikame etmek salâhiyetini» veren lâzımı gayri müfarik şartlardır.

Muinden mahrumiyet noktası bir defa tesbit edildikten sonra, bunun vüs'atı ölçmek, kemiyet bakımından kıymetlendirmek ve tazminata sermaye veya irat şeklinde hükmedileceğini düşünmek lâzımdır. Bunun için de üç yeni âmîl ortaya çıkmaktadır:

1. Davacının maddî durumu, yani hali hazır ihtiyaçları veya muhtemel müstakbel ihtiyaçları.

2. Haksız fiilinin ikaı anında ölen kimsenin davacıya bakmakta olması veya muhtemel olarak istikbalde bakacağı.

3. Melhuz bazı tashihatın mevcudiyeti:

a) Haksız fiilin işlenmesinde muinin veya davacının müterafik kusuru dolayısıyla tazminatın indirilmesi;

b) Haksız fiilden veya ölümden müstakil olarak vaziyeti de-
ğiştiren hâdiselerin zuhuru (dul kadının tekrar evlenmesi, ilâh.)
veya bu hâdiselerin zuhuru ihtimali;

c) Muinin ölümü dolayısıyla elde edilen diğer tavizler (sigor-
ta, miras, tekaütlük sandığı, millî sandık, ilâh.)

Şimdilik ancak tatbik şartlarını, yani keyfiyet bakımından,
kalitatif olarak meseleyi inceliyelim.

§ 1. — Haksız fiil

Borçlar Kanununun 41 inci ve müteakip maddelerine göre bir
caksız fiil veya Medenî Kanunun 320 inci maddesine göre illî bir
fiil mevzuubahs olmalıdır. Binaenaleyh haksız fiil failinin bir za-
rar ıka etmek kasdı lüzumlu bir şart değildir; ihmal ve teseyyüp
kâfidir, hattâ kanun müsait olduğu yerlerde yalnız illiyet kâfi ad-
dedilir.

von Tuhr'un dediği gibi (5), haksız fiil, yazılı olan veya olmıyan
kanun tarafından empoze edilen bir vazifenin ihlâlinden ibarettir.
Bu vazife haksız fiil faili ile mağdur arasında evvelce mevcut bir
hukukî münasebeti asla tazammün etmez; bu vazifenin ihlâli mez-
kûr iki şahıs arasında zararı tazmin mükellefiyeti şeklinde bir
borç münasebeti doğurur.

§ 2. — Ölümü intaç etmiş olan (bir haksız fiil)

Tetkik etmekte olduğumuz hükümlerin ikinci tatbik şartı,
haksız fiilin muinin ölümünü intaç etmiş olmasıdır. Bu ölüm üçün-
cü bir şahsın bir fiili ile meydana getirilmiş olmak lâzımdır; bun-
dan başka bu fiil ile zarar arasında **tam bir illiyet** rabitası bulun-
malıdır. Yani fiili zararın sebebi olarak kabul edebilmek için hâ-
diselerin normal cereyanı ve hayat tecrübelerine göre, o fiilin aynı
şekilde bir netice doğurabilecek bir seciyede olması lâzımdır.
Mücerret sebep ile netice arasında muayyen bir zamanın geçmiş
olması bu illiyet rabitasının inkitama vesile teşkil etmez (6).

Binaenaleyh ilk önce, halledilmesi iktiza eden **maddî bir mesele**
ile karşılaşılacaktır ki, bu nokta Federal Mahkemenin (Temyiz

(5) *von Tuhr*, sah. 324.

(6) *A. T. F.* 57, II. 39; 104 ve 209; *A. T. F.* 60, II. 281; *A. T. F.* 64, II.
203; *J. d. T.* 1931 sah. 326 ve 344; *J. d. T.* 1932 sah. 83; *J. d. T.* 1938 sah. 570.
Ayrıca, *Thilo* «La responsabilité professionnelle du médecin» Lausanne 1936,
sah. 36 ve mü.

mahkemesinin) kontrolü haricindedir. **Maddî illiyet rabitasının** mevcudiyetini tesbit etmek lâzımdır. Ölümü intaç eden fiili canlandırarak ve bunu çevreleyen hâdise ve şartları ispat etmekle (mahallinde araştırma, fotoğraf, şahadet, ehli vukuf) mağdur bu rabıtayı ispata muvafık olabilir.

Bundan sonra, **hukukan illiyet olarak tavsif edilen karakterin** ispatı lâzımgelcektir (7). Bu ise **bir hukuk meselesi** olup şüphesiz federal mahkemenin kontrolüne tâbidir. ,

Tam illiyet rabitası nazariyesi, neticelerin illet ile hukukî netice çıkarmağa elverişli bir tarzda münasebette olduğunu yanılmaz bir kıstas olarak istihraç etmeğe daima müsait değildir; şüpheli hallerde, hâkim hâdiselerin heyeti umumiyesini nazara alarak ve kendi serbest takdirini kullanarak illiyet rabitasının tam olup olmadığını bildirecektir. (8)

Mamafih, illet ile netice münasebetini ilmi ve fenni bir araştırma ile tesbit etmek icap eden hallerde, mahkeme ehli vukufa müracaat zaruretinde kalacaktır (9). Kusurun irtikâbı sırasında ölen kimse, meselâ çok tehlikeli bir hastalığa tutulmuş muydu? Bu hastalık haksız fiilin neticeleri üzerine müessir olmuş mudur, yoksa kaza bu hastalık yüzünden mi vukua gelmiştir (10)? Bir trende bir kimse intihara teşebbüs eder, biraz sonra tren yoldan çıkar ve bazı yolcuların ölümüne ve diğerlerinden büyük bir kısmının yaralanmasına sebep olur; intihara teşebbüs eden de bir kaç saat sonra ölür. Demiryolu şirketi ne dereceye kadar ölümün mesuliyetini üzerine alacaktır? Belki de bir tıbbî ekspertiz, hâkimin bir karar vermesine yardım edebilecektir.

İki hukukî mefhumu da kat'i ve sarîh olarak birbirinden ayırmak ehemmiyetlidir:

Kazadan maksat, haricî bir sebeple insan vücudüne yapılan rızai, âni ve zararlı bir tecavüzdür (11).

Bilâkis hastalıktan maksat, az çok uzun bir zaman zarfında husule gelmiş olan, her biri ayrı ayrı tecrit ve tesbit edilemiyen ve te-

(7) A. T. F. 57, II. 540; J. d. T. 1932 sah. 530.

(8) Bk: J. d. T. 1941, sah. 466 ve mü; No. 31 ve mü.

(9) Misal olarak bak, J. d. T. 1941, sah. 149 ve mü.

(10) Bak: J. d. T. 1941 sah. 468 No. 38.

(11) A. T. F. 19, sah. 388; 32, II. 613; 33, II. 397; 35, II. 163; 45, II. 95.

madi ederek birbirine ilâve olunarak sonunda sıhhati ihlâl etmiş olan bir tecavüz dizisinin nihai neticesidir (12).

Bu kıstas böylece tayin edilince şiddetli zehirlenmelerin hepsi birer kaza mahiyetini alırlar. Yalnız kronik zehirlenmelerin hastalıklar meyanına ithali mümkündür. Ezcümle mikrop lu bir pamuk balyesiyle temas ettiğinden dolayı bir memurun çiçek hastalığına yakalanması (kaza olarak kabul edilmiştir) bir işletmenin hukukan mesuliyetini intaç etmiştir (13).

Nihayet haksız fiil, failin yalnız hukukî mesuliyetini değil, fakat bazı hallerde, cezaî mesuliyetini de ortaya koyabilir; bu durum ise muininin ölümü dolayısıyla ikame olunacak dâvanın müruru zamanı bakımından önemlidir (ileride V, § 1 son kısma bak).

§ 3. — Muin mefhumu

Muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminata hakkı olan kimdir? Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrası «yardımına muhtaç olduğu kimseden mahrum olanlar» dan bahsetmektedir. Bu fıkranın Alman Medenî Kanununun 844 üncü maddesinin 2 nci fıkrasından çok daha az tahdidî olduğunu söylemiştik, zira bu kanun irad şeklinde tazminatı haksız fiile maruz kalan kimsenin, **kanun hükmüne nazaran**, nafaka ile mükellef olduğu veya olabileceği şahıslara tanımaktadır (14).

Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına göre muin (soutien = Versorger = destek) yalnız kanunen bir şahsa yardım etmekle mükellef olan kimse değil, fakat muntazam bir şekilde **fiilen** kendisini tamamen veya kısmen bakıp gözeten, hattâ hâdiselerin normal cereyanına göre, ölüm vukua gelmemiş olsaydı, az çok yakın bir gelecekte bu yardımı yapacak olan kimse anlaşılır (15).

Binaenaleyh **muin** mefhumu, **fiilî bir vaziyeti** nazara almakta, hukukî münasebete ehemmiyet vermemektedir, ve bu vaziyet ne hısımlığa, ne de kanunun nafakaya müteallik hükümlerine tâbidir. Burada mevzuubahs olan «bir kimsenin bakıp gözetilmesine fiilen

(12) A. T. F. 18, sah. 237; 44, II. 302.

(13) A. T. F. 45. II. 95; J. d. T. 1919, sah. 258.

(14) Hukukan yardım talep edebilecek kimselerin tazminata hakları olacağını demiryolları mesuliyetine ait 1875 tarihli eski kanun (m. 5), Fabrikaların hukukî mesuliyetine ait 1881 tarihli kanun (m. 6) kabul ediyor.

(15) A. T. F. 34. II. 9; 53. II. 52; 54. II. 9; J. d. T. 1927 sah. 234; 1928, sah. 143.

yardım etmek ve o niyette bulunmak» hususudur (16). Muin, aynı yardım veya mesai yardımıyla bir kimsenin yaşamasına kısmen dahi iştirak eden kimse olabilir (17); fakat bu yardımın devamlı ve muntazam bir mahiyet arzemesi lâzımdır, yoksa bazı vesileler ile edilen yardımlar veya bazı fırsatlar düşünce verilen bağışlamalar bu mefhumu girmezler (18).

Ölümün aynı zamanda birkaç kişiyi muinlerinden mahrum ettiği görülürse, her biri için müteveffanın kanununun anladığı mânada bir muin olduğunu ayrı ayrı tetkik etmek lâzımdır. Herhalde tazminat miktarı her bir dâvacı için ayrı ayrı ve müstakil olarak hesaplanmak lâzımdır (19).

a) **Ebeveyn** (ana baba) esas itibariyle ve ahval ve şeraite göre (20), incelediğimiz kanun hükümlerinden istifade edebileceklerdir.

Federal mahkeme, bir çocuğun ölümü yüzünden muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat itası hususunda uzun zaman çok geniş davranmıştı. Çocuk, çok genç olsa da, normal olarak bir gün ana babasının muini olacağı kabul edilebilir. Binaenaleyh bir haksız fiile kurban olan çocuğun ebeveyni, ihtiyaca düştükleri bir gün çocuklarından yardım göreceklere ümidi —ve bu ümidin inkisara uğraması— sebebiyle tazminat talep edecek durumdadırlar (21). Ana babaya bu yolda bir tazminata hükmedilince çocuklarının terbiye ve iâşesi

(16) A. T. F. 34. II. 456. Şurasına da işaret edelim ki, umumi olarak muinin ölümü dolayısıyla maddi ve manevi zararın tazmini mevzu bahis olunca, ölen kimse ile zarara maruz kalan kimse arasındaki fiili münasebet alelâde kanuni bağlardan üstün tutulur. Ezcümle B. K. m. 47'deki «aile» mefhumu için bak *Thilo*, remarque J. d. T. 1932, sah. 123.

(17) A. T. F. 57. II. 180; J. d. T. 1932, sah. 41.

(18) A. T. F. 34. II. 456.

(19) A. T. F. 64. II. 198; J. d. T. 1939, sah. 56, i. f.

(20) A. T. F. 34. II. 691: Yirmi üç yaşında bir oğlun ölümü; muinden mahrumiyet yoktur, zira ana baba servet sahibi olup kâfi derecede gelirleri olduğu gibi, ayrıca daha 11 de çocukları vardır; yine bak A. T. F. 35. II. 427; müreffeh bir şekilde yaşayan ve henüz kuvvet ve sıhhati yerinde olan ana baba çocuklarının ölümü dolayısıyla muinden mahrum addedilemezler; mamafih Federal Mahkeme muinden mahrumiyet ve manevi tazminat olarak 1000 franka hükmetti.

(21) A. T. F. 17. 641; 22. 1226; 33. II. 88; 35. II. 285; 53. II. 52 ve 126; 54. II. 17; 57. II. 53; 58. II. 37 ve 217; 62. II. 59; 2. Bir. kân. 1930 tarihli *Pfirter et Vogt* kararı (neşredilmemiş).

için yapacakları masraflar hesaba katılmaz; bu itibarla tazminat bu bakımdan, hiç bir şekilde tenkis edilmez (22).

Son zamanlarda Federal Mahkeme, bir müddet, genç bir çocuğun ölümü dolayısıyla ana babaya tazminat itası hususunda hisseder bir çekingenlik gösterdi. Bu temayülü gösteren kararın esbabı mucibesinin özlerini kaydetmek münasip olur (23).

«Hakikat halde müstakar bir içtihadı göre, müstakbel muin olarak yalnız ölüm ânında ana babasına fiilen yardımda bulunmuş olan kimse değil, fakat az çok kısa bir istikbalde onlara yardım etmeğe davet edilecek olan kimse de kabul olunmaktadır. Şu veya bu halde böyle olacağını kabul için, Federal Mahkeme hâdiselerin normal cereyanıyla hayat tecrübelerinin nazara alınması lâzıme geleceğine hükmetmişti.

«Halbuki hayat tecrübeleri ana babalara karşı çocukların yapacağı yardımın ne devamlı ne de pek umumî bir hâdise olmadığını göstermektedir. Mevzuubahs hâdisede baba —pek zengin olmamakla ve mütevazı bir maaşa nail bulunmakla beraber— terfi imkânları çok olan, çalışkan ve namuslu bir kimsenin hattâ tekaütlük yaşından sonra da, faydalı gelir kaynakları teminine yararlı birçok münasebetler tesis imkânlarını veren çok şerefli bir meslek icra etmektedir. Tekâütlük zamanında Kanton memurları Sandığından alacağı irad bir tarafa bırakılsa bile, hâdiselerin normal cereyanına göre dâvacıların bir gün ölen çocuklarının malî yardımına muhtaç olacaklarını şüphe ile karşılamak yanlış bir hareket olmaz. Ve, bu şartlar altında çocuğun ölümü ânında hayatını kazanmak üzere olduğu — on yaşında bir çocuk için bu aslâ mevzuubahs olamaz— veya küçük yaşındanberi istisnai kabiliyetler ve çalışma kudreti gösterdiği — ki bu noktaya dâvacılar temas dahi etmemişlerdir — sabit olsa bile yine ana babasını bakıp gözeceği muhakkak surette kabul edilemez.»

Bu mucip sebeplere dayanarak Federal Mahkeme ana babanın dâvalarını reddetti. Fakat buna mukabil haklı olarak mühim bir manevî tazminata karar verdi, zira manevî zarar vukua gelmiş ve kat'i bulunmuş olması itibarile, melhuz bir muinden mahrumiyet dolayısıyla husule gelecek olan müstakbel ve tamamen meşkûk bir zardan daha büyük adetti.

14 yaşında bir çocuğun ölümü mevzuubahs olan diğer bir kararda, Federal Mahkeme müstakbel muinden mahrumiyet dolayısıyla

(22) A. T. F. 58. II. 29; J. d. T. 1932, sah. 359.

(23) J. d. T. 1932, sah. 487.

takdir edilmesi icabeden tazminat hususunda temkinli ve ihtiyatlı hareket olunması lâzımgeldiğini beyan eylemişti; fakat, bu halde de, manevî zararın telâfisi için hüküm altına aldığı tazminat hususunda epeyce cömert davranmıştı (24). Babanın tekaüdiyeye nail olacağı mümkün görülürse, altı buçuk yaşında bir çocuğunun ölümü dolayısıyla tazminata hükmedilmesine mahal olmadığına karar verilmişti (25).

Maamafih daha yeni bir kararda, yüksek mahkememiz, küçük yaşta bir çocuğun ölümü dolayısıyla müstakbel maddî bir zararın kabulünde çok ihtiyatlı davranmakla beraber, hâkim bunu prensip olarak reddetmemeli ve ana babaya hükmedeceği manevî tazminat hususunda geniş davranmalıdır, demiştir (26).

b) Diğer taraftan **çocuklar**, haksız bir fiil neticesinde babaları öldüğü vakit muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebine hakları vardır, ve bu hak herhalde 18 yaşına kadar mevcuttur (27). Maamafih hususî sebepler meşru kılarırsa hâkim daha uzun bir zaman için de tazminata hükmedebilir, ezcümle bir çocuğun tahsilinin ikmal mevzu bahis olması bu meyandadır (28). Hattâ bugünkü temayül, başka bir yaşta durulmasını icabettirecek hususî sebepler bulunmadıkça, çocukların yirmi yaşına kadar babalarının yardımından istifade ettiklerini kabul ediyor (29).

Babaları olup yalnız başına bakıp gözetmeğe muktedir olsa dahi, çalışabilecek vaziyette olan analarını kaybeden çocuklar dahi muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebine hakları vardır. Hayatlarını kazanabilecek yaşa gelinceye kadar analarının muhtemel olarak kendileri için sarfetmesi lâzım gelen edimleri talep ede-

(24) *J. d. T.* 1935, sah. 359.

(25) *A. T. F.* 61. II. 254; *J. d. T.* 1936, sah. 333.

(26) *A. T. F.* 62. II. 58; *J. d. T.* 1936, sah. 330 ve bilhassa sah. 331 deki remarque.

(27) Demiryolları mesuliyetine müteallik eski kanun zamanında, çocuk 16 yaşına kadar ana babasına yük gibi telâkki olunurdu. (Bak. *A. T. F.* 25. II. 278; 29. II. 10; 31. II. 631).

(28) *J. d. T.* 1939, sah. 59 ve mü. No. 7; *J. d. T.* 1940, sah. 437 No. 19, b; *A. T. F.* 64. II. 198; 64. II. 255. İctimai muhite göre bu yaş 20 olarak tayin edilebilir. (*A. T. F.* 53. II. 52; 60. II. 325; *J. d. T.* 1935 sah. 98). Çocuğun iâşe ve terbiye masrafları borcuna iştirak, çocuğun rüşte vüsülü ile sona erer (*A. T. F.* 54. II. 342), fakat burada mevzu bahis olan *fiili* vaziyet olup, kanunî mükellefiyet değildir. Mukayese için şu noktaya da işaret edelim: *Vaud* kantonu vergi kanunu (m. 26), çiraklık eden veya tahsilde bulunan çocuk için 24 yaşına gelinceye kadar aile masrafı olarak vergiden tenzilât yapılmasına müsaade etmektedir.

bilirler. Filhakika bir kimse (ana) diğerinin (çocukların) ancak yalnız başına ve tamamen iâşesini temin ettiği vakit değil, fakat aynı zamanda maddî edimler ile veya çalışmasıyla olsa dahi, iâşelerine iştirak ettikçe de muini olur. İstifade eden kimsenin kendisine lüzumlu olan geçinme vasıtalarından birdenbire mahrum olmasına da lüzum yoktur; hal ve vaizyetine uygun yaşama şartlarına tecavüz edilmiş olması kâfidir (30).

Ölümüne sebebiyet veren haksız bir fiil dolayısıyla babasını kaybeden cenin dahi muinden mahrum olur. Maamafih, doğumundan evvel ona şahsî bir dava hakkı tanımak lüzumlu değildir, zira bir taraftan bu doğum muhakkak değildir, ve diğer taraftan doğum hüsule gelse bile dava henüz müruru zamana uğramış olmaz (31).

c) **Nesebi sahîh olmayan çocuk** hususunda vaziyet nedir (32)? Ahvali şahsiye neticeleriyle babalığa hükmedilmiş olmadıkça muinden mahruiyet dolayısıyla acaba bir tazminat talebine hakkı olacak mıdır? (M. K. m. 297).

von Tuhr'a göre (33), Medenî Kanununun 309 uncu maddesine nazaran, borçlunun (yani tabîi babanın) mirasçılara karşı müteveffadan intikal etmiş bir borca sahip olmadıkça ve bu borç müteveffanın terekesinden tahsil edilemedikçe nesebi sahîh olmayan çocuk muinden mahrum edilmiş addolunamaz. Çocuk tanınmış olsaydı mirasçılar kendisine intikal edecek olan hisenin tutarından fazlasıyla ilzam edilemeyeceklerine nazaran, nesebi sahîh olmayan çocuğun tazminat talebine hakkı olup olmayacağını anlayabilmek için, her hâdiseye göre bu hisseyi tayin etmek icabeder.

d) **Bilâkis tabîi babasının ölümünden sonra doğan nesebi gayri sahîh çocuk**, nesebinin sıhhat veya ademi sıhhati tayin ve tesbit edilmedikçe muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebinde bulunamaz (34).

e) **Erkek veya kız kardeş** de, ahval ve şeraite göre, birbirlerinin muini olabilirler; bu itibarla kardeşinin ölümü dolayısıyla hayat-

(30) A. T. F. 57. II. 184; 66. II. 175; J. d. T. 1932 sah. 41; 1941 sah. 132, 470, 471, No. 38 ve 39; S. J. 1941 sah. 149.

(31) A. T. F. 62. II. 147.

(32) A. T. F. 37. II. 467; 62. II. 149.

(33) von Tuhr, sah. 344.

(34) S. J. 1937, sah. 180; A. T. F. 62. II. 147; 37. II. 470.

ta kalan diğeri muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebine hakkı olabilir (35).

f) Haksız bir fiil yüzünden ölen bir kimsenin hayatta kalan eşi, ve nafakaya mahkûm olan kocanın boşanmış karısı, esas itibarile haksız fiil failinden muinden mahrumiyet dolayısıyla bir tazminat talebine hakları olacaktır.

Eşler, evlenme ile evlilik birliğinin saadetini karşılıklı ve müşterek bir anlaşma ile temin etmeyi taahhüt ettiklerinden, karı ev işlerinde veya kocasının ticaretinde çalışarak (36) ona hissedilir bir yardımda bulunduğu ve yabancı bir yardımcının masraflarını tasarruf ettirdiği nisbette kocasının muini gibi telâkki olunabilir. Binaenaleyh kocanın hal ve şanına uygun olan hayat tarzında nakden haleldar edilmiş olması kâfidir; fakat ölen karının kendisine bu yardımlarda bulunduğunu veya bulunacağını ve bu hizmetlerin lüzumlu olduğunu isbat etmek lâzımdır (37).

g) Bir nişanlının nişanlı kıza nazaran belki de hali hazır, fakat bilhassa müstakbel muini olacağı haklı olarak kabul edilmektedir.

Federal Mahkemenin beyan ettiğine göre, nişanlısının ölümü dolayısıyla yakın bir evlenmenin temin edeceği istifadelerden mahrum olan nişanlı kızın ölümü ikadan mesul olana karşı tazminat talebine hakkı olacaktır (38).

Bu kararı son zamanlarda tekrar ele alan Federal Mahkeme, hukuki manâsile (M. K. m. 90) nişanlanma akdinin şekli mevcudiyetinin o kadar mühim olmayıp, bilhassa nazara alınması icabeden hususun yakın bir evlenmenin pek muhtemel oluşu ve normal şerait içerisinde müteveffanın ölüm vukua gelmeseydi davacının (yani nişanlının) geçimini temin edeceği noktası olduğunu bildirmiştir.

(35) Bak: 6 Birinciteşrin 1931 tarihli *Zwald c/ Brügger* Federal Mahkeme kararı; ayrıca *Thilo*, *Jurisprudence du Tribunal Fédéral en 1931 et 1932*, Rev. trimes. de Droit civil, 1932, sah. 1186.

A. T. F. 53. II. 50; *J. d. T.* 1927, sah. 234.

(36) *A. T. F.* 57. II. 180; *J. d. T.* 1932, sah. 41; ayrıca bak *A. T. F.* 18, sah. 398

(37) *A. T. F.* 53. II. 124; 60. II. 135; *J. d. T.* 1927, sah. 341; 1932 sah. 36 ve 307; 1935 sah. 98.

(38) *A. T. F.* 44. II. 66; 66. II. 206; *J. d. T.* 1919, sah. 45; 1941 sah. 194 ve 473 No. 40; Ayrıca bak: *A. T. F.* 37. II. 467; 39. II. 325; *J. d. T.* 1908, sah. 452.

(39) *A. T. F.* 57. II. 53 ve mü.

Bu alanda hâkim bilhassa fiili hâdiseleri takdir etmeğe davet olunmaktadır. Hukuk, yani nişanlanma ve evlenme vadinin hukukî anlamı, müteveffanın yakın bir gelecekte dâvacı kadının **fiili olarak** muini olup olmayacağı meselesinin tetkikine yerini bırakmış bulunmaktadır. Fakat nişanlısını kaybeden kız ile kocasını kaybeden kadının bir tutulması doğru olmaz. Ne de olsa müstakbel evlenme hususunda bir meşkûkiyet unsuru mevcuttur (40).

Bir nişanlı kıza tazminat olarak bir sermayeye hükmedilince, akdedilecek olan evlenmenin boşanma ile sona erebileceği ihtimaline binaen bir tenzilât yapmağa mahal yoktur (41).

b) Bir kadınla bir erkek eylenmek niyetinde olmaksızın bir arada yaşayınca, **müstefrişe** veya «sözde - karı», erkeğin haksız bir fiil neticesi olarak ölümü halinde muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebi hakkına malik olacak mıdır?

Görünüşe göre Federal Mahkeme böyle bir hâdiseyi şimdiye kadar halledip bir karara bağlamış değildir (42). Fakat Bron tarafından müdafaa edilen tezi ve hassaten teklif ettiği hal tarzını (43) tamamiyle kabul ediyoruz. Bu müellife göre, meseleyi doğru bir şekilde görebilmek için bir tefrik yapmak lâzımdır.

Şayet istifraş hakikî bir müşterek hayat teşkil ediyor ise, mevzuat tarafından menedilmediği için gayri kanunî bir mahiyet taşımıyorsa, sözde eşlerden hiç birinin evli bulunmaması dolayısıyla gayri ahlâkî bir vasfı da yoksa, kadına muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebini reddetmekte hiç bir sebep yoktur.

Fakat bilâkis, kadın ancak istifraş ücretini (**pretium stupri**) almakta ise, kanun serbest birleşmeleri menediyor ise, veya bu birleşme âzalarından biri evli bulunuyor idi ise, tazminat dâvası intizamı

(40) A. T. F. 66. II. 206; J. d. T. 1941 sah. 194 ve 473; No. 40.

(41) A. T. F. 37. II. 470.

(42) Bron, Les conséquences juridiques de l'union libre, Lausanne 1940, adlı tezinde aksi bir mütalâadır. Filhakika eserinin 155 inci sahifesinin 57 No. lu notunda «Praxis des Bundesgerichts, I, 48» de neşredilen Federal Mahkemenin 12 Birinciteşrin 1912 tarihli *Antini et Reffo c/ B. T. B.* kararını zikrediyor, ve bir kadının evli olmaksızın bir erkekle yaşadığı sırada erkeğin ölümü dolayısıyla ikame ettiği davayı dinlediğini kabul ediyor. Fakat, davacı kadının yakın bir gelecekte müteveffa ile evlenecek olduğunu ve hâkimin bilhassa bu ihtimale kıymet verdiğini, gözden uzak bulunduyor.

(43) Bron, op. cit, sah. 129 ve mü. ve bilhassa sah. 168.

âmme mülâhazalarıyla çatışacak ve müddeialehy gayri ahlâkîlik veya gayrikanunîlik def'ini muvafakatiyle dermeyan edebilecektir.

Yukarıda a dan h ya kadar yaptığımız tadad tahdidî değildir. Filhakika, muayyen bir hâdisenin hususî şartları, büyük ana ve babaların torunları için hakikî birer muin olmasını icap ettirebileceği gibi, bilmukabil torunların da büyük baba ve büyük annelerinin hali hazır veya müstakbel muini olarak telâkki edilmesini intac edebilir. Ezcümle bir kadının ikinci kocası, birinci kocasından olan çocuğunun muini olarak kabul edilmiştir (44). Kezalik aralarında hiç bir hısımlık rabitası olmıyan iki kişiden biri diğerine muntazaman aynı, nakdî veya fiilî edimler ile maddeten yardım ediyorsa, onun muini telâkki edilebilir.

Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrasını, herhalde, dermeyan etmeğe hakkı olmıyan bazı kimseler vardır. Bunlar haksız fiile maruz kalan kimsenin alacaklılarıdır; meselâ evinde oturduğu veya pansiyon şeklinde ikamet eylediği ve bu yüzden kendilerine borçlu bulunduğu kimseler. Bunlar ölenin belki de akrabası veya yakınlarıdır (45) ve ancak bu sıfatla muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebinde bulunabilirler.

Şüphesiz alacaklılar bir zarara maruz kalma tehlikesiyle karşılaşacaklar; Müteveffa aciz halinde bulunsa idi, fakat meselâ tahsilini ikmal ettikten sonra, fevkalâde istidadına göre çok kısa bir zamanda ve muhakkak surette iyi para getiren bir iş bulacak idise ve diğer taraftan mirası reddedilmiş bulunursa, alacaklıları hiç bir şey alamıyacaklar; halbuki haksız fiil dolayısıyla borçluları ölmemiş olsaydı, birkaç ay sonra alacaklarını tamamen tahsil etmiş bulunacaktı.

Alacaklıların maruz kaldıkları muhakkak zararın tazmini hususunda dâva ikameleri haklı ve âdil gösterecek bazı haller ve şartlar düşünmek mümkündür. Farzedelim ki müsrif, aciz halinde ve her tarafa borcu olan bir çocuk, ölüm halinde bulunan babasının yanına çağırılıp giderken sokağı katettiği bir sırada bir otomobil kazasında ölsün. Fevkalâde zengin olan babası da kendisinden birkaç saat sonra ölsün.

Şayet otomobili idare eden ihmal ve tedbirsizlik ile aciz halinde bulunan çocuğu öldürmemiş veya hemen ölümüne sebebiyet vermeyip

(44) A. T. F. 24. II. 874.

(45) Bak. A. T. F. 34. II. 621.

de ağır surette yaralanmış ve çocuk birkaç gün sonra, yani babasının ölümünü müteakıp, hayata gözlerini kapamış olsaydı, çocuk babasının mirasına nail olacak ve bu suretle alacaklısı da alacağını tamamen tahsil etmek imkânına malik bulunacak idi.

Mamafih bu gibi hallerde suiistimallerin kolay ve cazip olacağı düşünülebilir. Az çok aciz halinde bulunan falanca borçlunun bir mirasa nail olup olmayacağı, talihinin değişip değişmeyeceği nasıl isbat edilebilir? Nihayet alacaklı bir kimseye bir kredi yaparken muhataralı bir muameleye girişmiş oluyor ki bu muhatarayı haksız fiil failine yükletmek hiç te doğru olmaz. Esasen bir borçlu normal olarak alacaklılarının **muini** gibi telâkki ve kabul olunamaz!

Bir mirascının bu sıfatla muinden mahrumiyet için tazminat dâvası ikamesine hakkı olmadığı söylenebilir. Kezalik, muinin erkek ve kız kardeşleri, analarına müştereken verdikleri nafakanın muinin ölümü dolayısıyla kendi hisselerine düşen miktarın artacağı iddiasıyla dâva ikame edemezler. Filhakika böyle bir halde erkek ve kız kardeşler değil fakat ana muinden mahrum olmuş bulunmaktadır (46).

Fransız Medenî Kanunu muinden mahrumiyet halini mevzuu bahs etmemiş ise de, son zamanlarda mahkeme içtihatları 1382 inci maddeyi çok geniş bir şekilde tefsir ederek amelî bakımdan Borçlar Kanunumuzun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrasına tamamen benzer bir dâva ikamesini mümkün kılmaktadır (47).

IV. MUİNDEN MAHRUMİYET DOLAYISİLE TAZMİNAT MİKDARINI TAYİNE YARIYAN UNSURLAR

Şimdi, halihazır veya müstakbel muinden mahrum olan kimseye takdir edilecek olan tazminatı **kemiyet bakımından** tayin etmek lâzımdır. Tazminat miktarını hesaplamağa yarıyacak matematik bir formülün burada düşünülmesi katiyen kabil değildir. Filhakika burada ihtimaller ile dolu bir sahada bulunuyoruz, yani yalnız nısfet ve adalet (**ex aequo et bono**) yoliyle takdirin mümkün olduğu bir saha (48).

(46) A. T. F. 34. II. 10.

(47) Bu hususta *Bron*'un eserinde sah. 130 ve mü. de Fransız hukukuna ait kısma bakınız.

(48) A. T. F. 57. II. 53.

(49) Sah. 345.

Von Tuhr'un yazdığına göre (49), muinden mahrumiyet dolayısıyla ödenmesi icabeden tazminat miktarı, yardımın muhtemel olarak yapılacağı müddete nisbetle hesaplanır. Bu müddetin azami haddü muinin hayatının muhtemel tabii hitamıdır (50). Hayatta kalanın veya yakınının talebi —diye von Tuhr tasrih ediyor— müteveffaya karşı ika edilen haksız fiilden iştikak eder ve bu itibarla müteveffanın müterafık bir kusuru bu talebe tesir icra edebilir (B. K. m. 44); mamafih bu dâva müteveffanın şahsında doğmayıp doğrudan doğruya hayatta kalanın veya yakınının şahsında doğar.

Gayet güzel bir şekilde yazılmış olan yeni bir eserde **Karl Oftinger** (51) Federal Mahkemenin yirmiye yakın kararını incelemekte ve kısa ibareler ile müteveffanın mesleğini, yaşını, gelirlerini, geride bıraktığı kimseleri ve nihayette, şefkat ve adalet dairesinde ailesine tahsis ettiği takdir olunan gelir nisbetini bildirmektedir.

Ezcümle, muin hayatta bir dul karı ile bir veya iki çocuk bıraktığı takdirde gelirlerinin % 50 sini ailesinin geçimine tahsis ettiğinin umumiyetle kabul edilmesi lâzımgeldiği müşahede olunmaktadır (52). Meselâ evli ve bir çocuk sahibi müteveffanın 5000 frank senelik geliri varsa, bu gelirin 1/3 ünü eşinin geçimine tahsis ettiği farz olunur (53). Bundan başka çocuklar hayatlarını kazanagelmeğe muktedir oldukça, muinin gelirlerinin daha büyük bir kısmını karısına tahsis edeceğini göz önünde bulundurmak icabeder (54).

Hukuku âdiye bakımından tazminat miktarını tayin etmek için —kıyas yoluyla dahi olsa— hâkim hususî kanunlardaki hükümleri tatbik etmemelidir. (Meselâ dul kadının iradını sigortalının kazancının % 30 u olarak tesbit eden İsviçre LAMA kanunu). Filhakika bu kanun sebebiyet verilen zararın tam bir şekilde tazminini derpiş etmez, zira çalışma iktidarını tamamen kaybeden kimseye, hakiki ücretinin ancak % 70 ne balığ olan bir irad tahsis eylemektedir (55).

Muinin ölümü dolayısıyla ikame edilecek tazminat dâvası, bir taraftan, muinin fiilen bir muin olduğunu veya gelecekte olacağını, yardıma muktedir olduğunu veya olacağını (**Capacité d'assistance = Unterstützungsfähigkeit**); diğer taraftan, dâvacının bu yardıma

(50) Piccard cetvellerin tatbiki.

(51) *Karl Oftinger*, Schweizerisches Haftpflichtrecht, cilt I, sah. 183, 184; Zürich 1940.

(52) Bak, A. T. F. 33. II. 283.

(53) S. J. 1935, sah. 394.

(54) A. T. F. 31. II. 631; 36. II. 97.

(55) A. T. F. 55. II. 89.

muhtaç olduğunu (*Unterstützungsbedürftigkeit*) tazammun eder(56).

Ölüm birçok kişiyi muinlerinden mahrum etmiş ise, her bir dâvacı için bu mahrumiyet dolayısıyla uğradığı zararı ayrı ayrı incelemek lâzımdır, zira, dâvanın temelini müteveffayı münferit dâvacılardan birine bağliyan şahsî münasebet teşkil ettiğinden, tazminatın hesabı her bir dâvacı için müstakil olarak yapılmak lâzımdır (57).

§ 1. — Dâvacının maddî durumu

Yardım ihtiyacı

(*Besoin d'assistance = Unterstützungsbedürftigkeit*)

Dâvacının hukukî bir mevcudiyeti olması lâzımdır. Cenin, sağ olarak doğmak şartıyla, medenî haklardan istifade ehliyetini haizdir. (M. K. m. 27, fik. 2; C. C. S. art. 31 al. 2; B. G. B. § 1912),

Tazminat talebinde bulunan kimse, yardıma muhtaç olduğunu, muininin ölümü dolayısıyla maruz kaldığı veya pek muhtemel olarak ileride maruz kalacağı zararı isbat etmeğe mecburdur.

Muinden mahrumiyet mevzuubahis olabilmek için, istifade edenin hali hazır veya müstakbel geçinmesi için elzem olan vasıtalar-dan mahrum olması lâzım değildir; hal ve mevkiine uygun yaşama tarzının haleldar edilmiş bulunması kâfidir. Diğer bir ifade ile, hayatta kalan eski yaşama tarzının ibkasını talep edebilir (58).

Bazı kararlarda beyan edilen fikre muhalif olarak (59), Federal Mahkemenin bugünkü ictihadına göre, zarara uğrayan kimse müteveffanın mirascısı olduğu ve kendisine intikal eden servetin yaşama ihtiyaçlarını karşıladığı nisbette muinden mahrumiyet dolayısıyla bir zararın mevcut olmadığını kabul etmek lâzımdır (60).

Buna mukabil, ilâve ediyor Federal Mahkeme, hayatta kalanlara tediye edilen hayat veya kaza sigorta tazminatları, esas itibariyle haksız fiil tazminatından tenzil edilmezler (61); aksi şekilde hare-

(56) A. T. F. 37. II. 367; 64. II. 198; J. d. T. 1912, sah. 460; 1930, sah. 52.

(57) J. d. T. 1939, sah. 56 ve 57.

(58) A. T. F. 57. II. 180; 59. II. 463; 64. II. 198 ve 429; J. d. T. 1932 sah 41; 1934 sah. 402; 1939 sah. 53 ve 100.

(59) A. T. F. 62. II. 58; ayrıca bak: Z. B. J. V. 67 sah. 27.

(60) Bak: *von Tuhr*, sah. 344; *Oser-Schönenberger*, B. K. m. 45 şerhi No. 14 ve 21; *Strebel*, LA. m. 41 şerhi No. 39. A. T. F. 53. II. 53; 59. II. 464; 64. II. 198, 420 ve 429; J. d. T. 1927 sah. 239; 1934 sah. 405; 1939 sah. 53 110 ve 26..

(61) Bak: *von Tuhr* sah. 344 No. 8.

ket etmek çok garip olur, zira, müteveffanın tedbirli hareket ederek bir sigorta mukavelesi akdetmiş ve bu uğurda belki de pek büyük meblâğlar tediye eylemiş olmasından neticede haksız fiil faili istifade edecektir (62).

Şurasını parantez içersinde kaydedelim ki, eski Zürih Medeni Kanununa göre, muinlerin ölümünden sonra hayatta kalanlara sigorta edilmiş sermayeyi tediye eden hayat sigorta şirketi —ölümün istiyerek veya ağır bir ihmâl yüzünden husule gelmesi hallerinde— maruz kaldığı zararı haksız fiil failinden talep edebilirdi.

Maahaza, Federal Mahkemenin hâkim içtihadı ve müelliflerin ekseriyeti tarafından kabul edilen ve yukarıda tafsîl edilen müta-lâalar, bize pek o kadar kuvvetli ve kanaat verici görünmemektedir. Filhakika niçin miras ile sigorta arasında bir fark gözetiliyor. Ekseriya hayatta kalanın nail olacağı küçücük mirasın teşkili hususunda müteveffanın katlandığı zahmet ve mahrumiyetler, sarfettiği irade kuvveti, bir hayat sigortasından ve bilhassa bir kaza sigortasından elde edilecek sermayenin teşkili için sarfolunan zahmet, mahrumiyetler ve irade kuvvetinden çok daha fazladır, zira sigorta halinde sigorta kumpanyası primlerin tediyesi hususunda sigortalıyı takip edebilir.

Binaenaleyh bize öyle geliyor ki, hayatta kalana tediye edilen sigorta akçesi veya bir tekaütlük sandığı tarafından ödenen irad (63) gibi miras da, esas itibariyle, nazara alınabilmelidir (64). Dâvacının hal ve vaziyetine göre, sigorta akçesi veya bir irad gibi miras da dâvacının tamamen veya kısmen yardım ihtiyacını bertaraf edebilir (65). O muinini kaybetmiştir, buna şüphe yok, fakat aynı zamanda ve bunun neticesi olarak yardım edilmek ihtiyacı da sona ermiştir.

(62) Oser-Schönenberger B. K. madde 45 şerhi No. 21; A. T. F. 36. II. 192; 59. II. 464; 64. II. 198, 420 ve 429; J. d. T. 1934, sah. 405; 1939 sah. 52, 113 ve 262.

(63) Aksi, A. T. F. 53. II. 498; J. d. T. 1928 sah. 137.

(64) Tahsil olunan şahsi sigorta akçelerinin bazı hallerde bir tenzil sebebi olacağını kabul eden Federal Mahkemenin oldukça yeni bir kararını zikredelim (A. T. F. 59. II. 463; J. d. T. 1934, sah. 402). Bunun istisna değil esas olmasını gönül isterdi.

(65) Bak. J. d. T. 1934, sah. 300: Tekaütlük sandığının tediye edeceği iraddan riyazî ihtiyatın tenzili; ayrıca bak: A. T. F. 61. II. 254; J. d. T. 1936, sah. 333; genç bir çocuğun ölümü (6½ yaşında), baba bir tekaüdiyeye nail olacağına intizar ediyorsa, müstakbel muinden mahrumiyet mevzuubahis olamaz.

Şurasını da kaydedelim ki, haksız fiille maruz kalan kimse tarafından akdedilen sigortadan, yapılan tasarruflardan, tediye olunan aidattan veya teşkil olunan sermayeden, yalnız haksız fiil faili borç ödemekten tamamen âciz bulunursa ve hukukî mesuliyetini karşılayacak bir sigorta akdetmemiş olursa, muinden mahrum olan kimse ameli olarak kendisinden hiç bir şey elde edemeyecektir. Binaenaleyh böyle bir halde sigorta veya mirastan yalnız hayatta kalan faydalanabilecektir.

Diğer taraftan son olarak şurasını da ilâve edelim ki dâvacının yaşı, hattâ sıhî durumu tazminat miktarının hesabında nazara alınan unsurlardır, zira dâvacının müteveffadan daha yaşlı olması veya hâdiselerin normal cereyanına göre müteveffadan daha evvel ölmesi ihtimali karşısında tazminat miktarı, bunlardan müteessir olur (66). Yukarıda görüldüğü gibi, çocuğun muinden mahrumiyet 53. II. 39; 64. II. 426; Piccard cetvellerinin tatbiki. dolayısıyla vaki tazminat talebi ancak 18 veya 20 yaşına varıncaya kadar kabul edilebilen bir taleptir (67).

6 Birinciteşrin 1931 de verilen ve Thilo tarafından zikredilen **Zwald c/ Brügger** kararında (68), Federal Mahkeme, müteveffa ile kardeşleri arasındaki yaş farkının (7 ve 9 yaş fark) müteveffanın hayatta kalanlara nazaran kardeşlerinden hissedilir derecede fazla bir iş yaptığını kabul ettirecek derecede büyük olmadığını beyan ederek hayatta kalan dâvacı kardeşlerin talebini reddetmiştir. Müteveffanın bir gün kardeşlerine yardım etmesi nazari ihtimali mahkeme tarafından muinden mahrum olma dolayısıyla tazminat talebini haklı gösterecek kâfi bir sebep olarak kabul edilmemiştir.

Tazminatın bir sermaye veya bir irad şeklinde tediyesi (B. K. m. 43) yalnız ve yalnız dâvacının mevkiine, yaşına ve hususî vaziyetine göre halledilmesi icabeden bir meseledir. Kendisinin yardım ihtiyacının vasıf ve mahiyetidir ki tazminatın, ne şekilde tediye edileceğini tâyin etmeğe yarıyacaktır. Şayet tekrar evlenmesi mümkün görünen bir dul veya küçük yaşta çocuklar (69) karşısında bulunuyorsa bir irada hükmetmek daha münasip görünmektedir. Bilâkis

(66) A. T. F. 28. II. 17; 31. II. 631; 35. II. 25; 55. II. 147; 57. II. 299;

(67) A. T. F. 31. II. 289; 49. II. 366; 53. II. 180; 57. II. 184; 58. II. 238 ve 263; 59. II. 462.

(68) Revue trimestrielle de Droit civil, Paris 1932, sah. 1186.

(69) Bak: A. T. F. 29. II. 10; pek küçük yaşta olan çocuğa bir irad tahsisi, zira bu esasen çocuğun menfaati icabıdır ve aynı zamanda 16 yaşına erişeceği şüphelidir. Keza bak: A. T. F. 29. II. 238.

muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talep eden ana baba henüz çalışabilecek durumda iseler, bir sermayenin tahsisi daha muvafık olur kanaati mevcuttur. Maahaza «hak sahiplerinin tazminatı sermaye olarak ahzetsmelerinin ne gibi kötü tehlikelere maruz kaldıkları tecrübe ile malûm olduğundan» Federal Mahkeme bir irada hükmetmeği daha münasip görmüş ve bu iradın tediyesini temin zımında borçlunun sermayeyi bir yere yatırmasını emretmiştir (70).

Fakat sermayenin ne şekilde tediyesi lâzımgeldiği hususunda kabli olarak (*a priori*) hiç bir kaide vazedilemez. Şurasını da belirtelim ki tazminata —hiç değilse nazari bakımdan— aynı edimler şeklinde de hükmetmek mümkündür. Dul olan babasını kaybetmiş olan tek bir evlâdın durumunu düşünmek kâfidir; haksız fiil faili aile reisleri olan komşular, öksüz çocuğu alıp yetiştirirler. Bu şekilde muinin yerine kaim olurlar ve husule gelen maddi zararı tazmin etmiş bulunurlar (71).

§ 2. Dâvacının bakımına yardım eden müteveffanın kudretî

Yardım kabiliyeti

(*Capacité d'assistance = Unterstzungsfähigkeit*)

Dâvacı ilk olarak, müteveffanın ölümü ânına kadar kendisine fiilen yardım ettiğini (kanunî bir borcu ifa zımında, hususî bir hukukî münasebet dolayısıyla veya sadece fiili olarak) veya ahval ve hâdiselerin normal seyri ve hayat tecrübeleri böyle bir yardımı istikbalde yapacağı beklenebildiğini isbat etmelidir (72). Federal Mahkemenin bir kararından öğreniyoruz ki (73), babasını bakıp gözetmeyen ve pek yakın bir istikbalde evlenmesi çok muhtemel olarak görünen 24 yaşlarında bir oğul babanın yine müstakbel muini olarak telâkki edilmelidir. Kaza neticesinde ölen kimsenin ölümü zamanında ana babasının fiilen muini olması iktiza etmez; bunlar bilâhara ve ihtiyaçta buldukları zaman çocuklarından bir yardım görmek ümitleri ve bu ümitlerinin kırılmış olması dolayısıyla bir tazminat talep etmek hakkına maliktirler (74). Her ne kadar, diye Federal Mahkeme devam ediyor, dâvacı ölüm ânına değin oğlunun yardımı-

(70) B. K. m. 43, fıkra 2; A. T. F. 52. II. 102.

(71) Bak: Moser, sah. 98.

(72) J. d. T. 1939, sah. 57.

(73) A. T. F. 57. II. 53.

(74) A. T. F. 33. II. 88; Ayrıca bak Oser-Schönenberger, B. K. madde 45 şerhi No. 10 ve mü.

na muhtaç olmamış ise de, bu çocuğunu kaybetmekle güvenilebileceği melhuz ve muhtel bir muinini kaybetmiş olur. Bu itibarla bir tazminat talebine hakkı vardır.

Muin vasfı bir defa isbat edildikten sonra, ikinci olarak bu yardımın mahiyetini tasrih ve şümulünü ölçmek lâzımdır. Borcunu ödeyebilme hali, müteveffanın maddî yardım imkânı: hali hazır imkânı, binaenaleyh tâyini az çok kolay; veya bilâkis, müstakbel imkân, ve binaenaleyh az çok farazî. Bundan başka hayatta kalana veya kalanlara müteveffanın tahsis ettiği veya etmesi mümkün görüldüğü gelirlerinin (nakdî, aynı veya mesai) nisbetini de takdir etmek lâzımdır (75).

Müstakbel muinden mahrumiyet mevzuubahs olduğu zaman, tâyin edilecek tazminat miktarını ister istemez nısfet ve adalete göre (*ex aequo et bono*) takdir etmek lâzımdır. Meselâ bir ana ve karının ölümü dolayısıyla husule gelen maddî kayıp, her halin hususî şartları nazara alınarak zarara uğrayan her bir şahıs için ayrı ayrı tâyin edilmek lâzımdır. Bundan başka, eşin evin hizmetlerine hasrettiği mesaiyi hesaba katmak, müsrif olup olmadığını da bilmek lâzımdır (76).

Federal Mahkemesi hâkimlerinden bazılarından temayülünü burada tekrar hatırlatalım: Küçük yaşta çocuklar mevzuubahs olduğu zaman, müstakbel muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat miktarını kabil olduğu kadar tahdit etmek ve buna mukabil manevî tazminat olarak takdir edilen meblâğda daha geniş davranmak (77).

§ 3. — Tanzim edici veya tenzil edici âmiller

Hâkim tazminat miktarını tayin edeceği esnada bilhassa bir sermayeye hükmedecekse, nazarı itibara alabileceği bir hayli unsurlar vardır. Her hususî halde hâkim, muin ölmemiş olsaydı normal olarak ne gibi bir vaziyetin mevcut olacağını tahmin ve takdir etmesi lâzımdır. Şayet bir hali hazır muini mevzuubahs ise, daha ne kadar müddet dâvacıya yardım edecekti, bilâhara ödemelerini artıracak mı idi, yoksa bilâkis bunları kısacak mı idi? Bizzat dâvacının da bu yardım ihtiyacı devam edecek miydi, ne kadar müddet devam edecekti? ilh... ilh... Burada bütün tanzim edici âmilleri sayıp dökmek kabil

(75) Bak: *Oftinger*, cilt I, sah. 181 ve mü.

(76) *Thilo* «Circulation routiére». *J. d. T.* 1941, sah. 472.

(77) *A. T. F.* 62. II. 58; *J. d. T.* 1935; sah. 359; 1936, sah. 330.

değildir; ancak en tipik olanlarını ve şimdiye kadar incelemek fırsatını bulamamış olduklarımızı tetkik edeceğiz (78).

a) Müteveffanın veya dâvacının müterafık kusurunun tesiri:

Muine karşı işlenen haksız fiil dolayısıyla zarar gören kimsenin ikame ettiği dâvada, muinin müterafık kusuru nazarı itibara alınmaksızın geçilemez (79). Uzun zamandanberi Federal Mahkeme, tayin edilecek tazminat miktarının tenzil ettirici bir unsuru olarak haksız fiile maruz kalanın müterafık kusurunu nazarı itibara almıştır (80).

Bazı hallerde müteveffanın kusuru haksız fiil failinin kusurundan üstün olabilir (bir kazanın işlenmesinde kusurun 1/3 ü faile ve 2/3 ü de kazaya uğrayana kabili isnad ise) ve bu itibarla dâvacıya hükmedilecek tazminat miktarının külliyetli miktarda tenzilini haklı gösterebilir (81). Fakat alelâde bir ihmâl de kâfi gelebilir, bilhassa hususî bazı şartlar (ezcümle vazife ve memuriyeti) dolayısıyla kazaya uğrayandan hususî bir dikkat talep olunabileceği hallerde bu husus mühimdir (82).

Fakat buna mukabil kazanın bir mücbir sebep veya önüne geçilemeyen bir vak'adan husule gelmesi halinde tazminatta herhangi bir tenzilât yapmak aslâ şayanı kabul değildir (83).

Federal Mahkemenin müterafık kusuru kabul etmemiş olmasına rağmen tazminat miktarını tenzil ettiği bazı haller mevcuttur; ezcümle çok sıcak bir günde, yorgun bir şoför ile uzun bir otomobil seferini kabul etmeği Federal Mahkeme, haksız fiil faili olan şoförün mesuliyetini tenzil etmeğe müsaade eden bir tedbirsizlik ve muhataranın bir kısmını kabullenmek gibi telâkki etmiştir (84). Kezâlik temyiz kudretinden mahrum kazaya uğrayanın —bir çocuğun— de-

(78) Bak: yukarıda IV, § 1 de muinin ölümü dolayısıyla dâvacının alacağı miras, ve sermayeler yahut irad meselesi; ayrıca bak: A. T. F. 59. II. 461-463; J. d. T. 1934 sah. 402.

(79) von Tuhr, sah. 345; B. K. m. 44 ve B. G. B. § 846. Ayrıca bak: Fr. Haebelin, Das eigene Verschulden des Geschaedigten im Schw. Schadenerzatzrecht (tez Bern 1924).

(80) A. T. F. 28. II. 17; 35. II. 246; 37. II. 95; 46. II. 154; 54. II. 9, 370 ve 464; 55. II. 88 ve 146; 64. II. 199; J. d. T. 1920 sah. 516; 1928 sah. 143; 1929 sah. 53, 277 ve 613; 1929, sah. 55.

(81) A. T. F. 53. II. 180; J. d. T. 1927 sah. 357.

(82) A. T. F. 53. II. 498; J. d. T. 1928; sah. 137.

(83) A. T. F. 37. II. 95.

(84) A. T. F. 58. II. 136.

lice hareketi, nısfet ve adalet icap ettiriyorsa, müterafık bir kusura benzetilebilir (85); mamafih daha yeni bir kararında Federal Mahkeme, küçük yaşına rağmen çocuğun bir kâhil gibi sokak tehlikelerinden sakınmak itiyadını pekâlâ elde etmiş olabileceğini kabul ediyor (86). Fakat tehlike istisnâî bir mahiyet arz ediyorsa, çocuğun müterafık kusuru daha az bir şiddetle takdir edilmelidir, zira kendisini maruz bıraktığı bilûmum muhataraları lâyıkiyle ölçecek durumda değildir (87).

Diğer taraftan, dâvacının da bir kusuru tazminat miktarının tenzilini icap ettirebilecek bir sebep teşkil edebilir. Haksız fiille maruz kalan kimsenin çocuk olduğu hallerde bu vaziyete çok tesadüf edilir. Bu hallerde ana babalarına karşı nezaret vazifelerini ihmal etmiş olmaları isnad edilebilir ve bu ihmal esasen mücerret prensiplere göre değil fakat vak'alara göre **in concreto** takdir edilmek lâzımdır (88).

Cenevre Asliye Hukuk mahkemesinin verdiği bir karara göre, bir yaya yolcu nagihan ve beklenilmedik bir surette çıkan bir otomobil karşısında kaldığı vakit, bu hal kendisinde öyle bir akli hallet yaratır ki, kazayı önliyecek tedbirleri derhal almamış olması bir kusur işlemiş olduğuna hükmetteğe mâridir. Binaenaleyh bu gibi hallerde kazaya uğrayanın müterafık kusurunun mevcudiyetini kabule imkân yoktur (89).

b) Dul erkek veya kadının tekrar evlenmesi veya tekrar evlenebilme imkânı (90):

Dâvanın devamı esnasında dul kadın veya erkek evlenirse, mühim bir müşkülât zuhur etmez (91) kendisine yine muinden mahrumiyet dolayısıyla bir tazminat verilir, fakat yalnız dul kaldığı müddet için.

(85) A. T. F. 54. II. 138; J. d. T. 1928 sah. 292; ayrıca bak, J. d. T. 1928 sah. 187; 1936 sah. 334; A. T. F. 61. II. 254.

(86) J. d. T. 1932 sah. 483 ve mü.

(87) J. d. T. 1941 sah. 107.

(88) A. T. F. 60. II. 218 ve 254; J. d. T. 1934 sah. 309; 1935 sah. 43; 1936 sah. 333; Ayrıca bak: *Thilo*, La faute des parents (manque de surveillance) est-elle oyposable par l'auteur du dommage à l'enfant qui en demande reparation? (J. d. T. 1937, sah. 299).

(89) S. J. 1913 sah. 378; 1916, sah. 202; 1935, sah. 393.

(90) S. J. Z. 7 sah. 360 ve mü. (*Guyer*'in makalesi); J. d. T. 1932, sah. 38 (*Thilon*'un makalesi).

(91) A. T. F. 31. II. 287; 33. II. 162; 54. II. 367.

Mamafih Cenevre Asliye Mahkemesi aşağıdaki esası kabul etmiştir: Ölüm ile neticelenen bir kaza uzun bir dāvaya sebebiyet verdiği ve karardan önce müteveffanın dul kalan karısının evlenmesi takdirinde, hükmedilecek tazminatın tenkisi hususunda nazara alınacak olan nokta, kazadan sonra normal bir zaman içinde tazminata karar verilmiş olsaydı dul kadının tekrar evlenebilmesi imkânıdır (92). Dāvada mevzuubahs olan hususî hal için belki de doğru olan bu hal tarzı, prensip olarak bize kabule şayan görülmemektedir. Filhakika, dāva esnasında zuhur eden ve meselenin mütâlarını değiştiren kat'i ve sarih hâdiseler hâkime kararını bina etmeğe müsaade edince, hâkimin bunları nazara almamağa ve sanki bu hâdiselerin vukuundan evvel meydanda olan bir meseleyi hallediyormuş gibi muhakeme etmeğe hakkı yoktur (93).

(92) S. J. 1935, sah. 394.

(93) *Thilo*, (Decreuze c/ Humbert - Droz kararı münasebetle *J. d. T.* 1942 sah. 472 deki not), haklı olarak diyor ki — kabili tayin olduğu bilcümle ahvalde — tazmini icabeden zarar hakiki, *efektif* bir zarardır. Hakikat faraziyeye üstündür. Aynı karar dolayısıyla (*S. J.* 1941, sah. 153) deki bir notun müellifi de tazminat miktarının tayini için hâkimin zarar husule geldiği andaki durumun nazara alınmasını emreden kaidenin terk edilmesi bilhassa muinden mahrumiyet dolayısıyla vaki zararların tazmini hususunda mahzurlu olacağını düşünmektedir. Tecrübe ile sabittir ki borcun doğumundan sonra vukua gelen hâdiseler umumiyetle bu borcun tenzili yolunda tesir icra ettiğinden, yukarıda zikredilen kaidenin terki, tazminatın sulh ve anlaşma yoluyla halline karşı gideceği tehlikesini doğurabilir. Bu mahzurların mümkün olacağını inkâr etmemekle beraber, hâkimin karar veya dāva ânına kadar ölümden itibaren husule gelen bütün hâdiseleri nazara alması lâzımgeldiği kanaatinde musırız.

Ayrıca bak: Vaud kanton hâkimi *B. Méan*'ın şayanı dikkat etüdü: «De la relativité du principe suivant lequel le juge devrait fonder sa sentence sur l'état de fait existant au moment de l'inoation de l'action» (*J. d. T.* kanton hukuku kısmı, 1940, sah. 98 ve mü.) Müellife göre bu kaide, köhnemiş şekilci bir usulün izlerinden başka birşey değildir ve bilâkis hâkim, dāvadan evvel veya sonra vukua gelsin, tahkikatın ortaya çıkardığı bilcümle vakaları hesaba katmalıdır. Eski kaide ancak salâhiyetli mahkemenin tâyini hususunda muhafaza edilmelidir.

Nihayet bak: *Gautchi* «Bemerkungen zur Schadensberchnung bei körperverletzung nach Art. 46 O. R.» (*S. J. Z.*, 37, sah. 117-119). *Oftinger*, cilt I, sah. 130 ve 131.

Fakat, mevzuubahs hâdiselerin ancak asliye mahkemelerinde husule gelen hâdiseler olması lâzımgeldiğini düşünuyoruz. Zira Temyizde (Federal Mahkemede) yeni hâdiseler ortaya atılamıyacağı gibi, temyiz edilen kararın sadır olduğu mahkeme tarafından tesbit edilen hâdiseleri de temyiz isbat edilmiş gibi kabule mecburdur.

Fakat dâvanın hitamından sonra akdedilmiş olan yeni evlenmeyi nasıl hesaba katmak mümkün olacaktır? Ekseri ahvalde tamamen faraziyeler âlemine dâhılmış olacaktır. Dul kadının genç yaşı yeni bir evlenme imkânının unsuru olarak yöz önünde bulundurulmalıdır (94); pek ihtiyar olma hali mâstesna, dul erkeğin yaşı evlenmeme karinesi hususunda nazara alınmaz.

Hâkim tazminatın sermaye şeklinde mi yoksa irad şeklinde mi takdir edileceğini inceliyecektir (B. K. m. 43).

Bir irada hükmedildiği vakit, bunun ancak dulluk müddeti zarfında tediye edileceğini ve evlenme halinde irad alacaklısına sulh ve hesap kat'ı zmnında üç senelik irada eşit bir sermaye verileceğini de ayrıca hâkim tasrih edebilir (95). Bu hal tarzı birçok İsviçre sigorta ve tekaüt sandıkları nizamnameleri ve Askerî sigorta tarafından kabul edilmiştir (96). Bunun ahlâk bakımından büyük bir faydası vardır, zira bazı dulların istifraş halinde hayat sürmelerini teşvik etmez, halbuki evlenme ile irad otomatik olarak (*ipso facto*) kesilecek ve yerine hiç bir taviz verilmeyecek olsaydı birçok dulların bundan istifade için evlenmeyip müstefrişe vaziyetinde kalmaları çok mümkündü (97).

Bilâkis bir sermayeye hükmedilecek ise, bu sermayeyi hesaplar-ken ikinci bir evlenmeyi de göz önünde bulundurmak ve sermayenin mikdarını buna göre tenzil etmek lâzımdır (98). Fakat, Federal Mahkemenin de tasrih eylediği gibi (99), bu tenzilâtın her hâdisede yapılması mecburî değildir.

Yeni bir evlenme meşkûk bir hâdisedir; binaenaleyh az veya çok ihtimalini takdir ve ona göre hareket etmek lâzımdır. Bundan başka yeni evlenme dul kadının iktisadî durumunu muhakkak surette iyileştirmez. Bu mülâhazalara dayanarak, yüksek mahkeme-

(94) A. T. F. 60. II. 416; J. d. T. 1935, sah. 331; ayrıca bak: A. T. F. 34. II. 197; 49. II. 457; J. d. T. 1927, sah. 204; Yaşlı dul bir kadının tekrar evlenmesi hususunda pek az veya hiç ihtimal bulunmaması.

(95) A. T. F. 36. II. 87; 53. II. 498; 59. II. 461; J. d. T. 1928 sah. 137; 1934 sah. 402. Bu sistemin tenkidi için bak: J. d. T. 1929 sah. 313 ve sah. 314 de Thilo'nun mülâhazası.

(96) Bak. *Oftinger*, cilt I, sah. 187 No. 306.

(97) *Oftinger* tarafından teklif edilen enteresan bir hal tarzı için bak, cilt I, sah. 187.

(98) A. T. F. 54. II. 416; J. d. T. 1929 sah. 313; 1935, sah. 331; Moser'in tezi sah. 92 ve sah. 94. deki cetvel.

(99) A. T. F. 56. II. 120; J. d. T. 1930 sah. 532.

miz ikinci kocanın birinciye nazaran daha dün bir vaziyette bulunması halinde, dul kadın muından mahrumiyet dolayısıyla tazminat hakkını muhafaza eder, ancak bu tazminat yeni durumun eskisine dün olduğu nisbette verilir (100).

Bir dul erkek mevzuubahs olduğu vakit aynı meseleler ile karşılaşılır ve bunlara aynı hal suretlerini tatbik etmek doğru olur.

c) Bir sermaye tediyesinin faydaları dolayısıyla tenzilât ve efektif faiz yüzdesi :

Tezinde (101), Moser bu meseleye ait çok calibi dikkat bir tablo çizmektedir. Bir iradın efektif faiz yüzdesi (**taux de capitalisation**) 1914-1918 harbinden evvel muntazaman % 3.5 iken (102) bilâhara % 4.5 a çıkmış ve 1934 de % 4 e düşmüştür (103). Bu tarihten itibaren birçok on senenin vasatı yüzdesi olan bu rakam muhafaza edilmektedir. İrad, az çok uzun bir zaman için verilen iktisadî bir taviz olduğuna göre, kapitalizasyon zamanında cari olan, ve belki istisnai bulunan, yüzdeyi esas olarak almak doğru olmaz (104).

Bu yüzde, alçak olduğu müddetçe mahkemeler bir sermaye tediyesinin faydaları mülâhazasıyla azamî % 10 bir tenzilât kabul etmekte idiler (10); bu fayda ise bir taraftan belki de «bir olsun da bizim olsun» (106) darbimeselinin ihtiva ettiği hakikata ve diğer taraftan bir sermaye ahzeden kimsenin bunu kullanarak, bir işe koyarak veya kendi ticaretinde işleterek (107) cari faiz yüzdesinden daha yüksek bir gelir temin edebileceği noktaları etrafında toplanır.

4½ faiz yüzdesi kabul edildiği zaman, evvelâ tenzilât icra etmenin doğru olmayacağı düşünülür (108). Sonraları, yukarıda izah edilen sebepler dolayısıyla % 10 tenzilât tekrar ortaya çıktı (109).

(100) A. T. F. 54. II. 370; J. d. T. 1929 sah. 47.

(101) Moser, Der Versorgerschaden nach Schweiz. O. R., sah. 100.

(102) Mamafih bak A. T. F. 33. II. 283; yani 1907 de % 4.

(103) A. T. F. 55. II. 147; 60. II. 325; 64. II. 53; 65. II. 257; J. d. T. 1931 sah. 306; 1935 sah. 98 ve 423; 1937 sah. 277 ve 278; 1939 sah. 58.

(104) Bak, Thilo «Circulation routiére», (J. d. T. 1940, sah. 437 No. 20).

(105) % 20 ilâ 25 için A. T. F. 24. II. 406.

(106) A. T. F. 30. II. 37.

(107) A. T. F. 39. II. 316; 54. II. 298; 60. II. 397; J. d. T. 1929 sah. 399; 1932 sah. 41 not Thilo.

(108) A. T. F. 49. II. 456; 50. II. 195; 53. II. 52. Bir sermaye tahsisinden doğan faydalar için tenzilâtın esas ve şumulü, alâkadarın bu sermayeden istifade edip edemeyeceği noktasına tâbidir; A. T. F. 56. II. 116; J.d.T. 1930, sah. 532; S. J. 1935 sah. 394.

(109) Bak, J. d. T. 1930 sah. 535, not Thilo.

Piccard cetvellerini (110) muından veya mahrum olandan en yaşlısına (111) tatbik ederek kapitalizasyon hesaplanır, yani muhtemel yaşama müddeti daha kısa olanın yaşı nazara alınır. Yaşın ilerlemesiyle çalışma müddetinin tenezzül etmesini Federal Mahkeme istisnai olarak kabul etmektedir (112). Bundan başka, iki şahıstan birinin sıhhati, müptelâ olduğu veya olmuş bulunduğu bir illet dolayısıyla daha yakın bir ölüme maruz bulunduğu veya bulunmuş olduğu görülürse, bu da yeni bir tenzilât unsuru olarak nazara alınabilecektir (113).

Talîk edilen bir kaydı hayat ile iradın hali hazır kıymeti, derhal ödenmesi icap eden bir kaydı hayat ile irad kıymetinden, bekleme müddeti zarfında ödenen muvakkat bir iradın kıymeti çıktıktan sonra geriye kalan kıymete eşittir. (Federal Sigorta Bürosunca kabul edilen düstur). Piccard cetvellerinin 4 ve 10 numaralıları bu hesabın temelini teşkil ederler (114).

d) Borçlar Kanununun 44 üncü maddesinin 2 nci fıkrasının bir tatbik şekline işaret edelim. Müddeialehyin **nisbeten hafif bir kusuru** varsa, yâni bir tedbirsizlik yapmış olmakla beraber en iptidai vazifelerini ihlâl etmemiş ise ve diğer taraftan zararın tam bir şekilde

(110) *J. d. T.* 1934 sah. 307. Tababet ilminin, kısalmış bir hayat müddeti veya yaş ile çalışma kudretinin bir tenezzülünü derpiş edebildiği hususî haller haricinde, Piccard cetvellerini terk etmeğe mahal yoktur (*A. T. F.* 57. II. 301; 60. II. 38, 65. II. 234; *J. d. T.* 1940 sah. 176). Federal Mahkemenin beyan ettiğine göre, umumî olarak, hayat ihtimalleri üzerine yapılmış cetveller (Piccard cetvelleri) faaliyet cetvelleri tesmiye olunanlara (konfederasyon memurlarının sigorta sandığı için hazırlanan Grieshaber cetvelleri; Federal sigorta bürosu cetvelleri) tercih edilmelidir. Bak *A.T.F.* 29. II. 612; 30. II. 44; 34. II. 446; 52. II. 104; 55. II. 146; 57. II. 292; *J. d. T.* 1929 sah. 621; 1934 sah. 300; 1935 sah. 423. Ayrıca bak *Watteville*, «Les tables d'activité et leur emploi pour le calcul des dommages - intérêts dans les cas de responsabilité civile» (*J. d. T.* 1934 sah. 386). Bu müellifin fikrine göre çalışma kudretinden mahrumiyet ve hayatta kalanlara takdir edilen iradlar, yakın bir gelecekte, faaliyet cetvellerine göre kapitalize edilecektir.

(111) *A. T. F.* 32. II. 513; 35. II. 25; 55. II. 148; 64. II. 203; *J. d. T.* 1929 sah. 621; 1939, sah. 58; *S. J.* 1936 sah. 489.

(112) *A. T. F.* 55. II. 149; 57. II. 299; 65. II. 234; *J. d. T.* 1929, sah. 621; 1932 sah. 119; 1940 sah. 178.

(113) *A. T. F.* 57. II. 301; 60. II. 38; *J. d. T.* 1932, sah. 120.

(114) *A. T. F.* 63. II. 58; *J. d. T.* 1937, sah. 277 ve not *Thilo* sah. 278; ayrıca *Thilo*, «Du dies a quo des intérêts dus au lésé en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles», *J. d. T.* 1940 sah. 613.

tazmini kendisini muzayakaya maruz bırakacak ise, tazminatın bir miktar tenzili muvafık ve münasip görülür (115).

c) Nihayet, muinden mahrumiyet dolayısıyla takdir edilecek tazminat hususunda Federal Mahkemenin ihtiyatlı ve çekingen davranıldığı bir kararı zikredeyim: Muinin pek muhtemel olarak çok yakın bir istikbalde evleneceği tahakkuk edince, bunun neticesi olarak bekâr kaldığı zamandaki yardımını aynı nisbette ana babasına karşı evlendikten sonra yapamayacağından tazminatın tenkisi icap eder (116).

• • •

V. MURTABİT MESELELER

§ 1 — Müruru zaman

Tazminat talebi müruru zamanı, mutazarrır olan tarafın zarara ve zararın sebebine muttali olduğu tarihten başlar. (B. K. m. 60).

Mahkeme içtihatlarına göre, müddei kendisine ika edilen zararın tam olarak şümulünü tayin edebildiği haldedir ki ancak zarara muttali olduğu söylenebilir. Ezcümle bir tazminat dâvası, birbirine sıkı surette bağlı birçok hâdiselere müpteni olduğu takdirde, bir tek müruru zaman müddetine tâbidir ve bu müddet ancak dâvacının haklarına vakî tecavüz hususunda açık ve tam bir fikir edindiği andan itibaren cereyana başlar (117). Mamafih müruru zaman, dâvanın hukukan haklı olduğunun mutazarrır tarafından bilinmesiyle başlamaz, fakat bu dâvayı açmak için lüzumlu olan bilûmum **fiilî unsurlara** muttali olması da lâzımdır (118).

Babasının ölümünden sonra doğan nesebi gayri sahih çocuğun muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat talebi hususundaki müruru zaman, umumî kaidə olarak, dâvacının haksız fiil neticesinde ölenin çocuğu olduğu isbat edildikten sonra cereyana başlar. Ekseriya babalığa hüküm dâvası müddeinin muininden mahrum olduğunu müşahede etmeğe yardım edecektir (119).

Nihayet şurası da unutulmamalıdır ki zarardan mesul olan kimse aynı zamanda cezayı müstelzim bir fiil işlemiş ve bu fiil de Ceza

(115) A. T. F. 49. II. 456; J. d. T. 1927 sah. 204.

(116) A. T. F. 59. II. 371; J. d. T. 1934, sah. 67.

(117) A. T. F. 43. II. 309; J. d. T. 1917 sah. 652.

(118) A. T. F. 32. II. 175 (bilhassa, 177).

(119) A. T. F. 60. II. 147; J. d. T. 1937 sah. 94; S. J. 1937 sah. 180.

Kanununa göre daha uzun bir müruru zamana tâbi bulunmuş ise, hukuk dâvasına tatbiki iktiza eden müruru zaman işbu müruru zamandır (B. K. 60 fık. 2). Maahaza suç teşkil eden fiilin bir cezaî karara bağlanması şart değildir; cezaî takibata maruz bulunması kâfidir. Hukuk dâvası kendisine arzedilen hâkim, fiilin cezaen müeyyidelenmiş bulunup bulunmadığını ve failin bundan dolayı mesul tutulabilip tutulamıyacağını araştıracaktır. Mezkûr fiilin cezayı müstelzim olmadığı bir ceza kararıyla kat'i olarak tahakkuk ettikten sonra, hukuk hâkiminin bu noktayı tetkik etmeğe artık salâhiyeti yoktur (120).

§ 2. — Muinden mahrumiyet dolayısıyla tahakkuk eden alacağın temliki (*)

Muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat hakkı kabili haciz değildir (İ. I. K. m. 82, No. 11). Fakat bu şahsa sıkı surette bağlı ve kabili devir olmadığını kat'iyyen ifade etmez. Binaenaleyh böyle bir hakkın kabili nakil ve intikal olduğunu kabul etmek lâzımdır (121).

§ 3. — Muinden mahrumiyet dolayısıyla hükmolunan sermayenin faizlerinin hesaplanmasında mebde (122)

Faizler, tazminatın mütemmim cüz'ü olarak telâkki edildiğinden, haksız fiil dâvacıya bir zarar ika ettiği andan itibaren talep olunabilir. Bu vaziyet hiç bir vakit dâva ikamesiyle aynı anda vukua gelmez. Bunun için muinden mahrumiyet dolayısıyla hükmolunan sermayenin ne zamandan itibaren faizi işlediğini tayin ve tesbit etmek lâzımdır.

(120) Bak: *Thilo*, «La responsabilité professionnelle du médecin» Lausanne 1936, sah. 40 ve 41; *A. T. F.* 55, II, 23; *J. d. T.* 1919 sah. 360; 1932 sah. 579.

(121) *A. T. F.* 63, II, 158; *J. d. T.* 1937 sah. 559.

(122) *Thilo*, «Du dies a quo des intérêts dus au lésé en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles» (*J. d. T.* 1940 sah. 612); Ayrıca bak: *Gautschi* (S. J. Z. 37, sah. 120); *Oftinger*, cilt I, sah. 129.

(*) Tercüme ettiğimiz bu etüdün § 2 si şu başlığı taşımaktadır: «Milli sigorta sandığı ile diğer umumi sandıkların kanuni halefiyeti». Bu paragrafı tercüme etmedik zira İsviçre hukukunun hususi bazı kanunları ile bazı umumi sigorta sandıklarının nizamnamelerini mevzuubahs etmekte ve bu itibarla hukukumuzu doğrudan doğruya alâkadar etmemektedir. Maahaza meseleyi tetkik etmek isteyenlere yazının me hazını gösteriyoruz: *J. d. T.* 1942, sayı 4, sah. 106-108 ve not 121-131.

(Tercüme edenin notu)

Şayet bir hali hazır muini mevzuubahis ise, tediye edilen tazminatın faizleri ölüm gününden itibaren hesaplanmalıdır (tazminatın kapitalize olduğu tarih).

Fakat şayet bir müstakbel muin mevzuubahis ise, hâkim muinin, muhtemel olarak fiilî bir muin olacağı tarihi tayin edecek ve evvelce vaki tediyei âdil bir tenzilâtla takas edecektir; buna göre faizler, tenzilâtın peşin olarak ödenecek sermaye kıymetine tahvilî gününden itibaren yürümeğe başlar (123).

VI. NETİCE

Akit dışı zarar ve bunun tazminine tahsis ettiği eserinde Arnold Céréssole (124), muinden mahrumiyet meselesinde dört kanun grubu tefrik edilebileceğini yazmaktadır:

1° — Bu nokta sakit olan, fakat umumî kaidelerin tatbiki yoluyla meselenin hallini hâkime bırakan kanunlar: Fransız Medenî Kanunu ve bu kanundan mülhem olan diğer bilûmum kanunlar;

2° — Herhangi bir tazminatı kat'i olarak reddeden kanunlar: Romanya hukuku ve 1846 ya kadar İngiliz hukuku;

3° — Yalnız müteveffanın ailesine tazminata müsait olan kanunlar: 1846 dan itibaren İngiliz hukuku;

4° — Nihayet, müteveffayı karşı bir borç münasebetinin alacaklısı olan kimselere bir hak tanıyan kanunlar: Müsterek hukuk. Alman ve Avusturya Medenî Kanunları. Federal Borçlar Kanunu.

Hakikatta, Thilo'nun da işaret ettiği (125), ve bizim de yukarıda belirttiğimiz gibi, İsviçre hukuku ayrı bir gruba ithal edilmelidir, zira diğer kanunlardan farklı olarak, Borçlar Kanunumuz müteveffanın yalnız **kanunen** yardım etmeğe muhtaç olduğu kimselere değil, fakat **fiilen** kendisi tarafından yardım edilen veya edilecek olan kimselere tazminat talebi hakkını bahşelemektedir. Şurasını da hatırlatalım ki, Fransız mahkeme içtihatları da keza bu noktayı nazarı kabul etmiştir.

Diğer birçok sahalarda olduğu gibi İsviçre hukuku burada da bir yenilik yarattı. Mahaza kanun her şeyi söyleyemez ve her şeyi der-

(123) A. T. F. 62. II. 59; J. d. T. 1936 sah. 330.

(124) A. Céréssole, Le dommage et sa réparation extra - contractuelle, Lausanne 1909.

(125) J. d. T. 1932, sah. 34, «De l'indemnité pour perte de soutien».

piş edemez. Kanunu tamamlamış olan mahkeme içtihatları tatmin edici bir şekil alarak sabit ve müstakar bir hale henüz gelmemiştir.

Bilhassa muinden mahrumiyet dolayısıyla tazminat hususunda, fazla sarahate kaçmak, böyle bir tazminatın haklı olduğu halleri saymak istemek tehlikesi vardır.

Bir daha tekrar edelim — bu saha tamamiyle ihtimaller (konjonktürler) sahasıdır. Binaenaleyh fevkalâde tedbirli hareket etmek lâzımdır; meselâ pek genç olan çocuğun **muhakkak surette** ana babasının müstakbel muini olacağını iddia etmemek, veya hayatta kalan kimsenin hayat sigortası yoluyla aldığı meblağın **aslâ** göz önünde bulundurulmayacağını söylememek lâzımdır.

Bunlar nihayet, şu veya bu hâdisede mahkemenin takdirine derin bir surette tesir icra edecek olan unsurlardır; en doğru hareket tarzı nihai olarak mahkemenin adalet ve ferasetine sığınmaktır.

Kanaatimize göre esas teşkil eden noktalar şunlardır:

1 — Bir taraftan, muinin ölümünden sonra mağdur olan kimse-
nin **yardım ihtiyacı**, yani desteklenmek lüzumu (126); bunun için de ölüm halinin dâvacıya doğrudan doğruya veya dolayısıyla icra ettiği testirler (miras, sigorta sermaye veya tazminatı, tekaüdiye veya irad, ilh...), hattâ müstakbel bazı hâdiselerin vukuu ihtimali veya dâva esnasında tahaddüs eden mühim vak'alar (dul kadınların tekrar evlenmesi gibi) nazara alınıp hesaba katılmak icabeder.

2 — Diğer taraftan ölüm ânında müteveffanın hakiki **yardım kabiliyeti** veya muhtemel müstakbel kabiliyeti.

Filhakika, muinden mahrumiyet dolayısıyla hükmolunacak tazminatla, mağdurun maruz kaldığı **maddî zararı** tamamen karşılıyarak ortadan kaldırmak iktiza eder. Hâkim evvelâ dâvacıyı hakiki ve maddî vaziyetine iade etmekle mükelleftir. Bundan başka, ahval ve şeraite göre kendisine manevî zararı için ayrıca bir meblâğa da hükmedebilir (B. K. m. 47).

Bu yazımızı sona erdirirken Borçlar Kanununun 45 inci maddesinin 3 üncü fıkrasının mâna ve şümulünü canlandırmak icap ederse, diyebiliriz ki, burada mevzuubahs olan durum **borçlunun** kanuni halefiyet hallerinden biridir (pasif halefiyet); bunun neticesi olarak zarardan mesul olan kimse müteveffanın yerine kaim olarak bir borç taahhüdü altına girmiş olur (Borçlar Kanununun 109 uncu maddesinin derpiş ettiği âdi halefiyet halleri, alacaklının halefiyeti, yani **aktif halefiyettir**, zira halef olan bazı alacak hakları iktisap eder).

(126) S. J. Z. 27 sah. 299; Z. B. J. V. 67 sah. 27.

Yine denilebilir ki 45 inci maddenin 3 üncü fıkrasında mevzuu-
bahs olan durum, bir nevi kanuni borç naklidir; mevcut ve muhak-
kak veya müstakbel ve meşkük bir borcun muinin ölümüne sebebi-
yet vgeren veya bu ölümden mesul olan kimsenin kanunen devir
almağa mecbur olduğu bir borçtur.

Yazan
Georges Brosset

Tercüme eden
Doçent Dr. Ferit H. Saymen

Bibliografya

- BECKER, Obligationenrecht, Berne 1917.
BRON, HENRİ: Les conséquences juridiques de l'union libre notamment à l'égard des tiers (Lozan, tez 1940).
CÉRÉSOLE, ARNOLD: Le dommage et sa réparation en matière extra - contractuelle (Lozan, tez, 1909).
DAEPPEN - REYMOND: Le Code Fédéral des Obligations, Zürich 1937.
GAUTSCHİ, G.: Bemerkungen zur Schadensberechnung bei Körperverletzung nach Art. 46 OR (SJZ. 37, 115 m.).
GUYER: Aufsätze über das schweizerische Eisenbahn - Haftpflichtrecht, Zürich 1905.
IM HOF, WALTER: Die Art. und Grösse des Schadenersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus obligationenrecht, (Bern, tez 1912).
KELLER, OTTO: Die anspruchberechtigten Dritten aus Tötung einer Person nach dem deutschen Haftpflichtgesetze, der schweizerischen Haftpflichtgesetzgebung und dem Schweizerischen Obligationen recht (Bern, tez 1906).
MAYR, PIERRE: L'indemnisation de la perte de soutien (Lozan, tez 1941).
MOSER, HANS: Der versorger schaden nach schweizerischen Obligationenrecht (Berlin, tez 1939).
OFTİNGER, KARL: Schweizerisches Haftpflichtrecht cilt I, Zürich 1940.
OSER - SCHÖNENBERGER: Das obligationenrecht, Zürich 1929.
ROSSEL: Manuel du droit fédéral des obligations, cilt I; Lozan - Cenevre 1920.
SCHÄRER, MAX: Recht und Gerichtspraxis über Haftpflicht und Schadenersatz (Bern. 1940).
Haftpflichtanspruch und öffentliche Versicherung (ZBJV. 1941, sah. 193 ve mđ).
SCHNEİDER ET FICK: Commentaire du Code Fédéral des Obligations, cilt I, Nösatel 1915.
STREBEL: Kommentar zum Bundesgesetz über den Motorfahrzeug-und Fahrradverkehr (Zürich 1938).
THILO, EMİLE: J. d. T. ile SJZ ve Revue trimestrielle de Droit civil (Paris) de müteaddit makale ve notlar.
VON TUHR: Partie général des Obligations, fransızca tercümesi, 2 inci tabı, (Emile Thilo tarafından) Lozan 1934.
WATTEVILLE: Répertoire des principes jurisprudentiels suisses en matière de responsabilité civile et de circulation, Lozan 1938.