

TÜRK VE İSVİÇRE HUKUKLARINDA EVCİL HAYVANLARA VERİLEN ZARARLARA İLİŞKİN ÖZEL HUKUKTAN DOĞAN SORUMLULUK CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES GIVEN TO DOMESTIC ANIMALS UNDER TURKISH AND SWISS LAWS

Hüseyin Can AKSOY*

Özet: 2002 yılında İsviçre’de yapılan bir dizi kanun değişikliği ile hayvanların hukuki konumu iyileştirilmiştir. Örneğin, hayvanların eşya olmadıkları ilkesi benimsenmiş, ev ortamında tutulan ve yatırım amacı veya ticari amaçla kullanılmayan bir hayvana zarar verilmesi halinde failden talep edilebilecek tedavi masraflarının hayvanın piyasa değerini aşabileceği kabul edilmiş ve bu türden bir hayvanı ölen ya da yaralanan kişinin tazminat talebini değerlendiren hâkime, hayvanın duygusal değerini de dikkate alma imkânı verilmiştir. Buna karşılık, Yargıtay hayvanı öldürülen kimselerin manevi tazminat taleplerini hayvanın ölümünün “kişinin sosyal, fiziki ve kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem” oluşturmadığı gerekçesiyle reddetmektedir. Ancak Yargıtay’ın bu uygulaması en nazik anlatımla köhne bir düşüncenin yansımasıdır. Zira İsviçre hukukunda yapılan kanun değişikliklerine ilişkin tartışmalar, aynı ilkelerin Türk Borçlar Kanunu’nun mevcut hükümleri çerçevesinde de kolaylıkla benimsenebileceğini ortaya koymaktadır.

Anahtar Kelimeler: Hayvanlar, Tedavi Masrafları, Tam Ziya, Duygusal Değer, Manevi Tazminat

Abstract: As a result of a series of amendments to the Swiss law, in 2002 the legal status of animals was improved. For instance, it is accepted that animals are not objects; with respect to animal kept in the domestic environment and not for investment or commercial purposes, damages for incurred treatment costs may exceed the market value of the animal; and if such animals are injured or killed, the judge can consider the affection value of the animal for the claimant while ruling for compensation. On the other hand, Turkish Court of Appeals rejects immaterial compensation claims of the owners of killed animals by arguing that it “does not constitute an act, which would be an attack to the social, physical and personal values of a person”. However such opinion, to put it kindly, is outdated. In fact, the discussions regarding the amendments in Switzerland show that the same principles can also be accepted within the scope of the existing provisions of the Turkish Code of Obligations.

Keywords: Animals, Costs of Treatment, Total Loss, Affection Value, Immaterial Compensation

* Yrd. Doç. Dr., Bilkent Üniversitesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, hcaksoy@bilkent.edu.tr

Giriş

1842 ve 1885 yılları arasında tüm kantonlarda hayvanlara eziyetin yasaklanmış olduğu İsviçre’de, 1992 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile yaşayan varlıklar olarak hayvanların haysiyetlerinin dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir.¹ Bu Anayasal düzenleme neticesinde, İsviçre hukukunda hayvanların hukuki statüsüne ilişkin yoğun politik tartışmalar başlamıştır.² Uzun yıllar süren tartışmaların sonucu ise, 4 Ekim 2002 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu, Ceza Kanunu ve İcra ve İflas Kanunu’nda bir dizi değişiklik yapılması olmuştur.³

1 Nisan 2003 tarihinde yürürlüğe giren kanun değişikliklerinin genel amacı, hayvanların hukuki statüsüne ilişkin olarak toplumda oluşan güncel duyarlılığın hukuk düzenince dikkate alınmasıdır. Zira Roma hukukundan kalan ve hayvanları eşya kabul eden anlayış günümüzde çağdışı kalmıştır.⁴ Bu nedenle, hayvanların hukuki konumu iyileştirmek ve insanlar ile evcil hayvanları arasındaki özel ilişkiyi göz önünde bulunduran düzenlemeler yapılması amaçlanmıştır.⁵ Bu çalışmada söz konusu düzenlemelerden üçü ele alınacaktır.

¹ Margot Michel, “Chapter 4 Law and Animals: An Introduction to Current European Animal Protection Legislation”, *Animal Law: Reform or Revolution*, (Anne Peter / Saskia Stucki / Livia Boscardin (ed.)), Schulthess, Zürich 2015, s. 87-116, s. 99. Hayvanların haysiyetinin dikkate alınmasına ilişkin bu düzenleme, insanların hayvanları (örneğin deneysel faaliyetler çerçevesinde) kötüye kullanmalarının önüne geçmeyi amaçlamaktadır. Peter Krepper, “Affektionswert-Ersatz bei Haustieren”, *AJP - Aktuelle Juristische Praxis* 2008, s. 704-718, s. 709. İsviçre Hukukunda hayvanların haysiyeti meselesini hakkında ayrıca bkz. Peter Krepper, “Tierwürde im Recht - am Beispiel von Tiersuchen”, *AJP - Aktuelle Juristische Praxis* 2010, s. 303-313, s. 303 vd; Margot Michel / Eveline Schneider Kayasseh, “The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back - Many Steps to go”, *Journal of Animal Law*, C. VII; s. 1-42, s. 14.

² Catherine Strunz, *Die Rechtsstellung des Tieres, insbesondere im Zivilprozess*, Schulthess, Zürich 2002, s. 85.

³ İsviçre’de hayvanların korunmasını amaçlayan yasal düzenlemeler bunlarla sınırlı değildir. Özellikle 1978 tarihli ilk Hayvan Koruma Kanunu ile bunun güncel hali olarak 2005 tarihinde kabul edilip 2008 yılında yürürlüğe giren Federal Hayvan Refahı Yasası da hayvanların korunmasına ilişkin hassasiyeti ortaya koyan yasal düzenlemeler arasında yer almaktadır.

⁴ Kommission für Rechtsfragen des Ständerats: *Parlamentarische Initiative, Die Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 25 Januar 2002*, (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/4164.pdf>), 4166.

⁵ Ruth Arnet / Eva Maria Belser, *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, (Peter Breitschmid / Alexander Rumo-Jungo (ed.)), Schulthess, Zürich 2012, Art. 641a, N.1.

I. İsviçre Hukukunda Hayvanların Hukuki Konumu

Yapılan tüm bu yasal düzenlemelerin temel felsefesini “Hayvanlar eşya değildir.” hükmünü getiren İMK m. 641a/1 düzenlemesi ortaya koymaktadır. Ancak hüküm hayvanların statüsünün ne olduğundan ziyade ne olmadığını ortaya koyduğundan, hükmün yürürlüğe girmesinin ardından İsviçre hukukunda hayvanların statüsüne ilişkin çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Kanunun gerekçesine göre, İMK m. 641a hükmünü kaleme alan kanun koyucu, toplumsal bir beklentiye cevap vermekle birlikte aslında doğrudan doğruya herhangi hukuki değişiklik yapmamıştır.⁶ Zira yalnızca bildirici nitelikte olan bu hüküm eşya hukuku anlamında yeni bir kategori yaratmamıştır. Bu çerçevede, hakkın konuları ve süljeleri (kişiler) arasında yapılan klasik ayırmda hayvanlar hala hakkın konuları (hukuk nesneleri) kapsamında yer alacaktır.⁷ Zira aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, “Hayvanlara ilişkin özel düzenleme bulunmayan hallerde, bunlara eşyalara ilişkin hükümler uygulanır.”⁸

⁶ Buna göre, hayvanların hukuki konumunu iyileştirmeyi amaçlayan İMK 641a hükmü, hayvanın malikine, mülkiyet hakkını yalnızca hukuk düzeninin sınırları içerisinde kullanabileceğini söylemektedir. BB1 2002, 4168.

⁷ BB1 2002, 4168. Aynı görüşte bkz. CHK-Arnet/Belser, Art. 641a, N.2; Omblin de Poret, Le statut de l’animal en droit civil, Schulthess, Zürich 2006, N. 381; Eveline Schneider Kayasseh, Haftung bei Verletzung oder Tötung eines Tieres - unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen und U.S. Amerikanischen Rechts, Schulthess, Zürich 2009, s. 26; Michel/Schneider Kayasseh, s. 20. İsviçre Federal Mahkemesi, 1989 tarihli bir kararında, hayvanların insanlar ile türdeş (“Mitgeschöpf”) olduğunu kabul etmiştir. Buna göre, hak sahibi olmadıklarından hayvanlar hâlâ hakkın konusu (hukuk nesnesi) sayılsalar da, bunların hukuki konumu diğer eşyalardan farklıdır. Zira bunlar yaşayan ve hisseden, insanlar ile türdeş varlıklar olmaları sebebiyle korunmalıdırlar. BGE 115 IV 248, 254. Türk hukukunda hayvanların hukuki konumu hakkında bkz. Cengiz Koçhisarlıoğlu / Özlem Söğütlü Erişgin, “Hayvanın Hukuki Konumu”, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, *Yaşar Üniversitesi E- Dergisi*, C. 2, İzmir 2013, s. 1691-1724, s. 1710 vd.

⁸ Hayvanların eşya olmadığını; fakat kanunlarda özel hüküm bulunmayan hallerde eşyalara ilişkin hükümlerin hayvanlar bakımından da uygulanacağını ifade eden tek yasal düzenleme İsviçre Hukukuna özgü değildir. Örneğin, bu ilke, 1988 yılından bu yana Avusturya Hukukunda (§ 285a ABGB), 1990 yılından bu yana ise Alman Hukukunda (§ 90a Tiere BGB) kabul edilmektedir. BB1 2002, 4167. Benzer şekilde, hayvanın maddi değerini aşan tedavi masraflarının talep edilebileceği ilkesi de Avusturya ve Alman hukuklarında kabul edilmektedir. BB1 2002, 4168. Hayvanların hukuki konumuna ilişkin olarak İMK m. 641a hükmünün kabul edilmesi, İBK’nın 42. ve 43. maddelerinde de değişikliğe gidilmesi sonucunu doğurmıştır. Müller Christoph, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeines Bestimmung, Art. 1-183 OR, (Andreas Furrer / Anton K. Schnyder (ed.)), Schulthess, Zürich 2012, Art. 42 OR, N. 16. Ancak ZGB 641a hükmü, İBK m. 42/3 ve 42/1^{bis} hükümlerinden farklı olarak, hayvanın ev ortamında tutulup tutulmadığından veya ticari amaçla bakılıp bakılmadığından

Öğretideki diğer bir görüşe göre ise, İMK m. 641a hükmü ile hakkın konuları arasına yeni bir kategori eklenmiştir.⁹

Kanımızca İMK m. 641a hükmü ile hayvanlar hakkın süjesi haline gelmemiştir. Benzer şekilde, hakkın süjeleri ve konuları arasında yeni bir kategori yaratılması da söz konusu değildir. Zira kanun koyucu, insan-hayvan ilişkisini, iki insan arasındaki ilişkiye eş değer görmemiş, yalnızca, insan-hayvan ilişkisine insan-eşya ilişkisinden daha fazla değer atfetmiştir.¹⁰ Ne var ki, kanun koyucunun toplumsal bir hassasiyete yanıt verdiği bu düzenlemenin varlığının göz ardı edilmesi de kabul edilemez.

İBK m. 641a hükmü, hayvanları hakkın süjesi haline getirmemekteyse de, bu hükümde benimsenin ilke, İsviçre’de hayvanların hukuki konumunu iyileştirmeyi amaçlayan yasal düzenlemelerin temel felsefesini teşkil etmektedir. İşte hayvanların eşya olmadıkları ilkesi üzerine inşa edilmiş olan çeşitli hükümlerden ikisi de, evcil hayvanlara zarar verilmesi halinde failin özel hukuktan doğan sorumluluğunu düzenleyen İBK m. 42/3 ve 43/1^{bis} hükümleridir. Nitekim İBK m. 42/3 hükmü hayvanın piyasa değerini aşan tedavi masraflarının tazmini-ne izin vermekte, İBK m. 43/1^{bis} düzenlemesi ise hayvanın duygusal değerinin tazminat hesabında dikkate alınmasını emretmekte olup, her iki düzenleme de İMK m. 641a’da benimsenen “hayvanların eşya olmadıkları” ilkesinin pratik değer taşıyan yansımalarıdır. Bu nedenle çalışmamızın konusunu oluşturan İBK m. 42/3 ve 43/1^{bis} hükümleri uygulanırken hayvanlara herhangi bir eşya gibi muamele edilmemesi gerektiği daima göz önünde tutulmalıdır.¹¹

bağımsız olarak, her türlü hayvanı kapsamaktadır. CHK-Arnet/Belser, Art. 641a, N.3. Bu düzenlemenin, hayvanların duygusal varlıklar olması sebebiyle yapıldığı gerekçesiyle, hükmün yalnızca omurgalı hayvanları kapsayacağı görüşünde bkz. de Poret, N. 326-332.

⁹ Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB, (Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2011, Art. 641a N. 4; Strunz, s. 14.

¹⁰ Schneider Kayasseh, s. 144.

¹¹ Örneğin, Brehm’in savunduğu şekilde, insanlardan farklı olarak, ölenin bir hayvan olması durumunda yerine yenisinin satın alınabileceğini ileri sürmek hükmün amacını anlamamak veya görmezden gelmek anlamına gelir. Roland Brehm, Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/3/1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, (Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (ed.)), Stämpfli, Bern 2013, Art. 43 OR, N. 89g; Roland Brehm, “Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par

II. Hayvanın Piyasa Değerini Aşan Tedavi Masraflarının Tazmini (İBK m. 42/3)

A. Genel İlke: Malın Değerini Aşan Onarım Masraflarının Tazmin Edilmemesi

İsviçre hukukunda, bir mala zarar verilmesi durumunda tazmini talep edilebilecek onarım masraflarının (onarım süresi boyunca yapılan diğer masraflar dâhil olmak üzere)¹² malın zarar gördüğü andaki değerini aşamayacağı kabul edilmektedir.¹³ Diğer bir ifadeyle, tazmini talep edilebilecek onarım masrafları, malın tam ziyası durumunda ortaya çıkacak zarar miktarı ile sınırlıdır.

Öğretide, tam ziya kavramının iki türü olduğu kabul edilmektedir. Gerçek veya teknik tam ziya halinde bir malın tamamı ile yok olması söz konusudur. Buna karşılık, mal fiilen yok olmamakla birlikte, (onarım süresi boyunca yapılan diğer masraflar dâhil olmak üzere) malın onarımı için yapılması gereken masraflar malın zarara uğradığı sıradaki değerini aşıyorsa, iktisadi tam ziyanın varlığı kabul edilmektedir.¹⁴ Bu halde, onarım yapılması iktisadi açıdan uygunsuz olacağından, tazminatın, mal tamamı ile yok olmuşçasına hesaplanacağı kabul edilmektedir.¹⁵

son animal (art. 42 al. 3 et 43 al. 1bis CO)", HAVE - Haftung und Versicherung 2003, s. 119-122, s. 122.

¹² Örneğin, onarım süresince ikame bir malın kiralanması halinde ödenecek kira bedeli bu kapsamdadır. CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 29.

¹³ BK-Brehm, Art. 41 OR, N. 22; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 29; Michel/Schneider Kayasseh, s. 21; Heinrich Honsell / Bernhard Isenring / Martin A. Kessler, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess, Zürich 2013, §8, N. 51. Ancak, malın kullanılamaması nedeniyle uğranılan zararlar ile kazanç kayıpları da ayrıca tazmin edilmelidir. CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 31.

¹⁴ BK-Brehm, Art. 41 OR, N. 22; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 29-30; Beat Schönenberger, Kurzkommentar Obligationenrecht, (Heinrich Honsell (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2015, Art. 42 N; Karl Oftinger / Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Schulthess, Zürich 1995, §6, N. 366; Claire Huguenin, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess, Zürich 2014, N. 1854.

¹⁵ BK-Brehm, Art. 41 OR, N. 22, 25; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 30. Bu bağlamda, zaman içerisinde değerini kaybetmeyen mallar bakımından zarar -en azından- aynı malın satım bedeline eşittir. Ancak zamanla değer kaybeden mallar söz konusu olduğu takdirde, tazminat miktarı hesaplanırken malın zarara uğradığı andaki değeri dikkate alınmalıdır. Bu hesaplama yapılırken, malın yenisinin satım bedelinden, zararın gerçekleşmesinden önceki kullanım ve aşınma nedeniyle malda oluşan değer kaybı düşülmelidir. Rey, N. 321; BK-Brehm, Art. 41 OR, N. 26; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 30; Huguenin, N. 1864.

B. İstisna: Hayvanın Değerini Aşan Tedavi Masraflarının Tazmin Edilmesi

Mala verilen zararlara ilişkin olarak yukarıda bahsedilen genel ilkenin aksine, İBK m. 42/3 hükmü, zarar gören bir ev hayvanının tedavi masrafları için failden talep edilebilecek tutarın hayvanın kaza anındaki değeri ile sınırlı olmadığını ifade etmektedir.¹⁶ Zira bu hükme göre, ev ortamında tutulan ve yatırım amacı veya ticari amaçla kullanılmayan hayvanların tedavi masrafları hayvanın değerini aşsa dahi bu masraflar makul olmak kaydıyla talep edilebilir. Böylelikle, bir ev hayvanının tedavisi için failden talep edilebilecek tazminatın üst sınırı kaldırılmıştır.¹⁷ İBK m. 42/3 hükmü ile getirilen bu istisna, hayvanların eşya olmadığının kabul edilmesinin doğal bir neticesidir.¹⁸

İBK m. 42/3 hükmünün gerekliliği İsviçre’de tartışma konusu olmuştur. Gerçekten de İsviçre hukukunda malın değerini aşan onarım masraflarının tazminine izin verilen tek hal İBK m. 42/3’de düzenlenen hayvan zararları değildir. İsviçre mahkemelerinin, ağaçlara verilen zararların tazmini konusunda da genel kuraldan ayrılan içtihadı bulunmaktadır. Buna göre, zarar gören malın bir ağaç olması durumunda, tazmini talep edilecek miktar, bu ağacın değerinden ibaret olmayıp, eski ağacın sökülmesi de dâhil olmak üzere, yerine yenisinin dikilmesi için yapılması gereken masraflara eşittir.¹⁹ Alman Mahkemelerince kabul edilen bir istisna ise otomobillere zarar verilmesi durumunda, otomobilin değerini %30 oranına kadar aşan onarım masraflarının talep edilebileceği ilkesidir.²⁰

¹⁶ CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 16; Brehm, HAVE 2003, s. 119.

¹⁷ CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 16. Öğretide, İBK m. 42/3 ile getirilen genel ilke, hayvanlara hukuken daha iyi bir koruma sağlanacağı izlenimi yaratmaktaysa da, korunanın aslında hayvanlar değil, hayvan sahiplerinin duyguları olduğu ifade edilmektedir. BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 68; Brehm, HAVE 2003, s. 119; de Poret, N. 393; Krepper, AJP 2008, s. 705; Paul-Henri Steinauer, “Tertium datur?”, *Figures juridiques Rechtsfiguren, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier à l’occasion de son soixantième anniversaire / K(l)eine Festschrift für Pierre Tercier zu seinem sechzigsten Geburtstag*, (Peter Gauch / Pascal Pichonnaz (ed.)), Schulthess, Zurich-Bale-Geneve 2003, s. 51-60, s 59. Bu görüşe göre, hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının talep edilebilmesinin yalnızca belirli nitelikleri taşıyan hayvanlar bakımından kabul edilmesi de bunu göstermektedir. Brehm, HAVE 2003, s. 119.

¹⁸ Brehm, HAVE 2003, s. 119.

¹⁹ Bkz. BGE 129 III 331 E 2.2; Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Stämpfli, Bern 2012, N. 18.07; Rey, N. 322; Schneider Kayasseh, s. 88; Honsell/Isenring/Kessler, §8, N. 51.

²⁰ Bu kuralın temelinde yatan amaç mağdurun bütünlük menfaatinin korunmasıdır.

Kanun değişikliğinin gerekçesine göre de malın değerini aşan onarım masraflarının tazmininin talep edilebildiği istisnai haller zaten mevcuttur. Ancak hukuk güvenliğinin sağlanabilmesi amacıyla, bu hususun İBK m. 42/3 hükmü ile özel olarak düzenlenmesi amaçlanmıştır.²¹ Bu açıdan bakıldığında İBK m. 42/3 düzenlemesinin gerekliliği sorgulanabilir görünse de İsviçre'deki yargısal uygulama bunun aksini işaret etmektedir. Zira talep edilebilecek tedavi masraflarının hayvanın piyasa değeri ile sınırlı olması, 2003 tarihli kanun değişikliği öncesinde İsviçre öğretisinde eleştirilmekteydi; fakat eleştirilmekle birlikte, hayvanın piyasa değerini aşan tedavi masraflarının tazmini ne hükmedilen (yayınlanmış) herhangi bir mahkeme kararı bulunmaktaydı.²²

C. İBK m. 42/3'ün Uygulanması Bakımından Aranılan Koşullar

1. Zararın Tedavi Masraflarına İlişkin Olması

İBK m. 42/3 hükmünün uygulanması suretiyle, hayvanın değerini aşan zararların talep edilebilmesi çeşitli koşulların varlığına bağlıdır. Bunlardan ilki tazmini talep edilen zararların hayvanın tedavi masraflarından oluşmasıdır. Tedavi masrafları, hayvanın sağlığına kavuşturulması ve durumunun kötüleşmesinin engellenmesi için yapılması gereken veteriner masraflarıdır. Örneğin, hayvanın kurtarılması ve nakli için yapılan harcamalar, ilaç masrafları, veteriner kliniğinde kaldığı süre boyunca yapılan konaklama ve beslenme masrafları bu kapsamdadır. Ayrıca ötenazi yapılması gereken ağır yaralanmalarda, buna ilişkin harcama da tedavi masrafları içerisinde değerlendirilmelidir.²³

2. Hayvanın Ev Ortamında Tutulması

İBK m. 42/3 hükmü yalnızca ev ortamında tutulan hayvanlar bakımından uygulanır. Ev ortamında tutulan hayvan kavramının kap-

Ancak %30 oranı mutlak bir oran olmayıp, somut olayın özelliklerine göre artırılıp azaltılabilir. JZ 1992, 477, 479.

²¹ BB1 2002, 4171-4172. İBK m. 42/3'ün öğretilde zaten kabul edilmekte olan bir ilkenin tekrarı olduğu için gerekli olmadığını ifade eden Chappuis de buna rağmen söz konusu düzenlemenin hukuk güvenliği sağlayacağı görüşündedir. Guy Chappuis, "Les nouveaux droits du détenteur de l'animal tué ou blessé. Nouveaux, vraiment?", HAVE - Haftung und Versicherung 2004, s. 92-96, s. 95-96.

²² Schneider Kayasseh, s. 87.

²³ Schneider Kayasseh, s. 89.

samına hangi hayvanların girdiği kanunda tanımlanmamıştır. Ancak bu kavram, zarar gören kişinin evinde veya evinin yakınında baktığı hayvanları ifade eder.²⁴

Getirilen hükmün amacı insanların hayvanlarına karşı besledikleri duyguların kanun tarafından da tanınması olduğundan, “ev ortamı” teriminin çok dar şekilde yorumlanmasından kaçınılmalıdır.²⁵ Zira yalnızca ev içerisinde tutulan hayvanların değil, bahçede veya kulübede tutulan hayvanların da madde kapsamına gireceği kabul edilmelidir.²⁶ Bu bağlamda, kediler ve köpekler dışında kobay fareleri, kanaryalar veya cırlak sıçanlar (hamsterlar) da ev ortamında tutulan hayvan kapsamına girebilir.²⁷

3. Hayvanın Yatırım Amacı veya Ticari Amaçla Beslenmemesi

Yatırım amacı veya ticari amaçla beslenen hayvanlar, İBK m. 42/3 kapsamı dışında tutulmuştur. Örneğin, damızlık hayvanlar ile etinden, sütünden, yumurtasından veya yününden yararlanılmak amacıyla bakılan hayvanlar, ayrıca gösteri hayvanları ve yarışlarda kullanılmak üzere bakılan hayvanlar İBK m. 42/3’ün kapsamı dışındadır.²⁸ Ancak, beslenmesi neticesinde bir güvenlik sisteminin kurulum ve bakım maliyetlerinden tasarruf imkânı vermekteyse de, aile üyelerinin

²⁴ CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 17; BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 69; Brehm, HAVE 2003, s. 120.

²⁵ CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 17; BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 70; Martin A. Kessler, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2015, Art. 42 OR, N. 3d; Brehm, HAVE 2003, s. 120.

²⁶ Schneider Kayasseh, s. 56.

²⁷ CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 17; BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 69; Schneider Kayasseh, s. 56; Krepper, AJP 2008, s. 710. Ancak, bir kimsenin evinden kilometrelerce uzaktaki bir ahırda tutulan atın, hayvan ile hayvan bulunduran kişi arasında duygusal bir ilişki bulunsu dahi İBK m. 42/3 ve İBK m. 43/1^{bis} hükümleri kapsamına girmeyeceği kabul edilmiştir. Obergericht Aargau, 2. Zivilkammer, 26.08.2014, ZOR.2014.15

²⁸ CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 19; BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 71; Brehm, HAVE 2003, s. 120; Schneider Kayasseh, s. 59-60. Yatırım amacı veya ticari amaçla bakılan hayvanlar bakımından malvarlıksal zararların giderilmesine ilişkin kurallar uygulanacak ve bu hayvanların tedavi masrafları hayvanın piyasa değeri ile sınırlı şekilde tazmin edilecektir. Ancak bu kapsamdaki bir hayvanın zarar görmesi nedeniyle bir kazanç mahrumiyeti yaşanmış veya hayvanın değerinde azalma meydana gelmiş ise bunun tazmini talep edilebilir. Ayrıca zararın azaltılması için yapılan masraflar da talep edilebilir. Schneider Kayasseh, s. 97 vd.

kendisine duygusal değer atfetmesi halinde, bir bekçi köpeğinin İBK m. 42/3 kapsamına gireceği kabul edilmektedir.²⁹

Öğretide, bir kimsenin, yatırım amacı veya ticari amaçla beslediği bir hayvana, aynı zamanda duygusal değer veriyor olmasının, hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının talep edilmesine imkân vermeyeceği ileri sürülmektedir.³⁰ Bu görüşün temelinde kanun koyucunun iki farklı varsayımı yatmaktadır. Kanun koyucu, bir taraftan bir kimsenin ticari beklentisi olmaksızın bakımını üstlendiği ev hayvanına duygusal değer atfedeceğini, diğer taraftan ise bir hayvanı ticari amaçla kullanan kimse için hayvanın duygusal değer taşımayacağını varsaymıştır. Oysa İBK m. 42/3 hükmünün amaçsal yorumu neticesinde, bu varsayımın aksini ispatlamak mümkün olmalıdır. Kanımızca kazuistik bir yaklaşımdan kaçınarak, somut olay bazında bir değerlendirme yapılmalı ve hayvan sahibinin duygusal menfaatinin maddi menfaatine ağır bastığı hallerde İBK m. 42/3 hükmü uygulanmalıdır.³¹ Örneğin, bir kimsenin aynı evi paylaştığı köpeğini zaman zaman sokak gösterilerinde kullanarak ticari gelir elde ediyor olması, söz konusu hayvanın ev hayvanı olduğu gerçeğini değiştirmedeği gibi, hayvan sahibinin bu hayvana duygusal değer atfetmediği anlamına da gelmez.³² O halde, bu kişiyi, hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının tazmininden mahrum bırakmak İBK m. 42/3 hükmünün amacıyla bağdaşmaz.

Hayvanın ne amaçla bakıldığının tespiti bakımından esas alınacak zaman zararın gerçekleşme anıdır.³³ Zira ilk aşamada ticari amaçla bakılan bir hayvanın daha sonradan bu amacın ortadan kalkması halinde İBK m. 42/3 ve 43/1^{bis} hükümleri kapsamına girmesi mümkündür. Bu nedenle önemli olan zararın gerçekleşme anında hayvanın ne amaçla beslendiğidir.

²⁹ CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 19; BSK OR-Kessler, Art. 42 OR, N. 3d.; BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 72; Brehm, HAVE 2003, s. 120.

³⁰ CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 19.

³¹ BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 71; Brehm, HAVE 2003, s. 120; Michel/Schneider Kayasseh, s. 22.

³² Bu gibi hallerde, hayvanın bakılmasının asıl amacının ne olduğu somut olayın özellikleri çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Benzer örnekler için bkz. Schneider Kayasseh, s. 61-62.

³³ Schneider Kayasseh, s. 62; Krepper, AJP 2008, s. 710.

4. Tedavi Masraflarının Makul Olması

Kanun koyucu, ev hayvanlarının değerini aşan tedavi masraflarının bir zarar kalemi olarak talep edilebilmesinin, yalnızca bu masrafların makul olması halinde mümkün olacağına hükmetmiştir. Yapılan tedavi masrafının “makul” olup olmadığını, hâkim, Medeni Kanunun 4. maddesi çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak tespit edecektir.³⁴ Buna göre, makul bir hayvan sahibinin, tedavi masraflarını kendisi karşılayacak olsaydı somut olayda yapacağı tedavi masrafları “makul” kabul edilecektir.³⁵

Öğretide haklı olarak ifade edildiği üzere, masrafların makul olup olmadığı konusunda yapılacak değerlendirmede, öznel olarak zarar gören hayvan sahibinin yapacağı masrafların değil, nesnel olarak, insanlar ile hayvanlar arasındaki ilişkiye aşına olan ve hayvan sahibinin hayvana ilişkin manevi menfaatini ön planda tutan bir üçüncü kişinin yapacağı masrafların dikkate alınması gerekir.³⁶ Böylelikle, bir hayvan sahibinin, hayvanının tedavisi için tüm maddi kaynaklarını feda etmeyi göze alacak olması, failden de aynı davranışın beklenmesine imkân vermeyecektir. Öte yandan, öznel olarak davacının maddi durumu da dikkate alınmayacaktır. Zira davacının kendisinin maddi imkânsızlık nedeniyle söz konusu masrafları yapamayacağı ileri sürülerek, failin makul tedavi masraflarını ödemekten kaçınabilmesi kanun koyucunun amacı ile bağdaşmaz.³⁷ Ayrıca öğretide isabetli olarak

³⁴ CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 20; Brehm, HAVE 2003, s. 120; Schneider Kayasseh, s. 89. CHK-Müller, Art. 42 OR, N. 20; BK-Brehm, Art. 41 OR, N. 73; Strunz, s. 97. Brehm’e göre, her ne kadar İsviçre hukukunda hayvanlar eşya statüsünden çıkarılmış ise de, hayvanların iktisadi değer taşıdıkları gözden kaçırılmamalıdır. Bu nedenle, bir hayvana duygusal değer verilmesi, talep edilebilecek tedavi masraflarının sınırsız olması sonucunu doğurmaz. BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 73. Hatta yazara göre, genellikle hayvana eziyet teşkil edeceğinden, hayvanın yalnızca acı çekerek hayatta kalmasını sağlayacak türden umutsuz durumlarda tedavi girişimlerinden kaçınılmalıdır. BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 74; Brehm, HAVE 2003, s. 120.

³⁵ BB1 2002, 4172. Ayrıca hayvanın değerinin, türünün, yaşının, sağlık durumunun, tedavinin başarı şansının da dikkate alınması gereken unsurlar arasında olduğu savunulmaktadır. Örneğin, 50 İsviçre Frankı değerindeki bir köpek için değerinin on katı tutarında tedavi masrafları yapılmasının kabul edilebileceği; fakat 7.000 İsviçre Frankı değerindeki bir atın tedavisi için değerinin on katı tutarında tedavi masrafı yapılmasının uygun olmayacağı savunulmaktadır. Bkz. Schneider Kayasseh, s. 91 vd.

³⁶ Schneider Kayasseh, s. 90-91.

³⁷ Michel/Schneider Kayasseh, s. 23.

ifade edildiği üzere, burada nesnel bir ölçü olarak kabul edilecek kişinin hayvanları seven bir kimse olması gerekmektedir.³⁸

5. Tazminatın Hayvanın Tedavisi İçin Harcanması

İsviçre hukukunda, zarar görenin failden aldığı tazminatı ne şekilde kullanacağını serbestçe belirleyebileceği ilkesi geçerlidir. Buna göre, zarar gören dilerse zarara uğrayan malı tamir ettirir, dilerse yok olan malın yenisini alır veya tazminat bedelini farklı bir şekilde değerlendirebilir.³⁹ Ancak öğretilde, hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının tazmini söz konusu olduğunda, isabetli olarak hayvan sahibine bu tür bir serbestlik tanınmaması gerektiği savunulmaktadır.

İBK m. 42/3 hükmünün temelinde yatan düşünce, ev ortamında tutulan, yatırım amacı veya ticari amaçla beslenmeyen bir hayvanın sağlığına kavuşmasındaki menfaatin, bir kimsenin bozulan bir eşyanın tamirine ilişkin menfaatinden daha yüksek olmasıdır. Zira kanun koyucu hayvana verilen duygusal değer korunmaya değer bir menfaat olduğunu dikkate alarak böyle bir düzenleme yapmıştır.⁴⁰ Ancak, bir kimsenin elde edeceği tazminatı hayvanın tedavisi için harcamayı tercih etmesi, bu kişinin, hayvanın sağlığına kavuşmasında özel bir manevi menfaati bulunmadığını gösterir.⁴¹

III. Hayvanın Duygusal Değerinin Tazmin Edilmesi (İBK m. 43/1^{bis})

A. Genel İlke: Duygusal Değerin Tazmin Edilmemesi

İsviçre Hukukunda bir kimsenin herhangi bir eşyaya öznel olarak atfettiği ve iktisadi olmayan değer tazminat hesabında dikkate alınmaz. Örneğin, bir kimsenin büyükbabasının fotoğrafına veya aile yadigarı bir mücevhere zarar verilmesi halinde, mağdurun bu şeye verdiği duygusal değer tazmini kabul edilmez. Zira İsviçre Huku-

³⁸ Michel/Schneider Kayasseh, s. 23.

³⁹ Schneider Kayasseh, s. 102 vd; BSK OR-Kessler, Art. 43 OR, N. 2.

⁴⁰ Chappuis'ye göre, İBK m. 42/3 hükmü, hayvanın duygusal değerinin dikkate alınması gerektiğini ifade eden İBK m. 43/1^{bis} kuralının bir yansımasıdır. Zira bu halde hayvanın duygusal değeri, hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının karşılanması çerçevesinde dikkate alınacaktır. Chappuis, HAVE 2004, s. 96.

⁴¹ Schneider Kayasseh, s. 102 vd.

kunda zarar kavramının, fark teorisi uyarınca malvarlıksal bir azalmayı ifade ettiği kabul edilmektedir.⁴² Bu nedenle, manevi zararların ("immaterieller Schaden") tazmini kural olarak reddedilmektedir. Ancak istisnai hallerde "manevi haksızlığa" ("immaterielle Unbill") uğrayan bir kimsenin İBK m. 47 ve 49 çerçevesinde giderim/tatmin ("Genugtuung") isteme imkânı vardır.⁴³ Ne var ki, bu hallerde zarar söz konusu olmadığından, haksızlığa uğrayan kişinin talebinin hukuki niteliği tazminat değil, "giderim"dir.⁴⁴ Oysa Türk Hukukunda "immaterielle Unbill" kavramının karşılığı olarak "manevi zarar" kavramı, bunun neticesinde ileri sürülen talebe ise "manevi tazminat" adı verilmektedir.⁴⁵

B. İstisna: Hayvanın Duygusal Değerinin Tazmini

İBK m. 43/1^{bis} hükmüne göre, ev ortamında tutulan ve yatırım amacı veya ticari amaçla beslenmeyen bir hayvanın yaralanması ya da ölmesi halinde, mahkeme bu hayvanın onu bulunduran kişi veya bu kişinin yakınları için taşıdığı duygusal değeri de tazminatın belirlenmesi sırasında makul şekilde dikkate alabilir.⁴⁶ Böylelikle, zararın

⁴² Schwenzer, N. 17.01; Schneider Kayasseh, s. 137.

⁴³ BGE 87 II 290; Honsell/Isenring/Kessler, §8, N. 46; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 28. Bir malın duygusal değerinin, tazminat hesabında kural olarak dikkate alınmayacağını ifade eden Rey ise yüksek duygusal değere sahip bir malın zarara uğraması halinde oluşan ruhsal zararın İBK m. 49 çerçevesinde giderime konusu olabileceği görüşündedir. Heinz Rey, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2008, N. 323.

⁴⁴ Schwenzer, N. 17.01.

⁴⁵ Bkz. Çiğdem Kırca, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", *Yargıtay Dergisi*, C. 25, S. 3, Temmuz 1999, s. 242-270, s. 245; Kemal Tahir Gürsoy, "Manevi Zarar ve Tazmini", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 30, S., 1973, 1-4 s. 7-56, s. 8.

⁴⁶ İBK m. 43/1^{bis} hükmünün, ilgili maddenin birinci ve ikinci fıkraları arasına sıkıştırılmış olmasının sebebinin izah etmenin güç olduğu görüşünde bkz. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88f; Brehm, HAVE 2003, s. 121. Benzer görüşte bkz. KUKO OR-Schönenberger, Art. 42 OR, N. 17. Brehm'e göre, İBK m. 43/1^{bis} hükmü, hayvan sahibinin maruz kaldığı haksızlığın ("Unbill") giderilmesini düzenleyen özel bir giderim hükmüdür. Brehm, HAVE 2003, s. 121; BK-Brehm, Art. 43, N. 88f. O nedenle, İMK m. 641a'nın, hayvanları eşya statüsünden çıkaran düzenlemesinin ardından, kanun koyucunun bu hükmü, İBK m. 47'nin ikinci fıkrası olarak veya kişilik hakkı ihlallerine ilişkin İBK m. 49'un üçüncü fıkrası olarak düzenlemesi uygun olurdu. Ancak kanun koyucu bunu yapmayarak, kişilere verilen zararlardan kaynaklanan talepler ile hayvanların duygusal değerlerine ilişkin talepler arasında bir bağlantı kurulmasından kaçınmayı amaçlamıştır. Ne var ki bu çaba, söz konusu talepler arasında yakın ilişki olduğu gerçeğini değiştirmez. Zira İBK

fark teorisine göre malvarlıksal bir azalmayı ifade ettiği ve duygusal değerın tazminat hesabında dikkate alınmayacağı yönündeki ilke, cansız eşyalar bakımından geçerli olup madde kapsamına giren hayvanlar bakımından uygulanmayacaktır.⁴⁷ Zira İBK m. 43/1^{bis} hükmü ile hayvanlar ile insanlar arasındaki duygusal ilişkinin, hukuken korunmaya değer bir menfaat olduğu ve menfaat dengelemesi yaparken mahkemelerce dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir.⁴⁸

Kimi yazarlara göre, İBK m. 43/1^{bis} hükmü yalnızca hâkime, ticari amaçla beslenmeyen ev hayvanları ile diğer hayvanlar arasında ayrım yaparak, ev hayvanlarının duygusal değerini dikkate almak bakımından takdir yetkisi vermektedir.⁴⁹ Buna göre, hâkim takdir yetkisini, somut olayın özelliklerini dikkate alarak tazminatın belirlenmesinde hayvanın duygusal değerini dikkate almamak yönünde de kullanabilir.⁵⁰ Gerçekten de hükümde hâkimin, hayvanın duygusal değerini dikkate “alabileceği” (“kann”) ifadesi yer almaktadır. Kanımızca bunun sebebi, kanun koyucunun, hayvan sahibinin ticari bir kaygı duyumsuz ev ortamında beslediği hayvanına duygusal değer vereceği

m. 43/1^{bis} hükmü çerçevesinde bir hayvanın duygusal değerini hesaplayacak olan mahkeme, zorunlu olarak ölüm veya bedensel zarar halinde zarar görenin yakınlarına talepte bulunma imkânı sunan İBK m. 47 hükmünde bahsedilen “uygun” giderim ile benzerlik kuracaktır. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88f; Brehm, HAVE 2003, s. 121. Benzer görüşte bkz. Fellmann/Kottmann, N. 2579. Zararın belirlenmesi ile tazminatın hesaplanması iki farklı aşama olduğunu ifade eden Christine Chappuis ise hayvanın duygusal değerinin, zararın belirlenmesi aşamasında değil de, tazminatın hesaplanması aşamasında dikkate alınacağına hükmedilmiş olmasını eleştirmektedir. Bkz. Christine Chappuis, “Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux: Que vaut Médor?”, Le préjudice, une notion en devenir, (Christine Chappuis/Bénédict Winiger (ed.)), Schulthess, Geneve-Zürich-Bale 2005, s. 15-37, s. 27.

⁴⁷ BB1 2002, 4172. Brehm, tazminatın tespitinde hayvanın duygusal değerinin dikkate alınması suretiyle, fark teorisinin sınırlarının dışına çıkılmakla kalınmayıp, normatif zararın tazminine izin verildiğini ifade etmektedir. Bkz. BK-Brehm, Art. 42 OR, N. 68a.

⁴⁸ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88c; Goetschel/Bolliger, s. 19; Fellmann/Kottmann, N. 2578. Hayvanın duygusal değerinin tazmini, sözleşmesel sorumluluk hükümleri çerçevesinde de söz konusu olabilir. Zira haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümler borca aykırılık hallerinde de uygulanır. Krepper, AJP 2008, s. 707; Michel/Schneider Kayasseh, s. 27. Örneğin, hayvanın duygusal değeri, hayvana yanlış tedavi uygulayarak ölümüne yol açan bir veterinerden borca aykırılık hükümleri çerçevesinde talep edilecek tazminatın kapsamına da dâhil edilmelidir.

⁴⁹ Chappuis, HAVE 2004, s. 94. Benzer görüşte bkz. Walter Fellmann/Andrea Kottmann, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Stämpfli, Bern 2012, N. 2585.

⁵⁰ Fellmann/Kottmann N. 2585.

yönündeki varsayımının aksinin ispatlanabilecek olmasıdır. Bu bağlamda, söz konusu varsayımın çürütülmesi halinde hâkim duygusal değerın tazminine hükmetmeyecektir. Zira bu halde tazmini gerekecek bir duygusal değerin varlığından söz edilemeyecektir. Ne var ki, hükmü, hâkimin duygusal değerin ihlalini tespit ettiği halde dahi bunu tazminatın hesaplanmasında göz ardı edebileceği şeklinde yorumlamak hükmün amacı ile bağdaşmaz. Hâkimin duygusal değeri dikkate “alabileceği” ifadesinin lafzi yorumunda ısrarcı olunacak ise, bundan, dikkate “alamaz” ifadesinin tam tersi, yani kanun koyucunun hâkime fark teorisinden ayrılma imkânı verdiği anlaşılmalıdır.

Her ne kadar kanun koyucu, hayvanın duygusal değerinin hâkim tarafından dikkate alınabileceğini ifade etmekteyse de, bunun ne şekilde dikkate alınacağına ilişkin bir kural getirmemiştir. Bu konuda öğretilde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Başlıca görüşler ise maddi tazminat ve giderim görüşleridir.

1. Maddi Tazminat Görüşü

Öğretildeki bir görüşe göre, İBK m. 43/1^{bis} hükmüne dayalı talep maddi tazminat talebi niteliğindedir. Bu görüşün savunucularından Petitpierre’e göre, İBK m. 43/1^{bis} hükmünü kabul ederek fark teorisine önemli bir istisna getiren kanun koyucu, bir kimsenin hayvanı ile arasındaki duygusal bağın maddi tazminata hükmedilirken dikkate alınacağı kabul etmiştir.⁵¹ Benzer şekilde Schneider Kayasseh de, İBK m. 47 ve 49 hükümlerinden farklı biçimde burada asli olarak ihlal edilen değerin (kişilik hakkı değil) mülkiyet hakkı olduğu görüşündedir. Yazara göre, kanun koyucu, bir hayvanı konu alan mülkiyet hakkı ihlalinin bir manevi değerin de zarara uğramasına yol açacağını varsaymıştır. Bu nedenle söz konusu değer maddi tazminatın hesaplanmasında dikkate alınmalıdır.⁵² Strunz’a göre de İBK m. 43/1^{bis} hükmünde ifade

⁵¹ Gilles Petitpierre, “Réparation et dommage”, Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l’honneur de Pierre Wessner, (Oliver Guillod/Christoph Müller (ed)), Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, s. 275-288, s. 283.

⁵² Schneider Kayasseh, s. 140. Yazar, ev işi zararları ve bakım zararları söz konusu olduğunda Federal Mahkeme’nin klasik zarar tanımından ayrıldığını belirterek, benzer şekilde duygusal değerin de tazmini kabul edilen bir zarar kalemi olduğunu kabul etmektedir. Yazara göre, hayvanlar ile kurulan ilişki toplumun genel sağlığına katkıda bulunan bir malvarlıksal değer olup, İBK m. 41 hükmü, maddi tazminatın kapsamına hayvanın duygusal değerinin de dâhil edilebilmesine elve-

edilen ve hayvanın piyasa değerini aşan duygusal değerın tazmini kuralı, İBK m. 47’de bahsedilen «giderim» seçeneğine benzemekteyse de, giderimden farklı olarak söz konusu duygusal değer maddi tazminatın hesaplanmasında dikkate alınacaktır.⁵³

Maddi tazminat görüşünü benimseyen yazarlar İBK m. 43/1^{bis} hükmü ile kişilik hakkı ihlallerini konu alan İBK m. 47 ve 49 arasındaki ilişkiyi de irdemişlerdir. Bu bağlamda, söz konusu yazarlara göre, İBK m. 43/1^{bis} hükmü İBK m. 47 ve 49 hükümlerini dışlamaz. Bu nedenle, şartları gerçekleşiyor ise ayrıca İBK m. 47 veya 49 çerçevesinde giderim istenmesi de mümkündür.⁵⁴

Maddi tazminat görüşünün temelinde İBK m. 43/1^{bis} hükmünün varlığını açıklama çabası yatmaktadır. Zira ileride açıklanacağı üzere, giderim görüşü benimsendiği takdirde İBK m. 43/1^{bis} hükmünün varlık amacı sorgulanabilir hale gelmektedir. Bu nedenle, anılan yazarlar tazminat kurumuna başvurmayı tercih etmektedirler. Ancak İsviçre hukukunda manevi zarar kavramı kabul edilmediği için, başvurabilecek yegâne seçenek maddi tazminat olmaktadır.⁵⁵ Kanımızca bir hayvanın duygusal değerinin maddi tazminatın bir unsuru olarak kabul edilmesi güçtür. Zira bu değer malvarlıksal bir değer olmadığından, bu değere verilen zararı maddi zarar olarak nitelendirmek zorlama bir çözüm olur.

2. Giderim Görüşü

İsviçre’de birçok yazar İBK m. 43/1^{bis} hükmünün bir giderim düzenlemesi olduğunu savunmakta ve hükmü İBK m. 47 ve 49 hükümleri ile ilişkilendirilmektedir. Bu görüşün savunucularından Brehm’e göre, İBK m. 43/1^{bis} hükmünü kaleme alan kanun koyucu, hâkimin,

rişlidir. Schneider Kayasseh, s. 143-145.

⁵³ Strunz, s. 98.

⁵⁴ Bkz. Schneider Kayasseh, s. 174 vd. Strunz’a göre de hayvanlar genellikle aileden kabul edildikleri için aile fertlerine olan yakınlıkları dikkate alındığında, duygusal değerın tazmini yerine, İBK m. 47’nin kıyasen uygulanması suretiyle giderim talep edilebilmesi de mümkün olmalıdır. Strunz, s. 100.

⁵⁵ Hüküm ile manevi zararın tazmininin amaçlandığı görüşünde bkz. Antoine F. Goetschel / Gieri Bolliger, Das Tier im Recht, 99 Facetten der Mensch-Tier-Beziehung von A bis Z, Orell Füssli, Zürich 2003, s. 20. İBK m. 43/1^{bis}, uygulama alanı genişletilemeyecek türden yeni bir tazminat kuralı getirildiği görüşünde bkz. Steinauer, s. 59.

zarar gören hayvanın duygusal değerini “dikkate alınacağını” ifade etmekle yetinmiştir. O halde, hayvanın duygusal değeri, faile ödettirilecek toplam miktarın belirlenmesinde rol oynayacak unsurlardan birisidir. Bu bağlamda, hâkimin önünde iki seçenek vardır: hâkim, hayvanın duygusal değerini ayrı bir giderim kalemi olarak belirleyebileceği gibi, dilerse (kural olarak, tedavi masraflarından ibaret olan) maddi tazminat miktarını uygun oranda arttırma yoluna da gidebilir.⁵⁶ Ancak hâkimin ikinci seçeneği tercih etmesinin neticesi, manevi giderim ile maddi tazminatın tek bir potada toplanması olur, ki bu halde failin tazminat miktarının ne şekilde belirlendiğini anlaması güçleşir.⁵⁷ O nedenle yazar, tedavi masraflarını konu alan maddi tazminat taleplerine ilişkin İBK m. 42/3 hükmünden farklı olarak, İBK m. 43/1^{bis} hükmünün duygusal yakınlık değerine ilişkin manevi giderim taleplerini konu aldığı görüşündedir.⁵⁸

Öğretide İBK m. 43/1^{bis} hükmünün aceleyle kaleme alındığı ileri sürülmekte ve İBK m. 47 ve 49 hükümlerinin varlığı dikkate alındığın-

⁵⁶ İkinci seçenek lehine bkz. Fellmann/Kottmann, N. 2582.

⁵⁷ Brehm'e göre, fail tedavi masraflarını zaten ödemiş ise hâkim ikinci seçeneğe yönelebilir ve hayvanın duygusal değerini dikkate alarak toplam tazminatta cüzi bir artış yapma yoluna gidebilir. Ancak hayvan bulunduranın diğer yakınlarının da talepte bulunmaları halinde, hayvanın onlar için taşıdığı duygusal değer ayrıca hesaplanması gerekeceği açıktır. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88g.

⁵⁸ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88c. Giderim görüşünü savunan bir diğer yazar için bkz. Thomas Probst, “Der Ersatz immateriellen Schadens im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht”, *Strassenverkehrsrechts-Tagung 2010*, (http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaire/CH_Probst/files/OR%20AT%20II%20Vorlesung/ImmatSchaden.pdf) (Erişim Tarihi: 22.08.2016), s. 12. Bu çerçevede, Aargau mahkemesinin 2013 tarihli kararına (Aargau, Bezirksgericht, 10.07.2013, SG 2015 Nr. 1666) değinilmesinde fayda vardır. Karara konu olayda, davacı, av köpeği ile yürüyüş yaptığı sırada köpek yola fırlamış ve yoldan geçen bir aracın çarpması sonucu ölmüştür. Mahkeme, davacıya avlanırken yardımcı olması amacıyla satın alınmış olsa dahi, köpek ile sahibi arasındaki duygusal ilişkiyi dikkate alarak İBK m. 43/1^{bis} hükmünün uygulanacağına karar vermiştir (E. 4.3.1). Me-seleyi giderimi görüşü çerçevesinde ele alarak, İBK m. 47'nin yalnızca insanlara verilen zararları konu alması sebebiyle, davacının giderim talebine dayanak teşkil edemeyeceğini kabul eden mahkeme (E. 4.4.1), giderim talebini İBK m. 49 çerçevesinde değerlendirmiş ve köpeğin ölümünün, davacının kişiliğini ağır biçimde ihlal etmediği gerekçesiyle İBK m. 49'un şartlarının sağlanmadığına hükmetmiştir. Mahkemeye göre, evcil hayvanını kaybeden ortalama bir kimsenin bir süre için üzüntü yaşayacağı kabul edilebilirse dahi, bunun söz konusu kişi bakımından ağır bir kişilik hakkı ihlaline yol açacağını varsaymak mümkün değildir (E. 4.4.2). Buna karşılık mahkeme, köpeğin duygusal değerini dikkate alarak, davalıyı maddi tazminata ilaveten 2000 Frank tutarında bir ödeme yapmaya hükmetmiştir (E. 4.3.3).

dan İBK m. 43/1^{bis} hükmüne ne ölçüde ihtiyaç bulunduğu sorgulanmaktadır. Bu çerçevede, hükmün lafzına uygun şekilde uygulanması halinde isabetsiz sonuçlar doğacağından, mahkemelerin bu hükmü İBK m. 47 ve 49 ile uyumlu olacak şekilde yorumlamaları ve uygulamaları gerektiği savunulmaktadır.⁵⁹

Bilindiği üzere, İBK m. 47 ve 49 hükümleri, kişilik hakkı hukuka aykırı biçimde ihlal edilen kimselere veya kimi hallerde bu kimselerin yakınlarına failden “giderim” talebinde bulunma imkânı vermektedir. Özel olarak, ölüm ve vücut bütünlüğünün ihlalinin kaynaklanan kişilik hakkı ihlallerini konu alan İBK m. 47’ye göre, hâkim, vücut bütünlüğü ihlal edilen kişiye veya ölüm halinde ölen kişinin yakınlarına uygun miktarda paranın ödenmesini konu alan bir giderime hükmedebilir. Bu çerçevede, ölenin yakınlarının talepte bulunabilmesi bakımından, ölen kimse ile giderim talebinde bulunan kişinin akraba olup olmamaları önem taşımayıp, söz konusu iki kişinin *fiilen* yakın ilişki içinde olmaları aranmaktadır.⁶⁰ Öte yandan, İBK m. 49 hükmü ise kişilik hakkı ihlallerine dayalı giderim taleplerine ilişkin genel hüküm⁶¹ niteliğindedir. Her türlü kişilik hakkı ihlalinin kapsayan bu hüküm, ihlalin ciddiyetinin gerektirmesi ve başka türlü bir telafinin mümkün olmaması halinde, hâkimin mağdura bir miktar paranın ödenmesine veya farklı türden bir giderime hükmedebileceğini ifade etmektedir. Ayrıca, bir kimsenin yalnızca yaralanması halinde, bu kişinin İBK m. 47’ye dayalı olarak giderim talep edemeyen yakınları, *istisnai* hallerde İBK m. 49 çerçevesinde giderim talebinde bulunabilmektedirler. Ancak bunun için, söz konusu kişinin yaralanmasının, bu kimsenin yakınlarının kişilik haklarını da *doğrudan doğruya* ihlal etmesi gerekmektedir.⁶² Ayrıca Federal Mahkeme, talepte bulunacak yakınların, bu kişinin yaralanmasından, en az bu kişinin ölmesi halinde etkilenenleri kadar etkilenmeleri koşulunu aramaktadır.⁶³

⁵⁹ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89i; Brehm, HAVE 2003, s. 122.

⁶⁰ Schwenzer, N. 17.09; Huguenin, N. 1906.

⁶¹ İBK m. 47 ve 49 arasındaki özel hüküm-genel hüküm ilişkisi hakkında bkz. BGE 123, II 204, 210; Huguenin, N. 1903.

⁶² Schwenzer, N. 17.07; BGE 123 III 204, 206.

⁶³ BGE 112 II 226 E. 3b; BGE 125 III 412, 417 E. 2a; Huguenin, N. 1908. Örneğin, zamanında tıbbi müdahale yapılmaması sonucunda, çocukları beyin hasarına uğrayıp sürekli bakıma muhtaç hale gelen ebeveynlerin (BGE 116 II 519); geçirdiği trafik kazası sonucu ciddi beyin hasarına uğrayan çocuğun bakımını gerçekleştirmek amacıyla mesleğini bırakan annenin, çocuğun babasının ve kardeşinin (BGE 118 II 404); kaza sonucu felç kalan bir kimsenin eşinin ve çocuklarının (BGE 122 III 5) giderim talepleri kabul edilmiştir.

İBK m. 47 ve 49 hükümleri ile karşılaştırılması neticesinde, İBK m. 43/1^{bis} hükmüne yönelik eleştiriler özellikle birkaç noktada yoğunlaşmaktadır. Bunlardan ilki, hayvan bulunduranın *yakınlarının* İBK m 43/1^{bis} hükmüne dayalı olarak istemde bulunmalarının koşullarına ilişkindir. Buna göre, tıpkı İBK m. 47 hükmünde olduğu gibi, İBK m 43/1^{bis} hükmü de “yakınlara” giderim talep etme imkânı sunmaktadır.⁶⁴ İBK m. 47’ye dayalı olarak ölenin yakınlarının talepte bulunabilmesi bakımından, ölen kimse ile giderim talebinde bulunan kişinin akraba olmaları aranmamaktaysa da, iki kişi arasındaki akrabalık derecesini dikkate alarak aralarında bir duygusal bağ bulunduğunu varsaymak nispeten kolaydır. Ancak söz konusu olan bir hayvan olduğunda, duygusal kaybın özel olarak ispatlanması gerekecektir.⁶⁵ Diğer bir eleştiri ise, İBK m. 49 hükmü ile ilişkili olarak yapılmaktadır. Buna göre, bir kişinin yalnızca yaralanması durumunda yakınlarının failden İBK m. 49 çerçevesinde talepte bulunabilmeleri, sadece ihlalin ciddiyetinin gerektirmesi halinde, *istisnai nitelikteki* ruhsal acı ve üzüntü bakımından kabul edilmektedir.⁶⁶ Buna karşılık, yaralananın bir hayvan olması durumunda, hayvan bulunduran ve yakınlarının herhangi bir sınırlama olmaksızın talepte bulunabilecek olmaları isabetsiz bulunmaktadır.⁶⁷

Giderim görüşünü kabul eden yazarlar, İBK m. 43/1^{bis} hükmünde düzenlenen giderim isteme imkânının İBK m. 49’a dayalı giderim taleplerinden ne ölçüde farklı olduğu konusunda da görüş ayrılığı ya-

⁶⁴ İki hüküm arasındaki amaçsal benzerliğe rağmen, İBK m. 47 hükmü mağdurun yakınlarından bahsederken, İBK m. 43/1^{bis} kapsamına giren yakınların mağduru (hayvanı) bulunduran kişinin yakınları olduğu gözden kaçırılmamalıdır. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89f.

⁶⁵ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89f; Fellmann/Kottmann N. 2587.

⁶⁶ BGE 112 II 220 E. 3; BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89b. Zira Türk hukukundaki düzenlemenin (TBK m. 56/2) aksine, İBK m. 47’ye dayalı olarak bir kimsenin yakınlarının giderim isteminde bulunabilmeleri, kanunun açık düzenlemesi gereği söz konusu kişinin ölümü halinde mümkündür. Bu nedenle bir kimsenin yalnızca yaralanması halinde, yakınların istisnai olarak İBK m. 49’a dayalı olarak talepte bulunabilecekleri kabul edilmektedir.

⁶⁷ CHK OR-Müller, Art. 43 OR, N. 11; Brehm, HAVE 2003, s. 121; Fellmann/Kottmann N. 2597. Brehm’e göre, bu durum dikkate alındığında, bir hayvanın yalnızca yaralanması halinde İBK m. 43/1^{bis} hükmüne dayalı olarak giderim istenememeli- dir. Brehm, HAVE 2003, s. 121. Ancak yazara göre, hayvanın ölmesi durumunda hayvanı bulunduranın ve yakınlarının giderim talepleri kabul edilebilir. Brehm, HAVE 2003, s. 122. Hayvanın yalnızca yaralanması halinde de İBK m. 43/1^{bis} hükmünün uygulama alanı bulabileceği görüşünde bkz. Schneider Kayasseh, s. 149.

şamaktadırlar. Zira bir görüşe göre, İBK m. 43/1^{bis} hükmü ile yeni bir “manevi zarar” kategorisi yaratılmamış olup duygusal değer in ikame-si İBK m. 49’un şartları çerçevesinde sağlanabilir.⁶⁸ Hatta İBK m. 43/1^{bis} hükmü kanuna alınmamış olsaydı dahi, bir kimsenin yakın ilişki içe-risinde olduğu hayvanına zarar verilmesi halinde İBK m. 49 hükmü çerçevesinde talepte bulunabilmesi zaten mümkündür.⁶⁹ Diğer bir gö-rüşe göre ise bir hayvanın yaralanması veya ölümü, İBK m. 49’un şart-larını sağlar düzeyde ağır bir kişilik hakkı ihlali teşkil ediyorsa, İBK m. 43/1^{bis} hükmü çerçevesinde dikkate alınacak olan duygusal değere ilaveten, failden İBK m. 49 çerçevesinde giderim de istenebilir.⁷⁰ Kanı-mızca İBK m. 43/1^{bis} hükmü İBK m. 49’a göre özel hüküm olduğundan, İBK m. 43/1^{bis} doğru şekilde uygulanırsa İBK m. 49’a dayalı olarak ilave bir giderim istenmesine yer ve ihtiyaç yoktur.

İBK m. 43/1^{bis} hükmünün şartlarının İBK m. 49’un şartlarından daha hafif olması öğretilde eleştirilen bir diğer husustur. Buna göre, yaralanan bir kişinin İBK m. 49’a dayalı olarak istemde bulunması, hayvanı yaralanan kişinin (hayvan bulunduranın) İBK m. 43/1^{bis} hük-müne dayanarak istemde bulunmasından daha zor şartlara tabidir. Gerçekten de İBK m. 43/1^{bis} hükmünün lafzına bakıldığında, istemde bulunmanın şartlarının zarar görenin bir insan olmasına kıyasla daha hafif olduğu anlaşılmaktadır. Zira kişilik hakkı ihlal edilen kişinin tale-bi ihlalin ciddiyetinin bunu gerektirmesi koşuluna bağlanmıştır (İBK

⁶⁸ Chappuis, HAVE 2004, s. 94. Chappuis’ye göre, İBK m. 49 çerçevesinde, hâkim bir miktar paranın ödenmesine hükmedebileceği gibi bunun yerine veya buna ilave-ten başka türden bir giderime de hükmedebilir. O nedenle, yazara göre hâkim, bir miktar paranın ödenmesi yerine aynı türden yeni bir hayvanın verilmesine veya “çok istisnai” hallerde hayvanın defin masrafları ile mezarının yaptırılmasına da hükmedebilir. Hatta yazar, giderim kurumunun önemini kaybetmemesi ve bir hayvan ile bir insanın ölümünün karşılaştırılmasının önüne geçilebilmesi amacıyla, para dışındaki giderim türlerinin tercih edilmesini önermektedir. Chappuis, HAVE 2004, s. 95. Aksi görüşte bkz. Schneider Kayasseh, s. 173.

⁶⁹ CHK-Müller, Art. 43 OR, N. 11; BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88f, 89; Brehm, HAVE 2003, s. 121; Goetschel/Bolliger, s. 20; Schwenzer, N. 17.11. Goetschel/Bolliger’e göre ise, İBK m. 43/1^{bis} hükmü hukuka aykırı ruhsal haksızlıkların giderimini konu alan İBK m. 49’a yaklaşmaktaysa da, İBK m. 43/1^{bis} hükmünün işlevi hâkim tarafından hüküm verilirken hayvanın duygusal değerinin de dikkate alınması kuralını getirmesidir. Goetschel/Bolliger, s. 20. İBK m. 42 ve 43’te yapılan bu de-ğişikliklerin gerekliliği konusunda bir değerlendirme için ayrıca bkz. Chappuis, HAVE 2004, s. 92 vd.

⁷⁰ Schneider Kayasseh, s. 180; Krepper, AJP 2008, s. 707. Ayrıca bkz. İBK m. 49’un uygulanmasını çok istisnai hallerde kabul eden Schwenzer, N. 18.04.

m. 49/1).⁷¹ Oysa İBK m. 43/1^{bis} hükmüne dayalı istemler yönünden bu tür bir koşul aranmamıştır.⁷² Kanımızca, İBK m. 43/1^{bis} hükmü ihlalin ciddi olmasını özel olarak aramamışsa da, hâkim somut olay bazında bir değerlendirme yapmalı ve bunu yaparken de fiilin hayvana verdiği zararı ve buna bağlı olarak da talepte bulunan kişide yol açtığı etkiyi dikkate almalıdır. Örneğin, hayvan bulunduranın veya yakınlarının bir şahısvarlığı değerinin ihlal edilmediği çok ufak yaralanmalarda giderime hükmedilmemesi söz konusu olabilir.

C. Duygusal Değerin Tazmini Bakımından Aranan Koşullar

Duygusal değer kavramı, İBK m. 43 hükmünde yapılan değişikliğe kadar İsviçre haksız fiil hukukuna yabancı bir kavramdı.⁷³ Ancak, İBK m. 43/1^{bis} hükmü, hayvan ve insan arasındaki duygusal ilişkinin, menfaatler arasında bir değerlendirme yapan hâkim tarafından dikkate alınması gereken, hukuken korunan bir değer olduğunu ortaya koymuştur.⁷⁴ Bununla birlikte duygusal değer tazmini bakımından aranması gereken koşullar öğretide tartışma konusu olmuştur.

Tıpkı İBK m. 42/3 çerçevesinde arandığı gibi, İBK m. 43/1^{bis} hükmüne göre de ölen veya yaralanan hayvan, yatırım amacı veya mesleki amaçla beslenmeyen bir ev hayvanı olmalıdır. Böyle bir durumda, hâkim, faile ödettirilecek miktarı belirlerken hayvanın sahibi için taşıdığı duygusal değeri de dikkate alacaktır. Duygusal değer, bir insanın hayvanına karşı beslediği sevginin değeridir.⁷⁵ Ancak burada bahsedilen sevgi iktisadi anlamda bir değer taşımaz.⁷⁶ Bu sevgi para ile ölçü-

⁷¹ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89a.

⁷² Bu görüşe karşı çıkan Krepper'e göre, burada manevi nitelikte bir şahısvarlığı zararı söz konusu olup, İBK m. 43/1^{bis} hükmü ile yeni ve sui generis bir talep imkânı getirilmektedir. Bu nedenle de kişilik hakkının "ciddi" ve hatta herhangi bir şekilde ihlali aranmamalıdır. Krepper, AJP 2008, s. 706-707. Ancak yazara göre, bu halde ödettirilecek miktarın belirlenmesi bakımından giderimin hesaplanmasına ilişkin kurallardan faydalanılabilir. Krepper, AJP 2008, s. 713. Burada tazminat veya giderim değil, sui generis bir talebin söz konusu olduğu, bu nedenle kişilik hakkı ihlalinin aranması gerekmediği görüşündeki diğer bir yazar için bkz. Huguenin, N. 1913.

⁷³ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88e.

⁷⁴ BB1 2002, 4172.

⁷⁵ CHK-Müller, Art. 43 OR, N. 9.

⁷⁶ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88f; Brehm, HAVE 2003, s. 121.

lemeyeceğinden, bir kimsenin ev hayvanını kaybetmesi durumunda ödettirilecek tutar takdiri şekilde belirlenecektir.⁷⁷

Hayvan bulunduran kavramı, İBK m. 56 (TBK m. 67) hükmü kapsamında hayvan bulunduran kavramı ile aynıdır.⁷⁸ O nedenle hayvan bulunduran kişinin mutlaka hayvanın sahibi olması gerekmez.⁷⁹ Öte yandan, İBK m. 43/1^{bis} hükmü, hayvan bulunduranın yakınlarına da hayvana attettikleri duygusal değer nedeniyle talepte bulunma imkânı vermiştir. Ancak hükümde bahsedilen yakınların, hayvanın malikinin değil, hayvanı bulunduran kişinin yakınları olduğuna dikkat edilmelidir. Bu kişilerin ölen veya yaralanan hayvana karşı besledikleri sevginin yoğunluğu hayvan bulunduranlarla akrabalıklarının yakınlığına bağlı değildir.⁸⁰ Önemli olan bu kişilerin ev ortamında bulundurulan hayvan ile ilişkilerinin, bu hayvana duygusal değer verecek yakınlıkta olmasıdır.⁸¹ Bu bağlamda, zarar gören hayvana özel bir yakınlık duyduğunu iddia eden kimsenin bu hususu ispatlaması gerekir.⁸²

İBK m. 43/1^{bis} hükmünün lafzına bakıldığında, hükümde hayvan bulundurana “veya” yakınlarına talepte bulunma imkanı tanındığı görülmektedir. Bu nedenle, öğretideki bir görüşe göre, hayvan bulun-

⁷⁷ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 88e; Brehm, HAVE 2003, s. 121.

⁷⁸ CHK-Müller, Art. 43 OR, N. 10; BSK OR-Kessler, Art. 43 OR, N. 23; Fellmann/Kottmann, N. 2602; Brehm, HAVE 2003, s. 122. Ancak İBK m. 43/1^{bis} hükmü hayvana duygusal değer atfedilmesini gerektirdiğinden, İBK m. 56 hükmünün aksine, burada hayvan bulunduran yalnızca gerçek kişi olabilir. Schneider Kayasseh, s. 154; Krepper, AJP 2008, s. 712. Öte yandan ayırt etme gücünden yoksun kişilerin hayvana duygusal değer atfetmeleri mümkündür. Ancak öğretide bu kişilerin ayırt etme gücünden yoksunluklarının bir indirim sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Krepper, AJP 2008, s. 712.

⁷⁹ Schneider Kayasseh, s. 151; Fellmann/Kottmann, N. 2583. Bu bağlamda, hayvan ve onun getirileri üzerinde hâkimiyet sahibi olan veya bunlar hakkında karar verme yetkisine sahip olan kişi de hayvan bulunduran kişi kapsamına girer. Krepper, AJP 2008, s. 712.

⁸⁰ Öğretide, hayvan bulunduranın yakınlarının hayvana korunmaya değer düzeyde duygusal değer attettiklerinin kabul edilebilmesi için bu kimselerin hayvan bulunduran ile aynı evde yaşamaları gerektiği görüşü de savunulmaktadır. Fellmann/Kottmann, N. 2607. Örneğin, hayvan bulunduran kişinin çocukları, eşi, nişanlısı veya evlilik dışı birlikte yaşadığı kimse “yakın” kavramına dâhil sayılır. Krepper, AJP 2008, s. 712; Fellmann/Kottmann, N. 2607.

⁸¹ Fellmann/Kottmann, N. 2606.

⁸² CHK-Müller, Art. 43 OR, N. 10; Brehm, HAVE 2003, s. 122; Schneider Kayasseh, s. 62; Fellmann/Kottmann N. 2587.

duran kişinin yakınlarının İBK m. 43/1^{bis} hükmü çerçevesinde talepte bulunabilmeleri için, bu kimselerin hayvana hayvan bulunduran kişinin attettiğinden daha fazla duygusal değer atfetmeleri gereklidir. Aksi halde talepte bulunma hakkı yalnızca hayvan bulunduran kişiye aittir. Bu görüşü savunan yazarlara göre, hayvanı bulunduran kişinin birden çok olması halinde de yalnızca hayvana duygusal açıdan en yakın olan kişi veya onun yakınları talepte bulunabilecektir.⁸³ Yine bu görüşü savunan yazarlara göre, hayvana duygusal değer atfeden birden çok yakın arasından ise yalnızca hayvana duygusal açıdan en yakın olan kişinin talepte bulunması mümkün olacaktır.⁸⁴ Aksi yöndeki görüşe göre ise, hayvanı bulunduran birden çok kişi ile bu kişinin çok sayıdaki yakınlarından her biri ayrı ayrı talepte bulunabilmelidirler.⁸⁵ Gerçekten de hükmün amacının hayvanın ölümü nedeniyle ortaya çıkan duygusal değer kaybının telafisi olduğu dikkate alındığında, talepte bulunma hakkının yalnızca bu kişilerden bir tanesine tanınması kabul edilemez.

İBK m. 43/1^{bis} hükmü, hayvanın duygusal değerinin hâkim tarafından “makul” biçimde dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda, öğretide hâkimin göz önünde bulundurması gereken çeşitli unsurlar önerilmektedir. Örneğin, hayvan ile geçirilen sürenin niteliği ve niceliği; mağdurun yaşı, sağlık durumu ve aile yapısı gibi kişisel yaşam koşulları; hayvanın sahiplenilmesi dâhil olmak üzere hayvana ilişkin özel durumlar ve insan ile hayvan arasındaki ilişkinin süresi hakim tarafından dikkate alınmalıdır.⁸⁶

Her ne kadar İBK m. 43/1^{bis} hükmü hayvanın yalnızca ölümü halinde değil, yaralanması durumunda da duygusal değerinin dikkate alınmasına hükmetmiş ise de, kimi yazarlara göre hayvanın yalnızca yaralandığı hallerde hâkim duygusal değerini karşılanmasına hükmetmemelidir.⁸⁷ Zira yaralanan bir kişinin yakınlarının manevi taz-

⁸³ Fellmann/Kottmann, N. 2605

⁸⁴ Fellmann/Kottmann, N. 2608.

⁸⁵ Schneider Kayasseh, s. 153

⁸⁶ Schneider Kayasseh, s. 158 vd.

⁸⁷ Bu görüşte bkz. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89b; Chappuis, HAVE 2004, s. 95. Aksi görüşte bkz. Krepper, AJP 2008, s. 712. Chappuis’ye göre zarar gören hayvanın duygusal değeri hayvanın değerini aşan tedavi masraflarının ödettilmesi suretiyle dikkate alınmış olur. Chappuis, HAVE 2004, s. 96. Fellmann/Kottmann’a göre de hayvanın kalıcı hasara yol açmayan şekilde yaralanması halinde de İBK

minat talepleri istisnai haller dışında kabul edilmemektedir. Oysa bir hayvan söz konusu olduğunda, meydana gelen zarar genellikle daha hafif olmakta ya da daha ağır olsa bile kısa süre içerisinde ötenazi yoluna gidilmektedir.⁸⁸ Ancak hayvanın ölümü durumunda, hayvanı bulunduranın (veya yakınlarının) hayvanla yakın ilişki içinde olması sebebiyle duyacağı acı ve üzüntü dikkate alınarak İBK m. 43/1^{bis} hükmünün uygulanabileceği savunulmaktadır.⁸⁹

Tartışmalı konulardan bir diğeri de, duygusal değer dikkate alındığı hallerde bu değer faille ödettirilecek tutarın belirlenmesinde ne ölçüde etkili olacağına ilişkindir. Bu çerçevede kimi yazarlara göre, zarar gören hayvanı elinde bulundurana (veya onun yakınlarına) ödenecek tutar, zarar gören bir insanın kendisine ödenen tutardan düşük olmalı⁹⁰, hatta ihlal edilen duygusal değer etkisi yalnızca cüzi miktarda olmalıdır.⁹¹ Bu görüşü eleştiren yazarlar ise cüzi miktarda bir ödeme yapılması görüşünün kanun değişikliğinin amacı ile örtüşmeyeceğini savunmaktadırlar.⁹² Hatta kimi yazarlara göre, hükmedilecek tutar, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, bir kimsenin çocuğunun ölmesi durumunda hükmedilecek tutara kadar çıkartılabilir.⁹³

m. 42/3 hükmünün mağdura sunmuş olduğu, hayvanın piyasa değerini aşan tedavi masraflarının talep edilebilmesi imkânı yeterli kabul edilmelidir. Fellmann/Kottmann, N. 2600. Ancak, yazar bir kimsenin hayvan ile sürdürdüğü ilişki uzun vadeli olarak ve çok ciddi biçimde zarar görmüş ise bu halde hayvanın duygusal değerine dayalı bir talep ileri sürülebilmesinin mümkün olacağı görüşündedir. Fellmann/Kottmann, N. 2599.

⁸⁸ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89b; Brehm, HAVE 2003, s. 121. Hayvanın yaralanması halinde, ihlalin giderime hükmedilmesini gerektirecek ölçüde ciddi olmayacağı görüşünde ayrıca bkz. Chappuis, HAVE 2004, s. 95. Ancak yazar ötenazi durumunda, hayvanın ölümü gerçekleşeceğinden giderim istenmesinin mümkün olacağı görüşündedir. Chappuis, HAVE 2004, s. 95.

⁸⁹ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89c

⁹⁰ Brehm, HAVE 2003, s. 122. Brehm'e göre bir hayvanın yalnızca yaralandığı hallerde hayvan sahibinin hayvana verdiği duygusal değer azalmayacak, hatta artacaktır. Brehm, HAVE 2003, s. 121.

⁹¹ BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89g; Brehm, HAVE 2003, s. 122; Chappuis, HAVE 2004, s. 95; Fellmann/Kottmann N. 2596. Zira Brehm'e göre, insanlardan farklı olarak, ölenin bir hayvan olması durumunda yerine yenisinin satın alınabileceği de dikkate alınmalıdır. Yazara göre, her hayvanın kendi karakteri olsa da, iki hayvan arasındaki benzerlik iki insan arasındaki benzerlikten daha fazladır. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89g; Brehm, HAVE 2003, s. 122.

⁹² Schneider Kayasseh, s. 169.

⁹³ Strunz, s. 98. Eleştirisi için bkz. BK-Brehm, Art. 43 OR, N. 89h.

Son olarak, İBK m. 43/1^{bis} hükmüne dayalı olarak duygusal değerin talep edilebilmesi için, sorumluluğun genel şartlarının sağlanması gerektiği kabul edilmektedir. Daha açık bir ifadeyle, duygusal değerin tazmin edilebilmesi için, hayvana duygusal değer veriliyor olması; duygusal değer kaybı yaşanması; hayvana verilen zararın hukuka aykırı olması ve davalının fiili ile davacının yaşamış olduğu duygusal değer kaybı arasında uygun illiyet bağı bulunması gerekmektedir.⁹⁴

D. Değerlendirme

İBK m. 43/1^{bis} hükmü ile yapılan düzenleme, İsviçre’de hayvanlara verilen toplumsal değerin bir yansımasıdır. Özellikle, kanun koyucunun İsviçre hukukunun çeşitli alanlarında yapmış olduğu değişiklikler bir arada değerlendirildiğinde, hâkime verilmek istenen mesaj, hayvanlara zarar verilmesi durumunda manevi tazminata (veya İsviçre hukukundaki ifadesiyle giderime) hükmetmekten imtina etmesidir.

Bir kimsenin herhangi bir maddi çıkar beklemeksizin evinin içerisinde beslediği hayvanına verilen zarar, hayvanın bakımını üstlenen kişide ve bu kişinin yakınlarında derin üzüntüye yol açmaktadır. Bu durumu göz önünde tutan kanun koyucu, tıpkı kişilik hakkı ihlallerinde olduğu gibi bu halde de mağdura ödenecek bir miktar para ile mağduriyetinin hafifletilmesini amaçlamıştır. İBK m. 43/1^{bis} hükmünün yorumlanmasında ve uygulanmasında da bu esas göz önünde tutulmalıdır.

İBK m. 43/1^{bis} hükmü ile İBK m. 47 ve 49 hükümleri arasında bir benzerlik olduğu inkâr edilemez. Ancak İsviçre mahkemelerinin İBK m. 43/1^{bis} hükmü öncesindeki uygulamalarına bakıldığında, hayvanı yaralanan kimseler bir yana, hayvanı ölen kişilerin dahi İBK m. 49’a dayalı taleplerinin reddedildiği görülmektedir. Örneğin, Thurgau Yüksek Mahkemesi (Obergericht), 1965 tarihli bir kararında⁹⁵, insanlar ve hayvanlar arasında yakın bir ilişki olsa dahi, bir hayvanın ölümünün, kanunun aradığı ciddiyette bir kişilik hakkı ihlaline yol açmaya-

⁹⁴ Aargau, Bezirksgericht, 10.07.2013, E. 4.3.2, SG 2015 Nr. 1666. Failin kusurlu olması ise aranmaz bkz. Schneider Kayasseh, s. 147 vd.

⁹⁵ SJZ 62/1966 s. 328.

cağını kabul etmiştir.⁹⁶ Bu durum, mevzuat zemininde ihtiyaç olmasa da, İsviçre mahkemelerinin içtihat değişikliğine gitmeye yönlendirilmesi için İBK m. 43/1^{bis} hükmüne ihtiyaç bulunduğunun kanıtıdır.

Öğretide, İBK m. 47 ve 49 hükümleri çerçevesinde ölen veya ağır yaralananın yakınlarına nadiren ödeme yapıldığı gerekçesiyle, yakınların İBK m. 43/1^{bis} hükmüne dayalı taleplerinin reddedilmesi gerektiği savunulmaktadır.⁹⁷ Ayrıca, hayvanın yalnızca yaralandığı hallerde de hâkimin İBK m. 43/1^{bis} hükmüne dayalı olarak duygusal değerın tazminine hükmetmemesi gerektiği savunulmaktadır. Kanımızca her iki görüş de hükmün amacını göz ardı etmektedir. Zira aralarındaki benzerliğe rağmen, İBK m. 43/1^{bis} hükmü İBK m. 47 ve 49 hükümlerinden farklı, yeni bir hükümdür. O nedenle, söz konusu maddelere ilişkin esaslar İBK m. 43/1^{bis} hükmü bakımından olsa olsa yol gösterici olabilir. Buna karşılık, bu maddeler gerekçe gösterilerek İBK m. 43/1^{bis} hükmünün içinin boşaltılması kabul edilemez. Bu çerçevede, zarar görenin bir insan olması halinde giderim elde edilebilmesinin koşullarının daha zor olması da farklı bir yorumu haklı kılmaz. Zira İBK m. 43/1^{bis} hükmü, hâkimin somut olayın tüm özelliklerini dikkate alarak giderim miktarını belirlemesini gerekli kılar. Bu çerçevede, zarar görenin bir insan olması durumunda daha zor koşullarda; fakat daha yüksek miktarda ödemelere hükmedilirken, zarar görenin bir hayvan olması durumunda daha kolay koşullarda; fakat daha düşük miktarda ödemelere hükmedilebilir. Hayvanın ölmeyip yalnızca yaralandığı hallerde ise bu miktarın görece daha düşük tutulması mümkündür. Ne var ki, hâkim her durumda somut olay bazında bir değerlendirme yapmalı ve bunu yaparken zararın derecesini ve buna bağlı olarak da talepte bulunan kişide yol açtığı etkiyi dikkate almalıdır. Nihayetinde ister giderim isterse tazminat adı altında olsun, bir ödemeye hükmedilebilmesi için hayvan bulunduranın veya yakınlarının bir şahısvarlığı değerinin ihlal edilmesi gerekli olup çok ufak yaralanmalarda giderime/tazminata hükmedilmemesi söz konusu olabilir. Somut olayda adaleti dağıtma görevinin hâkime verilmesinin sebebi, kendisinin bu muhakemeyi yapabilecek olmasıdır. O nedenle, hayvanın yaralandığı hallerde hayvan bulunduranların ve yakınlarının taleplerinin doğrudan doğruya reddedilmesi ne gerekli ne de isabetlidir.

⁹⁶ Bkz. Chappuis, HAVE 2004, s. 93 dn. 9.

⁹⁷ Bkz. yuk. III. B. 2.

IV. Türk Hukukunda Genel Olarak Manevi Tazminat ve Hayvanlara Verilen Zararlara Dayalı Manevi Tazminat İstemleri

A. Genel Olarak Manevi Tazminat Düzenlemesi

İsviçre Hukukunda zarar kavramının, fark teorisi uyarınca malvarlıksal bir azalmayı ifade ettiği kabul edildiğinden,⁹⁸ manevi zararların ("immaterieller Schaden") tazmini kural olarak reddedilmekte; fakat istisnai hallerde "manevi haksızlığa" ("immaterielle Unbill") uğrayan bir kimseye İBK m. 47 ve 49 çerçevesinde giderim/tatmin ("Genugtuung") isteme imkânı tanınmaktadır.⁹⁹ Ancak Türk Hukukunda "immaterielle Unbill" kavramının karşılığı olarak "manevi zarar" kavramı, bunun neticesinde talep edilen ve bir miktar paranın ödenmesini konu alan giderime ise "manevi tazminat" adı verilmektedir.¹⁰⁰

Türk hukukunda manevi tazminat istemleri 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. ve 58. maddelerinde düzenlenmiştir. Ölüm ve bedensel zarar hallerini konu alan TBK m. 56¹⁰¹, bedensel bütünlüğü zedelenen kişiler ile ölen veya ağır bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınlarına manevi tazminat talep etme imkânı sunmaktadır.¹⁰² Buna karşılık, TBK m. 58¹⁰³ ise genel olarak kişilik hakkının zedelenmesi durumlarında manevi tazminat istemlerini düzenlemektedir.

⁹⁸ Schwenzer, N. 17.01; Schneider Kayasseh, s. 137.

⁹⁹ BGE 87 II 290; Honsell/Isenring/Kessler, §8, N. 46; CHK-Müller, Art. 41 OR, N. 28.

¹⁰⁰ Bkz. Kırca, Manevi Tazminat, s. 245; Gürsoy, s. 8.

¹⁰¹ "d. Manevi tazminat

Madde 56- Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir."

¹⁰² Oysaki 818 sayılı eski Borçlar Kanununun 47. maddesi, tıpkı İBK m. 47 gibi, ağır bedensel zarar durumunda zarara uğrayan kişinin yakınlarına manevi tazminat talep etme imkânı vermemekteydi.

¹⁰³ "3. Kişilik hakkının zedelenmesi

Madde 58- Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir."

B. Zarar Görenin Yakınlarının Manevi Tazminat İstemleri

Türk Hukukunda zarar görenin yakınlarının tazminat istemleri iki farklı hükme dayalı olarak karşılanabilmektedir. Bu hükümlerden ilki, ağır bedensel zarar veya ölüm hallerinde mağdurun yakınlarına da manevi tazminat talep etme imkânı getiren TBK m. 56/2 hükmüdür. Bu hüküm, Türk-İsviçre hukuklarındaki yerleşik kural olan, yansıma zararların tazmin edilmeyeceği ilkesinin bir istisnasını konu almaktadır.¹⁰⁴ Zira kanunun açık hükmü, zarar görenin yakınlarının *yansıma suretiyle* maruz kaldıkları zararlarının tazmini bakımından hukuka aykırılık bağı teşkil eder.¹⁰⁵

Türk hukukunda zarar görenin yakınlarına tazminat imkânı tanıyan ikinci düzenleme kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören kişiye manevi tazminat talep etme imkânı tanıyan TBK m. 58 hükmüdür. Zira bir yakının zarar uğraması, bir kimsenin şahısvarlığı değerlerini de *doğrudan* ihlal ediyorsa bu halde TBK m. 58'e dayalı olarak tazminat talep edilebilir.

Eski BK, İsviçre hukukundaki düzenlemeye koşut biçimde bir kimsenin yakınlarının manevi tazminat talep edebilmelerinin yalnızca bu kişinin ölümü halinde mümkün olabileceğini ifade etmişti. Yargıtay ise çeşitli kararlarında, cismani zarar kavramının içerisinde ruhsal bütünlüğün de yer aldığını ve bir yakınının maruz kaldığı olay neticesinde, kendi ruhsal sağlığı bozulan kişinin de kişilik hakkı ihlali nedeniyle manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmekteydi. Ancak ağır bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınlarının manevi tazminat taleplerinin hangi şartlarda ve hangi hükümler çerçevesinde söz konusu olabileceği tartışmalıydı.¹⁰⁶ Bugün ise TBK m. 56/2'nin açık düzenlemesi karşısında bu tartışmaya yer kalmamıştır.

¹⁰⁴ BK-Brehm, Art. 47 OR, N. 132; Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, Vedat, İstanbul 2014, s. 261, 279.

¹⁰⁵ Haksız fiil hukukunda yansıma zararların tazmini, normun koruma amacı kuramı ve hukuka aykırılık bağı hakkında bkz. Yeşim M. Atamer, Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Beta, İstanbul 1996, s. 70 vd.; Pınar Çağlayan Aksoy, Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, XII Levha, İstanbul 2016, s. 312 vd.; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014, s. 595 vd.; Çiğdem Kırca, Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, BTHAE, Ankara 2004, s. 9 vd.

¹⁰⁶ Yargıtay'ın bu hallerde TBK m. 58'e tekabül eden eBK m. 49'a dayalı olarak tazminata hükmettiği kararlar için bkz.. Yarg. 4. HD., E. 2001/4012, K. 2001/8028, T. 17.9.2001; Yarg. 4. HD., E. 2007/11865, K. 2008/10360, T. 16.9.2008. Ayrıca bkz.

C. Hayvanlara Verilen Zararlar Nedeniyle Manevi Tazminat İstemi

1. Yargıtay'ın Görüşü

Yukarıda da ifade edildiği üzere, Türk Hukukunda “immaterielle Unbill” kavramının karşılığı olarak “manevi zarar” kavramı, bunun neticesinde talep edilen ve bir miktar parayı konu alan giderime ise “manevi tazminat” adı verilmektedir. O nedenle Türk hukuku bakımından sorulması gereken soru, evcil hayvanına zarar verilen bir kimsenin, bu zarar nedeniyle failden manevi tazminat isteminde bulunup bulunamayacağıdır.

Yargıtay çeşitli kararlarında haksız fiil sonucu hayvanı ölen kişilerin manevi tazminat taleplerini reddetmiştir. Mahkemeye göre, bir kimsenin köpeğinin tüfekle vurularak öldürülmesinden¹⁰⁷ veya ineklerinin çalınarak kesilmesinden¹⁰⁸ ya da elektrik idaresine ait elektrik direğinin bağlantı hattının koparak orada otlayan ineğinin çarpılmasına sebep olmasından¹⁰⁹ “doğan zararı davacının iç huzurunu bozacak ni-

Yarg. HGK, E. 1998/4-251, K. 1998/265, T. 1.4.1998: “Bu bağlamda BK.nun 49. maddesindeki düzenleme itibarıyla, kişinin bizzat değil de, yakınlıklarının (karı-koca, ana-baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağının zarar gördüğünün kabulü gerekir.” Yargıtay’ın kimi kararlarında ise ağır bedensel zarar halinde tazminata hükmederken TBK m. 56/2’ye tekabül eden (fakat ağır bedensel zararların tazminine ilişkin istisnaya yer vermeyen) eBK m. 47’ye dayandığı görülmektedir. Örnekler için bkz. Yarg. HGK, E. 1995/11-122, K. 1995/430, T. 26.4.1995; Yarg. 21. HD., E. 2003/4754, K. 2003/5612, T. 12.6.2003; Yarg. 21. HD., E.2003/9485, K. 2003/9701, T. 1.12.2003. Bu çerçevede Yargıtay söz konusu talebi kimi kararlarında eBK m. 47’ye, kimi kararlarında ise eBK m. 49’a dayandırmakla kalmamış, eBK m. 47’ye dayalı olarak tazminata hükmettiği kimi hallerde yakınların yansıma değil, doğrudan zarara uğradıklarını kabul etmiştir. Örneğin, bkz. Yarg. HGK, E. 1995/11-122, K. 1995/430, T. 26.4.1995; Yarg. 21. HD., E.2003/9485, K. 2003/9701, T. 1.12.2003. eBK döneminde, ağır bedensel zarar hallerinde zarar görenin yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunup bulunamayacaklarına ilişkin olarak ileri sürülmüş görüşler için ayrıca bkz. Seda İrem Çakırca “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınlığın Manevi Tazminat Talebi”, *Journal of Yaşar University*, C. 8, S. Özel, 2013, s. 785-807, s. 786 vd.

¹⁰⁷ Yarg. 4. HD., E. 2015/16384, K. 2016/6381, T. 9.5.2016; Yarg. 4. HD., E. 2014/11340, K. 2014/14928, T. 10.11.2014. Benzer şekilde bkz. Yarg. 4. HD. E. 2014/8134, K. 2015/3858 T. 30.3.2015; Yarg. 4. HD., E. 2014/7670, K. 2014/8473, T. 22.5.2014.

¹⁰⁸ Yarg. 4. HD., E. 2013/17800, K. 2014/14023, T. 27.10.2014.

¹⁰⁹ Yarg. 3. HD., E. 2012/18288, K. 2012/23291, T. 12.11.2012.

telikte bir olgu değildir. Manevi tazminatın koşullarını düzenleyen Borçlar Yasası'nın 49. maddesine göre hayvanın uğradığı zarar kişinin sosyal, fiziki ve kişilik değerlerine saldırı oluşturacak nitelikte bir eylem olarak benimsenemez."

Kanaatimce Yargıtay'ın yukarıda bahsedilen yerleşik içtihadı çağın gereklerinin gerisinde kalmıştır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin, köpeği başkasına ait bir köpek tarafından öldürülen bir kimsenin manevi tazminat istemi reddettiği 2005 tarihli bir kararında¹¹⁰ yazılan karşı oy, meselenin esasını hakkıyla ortaya koyduğundan burada alıntılanmasında fayda vardır: *"Davacıya ait köpeğin ölümü nedeniyle manevi tazminat isteminin reddine ilişkin olan sonuca katılmıyorum. Sorun, bir kimsenin evinde baktığı, sahiplendiği, birlikte yaşadığı evcil bir hayvanın ve özellikle köpeğin ölümünden dolayı manevi tazminat isteyip isteyemeyeceği noktasında toplanmaktadır.*

Bilindiği üzere, kedi, köpek, kuş gibi evcil hayvanlar sahiplerine ekonomik bir yarar sağlamayan, salt kişinin duygu ve ruh alanını ilgilendiren ve bu amaçla beslenen, bakılan hayvanlardır. Kişinin bunlardan hiçbir ekonomik çıkarı olmadığı gibi, onlar için önemli ölçüde giderler yapmakta, özellikle köpeğin beslenme giderleri yanında onu her gün gezdirmekte, seyahatlerinde birlikte götürmek zorunda kalmaktadır. Bu tür hayvanlar adeta sahibi ve ev halkı ile bütünleşmekte ve ev halkından biri gibi görülmektedir. Diğer hayvanlardan farklı olarak ev halkı ile birlikte aynı evde, aynı odada yaşamaktadırlar. Böylece, ev halkı ile köpek arasında bir sevgi bağı, duygusal bir ilişki ve uzlaşma, anlaşma, birbirine pozitif enerji verme sonucu da doğmaktadır. Bu sonuç, hem köpeği ve hem de sahibini mutlu kılmakta ve yaşama bakışını olumlu yönde gelişmesini sağlamaktadır. Sosyolojik ve psikolojik olarak, köpeğin sahibi üzerinde sağlık sorunlarını olumlu yönde geliştirdiği de bilinmektedir. Bunun içindir ki, bu tür hayvanların beslenmesi, bakılması, ev halkı ile birlikte yaşaması önem ve özellik taşımaktadır. Bunun içindir ki, diğer hayvanlardan, bu bağlamda, etinden sütünden ve diğer ürünlerinden yararlanıldığı için bu amaçla beslenen ve bakılanlardan ayrı bir yeri ve bakılma amacı bulunmaktadır. Salt kişinin ruh yapısı üzerindeki etkisi nedeniyle beslenip bakılmaktadırlar.

¹¹⁰ Yarg. 4. HD., E. 2004/9526, K. 2005/3733, T. 11.4.2005.

Bu ölçüde olumlu katkıları olan bir canlının, evden yok edilmesi, herhangi maddi bir değeri olan bir hayvandan daha çok üzüntü yaratacağı ev halkı ve sahibinin duygusal ve sosyal kişilik değerlerini önemli ölçüde bozacağı tartışmasız kabul edilmelidir. Böyle bir sonuç, salt üzüntü değil, kişinin ruh yapısını da olumsuz etkileyecektir. Yeri ne koyacağı başka bir köpek, hiçbir zaman aynısı olmayacağı için sahibinin ruh ve duygusal dengesinin düzelmesini sağlayamayacaktır.

Uygulamada ve kişi yaşamında, köpeği ölen veya öldürülenin manevi tazminat isteyebileceği, kabul edilen bir olgudur. Bu nedenle yerel mahkemenin gerekçeden yoksun olarak varılan sonucu ve aynı sonucu uygun gören daire kararına katılamıyorum. Davacıya, köpeğinin ölümü nedeniyle manevi tazminat verilmek üzere kararın bozulması gerektiği düşüncesindeyim.”

Yukarıda alıntılanan karşı oy yazısında haklı olarak ifade edildiği üzere, ticari amaç gütmeksizin beslediği hayvanı öldürülen bir kimse failden TBK m. 58’e göre manevi tazminat talep edebilmelidir. Her ne kadar bu mesele Türk hukukunda detaylıca incelenmemiş olsa da, İsviçre’de yapılan tartışmalar Türk hukuku bakımından da yol göstericidir.

2. Görüşümüz

Yargıtay’ın yukarıda anılan kararlarındaki görüşü en nazik anlamıyla çağdışı bir düşüncenin yansımasıdır. Zira Yargıtay bir kimsenin evcil hayvanına beslediği sevginin bir insana beslenen sevgi kadar değerli olamayacağını ve bu nedenle de, bir kimsenin, evcil hayvanının ölümü halinde kendisine manevi tazminat ödenmesini haklı kılacak düzeyde acı ve üzüntü duyamayacağını kabul etmiştir. Oysa içinde yaşadığımız çağda bu görüş terk edilmiş olup birçok Avrupa ülkesinde hayvanların hukuki konumunu iyileştirme amaçlı yasal düzenlemeler yapılmıştır.

Yukarıda anılan Yargıtay kararlarında varılan sonucun, olması gereken hukuk bakımından yanlış olduğu açıktır. Bir açıdan bakıldığında, Yargıtay’ın var olan hukuku uyguladığı ve TMK ve TBK hükümlerinin aksi yönde bir uygulamaya açık kapı bırakmadığı savunulabilir. Gerçekten de İMK m. 641a, İBK m. 42/3 ve İBK m. 43/1^{bis} hükümleri mehzaz kanunlara sonradan eklenmiş olup bu hükümlerin muadilleri

TBK ve TMK'da bulunmamaktadır. Ne var ki bu iddianın kabul edilemez olduğu İsviçreli hukukçuların İMK m. 641a, İBK m. 42/3 ve İBK m. 43/1^{bis} hükümlerine ilişkin görüşlerinden yola çıkarak rahatlıkla ortaya konulabilir.

Öncelikle, İsviçre'deki kanun değişikliği gerekçesinde de ifade edildiği üzere, İMK m. 641a hayvanları hakkın süjesi haline getirmeyip yalnızca toplumdaki bir hassasiyeti bildirici niteliktedir. Ancak hayvanların herhangi bir eşya ile bir tutulmaması gerektiğini kabul etmek için Federal Mahkeme'nin de Yargıtay'ın da kanun koyucunun bildirimine ihtiyacı yoktur. Kaldı ki her iki hukuk sisteminde de diğer eşyalardan farklı olarak hayvanların korunmasına ve hayvanlara kötü muamele edilmesinin engellenmesine yönelik hukuki düzenlemelerin varlığı¹¹¹ gözlerini bu gerçeğe sımsıkı kapayan kişiye dahi hayvanların herhangi bir eşya ile denk tutulamayacaklarını haykırmaktadır.

İkinci olarak, İBK m. 42/3 hükmüne muadil bir hükmün bulunmaması karşısında, Türk hukukunda hayvanların piyasa değerini aşan tedavi masraflarının talep edilip edilemeyeceği meselesi ele alınmalıdır. İsviçreli hukukçuların bir kısmı, onarım masraflarının kimi hallerde eşyanın piyasa değerini aşabileceği ilkesinin zaten kabul edilen bir ilke olması sebebiyle, İBK m. 42/3 hükmüne ihtiyaç olmadığını savunmaktadırlar. Gerçekten de malın değerini aşan onarım masraflarının tazmin edilmeyeceği ilkesine yargı kararları ile çeşitli istisnalar getirilmiştir.¹¹² O halde hayvanların piyasa değerini aşan tedavi masraflarının da belli şartlar dahilinde tazmin edileceği ilkesinin mahkemelerce kabulü önünde hiçbir engel bulunmamaktadır. 2003 yılında yapılan kanun değişikliği öncesinde, İsviçre mahkemelerinin, zarar gören bir hayvanın piyasa değerini aşan tedavi masraflarının tazminine hükmettikleri (yayınlanmış) herhangi bir mahkeme kararı bulunmamaktaysa da, Yargıtay'ın aksi yönde hareket etmesi mümkün ve de gereklidir.

Son olarak, herhangi bir ticari amaç beslemeksizin bakımını üstlendiği hayvanı ölen veya yaralanan kimsenin bu nedenle uğradığı manevi zararının tazminini talep edip edemeyeceği meselesi vardır. Bu bağlamda, cevaplanması gereken soru, -İsviçre hukukunda "mane-

¹¹¹ Örneğin, 1 Temmuz 2004 tarihli ve 5199 sayılı Hayvanları Koruma Kanunu.

¹¹² Bkz. yuk. II. B.

vi zarar” kavramı kabul edilmediğinden, bu istemin hukuki niteliğine ilişkin olarak yapılan tartışmalara girilmeksizin- evcil hayvanı zarar gören kişinin veya bu kişinin yakınlarının, failden manevi tazminat talep etme imkanına sahip olup olmadıklarıdır. Yargıtay, hayvanların yaralanması bir yana, ölmeleri halinde dahi bu yöndeki talepleri reddetmektedir. Peki bunun nedeni TBK’da İBK m. 43/1^{bis} hükmüne muadil bir hükmün bulunmaması olabilir mi? Kanımızca bu sorunun cevabı da olumsuzdur. Yukarıda açıklandığı üzere, İsviçre’de kimi hukukçular İBK m. 43/1^{bis} hükmünün gerekliliğini sorgulamış ve duygusal değerın ikamesinin İBK m. 49’un şartları çerçevesinde de sağlanabileceğini savunmuşlardır. Kanımızca İsviçre hukuku bakımından da isabetli olan bu görüşün sonucu, Türk hakiminin de hayvan bulunduranların veya bunların yakınlarının manevi tazminat taleplerini TBK m. 58’e dayalı olarak kabul edebileceğidir. Bu bağlamda, hâkime düşen ilk görev, hayvanı ölen veya yaralanan bir kimsenin hiçbir surette manevi zarara uğramayacağı yönündeki yanlış yargısından vazgeçmektir. Böylelikle somut olay bazında bir değerlendirme yapılarak manevi zararın doğup doğmadığı ve buna bağlı olarak da tazminatın miktarı belirlenecektir. Örneğin, ufak yaralanmalar halinde mağdurun manevi zarara uğramadığının kabul edilmesi mümkün olabilir. Şüphesiz çoğu durumda, bir kimsenin köpeğinin ölümü nedeniyle duyacağı acı ve üzüntü, çocuğunun ölümü nedeniyle uğrayacağı manevi zarardan daha az olacaktır. Ancak bu gerçek bir kimsenin evcil hayvanının ölmesi veya ağır yaralanması halinde manevi tazminat talep edemeyeceği anlamına gelmemelidir. Bu gibi hallerde hâkimin daha düşük miktarda tazminata hükmetmesi çözümünün benimsenmesi yerinde olacaktır.

Kaynakça

- Arnet Ruth/Belser Eva Maria, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, (Peter Breitschmid/Alexander Rumo-Jungo (ed.)), Schulthess, Zürich 2012. (CHK-Arnet/Belser)
- Atamer Yeşim M., Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Beta, İstanbul 1996.
- Brehm Roland, Berner Kommentar, Band/Nr. VI/1/3/1, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, (Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (ed.)), Stämpfli, Bern 2013. (BK-Brehm)

- Brehm Roland, "Les nouveaux droits du détenteur en cas de lésion subie par son animal (art. 42 al. 3 et 43 al. 1bis CO)", HAVE - Haftung und Versicherung 2003, s. 119-122. (Brehm, HAVE 2003)
- Chappuis Guy, "Les nouveaux droits du détenteur de l'animal tué ou blessé. Nouveaux, vraiment?", HAVE - Haftung und Versicherung 2004, s. 92-96. (Chappuis, HAVE 2004)
- Chappuis Christine, "Les nouvelles dispositions de responsabilité civile sur les animaux: Que vaut Médor?", Le préjudice, une notion en devenir, (Christine Chappuis/Bénédict Winiger (ed.)), Schulthess, Geneve-Zürich-Bale 2005, s. 15-37.
- Christoph Müller, CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, (Andreas Furrer / Anton K. Schnyder (ed.)), Schulthess, Zürich 2012 (CHK-Müller)
- Çağlayan Aksoy Pınar, Hukuka Aykırılık ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, XII Levha, İstanbul 2016.
- Çakırca Seda İrem, "6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Ağır Bedensel Zararlarda Yakınların Manevi Tazminat Talebi", Journal of Yaşar University, C. 8, S. Özel, 2013, s. 785-807.
- de Poret Omblin, Le statut de l'animal en droit civil, Schulthess, Zürich 2006.
- Eren Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yetkin, Ankara 2014.
- Fellmann Walter/Kottman Andrea, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Stämpfli, Bern 2012.
- Goetschel Antoine F./Bolliger Gieri, Das Tier im Recht, 99 Facetten der Mensch-Tier-Beziehung von A bis Z, Orell Füssli, Zürich 2003.
- Gürsoy Kemal Tahir, "Manevi Zarar ve Tazmini", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S., 1973, 1-4 s. 7-56.
- Honsell Heinrich/Isenring Bernhard/Kessler Martin A., Schweizerisches Haftpflichtrecht, Schulthess, Zürich 2013.
- Huguenin Claire, Obligationenrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, Schulthess, Zürich 2014.
- Kessler Martin A., Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, (Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2015. (BSK OR-Kessler)
- Kırca Çiğdem, "Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği", Yargıtay Dergisi, C. 25, S. 3, Temmuz 1999, s. 242-270. (Kırca, Manevi Tazminat)
- Kırca Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, BTHAE, Ankara 2004.
- Koçhisarlıoğlu Cengiz/Söğütlü Erişgin Özlem, "Hayvanın Hukuki Konumu", Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, Yaşar Üniversitesi E- Dergisi, C. 2, İzmir 2013, s. 1691-1724.
- Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Parlamentarische Initiative, Die Tiere in der schweizerischen Rechtsordnung, Bericht der Kommission für Rechtsfragen des Ständerats vom 25 Januar 2002, (<https://www.admin.ch/opc/de/federal-gazette/2002/4164.pdf>). (BB1 2002)

- Krepper Peter, "Tierwürde im Recht - am Beispiel von Tiersuchen", AJP - Aktuelle Juristische Praxis 2010, s. 303-313. (Krepper, AJP 2010)
- Krepper Peter, "Affektionswert-Ersatz bei Haustieren", AJP - Aktuelle Juristische Praxis 2008, s. 704-718. (Krepper, AJP 2008)
- Michel Margot, "Chapter 4 Law and Animals: An Introduction to Current European Animal Protection Legislation", *Animal Law: Reform or Revolution*, (Anne Peter/ Saskia Stucki /Livia Boscardin (ed.)), Schulthess, Zürich 2015, s. 87-116.
- Michel Margot/Schneider Kayasseh Eveline, "The Legal Situation of Animals in Switzerland: Two Steps Forward, One Step Back - Many Steps to go"; *Journal of Animal Law*, C. VII; s. 1-42.
- Oftinger Karl/Stark Emil W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht, Allgemeiner Teil, Band I*, Schulthess, Zürich 1995.
- Oğuzman Kemal/Öz Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 2, Vedat, İstanbul 2014.
- Petitpierre Gilles, "Réparation et dommage", *Pour un droit équitable, engagé et chaleureux, Mélanges en l'honneur de Pierre Wessner*, (Oliver Guillod/Christoph Müller (ed)), Helbing Lichtenhahn, Bâle 2011, s. 275-288.
- Probst Thomas, "Der Ersatz immateriellen Schadens im schweizerischen Haftpflicht- und Strassenverkehrsrecht", *Strassenverkehrsrechts-Tagung 2010*, (http://www.unifr.ch/ius/assets/files/chaire/CH_Probst/files/OR%20AT%20II%20Vorlesung/ImmatSchaden.pdf) (Erişim Tarihi: 22.08.2016)
- Rey Heinz, *Ausservertragliches Haftpflichtrecht*, Schulthess, Zürich-Basel-Genf 2008.
- Schneider Kayasseh Eveline: *Haftung bei Verletzung oder Tötung eines Tieres - unter besonderer Berücksichtigung des Schweizerischen und U.S. Amerikanischen Rechts*, Schulthess, Zürich 2009.
- Schönenberger Beat, *Kurzkommentar Obligationenrecht*, (Heinrich Honsell (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2015. (KUKO OR-Schönenberger)
- Schwenzer Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Stämpfli, Bern 2012.
- Steinauer Paul-Henri, "Tertium datur?", *Figures juridiques Rechtsfiguren, Mélanges dissociés pour Pierre Tercier à l'occasion de son soixantième anniversaire / K(I) eine Festschrift für Pierre Tercier zu seinem sechzigsten Geburtstag*, (Peter Gauth / Pascal Pichonnaz (ed.)), Schulthess, Zurich-Bale-Geneve 2003, s. 51-60.
- Strunz Catherine, *Die Rechtsstellung des Tieres, insbesondere im Zivilprozess*, Schulthess, Zürich 2002.
- Wiegand Wolfgang, *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB Art. 1-61 SchlT ZGB*, (Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Wolfgang Wiegand (ed.)), Helbing Lichtenhahn, Basel 2011. (BSK ZGB-Wiegand)