
**Cismani zarar halinde verilecek olan
tazminatın tesbitini
kolaylaştırabilecek bir kıstas**

Herkesce riayet edilmesi kanunen mevzu bir vazifeye karşı velevki ihmal göstermek suretile olsun aykırı olarak hareket eden bir kimse haksız bir fiil irtikâb eden bir kimse ise fiilinin tevhit ettiği, edeceği ve hatta edebileceği tekmiil neticeleri tazmin ve tamir etmekle mükellef tutulur. Zira bir kimsenin şahsî menfaati muvzuubahs haksız fiil dolayısıyla ihlâl edilmiştir. Borçlar kanununun 49uncu maddesi şahsî menfaatları haleldar olan kimsenin hata vukuunda zarar ve ziyân ve hatanın hususî ağırlığı icabettiği surette manevî zarar namile nakdî bir meblağ itasını bile dava edebileceğini kabul etmektedir. «Şahsî menfaat» mefhumu içerisinde yalnız şerefe ve hürriyete değil aynı zamanda sıhate karşı vaki izrar edici vaziyetleri de derpiş etmek lâzımdır. Hatta aynı mefhum çerçevesi dahilinde bir mesleğin tecavüze uğramış olan vaziyetinin kazanç bakımından tevhit ettiği tenakus veya tevakkuf devrelerinde hüsnü telâkki etmek lâzımdır.

Bu umumî mahiyetteki malûmattan sonra cismanî zarar müessesesinin tetkikine geçebiliriz :

Cismanî bir zararın vukuuna sebep olan kimse haksız bir fiil irtikâb etmiş demektir ki bu fiilinin doğurabileceği neticelerden mutahassıl zarar ve ziyânı zamindir. Kanun vazı cismanî zarara mütedair olan borçlar kanununun 46ıncı maddesinin birinci fıkrasını aynen şöyle tedvin etmiştir:

“Cismanî bir zarara düçar olan kimse küllüyen veya kısmen

çalışmağa muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir.»

İşbu fıkrada mevzuubahs olan çalışma kabiliyetinin, zararın vukuunda semeredar olan bir çalışma kabiliyeti olması zaruri değildir. Mutazarrır ihtimal ki cismî ziyanın vukuunda iş sahibi değildir. Fakat çalışma kabiliyetini haizdir. Ve bu kabiliyette, vaki olan cismanî zarar dolayısıyla külliye veya kısmen selbedilmiştir. Sadece bu vaziyet mevzuubahsimiz olan fıkranın tatbiki için kâfidir. Binaenaleyh cismanî zararın vukuu dolayısıyla münselip olan ve hatta tezahürü mefruz bulunan çalışma fırsatları ve kazançları da telakki edilecektir: Meselâ bir amele teessüs etmek üzere olan bir fabrikayla bir çalışma mukavelesi akdetmek üzeredir. Tam bu esnada üçüncü bir şahsın fiili neticesi olarak cismanî bir zarara maruz kalıyor ve bu zarar dolayısıyla de akdetmek üzere olduğu mukavele akim kalıyor. İşte bu vaziyette cismanî zararın mevcudiyetinin doğurduğu maddî bir ziyan vardır. Bu zararın tazmin edilmesi lâzımdır.

Yine aynı cismanî zarar dolayısıyla meslek değiştirmek mecburiyeti de tahassül edebilir: ağır işlerde çalışmak kabiliyeti dolayısıyla fazla para kazanabilen bir işçi cismanî zarar hasebile hafif işler yapmağa ve hatta ihtimal ki mesleğini değiştirmeye bile mecbur kalabilir; bu takdirde cismanî zararın tevliit ettiği bu gibi kazanç azalması vaziyetlerinden münbais halleri de tazminatın tesbitinde hesabetmek lâzımdır.

Yine aynı cismanî zarar dolayısıyla güç iş bulma ve hatta güç evlenme vaziyetleri tahaddüs etmiş ise bu gibi hallerde zarar ve ziyanın miktarını tayin ederken göz önünde tutulacaktır¹⁾. Cismanî zarar dolayısıyla daimî tedavi zarureti hasil olmuş ise tazminatın (Von tuhr'ın telâkki ettiği gibi işbu tedavinin istilzam edeceği bütün masrafları da ihtiva etmesi lâzım olduktan başka cismanî zarara uğrayan mutazarrıra verilecek tazminatı takdir ederken hâkimin mutazarrırın çalışma kabiliyetini ve zuhur etmesi melhuz kazanç vaziyetlerinden mahrum kalması veya arzu ettiği derecede istifade edememesi ihtimalini göz önünde tutarak (hykothétique) yani farazi ve kıyasi bir tarzda tesbit edebileceğini kabul etmek lâzımdır.²⁾ Müelliflerden sehneider ve Fick de muta-

1) Rossel. Borçlar kanunu şerhi sahife 94.

2) Von Tuhr, Partie Générale du C. O. Sah: 392 n. a. et 329 n. b.

zarrının müstakbel iktisadi mevcudiyetine dokunan bir zarar mevcut olunca hâkimin tazminata hükmetmesi icabettiğini kabul etmektedir ¹⁾. Şarih Funk cismanî zarar dolayısıyla hadis (troules moraux) yi yani manevi ihtişaşları bile tazminatın takdirinde göz önünde tutmak lâzım olduğu kanaatindedir ²⁾. Profesör (Funk)ın bu kanaatını şu misalle izah edebiliriz: Bir boksör tasavvur edelim ki çok cesur bir döğüşen olarak tanınmıştır. Üçüncü bir şahıs bu boksöre cismanî bir zarar ika ediyor, meselâ kolunu kırıyor. Boksör tedavi ediliyor. Hekim tedavinin istilzam ettiği bütün masrafların verilmesine karar veriyor. Fakat tedaviye rağmen boksörün kolu aynı vaziyette değildir. Kolunun mafsalındaki kemik incilmiştir, o derecede ki doktor kendisine kolunu dikkatle kullanmasını ehemmiyetle ihtar etmiştir. Boksör ise hayatını kazanmak için döğüşmek mecburiyetindedir. Döğüşmekte muvaffak olmak ve dolayısıyla de galibe verilen fazla parayı kazanmak için döğüşme mahalline maneviyeti yerinde olarak çıkması lâzımdır. Mafsalının kırık olduğunu bilen ve doktorun ehemmiyetle yaptığı tenbihi hatırlamak mecburiyetinde olan müsariin maneviyatı ile kıraktır. Böyle kırık bir maneviyatla döğüşmeğe çıkmak peşinen galibiyet ihtimalini asgarî olarak yüzde yirmi beş nisbetinde aklından silmek demektir. Maneviyatın bu silinişi müellif (Funk) ın mevzuubahs ettiği (troubles moraux) yani manevi itişaşdır ki hâkimin bunu vaziyetlerin hususiyetlerine meselâ cismanî bir zarara uğrayan bir boksörün veya bir güreşçinin telebi muvacehesinde derpiş etmesi icabeder.



1 — Buraya kadar olan izahatımızla cismanî zararı umumî bakımından ve müelliflerin görüş vechesinden tetkike çalıştık. Şimdi aynı cismanî zararı mahkeme içtihatları zaviyesinden sera ve telhiz edeceğiz:

İsviçre temyiz mahkemesi 1931 senesinde madam «Morton» ın Lanini ismindeki şahıs aleyhine ikame ettiği cismanî zarara mütedair davası münasebetile cismanî zararın hudusunda evinin haricinde çalışmıyan evli bir kadının dahi çalışma kabiliyetinin azalma-

¹⁾ Schneider et Funk; Commentaire du code fédéral des obligations 4 éme édition S. 120. n. 2.

²⁾ Funk. Commentaire du Code fédéral des obligations S. 45. N. 4.

sını ileri sürerek bu bakımdan tazminat istemek hakkını haiz olduğunu kabul etmekte ve bu gün çalışmamasının ehemmiyeti yoktur. İhtimal ki yarın çalışmaya mecbur olacaktır, fakat maruz kaldığı cismanî zarar mesaisinin normal bir tarzda verimli olmasını işkâl edecektir. Bu işkâl ise zararlıdır, ve tazminat itasına hak verdirmeğe kâfidir demektedir. Diyebiliriz ki İsviçre federal mahkemesi bu içtihadile neticesi istikbale matuf bir nazarın telâfisini derpiş-eylemeği prensip olarak ilân etmiştir. Bu demektir ki mutazarrırın hali hazırda para kazanması meşrut değildir. Kazanması ihtimali dahi borçlar kanununun 46 ıncı maddesinde mevzu tazminat hakkının itası için kâfidir ¹⁾.

II — Yine aynı İsviçre yüksek adalet divanı Dupont isimindeki avcının tüfenginin kazara ateş alması gözlerinin görüş hassasını kısmen kaybeden (Paccard) ın iddiasını dinlemiş ve işbu cismanî zararın müddeinin çalışma kabiliyetini yüzde yirmi beş nisbetinde azalttığını esas tutarak tazminata hükmetmiştir. Hatta mahkeme bu kararı münasebetile şayet mutazarrır yüzünün şeklinin mevzuubahs kaza dolayısıyla değişmesinden ötürü manevî ızdırab duymuş olduğu takdirde müddei aleyh avcıya istinat edilen hatanın hafif olması borçlar kanununun 47 inci maddesi mucibinee manevî tazminat verilmesine mani teşkil etmez demektedir ²⁾.

III — Yukarıdaki mahkeme içtihatları cismanî zarara uğrayan bir kimsenin kazanç vaziyetinin eksilmesi veya eksilmesi ihtimaline müteallik vaziyetleri tebyin etmektedir, Bu vaziyetler mevzuubahs mahkeme kararlarının tetkikinden de anlaşıldığı gibi tazminat itasında esas olabilen hallerdir. Fakat yine Federal mahkemenin Lutz ile Bauder arasında hadis dava münasebetile kabul ettiği üzere cismanî zarara duçar olan kimsenin kazancının eksilmiş olması ve olmaması ihtimalinin de muhakkak bulunması tazminatı ref'e kâfi bir sebep olmayıp ancak tenkise amil olabileceğini telâkki etmek lâzımdır ³⁾.

*
*
*

¹⁾ Journal des Tribunanx 1931 S. 489 ve mabadi.

²⁾ Journal des Tribunanx 1928 S. 347.

³⁾ Journal des Tribunanx 1923 S. 615.

Tekmil bu izahatımızdan anlaşılıyor ki cismanî zarar dolayısıyla hadis olacak olan davalar hükme rabtlemek basit bir mesele değildir. Hâkimin çok dikkatli davranması bu zararın yalnız bu güne değil geleceğe de ait olan ve hatta olması muhtemel bulunan tek-mil vaziyetleri göz önünden uzak bulundurmaması lâzımdır. Aksi takdirde mahkemenin kararı ne müddeiyi ve ne de adaleti tatmin edebilir. Hakim müddeinin bu gününü ve hattâ yarınını düşünerek karar verdiğini kabul edelim. Fakat bu kâfi midir ?

Hakimin bu kabiliyette olması cismanî bir zarara müteallik bir talebi âmm ve şamil manasında tatmin edebilir mi? Bu suale evet diye cevap veremeyiz. Hâkim cismanî zarara maruz kalmış ve fakat yaşı ilerlemiş bir adama çalışma kabiliyetinin azalması dolayısıyla verilecek tazminat miktarını tesbit ederken, aynı vaziyetteki bir gence nazaran daha az cömert davranmalıdır. Çünkü pek tabiidir ki gencin önünde kazanç devreleri bir ihtiyara nazaran daha uzun ve dolayısıyla de cismanî zarardan naşi ziyarı daha çoktur. Fakat hâkim yaşları farklı olan bu iki kimsenin haklarını ne gibi bir esasa dayanarak fark ve tesbit edecektir? İşte doktor P. Piccard isimdeki Hukukçu borçlar kanununun 46 ıncı maddesi mucibince hükmedilecek tazminatta hakimin takdirini kolaylaştırmak maksadile ve doğum - ölüm resmi istatistiklerine istinaden ihtimali bir yaşama cetveli tertib etmiştir. İsviçrede mahkemeler bu cetvele göre hüküm vermektedirler.

Misal şeklinde mevzuubahs ettiğimiz cismanî zarara maruz boksörü düşünelim ve farzedelim ki müsariimiz 28 yaşındadır. (Piccard)ın cetveline nazaran 28 yaşındaki bir adamın daha otuz beş sene 39 gün yaşamak ihtimali vardır. Binaenaleyh misalimizdeki boksöre tazminat verilirken mumaileyhin bu vasatî hayat müddetini göz önünde tutmak ve işbu müddet zarfında mesleğine nazaran kazanması melhuz miktarı mefruz addetmek lâzımdır. Tazminatın böyle resmi istatistiklerden mülhem bir müddet esası üzerinden hesab edilmesi ise en tatminkâr bir kıstastır¹⁾.

1) Dr. Piccard'ın bu cetveli (Responsabilité civile et assurance sociale) isimli kitabınının 118 inci sahifesinden iktibas edilmiştir. Aynı eserin 119 nncu sahifesinde 2 numaralı bir cetvel daha vardır ki o da kadınların ihtimali yaşama vaziyetlerini göstermektedir. İşbn iki cetvel arasındr fazla yaş farkları olmadığı için ikincisini iktibas etmedik. Filhakika mesclâ 30 yaşında olan bir erkeğin, ait cetveline nazaran daha 33 sene bir gün hayat hakkı vardır. Aynı yaşda bulunan bir kadının ise 36 sene 10 gün ihtimali bir hayat hakkı olduğu kabul edilmiştir. Görülüyor ki fark büyük değildir.

Yaş	İhtimali yaşama hakkı		Yaş	İhtimali yaşama hakkı		Yaş	İhtimali yaşama hakkı		Yaş	İhtimali yaşama hakkı		Yaş	İhtimali yaşama hakkı	
	Sene	Gün		Sene	Gün		Sene	Gün		Sene	Gün		Sene	Gün
0	49	25												
1	56	08	21	40	91	41	25	29	61	12	18	81	4	03
2	56	32	22	40	13	42	24	55	62	11	64	82	3	80
3	55	88	23	39	34	43	23	81	63	11	11	83	3	58
4	55	24	24	38	55	44	23	09	64	10	59	84	3	37
5	54	52	25	37	76	45	22	37	65	10	09	85	3	18
6	53	75	26	36	97	46	21	61	66	9	60	86	2	98
7	52	92	27	36	18	47	20	96	67	9	12	87	2	81
8	52	08	28	35	39	48	20	26	68	8	66	88	2	65
9	51	22	29	34	60	49	19	57	69	8	21	89	2	51
10	50	34	30	33	80	50	18	90	70	7	78	90	2	38
11	49	45	31	33	01	51	18	23	71	7	36	91	2	25
12	48	56	32	32	22	52	17	58	72	6	96	92	2	12
13	47	65	33	31	43	53	16	93	73	6	56	93	1	96
14	46	75	34	30	65	54	16	30	74	6	18	94	1	80
15	45	86	35	29	87	55	15	68	75	5	81	95	1	63
16	44	98	36	29	09	56	15	07	76	5	46	96	1	48
17	44	13	37	28	32	57	14	46	77	5	13	97	1	33
18	43	30	38	27	55	58	13	87	78	4	82	98	1	23
19	42	49	39	26	79	59	13	29	79	4	57	99	1	10
20	41	70	40	26	03	60	12	73	80	4	27	100	1	00

İsviçre Devletinin resmî doğum ve ölüm istatistiklerinden mühem olarak vücade getirilen bu cetvelin neşrinden sonra İsviçre mahkemelerinin cismanî zararın miktarını tesbit zımındaki vazifeleri kolaylaştırmakla kalmamış aynı zamanda mahkemelerin bu husustaki takdir keyfiyetleri de (Homogène) yani mütecanis bir manzara arz etmekte bulunmuştur ¹⁾.

¹⁾ Borçlar kanununun 46 ıncı maddesinin ikinci fıkrası mucibince, eğer hükmün suduru esnasında kâfi derecede kanaat ile cismanî zararın neticelerini tayin etmek mümkün değil ise hükmün tefhimi tarihinden itibaren iki sene zarfında hakimın tetkik selâhiyetini muhafaza etmeğe hakkı vardır. Fakat denebilir ki Dr. Piccard'ın cetvelinin neşir ve benimsemesinden sonra İsviçrede işbu ikinci fıkranın tatbikine çok az zaruret hasıl olmuştur. Zira mevzu bahis cetvel cismanî zarara mütedair davaların tatminkâr hal şekillerine berveçhi peşin rabtedilmesinde çok isabetli bir amil olmaktadır.

Bu itibarla Türk mahkemelerinin de borçlar kanunumuzun 46 ıncı maddesinin tatbiki dolayısıyla aynı cetvelden istifade etmeği esas olarak kabullenmelerini hukukî bir diler olarak ortaya atıyoruz.

Dr. MÜNİB HAYRİ ÜRGÜBLÜ

Sümerbank Hukuk Müşaviri