

Prof. Dr. İlhan Helvacı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Borçlar Hukuku - Genel Hükümler - 19. Hafta - 1. Ders - 25.04.2024

Tazminat Davası

Borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle alacaklının uğradığı zarar ve bu zararın giderilmesi noktasından başlayalım.

Alacaklı hangi şartlar gerçekleşirse bir tazminat talebinde bulunabiliyor? Bir defa borç hiç veya gereği gibi ifa edilmemiş olmalı. İki, borçlu bu borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi bakımından sorumlu olmalı. Prensip de hangi noktada? Borçlu kusurluysa sorumlu, borçlu kusursuzsa sorumsuz, kural budur. Ama borçlu kusurlu olmasına rağmen sorumsuz olabilir veya borçlu kusursuz olmasına rağmen sorumluluk altında olabilir. Bu istisnai durumlara az sonra değineceğiz. Üçüncü şartımız nedir? Borçlunun borca aykırı davranışı nedeniyle alacaklı bir zarara uğramış olmalıdır. Borcun hiç ifa edilmemesi sebebiyle veya borcun gereği gibi ifa edilmemesi sebebiyle alacaklı bir zarara uğramış olmalıdır. Siz haksız fiiller hukukundan da bilirsiniz ki bu zarar ile borca aykırı davranış arasında ne olmalıdır? Uygun illiyet bağı olmalıdır. Yani borçluyu borca aykırı davranışının tüm sonuçlarından sorumlu tutmak mümkün değildir. Dolayısıyla borçlu borca aykırı davranışının ancak ve ancak hangi sonuçlarından sorumludur? O borca aykırı davranışına uygun illiyet bağıyla bağlı olan zararlardan sorumludur diyoruz.

Kötü İfa - Gereği Gibi İfa Etmeme - Geç İfa - Temerrüt

Alacaklı kötü ifayı (borcun gereği gibi ifa edilmemesini) kabul etmek zorunda değildir. Israrla borcun aynen ifasını yani gereği gibi ifasını talep edebilir. Ama alacaklı kötü ifayı kabul de edebilir ve bu kötü ifa sebebiyle tazminat talep edebilir.

Geç ifa da bir kötü ifa halidir ancak alacaklı gecikmiş ifayı kabul etmek zorundadır.

Eğer alacaklı gecikmiş ifayı kabul etmek istemiyorsa borçlusunu temerrüde düşürmek ve temerrüdün tam iki tarafa borç yükleyen akitlerde kendisine sağladığı ilave imkânlardan yararlanmak imkânına sahiptir. Yani ifayı ve gecikme tazminatını talep etmekten vazgeçerek müspet zararının tazminini ya da sözleşmeden dönme ve menfi zararının tazminini talep edebilir.

Borçlu gecikmiş ifayı kabul etmek zorundadır ancak geç ifa sebebiyle bir zarara uğradıysa zararın giderilmesi için yani gecikme tazminatı için borçlusunu temerrüde düşürmüş olması gerekir.

Şimdi baktığımız zaman borcun hiç ifa edilmemesine değindik yani borcun ifasının imkânsızlaşması kavramına bayağı zaman ayırdık. Borcun gereği gibi ifa edilmemesinden de söz ettik ama çok kısa hatırlatayım. Ne diyordu kanun koyucu? Bir kötü ifa hali var yani borç ifa edilmesi gereken yerde ifa edilmemiş, borç ifa edilmesi gereken vasıftaki malla ifa

edilmemiş, borç ifa edilmesi gereken miktarda ifa edilmemiş yani yer bakımından, vasıf bakımından, miktar bakımından ne var? Sözleşmeye aykırı bir ifa var. Bir diğer söyleyişle, bir ifa var ama borca uygun bir ifa yok değil mi? Borca uygun bir ifa yok.

Şunu da söylemiştim hatırlarsanız, alacaklı kötü ifayı kabul etmek zorunda değildir ama kabul edebilir veya ifayı kabul ettikten sonra ifanın gereği gibi yapılmadığını anlayabilir. Dolayısıyla kötü ifayı reddetme imkânı bulunmayabilir. Dolayısıyla böyle bir durumda gerçekten de ne yapacaktır? Uğradığı zararın giderilmesini talep edecektir.

Bir noktayı daha söylemem lazım. O da şudur: Geç ifa da bir kötü ifa halidir. Yani borcun zamanında ifa edilmemesi de bir kötü ifa halidir. Bu kötü ifa halini diğer kötü ifa hallerinden ayıran bir husus varsa o da şudur: Borçlunun geç ifası halinde alacaklının uğradığı bir zarar varsa bu zararın giderilmesi için borçlunun temerrüde düşmüş olması gerekir. Borçlu borcunu geç ifa ediyor olabilir ama temerrüde düşmemiş olabilir. Temerrüde düşmemiş ise kendisinden gecikme tazminatı talep edilemez.

Demek ki kötü ifa halini belki defterlerde şöyle ikiye ayırmak mümkündür.

1-) Borcun ifa edilmesi gereken yerde ifa edilmemesi, borcun ifa edilmesi gereken kalitede bir malla ifa edilmemesi, borcun ifasının miktar itibarıyla borca uygun olmaması, değil mi? Bunlar kötü ifa halleridir. Alacaklı kötü ifayı kabul etmek zorunda değildir. Kabul ettiyse dahi uğradığı bir zararı varsa uğradığı zararın giderilmesini talep edebilir.

2-) Bir başka kötü ifa hali de geç ifa halidir. Bu geç ifa halinde alacaklı gecikmiş ifayı kabul etmek zorundadır. Alacaklı gecikmiş ifa sebebiyle bir tazminat talep etmek istiyorsa uğradığı bir zarar varsa bunun giderilmesini istiyorsa, borçlusunu temerrüde düşürmek zorundadır.

Şimdi borçlu temerrüdü böyle bir muamma gibi görünüyor ama gelecek hafta bunu yerli yerine koyduğumuzda bütün bu bilmece hali ortadan kalkacak ama ben şimdi artık daha fazla oraya girmek istemiyorum. Dersin akışında da zaman zaman zaten borçlu temerrüdüne ne yaptık, değindik diyebilirim. Geldim tekrar tazminat davalarına.

Demek ki borçlu borcunu hiç ifa etmeyecek veya gereği gibi ifa etmeyecek, alacaklı bu nedenle bir zarara uğrayacak, borçlu borcun ifa edilmemesinde kusurlu olacak, hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde kusurlu olacak ve borçlunun borca aykırı davranışıyla alacaklının uğradığı zarar arasında uygun illiyet bağı olacak.

Biz bu noktada özellikle iki husus üzerinde duracağız. Bunlardan bir tanesi, kusur kavramı bir tanesi de zarar kavramı olacak.

Borçlunun Kusuru - Kusur Karinesi

Haksız fiillerde haksız fiil mağduru, haksız fiil failinin kusurunu ispat etmek zorunda mıydı, hatırlıyor musunuz? Bu konuda Borçlar Kanununda bir hüküm var mıydı? Borçlar Kanununda bir hüküm vardı, değil mi? Geçmişteki derslerde mutlaka hocalar değinmişlerdir. O da nedir?

Borçlar Kanunu madde 49'daki düzenlemeden başlayalım. Borçlar Kanunu madde 49'daki düzenlemeye göre:

“Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

Madde 50 ile devam edelim. *“II. Zararın ve kusurun ispatı”* kenar başlığını taşıyor:

“Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.”

Zarar gören, zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Yani TBK madde 50 fıkra 1, haksız fiiller bakımından kusurun ispatı yükümlülüğünü kime yüklüyor? Haksız fiilden zarar gören kişiye yüklüyor.

Peki, borca aykırılıkta durum ne? Borca aykırılıkta durum, tam tersine. Borca aykırılık deyince artık beni anlıyorsunuz. Defalarca hiç ifa etmeme, gereği gibi ifa etmeme demeyeceğim. Borca aykırılık deyince lütfen bu iki alt başlığı anlayınız. Borca aykırılıkta durum ne? Borca aykırılıkta durum tersine yani baktığımız zaman 112. maddedeyiz. 112. madde bize şöyle söylüyor:

“Borç hiç veya gereği gibi ifa edilmezse borçlu, kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür.”

Demek ki Borçlar Kanunumuz borca aykırılıkta neyi düzenlemiş? Kusur karinesini düzenlemiş ve demiş ki kusuru ispat külfeti alacaklıda değildir. Kusursuzluğu ispat külfeti kimdedir? Borçludur demiştir.

Nedeninin farkında mısınız? İspat kolaylığı bakımından meseleye baktığımızda borca aykırı davranışın şartlarına vakıf olan taraf kim? Acaba alacaklı borca aykırı davranışın gerçekleştirildiği ortamın şartlarına vakıf mı yoksa borçlu mu o unsurlar hakkında daha çok bilgi sahibi?

Gerçekten de borçlu borca aykırı davranışının nasıl gerçekleştiğini, kendisinin eylemlerini, davranışlarını ve bunları belirleyen şartların neler olduğunu biliyor. Alacaklı sadece ve sadece kendi köşesinde borcun ifasını bekleyen bir kişi konumunda, deyim yerindeyse dünyadan bihaber. Alacaklı, borçlunun egemenliği altındaki olay ve olgulardan bihaber durumdadır. Onun borçlunun egemenliği altındaki olay ve olguları bilmesi kendisinden beklenemez. Dolayısıyla ne yapıyor kanun koyucu? Diyor ki kural borçlunun kusurlu olmasıdır, kusur karinesi söz konusudur. Borçlu kusursuzluğunu ispat etmek zorundadır diyor.

Borçlunun Kusursuzluğunu İspat Etmesi

1-) Borçlunun Gereken Özeni Gösterdiğini İspat Etmesi

TBK m. 114 / f. 1'e göre:

“Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur. Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir.”

Borçlu borca aykırı sonucu engellemek için somut olayda gösterilmesi gereken tüm özeni gösterdiğini ispat ederek kusur karinesini çürütebilir. Her somut olayda durumun özelliklerini göz önünde tutmak gerekir.

Böyle bir durumda borca aykırılığın ortaya çıkmaması için objektif olarak ne gibi tedbirler alınmalı idi diye soracağız. Borçlu bu tedbirleri almadı ise zaten kusurlu.

Ama somut olayın şartlarında borca aykırılığın ortaya çıkmaması için objektif olarak gösterilmesi gereken tüm özeni gösteren, dürüstlük kuralı çerçevesinde bir borçludan beklenebilecek tüm tedbirleri almış bir borçlu söz konusu ise yani borçlu bu olguları ispat ediyorsa o zaman onun kusurundan söz edemeyiz. Örnek verirsek kolaylaşacak:

Restoran işleten B, malik M'den kiraladığı restoranın imar ve deprem mevzuatına uygun şekilde yapıldığı hususunda bir üniversitenin inşaat mühendisliği fakültesinin görevlendirdiği profesör ünvanlı üç öğretim üyesinden oluşan bir teknik heyetten rapor almış ardından belediyeye müracaat etmiş belediye de binanın deprem yönetmeliklerine uygun şekilde yapıldığını teyit etmiştir. Daha sonra da ilgili belediye, mahallinde de gereken inceleme ve değerlendirmeleri yaparak restoran için işletme ruhsatını vermiştir.

Restoran faaliyete geçtikten çok kısa bir süre sonra denize sıfır restoranın bir kısmında çökme olmuş ve iki müşteri denize düşerek yaralanmıştır. Yaralanan müşteriler binanın maliki M'ye bina malikinin sorumluluğuna ilişkin hükümlere dayanarak ve restoranı işleten B'ye de koruma yükümlülüklerine (TMK m. 2) aykırı davrandığı iddiasıyla dava açmışlardır.

Restoran işleten B bakımından borca aykırılık hükümlerinin uygulandığı olasılıkta kusursuzluğunu ispat külfeti onun sırtındadır. Bu davada restoran işleten somut olayda gösterilmesi gereken her türlü özeni gösterdiğini, bir üniversiteden rapor aldığını, belediyeden binanın depreme dayanıklılığı ve sağlamlığı konusunda rapor aldığını belediyenin kendisine ayrıca işletme ruhsatı verdiğini ispatlayarak kusur karinesini çürütebilir. Gördüğünüz gibi böyle bir borçlu kusurlu kabul edilemez.

Ayrıca gelecek sene ticaret hukuku derslerinde okuyacaksınız. Tacirler sıradan kişilere oranla daha tedbirli, daha dikkatli daha temkinli olmalıdırlar. Onlar sıradan bir kişinin göstermesi gereken özenden daha çok özen göstermekle yükümlüdür. Zira TTK m. 18/f. 2'ye göre:

“Her tacirin, ticaretine ait bütün faaliyetlerinde basiretli bir iş adamı gibi hareket etmesi gerekir.”

Yani her tacir ticaret hayatındaki işlerde basiretli (= sağgörülü) bir iş insanının göstermesi gereken dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür.

2-) Ayırt Etme Gücünden Sürekli Olarak Yoksunluk - Hakkaniyet Sorumluluğu

Peki, borçlu kusursuzluğunu nasıl ispat ediyor? En klasik örneklerden bir tanesi, ayırt etme gücünden yoksunluk. Diyebilir ki *“Ayırt etme gücünden yoksundum. Sürekli bir sebeple*

yoksundum. Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı sebebiyle ayırt etme gücünden yoksundum.” diyebilir. Bu durumu ispat edebilir.

Peki, aklınıza bir şey geliyor mu? Ayırt etme gücünden sürekli bir sebeple yoksun olan bir kişi haksız fiillerinden sorumluluk altına girmiyordu ama hakkaniyet gerektiriyorsa biz o şahsı da haksız fiillerinden ötürü ortaya çıkan zararı tamamen veya kısmen gidermeye mahkûm edebiliyorduk. Borçlar Kanununda nerede hüküm vardı? Borçlar Kanununda baktığınız zaman hangi hükmü görüyordunuz gerçekten de? 65. maddeyi görüyordunuz. “*B. Kusursuz sorumluluk. I. Hakkaniyet sorumluluğu*” madde 65:

“Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir.”

Demek ki borçlu borca aykırı davranışında herhangi bir kusurunun bulunmadığını ispat edebilir. Ayırt etme gücünden yoksun olduğunu ispat edebilir. Ama onun bu olguyu ispat etmesine rağmen biz ne yapabiliriz? Borçlar Kanunu madde 65’i kıyasen uygulayarak borca aykırı davranışının ortaya çıkardığı zararı hakkaniyet gerektiriyorsa kısmen veya tamamen ödemeye onu mahkûm edebiliriz. Peki, bunu sağlayan hüküm hangisi? Borçlar Kanunu m. 65’in kıyasen uygulanmasını sağlayan hüküm hangisi? 114. maddenin 2. fıkrası:

“Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.”

Baktığınız zaman Türk Borçlar Kanunu madde 65’i burada kıyasen uygulamak imkânına sahip oluyoruz m. 114 fıkra 2 çerçevesinde.

3-) Ayırt Etme Gücünden Geçici Olarak Yoksunluk

Peki, ayırt etme gücünden geçici bir sebeple yoksun olan bir kişi, o sırada meydana getirdiği zarardan sorumlu muydu, hatırlıyor musunuz? Geçici bir sebeple ayırt etme gücünü yitirmiş bir şahıs var. Bu sırada meydana getirdiği hukuka aykırı eylemlerden sorumlu muydu? Sorumluydu. Sadece ve sadece neyi ispat edebiliyordu? Diyordu ki “*Ben ayırt etme gücünden yoksun hale geldim ama bunu yitirmekte benim bir kusurum yok.*” Örneğin “*Üçüncü şahısların müdahaleleri sonucunda ben ayırt etme gücünü yitirdim*” iddiasında bulunabiliyor ve bu olguyu ispat edebiliyordu.

Bu olguyu ispat edince de yine sorumluluktan kurtulabiliyordu, değil mi? Dolayısıyla bizim borca aykırı davranışta bulunan borçlumuz da aynı şekilde ne yapabilir? Geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olduğunu iddia edebilir. Geçici olarak ayırt etme gücünden yoksunluğunun da kendi kusurundan kaynaklanmadığını, üçüncü kişilerin müdahalelerinden kaynaklandığını, bu noktada kendisinin bir kusurunun bulunmadığını, örneğin kendisine yanlış bir iğnenin enjekte edildiğini iddia edebilir, ispat edebilir. O zaman da sorumluluktan kurtuluyordu değil mi? Dolayısıyla aynı örneği borca aykırı davranış bakımından da kullanabilirsiniz. 59. maddeden söz etmeye çalışıyorum. “*4. Ayırt etme gücünün geçici kaybı*” kenar başlığını taşıyor:

“Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.”

Yani burada da bir borçlumuz var. Borca aykırı davranışı var. Borca aykırı davranışında neyini gözlemliyorsunuz? Geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olduğunu ispat ediyor ve arkasından da hangi olguyu ispat ediyor? Söz konusu geçici olarak ayırt etme gücünden yoksunlukta kendisine isnat edilebilecek herhangi bir kusurun bulunmadığını ispat ediyor. Dolayısıyla kendisi yine ne yapacak? Borca aykırı davranışından sorumluluktan kurtulacak. Yeter ki TBK m. 114/f. 2 sayesinde kıyasen uygulanacak olan TBK m. 65’e göre ayrıca hakkaniyet gereği sorumlu tutulmasın.

4-) Borçlunun Borcun Varlığından Haberdar Olmaması

Borçlu kusursuzluğunu nasıl ispat edecek? Ayırt etme gücünden yoksun olduğunu ispat ederek örneğin ama başka haller yok mu? Başka haller de var. Başka hallerde şunlarla karşı karşıya kalıyoruz.

Bazen borçlu borcunun varlığından bile haberdar değildir. Bir kişi vefat etmiştir mirasbırakan M olsun. Geriye çocuğu Ç kalmıştır. Mirasbırakan M’nin alacaklı A’ya 100.000 lira borcu vardır ama söz konusu borcun varlığından bizim bu bahsettiğimiz mirasçı Ç’nin haberi dahi yoktur anlatabiliyor muyum? Mirasçı Ç *“Borcun varlığından bile haberdar değilim. O yüzden kusurumdan ve sorumluluğumdan söz edilemez.”* diyebilir.

5-) Mücbir Sebep ve Fevkalade Hal

Borca aykırılığa öyle durumlar neden olmuştur ki kişinin o durumlara karşı koyması, onları engellemesi, onlarla başa çıkması hangi tedbiri alırsa alsın o zararı engellemesi borca aykırı davranışın ortaya çıkmasını engellemesi söz konusu değildir.

Hepimiz biliyoruz ki iki tane hal var, borçlunun kusursuzluğunun ispatı bakımından. Bir tanesi şudur: Fevkalade hal bir diğer söyleyişle beklenmeyen hal.

Öbürü de mücbir sebep. Fransızcadan gelen tabiriyle hemen hemen tüm dillere yerleşmiş olan ifadeyle force majeure (“fors majör” diye okunur)

Şimdi baktığımız zaman force majeure örnekleri, mücbir sebep örnekleri neler? Özellikle doğa olayları, tabiat olayları, depremler, seller, ağır şiddetli fırtınalar, hortumlar, toprak kaymaları. Bunlarla insanoğlunun başa çıkması mümkün değil, değil mi? Bir depremi engelleyemiyoruz, bir toprak kaymasını engelleyemiyoruz. Biz ne yaparsak yapalım bunlar gerçekleşiyor ve bunların getirdiği zararı engelleyemiyoruz, bunların sebep olduğu borca aykırı davranışı engelleyemiyoruz. Yıldırım düşmesi, sel felaketi, toprak kayması, depremler, volkanik patlamalar, bunların hepsi mücbir bir sebep. Aynı şekilde halk ayaklanmaları, büyük grevler değil mi? Savaş hali, bunların hepsi birer mücbir sebep olarak karşımıza çıkıyor.

Mücbir sebebin tarifi konusunda bir anlaşma yok doktrinde ama bütün bu örneklerde hemen hemen hepsinde anlaşma var diyebiliriz. Mücbir sebep gördüğünüz gibi harici bir olay, dışsal bir olay, edime yakın değil. Borçluya yakın değil. Borçlunun egemenlik alanı içinde değil. Borçlunun dışında, işletmenin dışında gerçekleşen bir olay.

Peki, beklenmeyen hal, fevkalade hal? Fevkalade hal, edime yakın bir olay. Borçluya yakın bir olay. Borçlunun egemenliğine dâhil bir olay diye düşünebiliriz. Klasikleşmiş örnek, fabrikadaki kazanın patlaması ve borca aykırı davranışa sebebiyet vermesi.

Borçlu kusursuzluğunu ne şekilde ispat edebiliyor? Gerçekten de diyebiliyor ki “*Borca aykırı davranış gerçekleşti evet, tamir etmem gereken malı tamir edemedim, muhafaza etmem gereken malı muhafaza edemedim ama kazan patladığı için muhafaza edemedim, kusursuzum. Deprem olduğu için muhafaza edemedim. Yıldırım düşmesi sebebiyle yangın çıktığı için muhafaza edemedim*”. Değil mi? Dolayısıyla borçlu ne yapabilir? Böylesine olayları ispat ederek kusursuzluğunu ispat edebilir ve sorumluluktan kurtulabilir.

Şimdi geliyoruz kusurla ilgili meseleleri yavaş yavaş bu şekilde geride bırakacağız ama şunu söylemeniz lazım. Evet, kural şu: “*Ey borca aykırı davranan borçlu, kusurluysan sorumlusun, kusursuzsan sorumsuzsun.*” Ama her iki yönde de istisnalar var mı? Var. Şöyle ki:

Borçlu Kusurlu Olsa Dahi Sorumsuz Olabilir - Hafif Kusurdan Sorumsuzluk Anlaşması

“*Ey borçlu kusurlu olsan dahi sorumluluk altında değilsin!*” Bunu nasıl sağlayabiliriz? Sorumsuzluk anlaşmalarıyla sağlayabiliyoruz. Bunu ilerleyen dakikalarda anlatacağız. Sorumsuzluk anlaşmaları ile sağlayabiliyoruz. Şimdiden söyleyelim hatta sizler geçmişteki derslerden biliyorsunuz borçlu ancak hafif kusurundan sorumsuzluğu konusunda bir anlaşma yapabiliyor. Kastından sorumsuz olduğuna dair, ağır ihmalden sorumsuz olduğuna dair ne yapamıyor? Bir sorumsuzluk anlaşması yapamıyor. Dolayısıyla kusurlu olmasına rağmen sorumsuz olabilir mi? Olabilir, temeli sorumsuzluk anlaşmaları. Az sonra anlatacağız.

Borçlu Kusursuz Olsa Dahi Sorumlu Olabilir

a-) Hakkaniyet Gerektiriyorsa

Borçlu kusursuz olmasına rağmen sorumluluk altında olabilir mi? Biraz önce Borçlar Kanunu m. 65’in kıyasen uygulanması sonucunda hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, borçluyu kusursuz dahi olsa borca aykırı davranışından ortaya çıkan zararı kısmen veya tamamen gidermeye mahkûm edebilir demiştik.

Onun ötesinde de bazen kanun koyucu ne yapıyor? Borçlu kusurlu olmasa dahi onu sorumluluk altına sokuyor. Burada bazen daha önceki borca aykırı davranışının sonuçlarından ötürü bu sonuca varıyor. Daha önceki borca aykırı bir davranışı var. Onun sonuçlarından ötürü bu sonuca varıyor. Bazen de daha önce bir borca aykırı davranışı olmasa dahi onu kusursuz olarak sorumluluk altına sokabiliyor.

b-) Borçlunun, Daha önceki Borca Aykırı Davranışı Nedeniyle Kazara Ortaya Çıkan Zararlardan Sorumluluğu

Bakınız hangi hükme değinmemiz lazım? Borçlar Kanunu m. 380 fıkra 3'e değinmemiz lazım. Borçlar Kanunu m. 380 kullanım ödünçüne ilişkin:

“Ödünç alan, ödünç konusunu ancak sözleşmede kararlaştırılan şekilde, sözleşmede hüküm yoksa niteliğine veya özgülendiği amaca göre kullanabilir.

Ödünç alan, ödünç konusunu başkasına kullandıramaz.

Ödünç alan, bu hükümlere aykırı davrandığı durumlarda, beklenmedik hâllerden doğan zararlardan da sorumludur. Ancak, bu hükümlere uymuş olsaydı bile zararın doğacağını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”

Fıkra 3'e bakalım. Örneğin siz komşunuzun çim biçme makinesini ödünç almışsınız ama çim biçmek için değil de siz onu bambaşka bir zeminde, sert zeminde başka şeyleri temizlemek için kullanmışsınız. O zaman gerçekten de ne yaparsınız? Ona bir zarar verirsiniz.

Hatta ne diyor kanun koyucu, ödünç alan ödünç konusunu başkasına kullandıramaz. Siz kendiniz ödünç almışsınız ödünç verenin rızası olmaksızın başkasına kullanıyorsunuz. Şimdi bunlar ne? Bunlar borca aykırı davranışlar. Bunlar önceki borca aykırı davranışlar.

Önceki borca aykırı davranışlar söz konusuysa örneğin m. 380 fıkra 2'deki yasağa rağmen ödünç konusu nesneyi başkasına kullanıyorsanız, bakın ne diyor kanun koyucu 380 fıkra 3:

“Ödünç alan, bu hükümlere aykırı davrandığı durumlarda, beklenmedik hâllerden doğan zararlardan da sorumludur. ...”

Yani yıldırım düşmesinden de sorumludur. Anlatabiliyor muyum? Dolayısıyla gerçekten de ne yapmak zorunda kalacak? Kusuru olmasa dahi bu zararlardan da sorumlu olacak. Fakat kanun koyucu ona bir kurtuluş kanıtı getirme imkânı tanımış. Demiş ki örneğin 380 fıkra 3'te, 2. cümlede:

“Ancak, bu hükümlere uymuş olsaydı bile zararın doğacağını ispat ederse sorumluluktan kurtulur.”

Örneğin 3 tane ev var diyelim. Ben söz konusu nesneyi bu 2. evde kullanıyordum. 1. evdeki komşum filancadan ödünç almıştım. Sonra onun rızası olmamasına rağmen bu 3. evdeki diğer komşuma kullandırımdım. Yıldırım düştü. 3 ev de yandı yani bende de olsaydı yanacaktı. Yani *“Benim önceki borca aykırı davranışım olmasaydı dahi aynı zarar yine gerçekleşecekti.”* olgusunu ispat edebilir ve böylece sorumluluktan kurtulabilir diyoruz.

Bir başka hüküm 563 fıkra 2. 563 fıkra 2 de saklama sözleşmelerine ilişkin. TBK m. 563 fıkra 1'den gelelim:

“Saklayan, saklatanın izni olmadıkça saklanana kullanamaz.”

Sözleşmede demişiz ki: “Ey borçlu (yani saklayan)! Ben sana bunu muhafaza etmen için teslim ettim. Senin borcun onu muhafaza etmek, saklamak, korumak, kollamak. Sen bunu kullanamazsın.”

Hükmün 2. fıkrasında ise şu düzenleme var:

“Bu yasağa aykırı davranırsa, saklatana uygun bir kullanım bedeli ödemekle yükümlü olduğu gibi, kullanmamış olsaydı bile bu zararın doğacağını ispat etmedikçe, beklenmedik hâlden doğacak zararlardan da sorumlu olur.”

Saklayan saklatanın izni olmadıkça saklanana kullanamaz. Bu yasağa aykırı davranırsa, beklenmedik halden doğacak zararlardan da sorumlu olur. Peki, bu sorumluluktan kurtulabilir mi? Kurtulabilir. Nasıl kurtulabilir? Kullanmamış olsaydı bile bu zararın doğacağını ispat ederek. Kullanmamış olsaydı dahi bu zararın doğacağını ispat ederek bu sorumluluktan kurtulabilir.

Benzeri bir düzenleme TBK m. 119’da da var. Onu şu anda sadece belirtip geçeceğim. Çünkü gelecek hafta borçlu temerrüdünde bunu size açıklayacağım. Borçlu temerrüdünün iki tane klasik sonucu var. Bir tanesi gecikme tazminatı, bir tanesi beklenmedik hal sebebiyle doğacak zararlardan sorumluluktur. Borçlu temerrüde düşmekte kusurlu bulunmadığını veya borcunu zamanında ifa etmiş olsaydı bile beklenmedik halin ifa konusu şeye zarar vereceğini ispat ederek ne yapabiliyor? Beklenmedik halden doğan zararlardan sorumluluktan kurtulabiliyor.

c-) Borçlunun Kusursuz Sorumluluğuna İlişkin Diğer Bazı Haller

“Peki, hocam borçlu hiç kusuru olmasa dahi sorumluluk altına sokulamıyor mu?” Sokulabiliyor. Ona dair de bir iki örnek vereceğim size. Borçlar Kanunu m. 576 ve devamındayız. “D. Konaklama yeri, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlere bırakma, I. Konaklama yeri işletenlerin sorumluluğu, I. Koşulları ve kapsamı” kenara başlığını taşıyan 576 var. Garaj işletenlerin sorumluluğu için 579 var.

TBK m. 576 şöyle söylüyor:

“Otel, motel, pansiyon, tatil köyü gibi yerleri işletenler, konaklayanların getirdikleri eşyanın yok olması, zarara uğraması veya çalınmasından sorumludurlar. Ancak işletenler, zararın bizzat konaklayana veya onu ziyarete gelen ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluluktan kurtulurlar.

Bu sorumluluk, işletenlere veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, konaklayanlardan her biri için, günlük konaklama ücretinin üç katını aşamaz.”

Gördüğünüz gibi fıkra 2’deki sınırlı sorumluluk bir kusursuz sorumluluk.

Türk Borçlar Kanunu'nun "II. Garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin sorumluluğu" kenar başlığını taşıyan 579. maddesi de şöyle:

"Garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenler, kendilerine bırakılan veya çalışanlarınca kabul edilen hayvan, at arabası, bunlara ait koşum ve benzeri eşya ile motorlu taşıt ve eklentilerinin yok olmasından, zarara uğramasından veya çalınmasından sorumludurlar. Ancak işletenler, zararın saklatan veya ziyaretçisi ya da beraberinde veya hizmetinde bulunan kimseye yükletilebilecek kusurdan, mücbir sebepten ya da eşyanın niteliğinden doğduğunu ispat etmekle, bu sorumluktan kurtulurlar.

Ancak, garaj, otopark ve benzeri yerleri işletenlerin sorumluluğu, kendilerine veya çalışanlarına bir kusur yüklenmedikçe, saklananların her biri için alınan günlük saklama ücretinin on katını aşamaz.

İşleten böyle bir sorumluluk üstlenmediğini veya sorumluluğu bu Kanunda gösterilmemiş olan bir koşula bağladığını, herhangi bir yolla ilan etse bile, sorumluluktan kurtulamaz."

Gördüğünüz gibi fıkra 2'deki sınırlı sorumluluk da bir kusursuz sorumluluk.

Bu hükümler zaten size gelecekte borçlar hukuku özel hükümler derslerinde açıklanacaktır diyoruz.

Ayrıca ilerleyen dakikalarda anlatacağımız borçlunun ifa yardımcılarının eylemlerinden sorumluluğu da (TBK m. 116) yine bir kusursuz sorumluluk halidir.

Kusurun Türleri ve Dereceleri ve Etkisi

Tazminat davalarında kusurun acaba derecesi ya da türü önem arz ediyor mu?

Kusurun türü deyince ne düşünüyorsunuz? Kasttan bahsedebiliriz ya da ihmalden bahsedebiliriz. Kusurun derecesi diye sorduğumda ne düşünüyorsunuz? Ağır kusurdan bahsedebiliriz, hafif kusurdan bahsedebiliriz. Ağır kusurun türleri nelerdir diye ben size sorsam bana ne dersiniz? Herhalde kast ve ağır ihmal ağır kusurun türleridir. Hafif ihmal ise hafif kusurun örneğidir.

Ağır kusurdan anlaşılması gereken nedir? Hafif kusurdan anlaşılması gereken nedir? Hukuka aykırı eylemlerden sorumluluk derslerinde bu konuda gereken açıklamalar yapılmıştır. Ama ben de kısaca açıklamada bulunacağım.

Kast: Borçlunun borca aykırı sonucu öngörmesi ve bu sonucu istemesidir. A'nın şoförlüğünü yapan B, işvereni A'dan istediği zammı alamayınca ona duyduğu öfke ile işverenine ait aracı duvara çarpar ve aracın zarar görmesine neden olur. B aracın zarar göreceğini öngörür ve bu sonucun gerçekleşmesini ister.

Doğrudan doğruya kast: Borca aykırı sonucun istenmesidir.

Dolaylı kast: Borca aykırı sonucun umursanmamasıdır. Göze alınmasıdır. “*Olursa olsun!*” denilmesidir. Yukarıdaki örnekte B işverenine duyduğu öfke ile aracı kullanmadan önce rahatlamak için önemli miktarda alkol alıyor. Aslında hizmet akdi ile bağlı olduğu işverenine veya aracına bir zarar verme kastı yok. Ancak, araç kullanmadan önce aldığı alkol miktarının kaza yapmasına neden olabileceğini öngörüyor ama bu sonucu umursamıyor (ihtimali kast = *dolus eventualis*). “*Madem bana hak ettiğim zammı yapmadı ne olursa olsun*” düşüncesinde.

İhmal: Borçlunun borca aykırı sonucu öngörmesi ama bu sonucu istememesidir. Hal böyle olmasına rağmen borçlunun bu sonucun ortaya çıkmaması için somut olayda objektif olarak gösterilmesi gereken özeni göstermemesi veya alınması gereken tedbirleri almamasıdır.

Ağır İhmal: Borca aykırı sonucun ortaya çıkmaması için herhangi bir kişinin göstermesi gereken en basit özenin dahi gösterilmemesidir.

Örneğin bir kişiyi istihdam ettiniz sizin için şoförlük yapıyor. Bir gün araç kullanırken önemli miktarda alkol almış ve kaza yapmış. Siz de aracın içinde yaralanmışsınız. Araçta da önemi zararlar var.

Belki kastı yok. Ama borca aykırı davranıştaki kusuru ağır mı? Ağır ihmali var, değil mi? Şoförlük yapan bir kişinin araç kullanırken alkol kullanmış olması ağır ihmaldir. Hatta duruma göre ihtimali kastından bile söz edilebilir. Yukarıdaki istediği zammı alamayan şoför örneğin hatırlayın lütfen.

Yani borçlunun herhangi bir kişinin göstermesi gereken en basit özeni dahi göstermemesi ağır ihmaldir. Herkes, ister dikkatli ve tedbirli bir kişi olsun ister olmasın alkollü araç kullanılmasının yaratacağı tehlikeyi öngörebilir, değil mi?

Hafif İhmal: Borca aykırı sonucun ortaya çıkmaması için dikkatli ve tedbirli bir kişinin göstermesi gereken özenin gösterilmemesidir.

Şoförünüz bir gün sizi yine evinizden almış işinize götürecektir bu kez alkol almamış ama gece gelişen bir alerji nedeniyle bir alerji ilacını ilk kez kullanmış. Bu alerji ilacının yan etkilerinden birisi de refleksleri zayıflatmış ve ilacın prospektüsünde de ilacı kullanan kişilerin araç kullanmamaları ve trafiğe katılmamaları uyarısı varmış. Ama şoförünüz ilacın prospektüsünü okumamış. Yine bir kazaya neden olmuş. Siz yaralanmışsınız, aracınız da zarar görmüş.

Bu kez kazanın sebebi alkol değil sadece ilacın yarattığı yan etkiyle ortaya çıkan reflekslerdeki zayıflık. Şoförlük mesleğini icra eden tedbirli ve temkinli bir kişi bir ilacı aldıktan sonra prospektüsünü okur ve uyarıları dikkate alırdı, değil mi?

Kusuru nasıl, ağır ihmal mi? Bence ancak hafif ihmal olarak nitelendirebiliriz. Zira ancak dikkatli ve tedbirli bir kişi ilk kez aldığı bir ilacın prospektüsünü okur ve ona göre hareket ederdi. Yani borçlunun dikkatli ve tedbirli bir kişinin göstermesi gereken özeni göstermemesi hafif ihmaldir.

Kusurun diğer detaylarına girmek istemiyorum ama girmek istediğim bir başka nokta var. O da şu: Şimdi bizim Borçlar Kanunumuz diyor ki 114. maddenin 1. fıkrasını okursak hatta birinci cümlesini okursak tam manasıyla muradımızın ne olduğunu size açıklamak imkânına sahip olacağız. Bakınız 114. maddenin kenar başlığı, “II. Sorumluluğun ve giderim borcunun kapsamı, 1. Genel olarak” şeklinde. Hüküm de şöyle:

“Borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur.”

Yani kastından sorumludur. Doğrudan doğruya kastından veya ihtimali kastından sorumludur. Ağır ihmalden ya da hafif ihmalden sorumludur. Bunu açık ve net bir şekilde kanun koyucu bize söylüyor. Sonra devam ediyor. Diyor ki:

“Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir. ...”

Gerçekten de baktığımızda bir defa kusurun yoğunluğu, kusurun ağırlığı tazminatın takdirini etkileyecek. Kastı olan bir şahsın ağır ihmali olan bir şahsın tazminat sorumluluğu daha sert şekilde belirlenecek; ama hafif ihmali varsa onun sorumluluğu daha az şiddette takdir edilecek. Özellikle de Borçlar Kanunu’nun şimdi okuduğum hükmüne bakarsanız, borçlunun işin ifasında bir menfaati yoksa herhangi bir menfaati yoksa kendisi örneğin bu işten herhangi bir ivaz elde etmiyorsa onun sorumluluğu daha az şiddette takdir edilecek.

Şimdi artık kusurla ilgili meseleleri geride bırakabiliriz. Zararla ilgili meselelere ilerleyebiliriz.

Zarar

Zararla ilgili meselelere geldiğimizde hemen söylememiz gereken birkaç husus var. Onlara değinelim. Onlardan bir tanesi yine bu m. 114 fıkra 2’den kaynaklanan düzenleme.

Şimdi haksız fiillerde zararı kim ispat ediyor? Elbette haksız fiilden mağdur olan, zarar gören ispat ediyor. Dolayısıyla baktığımız zaman biz yine 50. maddeye gideceğiz. 50. maddeyi kıyasen uygulayacağız. Diyor ki kanun koyucu, zarar gören zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Haksız fiillerdeki bu kusuru ispat yüküne dair hükmü uygulayamıyoruz. Çünkü borca aykırı davranışta 112. madde bize aksini söylüyor. Borçlu kusursuzluğunu ispat yükü altındadır diyor.

Ama haksız fiillerde Borçlar Kanunu’nun zarar gören zararını ispat yükü altındadır diyen hükmünü (m. 50) kıyasen uygulayabilecek miyiz? Evet uygulayabileceğiz. Gerçekten de m. 114 fıkra 2’nin yaptığı bu gönderme sayesinde diyeceğiz ki borca aykırı davranıştan zarar gören uğradığı zararı ispat etme yükü altındadır.

Her iki hükmü hatırlatayım. TBK m. 114/ f. 2’ye göre.

“Haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler, kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerine de uygulanır.”

TBK m. 50 de şöyle söylüyordu değil mi? Ayıklayarak okuyalım.

“Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.”

Peki, uğradığı zararı ispat yükü altındadır ama her zaman da zararı ispat etmek o kadar kolay bir şey değildir. O zaman zaten yine Borçlar Kanunu m. 50 fıkra 2 devreye girecek. 50 fıkra 2 çerçevesinde aynen biz şunu yapabileceğiz: Hüküm şöyle:

“Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”

Demek ki zarar bakımından adım adım gidecek olursanız, şöyle söyleyeceğiz. Zararın ispatında TBK madde 50 fıkra 2, kıyasen uygulama alanı bulabilecek.

Geçen derste dersin sonlarına doğru demiştim ki, biz zarar kavramından söz ediyoruz. Zarar karşımıza maddi zarar ve manevi zarar olarak çıkıyor. Biz maddi zarara odaklandığımızda, orada yoğunlaştığımızda şunu görüyoruz. Diyoruz ki; zarar bir kişinin mal varlığında onun rızası hilafına meydana gelen azalmadır. Onun mal varlığında onun rızası dışında meydana gelen azalmadır. Haksız fiillerde de böyle, borca aykırı davranışta da böyle.

Müspet Zarar

Borca aykırı davranışta yani borcun hiç ifa edilmemesi veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde bahsettiğimiz zarar kalemi hangi tip zarar kalemi? Menfi zarar kalemi mi müspet zarar kalemi mi? Borca aykırılıkta konuştuğumuz zarar kalemi müspet zarar kalemi. *“Ey Borçlu! Sen borcunu gereği gibi ifa etseydin benim mal varlığımın içinde bulunacağı durum şu olacaktı. Sen borcunu hiç ifa etmediğin için veya gereği gibi ifa etmediğin için benim mal varlığımın içinde bulunduğu durum şu oldu.”* İkisi arasındaki fark müspet zarardır.

Bir diğer söyleyişle *“Ey Borçlu! Sen müspet (olumlu) davransaydın borcuna uygun davransaydın, borca aykırı davranmasaydın ben bu zarara uğramayacaktım. Sen borcunu gereği gibi ifa etseydin, olması gereken şekilde ifa etseydin mal varlığımın içinde bulunacağı durum şu olacaktı. Sen borcunu gereği gibi ifa etmediğin için benim mal varlığımın içinde bulunduğu durum şu oldu.”* Aradaki fark müspet zarardır. Borcun ifa edilmemesi sebebiyle uğranılan zarar müspet zarardır.

Menfi Zarar

Peki, bir de sözleşmenin hiç kurulmaması sebebiyle uğurlanılan zararlar vardı. Bir sözleşmenin geçerli şekilde kurulacağına dair olan inanç çerçevesinde yapılan harcamalar vardı. Onlar hangi zarar kalemiydi? Onlar menfi zarar kalemiydi. Bu sözleşme hiç yapılmamış olsaydı uğramayacak olduğum zarar, değil mi? Hatırlayın geçen haftaki örneği, bir tablo satışı vardı. Tablo satıştan önce satıcının kusuru olmadan yıldırım düşmesi sonucu yanmıştı. Satıcı tablonun yanmış olduğunu bilmesine rağmen alıcı adayıyla sözleşme görüşmelerini sürdürüyordu. Arkasından da alıcı adayı ne yapabiliyordu? Menfi zararının giderilmesini talep

edebiliyordu. *Culpa in contrahendo* (= sözleşme görüşmelerinde kusur) çerçevesinde “Sözleşme görüşmelerinde kusurlu davrandın. Dolayısıyla benim uğradığım menfi zararı gidermek zorundasın.” diyebiliyordu. Örneğin tablonun satımına dair sözleşmenin incelenmesi için bir avukatla sözleşme yapmıştı. Tablonun analizi için bir eksperle sözleşme yapmıştı vesaire. Örneği hatırlıyorsunuz, tekrar girmeyeceğim.

Zararın Türleri

Şimdi hâlâ zarar alanında kalmaya devam ettiğimizde zarar ne şekilde karşımıza çıkabiliyor. Fiili zarar ya da kâr yoksunluğu olarak karşımıza çıkabiliyor.

Dikkat aşağıdaki ayırım hem müspet hem de menfi zarar bakımından geçerlidir. Ancak biz borca aykırılık nedeniyle müspet zararın giderilmesinin koşullarını konuştuğumuz için örnekler bu açıdan bakılarak verilecektir.

1-) Fiili Zarar: Aktifte Azalma - Pasifte Artma

a-) Aktifte Azalma

Benim size saklamanız için verdiğim, emanet ettiğim saatim vardı. Üzerine balyozla vurdunuz, paramparça ettiniz, kullanılmaz hale getirdiniz veya benim size emanet ettiğim başka bir mal varlığı değeri vardı. Siz onu üstüne benzin döktünüz, yaktınız. Bu benim mal varlığında 1.000 liralık bir değer teşkil ediyordu, 1.000 lira zarar verdiniz, değil mi? 1.000 lira zarar verdiniz. Benim müspet zararımı gidereceksiniz.

Bu nedir? Fiili zarardır. Yani mal varlığımın aktifinde azalmadır. Aktifi azalır. Fiili zarar kalemlerinden bir tanesi budur.

b-) Pasifte Artma

Fiili zarar kalemlerinden bir tanesi de nedir? Pasifte artmadır. “Sözleşmemize göre, sen bu malı bana zamanında teslim edecektin. Ben de bunu kendi alacaklıma teslim edecektim. Kendi alacaklıma zamanında teslim edemediğim için cezai şart ödeme borcu altına girdim. Sen bana zamanında teslim etmedin. Ben de bunu başkasına zamanında teslim edemedim. Senin yüzünden o başkasına bu malı teslim edemediğim için cezai şart ödeme borcu altına girdim.” Yani pasifim arttı, değil mi?

T cetvelinde aktiflere pasiflere bakarsanız, deminki örnekte aktifin azalması söz konusuydu, saatin yok olması söz konusuydu. Şimdi pasifler kısmında pasifte bir artış var değil mi? Pasifte artış var. Yani bir borç altına girdim. “Senin yüzünden cezai şart ödeme borcu altına girdim. Cezai şart ödemedim değil. Cezai şart ödeme borcu altına girdim.” Cezai şart ödemedim olsa ne olur o? Aktifte bir azalma olur, değil mi?

2-) Kâr Yoksunluğu

a-) Aktifinin Artması İmkânından Yoksunluk

Zarar kalemleriyle ilgili olarak diğere örnek maddi zararlarla ilgili olarak kâr yoksunluğu. Şimdi kâr yoksunluğuna baktığımızda da örneği çok rahatlıkla hatırlarsanız. Sen bana bir mal sattın 1.000 liraya. Ben de bunu başkasına 1.200 liraya satacaktım. Sen bana bir mal teslim edecektin 1.000 liraya, ben de bunu başkasına kiraya verecektim, şu kadar kira geliri elde edecektim. Baktığımız zaman bir olasılıktan, bir varsayımdan bir faraziyyeden söz ediyoruz. İşte o zaman Borçlar Kanunu madde 50 fıkra 2'yi anlamak daha kolay. 50 fıkra 2:

“Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”

Alacaklı borçluya diyecek ki: “Sen bu malı bana zamanında teslim etseydin ben bu otomobili kiraya verecektim. 3 ay geç teslim ettin. Ticari işletmem kiralama işleriyle iştiğal eden bir ticari işletme. 3 ay kâr yoksunluğum var.” Borçlu ne diyecek “O zaman ispat et, ticari defterlerini bir getir bakalım. Sen gerçekten de otomobil kiralaması yapıyor musun, bunlardan ayda ortalama ne kadar gelir elde ediyorsun.” diyecek, değil mi?

Bunların hepsi varsayımsal hususlar ve TBK m. 50 fıkra 2 işte böyle olay ve olgular göz önünde bulundurularak okununca daha çok anlam ifade ediyor diyebiliriz.

b-) Pasifinin Azalması İmkânından Yoksunluk

Peki, kâr yoksunluğu başka ne şekilde karşımıza çıkabilir? Kâr yoksunluğu ne dedik burada baktığımız zaman, aktifinin artması olasılığı vardı, artmadı bu bir kâr yoksunluğu. Bir de pasifinin azalması olasılığı vardı. Bir borcundan kurtulması ihtimali vardı. O borcundan kurtulması söz konusu olamadı. O zaman da yine ne ile karşı karşıyayız? Yine bir zarar kalemi ile ama pasifin azalması imkânından yoksunluk şeklinde, kâr yoksunluğu şeklinde karşımıza çıkan bir zarar kalemiyle karşı karşıyayız diyebiliriz.

Tazminatın Belirlenmesi

TBK. m. 51, 52'ye de değinip kapatmak istiyorum. O da tazminat meselesi. Gelecek dersi tamamen sorumsuzluk anlaşmalarına ve ifa yardımcılarının eylemlerinden sorumluluğa ayırmak istiyorum.

Gelelim tazminat meselesine. 114 fıkra 2'nin yaptığı o gönderme sayesinde, 114 fıkra 2'nin düzenlemesi sayesinde, yani haksız fiili sorumluluğuna ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanır diyen bu hükmeye dayanarak ne yapabiliyoruz? Tazminatın kapsamını belirlerken de Borçlar Kanunu'nun haksız fiillere ilişkin hükümlerinden yararlanabiliyoruz.

Bakınız ne diyor Borçlar Kanunu m. 51:

“Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. ...”

Kusurun derecesi önem arz edecek, değil mi? Kusurun derecesi önem arz edecek. Ağır kusurlu olan borçlunun sorumluluğu daha ağır şiddette takdir olunacak. Hafif kusuru olan borçlunun sorumluluğu daha az şiddette takdir olunacak. Kastı (ağır kusuru) olan bir şahsın, hafif ihmali (hafif kusuru) olan bir şahsa oranla sorumluluğu daha ağırdır değil mi?

Şöyle söylüyor kanun koyucu dikkat ederseniz, hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini belirler. Prensip itibarıyla neye mahkûm ediyor hâkim? Nakdi tazminata, bir miktar para ödenmesine hükmediyor ama elinin altında hâkimin şu imkânı da var mı? Aynen tazminata da hükmedebilir mi? Aynen tazmine de karar verebilir mi? Karar verebilir. Şu saatten yeryüzünde yüzlerce var. Bu saatin aynısını tedarik edeceksin diyebilir mi? Diyebilir ama ben meslek hayatımda henüz gördüm mü? Ben görmedim. Ben hep ne gördüm? Nakdi tazminat gördüm.

Aynı şekilde iş borçlu için bir menfaati gerektirmiyorsa, bir menfaat sağlamıyorsa, borçlu herhangi bir yarar elde etmiyorsa onun sorumluluğu daha az şiddetle takdir olunacak. Zira TBK m. 114/f. 1, c. 2 ve 3' e göre:

“Borçlunun sorumluluğunun kapsamı, işin özel niteliğine göre belirlenir. İş özellikle borçlu için bir yarar sağlamıyorsa, sorumluluk daha hafif olarak değerlendirilir.”

TBK m. 52'ye geldiğimizde de tahmin edileceği üzere kanun koyucu neyi söylüyor? Haksız fiillerde mağdurun kusuru bir tazminatta indirim sebebi miydi? Evet, burada da borca aykırı davranışta da alacaklının kusuru, örneğin zararın artmasına sebebiyet veren kusuru değil mi? Örneğin zararın artmasına sebebiyet veren kusuru yine ne teşkil edecek gerçekten de? Bir indirim sebebi teşkil edecek diyebiliyoruz. Şöyle 52. maddeye tekrar bakalım:

“Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.”

Bir hekim bir ameliyat yapmış. Ameliyat gerçekten de ne yazık ki tıp biliminin gereklerine uygun şekilde yapılmamış. Yani borca aykırı davranış söz konusu ama buradaki mağdur olan hasta deyim yerindeyse ameliyatın sonuçlarına gereğinden fazla sabretmiş. Bir an önce tekrardan bir başka hekime görünmesi gerekirken, bir an önce tedbirler alması gerekirken onları almakta biraz böyle hantal davranmış. Dolayısıyla uğradığı zararın artmasına sebebiyet vermiş. O çerçevede onun müterafik kusuru, eşlik eden kusuru ne yapılacak? Bir indirim sebebi olarak ele alınacak diyoruz.

TBK m. 52 fıkra son:

“Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

Borçlu gerçekten de tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecekse, kendisinin de hafif kusuru söz konusuysa, hakkaniyet de gerektiriyorsa hâkim ne yapabilir? Borca aykırı davranıştan doğan zararı giderme noktasında tazminatı belirlerken bu tazminatı indirmek imkânına sahiptir diyoruz.

Yani ben öğrenci olsam TBK m. 114 fıkra 2'nin altına neleri yazarım? TBK m. 50'yi yazarım değil mi? Madde 114 fıkra 2'nin altına m. 51'i ve 52'yi yazarım. Dolayısıyla gerçekten de bu şekilde kapatabiliriz.

Sadece ve sadece neyi eksik bıraktım? Manevi zararı eksik bıraktım. Maddi zarardan söz ettim. Manevi zarardan söz etmedim. Ona sonraki derste değineyim.

www.ilhanhelvacidersleri.com
