

**T.C.
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAM**

**HAKSIZ FİİLİN VE HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN
MADDİ TAZMİNATIN UNSURLARI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**HAZIRLAYAN
AYLİN TOKER**

**TEZ DANIŞMANI
PROF. DR. MEHMET ÜNAL**

ANKARA 2017



BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 21 / 06 / 2017

Öğrencinin Adı, Soyadı : Aylin Toker

Öğrencinin Numarası : 21510261

Anabilim Dalı : Özel Hukuk

Programı : Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans Programı

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı : Prof. Dr. Mehmet Ünal

Tez Başlığı : Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam 119 sayfalık kısmına ilişkin, 01 /06 / 2017 tarihinde şahsım/tez danışmanım tarafından Turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 14'tür.

Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci imzası: *Aylin Toker*

Onay

21.. / 06 / 2017

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad,

Prof. Dr. Mehmet Ünal

KABUL VE ONAY SAYFASI

Aylin Toker tarafından hazırlanan Haksız Fiilin ve Haksız Fiilden Doğan Maddi Tazminatın Unsurları adlı bu çalışma jürimizce Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

Kabul Tarihi: 21.06.2017

Jüri Üyesinin Unvanı, Adı-Soyadı ve Kurumu:

Jüri Üyesi: Prof. Dr. Mehmet ÜNAL, Başkent Üniversitesi

Jüri Üyesi: Doç. Dr. Dr. Mehmet Kılıç, Yıldırım Beyazıt Üniversitesi

Jüri Üyesi: Yrd. Doç. Dr. Zeynep İpek YÜCER AKTÜRK, Başkent Üniversitesi

İmzası

Onay

Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

.../...../2017

Prof. Dr. Doğan TUNCER
Enstitü Müdürü

ÖNSÖZ

Sorumluluk hukuku zamanın akışı içinde sosyal, ekonomik ve kültürel değişimlere uygun olarak çeşitli gelişmeler göstermiştir. Bu gelişim sürecinde kabul edilen ilkelerin ortak amacı, zarar görenin uğramış olduğu zararın tazmin edilmesi olmuştur. Söz konusu ilkelerden çalışmamızın konusunu oluşturan haksız fiilden sorumluluk ilkesi, Kıt' a Avrupa' sının büyük medeni kanunlarının haksız fiile ilişkin genel şart ve kuralları bağımsız bir bölüm halinde düzenlemeye başlaması ile kendisini göstermiştir. Artan nüfus nedeniyle insanların birbiriyle olan etkileşimlerinin de artmasıyla gün geçtikçe önem kazanan bu sorumluluk türüne ilişkin düzenlemelere Borçlar Kanunumuzda da yer verilmiştir. Tez konusu olarak haksız fiillerde maddi tazminat ve unsurlarının tercih edilmesinin temel nedeni, konunun sorumluluk hukukunda en çok rastlanılan konulardan biri olması, uygulamada işlevsel bir öneminin bulunması ve yoğun hukuki sorunlar içermesidir.

Konunun anlaşılabilirliğini arttırmak bakımından, haksız fiil sorumluluğunun varlığı için gerekli olan unsurların, maddi zararın kapsamının belirlenmesinde rol oynayan etkenlerin ve bu zarar esas alınarak hesaplanacak maddi tazminatı etkileyen durumların sağlam zeminler üzerine oturtularak belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu yönüyle tezin amacı, haksız fiillerde maddi tazminatın belirlenmesinde rol oynayan etkenlerin sağlam zeminlere oturtulmasına katkı sağlamaktır.

Bu tez kapsamında haksız fiillerde maddi tazminat ve unsurları dört bölüme ayrılarak incelenmiş ve değerlendirilmiştir. “Giriş” bölümünde, konunun takdimi ve sınırlandırılmasıyla başlanarak, haksız fiilde maddi tazminatın genel çerçevesi çizilmiş; bu tazminatın, sözleşmeden, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeden ve tehlike sorumluluğundan doğan tazminattan farkları incelenmiştir. “Birinci bölüm”de maddi tazminatın tanımına yer verilerek, söz konusu tazminat nedeniyle sorumluluğun doğması için gerekli olan unsurlar üzerinde durulmuştur. “İkinci bölüm”de ise, Yargıtay kararlarına yer verilerek öncelikle maddi zararın, sonra da maddi tazminatın belirlenmesi açıklanmıştır. Maddi zararın belirlenmesine ilişkin açıklamalar yapılırken, maddi zararın kapsamına, zararı ispat yüküne, zararın

hesaplanma anına ve denkleştirmeye ilişkin hususlar ayrıntılarıyla açıklanmıştır. Maddi tazminatın belirlenmesine ilişkin yapılan açıklamalarda ise, tazminat miktarının belirlenmesinde rol oynayan etkenlere, tazmin şekline yer verilmiştir. “Üçüncü ve son bölüm”de ise haksız fiillerde maddi tazminata bağlanan hüküm ve sonuçlar ele alınmıştır. Bu kapsamda, söz konusu bölümde, aynı zarardan birden fazla kimsenin sorumluluğu, zamanaşımı ve tazminat hakkının mirasçılara geçmesi incelenmiştir.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	v
KISALTMALAR.....	xii
KAYNAKÇA.....	xiv

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, SINIRLANDIRILMASI, GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLERDE MADDİ TAZMİNAT VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI, TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA BENİMSENEN SİSTEMATİK

§1.KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI.....	1
I) KONUNUN TAKDİMİ.....	1
II) KONUNUN SINIRLANDIRILMASI.....	2
§2. GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLERDE MADDİ TAZMİNAT VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI.....	3
I) GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLERDE MADDİ TAZMİNAT.....	3
II) HAKSIZ FİİLLERDEKİ MADDİ TAZMİNATIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI.....	3
A) SÖZLEŞMEDEN DOĞAN TAZMİNATTAN FARKI.....	3
B) GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞ GÖRMEDEN DOĞAN TAZMİNATTAN FARKI.....	6
C) TEHLİKE SORUMLULUĞUNDAN DOĞAN TAZMİNATTAN FARKI.....	7
§3. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA HAKSIZ FİİLLER BAKIMINDAN BENİMSENEN SİSTEMATİK.....	8

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN MADDİ TAZMİNATIN TANIMI VE UNSURLARI

§4. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN MADDİ TAZMİNATIN TANIMI.....	10
§5. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN MADDİ TAZMİNATIN UNSURLARI.....	10
I) FİİL.....	11
II) HUKUKA AYKIRILIK.....	12
A) HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI.....	12
B) HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ.....	14
1) Genel Olarak.....	14
2) Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Çeşitleri.....	15
a) Zarar göreni rızası.....	15
b) Üstün Nitelikte Özel Yarar.....	17
c) Üstün nitelikte kamusal yarar.....	18
d) Kanunun verdiği yetkinin kullanılması.....	19
e) Haklı savunma.....	20
f) Zorunluluk hali.....	22
g) Kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma.....	24
III) MADDİ ZARAR.....	26
A) MADDİ ZARAR KAVRAMI VE UNSURLARI.....	26
B) MADDİ ZARARIN ÇEŞİTLERİ.....	28
1) Fiili Zarar- Yoksun Kalınan Kar Ayrımı.....	28

2) Tabii Zarar- Normatif Zarar Ayrımı.....	29
3) Eşyaya İlişkin Zarar - Kişiyeye İlişkin Zarar- Diğer Zarar Ayrımı.....	30
4) Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar- Yansıma Zarar Ayrımı.....	31
5) Mevcut Zarar- Müstakbel Zarar- Muhtemel Zarar Ayrımı.....	32
IV) UYGUN İLLİYET BAĞI.....	33
V) KUSUR.....	35

İKİNCİ BÖLÜM

MADDİ ZARARIN VE MADDİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

§6. MADDİ ZARARIN BELİRLENMESİ VE HESAPLANMASI.....	40
I) GENEL OLARAK.....	40
II) EŞYAYA İLİŞKİN MADDİ ZARARLARIN BELİRLENMEİ VE HESAPLANMASI.....	39
A) EŞYAYA İLİŞKİN MADDİ ZARARIN BELİRLENMESİ.....	40
B) EŞYAYA İLİŞKİN MADDİ ZARARIN HESAPLANMASI.....	43
III) KİŞİYE İLİŞKİN MADDİ ZARARLARIN BELİRLENMESİ VE HESAPLANMASI.....	45
A) BEDENSEL ZARAR HALİNDE.....	45
1) Tedavi Giderleri.....	46
2) Kazanç Kaybı.....	49
3) Çalışma Gücünün Azalmasından Ya Da Yitirilmesinden Doğan Zararlar.....	50

4) Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar.....	52
B) ÖLÜM HALİNDE.....	52
1) Cenaze Giderleri.....	52
2) Ölenin Ölünceye Kadarki Zararları.....	54
3) Destek Kaybından Doğan Zararlar.....	54
a) Genel olarak.....	54
b) Destek kaybından doğan zararın şartları.....	55
aa) Destek ilişkisinin varlığı.....	55
aaa) Destek kavramı.....	56
bbb) Destek çeşitleri.....	57
1 ⁰) Gerçek destek.....	57
2 ⁰) Farazi destek.....	60
bb) Bakım gücü- Bakım ihtiyacı.....	62
c) Zararın hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak faktörler.....	63
IV) MADDİ ZARARIN HESAPLANMA ANI.....	65
V) MADDİ ZARARI İSPAT YÜKÜ.....	67
VI) ZARARDAN YARARLARIN İNDİRİLMESİ (DENKLEŞTİRME)..	68
A) GENEL OLARAK.....	68
B) DENKLEŞTİRMENİN ŞARTLARI.....	70
1) Zarar Verici Olay Zarar Gören Lehine Ekonomik Bir Yarar Sağlamalıdır.....	70

2) Zarar Verici Olay İle Yarar Arasında Uygun İliyet Bağı Bulunmalıdır.....	71
3) Bir Kanun Hükmü Veya Tarafların İradesi, Yararın Denkleştirilmesine Karşı Olmamalıdır.....	72
§7. MADDİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ.....	76
I) MADDİ TAZMİNATIN MİKTARININ BELİRLENMESİ.....	76
A) GENEL OLARAK.....	76
B) ZARAR VERENİN KUSUR DERECESİNİN ETKİSİ.....	76
C) TAZMİNATTAN İNDİRİM SEBEPLERİ.....	77
1) Türk Borçlar Kanunu m.52' de Belirtilen İndirim Sebepleri.....	77
a) Zarar görenin rızası.....	77
b) Zarar görenin ortak kusuru.....	79
aa) Genel olarak.....	79
bb) Zararın doğumunda ortak kusur.....	82
cc) Zararın artmasında ortak kusur.....	83
dd) Sorumlunun durumunu ağırlaştıran ortak kusur.....	83
c) Tazminatın ödenmesinin zarar vereni yoksulluğa düşürmesi.....	84
2) Diğer İndirim Sebepleri.....	86
a) Beklenmedik olaylar.....	86

b) Zarar görenin bünyesinden kaynaklanan etkenler.....	87
c) Uzak (zayıf) illiyet bağı.....	88
d) Zarar görenin çok yüksek bir gelire sahip olması.....	89
e) Yeterli tedbir almış olmak.....	89
f) Hatır işleri.....	89
D) İNDİRİM YASAĞI.....	91
E) TEMERRÜT FAİZİ.....	92
F) GEÇİCİ ÖDEMELER.....	94
II) ZARARIN TAZMİN ŞEKLİNİN BELİRLENMESİ.....	95
A) GENEL OLARAK.....	95
B) AYNEN TAZMİN.....	95
C) NAKDEN TAZMİN.....	96
1) Nakden Tazmin Kavramı.....	96
2) Nakden Tazminin Çeşitleri.....	97
a) Sermaye şeklinde tazmin.....	97
b) İrat şeklinde tazmin.....	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ FİİLLERDE MADDİ TAZMİNATIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§8. HAKSIZ FİİL SEBEBİYLE AYNI ZARARDAN BİRDEN FAZLA KİMSENİN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU.....	101
---	-----

I) GENEL OLARAK.....	101
----------------------	-----

II) MÜTESELSİL SORUMLULUK HALLERİ.....	102
A) BİRDEN ÇOK KİŞİNİN AYNİ ZARARA BİRLİKTE SEBEP OLMALARI HALİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK.....	102
B) BİRDEN ÇOK KİŞİNİN AYNİ ZARARDAN ÇEŞİTLİ SEBEPLERDEN DOLAYI SORUMLU OLMALARI HALİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK.....	103
III) MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN SONUÇLARI.....	102
§9. ZAMANAŞIMI.....	106
I) GENEL OLARAK.....	106
II) İKİ YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ.....	107
III) ON YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ.....	108
IV) CEZA ZAMANAŞIMI SÜRESİ.....	107
V) ZARAR GÖRENİN DAİMİ DEF' İ HAKKI.....	109
VI) RÜCU İSTEMİNİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI.....	111
§10. MADDİ TAZMİNATI TALEP HAKKININ MİRASÇILARA GEÇMESİ....	112
SONUÇ.....	113

KISALTMALAR

AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY.	: T.C. Anayasası
b.	: bent
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HHY.	: Hasta Hakları Yönetmeliği
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KTK.	: Karayolları Trafik Kanunu
MÜHFD.	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu

vb. : ve benzeri

Y. : Yargıtay

YHGK. : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

KAYNAKÇA^(*)

- AKÜNAL, Teoman** : Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul, 1997
- ALTAŞ, Hüseyin** : Munzam Zararda İspat Sorunu, AÜHFT, C.50, Sa. 1, Ankara, 2001, s. 121-129.
- ATAMER, Yeşim** : Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, İstanbul, 1996.
- BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem** : Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, 2007.
- EREN, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2012.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin** : Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2016.
- GÖKYAYLA, Emre** : Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2004.
- GÜRBÜZ, Metin** : Beden Tamlığının İhlali ve Ölüm Halinde Doğan Maddi Zararların Hesaplanması ve Tazminatın Tayini, Ankara, 2001.
- GÜRPINAR, Damla** : Haksız Fiil Kaynaklı Zararların Tazmini Bakımından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunun Getirdikleri, İzmir Barosu Dergisi, Sa. 2, İzmir, 2012, s. 253-300.
- HATEMİ, Hüseyin** : Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 1994.

(*) Dipnotlarda geçen eserler yazarlarının soyadlarıyla anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan yollamalar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içinde gösterilmiştir.

- İKİZLER, Metin** : Avrupa Haksız Fiil Hukuku İlkelerinde Tehlike Sorumluluğu ve Türk Hukuku İle Kısaca Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.16, Özel Sayı, İzmir, 2014, s.3241-3260.
- İNCEOĞLU, M. Murat/**
- PAKSOY, Meliha Sermin** : Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Zararın Belirlenmesi, Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, C.8, Özel Sayı, İzmir, 2013, s.1383-1411.
- İYİMAYA, Ahmet** : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları I, Ankara, 1990, s.216.
- KANETİ, Selim** : Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu, Ankara, 21-22/ Ekim/1977.
- KARAN, Yeliz** : Haksız Fiil Sorumluluğu İle Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul, 2013.
- KILIÇOĞLU, M. Ahmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara, 2015 (Kısaltılmışı, KILIÇOĞLU A.).
- KILIÇOĞLU, Mustafa** : Tazminat Hukuku, İstanbul, 2005 (Kısaltılmışı: KILIÇOĞLU M.).
- NARTER, Sami** : Haksız Fiillerde Zamanaşımı ve Bedensel Zararlarda Zamanaşımının Başlangıcı Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi, C.10, Sa.109, Ankara, 2015, s.21-37.
- NOMER, N. Haluk** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2012 (Kısaltılmışı: NOMER, Genel).

- NOMER, N. Haluk** : Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul, 1996(Kısaltılmışı: NOMER, Tazminat).
- OĞUZMAN, M. Kemal M. /**
- ÖZ, M. Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. II,12. Bası, İstanbul, 2016.
- REİSOĞLU, Safa** : Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Bası, İstanbul, 2014.
- SÜZEL, Ece BAŞ /**
- YASAN, Candan** : Gerçek Olmayan Vekaletsiz İş Görmeye Uygulanacak Hukuk, MÜHFD, C.22, Sa.2, İstanbul, 2016, s.365-396.
- TANDOĞAN, Haluk** : Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961.
- TEKİNAY, S. Sulhi** : Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, İstanbul, 1963.
- TİFTİK, Mustafa** : Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara, 1994.
- YAĞCIOĞLU, Ali Haydar** : Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara, 2014.
- YÜKSEL, Sera Reyhani** : Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVIII, Sa. 2, Ankara, 2014, s. 175-200.

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, SINIRLANDIRILMASI, GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLERDE MADDİ TAZMİNAT VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI, TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA BENİMSELENEN SİSTEMATİK

§1.KONUNUN TAKDİMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I) KONUNUN TAKDİMİ

Hukuk düzenin uygun görmediği davranışlarda bulunarak bir başkasının zarara uğramasına neden olan kişiler, bu zararı tazmin etmekle yükümlü tutulmuşlardır. Hukuka aykırı davranış, hukuk düzeninin öngördüğü emredici hukuk kurallarına aykırılık olarak ortaya çıkabilir. Emredici hukuk kurallarının ihlal edilerek başkasına zarar verilmesi halinde, ihlal edenin sözleşme dışı sorumluluğu söz konusu olur. Sözleşme dışı sorumluluk hallerinden biri kusura dayanan haksız fiil sorumluluğudur. Bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir fiiliyle bir başkasına zarar vermesi halinde haksız fiil sorumluluğundan söz edilir. Haksız fiil nedeniyle malvarlığında iradesi dışında eksilme meydana gelen zarar gören, uğradığı maddi zararı sorumlu kişiden talep edebilir. İşte, bu talep üzerine zararın zarar gören üzerinde kalmayıp, ondan alınarak bir başkasına ve özellikle zarar verene yükletilmesi amacıyla hükme bağlanan maddi tazminat, haksız fiilin yaptırımıdır.

Kural olarak haksız fiil sonucunda meydana gelen zararın tamamının tazmin edilmesi gerekmektedir. Fakat, uygulamada, hangi zararın tazmin edileceğinin, söz konusu zararın, maddi tazminat mı yoksa manevi zarar kapsamında mı yer aldığı belirlenmesi her zaman kolay olmamaktadır. Örneğin, bir kimsenin fiziksel müdahalesi nedeniyle sesi kısılan bir sanatçının, bu yüzden sahne programlarını iptal etmesi halinde, hem söz konusu sanatçının hem de işyeri sahibinin uğramış olduğu zarar, haksız fiil sorumlusu tarafından tazmin edilmeli midir?

Ayrıca, somut olayda gerçekleşen bazı özel sebepler, tazminattan indirim yapılmasını ve bu suretle, tazminat miktarının, zarar miktarından daha az olmasını haklı gösterebilir. Kanun koyucu, söz konusu özel sebeplerden bazılarını, tazminattan indirim sebebi olarak öngörmüştür. Fakat, bu sebepler, somut olayın özelliklerine göre değiştiği için hepsinin kanun koyucu tarafından öngörülmesi mümkün değildir. Bu nedenle, kanun koyucu söz konusu hususa ilişkin hakime takdir yetkisi tanımıştır. Bu kapsamda, uygulamada en çok karşılaşılan sorunlardan biri de bu sebeplerin neler olduğudur. Örneğin, bir kimsenin arabasıyla, bir yakınının gideceği yere bırakacağı sırada trafik kazası yapması halinde, bu kimse yakınının uğrayacağı zararın tamamını tazmin etmekle yükümlü müdür?

Maddi zararın ve maddi tazminatın hesaplanma anı da, uygulamada en çok karşılaşılan bir diğer sorundur. Buna göre, maddi zararın ve maddi tazminatın belirlenmesinde zararın meydana geldiği an mı, davanın açıldığı an mı yoksa hükmün açıklandığı an mı esas alınacaktır. Bu konu hakkında gerek uygulamada gerek doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır.

Görüldüğü üzere, maddi tazminatın belirlenmesinde rol oynayan etkenlere ilişkin, hem doktrinde görüş birliğinin bulunmaması hem de kabul edilen istikrarlı bir uygulama olmaması nedeniyle uygulamada sıkça sorunlarla karşılaşılmaktadır. Bu kapsamda, tezimizde söz konusu sorunları inceleyerek, sorunların çözümünü ortaya koymaya çalışacağız.

II) KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

TBK. m.49/I' e göre, *“kusurlu ve hukuka aykırı fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür”*. Dar anlamdaki zarar, teknik anlamdaki maddi zararı ifade eder. Geniş anlamdaki zarar ise hem maddi zararı hem de manevi zararı kapsar¹. Tez kapsamında maddi zarar değerlendirildiği için, çalışmada, zarar sözcüğü dar anlamda kullanılmıştır. Bunun sonucu olarak, manevi tazminat araştırma konusu yapılmamıştır.

Ayrıca, haksız fiil sorumluluğu, bir sözleşme dışı sorumluk türü olduğu için, tezimizde, sözleşme sorumluluğu incelenmemiştir. Bu nedenle, tezimizde sözleşme

¹ EREN, s.521.

sorumluluğunda ortaya çıkan menfi zarar - müspet zarar ayırımına yer verilmemiştir. Nitekim menfi zarar, sözleşmenin kurulmamasından veya geçerli olmamasından doğan zararı; müspet zarar ise, sözleşmenin ifa edilmemesinden doğan zararı ifade eder².

Geniş anlamda haksız fiil sorumluluğu, hem kusur sorumluluğunu hem de kusursuz sorumluluğu kapsamaktadır. Dar anlamda haksız fiil sorumluluğu ise yalnızca kusur sorumluluğunu kapsamaktadır³. Tezimizde, haksız fiil sorumluluğu dar anlamda kullanılmıştır. Bu nedenle, kusursuz sorumluluk halleri olan; hakkaniyet sorumluluğu, özen sorumluluğu ve tehlike sorumluluğu incelenmemiştir.

§2. GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLERDE MADDİ TAZMİNAT VE BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

I) GENEL OLARAK HAKSIZ FİİLLERDE MADDİ TAZMİNAT

Haksız fiillerde maddi tazminat, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu bir fiili ile başka bir kimsenin malvarlığının eksilmesine neden olması halinde, o kimsenin malvarlığının eski hale getirilebilmesi için yerine getirmesi gereken edimdir. Bir başka ifadeyle, haksız fiilde maddi tazminat, bir kimsenin hukuka aykırı ve kusurlu fiili nedeniyle, başkasına verdiği maddi zararı gidermesi için gereken edimdir. Nitekim, bir kimse hukuka aykırı ve kusurlu bir fiiliyle, başka bir kimseye vermiş olduğu zararı gidermekle yükümlüdür⁴.

II) HAKSIZ FİİLLERDEKİ MADDİ TAZMİNATIN BENZER KAVRAMLARDAN FARKI

A) SÖZLEŞMEDEN DOĞAN TAZMİNATTAN FARKI

Hukuki sorumluluk, bir kimsenin bir başkasına verdiği zararı gidermekle yükümlü tutulmasıdır. Söz konusu sorumluluk, zarar sorumlusu ile zarar gören

² EREN s.530.

³ EREN, s.489.

⁴ EREN, s.516 vd.; NOMER, s. 33.

arasında önceden bir hukuki ilişki bulunup bulunmamasına göre, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır⁵.

Borçlunun, sözleşmeye aykırı davranarak borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi nedeniyle alacaklıyı zarara uğratması halinde sözleşme sorumluluğu söz konusu olur (TBK. m.112 vd). Buna karşılık, kişiler arasında önceden bir sözleşme ilişkisi bulunmaksızın, bir kimsenin hukuka aykırı bir fiille başka bir kimseye zarar vermesi halinde haksız fiil sorumluluğu söz konusu olur⁶. Bu iki sorumluluk arasında; sorumluluğun sınırlandırılması, sorumlu tutulacak kişiler, sorumsuzluk anlaşması, kusurun takdiri ile ispatı ve zamanaşımı bakımından farklar bulunmaktadır⁷.

Sözleşmeden doğan sorumluluğun, gerek kanun gerek sözleşme ile sınırlandırılması mümkündür. TMK. m.631/II ve m.903/II, sorumluluğun kanun gereği sınırlandırıldığı hallere örnektir. Buna karşın haksız fiil sorumluluğunda sorumluluğun sınırlandırılması imkanı bulunmamaktadır. Bu nedenle, haksız fiil nedeniyle tazminatla yükümlü olan kimse tüm malvarlığı ile sorumludur⁸.

TBK. m.61' e göre, birden çok kişinin haksız fiilleriyle, birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmaları halinde, bu kişiler söz konusu zarardan kural olarak müteselsil sorumludurlar. Buna karşın, birden çok kişinin sözleşme ile borç altına girmesi halinde bu kişilerin sorumluluğu kural olarak müteselsil değildir. Bu kişilerin müteselsil sorumluluğu, ancak, alacaklı ile borçlular arasında sözleşme yapılırken borçluların müteselsilen sorumlu olacaklarının kararlaştırılması (TBK. m.162/I) veya borçluların müteselsilen sorumlu olacaklarının kanunda öngörülmesi (TBK. m.162/II) halinde söz konusu olur. Örneğin, katılan ile alacaklı arasında bir katılma sözleşmesi yapılmışsa, bu halde müteselsil sorumluluk kanun uyarınca gerçekleşmiş olur (TBK. m.201/I). Müteselsil sorumlulukta, zarar gören, zararın tamamını zarar verenlerin hepsinden, bir kısmından veya sadece birinden talep edebilir. Bu nedenle, zarar gören, tazminat

⁵ TİFTİK, s. 33.

⁶ TANDOĞAN, s. 723.

⁷ KARAN, s.728vd.

⁸ EREN, s. 86-81; KARAN, s. 730.

davasını, kendisine karşı en sağlam ispat araçlarına sahip olduğu zarar verene karşı açabileceği gibi, tazminatı ödeme gücü en fazla olan zarar verene karşı da açabilir⁹.

Sözleşmeden doğan sorumlulukta, sözleşmenin yapıldığı sırada veya en geç zarar doğmadan, TBK. m.115'de öngörülen şartlar yerine getirilerek, borçlunun sorumluluğunu daraltan veya bertaraf eden sorumsuzluk anlaşması yapılabilir. Buna karşın, haksız fiil sorumluluğunda sorumsuzluk anlaşmasının yapılmasına imkan yoktur¹⁰.

Haksız fiil sorumluluğunda da sözleşmeden doğan sorumlulukta da prensip olarak, her türde ve derecede kusur borçlunun sorumlu tutulması için yeterlidir (TBK. m.49/I, m.114/I- c.I) ¹¹ . Bununla beraber, TBK. m.114/I-c.3' de işin özellikle borçlu için bir yarar sağlamaması halinde, sorumluluğun daha hafif olarak değerlendirileceği öngörülmüşken, haksız fiil sorumluluğunda bu yönde bir hüküm öngörülmemiştir¹². Ayrıca, bazı hallerde¹³ sözleşmeden doğan sorumluluk için borçlunun kastı veya ağır kusuru aranmaktadır. Buna karşın, haksız fiil sorumluluğunda ahlaka aykırı fiilden sorumluluk için zarar verenin kastının arandığı halin dışında sorumluluğun doğması için en hafif kusur dahi yeterlidir (TBK. m.49/II).

TBK. m.50/I' e göre, haksız fiil sorumluluğunda, zarar gören zarar verenin kusurunu ispatla yükümlüdür. Nitekim herkes hakkını dayandırdığı olguları ispatlamak zorundadır (TMK. m.6). Buna karşın, sözleşmeden doğan sorumlulukta, alacaklı borçlunun kusurunu ispatla yükümlü olmayıp; borçlu sorumluluktan kurtulmak için sorumsuzluğunu ispatlamak zorundadır (TBK. m.112). Gerçekten, sözleşmeden doğan sorumlulukta borçlunun kusuru karine olarak kabul edildiği için borçlu kendisine hiçbir kusurun yükletilemeyeceğini ispat ederek bu karineyi çürütmedikçe kusurlu sayılacağı için sorumlu olacaktır¹⁴.

⁹ OĞUZMAN / ÖZ, s.304; YAĞCIOĞLU, s. 179vd.

¹⁰ KARAN, s.732-733.

¹¹ EREN, s. 574; KILIÇOĞLU M., s. 320.

¹² EREN s.1060.

¹³ TBK m.220, m.225, m.94, m.477 bu hallere örnektir.

¹⁴ KARAN, s. 739.

TBK. m.146' ya göre, sözleşmeden doğan borca aykırılık halinde tazminat davası kural olarak on yıllık zamanaşımına tabidir. Bu on yıllık süre, alacağın muaccel olduğu andan itibaren işlemeye başlar (TBK. m.149/I). TBK. m.72' ye göre haksız fiilden doğan tazminat istemi ise zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıllık ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yıllık zamanaşımına tabidir. Ayrıca, haksız fiilin cezayı gerektiren bir fiilden doğması halinde, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngörmesi halinde, bu zamanaşımı uygulanır.

B) GERÇEK OLMAYAN VEKALETSİZ İŞ GÖRMEDEN DOĞAN TAZMİNATTAN FARKI

Vekaletsiz iş görmeden doğan borçlar da haksız fiilden doğan borçlar gibi doğrudan doğruya kanundan doğan borçlardır. Vekaletsiz iş görme gerçek olan ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme olarak ikiye ayrılır. Gerçek vekaletsiz iş görme, vekaletsiz iş görenin başkasının işini görmek iradesiyle hareket edip, o kişinin yararına veya muhtemel iradesine uygun davranmasıdır. Bir başka ifadeyle iş sahibinin menfaatine uygun olarak girişilen ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayan iş görme halinde gerçek olan vekaletsiz iş görme mevcuttur. Bu durumda, vekaletsiz iş gören kişinin fiili, hukuka uygunluk sebeplerindendir¹⁵.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ise işin görülmesinin, iş sahibinin yararına veya muhtemel iradesine uygun olmamasıdır. İş görenin bu fiili, hukuka aykırı olmakla beraber, haksız fiil teşkil etmez. Burada daha çok gerçek olmayan vekaletsiz iş görmeye esas teşkil eden hukuki ilişkinin ihlali söz konusudur¹⁶. Haksız fiil ve gerçek olmayan vekaletsiz iş görme arasında amaç, kusur derecesi ve zamanaşımı bakımından farklar bulunmaktadır¹⁷.

Haksız fiil nedeniyle bir tazminat borcunun söz konusu olabilmesi için her şeyden önce bir zararın doğması gerekir. Buna karşın, gerçek olmayan vekaletsiz iş görmede bir tazminat borcunun söz konusu olması için, zararın meydana gelmesine gerek yoktur. Bununla beraber, bir zarar doğarsa, hem zararın telafi edilmesi hem de

¹⁵ EREN, s.605; SÜZEL/ YASAN, s.368.

¹⁶ EREN, s.605-606.

¹⁷ SÜZEL/ YASAN, s.368vd.

haksız elde edilen menfaatin iade edilmesi gerekir (TBK. m.530). Dolayısıyla, haksız fiiller, “haksız kayıpları”; gerçek olmayan vekaletsiz iş görme ise “haksız elde edilen kazancı” esas alır¹⁸.

Haksız fiil sorumluluğu için kusurun derecesi önem taşımaz. Buna karşın, gerçek olmayan vekaletsiz iş görme nedeniyle sorumluluğun doğması için kast veya ağır ihmal bulunmalıdır¹⁹.

Gerçek olmayan vekaletsiz iş görme, TBK. m.146 gereği on yıllık zamanaşımına tabi iken; haksız fiil, TBK. m.72’ ye göre iki ve on yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

C) TEHLİKE SORUMLULUĞUNDAN DOĞAN TAZMİNATTAN FARKI

Faaliyet ve işletmeleriyle, başkaları için nicelik veya nitelik yönünden tipik tehlike yaratan kimseler, bu tehlikeden doğan zararı TBK. m.71’ e göre tazmin etmekle yükümlüdürler. Nitekim bu tür faaliyet ve işletmeden fayda sağlayanın, bunun zararlı sonuçlarına katlanması gerekir²⁰. Bu sorumluluk türünün haksız fiil sorumluluğundan bir takım farkları bulunmaktadır.

Haksız fiilin unsurlarından biri olan fiil kavramı, genellikle insan davranışını ifade eder. Buna karşın tehlike sorumluluğunda bir fiil, bir insan davranışı söz konusu olmayıp, bir işletme söz konusudur. Bu sorumlulukta, bir davranış mevcut olsa bile, bu ancak ikinci derecededir²¹.

Tehlike sorumluluğunun doğması için gerekli unsurlardan biri olan hukuka aykırılık, haksız fiil sorumluluğunda ön plandayken; tehlike sorumluluğunda ikinci plandadır. Zira, tehlike sorumluluğunda, üçüncü kişilere zarar verme ihtimali çok yüksek olan işletmelerin, özel ve tipik tehlikesi öne çıkmaktadır²².

¹⁸ SÜZEL/ YASAN, s.368.

¹⁹ SÜZEL/ YASAN, s.368.

²⁰ TİFTİK, s.37.

²¹ EREN, s.503.

²² EREN, s.503.

Ayrıca, haksız fiil sorumluluğu için gerekli olan kusur, tehlike sorumluluğunda aranmaz. Tehlikeli faaliyette bulunan, bu faaliyetin yol açtığı ve taşıdığı tehlike için tipik görülebilecek zarardan kusursuz olarak sorumludur²³.

§3. TÜRK BORÇLAR KANUNU'NDA HAKSIZ FİİLLER VE MADDİ TAZMİNAT BAKIMINDAN BENİMSENEN SİSTEMATİK

6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile, 818 Sayılı Borçlar Kanun'da yer alan haksız fiile ilişkin her bir madde günümüz Türkçesine uygun sözcükler ve daha özlü bir ifadeyle tekrar düzenlenmiştir. Kanun koyucunun yaptığı ifade değişikliği, hükmün sadece daha anlaşılır olmasını sağlamakla kalmamış, hukuka aykırılık unsurunun tespitinde başvurulacak teorinin hukuki dayanağını da net bir biçimde ortaya koymuştur. Gerçekten, 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda kullanılan "haksız surette" ifadesi, hukuka aykırılığın tespitinde sübjektif hukuka aykırılık teorisinin esas alınması gerektiği düşüncesini destekler nitelikteydi. 6098 Sayılı Borçlar Kanun'unda bunun yerine "hukuka aykırı fiile" ifadesi kullanılarak, doktrinde benimsenen teorinin hukuki dayanağı güçlendirilmiş oldu²⁴.

Kanun koyucu, 6098 Sayılı Borçlar Kanun'unda haksız fiil kaynaklı sorumluluğun oluşum koşulları ile sorumluluğun sonuçları bakımından düzenlenmesini, yani tazminata ilişkin hükümleri birbirinden ayırmamıştır.

6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun birinci kısmı olan "Genel Hükümler" in, birinci bölümü olan " Borç İlişkisinin Kaynakları" nın, ikinci ayrımında yer alan 49'uncu ve 76'ncı maddeler de geniş anlamda "Haksız Fiilden Doğan Borç İlişkileri" düzenlenmiştir.

TBK. m.49' da, genel olarak haksız fiil sorumluluğuna değinilmiş, sorumluluğun şartları belirtilmiştir. Sorumluluğun şartlarından biri olan, maddi zarar, eşyaya ilişkin olabileceği gibi kişiye ilişkin de olabilir. Zira, TBK. m.53 ve m.54' de kişiye ilişkin maddi zararların kapsamı düzenlenmiştir. Buna göre, TBK. m. 53' de ölüm halinde uğranılan zararların, TBK. m. 54' de ise bedensel zararların bir kısmı "özel olarak" hükme bağlanmıştır.

²³ İKİZLER, s.3247.

²⁴ GÜRPINAR, s. 254.

Maddi tazminatın tespit edilebilmesi için öncelikle maddi zararın belirlenmesi gerekirken, kanun koyucu, maddi tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümleri düzenledikten sonra maddi zararın kapsamını belirleyen hükümlere yer vermiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN MADDİ TAZMİNATIN TANIMI VE UNSURLARI

§4. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN MADDİ TAZMİNATIN TANIMI

Tazminat sözlük anlamı olarak, “zarar karşılığı ödenen para²⁵” yı ifade eder. Bununla birlikte, tazminat, bir başkasının zararını gidermek için gerekli olan edimi ifade etmek üzere de kullanılır²⁶. Zarar dar anlamda maddi zararı ifade ederken; geniş anlamda hem maddi zararı hem de manevi zararı kapsar. Maddi zarar, malvarlığında irade dışı meydana gelen eksilmedir. Malvarlığında meydana gelen bu eksilme, malvarlığının haksız fiilin işlenmesinden önceki durumu ile haksız fiilin işlenmesinden sonraki durumu arasındaki farktır²⁷.

Maddi tazminat ise, zarar verici olay meydana gelmeseydi, zarar görenin malvarlığı açısından bulunacağı durumun yeniden kurulması için gerekli olan edimdir. Bir başka ifadeyle, maddi tazminat, maddi zararın giderilmesi için sorumlu kişi tarafından yerine getirilmesi gereken, para ile ifade edilen bir edimdir. Maddi tazminat, sözleşme dışı sorumluluk hallerinin en önemli yaptırımıdır. Bu yaptırımla, maddi zararın ortadan kaldırılması ve zarar görenin ekonomik durumunun mümkün olduğu kadar eski hale getirilmesi amaçlanır²⁸.

§5. HAKSIZ FİİLDEN DOĞAN MADDİ TAZMİNATIN UNSURLARI

Haksız fiil nedeniyle maddi tazminat sorumluluğunun doğabilmesi için onda şu beş unsurun bulunması gerekir: I) İradeye dayanan bir fiil bulunmalıdır; II) Fiil, hukuka aykırı olmalıdır; III) Hukuka aykırı fiil nedeniyle maddi zarar doğmalıdır; IV) Hukuka aykırı fiil ile maddi zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır; V) Zarar verici fiil, zarar verenin kusuruyla işlenmelidir. Aşağıda bu unsurlar sırasıyla ele alınıp incelenmiştir.

²⁵ www.tdk.gov.tr

²⁶ NOMER, Tazminat, s. 33.

²⁷ EREN, s.522.

²⁸ TANDOĞAN, s. 352; TİFTİK, s.61.

D) FİİL

Haksız fiillerde maddi tazminatın ilk kurucu unsuru olan fiil, insanın iradeye dayanan davranışını ifade eder²⁹. İrade ise, fiili işleyen bir kimsenin göz önünde tuttuğu bir sonucu gerçekleştirmek için giriştiği ruhsal faaliyettir³⁰.

İradi davranış, bir el-kol hareketi olarak ortaya konabileceği gibi bir sözün sarf edilmesi gibi bir bedensel davranış şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu nedenle, insan davranışının ortaya konulmasında şekil önemli değildir³¹.

Fiil, sözlük anlamıyla bir şey yapmayı ifade etse de; hukukta yapmamayı da kapsar. Bu nedenle, hukukta fiil, yapma (hareket) veya yapmama (hareketsizlik) şeklinde gerçekleşebilir³². Yapma şeklindeki fiilde, dış dünyada fark edilen aktif bir fiil söz konusudur. Haksız fiil sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran sebep, çoğunlukla yapma şeklinde ortaya çıkar³³.

Yapmama şeklindeki fiilin haksız fiil meydana getirebilmesi için, bu fiile ilişkin yapma yükümlülüğü bulunmalıdır. Bir başka ifade ile belirli bir hareket yapılsaydı hukuken önem arz eden sonuç meydana gelmeyecek idiyse, yapmama fiili sorumluluk doğurur³⁴. Bu itibarla, Federal Mahkeme sarhoş olan bir kimseyi kar fırtınasında yalnız başına bırakarak evine dönen kişiyi, o kimsenin sızarak soğuktan donması halinde, ailesine karşı tazminatla yükümlü tutmamıştır³⁵. Buna karşın, inşaat yapan bir kimsenin, belediye kurallarının öngördüğü veya inşaatın niteliği gereği alması gereken koruyucu tedbirleri almaması halinde, bu kimse doğacak zararlardan sorumlu olur³⁶.

²⁹ EREN, s.516; TİFTİK, s.46; OĞUZMAN/ ÖZ, M., s.13.

³⁰ KANETİ, s.33.

³¹ KILIÇOĞLU A., s.286.

³² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 13.

³³ EREN, s. 518.

³⁴ EREN, s. 519; TİFTİK, s. 46; KILIÇOĞLU A., s. 287.

³⁵ TANDOĞAN, s. 13.

³⁶ REİSOĞLU, s. 165.

II) HUKUKA AYKIRILIK

A) HUKUKA AYKIRILIK KAVRAMI

Haksız fiillerde maddi tazminatın unsurlarından biri de hukuka aykırılıktır. Haksız fiillerden doğan borç ilişkisinin genel olarak düzenlendiği TBK. m.49/I' de "hukuka aykırı bir fiille" ifadesine yer verilmiştir. Bununla beraber kanun koyucu TMK. m.24/I hükmünde de, "*hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldıran kimse, hakimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir*" demek suretiyle sorumluluğun doğması için "hukuka aykırılığın" arandığını belirtmiştir.

Hukuka aykırılık, hukuk düzeni ile bağdaşmayan insan fiilleri hakkında yürütülen bir değer yargısıdır³⁷. Bu nedenle hukuka aykırılık, kanuna aykırılık ile sınırlı tutulmamalıdır. Fiilin, yazılı olmayan hukuk kurallarına, tüzüklere, yönetmeliklere aykırı olması halinde de sorumluluk doğmalıdır³⁸.

Hukuka aykırılığın tespiti açısından subjektif ve objektif teori olmak üzere iki teori mevcuttur. Eski bir görüş olan subjektif teoriye göre; hukuka aykırılık, zarar verenin bu zarar verici davranışta bulunmaya yetkili ve izinli olmamasıdır. Bir başka ifadeyle, subjektif teoriye göre, zarar veren zarar verici fiili bir hakka dayanarak işlemişse, hukuka aykırılık söz konusu olmaz³⁹. Günümüzde hakim olan objektif teoriye göre; hukuka aykırılık ise kişilerin mal ve kişisel değerlerini doğrudan veya dolaylı koruma amacı güden emredici hukuk kuralının⁴⁰ ihlalidir⁴¹.

Hukukun doğrudan doğruya koruduğu mal ve kişi haklarını ifade eden mutlak haklar; ayni haklar, fikri haklar ve kişilik haklarından oluşur. Mutlak hakları korumayı amaçlayan davranış kurallarına "temel davranış normları" da denir. Ayni haklar, mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklardan oluşur. Fikri haklar, fikir ürünleri üzerindeki haklardır. Kişilik hakları ise, kişiliği oluşturan kişisel özgürlük, isim hakkı, özel hayatın gizliliği gibi varlık ve değerleri korur⁴².

³⁷ KANETİ, s. 39.

³⁸ KILIÇOĞLU A., s. 289.

³⁹ EREN, s.584; OĞUZMAN/ÖZ, s.14.

⁴⁰ Emredici hukuk kuralları, kişilerin veya tarafların iradeleriyle aksini kararlaştıramadıkları, uyulması zorunlu kurallardır.

⁴¹ EREN, s.585; TİFTİK, s.49; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bak. EREN, s.588 vd .

⁴² EREN, s.593-594; KILIÇOĞLU, s. 111.

Alacak hakları, malvarlığı haklarından olmakla beraber, mutlak haklardan olmadığı için bu hakların ihlali TBK. m.49/I bakımından hukuka aykırılık oluşturmaz; aksine borca aykırılık oluşturur⁴³.

Mutlak hakların ihlali haricinde, özel koruma kurallarının, örf adet kurallarının ve hukukun genel ilkelerine dayanan yazılı olmayan hukuktan kaynaklanan davranış kurallarının ihlali de hukuka aykırılık teşkil eder⁴⁴.

Özel koruma kuralları, zarar görenin mutlak hakları dışındaki diğer menfaatlerini korumak amacıyla konulmuş davranış kurallarıdır. Bu kuralların koruduğu menfaatler arasında zarar görenin mameleki ve ticari menfaati gelir. Bu hukuk kurallarına aykırılık, ihlal edilen hukuk kuralının, diğer amaçlar yanında ferdin menfaatini koruma amacı gütmesine bağlıdır⁴⁵.

Örf-adet kuralları ve hukukun genel ilkelerine dayanan yazılı olmayan hukuktan kaynaklanan davranış kurallarının ihlali de hukuka aykırılık teşkil eder⁴⁶. Bunun yanı sıra, adalet ve ahlak duygularına saygıyı sağlamak, kamu vicdanını tatmin etmek amacıyla ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar vermek de hukuka aykırılıkla bir tutulmuştur⁴⁷. Nitekim TBK. m.49/II' de, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Görüldüğü üzere, hukuka aykırı bir fiilin, sorumluluğa neden olması için zararın kasten veya ihmalen ortaya çıkması önemli değildir. Buna karşın, ahlaka aykırı bir fiilin, sorumluluk doğurması için zarar verme kastı bulunmalıdır. Hukuk düzeni menfaatleri geniş ölçüde koruduğundan TBK. m.49/II' nin uygulama alanı çok sınırlıdır⁴⁸.

Hukuka aykırı fiil nedeniyle zarara uğrayan kişinin haksız fiil hükümlerine göre tazminat isteyebilmesi için, zarar görenin zarara uğraması ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı bulunmalıdır. Ayrıca hukuka aykırı fiil nedeniyle sorumluluğun doğabilmesi için ihlal edilen kuralın amacının kapsamına o kişinin

⁴³ EREN, s. 594.

⁴⁴ TİKTİK, S. 49 vd.

⁴⁵ EREN, s. 595; TİFTİK, s. 49; KILIÇOĞLU M., s.112.

⁴⁶ EREN, s. 589.

⁴⁷ EREN, s.599; TANDOĞAN, s. 27.

⁴⁸ REİSOĞLU, s. 169.

korunmasının da girmesi gerekir. Buna “normun koruma amacı” denir.⁴⁹ Buna göre, ihlal edilen davranış kuralının koruma amacıyla, zarar gören hukuki varlık, arasında bir bağ bulunmalı; bir başka deyişle, somut olayda çığneden hukuki varlık, ihlal edilen hukuk kuralının koruma alanı içinde yer almalıdır. Bu nedenle hukuka aykırılık, normun koruma amacı göz önünde tutularak tanımlanmalıdır⁵⁰.

B) HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ

1) Genel Olarak

Hukuka uygunluk sebeplerinin bulunması durumunda, fiil, başından itibaren hukuka uygun bir fiil olur; hiçbir zaman hukuka aykırı olmaz. Bir başka ifadeyle hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığı halinde işlenen fiil hukuka aykırı değildir⁵¹. Hukuka uygunluk sebepleri, TBK. m.63’ de öngörülmüştür. Söz konusu genel düzenlemeye göre, bir kimsenin kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiili, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı olmaz. Bununla beraber, zarar görenin haksız fiile önceden rıza göstermesi halinde de fiil, hukuka uygun hale gelir. Ayrıca daha üstün nitelikte özel veya kamusal yararın bulunması halinde de fiil hukuka aykırılık teşkil etmez. Bunların yanı sıra, aynı hükme göre, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması ve yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması ve zorunluluk hâllerinde de fiil, hiçbir zaman hukuka aykırı olmaz.

TBK. m.63’ deki bu genel düzenlemenin yanı sıra TBK. m.64’ de, özel olarak, haklı savunma, zorunluluk hali ve hakkını kendi gücüyle koruma hukuka uygunluk sebepleri olarak düzenlenmiştir. Ayrıca, TMK. m.24/II’ de, hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırı olması durumunda hukuka uygunluk sebeplerini düzenlenmiştir. Buna göre, *“kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır”*.

⁴⁹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 15.

⁵⁰ EREN, s. 598-599.

⁵¹ EREN, s. 601; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 22.

2) Hukuka Uygunluk Sebeplerinin Çeşitleri

Zarar görenin rızası, üstün nitelikte özel yarar, üstün nitelikte kamusal yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması, haklı savunma (meşru müdafa), zorunluluk hali ve kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma (ilhak-ı hak) hukuka uygunluk sebepleridir.

a) Zarar göreni rızası

Herkes, hukuk düzeninin kendisine tanımış olduğu kanuni korumadan vazgeçme hakkına sahiptir. TBK. m. 63' e göre, rıza göstermenin hukuken mümkün olduğu hallerde, zarar görenin fiile önceden rıza göstermesi fiilin haksız niteliğini ortadan kaldırır⁵². Ayrıca TMK. m.24/II' ye göre saldırı, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızasına dayanırsa, hukuka aykırı olmaz. Zarar görenin rızasının, hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için rızanın belirli geçerlilik şartlarını taşıması gerekir. Bu geçerlilik şartları; zarar görenin fiil ehliyetine sahip olması, irade sakatlığının bulunmaması, vazgeçmenin hukuka ve ahlaka uygun olmasıdır⁵³.

Zarar görenin rızasının, hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için, rıza gösteren kişinin tam ehliyetli olması gerekir. Sınırlı ehliyetsiz kişi adına, yasal temsilcinin rızası, sadece ehliyetsiz kişinin yararına olan müdahaleler için söz konusu olabilir⁵⁴.

Ayrıca, geçerli bir rızanın olabilmesi için, rıza gösterilen davranışın, rıza gösterenin üzerinde tasarruf edebileceği hukuki varlığa ilişkin olması gerekir. Örneğin, bir kimsenin yaşam hakkını ortadan kaldırmaya yönelik rızası hukuka uygunluk sebebi olmaz. Bu nedenle, bir kimsenin kendisinin öldürülmesine (ötenazi) rıza göstermesi halinde bu rıza geçerli değildir⁵⁵.

Spor gösterilerine rızasıyla katılan kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik fiiller, sporun kuralları içinde kalındığı sürece hukuka aykırı olarak değerlendirilmez. Sporun tehlike içermesi boks gibi dallarda, önceden belli olduğu için spor yapan kişinin örtülü rızasının bulunduğu kabul edilir. Bir başka deyişle, spor gösterilerine

⁵² REİSOĞLU s. 166.

⁵³ EREN, s. 603; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 23.

⁵⁴ KILIÇOĞLU A., s. 299.

⁵⁵ KILIÇOĞLU M., s. 116; TANDOĞAN, s. 31.

katılan kişinin tehlikeyi göze aldığı kabul edilir. Fakat sporla ilgili hukuk kuralı ihlal edilerek zarar meydana gelmişse, zarar verenin fiili hukuka aykırısıdır⁵⁶.

AY. m.17' ye göre, *"herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz"* Hastanın rızası aranmaksızın yapılan tıbbi müdahale, hekimin hatası bulunmasa bile, hukuka aykırısıdır⁵⁷(HHY. m. 24/I c.1). Ancak, vücut bütünlüğüne müdahale, kişinin yaşamını kaybetmesine veya sakat kalmasına yol açacak nitelikteyse, bu halde fiile rıza geçersizdir⁵⁸. Örneğin, bir kimsenin düello yapmasına veya bacağına koparılmasına ilişkin rızası geçersizdir. Ayrıca, hekim, tıbbi müdahale ve ameliyat için hastanın rızasını almadan önce hastayı, somut ve özel olarak aydınlatılmakla yükümlüdür. Aydınlatma ve rıza, yapılacak tıbbi müdahalenin muhtemel sonuç ve komplikasyonlarını içermeyse; müdahale hukuka aykırı olur⁵⁹. Müdahalenin zorunlu olduğu ve rızanın arandığı durumlarda, hasta beyanda bulunamayacak durumdaysa veya ehliyetsizse rıza alınmadan yapılacak müdahalenin hukuka aykırı olmadığı kabul edilir⁶⁰.

Organ Ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması Ve Nakli Hakkında Kanunun 8. maddesine göre, *"vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması yasaktır"*. Böyle hallerde, vericinin rızası geçersizdir. Ayrıca aynı söz konusu kanunun 3. maddesine göre, bir bedel veya başkaca çıkar karşılığı, organ ve doku alınması ve satılması da yasak olduğu için bu tür hallerde de gösterilen rıza geçersizdir.

Rıza, zarar meydana gelmeden önce verilmiş olmalıdır. Aksi takdirde, zarar görenin rızası, geçmişe etkili sonuç doğurmayacağı için hukuka uygunluk sebebi teşkil etmez. Bu halde, sadece zarar görenin tazminat hakkı ortadan kalkar⁶¹.

⁵⁶ EREN, s. 605; KILIÇOĞLU M., s. 120.

⁵⁷ Genel olarak tıbbi müdahaleler için rıza 1219 Sayılı Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesinde öngörülmüştür.

⁵⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 23.

⁵⁹ EREN, s. 604; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 24.

⁶⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 25.

⁶¹ EREN, s.605.

Rıza, açık olarak gösterilebileceği gibi örtülü olarak da gösterilebilir. Rızanın gösterilmesinde yazılılık şartının aranmadığı hallerde, bir fiilin rıza sayılıp sayılmayacağı güven prensibi çerçevesinde değerlendirilir. Örneğin, foto muhabirine poz veren kişinin, bu fotoğrafın yayınlanmasına dair örtülü rızasının bulunduğu kabul edilir⁶². Ayrıca, verilen rızadan her zaman dönmek mümkündür⁶³.

b) Üstün nitelikte özel yarar

TBK. m.63/II' de genel olarak, TMK. m.24' de ise kişilik hakkı yönünden öngörülen düzenlemeye göre, üstün nitelikte özel yararın bulunması halinde fiil hukuka aykırı sayılmaz. Üstün nitelikte özel yarar, bizzat zarar görene, zarar verene veya üçüncü kişiye ait olabilir. TBK. m.64' e göre, zarar verenin veya bir üçüncü kişinin üstün yararının, tecavüzün hukuka aykırılığını kaldırması, bu tecavüzün haklı savunma kapsamına girmesi halinde söz konusu olur⁶⁴. Bir kimsenin yolda yürürken aniden kalp krizi geçirmesi halinde, zaman kaybetmemek amacıyla rızası aranmaksızın hemen kalp ameliyatının yapılması buna örnektir.

Üstün nitelikte özel yarar, özellikle rıza beyanında bulunamayacak kişilere yapılacak tıbbi müdahaleler bakımından önemlidir. Tıbbi müdahalede bulunulacak kişi, rıza beyanında bulunamayacak durumdaysa ve kanuni temsilcisi de yoksa ya da hazır bulunamıyorsa rıza aranmaz (1219 sayılı K. m.70; HHY. m.24/I). Bu halde tıbbi müdahale, o kişinin üstün özel yararının bulunması nedeniyle hukuka uygundur⁶⁵. Gerçi, bu husus kanunlarımızda ayrıca öngörüldüğü için burada kanuni yetkinin kullanıldığı da söylenebilir⁶⁶.

Kanuni temsilcinin onayı ile yapılan tıbbi müdahaleler ancak hastanın üstün yararının bulunduğu hallerde hukuka aykırı değildir. Kanuni temsilcinin rızası, hastanın üstün yararının bulunduğuna dair karine sayılabilir⁶⁷.

Hiç kimse üstün nitelikte özel yarar gerekçesiyle rızasına uygun olmayan bir şekilde tıbbi müdahaleye tabi tutulamaz (HHY. m.22/I). Buna karşın, hastaya tıbbi

⁶² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 25-26.

⁶³ EREN, s.603.

⁶⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 37-38.

⁶⁵ NOMER, N. Haluk: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Bası, İstanbul, 2012, s. 144.

⁶⁶ OĞUZMAN/ ÖZ s. 37.

⁶⁷ OĞUZMAN/ ÖZ s. 38.

müdahalede bulunulduğu sırada, tıbbi zaruret nedeniyle, müdahalenin genişletilmesi gerekiyorsa, rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir (HHY m. 31/IV).

Üstün nitelikte özel yarar özellikle hak arama özgürlüğü ve savunma hakkı bakımından önem taşır. Anayasanın 36. maddesinde teminat altına alınan hak arama özgürlüğü, kişiliğe tecavüzdeki hukuka aykırılığı, korunan üstün yarar sebebiyle kaldırır. Hak arama özgürlüğüne yönelik fiilin sorumluluğa yol açmaması için hak arama ve savunma hakkını kullanma amacının bulunması ve bu amacın sınırları içinde kalınması zorunludur⁶⁸. Özellikle şikayet ve ihbar hakkının kasten zarar verme amacıyla veya keyfi olarak ya da uzak ihtimallere göre, herhangi bir delil ve emare bulunmadan, yeteri kadar araştırma yapılmadan kullanılmaması gerekir. Aksi halde hak arama özgürlüğünün kötüye kullanılması nedeniyle sorumluluk doğar⁶⁹.

c) Üstün nitelikte kamusal yarar

TMK. m.24/II' ye göre, üstün nitelikte kamu yararı bulunan hallerde, bir kişinin şahsına yönelik saldırılar hukuka aykırı olmaz. Örneğin, genel sağlığın korunması amacıyla bir yöredeki insanlara zorla aşı yapılması halinde üstün nitelikte kamusal yarar bulunur⁷⁰.

Üstün kamusal yarar, özellikle kişilik haklarına kitle iletişim araçları ile yapılan saldırılar bakımından önemlidir. Kamu yararına yönelik basın açıklamasında kişilik hakkına saldırı olması halinde, basın yoluyla açıklama nedeniyle kişilik hakkı ihlal edilen kişinin korunmasına ilişkin yararı ile basının Anayasa' da yer alan basın özgürlüğüne ilişkin yararı çatışır⁷¹. Bu durumda, her somut olayda, tecavüze uğrayanın kişilik hakkının korunmasına ilişkin yararı ile kamunun haber alma ve aydınlatılmasındaki yararından hangisinin daha üstün olduğunun saptanması gerekir⁷². Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında⁷³, "Anayasa ve yasaların güvencesi altında bulunan basın özgürlüğüyle kişiyi insan yapan kişilik haklarının çatışması halinde birinin diğerine önceden üstün tutularak sonuca ulaşılması

⁶⁸ KILIÇOĞLU A. s. 300.

⁶⁹ Y. 7. HD. 09.03.2010, 2009/4355E., 2010/1257K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 12. 01. 2017).

⁷⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 33.

⁷¹ KILIÇOĞLU A., s. 301- 302.

⁷² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 34.

⁷³ YHGK. 06.06.2001,2001/4-435E., 2001/471K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 12. 01.2017).

mümkün değildir. Her olay, kendine özgü koşullar içerisinde değerlendirilerek, çözüme bağlanmalıdır” demektedir. Bu değerlendirmeyi hakim takdir yetkisini kullanarak yapar⁷⁴.

Kamu yararı ancak, halkın gerçekler hakkında bilgi edinme hakkına hizmet ediyorsa mevcuttur⁷⁵. Bu nedenle basının haber verme hakkı gerçeklik, güncellik, kamu yararı, kamusal ilgi, konuyla ifade arasındaki düşünsel bağılılık sınırları içinde kalmalıdır⁷⁶.

Ayrıca, basının kişilik hakkını ihlal eden bir açıklamanın gerçeğe uygunluğundan şüphe duyduğu hallerde, bunu yayımlamama veya ilgilinin kimliğini açıklamadan yayımlama zorunluluğu vardır⁷⁷. Herhalde basın elemanının, bir haberi yayınlamadan önce kendisinden beklenen özeni gösterip ne ölçüde doğru olduğunu araştırması ve ondan sonra o haberi yayınlaması gerekir⁷⁸.

Uygulamada, kamu yararı ve toplumsal ilgi unsurları geniş yorumlanmakta, gerçekte kamuya hiçbir yararı olmaması nedeniyle hukuka uygun sayılmayacak haberler bile, habere kamuoyunun geniş ilgisi (merakı) olması nedeniyle hukuka uygun sayılmaktadır. Çoğu magazin haberleri buna örnektir⁷⁹.

d) Kanunun verdiği yetkinin kullanılması

TMK. m.24/II’ de, kanunun verdiği yetkinin kullanılması hukuka uygunluk sebeplerinden biri olarak öngörülmüştür. Buna göre, kanunların yetki tanıdığı hallerde başkalarının hukuki varlığına yönelik fiiller hukuka aykırı olmaz. Kanunun tanıdığı yetki, kamu hukukundan veya özel hukuktan doğabilir⁸⁰.

Kamu hukukundan doğan bir yetkinin, ilgili memur veya kamu görevlisi tarafından kanunun öngördüğü şart ve sınırlar içinde kullanılması halinde hukuka aykırılıktan söz edilmez⁸¹. Örneğin, haciz memurunun borçlunun mallarını

⁷⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 34.

⁷⁵ NOMER, Genel, s. 142.

⁷⁶ YHGK., 20.1.2002, 2001/4-1177E., 2002/40K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 12. 01.2017).

⁷⁷ KILIÇOĞLU A., s. 302.

⁷⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 35.

⁷⁹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 36.

⁸⁰ KILIÇOĞLU A., s. 303.

⁸¹ EREN, s.602; TANDOĞAN, s. 30.

haczetmesi, polisin mahkeme kararını yerine getirmek için bir şahsı tutuklaması halinde hukuka aykırılık bulunmaz.

Yetkili memurun kusurlu olarak yetkisini aşması veya yetkili olmayan memurun görev gaspı sonucu işlenen fiiller, hukuka aykırıdır⁸². Bu halde, kamu görevlisinin haksız işlemler sonucu verdiği zarar Devletçe tazmin edilir⁸³.

Özel hukuku düzenleyen kanunlarda yer alan hakların kullanılması sırasında bir kişiye zarar verilmesi halinde de hukuka aykırılıktan söz edilmez. Örneğin, alacaklının borçluya ait olup, onun rızasıyla zilyedi bulunduğu taşınır bir malı, yasal şartların bulunması halinde TMK. m.950' ye göre borç ödeninceye kadar hapsedmesi halinde, özel hukuktan doğan bir hak kullanıldığı için, hukuka aykırılık mevcut değildir. Ancak söz konusu hakkın kullanılması sırasında hakkın sınırının aşılması halinde fiil, hukuka aykırı hale gelir⁸⁴.

İster kamu hukukundan, isterse özel hukuktan doğsun, bir hakkın kötüye kullanılması hukuka aykırılık teşkil eder. Nitekim TMK. m.2/II' ye göre hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Örneğin, ana babanın çocuğun eğitimi bahanesiyle çocuğu dövmesi halinde bu fiil hukuka aykırıdır⁸⁵.

e) Haklı savunma

Haklı savunma (meşru müdafaa), bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının kişiliğine veya malvarlığına karşı mevcut ya da çok yakın bir hukuka aykırı saldırıyı defetmek için saldırganın hukuki varlığını ihlal etmek suretiyle ona karşı zorunlu bir savunmada bulunmasıdır⁸⁶. TBK. m.64/I' e göre, "*haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz*".

Bir fiilin haklı savunma niteliğini kazanabilmesi için bulunması gereken ilk şart, haklı savunmada bulunan kişinin kendisine veya üçüncü bir kişiye yönelik bir saldırının mevcut olmasıdır⁸⁷. Bu saldırı, yaşama, bedensel bütünlüğe, sağlığa,

⁸² EREN, s. 602; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 26.

⁸³ HATEMİ, s. 41-42.

⁸⁴ EREN, s.602-603; TANDOĞAN, s. 31.

⁸⁵ EREN, s.603; KILIÇOĞLU M., s. 115.

⁸⁶ EREN, s. 607; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 28; TANDOĞAN, s. 33.

⁸⁷ NOMER, Genel, s. 146; KILIÇOĞLU A., s. 292.

özgürlüğe, namusa veya şerefe karşı olmak üzere şahısvarlığına yönelik olabileceği gibi eldeki çantanın gasp edilmesi tarzında malvarlığına yönelik de olabilir. Ayrıca, mal ve şahıs varlığına saldırılan kişi, savunmada bulunan kişinin kendisi olabileceği gibi, üçüncü bir kişi de olabilir. Örneğin, A' nın Ü' yü yaralamak istediği sırada, B' nin A'yı etkisiz hale getirmek amacıyla A' ya zarar vermesi halinde, üçüncü kişinin şahıs varlığına yönelik bir saldırı olduğu için bu ilk şart sağlanmış olur⁸⁸.

Haklı savunmanın varlığı için gerekli ikinci şart ise, saldırının devam etmesidir. Zira haklı savunmanın esas amacı zararı değil, zarar tehlikesini önlemektir. Ayrıca bitmiş saldırı ne kadar ağır zarara yol açarsa açsın, hukuk düzenimizde kişiye intikam alma veya bizzat ceza verme yetkisi tanınmamıştır⁸⁹. Bu nedenle, haklı savunma sadece başlamış veya başlaması çok yakın olan saldırı fiiline karşı söz konusu olabilir. Tamamlanmış ve sonuçlarını doğurmuş bir saldırıya karşı haklı savunmada bulunulamaz⁹⁰. Gerçekten mevcut olmayan, fakat mevcut zannedilen bir fiile karşı haklı saldırı söz konusu olmaz. Kendisine boş bir tabanca ile ateş etmeye hazırlanan birinin, tabancayı doğrultanı öldürmesi buna örnektir. Bu halde, haklı savunmada bulunduğunu düşünen kimsenin zarara yol açan fiili hukuka aykırıdır. Ancak bu kişi, kusuru olmaksızın yanıldığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir⁹¹.

Üçüncü şart ise, saldırının hukuka aykırı olmasıdır. Görevini yapan veya bir hakkını kullanan kimseye karşı haklı savunmada bulunulamaz⁹². Ayrıca saldırıda bulunanın kusurlu olması şart değildir⁹³. Bu nedenle, ayırt etme gücü olmayan bir akıl hastasının saldırısına karşı da haklı savunma söz konusu olabilir⁹⁴. Bunun yanı sıra, hukuka aykırı saldırı bir kişi tarafından gerçekleştirilmelidir. Hayvanların veya eşyanın yarattığı tehlikelerde haklı savunma değil, zorunluluk hali söz konusu olur.

⁸⁸ EREN, s. 607.

⁸⁹ KILIÇOĞLU A., s. 292.

⁹⁰ EREN, s. 607.

⁹¹ TANDOĞAN, s. 34.

⁹² EREN, s.605.

⁹³ NOMER, Genel, s. 146.

⁹⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s.29.

Fakat hayvan veya eşya bir kişi tarafından saldırı aracı olarak kullanılırsa haklı savunma söz konusu olabilir⁹⁵.

Dördüncü şart ise, saldırı ile savunma arasında uygun bir dengenin bulunmasıdır. Bir başka ifadeyle, saldırıya uğrayan hukuki varlıkla bu saldırıyı önlemek için ihlal edilen hukuki varlık arasında bir denge olmalıdır. Saldırıyı önleme amaç ve sınırlarının aşılması halinde hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacağı için savunma fiili hukuka aykırı olur. Zira savunmanın amacı saldırganı cezalandırmak değildir⁹⁶. Bu nedenle saldırıyı giderecek savunma yollarından, saldıranın hukuken korunan varlıklarına en az zarar verecek araçlar seçilmelidir. Bu hal değerlendirilirken somut olayın arz ettiği özellikler göz önünde bulundurulmalıdır⁹⁷. Örneğin, bahçeden meyve çalan çocuklara silah ile ateş edilerek çocukların yaralanmasına neden olunması halinde işlenen fiil hukuka aykırı olur.

Haklı savunmanın beşinci ve son şartı ise, savunma fiilinin saldırıya karşı yapılmasıdır. Bu nedenle üçüncü kişilere karşı haklı savunmada bulunulamaz⁹⁸.

Bahsedilen bu şartların gerçekleşmesi halinde, haklı savunma, hukuka uygunluk sebebidir. Bundan dolayı, savunmada bulunan kişi, saldırıda bulunan kişinin mallarına veya şahsına vermiş olduğu zarardan sorumlu olmaz⁹⁹.

f) Zorunluluk hali

TBK. m.63/II' de öngörülen hukuka uygunluk sebeplerinden biri de zorunluluk (ızdırar) halidir. Bir kimsenin, kendisinin veya diğer bir kimsenin şahıs veya malvarlığını zarardan veya yakın ya da derhal meydana gelecek bir zarar tehlikesinden korumak için başkasının mallarına zarar vermesine zorunluluk hali denir¹⁰⁰. Örneğin, A' nın, köpeğin saldırısından korunmak için son çare olarak bir başkasının evinin kapısını kırarak içeri girmesi halinde zorunluluk hali mevcuttur.

⁹⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 28; TANDOĞAN, s. 34; Y. 4. HD. 14. 4.1975, 1973/14388E.,1975/4936K. sayılı kararında hayvanın yaptığı saldırı için de bu hükmün kıyasen uygulanabileceğine hükmetmiştir (www. kazanci.com, Erişim Tarihi: 19.01.2017)

⁹⁶ EREN, s.608.

⁹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ s. 30, KILIÇOĞLU M. s. 120.

⁹⁸ EREN, s. 608.

⁹⁹ EREN, s. 608

¹⁰⁰ EREN, s. 609; REİSOĞLU, s. 168.

Zorunluluk halinin doğabilmesi için ilk şart, şahsa veya mala yönelmiş hemen ya da yakın bir zamanda gerçekleşecek bir zarar tehlikesinin olmasıdır. Bu zarar tehlikesi, zorunluluk halindeki kişinin bizzat kendisine veya üçüncü bir kişiye yöneltilmiş olabilir¹⁰¹. Ayrıca zarar verici tehlike, bir kişi tarafından meydana gelebileceği gibi bir doğa olayından da meydana gelebilir¹⁰².

Zorunluluk halinin bulunması için ikinci şart ise, zarar tehlikesinin kaynağının malına zarar verilecek kişi olmamasıdır. Aksi halde haklı savunma hali söz konusu olur. Nitekim zorunluluk halinde haklı savunmadan farklı olarak, saldırıda bulunanın değil üçüncü kişinin hukuken korunan varlıklarına saldırı söz konusudur¹⁰³.

Üçüncü şart ise, maruz kalınan zarar tehlikesi dolayısıyla üçüncü kişinin yalnız malına zarar verilmiş olmasıdır¹⁰⁴. Hukuk düzeni zorunluluk halinde başka bir kişinin şahsına ve kişilik haklarına saldırıyı kabul etmemiştir. Örneğin, kendisine ateş açılması halinde bir kimse bundan kaçamayacağını ileri sürerek bir başka kimsenin arkasına saklanarak kendisini koruyamaz¹⁰⁵.

Dördüncü şart ise, önlenecek zarar tehlikesi ile kişinin malına verilecek zarar arasında bir dengenin olmasıdır. Zorunluluk halinin sınırlarının aşılması halinde meydana gelen zarar tam olarak giderilir¹⁰⁶. Taşınmaza zarar verilmesi açısından konu TMK. m.753' te özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre, *“bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır”*. Söz konusu hükümde ifade edilen, zarar veya tehlikenin taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük olması şartı, doktrinde genellikle aranmamaktadır¹⁰⁷.

¹⁰¹ NOMER, Genel, s. 147.

¹⁰² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 31.

¹⁰³ EREN, s. 609.

¹⁰⁴ TMK. m.753' te taşınmazlara verilecek zarar özel bir hükümle düzenlendiği için TBK. m.64/II yalnız taşınır mallar hakkında uygulanmaktadır.

¹⁰⁵ EREN, s. 609.

¹⁰⁶ EREN, s. 610.

¹⁰⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 32.

Beşinci ve son şart ise, zarar tehlikesinin kaçınılmaz olmasıdır. Bir başka ifadeyle üçüncü kişinin malına zarar vermeden, zarar veya tehlikeden kurtulmak mümkün olmamalıdır. Bu halde, üçüncü kişinin malına kasıtlı olarak zarar verilmektedir. Dolayısıyla zorunluluk hali için başkasının malına zarar verme bilerek ve isteyerek olmalıdır¹⁰⁸. İhmali olarak zarar verilmesi halinde bu zararlar TBK. m.64/II' ye girmez. Fakat olayın özelliklerine göre bu durum, mazur görülebiliyorsa sorumluluk ortadan kalkar¹⁰⁹. Ayrıca, zarar tehlikesini başka yollarla önlemek mümkünse, zorunluluk halinden bahsedilemez¹¹⁰.

Bahsedilen bu şartların bulunması halinde, zorunluluk hali, hukuk uygunluk sebebi olsa da zarar vereni mutlak olarak tazminat borcundan kurtarmaz. Nitekim kanun koyucu, haklı savunmadan farklı olarak, zorunluluk halinde olayla hiçbir ilgisi bulunmayan kusursuz bir kişiye verilen zararın kısmen giderilmesini kabul etmiştir. Buna göre, hakim, özellikle tehlikenin önlenmesindeki kusur ve korunan menfaatin büyüklüğünü göz önünde bulundurarak hakkaniyete uygun bir tazminata hükmeder¹¹¹. Bu şekilde, zarar gören kişinin katlandığı fedakarlık, zarar tehlikesiyle karşılaşan kişiyle zarar gören arasında denkleştirilmiş olur¹¹².

Üçüncü bir kimseyi tehlikeden korumak için başkasının mallarına zarar veren kimse, bu zarar nedeniyle ödediği tazminat için vekaletsiz iş görme (TBK. m.529) veya sebepsiz zenginleşme (TBK. m.77 vd.) hükümlerine göre lehine hareket ettiği üçüncü kişiye başvurabilir¹¹³.

g) Kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma

Hukuk düzenimize göre bir kimsenin kendi hakkını korumak için kuvvet kullanması kabul edilemez. Fakat bu kuralın mutlak olarak uygulanması, bazen hak sahibinin hakkının kaybolması veya bir daha elde edilememesi tehlikesini doğurabilir¹¹⁴. Bu nedenle kanun koyucu, TBK. m.64/III ile, bir kimsenin hakkını korumak için kuvvet kullanmasını, hukuka uygunluk sebebi olarak düzenleyerek, çok

¹⁰⁸ TANDOĞAN, s. 40.

¹⁰⁹ EREN, s.610.

¹¹⁰ KILIÇOĞLU A., s. 295.

¹¹¹ TANDOĞAN, s. 40.

¹¹² KILIÇOĞLU A., s. 295.

¹¹³ REİSOĞLU, s. 169.

¹¹⁴ KILIÇOĞLU A., s. 295.

istisnai hallerde, buna izin vermiştir. Bu hükme göre, *“hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve koşullara göre o sırada kolluk gücünün yardımını zamanında sağlayamayacak ise ve hakkının kayba uğramasını ya da kullanılmasının önemli ölçüde zorlaşmasını önleyecek başka bir yol da yoksa, verdiği zarardan sorumlu tutulamaz”*.

Kendi hakkını korumak için kuvvet kullanmanın, hukuka uygunluk sebebi olabilmesi için gereken ilk şart, bir hakkın korunması amacıyla kuvvete başvurulmasıdır. Kuvvet kullanılmasını gerektiren tehlike, kuvvet kullanılmaması halinde hak sahibinin hakkını kaybetmesi veya hakkını kullanmasının çok güçleşmesidir. Bu nedenle söz konusu tehlike, hak sahibinin şahsına veya malına yönelik değildir¹¹⁵. İssız bir yerdeki marketten alışveriş yapan müşterinin ücreti ödemediği gitmeye çalışması buna örnektir. Ayrıca hak sahibi, haklı savunma ve zorunluluk halinin aksine üçüncü bir kişinin hakkını korumak için kuvvet kullanamaz.¹¹⁶ Bunun yanı sıra, kuvvet kullanmada meşru sınır içinde kalacak şekilde yardımcıdan yararlanmanın mümkün olduğu kabul edilir¹¹⁷.

İkinci şart ise, yetkili organların müdahalesinin zaman veya yer itibarıyla mümkün olmamasıdır. Buradaki yetkili organ; mahkeme, icra memuru, polis, jandarma gibi kamu makamlarıdır¹¹⁸. Bu makamlar, olaya el koyduktan sonra kuvvet kullanılamaz¹¹⁹.

Üçüncü şart ise, hakkın korunması için başka bir imkanın mevcut olmamasıdır. Bir başka ifadeyle, kuvvet kullanılmadığı takdirde hak kaybolmalı veya hakkın kullanımı önemli ölçüde zorlaşmalıdır. Bu husus, bir kişinin kimliğinin ya da yakalanmasının olanaksızlaşması şeklinde olabileceği gibi, hakkın ispatının imkansız hale gelmesi şeklinde de gerçekleşebilir¹²⁰.

Gerçekleşmesi gereken dördüncü ve son şart ise, kuvvet sonunda ihlal edilecek hukuki varlıkla, korunan hukuki varlık arasında bir dengenin

¹¹⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 32.

¹¹⁶ EREN, s.611.

¹¹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 32.

¹¹⁸ EREN, s. 611.

¹¹⁹ TANDOĞAN, s. 123.

¹²⁰ EREN, s. 612; KILIÇOĞLU A., s. 296.

bulunmasıdır¹²¹. Otel parasını ödemeyen müşterinin, jandarmalar gelinceye kadar, otelden ayrılmasını engellemek için otomobilinin lastiklerinin patlatılması buna örnektir.

Somut olayda söz konusu şartların bulunması halinde kuvvet kullanma, bir hukuka uygunluk sebebidir. Bu nedenle kendi hakkını korumak için kuvvet kullanan, bu esnada meydana gelen zarardan sorumlu olmaz. Buna karşın, haksız kuvvet kullanma söz konusuysa kuvvet kullananın sorumluluğu doğar. Kaçan hırsızın yakalanmasına ve etkisiz hale getirilmesine rağmen dövülmesi buna örnektir¹²².

III) MADDİ ZARAR

A) MADDİ ZARAR KAVRAMI VE UNSURLARI

Maddi tazminat borcunun en önemli unsuru maddi zarardır. Haksız fiil nedeniyle maddi tazminat borcunun doğabilmesi için mutlaka maddi bir zararın gerçekleşmesi gerekir¹²³. TBK. m.49' da zarardan söz edilse de zararın tanımı yapılmamıştır. Doktrin ve uygulamada ise zararın tanımı, dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere iki ayrı şekilde yapılmaktadır. Dar anlamda zarar, maddi zararı ifade ederken, geniş anlamda zarar maddi zarar ve manevi zararı da birlikte ifade eder¹²⁴.

Malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı alacağı durum ile zarar verici fiil sonunda aldığı durum arasındaki fark maddi zararı oluşturur. Bir başka ifadeyle maddi zarar, bir kimsenin, malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, maddi zararın üç unsuru vardır. Bunlar; malvarlığı, malvarlığında eksilme ve eksilmenin zarar görenin iradesi dışında meydana gelmesidir¹²⁵.

Malvarlığı, parayla ölçülebilen ve bu yüzden iktisadi karşılığı bulunan hukuki değerlerin meydana getirdiği bir bütündür. Bu bütün, bir kimsenin aktif ve pasif

¹²¹ EREN, s. 612; TANDOĞAN, s. 42.

¹²² KILIÇOĞLU M., s. 124.

¹²³ TİFTİK, s.51.

¹²⁴ EREN, s.521.

¹²⁵ EREN, s.521-522; OĞUZMAN/ÖZ s.39.

değerleri göz önünde bulundurularak belirlenir. Aktifler, haklardan; pasifler ise, borç ve yükümlülüklerden oluşur¹²⁶.

Sorumluluk hukukundaki malvarlığı geniş anlamda anlaşılmalıdır. Buna göre, taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar ve alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar (fikri ve sınai haklar) malvarlığının en önemli unsurlarıdır¹²⁷.

Kural olarak, kişilik hakkı veya bu hakkı oluşturan hukuki varlıklar malvarlığı kapsamına girmez. Ancak kişilik haklarına yönelik haksız fiil nedeniyle malvarlığında bir kayıp meydana gelmişse, o takdirde bir maddi zarar söz konusu olur¹²⁸. Örneğin, haksız fiil sonucu yaralanan kimsenin yaptığı tedavi giderleri, kişilik hakkı kapsamında yer alan bedensel bütünlüğün ihlalden doğan bir maddi zararı oluşturur.

Malvarlığındaki eksilme, zarar görenin zarar verici olaydan sonra malvarlığının aldığı durum ile bu olay gerçekleşmeseydi alacağı durum arasındaki farktır. Bu fark, aktif değerlerin azalması veya pasif değerlerin artması şeklinde olur¹²⁹. Ayrıca, zarar haksız fiil meydana gelmemiş olsaydı malvarlığında meydana gelebilecek muhtemel artıştan yoksun kalınması şeklinde de ortaya çıkabilir¹³⁰.

Malvarlığındaki eksilme nedeniyle maddi zararın doğabilmesi için, söz konusu eksilme mal sahibinin rızası dışında meydana gelmiş olmalıdır. Aksi takdirde, zarar değil, bir mülkiyetin devri veya belli bir malın tüketimi söz konusu olur¹³¹. Bir devrin, tüketime veya giderin, korkutma ya da aldatma sonucu yapılması halinde malvarlığındaki eksilme irade dışı meydana gelir¹³². Ayrıca, malvarlığında mal sahibinin rızası dışında eksilmeye yol açan olay, zarar verenin bir davranışı olabileceği gibi bir tabiat olayı da olabilir¹³³.

¹²⁶ BÜYÜKSAĞIŞ, s.46.

¹²⁷ EREN, s. 622.

¹²⁸ KILIÇOĞLU A., s. 306.

¹²⁹ EREN, s. 522.

¹³⁰ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 49, TANDOĞAN, s. 63 vd.

¹³¹ REİSOĞLU, s. 170.

¹³² TANDOĞAN, s. 68.

¹³³ EREN, s. 525.

Malvarlığındaki eksilme, kısmen zarar görenin iradesiyle kısmen de onun iradesi dışında gerçekleşebilir. Örneğin, haksız fiil sonucu kolu kırılan bir kimsenin tedavi için lüks bir hastaneye gitmesi halinde normal bakım ve tedavi giderleri o kimsenin iradesi dışında meydana gelirken normalin üzerindeki bakım ve tedavi giderleri o kimsenin iradesi dahilinde meydana gelir¹³⁴.

B) MADDİ ZARARIN ÇEŞİTLERİ

Maddi zarar, fiili zarar, yoksun kalınan kar; tabii zarar, normatif zarar; eşyaya ilişkin zarar, kişiye ilişkin zarar, diğer zararlar; doğrudan zarar, dolaylı zarar, yansıma zarar; mevcut zarar, müstakbel zarar, muhtemel zarar olmak üzere çeşitli türlere ayrılır.

1) Fiili Zarar- Yoksun Kalınan Kar Ayrımı

Malvarlığında aktifin artması veya pasifin azalması suretiyle meydana gelen zarara fiili zarar denir. Fiili zararda bir malın yakılması, tedavi giderlerinin ödenmesi gibi malvarlığında fiili bir eksilme söz konusu olur¹³⁵.

Yoksun kalınan kar ise, olayların olağan akışına ve hayat tecrübesine göre elde edilmesi muhtemel bir kazançtan yoksun kalma nedeniyle malvarlığının artmasına kısmen veya tamamen engel olunmasını ifade eder¹³⁶. Bu tür zararda, fiili zararın aksine, zarar verici olay nedeniyle zarar görenin malvarlığının zarar verici olaydan önceki durumu ile sonraki durumu arasında bir değişiklik meydana gelmez¹³⁷. Bir kimsenin otomobiliyle bir taksiye çarpması halinde taksinin tamir giderleri fiili zarara; taksinin tamiri süresince piyasada çalışamaması nedeniyle meydana gelen zarar ise yoksun kalınan kara örnektir.

Yoksun kalınan kar, malvarlığının aktifinin artmasına engel olunması halinde ortaya çıkabileceği gibi pasifinin azalmasına engel olunması halinde de ortaya çıkabilir. Örneğin, bir yere kapatılan kimsenin, borcunun indirimi için başvuru

¹³⁴EREN, s.525; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 52.

¹³⁵ TİFTİK, s.52; REİSOĞLU, s. 171.

¹³⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 41; KILIÇOĞLU A., s. 311.

¹³⁷ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 85-86.

süresini kaçırmaması halinde bu kimsenin malvarlığındaki pasifin azalmasına engel olunmuştur¹³⁸.

Yoksun kalınan kar, farazi ve geleceğe ilişkin bir zarar olduğu için, ileride gerçekleşecek gelir imkanları göz önünde bulundurularak belirlenir. Ayrıca, bu gelirin, hukuka ve ahlaka uygun bir şekilde elde edilebilecek olması gerekir¹³⁹.

2) Tabii Zarar- Normatif Zarar Ayrımı

Tabii zarar, zarar görenin, zarar nedeniyle malvarlığını oluşturan aktif değerlerin eksilmesi veya pasif değerlerin artması şeklinde malvarlığında meydana gelen eksilmedir¹⁴⁰. Hukukumuzda tabii zarar anlayışından yola çıkılarak fark teorisi benimsenmiştir. Nitekim Yargıtay da kararlarında¹⁴¹, *“bilindiği gibi hukukumuzda zarar konusunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teori gereğince zarar, mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumuyla zarar verici olay meydana gelmese idi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir”* ifadelerine yer vermektedir.

Normatif zarar ise, malvarlığında herhangi bir azalma olmasa bile, sırf bazı malları kullanma imkanından veya bir tatil yapma imkanından haksız fiil sonucu mahrum kalınması halinde meydana gelen zarardır¹⁴². Bu zarar, zarar görenin malvarlığındaki farkın tespitinden ziyade, normatif bir değerlendirmenin sonucudur¹⁴³.

Normatif zarar, Alman Hukukunda bazı yazarlar tarafından savunulmakla beraber, İsviçre ve Türk Hukukunda pek fazla taraftar bulamamıştır. Normatif zarar kavramını savunanlar, günümüzde geçerli olan zarar anlayışını, tabii zarar anlayışı olarak nitelendirmekte ve bu zarar anlayışının hukuksal değerlendirmeler yoluyla düzeltilmesi gerektiğini savunmaktadırlar¹⁴⁴.

¹³⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 41.

¹³⁹ EREN, s. 527-528.

¹⁴⁰ EREN, s. 522-523.

¹⁴¹ Y. 3. HD. 26.9.2013, 2013/10377E., 2013/13382K., Y. 7. HD., 15.11.2011, 2011/4368E., 2011/6843K., (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 28. 01.2017).

¹⁴² EREN, s.523; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 42.

¹⁴³ KILIÇOĞLU A., s. 321.

¹⁴⁴ KILIÇOĞLU A., s. 321.

İsviçre hukukunda da ev işlerini yürüten eşin, beden bütünlüğünün ihlal edilmesi halinde ev işlerini yürütememesi nedeniyle doğan zararlar, malvarlığında bir eksilme meydana getirmese dahi tazmin edilir. Buna göre, söz konusu kişinin bedensel bütünlüğünün ihlali nedeniyle, ev işleri aile üyelerinin katkısıyla yapılmakta, ev işlerinin yürütülmesi için yardımcı kişi istihdam edilmediği için malvarlığında eksilme meydana gelmemektedir. Fakat bu halde, zarar görenin malvarlığında eksilme olmasa dahi ev işlerini yürüten kişinin, işgücünün kaybı nedeniyle bir zarara uğradığı ve bunun giderilmesi gerektiği kabul edilir. Ayrıca, bakım nedeniyle doğan zararlarda bakım için yardımcı kişi istihdam edilmemesi halinde söz konusu kişinin bakımı aile üyeleri tarafından yapılır. Bu halde de ev işlerini yürüten eşin zararında olduğu gibi malvarlığında bir eksilme aranmaksızın tazminata hükmedilebileceği kabul edilir¹⁴⁵.

İsviçre ve Türk Hukukunda, normatif zarar teorisi, gerçek bir zarar olmadan yani malvarlığında herhangi bir eksilme olmadan maddi tazminat isteme imkanı verdiği için eleştirilmektedir. Bunun yanı sıra, söz konusu teori, normatif zarar kapsamında yer alan zararların, manevi zarar olarak kabul edilebileceği; bu kapsamda, söz konusu zararların maddi değil manevi tazminat yoluyla tazmin edilebileceği gerekçesiyle de eleştirilmektedir¹⁴⁶. Bize göre de hukukumuzda normatif zarar kavramıyla ulaşılmak istenen sonuca fark teorisi (geleneksel maddi zarar anlayışı) ve manevi tazminatla ulaşılabilmektedir. Bu nedenle, manevi haz ve rahatlık verici olanaklardan yoksunluğa ayrıca maddi tazminat hakkının tanınmasının, tazminata cezalandırıcı nitelik kazandırmaktan başka bir işlevi olmayacağı kanaatindeyiz.

3) Eşyaya İlişkin Zarar - Kişiye İlişkin Zarar- Diğer Zarar Ayrımı

Eşyaya ilişkin zarar ise, bir şeyin hasara uğraması, tahribi veya kaybı halinde meydana gelen zarardır¹⁴⁷. Bu zarar, günlük dilde “hasar” olarak adlandırılır¹⁴⁸.

¹⁴⁵ KILIÇOĞLU A., s. 313.

¹⁴⁶ NOMER, Genel, s. 390.

¹⁴⁷ TANDOĞAN, s. 69.

¹⁴⁸ EREN, s.528.

Adam öldürme veya beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle malvarlığında meydana gelen eksilme, kişiye ilişkin zarardır¹⁴⁹.

Bu iki grup dışında kalan zararlar, diğer zararları oluşturur. Özellikle, yaşama hakkı ve bedensel bütünlük dışındaki şahıs varlıklarının ihlalinin kaynaklanan zararlar bu gruba girer¹⁵⁰. Haksız rekabetten doğan zararlarla, bir kişinin ticari itibarının veya fikri ve sınai haklarının ihlalinin doğan zararlar bu gruba örnektir¹⁵¹.

4) Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar- Yansıma Zarar Ayrımı

Doğrudan zarar, haksız fiil sonucu kişinin doğrudan doğruya uğradığı zarardır¹⁵². Dolaylı zarar ise, haksız fiilin zarar görene verdiği doğrudan zarara eklenen bir sebeple zarar görenin uğradığı zarardır¹⁵³. Örneğin, A' nın, şarkıcı B' yi yaralaması halinde B' nin hastaneye giderek tedavi olması nedeniyle yapmış olduğu tedavi giderleri doğrudan zarardır; buna karşılık, B' nin bu yaralanma nedeniyle konserini iptal etmesi nedeniyle uğranılan zarar, dolaylı zarardır¹⁵⁴.

Haksız fiil nedeniyle doğrudan zarar dışında, dolaylı zarardan da sorumluluğun doğup doğmayacağı illiyet bağına ilişkin bir sorundur. Doğrudan zararlarda, fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağının tespiti kolayca yapılabilirken, dolaylı zararlarda bu illiyet bağının tespiti her zaman kolay olmaz¹⁵⁵.

Doktrinde, sorumluluğun belirlenmesinde uygun illiyet bağının yetersiz kaldığı durumlarda sorumluluğu sınırlandırmak amacıyla normun koruma amacı kuramı geliştirilmiştir. Bu kurama göre, sorumluluğu doğuran davranış veya olay ile uygun illiyet bağı içinde olan zararlar ihlal edilen normun koruma amacına giriyorsa, zarar veren zarardan sorumludur. Bir başka ifadeyle, zararın ihlal edilen normun koruma amacının dışında kalması halinde sorumluluğun doğmadığı kabul edilir¹⁵⁶.

¹⁴⁹ TİFTİK, s.52.

¹⁵⁰ TİFTİK, s.52.

¹⁵¹ TANDOĞAN, s. 69.

¹⁵² KILIÇOĞLU A., s. 307.

¹⁵³ EREN, s.529; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 43.

¹⁵⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 43-44.

¹⁵⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 43.

¹⁵⁶ ATAMER, s.71 vd.

Yansıma zarar ise, hukuka aykırı fiile maruz kalan kişiden başka bir kişinin söz konusu fiil yüzünden uğradığı zarardır¹⁵⁷. Kural olarak, haksız fiilden yansıma yoluyla doğan zarardan sorumluluğun doğmayacağı kabul edilir¹⁵⁸. Fakat kanunda öngörülen bazı hallerde yansıma zarar ile fiil arasında hem uygun nedensellik bağının, hem de hukuka aykırılık bağının bulunması halinde istisnai olarak yansıma zarardan sorumluluk doğabilir¹⁵⁹. Destekten kaybından doğan zararlarda, kanunen hukuka aykırılık bağının bulunduğu kabul edilir (TBK. m. 53/2)¹⁶⁰. Örneğin, ses sanatçısının öldürülmesi halinde, kanunen bu kimsenin eşinin ve çocuklarının uğrayacağı zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının ve hukuka aykırılık bağının bulunduğunu kabul edilmiştir. Fakat gazino sahibinin bu ölüm nedeniyle zarara uğraması halinde bu zararlar fiil arasında uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilse de hukuka aykırılık bağı yoktur. Bu nedenle ses sanatçısını öldüren kimse, gazino sahibinin uğradığı zarardan sorumlu değildir¹⁶¹.

5) Mevcut Zarar- Müstakbel Zarar- Muhtemel Zarar Ayrımı

Zararın hesaplandığı tarihe kadar gerçekleşen zarar, mevcut zarardır. Bu tarihe kadar gerçekleşmeyen fakat başka bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın gerçekleşmesi beklenen zarar ise, müstakbel zarardır. Ölen kişinin desteğinden yoksun kalanların uğrayacakları zarar, müstakbel zarara örnektir. Müstakbel zararın ispatı imkansız olduğu için hakim, bu zararı TBK. m.50/II' ye göre takdir eder¹⁶².

Henüz mevcut olmayan, eklenecek bir riskin gerçekleşmesi halinde doğma ihtimali bulunan zarar ise muhtemel zarardır. Yaralandığı için ağır bir ameliyat geçiren bir kimsenin ölmesi riskine bağlı zararlar böyledir. Risk gerçekleşmedikçe muhtemel zararın tazmini söz konusu olmaz¹⁶³.

¹⁵⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 43.

¹⁵⁸ KILIÇOĞLU A., s. 308.

¹⁵⁹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 44.

¹⁶⁰ KILIÇOĞLU M., s. 53, Y. 1. HD. 07.04.2009, 2007/14114E., 2009/2971K. sayılı kararında, “bu noktada dikkat edilmesi gereken husus zarar verici bir olay sonucu ölen sürücünün ekonomik desteğinden yoksun kalanların uğradıkları zarar ölen sürücünün değil destekten yoksun kalanların bir başka ifadeyle işletene göre 3. kişi konumunda olanların üzerinde doğan dolaylı ve yansıma yoluyla meydana gelen zarardır ve destekten yoksun kalanlar bu zararlarının tazmini için zarar sorumlusundan istemde bulunabilirler” ifadelerine yer vermiştir (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 10. 01.2017).

¹⁶¹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 44.

¹⁶² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 44.

¹⁶³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 44.

IV) UYGUN İLLİYET BAĞI

Haksız fiil sebebiyle maddi tazminat borcunun doğabilmesi, haksız fiil ile doğan zarar arasında illiyet bağının bulunmasına bağlıdır. Bir başka ifade ile haksız fiil nedeniyle hukuki sorumluluğun doğabilmesi için zarar ile söz konusu fiil arasında bir sebep sonuç bağının bulunması gerekir¹⁶⁴.

Hukuki sebep kavramı, felsefi ve mantıki sebep kavramlarından farklıdır. Felsefi sebep kavramına göre sebep, zararlı sonucu meydana getirebilecek birçok zorunlu şartın bir araya gelmesiyle oluşur. A olayını, X ve Y birlikte meydana getiriyorsa, X ve Y' den her biri şart olup, bunlardan hiçbiri, diğerinden bağımsız olarak sonucu meydana getiremez ve tek başına sebep adını alamaz. Mantıki sebep kavramına göre ise sebep, zararın doğmasındaki her zorunlu şarttır. Mantık kurallarına göre, zararın doğmasındaki her zaruri şart sebep sayıldığı için, sorumluluğun sınırları, adalet duygularına aykırı olarak genişleyebilmektedir¹⁶⁵. Hukuki sebep ise daha çok sonucu meydana getiren şartlardan yalnız biri veya birkaçıdır¹⁶⁶.

Bir zararın doğumuna yol açan çok çeşitli sebeplerden hangisiyle zarar arasında sebep sonuç bağının kurulacağına ilişkin iki teori vardır. Bunlar şart teorisi ve uygun illiyet bağı teorisi¹⁶⁷.

Bugün pek taraftarı kalmayan şart teorisine göre, bir zararın doğması için zorunlu olan her şart, o zararın sebebini oluşturur. Sonucu meydana getiren şartlardan herhangi birini yerine getiren kimse, diğer şartları yerine getirmese bile, yalnız bu şartı gerçekleştirmiş olması sebebiyle zararlı sonuçtan sorumlu olur¹⁶⁸. Bu nedenle şart teorisi, sorumluluğu sınırsız bir şekilde genişletmektedir. Ayrıca belirli bir sonucu meydana getirmeye yeterli ve zorunlu her şartın belirlenmesi, sübjektif bir değerlendirmeyi gerektirdiği için bu teorinin yanıltıcı olma ihtimali vardır. Örneğin, A otomobiliyle evine giderken karşıdan karşıya geçen B' ye çarparak, B' nin bacağına kırılmasına sebep olmuştur. B tedavi olmak üzere hastaneye giderken

¹⁶⁴ EREN, s. 536; REİSOĞLU, s. 175.

¹⁶⁵ EREN, s. 537; TİFTİK, s. 53.

¹⁶⁶ EREN, s. 538.

¹⁶⁷ KILIÇOĞLU A., s. 313.

¹⁶⁸ TANDOĞAN, s. 74-75.

ikinci bir kaza olmuş ve B ölmüştür. Bu halde şart teorine göre; A, B' ye çarparak onun hastaneye gitmesine neden olduğu için B' nin ölümünden sorumludur¹⁶⁹.

Türk, İsveç ve Alman hukukunda hakim olan uygun illiyet bağı teorisi ise sorumluluğu makul ve hakkaniyete uygun olarak sınırlandırmakta ve sorumluluğun tespiti için objektif ölçüler getirmektedir¹⁷⁰. Bu teoriye göre, yaşam deneyimleri göz önünde bulundurulduğunda, bir fiilin olayların normal akışında meydana getirebileceği zararlarla olan bağına uygun illiyet bağı denir¹⁷¹. Hakim, uygun illiyet bağını tespit ederken, takdir yetkisini kullanarak, hakkaniyet ilkesine göre her somut olayda, yaşam deneyimlerine ve olayların akışına göre zarardan sorumlu tutulabilecek en uygun fiili araştırmalıdır¹⁷². Örneğin, A' nın B' ye kızarak B' nin dükkanını yakması halinde A' nın bu fiili ile B' nin dükkanının yanmasıyla meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağı vardır.

Haksız fiil nedeniyle sorumluluğun doğabilmesi için zarara sebep olan fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağına kesilmemesi gerekir. İlliyet bağını kesen sebepler; mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur¹⁷³.

Mücbir sebep, zarar verenin kendisi veya işletmesi dışında gerçekleşen, öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olaylardır. Bu olaylar, haksız fiil sorumluluklarında genellikle tabiat olayları olarak ortaya çıkar¹⁷⁴. Karayolunda seyreden otobüsün, çığ düşmesi sonucu yoldan çıkarak orada bulunan insanlara zarar vermesi buna örnektir. Mücbir sebebin, illiyet bağını kesebilmesi için mücbir sebeple normun ihlali arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Bunun yanı sıra sorumluluktan kurtulmak isteyen zarar veren, mücbir sebebi ispat etmelidir¹⁷⁵.

Zarar görenin herhangi bir kusuru değil, kast veya ağır ihmal derecesindeki ağır kusuru, illiyet bağını keser. Bu halde zarar görenin kusurlu davranışı, yoğunluğundan dolayı, zararlı sonucun uygun sebebi haline gelir ve zarar verenin

¹⁶⁹ EREN, s. 540.

¹⁷⁰ TİFTİK, s. 54.

¹⁷¹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 45; REİSOĞLU, s. 176.

¹⁷² KILIÇOĞLU A., s. 314; TİFTİK, s.55.

¹⁷³ EREN s. 555 vd.

¹⁷⁴ KILIÇOĞLU A. s. 319.

¹⁷⁵ EREN s. 560.

sorumlu olduğu olayı geri plana atar¹⁷⁶. Örneğin, bir kimsenin intihar etmek kastıyla, caddede hızla seyreden bir arabanın önüne atlaması halinde uğrayacağı zararda, zarar görenin ağır kusuruna dayanan illiyet bağının kesilmesi söz konusu olur.

Zararın doğumuna üçüncü kişinin ağır kusurlu davranışının sebebiyet vermesi halinde de illiyet bağı kesilir¹⁷⁷. Dolayısıyla üçüncü kişinin kusurunun illiyet bağını kesebilmesi için, uygunluk yönünden zararlı sonucun tek sebebi olarak gözükmesi gerekir¹⁷⁸. Örneğin, A' nın, B ile tartışması sırasında, B' yi, oradan hızla geçen bir arabanın altına iterek, B' nin yaralanmasına neden olması halinde, üçüncü kişi olan A' nın ağır kusurlu davranışı nedeniyle illiyet bağı kesilir.

V) KUSUR

Haksız fiil nedeniyle maddi tazminatın unsurlarından biri de kusurdur. Nitekim TBK. m.49/I ile haksız fiil sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edilmiştir. Fakat söz konusu hükümde kusurun tanımı yapılmamıştır¹⁷⁹. Doktrinde ise kusur, objektif ve sübjektif yönden olmak üzere, iki türlü tanımlanmaktadır. Objektif yönden kusur, zarar verenin davranışının, aynı şartlar altında bulunan örnek kişilerden beklenen ortalama davranış biçiminden sapması, ona uygun olmamasıdır. Sübjektif yönden kusur ise, haksız fiil sorumluluğunda zararlı sonucu doğuran fiilin, zarar verene yükletilebilmesidir¹⁸⁰. Bu anlamda kusur, bir kimsenin hukuk düzeni açısından hoş görülmeven davranış biçimi olarak tanımlanmıştır¹⁸¹.

Hukuka aykırılık, fiilin bir hukuk kuralına aykırı olmasını ifade ederken; kusur, bu hukuk kuralına aykırı fiile ilişkin iradesi sebebiyle zarar verenin davranışının kınan bir davranış olmasını ifade eder. Bu nedenle, hukuka aykırılık haksız fiilin objektif unsurunu, kusur ise sübjektif unsurunu oluşturur¹⁸².

¹⁷⁶ KILIÇOĞLU A. s. 319.

¹⁷⁷ KILIÇOĞLU A. s. 319.

¹⁷⁸ EREN s. 566.

¹⁷⁹ REİSOĞLU, s. 171; TANDOĞAN, s. 44-45; KANETİ, s. 40.

¹⁸⁰ EREN, s. 572.

¹⁸¹ REİSOĞLU, s. 171; TANDOĞAN, s. 44-45; KANETİ, s. 40.

¹⁸² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 550; TİFTİK, s. 56.

Sübjektif yönden kusur, kast ve ihmal olmak üzere ikiye ayrılır¹⁸³. Borçlar hukukunda, Ceza hukukunun aksine, sorumluluk ve haksız fiilin varlığı bakımından kusurun türü ve derecesi önem taşımaz. Bu nedenle sorumluluk açısından kusurun, kast ve ihmal türü arasında fark yoktur. Bu ayırım, sadece sorumluluğun kapsamı bakımından önemlidir. Bunun tek istisnası TBK. m.49/II' de öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, ahlaka aykırı fiilden dolayı sorumluluğun doğabilmesi için zarar verme kastı bulunmalıdır¹⁸⁴.

Kast, hukuka aykırı fiilin zarar veren tarafından bilerek istenerek işlenmesidir. Bir başka ifadeyle, zarar verenin zararlı sonucu öngörmesi ve bunu göze alması veya istemesi halinde kast gerçekleşmiş olur¹⁸⁵. Kastın varlığı için zarar verenin, fiilin hukuka aykırı bir nitelik taşıdığını bilmesi gerekli ve yeterlidir¹⁸⁶.

Kast, doğrudan kast ve dolaylı kast olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan kastta zarar veren, hukuka aykırı hareket ettiğinin bilincindedir ve meydana gelen sonucu doğrudan doğruya istemektedir¹⁸⁷. Bir kimsenin başka bir kimseyi öldürmek amacıyla yemeğine zehir koyması buna örnektir. Dolaylı kastta ise, zarar veren hukuka aykırı hareket ettiğinin bilincindedir, fakat meydana gelen sonucu doğrudan doğruya istememekle beraber onu göze almaktadır¹⁸⁸. Hasminin evini yapmak isteyen bir kimsenin, evde bulunan ev sahibinin yanmasını istemese de, göze alması buna örnektir.

İhmal ise, hukuka aykırı sonucun istenilmemesine rağmen bu sonucun meydana gelmemesi için hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve özenin gösterilmemesi ve tedbirlerin alınmamasıdır¹⁸⁹. Örneğin, bir kimsenin otomobil kullanırken, yanındaki kişiyle konuşması nedeniyle karşıdan karşıya geçmekte olan yayaya dikkat etmeyerek çarpması halinde, bu kimsenin ihmali söz konusu olur.

¹⁸³ Kaneti' ye göre, kast ve ihmal kusurun çeşitleri değil, kusurun varlığı için gerekli olan koşullardır (KANETİ, s. 40).

¹⁸⁴ KILIÇOĞLU A., s. 320.

¹⁸⁵ EREN, s.575; KILIÇOĞLU A., s. 321.

¹⁸⁶ EREN, s.576; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 57.

¹⁸⁷ TİFTİK, s.57; TANDOĞAN, s. 46-47.

¹⁸⁸ EREN, s. 576; TİFTİK s.57.

¹⁸⁹ EREN, s. 576; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 57; TİFTİK, s.57.

Türk-İsviçre sorumluluk hukukunda hakim görüş, ihmalin varlığının tespitinde objektif ölçünün esas alınmasıdır. Buna göre, gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmediği, normal ve orta zekalı insanın aynı durum ve şartlarda göstereceği dikkat ve özene göre belirlenir. Bu şekilde kusur objeleştirilerek normal ve ortalama tipten ayrılan her davranış ihmal olarak nitelendirilir. Dolayısıyla, ihmalin belirlenmesinde zarar verenin sübjektif nitelikleri göz önünde bulundurulmaz¹⁹⁰.

İhmal ağırlık derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır. Aynı zamanda bir ağır kusur hali olan ağır ihmal, aynı şartlar altında bulunan makul her insanın alması gerekli en basit önlemin alınmamasıdır¹⁹¹. Örneğin, hastayı ameliyat için gereken aletleri ve olası kan kaybına karşı gerekli gruptaki kanı temin etmeden, hastaya müdahale eden doktorun, bu nedenle hastada meydana gelecek zararda ağır ihmali söz konusu olur¹⁹². Ayrıca, bir kimsenin sahip olmadığı mesleki bilgi veya özel yetenek gerektiren bir işi, yetersizliğini bilecek durumdayken üstlenmesi halinde bu yetersizliğinden kaynaklanan zararlarda, zarar verenin ayrıca özen ve dikkat derecesine bakılmaz. Bu halde bu kişinin kusuru çoğu kez ağır ihmal derecesinde sayılır¹⁹³. Hafif ihmal ise ancak dikkatli ve tedbirli kimselerden beklenen özenin gösterilmemesidir. Evde yatalak bir kimseye bakan hastabakıcının, ancak hastane ortamında bulunabilecek hijyen koşullarını sağlayamaması nedeniyle hastanın vücudunda yaralar meydana gelmesine yol açması hafif ihmale örnektir¹⁹⁴.

Uygulama alanı olmayan tamamen teorik bir ayrıma göre, ihmal bilinçli ve bilinçsiz ihmal olmak üzere de ikiye ayrılır. Zarar verenin, fiilinin muhtemel sonuçlarını öngörmesine rağmen bunun gerçekleşmeyeceği ümidiyle zararlı sonucu önleyecek tedbirleri almamasına bilinçli ihmal denir. Bilinçli ihmali dolaylı kasttan ayıran husus, dolaylı kastta, dolaylı da olsa zararlı sonucun istenilmesi ve göze alınmasıdır. Örneğin, her an yola insanların çıkabileceğini bildiği bir yerde son hızla araba süren ve bu sebeple herhangi bir kimsenin zarar görmesini istemeyen bir

¹⁹⁰EREN, s.577; TİFTİK, s.58-89; TANDOĞAN, s. 51vd; OĞUZMAN/ ÖZ, kusurun objeleştirilmesinin kusur kavramı ile bağdaşmadığı; bu halde, kusur olmadan kusura dayanan sorumluluğun ortaya çıkacağını savunmaktadır (OĞUZMAN/ ÖZ, s. 60).

¹⁹¹ KILIÇOĞLU A., s. 321; TİFTİK, s. 58.

¹⁹² KILIÇOĞLU A., s. 321.

¹⁹³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 61.

¹⁹⁴ EREN, s.580; KILIÇOĞLU A., s. 322.

kişinin yol açtığı kazada bilinçli ihmal söz konusuyken; zaten insanların yolda dolaştığını görmesine ve bu sebeple bir kimseye çarpma ihtimali bulunmasına rağmen bunu göze alan ve arabasını süren bir kimsenin dolaylı kastı mevcuttur. Zarar verenin gerekli özeni göstermemesi halinde ise bilinçsiz ihmal söz konusu olur¹⁹⁵.

TMK. m.15' e göre, bir kimsenin kusurlu sayılabilmesi ve kusura dayanan sorumluluğa tabi tutulabilmesi için ayırt etme gücüne sahip olması gerekir. Nitekim sorumluluk ehliyetinin oluşması için zarar veren ile fiil arasında subjektif bağ kurulması gerekir¹⁹⁶. Kanun koyucu bu hususu, ayrıca, TMK. m. 16/II' de hükme bağlamıştır. Buna göre, *“ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar haksız fiillerinden sorumludurlar”*. Görüldüğü üzere, bir kimsenin haksız fiil ehliyetinin bulunabilmesi için, ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Zarar verenin ayrıca, yaşı ve kısıtlı olup olmaması önem taşımaz¹⁹⁷.

Ayırt etme gücü, kişinin işlem ve fiillerinin hukuka aykırılığını anlayabilme, sonuçlarını değerlendirebilme ve davranışını buna göre ayarlayabilme yetisidir¹⁹⁸. Bunun yanı sıra, TMK. m.13' te ayırt etme gücü tanımlanmıştır. Buna göre, *“yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan herkes, bu Kanuna göre ayırt etme gücüne sahiptir”*. Söz konusu madde hükmünden anlaşıldığı gibi, ayırt etme gücü nispi bir nitelik taşımaktadır. Bu nedenle ayırt etme gücünün tespitinde somut olaydaki durum ve şartlar göz önünde bulundurulmalıdır¹⁹⁹.

Kural, haksız fiil sorumluluğu için kusur ehliyetinin aranması olsa da hakkaniyet gerektiriyorsa hakim, sorumluluk için aranan diğer şartların bulunması halinde, ayırt etme gücüne sahip olmayan bir kişinin dahi verdiği zararın kısmen veya tamamen tazminine yönelik karar verebilir (TBK. m.65).

Ayırt etme gücünün geçici kaybının düzenlendiği TBK. m. 59' da ayırt etme gücünü kendisi geçici olarak kaldıran kişilerin bu durumda işlemiş olduğu haksız

¹⁹⁵ EREN, s.580-581; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 59.

¹⁹⁶ HATEMİ, s.65.

¹⁹⁷ HATEMİ, s.65.

¹⁹⁸ EREN, s.573.

¹⁹⁹ TİFTİK, s.60.

fiilden sorumlu olacaklarına dair kusur karinesi kabul edilmiştir²⁰⁰. Dolayısıyla, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, ancak ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur. Bu nedenle TMK. m.13' de ifade edilen sarhoşluğun ayırt etme gücünü ortadan kaldırarak sorumluluk doğurmaması için zarar verenin bu duruma kendi kusuruyla düşmemiş olması gerekir²⁰¹.

Bir kimsenin haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için kusur ehliyetinin olay anında bulunması gereklidir. Zarar verenin, olay tarihinde ayırt etme gücüne sahip olduğu her türlü delille ispatlanabilir²⁰².

Haksız fiillerde kusurun ispatı zarar görene aittir. Bununla beraber, haksız fiil, zarar verenin kusurlu olduğuna karine teşkil ediyorsa, kusurun ayrıca ispatı gerekmez²⁰³.

Görüldüğü üzere, kusurun olabilmesi için, zarar, meydana getiren fiili işleyenin hukuk kuralına uygun davranabilme olanağı bulunmalı, söz konusu fiilin sonucu zarar verenin irade faaliyetine bağlanabilmeli (kast veya ihmalin varlığı) ve zarar verenin kusur ehliyeti bulunmalıdır²⁰⁴.

²⁰⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 61.

²⁰¹ REİSOĞLU, s. 174.

²⁰² KILIÇOĞLU A., s. 324.

²⁰³ REİSOĞLU, s. 175.

²⁰⁴ KANETİ, s. 40.

İKİNCİ BÖLÜM

MADDİ ZARARIN VE MADDİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

§6. MADDİ ZARARIN BELİRLENMESİ VE HESAPLANMASI

I) GENEL OLARAK

Maddi tazminatın amacı, malvarlığının haksız fiilden önceki duruma gelmesini sağlamaktır²⁰⁵. Bu kapsamda, maddi tazminatın belirlenebilmesi için öncelikle maddi zararın belirlenmesi gerekmektedir. Maddi zararın belirlenmesine ilişkin olarak aşağıda yapacağımız incelemede öncelikle, eşyaya ilişkin maddi zararın belirlenmesi ve hesaplanması sonrasındaysa kişiye ilişkin maddi zararın belirlenmesi ve hesaplanması üzerinde durulacaktır. Ayrıca, maddi zararın hesaplanma anı, ispatı ve zarardan yararların indirilmesi de maddi zararın kapsamını etkilediği için, söz konusu hususlar da, ayrıca incelenecektir.

II) EŞYAYA İLİŞKİN MADDİ ZARARLARIN BELİRLENMESİ VE HESAPLANMASI

A) EŞYAYA İLİŞKİN MADDİ ZARARIN BELİRLENMESİ

Haksız fiil nedeniyle bir eşya zarara uğrayabilir. Eşyaya ilişkin zarar, eşyanın tamamen yok olmasından doğabileceği gibi kısmen yok olmasından, yani hasara uğramasından da doğabilir²⁰⁶.

Eşyanın madde olarak yok olması veya artık hiç yararlanılamaz hale gelmesi ya da tamir giderlerinin eşyanın değerini aşması halinde, eşyanın telef olduğu kabul edilir²⁰⁷.

Eşyanın telef olması halinde, söz konusu eşyanın niteliği itibariyle sabit değerli eşya olup olmaması önem arz eder. Zamanla veya kullanmayla eskimeyen veya aşınıp yıpranmayan eşya, sabit değerli eşyadır. Ünlü bir ressamın tablosu bu tür

²⁰⁵ KILIÇOĞLU A., s. 423.

²⁰⁶ BÜYÜKSAGİŞ, s. 74.

²⁰⁷ EREN, s.741.

eşyalara örnektir. Bu halde zarar, söz konusu eşyanın piyasa değeri değil, bunun yerine konulacak aynı tür ve nitelikte yeni bir eşyayı sağlamak için harcanması gerekli para miktarıdır²⁰⁸. Sabit değerli olmayan eşyalarda ise kullanma değeri esas alınır. Elbise, otomobil bu tür eşyalara örnektir. Bu tür eşyalarda zarar hesaplanırken eşyanın zarar gören için eskime ve yıpranma durumu da göz önünde bulundurularak halen arz ettiği değer hesaba katılır. Kullanılmış eşya yerine yeni eşya alınması halinde hakkaniyet gereğince eski ve yeni değer arasındaki farkın tazminattan indirilmesi gerekir. Örneğin, bir kimsenin eskimiş şapkasının denize atılması halinde kullanılmış şapka 20 TL ediyorken yenisinin 80 TL olması halinde haksız fiili işleyen kimsenin 80 TL' yi karşılamasını beklemek zarar görenin malvarlığında haksız artışa neden olacağı için böyle bir uygulama zararı karşılama ilkesine ters düşer²⁰⁹.

Eşyanın tamir edilmek suretiyle kullanılabilir bir hale gelmesi eşyanın hasara uğramasını ifade eder. Bu durumda zarar, öncelikle bunun tamir edilmesi için gereken giderlerdir²¹⁰. Zarar gören tamir giderleri olmak üzere aldığı tazminatı mutlaka eşyanın tamirini yaptırmak için harcamaya mecbur değildir²¹¹. Ayrıca, zarar veren tamir süresince eşyanın kullanılamaması nedeniyle doğan zararlardan da sorumludur²¹². Örneğin, haksız fiil sebebiyle otomobili hasara uğrayan kişinin, otomobilinin tamiri süresince ev veya işyerine gidiş dönüşlerde taksi kullanması halinde zarar veren, taksi ücretinden de sorumludur²¹³.

Zarar verici olay nedeniyle eşyanın önceki durumu ile onarıldıktan sonraki durumu arasında ekonomik bir değer azalması varsa bu da bir zarardır. Bu zararın karşılanabilmesi için hasarın giderilmesi yeterli değildir. Ayrıca zarar veren, eşyanın değer kaybını da tazmin etmek ile yükümlüdür²¹⁴. Nitekim Yargıtay da, trafik kazası

²⁰⁸ EREN, s.741.

²⁰⁹ EREN, s.741-742; TANDOĞAN, s. 279.

²¹⁰ KILIÇOĞLU A., s. 423.

²¹¹ TANDOĞAN, s. 281.

²¹² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 113.

²¹³ GÖKCAN, s.631; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 74.

²¹⁴ GÖKCAN, s.631; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 74.

sonrasında davacıya ait araçta meydana gelen değer kaybını gerçek zarar kalemleri arasında kabul etmektedir²¹⁵.

Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, değer kaybı zararı belirlenirken yapılması gereken, aracın kaza tarihi itibarıyla serbest piyasa koşullarına göre hasarsız haldeki 2. el değerinin belirlenmesi ve aracın tamir edilmesinden sonra, aracın yaşı, hasar miktarı ve hasarlı kısımların özelliği dikkate alındığında yine serbest piyasa koşullarında 2. el değerinde ne kadarlık bir azalma olacağının belirlenmesidir²¹⁶.

Bir eşyanın onarımının mümkün olmaması veya onarılmasından sonra eşyanın sahibinin bunu kullanmasının kendisinden beklenilemez olması veya onarım giderinin eşyanın değerinden yüksek olması halinde, eşya tamamen telef olmuş gibi zarar tespit edilir²¹⁷. Dolayısıyla, bu gibi hallerde zarar miktarı belirlenirken eşyanın yenisinin değeri esas alınır. Bununla beraber zarar gören, bu eşyayı davalıya bırakmakla yükümlüdür²¹⁸.

Eşyanın tamamen telef olmasını veya hasarının artmasını önlemek amacıyla yapılan giderler de, zararın belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Örneğin, bir otomobilin yakılması halinde yangının söndürülmesi için yapılan itfaiye giderleri de, zarar veren tarafından tazmin edilmelidir²¹⁹.

Telef olan veya hasara uğrayan eşyanın aynı zamanda gelir getiren bir faaliyette kullanılması halinde, yoksun kalınan karın da tazmin edilmesi gerekir. Bir taksinin yakılması sonucunda yenisi alınana kadarki sürede taksiyi işletenin kazanç kaybı ile trafik kazasında hasara uğrayan kamyonun işleteninin, aracın tamiri için gereken sürede sözleşmeli olarak yaptığı nakliye işinden mahrum kaldığı günlük kazanç bu zarara örnektir²²⁰.

²¹⁵ Y. 17. HD. 28.10.2013, 2013/9624E., 2013/14505K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 30. 01.2017).

²¹⁶ 17 HD 23.12.2015T., 20015/9040E., 2015/14908K., 17 HD 20.06.2016 T., 2016/5768E., 2016/7483K., www. corpus. com.tr (Erişim Tarihi: 30. 01.2017).

²¹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 113.

²¹⁸ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 77.

²¹⁹ TANDOĞAN, s. 281.

²²⁰ GÖKCAN, s. 631.

Eşyanın maddi varlığına hasar vermeksizin, fonksiyonunu yerine getirmesini engelleyen fiillerin zarar kaynağı teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. İsviçre yargı organlarının vermiş olduğu karara konu olan bir olayda, ağır metallerle kirletilmiş sular kanalizasyona sızmış ve arıtma tesisinde ayrıştırılmak üzere toplanan suların zirai amaçlarla kullanımını imkansız hale getirmiştir. Zürih Ticaret Mahkemesi' nin bu olaya ilişkin vermiş olduğu karara göre, ağır metallerin kanalizasyona karışmış olması, arıtma tesisine ait cihazları yok etmediği ve hasara uğratmadığı için, zarar doğmamıştır. Mahkemenin vermiş olduğu kararın davacı tarafından temyiz edilmesi üzerine Federal Mahkeme, suyun kimyasal yapısının bozulması nedeniyle, zirai amaçlarla kullanılmayacağını; ancak, ayrıştırılması sonucu elde edilecek maddeden yakıt olarak faydalanılabileceğini tespit etmiştir. Buna göre, suyun zirai amaçla kullanımı sonucu elde edilecek kazanç ile ayrıştırılması sonucu arta kalan yanıcı maddenin satımından elde edilen kazanç arasındaki fark, Yüksek Mahkeme' ye göre, tazmin edilebilir bir zarardır²²¹.

B) EŞYAYA İLİŞKİN MADDİ ZARARIN HESAPLANMASI

Bir eşyanın telef olması veya hasara uğraması halinde zarar, malvarlığının haksız fiilden önce ve sonra gösterdiği iki durum arasındaki farka göre hesaplanır. Bu tür zarar teorisine, fark teorisi denir²²². Türk Borçlar Kanunu, eşyaya ilişkin zararın hesaplanmasıyla ilgili hükümler içermemektedir. Doktrinde ise fark teorisi esas alınmak suretiyle objektif ve sübjektif olmak üzere iki hesaplama yöntemi geliştirilmiştir²²³.

Soyut hesaplama yöntemi de denilen objektif hesaplama yönteminde, telef olan ya da hasara uğrayan eşyanın serbest piyasada oluşan ortalama değeri esas alınır. Ortalama değerden amaç bir malın genel ticari değeridir²²⁴. Bu yöntemde sübjektif durum ve ilişkilerin önemi yoktur²²⁵. Bu nedenle söz konusu yöntem, piyasa veya borsa değeri olan eşyanın uğradığı zararların hesaplanmasında kolayca uygulanmaktadır. Buna karşılık, söz konusu yöntem, piyasa veya borsa değeri

²²¹ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 76.

²²² EREN, s.739.

²²³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 111.

²²⁴ EREN, s.739.

²²⁵ TANDOĞAN, s. 273.

olmayan eşyanın telef olması veya hasara uğraması halinde, bu eşyanın, zarar görenin malvarlığında özel bir değere ve fonksiyona sahip olması halinde yeterli olmaz²²⁶. Örneğin, sirkte gösteri amacıyla kullanılmak üzere eğitilen bir aslanın yemine zehir konularak öldürülmesi halinde aslan, zarar görenin malvarlığında özel bir değere sahiptir. Bu nedenle, zarar, sadece ölen aslanın değerinden ibaret değildir. Bu halde, maddi zarar hesaplanırken, aslanın ölümünün, sahibinin malvarlığı üzerinde bıraktığı etki de göz önünde bulundurulur. Bu yöntem, TBK m.213/III ve m.236/III gibi ancak kanunda açık bir hüküm bulunan istisnai hallerde uygulanabilir²²⁷.

Türk ve İsviçre hukukunda geçerli yöntem, sübjektif hesaplama yöntemidir. Bu yöntemde maddi zarar belirlenirken, malın zarar gören için taşıdığı değer esas alınır ve haksız fiilin bu değerde meydana getirdiği azalmanın zararı belirleyeceği kabul edilir²²⁸. Örneğin, bir çift pırlanta küpeden bir tanesinin yok olması halinde, kalan tek küpenin, zarar görenin malvarlığındaki değeri azalmış ise bu azalma da sübjektif zarara dahildir. Dolayısıyla, bu yöntemde öncelikle telef olan veya hasara uğrayan eşyanın piyasa değeri bulunur, sonra bu eşyanın telef olmasının veya hasara uğramasının zarar görenin malvarlığı üzerinde meydana getirdiği olumsuz etkiyi karşılayan miktar zarar olarak hesaplanır²²⁹.

Sübjektif hesaplama yöntemi, eşyanın sahibinin manevi sebeplerle eşyasına özel olarak verdiği değer dikkate alınmasına imkan vermez²³⁰. Örneğin, sadece hatıra değeri olan mektupların yok edilmesi halinde, maddi değil, sadece manevi tazminat istenebilir. Ayrıca söz konusu bu eşyaların, sahipleri için piyasa değerlerinden çok daha fazla bir değer taşıması halinde piyasa değerini aşan değerler ancak manevi zararın belirlenmesinde dikkate alınabilir²³¹. Fakat, tanınırlık gibi manevi sebeplerin bir eşyanın piyasa değerini etkilemesi halinde, zararın

²²⁶ EREN, s.739.

²²⁷ GÖKCAN, s.629.

²²⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 111.

²²⁹ GÖKCAN, s.629.

²³⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 111.

²³¹ TANDOĞAN, s. 277.

hesaplanmasında manevi değer de dikkate alınmış olur. Ünlü bir tarihi kişiliğe ait eşyalar buna örnektir²³².

Eşyanın sahibi için subjektif değerinin, piyasa değerinden az olması halindeyse piyasa değerinin esas alınması gerektiği savunulmaktadır. Örneğin, bir kimsenin bağışlama taahhüdünde bulunduğu eşyanın, üçüncü bir kişi tarafından yok edilmesi halinde, bağışlayanın eşyayı nasılsa karşılıksız elden çıkaracağı için menfaatinin bulunmadığı ileri sürülemez. Ayrıca burada bağış yapılanın tazminatın hesabında kendi menfaatini ileri sürmesi mümkündür²³³.

Bir eşyanın telef olması veya hasara uğraması halinde objektif veya subjektif hesaplama yöntemlerinden hangisinden yararlanılırsa yararlanılsın piyasa değeri bakımından hangi yerdeki piyasa değerinin esas alınacağı tartışmalıdır²³⁴. Uygulamada, haksız fiilin işlendiği yerdeki piyasa değeri dikkate alınmaktadır²³⁵.

III) KİŞİYE İLİŞKİN MADDİ ZARARLARIN BELİRLENMESİ VE HESAPLANMASI

A) BEDENSEL ZARAR HALİNDE

Bedensel zarar deyimi ile bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlığının ihlal edilmesi ifade edilir. Kişinin kullandığı ve bedenine kalıcı şekilde takılmış protez organlar üzerinde de kişilik hakkı bulunduğu görüşüne uygun olarak bunlara verilecek zararın da beden bütünlüğünü ihlal sayılması gerekir²³⁶.

Bedensel bütünlüğün ihlalden doğan maddi zararın kapsamı TBK. m.54' de belirtilmiştir. Buna göre, zarar görenin, haksız fiil sonrası kaybettiği eski sağlığına kavuşmak için yaptığı tüm tedavi giderleri, bedensel zarardır. Ayrıca, haksız fiil sonucu zarara gören kimsenin iyileşme anına kadar çalışmamasından doğan zararlarla; zarar görenin, bedensel uzuvlarının veya zihni yeteneklerinin sürekli olarak kaybı veya geçici olarak fonksiyonsuz hale gelmesi nedeniyle çalışma gücünün azalması veya yitirilmesi nedeniyle ortaya çıkan zararda bedensel zarardır.

²³² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 112.

²³³ TANDOĞAN, s. 278.

²³⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 111.

²³⁵ Y. 4. HD. 25.6.1976, 1976/4466 E., 1976/ 5235K. (OĞUZMAN/ ÖZ s. 111).

²³⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 94-95.

Bununla beraber, haksız fiilin sebep olduğu bedensel zarar, çalışma gücünü olumsuz etkilemese de zararın, zarar görenin ekonomik gelişmesini zorlaştırması halinde de bedensel zarar söz konusu olur²³⁷.

Görülüşü üzere, söz konusu hükme göre, bedensel zararlar, özellikle tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır. Hükümde yer alan “özellikle” ifadesi, bedensel bütünlüğün ihlali halinde talep edilebilecek zararların bunlarla sınırlı olmadığını göstermektedir²³⁸.

1) Tedavi Giderleri

Tedavi giderleri, zarar görenin haksız fiil nedeniyle kaybettiği eski sağlığına kavuşmak için yaptığı tüm giderleri kapsar²³⁹. Örneğin, muayene, tahlil, teşhis, tedavi, taşıma giderleri, ameliyat, hastane, tekerlekli iskemle, korse, protez, fizik tedavi gibi tedavi giderleri bu kapsama girer²⁴⁰.

Tedavi giderlerinin istenebilmesi için tedavi sonunda iyileşmenin gerçekleşmesi aranmaz. Ayrıca, sadece iyileşmeyi sağlayan giderler değil, sakatlık ya da hastalığın artmasını önlemek için yapılması zorunlu olan giderler de tedavi gideri sayılmıştır²⁴¹.

Tedavi giderleri nedeniyle maddi zararın söz konusu olabilmesi için, tedavi giderlerinin fiilen yapılması zorunlu değildir. Tedavinin bir süre devam edecek olması, zarar görenin belirli dönemlerde sağlık kontrolüne girecek olması, ileri zamanda yapılacak ameliyat için gereken giderler de tedavi giderleri kapsamında değerlendirilmelidir. Buna paralel olarak Yargıtay da ileride yapılması zorunlu olan tedavi giderlerinin önceden istenebileceğini kabul etmiştir²⁴². Eğer, hükmün verileceği tarihte bu giderleri belirlemek mümkün değilse, TBK. m.75 uyarınca, hakim kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren iki yıl içinde konuyu inceleme ve

²³⁷ EREN, s. 745 vd.; KILIÇOĞLU A., s. 424 vd.

²³⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 94.

²³⁹ KILIÇOĞLU A., s. 424.

²⁴⁰ EREN, s.745; REİSOĞLU, s. 225.

²⁴¹ ÖZCAN, s.647.

²⁴² BÜYÜKSAĞIŞ, s. 55; Y. 3. HD. 24.9.2013, 2013/11554E., 2013/13257K. (www. corpus. com.tr Erişim Tarihi: 01. 01.2017).

tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Davacı gelecekteki giderleri talep hakkını saklı tutmuşsa, zamanaşımı süresince bu giderler için ayrı bir dava da açabilir²⁴³.

Zarar veren, somut olayın özelliklerine göre makul sayılmayacak giderleri tazminle yükümlü değildir. Giderlerin makul sayılıp sayılmadığı tespit edilirken, zarar görenin ekonomik ve sosyal durumu dikkate alarak dürüstlük kuralı göz önünde bulundurulur. Buna göre, zarar gören, bu giderleri bizzat yapmak zorunda olsaydı, nasıl bir hekim, hastane seçecek idiyse, bu halde de kendisine aynı imkan tanınmalıdır. Bir başka ifadeyle zarar görenin giderleri bizzat ödemek zorunda kalsaydı seçeceği kurumun sağladığı imkanlara benzer imkanlarda tedavi hakkına sahip olduğu kabul edilir²⁴⁴.

Dikkate alınacak giderler, durumun gereğine uygun giderlerdir. Durumun gerektirmediği bir gider fiilen yapılmış olsa bile hesaba katılmaz. Bu nedenle durumun gereklerine uygun olarak yapılmış bir tedavi giderinin resmi hastane tarifinden fazla olması, tazminine karar verilmesine engel deęildir²⁴⁵.

Haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan bir kimsenin özel sağlık kuruluşunda tedavi edilmiş olması halinde, bu tedavi giderinin zarar veren tarafından karşılanmasına ilişkin Yargıtay kararları istikrarlı değildir. Bununla beraber Yargıtay' ın bu hususa ilişkin kararlarının çoğunluğu somut olaydaki olguların değerlendirilmesi halinde özel hastanede tedavi görölmesinin uygun olması halinde, bu tedavi giderlerinin talep edilebileceği yönündedir²⁴⁶.

Örneğin, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, bir kararında²⁴⁷, “*çocuğun yaralanma derecesiyle tedavi edildiği yerler ve tarihleri gözetildiğinde, davaya konu edilen özel hastane giderlerinden davalının sorumlu tutulması gerekmektedir. Yaralanan çocuğun babasının kamu görevlisi olması ve başka hastanelerdeki tedavi giderlerinin kamu kurumu tarafından karşılanmış olması, özel hastanedeki tedavi giderlerinin*

²⁴³ OğUZMAN/ ÖZ, s. 95.

²⁴⁴ EREN, s.746; TANDOğAN, s. 284.

²⁴⁵ OğUZMAN/ ÖZ s. 96.

²⁴⁶ GÖKCAN, s. 647.

²⁴⁷ Y. 4. HD. 24.01.2000., 2004/6975E., 2005/185K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 01.01.2017).

usulsüz harcama olduğunu göstermez ve haksız fiili işleyen davalıyı sorumluluktan kurtarmaz” demektedir.

Yine aynı daire bir diğer kararında²⁴⁸, “dosyadaki bilgi, belge ve açıklamalardan adı geçen davacının trafik kazası sonucunda yüzünde sabit eser kalacak şekilde yaralandığı, özel hastanede ameliyat olduğu anlaşılmaktadır. Gerek dairemizin gerekse Hukuk Genel Kurulu'nun kararları ve sorumluluk hukuku kuralları gözetildiğinde özel hastanelerde yapılan tedavi giderlerinin somut olgulara uygun bulunması durumunda istenebileceği ve somut olayımızda davacının bu kalem isteğinin kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır” ifadelerini kullanmıştır.

Yargıtay diğer bir kararında²⁴⁹ ise, somut olaydaki olgular nedeniyle, özel hastanedeki tedavinin gerekli olmaması nedeniyle hakkaniyet gereği, özel hastanede tedavi nedeniyle artan giderlerin bir kısmının davacı tarafından karşılanmasına karar vermiştir.

Tedavi giderleri, yurtdışında yapılması gerekli olan giderleri de kapsar²⁵⁰. Ancak, tedavinin yurt dışında bulunan sağlık kuruluşunda yapılması, yurt içinde tedavinin mümkün olmaması halinde düşünülmelidir²⁵¹.

Haksız fiil sonucu bir kimsenin sakat kalması halinde, söz konusu kimse yaşamını devam ettirebilmek için bir başkasının bakımına ihtiyaç duyabilir. Bu halde, bakıcı giderleri de maddi zararın kapsamında yer alır. Bir başka ifadeyle bir kimsenin yaşamını bir başkasının sürekli bakımına muhtaç olmaksızın devam ettirmesi mümkün değilse bakım giderleri söz konusu olur. Örneğin, bir parmağını kaybeden kimsenin yaşamını devam ettirebilmesi için bakıcıya gerek olmayabilir. Bakım giderleri, sakat kalan kişinin yaşı, evli olup olmadığı, sosyal ve ekonomik durumları göz önünde bulundurularak belirlenir. Örneğin, haksız fiil sonucu sakat

²⁴⁸ Y. 4. HD. 11.07.2000, 2000/5781E. , 200/6854K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 01.01.2017).

²⁴⁹ Y. 4. HD., 24/12/2001, 2001/8881E., 2001/12736K. sayılı kararında, “davacının yaralanan elemanın tedavisinin SSK hastanesinde sürdürülmesi mümkün bulunduğu halde kendi isteğiyle buradan ayrılarak özel hastaneye gitmek suretiyle tedavi masrafinin artmasına yol açmıştır. Bunda davacının tedavi giderlerini karşılamayı üstlenmesinin de etkisi olmuştur. O halde artan tedavi masraflarının bir bölümünün davacı üzerinde bırakılması hakkaniyete daha uygun olacaktır” ifadelerine yer verilmiştir.

²⁵⁰ Y. 4. HD., 26.05.1986T, 1986/3535E, 1986/4213K. (GÖKCAN, s.647).

²⁵¹ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 57.

kalan kişinin, haksız fiilden sonraki muhtemel yaşam süresi göz önünde bulundurularak bakım gideri belirlenir²⁵².

2) Kazanç Kaybı

Haksız fiil sonucu zarara uğrayan kimsenin, kazanç kaybına uğraması da söz konusu olabilir. Kazanç kaybı, haksız fiil olmasaydı, o kimsenin elde etmesi muhtemel kayıplardır²⁵³.

Kazanç kaybının kapsamına, davacının tazminata hükmedilecek tarihe kadar olan yoksun kalınan karı girer. Bir başka ifadeyle bu zarar, zarar görenin iyileşme anına kadar çalışamamasından doğan zarardır. Dolayısıyla söz konusu zarar niteliği itibariyle geçici nitelikte ve mevcut duruma göre belirlenen zarardır. Bir sonraki başlıkta incelenecek olan, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ise geleceğe yönelik yoksun kalınan kardır²⁵⁴. Örneğin, tedavi süresince çalışamayan işçinin tedavi süresince bu yüzden uğradığı zarar, kazanç kaybıdır²⁵⁵.

Davacı, hüküm tarihine kadar yoksun kaldığı kazancı ispat etmelidir. Ücretle çalışanlarda, ücretle beraber yan ödemelerde bunun kapsamına girer. Bunun yanı sıra kazanç kaybının her zaman çalışamamaktan kaynaklanan bir ücret, maaş veya ticari mesleki gelir kaybı şeklinde olması gerekli değildir. Örneğin, ev kadının bedensel bütünlüğünün ihlal edilmesi nedeniyle ev işlerini yapamadığı için aile bütçesinde azalmaya neden olan evin ve çocukların bakımı için tutulan hizmetçi giderleri de kazanç kaybı sayılabilir²⁵⁶.

²⁵² KILIÇOĞLU A., s. 425; BÜYÜKSAĞIŞ, s. 57.

²⁵³ KILIÇOĞLU A., s. 426.

²⁵⁴ EREN, s.747; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 96.

²⁵⁵ Y. 21. HD. 7.4.2015, 2015/5992E., 2015/7462K. sayılı kararında, haksız fiil nedeniyle bedensel bütünlüğü ihlal edilen işçilerin, istirahatli olduğu döneme ait kazanç kayıplarını davalı işverenden talep edebileceği belirtmiştir.

²⁵⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 96-97.

3) Çalışma Gücünün Yitirilmesinden Veya Azalmasından Doğan Zararlar

Beden uzuvlarının veya zihni yeteneklerin sürekli olarak kaybı veya geçici olarak fonksiyonsuz hale gelmesi, çalışma gücünün azalmasına veya yitirilmesine neden olur²⁵⁷.

Çalışma gücünün yitirilmesinin veya azalmasının gelecekte yol açacağı kazanç kaybı süreli veya süresiz olabilir. Çalışma gücünün sürekli kaybında, kazanç kaybının hesabında, zarar görenin kayba uğramasaydı çalışabileceği süre dikkate alınır. Çalışma gücünün geçici kaybında ise, çalışma gücünün muhtemel kayıp süresi dikkate alınır²⁵⁸.

Çalışma gücünün yitirilmesi veya azalması halinde zararın belirlenmesinde, çalışma gücündeki sürekli azalmanın oranı, zarar görenin gelir durumu, çalışma süresiyle bunun başlangıcı, ameliyat veya devamlı tedavi ve efor kaybı unsurları göz önünde bulundurulur²⁵⁹.

Zarar görenin, çalışma gücünün kaybı dolayısıyla yoksun kalınan kazancın belirlenmesinde, çalışma gücündeki kayıp oranı, haksız fiilden etkilenen organa, etkilenme derecesine ve zarar görenin mesleğine göre değişir²⁶⁰. Örneğin, haksız fiil nedeniyle masa başında çalışan bilgisayar mühendisinin bir ayağının kesilmesinin çalışma gücüne etkisi ile posta dağıtıcısının bir ayağının kaybının çalışma gücüne etkisi aynı değil değildir²⁶¹.

Yoksun kalınan kazanç kaybının belirlenmesinde, zarar görenin zarar verici olayın gerçekleştiği andaki geliri esas alınır. Fakat bu gelirin yakın gelecekte artması kuvvetli bir ihtimalse bu husus da dikkate alınmalıdır²⁶². Zarar gören çocuk ise, çocuğun fikri ve fiziki yetenek ve özelliklerine göre ana babasının sosyal ve

²⁵⁷ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 62.

²⁵⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 97; KILIÇOĞLU A., s. 425.

²⁵⁹ EREN, s.747 vd.

²⁶⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 98; TANDOĞAN, s. 286-287.

²⁶¹ EREN, s. 749.

²⁶² TANDOĞAN, s. 289.

ekonomik durumu açısından yönelebileceği mesleğe göre ileride kazanabileceği muhtemel gelir, o nitelikteki ortalama bir çocuk örnek alınarak belirlenir²⁶³.

Zarar görenin, çalışabileceği süre ve yaşam süresi, uğradığı kazanç kaybının belirlenmesinde etkilidir²⁶⁴. Yargıtay tarafından benimsenen görüşe göre, olağan biçimde iş görebilme (çalışabilme) gücünün devam etme süresi kadın ve erkek ayrımı yapılmaksızın kural olarak 60 yaşına kadardır. İş görebilirlik çağının "60" yaş esasını aşması ya da altında kalması anılan kuralın istisnası olduğu için böyle bir durumda, bunun dayanakları ve nedenleri hükümde gösterilmelidir²⁶⁵.

Küçükler bakımından, çalışmaya başlama yaşının tespiti de önemlidir. Çocuklar için, bölgeye, aile durumuna, yürütülecek mesleğe göre 16,18, 20 yaş esas alınabilir. Yüksek öğrenim yapan çocuklar için daha ileri bir yaş belirlenebilir²⁶⁶.

Zarar görenin geçireceği bir ameliyatla veya başka türde bir tedaviyle güç kaybı azaltılabilecekse ve davalı bunun gerektirdiği giderleri peşin ödemeyi kabul ederse, bu ameliyat veya tedavinin önemli bir acı vermemesi ve önemli bir risk taşımaması şartıyla zarar görenden bu ameliyata veya tedaviye razı olması beklenir. Aksi takdirde, hakim tazminatı belirlerken, tedavi yapılmış olsaydı çalışma gücünün ne derece etkileneceğini dikkate alır²⁶⁷. Zarar görenin maddi durumu yerindeyse, ameliyat giderinin önceden verilmesi şartı aranmamalıdır²⁶⁸.

Ameliyat ile beklenen iyileşme yerine zarar görenin durumu daha da ağırlaşır ve ölümü gerçekleşirse, uygun illiyet bağı bulunmak şartıyla zarar veren ortaya çıkan bu zararlı sonuçtan da sorumludur²⁶⁹.

Bedensel bütünlüğü zedelenen zarar görenin, kazancında bir eksilme olmasa dahi, aynı kazancı elde etmek için daha fazla güç harcaması gerekebilir. Bu halde,

²⁶³ EREN, s.749.

²⁶⁴ GÖKCAN, s.675.

²⁶⁵ Örnek Yargıtay kararı için bkz. Y. 10. HD. 05.07.2004, 2004/4728E., 2004/6385K. (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 03. 01.2017).

²⁶⁶ EREN s.750.

²⁶⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 99.

²⁶⁸ GÖKCAN, s.675.

²⁶⁹ TANDOĞAN, s. 269.

Yargıtay fazladan harcanan güç ölçüsünde malvarlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi maddi zarara uğranıldığına hükmetmiştir²⁷⁰.

4) Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar

Haksız fiilin sebep olduğu bedensel zarar, çalışma gücünü olumsuz etkilemese de zarar görenin ekonomik gelişmesini zorlaştırabilir. Böyle bir durumda, zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan kayıpların da tazmin edilmesi gerekir²⁷¹. Haksız fiil neticesinde genç bir kızın yüzünün güzelliğinin bozulması nedeniyle artist olarak çalışması buna örnektir.

Bu zarar, zarar görenin ekonomik geleceği sarsılmasaydı elde edeceği kazanç ile gelecekte bu şartlar altında elde edeceği muhtemel kazancın karşılaştırılması yoluyla tespit edilir²⁷².

B) ÖLÜM HALİNDE

Bir haksız fiilin, bir kişinin ölümüne yol açması halinde, zarar, bizzat ölümün kendisi olmayıp, haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan olumsuz ekonomik sonuçtur²⁷³. TBK. m.53'e göre, ölüm halinde uğranılan zararlar, özellikle cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır. Görüldüğü üzere, bu hüküm ile ölenin desteğinden yoksun kalanların uğradıkları yansıma zararların tazmini özel olarak düzenlenmiştir. Ayrıca hükümde yer alan "özellikle" ifadesi, ölüm halinde talep edilebilecek giderlerin bunlarla sınırlı olmadığını göstermektedir.

1) Cenaze Giderleri

Haksız fiiliyle bir kimsenin derhal veya bir süre sonra gerçekleşen ölümüne neden olan kişi, ölüm nedeniyle yapılan giderleri özellikle cenaze giderlerini ödemekle yükümlüdür²⁷⁴. Aslında herkesin günün birinde ölecek olması nedeniyle,

²⁷⁰ BÜYÜKSAĞIŞ, s. 68; Y. 17. HD. 11.12.2014, 2013/13253E, 2014/18409K.(GÖKCAN, s.693).

²⁷¹ REİSOĞLU, s. 227.

²⁷² EREN, s.751.

²⁷³ EREN, s.752.

²⁷⁴ REİSOĞLU, s. 221.

haksız fiilden sorumlu tutulan kişilerin cenaze giderlerinden sorumlu tutulması eleştirilebilir. Fakat zarar verenin erken ölüme sebebiyet vermesi nedeniyle bu zarardan sorumlu tutulması gerektiği kabul edilmiştir. Bu nedenle, kişinin yakın bir tarihte kendi eceliyle öleceğinin kanıtlanması halinde, bu husus TBK. m.52' nin uygulanması suretiyle tazminattan indirim sebebi kabul edilmelidir²⁷⁵.

Başlıca cenaze giderleri, gusul (yıkama), mezar kazma, mezar taşı, ilan, cenaze nakil ücreti, sadaka, dini ve yerel adetler gereği yapılan merasimler gibi dini ritüeller için harcanan giderlerdir²⁷⁶. Cenaze giderleri dışında, ölümün doğrudan doğruya yol açtığı, otopsi veya şehirlerarası naşın taşınması gibi giderler de cenaze giderleri kapsamında tazmin edilmelidir²⁷⁷.

Cenaze giderleri, ölüm olayıyla doğrudan doğruya ilgili gerçekten yapılmış giderler olmalıdır. Ayrıca bu giderler ölenin diniyle, sosyal ve ekonomik durumuyla ve yerel göreneklere uygun olmalıdır²⁷⁸. Buna karşın, Yargıtay'ın yerleşik uygulamasına göre, haksız fiiliyle bir kimsenin ölümüne neden olan kişi, gerçek defin gideri zararlarının tazminiyle sorumlu olup ölenin kendi milli değerlerine, yerel örf ve adetlerine göre yaptığı özel giderlerden sorumlu değildir. Bu bağlamda; sorumlu kişi, taziye ve teşekkür giderleri, yemek giderleri, mevlit gideri vs gibi zorunlu olmayan cenaze merasimi giderlerini tazminle yükümlü değildir²⁷⁹. Kanaatimizce, Yargıtay'ın bu yöndeki kararları isabetli değildir. Nitekim bu özel giderler, ölenin yakınları tarafından karşılanmayacak olmasa dahi her koşulda yapılacak cenaze giderleridir. Bir başka ifadeyle, söz konusu giderler sırf başkası tarafından karşılanacağı için yapılan giderler değildir; her koşulda ölenin milli değerleri ve yerel örf adete göre yapılacak giderlerdir. Bu nedenle dürüstlük kuralı çerçevesinde kaldığı sürece bu giderler de, haksız fiil sorumlusu tarafından karşılanmalıdır.

²⁷⁵ KILIÇOĞLU A., s. 427.

²⁷⁶ GÖKCAN, s.703.

²⁷⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 102.

²⁷⁸ Y. 17. HD., 13.06.2013, 2012/12622E., 2013/8966K.; 17. HD., 05.06.2014, 2013/8114E., 2014/9132K. (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 05. 01.2017).

²⁷⁹ Y. 17. HD. 02.06.2015, 2014/4657E., 2015/8105K.; Y. 17. HD., 02.06.2015T., 2014/4657E., 2015/8105K. www.corpus.com.tr (Erişim Tarihi: 05. 01.2017).

Doktrinde, cenaze giderlerinin terekeden ödenmesi gerektiği düşüncesiyle, bu giderlerin tazminini isteme hakkının mirasçılara ait olduğu ifade edilmektedir²⁸⁰. Bizim de katıldığımız görüşe göre, bu giderleri, terekeye başvurmada kim yapmışsa, giderin tazminini isteme hakkı da ona aittir. Nitekim terekeden ödenmemiş bir cenaze giderinin tazminini isteme hakkının mirasçılara tanınması isabetli olmaz. Örneğin, eşi ve çocukları bulunan bir kimsenin öldürülmesinde cenaze giderlerini ölenin kardeşi yapmışsa, giderlerin tazminini isteme hakkı da ona ait olmalıdır. Aksi takdirde, ölenin kardeşinin önce terekeden alacaklı olması ve buna ilişkin borçtan dolayı da mirasçıların, zarar verenden iştirak halinde alacaklı olması gibi karışık bir sonuç doğar²⁸¹.

Bir kimsenin ölmesi halinde, ölen kişi için cenaze giderlerinin yapılması kaçınılmaz olduğundan cenaze giderlerinin yapıldığına dair mahkemeye belge ibraz edilmese de bu giderler tazmin edilmelidir. Bu halde söz konusu giderin miktarı, belediyeden sorularak belirlenir²⁸².

2) Ölenin Ölünceye Kadarki Zararları

Ölenin ölünceye kadarki zararları, ölümün derhal gerçekleşmemesi halinde söz konusu olur. Bu zararlar, ölüme yol açan haksız fiilin bedensel bütünlüğü ihlal etmesi sebebiyle doğurduğu zararlardır. Bu tür zararlar, ölümün gerçekleştiği ana kadar yapılan tedavi giderleriyle, ölünceye kadar çalışmamaktan doğan kazanç kayıplarını kapsar²⁸³. Bu hususlara ilişkin olarak bedensel bütünlüğün ihlali halinde doğan zararlar konusunda yaptığımız açıklamalar²⁸⁴ burada da geçerlidir.

3) Destek Kaybından Doğan Zararlar

a) Genel olarak

TBK. m.53/III'e göre, ölüm ister hemen ister bir süre sonra gerçekleşsin, haksız fiiliyle ölüme sebep olan kimse, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin

²⁸⁰ EREN, s. 752; TANDOĞAN, s.298.

²⁸¹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 102.

²⁸² Y. 4. HD., 14.06.2012, 2011/8500E., 2012/10462K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 05.01.2017).

²⁸³ EREN, s.753; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 101.

²⁸⁴ Bedensel bütünlüğün ihlalinin doğan zarar için bkz. s. 44 vd.

zararlarını da ödemekle yükümlüdür. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler, doğrudan haksız fiilin muhatabı olmadıkları için bu zarar yansıma zarardır²⁸⁵.

Destek kaybından doğan zararın tazminini talep hakkı, doğrudan doğruya destekten yoksun kalanın şahsında doğar. Bu hak üzerinde desteğin veya mirasçılarının herhangi bir tasarruf hakkı yoktur. Ayrıca bu zararın, mirasla ve mirasçılık sıfatıyla ilgisi yoktur²⁸⁶. Bunun sonucu olarak, destekten yoksun kalan kişi, ölenin mirasçısı olduğu halde mirası reddetmiş olsa bile destek kaybından doğan zararının tazminini isteyebilir²⁸⁷.

Destekten yoksun kalanın talep hakkı, bir tazminat hakkı olduğu için nafaka talebinin aksine, kişiye sıkı sıkıya bağlı değildir²⁸⁸. Bu nedenle söz konusu tazminat talebi Türk Borçlar Kanunu'nda alacağın devrine ilişkin hükümlere göre üçüncü kişilere devredilebilir. Bu devir, yan hakları da kapsar. Ayrıca, tazminat talebinin rehni de mümkündür²⁸⁹.

b) Destek kaybından doğan zararın şartları

Destek kaybından doğan zararın söz konusu olabilmesi için bir takım şartların bir arada bulunması gerekmektedir. Bu şartlar; ölen kişi ile davacı arasında bir destek ilişkisinin bulunması, desteğin bakım gücüne sahip olması ve destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacının bulunmasıdır.

aa) Destek ilişkisinin varlığı

Destek kaybından doğan zararın ilk şartı, ölen kişi ile davacı arasında bir destek ilişkisinin bulunmasıdır.

²⁸⁵ NOMER, Genel, s. 219.

²⁸⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 103; KILIÇOĞLU A., s. 428.

²⁸⁷ TEKİNAY, s. 66; HGK. 18.04.2007, 2007/4-222E., 2007/222K. sayılı kararında, “baştan beri yapılan açıklamalar ve değinilen ilkeler itibarıyla, ölenin yakını olan davacının, ölen eşin mirasını reddetmiş olması, eş söyleyişle mirasçı sıfatını taşıması destekten yoksunluk talebinde bulunmasına engel değildir” ifadelerine yer vermiştir.

²⁸⁸ TANDOĞAN, s. 299.

²⁸⁹ EREN, s.754.

aaa) Destek kavramı

Destek, tazminat isteminde bulunan kişiye fiilen, sürekli ve düzenli olarak bakan ve hayatın olağan akışına göre o kişiye ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kimsedir²⁹⁰. Bir başka ifadeyle, kanun hükmü veya sözleşmeye konulmuş bir ödev bulunmaksızın bir kimsenin eylemli ve düzenli olarak ötekine yardım etmesi ve ileride yardımın sürüp gitmesinin beklenir bulunması ölenin destek sayılması için yeterlidir²⁹¹. Ayrıca başkasına bakması, kanuni bir temele dayanan birinin, düzenli ve devamlı bir yardımda bulunmaması destek niteliğini ortadan kaldırmaz²⁹².

Destek ilişkisinin varlığı bir hukuki ilişkiye göre değil, fiili duruma göre belirlenir²⁹³. Bu nedenle yardım gören kişinin, bakanın hısım veya akrabası olması, ortada akdi veya kanuni bir ilişkinin bulunması şart değildir²⁹⁴.

Destek, desteklenen kişinin geçimini tamamen veya kısmen sağlamak ve onu zaruret halinden korumak amacına yönelik olmalıdır. Bu amaç dışında başka nedenlerle yapılan yardımlar halinde destek ilişkisinin varlığından söz edilemez. Ayrıca destek ilişkisinin karşılıksız olması da gerekir²⁹⁵. Destek gören kimse, destekten, sembolik bir ücret karşılığında destek görüyorsa da bakma yine karşılıksız sayılır²⁹⁶.

Desteğin, destek olunan kişinin bütün geçimini sağlanması şart değildir. Geçimini kısmen karşılayan düzenli ve sürekli yardımlar da destek sayılır. Önemli olan, bu bakımın az çok düzenli veya devamlı olması veya yardımın ileride düzenli ve devamlı yapılacağının ihtimal dahilinde olmasıdır²⁹⁷.

²⁹⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 103; GÖKYAYLA, s. 204.

²⁹¹ Y. 4HD., 9.11.2010, 2009/14285E., 2010/11605K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 08. 01.2017).

²⁹² GÖKCAN, s. 706.

²⁹³ TEKİNAY, s. 16.

²⁹⁴ GÖKYAYLA, s.99; GÖKCAN s. 706

²⁹⁵ EREN, s. 755-756; GÖKCAN, s. 706.

²⁹⁶ GÖKYAYLA, s.105.

²⁹⁷ GÖKYAYLA, s. 105; GÖKCAN, s. 706.

Desteğin geçimini sağlama veya geçimine katkıda bulunma, para verme şeklinde olabileceği gibi, aynı yardım, fayda sağlama veya hizmet görme şeklinde de olabilir²⁹⁸.

bbb) Destek çeşitleri

Ölenin desteğinden yoksun kalanlar, ölüm anında ölenden fiilen ve düzenli destek alan kişiler olabileceği gibi, ölenden ileride destek alması varsayılan kişiler de olabilir. Birinci halde “fiili destek” veya “gerçek destek”; ikinci halde “farazi destek” veya “müstakbel (gelecekteki) destek” söz konusu olur²⁹⁹.

1⁰) Gerçek destek

Ölüm anına kadar başkasına fiilen ve düzenli bakan kimse gerçek destektir³⁰⁰. Gerçek destek çeşitleri, özellikle eşlerin birbirine ve çocuklarına destek olması, çocuğun anne ve babasının desteği olması ve kardeşlerin birbirine destek olması halinde görülür³⁰¹. Bunların dışında, destek ilişkisi fiili duruma göre belirlendiği için ölen, kendisiyle yasal bir yakınlık ilişkisi olmayan üçüncü bir kişinin de gerçek desteği olabilir. Bu ilişkinin kabulü için üçüncü kişiler gerçek desteğin varlığını ve bu desteğin ileride devam edeceğini kabule yeterli ve inandırıcı delilleri sunmalıdır. Fakir birine süreklilik arz eden yardımlar yapılması buna örnektir³⁰².

TMK. m. 185’ e göre eşler birbirine ve çocuklarına bakmak zorundadır. Eşlerin birbirine bakma yükümlülüğü, kural olarak boşanmanın kesinleşmesiyle sona erer. Bu nedenle boşanmanın kesinleşmesine kadar eşlerin birbirine destek olduğu kabul edilir³⁰³.

Yargıtay bir kararında³⁰⁴, “*herhangi bir gelir ve kazancı bulunmasa bile, ev hanımı olarak ailesine birçok yönden desteği bulunduğu, davacıların mahrum kaldıkları bir zararlarının olduğu hayatın olağan akışının gereği olarak kabul*

²⁹⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 104; TANDOĞAN, s. 301; GÖKYAYLA, s. 102.

²⁹⁹ KILIÇOĞLU A., s. 428; GÖKYAYLA, s. 99-100.

³⁰⁰ TANDOĞAN, s.300; GÜRBÜZ, s.51.

³⁰¹ EREN, s.756-757.

³⁰² GÖKCAN, s.708; GÜRBÜZ, s. 60.

³⁰³ EREN, s. 756.

³⁰⁴ Y. 4 HD., 06.03.2000, 1999/11287E., 2000/2046K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2017).

edilmelidir” ifadesine yer vermiştir. Görüldüğü üzere, Yargıtay hizmet edimlerini de destek kavramı içinde benimsenmiş; yalnız ev işlerinde çalışan veya kocasının işyerinde kocasına yardım eden kadının da kocasının desteği olabileceğini kabul etmiştir³⁰⁵.

Babanın her koşulda çocuklarına destek olduğu kabul edilir. Destek ilişkisinin ispat edilmesi halinde, üvey babanın ölümü halinde de çocuklar destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler. Çocuğun zina ürünü olması ya da babayla çocuğun soybağının kurulmamış olması tazminata engel değildir. Babayla soybağı kurulmayan çocuğun babasının ölümü nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmesi için ya onun fiilen kendisine baktığını ispat etmesi gerekir ya da soybağının belirleyecek olan davanın sonuçlanması gerekir³⁰⁶.

Türk Medeni Kanunu’nda değişiklik yapılmadan önce, annenin çocuklarına destek olması, dul olarak çocuklarının geçimini üzerine alması halinde söz konusu olurdu. Zira, söz konusu değişiklikten önce kabul edilen görüşe göre, anne, çocuklara ve eve bakmakla yükümlüyken; baba, onların geçimini sağlamak için mücadele etmek, para kazanmak ve onları barındırmakla yükümlüydü. Fakat, Türk Medeni Kanunu’nda öngörülen değişiklikle, eşlerin yükümlülüklerinin belirlenmesinde, anne veya babadan değil, eşlerden söz edilmektedir (TMK. m. 185). Dolayısıyla, artık, annenin, her koşulda çocuklarına destek olduğu kabul edilmektedir³⁰⁷.

Yetişmiş çocukların, elverişli durumda olsalar bile ana babalarına bakma ödevleri yoktur. Buna karşın kazanç sahibi olan çalışma çağındaki çocuk, anne ve babasına destek olabilir³⁰⁸. Ayrıca babasının veya annesinin yanında yardımcı olarak çalışan çocuklar da, onların yardımcı tutma giderine engel oldukları için gerçek destek sayılmalıdırlar³⁰⁹. Üvey çocuklarla³¹⁰ evlat edinilen çocuklar da anne

³⁰⁵ EREN, s. 756; TANDOĞAN, s. 302; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 104-105.

³⁰⁶ EREN, s.755-756; TANDOĞAN, s.301; GÖKCAN, s. 707.

³⁰⁷ Yüksel, s. 190 vd.

³⁰⁸ TANDOĞAN, s.302; GÖKCAN, s. 707.

³⁰⁹ GÜRBÜZ, s.56.

³¹⁰ Y. 17. HD., 30.6.2015, 2013/21070E., 2015/9326K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2017).

babalarına destek olabilirler³¹¹. Birden çok çocuğun bulunması halinde, bunların destek miktarı aralarında paylaştırılır³¹².

Fiilen birbirlerine yardımda bulunan kardeşlerde, bu sebeple, birbirlerinin desteği olabilirler. Fakat bu durumun ispatı gerekir³¹³.

Evlilik dışı ilişki içinde yaşayan erkeğin ölmesi halinde, kadının destekten yoksun kalma tazminatı isteyip isteyemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır³¹⁴. Genellikle kabul edilen görüşe göre kadın, erkeğin fiili ve düzenli olarak kendisine baktığını ispatlarsa destek tazminatı alabilir. İmam nikahlı birlikteliklerde destek ilişkisinin bulunduğu kabul edilir³¹⁵. Nitekim Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında³¹⁶, *“gerçekten; toplumumuzda yasa dışı nitelendirilen, gayri resmi evliliklerin bulunduğu sosyal bir gerçektir. Medeni Yasa uyarınca, evlilik bağı kurulmasa bile, karı koca diye birleşen, bu amaç ve duyguyla yaşamlarını sürdüren kadınlar için bakım yükümlülüğünü yerine getiren erkeğin destek sayılması gerektiği, doktrinde ve Yargıtay’ın yerleşmiş uygulamaları ile, kabul edilmiş bir olgu olduğu gibi, Dairemizin uygulamaları da bu yöndedir”* ifadelerine yer vermiştir.

Bir erkeğin, metres ilişkisi nedeniyle birlikte yaşadığı bir kadını ekonomik olarak desteklemesi halinde destek ilişkisinin bulunup bulunmadığı da doktrinde tartışmalıdır. Hakim olan görüşe göre, böyle bir ilişkinin ahlaka aykırı olması nedeniyle erkeğin destek olmadığıdır³¹⁷. Buna karşın, Yargıtay’ın, ölenin metresinin de destekten yoksun kalma tazminatı alabileceğine ilişkin kararları³¹⁸ mevcuttur.

Ayrıca, evlilik birliği olmaksızın erkek ve kadının birlikte yaşaması halinde kadın da erkeğin desteği olabilir. Bu kapsamda, evlilik dışı birlikte yaşayan kadın ve erkeğin destek ilişkisinin varlığının belirlenmesinde, desteğin kadın veya erkek olmasına göre herhangi bir ayırım yapılmaksızın, birlikteliğin ahlaki

³¹¹ EREN, s.757; TANDOĞAN, s.302.

³¹² GÜRBÜZ, s.56.

³¹³ TANDOĞAN, s.302.

³¹⁴ TEKİNAY, s. 35 vd.

³¹⁵ EREN, s. 757.

³¹⁶ Y. 21. HD., 11.10.2001, 2001/6819E., 2001/6640K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2017).

³¹⁷ EREN, s.757; TANDOĞAN, s. 302.

³¹⁸ Yargıtay’ın buna ilişkin örnek kararı için bkz. Y. 11. HD., 01.12.1975, 1975/5524E., 1975/6910K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 10. 01.2017).

değerlendirmesinin yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, söz konusu kişiler arasında cinsel ilişki karşılığı maddi menfaat sağlama ilişkisi varsa, hukuken korunmaya değer bir desteğin olmadığı kabul edilmelidir. Dolayısıyla böyle bir durumda kadın ve erkek birbirinin desteği kabul edilmemelidir. Buna karşın aralarında duygusal bir bağlılığa dayanan ve maddiyatın arka planda kaldığı bir ilişki varsa, destek kaybının bulunduğu kabul edilmelidir³¹⁹. İmam nikahlı birliktelikler buna örnektir.

2⁰) Farazi destek

Ölmeseydi ileride hayatın olağan akışına göre, başkasına bakması kuvvetle muhtemel olan kişiye farazi destek denir³²⁰. Farazi destekten yoksun kalanların da TBK. m.53/III' den yararlanabilmeleri gerekir. Bununla beraber hakim, bu kişilerin dava haklarını kabulde ve zararlarının belirlenmesinde takdir yetkisini kullanırken hükmün uygulama alanını dar tutmalıdır³²¹. Farazi destek olma açısından, anne baba için küçük çocukların, bir nişanlı için diğer nişanlının durumu üzerinde en çok durulan konulardır. Çocuk ve nişanlı, halihazırda birbirlerine destek oluyorsa, farazi değil; gerçek destek sayılırlar.

Küçük çocukların, hayat tecrübelerine ve olayların olağan akışına göre ileride anne ve babalarına bakmalarının kuvvetle muhtemel olması halinde bu çocuklar, anne babaları için farazi destek sayılırlar. Bu hususta her şeyden önce, anne babanın gelecekteki iktisadi durumu, çocuğun kabiliyetleri ve anne babanın ileride yardıma muhtaç olup olmayacaklarının takdiri ve tespiti gereklidir. Destek olacak çocuk konusunda cinsiyet ayrımı yapılmamaktadır³²². Yargıtay da çocuğun ileride anne babasına destek olacağını karine olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla, bu durumda delil gösterme yükü, aksini iddia edene düşer³²³.

³¹⁹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 104; TANDOĞAN, s.303.

³²⁰ TANDOĞAN, s.303; GÖKYAYLA, s. 100.

³²¹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 105.

³²² EREN, s.758; TANDOĞAN, s.303; GÜRBÜZ, s. 52.

³²³ Y. 11. HD., 18.12.2003, 2003/4910E., 2003/12032K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi:10.01.2017).

Uygulamada çocukların destek olma yaşı için 18 yaşın bitirilmesi esas alınır³²⁴. Ancak, kanaatimizce ülkemizde çocukların daha küçük yaşlardan itibaren aile içinde çeşitli işlerde yardımcı olarak veya bir işte çalışarak aile bütçesine katkıda bulunmaları söz konusu olduğu için, bu şekilde bir yaş sınırının belirlenmesinin isabetli olduğu söylenemez. Nitekim İş Kanunu m. 71' e göre, 14 yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar eğitime engel olmayan hafif işlerde çalıştırılabilirler.

Yargıtay'ın, nişanlıların birbirlerinin gerçek desteği olmaları halinde, davacı nişanlının destekten yoksun kalma tazminatı alabileceğine dair istikrarlı kararları³²⁵ bulunmaktadır. Buna karşın Yargıtay'ın nişanlıların birbirlerinin farazi desteği olmaları halinde davacı nişanlının bu tazminatı alıp alamayacağına dair kararları istikrarlı değildir. Nitekim bazı kararlarında³²⁶, nişanlı kişinin kural olarak nişanlısıyla evleneceğini ve destek alacağını farazi olarak kabul ederek, davacı nişanlının destekten yoksun kalma tazminatı alabileceğini kabul etmektedir. Bazı kararlarında³²⁷ ise destek tazminatının, fiili ve sürekli bakımdan yoksun kalınması halinde takdir edilen bir tazminat olması nedeniyle, evlilik sonrası döneme ait olarak destekten yoksun kalınması halinde nişanlının, destek tazminatını gerektiren bir kazanç kaybının olmadığını kabul etmektedir.

Nişanın şekli bir merasim içinde yapılmaması halinde de durumun ve şartların evliliğin gerçekleşeceğini kanıtlar nitelikte olması halinde, nişan ilişkisinden dolayı desteğin varlığı kabul edilmelidir³²⁸.

Farazi destek durumunun kardeşler arasında olması halinde, gerçek destekten farklı olarak, destek olanın refah içinde olması şartı aranır³²⁹.

³²⁴ GÖKCAN s.707.

³²⁵ Yargıtay'ın buna ilişkin örnek kararı için bkz. Y. 13. HD. 11.06.2003, 2003/2559E., 2003/7644K. (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 10. 01.2017).

³²⁶ Y. 11. HD. 06.12.2011, 2011/13091E., 2011/16509K. (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 10. 01.2017).

³²⁷ Y. 4. HD., 29.09.2011, 2010/8484E., 2011/9785K. (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 10. 01.2017).

³²⁸ EREN, s. 758; TEKİNAY, s.36.

³²⁹ Y. 11. HD., 29.1.1990, 1990/6494E, 1990/294K.(GÖKCAN, s.707).

bb) Bakım gücü- Bakım ihtiyacı

Destek kaybindan doğan zararın ikinci şartı, desteğin bakım gücünün; destekten yoksun kalanın bakım ihtiyacının olmasıdır.

Ölümün gerçekleştiği anda bakım gücü olmayan veya ileride bakım gücü olması beklenmeyen kişi, destek sayılamaz. Örneğin, kötürüm olması nedeniyle çalışamayan bir kimse, başkalarının yardımına muhtaçtır. Bu nedenle, söz konusu kimsenin ölümü halinde, bakım gücünün bulunmadığı kabul edilir. Bunun aksinin ispatı davacıya aittir³³⁰. Zira, bakım gücünün mutlaka ölenin kendi malvarlığından doğması gerekli değildir. Örneğin, başkasından aldığı yardımla çocuğunu okutan annenin ölümü, çocuğun desteğini kaybetmesine yol açar³³¹.

Tazminat isteyecek kişinin bakım ihtiyacının olması gerekir. Bakım ihtiyacı, yoksulluk anlamına gelmez³³². Desteğin yardımı olmaksızın, desteğin ölümünden önceki sosyal seviyesine uygun biçimde geçimini sağlayamayan kişinin bakım ihtiyacının olduğu kabul edilir. Bir başka ifadeyle, destek kaybindan doğan bir zararın kabul edilebilmesi için ölüm yüzünden davacının yaşam düzeyinin düşmüş olması gerekir. Nitekim destekten yoksun kalma tazminatı ile güdülen amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarında sahip oldukları sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır³³³. Bu nedenle zarar görenin işi, mesleği veya serveti dolayısıyla yeterli ölçüde gelirinin olması halinde bakım ihtiyacından söz edilemez³³⁴.

Yaşam düzeyinin düşmüş olup olmadığı davacının sosyal durumu göz önünde bulundurularak belirlenir. Ancak, bu tazminatla hiçbir zaman lüks hayatın sürdürülmesi beklenemez³³⁵.

Davacıların, desteğin ölümü veya hükmün verildiği anda ihtiyaç içinde olmaları şart değildir. Bu sırada mali durumları iyi olmakla beraber, ileride bakıma

³³⁰ EREN, s. 759.

³³¹ GÖKYAYLA, s.106.

³³² EREN, s.759.

³³³ Y. 17. HD. 6.6.2013, 2012/12298E., 2013/8495K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 10.01.2017).

³³⁴ EREN, s.759.

³³⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 106- 107; GÖKCAN, s. 709.

muhtaç duruma düşecek kimseler de davacı olabilir. Örneğin, ağır vasıta şoförü olan babanın, yaşlılığında bu işi yapması çok güç olduğundan ölen erkek çocuğun ileride babaya destek olacağı kabul edilmelidir³³⁶.

c) Destek kaybından doğan zararın hesaplanmasında göz önünde bulundurulacak unsurlar

Destek kaybından doğan zararın hesaplanmasında, desteğin gelir durumu, yardım miktarı ve desteğin süresi göz önünde bulundurulur.

Gerçek desteğin ölüm tarihindeki geliri, farazi desteğin ise gelir elde etmeye başlayacağı tarihteki muhtemel geliri, destek miktarının saptanması bakımından önemli bir ölçüttür³³⁷. Yargıtay, desteğin gelirinin somut olarak saptanamaması durumunda asgari ücretin esas alınması gerektiğini belirtmektedir³³⁸.

Hakim, destek kaybından doğan zararı hesaplarken, ölüm olmasaydı desteğin, zarar görene yapacağı yardım miktarını tespit eder. Ölüm anına kadar destek yardımında bulunuyor ve bunun miktarı biliniyorsa, bu miktardan hareket edilir³³⁹. Buna karşın, gerçek yardım miktarının yeterli delillerle ispat edilemediği durumlarda hakim takdir hakkını kullanarak yardım miktarını belirler. Bu belirlemede destekle destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacının yaşı, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da göz önünde bulundurulur³⁴⁰. Ölenin desteğinden yoksun kalanların birden çok olması halinde, her birine gelirden tahsis edileceği düşünülen kısmın ayrı ayrı belirlenmesi gerekir³⁴¹.

Destek süresi hesaplanırken, yardımın devam edeceği farz edilen süre bakımından, desteğin yardım sağlayacağı süre, davacının destek ihtiyacının devam

³³⁶ GÖKYAYLA, s.131.

³³⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s.108.

³³⁸ Y. 17. HD. 25.05.2015, 2013/20013E., 2015/7585K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 13.01.2017).

³³⁹ EREN s. 759, GÖKCAN s. 712.

³⁴⁰ 17 HD 06.06.2013T., 2012/12843E.,2013/8498K. www. corpus. com.tr (Erişim Tarihi: 13.01.2017).

³⁴¹ OĞUZMAN/ ÖZ s. 108.

edeceği süre, desteğin muhtemel yaşam süresi, desteğin aktif ve pasif dönemi tespit edilir³⁴².

Yargıtay, destek ihtiyacının devam edeceği süreyi belirlerken çocukların anne babaya gerçek destek olması halinde, anne babanın yaşam sürelerini esas alır³⁴³. Anne babanın, muhtemel yaşam süresinden önce destek ihtiyacından kurtulması bekleniyorsa, o tarihe kadar geçecek süre göz önünde bulundurulur³⁴⁴. Örneğin, yardım görenin dul kadın olması halinde onun yeniden evlenme şansı, desteğin devam süresi üzerinde etkilidir. Çocuğun anne babasının farazi desteği olması halinde, destek süresinin başlangıcı da dikkate alınır. Çocuğun kazanç sağlamasıyla anne babasına destek olmaya başlayacağı kabul edilir. Kazanç sağlama yaşı, çocuğun öğrenim ve gelir durumuna göre hesaplanır³⁴⁵.

Anne babanın çocuklara destek olması halindeyse destek ihtiyacının devam edeceği süre belirlenirken destek ihtiyacının sona ereceği yaş göz önünde tutularak bir değerlendirme yapılır. Yargıtay bu belirlemeyi çocukların kız veya erkek olmalarına göre ayrı ayrı yapmaktadır³⁴⁶.

Yargıtay, kız çocuklarının destek ihtiyacının süresinin, evlilik çağıyla sınırlandırılmasını kabul edilmiştir³⁴⁷. Buna göre, önceki hesap yöntemlerinde, evlenme çağının kural olarak kentlerde 22 yaşla, köylerde ise 18 yaşla sınırlı tutulması gereğini varsayımsal olarak kabul etmekteydi. Fakat son zamanlarda verdiği kararlarında, evlenme yaşını belirlerken Türkiye İstatistik Kurumunca bölgelere göre düzenlenen evlenme yaşı istatistiklerinden yararlanmayı daha uygun bulmaktadır. Bunun nedeni, evlilik yaşının aile bağlarına, sosyal ve ekonomik durumuna, ülke şartlarına ve yörenin töresel koşullarına göre değişiklik arz

³⁴² OĞUZMAN/ ÖZ s. 108, TANDOĞAN s.305.

³⁴³ 11 HD 25.11.2004T., 2004/2136E., 2004/11466K.www. corpus. com.tr (Erişim Tarihi: 13.01.2017).

³⁴⁴ OĞUZMAN/ ÖZ s. 109.

³⁴⁵ EREN, s.761; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 109.

³⁴⁶ EREN, s. 761.

³⁴⁷ Y. 10. HD., 20.01.2003, 2003/9915E., 2003/88K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 13.01.2017).

etmesidir. Yargıtay, erkek çocuğun destek ihtiyacının süresini 18 yaşla, orta öğretim halinde 20 yaşla, yüksek öğretim halindeyse 25 yaşla sınırlı tutmaktadır³⁴⁸.

Desteğin süresi, her koşulda desteğin muhtemel yaşam süresinden fazla olamaz. Bu nedenle, desteğin muhtemel yaşam süresi de destek süresinin hesaplanmasında rol oynar. Desteğin muhtemel yaşam süresi belirlenirken, yaşam tablolarından yararlanılmaktadır. Yaşam tablosuna ilişkin olarak, SGK' nın 25.09.2012 gün 2012/ 32 sayılı Genelgesi ekinde Türkiye koşullarına göre düzenlendiği açıklanan TRH-2010 Ulusal Mortalite tabloları benimsenmiş ve peşin değerlerin buna göre hesaplanacağı açıklanmıştır³⁴⁹. Bu kapsamda, Yargıtay, son yıllarda, haksız fiillerde desteğin süresini belirlerken, söz konusu yaşam tablosundan yararlanmaktadır³⁵⁰. Buna karşın, Yargıtay, desteğin yaşam süresini belirlediği bazı kararlarında 1931 tarihinde Fransa' da yayınlanmış olan PMF Tablosu'ndan yararlanmaya devam etmektedir³⁵¹.

Desteğin aktif dönemi, desteğin faal çalışma süresini ifade etmektedir. Bu sürenin tespitinde, yaşam tablosundan yararlanılarak oluşturulan faal ömür tablosundan yararlanılmaktadır³⁵². Yargıtay, uygulamalarında, bu süreyi, normal işlerde 60, ağır işlerde 50 olarak kabul etmiştir³⁵³. Desteğin pasif dönemi ise, çalışma hayatının olmadığı kabul edilen dönemdir. Desteğin, faal çalışma süresinden sonra, pasif dönem olarak adlandırılan dönemde de devam edecek bir gelirin bulunması halinde, bu dönem de, destek süresinin belirlenmesinde ayrıca dikkate alınmaktadır³⁵⁴.

IV) MADDİ ZARARIN HESAPLANMA ANI

Maddi zararın belirlenme anı ile ilgili Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Oysa maddi zararın hesaplanma anı, söz konusu zararın belirlenmesinde önem taşıyan bir husustur.

³⁴⁸ Y. 10. HD., 10.12.2013, 2013/4608E., 2013/23944K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 13. 01.2017).

³⁴⁹ GÖKCAN, s.717 vd.

³⁵⁰ Y. 10. HD., 22.06.2015, 2014/ 10482 E., 2015/ 12411K. (GÖKCAN, s.718).

³⁵¹ Y. 17. HD., 27.01.2015, 2013/15527 E., 2015/ 1082K. (GÖKCAN, s.718).

³⁵² GÖKCAN, s.720.

³⁵³ Y. 10. HD., 22.06.2015, 2014/ 10482E., 2015/ 12411K. (GÖKCAN, s.720)

³⁵⁴ GÖKCAN, s. 720.

Maddi zararın belirlenme anına ilişkin üçlü bir ayırım yapılmaktadır. Söz konusu ayrıma göre, maddi zarar ya zararın meydana geldiği ana göre, ya davanın açıldığı ana göre, ya da kararın verildiği ana göre hesaplanmaktadır³⁵⁵.

Bedensel zararların, kararın verildiği tarihte hesaplanacağı TBK. m.75' de açıkça öngörülmüştür. Bu hükme göre, *“bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir”*. Görüldüğü üzere, kanun koyucu bedensel zararın kapsamını kural olarak karar anına göre tespit etmekte ve zararın karardan sonra artma ihtimalini göz önünde bulundurarak, hakime kararını değiştirme yetkisini saklı tutma olanağı sağlamaktadır³⁵⁶.

Türk ve İsviçre hukuk doktrininde hakim olan ve bir kısım hukukçu³⁵⁷ tarafından savunulan görüşe göre, TBK. m.75' te bedensel zararlar için öngörülen kural diğer zararlar içinde uygulanmalıdır. Buna göre eşyaya verilen maddi zararların hesaplanmasında da kararın verildiği an dikkate alınmalıdır.

Bizim de katıldığımız Yargıtay tarafından da benimsenen görüşe göre, zarar miktarının belirlenmesinde zarar verici olayın gerçekleştiği tarih göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim zarar görenin talep etmesi halinde olay tarihinden itibaren gecikme faizi uygulanır. Bu nedenle zarar gören para değerindeki düşmelerden etkilenmez. Gecikme faizine rağmen, zarar görenin, yargılamanın uzaması nedeniyle tahsil ettiği tazminatın, gerçek zararını karşılamadığını iddia etmesi halinde TBK. m.122' ye göre gecikme faiziyle karşılanamayan munzam zararının tazmin edilmesine hükmedilebilir³⁵⁸. Ayrıca, borçlunun temerrüdüne ilişkin TBK. m. 117/II' de kanun koyucunun, haksız fiilin işlendiği tarihte borçlunun temerrüde düştüğünü öngörülmesi, zararında fiilin işlendiği tarihe göre hesaplanmasını tercih ettiğini desteklemektedir³⁵⁹.

³⁵⁵ EREN, s.727 vd.

³⁵⁶ GÜRPINAR, s.261.

³⁵⁷ Bkz. EREN, s.727; TANDOĞAN, s.265.

³⁵⁸ Benzer görüş için bkz. KILIÇOĞLU A., s. 423; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 110; REİSOĞLU, s. 216.

³⁵⁹ GÜRPINAR, s. 261.

Zarar gören kişi, davanın açılması sırasında zararın gerçek miktarını bilmeyebilir. Bu durumda zararın bilinen kısmı için, bilinmeyen kısmına ait haklarını saklı tutarak dava açabilir³⁶⁰.

V) MADDİ ZARARIN İSPATI

TBK. 50/II' ye göre, “zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır”. Söz konusu hükümde açıkça belirtilmese de TMK. m.6' nın özel bir uygulamasının sonucu olarak davacı uğranılan zarar ile bunun miktarını da ispat etmek zorundadır³⁶¹. Nitekim Yargıtay da kararında³⁶² “davacılar kaza nedeniyle meydana gelen gerçek zarar miktarını ispatla yükümlüdür” ifadesine yer vermiştir.

Haksız fiiller, hukuki işlemlerden farklı olarak HMK. m.200' de yer alan senetle ispat kuralına tabi değildir³⁶³. Bu nedenle zarar gören, zararını, zararının miktarını ve zarar verenin kusurunu her türlü delille ispatlayabilir. Yargıtay da kararlarında, haksız fiil iddiasında senede karşı senetle ispat kuralının cari olmadığı³⁶⁴ ve bu iddianın tanık da dahil olmak üzere her türlü delille ispat edilebileceğini³⁶⁵ kabul etmiştir.

Bazı hallerde, zarar mevcut olsa bile zararın gerçek miktarının davacı tarafından ispat edilmesi mümkün olmayabilir³⁶⁶. Bu durumda TBK. m.50/II uygulama alanı bulur. Söz konusu hükme göre, “uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler”. Özellikle kazanç kayıplarında, bedensel zararlarda ve destek kaybından doğan zararlarda gelir kaybının miktarının kesin olarak ispat edilmesi mümkün değildir³⁶⁷. Örneğin, küçük bir çocuğun sakat kalması halinde gelecekteki meslek ve kazancının kesin olarak hesaplanması mümkün değildir.

³⁶⁰ KILIÇOĞLU A., s. 423.

³⁶¹ EREN, s.724.

³⁶² Y. 17. HD., 5.5.2015, 2015/6761E., 2015/6539K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 17. 01.2017).

³⁶³ KILIÇOĞLU A., s. 420.

³⁶⁴ Y. 19. HD. 11.3.2005, 2004/6486E., 2005/2868K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 17. 01.2017).

³⁶⁵ YHG., 17.04.2015, 2013/19-1622E., 2015/1238K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 17. 01.2017).

³⁶⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 86.

³⁶⁷ NOMER, Genel, s. 208.

TBK. m.50/II' de ifade edilen “olayların olağan akışının” dikkate alınmasından maksat, davacının ortaya koyduğu delillere göre haksız fiilin işlendiği şartlarda, hayatın normal akışına göre meydana gelebilecek zararların hesaba dahil edilmesidir³⁶⁸.

Söz konusu hükümde söz edilen “zarar görenin aldığı önlemlerden” maksat ise, zarar görenin zararın artmasını önlemek için aldığı önlemler değil, ileride kazanç elde etmek amacıyla yapmış olduğu faaliyetlerdir³⁶⁹.

TBK. m.50/II' nin uygulanabilmesi için zarar görenin, hakime zararın varlık ve miktarı hakkında kanaat verecek olgu ve olayları sunması gerekir. Sunulan olgu ve olayların yüksek ihtimalle zararın gerçekleştiğini göstermesi halinde, zararın mevcut olduğu karine olarak kabul edilmelidir³⁷⁰. Bu olgu ve olaylar doğrultusunda zararın miktarının hesaplanmasının teknik ve uzmanlığı gerektiren bir konuya ilişkin olması halinde hakim, bilirkişiye başvurabilir³⁷¹.

Zarar görenden zararın ispatının beklenilemeyeceği durumlar, ispat imkansızlığıyla bir tutulmamalıdır. İspat beklenilemezliğinde, zararı ve miktarını ispatlamak mümkün olmakla beraber, bazen ispat zarar gören için aşırı gidere sebep olabilir³⁷². Zarar görenin uğramış olduğu az bir zarara karşın keşif ve bilirkişi incelemesi için aşırı gider yapmak zorunda kalması buna örnektir.

VI) ZARARDAN YARARLARIN İNDİRİLMESİ (DENKLEŞTİRME)

A) GENEL OLARAK

Haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan bir kimse, bazen bu haksız fiil sonucunda bir takım ekonomik yararlar elde edebilir. Söz konusu ekonomik yararların zarar miktarından indirilmemesi halinde zarar gören, sebepsiz yere zenginleşmiş olur³⁷³. Bu nedenle zararın hesaplanmasında haksız fiilin, zarar görenin malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin yanı sıra, olumlu etkilerinin de göz önünde

³⁶⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 87.

³⁶⁹ EREN, s.726.

³⁷⁰ EREN, s. 725; TANDOĞAN, s.262vd.

³⁷¹ KILIÇOĞLU A., s. 421.

³⁷² EREN, s.725.

³⁷³ EREN, s.729; KILIÇOĞLU A., s. 421.

bulundurulması ve yararlar zararın denkleştirilerek gerçek zararın bulunması gerekir³⁷⁴. Görüldüğü üzere, denkleştirme, tazminatın belirlenmesiyle değil, zararın hesaplanmasıyla ilgili bir kavramdır³⁷⁵.

Denkleştirilme niteliği itibariyle takas değildir. Takasta alacaklı ve borçlu aynı nitelikten olan karşılıklı alacaklarına sahiptirler. Denkleştirme de ise zarar görenin tazminat alacağına karşılık, zarar verenin denkleştirilecek yararlar üzerinde bir hakkı yoktur³⁷⁶.

Zarardan yararların indirilmesi suretiyle gerçek zararın hesaplanması, eşyaya ilişkin zararlarda olabileceği gibi kişiye ilişkin zararlarda da olabilir³⁷⁷. Haksız fiil sonucu hasara uğrayan aracın farlarının yenisi ile değiştirilmesi halinde yenisinin bedelinden eskisinin değerinin düşülmesi ilk hale örnektir. Zarar görenin yaralanması nedeniyle hastanede yattığı süre içinde evde yemek vb. giderlerden tasarruf etmesi halinde, bu tasarrufların zarardan düşülmesi de ikinci hale örnektir.

Yararın varlığının dosyadan anlaşılması halinde hakim, denkleştirme kuralını re' sen uygular. Buna karşın yararın varlığının dosyadan anlaşılmaması halinde hakim, bir yarar bulunup bulunmadığını kendiliğinden araştıramaz³⁷⁸. Bu bakımdan zarardan yararların indirilmesi, hukuki niteliği itibariyle def'i olmayıp, itirazdır³⁷⁹. Zarar veren, yararın varlığını ve miktarını ispat yükü altındadır. Yararın miktarının kesin olarak ispatlanmasının mümkün olmadığı veya ispatın zarar verenden beklenememesi halinde, hakim TBK. m.50/II' ye göre takdir hakkını kullanarak, elde edilen yararın değerini belirler³⁸⁰.

Denkleştirme, nakden olabileceği gibi aynen de olabilir. Nakden denkleştirmede hakim yararı para değeri üzerinden hesapladıktan sonra bulduğu miktarı brüt zarar tutarından çıkararak net zararı bulur. Aynen denkleştirme de ise hasara uğrayan şeyin artığı, sorumlu kişiye aynen bırakılır. Aynen denkleştirmeyi

³⁷⁴ AKÜNAL, s.19; GÖKYAYLA, s. 192-193; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 89.

³⁷⁵ TEKİNAY, s.164.

³⁷⁶ EREN, s.731.

³⁷⁷ KILIÇOĞLU A., s. 729-730.

³⁷⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 93; TANDOĞAN, s. 273.

³⁷⁹ GÖKYAYLA, s. 193.

³⁸⁰ GÖKYAYLA, s. 193; GÜRBÜZ, s.115.

isteme hakkı zarar görene aittir³⁸¹. Örneğin, hayvanı öldürülen kimsenin talebi üzerine hakim, olayın özelliklerine göre ölen hayvanın derisinin hayvanı öldüren kimseye bırakılmasına hükmederek, zararın tamamen tazminine karar verebilir.

Denkleştirilecek yararın miktarı belirlenirken zararın tespitinde esas alınacak tarih göz önünde bulundurulur. O tarihte gerçekleşmiş yararlarla, henüz gerçekleşmemiş fakat hayatın olağan akışına göre ileride gerçekleşmesi beklenen yararlar zarardan indirilir³⁸².

B) DENKLEŞTİRMENİN ŞARTLARI

Denkleştirmenin yapılabilmesi için bir takım şartların bir arada bulunması gerekir. Bu şartlar, zarar verici olayın zarar gören lehine ekonomik bir yarar sağlaması, malvarlığında meydana gelen yarar ile zarar verici olay arasında uygun illiyet bağının bulunması ve bir kanun hükmü veya tarafların iradesinin yararın denkleştirilmesine karşı olmamasıdır³⁸³.

1) Zarar Verici Olay Zarar Gören Lehine Ekonomik Bir Yarar Sağlamalıdır

Denkleştirmenin olabilmesi için zarar verici olayın bir yandan zararlı sonuç doğururken diğer yandan da zarar gören lehine ekonomik bir yarar sağlaması gerekir. Bu yarar, malvarlığında gerçekleşen fiili bir artış olabileceği gibi, pasifin azalması veya malvarlığındaki eksilmenin önlenmesi şeklinde de olabilir³⁸⁴. Zarar görenin malvarlığında ortaya çıkan artışın, denkleştirme kuralına tabi tutulabilmesi için kesin ve nihai olması gerekir³⁸⁵.

Yargıtay bir kararında³⁸⁶, çocuğunun ölmesi nedeniyle annenin destek kaybindan doğan zararını belirlerken, farazi desteğe harcayacağı kabul edilen bakım, yetiştirme ve öğrenim giderlerinin, zarardan indirilmesine karar vermiştir. Bunun nedeni, annenin çocuğunun ölmesi nedeniyle onun kazanç sağlayarak, destek

³⁸¹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 92.

³⁸² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 92; TANDOĞAN, s.273; AKÜNAL, s. 147.

³⁸³ TANDOĞAN, s. 260vd.; AKÜNAL, s. 43 vd.

³⁸⁴ EREN, s.732; GÜRBÜZ, s. 112.

³⁸⁵ AKÜNAL, s. 62.

³⁸⁶ Y. 4. HD., 08.12.2005, 2004/16398E., 2005/13264K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 20. 01.2017).

olabilecek yaşa gelinceye kadar yapması gereken yetiştirme giderlerinden tasarruf ederek ekonomik yarar sağlamasıdır.

Ekonomik yarar, zarar görenin göstermesi gereken mutad özen derecesini aşan özel bir özen veya çabadan kaynaklanan olaylar sonunda doğmuş ya da artmış olabilir. Bu halde hakim, TBK. m.52/I' i kıyasen uygulamalı ve yararın tamamını zarardan indirmemelidir. Bu kapsamda, TBK. m.52/I ile zarar görenin, sorumlunun durumunu ağırlaştırması halinde de tazminattan indirim yapılabileceği veya tazminatın reddedilebileceği kabul edilmiştir³⁸⁷. Bunun tipik örneği, sigortanın zarar görene yaptığı ödemelerdir³⁸⁸.

Doğması veya artması kuvvetle muhtemel olan bir yararın, zarar görenin kusurlu bir davranışıyla önlenmesi halinde, bu yararın gerçekleşmiş sayılarak zarardan düşülüp düşülmeyeceği tartışmalıdır. A' nın, B' nin arabasına çarpmasıyla B' nin arabasının yanması halinde B' nin, yangını söndürme imkanına sahip olmasına rağmen yangını söndürmemesi nedeniyle arabanın tamamen yanmasından dolayı arabanın hurdasından elde edilecek menfaatin elde edilememesi buna örnektir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, böyle bir durumda yarar gerçekleşmediği için denkleştirme de söz konusu olmaz. Zira, bu halde zarar gören zararın artmasında etkili olmuştur. Zarar görenin zararın artmasında etkili olması, TBK. m.52/I' de tazminattan indirim sebebi olarak düzenlendiği için gerçekleşmesi önlenen yarar zarardan değil tazminattan düşülmelidir³⁸⁹.

2) Zarar Verici Olay İle Yarar Arasında Uygun İlliyet Bağı Bulunmalıdır

Denkleştirmenin yapılabilmesi için, denkleştirmeye konu olan yararın, zarar verici olayın uygun sonucu olması gerekir. Bir başka ifadeyle denkleştirme için, haksız fiil sonucunda zarar görenin malvarlığında meydana gelen yarar ile zarar verici olay arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Zira sırf tesadüflere ve beklenmedik olaylara dayanan yararların denkleştirilmesi, denkleştirmenin amacını

³⁸⁷ “Sorumlunun Durumunu Ağırlaştıran Ortak Kusur” başlığı altında, bu hüküm detaylı olarak incelenmiştir.

³⁸⁸ TANDOĞAN, s.272; AKÜNAL, s. 74.

³⁸⁹ EREN, s.733; AKÜNAL, s. 144.

aşan, adalet duygusunu zedeleyen sonuçlar doğabilir³⁹⁰. Örneğin, yanan evin enkazının temizlenmesi sırasında evde define olduğunun fark edilmesi halinde yarar olayların normal akışına ve genel hayat tecrübelerine göre zarar verici olayın olağan sonucu değildir. Bu nedenle bu yarar zarardan düşülmez³⁹¹.

3) Bir Kanun Hükmü Veya Taraf İradesi, Yararın Denkleştirilmesine Karşı Olmamalıdır

Zarardan yararların indirilebilmesi için, bir kanun hükmünün veya tarafların iradesinin, yararın denkleştirilmesine karşı olmaması gerekir³⁹². Nitekim, destek kaybından doğan zararlara ve bedensel zararlara ilişkin TBK. m.55/I' e göre, *“.....kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz”*

Söz konusu hükümde yer alan “ifa amacını taşımayan ödemeler” ile, üçüncü kişilerce zarar görene yardım ve iyilik saikiyle yapılan karşılıksız kazandırmalar ifade edilmek istenilmiştir. Bu nedenle, üçüncü kişilerin zarar görene yaptıkları ifa amacını taşımayan bağışlar, yardımlar ve karşılıksız kazandırmalar, destek kaybından doğan zarardan ve bedensel zarardan indirilmez. Aksi takdirde, kanun veya sözleşme gereği borçlu olmayan üçüncü kişilerin sağlamış oldukları yararlardan sadece zarar veren yararlanmış olur. Ayrıca üçüncü kişilerin zarar görene yaptıkları bağış veya yardımların zarar verici olayla uygun illiyet bağı bulunmamaktadır. Haksız fiil sebebiyle çalışamayacak hale gelen kişiye mesleki ve iş arkadaşlarınca toplanan paralar buna örnektir³⁹³.

Yargıtay da bu hususa ilişkin olarak kararında³⁹⁴, *“bir üçüncü kişinin davacıyla aralarındaki ilişkinin niteliğine göre zararın giderilmesini gönüllü olarak yüklenmiş olması, haksız eylemle uygun sebep ve sonuç bağı olan bir ödeme değildir.*

³⁹⁰ EREN, s.733; TANDOĞAN, s.268; AKÜNAL, s. 94vd.

³⁹¹ AKÜNAL, s. 94vd.

³⁹² EREN, s.734.

³⁹³ EREN, s.734; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 91.

³⁹⁴ Y. 4. HD., 4.7.1983, 1983/6006E., 1983/6724K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 20. 01.2017).

Haksız fiil sonunda malvarlığında meydana gelen fazlalaşma zararı oluşturan haksız eylemin uygun nedeni ve sonucu değilse, zarardan indirilemez” demektedir. Buna karşın, üçüncü kişinin, zarar veren yerine, onun sebep olduğu zararı gidermek amacıyla zarar görene aynı veya nakdi bir edimde bulunması halinde, bu edim tazminat borcunu ifaya yönelik bir edim olduğu için zarardan düşülmelidir³⁹⁵.

Haksız fiil sorumlusu tarafından sağlanan yararların denkleştirmeye konu olup olmayacağı tartışmalıdır. Örneğin, işyerinde aniden fenalaşıp ölen bir işçinin ailesine işveren tarafından yapılan yardımın, sonradan ölümün işyerinin uygun koşullara sahip olmamasından kaynaklandığının ortaya çıkması halinde, destek kaybindan doğan zararı etkileyip etkilemeyeceği sorunu ortaya çıkar. Bizim de katıldığımız görüşe göre, yardımı yapan kişinin bizzat tazminat sorumlusu olduğunun göz ardı ederek, zarar görene yaptığı yardımı veya bağıışı, denkleştirmeye tabi tutmamak adil bir sonuç doğurmaz. Bu bakımdan taraf iradelerinden aksi açıkça anlaşılmadıkça, tazminat borçlusu tarafından yapılan ödemeler nedeniyle sağlanan yarar, denkleştirmeye tabi olmalıdır³⁹⁶.

Tartışmalı olan bir diğer husus ise, öldürülen desteğin, aynı zamanda zarar görenin mirasçısı veya vasiyet alacaklısı olması halinde elde edilen mirasın yarar sayılarak, zarardan düşülüp düşülmeyeceğidir³⁹⁷. Bir görüşe göre, miras denkleştirmeye konu bir yarar olarak kabul edilmelidir. Bizimde katıldığımız bazı Türk Hukukçularının³⁹⁸ benimsediği diğer görüşe göre mirasçılık kanundan doğan bir haktır. Bu nedenle mirasçının kanunundan dolayı kazanacağı hakkı, yarar sayarak denkleştirmeye tabi tutmak adalete uygun düşmez. Ayrıca, miras ile haksız fiil arasında uygun illiyet bağı bulunmamaktadır³⁹⁹. Bununla birlikte, destekten yoksun kalma tazminatının amacı, bakım ihtiyacının karşılanmasına yönelik olduğu için mirasın destek ihtiyacını kaldırması veya azaltması halinde zararın belirlenmesinde bu durum da dikkate alınmalıdır⁴⁰⁰. Buna göre, mirasın zamanından önce alınması

³⁹⁵ EREN, s.734.

³⁹⁶ AKÜNAL, s.84; Tobel' e göre, bu durumda haksız fiilin yol açtığı bir yarardan değil, haksız fiilin sebep olduğu zararın tazmininden söz edilmelidir (AKÜNAL, s.82).

³⁹⁷ GÖKYAYLA, s. 194.

³⁹⁸ EREN, s.735; TANDOĞAN, s.272.

³⁹⁹ EREN, s.735.

⁴⁰⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 91.

nedeniyle elde edilen gelir ve servet, destekten yoksun kalanın ihtiyacını gidermiş veya azaltmışsa miras gelirinin bir kısmı yarar sayılıp, zararla denkleştirilebilir⁴⁰¹.

Hem mal sigortalarında hem de şahıs sigortalarında sigorta şirketlerinin yaptığı ödemelerin zarardan indirilmesi, sigorta şirketinin davalıya rücu hakkının bulunup bulunmasına göre belirlenmektedir⁴⁰². Zira mal sigortalarında sigorta şirketi, sigortalı malın gördüğü hasar nedeniyle, zarar görene yapılan ödeme oranında zarar görene halef olur ve zarar verene rücu eder. Bu nedenle sigorta şirketinin, zarar görene ödediği para, bir yarar olmadığı için denkleştirmeye tabi olmaz⁴⁰³. Buna karşın zarar görenin, sigorta şirketine başvurmadan, tüm zararının tazmini için haksız fiil sorumlusuna karşı dava açması halinde, sigorta alacağının denkleştirmeye tabi olması gerekir⁴⁰⁴.

Kaza sigortalarında, sigorta şirketi, ödeme yaptığı sigortalının haklarına halef olmaz. Bu sigortalarda, 6762 Sayılı Türk Ticaret Kanunu m.1338' e göre, zarardan sorumlu kişi, sigorta dikkate alınmaksızın bütün zararı ödemekle yükümlüdür. 6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu'nda bu maddenin karşılığı bulunmasa da yine aynı uygulama devam etmektedir⁴⁰⁵.

Uygulamada, zorunlu ve ihtiyari trafik sigortasından ve kasko sigortasından alınan ödemelerin zarardan değil, tazminattan indirileceği kabul edilmektedir⁴⁰⁶.

Şahıs sigortalarında ise sigorta şirketi, sigortalıya yaptığı ödemeler nedeniyle zarar verene karşı, zarar gören sigortalının haklarına halef değildir. Bu nedenle bu tür sigorta tazminatları zarardan düşülmez. Nitekim sigorta şirketinin ödediği tazminat, zarar görenin ödediği primin karşılığıdır⁴⁰⁷.

Emekli Sandığı tarafından bağlanan dul ve yetim aylıklarının destek kaybından doğan zarardan düşülüp düşülmeyeceği doktrin ve uygulamada tartışmalıdır. TBK. m.55' e göre, sosyal güvenlik ödemelerinin denkleştirmeye tabi

⁴⁰¹ EREN, s.736; AKÜNAL, s.191-192; TEKİNAY, s.173.

⁴⁰² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 91.

⁴⁰³ EREN, s.737.

⁴⁰⁴ AKÜNAL, s.65vd.

⁴⁰⁵ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 91; AKÜNAL s.69.

⁴⁰⁶ GÖKCAN, s.592

⁴⁰⁷ EREN, s.739.

olması, ödeme yapan sosyal güvenlik kurumunun zarar veren sorumluya rücu edebilmesine bağlıdır. Buna göre, emekli sandığı maaşı, malullük aylığı, ölüm sigortası aylığı gibi sosyal güvenlik ödemeleri, rücu edilemeyen ödemelerdendir. Bu yüzden söz konusu ödemeler zarardan indirilmez. İş kazası ve meslek hastalıkları nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu tarafından malul işçiye veya onun ölmesi halinde yakınlarına bağlanan dul ve yetim aylıkları ise zarardan indirilir⁴⁰⁸. Buna karşın, Yargıtay bu ödemeleri, ölenin sağlığında ödediği primin karşılığı olmaları nedeniyle yarar olarak kabul etmemekte ve denkleştirmeye tabi tutmamaktadır. Aksi takdirde, ölenin sağlığında bu kurumlara yapmış olduğu ödemelerden, zarar veren yararlanmış olur⁴⁰⁹.

Özel veya tüzel üçüncü kişilerin yaptıkları yardımlar, insani duygulardan kaynaklanabileceği gibi kanun veya sözleşmeden de doğabilir. Kanun veya sözleşme gereğince üçüncü kişilerin yaptığı yardımlar, insani duygularla yapılmalarından farklı olarak, zarardan düşülerek denkleştirilir⁴¹⁰.

Kanun koyucu, TBK. m.409 ve m.418’de kanundan doğan bir yükümlülüğü düzenlemiştir. TBK. m.409’ a göre, “uzun süreli bir hizmet ilişkisinde işçi, hastalık, askerlik veya kanundan doğan çalışma ve benzeri sebeplerle kusuru olmaksızın, iş gördüğü süreye oranla kısa bir süre için işgörme edimini ifa edemezse işveren, başka bir yolla karşılanmadığı takdirde, o süre için işçiye hakkaniyete uygun bir ücret ödemekle yükümlüdür”. Bu hükme dayanarak işverenin, işçinin kaza sonucu çalışmadığı günler için yapacağı ödemeler, yarar olarak kabul edilip zarardan düşülmelidir⁴¹¹.

İşçinin ev düzeni içinde çalışması halinde TBK. m.418/II’ ye göre, “işçi, kusuru olmaksızın hastalık veya kaza gibi sebeplerle işgörme edimini yerine getiremezse işveren, sosyal sigortalar yardımlarından yararlanamayan, bir yıla kadar çalışmış işçinin bakımını ve tedavisini, iki hafta süreyle sağlamak zorundadır. İşçinin bir yılı aşan her hizmet yılı için söz konusu süre, dört haftayı aşmamak üzere

⁴⁰⁸ EREN, s. 738-739; KILIÇOĞLU M., s. 57.

⁴⁰⁹ Y. 4. HD., 15.01.2008, 2007/10817E., 2008/85K.. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 25. 01.2017).

⁴¹⁰ AKÜNAL, s.80; GÖKCAN, s.591.

⁴¹¹ EREN, s.734; TANDOĞAN, s.269.

ikişer gün artırılır” Ayrıca kanun koyucu aynı maddenin üçüncü fıkrasıyla, işvereni, işçinin gebeliğinde ve doğum yapması durumunda da aynı edimleri yerine getirmekle yükümlü kılmıştır. İşverenin bu yükümlülüklerini yerine getirmesi, işçi lehine bir yarar sağlayacağı için bu yarar da denkleştirmeye tabidir. Aksi takdirde, işçiye çift ödemede bulunulmuş olur⁴¹².

§7. MADDİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

I) MADDİ TAZMİNATIN MİKTARININ BELİRLENMESİ

A) GENEL OLARAK

Haksız fiil sorumluluğunun doğması halinde, zarar veren, haksız fiil nedeniyle zarar görenin malvarlığında meydana gelen eksilmeyi gidermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla açılan maddi tazminat davasında, öncelikle, maddi zararın belirlenmesi başlığı altında yapılan açıklamalar doğrultusunda maddi zarar tespit edilir. Tespit edilen maddi zarar, hükmedilecek maddi tazminatın üst sınırını oluşturur. Zira, tazminatın amacı zararı gidermektir⁴¹³.

Çeşitli sebeplerle tazminat zararın altında kalabilir. Nitekim tam tazmin ilkesinin katı ve sert bir biçimde uygulanması bazı haksız sonuçlara yol açabilir. Bu nedenle hakim, takdir yetkisini kullanarak TBK. m.51 veya m. 52’ ye göre tazminattan indirim yapabilir veya tazminatı kaldırabilir. Bu halde hakim, kararında somut olayın hangi özelliğini dikkate aldığını belirtmek zorundadır⁴¹⁴.

B) ZARAR VERENİN KUSUR DERECEŚİNİN ETKİSİ

TBK. m.114/I’ e göre, *“borçlu, genel olarak her türlü kusurdan sorumludur”*. Görüldüğü üzere, kusur sorumluluğunda zarar verenin tazmin borcu yönünden kusurunun hafifliği veya ağırlığı, ilke olarak pek önem taşımaz⁴¹⁵. Fakat haksız fiili kasten işleyen bir kimse ile aynı haksız fiili ihmal sonucu işleyen bir kimsenin aynı miktarda tazminata mahkum edilmesi adalet duygusuna ve hakkaniyete ters düşebilir. Bu nedenle, hakim, TBK. m.51/I’ e göre, durumun gereği

⁴¹² EREN, s.735.

⁴¹³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 114; TANDOĞAN, s. 315; KILIÇOĞLU A., s. 431.

⁴¹⁴ EREN, s.763.

⁴¹⁵ EREN, s.764.

ve özellikle kusurun ağırlığına göre tazminattan indirim yapılabilir. Bu şekilde, tazminatın belirlenmesinde kusurun ağırlık derecesinin dikkate alınması esası, Borçlar Kanunumuzda öngörülen kusura dayanan sorumluluğun temelindeki ilke ile uyum halindedir⁴¹⁶.

Hakimin, kusur derecesine göre matematiksel bir oranda indirim yapması söz konusu değildir. Bu nedenle hakim, zarar verenin hafif kusurunun bulunması halinde tazminattan indirim yapmak zorundan değildir. Nitekim TBK. m.51/I' e göre, hakim takdir hakkını kullanırken kusurun ağırlığının yanı sıra diğer hal ve şartları da göz önünde bulunduracaktır. Bu nedenle, olayın hal ve şartlarına göre, zarar gören, hafif kusuruna rağmen zararın tamamını tazmine mahkum edilebilir⁴¹⁷.

C) TAZMİNATTAN İNDİRİM SEBEPLERİ

Hakimin tazminattan indirim yapmasına ilişkin sahip olduğu genel takdir yetkisinin yanı sıra, tazminattan indirim yaparken dikkate alacağı bazı hususlar Türk Borçlar Kanunu ve diğer bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir. TBK. m.52' de hükme bağlanan tazminattan indirim sebepleri, zarar görenin rızası, zarar görenin ortak kusuru ve tazminatın ödenmesinin zarar verenin mali durumunu kötüleştirmesidir. Tazminattan indirim sebepleri ise, beklenmedik durum, zarar görenin bünyesinden kaynaklanan etkenler, uzak (zayıf) illiyet bağı, zarar görenin çok yüksek gelire sahip olması, hatır işleri gibi sebeplerdir.

1) TÜRK BORÇLAR KANUNU m. 52' DE BELİRTİLEN İNDİRİM SEBEPLERİ

TBK. m.52' de öngörülen indirim sebepleri; zarar görenin rızası, zarar görenin ortak kusuru ve tazminatın ödenmesinin zarar vereni yoksulluğa düşürecek olmasıdır.

a) Zarar görenin rızası

TBK. m. 52' ye göre, zarar görenin zararı doğuran fiile rıza göstermesi tazminattan indirim sebebidir. Bu rıza, hukuka veya ahlaka aykırılık nedeniyle

⁴¹⁶ OĞUZMAN/ ÖZ s. 120, KILIÇOĞLU A. s. 432, REİSOĞLU s. 217.

⁴¹⁷ EREN s.764, OĞUZMAN/ ÖZ s. 120.

geçerli olmayan rızadır. Nitekim geçerli rıza, hukuka aykırılığı kaldıran bir hal olduğu için, geçerli rızanın bulunduğu hallerde haksız fiil borç doğurmaz ve sorumluluk gündeme gelmez. Bir başka ifadeyle zarar görenin geçerli olmayan rızasının bulunduğu hallerde tazminattan indirim yapılırken, geçerli rızasının bulunduğu hallerde hukuka aykırılık şartı gerçekleşmediğinden zarar veren tazminatla sorumlu olmaz. Dolayısıyla böyle bir durumda tazminattan indirim de söz konusu olmaz⁴¹⁸.

Eşyaya verilen zararlara ilişkin rıza, hukuka ve ahlaka aykırı olmadığı takdirde geçerlidir. Örneğin, A' nın motorlu aracını, derin ve akıntılı bir dereден geçmesi için B' nin yönetimine vermesi halinde araç suda sürüklenerek zarara uğramışsa B zarardan sorumlu değildir⁴¹⁹.

Şahıs varlığına verilen zararlara ilişkin rıza ise kural olarak hukuka aykırı olduğu için geçersizdir. Nitekim kişinin, hayat, beden bütünlüğü, sağlık ve diğer kişisel değerleri üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı için bu hususlara ilişkin rızası, TBK. m.27/I' e göre, hukuka aykırı olduğu için geçersizdir. Zarar görenin geçersiz rızası tipik bir ortak kusur halidir. Bu durumda hakim tazminatın tamamını kaldırabileceği gibi, bir kısmını da indirebilir⁴²⁰. Sağlık sebepleriyle tıp ilmine göre rıza bir hukuka uygunluk sebebi arz edebilir. Annenin sağlığını korumak için tıbbi sebeplerle yapılan kürtaja rıza göstermesi buna örnektir. Bu halde, rıza hukuka uygunluk sebebi olduğu için herhangi bir sorumluluk doğmaz⁴²¹.

Geçersiz rızanın, tazminattan indirim sebebi olabilmesi için zarar, bu rızanın uygun sonucu olmalıdır. Bir başka ifadeyle geçersiz rıza beyanı ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan zararlar için hükmolunacak tazminatta indirim yapılabilir⁴²².

⁴¹⁸ KILIÇOĞLU A., s. 433; REİSOĞLU, s. 217.

⁴¹⁹ GÖKCAN, s.596.

⁴²⁰ EREN, s.765; TANDOĞAN, s.321; TİFTİK, s.100.

⁴²¹ EREN, s.765; GÖKCAN, s.596.

⁴²² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 122.

Zarar verenin fiilinin, zarar görenin razı olduğu sınırı aşması halinde de fiil hukuka aykırı olduğu için sorumluluk doğar. Bu halde de, hakim, zarar görenin rızasını göz önünde tutarak tazminattan indirim yapabilir⁴²³.

Zarar görenin rızası açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Örneğin, sarhoş olduğunu bildiği bir kimsenin kullandığı otobüse yolcu olarak binen kimsenin örtülü rızası olduğu kabul edilir⁴²⁴.

b) Zarar görenin ortak kusuru

aa) Genel olarak

Zarar görenin, makul bir insandan beklenen davranışta bulunmayarak zararın doğmasında veya artmasında etkili olmasına, diğer bir deyişle zarar görenin kusurunun bulunmasına ortak kusur denir. Örneğin, bir yayanın kendisine kırmızı ışık yanmasına rağmen karşıdan karşıya geçmesi sırasında, otomobilin çarpmasıyla yaralanması halinde ortak kusuru vardır. Ayrıca zarar görenin yardımcı kişilerinin kusuru da bizzat zarar görenin kusuru sayılır⁴²⁵.

Zarar görenin kusurunun indirim sebebi sayılması, dürüstlük ilkesine (TMK. m.2) dayanmaktadır. Buna göre, zarara uğramamak için gerekli özeni göstermeyen veya zarar doğduktan sonra bunun artmaması için çaba harcamayan zarar gören bu davranışının sonucuna katlanmalı ve bu davranışının zararın doğmasına veya artmasına sebep olduğu oranda zararı üzerine almalıdır. Nitekim doktrin ve uygulamada, zarar görenin zararın artmasını önleme ödevinin bulunduğu kabul edilmektedir⁴²⁶. Ayrıca, zarar görenin kusurunun tazminattan indirim sebebi olabilmesi için, zarar görenin kusuruyla zararın doğumu veya artması arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır⁴²⁷.

Ortak kusuru oluşturan davranış, yapma tarzında olabileceği gibi yapmama tarzında da gerçekleşebilir. Ayağı yaralanan bir kimsenin, yürümeyip dinlenmesi

⁴²³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 122.

⁴²⁴ EREN, s.766; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 122.

⁴²⁵ EREN, s.766; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 123; REİSOĞLU, s. 218; KILIÇOĞLU A., s. 434.

⁴²⁶ TANDOĞAN, s.319; NOMER, Tazminat, s. 87; TİFTİK, s.108.

⁴²⁷ YHGK., 17.03.2010, 2010/4-130E., 2010/161K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 22. 01.2017).

hakkında doktor tarafından uyarılmasına rağmen bu kimsenin sürekli yürüyerek zararın artmasına neden olması, yapma tarzına; aynı kişinin yarası için verilen ilacı yarasına sürmemesi ise yapmama tarzında ortak kusura örnektir. Ayrıca, zarar görenin risk alması da ortak kusur olarak tazminattan indirim sebebi olabilir. Örneğin, bir kimsenin kavgaya girişmesi halinde yaralanmasında ortak kusurunun olduğu kabul edilmelidir⁴²⁸.

Ortak kusur durumunda, genel amaç, zarar görenin kusuruna isabet eden payın zarardan indirilmesidir. Bu nedenle, sadece istisnai durumlarda, zarardan tamamen vazgeçilebilir. Bu istisnai durumlarda, zarar görenin ortak kusurunun etki ağırlığı çok yüksek olmalı ve zarar verenin hukuka aykırı fiiliyle zarar arasındaki uygun illiyet bağına tamamen kesmemekle beraber, zarar verenin kusurunu ikinci plana itmeli. Nitekim zarar görenin kusurunun, zarar verenin hukuka aykırı fiiliyle zarar arasındaki illiyet bağına kesmesi halinde, zaten sorumluluk doğmayacağı için tazminattan vazgeçilmesi de söz konusu olmaz⁴²⁹.

Yargıtay, ortak kusura ilişkin değerlendirmeyi, zarar verenin ve zarar görenin kusurlu davranışlarının nedenini, çeşidini (kast-ihmal) ve zararlı sonuçla birbirlerinin kusurlarına etki derecelerini göz önünde bulundurularak yapmaktadır⁴³⁰.

Yargıtay' ın kabul ettiği görüşe göre, zarar görenin kusurunun indirim sebebi olması, karşılıklı kusurların kıyaslanmasına bağlıdır. Örneğin, zarar, zarar verenin kastıyla ortaya çıkmışsa, zararın doğmasında veya artmasında zarar görenin ihmali dikkate alınmaz ve ihmal nedeniyle tazminattan indirim yapılmaz. Gerçekten zarar görenin ihmalinin, zarar verenin kastı karşısında bir önemi kalmaz. Diğer taraftan, zarar verenin kastına karşılık, zarar görenin de kastı mevcutsa her iki tarafın aynı derecede hafif kusurunda olduğu gibi, tazminatta yarı yarıya indirim yapılabilir. Ayrıca, zarar verenin kastıyla zarara neden olması halinde, zararın doğmasında veya

⁴²⁸ EREN, s.768; TANDOĞAN, s.320; NOMER, Tazminat, s. 106vd.

⁴²⁹Y. 7. HD., 08.06.2006, 2006/1867E., 2006/1874K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 22. 01.2017).

⁴³⁰ YHGK., 1.7.2015, 2014/13-18E., 2015/1754K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 22. 01.2017).

artmasında zarar görenin ağır ihmali, hatta kastı bulunsa bile tazminatın tamamen kaldırılması haklı görülemez⁴³¹.

KTk. m.86' da da zarar görenin kusuru, işletenin sorumluluğunu kaldıran ya da azaltan bir neden olarak düzenlenmiştir. Buna göre, zarar görenin kusuru, ağır derecede ise motorlu araç işleten sorumluluktan tamamen kurtulur. Zarar görenin kusuru ağır derecede değilse, bu kusur tazminattan indirim sebebidir⁴³².

Zarar gören, mesleği itibariyle zararı doğuran tehlikeye alışksa veya kendisini ya da başkasını tehlikeden kurtarmak için ani karar vermesi gerekiyorsa zararın doğmasındaki kusuru daha az şiddette takdir olunmalıdır. Aniden beliren bir tehlikeden kurtulmak için bir kimsenin araçtan atlamak suretiyle yaralanması buna örnektir. Nitekim bu gibi durumlarda bir kimseden en uygun şekilde hareket etmesi beklenemez⁴³³.

TBK. m.52/I' de tazminattan indirim sebebi olarak, zarar görenin zararın doğmasında veya artmasında etkili olması öngörülmüştür. Bu nedenle, zarar görenin yalnız kusurlu değil, kusursuz davranışı da zararın ortak sebebi olarak tazminattan indirim sebebi olabilir. Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin davranışı, zararın doğmasının veya artmasının ortak sebebi olabilir. Bu halde hakim, TBK. m.65' e göre, zarar görenin kusursuz olmasına rağmen zararın doğmasında veya artmasında etkili olmasını göz önünde bulundurarak tazminatı belirlemelidir⁴³⁴.

Aynı şekilde, zarar görenin kusuruyla değil de hayvan bulundurma, adam çalıştırma gibi sebep sorumluluğu hallerini doğuran bir olayla, zararın doğmasına veya artmasına ortak sebep olarak katkıda bulunması halinde de tazminattan indirim yapılabilir. Bu halde, tazminatın belirlenmesinde kusurların derecesi değil, olayın veya zarar verenin sorumlu tutulduğu davranışın zararın gerçekleşmesine illiyet bağı bakımından katkı derecesi esas alınır⁴³⁵.

⁴³¹ Y. 3. HD. 06.04.2009, 2009/2821E., 2009/5909K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 22. 01.2017).

⁴³² GÖKCAN, s.597.

⁴³³ TANDOĞAN, s.320; TİFTİK, s. 112.

⁴³⁴ EREN, s.767; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 125; TANDOĞAN, s.325.

⁴³⁵ EREN, s.768; NOMER, Tazminat, s. 119vd.

bb) Zararın doğumunda ortak kusur

Zarar gören, kendi kusuruyla zarar verici olayın doğmasını kolaylaştırarak veya zarar verenin fiilinin zarar verici sonuçlarını önlemeyi ihmal ederek, zararın doğumunda etkili olabilir. Yolda dikkatsizce yürüyen bir kimsenin birine çarparak yaralaması buna örnektir. Zarar görenin, zararın doğumunda etkili olan kusurlu hareketi, haksız fiilin işlenmesinden önce olabileceği gibi, haksız fiille aynı anda da olabilir⁴³⁶.

Zararın doğumunda ortak kusur özellikle zarar görenin haksız tahrik oluşturan fiillerde bulunması halinde gerçekleşir. Bir kimsenin ağır hakaret etmesi sonucunda hakaret ettiği kişi tarafından bıçaklanarak yaralanması buna örnektir. Tahrikin haksız olmadığı hallerde, ortak kusurdan söz edilemez. Örneğin, B' den alacağını tahsil edemeyen A' nın icraya başvurması nedeniyle, işyerine hacze gidilmesine sinirlenen B' nin, A' yı yaralaması halinde haksız tahrik mevcut olmadığı için ortak kusur bulunmaz⁴³⁷.

Haksız tahrikin tazminattan indirim sebebi olabilmesi için, zarar görenin bu haksız tahriki bir tazminat alacağına dönüştürüp dava konusu etmemesi gerekir. Aksi takdirde, bir kimsenin aynı fiilinden dolayı iki kez cezalandırılması sorunu ortaya çıkar. Gerçekten, bu durumda tahrik eden kişi, bu fiili nedeniyle hem tazminat ödememiş olur hem de uğradığı zarar nedeniyle açtığı tazminat davasında indirim sebebiyle kayba uğramış olur⁴³⁸.

Önemli bir gider veya tehlike olmadıkça, zarar gören, zararın doğmasını önlemek için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Buna göre, sorumlunun bilmediği veya bilmesi gerekmeyen zarar tehlikesinin, zarar gören tarafından sorumluya bildirilmesinin ihmal edilmesi halinde, ortak kusur söz konusu olur. Örneğin, zarar görenin, özel spor dersi alacağı öğretmenine kalp romatizması dolayısıyla mevcut olan rahatsızlığını bildirilmemesi halinde bu ihmali nedeniyle doğan zararda ortak kusuru vardır⁴³⁹.

⁴³⁶ EREN, s.769; TİFTİK s.113.

⁴³⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 434.

⁴³⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 435.

⁴³⁹ TİFTİK, s.114.

cc) Zararın artmasında ortak kusur

Zarar gören, kendisinden beklenecek ölçüler içinde, zararın artmasını önleyecek, onun en az seviyede kalmasını sağlayacak önlemler almakla yükümlüdür. Bu yükümlülüğün ihlali halinde zarar görenin, zararın artmasında ortak kusuru söz konusu olur⁴⁴⁰.

Zararın artmasında ortak kusur, hem eşyaya ilişkin zararın artmasında hem de bedensel bütünlüğe ilişkin zararın artmasında etkili olabilir. Eşyaya ilişkin zararın artmasında ortak kusura, aracı zarara uğramış işletenin, imkanı bulunmasına rağmen, aracını zamanında tamir ettirmemesi yüzünden zararın artmasına neden olması örnek gösterilebilir. Haklı bir sebep olmaksızın, haksız fiil sonucu yaralanan bir kimsenin ameliyata veya tedaviye rıza göstermemesi bedensel bütünlüğe ilişkin zararın artmasında ortak kusura örnek gösterilebilir. Zararın artmasında ortak kusur daha çok bu hallerde görülür⁴⁴¹.

Zarar görenden, somut olayın özelliklerine göre, ancak normal ve makul bir insanın, hiçbir tazminat beklemiyor olsaydı benzer durum ve şartlarda alacak olduğu tedbirleri alması veya gösterecek olduğu çabayı göstermesi beklenebilir. Zarar görenin zararı ortadan kaldırmak veya azaltmak için alacağı makul tedbirlerin giderleri zarar sorumlusuna aittir. Bu giderler, tazminat borçlusunun sorumlu olduğu fiil veya olayların dolaylı sonucu sayılır⁴⁴².

dd) Sorumlunun durumunu ağırlaştıran ortak kusur

TBK. m.52/I ile zarar görenin, sorumlunun durumunu ağırlaştırması halinde de tazminattın reddedilebileceği veya tazminattan indirim yapılabileceği kabul edilmiştir. Zarar görenin, zararın doğumuna veya artmasına sebebiyet veren ortak kusurlu davranışları dışındaki diğer davranışları bu kapsama girer. Bu davranışların tazminatı red ya da tazminattan indirim sebebi olabilmesi için, zarar görenin kusurlu fiilinin tazminattan sorumlu kişinin durumunu ağırlaştıracak nitelikte olması gerekir.

⁴⁴⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 124vd.; KILIÇOĞLU A., s. 124.

⁴⁴¹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 124.

⁴⁴² TANDOĞAN, s.281-282; TİFTİK s.117.

Zarara uğrayan kişinin, elindeki ispat araçlarını çıkarması sonucunda, sorumlu kişinin zarardan sorumlu diğer kişilere rücu hakkını kaybetmesi buna örnektir⁴⁴³.

c) Tazminatın ödenmesinin zarar vereni yoksulluğa düşürmesi

TBK. m. 52/II' ye göre, tazminat yükümlüsünün zarara hafif kusuruyla sebep olması ve tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olması halinde hakkaniyet de gerektirirse hakim, tazminatı indirebilir. Bu hükümle, bir felaketi telafi ederken, başka bir felakete yol açılmaması amaçlanmıştır. Sorumluluk sigortalarının yayılması ve gelişmesiyle eskiden çok başvuru alan bu hükmün artık pek uygulama alanı bulunmamaktadır⁴⁴⁴.

Hakim, TBK. m. 51/I' i uygularken, TBK. m.52/I' den farklı olarak, tazminattan tamamen vazgeçemez, sadece bu hükme dayanarak tazminattan indirim yapabilir. Ayrıca söz konusu hükümde hakkaniyet düşüncesi rol oynadığı için bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan zararlarda bu hükme dayanılarak tazminattan indirim yapılamaz (TBK. m.55/I- son c.). Bunun yanı sıra, zarar verenin kamu tüzel kişisi olması halinde, ekonomik sıkıntıya düşme söz konusu olmadığı için bu indirim sebebi uygulanmaz⁴⁴⁵.

Zarar verenin hafif kusurunun bulunması ve tazminatın tamamını ödemesi nedeniyle zor duruma düşecek olması halinde hakim, tazminattan indirim yapmak zorunda değildir. Tazminattan indirim yapılabilmesi için olaydaki tüm özel durumlar ve hakkaniyet indirim yapmayı gerektirmelidir. Örneğin, fazla varlıklı olmayan kimseler, özellikle ustalar, motorlu araç sürücüleri hafif kusurlarıyla meydana gelen haksız fiillerle olağanüstü ağırlıkta zararlara sebep olabilirler. Bu haksız fiillerden zarar görenler, söz konusu hizmetlerden yararlanan ekonomik durumu iyi kimseler olabilir. Böyle hallerde, zararı tazmin borcu, zarar vereni kolayca ekonomik sıkıntıya düşürebilir, hatta bu yönden bir yıkıma dahi uğratabilir. Oysa varlıklı bir zarar gören, zararın tamamen tazmininden o kadar etkilenmeyebilir. Bu halde hakim,

⁴⁴³ KILIÇOĞLU A., s. 435.

⁴⁴⁴ EREN, s.769; REİSOĞLU, s. 219; TİFTİK, s.92.

⁴⁴⁵ EREN, s.770; NOMER, Tazminat, s. 152; KILIÇOĞLU A., s. 436; GÖKCAN, s.598.

TBK. m. 52/II' yi uygulayarak tazminat borcunu, sorumlu için taşınabilir seviyeye indirebilir⁴⁴⁶.

Zarar verenin yoksulluğa düşüp düşmeyeceğini, hakim takdir yetkisini kullanarak belirler. Zarar verenin, tam tazminat ödemesi nedeniyle fiilen ekonomik sıkıntıya düşme tehlikesinin bulunması halinde, yoksulluğa düşeceği kabul edilir. Dolayısıyla zarar verenin, zararı tam tazmin etmesi, ekonomik açıdan muhtaç duruma düşmesine, işini ve düzenini kaybetmesine neden oluyorsa somut olayın diğer özellikleri de değerlendirilerek tazminattan indirim yapılmalıdır⁴⁴⁷.

Zarar verenin, haczi mümkün malvarlığının bulunması halinde, zarar verenin yoksulluğa düşeceği kabul edilmemektedir. Nitekim ödeme zorluğu veya hayat seviyesinin düşme ihtimali tazminattan indirim için yeterli değildir. Aynı şekilde, zarar verenin konkordato durumunda bulunması halinde de indirim yapılmamaktadır. Bunun nedeni, zarar görenden başka alacaklılar lehine fedakarlık beklenememesidir⁴⁴⁸. Ayrıca, tam tazmin halinde geçici bir süre yoksulluğa düşülecek olması da tazminattan indirim için yeterli değildir⁴⁴⁹.

Doktrinde, tazminattan indirim yapılmasının zarar göreni zor duruma düşüreceği hallerde hakkaniyet gereği bu indirim sebebinin uygulanamayacağı kabul edilmektedir. Ayrıca zararın sigorta tarafından karşılandığı veya zarar verenin üçüncü kişiye rücu imkanının bulunduğu hallerde indirimin uygulanabilmesi için, zararın sigorta veya rücu tazminatını büyük oranda aşması gerekir⁴⁵⁰.

Söz konusu indirim sebebi için ilgili hükümde zarar verenin “yoksulluğa düşecek olması” ifadesi kullanılmıştır. Bu nedenle, bu indirim sebebi sorumlunun yoksul olması halinde değil, zararın tam tazmininin onu yoksulluğa düşürecek olması

⁴⁴⁶ TİFTİK, s.93-94.

⁴⁴⁷ KILIÇOĞLU A., s. 436; TİFTİK, s.95.

⁴⁴⁸ EREN, s.770; GÖKCAN, s.598.

⁴⁴⁹ NOMER, Tazminat, s. 153.

⁴⁵⁰ EREN, s.770; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 127; NOMER, Tazminat, s. 152.

halinde uygulanması gerekir. Zira, sorumlu zaten ödemede acze düşmüşse yapılacak indirim, sadece zarar görenin hacze veya iflas masasına iştirakteki payını azaltır⁴⁵¹.

2) Diğer İndirim Sebepleri

TBK. m.51/I' e göre hakim, tazminatın kapsamını belirlerken durumun özelliklerini de değerlendirmelidir. Bu nedenle tazminattan indirim sebepleri, TBK. m. 52'deki hallerle sınırlı değildir. Uygulamada en çok karşılaşılan indirim sebepleri; beklenmedik hal, zarar görenin bünyesinden kaynaklanan etkenler, uzak (zayıf) illiyet bağı, zarar görenin çok yüksek bir gelire sahip olması, yeterli tedbir almış olmak ve hatır işleridir.

a) Beklenmedik olaylar

İnsan davranışından, özellikle zarar verenin irade ve davranışından bağımsız olarak meydana gelen olaylara beklenmedik olaylar (umulmayan hal) denilmektedir. A' nın, B' yi hafif bir şekilde yaralaması nedeniyle B' nin hastaneye gitmesi ve gittiği hastanede enfeksiyon kapıp ölmesi, buna örnektir⁴⁵². Bu gibi durumlarda hakim, hakkaniyet düşüncesinin de gerekli kılması halinde TBK. m.51/I' e göre, beklenmedik olayları tazminattan indirim sebebi kabul etmelidir. Nitekim zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olan, zarar verenin veya zarar görenin davranışından bağımsız olarak gerçekleşen olayların tazminattan indirim sebebi kabul edilmesi adil bir çözümdür⁴⁵³.

Ayrıca, beklenmedik olay kusur-zarar ilişkisini etkilediği için, TBK. m.51/I' e göre indirim sebebidir. Gerçekten zarar verenin, zarara yol açan kusurlu hareketine katılan beklenmedik olay, kusurun derecesine oranla çok büyük bir zararın doğmasına ve bu suretle kusur ile zarar arasındaki dengenin bozulmasına neden olur. Bunun yanı sıra, zarar verenin, beklenmedik olayın yol açtığı zararı genellikle önceden görememesi, onun kusurunu azaltır⁴⁵⁴. Bu şekilde zararın, daha çok beklenmedik olaya dayanarak zarar verenin kusurunu hafif kusur göstermesi halinde

⁴⁵¹ TİFTİK, s.96; Oğuzman/Öz, zarar verenin esasen yoksul olup zararı tam olarak tazmin etmesinin hakkaniyete aykırı olması halinde de tazminattan indirimin mümkün olduğu görüşündedir (OĞUZMAN/ ÖZ, s. 127).

⁴⁵² EREN, s.771; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 128.

⁴⁵³ EREN, s.771; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 128; NOMER, Tazminat, s. 139; KILIÇOĞLU M., s. 221.

⁴⁵⁴ NOMER, Tazminat, s. 141; TİFTİK, s.151.

tazminat belirlenirken hem zarar verenin hafif kusuru nedeniyle hem de beklenmedik olay nedeniyle iki ayrı indirim yapılmamalıdır⁴⁵⁵.

Beklenmedik olay nedeniyle tazminattan indirim yapılabilmesi için beklenmedik olay ile zarardaki artış arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Örneğin, bir motosiklet sürücüsünün yolda giderken aniden buzlu ve kaygan bir yere rastlamasından dolayı, bir yayaya çarpıp onu yaralaması halinde, mevsim ve hava koşulları bakımından yolun buzlu ve kaygan olması beklenmedik olay olduğu için tazminattan indirim yapılabilir⁴⁵⁶.

Beklenmedik olay, objektif ve nispi bir kavramdır. Bir olayın beklenmedik olay olup olmadığı, sorumlu kişinin subjektif yetenekleri değil, aynı şartlar altında bulunması muhtemel, normal ve makul bir insanın yetenekleri esas alınarak belirlenir⁴⁵⁷.

Beklenmedik olay, mücbir sebep derecesine ulaşmayan olaydır. Nitekim mücbir sebep illiyet bağını kestiği için tazminattan indirim sebebi değil, sorumluluktan kurtuluş sebebidir⁴⁵⁸.

b) Zarar görenin bünyesinden kaynaklanan etkenler

Beklenmedik olaylar arasında zarar görenin bünyesinden kaynaklanan etkenler özel bir yer tutar. Diğer beklenmedik olaylardan farklı olarak, bu etken, sorumluluğu doğuran olaydan önce mevcuttur⁴⁵⁹.

Zarar görenin bünyesinden kaynaklanan etkenler, insan vücudunda doğuştan var olan veya sonradan ortaya çıkan bir hastalık, eksiklik olup zarar verici fiil ya da olay sonucunda beklenenin üzerinde bir zararın doğmasına veya artmasına neden olurlar⁴⁶⁰. Basit bir yaralanma olayında, hemofili hastalığı olan bir kişinin kan kaybından ölmesi buna örnektir. Ayrıca, ruhsal kaynaklı sinir hastalıkları da bu

⁴⁵⁵ TİFTİK, s.151.

⁴⁵⁶ EREN, s.771; NOMER, Tazminat, s. 141,

⁴⁵⁷ TİFTİK, s.150.

⁴⁵⁸ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 128; TANDOĞAN, s.328; GÖKCAN, s.599.

⁴⁵⁹ TANDOĞAN, s. 327; NOMER, Tazminat, s. 145.

⁴⁶⁰ TİFTİK, s.154.

örnekler arasında yer alabilir. Bu etkenler zarar görenin bir davranış ve kusuru olmamakla beraber tazminattan indirim sebebidir⁴⁶¹.

Zarar görenin bünyesinden kaynaklanan etkenler ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması halinde bu sebebe dayanılarak tazminattan indirim yapılabilir. Bir başka ifadeyle zarar görenin, zararın uygun sebebi olan bünyevi etkenleri tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınır. Ayrıca zararın oluşmasına genel bir yatkınlık yani basit bedensel zayıflıklar indirim nedeni olmaz. Örneğin, yaşlı insanların uzun bir tedavi sürecini gerektiren zayıf kemik yapıları tazminatta indirim yapılmasını haklı kılmaz⁴⁶².

Eşyaya ilişkin zararlarda, kısmi hasar sonucu zarar görenin malvarlığında bulunan bir bozukluğun, zararın doğmasına ya da artmasına neden olması halinde de maldaki bozukluk bünyevi etkenler gibi göz önünde bulundurularak indirim sebebi kabul edilmelidir⁴⁶³.

c) Uzak (zayıf) illiyet bağı

Hakim, her somut olayda zarar veren fiil ile olay arasında uygun illiyet bağının bulunup bulunmadığını incelemek zorundadır. Uygun illiyet bağı mevcut olmakla beraber, zayıf veya uzak olması halinde, bu durum hakkaniyet gereği tazminattan indirim sebebi olabilir⁴⁶⁴.

Zayıf illiyet bağı, genellikle, zarar verici fiil veya olaya bir beklenmedik olayın veya zarar görenin bedensel yatkınlığının ya da üçüncü kişinin kusurunun iştirak etmesi halinde söz konusu olur. Örneğin, kafatasında doğuştan çatlak bulunan bir kimsenin öldürücü olmayan bir darbenin sonucunda ölmesi halinde hem zayıf illiyet bağı hem de zarar görenin bedensel yatkınlığı söz konusudur. Böyle bir durumda tazminatta indirim, esasen bu sebeplerden birine dayanarak yapılabilir. Yalnız zayıf illiyet bağına dayanılarak indirim yapılması nadiren söz konusu olmaktadır⁴⁶⁵.

⁴⁶¹ EREN, s.773; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 128; TANDOĞAN, s.328; NOMER, Tazminat, s. 128.

⁴⁶² NOMER, Tazminat, s. 145; TİFTİK, s.155.

⁴⁶³ EREN, s.773; TANDOĞAN, s. 329.

⁴⁶⁴ EREN, s.773; GÖKCAN, s.600.

⁴⁶⁵ TİFTİK, s.163.

d) Zarar görenin çok yüksek bir gelire sahip olması

Taraflar arasındaki ekonomik farkın tazminattan indirim sebebi olması eşitlik ilkesine aykırıdır. Ayrıca böyle bir indirim sebebi, zengin kişilere karşı haksız fiilleri özendirir. Fakat somut olayın bütün özelliklerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi sonucu, zarar görenin yüksek bir gelir veya servete sahip olması hakkaniyet gereği tazminattan indirim yapılmasını gerekli kılabilir. Hakim, bu indirimi, TBK. m.51/I' deki takdir yetkisini kullanarak yapar. Zengin birinin evini temizleyen temizlikçinin, masayı temizlerken dikkatsiz davranarak çok kıymetli bir vazoyu kırması buna örnektir⁴⁶⁶.

Zarar verenin, zarara kasıt veya ağır ihmali ile sebep olması halinde bu indirim sebebi uygulanmaz. Ayrıca zarar verenin de ekonomik durumunun yüksek olması halinde bu sebebe dayanılarak tazminattan indirim yapılmaz. Nitekim tarafların aynı durumda bulunmaları halinde, hukuk zarar göreni korur⁴⁶⁷.

Zarar görenin yüksek gelirinden bahsedebilmek için ne miktar bir gelirinin bulunması gerektiği hususunda genel ve kesin bir ölçü koymak mümkün değildir. Bu anlamda zarar görenin yüksek geliri nedeniyle tazminatta indirim yapılabilmesi için zarar görenin ekonomik durumunun, zararı zarar sorumlusuna göre çok daha kolay taşıyabilecek kadar iyi olması gerekli ve yeterlidir⁴⁶⁸.

e) Yeterli tedbir almış olmak

Zarar verenin, zararın doğmasını veya artmasını önlemek için kendisinden beklenenden daha fazla tedbir almasına rağmen, zararın meydana gelmesi halinde TBK. m.51/I' e göre tazminattan indirim yapılabilir⁴⁶⁹.

f) Hatır işleri

Zarar verenin, zarar görene hatır için bir konuda yardım ederken zarar vermiş olması halinde hakim, olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak TBK. m.51/I' e göre tazminatı tamamen kaldırabilir veya tazminattan indirim yapabilir. Hatır

⁴⁶⁶ EREN, s.773; GÖKCAN, s.600.

⁴⁶⁷ EREN, s.774; TİFTİK, s.145.

⁴⁶⁸ TİFTİK, s.114-115.

⁴⁶⁹ TANDOĞAN, s.327; TİFTİK, s.164.

işlerinin ortak özelliği, kendine yarar sağlamak düşüncesi olmaksızın yapılan edim taahhütlerini içermeleridir⁴⁷⁰. Komşunun çağrısı üzerine onun ocağını tamire çalışan kimsenin, bir yangına sebep olması bu duruma örnektir.

Hatır taşımacılığı veya hatır için bir motorlu aracın verilmesi en çok görülen hatır işlerindendir. Bunların tazminattan indirim sebebi olduğu KTK. m.87/I' de açıkça öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, yaralanan veya ölen kişinin, hatır için karşılıksız taşınması veya motorlu aracın, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız olarak verilmesi hallerinde işletenin veya araç işleticisinin sorumluluğu genel hükümlere tabi tutulmuştur. Bu nedenle hatır taşımasında veya hatır nedeniyle aracın verildiği durumlarda hakkaniyet gereği indirim yapılmalıdır. Örneğin, A, Ankara' ya giderken arabasında B' yi ücretsiz olarak taşımış, meydana gelen trafik kazasında B yaralanmışsa, A, ticari bir amaç taşımadığından B' nin uğradığı zararın tamamını ödemek zorunda değildir⁴⁷¹.

Hatır taşımasından söz edebilmek için yaralanan ya da ölen kişi karşılıksız taşınmış olmalıdır. Bir başka ifadeyle taşıma ve kullanmada, işletenin veya fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin bir çıkarının veya yararının bulunması halinde hatır taşımasından söz edilmez. Bu nedenle, hatır taşımasının tazminattan indirim sebebi olup olmayacağı belirlenirken hakim, taşımanın hatır için olup olmadığı, tarafların yakınlığı, varsa hatır için taşımanın kimin arzusu ve ne amaçla yapıldığı gibi olayın özel şartlarını göz önünde bulundurarak araştırma ve inceleme yapmalıdır⁴⁷².

Hatır ilişkisi, iş veya akrabalık bağı gibi bir nedenle ahlaki veya sözleşmeye dayalı bir yükümlülük bulunmaksızın, diğer bir kişinin nezaket borcu kapsamında taşındığı durumda söz konusu olur. Bu bakımdan, çalıştırdığı işçisinin, kardeşinin veya diğer bir akrabasının taşınması durumunda hatır taşıması söz konusu olmaz⁴⁷³.

Hakim, hatır taşımasının bulunması nedeniyle mutlaka tazminattan indirim yapmak zorunda değildir. Zira, bu durum ancak hakkaniyetin gerekli kılması halinde

⁴⁷⁰ EREN, s.774; GÖKCAN, s.601; NOMER, Tazminat, s. 160vd.

⁴⁷¹ EREN, s.774; GÖKCAN, s.601.

⁴⁷² Y. 17. HD., 8.5.2014, 2013/7431E., 2014/7362K.. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 25. 01.2017).

⁴⁷³ GÖKCAN, s.601; NOMER, Tazminat, s. 224.

tazminattan indirim sebebi teşkil eder. Hakimin, hatır taşıması nedeniyle tazminattan indirim yapmaması halinde, bunun gerekçesini kararında göstermesi gerekir⁴⁷⁴.

Hatır için iş yapan kimse en az diğer kişiler kadar dikkat ve özen göstermek zorundadır. Zarar verenin, zararın meydana gelmesinde kastının veya ağır ihmalinin bulunması halinde hatır için yardımda bulunulması tazminattan indirim sebebi olmaz⁴⁷⁵.

D) İNDİRİM YASAĞI

TBK. m. 55/I' de bedensel zararlara ve destek kaybından doğan zararlara ilişkin tazminatlarda indirim yasağı düzenlenmiştir. Buna göre, “..hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılamaz veya azaltılamaz”. Söz konusu hükümdeki “artırılamaz” ifadesi yersizdir. Zira, tazminattın üst sınırı zarar olduğu için hakkaniyet düşüncesi ile tazminat miktarının artırılması zaten söz konusu olamaz.

Görüldüğü üzere, kanun koyucu, bedensel zararlara ve destek kaybından doğan zararlara ilişkin tazminatlarda hakkaniyete dayanılarak indirim yapılamayacağını kabul etmiştir. Bu nedenle, söz konusu zararlarda, TBK. m.52/II' ye göre hakkaniyet gereği tazminattan indirim yapılamayacaktır⁴⁷⁶.

Bu özel indirim yasağının, TBK. m.51/I ve m.52/I' de öngörülen indirim sebeplerini kapsayıp kapsamayacağı tartışmalıdır. Gerçekten, örneğin, beklenmedik olayın, zarar görenin bünyesinden kaynaklanan etkenlerin, zarar görenin rızasının veya ortak kusurunun bulunması hallerinde bedensel ve destek kaybından doğan zararların tazmininde indirim yapıp yapılmayacağına dair açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, indirim yasağını düzenleyen TBK. m.55/I' de tazminatın “hakkaniyet düşüncesi ile azaltılamayacağı” belirtilmiştir. İndirimin “hakkaniyetin gerektirmesi” şartına sadece TBK. m.52/II' de bağlandığı görülmektedir. Bu nedenle söz konusu yasağı dar yorumlayarak, sadece

⁴⁷⁴ Y. 17. HD., 02.05.2013, 2012/9700E., 2013/6186K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 25. 01.2017).

⁴⁷⁵ NOMER, Tazminat, s. 165; TİFTİK, s.147.

⁴⁷⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 129; KILIÇOĞLU A., s. 439.

hakkaniyet gereği indirim yapılan bu madde hükmündeki durumla sınırlamak doğru olur⁴⁷⁷.

Ayrıca Yargıtay da kararlarında⁴⁷⁸ yaralanan ya da ölenin karşılıksız taşınması halinde hatır taşımacılığını, hakkaniyet gereği, tazminattan indirim sebebi kabul etmektedir. Dolayısıyla bu kararlar, Yargıtay' ın da TBK. m.55/I' de öngörülen indirim yasağını dar yorumladığını gösterir.

E)TEMERRÜT FAİZİ

Zarar gören, tazminat alacağına zararın doğduğu an hak kazandığından, ödenmesi gereken anaparadan yoksun kaldığı sürece işleyen faizinde ödenmesi gerekir⁴⁷⁹. Nitekim Yargıtay da olay tarihi itibarıyla mal varlığında azalma meydana gelen ve haksızlığa uğrayan tarafın, zararının, sonraki tarihlerde giderilmesinin haksız fiil sorumlusunun sebepsiz zenginleşmesine yol açtığını kabul etmiştir⁴⁸⁰.

Doktrinde, karar verilinceye kadar geçerli olan faiz, anapara faizidir. Buna karşın hükmün kesinleşmesinden sonraki günler için işleyen faiz ise temerrüt faizi niteliğindedir⁴⁸¹. TBK. m.117/II ise, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren işleyen faizin niteliğini, temerrüt faizi kabul etmiştir. Bu hükme göre, “...*haksız fiilde fiilin işlendiği tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur*”. Görüldüğü üzere, haksız fiillerden doğan tazminat alacaklarında faizin başlangıcı, fiilin işlendiği tarih kabul edilmiştir. Bu nedenle haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren ödenmeyen bu tazminat nedeniyle tazminat borçlusunun temerrüde düştüğü ve faizin de temerrüt faizi olduğu kabul edilmiştir. Temerrüt faizi, zararın belirlenmesi dışında ve tazminata ilişkin bir hesaplama olduğundan, mevcut görüşlere göre zarar ister ortaya çıktığı andaki ister karara yakın bir tarihteki piyasa durumuna göre hesaplınsın, haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren temerrüt faizi işletilmelidir⁴⁸².

⁴⁷⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 129vd.

⁴⁷⁸ Y. 17. HD., 15.3.2010, 2009/8556E., 2010/2269K.; Y. 17. HD., 14.10.2014, 2013/4729E., 2014/13273K. (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 25. 01.2017).

⁴⁷⁹ EREN, s.728-729.

⁴⁸⁰ Y. 4. HD., 12.02.2009, 2008/7311E., 2009/1941K. (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 25. 01.2017).

⁴⁸¹ İYİMAYA, s.216.

⁴⁸² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 131; KILIÇOĞLU A., s. 442.

Zararın haksız fiilden sonra gerçekleştiği bazı özel hallerde, faizin zararın meydana gelmesiyle işleyeceği kabul edilmelidir. Nitekim faiz, zararın bir unsuru olduğu için ancak gerçekleşmiş zararlar için söz konusudur⁴⁸³. Örneğin, ölüm, haksız fiilden daha sonra gerçekleşmiş ise, destek kaybından doğan zarar ölüm tarihinde doğacağı için, faiz de bu tarihten itibaren başlamalıdır. Ayrıca, zarar henüz doğmamış olmasına rağmen gelecekte beklenen müstakbel zararlarda, tazminat alacağı zararın doğacağına belli olmasından itibaren muaccel hale gelir⁴⁸⁴.

Yargıtay da bir kararında⁴⁸⁵, “...davacının dava konusu zararının harcama yapsın ya da yapmasın en erken doğduğu bu tarihten itibaren temerrüt faizine hükmedilmesi gerekirken olay tarihinden itibaren faize hükmedilmesi de doğru görülmemiştir” ifadelerine yer vererek temerrüt faizine, olay tarihinden değil, zararın doğduğu tarihten itibaren hükmedilmesine karar vermiştir.

TBK. m.117/II’ deki açık düzenlemeye göre, haksız fiillerde olayın meydana geldiği tarihte alacağın muaccel olduğu ve dolayısıyla borçlunun temerrüde düştüğü kabul edildiği için temerrüt için ayrıca alacağı istemeye yönelik bir ihtar çekilmesine gerek yoktur⁴⁸⁶.

Haksız fiilden doğan borç, taraflar arasında daha önceden yapılmış bir anlaşmaya dayanmaz. Bu nedenle, böyle bir durumda faizin belirlenmesi hususunda tarafların daha önceden yaptıkları bir anlaşma bulunup bulunmadığı ve böyle bir anlaşmadaki faiz oranı gündeme gelmez. Bunun sonucu olarak, haksız fiile bağlı tazminat alacaklarında temerrüt faizi daima kanunda öngörülmüş faizdir. Ayrıca haksız fiil ticari bir faaliyetle ilgiliyse talep üzerine ticari temerrüt faizi işletilmelidir⁴⁸⁷. Ancak, Türk Ticaret hukukunda geçerli olan, “ bir tarafı ticari olan iş ticari iştir” kuralı haksız fiillerde geçerli değildir. TTK.’ da düzenlenen haksız fiillere göre, her iki tarafın ticari işletmeleri ile ilgili haksız fiilleri ticari iş sayılır⁴⁸⁸.

⁴⁸³ EREN, s.728; NOMER, Tazminat, s. 215; GÖKCAN, s.792-793.

⁴⁸⁴ NOMER, Tazminat, s. 220-221.

⁴⁸⁵ Y. 3. HD. 24.9.2013T., 2013/11554E., 2013/13257K. (www.corpus.com.tr, Erişim Tarihi: 25.01.2017).

⁴⁸⁶ İYİMAYA s.43.

⁴⁸⁷ OĞUZMAN/ ÖZ s. 131, KILIÇOĞLU A. s. 443.

⁴⁸⁸ GÖKCAN s.795.

Davacı, faiz talebini dava dilekçesinde göstermelidir. Aksi takdirde hakim, kendiliğinden faize hükmedemez. Ayrıca, zamanaşımı süresi içinde açılan ayrı bir dava ile de faiz istenebilir⁴⁸⁹.

F) GEÇİCİ ÖDEMELER

TBK. m.76' ya göre, bazı şartların gerçekleşmesi halinde hakim, takdir hakkını kullanarak davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir⁴⁹⁰. Söz konusu hükümle, ekonomik gücü olmayan, sosyal güvencesi bulunmayan bir kimsenin uğradığı bedensel zarar nedeniyle acilen ihtiyaç duyduğu parasal desteğin sağlanması amaçlanmıştır⁴⁹¹.

Geçici ödemeye karar verilmesinin ilk şartı, iddianın haklılığını gerçeğe yakın gösteren delillerin sunulmuş olmasıdır. Nitekim bu hüküm, tedbir hükmü niteliğinde olduğundan, böyle bir tedbire ancak davacının tazminat talebinin haklılığı konusunda güçlü ve inandırıcı delillerin bulunması halinde karar vermek gerekir. Bu hususta duraksama olması halinde, hakimin, bu hükmü uygulamak yerine, ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz kararı vermeyi tercih etmesi yararlar durumuna daha elverişli olacaktır⁴⁹².

İkinci şart ise zarar görenin ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerekli kılmasıdır. Bu hususun, dikkatle ve inandırıcı delillerle ortaya konulması gerekir. Zarar görenin haksız fiil sonucu işini kaybetmesi ve sosyal güvencesinin bulunmaması bu duruma örnek olabilir⁴⁹³.

Üçüncü ve son şart ise, zarar görenin talepte bulunmasıdır. Söz konusu hükümde geçici ödemeye karar verilebilmesi istem koşuluna bağlamıştır.

TBK. m.71/II' ye göre, zarar görenin davayı kazanması halinde davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir. Buna karşın, zarar görenin tazminat talebi reddedilirse hakim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faiziyle birlikte geri vermesine karar verir.

⁴⁸⁹ EREN s.729.

⁴⁹⁰ EREN s.780.

⁴⁹¹ REİSOĞLU s. 227.

⁴⁹² KILIÇOĞLU A., s. 445.

⁴⁹³ KILIÇOĞLU A., s. 443.

II) ZARARIN TAZMİN ŞEKLİNİN BELİRLENMESİ

A) GENEL OLARAK

Hakim, TBK. m.51/I' de kendisine tanınan takdir yetkisini kullanarak, somut olayın niteliğine ve kusurun ağırlığına göre zararın tazmin şeklini belirler⁴⁹⁴. Bu tazmin şekli aynen veya nakden olabilir. Hakimin zararın kısmen aynen, kısmen nakden tazminine karar vermesi de mümkündür. Örneğin, ticari itibarın basın yoluyla ihlalinde, mahkumiyet kararının bir gazetede ilan edilmesi zararın büyümesini önlediği için aynen tazmin olurken, daha önce gerçekleşen zararın para ile giderilmesi halinde de nakden tazmin olur. Tazminatın nakden tazmini sermaye şeklinde olabileceği gibi irat şeklinde de olabilir⁴⁹⁵.

Hakim tazminatın şeklini belirlerken davacının talep ettiği tazmin şekli ile bağlı değildir. Bu halde hakim, talep edilenden farklı olarak kabul ettiği çözümün gerekçesini belirtmek zorundadır. Fakat, tarafların tazmin şeklinde anlaşması halinde, hakim buna uymak zorundadır⁴⁹⁶.

Zararın tazmin şekli, aynen ve nakden olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.

B) AYNEN TAZMİN

Genel olarak, paradan başka olan tazmin şekline aynen tazmin veya aynen tazminat denir. Aynen tazmin iki şekilde olabilir⁴⁹⁷.

Bunlardan biri, ihlal edilen hak veya hukuki değere denk bir durumun aynen kurulmasıdır. Bu halde, zarar gören, zarar verici olayla kendisinden alınan şeyi tekrar aynen elde eder. Böylece zarar görenin zarar verici olaydan önceki değerler bütünlüğü aynen kurulur. Çalınmış bir eşyanın geri verilmesi buna örnektir. Aynı şekilde, tapuya yapılan yolsuz bir tescile güvenerek iyiniyetle taşınmazın mülkiyetini kazanan kişiden taşınmazın satın alınarak, zarar gören malike iade edilmesinde

⁴⁹⁴ NOMER, Tazminat, s. 49.

⁴⁹⁵ EREN, s.777; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 115; KILIÇOĞLU A., s. 432; TANDOĞAN, s.252vd.

⁴⁹⁶ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 115; NOMER, Tazminat, s. 204; TİFTİK, s.68-69.

⁴⁹⁷ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 117.

durum böyledir⁴⁹⁸. Bunun yanı sıra, haksız olarak alınan şeyin semereleriyle birlikte iade edilmesi gerekir (TMK. m.955/I).

Diğeri ise, ihlal edilen bir hakkın veya hukuki değerin onarılması ya da bu hak veya hukuki değere benzer bir değer verilmek suretiyle zarar görenin malvarlığının tekrar eski haline getirilmesidir⁴⁹⁹. Hasar gören arabanın, giderleri hasar verene ait olmak üzere tamir edilmesi buna örnektir. Aynı şekilde, yıkılan bir evin yerine benzer bir evin sağlanması da buna örnektir.

Eşyaya verilen zararlarda, zarar veren tarafından zarar görene, zarara uğrayan eşyadan farklı bir şeyin verilmesi aynen tazmin değildir. Örneğin, A' nın 200 TL değerindeki çantasını yakan B, 200 TL değerindeki kazağını A' ya vermeye mahkum edilemez. Eğer aynı çantadan B' de de varsa, aynen tazmin mümkündür. Aksi takdirde nakden tazmine hükmedilir⁵⁰⁰.

C) NAKDEN TAZMİN

1) Nakden Tazmin Kavramı

Nakden tazminde ihlal edilen hak veya hukuki değer yerine para ödenerek, malvarlığı zarar verici olaydan önceki ekonomik durumuna getirilir. Bir başka ifadeyle nakden tazmin ile haksız fiil nedeniyle zarar görenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalma, değer olarak giderilir. Bu nedenle, zarar gören, maddi tazminat olarak ödenen bedeli, zarara uğrayan eşyanın veya sakatlanan organın eski haline getirilmesi için kullanmak zorunda değildir⁵⁰¹.

Doktrinde, nakden tazmin, aynen tazmin ayrımının para ile tazmin sair surette tazmin ayrımı ile çakışmadığını belirten yazarlar⁵⁰² zarar görenin zarar gören eşyasının yeniden alınması veya onarılması için gerekli paraya hükmedilmesinin aynen tazmin olduğunu ileri sürmektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, tazmin

⁴⁹⁸ EREN, s.775; TANDOĞAN, s.273; TİFTİK, s.64.

⁴⁹⁹ TANDOĞAN, s.253; TİFTİK, s.63.

⁵⁰⁰ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 117.

⁵⁰¹ EREN, s.776; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 115; TİFTİK, s.65.

⁵⁰² NOMER, Tazminat, s. 37'de belirtilen yazarlar.

hükümünün davalıya yönelik yaptırımını açısından bu durumlar da nakden tazmin olarak nitelendirilmelidir⁵⁰³.

Maddi tazminatın asıl amacı, zarar görenin malvarlığının, haksız fiilden önceki durumuna getirilmesi olduğu için zararın aynen tazmine hükmedilmesi ilk bakışta daha avantajlı görünebilir. Bununla birlikte bir çok halde aynen tazmin imkansız veya amaca elverişsiz bulunmaktadır⁵⁰⁴. Nitekim kişiye ilişkin zararlarda aynen tazmin mümkün değildir. Aynı şekilde eşyaya ilişkin zararlarda da eşyanın tamamen yok olması veya hasara uğraması halinde tamiri mümkün değilse, aynen tazmin söz konusu olmaz. Tamiri mümkün olmakla birlikte, gideri çok yüksek olan eşyalarda da aynen tazmin yerine nakden tazmin ilkesi uygulanır. Ayrıca, nakden tazmin ilkesinde hesap tarzı ve yönteminin basit olması ve icra imkanının kolay olması nedeniyle uygulamada açılan tazminat davaları genellikle nakden tazmine yönelik bulunmakta ve hakim nakdi tazminata hükmetmektedir.⁵⁰⁵

2) Nakden Tazminin Çeşitleri

TBK. m. 51/II' ye göre, hakim takdir yetkisini kullanarak nakden tazminin, sermaye veya irat şeklinde olmasına hükmedebilir.

a) Sermaye şeklinde tazmin

Zararın sermaye şeklinde tazmininde, gelecekte gerçekleşmesi beklenen veya gerçekleşmiş zararlar için toptan ve peşin bir ödeme yapılır. Bir başka ifadeyle bu tazmin şeklinde tazminat tek seferde ödenir⁵⁰⁶.

Pratikliği nedeniyle doktrin ve uygulamada tazminatın sermaye şeklinde ödenmesi lehine eğilim görülmektedir⁵⁰⁷. Nitekim daha önce ortaya çıkan tamir, tedavi, bakım, cenaze giderleri gibi giderler ile hüküm anına kadar gerçekleşmiş periyodik zararların tazmini için, tazminata sermaye şeklinde hükmolunmasının daha

⁵⁰³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 115.

⁵⁰⁴ TANDOĞAN, s.255; TİFTİK, s.63.

⁵⁰⁵ EREN, s.776; OĞUZMAN/ ÖZ, s. 116; TANDOĞAN, s.256.

⁵⁰⁶ EREN, s.777; NOMER, Tazminat, s. 204; KILIÇOĞLU A., s. 432.

⁵⁰⁷ İYİMAYA, s.303vd.; GÜRBÜZ, s.148.

uygun olduğu açıktır. Ayrıca, sermaye şeklinde tazminde, durumun özelliklerine göre yapılacak indirimleri uygulamak daha kolaydır⁵⁰⁸.

Sermaye şeklinde tazmininin faydalarından bir diğeri zarar görenin, bu sayede yeni bir başlangıç yapabilmesidir. Zarar gören, eline geçen bu toplu parayla yatırım yapabilir veya başka bir amaçla kullanarak kazanç elde edebilir. Bu durumda sermaye olarak ödenecek tazminattan indirim yapılması gerekir⁵⁰⁹.

Sermaye şeklindeki tazminin faydalarından bir diğeri de bu sayede zarar görenin aldığı parayı değerlendirerek para değerindeki düşüşlere karşı kendisini önemli ölçüde koruyabilmesidir⁵¹⁰.

Zarar görenin, zarar verici olay sonunda eski mesleğini icra edememesi halinde yeni bir meslek veya işin görülmesi için, bir miktar paranın toptan verilmesi, sermaye şeklinde tazminin bir diğeri faydasıdır. Özellikle sakat bir kimsenin meslek değiştirmesinde veya böyle bir çocuğun daha iyi eğitim görmesinde sermaye büyük önem taşır⁵¹¹.

Sermaye şeklinde tazminde, zarar verene toptan bir ödeme yapıldığı için zarar gören ile zarar verenin ilişkisi süratle kesilir. Bu şekilde, haksız fiilin zarar görenin psikolojisine yönelik olumsuz etkisinin azalması da sermaye şeklinde tazminin diğeri faydasıdır. Ayrıca, zarar verici olayın zarar görende sinir bozukluğuna sebep olması halinde, sermaye şeklinde tazmin, uyuşmazlığı hemen sona erdirdiği için, hastalığın iyileşmesine de katkıda bulunabilir⁵¹².

Zararın ileride devam edeceği veya artacağı durumlarda, zarar görenin bilgi ve becerisi, sermaye bulunması halinde onun, sürekli gelir sağlayabileceği güvenini veriyorsa ve sermayeyi batırma tehlikesi de çok azsa, sermaye şeklinde tazmin tercih edilir⁵¹³.

⁵⁰⁸ NOMER, Tazminat s. 213; TİFTİK, s.73.

⁵⁰⁹ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 117; NOMER, Tazminat s. 205.

⁵¹⁰ NOMER, Tazminat s. 213; TANDOĞAN, s.71.

⁵¹¹ EREN, s.778; NOMER, Tazminat s. 213.

⁵¹² EREN, s.778; TİFTİK, s.73; GÜRBÜZ, s.148.

⁵¹³ TEKİNAY, s. 219; TİFTİK, s.70.

Sermaye şeklinde ödenecek tazminatın birkaç taksitte ödenmesine karar verilmesine bir engel yoktur. Bu nedenle borçlunun toptan ödemede zor duruma düşecek olması veya başka şartlar nedeniyle sermayenin taksitlerle ödenmesine karar verilebilir⁵¹⁴.

b) İrat şeklinde tazmin

Zararın irat şeklinde tazmininde, tazminat belirli zaman aralıklarında ödenir. Çalışma gücünün azalmasından ve destekten kaybından doğan zararların tazmininde, irat şeklinde tazminata karar verilmesi tercih edilebilir⁵¹⁵.

Tazminatın sermaye biçiminde ödenmesi halinde, hak sahiplerinin bilgisiz, tecrübesiz veya yaşının çok küçük olması sebebiyle tazminatın anlamını yitireceği hallerde, zararın irat şeklinde tazmini zarar görenin lehine olabilir⁵¹⁶. Bunun yanı sıra sermaye şeklinde tazmin tamamen varsayıma dayalıdır. Bu nedenle hak sahibinin öngörülen süreden daha kısa yaşama olasılığının bulunduğunu tespit eden ciddi olaylar olması veya dul eşin çok genç yaşta bulunması yahut destekten yoksun kalanın ölenin nişanlısı olması halinde irat biçiminde tazminata karar verilmesi daha gerçekçi olur. Nitekim irat şeklinde tazmininde, zararın belirli zaman dilimleri itibarıyla doğmasından hareket edildiğinden, hükmedilecek irat her bir zaman diliminde doğacak zararı, doğduğu dönemi dikkate alarak karşılamayı amaçlar⁵¹⁷.

İrat şeklinde tazminin sakıncalarından biri, ödemelerin zamanında yapılmaması halinde zarar görenin her seferinde sorumluya karşı hukuki yollara başvurmak zorunda kalmasıdır⁵¹⁸.

İradın, yaşanan sürece değil, sadece faal çalışma süresince ödenmesi nedeniyle, söz konusu sürenin sonunda iradın kesilmesinin zarar göreni ağır bir şekilde etkileyip zor duruma sokması da irat şeklinde tazminin bir diğer sakıncasıdır⁵¹⁹.

⁵¹⁴ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 117; NOMER, Tazminat s. 204.

⁵¹⁵ TANDOĞAN, s.294; NOMER, Tazminat s.203vd; TEKİNAY, s.215.

⁵¹⁶ İYİMAYA, s.24; TEKİNAY, s.217.

⁵¹⁷ NOMER, Tazminat s. 203; GÜRBÜZ s.148.

⁵¹⁸ NOMER, Tazminat s. 202.

⁵¹⁹ EREN, s.778.

Tazminatın irat şeklinde ödenmesinin sakıncalarından bir diğeri ise, ödemenin belirli aralıklarla uzun sürede gerçekleşmesi nedeniyle ileride alacaklının hakkının tehlikeye düşme ihtimalinin bulunmasıdır. Kanun koyucu, bu tehlikeyi önlemek için TBK. m.52/II ile irat şeklinde tazminata karar verilmesi halinde borçludan teminat alınmasını zorunlu kılmıştır⁵²⁰. Bu hüküm, emredici nitelikte olduğu için hakim, borçlunun ekonomik durumunun irat için gerekli teminatı göstermeye elverişli olup olmadığını re' sen araştırmakla yükümlüdür⁵²¹.

Teminat, taşınır rehni, ipotek, kefalet, para veya kıymetli evrak tevdi şeklinde olabilir. Teminat türü olarak aynı teminat tercih edilmelidir. Teminat miktarı ise hükmedilen iradın muhtemel sermaye değerine göre belirlenir. Ayrıca hakim, çıkacak uyuşmazlıkları önlemek adına, teminatın verilmesi için tespit ettiği süreyi kararında belirtmelidir. Teminat da bu süre içinde verilmelidir⁵²².

⁵²⁰ NOMER, Tazminat, s.212, Yine de teminat yeterli güvenceyi sağlamayabilir. Örneğin, teminat amacıyla tesisi edilen ipoteğin paraya çevrilmesi güçlük çıkarabilir veya ipoteğin paraya çevrilmesi sonucu ele geçen para, tazminat miktarının altında kalabilir (NOMER, Tazminat, s.212).

⁵²¹ EREN, s.779; OĞUZMAN/ÖZ, s. 116; TİFTİK, s.72; NOMER' e göre, "söz konusu hükümde kesin bir ifade kullanılmış olsa da, teminat gösterilmesi alacaklıya tanınmış bir haktır. Bu nedenle, tarafların aralarında yapacağı bir anlaşma ile tazminat alacaklısının, tazminat borçlusunu teminat gösterme borcundan kurtarması halinde, hakim bu anlaşmayla bağlıdır" (NOMER, Tazminat, s.209).

⁵²² EREN, s.779; NOMER, Tazminat, s.209; TİFTİK, s.72.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HAKSIZ FİİLLERDE MADDİ TAZMİNATIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

§8. HAKSIZ FİİL SEBEBİYLE AYNI ZARARDAN BİRDEN FAZLA KİMSENİN MÜTESELSİL SORUMLULUĞU

İ) GENEL OLARAK

Aynı zarardan dolayı birden çok kişi, zarar görene karşı sorumlu olabilir. Bir zararı birden çok kişinin tazmin etme yükümlülüğü, ya bunların zarar doğuran fiilin işlenmesine katılmalarından ya da her birinin zarardan ayrı sebeplerden dolayı sorumlu olmalarından ileri gelir⁵²³. TBK. m.61' in başlığında, birden çok kişinin aynı zarardan sorumluluğuna, “ müteselsil sorumluluk” adı verilmektedir.

Hukuk sistemimizde, illiyet bağıını kesecek yoğunluğa ulaşmayan üçüncü kişinin kusurunun sorumlu kişinin davranışıyla birlikte zararlı sonucu doğurması halinde, üçüncü kişinin, zarar veren ile birlikte müteselsilen sorumlu olması ilkesi kabul edilmiştir. Bu nedenle üçüncü kişinin kusurlu veya kusursuz davranışı, ilke olarak, tazminattan indirim sebebi teşkil etmez⁵²⁴.

Buna karşın, doktrinde özellikle kusur sorumluluğunda, üçüncü kişinin kusuruna oranla sorumlu kişinin kusurunun daha hafif bir kusur olarak görülmesi halinde, üçüncü kişinin kusurunun tazminattan indirim sebebi olabileceği kabul edilmektedir. Bu durum, TBK. m.52/I' de öngörülen kusurun ağırlığı ile tazminat miktarı arasında aranan orantı ilkesinin sonucudur. Örneğin, bir bisikletlinin yarattığı tehlikeli durum nedeniyle diğer bisikletlinin hatalı manevra yaparak yoldan geçen bir yayayı yaralaması halinde, üçüncü kişi olan birinci bisikletlinin kusuru, davalı olan diğer bisikletlinin kusurunu daha hafif gösterdiği için üçünü kişinin kusuru TBK. m.52/I' e göre, tazminattan indirim sebebidir⁵²⁵.

⁵²³ OĞUZMAN/ ÖZ, s. 296.

⁵²⁴ EREN, s.768; TİFTİK, s.158.

⁵²⁵ NOMER, Tazminat, s. 117vd.

TBK. m.52/I ile, hakimin, kusurun hafifliğini göz önünde bulundurarak tazminattan indirim yapmasına dolaylı olarak imkan verilse de, esasen, haksız fiil sorumluluğunda üçüncü kişinin kusurunun, doğrudan doğruya bir indirim sebebi kabul edilip uygulanması söz konusu değildir. Bu itibarla, üçüncü kişinin kusurunun, haksız fiil sorumluluğundan doğan tazminatta indirim sebebi teşkil edebilmesi, müteselsil sorumluluk ilkesine gerçek bir istisna teşkil etmemelidir⁵²⁶.

II) MÜTESELSİL SORUMLULUK HALLERİ

TBK. m.61' e göre, *“birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır”*. Görüldüğü üzere birden çok kişinin aynı zarardan dolayı müteselsil sorumlu olduğu iki hal mevcuttur. Bunlar, birden çok kişinin aynı zarara birlikte sebep olması ve birden çok kişinin aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmasıdır.

A) BİRDEN ÇOK KİŞİNİN AYNI ZARARA BİRLİKTE SEBEP OLMALARI HALİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK

Haksız fiilde müteselsil sorumluluğun görüldüğü ilk hal, birden fazla kimsenin aynı sebepten dolayı sorumlu olmasıdır. Sorumlu kişiler açısından aynı sebep; kusur, sözleşme veya kanun olabilir. Ancak 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu döneminde öğretilde yapılan tam teselsül- eksik teselsül ayrımı⁵²⁷ gereği bazı yazarlar⁵²⁸, birden fazla kimsenin aynı sebepten sorumlu olması halinde aynı sebebin sadece ortak kusur olabileceğini kabul etmektedir. 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu ile bu ayrımın terk edilmesi ve TBK. m.61' de aynı sebepler bakımından bir sınırlamanın yer alamaması nedeniyle bizde buna uygun olarak, “aynı sebep” deyiminden “aynı tür sebebi” anlıyoruz ve bunu da çeşitlerine göre; kusur, sözleşme ve kanun olmak üzere üçe ayırıyoruz⁵²⁹.

⁵²⁶ TİFTİK, s.160.

⁵²⁷ Birden çok kişinin ortak kusurlarıyla aynı zarara birlikte sebep olmaları halinde tam teselsül söz konusu olur. Eksik teselsül ise, birden çok kişinin, aynı zararı, çeşitli sebeplere göre tazmin zorunda kaldıkları zaman gerçekleşir (EREN, s.811).

⁵²⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.299; NOMER, Tazminat, s. 169; TANDOĞAN, s.185 vd.

⁵²⁹ Benzer görüş için bkz. EREN, s.812; YAĞCIOĞLU, s.80.

Birden çok kişinin aralarında önceden veya en geç olay sırasında anlaşarak, bilerek isteyerek veya en azından birbirlerinin davranışlarından haberdar olarak haksız fiilleriyle zarara sebep olmaları halinde ortak kusur sorumluluğu söz konusu olur. Ortak kusur sorumluluğunda önemli olan husus, birlikte hareket iradesinin bulunmasıdır. Bu irade kasıtlı veya ihmali olabilir. Örneğin, A ve B' nin anlaşarak C' yi öldürmeleri halinde kast birliği söz konusu olur. Zarar verenler, gerekli dikkat ve özeni göstermeleri halinde birbirlerinin davranışlarından haberdar olacaklarsa, ihmal birliği söz konusu olur. Ayrıca ihmal birliği, zarar verenlerden birinin ihmali davranışı, diğerinin kasıtlı veya ihmali davranışı ile de gerçekleşebilir⁵³⁰. A' nın, mağazadaki bir kazağı ücretini ödememeksizin çantasına koyması sırasında bunu gören mağazanın güvenlik görevlisinin hiçbir davranışta bulunmaması ihmal birliğine örnektir.

Birden fazla kimsenin sözleşmeye dayanan sorumluluğunda, sözleşmenin ihlali hallerinden, sözleşmenin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesinde TBK. m.112' ye göre sorumluluk doğar. TBK. m.61 ve m.62' de tam teselsül eksik teselsül ayrımı terk edildiği için, bu hallerde de birden çok kişi gerçekleşen zararı müteselsil sorumluluk esasına göre tazmin eder⁵³¹.

Birden fazla kimse kanuna dayalı olarak da müteselsil sorumlu olabilir. Kanunla, daha çok sebep sorumluluğu doğuran haller ile kamu hukuku kuralları gereği devletin sorumluluğunu doğuran haller kastedilir. Birden çok zarar veren, aynı veya değişik türden sebep sorumluluğuna tabi olarak tazmin yükümlüsü olabilir⁵³².

B) BİRDEN ÇOK KİŞİNİN AYNI ZARARDAN ÇEŞİTLİ SEBEPLERDEN DOLAYI SORUMLU OLMALARI HALİNDE MÜTESELSİL SORUMLULUK

Birden çok kimse çeşitli sebeplerle aynı zarardan dolayı müteselsil sorumlu olabilirler. Aynı zarara yol açan çeşitli sebepler, haksız fiil, sözleşmeden doğan bir borcu ihlal ve kanunda yer alan kusursuz sorumluluk halleri olabilir. Bu halde, zarar verenlerden biri, aynı zararı haksız fiil, diğeri sözleşme, bir başkası da özen veya

⁵³⁰ EREN, s.812-813; OĞUZMAN/ÖZ, s.300; YAĞCIOĞLU, s.83.

⁵³¹ EREN, s.816; YAĞCIOĞLU, s.101.

⁵³² YAĞCIOĞLU, s.105.

tehlike sorumluluğuna göre tazmin eder. Örneğin, berber kalfası A, tıraş esnasında müşteri C' yi yaralamışsa, A haksız fiile göre, A' nın ustası B ise sözleşmeye göre gerçekleşen zararı müteselsilen tazmin etmekle yükümlüdür⁵³³.

Bu tür müteselsil sorumluluğun varlığı için zarara sebep olanların birbirlerinin davranışından haberdar olması veya zarar verenlerden birinin davranışının diğerinin davranışına bağlı olması şart değildir⁵³⁴.

III) MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

Aynı zarardan birden çok kişinin sorumlu olması halinde dış ilişki ve iç ilişki olmak üzere iki çeşit ilişki doğar. Dış ilişki, zarar verenlerle zarar gören arasındaki ilişkiyken, iç ilişki zarar verenler arasındaki ilişkidir⁵³⁵.

TBK. m.61 ve m. 62 ile dış ilişkide müteselsil sorumluluk ilkesi benimsenmiştir. Bu ilkeye göre tazminat yükümlülerinden her biri, zarar görene karşı, diğer yükümlü veya yükümlüler tarafından zararın tamamı tazmin edilinceye kadar sorumlu olur. Dolayısıyla müteselsil sorumlulardan her biri, zarar görene karşı zararın tamamından sorumludur⁵³⁶.

TBK. m.164/I' e göre, "*müteselsil borçlulardan biri, alacaklıya karşı, ancak onunla kendi arasındaki kişisel ilişkilerden veya müteselsil borcun sebep ya da konusundan doğan def'i ve itirazları ileri sürebilir*". Görüldüğü üzere, müteselsil borçlulardan her birinin, alacaklıya karşı ileri sürebileceği def' iler, kişisel def'i ve ortak def' i olmak üzere ikiye ayrılır⁵³⁷.

Ortak def' iler, bütün zarar verenler için tazminattan tamamen kurtulma veya belirli bir oranda indirim imkanı tanıyan def' ilerdir. Bunlar daha çok, zarar görenin davranışlarıyla ilgilidir. Zarar görenin ortak veya kişisel kusuru, yüksek gelir durumu buna örnektir⁵³⁸. TBK. m.164/II' ye göre, "*müteselsil borçlulardan biri ortak def'i ve itirazları ileri sürmezse, diğerlerine karşı sorumlu olur*".

⁵³³ EREN, s.817; OĞUZMAN/ÖZ, s.300; YAĞCIOĞLU, s.110.

⁵³⁴ TANDOĞAN, s.378 vd.; NOMER, Tazminat, s. 179.

⁵³⁵ EREN, s.817.

⁵³⁶ EREN, s.810vd.; OĞUZMAN/ÖZ, s.304; YAĞCIOĞLU, s.179vd.

⁵³⁷ EREN, s.819; YAĞCIOĞLU, s.188vd.

⁵³⁸ YAĞCIOĞLU, s.189.

Kişisel def'iden kaynaklanan tazminattan indirim sebebinden ise yalnızca kişisel def'iyi ileri süren zarar veren yararlanır. Bu tür def' iler kendi içinde ikiye ayrılır. Birinci tür kişisel def' iler, her bir zarar verenin durum ve davranışına, ikinci tür kişisel def' iler ise, zarar görenle zarar verenin durum ve zararlarının karşılaştırılmasına ilişkindir. Zarar verenlerin tamamının veya birinin kusurunun hafifliği birinci tür kişisel def' ilere örnekken; hatır işleri, her iki tarafın ekonomik durumunun eşitsizliği ise ikinci tür kişisel def' ilere örnektir⁵³⁹.

TBK. m.155/I' e göre, müteselsil borçlulardan birine karşı zamanaşımının kesilmesi halinde, zamanaşımı diğer borçlulara karşı da kesilmiş olur.

Rücu ilişkisini düzenleyen iç ilişki ise, zarar ve tazminatın müteselsil sorumlular arasında kesin ve nihai olarak paylaştırılması sorunuyla ilgilidir⁵⁴⁰. Rücu talebi, müteselsil sorumlu olan zarar verenlerden birinin, zarar göreni tamamen veya kısmen tatmin etmesi halinde, kendi payından fazla ödemede bulunarak başkasının borcunu yerine getirdiği oranda, diğer borçlulara ileri sürebileceği bir taleptir⁵⁴¹. Rücu hakkı, TBK. m. 62/II' de düzenlenmiştir. Buna göre, *“tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur”*.

Rücu ilişkisinde göz önünde bulundurulacak etkenler TBK. m.62/I' de düzenlenmiştir. Buna göre, *“tazminatın aynı zarardan sorumlu müteselsil borçlular arasında paylaştırılmasında, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğu göz önünde tutulur”*. Gerek birlikte haksız fiil işleyerek zarara sebep olanlar için gerekse farklı sebeplerle zarardan sorumlu olanlar için rücu imkanı ve oranları bu hükümde belirtilen prensiplere göre belirlenecektir⁵⁴².

⁵³⁹ EREN, s.819.

⁵⁴⁰ EREN, s.822.

⁵⁴¹ EREN, s.822; YAĞCIOĞLU, s.250.

⁵⁴² OĞUZMAN/ ÖZ, s. 304-305.

§9. ZAMANAŞIMI

D) GENEL OLARAK

Haksız fiil sonucu meydana gelen zararın istenebilmesi için hukuk düzeni tarafından belirli bir süre sınırlaması öngörülmüştür. Bu süre zamanaşımı süresidir⁵⁴³. Söz konusu süre, hakkı sona erdirmeyip sadece onun dava edilebilme niteliğini ortadan kaldıran ve dolayısıyla onu eksik borç haline dönüştüren süredir⁵⁴⁴. Haksız fiil sorumluluğunda zamanaşımı süresinin temel amacı ve işlevi, sorumluluğun zamanla sınırlandırılması, belirsiz süre boyunca sorumlu kişinin tazminat baskısı altında kalmamasıdır⁵⁴⁵.

Haksız fiilden doğan tazminat talebi, hukuki niteliği itibarıyla bir alacak hakkı olmasına rağmen, kanun koyucu bu talebin tabi olduğu zamanaşımı süresini, alacak haklarına ilişkin zamanaşımı sürelerinin düzenlendiği TBK. m.146 vd. hükümlerinden ayırarak TBK. m.72’de özel olarak düzenlemiştir. Ancak, bu ayırım yalnız süreler ve bunların başlangıç anı yönünden olup; zamanaşımının durması, kesilmesi gibi konularda genel hükümler uygulanmaktadır⁵⁴⁶.

TBK. m.72’ ye göre, *“tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır”*. Görüldüğü üzere, söz konusu hükümde üç türlü zamanaşımı süresi öngörmüştür. Bunlar; sübjektif ve nispi nitelikte olan iki yıllık zamanaşımı süresi, objektif ve mutlak nitelikte olan on yıllık zamanaşımı süresi ve olağanüstü nitelikte olan ceza zamanaşımı süresidir. Bu süreler, TBK. m.148’ de öngörülen, *“bu ayırimda belirlenen zamanaşımı süreleri, sözleşmeyle*

⁵⁴³ NARTER, s.21.

⁵⁴⁴ TİFTİK, s.178.

⁵⁴⁵ YHGK., 16.09.2015, 2014/17-116E., 2015/1771K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 28. 01.2017).

⁵⁴⁶ EREN, s.830; OĞUZHAN/ÖZ, s.72.

değiştirilemez” hükmünün yer aldığı ayrımda belirlenmemiştir⁵⁴⁷. Bu nedenle, taraflar dilerse bir sözleşmeyle bu süreleri uzatıp kısaltabilirler⁵⁴⁸.

II) İKİ YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ

TBK. m. 72’ ye göre, maddi tazminatı talep hakkı, zarar göreninin, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Bu nedenle, iki yıllık zamanaşımı süresi bu iki husustan hangisi daha sonra öğrenilmişse, o tarihinden itibaren işlemeye başlar⁵⁴⁹. Zarar görenin tüzel kişi olması halinde, iki yıllık sürenin başlayacağı tarih, tüzel kişinin dava açmaya yetkili organın, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarih esas alınarak belirlenir⁵⁵⁰.

İki yıllık zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için, her şeyden önce zarar görenin, zarar verici fiil veya olayı değil, zararın varlık ve niteliğiyle unsurlarını, öğrenmesi gerekir. Öğrenebilecek durumda olmak zamanaşımının işlemeye başlamasına yol açmaz. Ayrıca, zararın miktar ya da kapsamı gibi tazminatın hesabına yarayacak bütün ayrıntıların bilinmesi aranmaz⁵⁵¹.

Zarar veya zarar verici fiil devam ettiği sürece, zarar görenin zararı öğrenmesi mümkün değildir. Bu nedenle, zararın öğrenilmesi, zarar verici fiil veya olayın sona ermesini gerektirir. Sürekli zararlar da zarar, ancak zararın kesin olarak gerçekleştiği zaman öğrenilebileceği için iki yıllık süre de, zararın kesin olarak gerçekleştiği anda işlemeye başlar. Örneğin, A, B’ nin pamuk tarlasının suyunu on gün süreli olarak kesmiş ve bunun sonucunda pamuklar kurumuşsa, on gün için bir bütün halinde tek zarar meydana gelir⁵⁵². Bu tek zarar, on günün sonunda kesinleştiği için zarar görenin zararı daha önceden öğrenmesi mümkün değildir.

Ayrı ayrı zamanlarda tekrarlanan kesintili fiil veya olaylarla birbirinden bağımsız birden çok zarar verilmişse, bunların her biri bağımsız bir zarar

⁵⁴⁷ Söz konusu hükümde yer alan “bu ayrım”, Borçlar Kanunun birinci kısmının üçüncü bölümü olan “Borçların ve Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Zamanaşımı”nın ikinci ayrımı olan “zamanaşımı”dır.

⁵⁴⁸ EREN, s.830.

⁵⁴⁹ NARTER, s. 25.

⁵⁵⁰ YHGK., 09.10.2013, 2013/4-36E., 2013/1457K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 10. 02.2017).

⁵⁵¹ OĞUZMAN/ÖZ, s.74; TİFTİK, s.179; GÖKCAN, s.929.

⁵⁵² EREN, s.831; OĞUZMAN/ÖZ, s.75.

olduğundan, her yeni zarar yeni bir zamanaşımı süresinin işlemeye başlamasına yol açar⁵⁵³.

Bedensel bütünlüğün ihlalden doğan zararlarda, hekim veya bilirkişi raporları, iki yıllık sürenin başlaması için yeterlidir. Bir sonraki başlıkta incelediğimiz on yıllık zamanaşımı süresi içinde, zarar görenin önceden tahmin edemeyeceği gelişme sonucu yeni bir zarar oluşması halinde, yeni zarar için yeni bir iki yıllık zamanaşımı işlemeye başlar. Bedensel zararın birçok kalemden oluşması halinde, iki yıllık zamanaşımı süresi, en son zarar kaleminin gerçekleşip, toplam zararın öğrenildiği tarihte işlemeye başlar⁵⁵⁴.

İki yıllık zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması için zarar görenin zarardan başka tazminat yükümlüsünü de öğrenmesi gerekir. Sorumlunun kişilik ve kimliği hakkında kesin bilgi gerekli olup, şüphe yeterli değildir. Nitekim davalının şahıs ve kimliğinin tam olarak tespit edilememesi halinde dava husumet yönünden reddedildiği için zarar gören, davalının şahsını ve sorumluluğunu kuran olay ve durumları öğrenmek zorundadır⁵⁵⁵.

Davacının yanılarak gerçekte sorumlu ya da fail olmayan kişiye dava açması halinde yargılama sırasında bu kişinin değil de başkasının sorumlu olduğu anlaşılmışsa, zamanaşımı bu gerçek kişinin öğrenildiği an başlayacaktır⁵⁵⁶.

III) ON YILLIK ZAMANAŞIMI SÜRESİ

TBK. m.72/I' e göre, haksız fiil sebebiyle tazminat davası açma hakkı, herhalde zarar verici fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Görüldüğü üzere, zarar ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmemesi nedeniyle iki yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlamamış olsa bile, her halde haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren on yılın geçmesiyle tazminat davası açma hakkı zamanaşımına uğrar⁵⁵⁷.

⁵⁵³ EREN, s.831; KILIÇOĞLU A., s. 423.

⁵⁵⁴ EREN s.832, OĞUZMAN/ÖZ, s.75.

⁵⁵⁵ EREN, s.832; TİFTİK, s.179.

⁵⁵⁶ GÖKCAN, s.931.

⁵⁵⁷ NARTER, s. 26.

Zarar görenin on yıllık zamanaşımı süresinin sona ermesinden bir yıl önce zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmesi halinde, on yılın tamamlanmasına kadar kalan süre olan bir yıl içinde tazminat talebinde bulunmazsa, bu talep zamanaşımına uğrar. Aksi halin kabulü, on yıllık zamanaşımı süresini uzatacağı için bu sürenin öngörülmesini anlamsız kılar. Ayrıca, on yıllık süre içinde, zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren başlayan iki yıllık süre dolmuşsa, artık on yıllık üst sürenin rolü kalmaz⁵⁵⁸.

Zarar verici fiil veya olay ile zararın gerçekleşmesi arasında on yıldan daha uzun bir süre geçmesi halinde, on yıllık zamanaşımı süresi, bu fiil veya olayın sona erdiği andan itibaren işlemeye başlamalıdır. Aksi takdirde, örneğin, nükleer bir santralden sızan radyasyona maruz kalan bir kimse, 15 yıl sonra kanser hastalığına yakalanmışsa bu maddeye göre tazminat davası açamaz. Bu halde, söz konusu on yıllık zamanaşımı süresinin mutlak olarak uygulanması, zarar gören yönünden tatmin edici olmaz⁵⁵⁹.

IV) CEZA ZAMANAŞIMI SÜRESİ

Hukuka aykırı fiillerin büyük çoğunluğu, hem suç hem de haksız fiil teşkil eder. Bu şekilde bir fiilin, hem sorumluluk doğurması hem de ceza kanunlarına göre cezayı gerektirmesi halinde hem iki yıllık hem de on yıllık zamanaşımı süreleri yönünden TBK. m.72/I uygulanır⁵⁶⁰. Söz konusu hükme göre, haksız fiil sorumluluğu, tazminat ceza kanunlarında daha uzun bir zamanaşımının öngörüldüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır. Zira cezalandırma, yaptırım olarak tazminattan daha ağırdır.

Bu durumda uygulanacak ceza zamanaşımı, “dava zamanaşımı” olup “ceza infaz zamanaşımı” değildir⁵⁶¹. TCK. m.66’ da düzenlenen ceza davası zamanaşımı süreleri fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar⁵⁶². Bu sürenin uygulanabilmesi için birlikte bulunması gereken iki şart vardır. Bunlar, zarar verici fiilin aynı zamanda cezayı gerektiren bir fiil olması ve bu fiil için ceza kanunlarının

⁵⁵⁸ OĞUZMAN/ÖZ, s.76; NARTER, s. 26.

⁵⁵⁹ EREN, s.833-834; OĞUZMAN/ÖZ, s.76-77.

⁵⁶⁰ EREN, s.836.

⁵⁶¹ EREN, s.834; NARTER, s. 26.

⁵⁶² EREN, s.834; OĞUZMAN/ÖZ, s.77; NARTER, s.26.

öngördüğü zamanaşımı süresinin Borçlar Kanunun' daki zamanaşımı sürelerinden daha uzun olmasıdır.

İlk şart, zarar verici fiilin Ceza Kanunu veya ceza hükmü taşıyan bir kanunun suç saydığı bir fiil olmasıdır. Söz konusu yasa hükmü, ceza zamanaşımının uygulanabilmesi için sadece fiilin aynı zamanda bir suç oluşturmasını yeterli görmektedir. Bu nedenle, bu sürenin uygulanması için, fail hakkında mahkumiyet kararıyla sonuçlanmış bir ceza davasının varlığına, hatta böyle bir ceza davasının açılmasına ya da zarar görenin o davada tazminat yönünden bir talepte bulunmuş olmasına gerek yoktur⁵⁶³. Bundan başka, fiilin kovuşturulmasının şikayete bağlı bir suç teşkil edip etmemesi de önemli değildir. Zira şikayet, ceza davasının açılabilmesinin bir şartıdır. Bu bakımdan şikayet süresinin geçirilmesinden ötürü, ceza davasının açılmamış olması, bu davaya ilişkin zamanaşımı süresinin, tazminat davasına uygulanmasına engel değildir⁵⁶⁴.

Diğer şart ise, ceza kanunlarının öngördüğü zamanaşımı süresinin, sorumluluk hukukundaki süreden daha uzun bir süre olmasıdır⁵⁶⁵. Ceza Kanununda ya da ceza hükümlerini taşıyan özel kanunlarda bu fiil için kabul edilen zamanaşımı süresi, Borçlar Kanunun' daki iki yıllık süreden daha kısaysa, o zaman yine TBK. m. 72/I' deki süre uygulanır⁵⁶⁶.

Bir af kanunu ile genel af kabul edildiği için fail cezalandırılmaktan kurtulursa, artık hukuk mahkemesinde tazminat davası için ceza davası zamanaşımı uygulanamayacağı kabul edilir. Bu halde, TBK. m.72/I' de yer alan zamanaşımı süresi bu tarihten itibaren işlemeye başlar. Buna karşın özel af söz konusuysa, fiilin suç vasfı devam edeceği için ceza davası zamanaşımının dikkate alınması gerektiği kabul edilir⁵⁶⁷.

⁵⁶³ Y. 17. HD., 15.06.2015, 2015/7828E., 2015/8740K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 10. 02.2017).

⁵⁶⁴ YHGK., 05.06.2015, 20014/17-2198E., 2015/1495K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 10. 02.2017).

⁵⁶⁵ GÖKCAN, s.935

⁵⁶⁶ YHGK., 16.09.2015, 2014/17-116E., 2015/1771K. (www. corpus. com.tr, Erişim Tarihi: 10. 02.2017).

⁵⁶⁷ OĞUZMAN/ÖZ, s.78.

Zarar görenin, araç işletenin sigortacısına karşı sahip olduğu doğrudan doğruya dava hakkında da TBK. m.72/I' de düzenlenen ceza zamanaşımı süresi uygulanır⁵⁶⁸.

V) ZARAR GÖRENİN DAİMİ DEF' İ HAKKI

TBK. m. 72/II' ye göre, *“haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamanaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir”*. Söz konusu hüküm emredici nitelikte olduğu için zarar gören ileride böyle bir def'i hakkını ileri sürmekten önceden feragat edemez. Fakat bu hak doğduktan sonra vazgeçmek mümkündür⁵⁶⁹.

Bu def'i hakkı, aldatma ve korkutma sonucu borç altına girme hallerinde sözleşmeyi iptal hakkının sona ermesinden sonra önem taşır. Nitekim sözleşmenin aldatmanın ve korkutmanın öğrenilmesinden itibaren bir yıl içinde iptal edilmesi halinde borcun geçerli olması önlenir. Bu yüzden sözleşmenin bir yıl içinde iptal edilmemesi nedeniyle, sözleşmenin zarar gören aleyhine bir borç, zarar veren lehine bir alacak doğurması durumunda zarar verenin bu alacağı talep etmesi üzerine zarar gören haksız fiil def' i ileri sürebilir⁵⁷⁰.

VI) RÜCU İSTEMİNİN TABİ OLDUĞU ZAMANAŞIMI

TBK. m.73' de, tazminat yükümlüsünün zarar görenin uğradığı zararı tamamen ödemesinden sonra diğer sorumlulara karşı haiz olduğu rücu hakkına ilişkin zamanaşımı süresi düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre, *“rücu istemi, tazminatın tamamının ödendiği ve birlikte sorumlu kişinin öğrenildiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde tazminatın tamamının ödendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar”*.

Ayrıca, tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Söz konusu kişinin, bu bildirimi

⁵⁶⁸ EREN, s.836.

⁵⁶⁹ EREN, s.837.

⁵⁷⁰ OĞUZMAN/ÖZ, s.80.

yapmaması halinde, zamanaşımı, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar.

§10. MADDİ TAZMİNATI TALEP HAKKININ MİRASÇILARA GEÇMESİ

Maddi tazminat isteme hakkı, ister aynen, ister nakden olsun, mameleki nitelikte bir alacak hakkı olduğundan zarar görenin mirasçılara geçebilir. Bu nedenle zarar gören dava açmadan önce ölmüş olsa bile mirasçılar, zarar gören sıfatıyla değil; fakat mirasçı sıfatıyla ve halefiyet yoluyla, zarar gören yerine maddi tazminat davası açabilirler. Söz konusu talep hakkı, zarar görenin hayattayken bu tazminattan feragat etmemesi veya sulh olmaması ve de hakkın zamanaşımına uğramaması kaydıyla aynen mirasçılara geçer⁵⁷¹.

Çalışma gücünün kaybına ilişkin maddi tazminat hakkının, davanın açılmasından önce veya davanın açılmasından sonra gerçekleşen ölüm üzerine mirasçılara geçeceği kabul edilmiştir⁵⁷².

Zarar verenin destekten yoksun kalma tazminatını ödemediği önce ölmesi halinde bu borç zarar verenin mirasçılara geçer⁵⁷³. Buna karşın, destekten yoksun kalanın ölmesi halinde mirasçılarının destekten yoksun kalma tazminatını talep edemeyeceği tartışmalıdır. Bir görüşe göre, bu tazminat hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, ölüm ile destek ihtiyacı sona ermiş olur ve hiçbir şekilde mirasçılara geçmez⁵⁷⁴. Diğer görüşe göre, destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin dava açıldıktan sonra davacı ölmüşse, bu davaya mirasçılar devam edebilecektir⁵⁷⁵. Bizimde katıldığımız bir diğer görüşe göre, bu tür bir ayrıma gidilmeksizin bu tazminat hakkının mirasçılara geçebileceği gibi, bu hakkın devredilebileceği de kabul edilmektedir⁵⁷⁶. Fakat bunun için destekten yoksun kalanın ölümünden önce bakıma muhtaç hale düşmesi gerekir. Bu halde, mirasçılar, mirasbırakanın ihtiyacının doğduğu andan ölümü anına kadarki süre için maddi tazminat davası açabilirler⁵⁷⁷.

⁵⁷¹ EREN, s.777; TİFTİK, s.167.

⁵⁷² GÖKCAN, s.780.

⁵⁷³ EREN, s.755.

⁵⁷⁴ GÖKCAN, s.780.

⁵⁷⁵ TEKİNAY, s.75.

⁵⁷⁶ TANDOĞAN, s.300; TİFTİK, s.166.

⁵⁷⁷ EREN, s.755.

SONUÇ

Borçlar Kanunumuza göre, borç kaynaklarından biri de haksız fiillerdir. Nitekim hukuk düzeninin öngördüğü genel ödevlerin ihlal edilerek başkasına zarar verilmesi halinde ihlal edenin sorumluluğu doğar. Haksız fiil nedeniyle maddi tazminat borcunun doğabilmesi için bir takım unsurların bulunması gerekir. Bu unsurlar; fiil, hukuka aykırılık, maddi zarar, uygun illiyet bağı ve kusurdur.

Fiil, bir insanın yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşen iradi davranışdır. Bir fiilin, sorumluluk doğurabilmesi için hukuka aykırı olması gerekir. Bu nedenle, somut olayda hukuka uygunluk sebepleri bulunmamalıdır. Hukuka uygunluk sebepleri, TBK. m.63, TBK. m.64 ve TMK. m.24/II' de öngörülmüştür. Söz konusu hükümlere göre, zarar görenin rızası, üstün nitelikte özel yarar, üstün nitelikte kamusal yarar, kanunun verdiği yetkinin kullanılması, haklı savunma, zorunluluk hali ve kendi hakkını korumak için kuvvet kullanma hukuka uygunluk sebepleridir.

Haksız fiil nedeniyle maddi tazminat borcunun doğabilmesi için mutlaka maddi bir zararın gerçekleşmiş olması gerekir. Maddi zarar, malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile söz konusu fiilin sonucunda aldığı durum arasındaki farktır. Özellikle Alman hukukundan kaynaklanan bir akıma göre, haksız fiile maruz kalan kişinin malvarlığında bir eksilme olmasa dahi, belirli tip olaylarda zararın hukuken gerçekleşmiş olduğu kabul edilir. Bu tip zararlara normatif zarar denir. Hukukumuzda normatif zarar kavramıyla ulaşılmak istenen sonuca geleneksel maddi zarar anlayışı (fark teorisi) ve manevi tazminatla ulaşılabilmesi nedeniyle, manevi haz ve rahatlık verici olanaklardan yoksunluğa ayrıca maddi tazminat tanınması kanunumuzun mevcut sistemiyle bağdaşmamaktadır.

Haksız fiil nedeniyle hukuki sorumluluğun doğabilmesi için zarar ile hukuka aykırı fiil arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Bu nedenle, zarara sebep olan fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağını kesen sebeplerin bulunması halinde sorumluluk doğmaz. Bu sebepler, mücbir sebep, zarar görenin kusuru ve üçüncü kişinin kusurudur.

TBK. m.49/I' de haksız fiil sorumluluğunda kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edilmiştir. Sorumluluğun doğabilmesi için kusurun derecesi

önemli değildir. Bunun tek istisnası TBK. m.49/II' de öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre, ahlaka aykırı fiilden dolayı sorumluluğun doğabilmesi için zarar verme kastı bulunmalıdır.

Bu unsurların bulunması halinde, sorumlu kişinin, haksız fiil nedeniyle maddi tazminat borcu doğar. Maddi tazminatın belirlenebilmesi için öncelikle maddi zararın belirlenmesi gerekir. Maddi zarar eşyaya ilişkin olabileceği gibi, kişiye ilişkin de olabilir. Doktrinde ve Yargıtay'ın yerleşik uygulanmasında, eşyaya ilişkin zararın hesaplanmasında fark teorisi benimsenmiştir. Bu teoriye göre eşyaya ilişkin zarar, malvarlığının haksız fiilden önce ve sonra gösterdiği iki durum arasındaki farka göre hesaplanır.

Kişiye ilişkin zararların hesaplanması, Borçlar Kanunumuzda bedensel bütünlüğün ihlali halinde ve ölüm halinde olmak üzere ayrı ayrı incelenmiştir. Bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan maddi zararın kapsamı, TBK. m.54' de belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre, bedensel zararlar özellikle tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardır. Bu zararların hükümde "özellikle" belirtilmesi nedeniyle bedensel bütünlüğün ihlalinden doğan zararların, yalnız bu zararlarla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır.

Haksız fiil nedeniyle zarara uğrayan bir kimsenin özel sağlık kuruluşunda tedavi edilmiş olması halinde, bu tedavi giderlerinin zarar veren tarafından karşılanmasına ilişkin görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay' ın bu hususa ilişkin kararlarının çoğunluğu somut olaydaki olguların değerlendirilmesi halinde özel hastanede tedavi görülmesinin uygun olması halinde, bu tedavi giderlerinin talep edilebileceği doğrultusundadır.

Kazanç kaybı geçici nitelikte ve mevcut duruma yönelikken, çalışma gücünün azalmasından ya da yitilmesinden doğan kayıplar geleceğe yönelik yoksun kalınan kardır.

Zarar görenin, çalışabileceği süre ve yaşama süresi, uğradığı kazanç kaybının belirlenmesinde etkilidir. Yargıtay tarafından benimsenen görüşe göre, olağan biçimde işi görebilme (çalışabilme) gücünün devam etme süresi kadın ve erkek

ayrımı yapılmaksızın kural olarak 60 yaşına kadardır. İş görebilirlik çağıının "60" yaş esasını aşması ya da altında kalması anılan kuralın istisnası olduğu için böyle bir durumda, bunun dayanakları ve nedenleri hükmün gerekçesinde gösterilmelidir.

TBK. m.53'e göre, ölüm halinde uğranılan zararlar özellikle; cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplardır. Hükümde yer alan "özellikle" ifadesi, ölüm halinde talep edilebilecek giderlerin bunlarla sınırlı olmadığını göstermektedir.

Haksız fiiliyle bir kimsenin ölümüne neden olan kişi, gerçek defin gideri zararlarının tazminiyle sorumlu olup ölenin kendi milli değerlerine, yerel örf ve adetlerine göre yaptığı özel cenaze giderlerinden de sorumlu olmalıdır. Nitekim bu özel giderler, ölenin yakınları tarafından karşılanmayacak olmasa dahi her koşulda yapılacak cenaze giderleridir. Bir başka ifadeyle, bu giderler sırf başkası tarafından karşılanacağı için yapılan giderler değildir. Bu nedenle dürüstlük kuralı çerçevesinde kaldığı sürece bu giderler de, haksız fiil sorumlusu tarafından karşılanmalıdır. Ayrıca, cenaze giderlerini, terekeye başvurmadan kim yapmışsa, giderin tazminini isteme hakkı da ona ait olmalıdır. Aksi takdirde terekeden ödenmemiş bir cenaze giderinin tazminini isteme hakkının mirasçılara tanınması isabetli olmaz.

Ölenin, bir kimsenin gerçek veya farazi desteği olması halinde o kimsenin haksız fiil sebebiyle destekten kaybindan doğan zararı söz konusu olur. Yargıtay, hizmet edimlerini de destek kavramı içinde benimsediği için yalnız ev işlerinde çalışan veya kocasının işyerinde kocasına yardım eden kadının da kocasının desteği olabileceğini kabul etmiştir.

Evlilik gerçekleşmemeksizin birlikte yaşayan kadın ve erkeğin destek ilişkisinin varlığının belirlenmesinde, birlikteliğin ahlaki değerlendirmesi yapılmalıdır. Eğer bu kişiler arasında cinsel ilişki karşılığı maddi menfaat sağlama ilişkisi varsa hukuken korunmaya değer bir desteğin olmadığı kabul edilmelidir. Buna karşın aralarında duygusal bir bağlılığa dayanan ve maddiyatın arka planda kaldığı bir ilişki varsa, destek kaybının bulunduğu kabul edilmelidir.

Uygulamada çocukların destek olma yaşı için 18 yaşı bitirilmesi esas alınır. Ancak, kanaatimizce ülkemize çocukların daha küçük yaşlardan itibaren aile içinde çeşitli işlere yardımcı olarak veya bir işte çalışarak aile bütçesine katkıda bulunmaları söz konusu olduğu için bu şekilde bir yaş sınırının belirlenmesi isabetli değildir. Nitekim İş Kanunu'nun 71. maddesine göre, 14 yaşını doldurmuş ve ilköğretimi tamamlamış olan çocuklar eğitime engel olmayan hafif işlerde çalıştırılabilirler.

Somut olayın özelliklerine göre zarar miktarının belirlenmesinde zarar verici olayın gerçekleştiği tarih göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim zarar görenin talep etmesi halinde olay tarihinden itibaren gecikme faizi uygulanır. Bu nedenle zarar gören para değerindeki düşmelerden etkilenmez. Ayrıca, gecikme faizine rağmen, zarar gören kişi, yargılamanın uzaması nedeniyle tahsil ettiği tazminatın, gerçek zararını karşılamadığını iddia etmesi halinde TBK. m.122 hükmünü işletmek suretiyle gecikme faiziyle karşılanamayan munzam zararının tazmin edilmesini talep edebilir.

Zararın hesaplanmasında haksız fiilin, zarar görenin malvarlığı üzerindeki olumsuz etkilerinin yanı sıra, olumlu etkilerinin de göz önünde tutulması ve yararlar zararın denkleştirilerek gerçek zararın bulunması gerekir. Haksız fiil sorumlusu tarafından sağlanan yararlar da taraf iradelerinden aksi açıkça anlaşılmadıkça denkleştirmeye tabi olmalıdır. Nitekim söz konusu kişinin üçüncü kişi kabul edilerek bu kişinin zarar görene yaptığı yardımı veya bağıışı, denkleştirmeye tabi tutmamak adil bir sonuç doğurmaz.

Yararın, zarar görenin göstermesi gereken mutad özen derecesini aşan özel bir özen ve çabadan kaynaklanan olaylar sonunda doğması veya artması halinde hakim, TBK. m.52/I' i kıyasen uygulamalı ve yararın tamamını zarardan indirmemelidir.

Doğması veya artması kuvvetle muhtemel olan bir yararın, zarar görenin kusurlu bir davranışıyla önlenmesi halinde, yarar gerçekleşmediği için denkleştirme yapılmamalıdır. Bu halde, hakim TBK. m.52/I' e göre gerçekleşmesi önlenen yararı, zararın doğması veya artması olarak değerlendirip, bunu zarardan değil tazminattan

indirmelidir. Ayrıca öldürülen desteğin, aynı zamanda zarar görenin mirasçısı veya vasiyet alacaklısı olması halinde de miras denkleştirmeye tabi olmamalıdır. Nitekim mirasçının kanunundan dolayı bir gün kazanacağı hakkını, yarar sayarak denkleştirmeye tabi tutmak adalete uygun düşmez.

Maddi zararın belirlenmesinden sonra buna göre tespit edilecek maddi tazminat çeşitli sebeplerle zararın miktarının altında kalabilir. TBK. m.52' de hükme bağlanan tazminattan indirim sebepleri, zarar görenin rızası, zarar görenin ortak kusuru ve tazminatın ödenmesinin zarar verenin mali durumunu kötüleştirmesidir. Tazminattan indirime sebep olan diğer sebepler ise, beklenmedik durum, zarar görenin bünyesinden kaynaklanan etkenler, uzak (zayıf) illiyet bağı, zarar görenin çok yüksek gelire sahip olması, hatır işleri gibi sebeplerdir.

Zarar görenin yalnız kusurlu değil, kusursuz davranışı da zararın ortak sebebi olarak tazminattan indirim sebebi olabilir. Bir başka ifadeyle, zarar görenin kusuruyla değil de hayvan bulundurma, adam çalıştırma gibi sebep sorumluluğu hallerini doğuran bir olayla, zararın doğmasına veya artmasına ortak sebep olarak katkıda bulunması halinde de tazminattan indirim yapılabilir.

Hakkaniyetin gerektirmesi halinde zarar verenin yoksulluğa düşecek olmasının, tazminattan indirim sebebi olabilmesi için sorumlu kişi yoksul olmamalı; zararın tam tazmini halinde yoksulluğa düşürecek olmalıdır. Zira sorumlu zaten ödemede acze düşmüşse yapılacak indirim, sadece zarar görenin hacze veya iflas masasına iştirakteki payını azaltır.

TBK. m.55/I' de destek kaybindan doğan zararlarla, bedensel zararların tazminatın "hakkaniyet düşüncesi ile azaltılamayacağı" belirtilmiştir. İndirim sebeplerinden indirimin "hakkaniyetin gerektirmesi" şartı, sadece TBK. m.52/II' de hükme bağlanmıştır. Bu nedenle bu yasağı dar yorumlayarak, sadece hakkaniyet gereği indirim yapılan bu madde hükmündeki durumla sınırlamak doğru olur. Ayrıca, TBK. m.75' e göre, "*bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir*". Bedensel zarar söz konusu olsa bile, mahkemece tazminata karar verilip kesinleşmesinden yani hükmün

kesinleşmesinden sonra bunun yeniden gözden geçirilmesi bizim hukuk sistemimize uymamaktadır. Böyle bir durumda yeni bir dava açılması mümkün olduğu için söz konusu hükmün uygulaması bulunmamaktadır.

TBK. m.117/II' ye göre haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren temerrüt faizi işletilmelidir. Ancak zararın haksız fiilden sonra gerçekleştiği bazı özel hallerde, temerrüt faizinin zararın meydana gelmesiyle işleyeceği kabul edilmelidir. Nitekim faiz, zararın bir unsuru olduğu için ancak gerçekleşmiş zararlar için söz konusu olur.

Haksız fiil sebebiyle aynı zarardan birden fazla kimse müteselsil sorumlu olur. Nitekim TBK. m.61' e göre, birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmaları halinde, bu kişiler zarardan müteselsil sorumlu olurlar. Birden fazla kimsenin aynı sebepten dolayı sorumlu olması halinde bu sebep, kusur, sözleşme veya kanun olabilir.

Hukuk sistemimizde, kural olarak, illiyet bağına kesecek yoğunluğa ulaşmayan üçüncü kişinin kusurunun, sorumlu kişinin davranışıyla birlikte zararlı sonucu doğurması halinde, üçüncü kişinin, zarar veren ile birlikte müteselsilen sorumlu olması ilkesi kabul edilmiştir. Bu nedenle TBK. m.52/I ile, hakimin, kusurun hafifliğini göz önünde bulundurarak tazminatta indirim yapmasına dolaylı olarak imkan verilse de, esasen, kusur sorumluluğunda üçüncü kişinin kusurunun, doğrudan doğruya bir indirim sebebi olarak kabul edilip uygulanması söz konusu değildir.

Maddi tazminat isteme hakkı, ister aynen, ister nakden olsun, mameleki nitelikte bir alacak hakkı olduğundan zarar görenin bu hakkının mirasçılara geçmesi de mümkündür. Destekten yoksun kalanın ölmesi halinde de mirasçılarının destekten yoksun kalma tazminatını talep edebileceği kabul edilmelidir. Fakat bunun için destekten yoksun kalanın ölümünden önce bakıma muhtaç hale düşmesi gerekir. Bu halde, mirasçılar, mirasbırakanın ihtiyacının doğduğu andan ölümü anına kadar olan süre için tazminat davası açabilir.

Sonuç itibariyle, bir kimsenin malvarlığında, başka bir kimsenin haksız ve kusurlu fiiliyle eksilme olması halinde, ortaya çıkan maddi zarar haksız fiil sorumlusu tarafından giderilmelidir. Haksız fiil nedeniyle maddi tazminatta, her

somut olayın özellikleri ayrı ayrı değeriendirilerek tespit edilen bu maddi zarara göre belirlenmektedir.