

Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanğından Yoksun Kalinmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması

Yrd. Doç. Dr. Haluk BURCUOĞLU*

I- GİRİŞ

Günümüzde ekonomik koşulların değişik boyutlar kazanması ve iş yaşamındaki düşüncelerde gelişme sonucunda özellikle Almanya'da, mal varlığı kavramına yeni değerler dahil edilmekte ve bu yeni değerlerin yitirilmesi de malvarlıksal zarar olarak kabul edilmektedir. Almanya'da giderek güç kazanan bir görüşe göre malvarlığında yer alması gereken bu yeni değerler arasında soyut işgücü ve kazanç yeteneği, tatil süresinden ve boş zamandan yararlanma olanağı, nesnelerin maddi varlıklarından bağımsız olarak sürüm ve kullanım değerleri sayılmaktadır (1). Bu değerlerin tümünde manevi yönün ağır basmakta olduğu açıktır. Alman hukukunda manevi zararlar kural olarak aynen giderime tabidirler, para ile giderim yalnızca yasada açıkça bu yolun öngörülmüş olduğu manevi zararlar içindir (2). Bu değerlerin yitirilmesi halinde aynen giderimi yeterli ya da olanaklı görmeyen yeni akım, onları malvarlıksal değerler çerçevesinde ele almış ve bu yoldan para ile giderimi başvurulabilir hale getirmiştir. Anılan değerlerin iş yaşamındaki düşüncelere göre ticarileşmiş, yani para karşılığında edinimlerinin mümkün olması, yeni akıma, büyük bir kolaylık sağlamıştır; malvarlığının tanımını değiştirmeye gerek kalmamıştır, çünkü, malvarlığı para ile ifade edilebilen haklar bütünlüğü olduğuna göre, paraca karşılığı olan bu değerler de ait oldukları kişinin malvarlığında yer

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

- 1) Alman öğretisi ve uygulamasında konunun ele alınışı hakkında bkz. Hermann LANGE, Schadensersatz, Tübingen 1979, s. 167 vd. s. 174 vd.; Wilhelm SIRP, Erman Handkommentar zum BGB, 6. Aufl., Bd. I, 1975, no. 13 vd. pr. 249; Rona SEROZAN, Tendenzen zur Normativierung und Individualisierung der Schadenszurechnung, Türkisch-Schweizerische Juristenwoche, Zürich 1981, s. 463 vd.
- 2) LANGE, age, s. 256 vd.; Karl LARENZ, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 11. Aufl., München 1976, pr. 28 III, s. 379 vd.; SIRP, age, no. 69 vd. pr. 249; Wolfgang FIK-ENTSCHEER Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin 1976, s. 260 vd.; Wolfgang GRUNSKY, Münchener Kommentar zum BGB, München 1979, Bd. II, no 1, 2 pr. 253; Dieter MEDICUS, Staudinger Kommentar zum BGB, Berlin 1983, no. 1,2 pr. 253.

almalıdır (3). Bu çalışmada, yalnızca nesnelerin maddi değerlerinden bağımsız olarak malvarlıksal anlam taşıyan kullanım olanağı ve bu olanağın yitirilmesi nedeniyle ortaya çıkan malvarlıksal zararı inceleyeceğim. Önce Almanya'da öğreti ve uygulamanın bu konudaki tavrını açıklayacak, sonra hukuk sistemimiz için bu yeni akımın önemine değineceğim.

II- ALMAN HUKUKUNDA KULLANIM OLANAĞININ VE BU OLANAĞIN YİTİRİLMESİNİN ANLAMI

Almanya'da baskın uygulama ve öğretinin bir bölümü, bir nesnenin kullanım olanağından yoksun kalmayı, uzun süredir malvarlıksal zarar olarak kabul etmektedir. Bu görüşün temelinde, yukarıda da belirtildiği gibi, bazı nesnelerin kullanımının, medde değerlerinden bağımsız olarak ekonomik yaşamda belli bir para karşılığı edinilebilir, yani ticarileşmiş olduğu düşüncesi yatar (4). Uygulamada kullanım olanağından yoksun kalmanın, en yaygın biçimde, malvarlıksal zarar olarak kabul edildiği örnek hasara uğramış bir otomobil olayıdır. Kazanç amacına tahsis edilmiş olsun, olmasın, bir otomobilin maliki hasar nedeniyle ve onarım süresince, otomobilini kullanmamıştır. Malik hasara uğrayan oto yerine bir başkasını kiralamış olsa da, olmasa da zarara uğramıştır. Zararın miktarı ise, eşdeğerde bir aracın kiralanması için gerekli olan paradan, malikin kendi otomobilini kullanmaması nedeniyle yapmaktan kurtulduğu masraflar düşülerek belirlenir. Uygulamada, bu konuda önceden hazırlanmış cetvellere bakılarak, zararın miktarı, genellikle, kira için gerekli olan paranın % 30 u olarak belirlenmektedir. (5). Eğer otomobil tamamen tahrir olmuşsa, kullanımdan yoksun kalmanın oluşturduğu malvarlıksal zarar, ikame bir aracın edinilmesi için gerekli süre göz önüne alınarak belirlenir.

3) Ticarileşme düşüncesi hakkında bkz. LANGE, age, s. 167; LARENZ, age, pr. 28 III, s. 381, pr. 29 I, c, s. 388; SEROZAN, agm, s. 463; MEDİCUS, age, no. 18 vd. pr. 253; Albrechte ZEUNER, Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden, AcP 163 (1963), s. 380 vd., 386, 387.

4) BGHZ 45, 212; BGH NJW 1966, 1260. Öğretide kullanımdan yoksun kalma ve ticarileşme için bkz. GRUNSKY, age, no. 12, 17 vd. Vor pr.249; ZEUNER, agm., s. 390 vd.; MEDİCUS, age, no. 18 vd. pr. 253; Hans STOLL, Abstrakte Nutzungsentschädigung bei Beschädigung eines Kraftfahrzeugs., JuS 1968, s. 505 vd; Dieter MEDİCUS, Bürgerliches Recht, 8. Aufl., 1978, s. 378 vd.; FİKENTSCHER, age, s. 290/91; LANGE, age, s. 184; SIRP, age, no. 94, 97 pr. 249; LARENZ, age, pr. 29 II, c.s. 395 vd.; Helmut HEİNRİCHS, Palandt Kommentar zum BGB, 38. Aufl., München 1979 no. 2, a, b Vorbem. v. pr. 249; SEROZAN, agm, s. 467.

5) BGH NJW 1970, 1120; BGH NJW 1966, 1477/78; LANGE, age, s. 191; LARENZ, age, pr. 29 II, c, s. 396; MEDİCUS, Staudinger Komm., no. 25, 31 pr. 253; GRUNSKY, age, no. 20, 22 Vor pr. 249; HEİNRİCHS, aMe, no. 2, b, bb Vorbem. v. pr. 249; SEROZAN, agm, s. 467/68 MEDİCUS, Bürgerliches Recht, s. 379 vd., 381.

(6). Hasar gören otomobil yerine, daha düşük değerli bir araç kiralanmışsa, zarar görene, kira için ödediği para soyut kullanım zararından daha az ise, gerçekte ödediği parayı yada soyut kullanım zararını isteme arasında seçme hakkı verilmektedir (7). Böyle bir malvarlıksal zararın kabulü için, kullanım kaybının hissedilebilir olması aranmaktadır, yani, kullanım olanağının yitirildiği süre içinde, malikin otomobili kullanma isteği ve somut olarak kullanma olanağı mevcut olmalıdır (8). Bu koşulun yokluğu nedeniyle, zarar görenin ikinci bir otomobilinin varlığı, hasara yol açan kazada aracı kullanmayacak şekilde bir bedensel zarara uğramış olması veya ehliyetinin alınmış olması hallerinde malvarlıksal zarar ve giderim istemi reddedilmiş, buna karşılık, zarar görenin bedensel zarara uğraması veya ehliyetinin alınması hallerinde bile, otoyolu kullanabilecek bir yakınının varlığı ve bir üçüncü kişinin zarar görene karşılıksız bir araç tahsis etmesi söz konusu ise zararın varlığı ve giderim istemi kabul edilmiştir (9).

Otomobiller dışında, bir konutun (10), kişisel bir yüzme salonunun, bir nehir teknesinin kullanımından yoksun kalınması hallerinde de malvarlıksal zarar ve giderim kabul edilmiş, buna karşılık, bir kürk mantonun ve bir motosikletin kullanımından yoksun kalınması hallerinde zarar ve giderim istemi reddedilmiştir (11).

Bu uygulama öğretide çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirileri şöyle gruplandırabiliriz :

6) GRUNSKY, age, no. 18 Vor pr. 249.

7) Bkz. MEDİCUS, Staudinger Komm., no. 31 pr. 253; GRUNSKY, age, no. 18 Vor pr. 249; BGH NJW 1970, 1120: Hasar gören Mercedes 600 yerine bir Opel-Rekord kiralanmıştı.

8) BGHZ 45, 212; Uygulamanın gerekli gördüğü bu koşul için bkz. LANGE, age, s. 187/88; LARENZ, age, pr. 29 II, c.b. 396; SEROZAN, agm, s. 471/72; MEDİCUS, Staudinger Komm., no. 26 pr. 253; HEINRICHS, age, no. 2, b, bb, Vorbem. v. pr. 249; GRUNSKY, age, no. 18 Vor pr. 249.

9) Uygulama için bkz. LANGE, age., s. 189; SEROZAN, agm, s.472; MEDİCUS, Staudinger Komm. no.26-30 pr. 253, no. 28 de zarar görene aracı tahsis eden kendi karısı olsa bile giderim isteminin haklı görüldüğü uygulamadan söz ediliyor; GRUNSKY, age, no. 18-20 Vor pr. 249; HEINRICHS, age, no. 2, b, bb Vorbem. v. pr. 249.

10) BGH NJW 1963, 2020/21: Kendisine ait konutta oturan bir kimsenin gürültü nedeniyle rahatsız olması halinde, ev kiraya verilmiş olsaydı, kira parasının gürültü nedeniyle düşük olacağı varsayımından hareketle malvarlıksal zararın varlığı kabul edilmiştir. Bu karar için ayrıca bkz. MEDİCUS, Staudinger Komm., no. 39 pr. 253.

11) Bu uygulamalar için bkz. LANGE, age, s. 189 vd.; LARENZ, age, pr. 29 II, c. s. 398; SEROZAN, agm, s. 474; MEDİCUS, Staudinger Komm., no 37 vd. pr. 253; ZEUNER, agm, s. 390 vd.; FIKENTSCHER, age, s. 294/95; HEINRICHS, age, no. 2, b, bb Vorbem. v. pr. 249.

a) Bir nesnenin kullanım olanağı konusunda, günümüzde iş yaşamındaki düşüncelerin yeni bir boyut kazanmış olması nedeniyle, bu olanaktan yoksun kalmanın malvarlıksal zarar olarak değerlendirilmesi gerektiği savı inandırıcı değildir. Çünkü, çok eskilerden beri, kullanım olanağının malvarlıksal değer olduğunu iddia edenler vardı, buna rağmen, para ile giderim bu kadar yaygın değildi (12).

b) Bir nesnenin madde olarak değerinin yanında, bu değerden bağımsız olan bir kullanım değerinden söz etmek ve kullanım değerini ayrı bir malvarlıksal kalem, yitirilmesini de malvarlıksal zarar kabul etmek yanlıştır (13).

c) Kullanım değeri ayrı bir değer kabul edilmeyeceğinden, yitirilmesinin bir zarar olarak kabulü ve buna bağlı olarak giderilmesi halinde fark teorisi ve zarar görenin zenginleşemeyeceğine ilişkin temel ilke ihlal edilmiş olur (14).

d) Aslında giderilen malvarlıksal zarar maskesi altında kullanım olanağının kişiye verdiği manevi hazdan yoksun kalınmasıdır ve manevi zararların para ile gideriminin yalnızca ölüm ve bedensel zarar hallerine inhisar ettirilmiş olmasının amacı, giderim yükümlüğünün alanını daraltmaktır. O halde yeni akım, maddi zarar-manevi zarar ayırımını ortadan kaldırmakta ve zararı giderim yükümlülüğünü sınırsız olarak genişletmektedir (15).

e) Aslında, gerçek anlamda, kullanım olanağından yoksun kalma da söz konusu değildir. Kullanım olanağı belli bir süre için belki yitirilmiştir, ancak, zarar verenin gidermekle yükümlü olduğu onarım sayesinde bu süre tekrar elde edilecektir. O halde bir kayıp değil süre bakımından kayma söz konusudur. Örneğin, daha iki yıl kullanılabilecek olan bir otomobil, haksız eylem sonucu hasara uğrasa ve

12) STOLL, s. 505/6 da, daha 1897 de Josef Kohler'in, 1903 te H. A. Fischer'in bu yöndeki görüşlerine yollamada bulunuyor ve bunun sonucunda iş yaşamındaki düşüncelerue bir değişiklik olduğunun kolayca kabul edilemeyeceğini belirtiyor.

13) LARENZ, age, pr. 29 II, c.s. 396; LANGE, age, s. 181/87; SEROZAN, agm, s. 471 de, bu ayırımın mülkiyet hakkının geleneksel korunma alanını gereksiz yere genişleteceğini ileri sürmüştür.

14) LARENZ, age, pr. 29 II, c. s. 397; SEROZAN, agm, s. 476; STOLL, agm, s. 509.

15) LARENZ, age, pr. 28 III, s. 381; SEROZAN, agm, s. 474-476; LANGE, age, sh. 168; MEDICUS, Staudinger Komm., kullanımdan yoksun kalmayı, manevi zararın giderimine ilişkin olan pr. 253 kapsamında ele almıştır; STOLL, agm, s. 506, 512, kullanım değerini malvarlıksal değer olarak kabul ediyor, ancak, ona göre, uygulamada giderilen kullanım olanağının sağladığı yaşam zevkinin kaybı, yani manevi bir zarardır; SIRP, age, no. 71 pr. 249.

bu nedenle onbeş gün için onarıma bırakılsa, bu onbeş günlük sürede otodan yararlanılamayacaktır, ama, onarım zaten otonun kullanım ömrünü uzatacak olduğundan, iki yıllık toplam kullanım süresinde gerçek bir azalma olmayacaktır. (16).

f) Kullanım olanağının para olarak belirlenmesi için objektif ölçütler mevcut değildir, bu nedenle, her somut olayda büyük belirleme güçlükleri ile karşılaşılacaktır (17).

g) Kullanım olanağının yitirilmesi birbaşına zarar değildir, ancak olası bir zarar kaynağıdır. Örneğin, kazaya uğrayan otonun maliki, kamu taşıma araçlarından yararlanmak veya taksi tutmak zorunda kalmışsa ya da hasara uğrayan bir makinenin maliki, bu yüzden üçüncü kişiye taahhüt ettiği edimi vaktinde yerine getirememiş ve cezai şart ödemek zorunda kalmışsa damnum emergens, hasara uğrayan nesne kiralanmaya tahsis edilmişse ya da bir makinenin hasara uğraması nedeniyle maliki bir siparişi reddetmek zorunda kalmışsa lucrum cassans türünde bir maddi zarar söz konusudur (18).

h) Federal Mahkemenin giderimin kabulünü zararın hissedilebilir olmasına bağlaması, küçük zararların giderilemeyeceği sonucunu doğurur ki, bu da her türlü zararın giderilmesini öngören zarar giderim sistemine ters düşer (19).

i) Zararı giderim yükümlülüğünün aşırı şekilde genişletilmesi nedeniyle, özellikle otomobiller için ödenecek sigorta primleri ekonomik olmayan biçimde artacaktır (20).

j) Bedensel zarara uğrayan ya da sağlık durumu kötüleşen kimse, kendisine ait bütün nesnelere kullanamaz hale gelebilir. Bu durumda kullanımdan yoksun kalmamanın yarattığı malvarlıksal zararın kapsamını belirlemek imkansızlaşır (21).

k) Federal Mahkemenin yaptığı gibi, otoyolu hasara uğratan kazada yararlananın, zaten kişisel kullanma olanağı bulunmadığından giderimi isteyemeyeceği kabul edilirse, kazada yaralanmayan, yani daha hafif bir zarara uğrayana oranla daha az bir giderim elde edeceği sonucuna varılır ki, bu mantıksal açıdan savunulmaz (22).

16) LARENZ, age, pr. 29 II, c, s. 397, bu durumda yalnızca onarım süresine düşen vergi ve sigorta primleri giderime konu olur, çünkü, gerek vergi ve gerekse sigorta primleri başlangıcı ve bitimi belli olan bir süre içindir. Kullanım olanağının gerçek anlamda yitirilmediği, ancak süre bakımından bir kayma olduğunu ZEUNER, agm, s. 393, de kabul etmektedir.

17) ZEUNER, agm, s. 391/92.

18) LANGE, age, s. 187; LARENZ, pr. 29 II, c. s. 395.

19) LANGE, age, s. 187.

20) STOLL, agm, s. 505; LANGE, age, s. 187.

21) ZEUNER, agm, s. 392; SEROZAN, agm, s. 471/72.

22) SEROZAN, agm, s. 472.

Bu eleştirilerin çoğunda gerçek payı olduğu inkar edilemez. Kullanım olanağı ile bu olanığın verdiği manevi yaşam zevkinin birbirinden ayrılması güçtür, bu nedenle malvarlıksal değer olarak kabul edilen kullanım olanığının manevi yönünün de olduğu kuşkusuzdur. Yine bu yöntem ile zararın para ile giderimi alanının daha doğrusu genel olarak giderim alanının genişlediği de ortadadır. Kullanım olanığının para ile karşılığının belirlenmesinin bazı nesnelere için büyük güçlükler arzedeceği de tartışılmaz. Nihayet, dogmatik hukuk açısından, yeni eğilimin boşluklar ve eksiklikler içerdiği de kabul edilmelidir. Bunlara karşılık, bugün artık, bazı nesnelere madde değerlerinin yanında kullanım değerlerinin de bir pazarı olduğu ve iş yaşamındaki düşüncelerin de bunu doğruladığı reddedilemeyecek bir gerçektir. Kullanım olanığının para ile ifade edilebilir bir değer olduğunun kabulü de ister istemez bu olanığın malvarlıksal kalemler içinde yer alması sonucunu doğurur (23), çünkü, malvarlığı geleneksel tanımı ile bir kimseye ait para ile ifade edilebilir haklar ve değerlerin tümüdür. Buna göre, kullanım olanığının yitirilmesi malvarlığından bir kalemin çıkması anlamını taşıyacağından, zarar verici eylem sonucu ortaya çıkan malvarlığı durumu ile bu eylem olmasaydı mevcut olacak malvarlığı durumu arasında bir fark oluşacak, bu da malvarlıksal zarar anlamını taşıyacaktır. Bir diğer söyleyişle fark teorisi terkedilmiş olmaz ve zarar görenin, zararı giderim hukuku temel ilkelerinden olan zenginleşme yasağına aykırı olarak zenginleşmesi söz konusu olmaz.

Uygulamada geliştirilen çözüm, eleştirenlerin de kabul ettiği gibi, iş yaşamında somutlaşan bir ihtiyaca yanıt vermeye yönelik olduğu kadar hakkaniyete ve adalete de uygundur (24). Kullanım olanığından yoksun kalma giderilebilir bir malvarlıksal zarar olarak ele alınmasaydı, otomobili hasara uğrayan, ama yeterli mali güce sahip olması nedeniyle ikame amacıyla bir araç kiralayabilene kira için ödediği verilecek, buna karşılık, ikame bir araç kiralayacak mali güçten yoksun olana, örneğin, yalnızca kamu taşıma araçlarına yaptığı harcamalar için bir giderim hakkı tanınacaktı. Böylece ekonomik açıdan zaten üstün olana, mali gücü zayıf olanlar

23) Kullanım olanığından yoksun kalmanın para ile giderimine karşı çıkan STOLL da, agm., s. 512 kullanım olanığının malvarlıksal değer ve bu olanaktan yoksun kalmanın malvarlıksal zarar olduğunu kabul etmektedir. Ona göre, burada ancak, aynen giderilebilen bir varvarlıksal zarar vardır ve aynen giderim mümkün olmadığında, gerçekte, haksız eylem yaptırımsız kalmış olacaktır.

24) Örneğin STOLL, agm, s. 512, yeni eğilimin somut bir ihtiyaca çözüm getirmeyi amaçladığını kabul ediyor, ancak, içtihatlarında geliştirildiği şekliyle yeterli görmüyor ve yasal bir düzenlemenin gerekli olduğunu belirtiyor. ZEUNER de, agm, s. 391, 394 vd. ihtiyacın varlığını kabul etmekle birlikte, çözümü hukuki temelden yoksun saymaktadır. Bu nedenle, pr. 843/I de bedensel zarara uğrayan ya da sağlığı kötüleşen kimselere, ihtiyaçlarının artması karşılığı tanınan irat şeklindeki giderimin, bu alanda da uygulanması gerektiğini savunmaktadır. ZEUNER'in bu görüşünün eleştirisi için bkz. LANGE, age, s. 186; STOLL, agm, s. 506.

karşısında, zararı gerim hukuku alanında da bir prim verilmiş olacaktı (25). Öte yandan kendisine ait nesnenin kullanım değerini yitiren kimseden, zarar veren lehine özveride bulunmasını istemek için hiç bir haklı neden yoktur (26).

Uygulamanın getirdiği çözümü öğretilerde benimseyenlerce şu açıklıklar getirilmiştir. Bedensel zarara uğranılmış olması nedeniyle, bazı nesnelere kullanılmıyor ise, kullanımdan yoksun kalmanın bir giderime hak sağlamayacağı doğrudur, ancak bunun nedeni, kişisel kullanım olanağının yokluğu değil, bizzat nesnenin kullanım olanağının ortadan kalkmamış olmasıdır (27). Kullanabilecek ikinci bir otomobili olan malike, birinci otonun kullanım olanağından yoksun kalma nedeniyle giderim hakkı tanımayan çözüm hatalıdır, çünkü her otonun diğerinden bağımsız bir kullanım değeri vardır ve malvarlığından bu değer çıkmıştır (28). Kullanım olanağı ancak kesin olarak yitirilmişse giderilebilir bir zarar vardır. Zaman içinde tekrar elde edilebilecek kullanım olanağı kaybı, gerçek anlamda bir kayıp, dolayısıyla bir malvarlıksal zarar değildir. Örneğin, kürk mantonun kullanımından geçici bir süre yoksun kalma halinde, bu süre daha sonra doldurulabileceğinden, giderim istenemez. Ancak otomobiller için durum farklıdır. Kullanım süresi belki sonradan elde edilebilir ama, bu kez hasar görmüş ve onarılmış bir otonun değeri ile, zarar verici eylem olmaksızın otonun kullanım değeri arasındaki fark zararı oluşturacaktır (29). Kullanım olanağının geçici olarak yitirildiği bir çok halde, giderim talebi reddedilecek olduğundan, yeni görüşe yöneltilen zararı giderim yükümlülüğünün sınırsız bir şekilde genişletildiği eleştirisi, gücünü büyük ölçüde kaybetmiş sayılmalıdır. Öğretilerde kullanım olanağının kesin olarak yitirilmesine örnek olarak, bir otomobilin, tamamen tahrip olması ve çok eski olması nedeniyle, onarıma rağmen kullanım süresinin uzaması mümkün olmayan bir nesneden söz edilmektedir. Kullanım olanağından yoksun kalan süre birinci halde yeni bir otonun edinilmesi için normal olarak geçecek süre, ikinci halde ise onarım süresidir (30). Eğer nesne kazanç amacına tahsis edilmiş ise, artık kullanım değeri, edinilecek kazançla belirlenmiştir ve bu durumda giderim isteminin kaynağını doğrudan doğruya kazançtan yoksun kalma (pr. 252 BGB) oluşturur (31).

25) Bkz. MEDICUS, Staudinger Komm., no. 33 pr. 253.- Uygulamanın getirdiği çözüme, otomobil gibi sosyal ve ekonomik statünün sembolü haline gelmiş bir nesneye yeni bir değer eklenmesiyle statüler arasındaki farkın daha da vurgulanmış olacağı gerekçesiyle karşı çıkan SEROZAN'ın görüşüne (agm, s. 463) katılmadığımı burada belirtmekte yarar görüyorum.

26) MEDICUS, Staudinger Komm., no. 36 pr. 253, özellikle bu gerekçe ile, dogmatik hukuk açısından eleştirdiği sonucu itibarıyla benimsemektedir.

27) GRUNSKY, age, no. 20 Vor pr. 249: bu durumda kullanma olanağı hala vardır, ancak bedensel zarara uğrayan malik bu olanaktan yararlanamamaktadır.

28) GRUNSKY, age, no. 19 Vor pr. 249.

29) GRUNSKY, no. 21, 22 Vor pr. 249.-Dikkat edilirse, yeni eğilime özellikle LARENZ, age, pr. 29 II, c. s. 397, tarafından yöneltilen eleştiri gözönüne alınmış olmaktadır.

30) GRUNSKY, age, no. 21 Vor pr. 249.

31) GRUNSKY, age, no. 17 Vor pr. 249.

Almanya'da geliştirilen ve yukarıda özetlemeye çalıştığımız iř yaşamındaki dūřüncelere göre kullanımları para ile ifade edebilir nesnelere kullanım değerlerini malvarlığı kalemleri arasına dahil eden ve kullanım olanağından yoksun kalmayı malvarlıksal zarar olarak kabul eden görüş, kanımızca, hukuk sistemimizde de benimsenmelidir. Aşağıda bu yeni eğilimi, hukuk sistemimiz çerçevesinde inceleyeceğim.

III-ALMANYADAKİ YENİ GÖRÜŞÜN HUKUK SİSTEMİMİZ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Ülkemizde kullanımlarının para ile ifade edilebilir olduğu nesnelere başında konut ve işyerleri gelmektedir. Konutu ya da işyeri haksız eylem sonucu yıkılan kimsenin, kendisine yeni bir konut ya da işyeri sağlaması için gerekli olan süre boyunca, konutunun ya da işyerinin kullanım olanağını kesin olarak yitirdiği ortadadır. Kiralık otomobil piyasası bizde de açılmış bulunmaktadır. Büyük kentlerde, kiralık araba şirketleri reklam broşürlerini artık posta kutularına bırakır olmuşlardır. Çok yakında ülkemizde de her otonun kullanımının paraca karşılığı olduğunun yaygın şekilde benimseneceği kuşkusuzdur. Batıdaki gibi televizyon, video ve bilgisayarlar için de bir kira piyasası oluştuğunda, bu nesnelere kullanım olanağı da para ile ifade edilebilir hale gelecek ve kullanım olanağı malvarlıksal değer, bu olanağın yitirilmesi malvarlıksal bir zarar olarak ele alınacaktır.

Bu yeni eğilimin hukuk sistemimizde benimsenmesi, Almanya'dakinden daha kolay olacaktır. Sistemimiz, giderimin belirlenmesi konusunda yargıca Alman hukuk sisteminden daha geniş yetki vermektedir. BGB de giderimi sınırlayıcı faktörler olarak esas itibariyle zarar görenin kusuru ve zararı azaltma yükümlülüğü sayılmıştır (pr. 254). Oysa Medeni Yasamız, yargıca, bu faktörler dışında, zarar verenin kusurunun hafifliği, darda kalacak olması, halin icabı gibi nedenlerle de giderimi indirebilme yetkisini vermektedir. Kanımızca, kullanılabileceği ikinci bir otosu olan kişinin, birinci otosunun kullanım olanağından yoksun kalması halinde uğradığı malvarlıksal zarar için giderim, bizde halin icabı ve hakkaniyet gereği indirilebilir ya da reddedilebilir. Öte yandan, kullanım olanağının malvarlıksal bir değer ve bu olanaktan yoksun kalmanın malvarlıksal bir zarar olarak kabulü hukuk sistemimize yabancı sayılamaz. Kötüniyetli zilyedin iade yükümlülüğünü düzenleyen Medeni Yasamızın 908. maddesine göre, kötüniyetli zilyed, hak sahibine, malı ve maldan elde ettiği semereleri iade etmek, hak sahibinin malı elinde bulundurmaması nedeniyle uğradığı zararı, mala verdiği zararı gidermek ve nihayet elde etmeyi ihmal eylediği semereler için ayrıca bir tazminat ödemekle yükümlüdür. Benimsediğim görüşe göre, kötüniyetli zilyedin yükümlülükleri arasında en son olarak sayılan tazminat yükümlülüğü için, hak sahibinin gerçek anlamda zarara uğramış ya da

uğrayacak olması aranmaz. Yani mal hak sahibinin elinde olsaydı, hak sahibinin kötüniyetli zilyedin elde etmeyi ihmal eylediği semereleri elde edebilecek olması gerekli değildir (32). Yalnızca malın semerelendirilebilir olması yeterli ve gereklidir (33). Dikkat edildiği yasa burada basit bir kullanım karşılığından yoksun kalmayı zarar kabul etmekle kalmamış, bunun ötesinde malın semerelendirileceği fiksiyonunu be-nimsemıştır. Bir diğer söyleyişle gerçek anlamda bir zarar olmaksızın giderim öngörmüştür (34).

Günümüz uygulamasında kullanım olanağının malvarlıksal değer, bu olanaktan yoksun kalmanın ise malvarlıksal zarar olarak kabul edildiği söylenemez. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 11.5.1982 tarih, 1982/3574 Esas ve 1982/4844 sayılı kararında, bir nesnenin hasara uğraması halinde zararı belirlemek için göz önüne alınacak sürenin, Alman uygulamasında olduğu gibi, onarım mümkün ise onarım süresi, onarım mümkün değilse yenisinin alınabilmesi için gerekli olan süre olduğu kabul edilmiş, ancak maddi hasarın giderilmesi dışında bir giderim talebinde bulunabilmek için, römorkun çalıştırılması halinde elde edilebilecek bir kazancın söz konusu olması aranmıştır. Bir başka deyişle, kullanım olanağından yoksun kalmanın birbaşına zarar sayılması düşünülmemiştir. Kararda aynen şöyle denmektedir: "...olay, gerçekleşmesi mümkün olmayan kazançların elde edilmesine vesile ittiğiz edilmemeli; ancak zarar göreni de normal olarak elde edebileceği kazançtan mahrum edecek şekilde değerlendirilmemelidir. Bu bakımdan davacının kâr mahrumiyetine dayanak gösterdiği olgular bir bir tespit olunmalı, bunlarla ilişkin deliller sorulup toplanmalı, bunların gerçekleşme ihtimali üzerinde titizlikle durulmalı, hasara uğrayan römorkun davacının mali imkânları da nazara alınarak gerçek tamir süresi, tamiri mümkün değilse yenisinin alınabilmesi için geçecek normal süre veya alınma için gerekli paranın başka işte çalıştırılması halinde getireceği kazanç gibi zararı bulmaya yarayan tüm unsurlar olayın özelliği gözönünde tutularak saptanmalı ve gerektiğinde bilirkişi görüşü de alınarak sonucuna göre

32) Bu görüş için bkz. Selâhattin Sulhi TEKİNAY, Eşya Hukuku, 3. Bası, s. 134 vd., özellikle s. 139/40; M. Kemal OĞUZMAN/Özer SELİÇİ, Eşya Hukuku, İstanbul 1982, s. 179 vd, 181, 182; İsmet SUNGURBEY, Medeni Hukuk Eleştirileri I, İstanbul 1963, s. 83 vd, 88, 89; Emil W. STARK, Berner Kommentar zum ZGB, Bd. IV/3, 1. Teilband, 2. Lieferung, Bern 1966, no. 21-23 art. 940.-Zıt Görüşte Feyzi N. FEYZİOĞLU, Zilyedlikle İadenin Mevzuu ve Şumultü, 2. Bası, İstanbul 1961, s. 305 vd., 312 vd., 323/24; Rona SEROZAN, Yasacılık ve Hukukçuluk Üstüne, MHAD 1971, sayı 7.s. 104 dipnotu 14; Yargıtay'ın 8.3.1950 tarih ve 22/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

33) TEKİNAY, age, s. 140

34) Haksız eylem sorumluluğunun dışında kalan, zarar olmaksızın kullanma çıkarları karşılığının istenebileceği yasadaki diğer haller için bkz. SUNGUBERY, age, s. 89.

karar verilmelidir...” (35). 4. Hukuk Dairesinin 20.9. 1977 tarihli 1977/7970 Esas ve 1977/8528 Karar sayılı kararında da, otomobili hasara uğrayan bir kimsenin onarım süresince işlerini takip etmek amacıyla taşıma için fiilen harcamış olduğu paranın ödetilmesine karar verilmiştir. Bu karara konu olan davada kullanım olanağından yoksun kalmadan ne davacı söz etmiş ne de mahkemece bu konuya değinilmiştir (36).

Almanya’da ticarileşme ve kullanım olanağından yoksun kalmanın malvarlıksal bir zarar oluşturduğu görüşünün tipik uygulama hallerinden biri olarak bir piyes ya da bir spor karşılaşması için edinilmiş biletin haksız eylem sonucu kullanılamaması olması gösterilmektedir. (37). Bazı yazarlara göre ise bu olayda giderimin kabulü masrafların boşa çıkması (Frustrierung) kuramına dayanır. Bu kurama göre biletin edine, bilet için yaptığı harcama ile izlediği amaca ulaşamadığından bir zarar görmüş-tür ve bunun giderilmesini isteyebilmelidir (38). Kanımızca bu haller için kullanım olanağından yoksun kalmayı malvarlıksal zarar olarak ele alan görüşe de, masrafların boşa çıkması kuramına da gerek yoktur. Bu görüşler reddedilse dahi, giderime hak tanımak mümkün olurdu. Önce bazı alman hukukçuların belirttiği gibi bu durumda biletin madde olarak değeri ile kullanım değerinin birbirinden ayrılamayacağı ve biletin kullanılamamasının ayrı anda madde değerini de ortadan kaldıracığı söylenebilir (39). Öyle ki, Klasik anlamda malvarlığından maddi bir değer çıkmış olur ve bu değer yitirilmesi de giderimi gerektirir. Sonra ve daha önemlisi, burada biletin yararsız hale gelmesinin bilet değeri karşılığı malvarlığında yer alan alacak hakkını ortadan kaldıracağı düşünülmelidir. Biletin sahibinin bir piyes ya da bir spor karşılaşmasını izlemeye yönelik bir alacak hakkı vardır. Haksız eylem sonucu ister bilet tahrip edilsin, ister, örneğin, bedensel zarara uğranılması nedeniyle, bilet kullanılamaz olsun, bu alacak hakkı yitirilmiş olacaktır. Söz konusu alacak hakkı para ile ifade edilebilir olduğundan malvarlığında yer aldığı kuşkusuzdur. İşte bu alacak hakkının yitirilmesi, kanımızca, haksız eylem sorumluluğu çerçevesinde giderime yol açacaktır. Bu sava karşı, ilk bakışta, haksız eylem sorumluluğunu düzenleyen kuralların koruduğu çıkarlar ve değerler arasında, öğretilerde yaygın olan kaniya göre alacak haklarının yer almadığı itirazında bulunabilir. Gerçekten bu kararlarca malvarlıksal değerlerden sadece mülkiyet, sınırlı aynı haklar ve diğer mutlak hakların korunduğu belirtilmekte ve üçüncü bir kişi tarafından borç ilişkisine zarar verme halinde, giderimin ancak borçlar Yasasının 41/II. maddesindeki koşulların gerçekleşmesiyle mümkün olacağı söylenmektedir. Öğretilerde yaygın olan bu kanı alacak hakkı yalnızca borçluya yönelik olduğundan, bir başkası tarafından ihlal

35) Bu karar için bkz. YKD 1982 IX, 1252/53.

36) Bu karar için bkz. YKD 1978 XI, 1806/807.

37) MEDICUS, Staudinger Komm., no. 55 pr. 253; tiyatro bileti olayını ticarileşme düşüncesinin örnek uygulama hali olarak ele alıyor; LANGE, age, s. 167 ye göre de bu halde giderimi talep edebilmek ticarileşme düşüncesiyle mümkün olmuştur. Ayrıca bkz. HEINRICH, age, no. 2, b. bb Vorbem. v. pr. 249; GRUNSKY, age, no. 17, 20 Vor.pr. 249.

38) Örnek olarak bkz. FIKENTSCHER, age, s. 295; Wolfgang GRUNSKY, Entganegne Urlaubezeit als Vermögensschaden, NJW 1975, s. 609 vd., s. 610 dipnotu 3.

39) MEDICUS, Staudinger Komm., no. 55 pr. 253; ZEUNER, agn, s. 388 vd., s. 390 dipnotu 6.

edilemez gerekçesine dayandırılmaktadır (40). Ancak ele aldığımız varsayımda bir alacak hakkının ihlali değil yitirilmesi söz konusudur. Bir üçüncü kişinin haksız eylemi sonucu, biletin sağladığı piyesi izleme hakkını yitiren kimse, bu hakkın yöneldiği tiyatrodan herhangi bir talepte bulunamaz. Borçlar yasasının 41/11. maddesinin koşulları da gerçekleşmemişse, öğretide benimsenen görüş bütün katılığı ile uygulandığı takdirde, haksız eylem failinden de bir talepte bulunulamayacaktır. Bu durumun adil bir çözüm olduğu söylenemez. Ayrıca bedensel bir zarara uğrayan kimsenin çalışmakta olduğu işyerinden, haksız eylem nedeniyle alamıyacak olduğu ücreti isteyebileceği tartışmasız kabul edilmektedir (41). Yoksun kalınan ücret nedeniyle giderimin öngörüldüğü bu halde, yitirilen ücret alacağından başka bir şey değildir. Yani, bir alacak hakkının yitirilmesi için giderimin kabul edildiği haller de vardır. Nihayet pratik ve mantıksal bir gerekçe de, biletin kullanılmaması nedeniyle yitirilen alacak hakkının giderilmesini gerekli kılmaktadır. Bir kimsenin, iş anlaşması yapmak amacıyla Ankara'ya gitmesi gerektiğini ve yolculuğu için uçak bileti aldığını varsayalım. Bu kimsenin bir haksız eyleme maruz kalarak yolculuğunu yapamadığı düşüldüğünde, biletin karşılığı olarak malvarlığında yer alan uçakla yolculuk yapmaya yönelik alacak hakkının yitirilmesi giderime hak kazandırmalıdır. Aksi takdirde, iş anlaşmasını yapamamış olma nedeniyle, yoksun kalınan kazanç adı altında bir giderim talep edilebilecek iken, zaman bakımından iş anlaşmasının yapılmasından önce gerçekleşmesi gereken yolculuk tümüyle bir kenara bırakılmış olur ki, bu da mantıksal açıdan kolayca savunulamaz. Sonra ortaya çıkacak bir zarar gözönüne alınacaksa, önce gerçekleşen zarar mutlaka bir anlam taşımaktadır.

Sonuç olarak, tiyatro bileti örneğinde ve benzer hallerde, kullanım olanağından yoksun kalmanın malvarlıksal zarar olduğu veya masrafların boşa çıkması görüşlerine gerek olmadan da, malvarlığından haksız eylem nedeniyle bir alacak hakkının çıktığının kabulü ile, biletin değeri için giderim talebi haklı görülmelidir. Biletin satın alınmış olması ile hediye edilmiş olması arasında bir fark gözetilemez. Çünkü her iki halde, biletin karşılığında bir alacak hakkı vardır ve bu alacak hakkının para ile değeri bellidir. Biletin tahrip olmadığı, ama elinde bulunduran tarafından kullanılmayacak olduğu durumlarda, bir başkasına devrin ya da iadenin mümkün olup olmadığı önem taşıyacaktır. Devrin veya iadenin mümkün olması halinde, zarar görenin bu yola başvurmaması zararın ortadan kaldırılması ya da azaltılması yükümlülüğüne aykırılık sayılır ve giderimin reddine ya da indirilmesine yol açar (BK. md. 44, BGB. pr. 254/I ve II) (42).

40) Bkz. Mustafa Reşit KARAHASAN, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara 1981, s. 115; Andrea von TUHR, Edege çevirisi, 2. Bası, Ankara 1983, pr. 46 III, s. 363/64; Theo GUHL Hans MERZ/Max KUMMER, Das Schweizerische Obligationenrecht, 6. Aufl., Zürich 1972, s. 175; Alman hukukunda aynı görüş için bkz. LARENZ, age, Bd. II, s. 535; Bernhard DREES, Erman Hand kommentar zum BGB, Bd. I, no. 25 pr. 823.

41) Örneğin KARAHASAN, age, s. 844/45; Pierre ENGEL, Traité des obligations en droit suisse, Neuchâtel, 1973, s. 346/47; von TUHR, age, s. 357/68; LANGE, age, s. 204 vd.; LARENZ, age, Bd. I, pr. 29 II, es. 401/2.

42) GRUNSKY, Münchener Komm., no. 20 Vor pr. 249, devrin ya da iadenin mümkün olmasının kullanım olanağının kesin olarak yitirilmesini engelleyeceği ve bu nedenle kullanım olanağından yoksun kalma zararının ve gideriminin söz konusu olamayacağı görüşündedir.