

## **SAYIN AV. A.G.**

Gebze 1.Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 25.03.2005 gün 2001/463 E. 2005/137 K. sayılı kararıyla ilgili temyiz dilekçenizde aşağıdaki hususların yer almasının etkili olacağı düşüncesindeyim.

### **I- TAZMİNAT HESABININ KAZANÇ UNSURU HAKKINDA:**

Bilirkişi raporlarında tazminat hesabının "kazanç" unsuru belirlenirken, ölen desteğin "kalite kontrol uzmanı" olduğu ve yüksek bir kazanç elde ettiği iddiaları belgelenmemiş olmasına karşın, doğru kabul edilmiş; uygulamada hiç rastlanılmayan biçimde tanıkların bordroları emsal alınarak çok yüksek miktarlarda tazminat hesaplanmıştır. Buna ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerimiz şöyledir:

#### **1- Desteğin "uzman" olduğu iddiası kanıtlanmamıştır:**

a) Davacıların murisi Ömer Faruk Duysak'ın "kalite kontrol uzmanı" olduğu, çalıştığı şirket dışında başka şirketlerin personeline "eğitim verdiği" iddia olunmuş; ancak bu iddialar belgelenmemiş ve kanıtlanmamıştır. Davacı vekili 08.06.2004 havale tarihli dilekçesinin 2.sayfa 4.bendinde ölenin "bir çok eğitim seminerine katıldığını ve pek çok sertifika sahibi olduğunu" iddia etmesine karşın, bu "pek çok" sertifikalardan bir tekini dahi ibraz edememiş; üstelik aynı dilekçenin 5.bendi son satırında, müteveffanın bu tip çalışmalarının "belgesi bulunmadığı için" ibraz edemediğini kabul ve itiraf etmiştir.

b) Meslek lisesi mezunu olan müteveffanın, liseden sonra ne tür bir eğitim gördüğü, "uzmanlığı" nasıl edindiği kanıtlanmamış olmasına karşın, Bilirkişinin "uzmanmış gibi" değerlendirme yapması yanlış olmuştur.

#### **2- Davacıların yakını olan tanıkların 2002 yılına ait bordrolarının (ölen kişi ile aynı işi yapıyorlarmış gibi) emsal alınması ve tazminatın buna göre hesaplanması doğru olmamıştır:**

a) Tanıklar, ölen kişi ile aynı şirkette çalıştıklarını ve aynı işi yaptıklarını iddia etmişler, ancak yaptıkları işin ne olduğunu açıklamamışlar ve belgelememişlerdir.

b) Ölen kişinin 2000 yılı 2.dönem prim bordrosundaki prime esas ücreti, taban ücretten gösterilmesine karşın, aynı şirkette çalıştıklarını iddia eden tanıkların ücret bordrolarının niçin yüksek miktarlı düzenlendiği de açıklığa kavuşmamıştır. Ayrıca tanıklara ait bu bordroların özel olarak bu dosyaya delil olarak düzenlenip düzenlenmediği, şirket kayıtları getirtilerek denetlenmeliydi. Eğer bu iddia doğru ise, asgari ücretin (3) katı alınmayıp, 2005 yılına kadar olan ücret bordroları da ibraz edilmeli; bunların dahi yüksek miktarlı düzenlenip düzenlenmediği görülmeli ve tespit edilmeliydi.

c) Ayrıca tanıkların, kaza tarihinden iki yıl sonraya ait (yüksek miktarlı) ücret bordrolarının emsal ücretmiş gibi, ölenin kazanç düzeyi olarak kabul olunması ve tazminat hesabının buna göre yapılması uygulamada rastlanan bir durum değildir.

#### **3- Kaza tarihinden üç yıl önceye ait kazancın ölçü alınması da doğru değildir:**

13.07.2000 kaza ve ölüm tarihinden üç yıl önce 1997 yılında müteveffanın çalıştığı bir başka şirketteki maaşının, asgari ücretin bir miktar üstünde olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılarak, asgari ücretin katlarının alınması da doğru bir hesaplama değildir.

#### **4- Prime esas kazançlar da gerçek kazancı yansıtmadığından, bu dahi ölçü alınmaz:**

Yıllar boyunca sigorta prim "taban" matrahı, yasal asgari ücretlerin üzerinde bir seyir izlemiştir. Bu nedenle, eğer sigorta prim bordrolarında "taban" matrah yer almışsa, bu, aynı tarihte yürürlükte olan yasal asgari ücretin karşılığıdır. Bu konuda iki Yargıtay kararı şöyledir:

9.HD.10.06.2003 gün 519-10511 sayılı kararına göre:"SSK. primine esas kazancın aylık ücret miktarı olarak kabulü olanağı bulunmamaktadır."

Gene 9.HD.24.11.1998 gün 13630-16619 sayılı kararına göre:"Ücretin tespitinde, sigorta prim bordrolarındaki ücrete itibar edilemez."

Bu nedenlerle, Bilirkişi Raporunda, sigorta prim bordrosundaki prime esas kazancın (SPEK)asgari ücretle karşılaştırılması da doğru değildir.

5-Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre, ücretin tartışmalı olduğu durumlarda, ilgili meslek kuruluşundan veya ticaret odasından emsal kazançların sorulması gerekmektedir.

İşbu davada ölenin kazançları hakkında kesin bir kanıt ortaya konulamamıştır. Bu durumda yapılması gereken, ölenin Endüstri Meslek Lisesi motor bölümü 1986 yılı mezunu olduğu belirtilmek suretiyle, ilgili meslek kuruluşundan veya ticaret odasından 2000-2005 yılları emsal kazançlarının sorulması ve tazminat hesabının buna göre yapılması gerekirdi. Buna ilişkin, Yargıtay kararlarından birkaç örnek şöyledir:

Davacının yaptığı iş, kıdemi ve yaşı nazara alınarak **emsalinin aldığı ücretin ilgili meslek kuruluşlarından saptanarak** buna göre tazminatın saptanması gerekir. (21. HD. 29.09.1998, 5889-6025)

Davacının maddi zarar hesabı yapılırken gördüğü işe uygun **gerçek ücret ve kazançları bildirebilecek ilgili meslek kuruluşlarının verileri** esas alınmalıdır. (21.HD. 27.04.1999, 2981-2837)

Tazminat hesabında sigortalının günlük ücreti **meslek kuruluşlarından veya ticaret sanayi odasından** sorulup bildirilen ücretin dikkate alınması gerekir. (21.HD.07.11.2000, 6198-7638)

Davacının yaptığı iş ile yaşı ve tecrübesi dikkate alınarak **gerçek ücretinin** ne olabileceği (meslek kuruluşu ve ticaret odası gibi) ilgili kuruluşlardan sorulmalı ve ücret konusunda toplanan tüm deliller değerlendirilmek suretiyle **gerçek ücreti** belirlenmeli ve tazminat hesabı buna göre yapılmalıdır. (9. HD. 21.01.1993, 1992/5968-1993/787)

Arada yazılı bir sözleşme bulunmadığına ve tanıklar da çelişkili bilgiler verdiklerine göre, işçinin alabileceği ücretin **ilgili meslek kuruluşundan** sorularak açıklığa kavuşturulması gerekir. (9. HD. 25.05.2001, 6224-8839)

Hüküm tarihine en yakın tarihe kadar olan sürede davacının alması gereken ücret **meslek kuruluşundan** sorulmak suretiyle tesbit edilmesi ve buna göre tazminatın hesaplanması zorunludur.(21. HD.31.05.2001, 3989-4326)

Tanık ifadesi ve bordronun çelişkili olması nedeniyle **kalifiye ve kıdemli işçinin alabileceği ücret, meslek kuruluşundan sorulmalıdır**. Davacı tanığı davacının ücretinin haftada net 35.000.000 TL. olduğunu söylemiş, davalı tanığı da kendi ücreti ile bordro arasında fark bulunduğunu anlatır şekilde beyanda bulunmuştur. Bu hususlar gözardı edilerek bordroya itibar edilmesi hatalıdır. Davacının yaptığı iş dikkate alınarak hizmet süresi ve kıdemi de gözetilmek suretiyle **ilgili meslek kuruluşundan alabileceği ücret sorularak** sonucuna göre karar verilmelidir. (9.HD.01.05.2002, E.2001/20831-K.2002/6967)

Sonuç olarak, davacı tarafça yeterli kanıt ortaya konulamamış ve belge sunulamamış olmasına karşın, ölen kişinin, tanıklarla aynı işi yaptığı iddiası doğru kabul edilerek, onların kaza tarihinden iki yıl sonraya ait (doğruluğu denetlenmemiş) ücret bordroları esas alınarak, asgari ücretin 3,74 katı üzerinden tazminat hesaplanması ve buna ilişkin Bilirkişi Raporlarındaki değerlendirmelere göre tazminata hükmedilmesi doğru olmamıştır.

## II- DAVACI EŞİN EVLENME ŞANSI HAKKINDA:

Bilirkişi Raporlarında, 29 yaşındaki bir çocuklu davacı eşe %22 evlenme şansı tanınmış ve bu değerlendirme AYİM (Askeri Yüksek İdare Mahkemesi) tarafından düzenlenmiş olan bir tabloya dayandırılmıştır. Bizce bu değerlendirmeyi isabetli saymak mümkün değildir. Şöyle ki:

1- Ülkemizde tazminat hesabına esas istatistik bilgileri bugüne kadar oluşturulmadığından, zorunlu olarak başka ülkelerin yaşam, aktivite ve evlenme olasılık tablolarından yararlanılmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından düzenlenen tablonun ne derece gerçekleri yansıttığı kuşkuludur. Bu nedenle, bu tablo ile birlikte, İsviçre hukukçularından Hans Moser'in tablosundan ve Stauffer/Schaetzle tarafından düzenlenen tablolardan yararlanmak gerekmekte; bu üç tablonun

ortalamasının alınmasının daha doğru bir sonuç vereceği düşünülmektedir. Tablolara bir göz atarsak,29 yaşındaki dul eşin yeniden evlenme olasılığı AYİM tablosunda 26-30 yaş arası % 27, H.Moser tablosunda 25-30 yaş arası %48 ile % 28 ve Stauffer/Schaetzle tablosunda 25-30 yaş arası %40 ile %26'dır. Bütün bu tabloların ortalamalarını alırsak %32,66 oranı ortaya çıkar.

2- Ancak bu tablolar yeterli değildir. Dul eşin yeniden evlenme şansını doğru olarak belirleyebilmek için, onun sosyal ve ekonomik düzeyi başta olmak üzere kişisel özelliklerini de göz önünde tutmak gerekmektedir. Bir Yargıtay kararında denildiği gibi: "Evlenme şansının ve oranının özellikle yaş, mizaç, sosyal koşul, yerel ortam, aile bağları, sağlık, fiziki görünüş, iktisadi durum, evlenme isteği gibi faktörler göz önünde tutularak Hakim tarafından belirlenmesi zorunludur. Hâkim, ancak görev yaptığı çevreye yabancı ise dul olan kişilerin tekrar evlenebilme olanaklarıyla ilgili örf ve adeti ve sosyal çevreyi bilirkişi aracılığı ile tespit edebilir; buna rağmen somut olayda kişinin evlenme şansı olup olmadığı, varsa oranın belirlenmesi için nitelendirme yapmak hâkime aittir. (Yarg.4.HD. 09.04.1991, E.1990/4299-K.1991/3549; Yasa H.D. 1991/9-1266,no: 489)

3- Yargıtay'ın bu kararına göre, Bilirkişi, %22 gibi sabit bir oranda hesaplama yapmak yerine, Hâkime bir seçenek tablosu sunmalıydı. Hâkim, yukarda açıklanan Yargıtay kararındaki ilkeler doğrultusunda çeşitli olasılık oranlarına göre düzenlenmiş tabloya bakarak bir karar vermeliydi.

4- Dava konusu olayda, 29 yaşındaki davacı eşin dosyadaki bilgilere göre evlenme şansının bir hayli yüksek olduğu sonucuna varılabilmektedir. Başka bir deyişle, 29 yaşındaki genç bir kadının uzun süre bekâr kalmasının, yaşam gerçeklerine ve doğanın insan bedeninde oluşturduğu ihtiyaçlara aykırı düşeceği ve acılarını unuttuktan bir süre sonra yeniden evlenebileceği kanısındayım.

İşbu görüşlerimin yararlı olması dileğiyle.

**ÇELİK AHMET ÇELİK**