

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN MADDİ
ZARARIN TAZMİNİ

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MEHMET SALİH KARABAYIR

100016375

DANIŞMAN: PROF. DR. MUZAFFER ŞEKER

İSTANBUL, 2021

T.C.
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**HAKSIZ FİİLDEN KAYNAKLANAN MADDİ
ZARARIN TAZMİNİ**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

MEHMET SALİH KARABAYIR

100016375

DANIŞMAN: PROF. DR. MUZAFFER ŞEKER

İSTANBUL, 2021



T.C. İSTANBUL TİCARET
ÜNİVERSİTESİ

T.C.

İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZİ ONAY FORMU

Yüksek Lisans programı öğrencisi Özel Hukuk Mehmet Salih KARABAYIR in
Haksız Fikiden Kaynaklanan Maddi Zararın Tazmini
başlıklı tez çalışması,
Enstitümüz Yönetim Kurulu **02.02.2021** tarih ve **2021-518/19** sayılı kararıyla oluşturulan jüri tarafından
o ybirliği/oyçokluğu ile Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir..

UNVANI, ADI SOYADI

TEZ DANIŞMANI : Prof. Dr. Mustafa Seker

JÜRİ ÜYESİ : Prof. Dr. Hüseyin Hatemi

JÜRİ ÜYESİ : Prof. Dr. Ömer Cınar

(*) Yüksek lisans tez savunma jürileri en az biri kurum dışından olmak üzere danışman dahil en az üç öğretim üyesinden oluşur. Jürinin üç kişiden oluşması durumunda eş danışman jüri üyesi olamaz. Eş tez danışmanının jüri üyesi olması durumunda asıl jüri beş üyeden oluşur.

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	iv
GİRİŞ.....	v
§ 1. SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK HUKUKUNUN GENEL KAVRAMLARI	1
1.1. SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK KAVRAMI VE SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNDAN FARKLARI.....	1
1.2. GENEL OLARAK HAKSIZ FİİL KAVRAMI VE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI.....	3
1.2.1. HAKSIZ FİİL KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ.....	3
1.2.2. HAKSIZ FİİL KAVRAMI.....	4
1.2.3. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI	6
1.2.3.1. HUKUKA AYKIRI FİİL	7
1.2.3.1.1. FİİL	7
1.2.3.1.2. FİİLİN HUKUKA AYKIRI OLMASI.....	8
1.2.3.1.3. HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER (HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ)	9
a. Zarar Görenin (Mağdurun) Rızası	10
b. Kamu Hukukuna Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması.....	14
c. Özel Hukuka Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması	15
d. Haklı Savunma (Meşru Müdafaa)	15
e. İztırar Hali.....	18
f. Hakkını Kendi Gücüyle Koruma.....	19
g. Üstün Kamu Yararı Veya Üstün Özel Yarar Bulunmas.....	21
1.2.3.1.4. AHLAKA AYKIRI FİİLDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK VE ŞARTLARI	22
1.2.3.2. HUKUKA AYKIRI FİİLLE ZARAR VERİLMESİ	23
1.2.3.2.1. ZARAR	24
1.2.3.2.2. NEDENSELLİK BAĞI.....	24
a. Nedensellik Bağı Teorileri.....	24
b. Birden Çok Sebep Halinde Nedensellik Bağı.....	26
1.2.3.3. KUSUR	28
a. Kusur Kavramı.....	28
b. Kusur Çeşitleri.....	29
c. Kusur Açısından Fiil Ehliyeti	32

§2. MADDİ ZARARIN BELİRLENMESİ VE ZARAR ÇEŞİTLERİ.....	34
2.1. GENEL BAKIŞ.....	34
2.2. ZARAR ÇEŞİTLERİ	37
a. Fiili Zarar – Mahrum Kalınan Zarar	37
b. Kişiyeye Gelen Zarar – Eşyaya Gelen Zarar.....	38
c. Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar – Yansıma Zarar Salt Malvarlığı Zararı	39
d. Mevcut Zarar – Müstakbel (Gelecekteki) Zarar Muhtemel Zarar	40
2.3. ZARAR MİKTARININ BELİRLENMESİ	41
2.4. DENKLEŞTİRME	42
2.5. BEDENSEL ZARARLAR VE ÖLÜM HALİNDE ZARARIN BELİRLENMESİ	47
2.5.1. BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİ HALİNDE ZARARIN KAPSAMI	47
a. Tedavi Giderleri.....	48
b. Kazanç Kaybı	53
c. Çalışma Gücünün Azalmasından Ya Da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar	54
d. Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar	60
e. Diğer Masraflar ve Kayıplar	62
2.5.2. ÖLÜM HALİNDE ZARARIN KAPSAMI.....	62
a. Ölüm Hemen Gerçekleşmemişse Tedavi Giderleri İle Çalışma Gücünün Azalmasından Ya Da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar..	63
b. Cenaze Giderleri	64
c. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı	65
2.6. EŞYAYA GELEN ZARARIN KAPSAMI.....	73
§3. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA MADDİ ZARARIN TAZMİNİ	76
3.1. GENEL OLARAK	76
3.2. TAZMİN ŞEKLİNİN BELİRLENMESİ	77
3.3. TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ VE TAZMİNATIN İNDİRİLMESİ SEBEPLERİ.....	79
a. Failin Kusur Derecesinin Etkisi	80
b. Mağdurun Rızası	82
c. Mağdurun Birlikte (Müterafık) Kusuru	83
d. Mağdurun Sorumlu Olduğu Diğer Haller.....	85
e. Failin Yoksulluğa Düşecek Olması	86

	f. Diğer İndirim Sebepleri.....	86
	g. İndirim Yasağı	89
3.4.	TEMERRÜT FAİZİ	89
3.5.	ZAMANAŞIMI	90
3.6.	TAZMİNAT DAVASI	97
3.6.1.	KONUSU	97
3.6.2.	TARAFLAR	97
3.6.3.	YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME.....	98
3.6.4.	İSPAT	100
3.6.5.	KARAR	102
3.6.6.	CEZA HUKUKU KURALLARININ VE CEZA MAHKEMESİ KARARININ ETKİSİ.....	104
3.7.	MÜTESELSİL SORUMLULUK VE SEBEPLERİN YARIŞMASI.....	105
3.7.1.	SEBEPLERİN YARIŞMASI	105
3.7.2.	MÜTESELSİL SORUMLULUK.....	108
3.7.3.	KARŞILIKLI SORUMLULUK.....	112
	SONUÇ.....	114
	KAYNAKÇA	121

KISALTMALAR

age.	: Adı Geçen Eser
AYM	: Anayasa Mahkemesi
BK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
c.	: Cümle
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
f.	: Fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KTK	: 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanunu
m.	: Madde
MK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
N	: Number
No	: Numara
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBHKG	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

GİRİŞ

Haksız fiilden kaynaklanan maddi zararın tazmini, insanlar arası ilişkilerin başladığı tarihi dönemlerden bu yana çözüm aranan bir konudur. İnsanların birlikte yaşamaya başladığı dönemlerde insanlar arası ilişkiler gelişmiş ve insanlar arası etkileşim artmıştır. Bu etkileşim zaman zaman maddi zarar meydana getiren haksız fiil sonucunu da doğurmuştur. Bu nedenle haksız fiil sonucunda meydana gelen maddi zararın tazmini için çözümler aranmış ve farklı tazmin yolları geliştirilmiştir. Tarihsel sürecin ilk dönemlerinde suç ve haksız fiil arasında bir ayrım yapılmamış olup mağdurun zararını tazmin amacı güdülmeksizin faili cezalandırma amacıyla zamanla bir diyet usulüne dönen belli bir bedel ödenmesi usulü uygulanmıştır. Maddi zararın giderilmesi amacıyla ödenen tazminatın temelini oluşturan bu uygulama zaman içerisinde değişmiş ve failin cezalandırılması değil de mağdurun zararının giderilmesini amaçlayan bir kurum haline gelmiştir.

Günümüzde insan nüfusunun artması, teknolojinin hızlı bir şekilde gelişmesi ve insanların gerek birbirleriyle gerek teknolojik araçlarla yoğun bir şekilde etkileşimde olması nedenleriyle zarar meydana getiren haksız fiiller her geçen gün artmaktadır. Bu kapsamda motorlu araçların yaygınlaşması, sanayi ve endüstride kullanılan teknolojik araçların artması, internetin haksız fiil oluşturan eylemlerde aracı olarak kullanılması gibi durumlar nedeniyle haksız fiil kavramının sınırları her geçen gün genişlemektedir. Çalışmamızda haksız fiilden kaynaklanan maddi zararın tazmini konusunun seçilmesinin esas nedeni, haksız fiil kavramının her geçen gün sınırlarının genişlemesi ve bu fiiller neticesinde daha çok maddi zararın ortaya çıkmasıdır. Çalışmamızda bu konuda öğretilerdeki görüşler ile birlikte uygulamanın da daha iyi anlaşılabilmesi açısından Yargıtay kararlarına yer verilmiş olup haksız fiilde maddi zararın tazmini konusunda açıklayıcı bir çalışma yapılması amaçlanmıştır.

Çalışmamızın ilk bölümünde sözleşme dışı sorumluluk hukukunun genel kavramları, sözleşme dışı sorumluluk kavramının sözleşme sorumluluğundan farkları ile haksız fiil kavramı kısaca incelenmiş ve haksız fiilin unsurları olan hukuka aykırılık, fiil, zarar, nedensellik bağı ve kusur kavramları açıklanmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde maddi zararın belirlenmesi süreci ve maddi zarar türleri incelenmiştir. İleride hükmedilecek maddi tazminatın üst sınırını oluşturan maddi zararın belirlenmesinin önemi vurgulanarak bedensel zararlar, kişinin ölümü halinde meydana gelen zararlar ve eşyaya gelen zararlar ayrı başlıklar altında incelenmiştir. Ayrıca maddi zararlar da fiili zarar-mahrum kalınan kar, kişiye gelen zarar-eşyaya gelen zarar, doğrudan zarar-dolaylı zarar- yansıma zarar- salt malvarlığı zararı ve mevcut zarar-müstakbel zarar- muhtemel zarar olmak üzere çeşitli gruplandırmalara tabi tutularak detaylarıyla ve örneklerle açıklanmıştır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde haksız fiil neticesinde meydana gelen maddi zararın tazmini süreci detaylarıyla açıklanmıştır. Zararın belirlenmesi sürecinin ardından tazminatın belirlenmesi süreci incelenmiş ve tazminattan indirim yapılmasını gerektiren sebepler ayrı ayrı incelenmiştir. Bu bölümde son olarak hâkimce belirlenecek tazmin şekli ile tazminata uygulanacak temerrüt faizi konuları incelenmiştir. Bu bölümün son kısmında haksız fiil neticesinde meydana gelen maddi zararın tazmini konusunda açılacak tazminat davasının konusu, tarafları, ispata ilişkin kurallar ile davaya bakmakla yetkili ve görevli mahkemeler incelenmiş ardından maddi tazminat talepleri açısından geçerli olan normal ve azami zamanaşımı süreleri ve bu sürelerle ilişkin uygulanacak hükümler ile dava sonucunda verilecek karar açıklanmıştır. Bu bölümde haksız fiil teşkil eden eylemin aynı zamanda bir suç oluşturması durumunda ceza hukuku kurallarının ve ceza mahkemesi kararının maddi tazminat davasına etkisi incelenmiştir. Bölümün en sonunda meydana gelen zarar açısından birden çok sebep bulunması halinde bunların nasıl değerlendirileceği ve müteselsil sorumluluk halinde uygulanacak hükümler incelenmiştir.

§1. SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK HUKUKUNUN GENEL KAVRAMLARI

1.1. SÖZLEŞME DIŞI SORUMLULUK KAVRAMI VE SÖZLEŞME SORUMLULUĞUNDAN FARKI

Sorumluluk hukuku, zarar görenin uğramış olduğu zararın zarar veren tarafından giderilmesi konusunu incelemekte olup bu nedenle tazminat hukuku olarak da adlandırılmaktadır. Sorumluluk hukuku, öğretide ve uygulamada çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Bu kapsamda sorumluluk hukuku, geniş anlamda sözleşme dışı ve sözleşmeden doğan sorumluluğu yani akdi sorumluluğu kapsayacak şekilde kullanılırken, dar anlamda yalnızca sözleşme dışı sorumluluğu kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Sorumluluk hukuku konusundaki bir diğer kullanım ise en dar anlamda kullanım olarak da tanımlanan ve yalnızca özel kanunlarda düzenlenmiş kusursuz sorumluluk hallerini yani tehlike ve sebep sorumluluğunu kapsayan kullanımdır. Tüm bu kullanımlardan görüleceği üzere sorumluluk bir borç kaynağı olup zarar verenin zarar görene karşı zararını tazmin etme amacını taşımaktadır.¹

Kişiler, esasen kendi şahıs veya malvarlıklarında meydana gelen zararlara katlanmak zorunda iken sorumluluk sebepleri olarak tanımlanan bazı sebeplerin bulunması halinde uğramış oldukları zararın başka bir kişiye yükletilmesini talep edebilmektedirler. Diğer bir deyiş ile; kusur, sözleşme veya kanundan doğan sorumluluk sebeplerinden birinin varlığı halinde zarar gören zararının karşılanmasını bir başka kişiden isteyebilecektir. Bu sebeplerden kusur sorumluluğu BK. M. 49 hükmü ile düzenlenmiş olup kusurlu bir davranış ile başkasına zarar veren kimsenin bu zararı gidermekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Yine sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi bir kişinin başkasının uğrayacağı bir zararı yani yükümlülüğü kendi üstüne alması durumunda da zarar, zarar görenden bir başkasına yükletilmiş olmaktadır. Son olarak kusursuz sorumluluk hallerinde olduğu gibi herhangi bir kusur veya sözleşmeye gerek

¹ Eren, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, 2020.s. 552-553.; İmre, Zahit : Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1994. s. 5.; Antalya, Osman G.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:II, İstanbul, 2019. s. 1 vd.

olmaksızın yalnızca bir kanun hükmü ile düzenlenmesi nedeniyle zarar bir başkası tarafından tazmin edilecektir.²

Yukarıda ifade edildiği üzere geniş anlamda sorumluluk, sözleşme sorumluluğu ve sözleşme dışı sorumluluğu kapsamakta olup esasen her iki sorumluluk türü de zarar verenin zarar görene verdiği zararın giderilmesi amacını taşımaktadır. Her iki sorumluluk türü de hukuki ödevlere aykırı hareket etmeme temeline dayanmaktadır. Bu kapsamda, hukuk düzeninin kişilere uymaları için yüklemiş olduğu yükümlülükler olarak tanımlanan hukuki ödevler, genel, özel veya nispi yükümlülükler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Genel yükümlülükler, toplumda yaşayan her bir birey tarafından uyulması gereken objektif ve soyut nitelikteki yükümlülükler olup emredici hukuk kurallarıdır. Bu kurallara uyulmaması neticesinde sözleşme dışı sorumluluk söz konusu olacaktır. Buna karşılık özel veya nispi yükümlülükler, hukuki işlemlerden, sözleşmelerden veya kanundan doğan yükümlülüklerdir. Sözleşmeden kaynaklanan asli ve yan yükümlülükler borçlu ile alacaklı arasında var olan sözleşmesel ilişkiden kaynaklandığından bu yükümlülükler ancak taraflardan biri tarafından ihlal edilebilir. Böyle bir ihlalin sonucunda meydana gelen zararı tazmin yükümlülüğüne ise sözleşme sorumluluğu denilmektedir.³ Diğer bir deyiş ile; taraflar arasında düzenlenen sözleşme nedeniyle sözleşmeden kaynaklı edimi yerine getirmeyen veya kötü ifa eden diğer tarafın zararını gidermekle yükümlü olup bu anlamdaki sorumluluğa akdi sorumluluk denilmektedir.⁴

Sözleşme dışı sorumluluk ile sözleşme sorumluluğu arasındaki bir diğer farklılık ise sözleşme sorumluluğunda taraflar arasında zarardan önce nispi bir hukuki ilişki bulunmakta ve zarar da bu ilişkiden kaynaklanmakta iken sözleşme dışı sorumlulukta zarardan önce böyle bir ilişki bulunmamakta ve bu ilişki ancak genel ödev ihlalinin yani zarar verici olayın gerçekleşmesinden sonra doğmaktadır.⁵

Öğretide yer alan bir görüşe göre sorumluluk borcunun kaynakları temelde 4 gruba ayrılmaktadır. Bunlar; haksız fiil borç ilişkisi yani kusura dayanan sorumluluk, sözleşmeye aykırılık, edim yükümlülüklerinden bağımsız borç ilişkisinin ihlali (culpa in

² Eren, s. 554-555.

³ Eren, s. 575-576.

⁴ Hatemi, Hüseyin : Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 1998. s. 1.

⁵ Eren, s. 576.; İnan, Ali Naim : Borçlar Hukuku Genel Hükümleri 3. Baskı, Ankara, 1984. s. 240.; Karahasan, Mustafa Reşit : Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara, 1981. s. 60.

contrahendo sorumluluğu) ve kanundan doğan sorumluluktur. Taraflar arasında henüz bir sözleşme kurulmadan yani sözleşme müzakerelerinin devam ettiği sırada taraflardan birinin kusuru neticesinde diğer tarafın zarara uğraması durumunda culpa in contrahendo sorumluluğu doğacaktır. Bu görüşe göre; culpa in contrahendo sorumluluğunda taraflar arasında edim yükümlüğü doğuran bir sözleşme henüz bulunmasa dahi mevcut olan özen yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla zarar gören taraf MK m.2’de yer alan dürüstlük kuralının ihlalinden kaynaklanan yani kanundan doğan borç ilişkisi kapsamında zararını tazmin edebilecektir. Aynı zamanda somut olayda şartların oluşmasına bağlı olarak sözleşmeden doğan zarar ve haksız fiilden kaynaklanan zarar da bu kapsamda yarışabilecek ve bu yarışma da dikkate alınarak bir hüküm tesis edilecektir.⁶

1.2. GENEL OLARAK HAKSIZ FİİL KAVRAMI VE HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

1.2.1. HAKSIZ FİİL KAVRAMININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Haksız fiillerden doğan borç ilişkisi kapsamında meydana gelen zararların, ne miktarda ve kim tarafından tazmin edileceğinin belirlenmesi haksız fiil hukukunun temel konusunu oluşturmaktadır. Bir diğer sorumluluk türü olan sözleşme hukukunda olduğu gibi haksız fiil hukukunda da taraflar arasında kurulan borç ilişkisi esas alınarak inceleme ve değerlendirmeler yapılır. Haksız fiil hukukunun tarihsel gelişimi günümüzde mevcut olan tazminat hukuku ilkelerine ve bunlara ilişkin tartışmalara ışık tutacak nitelikte olup tarihsel süreç incelendiğinde de görüleceği üzere tazminat borçlusu ve tazminat alacaklısı arasındaki ilişki her zaman haksız fiil hukukunun temel konusunu oluşturmuştur. Tarihsel süreçte haksız fiil ve suç arasındaki ayrım çok belirgin olmadığından haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun şartları ve sonuçları Borçlar Hukuku ve Ceza Hukuku alanlarındaki ilkeler ile gelişmiştir.⁷ Tazminatın ortaya çıkışındaki temel düşünce, zarar görenin veya yakınlarının yaşadıkları intikam duygusunun satın alınabilmesidir.⁸ Başka bir deyiş ile tazminatın temelini oluşturan ve zamanla belirli bir diyet usulüne dönüşen bu para cezaları, mağdurun zararını

⁶ Hatemi, s. 4 vd.

⁷ Başak, Baysal : Haksız Fiil Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2019. s. 5 vd.

⁸ Erdoğan, Belgin : Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, 2011. s. 122 vd.; Gönenç, Fulya İ.: Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2008, s. 20.

karşılamak amacıyla değil failin cezalandırılması amacıyla uygulanmıştır. Bu para cezalarının günümüz tazminat kavramının temeli olarak görülmesinin nedeni ise cezaların devlete veya herhangi bir kamu otoritesine değil de direkt olarak zarar görene ödenmesidir.⁹ Tarihsel süreç içerisinde bu anlayış birçok aşamadan geçerek mevcut haksız fiil sorumluluğunun unsurlarının oluşması, tazminatın ceza olarak görüldüğü anlayışın terk edilerek esnek tazminat sistemine geçilmesi ve kusursuz sorumluluk hallerinin ortaya çıkması gibi aşamaların ardından haksız fiil kurumu günümüzde ki halini almıştır.¹⁰

1.2.2. HAKSIZ FİİL KAVRAMI

Haksız fiil sorumluluğunda, taraflar arasında önceden mevcut bir hukuki ilişkiyle bağlantılı olmaksızın kanunun herkese yüklediği görevlere aykırı hareket edilmesi¹¹; bir diğer söyleyiş ile daha önceden yüklenilmiş bir borca aykırı davranıştan doğan sorumluluktan farklı olarak genel davranış kurallarına aykırılık söz konusu olmaktadır.¹²

Haksız fiil kurumu, Borçlar Kanununun 49-76 maddeleri arasında düzenlenmiş olup haksız fiil ve ahlaka aykırı fiilin genel tanımını ve unsurlarını içeren BK m.49 hükmüne göre; *“(1) Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür. (2) Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür”*.

Haksız fiil sorumluluğu, Borçlar Kanununun 49. Maddesinde de açıkça belirtildiği üzere hukuka aykırılık ve kusur prensipleri üzerine kurulmuş ise de Borçlar Kanununda ve diğer bazı kanunlarda kusur ve hatta bazen hukuka aykırılık unsuru aranmaksızın kişilere sorumluluk yüklenilen istisnai durumlar mevcuttur.¹³

Haksız Fiil Sorumluluğunun düzenlenmesinde çeşitli eğilimler bulunmakta olup bu eğilimlerin tanımlanması çalışmamızın ilerleyen kısımlarında yer verilmiş olan çeşitli kurumların ve görüşlerin anlaşılması açısından önem arz etmektedir.

⁹ Rado, Türkan: Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul, 14. Bası, 2018. s. 142.

¹⁰ Baysal, s. 5 vd.

¹¹ Reisoğlu, Safa: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 23. Bası, 2012. s. 162.

¹² Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 15. Bası, İstanbul, 2020. s.1.

¹³ Oğuzman/Öz, s.1.

“Kusur Esası”na göre bir kimse ancak kusurlu bir fiili ile meydana gelen zarardan sorumlu tutulabilir. Bir diğer deyiş ile; bir kimseyi meydana gelen bir zarardan sorumlu tutabilmek için o kimsenin kınanmayı gerektiren bir davranışta bulunmuş olması yani kusurlu olması aranmalıdır. Bu düşünceye göre; kusur, sorumluluk için şart olarak arandığında kişiler dikkatli ve tedbirli olmaya yöneltilmiş olacaktır. Bu esasın BK m.49 hükmünde de etkisi görülmektedir.¹⁴

“Sebepe Olma Esası”na göre; bir kişi kusurlu ve kusursuz olması dikkate alınmaksızın başkasına verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü olmalıdır. Zira kusurlu olmasa dahi failin eylemi neticesinde meydana gelen zarara mağdurun katlanmasını istemek adalete aykırı olacaktır. Buna “sebepe sorumluluğu” veya “objektif sorumluluk” denilmektedir.¹⁵

“Tehlike Esası”na göre; günümüzde hızlı bir şekilde gelişme gösteren sanayi ve teknoloji faaliyetleri nitelikleri gereği kişiler için çeşitli şekillerde tehlikelere sebep olmaktadır. Bu esasa göre kişiler için tehlike arz eden bu tür faaliyetleri yürütenler bu faaliyetler nedeniyle meydana gelen zararlara da katlanmalıdırlar. Zira bu tür faaliyetlerin niteliği göz önüne alındığında, faaliyet nedeniyle zarara uğrayan kişilerin ispat imkânlarından yoksun oldukları görülecektir. Diğer yandan bu tarz tehlikeli faaliyetlerden dolayı meydana gelen zarara mağdurun katlanmasını istemek adalete aykırı olacağı gibi hiçbir kusur bulunmasa dahi faaliyeti yürüten kişinin zarara katlanması uygun görülmektedir.¹⁶

“Kontrol (Hâkimiyet) Ve Yararlanma Esası”na göre; bir kimsenin kontrolü (hâkimiyeti) altındaki kişilerden veya mallardan yararlanması nedeniyle, bu kişi veya mallar özel bir tehlike meydana getirmese dahi, bunların yol açtığı zararları da o kimsenin yüklenmesi gerekir. Bu sorumluluk “objektif özen yükümlülüğün” yerine getirilmemiş olduğu karinesine dayalı olarak sorumluluğa yol açabileceği gibi “bir maldan en üst düzeyde yararlanan kimse olmak” durumu da o malın yol açtığı zarardan sorumlu olmak için yeterli görülmektedir.¹⁷

¹⁴ Oğuzman/Öz, s.2 vd. ; Tandoğan, Haluk: Türk Mes’uliyet Hukuku, İstanbul, 2010. s. 11.

¹⁵ Oğuzman/Öz, s.3.; Eren, s.557-558.; İnan, s.251.; Karahasan, s.299 vd.

¹⁶ Oğuzman/Öz, s.3.; Eren, s. 560.

¹⁷ Oğuzman/Öz, s.4.; Eren, s.560-561.; Hatemi, s. 74.

“Hakkaniyet Esası”na göre; hâkim, hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda takdir yetkisine dayanarak kişi hakkında kusursuz sorumlu tutulması için gerekli olan diğer sebepler olmamasına rağmen o kimsenin meydana gelen zarardan sorumluluğunu kabul edebilmelidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki; hakkaniyet düşüncesi kusursuz sorumluluk hallerinin tümünün temelinde yatmakta olan düşüncedir.¹⁸

“Fedakârlığın Denkleştirilmesi Esası”na göre; hukuka aykırılığı önleyen sebepler içerisinde işlenen bir fiil nedeniyle zarara uğrayan kişiye yüklenen fedakârlığa karşılık fiili hukuka aykırı olmayan failin meydana gelen zararı tazmin etmesi gerekmektedir.¹⁹

Haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğunun genel bir kural ile mi yoksa ayrı ayrı kurallar ile mi düzenleneceği konusunda çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bu konuda daha çok tercih edilen yöntem, kusursuz sorumluluk hallerinin ayrı ayrı kurallar ile kusur sorumluluğunun ise genel bir kuralla belirlenmesi yöntemidir. Borçlar Kanununda da bu yöntem benimsenerek, genel kural olan kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu 49. maddede düzenlenirken; kusursuz sorumluluk halleri Borçlar Kanununda, Medeni Kanunda ve bazı özel kanunlarda çeşitli maddeler ile düzenlenmiştir. Tüm bu sayılanlardan ayrı olarak Yargıtay İçtihadı ile kabul edilen kusursuz sorumluluk halleri de bulunmaktadır.²⁰

1.2.3. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNUN ŞARTLARI

BK m. 49/1 hükmüne göre “ *Kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren, bu zararı gidermekle yükümlüdür.*”

Borçlar Kanununun 49. maddesine göre kusura dayanan haksız fiil sorumluluğunun şartları üç grupta incelenebilir:

- Hukuka aykırı bir fiil (“ bir fiilde bulunma” ve “hukuka aykırı olma”)
- Bu fiille bir kişiye verilen zarar (“zarar” ve “fiille zarar arasında nedensellik bağı”)
- Fiilin işlenmesinde failin kusurlu olması²¹

¹⁸ Oğuzman/Öz, s.4.

¹⁹ Oğuzman/Öz, s.4 vd.; Hatemi, s.72 vd.

²⁰ Oğuzman/Öz, s.5 vd.

²¹ Oğuzman/Öz, s.12.

Kanunlarda belirtilen özel sorumluluk hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bir kimse için haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olması ancak TBK m. 49'da belirtilen şartların gerçekleşmesi ile mümkündür.²² Bir diğer deyiş ile sorumluluğun kurulması için gerekli olan bu şartlar kümülatiftir. Kusursuz sorumluluk halleri dışında, bu unsurlardan birinin eksikliği dahi haksız fiilden kaynaklanan sorumluluğun kurulmasını engelleyecektir. Sorumluluğun kurucu unsurları olarak da adlandırılan bu şartların kümülatif olarak uygulanması ve unsurların ayrı ayrı değerlendirilmesi Yargıtay Hukuk Genel Kurulunca da önemsenmekte ve aksi durumlar bozma nedeni sayılmaktadır.²³

1.2.3.1. HUKUKA AYKIRI FİİL

Zarara sebep olan fiilin hukuka aykırı olması, haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesinin ilk şartıdır. ²⁴ Başka bir deyiş ile; haksız fiil sorumluluğunun doğması için her şeyden önce hukuka aykırı bir fiilin mevcut olması gerekmektedir. Sorumluluğun kurucu unsuru olan hukuka aykırılık, yazılı veya yazılı olmayan bir hukuk normunun ihlalini ifade etmekte ve hukuka aykırılığın tespiti fiilden yola çıkılarak yapılmaktadır.²⁵

1.2.3.1.1. FİİL

Haksız fiil sorumluluğunun temel şartı, sorumlu tutulacak kişi tarafından işlenmiş bir fiilin mevcudiyetidir. Haksız fiil nedeniyle sorumlu tutulacak şahıs tarafından işlenmiş bir fiil yoksa artık o kişinin sorumluluğu da söz konusu olamayacaktır.²⁶

²² Oğuzman/Öz, s.12.

²³ Baysal, s.50. ve aynı sayfada anılan dn. 3'de yer alan YHGK. E.2013/1471 K. 2015/888 T. 4.3.2015: "Tazminat hukukunda sorumluluktan söz edilebilmesi için, sadece eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yeterli değildir; eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve zararla eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunması da gerekir. Zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı hususu, her somut olayın kendine özgü yapısı içerisinde bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır (Hukuk Genel Kurulu'nun 03.10.2007 tarih ve 2007/13-642 E. 2007/704 K. sayılı kararı). Yerel mahkemenin açıklanan şekilde bir araştırma ve değerlendirme yapmaksızın, davalının ihmali davranışı ile davacının zararı arasında nedensellik bağı bulunduğunu peşinen kabul etmek suretiyle hüküm kurması ve eksik incelemeye dayalı olarak direnme kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır".

²⁴ Reisoğlu, s.164.; Uygur, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I-II, Ankara, 2012. s. 398.; Hatemi, s. 23.

²⁵ Baysal, s.85 vd.; Nomer, Haluk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), 16. Bası, İstanbul, 2018. N. 101.; Kurtulan, Gökçe: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 23 / S. 1, İstanbul, 2017: s. 465 vd.

²⁶ Oğuzman/Öz, s.13.

Hukukta fiil, sözlük anlamına kıyasen daha geniş bir anlam ifade etmektedir. Sözlük anlamıyla fiil veya eylem, bir şey yapma gibi olumlu bir davranışı ifade etmekte ise de hukuki anlamda fiil bu anlamının yanı sıra olumsuz bir davranışı yapmamayı da kapsayacak şekilde geniş bir anlam ifade etmektedir. Neticeten; hukuki anlamda fiil, bir kimsenin bir davranışı yapma veya gerekli bir davranışı yapmama tarzındaki iradi davranışı olarak tanımlanabilir.²⁷ Olumsuz davranış olarak tanımlanan yapmama veya hareketsiz kalmanın hukuk alanında bir fiil teşkil etmesi ve bu fiil sonucunda sorumluluğun doğabilmesi için hukuk düzeninde bu yönde bir davranış yükümlülüğünün öngörülmüş olması ve kişinin o davranışta bulunması gerekirken yapmaması veya hareketsiz kalmış olması gerekmektedir.²⁸

1.2.3.1.2. FİİLİN HUKUKA AYKIRI OLMASI

BK m. 49 hükmünde haksız fiil sorumluluğu için hukuka aykırılık unsuru açıkça aranmış ancak diğer unsurlarda olduğu gibi hukuka aykırılık unsuruna ilişkin bir tanıma da yer verilmemiştir. Türk-İsviçre Hukukunda sorumluluğun kurucu unsuru olarak görülen hukuka aykırılık, önemine binaen hakkında birçok fikir ve düşünce ileri sürülen tartışmalı bir konudur. Öğretide hukuka aykırılığın tespitinin nasıl yapılacağı konusunda birçok düşünce ve teori ileri sürülmüştür. Bu husustaki başlıca teoriler; objektif hukuka aykırılık teorisi, sübjektif hukuka aykırılık teorisi ve üçüncü hukuka aykırılık teorisidir.²⁹ Objektif hukuka aykırılık teorisi Türk-İsviçre hukukunda baskın görüş olarak öne çıkmakta ve benimsenmektedir.³⁰

Bir diğer adı da “Normatif Teori” olan ve günümüzde baskın görüş konumunda bulunan “Objektif Teori”, hukuka aykırılığı “zarar gören değeri korumak için hukuk düzeninin yasakladığı bir davranışta bulunmak “ olarak tanımlamaktadır.³¹

Bu aşamada haksız fiil sorumluluğu için aranan hukuka aykırılık unsuru ile kusur unsurunun sınırın net bir şekilde belirlenmesi ve karıştırılmaya elverişli olan bu iki unsur arasındaki farkların ifade edilmesi gerekmektedir. Kusur, iradi bir davranış olarak fail açısından sübjektif bir değerlendirmeyi ifade etmekteyken, hukuka aykırılık

²⁷ Oğuzman/Öz, s.13.; Eren, s.585-586.; Hatemi, s.35 vd.; Uygur, s. 398.; Reisoğlu, s. 165.; Kılıçoğlu, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, 2020. S. 176.; Antalya, s. 17.

²⁸ Oğuzman/Öz, s.13.; Eren, s. 587 vd. ; Hatemi, s. 35 vd.; Reisoğlu, s. 165.; Baysal, s.87.

²⁹ Baysal, s.89 vd.

³⁰ Oğuzman/Öz, s.14.; Eren, s. 610; Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Alttop, Atilla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993. s. 476; Tandoğan, s. 18.

³¹ Oğuzman/Öz, s.14.; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/ Alttop, s. 476; Tandoğan, s. 18.

fiil açısından objektif bir değerlendirmeyi ifade etmektedir. Bir diğer deyiş ile hukuka aykırılık, failin iradesi gözetilmeksizin failin fiilinin yazılı veya yazılı olmayan bir hukuk normuna aykırı olduğunu, kusur ise hukuka aykırı olarak nitelenen bu fiile ilişkin failin iradesi sebebiyle davranışının hukuk düzenince kınanan bir davranış olmasını ifade eder.³²

Haksız fiilin unsurlarından olan hukuka aykırılık, fiilin bir genel davranış kuralını ihlal etmesi olarak tanımlanmıştır. Hukuka aykırılık tanımında belirtilen genel davranış kuralları olumlu ve olumsuz davranışları kapsayacak şekilde, toplum içinde kişilerin yapmaları gereken davranışlar ile yapmamaları gereken davranışları belirten kurallar olarak tanımlanmıştır. Genel davranış kurallarının, kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanması mümkün olup iki durum arasında bir fark bulunmamaktadır.³³ Öğretide bu tanımlamaya karşı çıkılarak hukuka aykırılığın aynı haklar, kişilik hakları, maddi olmayan mallar üzerindeki mutlak haklar ve mutlak hak gibi korunan bazı Aile Hukuku yetkileri olarak tanımlanan mutlak hakların ihlal edilmesi olduğu belirtilerek hukuka aykırılığın tespiti için mutlaka belirli ve yazılı veya yazılı olmayan bir davranış kuralının ihlalinin gerekmediği, bunun için mutlak hakkın ihlal edilmiş olmasının yeteli olduğu savunulmuştur.³⁴

Zarar gören kişinin, hukuka aykırı fiil sonucu uğradığı zararının tazminini talep edebilmesi için zarara sebep olan fiil ile ihlal edilen kuralın amacının kapsamına o kişinin zarardan korunmasının da girmesi yani mağdurun zarara uğraması ile ihlal edilen kural arasında hukuka aykırılık bağı bulunması gerekmektedir.³⁵

1.2.3.1.3. HUKUKA AYKIRILIĞI ORTADAN KALDIRAN HALLER (HUKUKA UYGUNLUK SEBEPLERİ)

Borçlar Kanununun hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller başlıklı 63. maddesine göre “(1) Kanunun verdiği yetkiye dayanan ve bu yetkinin sınırları içinde kalan bir fiil, zarara yol açsa bile, hukuka aykırı sayılmaz. (2) Zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak

³² Oğuzman/Öz, s.14.

³³ Oğuzman/Öz, s.14 vd.; Eren, s.662-664.; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 482.

³⁴ Hatemi, s. 26.; Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre: Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, 2017. s.116 vd.

³⁵ Oğuzman/Ö.z, s.15.

olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.”

Hukuka aykırılığın ortadan kalkması ve fiilin hukuka uygun sayılabilmesi için zarar verenin dayanabileceği bir hukuka uygunluk nedeni bulunmalıdır. Hukuka uygunluk konusundaki bir görüşe göre; zarar verenin fiili hukuka aykırı olarak meydana geldikten sonra, eğer bu fiil açısından hukuka uygunluk nedenleri varsa mevcut hukuka aykırılık ortadan kalkar ve fiil hukuka uygun olarak nitelendirilir. Bir diğer deyiş ile hukuka uygunluk nedenleri olarak tanımlanan durumlar ancak var olan hukuka aykırılığı kaldırır.³⁶ Bu konudaki bir diğer görüşe göre ise; hukuka uygunluk nedenleri kapsamında değerlendirilen bir fiil hiçbir zaman hukuka aykırı olmamış ve doğrudan doğruya hukuka uygun biçimde doğmuştur. Dolayısıyla sonradan kaldırılması gereken bir hukuka aykırılık söz konusu değildir.³⁷

BK m. 63 metninde sayılan sebeplerden birinin varlığı işlenen fiil açısından hukuka aykırılığı önleyecek ve artık fiil hukuka aykırı sayılmayacaktır. BK m. 63’de sayılan sebeplerin içinde de yer alan haklı savunma, ıztırar hali ve hakkını kendi gücüyle koruma şeklindeki hukuka uygunluk sebepleri BK m.64 hükmünde özel olarak ve detaylı bir şekilde açıklanmıştır.³⁸

a. Zarar Görenin (Mağdurun) Rızası

Failin, mağdura yönelik fiiline mağdurun razı olması durumu bu fiilin hukuka aykırı sayılmasını engelleyecektir.³⁹ Bir diğer ifade ile; rıza göstermenin olanaklı olduğu hallerde, mağdurun failin fiiline önceden rıza göstermesi, fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldıracaktır.⁴⁰ Zarar görenin rızasının geçerli olabilmesi ve hukuka aykırılığı ortadan kaldırılabilmesi için en önemli koşul, razı olma işleminin geçerli olmasıdır. Zira zarar görenin rızasının; ehliyetsizlik, irade beyanındaki sakatlık, hukuka, ahlaka ve kişilik haklarına aykırılık gibi bir sebeple hükümsüz olması halinde hukuka aykırılık ortadan kalkmayacak ve fiilin hukuka aykırı niteliği devam edecektir.⁴¹ Yukarıda sayılan ve benzeri haller nedeniyle geçersiz olarak değerlendirilen zarar görenin rızası

³⁶ Reisoğlu, s. 165.

³⁷ Baysal, s.108.; Kaneti, Selim : Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007. s. 237 vd.

³⁸ Oğuzman/Öz, s.22.; Eren, s. 678.; Hatemi, s. 23 vd.

³⁹ Oğuzman/Öz, s.22.; Eren, s.680 vd.; Hatemi, s. 42.

⁴⁰ Reisoğlu, s. 165.; Hatemi, s. 38.

⁴¹ Oğuzman/Öz, s.22 vd.; Eren, s. 681.; Reisoğlu, s. 165.

ancak şartları varsa BK m. 52/1 uyarınca tazminattan indirim nedeni olarak değerlendirilebilecektir. Zarar görenin rızasının hukuki niteliği hakkındaki hâkim görüşe göre rıza, bir hukuki işlemdir ve tek taraflı bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarına göre değerlendirilmelidir. Zarar gören bu rızası ile hukuk düzenince kendisine sağlanan korumayı kaldırma amacıyla hareket etmiş ve iradesini de bu hukuki sonuca yöneltmiştir.⁴²

Zarar görenin rızası konusunda rızanın geçerliliği kadar önemli bir diğer konu da rızanın sınırının aşılmamasıdır. Zira verilen rızanın sınırlarının aşılmaması, bu rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılmasının önemli bir koşuludur. Rıza, failin ihlâli gerçekleştirildiği ana kadar geri alınabilir. Kural olarak rızanın ihlal öncesinde verilmiş olması gerekir ancak ihlâl sonrası verilmiş bir rızanın hukuka uygunluk nedeni sayılıp sayılmayacağı da tartışmalıdır. Bu konudaki baskın görüş; ihlal sonrası verilen rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırmasının mümkün olmadığını ancak böyle bir durumda rızanın tazminattan indirim nedeni olarak dikkate alınabileceğini ve hatta durumun niteliğine göre tazminat talebinden feragat olarak değerlendirilebileceğini savunmaktadır.⁴³

Mağdurun rızası olarak isimlendirilen hukuka uygunluk nedeninin uygulama alanının en geniş olduğu ve dolayısıyla tartışmalara da yol açtığı konu kişiliğe yönelik tecavüzler kapsamında değerlendirilen tıbbi müdahalelerdir. Vücut bütünlüğüne yönelik müdahale kapsamında olan tıbbi müdahalelerin hukuka uygun sayılmasının başlıca sebebi mağdurun rızasıdır. Ancak mağdurun rızasının tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığını önleyebilmesi için; yapılan tıbbi müdahale gerekli olmalı ve tıbbi gereklere uygun olarak ifa edilmelidir. Kişinin sakat kalmasına veya yaşamını kaybetmesine yol açacak bir müdahale söz konusu olduğunda verilen rıza geçersiz olacak ve artık hukuka uygunluk nedeni ortadan kalktığından bu fiilden kaynaklanan zararlardan failin sorumluluğu devam edecektir.⁴⁴ Tıbbi müdahalelerde, hekimin hastayı müdahalenin taşıdığı risk ve sonuçları hakkında yeteri derecede aydınlatması gerekmektedir; aksi durumda yine verilen rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağı ifade

⁴² Baysal, s.113 vd., Nomer, s.102 vd.

⁴³ Baysal, s.114 vd.; Oğuzman/Öz, s.122.; Tandoğan, s. 32; Reisoglu, s. 166.

⁴⁴ Oğuzman/Öz, s.23 vd.; Eren, s.681 vd.

edilmektedir.⁴⁵ Hastayı aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken, hastanın müdahalenin kapsamını anlamasına yönelik esaslı bir bilgilendirme yapılmalıdır. Şekli bir bilgilendirme yapılması hatalı olup esaslı bir şekilde bilgilendirilmemiş yani mevzuatta öngörülen gerekli bilgilendirmeler hastaya usulünce yapılmamış ise tıbbi müdahale pekâlâ hukuka aykırı sayılabilir. Yargıtay kararlarında da usulüne uygun bilgilendirmenin önemi vurgulanmakta ve buna aykırı haller hekimin vekâlet/eser sözleşmesinden doğan özen ve sadakat borcuna aykırılık olarak değerlendirilmektedir.⁴⁶ Tıbbi müdahalenin zorunlu olduğu ve rızanın arandığı durumlarda, hasta beyanda bulunamayacak durumda veya ehliyetsiz ise rıza alınmadan yapılacak müdahalenin hukuka aykırı sayılmayacağı kabul edilmektedir.⁴⁷ 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı

⁴⁵ Oğuzman/Öz, s.24 vd.; Eren, s.681 vd.; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, 17. Bası, İstanbul, 2018. s.169 vd.

⁴⁶ Baysal, s.118. ve aynı sayfada anılan dn. 284 ve 285’de yer alan Y. 3. HD., E. 2015/17764 K. 2016/1256 T. 8.2.2016: “... Yapılan bu açıklamalara göre, mevcut rahatsızlıkları nedeniyle karşılaşılabilecek komplikasyonlar ve içeriklerinin davalı doktor tarafından murise bildirilmediği, dolayısıyla risk aydınlatmasının yapılmadığı, öte yandan hükme esas alınan bilirkişi raporunda yetersiz olduğu bildirilen ve davalı hastane çalışanları tarafından düzenlenen formun içeriğinden de, yapılacak ameliyatla ilgili standart bilgilendirmenin muris yerine dava dışı oğlu ...’a yapıldığı anlaşılmaktadır. Şu halde; davacının murisine karşı, davalı doktorun işini sadakat ve özenle yerine getirmede, bu nedenle yapılan tıbbi müdahaleye bağlı olarak gerçekleşen ölüm olayı nedeni ile davalı doktorun ve istihdam eden sıfatıyla diğer davalı hastanenin de sorumlu olduğu anlaşılmaktadır”.; Y. 13. HD., E. 2013/23012 K. 2014/22561 T. 2.7.2014: “Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim ile Meslek Etiği kurallarının 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve “Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Davacı tarafından 24.03.2008 tarihinde imzalanan “Bilgilendirilmiş Onam” belgesinde işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de, bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hâsıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur. Dosyaya ibraz edilen bir onam belgesi de bulunmamaktadır. Davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriği ile anlaşıl原因mamaktadır. Hal böyle olunca bu konuda varsa davalı delilleri toplanarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma gerektirir”.

⁴⁷ Oğuzman/Öz, s.25.; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan : Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku, 19. Bası, 2018. s. 120.

Sanatlarının Tarzı İcrası Hakkında Kanun'da sınırlı ehliyetsizler olarak değerlendirilen küçük ve kısıtlılara yapılacak müdahalede ayırt etme güçleri olup olmadığına bakılmaksızın yasal temsilcilerinin rızalarının gerekli olduğu hüküm altına alınmıştır.⁴⁸ Yukarıda rızanın çeşitli sebeplerle geçersiz olması halinde de belirttiğimiz gibi rızanın kişilik haklarına aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu durumlarda da bu hususun tazminat miktarı belirlenirken “birlikte kusur” olarak göz önüne alınması ve tazminattan indirim yapılması mümkündür.⁴⁹

Zarar görenin ancak somut bir müdahaleye rıza gösterebileceği ve genel rıza veremeyeceği kuralında olduğu gibi hasta da ancak somut bir müdahaleye rıza gösterebilir. Hastanın genel bir rıza vermesi mümkün olmadığı gibi bu şekilde verilen rıza da hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyecektir. Hasta somut müdahaleye ilişkin rızasını müdahale anına kadar verebileceği gibi verdiği rızayı da müdahale anına kadar istediği zaman geri alabilir.⁵⁰

Bir olaydaki riski kabullenme tarzında gerçekleşen rızanın hukuka uygunluk nedeni olarak sayılıp sayılamayacağı konusu tartışmalı olup öğretide bu konuda çeşitli görüşler yer almaktadır. Bir görüşe göre; böyle durumlarda verilen rıza geçerli olup ilgili faaliyetin normal kapsamı içerisinde kalan tecavüzler açısından hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilmelidir. Ancak faaliyetin normal kapsamı dışında kalan tecavüzler açısından; verilen rıza hukuka uygunluk nedeni sayılmamalı ve verilen zarardan sorumluluk devam etmelidir. Buradaki rıza faaliyetin normal kapsamındaki muhtemel tecavüzlere yönelik olup belirli bir tecavüze yönelik değildir. Spor karşılaşmalarının bir kısmında durum böyledir.⁵¹ Bir diğer görüşe göre ise; böylesi durumlarda verilen rıza geçersiz olup bu rıza ancak şartlarının oluşması halinde zarar görenin kusuru kapsamında tazminattan indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir. Beden bütünlüğünün söz konusu olduğu hallerde kişinin tehlikeyi göze alarak faaliyete girmesi, bu faaliyet kapsamındaki zararlara razı olduğu anlamına gelmeyecektir. Mağdurun bu zımni rızası MK m. 23 hükmüne de aykırı olduğundan geçersizdir. Bu görüşe göre; mağdurun rızasının zarar görenin kusuru sayılması ve tazminattan indirim nedeni olması için mağdurun tehlikeli faaliyete katılması tek başına yeterli olmayıp,

⁴⁸ Baysal, s.120 vd.

⁴⁹ Oğuzman/Öz, s.25.; Hatemi, s. 43-44.; Çilingiroğlu, Cüneyt: Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993. s.17-18, 77.

⁵⁰ Baysal, s. 119.

⁵¹ Oğuzman/Öz, s.25 vd.; Eren, s. 683.; Hatemi, s. 43.; İnan, s. 258.

davranışının zararın doğumuna etki etmiş olması, riskin hesaba katılabilir bir risk olması, bu riski üzerine almaya somut olarak karar vermiş olması ve önlemleri bilinçli bir şekilde almamış olması gerekir.⁵²

Zarar gören tarafından verilen rıza, durumun niteliğine göre açık olabileceği gibi örtülü de olabilir. Mevzuat hükümlerine veya olayın niteliğine göre rızanın yazılı olmasının aranmadığı hallerde kişinin davranışın rıza sayılıp sayılmayacağı güven prensibi çerçevesinde değerlendirilecektir. Örnek olarak kişinin foto muhabirine poz vererek fotoğrafının çekilmesine izin vermesi bu kişinin fotoğrafının yayınlanmasına razı olduğu şeklinde değerlendirilecektir.⁵³

b. Kamu Hukukuna Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması

Fiilin hukuka aykırı sayılmasını önleyen bir başka durum ise bir kimsenin başkasına zarar verirken kamu hukukuna dayanan bir yetkisini kullanması halidir. Bu durumda da yetkinin kullanılmasına ilişkin kurallara uyulmalı ve yetkinin sınırlarının aşılmamasına dikkat edilmelidir. Aksi halde bu hukuka uygunluk nedeni ortadan kalkar ve bu durum fiilin hukuka aykırı sayılmasına yol açar.⁵⁴

Anayasa m. 40/3 hükmüne göre; “Kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır”. İlgili madde uyarınca; resmi görevliler tarafından işlenen fiillerin, kamu hukukuna dayanan yetkinin kullanılması kapsamında kalmaması durumunda, bu durum devletin de sorumluluğuna yol açacaktır. Ancak bunun tespiti için öncelikle işlenen fiilin kamu görevlisinin yetki alanının içinde mi yoksa tamamen dışında mı olduğu başka bir deyiş ile kişisel kusurun mu yoksa hizmet kusurunun mu var olduğu tespit edilecektir. Zira kamu görevlisinin yetki alanın tamamen dışında gerçekleşen haksız fiil ancak kişisel sorumluluğuna yol açabilecektir.⁵⁵

⁵² Baysal, s. 143 vd.; Nomer, s.107 vd.; Başak, Baysal: Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), 1. Baskı, İstanbul, 2012. s. 209.

⁵³ Oğuzman/Öz, s.25.

⁵⁴ Oğuzman/Öz, s. 26.; Eren, s. 579 vd.; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 482.; Hatemi, s. 41.

⁵⁵ Baysal, s. 136 ve aynı sayfada anılan dn. 354’de yer alan YHGK., E. 2013/1886 K. 2015/1169 T. 8.4.2015: “Konunun iyi anlaşılabilmesi için örnek vermek gerekirse: Sabahleyin aracı ile kamu hizmetini yapmak için çalıştığı hastaneye gelen doktorun, aracını park ederken kendisinden önce tedavi olmak için hastaneye gelmiş olan bir hastanın aracına çarpıp zarar vermesi halinde bu, doktorun kamu hizmetiyle alakalı olmayan kişisel kusurudur. Aynı doktorun aracını park ettikten, hastanedeki poliklinik odasına

Kamu Hukukuna dayanan bir yetkinin kullanılmasının hukuka aykırılığı önlediği hallere örnek olarak; Anayasa m. 74 ile düzenlenen dilekçe hakkı, Anayasa m. 36 ile düzenlenen iddia ve savunma hakkının kullanılması gösterilmektedir. Fakat bu hakların yetkinin kullanılmasına ilişkin kurallara aykırı olarak veya yetkinin sınırları dışında kullanılması yani başka bir deyiş ile kötüye kullanılması, hukuka aykırı bir şekilde kişilik haklarına tecavüzde bulunulması sonucunu doğuracak ve artık hukuka uygunluk sebebine dayanılamayacaktır.⁵⁶

c. Özel Hukuka Dayanan Bir Yetkinin Kullanılması

Özel hukuka dayanan bir yetkinin kullanılması kapsamında başkasına zarar veren kişinin davranışı hukuka aykırı değildir. Bu durumda hukuka aykırılığı önleyen sebep, failin özel hukuka dayanan bir yetkisini kullanmış olması halidir. Bu durumda da yetkinin kullanılmasına ilişkin kurallara uyulmalı ve yetkinin sınırlarının aşılmamasına dikkat edilmelidir. Aksi halde yani yetki sınırının aşılması veya hakkın kötüye kullanılması söz konusu olur ise hukuka uygunluk nedeni ortadan kalkar ve fiil hukuka aykırı hale gelir. Öğretide bu durumu açıklayan bir örnekte de yer verildiği üzere; bu husus değerlendirilirken failin hakkı kullanmasındaki amaç ve fayda unsuruna bakılmalıdır. Sırf arka binanın manzarasını kapatmak için öndeki arsasına faydasız bir duvar diken malikin fiili hukuka uygun değilken, arsasına mevzuata uygun şekilde bina yaparak arkadaki evin manzarasını kapatan malikin fiili hukuka uygundur.⁵⁷

d. Haklı Savunma (Meşru Müdafaa)

Borçlar Kanununun haklı savunmaya ilişkin 64. Maddesinin 1. fıkrasına göre; *“Haklı savunmada bulunan, saldıranın şahsına veya mallarına verdiği zarardan sorumlu tutulamaz.”*

Borçlar Kanununun 64. Maddesi ile haklı savunma hali düzenlenmiş ancak diğer birçok konuda olduğu gibi herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Bu nedenle haklı savunmanın tanımı öğretide şekillenmiştir. Buna göre, haklı savunma (meşru müdafaa), bir kimsenin gerek kendisinin gerek başkasının kişiliğine veya malvarlığına karşı yapılan hukuka aykırı ve halen mevcut bir saldırıyı (tecavüzü) defetmek için saldırıda

girdikten sonra görevi olan sağlık hizmeti ile ilgili yaptığı (teşhis, tedavi ve ameliyat gibi) eylemlerde bir kusur olursa bu kusur hizmet kusurudur.”

⁵⁶ Oğuzman/Öz, s. 26.

⁵⁷ Oğuzman/Öz, s. 27 vd.; Hatemi, s. 42.

bulunana karşı saldırıda bulunmasıdır. Buna göre bir fiilin haklı savunma kapsamında değerlendirilebilmesi için aşağıda sayılan şartların mevcudiyeti aranacaktır.⁵⁸

- 1- Hukuka aykırı bir saldırı bulunmalıdır. Haklı savunmadan söz edebilmek için saldırıda veya haklı savunmada bulunan kişilerin kusurlu olmalarına gerek yoktur ancak saldırıda bulunan kişinin davranışının hukuka aykırı olması aranmaktadır. Kişiler tarafından yapılan saldırılarda ve hayvan veya eşyanın bir kişi tarafından saldırı aracı olarak kullanılması durumlarında da haklı savunma söz konusu olabilir. Bunların dışında bir kişi tarafından saldırı aracı olarak kullanılmadıkları hallerde hayvanların veya eşyaların meydana getirdiği tehlikeler açısından haklı savunma değil ancak ızdırar hali söz konusu olabilir.⁵⁹
- 2- Savunmada bulunanın veya üçüncü kişinin şahsına veya mallarına yönelmiş bir saldırı olmalıdır. Haksız fiil sorumluluğunda şahsa veya mala yönelmiş saldırılar haklı savunma kapsamında değerlendirilirken; Ceza Hukukunda mala yönelik saldırılarda haklı savunma imkânı tanınmamaktadır.⁶⁰
- 3- Mevcut veya başlaması kesinlikle çok yakın bir saldırı olması gerekir. Saldırı sona erdikten sonra haklı savunma mümkün olmadığı gibi mevcut sanılan ancak aslında mevcut olmayan bir saldırıya karşı da haklı savunma olmayacaktır. Başlamak üzere olduğu kesinlikle anlaşılan bir saldırıya karşı haklı savunma olabileceği kabul edilmektedir. Ancak yalnızca saldırı ihtimaline karşı haklı savunmadan bahsedilemeyeceğinden, saldırının başlamak üzere olduğu konusunda bir kesinlik söz konusu olmalıdır.⁶¹

Saldırı sona erdikten sonra, saldırının tekrarlanacağı yönündeki korku ve endişe ile icra edilen haksız fiiller haklı savunma sayılmayacaktır. Böylesi bir durumda fail, ceza hukuku açısından şartları mevcutsa haksız tahrik indirimden

⁵⁸ Oğuzman/Öz, s.28.; Eren, s.684.; Reisoğlu, s. 166.; Hatemi, s. 39 vd.

⁵⁹ Oğuzman/Öz, s.28.; Tandoğan, s. 34.; Hatemi, s. 39.

⁶⁰ Oğuzman/Öz, s.29.; Hatemi, s. 39.

⁶¹ Oğuzman/Öz, s.29.; Eren, s. 685.

yararlanabileceği gibi bu durum Borçlar Hukuku açısından da tazminattan indirim nedeni olarak değerlendirilebilecektir.⁶²

4- Savunma, saldırıda bulunana karşı yapılmalıdır. Saldırından kurtulmak amacıyla saldırıya değil de saldırıdan bir başkasına zarar verilmesi halinde artık haklı savunmadan bahsedilemeyecek ancak koşulları mevcutsa ızdırar hali söz konusu olabilecektir.⁶³

5- Savunma, saldırı ile orantılı olmalı ve savunma amacını aşılmalıdır. Bu husus somut olayın şartlarına göre değerlendirilmelidir. Somut olayda saldırıyı defedebilecek çeşitli savunma yollarından en az zararlısı hangisi ise o tercih edilmelidir. Savunma amacının aşılması ve somut koşulların haklı göstermesi kaydıyla saldırının malına veya şahsına zarar verilmesi mümkündür.⁶⁴

Haklı savunmada sınırın aşılması halinde hukuka uygunluk sebebi ortadan kalkmış olacağından savunmada bulunanın eylemi artık hukuka uygun sayılmayacak ve hukuka aykırı bir eylem olarak nitelendirilecektir. Savunmada bulunan kişi kusuru olmaksızın yanıldığını ispat ederse haksız fiilden kaynaklanan sorumluluktan kurtulabilir. Yargıtay uygulamasında savunmada sınırın aşıp aşılmadığı konusunda farklı yaklaşımlar mevcut olup somut durumun irdelenerek bu hususun varlığının araştırılması gerekmektedir.⁶⁵

⁶² Baysal, s.125. ve aynı sayfada anılan dn. 307’de yer alan Y. 4. HD. E. 2013/16842 K. 2014/10629 T. 26.6.2014: “Kayseri 6.Asliye Ceza Mahkemesinin 2008/1212 esas sayılı dava dosyasında davalının haksız tahrik altında eylemi gerçekleştirdiği kabul edilerek cezasından indirim yapılmıştır. Fakat maddi zarar yönünden alınan raporda ise hesaplanan tazminattan tahrik indirimi yapılmamıştır. Mahkemece hüküm altına alınan maddi tazminattan haksız tahrik nedeni indirim yapılması gerekirken, talebin aynen kabulü usul ve yasaya uygun bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir”.

⁶³ Oğuzman/Öz, s.30.; Eren, s. 686.; Hatemi, s. 39-40.

⁶⁴ Oğuzman/Öz, s.30.; Eren, s. 685 vd.; Hatemi, s. 39.

⁶⁵ Baysal, s.126. ve aynı sayfada anılan dn. 311’de yer alan Y. 4. HD., E. 2015/16371 K. 2016/5409 T. 21.4.2016: “Davacı, davalı tarafından tabanca ile ağır yaralanması nedeniyle ölünceye kadar kurtulamayacak şekilde yatalak ve tekerlekli sandalyeye bağlı hale geldiğini, olay nedeniyle davalının .. Esas sayılı dosyasında adam öldürmeye teşebbüs suçundan ceza aldığını belirterek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Davalı, davacının 3 kişiyle birlikte saldırması üzerine kendisini savunduğunu, meşru müdafaa sebebiyle kusursuz olduğunu, ceza davasının bekletici mesele yapılması gerektiğini belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece, maddi tazminat istemi yönünden; zararın dava dışı kurum tarafından karşılandığı davacı vekiline bildirildiğinden konusuz kalan maddi tazminat talebinin esası hakkında karar verilmesine yer olmadığına ve manevi tazminat istemi yönünden ise, davacının olayda herhangi bir silah kullanmadığı, davalının silahı ateşlemek yerine, korkutarak davacıyı iş yerinden uzaklaşmasını sağlayabileceği veya tabancayı çıkararak çevreden yardım isteyebileceği, ancak bu durumun mazur görülebilecek bir heyecan, korku veya telaştan ileri geldiği,

Somut olayda yukarıda sayılan şartların kümülatif olarak bulunması halinde fiil haklı savunma oluşturduğundan hukuka aykırı sayılmayacak ve bu fiille verilen zarardan savunmada bulunanın herhangi bir sorumluluğu bulunmayacaktır.⁶⁶

e. İztırrar Hali

Borçlar Kanununun ıztırrar haline ilişkin 64. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“Kendisini veya başkasını açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için diğer bir kişinin mallarına zarar verenin, bu zararı giderim yükümlülüğünü hâkim hakkaniyete göre belirler.”*

Bir kimsenin, kendisini ya da başkasını tehdit eden açık ya da yakın bir zarar tehlikesinden korumak için üçüncü bir kişinin mallarına zarar vermesi hukuka uygunluk nedenleri arasında sayılmıştır. Bu durum zorunluluk (ıztırrar) hâli olarak adlandırılmaktadır.⁶⁷

İztırrar hali, kanunun açık hükmüyle hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir hal olarak düzenlendiğinden, ıztırrar halinde işlenen fiil hukuka aykırı sayılmayacaktır. Haklı savunma ile benzerlikler taşıyan ıztırrar halinde, haklı savunmadan farklı olarak meydana gelen zarardan failin hakkaniyet çerçevesinde tazmin yükümlülüğü öngörülmüştür. Haksız fiil kavramının incelendiği bölümde detaylı bir şekilde açıklanan “fedakârlığın denkleştirilmesi” esası kanunun bu hükmünde esas alınmış ve aslında hukuka aykırı olmayan bir fiil nedeniyle kişiye sorumluluk yüklenmiştir. Buna göre;

meşru savunmada sınırının aşılması nedeniyle az da olsa hukuki yönden kusurunun olduğunun kabulü gerektiği gerekçesiyle manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Somut olaya gelince; ceza dosyası içeriğinden, dava konusu olaydan önceki bir tarihte davalının, babasına ait eczanede çalışmakta iken, .. isimli bir şahsın, elindeki bıçakla davalının çalıştığı eczaneye gelerek para ve uyuşturucu hap istediği, davalının şikayeti üzerine bu şahsın yakalandığı, yağmaya teşebbüs suçundan hakkında dava açıldığı ve mahkum olduğu, olay günü ise, adam öldürme suçundan sabıkası bulunan ve olaydan kısa bir süre önce cezaevinden tahliye olan davacının, yanında iki kişi ile birlikte, davalının çalıştığı eczaneye geldiği, önceki yağmaya teşebbüs olayını kastederek “..” dediği, davalının da “..” diyerek elini beline attığı, davalının da bunun üzerine babasına ait olan ve çekmecede bulunan tabancayı çıkartarak davacıya doğrultup iki el ateş ettiği, boyun sağ yan ve sol omuz bölgesinden isabet alan davacının kaburgasında kırık ve alt ekstremitede iyileşmesi mümkün bulunmayan parapleji (felç) oluşacak şekilde yaralandığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda; davalının, maruz kaldığı saldırı karşısında içine düştüğü korku, telaş ve heyecan dolayısıyla davranışlarını yönlendirme yeteneğinin ortadan kalkması söz konusu olduğundan, meşru müdafaa sınırının aşılmasından dolayı kusurlu sayılamayacağı kabul edilmelidir. Dolayısıyla davacının manevi tazminat talebinin reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde davalının sorumluluğuna karar verilmiş olması doğru görülmemiş kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir”.

⁶⁶ Oğuzman/Öz, s. 30.; Eren, s. 686.

⁶⁷ Oğuzman/Öz, s. 30. ; Eren, s. 686 vd.; Tekinay/ Akman/Burcuoğlu/ Altop, s. 487. Baysal, s.131, Nomer, N.109; Tandoğan, s.37.

fiilin ıztırar halinde işlenmiş bir fiil olarak değerlendirebilmesi için aşağıdaki şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir.⁶⁸

- 1- Bir kimsenin kendisinin veya bir başkasının şahsı ya da malları aleyhine olan ve bir kişi tarafından veya doğa olaylarından kaynaklanan zarar verici bir olgu veya yakın bir zarar tehlikesi mevcut olmalıdır.⁶⁹

Hukuk sistemimizde bir kişinin mülkiyetinde bulunan eşya sahipsiz bir eşyaya göre daha iyi korunmakta olduğundan bir kişiye ait olmayan yani sahipsiz bir eşyaya ilişkin olarak bu hukuka uygunluk sebebi uygulanamayacaktır. Hayvanların da eşya statüsünde değerlendirilmesi nedeniyle hayvanlara gelen zararlar bakımından da hayvanın bir kişinin mülkiyetinde olup olmadığına bakılarak sonuca varılacaktır.⁷⁰

- 2- İşlenen fiil, hukuka uygunluk sebebinin amacına uygun olarak, zarar veya tehlikeyi önlemek konusunda elverişli ve zorunlu olmalıdır.⁷¹
- 3- Önlenmek istenen direkt zararın veya tehlike neticesinde meydana gelecek zararın, bu zarar veya tehlikeyi önlemek amacıyla verilen zarardan daha büyük olması gerekir.⁷²
- 4- ıztırar hali, üçüncü şahsın kişilik değerlerine ve beden bütünlüğüne verilen zararlar açısından hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz, yalnızca üçüncü şahsın malvarlığı haklarına verilen zararlar açısından uygulama alanı bulan bir hukuka uygunluk nedenidir.⁷³

f. Hakkını Kendi Gücüyle Koruma

Borçlar Kanununun hakkını kendi gücüyle korumaya ilişkin 64. Maddesinin 3. fıkrasına göre; *“Hakkını kendi gücüyle koruma durumunda kalan kişi, durum ve*

⁶⁸ Oğuzman/Öz, s. 30 vd.; Hatemi, s. 40.; Ulusan, İlhan: Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulanma Alanı, 2. Baskı, İstanbul, 2012. S. 351 vd.

⁶⁹ Oğuzman/Öz, s.31.; Eren, s. 687.

⁷⁰ Baysal, s.133.

⁷¹ Oğuzman/Öz, s.31.; Eren, s. 688.

⁷² Oğuzman/Öz, s.31.; Eren, s. 688.

⁷³ Oğuzman/Öz, s.32.; Eren, s. 688.; Hatemi, s. 40.

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.”

BK m. 64/3’de düzenlenen hakkını kendi gücüyle koruma kurumu, ihkak-ı hak yasağı olarak adlandırılan ve hukuk sistemlerinde kişinin kendi hakkını koruması için bizzat güce başvuramaması yasağı olarak tanımlanan kuralın bir istisnasıdır.⁷⁴ Kanundaki tanımdan hareketle bir fiilin, hakkını kendi gücüyle koruma kapsamında değerlendirebilmesi için aşağıdaki şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi aranır.⁷⁵

- 1- Kişinin kuvvete başvurmaması halinde hak kaybına uğraması veya hakkını kullanmasının önemli ölçüde zorlaşması tehlikesi altında kuvvete başvurması gerekir.⁷⁶

Yine madde metninde de belirtildiği üzere; kişinin davranışının hukuka uygunluk sebebi kapsamında değerlendirilebilmesi için kendi hakkını koruması gerekmektedir. Başka birinin hakkını korumak için kuvvet kullanılması hali bu kapsamda değerlendirilmeyecektir. Bu özelliği itibarıyla hakkını kendi gücüyle koruma hali, haklı savunma ve ıztırar hâinden farklıdır.⁷⁷

- 2- Kişinin hak kaybına uğraması veya hakkını kullanmasının önemli ölçüde zorlaşması tehlikesini önlemek için somut durum ve koşullarda kolluk gücünün müdahalesi zamanında temin edilememeli ve kuvvete başvurmaktan başka bir yol da bulunmamalıdır.⁷⁸

Madde metninde kolluk gücü olarak belirtilen ancak öğretide devlet organları ve yetkili organlar şeklinde geniş tanımlanan kurumlar; mahkeme, kolluk gücü, polis, jandarma gibi kamu makamlarını ifade etmektedir.⁷⁹

- 3- Kuvvet kullanma, hakkı koruma hususunda elverişli ve dengeli olmalıdır.⁸⁰

⁷⁴ Baysal, s. 128 vd.; Hatemi, s. 41.

⁷⁵ Oğuzman/Öz, s. 32.

⁷⁶ Oğuzman/Öz, s.32.; Eren, s. 689. ; Hatemi, s. 41.

⁷⁷ Baysal, s.129.; Eren, s.689. ; Hatemi, s. 41.

⁷⁸ Oğuzman/Öz, s.32.; Eren, s.690.

⁷⁹ Baysal, s.129.; Eren, s.690.

g. Üstün Kamu Yararı veya Üstün Özel Yarar Bulunması

Borçlar Kanununun üstün kamu yararı veya üstün özel yarar bulunması durumlarına ilişkin 63. maddesinin 2. fıkrasına göre;” ... *daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ... hallerinde de fiil, hukuka aykırı sayılmaz.*”

Üstün nitelikte kamu yararı ve üstün nitelikte özel yarar kavramları hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller olarak kanunda düzenlenmesi nedeniyle oldukça hassas ve tartışmalı konulardır. Kamu yararı, tanımının yapılması oldukça zor bir kavram olup karar makamlarınca her olay açısından bu kavram titizlikle incelenmeli, menfaatler dengesine göre karşılaştırma yapılmalı ve kamu yararı karşısında zarar gören şahsın bir hak ihlaline katlanmasının objektif olarak makul olup olmadığı tespit edilmelidir. Tam olarak tanımlanamayan ve somut olayın koşulları ile objektif değerlendirme gerektiren kamu yararı kavramı keyfî kararların gerekçesi olarak gösterilmemelidir.⁸¹ Aslında yukarıda incelediğimiz ve doğrudan doğruya kanunun tanıdığı bir yetki ile kişilik unsurlarına yönelik müdahalelerin çoğu da üstün kamu yararı temeline dayanmaktadır. Üstün kamu yararı bulunması hali, kitle iletişim araçları ile kişilik haklarına yönelik saldırılar konusunda özel bir önem taşımaktadır.⁸²

Zarar gören şahısla alakalı yayınlanan bir haber veya eleştiri açısından üstün kamu yararı bulunup bulunmadığı ve dolayısıyla hukuka uygun sayılıp sayılamayacağı konusu önemli olup bu hususta kamu yararı bulunan bir gerçeğin yansıtılması ve kamuoyunu aydınlatma işlevini yerine getirmesi gibi değerlendirme unsurları bulunmaktadır. Buna göre; zarar gören şahsın kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan bir haber veya eleştiri, kamu yararı bulunan bir gerçeği yansıtıyor ve kamuoyunu aydınlatma işlevi kapsamında kalıyorsa hukuka uygun olarak değerlendirilecek; buna karşılık gerçeği yansıtmıyor veya haber veya eleştiride kamuoyunu aydınlatma işlevi dışına çıkılıyorsa hukuka aykırı sayılacaktır. Yargıtay da bu konuyla ilgili kararlarında “ haber verme hakkı, gerçeklik, kamu yararı ve toplumsal ilgi, güncellik, konu ile ifade arasında düşünsel bağılılık temel kuralları ile sınırlıdır” şeklinde hükümler tesis ederek bu konuda dikkate alınacak değerlendirme kriterleri belirlemiştir.⁸³

⁸⁰ Oğuzman/Öz, s.32.; Eren, s.690.; Tandoğan, s. 42.

⁸¹ Baysal, s. 141.

⁸² Oğuzman/Öz, s.33.; Eren, s.911.

⁸³ Oğuzman/Öz, s.34.; Eren, s.912.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 223.; Hatemi/Gökyayla, s. 123.

Üstün nitelikteki kamu yararında olduğu gibi üstün nitelikteki bir özel yararın varlığı halinde de zarar verenin fiili artık hukuka aykırı sayılmayacaktır. Üstün nitelikteki özel yararın kapsamı geniş tutulmuş ve bu yararın yalnızca zarar verene değil, zarar görene veya üçüncü kişiye de ait olabileceği belirtilmiştir. Öğretide hayati tehlikesi bulunan ve kurtulması için ameliyata alınması zorunlu olan bir hastadan durumu itibariyle onay alınmasının mümkün olmadığı hallerde onay alınmadan ameliyatın yapılmasının hastanın üstün nitelikteki özel yararına dayandığı belirtilmekte ve bu duruma örnek olarak gösterilmektedir. Bunun yanı sıra yukarıda anlatılan olay çerçevesinde onay verecek durumda iken onay vermeyi reddeden hastanın üstün nitelikteki özel yararı gözetilerek ameliyat edilmesinin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı ise tartışmalıdır.⁸⁴ Öğretideki bir görüşe göre; hastanın açık iradesine ve ret kararına rağmen hastaya müdahalede bulunmak onun mutlak olarak sahip olduğu tedaviyi ret hakkına aykırılık teşkil edeceğinden yapılacak müdahale hukuka aykırı olacaktır.⁸⁵

1.2.3.1.4. AHLAKA AYKIRI FİİLLERDEN KAYNAKLANAN SORUMLULUK VE ŞARTLARI

Borçlar Kanunun Ahlaka Aykırı Fiillerden Sorumluluğa ilişkin hükmünü içeren 49. Maddesinin 2. fıkrasına göre; *"Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür."*

BK m. 49/2 hükmü, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından olan hukuka aykırılık unsurunun eksik olduğu ancak tazmin edilmesi adil olacak zararların tazminini sağlamak amacıyla getirilmiş bir hüküm olup hukuka aykırı fiilden dolayı sorumluluğa nazaran ikincildir ve istisnai olarak uygulama alanı bulur.⁸⁶ Hukuka aykırılık unsurunun yerini ahlaka aykırılık unsuru almış olsa da bu sorumluluk da olası kast da dâhil olmak üzere kast derecesinde kusurun arandığı bir kusura dayalı sorumluluk olup bunun dışında fiil, zarar ve uygun nedensellik bağı gibi şartlar hukuka aykırı fiilden sorumluluk ile aynıdır.⁸⁷

⁸⁴ Oğuzman/Öz, s.37 vd.; Çilingiroğlu, s.47-49.

⁸⁵ Baysal, s.140.; Nomer, N. 150.2.

⁸⁶ Reisoğlu, s. 169.; Baysal, s.145 vd.

⁸⁷ Oğuzman/Öz, s.65 vd.; Hatemi, s.32.; Nomer, N.116.

Bu tür sorumluluğun temel kriteri olan ahlaka aykırılık kavramının belirlenmesi konusunda; kişisel, bireysel, sübjektif ahlakın değil; genel ve sosyal ahlaka, halk şuuruna, âdilâne düşünen kimselerin anlayışına yani genel ahlaka aykırı hareketlerin ahlaka aykırılık olarak değerlendirilmesi gerektiği konusunda görüş birliği bulunmaktadır.⁸⁸ Bununla birlikte genel ahlaka aykırılığın ölçüsünün ne olacağı tartışmalı olup öğretideki çeşitli tanımlama ve açıklamalara rağmen hala ahlaka aykırılığın genel bir tanımını vermenin mümkün gözükmemekte olduğu belirtilerek; ahlaka aykırılık konusunda önemli olanın somut olayda objektif bir değerlendirme yaparak BK m. 49/2'nin uygulanabileceği örnekleri belirlemek olduğunu savunan yazarlar da bulunmaktadır.⁸⁹

Uygulama dikkate alındığında günümüzde BK. m. 49/2'nin en çok uygulandığı alanların; bir sözleşmenin tarafını borcunu ihlal etmeğe teşvik ederek alacaklıya zarar verme halleri ile kanunda düzenlenmiş yansıma zarar halleri olduğu görülmektedir.⁹⁰

1.2.3.2. HUKUKA AYKIRI FİİLLE ZARAR VERİLMESİ

Bir kimsenin hukuka aykırı davranışı neticesinde zarar meydana gelir ise zarar veren kişinin verdiği zararı tazmin sorumluluğu doğmaktadır. Bu nedenle zarar sonucu doğurmayan bir fiil hukuka aykırı olsa dahi haksız fiil sorumluluğu doğurmayacaktır. Özel hukuk sorumluluğunda amaç cezalandırma değil de zararın tazmini olduğundan, zarar veren kişi ancak fiilinin doğurduğu zararlardan sorumlu tutulabilir. Bu kuralın istisnası niteliğindeki bazı özel yasa hükümleri ile haksız fiil sonucu mağdurun uğradığı zarardan daha fazla tazminat isteme imkânı verilmiş ve öğretide bu istisnai durum “medeni hukuk cezası” olarak nitelendirilmiştir. Bu açıklamalar ışığında, haksız fiilin unsurlarından olan “hukuka aykırı fiille zarar verilmesi” şartının iki unsurdan oluştuğu görülmektedir: Zarar ve fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı.⁹¹

1.2.3.2.1. ZARAR

Zarar kavramı, bir kimsenin rızası dışında malvarlığında meydana gelen azalmayı ifade etmektedir. Bu azalma, malvarlığının aktifinin azalmasından kaynaklanabileceği gibi bir kardan (kazançtan) mahrum kalma veya malvarlığının

⁸⁸ Tandoğan, s. 27; Oğuzman/Öz, s. 65 vd.; Baysal, s.150.

⁸⁹ Baysal, s.150 vd.

⁹⁰ Oğuzman/Öz, s.65 vd.; Nomer, N. 116.

⁹¹ Oğuzman/Öz, s.38 vd.

pasifinin artmasından da kaynaklanabilir. Başka bir deyiş ile zarar, malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durumu ile zarar verici fiil sonucu meydana gelen durumu arasındaki farktır.⁹² Öğretide yapılan bu tanımlamalar dar anlamda zararı yani sadece maddi zararı ifade etmektedir. Öğretide dar anlamda zarar kavramının yanı sıra bir de geniş anlamda zarar kavramı kullanılmaktadır. Geniş anlamda zarar kavramı, hukuki koruma altında bulunan maddi ve manevi varlıkların, zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durumu ile zarar verici fiil sonucu meydana gelen durumu arasındaki farkı belirtmek üzere kullanılmakta ve dar anlamda zarar kavramından farklı olarak manevi zararı da kapsamaktadır.⁹³ Manevi zarar, zarar gören şahsın kişiliğine yapılan saldırıdan duyduğu elem ve üzüntüyü; manevi tazminat ise bu manevi zararı karşılamak üzere belirlenecek edimi ifade etmektedir.⁹⁴ Çalışmamızın konusu yalnızca maddi zarar ve tazmini olduğundan zarar kavramı dar anlamıyla yani maddi zarar olarak kullanılmış olup çalışmamızın ikinci bölümünde bu konu detaylı bir şekilde ele alınmıştır.⁹⁵

1.2.3.2.2. NEDENSELLİK BAĞI

Sorumluluğun kurucu unsurlarından olan nedensellik bağı, hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki bağı ifade etmektedir. Hukuka aykırı fiil sonucu oluştuğu iddia edilen zararın tazmini için fiil ile zarar arasında nedensellik bağı bulunması zorunludur. Nedensellik bağı konusunda da öğretide çeşitli teoriler ileri sürülmüştür.⁹⁶

a. Nedensellik Bağı Teorileri

“Mantiki Nedensellik Teorisi”ne göre; hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kimsenin ancak bu fiil neticesinde meydana gelen zararı tazmin etme sorumluluğu bulunmaktadır. Fiil ile arasında mantiki nedensellik bulunmayan zararların tazmininin talep edilemeyeceğini savunan bu görüşe göre; bir kimsenin gerçekleştirdiği fiilin sebep olmadığı bir zarardan dolayı bu kimseye tazmin sorumluluğunun yüklenmemesi mantık gereğidir.⁹⁷

“Şart Teorisi”ne göre; nedensellik bağının tespiti için somut olay esas alınmalı ve somut olayda zararın meydana gelmesi açısından “onsuz olmaz şart” olan fiilleri

⁹² Oğuzman/Öz, s.39.; Eren, s.589-590.; Uygur, s. 400.; Reisoğlu, s. 170.; Hatemi, s. 47.

⁹³ Baysal, s. 156.; Eren, s.589 vd.; Kılıçoğlu, s. 189.; Antalya, s. 81.; Tandoğan, s.63.

⁹⁴ Oğuzman/Öz, s.40. ; Hatemi, s. 47.

⁹⁵ s. 31 vd.

⁹⁶ Oğuzman/Öz, s.45.; Eren, s. 607.; Reisoğlu, s. 175.; Baysal, s. 192 vd. ; Hatemi, s. 52 vd..

⁹⁷ Oğuzman/Öz, s.45.

işleyen herkes zarardan sorumlu tutulmalıdır. Günümüzde bu görüşü savunan kişilerin sayısı oldukça azalmıştır.⁹⁸

Günümüzde öğretide ve mahkeme içtihatlarında hâkim görüş olan uygun nedensellik bağı teorisine göre nedensellik bağı, bir fiilin hayat tecrübelerine ve olayların olağan akışına göre meydana getirebileceği zararlar ile olan mantıki nedensellik bağıdır. Mantıki nedensellik teorisinin aşırı ve adil olmayan kapsamını daraltan bu görüşe göre, yine bir mantıki nedensellik zinciri tespit edilecek ancak bu zincir içerisinde yer alan sebebin mevcut zararı meydana getirmeye uygun olup olmadığı belirlenecektir.⁹⁹ Bu belirleme yapılırken, yaşam deneyimlerine ve olayların olağan akışına göre hukuka aykırı fiilin mevcut zararı meydana getirebileceği sonucuna varılması halinde uygun nedensellik bağının var olduğu sonucuna varılacaktır. Fiilin, zararın olağan sebebinin oluşturup oluşturmadığı konusunda objektif bir değerlendirme yapılacak ve failin sübjektif özellikleri yani sonucu öngörüp öngöremediği dikkate alınmayacaktır. Ancak bu objektif değerlendirme esnasında mağdurun bünyesinden kaynaklanan özelliklerin değerlendirmede dikkate alınıp alınmayacağı tartışmalı bir konudur. Bu konudaki hâkim görüş, böyle durumlarda failin sorumluluğunun devam edeceği ancak durumun özellikleri dikkate alınarak tazminattan indirim yapılması gerektiğini ifade etmektedir.¹⁰⁰ Yine bu konudaki başka bir tartışma ise hukuka aykırı fiilin zararlı sonucu meydana getirmeye elverişli olup olmadığı tespit edilirken sonradan hâkimin tespit edebildiği tüm şartların mı yoksa fiilin işlendiği anda bilinmesi mümkün şartların mı esas alınacağı yönündedir. Bu konuda “önceden tahmin teorisi” ve “sonradan değerlendirme teorisi” olarak iki teori ortaya atılmıştır. Sonradan tahmin teorisi, sorumluluğu aşırı derecede geniş tuttuğu için, önceden tahmin teorisi ise bu sorunu kusur sorunuyla özdeşleştirdiği için eleştirilmektedir. Oğuzman/Öz ise bu konuya ilişkin en isabetli tutumun “sonradan değerlendirme teorisini, hâkime değerlendirme sırasında “insaf” dedirtecek kadar dolaylı ve olağandışı sonuçları MK. m. 2 uyarınca dürüstlük kuralı çerçevesinde törpülenmiş olarak uygulamak” olduğunu ileri sürmektedir.¹⁰¹

⁹⁸ Oğuzman/Öz, s.45.; Eren, s. 609 vd.; Hatemi, s. 53.

⁹⁹ Oğuzman/Öz, s.45 vd.; Eren, s.612 vd.; Reisoğlu, s. 175.; Antalya, s. 208

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, s. 129.; Eren, s. 875.; Nomer, s. 143.

¹⁰¹ Oğuzman/Öz, s. 46 vd.

Uygun nedensellik bağının varlığının ispatı zarar görene aittir. Nedensellik bağı, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurlarından olduğundan ispatlanamaması halinde sorumluluk doğmayacaktır. Uygun nedensellik bağının tespiti ise hukuki bir değerlendirme gerektirmesi nedeniyle hâkimin görevidir. Hâkim fiil ile zarar arasındaki bağı tespit edebilmek için bazı verilere ihtiyaç duyabileceği gibi bu hususta gerekli görmesi halinde bilirkişilik kurumuna da başvurabilir. Hâkim, bu husustaki değerlendirmesini MK m. 4'te düzenlenen takdir yetkisi kapsamında yapacak ve nihai kararını verecektir.¹⁰²

b. Birden Çok Sebep Halinde Nedensellik Bağı

Bir fiil neticesinde meydana gelen zarar ile fiil arasındaki nedensellik bağının uygun nedensellik teorisine göre belirleneceği açık olup zararın meydana gelmesinde etkili olabilecek birden çok sebep bir arada veya arka arkaya etkili olmuş ise bunlardan hangisi veya hangilerinin nedensellik ilişkisi içerisinde yer aldığına tespiti de önemli bir konudur. Nedensellik açısından genel bir kural olan zararlar uygun nedensellik bağı

¹⁰² Baysal, s. 206 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 666'da yer alan Y. 4. HD., E. 2016/1410 K. 2018/1295 T. 27.2.2018: "Mahkemece; davacıların destekleri olan ...'nın, davalıların sebep olduğu tartışma ortamının yarattığı efor ve stresin etkisi ile kalp krizi geçirerek vefat ettiği gerekçesi ile manevi tazminat talebinin kısmen kabulüne karar verilmiştir. Dosya kapsamından; Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen 10/06/2009 tarihli raporda, davacıların murislerinin, tartışma ortamının meydana getirdiği efor ve stresin kendisinde mevcut kalp ve damar hastalığını akut hale getirmesi nedeniyle vefat ettiği tespit edilmiştir. Olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41 ve vd. maddeleri uyarınca, haksız fiil sorumluluğunun doğabilmesi için fiil ile zarar arasında "uygun illiyet bağı" bulunması zorunludur. ... Cumhuriyet Başsavcılığı'nın 2007/1820 esas sayılı soruşturma dosyası kapsamında, davalılardan ...'nin eylemi, davacılarından ...'ya yönelik hakaret iddiasından ibaret olup bu eylem ile ilgilide anılan davalı hakkında kovuşturmayla yer olmadığına dair karar verilmiştir. Davalılardan ...'nin eylemi ile ölüm sonucu arasında, davalının tazminat sorumluluğunu gerektirecek şekilde uygun illiyet bağı bulunduğu kanıtlanamadığından; adı geçen davalı yönünden davanın reddine karar verilmesi gerekirken yanılırlı gerekçe ile anılan davalının tazminattan sorumlu tutulması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir". Y. 4. HD., E. 1992/7276 K. 1993/12397 T. 02.11.1993: "Davaya konu olan olayda; davalı S, yerde bulduğu cam parçasını U'a atmak suretiyle gözünün kör olmasına neden olmuştur. Mahkeme, davalı K yanında arsaya camların diğer davalı M tarafından konulduğundan bahisle onun da sorumluluğu cihetine gitmiştir. Bir kimsenin haksız fiilden doğan zarardan sorumlu olabilmesi için, diğer koşullar yanında eylem ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Fiil, mahiyeti itibarıyla olayların olağan akışına ve genel yaşam deneylerine göre meydana gelmiş olan zarar nevinden bir zarar oluşturmaya elverişli ise o fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu söz edilir. Diğer bir anlatımla, zararlı sonuç tipik mahiyeti itibarıyla fiile uygun ise, onun uygun sonucu olarak görülebiliyorsa, uygun illiyet bağı var demektir. Somut olayda M bakımından uygun illiyet bağının gerçekleşmediği gözetilmeksizin onun da tazminatla sorumlu tutulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir". Y. 4. HD., E. 1997/8707 K. 1998/444 T. 16.02.1998: "Dava, haksız eylemden kaynaklanan tazminata ilişkindir. Davalı, davacıların kızlarının ırzına geçmesi dolayısıyla ceza mahkemesince cezalandırılmıştır. Olayın vahameti dolayısıyla davacılar kızlarının bu yüzden intihar ettiğini ileri sürerek manevi tazminat ve destekten yoksun kalma tazminatı istemişlerdir. (...) Destekten yoksun kalma tazminatına gelince; maddi tazminatın istenebilmesi uygun illiyet bağının kurulması ile olanak içine girer. (...) İntihar, somut olayda gerçekleşen türden bir olayla objektif olarak bağlantılı bulunmadığına göre davacılar ölüm nedeni ile destekten yoksunluk tazminatı isteyemezler. Öyleyse anılan kaleme yönelik istek reddedilmelidir".

bulunmayan olguların dikkate alınmaması, birden çok sebep bulunması halinde de öncelikle uygulanacak ve uygun nedensellik bağı bulunmayan olgular değerlendirmede dikkate alınmayacaktır.¹⁰³

Meydana gelen zarar ile birden çok olgunun mantıki nedensellik bağı tespit edilebiliyorsa, bu olgular veya diğer bir deyiş ile sebepler arasında bir sebebin diğerlerinin nedensellik bağını kesmesi gibi bir durum söz konusu olabileceği gibi bu sebeplerin birbirine eklenerek uygun nedensellik bağını kurmaları gibi bir durum da söz konusu olabilir. Somut olayda bu ilişki hâkim tarafından tespit edilecektir. İlk durumda nedensellik bağı kesilen fiillerin failleri zarardan sorumlu olmayacak iken ikinci durumda da başka sebeplerin eklenmesi failin zarardan sorumluluğunu kaldırmayacaktır.¹⁰⁴

İlk olarak farazi nedensellik veya önüne geçilen nedensellik olarak da adlandırılan ve somut olayda zararı meydana getirmeye elverişli olan birden çok olgu bulunmasına rağmen bir olgunun zarara sebep olarak diğer olguların nedensellik bağını kesmesi veya engellemesi durumu söz konusu olabilir. Nedensellik bağına kesilmesi veya engellenmesi, üçüncü kişinin fiilinden, bir doğa olayından veya mağdurun fiilinden kaynaklanabilir. Tüm bu durumlarda zarara sebep olan olguya etkili olgu veya gerçek sebep, bu sebep zararı meydana getirmeseydi zararı meydana getireceği varsayılan diğer sebep veya sebeplere de farazi (varsayımsal) sebep denilmektedir.¹⁰⁵ Zarar meydana geldikten sonra gerçekleşen bir olgu, aynı zararı meydana getirmeye yönelik bir olgu olsa dahi gerçekleşmiş zarara bir etkisi olmayacağından ve bu aşamadan sonra zarara neden olma ihtimali bulunmadığından nedensellik kapsamında değerlendirilemeyecektir. Bunun yanı sıra, zarar açısından gerçek sebep olarak nitelendirilen fiilin faili tarafından zarar verici fiil işlenirken mevcut olan ancak gerçek sebepten önce zararı meydana getirmemiş olan bir olgunun bulunması halinde yine farazi sebep gerçek sebebin nedensellik bağını etkilemeyecek olup bu durum somut olayın koşullarına göre ancak tazminattan indirim nedeni olarak göz önüne alınılabilecektir. Neticeten tüm bu durumlarda nedensellik bağı kesilen fiillerin failleri

¹⁰³ Oğuzman/Öz, s.48.

¹⁰⁴ Oğuzman/Öz, s.50 vd.

¹⁰⁵ Oğuzman/Öz, s.48.; Eren, s. 622 vd.; Kılıçoğlu, s. 198. ; Hatemi, s. 55 vd.

zarardan sorumlu olmayacak ve zarar açısından gerçek sebep olarak değerlendirilen fiilin faili sorumlu olacaktır.¹⁰⁶

İkinci olarak, ortak nedensellik olarak adlandırılan durumda ise birden çok sebep veya olgunun tek başlarına meydana getiremeyecekleri bir sonuca birlikte ulaşmaları durumu söz konusudur. Ortak nedensellikten söz edebilmek için nedensellik bağıını oluşturan birden çok sebep arasında bir anlaşma iradesi aranmamakta olup birbirinden habersiz şekilde birleşme de mümkün görülmektedir. Bu durumlarda sorumlular açısından müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacaktır.¹⁰⁷

Üçüncü durum olan yarışan nedensellikte ise ortak nedensellikten farklı olarak her bir sebep veya olgu söz konusu sonucu meydana getirmeye tek başına yeterli olmasına rağmen bu sebepler zararın meydana gelmesinde birlikte etkili olmuştur. Bu durumda sorumlular açısından müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanacaktır.

108

Dördüncü olarak seçimlik nedensellikte ise zararı meydana getirmeye elverişli birden çok fiilin söz konusu olduğu bir durumda bunlardan birinin zararı meydana getirmiş olmasına rağmen gerçekte bunlardan hangisinin zarara yol açtığına tespit edilememesi durumu söz konusudur. Bu durumda meydana gelen zararın bütünlük arz eden bir olayın parçası olduğunun tespiti halinde olaya katılanların tümünün sorumlu olacağı, ancak böyle bir durum bulunmaması halinde gerçek sebep tespit edilemediğinden kimsenin sorumlu tutulmayacağı kabul edilmektedir.¹⁰⁹

1.2.3.3. KUSUR

a. Kusur Kavramı

Kusur, hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamaktır (ihmal).¹¹⁰

Kusurun tanımı ve diğer unsurlarla ilişkisi konuları tartışmalı olup bu konuda ileri sürülen çeşitli görüşler bulunmaktadır. Kusur unsuru ile karıştırılmaya elverişli bir

¹⁰⁶ Oğuzman/Öz, s.49 vd.; Eren, s. 623 vd. ; Hatemi, s. 59.

¹⁰⁷ Oğuzman/Öz, s.52.; Eren, s. 618 vd.; Uygur, s. 409 vd.; Antalya, s. 220.

¹⁰⁸ Oğuzman/Öz, s.52.; Eren, s. 618 vd.; Uygur, s. 409 vd.; Kılıçoğlu, s. 198.

¹⁰⁹ Oğuzman/Öz, s.52.; Eren, s. 621 vd.; Uygur, s. 409 vd.; Antalya, s. 223. ; Hatemi, s. 59.

¹¹⁰ Oğuzman/Öz, s.54.; Eren, s. 643 vd.; Hatemi, s. 69-70.; Kılıçoğlu, s. 199.; Antalya s.416.

unsur olan hukuka aykırılık unsurunu birlikte ele alarak, hukuka aykırılığı “objektif unsur”, kusuru ise “sübjektif unsur” olarak gören anlayışa göre kusur “kınanan bir davranış” ifade etmekte ve hukuka aykırı davranma yönünde iradesini gösteren kişinin kınanması gerekmektedir.¹¹¹ Bu konudaki başka bir görüşe göre ise; hukuk düzenlerinin kişilere ahlaki değerlendirme yaparak kınama veya ayıplama gibi kurumlarla yaklaşması mümkün olmayıp kusurun etik bir kınama ifade ettiği yönündeki tespit hatalıdır. Bu görüş sorumluluğun günümüzde hukuki bir değerlendirme konusunu olduğunu ve artık ahlaki bir değerlendirme içermediğini savunmaktadır.¹¹²

Türk Borçlar Kanununun 49. Maddesinde de açıkça belirtildiği üzere, hukuk sistemimize istisnalar dışında esas olarak “kusur prensibi” benimsenmiştir. Kanun metnindeki ifadesiyle başkasına zarar veren kimsenin bu zararı gidermekle yükümlü olmasının şartı fiilin işlenmesinde kişinin kusurlu olmasıdır.¹¹³ Kusur prensibinin hukuk sistemimizdeki istisnasını teşkil eden kusursuz sorumluluk hallerinde sorumluluk için kusur şartı aranmamaktadır. Ancak kusursuz sorumluluk hallerinde dahi failin kusuru önemli bir konu olarak değerlendirilmekte ve failin lehine olabilecek birçok durumu ortadan kaldırmaktadır. Failin kusurlu olması halinde sorumluluktan kurtulma imkânı ortadan kaldırılmakta; mücbir sebebin, üçüncü kişinin veya mağdurun kusurunun sorumluluğa etkisi artık dikkate alınmamakta ve birden çok sorumlu olması halinde rücu ilişkisinde kusur dikkate alınmaktadır.¹¹⁴

b. Kusur Çeşitleri

Kast, failin hukuka aykırı sonucu isteyerek davranması; ihmal ise failin hukuka aykırı sonucu istemiş olmamasına rağmen bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeter derecede kullanmayarak gerekli dikkat ve özeni göstermemesi veya gerekli önlemleri almaması olarak tanımlanmaktadır. Hukuka aykırı fiilden doğan sorumluluk açısından kusurun varlığı yeterli olup çeşitleri önemli değil iken BK m. 49/2’de düzenlenen ahlaka aykırı fiilden doğan sorumluluk için failin kastı aranmaktadır.¹¹⁵ Her ne kadar haksız fiil sorumluluğunun kurulması aşamasında kusurun türleri ve dereceleri olan kast, olası kast, ihmal veya hafif ihmal arasında bir

¹¹¹ Oğuzman/Öz, s. 14.; Nomer, N:114.

¹¹² Baysal, s. 59 vd.; Atamer, Yeşim : Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, 1996. s.31.

¹¹³ Reisoğlu, s. 171.; Eren s. 643.; ; Hatemi, s. 69.

¹¹⁴ Oğuzman/Öz, s.54.

¹¹⁵ Oğuzman/Öz, s.56 vd.; Eren, s. 649 vd.; Hatemi, s.69 vd.; Kılıçoğlu, s. 200 vd.; Antalya, s. 27 vd.

fark öngörülmemiş ise de bunların arasındaki fark, tazminatın belirlenmesi aşamasında ortaya çıkmakta ve dikkate alınmaktadır.¹¹⁶

Failin hukuka aykırı sonucun bilincinde olması ve bu sonucu istemesi olarak tanımlanan doğrudan kast, kusurun en ağır derecesidir. Kastın diğer bir türü olan dolaylı kast durumunda ise fail sonucu doğrudan doğruya istememekte ancak bu sonucun meydana gelmesi ihtimalini göze alarak hareket etmektedir.¹¹⁷ Kastın varlığı açısından failin isteyerek gerçekleştirdiği hukuka aykırı fiilin varlığı yeterli olup ihlal ettiği kuralın varlığını bilip bilmemesi bir önem taşımamaktadır. Buna karşılık zarar görenin mutlak hakkının ihlalinden kaynaklanan bir hukuka aykırılığın mevcut olması durumunda, fiilin meydana getirdiği sonuç failin istediği sonuçtan farklı ise artık kastın varlığından söz edilemeyecektir. Kast açısından, failde hukuka aykırılık bilinci ve isteği yeterli olup ayrıca failin fiili neticesinde meydana gelecek zararın kapsamını ve biçimini bilmesine gerek bulunmamaktadır.¹¹⁸

İhmal, failin hukuka aykırı sonucu istemiş olmamasına rağmen bu sonucun meydana gelmemesi için iradesini yeter derecede kullanmayarak gerekli dikkat ve özeni göstermemesi veya gerekli önlemleri almaması olarak tanımlanmaktadır. Ağır ihmal, zararı meydana getiren fiili işleyen failin kendisiyle aynı şartlara sahip bir kişinin göstereceği dikkat ve özeni göstermemesidir. Hafif ihmal ise zararı meydana getiren fiili işleyen failin dikkatli ve tedbirli bir kimsenin somut olayda göstereceği dikkat ve özeni göstermemesidir.¹¹⁹ Öğretide ağır ihmal de derecelendirilmiş ve zarar verenin zarar verici fiilin muhtemel sonuçlarını öngörmesine rağmen bunu engellemek ve tedbir almak yönünde bir davranışının bulunmaması durumunun en ağır derecede ihmal yani bilinçli ihmal olduğu ifade edilmiştir.¹²⁰ İhmalin diğer türü olan bilinçsiz ihmal durumunda ise fail yine zarar verici sonucu öngörememiş olmasına rağmen bu kez öngörülebilmeye ilişkin bir tedbirsizlik değil makul önlemleri almama şeklinde genel anlamda bir tedbirsizlik söz konusudur. Ağır ihmalin en üst derecedeki türü olan bilinçli ihmal ile kastın bir türü olan olası kast hali birçok açıdan birbirine benzemekte olup bazı konular açısından bu iki durumun ayrımı önemlidir. Bu iki durum arasında yapılacak ayırmada esas alınacak kriter; zarar verenin somut olayda göze aldığı

¹¹⁶ Baysal, s. 65 vd.

¹¹⁷ Oğuzman/Öz, s.56.; Eren, s. 649 vd.; Hatemi, s. 69.

¹¹⁸ Oğuzman/Öz, s.57.; Eren, s. 650.

¹¹⁹ Oğuzman/Öz, s.57 vd.; Eren, s. 623 vd.; Hatemi, s. 69.; Reisoğlu, s. 173.; Antalya, s. 36 vd.

¹²⁰ Oğuzman/Öz, s.57 vd.; Eren, s. 623 vd.

başkasına zarar verme olasılığının derecesidir. Örneğin, insanların geçişine izin verilmiş olduğunu bildiği bir yolda son süratle araç süren kişinin yola çıkan bir insana çarpması durumunda bilinçli ihmali söz konusu iken hâlihazırda insanların dolaştığı bir yolda aynı şekilde hareket eden bir kişinin olası kastının varlığı kabul edilmektedir. Ancak belirtmek gerekir ki; bu ayırım ceza hukuku açısından önemli olsa da haksız fiil sorumluluğu konusunda ahlaka aykırı fiiller dışında çok bir önem taşımamaktadır.¹²¹

Özen ölçüsünün belirlenmesi açısından var olan objektif ve sübjektif kusur tartışmaları, kusurun türlerinden kast açısından önem taşımazken ihmal açısından önemlidir. İhmali davranışta, kişiyi kusurlu duruma düşüren ondan beklenen makul özenin gösterilmemesi olduğundan makul özenin tespiti oldukça önemlidir. Makul özenin belirlenmesinde sübjektif ölçütlerin dikkate alınmasını savunan görüşe göre; kusur kişinin kınanan bir davranışı olup böylesi bir ahlaki değer yargısında bulunurken kişinin nitelik ve yetenekleri göz önünde tutulmalıdır. Bu nedenle de kusurun tespitinde kişinin sübjektif özellikleri dikkate alınmalı ve kişinin içinde bulunduğu psikolojik ve fikri şartlar, kişisel yetenekleri, yetiştirme, eğitim ve öğrenim düzeyi, fiziki güçleri, meslek becerileri dikkate alınarak bir tespit yapılmalıdır.¹²²

Makul özenin belirlenmesinde objektif ölçütlerin dikkate alınmasını savunan görüşe göre ise kusur değerlendirmesinde kişinin bulunduğu zaman ve mekân dikkate alınarak onunla aynı konumda bulunan makul bir kişinin normal koşullarda göstereceği davranış ölçütü olarak alınmalıdır. Yani bu görüşte kişinin sübjektif özellikleri yerine objektif makul bir model kişinin olağan koşullarda göstereceği davranış esas alınmaktadır. Makul özen belirlenirken; zarar veren ile aynı yaş, cinsiyet, zamansal, mekânsal, mesleki ve fiziksel koşullara sahip normal ve makul kişilerin davranışları ile gösterecekleri özen esas alınmalıdır.¹²³

c. Kusur Açısından Fiil Ehliyeti

Haksız fiil sorumluluğu açısından gerçek veya tüzel kişiler kusurlu olabilir ve gerçek kişiden farklı olarak tüzel kişinin kusuru organlarının kusurudur. Gerçek kişinin bir fiilinden dolayı kusurlu sayılabilmesi ve özel hukuk sorumluluğuna tabi tutulabilmesi için kişinin hareketlerinin sebebini ve sonuçlarını anlayabilecek durumda

¹²¹ Oğuzman/Öz, s.59., Baysal, s.68 vd.

¹²² Oğuzman/Öz, s.59 vd.; Eren, s.652 vd.

¹²³ Hatemi, s. 70.; Hatemi/Gökyayla, s. 148-149.; Baysal, s. 61 vd., Atamer, s.31.

olması yani ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Ayırt etme gücü kavramı haksız fiil sorumluluğunun kurulması açısından önemli olup ayırt etme gücüne sahip olmayan tam ehliyetsiz bir kişi davranışının sonuçlarını öngöremeyeceğinden bu davranışlarından sorumlu tutulmayacaktır.¹²⁴ Tam ehliyetsiz kişiler dışında kalan ve ayırt etme gücü bulunan küçükler ve kısıtlılar (sınırlı ehliyetsizler) ile kendilerine kanuni danışman atanmış kişiler (sınırlı ehliyetliler) de haksız fiillerinden meydana gelen zararlardan sorumludurlar.¹²⁵ Ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin haksız fiillerinden sorumlu olmamaları kuralının istisnasını teşkil eden kusursuz sorumluluk hallerinde kusur unsuru aranmadığından ayırt etme gücü bulunmayan kişilerin sorumluluğu söz konusu olabilmektedir. Ayrıca BK m. 65 ve 59 hükümleri ile tam ehliyetsiz kişilerin haksız fiillerinden sorumlu olabileceği istisnai haller öngörülmüştür.¹²⁶

Borçlar Kanunun hakkaniyet sorumluluğu başlıklı 65. Maddesine göre *“Hakkaniyet gerektiriyorsa; hâkim, ayırt etme gücü bulunmayan kişinin verdiği zararın, tamamen veya kısmen giderilmesine karar verir”*.

Kusursuz sorumluluk hallerinin düzenlenmesinde etkili olan hakkaniyet düşüncesinin bir yansıması olan bu madde ile tam ehliyetsiz kişilerin sorumlu olabileceği istisnai bir hal düzenlenmiştir. Bu madde hükmü ile tam ehliyetsiz kişinin zarardan sorumlu tutulabilmesi için ayırt etme gücü bulunsaydı kusurlu sayılacağı bir fiil işlemesi gerekmektedir. Madde metninde zararın tamamen veya kısmen giderilmesine karar verilebileceği belirtilmiş ancak bunun nasıl yapılacağı belirtilmeksizin bu husus hâkimin takdirine bırakılmıştır. Bu hususun belirlenmesinde, zararın sigorta şirketi gibi üçüncü bir şahsa ödettirilmesinin ihtimal dâhilinde olup olmadığı gibi durumlar ile tarafların karar zamanındaki mali durumu göz önünde bulundurularak hüküm tesis edilecektir.¹²⁷

Borçlar Kanununun ayırt etme gücünün geçici kaybı durumuna ilişkin hükmünü içeren 59. Maddesine göre; *“Ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kişi, bu sırada verdiği zararları gidermekle yükümlüdür. Ancak, ayırt etme gücünü kaybetmede kusuru olmadığını ispat ederse, sorumluluktan kurtulur.”*

¹²⁴ Baysal, s.76 vd.; Oğuzman/Öz, s. 60.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N.161 vd.; Hatemi, s. 65 vd.

¹²⁵ Reisoğlu, s. 173.; ; Hatemi, s. 65 vd.

¹²⁶ Baysal, s.76 vd.; Oğuzman/Öz, s. 60.; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, N.161 vd.; Hatemi, s. 65 vd.

¹²⁷ Reisoğlu, s. 174.

Kural olarak, ayırt etme gücünü geçici veya sürekli olarak kaybeden kişi iradesini oluşturmayaacağından kusurlu sayılmayacaktır. Ancak kişinin ayırt etme gücünün geçici kaybı konusunda kusuru varsa yani kastı veya ihmali ile kendisini iradesini oluşturmayaacak duruma sokmuşsa verdiği zarardan sorumlu olacaktır.¹²⁸ Buna karşın kişi ayırt etme gücünün geçici kaybı konusunda kusuru olmadığını ispat ederse sorumluluktan kurtulacaktır.¹²⁹

Tüzel kişinin fiilleri ancak organları tarafından icra edilebileceğinden diğer bir deyiş ile tüzel kişinin kusuru ancak organlarının kusuru olabileceğinden, tüzel kişilerde kusur fiili icra eden organlarında aranır. Organ, tüzel kişinin örgütü içerisinde yer alan ve tüzel kişinin aktif olarak hukuk hayatına katılmasını sağlayan kişilerdir.¹³⁰ Tüzel kişinin örgütü içerisinde bir veya birden fazla organ yer alabileceği gibi bu organların görev ve faaliyetleri ile birbirleriyle ilişkileri konuları tüzel kişiliğin türüne göre kanunda, ortaklık esas sözleşmesinde, dernek tüzüğünde veya vakıf senedinde belirlenmektedir. Organların tüzel kişiliğin kendilerine yüklediği görevleri sırasında işledikleri haksız fiillerden tüzel kişiliğin sorumluluğu bulunmakta olup görevleri dışına çıkan konularda işledikleri haksız fiillerden tüzel kişilik sorumlu olmayacaktır. MK. m. 50/3 “*Organlar kusurlarından dolayı ayrıca kişisel olarak sorumludurlar*” hükmü ile organların kusurlu faaliyetlerinden tüzel kişi ve organın müteselsilen sorumlu olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla bu hüküm nedeniyle, tüzel kişilik organının fiili neticesinde zarara uğrayan kişiye seçimlik bir hak tanınarak müteselsil sorumlu kişilerden ister organa ister tüzel kişiye başvurarak zararının tazminini isteme hakkı tanınmıştır. Organın ve dolayısıyla tüzel kişinin sorumluluğunun doğabilmesi için TBK. M. 49’da öngörülen haksız fiilin kurucu şartlarının organ nezdinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Ayrıca tüzel kişilerin sorumluluğu, kanunda kusur aranmayan sorumluluk halleri olarak düzenlenen durumlarda da devam etmekte olup böylesi durumlarda tüzel kişiliğin organının kusurlu olup olmaması önem taşımayacak ve diğer şartların varlığı halinde sorumluluk doğacaktır.¹³¹

Tüzel kişilerin haksız fiil sorumluluğunu sınırlayan iki durum söz konusu olup bu iki sınır dışında gerçekleşen fiillerden artık tüzel kişilik sorumlu olmayacaktır.

¹²⁸ Oğuzman/Öz, s.61.; Eren, s. 648.; Hatemi, s. 66 vd.; Baysal, s. 81.

¹²⁹ Oğuzman/Öz, s.60 vd.; Hatemi, s. 66 vd.

¹³⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 127 vd.

¹³¹ Oğuzman/Öz, s.61 vd.

Bunlardan ilki tüzel kişinin hak ehliyetidir ve tüzel kişinin hak ehliyeti sınırlarını aşan durumlarda artık sorumluluktan söz edilemeyecektir. İkinci sınır ise söz konusu fiilin organın görevini yerine getirirken ve görevi dolayısıyla işlenmiş olması gerekliliğidir. Dolayısıyla organın, tüzel kişilik içerisinde yüklendiği görevi ile ilişkisi bulunmayacak şekilde kişisel bir davranışı neticesinde meydana gelen zarardan tüzel kişi sorumlu olmayacaktır. Bu durumda esasen kişisel bir davranış söz konusu olup görevle ilgili bir durum söz konusu değildir yani görev yalnızca bir vesile olmuştur. Tüzel kişiliğin organlarının haksız fiillerinden sorumluluğu konusunda bir diğer önemli konu da organların dış ilişkideki temsil sınırları olup bu durum aynı zamanda organların haksız fiil işleyebilecekleri alanı da belirlemektedir. Tüzel kişilik yapısı içerisinde bir organın yetkisi sınırlandırılmış olsa dahi organın icra ettiği fiil dış ilişkide kendi yetkisine girebilecek nitelikte ise tüzel kişinin organının yetkisi dışında gerçekleştirdiği bu fiilden sorumlu olacağı kabul edilmektedir.¹³²

§2 . MADDİ ZARARIN BELİRLENMESİ VE ZARAR ÇEŞİTLERİ

2.1. GENEL BAKIŞ

Borçlar Kanununun zararın ve kusurun ispatına ilişkin 50. Maddesine göre; “(1) Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. (2) Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler”.

Zarar, haksız fiil sorumluluğunda hem sorumluluğun kurulması için olmazsa olmaz bir unsur olması hem de tazminatın belirlenmesi aşamasında tazminatın üst sınırı yani tavanı olması nedeniyle oldukça önemlidir. Hukuka aykırı bir fiil neticesinde herhangi bir zarar meydana gelmemişse haksız fiil sorumluluğu doğmayacağından zarar, sorumluluğun kurulmasının şartlarından¹³³ Zarar, ilerleyen aşamalarda

¹³² Oğuzman/Öz, s.61 vd.

¹³³ Oğuzman/Öz, s. 38 vd.; Eren, s. 538 vd.; Baysal, s. 156 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 427’de yer alan Y. 4. HD., 19.03.2015, E. 2014/16354, K. 2015/3377: “Şu durumda, davalı kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile davacı kurumdan 45 ton yerine 85 ton kömür ödeneği istemiş ve bedelini de fatura ettirmiş ise de, fazladan istenen ödeneğin yine davacının bütçesinden karşılanması gereken okulun sair ihtiyaç kalemleri için kullanıldığı anlaşılmakla davacının mal varlığında eksilme olmadığından bir zarara uğramadığı, yani

hükmedilecek olan tazminatın belirlenmesi açısından üst sınırı yani tavanı ifade ediyor olması ve zarar türlerinin hâkimin rolüne etkisi açısından da oldukça önemli bir unsurdur. Zarar görenlerin mevcut zararlarının belirlenmesinde ve hesabında hâkimin takdir yetkisi bulunmamakta iken müstakbel zararların hesaplanmasında BK m. 50/2 uyarınca hâkimin takdir yetkisi devreye girecektir. Bu nedenlerle zararın, haksız fiil sorumluluğunun kurulması aşamasında olduğu gibi tazminatın belirlenmesi aşamasında da önemli ve belirleyici bir rolü bulunmaktadır.¹³⁴

Türk Hukukunda tazminat kavramı zarar görenin zararının karşılanması için kullanılmakta olup kural olarak cezalandırıcı bir işlevi bulunmamaktadır. Bu nedenle zarar miktarı da doğal olarak tazminat miktarının üst sınırını çizmektedir. Zarar veren, somut olaya uygulanacak hükümlere göre zararın tamamını karşılamak zorunda kalabileceği gibi BK m. 51 ve 52 hükümlerinin uygulanması durumlarında daha düşük bir miktarı karşılamak durumunda da kalabilir.¹³⁵ Elbette burada belirtmek gerekir ki ancak zarar verici fiil ile uygun nedensellik bağı içerisinde yer alan zararlar tazmin edilecek olup bunun dışında ortaya çıkan ve uygun nedensellik bağı bulunmayan veya kesilmiş olan zararlar tazmin edilmeyecektir.¹³⁶

Maddi zarar, malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durumu ile zarar verici fiil sonucu meydana gelen durumu arasındaki fark olarak tanımlandığından, bu farkın bulunması için iki durum arasında karşılaştırma yapılması gerekmektedir. Bu karşılaştırmanın nasıl ve ne şekilde yapılacağı ise tartışmalı olup öğretide bu konuda çeşitli teoriler ileri sürülmüştür.¹³⁷ Fark teorisi adı verilen görüşe göre; zarar malvarlığında eksilme, aktifteki azalma, pasifteki artma veya mahrum kalınan kâr şeklinde gerçekleşir.¹³⁸ Bu teoride yer verilen tanım konusunda çeşitli tartışmalar yapılmış ve sonuç olarak normatif zarar teorisi doğmuştur. Normatif zarar teorisi malvarlığı kavramını daha geniş tanımlamakta iken fark teorisi daha dar bir tanımlama yapmaktadır. Normatif zarar teorisinde fark teorisinden farklı olarak bazı değerlerin normatif ve hukuki bir değerlendirme ile malvarlığı unsuru sayılması kabul

davalının tazminat borcunun doğmadığı sonucuna varılarak istemin reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir”.

¹³⁴ Oğuzman/Öz, s. 85 vd.; Baysal, s. 156 vd.

¹³⁵ Baysal, s. 348 vd.; Nomer, s. 63.

¹³⁶ Baysal, s. 350.

¹³⁷ Oğuzman/Öz, s. 39-40.; Eren, s. 589.; Hatemi, s.97 vd.; Baysal, s. 158.

¹³⁸ Oğuzman/Öz, s. 39-40.; Eren, s. 591 vd.

edilmektedir. Fark teorisinde fiili zarar, yoksun kalınan kâr ve kazancın elde edilememesi de tazmin edilecek kalemler arasında sayılırken¹³⁹ malvarlığında bunlardan kaynaklı net bir matematiksel fark yoksa zararın da bulunmadığı ifade edilir. Normatif zarar görüşünde ise her zaman böyle bir matematiksel eksilme aranmayacağı, bazı durumlarda malvarlığında eksilme olmasa dahi adaletin ve özellikle somut olay adaletinin gereği olarak zararın tazmin edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Fark teorisinde matematiksel bir azalmadan bahsedilerek iktisadi bir tanım yapılırken, normatif zarar teorisinde ise neyin malvarlığı unsuru olarak kabul edilip edilemeyeceği hukuki bir değerlendirme ile tespit edileceğinden hukuki bir değerlendirme yapılmıştır.¹⁴⁰ Normatif zarar kavramı, Alman Hukukunda dahi itirazlarla karşılaşmış olup İsviçre’de ve Türkiye’de pek fazla taraftar bulmamıştır. Günümüzde hâkim olan görüş, sırf bir malın kullanılmasından yoksun kalma veya bir tatil imkânından yoksun kalma durumlarının maddi tazminat kapsamında değil de şartları varsa manevi tazminat kapsamında değerlendirilebileceğini savunmaktadır. Zira hâkim görüşe göre maddi tazminattan bahsedilebilmesi için hukuka aykırı fiilin mağdurun malvarlığında bir zarara yol açmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla haksız fiil neticesinde hasara uğrayan bir arabanın değerinde meydana gelen azalmalar ve tamiri esnasında aynı nitelikte bir arabanın kiralanması için yapılan giderler ile daha önceden planlanan tatil için yapılan yol, otel vb. kalemler maddi zarar olarak kabul edilmektedir.¹⁴¹

Haksız fiil nedeniyle ortaya çıkan tazminat alacağı zararın meydana gelmesi ile doğarsa da tazminatın türü ve miktarı daha sonraki aşamalarda tarafların anlaşması veya hâkimin kararı ile belirlenecektir. Bu aşamadan sonra ise artık tazminat talebi ortadan kalkacak ve mahkeme ilamı veya tarafların anlaşmasına dayalı olan bir alacak hakkı doğacaktır. Burada belirtmek gerekir ki; tarafların tazminatı belirlemek için yaptıkları anlaşma bir sulh sözleşmesi niteliğinde olduğundan sözleşmelere ilişkin genel kurallara tabi olup geçerliliği için herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır. Taraflar anlaşmaya konu miktarı tamamen özgür iradeleri ile meydana gelen zarardan az veya daha fazla olacak şekilde belirleyebilirler ve bundan dolayı sulh anlaşması yapıldıktan sonra artık bu miktarın gerçek zarardan az veya çok olduğunu ileri sürerek itiraz edemezler. Tazminat miktarı konusunda yalnızca genel hükümler dolayısıyla BK. m. 32 şartlarının

¹³⁹ Baysal, s. 158 vd.

¹⁴⁰ Baysal, s. 161.; Nomer, s. 17.

¹⁴¹ Oğuzman/Öz, s. 42.; Eren, s. 592 vd.

gerçekleştüğinden bahisle temel hatası sebebiyle zarar konusunda yapılan sulh anlaşması iptal edilebilir ve meydana gelen gerçek zarara uygun tazminat talep edilebilir. Tazminat miktarının zarardan az veya çok olarak belirlenmesi dışındaki konularda sözleşmelere ilişkin genel hükümler uygulanacaktır. Ayrıca bu hususta Karayolları Trafik Kanunun 111. maddesinin 2. fıkrası ile özel bir düzenleme getirilmiştir. İlgili maddeye göre; Karayolları Trafik Kanununa tabi sorumluluklar açısından tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar ve uzlaşmalar yapıldığı tarihten başlayarak iki yıl içinde iptal edilebilecektir.¹⁴²

2.2. ZARAR ÇEŞİTLERİ

a. Fiili Zarar – Mahrum Kalınan Kar

Fiili zarar kavramı, malvarlığının aktifinde fiili bir azalmayı veya malvarlığının pasifinde fiili bir artışı ifade etmektedir. Aktifteki fiili azalmaya, bir mala zarar verilmiş olması veya kişinin yaralanma sonucu yaptığı masraflar, pasifteki fiili artışa ise üçüncü kişi tarafından aldatılması sonucu borç yüklenen kişinin durumu örnek olarak gösterilmektedir. Kişinin normal şartlarda elde edilebileceği bir kazançtan tamamen veya kısmen yoksun kalması ise kar mahrumiyeti veya mahrum kalınan kar olarak tanımlanmaktadır. Kar mahrumiyeti, kişinin malvarlığının aktifinde fiili bir artışa veya pasifinde fiili bir azalmaya engel olunmasından kaynaklanmaktadır. Bir kişinin başka bir kişi tarafından yaralanması nedeniyle bir süre çalışamamasından kaynaklanan kazanç yoksunluğu bu duruma örnek olarak gösterilmektedir.¹⁴³

Yoksun kalınan karda zarar görenin sahip olabileceği şeyler azalmaktayken fiili zararda mevcut durumda sahip olduğu şeyler azalmaktadır. Ticari taşımacılık yapan kişinin arabasının hasara uğraması ve bu nedenle bir süre kullanılamaması durumunda olduğu gibi bazı durumlarda fiili zarar ile yoksun kalınan kar birlikte gerçekleşebilir. Bu örnekte tamir giderleri ile değer kaybı fiili zararı oluştururken çalışamadığı sürece kazanılamayan gelirler de mahrum kalınan karı oluşturur. Yoksun kalınan kar yukarıda bahsedilen örnekte olduğu gibi eşyaya verilen zararda söz konusu olabileceği gibi adam öldürülmesi halinde desteklerini kaybeden kişilerin uğradıkları destekten yoksun kalma zararı gibi durumlarda kişiye gelen zararlarda da söz konusu olabilir.¹⁴⁴

¹⁴² Oğuzman/Öz, s.68.

¹⁴³ Oğuzman/Öz, s. 41-42.; Eren, s. 595 vd.; Antalya, s. 93 vd.; İnan, s. 275.

¹⁴⁴ Eren, s. 596.; Karahasan, s. 149 vd.

Mahrum kalınan karın niteliği itibariyle farazi ve geleceğe ilişkin olması nedeniyle bu durumda zarar mahrum kalınan kar anındaki gelir veya kazançla göre tespit edilmeyecek olup hesaplamada ileride gerçekleşecek gelir imkânları da göz önünde tutulacaktır. Burada belirtmek gerekir ki ancak uygun nedensellik bağı bulunan zararlar bu kapsamda tazmin edilebilecek olup hukuka ve ahlaka aykırı olan gelirler yoksun kalınan kar olarak talep edilemeyecektir.¹⁴⁵

b. Kişiyeye Gelen Zarar – Eşyaya Gelen Zarar

Kişiyeye gelen zarar kavramı, kişilik hakları olarak nitelendirilen haklardan birine veya birkaçına yapılan saldırı sonucu uğranılan zararı ifade etmekte olup vücut bütünlüğünün ihlali olduğu gibi kişinin şeref ve haysiyetine yapılan bir saldırı sonucu uğradığı manevi zarar da kişiyeye gelen zarardır. Eşyaya gelen zarar kavramı ise bir aynı hak ihlali ifade etmekte olup bir kişiyeye ait malının kaybı, tahribi veya hasar görmesidir.¹⁴⁶

Kişiyeye gelen zararda, kişilik hakkı ihlali mutlaka var olacağından bu durum hem maddi hem manevi zarara neden olabilecektir. Eşyaya gelen zararda ise kişilik hakkı ihlali çok istisnai olarak var olacağından bu durum kural olarak yalnızca maddi zarara ve çok istisnai hallerde manevi zarara neden olabilecektir. Bu ayrım özellikle zararın belirlenmesi konusunda farklı kuralların uygulanmasını gerektirmesi nedeniyle önemlidir. Her iki zarar türü arasında niteliksel fark bulunması yani insan zarara uğrarken, eşyanın ise hasar görmesi bunlara uygulanacak hukuk kurallarını da farklılaştırmaktadır.¹⁴⁷

c. Doğrudan Zarar – Dolaylı Zarar – Yansıma Zarar – Salt Malvarlığı Zararı

Doğrudan zarar, araya herhangi bir sebep girmeksizin hukuka aykırı fiil sonucu mağdurun bu fiil nedeniyle uğradığı direkt zarardır. Dolaylı zarar ise mağdurun hukuka aykırı fiil nedeniyle uğradığı doğrudan zarara bağlı olarak eklenen başka bir sebepten kaynaklanan zarardır. Hukuka aykırı fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı doğrudan zararda kolayca tespit edilebilirken; dolaylı zararda bunun tespiti bu kadar kolay

¹⁴⁵ Eren, s. 597.; Tandoğan s. 59.

¹⁴⁶ Baysal, s. 175.

¹⁴⁷ Baysal, s. 174 vd.

olmamakta ve ancak uygun nedensellik bağı bulunan dolaylı zararlardan fail sorumlu tutulmaktadır.¹⁴⁸ Öğretide takip eden veya eşlik eden zarar olarak da adlandırılan dolaylı zararın aslında doğrudan zararı meydana getiren fiil ile uygun illiyet bağı içinde bulunması nedeniyle bunun da doğrudan zarar olarak değerlendirmesi gerektiğini savunan bir görüş de bulunmaktadır.¹⁴⁹

Yansıma zarar kavramı ise hukuka aykırı fiil ile saldırıya uğrayan kişinin değil de bu kişiden başka kimselerin hukuka aykırı fiil nedeniyle uğradıkları zararı ifade etmektedir. Yansıma zarar gören kişilerin hukuka aykırı fiille herhangi bir hakları ihlal edilmediğinden bu zarar türü açısından nedensellik bağının yanı sıra hukuka aykırılık bağının da bulunması gerekmektedir. Hukuka aykırılık bağı açısından yansıma zararın, mutlak hak ihlalinin mi nispi hak ihlalinin mi kaynaklandığı da önem taşımaktadır.¹⁵⁰ Yansıma zararlarda, zarar görenlerin herhangi bir mutlak hakları ihlal edilmediğinden yani hukuka aykırılık unsuru eksik olduğundan kural olarak bu zararın tazmini mümkün değildir. Ancak yansıma zarar kapsamındaki kişilerin yakınlarının uğradıkları haksız fiil sonucunda bazı durumlarda zarar gördükleri de açık olduğundan bu zararlarının tazmin edilebilirliği tartışılmış ve ülkelerin hukuk sistemlerinde farklı yaklaşımlar kabul edilmiştir. Türk hukukunda, özel bir koruma normu olmadığı sürece yansıma zararın talep edilemeyeceği kabul edilerek sınırlı bir uygulama alanı bırakılmıştır. Bir diğer deyiş ile yansıma zararın tazmin edilebilmesi için gerekli olan hukuka aykırılık bağına sağlayan özel bir koruma normu getirilen durumlarda zarar görenler ancak bu koruma normu kapsamında öngörülen zararlarını tazmin edebileceklerdir. Neticeten hukuk sistemimizde uygun nedensellikte bulunan bir yansıma zarar hukuka aykırılık bağı bulunmaması nedeniyle tazmin edilemeyecek ancak açık bir yasal düzenleme ile hukuka aykırılık bağının da sağlanması halinde tazmin edilebilir hale gelecektir.¹⁵¹

Salt malvarlığı zararı kavramı ise kişiye ve eşyaya gelen zararların dışında kalan ve zarar görenin herhangi bir mutlak hakkı ihlal edilmeden malvarlığında eksilme meydana gelmesi nedeniyle oluşan zararı ifade etmektedir. Yansıma zararda olduğu gibi salt malvarlığı zararında da hukuka aykırılık unsuru eksikliği bulunmaktadır. Bizim

¹⁴⁸ Oğuzman/Öz, s. 43.; Hatemi, s.50 vd.; Antalya, s. 96.

¹⁴⁹ Eren, s. 598-599.

¹⁵⁰ Oğuzman/Öz, s. 44.

¹⁵¹ Baysal, s. 183 vd.

hukuk sistemimizde zararın tazmin edilebilmesi için nedensellik bağıının yanı sıra hukuka aykırılık bağı da arandığından ve salt malvarlığı zararlarında hukuka aykırılık bağı bulunmadığından bu bağı sağlayan özel bir koruma normu bulunmadığı sürece salt malvarlığı zararları tazmin edilemeyecektir. Bu tür zararların tazmin edilebilmesi için hukuka aykırılık bağıını sağlayan bir yasal düzenleme gerekmektedir. Öğretide bu konuya örnek olarak bir inşaat şirketinin kusurlu bir davranışı neticesinde elektrik kabloşuna zarar vermesi nedeniyle elektrik alamayan ancak elektrik kabloşunun maliki de olmayan kişi veya şirketin herhangi bir mutlak hakkının ihlal edilmemiş olmasına karşın malvarlığı zararının doğmuş olması durumu gösterilmektedir.¹⁵²

d. Mevcut Zarar – Müstakbel (Gelecekteki) Zarar – Muhtemel Zarar

Mevcut zarar, haksız fiil nedeniyle meydana gelen zararın hesaplandığı tarihe kadar gerçekteşmiş olan zarardır. Müstakbel zarar, zararın hesaplanma tarihine kadar gerçekteşmiş olmayan ancak normal şartlarda ve araya başka bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın ileride gerçekteşmesi beklenen zarardır. Müstakbel zarar ileride gerçekteşmesi beklenen bir zarar olduğundan, bu zarar miktarının ispatı ve tespiti oldukça zordur. Bu nedenle müstakbel zarar açısından hâkime BK. m. 50/2 uyarınca takdir yetkisi verilmiş olup bu yetki çerçevesinde karar verilecektir. Muhtemel zarar ise zararın hesaplandığı tarihteki mevcut duruma göre ileride gerçekteşmesi beklenilmeyen ancak mevcut duruma eklenecek bir riskin gerçekteşmesi halinde doğma ihtimali bulunan zararı ifade etmektedir. Riskin gerçekteşip gerçekteşmeyeceği belli olmadığından risk gerçekteşmeden muhtemel zararın tazmini mümkün değildir.¹⁵³

2.3. ZARAR MİKTARININ BELİRLENMESİ

Borçlar Kanunun zararın ve kusurun ispatı başlıklı 50. maddesinin 2. fıkrasına göre; *“(1) Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. (2) Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.”*

¹⁵²Baysal, s. 185 vd.; Sanlı, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul, 2007. s. 333 vd.; şen Özçelik, Nesli: Salt Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Tazmin Edilebilirliği, Sorumluluk Hukuku Seminerler, İstanbul, 2016: s. 413 vd.; Yüksel, Elif: Haksız Fiil Sorumluluğu Kapsamında Saf Ekonomik Zararların Tazmini, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi, S.1, İstanbul, 2018: s. 571 vd.

¹⁵³ Oğuzman/Öz, s.44.

Haksız fiil nedeniyle meydana gelen zararın tazmini amacıyla açılan tazminat davasında önemli noktalardan biri tazminatın üst sınırını da oluşturacak ve üstünde bir miktara hükmedilemeyecek olan zarar miktarının belirlenmesi aşamasıdır. İlgili hükümler uyarınca zararın meydana gelip gelmediği ve zarar miktarı konusunda ispat yükü davacıya verilmiştir. Tabii olarak haksız fiil sonucunda zarara uğrayan kimse bu zararın yanı sıra bazı yararlar da sağlamışsa bu yararların da zarara mahsubu gerekecek ve yarar sağlanıp sağlanmadığı ile yararın miktarı konusunda ispat yükü bu sefer davalının üstünde olacaktır. Zarar ve yarar miktarlarının ispatının mümkün olmadığı hallerde, hâkim takdir yetkisini kullanacak ve bu şekilde bir sonuca varacaktır.¹⁵⁴

Hakimin, kazanç mahrumiyeti gibi zararın miktarının tam olarak ispatının mümkün olmaması nedeniyle takdir yetkisini kullanacağı durumlarda dikkate alacağı iki kriter bulunmaktadır. Bunlardan ilki olan olayların olağan akışından kasıt, davacının sunduğu deliller de dikkate alınarak haksız fiilin işlendiği şartlarda, hayatın olağan akışına göre meydana gelebilecek zararların dikkate alınmasıdır. İkinci kriter olan zarar görenin aldığı önlemlerden kasıt ise yoksun kalınacağı iddia edilen kazançların elde edilmesini kuvvetli ihtimal olarak gösteren unsurlardır. Hâkim, bu iki kriteri değerlendirerek ve dosya içeriğini de dikkate alarak hakkaniyete uygun bir tespitte bulunacak olup uyuşmazlığın çözümünün özel bilgi ve uzmanlığı gerektirmesi hallerinde bilirkişi incelemesi de yaptırabilecektir.¹⁵⁵

Zararın miktarının belirlenmesinde hangi tarihin esas alınacağı tartışmalı bir konu olup öğretideki hâkim görüş özellikle enflasyonist baskı dönemleri için adil bir çözüm olduğundan uyuşmazlıkla ilgili verilecek hükmün tarihinin esas alınmasını savunmaktayken; Yargıtay kararlarında ise zararın meydana geldiği tarih esas alınmaktadır.¹⁵⁶ Beden bütünlüğünün ihlalden kaynaklan zararlar açısından hüküm

¹⁵⁴ Oğuzman/Öz, s.85.; Eren, s. 821 vd.; Hatemi, s. 96 vd.; Nomer, s. 63.; Antalya, s. 453 vd.

¹⁵⁵ Oğuzman/Öz, s.86 vd.; Eren, s. 822 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 159.

¹⁵⁶ Oğuzman/Öz, s.87 vd.; Eren, s. 823 vd.; Tandoğan, s. 264-265.; Kılıçoğlu, s. 276; Baysal, s.350. ve aynı sayfada anılan dn. 13'de yer alan Y. 3. HD., E. 2014/9573 K. 2015/2596 T. 19.02.2015: "Bu halde, zararın varlık ve miktarının tespitinde hakim, geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Hâkimin buradaki takdir yetkisi, zararın ispatına ilişkin delillerin takdiriyle ilgilidir. Zarar miktarının belirlenmesinde, haksız fiilin işlendiği andaki durum göz önünde tutulur. Hâkim, ilke olarak yalnız hüküm anında gerçekleşen zararı tespit ederek, bunun tazminine karar verir". Y. 21. HD., E. 2007/17707 K. 2008/10112 T. 30.6.2008: "Tazminat konusunda hüküm altına alınacak faiz, tazminat faizidir; yani borçlunun temerrüdü ile ilgili olmayan, tazminatı miktar bakımından tamamlamayı hedef tutan bir faizdir. Zararın tamamıyla karşılanmış olması için tazminatın, zararın meydana geldiği anda, zarara uğrayan kimseye ödenmiş olması gerekir. Tazminat geç ödenirse zarar tam olarak karşılanmış olmaz. Bu konudaki faiz, tazminatın geç ödenmesi yüzünden meydana gelmiş bir ek zararın karşılığıdır. Tazminat faizini temerrüt faizinden

tarihinin esas alınacağı BK. m. 75 hükmünden açıkça anlaşıldığından aslında zararın miktarının belirlenmesinde hangi tarihin esas alınacağı konusu mala verilen zararlar açısından önem taşımaktadır. Yargıtay kararlarında belirtildiği şekliyle; zararın miktarı konusunda zararın meydana geldiği tarihin esas alınması halinde zararın meydana geldiği tarih ile hüküm tarihi arasında geçen süre için zarar miktarına faiz işletilerek ilave edilmelidir. Ancak öğretide hüküm tarihinin esas alınmasını savunan görüşe göre; bu hesaplamada da işletilen faiz oranının enflasyon oranından az olması ve enflasyon farkını karşılamaması durumundan arada kalan farkın BK. m. 122 uyarınca “aşkın zarar” olarak tazminat kapsamına alınıp alınmayacağı sorunu doğmaktadır.¹⁵⁷ Öğretideki bir diğer görüş ise haksız fiilden doğan borç ilişkisinin unsurlarının oluştuğu an olan zararın doğduğu an kurulduğundan bahisle Yargıtay’ın bu uygulamasını tutarlı bulmaktadır. Bu görüşe göre; borç haksız fiilin unsurlarının gerçekleşmesi ile doğduğundan, borçlu BK m. 117/2 uyarınca haksız fiilin işlendiği tarihte temerrüde düşmekte ve bu nedenle de zararın hesaplanmasında haksız fiilin unsurlarının oluştuğu anın esas alınması gerekmektedir.¹⁵⁸

2.4. DENKLEŞTİRME

Haksız fiil sonucunda zarara uğrayan kimse bu zararın yanı sıra bazı ekonomik yararlar da sağlamış ise bu yararlar zarar miktarından düşülecek diğer bir deyişle yarar miktarı zarar miktarından mahsup edilecektir. Aksi takdirde yani yararların zarar miktarından düşülmeden tazminata karar verilmesi halinde mağdur bir yandan gerçek zararını tazmin ederken diğer yandan sağladığı yararları da elinde tutacak ve haksız fiil nedeniyle zenginleşmiş olacaktır. Bunun önlenebilmesi ve deyim yerindeyse net zararın belirlenmesi için yapılan haksız fiil sonucu meydana gelen zarar miktarından yine haksız fiilin mağdura sağladığı yararların düşülmesi işlemine, yararın zarara mahsubu veya denkleştirilme denilmektedir. Haksız fiil sonucunda mağdurun malvarlığındaki yarar yani ekonomik artış malvarlığının aktifinin artması, pasifinin azalması veya pasifinin artmasına engel olma şeklinde gerçekleşebilir. Tabi burada da ancak zarar meydana getiren haksız fiil ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan yararlar dikkate

ayırان önemli bir yönde temerrüt faizinde ihtardan veya davadan önce borçlu mütemerrit duruma girmedeği halde tazminat faizinde zararı yapanın, tazminatın ödenmesi gereken ve zararın doğduğu günden başlayarak ihtara gerek olmadan kendiliğinden temerrüde düşmesidir”.

¹⁵⁷ Oğuzman/Öz, s.87 vd.; Eren, s. 823 vd.

¹⁵⁸ Baysal, s. 351.

alınacaktır.¹⁵⁹ Zararın denkleştirilmesi, esasında adil bir risk paylaşımı anlayışı ile zarar görene ne kadar tazminat ödeneceği ile ilgili bir kavram olup bu yönüyle ileride hesaplanacak net tazminata esas olacak şekilde zararın belirlenmesi ve zararın tavanının hesaplanması işlemidir.¹⁶⁰

Zararın denkleştirilmesi konusunda tartışmalı konulardan en önemlileri; mağdurun zarara uğraması sebebiyle alacağı sigorta tazminatının veya bir kişinin ölümünde destekten yoksun kalma tazminatı isteyen kimseye ölen kişiden intikal eden mirasın mahsup konusu olup olmayacağıdır.¹⁶¹

Bilindiği üzere mal sigortalarında sigortacı zarar görene ödediği sigorta bedeli için zarar görene halef olmakta ve zarar gören zarar verenden sadece almış olduğu sigorta bedelinin zararını karşılamayan kısmını talep edebilmektedir. Dolayısıyla bu durumda esasen ortada mahsup edilecek bir yarar bulunmadığından herhangi bir problem çıkmamaktadır. Ancak eğer zarar gören, yarışan talep haklarından birini tercih ederek sigortacıya başvurmadan ve dolayısıyla sigortacıdan herhangi bir bedel almadan, tüm zararın tazmini için direkt olarak zarar verene karşı tazminat davası açmışsa, sigorta alacağının zarara mahsup edilmesi gerekir. Şahıs sigortalarında (meblağ veya can sigortalarında) ise; zarar görene hem sigorta bedelini alma hem de zararını zarar verenden tazmin etme hakkı tanındığından 6762 sayılı TTK. m. 1338 uyarınca sorumlu kişi “sigorta ettirenin sigortası nazara alınmaksızın bütün zarar ve ziyanı tazminle mükellef tutulur.” Her ne kadar 6102 sayılı TTK ’da bu hükme yer verilmemiş ise de aynı sonuca varılacağı kabul edilmekte olup bu durumda bir mahsup söz konusu olmayacaktır.¹⁶²

Zarar görenin özel sigorta yaptırmış olması nedeni ile sigorta tazminatı alması durumunda aldığı bu ödemenin denkleştirmeye dâhil edilip edilmeyeceği de bir diğer tartışmalı konudur. Zarar görenin yaptırmış olduğu özel sigorta nedeniyle almış olduğu tazminat, öğretide “zarar görenin önceden aldığı tedbirler sonucu gerçekleşen yarar” kapsamında değerlendirilmiş ve her ne kadar haksız fiil nedeniyle sigorta tazminatı doğmuş ise de esasında bu yararın ortaya çıkışının temelde bir sözleşmeye

¹⁵⁹ Oğuzman/Öz, s.89.; Eren, s. 827 vd.; Akünel, Teoman: Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul, 1977. s.3 vd.; Hatemi, s.97 vd.; İnan, s. 323.

¹⁶⁰ Baysal, s. 362.

¹⁶¹ Oğuzman/Öz, s.90.

¹⁶² Oğuzman/Öz, s.90.

dayandığından ve haksız fiil ile yarar arasında uygun nedensellik bulunmadığından bahisle denkleştirme kapsamında değerlendirilmemesi gerektiği ileri sürülmüştür.¹⁶³ Yargıtay ise herhangi bir ayırım yapmaksızın sigorta ödemelerini zararın denkleştirilmesinde dikkate almaktadır.¹⁶⁴ Öğretide bir kısım yazarlar tarafından bu kararlar eleştirilmekte ve özel sigorta nedeniyle yapılan ödemelerin sözleşme nedeniyle sorumlu olan bir kişinin yaptığı ödeme olarak değerlendirilmesi ve dolayısıyla zararın denkleştirilmesi kapsamına alınmaması gerektiği savunulmaktadır.¹⁶⁵

Destekten yoksun kalma tazminatı açısından öğretide yapılan değerlendirmelerde; haksız fiil sonucu bir kişinin ölmesi nedeniyle mağdura miras değerlerinin intikali halinin bir denkleştirme problemi olmadığı aksine doğrudan doğruya zarar şartının gerçekleşmesi ile alakalı bir konu olduğu belirtilmiş ve mağdura intikal eden miras değerlerinin, bağlanan dul veya yetim maaşının destek ihtiyacını kaldırdığı veya azalttığı oranda dikkate alınacağı belirtilmiştir.¹⁶⁶ Benzer bir görüşe göre; kendilerine intikal eden miras değerleri nedeniyle artık desteğe muhtaç bulunmadıkları tespit edilen destekten mahrum kalan kişiler lehine destekten yoksun kalma tazminatına da hükmolunmayabilir.¹⁶⁷ Yargıtay ise eski kararlarında zarar görene intikal eden miras değerlerinin gelirlerinin mahsuba konu edilebileceğini ancak direkt olarak miras değerlerinin zarardan mahsup edilemeyeceğini belirtirken; güncel kararlarında miras gelirlerinin de destekten yoksun kalma tazminatı değerlendirmesinde mahsuba konu edilemeyeceğini belirtmektedir.¹⁶⁸

¹⁶³ Baysal, s.366, Akünel, s.74 vd.

¹⁶⁴ Baysal, s. 367. ve aynı sayfada anılan dn. 77’de yer alan Y. 4. HD., E. 2010/3784, K. 2011/2855, T. 17.03.2011: “Sigorta şirketleri tarafından verilen parayı tazminat hesabının yapıldığı günden önce alan davacılar, bu paranın tazminat hesabının yapıldığı güne kadar işleyen yasal faizi kadar kazanım sağlamış olacaklarından; zarar ve yararın denkleştirilmesi ilkesi gereğince, sigorta şirketleri tarafından yapılan ödemelerin, tazminat hesabının yapıldığı güne kadar geçen süreye ilişkin yasal faizinin belirlenmesi amacıyla sigorta ödemesinin güncellenerek, hesaplanan tazminattan indirilmesi gerekir. Yerel mahkemece, olay nedeniyle sigorta şirketleri tarafından davacılar ödemelerin yapıldığı 17.05.2006 ve 29.03.2006 günleri ile destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasına ilişkin bilirkişi raporunun düzenlendiği 15.06.2009 günü arasında geçen sürede, sigorta şirketlerinden alınan paraların getirisi yasal faiz ölçüsünde güncelleştirilip belirlenerek, sigorta şirketleri tarafından yapılan ödeme ile birlikte, hesaplanan destekten yoksun kalma tazminatından indirilmemiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir”.

¹⁶⁵ Baysal, s. 367.; Nomer, N. 128.10.

¹⁶⁶ Oğuzman/Öz, s. 106 vd.

¹⁶⁷ Baysal, s. 365.; Tandoğan, s. 272.

¹⁶⁸ Baysal, s. 365 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 73’de yer alan Y. 15. HD., E. 1975/4826, K. 1976/248 T. 23.01.1976 “Yüksek Yargıtay’ın ve İsviçre Federal Mahkemesinin müstekar içtihatlarına göre müteveffanın yardımından mahrum kalan kimselere, müteveffadan bir miras intikal ettiği takdirde, intikal eden mirasın kıymeti değil ve fakat elde edilecek gelirin hükmedilecek tazminattan mahsubu icap eder.

Borçlar Kanunun bedensel zararların belirlenmesine ilişkin hükmünü içeren 55. maddesinin 1. fıkrasına göre; *“Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez.”*

İlgili madde uyarınca sosyal güvenlik kurumları tarafından mağdura ödenen ancak mevzuat gereği haksız fiil sorumlusuna rücu edilemeyen meblağlar denkleştirmede dikkate alınmayacaktır. Aynı zamanda ilgili maddede belirtilen ve üçüncü kişiler tarafından mağdura iyilik saikiyle yapılan yardım ve bağışlama gibi karşılıksız kazandırmalar da ifa amacı taşımayan ödemeler olduğundan denkleştirmeye tabi tutulmayacaktır. Borçlar Kanunu m. 55/1 düzenlemesi ile ilgili hüküm getirilmeden önce de öğretide ve uygulamada yalnız bedensel zararlar için değil tüm zararlar için bu tarz bir çözüm benimsendiği görülmektedir. İfa amacı taşımayan ödemelerin denkleştirme yasağına tabi olması, yararlar fiil arasında mantıki nedensellik bağı bulunsa dahi uygun nedensellik bağının yokluğu ile açıklanmaktadır. Buna karşılık öğretide; mağdura ilgili mevzuat gereğince yapılan yardımlar bakımından uygun nedensellik bağı bulunduğundan bahisle bu yardımların mahsup edilmesinin gerekeceği belirtilmektedir.¹⁶⁹

Yarar miktarının zarar miktarından mahsubu; yarar miktarının zarar miktarından çıkartılması şeklinde yapılabileceği gibi aynen mahsup olarak yani zarar miktarına dokunmayıp yararın davalıya bırakılması şeklinde de yapılabilecektir. Adil bir mahsuplaşma yapılması açısından, yarar ve zarar miktarının tespitinde aynı tarih esas

Davacıların murisi H. Has'ın mirasına ait dosya içindeki yazı, vesika ve sair bilgilere, özellikle Kayseri Vergi Dairesi Müdürlüğüne verilen 22.1.1973 tarihli veraset ve intikal vergisi beyannamesine göre mirasçıları olan davacılara intikal eden mirasın gelirinin neden ibaret olduğu incelenerek ölenin yapacağı yardımdan düşülmesi, şayet desteğin tutarı fazla ise aradaki farka hükmedilmesi lazım gelir". Y. 17. HD., E. 2014/25019 K. 2017/5449 T. 15.5.2017: "Mahkemece hükme esas alınan hesap raporunda miras gelirlerinin, destekten yoksunluk maddi zararının belirlenmesinde esas alınmasının zorunlu olduğu gerekçesiyle kira getirisini belirlemek için aldırılan 01.04.2014 tarihli bilirkişi raporunda müteveffadan miras kalan 4 katlı binanın vefat tarihi itibarıyla aylık kira getirisinin 1.000 TL. olduğu belirlenmesi uyarınca, bu tutarın yıllık %10 artışı ve 1/kn formülü ile iskontolu hesabı ile toplam miras geliri hesaplanıp, sonrasında ise davacı eş ...'e miras payı oranında 1/4 oranında getirisi ayrılarak bulunan toplam miras geliri 26.079 TL'nin hesaplanan destek tazminatından tenzil edilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir". Y. 4. HD., E. 2006/6028 K. 2007/4268 T. 02.04.2007: "Destekten yoksun kalma zararı miras hakkına dayanmayıp doğrudan BK.nun 45/II maddesinden kaynaklanan bir haktır. Mirasçı olmayan kişilerde destek zararına uğrayabileceklerdir. Miras hakkı mirasçının kanuni bir hakkı olup mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda destekten yoksun kalma tazminatından miras gelirinin düşülerek hesap yapılması doğru değildir. Açıklanan hususlar gözetilerek, destekten yoksun kalma tazminatının usulüne uygun şekilde belirlenmesinden sonra hüküm altına alınması gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna göre istemin reddi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir".

¹⁶⁹ Oğuzman/Öz, s.91.; Eren, s. 832 vd.

alınarak mahsup edilecek miktarın belirlenmesi gerekmektedir. Zararın tespit edildiği tarihte gerçekleşmiş olan ve henüz gerçekleşmemiş ancak gerçekleşmesi normal olarak beklenen yararlar mahsuba konu edilecektir. Davalı mahsup edilmesi gerektiğini iddia ettiği yararın varlığını ve miktarını genel hükümler uyarınca ispat etmelidir. Hâkim BK. m. 50/2 uyarınca zararın tam olarak ispatlanamaması halinde sahip olduğu takdir yetkisine yararın tam olarak ispatlanamaması halinde de sahiptir. Aynı şekilde hâkim yararın varlığının dava dosyasından anlaşıldığı hallerde bu durumu kendiliğinden göz önüne alacaktır.¹⁷⁰ Yargıtay kararlarında mala gelen zararlar açısından haksız fiil neticesinde hasar görmüş malın hurda değeri, enkaz değeri gibi değerler de denkleştirme yapılırken dikkate alınmaktadır.¹⁷¹

2.5. BEDENSEL ZARAR VE ÖLÜM HALİNDE ZARARIN BELİRLENMESİ

2.5.1. BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİ HALİNDE ZARARIN KAPSAMI

Borçlar Kanununun Bedensel Zararların Çeşitlerine ilişkin 54. Maddesine göre; “*Bedensel zararlar özellikle şunlardır:*

¹⁷⁰ Oğuzman/ÖZ, s.92.; Eren, s. 828 vd.; Akünal, s. 150.

¹⁷¹ Baysal, s. 368. ve aynı sayfada anılan dn. 84’de yer alan Y. 4. HD., E. 2016/8903, K. 2016/9162, T. 29.9.2016: “Dava, maddi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalı vekili tarafından temyiz edilmiştir. Davacılar vekili, davalı şirketin maden araştırma ve çıkarma faaliyetleri amacı ile atmış olduğu dinamitler sonucu davacılar ait evlerin oturulamaz hale geldiğini beyanla uğranılan zararın davalıdan tazmini isteminde bulunmuştur. Mahkemece, hükme esas alınan bilirkişi raporu ile hesaplanan bina değerinden imalattan kaynaklanan kusur indirilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiştir. Ne var ki söz konusu bilirkişi raporunda bina değeri hesaplanırken zararın denkleştirilmesi yapılmamış, davacılar da kalan binanın enkaz değeri dikkate alınmamıştır. Binanın onarımının mümkün olmadığı tespit edildiğine göre binanın yıkılması sebebiyle davacıların elde ettiği enkaz değerinin zararın denkleştirilmesi ilkesi çerçevesinde nazara alınması gerekir. Mahkemenin bu ilkeyi göz önünde tutmadan yazılı şekilde hüküm kurması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir”. Y.7. HD., E. 2010/1204, K. 2010/3136, T. 25.05.2010: “Bilindiği gibi hukukumuzda zarar konusunda fark teorisi benimsenmiştir. Bu teori gereğince zarar, mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile zarar verici olay meydana gelme idi bulunacağı durum arasındaki farktan ibarettir. Bu olgu dikkate alındığında hükmedilecek zararın hesaplanmasında zarar verici olayın malvarlığı üzerindeki olumsuz etkileri yanında olumlu etkilerinin de değerlendirilmesi ve yararlar denkleştirilmek suretiyle gerçek zararın belirlenmesi gerekir. Toplanan delillerden davalının yaptığı çalışma sırasında davacı kuruma ait beton pano ve üzerindeki demir parmaklıklardan oluşan memba alanı duvarının yıkılarak zarar görmesine neden olduğu anlaşılmaktadır. Davacı taraf görülen dava ile duvarın aynı yerde yeniden tesis bedelini davalıdan istemiştir. Yukarıda açıklanan gerçek zarar ilkesine göre davacı tarafın zarar gören duvarın eski haline getirilmesi için gereken onarım bedelini isteyebileceği, bu durumda da eski hat ile yeni hat bedeli arasındaki eski yeni farkının hesaplanacak bedelden düşülmesi gerekeceği kuşkusuzdur. Ne var ki mahkemece benimsenen bilirkişi kurulu raporunda zarar gören duvarın eski-yeni farkı düşülerek denkleştirme yapılmamış, mahkemece de bilirkişi raporu benimsenerek hüküm verilmiştir. Eksik araştırma ve soruşturma ile ve yetersiz bilirkişi kurulu raporu benimsenerek hüküm verilemez. O halde dosya yeniden bilirkişiye verilerek bilirkişiden az yukarıda açıklanan kurallar doğrultusunda davacı tarafın gerçek zararının hesaplanması için gerekçeli ve denetime elverişli ek rapor alınmalı, davalının haksız fiil kurallarına göre sorumlu tutulabileceği gerçek zarar miktarı duraksamasız belirlendikten sonra toplanan ve toplanacak tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucuna uygun bir hüküm verilmelidir”.

1. *Tedavi giderleri.*
2. *Kazanç kaybı.*
3. *Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.*
4. *Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar.”*

Madde hükmünde bedensel zararlar dört başlık altında sıralanırken kullanılan “özellikle” ibaresinden anlaşılabileceği üzere bedensel zararlar bu maddede sayılanlarla sınırlı değildir.¹⁷² Madde metninde yer alan bedensel zarar ifadesiyle; bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlığının ihlal edilmesi neticesinde mağdurun malvarlığında meydana gelen azalma kastedilmektedir. Bedensel zarar, mekanik bir gücün meydana getirdiği etki ile bir yara oluşması, organ kırılması vb. şekillerde fiziki varlığın ihlali şeklinde gerçekleşebileceği gibi korkutma tarzında psikik etki ile ruh sağlığının ihlali şeklinde de gerçekleşebilir. Tek bir fiil ile hem fiziki varlığın ihlali hem ruh sağlığının ihlali sonucu da doğabilir. Öğretideki bir görüşe göre; kişinin kullandığı ve bedenine kalıcı olarak takılmış bulunan protez organlar üzerinde de kişilik hakkı bulunduğundan bu protezlere verilen zararın da vücut bütünlüğünün ihlali sayılması gerekmektedir.¹⁷³ İnsan kökenli biyolojik maddelere verilen zararların vücut bütünlüğü kapsamında değerlendirilip değerlendirilmeyeceği konusu ise tartışmalıdır. Genel kabul gören görüşe göre; hukuk sistemimizde eşya ile kişi arasında ara bir kategori bulunmaması sebebiyle bu tür maddelerin bedenden tamamen bağımsızlaştığı anda artık eşya statüsüne girdiği kabul edilmeli ve artık bu konudaki uyuşmazlıklar kişiye ilişkin bir uyuşmazlık olarak değil eşyaya ilişkin bir uyuşmazlık olarak değerlendirilmelidir. Ancak bazı durumlarda fiziki bir ayrılma olmasına rağmen bu ayrılmanın sadece şekli olması nedeniyle biyolojik madde eşya statüsüne girmeyeceğinden bu konuda yapılacak yorumlara dikkat edilmeli ve ne zaman gerçek manada bedenden ayrılmanın söz konusu olduğu yani bu tür maddelerin eşya statüsüne girip girmediği menfaat-değerlendirme hukukçuluğu ilkeleri dikkate alınarak belirlenmelidir.¹⁷⁴

a. Tedavi Giderleri

¹⁷² Baysal, s. 373.

¹⁷³ Oğuzman/Öz, s.93 vd.; Eren, s. 843 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 173 vd.; Şahin, Ayşenur: Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar Ve Tazmini, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 2, Ankara, 2011: s.129.

¹⁷⁴ Baysal, s. 382.

Tedavi masrafları, haksız fiil neticesinde ihlale uğrayan beden bütünlüğünün eski haline getirilmesi yani iyileşmesi veya hastalık ya da sakatlık mevcut ise bunların ilerlemesini önlemek amacıyla yapılan masraflardır. Tedavi masraflarının kapsamına; ambulans, doktor, hastane, ilaç, ameliyat, protez, psikoterapi vb. direkt tedavi kapsamında olan masraflar girdiği gibi bunların yanı sıra ihlalin tedavi dışında yol açtığı hastaneye gelip gitme masrafları, devamlı bir kişinin yardımına muhtaç olmanın gerektirdiği masraflar da bu kategoriye girer.¹⁷⁵ Bir diğer deyişle; haksız fiil neticesinde zarar gören kişi, tedavi gereği ile nedensellik bağı içerisindeki tüm tedavi giderlerini sorumlulardan talep edebilir.¹⁷⁶ Yargıtay tedavi giderlerin hesaplanması konusunda, yapılmış tedavi giderlerinin mutlaka belgelendirilmesini aramamakta, ileride yapılması zorunlu olan tedavi masraflarının henüz yapılmadan talep edilebileceğini belirtmekte ve bu konularda uzman bir bilirkişi tarafından yapılmış hesaplamayı yeterli görmektedir.¹⁷⁷ Tabi ki tedavi masrafları konusunda uygun nedensellik bağı aranmakta olup ancak haksız fiil ile uygun nedensellik bağı içerisindeki zararlar tedavi masrafları kapsamında değerlendirilebilecektir.¹⁷⁸ Tedavi giderleri kapsamında tazmin edilebilecek masraflar, durumun gereğine uygun olan masraflar olup durumun gerektirmediği bir masraf

¹⁷⁵ Oğuzman/Öz, s.94 vd.; Eren, s. 844 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 603.; Tandoğan, s. 385.; Hatemi/Gökyayla, s. 174 vd.

¹⁷⁶ Baysal, s 389. ve aynı sayfada anılan dn. 131’de yer alan Y. 17. HD., E. 2013/6765 K. 2014/6582 T. 29.4.2014: “Bu durumda mahkemece, öncelikle davacıya iddia ettiği tedavi giderlerini kanıtlama imkanı tanınmalı, davacının bu giderlerini kanıtlayamaması durumunda belgelenemeyen ancak tedaviye bağlı olarak yapılması gerekli bulunan giderleri yönünden yaralanan davacıya ait tüm tedavi evraklarının getirtilerek yaralanma derecesi ve iyileşme süreci de gözetilerek tedavi sırasında yapılması zorunlu tıbbi malzeme, ulaşım giderlerinin uzman doktor bilirkişiden alınacak rapor sonucuna göre belirlenmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir”.

¹⁷⁷ Hatemi/Gökyayla, s. 175.; Baysal, s. 389 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 133’de yer alan Y. 3. HD. 2016/8953 K. 2018/387 T. 22.1.2018: “mahkemece davacıların maddi tazminat talepleri bu giderlere ilişkin bir belge sunulmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Oysa eldeki davada davacılar dava konusu haksız fiil nedeniyle yapılan giderlere için belge ibraz edememişse de, olay nedeniyle davacı çocuğun yaralandığı ve tedavi gördüğü sabit olup, tedavi giderinin (doktor, hastaneye gidiş-geliş, konaklama vb tüm giderler) yapılmasının zorunlu olduğu anlaşıldığından bu giderlerin belirlenmesi için uzman bilirkişiden rapor alınması gerekmektedir”. Y. 4. HD., E. 2016/3362 K. 2016/6615 T. 12.5.2016: “Davacı, protez, implant vb. tedaviler ile çenesinde meydana gelen boşluğun giderilmesinin mümkün olup olmadığının, bunun maliyetinin ne kadar olacağının, ayrıca bu protezin ne kadar sürede bir yenilenmesi gerektiğinin ve yenileme giderlerinin ne kadar olacağının tespitini ve bu bedele hükmedilmesini talep etmiştir. Ancak mahkemece bu yönde bir inceleme ve değerlendirme yapılmamıştır. Kişinin bu tedaviyi kendisi yaptırarak, faturalandırması ve belgelendirmesi, daha sonra haksız fiil failinden bu miktarın tazminini talep etmesi beklenemez. Mahkemece yapılacak iş; davacıyı üniversite dış hekimliği fakültesinde görevli bilirkişi heyetine mevcutlu olarak gönderip muayenesini yaptırmak, davaya konu dış çekimi nedeniyle meydana gelen olumsuzluğun giderilmesi için yapılabilecek tedavileri sorup giderini hesaplatmak, ayrıca yapılacak işlemin yenilenmesi gerekip gerekmediğini ve gerekmesi halinde yenileme giderlerinin ne kadar olacağını tespit ettirmek, davacının talebini de gözetenek bu miktara karar vermektir. Zararın belgelendirilmesinin 2istenmesi doğru değildir. Yanılgılı gerekçe ve eksik araştırma ile hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir”.

¹⁷⁸ Baysal, s. 390.

yapılmış ise bu masraf dikkate alınmayacaktır. Ancak durumun gereğine uygun olmak koşuluyla, sırf resmi hastane tarifesinden fazla olduğu gerekçesiyle yapılan bir masraf da tazminat dışı bırakılmayacaktır.¹⁷⁹ Bu konuda dikkate alınacak tek kriter; yapılan masrafın durumun gereğine uygunluğu yani objektif ölçütlere göre haklı ve makul olmasıdır. Bu nedenle zarar görenin özel hastaneyi tercih etmesi veya yüksek tedavi masraflarının ortaya çıkmış olması bunların makul olarak değerlendirilmesi şartıyla tazmin edilebilir zarar kapsamında değerlendirilecektir. Dolayısıyla yapılan masraflar tedaviyi seçme özgürlüğü gibi objektif ölçütlere göre yorumlanacak ve makul masraflar zarar kapsamında değerlendirilecek iken keyfi masraflar uygun nedensellik bağının bulunmaması nedeniyle tazmin edilebilir zarar kapsamında değerlendirilmeyecektir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Hukuk Daireleri de bu konuda verdikleri kararlarında yapılan tedavi masraflarının makul olup olmadığını belirlerken yaşam hakkı, tedaviyi seçme özgürlüğü gibi benzer ölçütler kullanmış ve bu yönde kararlar vermişlerdir.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Oğuzman/Öz, s.95.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 604.; Hatemi/Gökyayla, s. 175.

¹⁸⁰ Gökcan, Hasan T.: Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2016. S. 652.; Baysal, s. 390 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 138’de yer alan YHGK E.1999/4-619 K.1999/737 T: 29.9.1999: “Yaşam hakkı kişinin vazgeçilmez en önemli haklarından. Somut olaydaki gibi ağır yaralanma nedeniyle kişinin sosyal durumuna göre özel bir sağlık kurumunda tedavi görmesini doğal karşılamak gerekir. Olaydaki gibi, hayati tehlike doğuracak biçimde bir iç organın tahribatına maruz kalan kişinin mutlak surette devlet sağlık kurumlarında tedavi görmeye zorlanması, onun yaşam hakkının sınırlandırılması ve bu konuda tercih yapmasını engellemek sonucunu doğurur. O halde davacı A. ‘nin tedavi gördüğü özel sağlık kurumunca düzenlenen sarf belgesine göre hüküm kurulması gerekirken yazılı biçimde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.(...) Hukuk Genel Kurulu’nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü: (...) II- Davacı A’nin temyizine gelince; Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle davalı tarafça, davacının davalıyı zararlandırmak amacıyla, kötü niyetle Özel Sağlık Kurumunda tedavi gördüğü savunulup, isbatlanmamış olmasına ve yine olayda İstanbul İnternational Hospital Hastahanesince saptanan tedavi giderlerinin nitelik ve miktar yönünden BK 44 ve olay durumuna görede yine BK 43. maddesinin uygulanmasını gerektirir bir yön bulunmamasına göre, Hukuk Genel Kurulu’nca da benimsenin Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır”. Y. 4. HD., E. 1985/604 K. 1985/2504 T. 30.03.1985: “Davacı T. trafik kazası sonunda ağır yaralanmış ve bunun üzerine Taksim İlk Yardım Hastanesi’ne kaldırılmış ve burada bir gün kaldıktan sonra yakınlarının isteği üzerine (torpör hali suallere cevap veremiyor dahili kanamayı gösteren belirtiler olduğu halde) özel H. Hastanesi’ne kaldırılmış ve orada dahili kanamaya ameliyatla müdahale sonucu iyileşerek 19.9.1980 günü taburcu olmuştur. (...)bedensel sakatlıklar ve rahatsızlıklar için yapılan tedavi giderlerinin özellikle mala karşı verilen zararlardan ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bu gün ülkemizde insan sağlığının korunması ve yardım için resmi kurumların yanında özel hastaneler ve doktorlar da görev yapmaktadır. Kişi için arz ettiği yüksek düzeydeki önem nedeniyle bu yerlerden birini tercihi tamamen hastaya aittir. Bu nedenle tedavi giderleri zararının, objektif değil subjektif olarak değerlendirilmesi kaçınılmazdır. Özel hastane ve doktorların yasal izinle çalıştıkları, bunların ekonomik ve sosyal uygulamalar içinde yaygınlaştığı olgusu unutulmamalıdır. Diğer taraftan şu veya bu nedenlerle resmi kurumlara ait hastane ve ilk yardım merkezlerinde kamuoyuna mal olmuş bilinen davranış ve tutumlar haklı olarak bu özel tedavi yollarına olan ilgiyi arttırmıştır. O halde insanın hukuki kişiliğine dâhil ve kendisinin dahi vazgeçemeyeceği yaşamı sağlığını korumak için, kendine göre daha özenli daha güçlü ilgi gördüğü yer ve ellerde tedavi

Burada belirtmek gerekir ki; yapılan tedavilerden sonuç alınamamış olsa dahi bu durum masrafların talep edilmesine engel değildir.¹⁸¹

Haksız fiil, fiziksel bütünlüğün ihlali sonucunu doğurabileceği gibi ruhsal bütünlüğün ihlali sonucunu da doğurabilir ve bu durumda da zarar gören kişinin tedavi gereksinimi doğar. Ruhsal bütünlüğün ihlali nedeniyle yapılacak terapi seansları ve ilaç masrafları gibi tedavi masrafları da maddi zarar kalemi olarak değerlendirilecektir.¹⁸²

Zarar gören tarafından açılan tazminat davalarında, hüküm tarihine kadar yapılmış olan tedavi masraflarının dikkate alınacağı açık olup bunun yanı sıra hüküm tarihinde tespiti mümkün olan ve ileride yapılması olağan görülen gelecekteki masraflar da hesaplama dâhil edilecektir. Gelecekteki masrafların her zaman belirlenebilir olmaması nedeniyle, BK m. 75 hükmü ile hâkime bu konuda bir yetki tanınmış ve hüküm verildiği tarihte gelecekteki masrafları belirlemenin mümkün olmaması halinde kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren iki sene içinde konuyu inceleme ve tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabileceği belirtilmiştir. Ancak hâkimin bu maddeye dayanarak yapacağı inceleme sonucunda vereceği hükümle belirleyeceği tazminat yine de davacı tarafça talep edilen tazminat miktarını geçemeyecektir. Davacı tarafça, gelecekteki masrafları talep ve dava hakkı saklı tutularak dava açılmışsa, zamanaşımı süresi içerisinde bu masraflar için de ayrı dava açılabilir.¹⁸³

Tedavi süreci yalnızca hastane sürecini değil bir bütün olarak iyileşme dönemini kapsadığından, gerek hastanedeki tedavi sürecinde gerekse sonrasındaki rehabilitasyon

görmesi tazminat isteğinde bir indirim nedeni olmalıdır. Kişinin daha iyi tedavi kurumlarına gitmesi yalnız kendisi için değil sorumlunun da yararınadır; çünkü ilgisiz ve özensiz yerlerde yapılacak bir tedavinin zararı daha da artırabileceği ihtimali unutulmamalıdır. Bu nedenlerle mahkemenin, tedavi giderlerini resmi kurumlardaki tarifeleri esas alarak değerlendiren bilirkişi raporunu benimseyerek hüküm kurması usul ve yasaya aykırıdır". Y. 17. HD., E. 2008/928 K. 2008/3050 T. 05.06.2008: "Kaza sonucu yaralanan kişinin sosyal durumuna göre özel bir sağlık kurumunda tedavi görmesi doğal olduğu gibi, aksine bu kişinin mutlak surette devlet sağlık kurumlarında tedavi görmeye zorlanması, onun yaşam hakkının sınırlandırılması ve bu konuda tercih yapmasını engellemek sonucunu doğurur". Y. 17. HD., E. 2010/4559 K. 2010/7411 T. 28.09.2010: "Davacının Alman uyruklu olduğu ve Almanya'da ikamet ettiği anlaşılmaktadır. Uyuşmazlık, davacının Almanya'ya nakli sırasında kullanılan ambulans ve uçak giderinin maddi zarar kapsamında davalılardan tahsilinin mümkün olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Yaşam hakkı kişinin vazgeçilmez en önemli haklarından biridir. Somut olaydaki gibi, ameliyat olması zorunlu olan bir hastanın, sosyal durumuna göre, tercih edeceği bir yerde veya sağlık kurumunda tedavi görmesini doğal karşılamak gerekir. Davacının Almanya'da ikamet ettiği anlaşıldığına göre, uzun sürecek tedavi ve ameliyatının yaşandığı ülkede yapılmasını istemesi de en doğal yaşam hakkıdır. Aksi karar davacının bu konuda tercih yapmasını engellemek sonucunu doğurur".

¹⁸¹ Uygur, s. 436 vd.;

¹⁸² Baysal, s. 390.; Oğuzman/Öz, s. 94 vd.

¹⁸³ Oğuzman/Öz, s.95.; Eren, s. 825.

sürecinde yapılan masraflar tedavi masrafı olarak değerlendirilmektedir. Dolayısıyla hastanedeki tedavi sürecinin sonrasındaki rehabilitasyon süreci de tedavi dönemi içinde kabul edilmekte ve bu dönemde evde bakım veya ameliyat sonrası yapılan gerekli tedavi masrafları da zarar kalemi olarak hesaba katılmaktadır. Evde bakım ve diğer tedavi masrafları açısından önemli olan nokta haksız fiil ile yapılan masraflar arasında uygun nedensellik bağı bulunması olup tedavinin başarılı geçmemesi nedeni ile uzaması veya başka tedavi masrafları gerektirmesi hallerinde de bu masraflar tazmin edilebilecektir. Bakım masrafları konusunda önemli bir tartışma konusu da zarar görenin ihtiyacı nedeni ile ona yardımcı olan kişilere ödenecek ücret miktarı ile aile bireylerinden birinin bakımı üstlenmesi durumunda ücret ödenip ödenmeyeceğidir. Yargıtay, haksız fiil nedeniyle başkasının bakım ve yardımına muhtaç kalınması durumunda ödenecek bakıcı ücretini maddi zarar kalemleri arasında kabul etmektedir. Bakıcı masraflarının hesaplanması konusunda ise Yargıtay daireleri arasında görüş farklılıkları bulunmakta olup bazı daireler aylık brüt asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması gerektiği ve net asgari ücret üzerinden yapılan hesaplamının bozma nedeni olduğu yönünde karar verirken; diğer bazı daireler ise net asgari ücretin esas alınması gerektiği yönünde karar vermektedir.¹⁸⁴ Bir diğer tartışma konusu ise; bakım ihtiyacının

¹⁸⁴ Baysal, s. 393 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 142’de yer alan Y. 4. HD. E. 2016/12977 K. 2017/8441 T. 19.12.2017: “Yine, zararlandırıcı olay sonucunda başkasının bakım ve yardımına muhtaç olunması nedeniyle maddi zarara dâhil bulunan bakıcı ücretinin belirlenmesinde; bakıma muhtaç davacının aile birliği içinde kendisine baktırmada şayet evli ise eşinin yardımından yararlanmasının Medeni Kanun’un 185. maddesinde öngörülen müzaheret (yardım) yükünün bulunması ve yine başkasının bakımına muhtaç davacının her halde gelirinden bakım için bir miktar pay ayırması gerekeceğine ilişkin olgular göz önünde tutulmalı ve hesap edilen bakıcı zararından Borçlar Kanunu’nun 43-44. (6098 sayılı TBK’nun 51-52) maddeleri uyarınca bir miktar indirim yapılmalıdır. Yargıtay Hukuk Dairelerinin yerleşik içtihatları ve Dairemizin istikrar kazanan uygulamaları, yukarıda açıklanan gerekçe göz önüne alındığında bakıcı giderine ilişkin tazminattan %50 oranında indirim yapılması gerekir. Mahkemenin ilk kararında hükme esas alınan bilirkişi raporunda bu husus gözetilmiş ve bu kalem tazminata yönelik temyiz itirazları reddedilmişken temyize konu karara esas alınan bilirkişi raporunda bu indirimin yapılmaması ve güncel değerler esas alınarak yeni bir bilirkişi raporu alınması davalıların bu konudaki usuli kazanılmış hakkının zedelenmesine yol açmıştır. Anılan yönün gözetilmemesi de usul ve yasaya aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir”. Y. 17. HD., E. 2013/5693 K. 2014/7588 T. 13.05.2014: “Davacının başkasının yardımına muhtaç olması nedeniyle asgari ücretle bakıcı gideri hesaplanması doğru ise de, bakıcı giderinin ödenmesi sırasında bakıcıyı çalıştıran davacının brüt asgari ücret kadar bir ödeme yapmasının gerektiği düşünülmeyen bakıcı gideri olarak asgari ücretin brütü yerine neti kadar harcama yapılacağının kabulü ile net asgari ücretle bakıcı giderinin hesaplanması da hatalıdır”. Danıştay 15. D., E. 2016/2483 K. 2016/4672 T. 28.9.2016 “3-Bakımı üstlenilen ağır engelli hastanın bakıcı giderine ilişkin maddi tazminat tutarının, aylık brüt asgari ücret üzerinden hesaplanması, 4- Anılan bu kriter üzerinden yapılacak hesaplamada, olay tarihinden davanın açıldığı tarihe kadar olan kısmın ayrıca hesaplanması ve bu zaman aralığına tekabül eden tazminat tutarının yasal faiziyle birlikte tazminat olarak ödenmesine hükmedilmesi, bu kısım açısından nisbi vekalet ücretine hükmedilmesi”. Y. 4. HD. 17.10.2012, E. 2011/15505, K. 2012/15365: “Davacı, davaya konu trafik kazasında yaralandığını belirterek bakıcı giderinin ödenmesini istemiş, yerel mahkemece davacının tedavi gördüğü sürede bakıcıya ihtiyaç duyacağı belirtilerek “brüt asgari ücret” üzerinden yapılan hesaplama sonucu belirlenen bakıcı gideri hüküm altına alınmıştır. “Net

karşılıksız bir şekilde özellikle aile bireyleri tarafından karşılanması durumunda bir maddi zarar kaleminden bahsedilip bahsedilmeyeceğidir. Bu konuda Yargıtay bazı kararlarında, bakım ihtiyacını karşılayan zarar gören yakınlarının kanunen zarar görene bakma yükümlülüğü bulunduğundan bahisle bu durumu tazminattan indirim nedeni saymakta ve hatta kişinin evli olması durumunda somut zarar kalemini dahi dikkate almadan bu durumu doğrudan bakıcı giderinden indirim sebebi olarak kabul etmektedir.¹⁸⁵ Öğretide Yargıtay'ın bu görüşü haklı olarak eleştirilmiş ve kişinin evli olmasının veya ona bakmakla yükümlü aile bireylerinin bulunmasının bu kişilerden karşılıksız bakım almak zorunda olunması gibi bir durum ortaya çıkarmadığını, kişinin bunu yapmamasının da zarar görenin kusuru olarak değerlendirilemeyeceğini ve dolayısıyla tazminattan indirim nedeni olarak sayılmasının hatalı olduğu belirtilmiştir. Yargıtay 17. Hukuk Dairesi'nin görüşü de bu yönde olup bakmakla yükümlü aile bireylerinin bulunmasının tazminattan indirim sebebi olmayacağı belirtilmiştir.¹⁸⁶

b. Kazanç Kaybı

Haksız fiil sonucu beden bütünlüğü ihlal edilen kişi, bu fiil sebebiyle kısmen veya tamamen çalışamaz hale gelmiş ise bu durumdan kaynaklanan zararını bedensel zarar kapsamında sorumlulardan talep edebilir. Kazanç kaybı olarak tanımlanan zarar kaleminin kapsamına; zarar görenin tazminat talebi hakkında hüküm verileceği tarihe kadar olan kazanç kaybı girmekte, fiilin gelecekte yol açacağı çalışma gücü kayıpları ise ayrı bir kalem olarak incelenmektedir. Bu konuda da genel hükümler uyarınca ispat

asgari ücretin yarısı” esas alınarak hesaplanacak bakıcı giderinin hüküm altına alınması gerekirken yazılı şekilde yapılan hesaplama göre belirlenen miktara karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir”.

¹⁸⁵ Baysal, s. 395. ve aynı sayfada anılan dn. 146'da yer alan Y. 4. HD., E. 2013/16547 K. 2014/12142 T. 23.09.2014: “Başkasının bakım ve yardımına gereksinim duyulacak biçimde yaralanma olaylarında, maddi zarar kapsamında bulunan bakıcı ücreti belirlenirken; bakım gereksinimi duyan yaralanan aile birliği içinde bakılacağı olgusunun da değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, yaralanan evli ise eşinin 4721 sayılı Medeni Yasa'nın 185. maddesinde öngörülen yardım yükümlülüğünün bulunduğu; başkasının bakması durumunda ise, yaralananın her halde gelirinden bakım için bir tutar pay ayırması gerekeceği olguları göz önünde tutulmalı ve belirlenen bakıcı giderine ilişkin tazminat tutarından, Borçlar Yasası'nın 43 ve 44. maddeleri gereğince indirim yapılmalıdır. Dava konusu olayda, davacının isteyebileceği bakıcı gideri tutarının, hesaplanan bakıcı gideri zararının % 50'si kadar olacağının kabulü dosya kapsamına daha uygundur. Mahkemece açıklanan olgular gözetilerek, bakıcı giderinden % 50 oranında indirim yapılmamış olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir”.

¹⁸⁶ Hatemi/Gökyayla, s. 179.; Baysal, s. 395. ve aynı sayfada anılan dn. 152'de yer alan Y. 17. HD., E. 2013/8717 K. 2014/16847 T. 25.11.2014: “Kabule göre, Davacı E.'nun başkasının yardımına muhtaç olması nedeniyle aktüerya raporu ile bakıcı gideri hesaplanmış, mahkemece ailenin çocuğa bakım yükümlülüğü bulunduğu gerekçesi ile bakıcı giderinden yarı oranında indirim yapılmış ise de mahkemece hatalı değerlendirme ile kusursuz olan davacı ve ailesine bakım külfeti yüklenecek şekilde hesaplanan bakıcı giderinden indirim yapılması isabetli değildir”.

yükü davacı üzerinde olduğundan, davacı hüküm tarihine kadar olan kazanç kaybını ve miktarını ispat edecektir. Davacının kazanç kaybı hesaplanırken, ücretinin yanı sıra yan ödemeler ve bu süreçte çalışmış olsaydı yararlanacağı ücret artışları da dikkate alınacaktır. Davacı tarafından yasa dışı faaliyetlere çıkamamasından kaynaklanan gayrimeşru kazanç kayıpları talep edilemeyeceği gibi haksız fiil neticesinde oluşan bedensel zarar ile uygun nedensellik bağı içinde olmayan kazanç kayıpları da talep edilemeyecektir. Kazanç kaybı genellikle çalışmamaktan doğan ücret, maaş veya ticari mesleki gelir kaybı olarak düşünülse de bunların dışında beden bütünlüğünün ihlali sonucunda meydana gelen bazı masraflar sebebiyle gelir kaybına uğranılması durumunda bu kayıplar da kazanç kaybı olarak değerlendirilebilecektir. Öğretide bu konuya örnek olarak; normalde ev işlerini yaparak eşini bir hizmetçi tutma masrafından kurtaran ve bu şekilde aile bütçesine katkı yapan eşin beden bütünlüğünün ihlal edilmesi sonucunda bu katkıdan mahrum kalınması durumu gösterilmekte ve bu durumun da bir kazanç yoksunluğu sayılabileceği belirtilmektedir.¹⁸⁷

Hüküm tarihine kadar olan mevcut kazanç kaybı hesaplaması, müstakbel zarar hesaplamasından farklı olarak varsayımlar üzerinden değil de zarar görenin net ücreti veya maaşı üzerinden yapılmaktadır.¹⁸⁸ Yargıtay kararlarında istikrar kazandığı üzere; zarar gören kişi fiilen asgari ücretin altında bir gelir elde ediyor olsa dahi hesaplama en az asgari ücret üzerinden olacak şekilde yapılmaktadır.¹⁸⁹ Kazanç kaybının

¹⁸⁷ Oğuzman/Öz, s.96.; Eren, s. 845 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 176.

¹⁸⁸ Baysal, s. 399. ve aynı sayfada anılan dn. 162’de yer alan Y. 17. HD., E. 2014/3946 K. 2015/12732 T. 25.11.2015: “bilirkişi raporundaki hesaplamalarda baz alınan asgari ücretin net asgari ücret mi brüt asgari ücret mi olduğu tam olarak anlaşılamamaktadır. Bu haliyle bilirkişi raporu denetime ve hüküm kurmaya elverişli değildir. Net asgari ücret esas alınmak suretiyle zarar hesaplanması gerekir. Mahkemece asgari ücret düzeyinde gelir elde edeceğinin kabulünde bir isabetsizlik bulunmamaktadır”. Y. 3. HD., E. 2014/6406 K. 2014/8115 T. 26.5.2014: “Ancak, %100 oranında meslekte kazanma gücünü yitiren davacının bu yüzden uğrayacağı daimi kazanç kaybı; “gerçek belli iken varsayıma gidilemez” ilkesi uyarınca, rapor düzenleme tarihine kadar gerçekleşen zarar yönünden bilinen verilerin nazara alınması suretiyle, rapor düzenleme tarihinden sonraki zarar yönünden de da bilinen son gelir nazara alınıp her yıl %10 oranında artırılmak ve %10 oranında iskonto edilmek suretiyle belirlenmelidir”.

¹⁸⁹ Baysal, s. 399. ve aynı sayfada anılan dn. 163’de yer alan Y. 4. HD., E. 2016/3362 K. 2016/6615 T. 12.5.2016: “Dosya kapsamından davacının hamal olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. Adli Tıp raporunda; meydana gelen olay nedeniyle davacının geçici iş göremezlik süresinin ne kadar olacağı yönünde bir mütalaada bulunulmamış olmakla birlikte, mahkemece bir aylık bir süre takdir edilmiştir. Olay tarihi itibari ile hamallık yapan bir kişinin aylık kazancının ne olacağı yönünde ise bir araştırma yapılmamış yine takdiren bir miktar belirlenmiştir. Ancak belirlenen .. TL olay tarihinde geçerli olan asgari ücretin altında kalmaktadır. Yerleşik Yargıtay uygulamaları ile de benimsendiği üzere; bir kişinin çalışmadığı süredeki kazancının en az asgari ücret düzeyinde olduğu kabul edilmektedir. 2011 yılı asgari ücret miktarı davacının yaptığı iş ile de uyumludur. Davacının bir aylık geçici iş göremezlik zararının asgari ücret olarak kabulü gerekirken, .. TL’ye karar verilmesi doğru görülmediğinden kararın bozulması gerekmiştir”.

hesaplanması açısından önemli olan gelir kaybının doğru bir şekilde hesaplanması olup zarar gören ve tazminat talep eden kişinin yaptığı meslek kazanç kaybının hesaplanması açısından dikkate alınmamaktadır.¹⁹⁰ Ancak haksız fiil ile uygun nedensellik bağı içerisinde bulunan kazanç kayıpları bu kapsamda talep edilebileceğinden, uygun nedensellik içerisinde bulunmayan kazanç kayıplarının maddi zarar kalemi olarak talep edilmesi mümkün değildir.¹⁹¹

c. Çalışma Gücünün Azalmasından ya da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar

Haksız fiil sonucunda kişinin bedensel zarara uğraması ve bu nedenle çalışma gücünü tamamen veya kısmen, devamlı veya geçici olarak kaybetmesi durumunda bundan kaynaklanan zararının tazminini isteme hakkı bulunmaktadır.¹⁹² Mevcut zararlar olarak adlandırılan ve mahkemece verilecek hüküm tarihine kadar olan zararlar daha kolay bir şekilde hesaplanabilecekken, haksız fiilin etkilerinin uzuv kayıplarının iş göremezliğe etkisinde olduğu gibi hüküm tarihinden sonra da devam etmesi halinde bunun neden olduğu kayıplar ancak aktüerya bilimin verileri ve tabloları ile hesaplanabilecektir. İş gücü kaybı olarak adlandırılan ve gelecekteki zarar niteliği

¹⁹⁰ Baysal, s. 399. ve aynı sayfada anılan dn. 164'de yer alan Y. 3. HD., E. 2015/17789 K. 2017/2955 T. 13.3.2017: "Davacı, göğüslerindeki estetik sorunlar nedeniyle 15.09.2008 tarihinde davalı şirkete ait hastanede davalı doktor tarafından göğüs küçültme ameliyatı olduğunu, ancak operasyon sonrası göğüslerinin çok kötü bir duruma geldiğini, iyileşme sürecinin çok uzun sürdüğünü, kendisinin hayat kadını olarak çalıştığını, yapılan bu ameliyat sonrası yaklaşık 2,5 ay işe gidemediğini, çalışmaya başladığı dönemde de eskiye nazaran çok daha az gelir elde edemediğini, ayrıca göğüslerindeki sorunların düzeltilmesi için yeniden bir operasyon geçirmesi gerektiğini ve bu sürecin kendisini maddi ve manevi olarak çok yıprattığını belirterek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 1.000 TL maddi, 100.000 TL manevi tazminatın avans faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı Hastane (...), dava konusu olayda, kurum olarak vermiş oldukları hizmetlere yönelik bir kusur ve ihmâl isnat edilemeyeceğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Davalı doktor, yapılan operasyonun tüm tıbbi kurallara uygun olarak gerçekleştirildiğini, kendisini hiçbir kusur yüklenemeyeceğini, davacının ameliyat sonrası uyması gereken kurallara riayet etmediğini ileri sürerek davanın reddini talep etmiştir. Mahkemece, davanın kısmen kabulü ile 8.000 TL maddi tazminat ve 3.000 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren davalılardan tahsiline, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verilmiş, hüküm taraflarca temyiz edilmiştir. 1-) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, taraf vekillerinin sair temyiz itirazlarının reddi gerekir".

¹⁹¹ Baysal, s. 400. ve aynı sayfada anılan dn. 167'de yer alan Y. 4. HD., E. 2013/16842 K. 2014/10629 T. 26.6.2014: "Bu nedenle davacının sınavlara giremediği için okulunun uzadığının kabulü ile harç ve diğer giderlerinin hüküm altına alınması doğru ise de 1 yıl hayata geç atılacağı için kazanç kaybı olacağı gerekçesi ile tazminata hükmedilmesi doğru değildir. Davacının olay nedeni ile çalışmasına engel oluşturacak bir yaralanması olmadığı gibi, davacı emlakçılık işi ile uğraşmaktadır. Kaldı ki davacı 2011 yılında da hala okulunu bitirememiştir. Bu kapsamda kazanç kaybına yönelik istemin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş kararın bu nedenle bozulması gerekmektedir".

¹⁹² Oğuzman/Öz, s. 96.; Eren, s. 845.; Tandoğan, s. 385.; Reisoğlu, s. 225; Avcı Braun, Cihan: Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına Ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:64, Ankara, 2015: s. 37.

taşıyan bu tür kayıpların hesaplanmasında BK m.50/2 ile hâkime takdir yetkisi verilmiş olduğundan, uygulamada hâkimler bu tür zararların miktarı konusunda dosyayı aktüer bilirkişilere göndermekte ve genellikle bu raporları esas alarak hüküm tesis etmekteyseler de aktüer bilirkişilerce yapılacak hesaplar ile bağlı olmadıkları açıktır.¹⁹³

Çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı, ileride yol açacağı kazanç yoksunluğu nedeniyle gelecekteki zarar niteliğinde olup bu kayıp bakımından niteliğine göre geçici kayıp veya sürekli kayıp ayrımı yapılmaktadır.¹⁹⁴ Haksız fiil neticesinde meydana gelen çalışma gücü kaybının tespiti, uygulamada iş göremezlik oranının belirlenmesi suretiyle yapılmakta olup kesinleşen kayıp oranına göre bu durumun geçici mi yoksa sürekli mi olduğu tespit edilmektedir. Bu açıdan iş göremezlik oranının tespiti, süreç için oldukça önemli olup oranın tespit edilmesinden sonra ancak zarar belirlenebilmektedir.¹⁹⁵ Çalışma gücünde meydana gelen geçici kayıp nedeniyle uğranılan kazanç kaybı, çalışma gücünün muhtemel kayıp süresi dikkate alınarak tespit edilirken; çalışma gücünün tamamen kaybı durumunda mağdurun kayba uğramasa idi çalışabileceği süreler dikkate alınarak tespit yapılmaktadır.¹⁹⁶ Mağdurun çalışma

¹⁹³ Baysal, s. 401. ve aynı sayfada anılan dn. 169'da yer alan YHGK E. 1989/4-586 K. 1990/199 T. 21.3.1990: "Tazminat hesabının bilirkişiye gidilmeden hâkim tarafından yapılması gerektiği görüşüne, destek tazminatının belirlenmesi çok ayrıntılı ve teknik hesaplamaları gerektiğinden katılmak mümkün olamamıştır. Her ne kadar müzakereler sırasında B.K.nun 43. maddesine dayanılarak kararın onanabileceği ileri sürülmüşse de, tazminatın gerçek miktarını belirleyen bir yöntem uygulanmadan, zararın gerçek miktarı saptanmadan bulunan miktarın B.K.nun 43. maddesinden hareketle benimsenmesi, tazminat ilkeleriyle bağdaşmayacağı, belirsiz keyfi sonuçlara götüreceği, gerekçesiyle bu görüş de iştirak edilememiştir".

¹⁹⁴ Oğuzman/Öz, s.97 vd.; Eren, s. 846 vd.

¹⁹⁵ Baysal, s. 405. ve aynı sayfada anılan dn. 179'da yer alan . 10. HD., E. 2011/847 K. 2012/6220 T. 29.03.2012: "(...) sigortalıya bağlanacak gelir ve hükmedilecek manevi tazminat miktarını tayininde de doğrudan etkili olması nedeniyle işçide oluşan meslekte güç kayıp oranının hiçbir kuşku ve duraksamaya yer vermeksizin kesin olarak saptanması gerekir". Y. 4. HD., E. 2011/5158 K. 2011/4887 T. 28.04.2011: "Yerel mahkemece davacının sürekli iş göremezlik raporu alınmadan zararını bilebilecek durumda olmadığı ve genel zamanaşımı süresi dolmadan eldeki davayı açtığı gözetilerek, Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü gereğince sürekli iş göremezliği olup olmadığı yönünden rapor alınıp iş göremezliğinin belirlenmesi durumunda zarar kapsamı belirlenerek varılacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçeyle istemin zamanaşımı nedeni ile reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir".

¹⁹⁶ Oğuzman/Öz, s.97 vd.; Eren, s. 846 vd.; Baysal, s. 407. ve aynı sayfada anılan dn. 184'de yer alan Y. 4. HD., E. 2013/2098 K. 2013/20096 T. 18.12.2013: "Dava, kasten yaralama eylemine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir. Dosya kapsamından her iki davacının da kollarında kırık oluşacak şekilde yaralandığı, 09/12/2002 tarihli Bucak Devlet Hastanesi'nden alınan doktor raporuna göre davacılarından ...'in 15 gün mutad iştigaline engel, 30 günde iyileşecek şekilde; davacılarından ...'in 15 gün mutad iştigaline engel, 180 günde iyileşecek şekilde yaralandıkları anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan bilirkişi raporunda belirtildiği üzere davacıların mutad iştigaline engel teşkil eden 15 günlük süreler esas alınarak geçici iş gücü kaybı tazminatına ve manevi tazminata hükmedilmiştir. Oysa, davacıların iyileşme süreleri esas alınarak, bu süreler için geçici iş gücü kaybı tazminatına karar verilmeli

gücünü tamamen kaybetmesi halinde hesaplamaya esas alınacak olan yaşam süresi ile bu süre içerisinde fiilen çalışabileceği aktif dönem ve emekli olarak geçireceği pasif dönem süreleri yaşam tabloları dikkate alınarak belirlenmektedir.¹⁹⁷ Çalışma gücünde meydana gelen geçici kayıp nedeniyle uğranılan kazanç kaybının hesaplanmasında sürelerin dışında diğer bir önemli unsur da çalışma gücündeki kayıp oranı olup bu oran haksız fiil neticesinde zarara uğrayan organa, organda meydana getirdiği etkilenme derecesine, mağdurun yaptığı işe, sağlık durumuna, yaşına ve cinsiyetine göre değişecektir. Hesaplama dikkate alınması gereken üçüncü unsur ise mağdurun haksız fiile uğradığı tarihteki yıllık kazanç miktarıdır. Yıllık kazanç miktarı hesaplanırken ileride gerçekleşmesi muhtemel olan artma ihtimalleri de göz önünde tutulmaktadır. Mağdurun haksız fiile uğradığı tarihte yaşının küçük olması veya öğrenci olması gibi sebeplerle kazancının bulunmaması halinde ilerideki kazanç ihtimallerine göre hesap yapılacak olup zarar gören kişinin ailesinin sosyal ve ekonomik durumu ile fikri ve fiziki yetenek ve özellikleri değerlendirilerek bunlara göre yöneleceği en muhtemel meslek belirlenecek ve neticeten buna göre hesaplama yapılacaktır.¹⁹⁸ Ev hanımlarının haksız fiil neticesinde işgücü kaybına uğramaları durumunda ev işlerini fiilen ücret karşılığında bir başkasına yaptırdığını veya yakınları tarafından ücretsiz olarak üstlenilmiş olmadığını ispat etmesi gerekmediği gibi artık çalışma imkânı bulunmayan emeklilerin de herhangi bir durumu ispat etmesi gerekmemektedir. Yargıtay uygulamasında da yer aldığı üzere bu kişiler bakımından “güç kaybı tazminatı” adı altında bir tazminata hükmedilmesi gerekmektedir.¹⁹⁹

ve manevi tazminat miktarları da bu sürelerle göre belirlenmelidir. Bu hususun gözetilmemiş olması kararın bozulmasını gerektirmiştir”.

¹⁹⁷ Nomer, N. 129.5.; Baysal, s. 407.

¹⁹⁸ Oğuzman/Öz, s.97 vd.; Eren, s. 846 vd.

¹⁹⁹ Hatemi/Gökyayla, s. 178.; Baysal, s. 412. ve aynı sayfada anılan dn. 198’de yer alan Y. 4 HD. E. 2006/2001 K. 2007/1056 T. 05.02.2007. “Bedensel zarara uğrayan kimse, çalışma gücünü sürekli veya geçici olarak yitirmesinden ve ileride edineceği kazançtan yoksun kalmasından doğan zarar ile bütün giderlerini isteyebilir. (BK. m. 46/1). Çalışmamaktan kaynaklanan zarar ise, geçici iş göremezlik nedeniyle olabileceği gibi; sürekli iş göremezlik biçiminde de olabilir. Geçici iş göremezlik zararı, zararı görenin yaptığı iş ve gelir durumu itibarıyla iyileşme süresinde elde edemediği kazançtan ibarettir. Sürekli iş göremezlik zararı ise, beden gücü kaybına uğrayan kişinin, zarar görmeden önce yapmakta olduğu iş için daha fazla bir güç (efor) harcaması nedeniyle doğan zarardır. Davacı herhangi bir iş yapmasa dahi, meydana gelen beden gücü kaybı nedeniyle günlük işlerini gerçekleştirmesi sırasında daha fazla güç harcayacağı açıktır. Mahkemenin gerekçesi olaya uygun düşmemiştir. Şu durumda, davacının yaralanması nedeniyle beden gücü kaybı (azalması) olup olmadığının ve derecesinin Adli Tıp Kurumu’ndan rapor alınmak suretiyle saptanması; mevcut olduğu takdirde, asgari ücret üzerinden gelir sağlayabileceği benimsenerek iş göremezlik zararının belirlenmesi gerekir. Karar, bu bakımdan yerinde görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir”.

Çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı ile ilgili yargı içtihatları daha çok iş kazaları kaynaklı olarak ortaya çıkmakta olup bu nedenle Sosyal Güvenlik Kurumu'nun bu tür kazalarda yaptığı iş göremezlik tespitleri ve bu tespitler sonucu yaptığı sosyal güvenlik ödemeleri uygulamada maddi zararın belirlenmesi aşamasında belirleyici olmaktadır. İş kazası veya meslek hastalığı sonucu çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı şeklinde bir iş göremezlik meydana gelmiş ise bu durumda iş göremezlik durumunun ve oranlarının tespiti Sosyal Güvenlik Kurumu'na yetkilendirilen sağlık kurulları tarafından verilen raporlarla yapılmaktadır. Kurumca görevlendirilen sağlık kurulları tarafından yapılan tespit sonucunda mağdurun meslekte kazanma gücünün %10 veya üzerinde azaldığının tespit edilmesi halinde sigortalı sürekli iş göremezlik gelirine hak kazanmaktadır. Burada belirtmek gerekir ki; bu tespit ve oran yalnızca Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılacak olan sigorta ödemeleri ile ilgili dikkate alınacak olup haksız fiil nedeniyle açılacak tazminat davalarında %10 veya üzerinde bir orandaki iş gücü kaybı diğer unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde her zaman sürekli iş göremezlik anlamına gelmeyebilecektir.²⁰⁰ İş kazası veya meslek hastalığı dışında gelişmiş olan haksız fiiller neticesinde meydana gelen iş göremezlik durumunun ve oranının tespiti ise sosyal güvenlik kurumunca değil bilirkişilerce yapılacak olup uygulamada bu tespit için dosyalar Adli Tıp Kurumu'na gönderilmektedir.²⁰¹ Yargıtay'ın da kararlarında belirttiği üzere; her durumda çalışma gücünün kaybı belirlenirken haksız fiil ile uygun nedensellikteki kayıplar dikkate alınmalı ve zarar görenin önceki bedeni sorunları dikkate alınmamalıdır.²⁰²

²⁰⁰ Baysal, s. 405 vd.

²⁰¹ Baysal, s. 405 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 181'de yer alan Y. 4. HD., E. 2009/13129 K. 2010/9240 T. 20.09.2010: "İş göremezlik oranlarının saptanmasına ilişkin raporlar, yaralanmanın derecesinin belirlenmesine ve tazminat tutarının hesaplanmasına doğrudan etki eden raporlar olduğundan, 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Yasası'nın 16/II-c maddesi gereğince ve olayın özelliği de gözetilerek meslekte kazanma gücü kaybı konusunda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle görevli Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'ndan alınacak raporla davacının iş göremezlik oranı belirlenerek, iş göremezlik zararının buna göre hesaplanması gerekir". Y. 4. HD., E. 2009/10860 K. 2010/10576 T. 19.10.2010: "Davalı doktorun tedavi hatası nedeniyle sürekli iş göremez durumda kalacak biçimde zarara uğrayan dava dışı kişinin, davacı idare hakkında açtığı davada, SSK hastanesinden alınan kurul raporunda, dava dışı kişinin sürekli iş göremezlik oranı % 55 olarak belirlenmiş ve idare mahkemesince bu oran üzerinden hesaplanmış olan tazminat raporuna göre karar verilmiştir. Davalı doktor idari yargı yerinde görülen davada taraf olmadığından, o davada alınan raporlar eldeki dava yönünden bağlayıcı değildir. Bu nedenle davalının, yeni kanıt gösterme ve bu kanıtlara göre karar verilmesini isteme hakkı vardır. Bu kapsamda yapılan inceleme sonucunda eldeki dava sırasında Adli Tıp Kurumu'ndan alınan raporda, tedavi hatası nedeniyle zarara uğrayan dava dışı kişinin sürekli iş göremezlik oranı % 36.2 olarak bildirilmiştir. O halde davalının sorumlu tutulacağı tazminatın kapsamı da buna göre belirlenmelidir".

²⁰² Baysal, s. 407. ve aynı sayfada anılan dn. 183'de yer alan Y. 4. HD., E. 2009/10860 K. 2010/10576 T. 19.10.2010: "Diğer yandan, zarara uğrayan dava dışı kişinin 1993 yılında geçirmiş olduğu bir kaza

Mağdurun yıllık kazancı ile çalışma gücü kayıp oranının çarpılması sonucu yıllık kazanç kaybı tutarı belirlenecektir. Belirlenen bu yıllık kazanç kaybı tutarının çalışma gücünün kaybı süresi ile çarpımı sonucunda da mağdurun gelecekteki kazanç kaybı miktarı belirlenecektir. Burada belirtmek gerekir ki; haksız fiil sonucunda çalışma gücü kaybına uğrayan mağdurun, önemli bir acı vermeyecek ve önemli bir risk taşımayacak bir tedavi veya ameliyat sonucunda güç kaybı azaltılabilecekse ve davalı bu tedavi veya ameliyatın gerektirdiği masrafları peşin ödemeyi kabul ediyorsa mağdurdan buna razı olması istenecektir. Mağdur haklı bir sebep olmaksızın ameliyata veya tedaviye razı olmazsa, hâkim tazminata karar verirken takdir yetkisi kapsamında tedavi veya ameliyat yapılmış olsaydı çalışma gücü kaybı hangi orana düşecek idiye o orandan hesaplanacak tazminat miktarına göre bir değerlendirme de yapabilecektir.²⁰³

Haksız fiil neticesinde mağdur olan kişinin, haksız fiil meydana gelmeseydi ne kadar yaşayacağı veya eşini kaybetmesi nedeniyle destekten kaynaklanan tazminatlara hak kazanan kişinin, yeniden evlenip evlenmeyeceği gibi hususlar geleceğe dair belirsizlikler olup bu belirsizliklerin zararın hesaplanmasına engel görülmesi halinde risk paylaşımının adil olmayacağı açıktır. Bu nedenle geleceğe dair bu belirsizliklerin spekülasyon de olsa bir takım objektif ölçütlerle giderilmesi amaçlanmış ve bu kapsamda yaşam tabloları, mortalite tabloları ve yeniden evlenme şansı tabloları geliştirilmiştir. Bunların yanı sıra haksız fiil mağdurunun sürekli işgücü kaybı ile gelecekteki tedavi ve bakım masraflarının hesaplanması için de öğretide ve yargıda da bazı tablolar geliştirilmiştir. Hâkimlerce dosyaların tevdi edildiği aktüer bilirkişiler tarafından aktüerya bilimine geliştirilen mortalite ve yaşam tablosu olarak adlandırılan bu tablolar kullanılarak hesaplama yapılmaktadır. Uygulamada Yargıtay ve mahkemeler tarafından kullanılan başlıca tablolar; PMF Yaşam Tablosu, TRH 2010 ve CSO 1980'dir. Ancak

nedeniyle kol kemiklerinin kırıldığı, o tarihte yapılan operasyonlar ile koluna platin vidalar uygulandığı, 2000 yılı içerisinde bu vidaların yarattığı sorunları gidermek amacıyla davalı doktorun yapmış olduğu operasyon sırasında bir hata ile sinir kesisi yapılmasının zarara yol açtığı anlaşılmaktadır. Bu durumda, 1993 yılındaki yaralanmanın da tek başına belli bir oranda sürekli iş göremezlik kaybına yol açmış olması göz ardı edilmemelidir. O halde dava konusu hatalı tedavi nedeni ile ortaya çıkan sürekli iş göremezlik oranı içerisinde, daha önce meydana gelmiş olan kol kırığından kaynaklanan bir pay olup olmadığı üzerinde de durulmalı ve onun sonucuna göre karar verilmelidir”.

²⁰³ Oğuzman/Öz, s.98 vd.; Eren, s. 849-850.; Hatemi/Gökyayla, s. 178.

Yargıtay daireleri arasında hesaplamalarda uygulanması gereken tablolar açısından görüş farklılıkları bulunmaktadır.²⁰⁴

Mağdurun yaşam süresi içerisinde fiilen çalışabileceği aktif dönem ve emekli olarak geçireceği pasif döneme göre tespit edilecek yıllık kazancın çalışma gücünde meydana gelen kayıp oranı ile çarpımı sonucu zarar belirlenmektedir. Tazminat ödemesi kural olarak toptan ve peşin yapılacağından, çalışma gücünde meydana gelen kayıp nedeniyle uğranılan zararın sermaye değerinin bulunması amacıyla Yargıtay uygulamasında bir hesaplama yöntemi geliştirilmiştir. Buna göre; geleceğe ilişkin bu hesaplamada öncelikle zarar miktarına %10 oranında artırım yapılmakta ve ardından yine %10 oranında indirim yapılmaktadır.²⁰⁵

²⁰⁴ Baysal, s. 402 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 173’de yer alan 10. HD. E. 2016/11149 K. 2016/11485 T. 21.9.2016: “Uygulamada, sigortalının veya hak sahibinin bakiye ömürleri 1931 tarihli “PMF (Population Masculine et Feminine)” Fransız yaşam tablosundan yararlanılmakta ise de; Başkanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüarya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi’nin çalışmalarıyla “TRH2010” adı verilen “Ulusal Mortalite Tablosu” hazırlanmış olup, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2012/32 sayılı Genelgesiyle de ilk peşin sermaye değerlerinin hesabında anılan tabloların uygulanmasına geçilmiştir. Gerçek zarar hesabı özü itibariyle varsayımlara dayalı bir hesap olup, gerçeğe en yakın verilerin kullanılması esastır. Bu durumda, Ülkemize özgü ve güncel verileri içeren TRH 2010 tablosunun bakiye ömrün belirlenmesinde nazara alınmalıdır”. Aksi yönde Y. 17. HD., E. 2015/12900 K. 2018/7083 T. 12.7.2018: “Somut olayda; hükme esas alınan 23.02.2015 havale tarihli bilirkişi raporunda, davacının muhtemel bakiye yaşam süresinin Population Masculine Et– Feminine (PMF 1931) Tablosu esas alınarak ve TRH 2010 Yaşam Tablosu esas alınarak seçenekli hesap yapıldığı, mahkemenin TRH 2010 Yaşam Tablosu’na göre yapılan hesaplama seçeneğinin benimsendiği görülmektedir. Yargıtay ...’nın 1989/4-586 esas,1990/199 sayılı kararı ve Dairemizin yerleşik içtihatları gereği, Population Masculine Et– Feminine (PMF 1931) Tablosu esas alınarak davacının muhtemel yaşam süresinin belirlenmesi gerekirken, anılan biçimdeki tespite göre hesap yapan bilirkişi raporundaki TRH 2010 Yaşam Tablosu esas alınarak yapılan seçenek, hükme esas almaya elverişli bir seçenek değildir”. Y. 3. HD., E. 2013/11532 K. 2013/16442 T. 25.11.2013: “Yargıda çok uzun yıllar “sabit taksitli rant” formülleriyle yapılan hesaplar geçerli sayılmış iken Yargıtay, 1993 Ankara Sempozyumunda varılan uzlaşısı sonucu “progressif rant” olarak adlandırılan kolay anlaşılır, basit bir hesaplama yöntemini uygulamaya koymuştur. Yaşam tablosu ise; halen yargıda ve Sosyal Güvenlik Kurumunda uygulanması zorunlu olan PMF-1931 Yaşam Tablosu’dur. Bu tablonun yasal dayanağı 506 sayılı Yasa’nın 22.maddesi olup, iş kazalarıyla meslek hastalıkları ve Analık Sigortaları Hakkında 4722 sayılı Kanuna ek olarak (Çalışma Bakanlığı ile Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı tarafından birlikte) hazırlanmış ve 1965 yılında yürürlüğe konulmuştur. Her ne kadar, 5510 sayılı yeni Sosyal Güvenlik Yasası’nda paralel bir hüküm bulunmamakta ise de geçici 3.madde hükmü gereğince yeni düzenleme yapıncaya kadar aykırı olmayan hükümler uygulanmaya devam edecektir. Başka bir ifade ile SGK ile yargı PMF-1931 yaşam tablosuna göre gelir bağlamaya ve tazminat hesaplamaya devam edecektir. Tazminat davalarında, Okyanus ötesi bir ülke olan ABD’nin CSO-1980 yaşam tablolarının (mortalite) kullanılmak istenilmesinin yasal bir dayanağı bulunmamaktadır”.

²⁰⁵ Nomer, N. 129.5.; Baysal, s. 408. ve aynı sayfada anılan dn. 188’de yer alan YHGK E. 1989/4-586 K. 1990/199 T. 21.3.1990: “Bilindiği gibi iskonto oranının kabulü, tazminatın sermaye olarak belirlenmesinin bir sonucudur. Çünkü bu tür tazminat türünde, davacılar yıllar sonra elde edecekleri destek yardımını peşin sermaye olarak alma imkanını elde etmektedirler. Peşin ve sermaye olarak alınan bu miktardan bir indirim yapılmadığı takdirde ise tazminat hukukunun, tazminatın hiç bir zaman zarardan fazla olamayacağı ilkesine ters bir durum meydana gelecek, tazminat zararı aşar durumuna girecektir. Sorun bu iskonto oranının ne olacağındadır. Bugün ülke genelinde mevduat faizlerinin olduğu düzey ve destek tazminatın belirlenmesine hâkim olan temel ilkeler göz önünde tutulduğunda, iskonto oranında

Borçlar Kanununun Tazminat Hükümünün Değiştirilmesine ilişkin 75. maddesine göre; “*Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.*”

Gelecekteki zararların her zaman belirlenebilir olmaması nedeniyle BK m. 75 hükmü ile hâkime bu konuda bir yetki tanınmış ve hüküm verildiği tarihte yukarıdaki esaslar çerçevesinde kazanç mahrumiyeti hususunda kesin bir sonuca varamaması halinde, kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren iki sene içinde konuyu inceleme ve tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabileceği belirtilmiştir. Hâkim tarafından bu yetkinin saklı tutulması halinde iki yıl içinde davacı veya davalı kararın gözden geçirilmesini talep edebilir. Hâkim tarafından BK m. 75’de kendisine tanınan yetkinin kullanılmaması halinde dahi haksız fiilin yol açtığı yeni zararların mevcut olması durumunda da bu zararlar için zamanaşımı süresi içinde yeni tazminat davaları açılabilecektir. Ancak ilk dava açılırken fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak kısmi dava açılmamışsa, mevcut olan zararlar ile kazanç yoksunluğu gibi ileride gerçekleşmesi beklenen zararlar için tekrar dava açılmayacaktır. Bu durumlarda davacı, davayı açarken fazlaya ilişkin hakkını saklı tutarak kısmi tazminat isteyebilecek ve dolayısıyla önceden hükmedilen tazminat dışında kalan ve yeni zarar niteliği taşımayan zararlar için zamanaşımı süresi içinde yeni dava açılabilecektir. Burada dikkat edilmesi gereken nokta; önceki tazminat davasının yeni açılacak tazminat davası açısından zamanaşımını kesmeyeceği hususudur. Yine bu talepler hakkında HMK m. 107 uyarınca “belirsiz alacak davası” açılarak tazminat istenmesi de ihtimal dâhilindedir.²⁰⁶

d. Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplar

Haksız fiil sonucunda meydana gelen bedensel zarar, mağdur açısından çalışma gücünü azalttığı gibi bunun yanı sıra ekonomik gelişmesini zorlaştıracı etkiler de doğurmuş ise bu durum ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar kapsamında değerlendirilmekte ve bundan doğan maddi zararın da tazmini gerekmektedir.²⁰⁷ Yukarıda detaylı bir şekilde incelenen çalışma gücünün kaybı durumunun bir yandan da

denklik kuralı gereği ücret artış oranı gibi % 10 olması gerektiği görüşü, çoğunluk görüşü olarak belirlenmiştir”. Aksi yönde Y. 17. HD., E. 2014/25215 K. 2016/734 T. 21.1.2016. %10 değil %5 olması yönünde Yargıtay Y. 10. HD., E. 2015/19507 K. 2017/7826 T. 13.11.2017.

²⁰⁶ Oğuzman/Öz, s.99 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 618.

²⁰⁷ Reisoğlu, s. 226.; Eren, s. 850.; Tandoğan, s. 292 vd.; İnan, s. 328.

ekonomik geleceği sarstığı açıktır ancak ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplardan kasıt çalışma gücünde bir azalma olmamasına rağmen ileride meydana gelecek olan bir kayıptır. Bu zararın tespiti de kazanç kaybı konusunda belirttiğimiz esaslar çerçevesinde yapılır ve hâkimin BK. m. 75'deki yetkisi bu durumda da mevcuttur.²⁰⁸

Haksız fiil sonucunda bedensel zarar görmüş ancak çalışma gücü kaybına uğramamış bir kişinin, mevcut durumda haksız fiile uğramadan önceki durumuna göre iş bulmakta veya kendi işine devam etmekte güçlükler yaşaması, daha fazla enerji ve konsantrasyona ihtiyaç duyması veya iş pazarında avantajsız konuma düşmesi durumları ekonomik geleceğin sarsılması konusuna örnek olarak gösterilmektedir. Yargıtay uygulamasında da çalışma gücünde bir azalma meydana gelmese dahi ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların meydana gelebileceği ve bu zararların da tazmin edileceği belirtilmekte ve genel olarak bu konu kariyerde ilerleme fırsatları kapsamında ele alınmaktadır.²⁰⁹ Öğretide bu konuya örnek olarak mesleği

²⁰⁸ Oğuzman/Öz, s. 100.; Eren, s. 850-851.; Tandoğan, s. 292 vd.; İnan, s. 328.

²⁰⁹ Baysal, s. 416 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 224'de yer alan Y. 17. HD., E. 2014/24918 K. 2017/5131 T. 8.5.2017: "Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar BK m. 46/I'de "iktisaden mahrum kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zararlar" şeklinde ifade edilmiştir. Bu hükümden de anlaşılacağı üzere vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişinin bu ihlâl nedeniyle ekonomik geleceği sarsılmış olabilir. Bu tür zararlar çalışma gücünün tamamen veya kısmen kaybı nedeniyle ortaya çıkan zararlar dışında ekonomik geleceğin sarsılmasının meydana getirdiği zararlardır. Ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle ortaya çıkan zararlar müstakbel zararlardır ve bu zararlar çalışma gücünde bir azalma olmasa dahi meydana gelmektedir. Vücut bütünlüğü ihlâl edilen kişi çalışma gücünde bir azalma meydana gelmese dahi iş piyasasında yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekmekte veya aynı işte çalışsa dahi ihlâlden öncesine nazaran daha çok emek sarf etmek zorunda kalmaktadır. Hatta bu kişiler ihlâl fiili neticesinde işlerinden tamamen de çıkarılabilirler. Vücut bütünlüğünün ihlâli sebebiyle ekonomik geleceğin sarsılması özellikle mesleği sebebiyle bazı kişiler bakımından ayrıca önem arz etmektedir. Örneğin, vücut bütünlüğü ihlâl edilen bir sinema sanatçısının, halkla ilişkiler bölümünde çalışan bir kişinin yüzünde sabit bir iz kalması bu kişilerin çalışma güçlerinde bir eksiklik meydana getirmemekle birlikte iş bulmalarını imkânsızlaştırabilecek, zorlaştırabilecek ya da kariyer olarak yükselmelerine engel olabilecektir. Bu gibi durumlarda zarar gören ekonomik geleceği sarsılarak zarara uğratılmış olur (OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. B, ... 2009, s. 562). Somut olayda davacı vekilince profesyonel futbolcu olan davacının kaza sonucu bacak ve omuzunda yaşadığı sakatlık sonucu ekonomik geleceğin sarsılması nedeni ile maddi tazminat da talep edilmiştir. Bu sebeple davaya konu olayda zarar görenin 22 yaşında genç bir futbolcu olması ve bu kişinin mesleğinde yükselmesine engel olması gibi hallerde de zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsıldığından bahsedilir. Dosya içerisinde yer alan bilgi ve belgelerden davacının yaptığı işin özelliği göz önüne alındığında kişinin bacak ve omuzdaki yaralanmasının yalnızca mesleğe kabulde değil kariyer olarak mesleğinde yükselmesinde de etkileri değerlendirilip açıklanan yönlerden gerekli araştırma yapılarak davacının yaralanması nedeni ile ekonomik geleceğin sarsılması sonucu oluşan zararın uzman bilirkişi tarafından belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir". Y. 17. HD., E. 2014/22584 K. 2017/4410 T. 24.04.2017: "Somut olayda davacı vekilince davacının kaza sonucu yüzünde sabit iz kaldığından ekonomik geleceğin sarsılması nedeni ile 20.00,00 TL maddi tazminat talep edilmiş, mahkemece davacının Anadolu Üniversitesi Sosyal Hizmetler Bölümü öğrencisi genç bir kız olması, iş hayatında çehrede sabit eser oluşması nedeniyle sıkıntı yaşayacağı, Borçlar Kanunu'nun 42/2. maddesi uyarınca

gereği sürekli olarak toplumla ilişki içinde bulunan dizi veya tiyatro oyuncusu, dansöz veya manken gibi kişilerin vücudunda ve özellikle yüzünde oluşan bir yaralama izinin çalışma gücünü azaltmamasına rağmen mesleki durumunu ve potansiyelini sarsması ve bunun neticesinde ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesi durumu gösterilmektedir.²¹⁰

e. Diğer Masraflar ve Kayıplar

BK m. 54'de bedensel zararlar her ne kadar dört başlık altında sıralanmış olsa da hükümde yer alan “özellikle” ibaresinden anlaşılacağı üzere bedensel zararlar bu maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Bu nedenle hüküm içeriğinde açıkça belirtilmemiş olsa dahi haksız fiille uygun nedensellik bağı içerisinde yer alan ve malvarlığında eksilme yaratan tüm masraf ve zarar kalemleri bu kapsamda talep edilebilir. Yargıtay uygulamasında da bu husus dikkate alınmakta ve haksız fiil sonucu meydana gelen uygun nedensellikte tüm zararların tazmininin gerektiği belirtilmektedir.²¹¹

2.5.2. ÖLÜM HALİNDE ZARARIN KAPSAMI

Borçlar Kanununun Ölüm Halinde Zararlara ilişkin 53. maddesine göre; “*Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır:*

1. *Cenaze giderleri.*

2. *Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar.*

uğranılan maddi zararın kapsamının ve parasal değerinin mahkemece takdir edilmesi gerektiği gerekçesiyle 10.000,00.TL müstakbel gelir kaybı nedeniyle tazminata hükmedilmiştir. Dosya içerisinde yer alan davacının fotoğraflarından yüzündeki izlerin sabit nitelikte olduğu anlaşılması bakımından, davacının Sosyal Hizmetler Bölümü öğrencisi olup ileride yüzündeki izlerin mesleğe kabulden sonra yapmış olduğu işin sosyal nitelikte insanlarla sürekli iletişim içerisinde olmasını gerekli kıldığı da göz önüne alındığında kişinin yüzündeki yarananma sonucu oluşan izlerin yalnızca mesleğe kabulde değil kariyer olarak mesleğinde yükselmesinde de etkileri değerlendirilip açıklanan yönlerden gerekli araştırma yapılarak davacının yüzündeki sabit iz niteliğindeki yarananma nedeni ile ekonomik geleceğin sarsılması sonucu oluşan zararın uzman bilirkişi tarafından belirlenmesi gerekirken eksik araştırma ile yazılı olduğu şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir”.

²¹⁰ Eren, s. 850.; Tandoğan, s. 293.; İnan, s. 328.

²¹¹ Baysal, s. 396 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 153'de yer alan Y. 4. HD., E. 2013/16842 K. 2014/10629 T. 26.6.2014: “b-Maddi tazminat yönünden alınan raporda; davacının okulunun olay nedeniyle uzamış olması sonucu 450 TL kırtasiye masrafı, 238 TL otobüs gideri, bir yıl hayata geç atılacağı için asgari ücretten 6740 TL kazanç kaybı, 400 TL estetik gideri, 80,25 TL iş ve güçten kalma zararı nedeniyle toplam 8492,19 TL zarara uğradığı belirtilmiş mahkemece bu rapor hükme esas alınmıştır. Erciyes Üniversitesi Rektörlüğünden gönderilen 04.04.2011 tarihli yazıda davacının 2002 yılından beri öğrencileri olduğu, halen 4.sınıf öğrencisi olduğu, 2007-2008 bahar yarıyılında sınavlara girmediği belirtilmiştir. Dava konusu olay 19/05/2008 tarihinde meydana gelmiş, 2007-2008 yılı bahar yarıyılı sınavları 20/05/2008-06/06/2008 tarihleri arasında yapılmıştır. Bu nedenle davacının sınavlara giremediği için okulunun uzadığının kabulü ile harç ve diğer giderlerinin hüküm altına alınması doğru ise de 1 yıl hayata geç atılacağı için kazanç kaybı olacağı gerekçesi ile tazminata hükmedilmesi doğru değildir”.

3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.”

Haksız fiil sonucu bir kişinin hayatını kaybetmesi halinde ölen kimsenin hukuken kişiliği sona erdiğinden ölüm sebebiyle meydana gelen zararlar öldürülen kişinin dışında onun mirasçıları ve bakıp gözettiği kimseler için söz konusu olmaktadır.²¹² Dolayısıyla maddi tazminat alacak hakkı artık hukuken kişiliği sona ermiş müteveffada olmadığından ölüm nedeniyle ortaya çıkan maddi zarar taleplerinin kimin tarafından yapılacağı da önemli bir konu haline gelmektedir. Ölüm nedeniyle meydana gelen bazı masrafların mirasçılar tarafından değil de üçüncü bir kişi tarafından yapılması örneğinde olduğu gibi BK m. 53 hükmünde belirtilen maddi tazminat kalemlerinin kimler tarafından nasıl gerçekleştirileceği değerlendirilerek tazminat hakkının kimin malvarlığında doğduğunun tespiti gerekmektedir.²¹³

Haksız fiil nedeniyle mağdurun hayatını kaybetmesi durumunda ölüm anının tespiti oldukça önemli olup ölümün ne zaman gerçekleştiğine bağlı olarak ölen kişinin tazminat hakkı bulunup bulunmadığı ile mirasçılar ve diğer yakınlarının hangi aşamada devreye gireceği belirlenebilecektir. Türk hukukunda ölüm anının belirlenmesi konusunda en temel kanun hükmü olan 29.5.1979 tarihli Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun’un 11. maddesine göre: “*Bu Kanunun uygulanması ile ilgili olarak tıbbi ölümün gerçekleştiğine, biri nörolog veya nöroşirürjiyen, biri de anesteziyolji ve reanimasyon veya yoğun bakım uzmanından oluşan iki hekim tarafından kanıta dayalı tıp kurallarına uygun olarak oy birliği ile karar verilir*”. Bugün geline nokta kişinin ölümünün gerçekleştiğinin kabulü için kalp ve solunumun durması yeterli görülmemekte ve beyin ölümünün bir diğer deyiş ile geri dönüşü olmayan koma durumunun gerçekleşmiş olması aranmaktadır.²¹⁴

a. Ölüm Hemen Gerçekleşmemişse Tedavi Giderleri ile Çalışma Gücünün Azalmasından ya da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar

Haksız fiil sonucunda vücut bütünlüğü zarara uğrayan kişi eğer hemen ölmemiş ve ölüm anına kadar çalışmadığı için kazanç kaybına²¹⁵ uğramış veya tedavi masrafları²¹⁶

²¹² Oğuzman/Öz, s. 101.; Hatemi, s. 99.

²¹³ Baysal, s. 434 vd.

²¹⁴ Baysal, s. 436 vd.

²¹⁵ 2.5.1.b.

²¹⁶ 2.5.1.a.

yapılmak zorunda kalınmış ise bunlar için ölümünden önce doğan tazminat isteme hakkı ölümü ile birlikte mirasçılara geçer.²¹⁷

b. Cenaze Giderleri

Kanun metninde de açıkça zikredildiği üzere; ölümün neden olduğu masrafların başında cenaze giderleri gelmekte olup ölümün hemen veya bir süre sonra gerçekleşmiş olmasının bu giderlerin istenilmesi konusunda bir etkisi bulunmamaktadır. Ölenin sosyal durumuna uygun olması koşuluyla; naaşın taşınması, yıkanması, kefenlenmesi, cenaze merasimi, makul ilan masrafları ve dua masrafları cenaze giderleri kapsamında değerlendirilmektedir. Öğretide cenaze giderlerinin terekeden ödenmesi gerektiğini savunan görüşe göre cenaze giderlerinin tazminini isteme hakkı mirasçılara aittir.²¹⁸ Öğretide yer alan diğer bir diğer görüşe göre ise; cenaze masrafları terekeye başvurulmadan kim tarafından yapılmışsa tazminini isteme hakkı da ona aittir. Bu görüşe göre; cenaze giderleri dışında kalan ancak ölümün doğrudan yol açtığı masraflardan olan otopsi ve naaşın başka bir şehre taşınması masrafları da BK. m. 53/2 uyarınca tazmin edilmelidir.²¹⁹ Öğretide, BK m. 53/1’de kullanılan özellikle ibaresi ile sayılan giderlerin sınırlı sayıda olmadığı vurgulandığı belirtilerek, ölüm nedeniyle yapılan diğer giderlerin de tazmin edilebileceği ve cenaze giderlerinin yapılması kaçınılmaz giderler olduğundan belgelendirilmelerine gerek olmadığı belirtilmiştir.²²⁰

²¹⁷ Oğuzman/Öz, s. 101.; Eren, s. 852.

²¹⁸ Eren, s. 852 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 163.

²¹⁹ Oğuzman/Öz, s. 102.

²²⁰ Baysal, s. 457 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 374’de yer alan Y. 17. HD., E. 2014/10268 K. 2016/8910 T. 13.10.2016: “Yargıtay’ın yerleşik uygulamaları gereği davalı taraf davacıların meydana gelen trafik kazası sonucu oluşan gerçek ve zorunlu defin gideri zararlarını tazmini ile sorumlu olup davacı tarafın kendi değerlerine, yerel örf ve adetlerine göre yaptığı özel giderlerden sorumlu değildir. Bu bağlamda; misafir ağırlama, yolcu taşıma, iskat, mevlid, taziye masrafları, hayır hasenat vs gibi zorunlu olmayan cenaze merasimi giderlerine yönelik istemin reddi gerekir. Mahkemece, imam bilirkişiden cenaze giderlerinin ne kadar olabileceği sorulmuş ise de, diğer masraflar dahil edilmeksizin “sadece defin giderleri”nin ne kadar olacağı hususunun sorulması, gelen cevaba göre cenaze giderlerine hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir”. Y. 4. HD., E. 2011/8500 K. 2012/10462 T. 14.06.2012: “b)Tedavi ve cenaze giderleri belgelendirilmese dahi ölümle sonuçlanan yaralanma nedeni ile belli bir tedavi gideri yapılması ayrıca ölüm nedeni ile de cenaze ve defin giderleri yapılması kaçınılmazdır. Bu gibi harcamalar belgelendirilmese dahi, cenaze gideri Belediyeden sorularak, tedavi gideri de doktor bilirkişiden rapor alınarak belirlenebilecektir. Bu da mümkün olmadığı takdirde 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 42. maddesi “Zararı ispat etmek müddeiye düşer, zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde hâkim, halin mutat cereyanını ve mutazarrır olan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete tevfikane tayin eder” hükmü gereği tedavi ve cenaze gideri takdir edilmesi gerekirken belgelendirilmediğinden reddi doğru bulunmamış ve kararın bozulması gerekmiştir”.

c. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

Haksız fiil sonucu ölen kimsenin bakıp gözetmekte ve geçimlerini sağlamakta olduğu kişiler, haksız fiil sonucu desteklerini kaybettikleri için zarara uğradıklarından direkt olarak kendilerinin şahsında doğan destekten yoksun kalma tazminatı hakkına sahip olurlar. Kanun hükmü ile düzenlenmemiş olsa idi kişilerin talep edemeyeceği yansıma zarar niteliğindeki bu zarar kalemi, BK. m. 53/3 hükmü ile açıkça düzenlendiğinden talep konusu edilebilmektedir.²²¹ Destekten yoksun kalma tazminatı ile ölüm sonucu zarara uğrayan kişiler yoksun kaldıkları faydaları tazminat olarak talep etmektedirler. Bu nedenle destekten yoksun kalma tazminatında amaç, ölenin destek verdiği kişileri haksız fiil yaşanmamış olsaydı bulunacakları ekonomik duruma getirmektir.²²²

aa. Destek Kavramı

Destek, bir kişiye fiilen sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ve hayatın olağan seyrine göre o kişiye bu tarzda ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kişiye verilen isimdir. Bir kişinin diğer bir kişi açısından destek olup olmadığının belirlenmesinde fiili durum esas alınmakta olup ölenin baktığı kişinin; aile üyesi, kan hısmı veya mirasçısı olması şart değildir. Diğer bir deyiş ile; destek, bir kişinin bakımını herhangi bir karşılık almaksızın düzenli ve sürekli olarak sağlayan veya buna katkıda bulunan kimsedir. Bu karşılıksız yardımı yapmaya veya katkıda bulunmaya hukuki bir mecburiyet olup olmaması da desteğin varlığının kabulü açısından önem taşımamaktadır. Destek kavramı konusunda tartışmalı bir husus; haksız fiil neticesinde ölen kimsenin ahlaka aykırı bir ilişki sebebiyle yardımda bulunduğu kişi açısından destek sayılıp sayılmayacağıdır. Bu durumda ikili bir ayırım yapılmakta ve basit metres hayatı yaşanması durumunda yapılan yardımların birlikte yaşamın karşılığı olduğundan bahisle destek olarak sayılamayacağı ancak başka biri ile evli olmayan kişilerin aralarında evlilik olmaksızın karı koca gibi bir arada yaşaması durumunda yardımda bulunanın destek olarak sayılması gerektiği kabul edilmektedir.²²³ Ayrıca öğretide aynı cinsten

²²¹ Oğuzman/Öz, s. 102. Vd.; Eren, s. 853 vd.; Hatemi, s. 100 vd.

²²² Hatemi/Gökyayla, s. 164.; Baysal, s. 439 vd.

²²³ Oğuzman/Öz, s. 103. vd.; Eren, s. 855 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 620 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 165 vd.; Y. 13. HD. E. 2003/2559 K. 2003/7644 T. 11.06.2003: “Davacı tarafından dosyaya sunulan H Kraliyet Noterler Birliğince tasdikli “birlikte yaşama mukavelesi” isimli belge ve tercümesinden davacı ile ölen erkek arkadaşının birlikte yaşadıkları müşterek ev masraflarını, işleri bölüşerek birinin ölümü halinde diğerinin mükellefiyetlerine kadar uymaları gereken hükümleri

olan kişilerin birlikte yaşamalarının ahlaka aykırı olduğundan bahisle tazminat talebinde bulunamamaları gerektiği savunulmuştur.²²⁴ Destekten yoksun kalma tazminatı yalnızca gerçek kişi desteğin ölümü halinde istenebileceği için tüzel kişinin herhangi bir nedenle sona ermesi durumunda bu tazminat kalemi talep edilemeyecektir.²²⁵

Destekten yoksun kaldığını iddia eden kişi ancak desteğin kendisine yaptığı karşılıksız yardımların sürekli ve düzenli olduğunu ispatlaması durumunda tazminat talep edebilecektir. Zira yalnızca sürekli ve düzenli yardımların ölümünden sonra da devam edeceği kabul edilmektedir. Destek tarafından yapılan yardımların sürekli ve düzenli sayılabilmesi için belirli aralıklarla yapılması şart olmayıp yardım görenin geçimini sağlamaya veya katkıda bulunmaya yönelik para yardımı veya hizmet görme şeklinde de olabilecektir. Aynı şekilde yiyecek, giyecek, doktor sağlama şeklinde fayda sağlamaya yönelik yardımlar da bu kapsamda değerlendirilmektedir. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere; eşin diğer eşe ait işyerinde ücretsiz olarak çalışması veya ev işlerinin yaparak diğer eş hizmetçi masrafından kurtarması halleri de sağladığı fayda ile diğer eşe destek niteliğindedir. Ancak burada belirtmek gerekir ki; süreklilik

düzenlemişlerdir. Destekten yoksun kalma tazminatı Borçlar kanunun 45. maddesinin 2. fıkrası gereğince yoksun kalınan yardımın tazmini amacını taşır. Bu yardımın filhal yapılmakta olması koşulu yoktur. Bugün yapılmasa dahi ileride yapacağı muhakkak ise tazminata hükmetmek gerekir. Bu yardım infak ve iasaye taalluk edebileceği gibi yılda bir veya iki defa yapılan yardımlar ve hediyeler de olabilir. Bu davayı açabilmek için mirasçı olmak ve ölen yönünden nafaka mükellefi bulunmak da şart değildir. Davacının ölenin bir yakını olması yani aralarında yakın ilişkiler bulunması ancak yardımın devamlı veya yapılmasının muhakkak olması yeterlidir. Bu bakımdan nişanlı, hatta evlilik dışı birlikte yaşama ve hizmetçi dahi koşulları mevcutsa destekten yoksunluk tazminatı isteyebilir. Davacının davalıdan sürekli destek aldığı karı koca gibi birlikte yaşadıkları dosyaya sunulan “birlikte yaşam mukavelesi” hükümlerinden anlaşılmakta olup, davacının davalının gelirinden ne oranda destek aldığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçelerle reddine karar verilmesi yasaya aykırıdır”. Y. 4. HD. E. 2009/14285 K. 2010/11605 T. 09.11.2010: “Dava konusu olayda destek davacılarından H. A. ile evli iken yaşamını yitirmiştir. Bu evlilikten doğmuş ortak çocukları vardır. Diğer davacı J. Z. ise bekâr olup destek ile evlilik dışı birliktelikleri sonucu çocukları olmuştur. Desteğin son yıllarda davacı J. Z. ile birlikte aynı evi paylaştığı, ortak çocuklarının ve davacı J. Z.’in geçimini sağladığı, taraflarca itiraz edilmeyen bir konudur. Dosya içeriğinden, J. Z.’in üç çocuğu ile birlikte yaşadığı geçimini babasının sağladığı ve asgari ücret düzeyinde gelir getiren bir işte çalıştığı, destek sağlığında düzenli olarak J. Z.’a yardım ettiği anlaşılmaktadır. Ancak, desteğin resmi nikâhlı eşi ve ailesinin bulunması karşısında bu durumun ne kadar sürebileceği kestirilemeyeceğinden, olayda devamlılık ve düzenlilik olgusunun varlığından söz edilemez. ... Davacılarından J. Z. ölenin evlilik dışı birlikte yaşadığı kişi olup “ölenin ailesi” kapsamında bulunmadığından onun yararına manevi tazminat takdir edilemez. Yerel mahkemece açıklanan olgular ve ölenin resmi nikâhlı eşinin bulunduğu gözetilerek, destek ile evlilik dışı birlikte yaşayan J. Z.’in destekten yoksun kalma ve manevi tazminat isteminin tümünden reddedilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle, adı geçen yararına tazminat ödenmesine karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmektedir”.

²²⁴ Hatemi/Gökyayla, s. 166.

²²⁵ Baysal, s. 443.

arz etmeyen hediye verme veya geçici yardımda bulunma ile destek olma gibi durumlar destek kapsamında değerlendirilmemektedir.²²⁶

Haksız fiil neticesinde ölen kişi, ölümünün gerçekleştiği dönemde kişilere fiilen destek oluyor ise kendisine “fiili destek” veya “gerçek destek”; o dönemde kişilere fiilen destek olmamasına rağmen yaşasaydı yüksek ihtimalle destek sağlaması bekleniyor ise “müstakbel (gelecekteki) destek” veya “farazi (varsayımsal) destek” olarak adlandırılmaktadır. Öğretide gelecekteki destekten yoksun kalma durumuna küçük çocukları vefat eden anne ve babanın durumu örnek gösterilmekte olup gelecekteki destek açısından hâkimin BK. m.53/3 hükmünü uygularken ve takdir yetkisini kullanırken hükmün uygulanma alanını dar tutması gerektiğine dikkat çekilmektedir. Gelecekteki destek konusunda Yargıtay da çocukların ileride anne ve babalarına destek olmaları ihtimalini hayat tecrübelerine ve olayların tabii akışına uygun görmekte olup Büyük Genel Kurul yakın tarihli bir kararında desteklik ilişkisinin varlığının ispatı için Sosyal Güvenlik Kurumundan gelir bağlanması şartının aranmayacağına ve çocukların anne-babaya destek olduklarının karine olarak kabulünün gerektiğine hükmetmiştir.²²⁷

²²⁶ Oğuzman/Öz, s. 104.; Eren, s. 855 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 166 vd.; Baysal, s. 444. ve aynı sayfada anılan dn. 323’de yer alan Y. 17. HD., E. 2016/18089 K. 2018/5186 T. 17.5.2018: “Mahkemece hükme esas alınan aktüer raporunda desteğin ev hanımı olduğu ve asgari ücret düzeyinde gelir elde edeceği kabul edilerek hesaplama yapılması yerindedir”.

²²⁷ Oğuzman/Öz, s. 105.; Eren, s. 858 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 166 vd.; Gökyayla, Emre, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2004. s. 98 vd.; Baysal, s. 444. ve aynı sayfada anılan dn. 327’de yer alan İBGK., 2016/5 K. 2018/6 T. 22.6.2018 : “Nitekim genel yaşam deneyimleri çocuğun annesine-babasına her koşulda ve belirli bir düzeyde hayatta olduğu sürece ya da gelecekte sürekli ve düzenli olarak destek olacağını gösterir. Bu desteğin miktarı tarafların yaşam düzeyi, sağlık, sosyal ve ekonomik durumları ile orantılı olarak değişebilir de çocuğun hiç destek olmayacağı kabul edilemez. Diğer taraftan destekten yoksun kalma tazminatından bahsedilebilmesi için ikinci olarak anne-babanın bakım ihtiyacı bulunmalıdır. Destek olan veya olacak olan çocuk tarafından bakılan anne-babanın, çocuklarının ölümü ile çocuğun yardımından kısmen veya tamamen yoksun kalması, bu sebeple muhtaç olması veya ileride muhtaç duruma düşecek olması gerekmektedir. Elbette, destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmek için, zaruret durumuna düşmek, en zaruri ihtiyaçlarını dahi karşılayamaz hâle gelmek gerekli olmayıp, sosyal hayat seviyesinin gerilemesi yeterli görülmelidir. Desteğin ölümü sonucunda, tazminat talep eden annenin-babanın kendi sosyal seviyelerine uygun olarak yaşamları güçleşmişse, destekten yoksun kaldığı kabul edilmelidir. Anne-babanın destekten yoksun kalmış sayılabilmesi için zaruret durumuna düşmesi, en zaruri ihtiyaçları dahi karşılayamaz hâle gelmesi gerekli değildir. Annenin-babanın geliri bulunabilir, varlıklı olabilir, çocuğunun nakdî olarak bakımına ihtiyaç duymayabilir, ancak bu durum annenin-babanın, çocuğun ölümü nedeniyle çocuğun hizmet ifasından veyahut benzeri yardımlarından mahrum kalmadığı, sosyal seviyesine uygun olarak yaşamının güçleşmediği, diğer bir ifadeyle çocuğun desteğinden mahrum kalmadığı ya da kalmayacağı sonucunu doğurmayacaktır. Her annenin-babanın, çocuğun ölümü ile onun desteğinden yoksun kalacağı kabul edilmelidir. Sonuç itibarıyla çocuk az ya da çok sürekli ve düzenli olarak anne-babasının desteğindedir. Çocuğun ölümü üzerine anne-baba onun desteğinden mahrum kalacaktır. Hâl böyle olunca anne-babanın çocuğunun haksız fiil ve/veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında,

bb. Destekten Yoksun Kalma Zararının Belirlenmesi

Destekten yoksun kalan kişinin uğradığı zarar belirlenirken, ölüm nedeniyle mahrum kaldığı ölenin yardımı nedeniyle kişinin yaşam düzeyinin düşmüş olması durumu aranmaktadır. Bundan dolayı kişinin, desteğinin ölümü nedeniyle mahrum kaldığı yardıma olan ihtiyacını ortadan kaldıracak veya ihtiyacını etkileyecek nitelikte olan, ölüm nedeniyle veya başka bir sebepten dolayı elde ettiği yararlar, destekten yoksun kalma zararının azalmasına veya tamamen ortadan kalkmasına yol açtığı takdirde etki oranlarına göre dikkate alınacaktır. Her ne kadar bu husus yukarıda denkleştirme kısmında²²⁸ anlatılan sürece benzer nitelikte olsa da burada bir denkleştirme hesabı değil destek ihtiyacının devam edip etmediğinin tespiti yapılmaktadır. Bu sebeple destekten yoksun kaldığını iddia eden kişinin durumu değerlendirilirken, yalnızca haksız fiil sonucu ölen desteğinden kalan miras değil üçüncü bir şahıstan miras kalması halinde oradan intikal eden miras da dikkate alınarak bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.²²⁹ Yargıtay eski tarihli kararlarında intikal eden mirasın değerinin değil mirasın gelirinin dikkate alınması gerektiğini yönünde görüş belirtmekteyken yakın tarihli kararlarında bu görüşünü değiştirmiş ve miras gelirlerinin de destekten yoksun kalma tazminatının belirlenmesinde dikkate alınamayacağını belirtmiştir.²³⁰ Ayrıca Yargıtay'ın 6.3.1978 tarihli ve 1/3 sayılı İçtihadı

çocukların anne-babaya destek olduklarının karine olarak kabulü gerektiği sonuç ve kanaatine varılmıştır. SONUÇ : 1. Anne-babanın, çocuğunun haksız fiil ve/veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, desteklik ilişkisinin varlığının ispatı için Sosyal Güvenlik Kurumundan gelir bağlanması şartının aranmayacağına 22.06.2018 günlü ikinci oturumda esas hakkında oy birliği, 2. Anne-babanın çocuğunun haksız fiil ve/veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, çocukların anne-babaya destek olduklarının karine olarak kabulünün gerektiğine 22.06.2018 günlü ikinci oturumda esas hakkında 2/3 oy çokluğuyla, karar verilmiştir.”

²²⁸ 2.4.

²²⁹ Oğuzman/Öz, s. 106 vd.; Hatemi, s. 100 vd.

²³⁰ Baysal, s. 450. ve aynı sayfada anılan dn. 356'da yer alan Y. 15. HD., E. 1975/4826, K. 1976/248 T. 23.01.1976 “Yüksek Yargıtay'ın ve İsviçre Federal Mahkemesinin müstekar içtihatlarına göre müteveffanın yardımından mahrum kalan kimselere, müteveffadan bir miras intikal ettiği takdirde, intikal eden mirasın kıymeti değil ve fakat elde edilecek gelirinin hükmedilecek tazminattan mahsubu icabeder. Davacıların murisi H. H.'in mirasına ait dosya içindeki yazı, vesika ve sair bilgilere, özellikle Kayseri Vergi Dairesi Müdürlüğüne verilen 22.1.1973 tarihli veraset ve intikal vergisi beyannamesine göre mirasçıları olan davacılara intikal eden mirasın gelirinin neden ibaret olduğu incelenerek ölenin yapacağı yardımdan düşülmesi, şayet desteğin tutarı fazla ise aradaki farka hükmedilmesi lazım gelir”. Y. 17. HD., E. 2014/25019 K. 2017/5449 T. 15.5.2017: “Mahkemece hükme esas alınan hesap raporunda miras gelirlerinin, destekten yoksunluk maddi zararının belirlenmesinde esas alınmasının zorunlu olduğu gerekçesiyle kira getirisini belirlemek için aldırılan 01.04.2014 tarihli bilirkişi raporunda müteveffadan miras kalan 4 katlı binanın vefat tarihi itibarıyla aylık kira getirisinin 1.000 TL. olduğu belirlenmesi uyarınca, bu tutarın yıllık %10 artışlı ve 1/kn formülü ile ıskontolu hesabı ile toplam miras geliri hesaplanıp, sonrasında ise davacı eş ...'e miras payı oranında 1/4 oranında getirisi ayrılarak bulunan

Birleştirme Kararında “destekten yoksun kalma tazminatının saptanmasında T.C Emekli Sandığınca sağlanan gelirlerin indirilmemesi gerektiği” sonucuna varılmıştır. Bu nedenle “*Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez.*” hükmünü içeren Borçlar Kanununun 55. maddesi destekten yoksun kalma zararının hesaplamasında da uygulanacaktır.²³¹

Destekten yoksun kalma zararının varlığı hakkında tespit yapılırken, haksız fiil sonucunda meydana gelen ölüm nedeniyle desteğini kaybeden kişinin sosyal durumu da göz önüne alınarak desteğini kaybetmesi nedeniyle hayat düzeyinde bir düşüş meydana gelip gelmediği değerlendirilecektir. Bu değerlendirme sonucunda kişinin, desteğinin hayatta olduğu dönemdeki hayat kalitesini sürdüremeyecek olmasının tespit edilmesi halinde zararın var olduğu kabul edilmektedir. Diğer bir deyiş ile; destekten yoksun kalma zararının varlığı için desteğini kaybeden kişinin zaruret içine düşmüş olması aranmamaktadır. Dolayısıyla zarar tespit edilirken desteğini kaybeden kişiden bu nedenle hayat tarzını değiştirmesi istenemeyeceği gibi kişi de israfa dayalı bir hayat tarzı olması halinde bunu sürdürmeyi ve zararını bu hayat tarzı üzerinden hesaplanmasını talep edemeyecektir.²³²

Destekten yoksun kalma zararı, gelecekteki zarar niteliği taşıdığından BK m. 50/2 uyarınca hâkimin zararın belirlenmesi konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Destekten yoksun kalma zararının hesaplanması konusunda uygulamada genellikle hâkim tarafından dosya aktüerya alanında uzman bilirkişilere gönderilmekte ve bilirkişilerce aktüerya biliminin verileri ve tabloları ışığında yapılan incelemeler sonucunda zarar belirlenmektedir. Her ne kadar uygulama anlatıldığı şekilde olsa da hâkimin bilirkişi raporlarında yapılan hesaplar ile bağlı olmadığı da açıktır.²³³ Zararın

toplam miras geliri 26.079 TL'nin hesaplanan destek tazminatından tenzil edilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir”. Y. 4. HD., E. 2006/6028 K. 2007/4268 T. 02.04.2007: “Destekten yoksun kalma zararı miras hakkına dayanmayıp doğrudan BK.nun 45/II maddesinden kaynaklanan bir haktır. Mirasçı olmayan kişilerde destek zararına uğrayabileceklerdir. Miras hakkı mirasçının kanuni bir hakkı olup mahkemece benimsenen bilirkişi raporunda destekten yoksun kalma tazminatından miras gelirinin düşülerek hesap yapılması doğru değildir. Açıklanan hususlar gözetilerek, destekten yoksun kalma tazminatının usulüne uygun şekilde belirlenmesinden sonra hüküm altına alınması gerekirken, yetersiz bilirkişi raporuna göre istemin reddi doğru görülmediğinden hükmün bozulması gerekmiştir”.

²³¹ Oğuzman/Öz, s. 106 vd.

²³² Oğuzman/Öz, s. 107.; Eren, s. 859 vd.; Tandoğan, s. 304.; Hatemi/Gökyayla, s. 167.

²³³ Baysal, s. 447. ve aynı sayfada anılan dn. 341'de yer alan YHGK E. 1989/4-586 K. 1990/199 T. 21.3.1990: “Tazminat hesabının bilirkişiye gidilmeden hâkim tarafından yapılması gerektiği görüşüne, destek tazminatının belirlenmesi çok ayrıntılı ve teknik hesaplamaları gerektiğinden katılmak mümkün

miktarının belirlenmesi aşamasında temel olarak ölen desteğin yaşamaya devam etmesi ihtimalinde davacıya ne kadar süre ile hangi miktarda destek olabileceği hesaplanmaktadır. Bu hesaplamada öncelikle fiili desteğin ölüm tarihindeki, gelecekteki desteğin ise ileride gelir elde etmeye başlayacağı tarihteki muhtemel geliri esas alınarak gelirden somut durumdaki tüm şartların değerlendirilmesi sonucu davacıya tahsis ettiği veya edeceği düşünülen miktar veya oran tespit edilmektedir. Bu tespitin ardından yardımın devam edeceği kabul edilen sürenin hesaplamasına geçilmekte ve bu kapsamda bir taraftan ölenin yardım sağlayacağı süre dikkate alınırken diğer taraftan ise kişinin destek ihtiyacının devam edeceği süre dikkate alınarak bir tespit yapılmaktadır. Bu hesaplamada ilk kriter olan ölenin yardım sağlayacağı süre, desteğin haksız fiil neticesinde ölmemesi ihtimalinde gelir elde etmeye devam edeceği süre olabileceği gibi yardımın kesilmesine yol açması muhtemel olan başkaca bir zaman dilimi de olabilir. Uygulamada sıkça karşılaşıldığı üzere henüz evlenmemiş bir kişinin evlenme ihtimalinde verdiği desteği kesmesi bekleniyor ise evlenme tarihine kadar olan süre destek süresi olarak hesaplanmaktadır. Fiili destek açısından yardım süresinin başlangıcı olarak ölüm tarihi esas alınacak iken gelecekteki destek açısından yardımın başlayacağı tahmin edilen tarih esas alınmaktadır. Süre hesaplamasındaki diğer unsur olan desteğini kaybetmesi sonucu zarara uğrayan kişinin destek ihtiyacının devam edeceği süre azami olarak muhtemel yaşam süresi olarak hesaplanmaktayken kişinin muhtemel yaşam süresinden önce destek ihtiyacının sona ermesi bekleniyorsa o tarih esas alınmaktadır. Çocuğun veya kadının çalışmaya başlayarak kazanç elde etmeye başlama tarihi veya kadının yeniden evlenme tarihi destek ihtiyacının sona ereceği ihtimaller olarak gösterilmekte olup Yargıtay da dul kadının yeniden evlenme ihtimalini “evlenme şansı oranı” olarak ifade etmekte ve kararlarında dikkate almaktadır.²³⁴

olamamıştır. Her ne kadar müzakereler sırasında B.K.nun 43. maddesine dayanılarak kararın onanabileceği ileri sürülmüşse de, tazminatın gerçek miktarını belirleyen bir yöntem uygulanmadan, zararın gerçek miktarı saptanmadan bulunan miktarın B.K. nun 43. maddesinden hareketle benimsenmesi, tazminat ilkeleriyle bağdaşmayacağı, belirsiz keyfi sonuçlara götüreceği, gerekçesiyle bu görüş de iştirak edilememiştir”.

²³⁴ Oğuzman/Öz, s. 108 vd.; Eren, s. 861 vd.; Y. 4. HD., E. 1976/5263 K. 1976/5405 T. 25.05.1976: “Ancak miras bırakan ölümü ile, davacı (M) yi bırakmıştır. (M), ölenin nikahsız birlikte yaşadığı metresidir. Bu ilişkiden çocukları doğmuştur. Bu nedenle kendisine yeniden evleninceye kadar maddî tazminat değerlendirilmiş olması Borçlar Kanununun 46. maddesi hükmüne ve bu konuda Dairemizin ve Hukuk Genel Kurulunun kararlarına da uygundur. Ancak davacı (M), bazı yerlerde özellikle köylerde uygulanmakta olan gelenek gereği, ölümden sonra kalan erkek kardeşle karı koca gibi yaşamaya başlamıştır. Çünkü Anadolu’nun bir çok yerlerinde her halde mirasın dağılmaması davacı ile, bazıları ölen erkek kardeşlerinin karıları ile evlenme geleneğini uygulamakta ve sürdürmektedirler. Birlikte yaşadığı ikinci kişide, ölenin kardeşi olduğuna göre miras bırakanın ölümünden başlayarak evlenme

Yargıtay uygulamasında dul kalan eşin yeniden evlenme ihtimalinin belirlenebilmesi için Moser, Stauffer/Schaetzle ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından hazırlanan evlenme şansı tabloları kullanılmakta ve kişinin yaşına göre bu olasılık hesaplanmaktadır. Burada ayrıca belirtmek gerekir ki; ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin sayısı birden fazla ise her biri için gerek süre gerek gelirden tahsis edileceği düşünülen oran açısından ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerekmektedir.²³⁵ Bu değerlendirmede öncelikle desteğin toplam geliri hesaplanacak ardından bu gelirden olaydaki şartlarda davacılarından her birine toplam gelirden tahsis edileceği düşünülen miktar ve oran tespit edilecektir.²³⁶

Desteğin ölümü nedeniyle yoksun kalınan zarar, gelecekteki zarar niteliği taşıdığından hesaplamaya esas alınan bütün ihtimallere dayalı olarak tespit edilecektir. İlgili süreler dikkate alınarak hesaplanan ölen kişinin vereceği ve dolayısıyla davacının yoksun kaldığı destek miktarı davacının uğradığı zararı ifade etmektedir. Desteğini kaybeden kişinin ölüm nedeniyle bazı masraflardan kurtulma gibi bir tasarrufu söz konusu ise bu tasarrufların da hesaplanarak zarardan mahsup edilmesi gerekmektedir.²³⁷

Destekten yoksun kalma zararı konusunda oldukça önemli bir tartışma konusu da yansıma zarar niteliğinde olan bu zararın tazmininde BK m. 52/I'de düzenlenen zarar

gününe kadar da tam maddî tazminat isteyebilir. Ondan sonraki dönem için maddî tazminatın veya destek zararının hüküm altına alınması olanağı yoktur. Bu nitelikteki ilişkiler dahi, nikahla gerçekleşenler gibi, her zaman ve daha kolaylıkla boşanmada olduğu gibi, ayrılığı sağlayabilirse de, genellikle gelenek toplumun bazı kesimleri için hukukî bağlardan daha güçlü olanaklar doğurmaktadır. O halde bu konuda evlenme gibi destekten yoksun kalma tazminatı için de hesap yapılmamış olması bozmayı gerektirir”.

²³⁵ Baysal, s. 448. ve aynı sayfada anılan dn. 347'de yer alan YHGK., E. 2010/4-712 K. 2011/4 T. 02.02.2011: “Uygulamada, dul eşin yeniden evlenme şansının belirlenmesinde daha çok, hazır tablolardan yararlanılmaktadır. En sık başvuru V. U. 'in tablosu ile Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablodur. V. U. 'in tablosu 1940'dan önceye ait olup, günümüz koşullarına ve ülkemiz şartlarına uyduğu söylenemez. Gene, İsviçre kaynaklı Stauffer/Schaetzle tablosu daha yakın tarihli ise de, bu tablonun da Türkiye koşulları dikkate alınarak hazırlanmadığı açıktır. Bu durumda, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi tarafından kullanılan tablonun mevcut koşullarda ülkemiz koşullarına daha çok uyumlu olduğu değerlendirilebilir”. Y. 17. HD., E. 2014/10219 K. 2016/4981 T. 19.4.2016: “Tüm davacılar kaza tarihinde ve halen yurtdışında yaşıyor olup, mahkemece hükme esas alınan 15.08.2013 tarihli bilirkişi raporunda davacı ...'nın evlenme şansı belirlenirken, AYİM-Moser ve Stauffer yaşam tablolarının ortalaması baz alınmıştır. Keza davacı M. için de 18 yaşına kadar, davacı ... için ise 31.08.2010 tarihine kadar hesaplama yapılmıştır. Oysa dosyanın incelenmesinde; Davacı ...'ın muhtemel mezuniyet tarihinin 31.08.2012 olup, bu tarihe kadar hesaplama yapılması gerektiği, yine davacıların ...'da ikamet ettikleri düşünüldüğünde, davacı ... için rüşt yaşı olan 21 yaşına kadar hesaplama yapılması, davacı ...'nın evlenme şansı belirlenirken de Stauffer Tablosunun dikkate alınması gerektiği anlaşılmış olup, belirtilen hususlara uygun hazırlanmamış bilirkişi raporuna itibar edilerek hüküm kurulması da doğru değildir”.

²³⁶ Oğuzman/Öz, s. 108.; Hatemi/Gökyayla, s. 169 vd.

²³⁷ Oğuzman/Öz, s. 108 vd.; Eren, s. 861 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 647-648.; Hatemi/Gökyayla, s. 170.

görenin kusurunun bulunması halinde tazminatın indirilmesi hükmünün dikkate alınıp alınmayacağıdır. Haksız fiil neticesinde ölüm meydana gelmemesi halinde tazminatı talep eden zarar görenin kendisi olacağından kendi kusuru dikkate alınarak indirim hususu incelenmektedir. Ancak destekten yoksun kalan kişiler, haksız fiile maruz kalmamalarına rağmen haksız fiil neticesinde ölen desteklerinden dolayı yansıma zarar niteliğinde olan destekten yoksun kalma zararlarını talep ettiklerinden bu durumda bir farklılık meydana gelmekte ve kusur değerlendirmesi üçüncü kişi konumunda bulunan ölen destek üzerinden yapılmaktadır. Öğretideki bir görüşe göre; destekten yoksun kalma zararları da dâhil olmak üzere tüm yansıma zararların tazmininde BK m. 52/1 uyarınca doğrudan zarar görenin kusuru indirim nedeni olarak mutlaka dikkate alınmalıdır. Zira zarar verenin yansıma zarar gören olan destekten yoksun kalan kişi veya kişilere ödeyeceği tazminat miktarı destek ölmeseydi ona ödeyeceği varsayılan miktarı aşmamalıdır. Aynı görüş uyarınca, bu fikrin aksi savunulup ölenin desteğinden mahrum kalanların zararlarının bağımsız bir zarar olduğundan bahisle desteğin kusurunun onları etkilemeyeceği kabul edildiğinde desteğin nedensellik bağıını kesecek ağırlıktaki kusuru da onları etkilemeyeceğinden bu durumda sorumluluk doğmamasına rağmen tazminat ödenmesi gibi bir tehlike ortaya çıkabilecektir.²³⁸

BK m. 55’de destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar açısından hesaplanan tazminat miktarından hakkaniyet düşüncesiyle artırım veya azaltım yapılamayacağı yönünde düzenleme bulunduğundan BK m.52/2 uyarınca “*Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir*” hükmü bu tür zararlar da artık uygulanmayacaktır. Ancak BK m. 52/1 hükmündeki indirim imkânlarının destekten yoksun kalma zararları açısından uygulanmasına engel bir durum bulunmamaktadır.²³⁹

²³⁸ Ünan, Samim/ Baysal, Başak: “Trafik Kazası Sebebiyle Destekten Yoksun Kalanların Araç İşletenin Sorumluluk Sigortacısına Yönelik İstemlerle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, XXVI. Ticaret Hukuk ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 2013. s. 106.; Baysal, s. 452 ve aynı sayfada anılan dn. 363’de yer alan Y.11.HD.7.4.2009,E.2007/14114,K.2209/2971:““Yansıma yolu ile zarar görmüş olan destek tazminatı isteyenlerin kendilerine destek sağlayan kişinin sahip olduğu haktan fazlasına sahip olabilmeleri hukuken mümkün bulunma(maktadır) (...)”.

²³⁹ Oğuzman/Öz, s. 109 vd.

3.5. EŞYAYA GELEN ZARARIN KAPSAMI

Eşyaya gelen zarar, bir kişinin malının kaybolması, tahrip olması veya hasara uğraması nedeniyle meydana gelen ve bu nedenle aynı zamanda bir ayni hak ihlali oluşturan zarardır. Kişiye gelen zarar ile eşyaya gelen zarar niteliği ve sonuçları itibarıyla olduğu gibi zararın belirlenmesi usul ve esasları açısından da farklı olup eşyaya gelen zarar bir taşınır veya taşınmazın özüne verilen zarar neticesinde meydana gelen malvarlığı eksilmesi olarak da tanımlanabilir. Haksız fiil neticesinde oluşan olumsuz sonuçlar insan üzerinde zarar sonucunu doğururken eşya üzerinde hasar sonucunu doğurduğundan bu iki durum arasındaki niteliksel farktan kaynaklı olarak uygulanacak hukuk kuralları da farklılaşabilmektedir.²⁴⁰

Haksız fiil neticesinde bir malın kısmen hasara uğraması veya tamamen zayi olması durumlarında her şeyden önce bir değer kaybı olduğu açık olup bu durumlarda zarar mağdurun malvarlığının aktifinde azalma şeklinde ortaya çıkmaktadır. Değer kaybının belirlenmesi bakımından hangi tarihin esas alınacağı ise öğretide ve yargı kararlarında tartışılan bir konudur. Öğretideki hâkim görüş tarafından değer kaybının belirlenmesi açısından hüküm tarihindeki zararın dikkate alınması gerektiği savunulmakta ise de Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında haksız fiilin işlendiği tarih dikkate alınmaktadır. Öğretide bu husus eleştirilmekte ve BK m. 117/2 uyarınca haksız fiilde fiilin işlendiği tarihte borçlunun temerrüde düşeceği hükmü de dikkate alındığında, haksız fiilin işlendiği tarihteki değer kaybının esas alınması halinde en azından mevcut zarara mahkemece verilecek hükmün tarihine kadar yasal oranda faiz eklenmesi suretiyle zarar miktarının tespit edilmesi ve bu şekilde hüküm kurulması gerektiği belirtilmektedir.²⁴¹

Eşyaya gelen zararın hesaplanmasında sübjektif yöntem ve objektif yöntem olmak üzere iki yöntem bulunmaktadır. Sübjektif yöntemde, mülkiyet hakkı sahibi kişinin eşyaya ilişkin sübjektif menfaatleri de dikkate alınmakta ve haksız fiil neticesinde kısmen hasara uğrayan veya tamamen zayi olan eşyanın objektif değeri veya hasar giderim masraflarının yanı sıra o kişinin malvarlığında yarattığı uygun nedensellik bağı içerisindeki tüm kazanç kayıpları da hesaplamada dikkate alınmaktadır. Diğer bir deyiş ile bu görüşe göre; eşyanın objektif değerinin yanı sıra o eşyanın zarar görenin

²⁴⁰ Baysal, s. 476.; Tandoğan, s. 69.

²⁴¹ Oğuzman/Öz, s. 111.; Eren, s. 837 vd.; Reisoğlu, s. 216.

malvarlığının bütünü içerisinde diğer malvarlığı değerleri ile ilişkisi de dikkate alınarak değeri belirlenmelidir. Ancak sübjektif sistemde dahi mal sahibinin malına özel olarak verdiği değer dikkate alınmamakta olup böyle bir durumda şartların varlığı halinde ancak manevi tazminat talep edilebileceği açıktır. Objektif yöntemde ise; eşyaya gelen zarar açısından eşyanın hasar gördüğü yere ve ana göre belirlenen objektif değeri dikkate alınmakta ve bunun haricinde başkaca bir zarar unsuruna yer verilmemektedir. Eşyanın borsada kayıtlı veya piyasa fiyatı bulunan bir eşya olması halinde değeri kolay bir şekilde tespit edilebilecekken kullanılmış veya artık değişime konu olmayan bir eşyanın değerinin belirlenmesi daha zordur. Öğretide zarar gören eşyanın eski olması halinde güncel satış değerinin esas alınması gerektiği yönünde görüş ileri sürülmekte ise de Yargıtayca eşyanın eski haline getirilmesinin mümkün olduğu hallerde onarım bedeli ile onarıma rağmen eşyada oluşan değer kaybı esas alınarak hesaplama yapılmaktadır. Yine öğretide eşyanın eski haline getirilmesi amacıyla yapılacak onarım masrafının eşyanın olay tarihindeki rayiç değerini geçecek olması halinde de onarım masrafının tam olarak ödenmesi gerektiği belirtilmekte ise de bu görüş Yargıtay tarafından kabul edilmemekte ve eski hale getirme bedelinin gerçek bedelin üzerinde olması halinde gerçek bedele hükmedilmesi gerektiği belirtilmektedir.²⁴²

Haksız fiil neticesinde eşyanın madde olarak yok olması, hiç yararlanılamaz hale gelmesi veya onarım masraflarının eşyanın değerini aşması durumlarında o eşyanın artık tamamen zayi olduğu kabul edilmekte ve bu durumlarda zayi olan eşyanın yenisinin alınabilmesi için belirlenen tutar zararın miktarını oluşturmaktadır. Zarar miktarı belirlenirken eskime ve kullanım sebebiyle satış değeri düşmüş olan mallarda

²⁴²Tandoğan, s. 273 vd.; Eren, s. 593 vd., Nomer, s. 40 vd.; Baysal, s. 477 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 440'da yer alan Y. 4. HD., E. 2010/7162 K. 2011/7121 T. 14.06.2011: "Dairemiz yerleşik uygulamalarına göre eski hale getirme bedeli taşınmazın gerçek bedelinin üzerinde ise eski hale getirme bedeline değil, gerçek bedele hükmetmek gerekir. Ayrıca mülkiyet hakkı davacı üzerinde kalacağı için uygun miktarda indirim yapılmalıdır". Y. 4. HD., E. 2016/6687 K. 2018/4054 T. 10.05.2018: "Davacının istemi eski hale getirme bedeline ilişkindir. Bu tür davalarda Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre eski hale getirme bedeli taşınmazın gerçek bedelinin (rayiç değerinin) üzerinde ise, eski hale getirme bedeli değil, rayiç değer esas alınır, ayrıca mülkiyet hakkı davacı üzerinde kalacağı için rayiç değer üzerinden uygun miktarda indirim yapılır. Dosya incelendiğinde; hükme esas alınan 08/05/2015 tarihli bilirkişi raporunda, kamulaştırma dışında kalan yerde meydana gelen zirai ürün ve inşai zarar miktarlarının hesaplandığı; fakat taşınmazın olay tarihindeki rayiç bedelin hesaplanmadığı anlaşılmaktadır. Şu halde Mahkemece; Dairemizin yerleşik uygulamalarına göre, haksız fiil (el atma) tarihi itibarı ile eski hale getirme bedeli ile taşınmazın rayiç değeri hesaplatılmalı, rayiç değer eski hale getirme bedelinden düşük olması halinde mülkiyet hakkı davacıda kalacağı için rayiç değer üzerinden uygun miktarda indirim yapılmalı, bu şekilde davacının zarar miktarı belirlenmeli, taşınmazın bu haksız eylem neticesinde değer kazanıp kazanmadığı, kazanmış ise bunun parasal değeri bilirkişi heyetine tespit ettirilmeli, uğranılan zarar ile elde edilen menfaat karşılaştırılarak oluşacak sonuca göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmiştir".

yıpranma payı olarak adlandırılan bu miktar yenisinin alınması için hesaplanan değerden düşülmektedir. Yıpranma payı nedeniyle bedelin düşürülmesi dışında kalan diğer durumlarda ise yeni-eski farkının dikkate alınmayacağı kabul edilmekle yine de hakkaniyetin gerektirdiği durumlarda hâkimin BK m.51 gereğince yeni-eski farkını durumun gereği olarak dikkate alabileceği ve tazminatı buna göre belirleyebileceği açıktır. Hasara uğrayan malın onarımının mümkün olmaması, onarım masrafinin malın değerinden yüksek olması veya onarılsa dahi mal sahibinden bu malı kullanmasının beklenilemeyeceği durumlarda mal tamamen zayi olmuş gibi kabul edilerek zarar tespit edilip malın yenisinin değeri mağdura tazminat olarak ödenecek ve hasara uğramış olan mal da zararı tazmin eden davalıya verilecektir. Hasara uğrayan malın onarımının mümkün olduğu hallerde, zarar onarım masrafları ile malın onarım görmüş bir mal durumuna girmesi sebebiyle değerinde meydana gelen değer düşüklüğünden oluşacaktır. Malın zayi olması veya hasara uğramasından doğan zararlar kapsamına yukarıda sayılanlara ek olarak; malın tamamen telef olmasını veya hasarın artmasını önlemek üzere yapılan masraflar, malın yerine yenisi alınıncaya veya mal onarılınca kadar başka bir malın kullanılması için yapılan masraflar ile bu sürede uğranılan kar kayıpları da girmektedir.²⁴³

Haksız fiil sonucunda eşyanın hasar görmesi durumunda sırf eşyanın kullanım olanağından yoksun kalma sonucu ortaya tazmin edilebilir bir zarar çıkıp çıkmadığı konusu öğretide tartışmalı bir konu olup bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu durumda tazmin edilmesi istenen zarar, zarar görenin salt eşyanın kullanım olanağından yoksun kalmasıdır. Görüşler arasındaki temel farklılık eşyanın salt kullanım olanağına maddi değerinden ayrı bir ekonomik değer atfedilip atfedilemeyeceği noktasında toplanmakta olup öğretide fark kuramını savunanlar kullanım olanağına bağımsız bir ekonomik değer atfedilmesine imkân görmediklerinden ve klasik zarar tanımı uyarınca malvarlığında eksilme olmadığı durumlarda maddi zarar oluşmadığından bahisle böyle bir zarar kaleminin varlığını kabul etmemektedirler. Normatif zarar görüşünü savunanlar ise eşyanın kullanım olanağının bağımsız bir malvarlığı değeri sayılabileceğini belirterek başka bir eşya için fiili bir harcama yapılmış olmasa dahi tazmin edilebilir bir zararın olduğunu kabul etmektedirler.²⁴⁴

²⁴³ Oğuzman/Öz, s. 112.; Eren, s. 839 vd.

²⁴⁴ Baysal, s. 477.

§3. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞUNDA MADDİ ZARARIN TAZMİNİ

3.1. GENEL OLARAK

Borçlar Kanununun Tazminatın Belirlenmesine ilişkin 51. maddesine göre; “(1) *Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. (2)Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.*”

Haksız fiil sonucu zarara uğrayan kimselerin açtığı tazminat davasında belirlenen zarar mahkemece hükmedilebilecek tazminatın üst sınırını oluşturmaktadır. Tazminatın amacının zararı gidermek olduğu dikkate alındığında zararın üstünde tazminata hükmedilmesi mümkün gözükmemekte ise de istisnai olarak düzenlenen bazı özel sorumluluk hükümleri nedeniyle bu kural aşılabilmekte ve faile mağdurun zararını aşan miktarda tazminat ödeme sorumluluğu getirilmektedir. Bu istisnai hükümlerin amacı mağdura zararından fazla ödeme yapılarak zararını gidermekten çok sorumluluğun miktarını ve sınırlarını göstererek muhtemel failleri hukuka aykırı davranmaktan caydırmaktır. Öğretide bu duruma örnek olarak MK m. 25/3 uyarınca kişilik hakkına tecavüz sayesinde failin elde ettiği kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre mağdura verilmesi ve MK m. 995/1 uyarınca kötü niyetli haksız zilyedin elde ettiği hatta elde etmeyi ihmal ettiği kazançları iade talep edene tazmin etmesi durumları gösterilmektedir.²⁴⁵

Hukuk sistemimizde tazminatın belirlenmesi aşamasında hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkim zarar miktarının belirlenmesinin ardından tazmin edilebilir zarar miktarını tespit ederken birçok unsuru değerlendirip takdir yetkisi uyarınca bir hüküm tesis edecektir. Hâkim, önündeki uyuşmazlığın zarar veren ile zarar gören arasında var olan bir borç ilişkisi olduğunu bilerek ve dolayısıyla taraflara eşit davranarak, hukuk güvenliğini zedelemeyecek şekilde kendisine tanınan bu takdir yetkisini kullanacaktır. Hâkime tanınan bu takdir yetkisinin keyfi kararlara gerekçe olarak gösterilmesi mümkün olmadığından tazminatın belirlenmesi aşamasında sadece hakkaniyet gerekçesiyle keyfi değerlendirmelerde de bulunulamayacaktır. Hâkim, tazminatın belirlenmesi aşamasında üst sınırı belirlenmiş olan zararın ne kadarının zarar veren tarafından karşılanacağını tespit ederken zarara neden olan haksız fiil sürecini

²⁴⁵ Oğuzman/Öz, s. 113 vd.; Eren, s. 821 vd.

detaylarıyla değerlendirip, zarar görenin ve zarar verenin davranışlarının zararın ortaya çıkışına veya büyümesine ne derece etkili olduğunu tespit edecek ve neticeten bu zararın ne kadarının zarar veren tarafından karşılanacağını belirleyecektir.²⁴⁶

Tazminat hukukunun temel ilkesi olan tam tazmin ilkesi, haksız fiil sorumluluğu açısından geçerli olup bu ilke uyarınca zararın oluşmasında etkili olan zarar veren, zarar gören veya başka bir dış etkenin etkileri değerlendirilerek zararın riski bölüştürülmelidir. Tam tazmin ilkesi, zararın tümünün yalnızca zarar verenden tahsil edilmesi gibi bir anlam taşımadığından tazminatın indirilmesi bu ilkenin istisnası değil gereğidir. Burada asıl amaç haksız fiil neticesinde oluşan zararı kimin ne oranda karşılayacağı ve bu zarara kimin ne oranda katlanacağını tespitini yapmaktır. Tam tazmin ilkesi ile zarar görenin zarar verici eylem açısından rolü belirlenerek bu eylem olmasaydı hangi durumda olacak idiyse o duruma getirilmesi amaçlanmakta olup bu yapılırken hükmedilecek tazminatın zarar göreni zenginleştirmesinin önüne geçilmesi de önemli bir hedeftir. Bu nedenle hâkim, tazminatın üst sınır olan zararı belirledikten sonra bu zarara kimin ne oranda katlanacağını tespit ederken zarar verenin kusurunun derecesi, varsa zarar görenin kusuru, verilecek tazminat nedeniyle tazminat yükümlüsünün yoksulluğa düşecek olması gibi unsurları dikkate alacaktır. Dolayısıyla BK m. 51 ve 52 de dikkate alınarak yapılan değerlendirme sonucunda zarar veren kişinin zararın tamamını karşılamasına karar verilebileceği gibi daha düşük bir kısmını karşılamasına da karar verilebilecektir.²⁴⁷

3.2. TAZMİN ŞEKLİNİN BELİRLENMESİ

Zararın tazmin edilmesinde temelde iki yol bulunmakta olup zararın belirli bir para ödenerek yani mağdurun malvarlığında meydana gelen azalmanın değer olarak giderilmesine nakden tazmin; zararın para ödenmesi haricinde bir yolla giderilmesine yani malvarlığının eski haline getirilmesine ise aynen tazmin denilmektedir. BK. m. 51/1’de kendisine tanınan yetki uyarınca hâkim durumun gereğini de göz önüne alarak

²⁴⁶ Baysal, s. 482 vd.; Nomer, s.94.

²⁴⁷ Nomer, s. 37 vd.; Baysal, s. 483 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 7’de yer alan YHGK. T. 17.3.2010 E. 2010/4-130 K.2010/161: “Tazminat hukukunun bir ilkesi olarak, sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında oluşan eksilmeyi gidermek durumundadır. Ne var ki, zararın tamamen giderilmesini amaçlayan “tam tazmin” ilkesinin katı uygulaması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenledir ki, bazı hallerde somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılmasının hakkaniyete daha uygun düşeceği kabul edilmektedir. Bu düşünceden hareketle, Borçlar Kanunu’nda zararın kapsamının belirlenmesinde etkili iki hüküm mevcuttur. Bunlar, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 43 ve 44. maddelerinde yer alan hükümlerdir”.

tazmin tarzını tayin edecektir. Hâkim tazmin tarzını tayin ederken zararın kısmen nakden, kısmen aynen tazminine de karar verebilir. Hâkim, davacının talep ettiği tazmin tarzı ile bağlı olmamakla beraber talep edilenden başka bir tazmin tarzı belirlemesi halinde bunun gerekçesini açıklamak zorundadır. Aynen tazminin niteliği gereği zor olması ve icra aşamasında karşılaşılabilecek zorluklar nedeniyle uygulamada çoğu kez nakden tazmin talep edilmekte ve mahkemelerce de nakdi tazminata hükmedilmektedir.²⁴⁸

Nakden tazmine karar verilmesi halinde esas olan zararın toplu bir meblağ olarak ödenmesi olup bu şekilde ödenecek tazminat sorunu daha basit bir şekilde çözecektir. Ancak gelecekteki zararların karşılanması amacıyla tazminata hükmediliyor ise tazminatın irat şeklinde ödenmesine de karar verilebilir. İrat şeklinde ödenecek tazminat, hâkimin belirlediği aralıklı tarihlerde ve uzun sürede ödeneceğinden ileride alacaklının parasını alamaması tehlikesi doğurmaktadır. Bu tehlikeyi önlemek için BK. m.51/2 hükmü ile irat şeklinde tazminata karar verilmesi halinde borçludan teminat alınması zorunlu kılınmıştır. Gelecekteki zararlar için irat şeklinde değil de toplu bir meblağın ödenmesi şeklinde hüküm verilmesi halinde ise zamanından önce alınan toplu paranın getireceği gelir de tazminat hesabında dikkate alınması yani iskonto haddine göre indirim yapılmasını gerektiren bir durumdur.²⁴⁹ Zira zarar gören, kendisine toplu

²⁴⁸ Oğuzman/Öz, s. 114 vd.; Eren, s. 877 vd.; Hatemi, s. 103 vd.; Y. 11. HD., E. 2001/10707 K. 2002/420 T. 24.01.2002: “Dava, haksız eylemden kaynaklanmakta olup, davacı taraf terditli olarak açtığı işbu davada öncelikle aynen tazmine, bunun mümkün olmaması halinde tesbit edilecek bedele hükmedilmesi talebinde bulunmuştur. Terditli davalarda mahkemece, ilk önce asıl talep hakkında inceleme yapılacak, asıl talep yerinde görülmez ise o zaman yardımcı talebin incelenmesine geçilecektir. Dava konusu olayda davalıya ait ruhsatlı sahadan izinsiz olarak alınıp tüketilen kömürlerin yerine aynı evsafa kömür verilebilmesi mümkün bulunduğundan BK.nun 43 ncü maddesi hükmünce davacının asıl talebi olan aynen tazmin talebinde yasaya aykırılık söz konusu değildir. Davacı taraf bütün aşamalarda aynen tazminin mümkün bulunduğunu belirterek aynen tazmine hükmolunmasını istemiştir. Mahkemece aynen tazmine karar verilmesi ve icra aşamasında bunun mümkün bulunmaması halinde İİK.nun 24 ncü maddesi hükmüne göre kömürlerin takip tarihindeki değerinin tahsili istenebilecek olduğuna göre, mahkemece kömürlerin hükme yakın bir tarihteki bedelinin tahsiline hükmedilmesi temyiz edenin sıfatına ve davadaki öncelikli talep olan aynen tazmin talebinin mümkün olmasına göre, bozma nedeni yapılamaz”. Y. 1. HD., E. 1999/6483 K. 1999/6882 T. 24.06.1999 “Uyuşmazlığa çözüm getirmekle görevli bulunan yargıç tarafların durumuna ve olayın özelliğine bakarak en elverişli tazmin şekli seçmek durumundadır. Kuşkusuz çoğu zaman tazmin parayla olacaktır. Fakat gerektiğinde aynen tazmin yoluna da gidilebilecektir. (...)sözleşmeye aykırılık iddiasını doğrulaması durumunda; bakım alacaklısı davacıya, sözleşmeyle davalıya verdiklerinin karşılığı olarak davalının trampadan aldığı taşınmaz (150 sayılı parsel) mülkiyetinin (iptal ve adına tescil yoluyla) bırakılıp bırakılmayacağını, yukarıda değinilen ilkeler ve yasal düzenlemeler uyarınca tahlil ve takdir edilmesi; buna (aynen tazmine) imkana görülememesi halinde ise; para ile tazmin ve hakkın uygun bir tazminata hükmedilerek teslimi hususunun değerlendirilmesi ve sonucu doğrultusunda bir karar verilmesi gerekirken işin esası incelenmeden davanın sıfat yokluğu gerekçe gösterilip reddedilmesi isabetsizdir”.

²⁴⁹ Oğuzman/Öz, s. 116 vd.

bir meblağın ödenmesinin ardından bu parayı işletebileceği gibi yatırım da yapabilir ve bu durumda zarar miktarından fazla bir meblağ elde edebilir. Böylesi bir sonuç herşeyden önce tazminatın zenginleşme aracı olmaması yönündeki yasağa aykırıdır. Bu nedenle Yargıtay uygulamasında gelecekteki gelir kaybının sermaye değerinin bulunması için hesaplama yapılırken öncelikle %10 oranında artırım ve sonrasında ise %10 oranında indirim yapılarak hesaplama yapılmaktadır. Bu şekilde hesaplama yapılmasının gerekçesi ise, büyük bir meblağa birden sahip olan zarar görenin elde edebileceği faydalar karşısında toptan ödeme yapmak durumunda kalan zarar veren aleyhine eşitsizlik oluşmaması olarak açıklanmaktadır.²⁵⁰

Nakden tazmin yolunda belirli bir paranın ödenmesi ancak sermaye veya irat şeklinde olabileceken aynen tazmin yolunda ise mağdurun malvarlığının eski haline getirilerek zararın giderilmesi çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilir. Mala gelen zararlar açısından aynen tazmin yöntemi, haksız fiil sonucunda zarar gören malvarlığı değerinin telef olması halinde yenisinin verilmesi veya hasar görmesi halinde onarılması suretiyle eski hale getirilmesidir. Bunların mümkün olmaması halinde nakden tazmin yoluna gidilecektir.²⁵¹ Niteliği gereği kişiye gelen zararlarda uygulanması zor olan aynen tazmin usulü, eşyaya gelen zararlarda onarma ve değiştirmenin mümkün olması nedeniyle daha yaygındır.²⁵²

3.3.TAZMİNAT MİKTARININ BELİRLENMESİ VE TAZMİNATIN İNDİRİLMESİ SEBEPLERİ

Borçlar Kanunun Tazminatın Belirlenmesine ilişkin 51. Maddesine göre;“(1) *Hâkim, tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler. (2)Tazminatın irat biçiminde ödenmesine hükmedilirse, borçlu güvence göstermekle yükümlüdür.*” Borçlar Kanunun Tazminatın

²⁵⁰ Nomer, N.129.5.; Baysal, s. 490 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 35’de yer alan YHGK E. 1989/4-586 K. 1990/199 T. 21.3.1990: “Bilindiği gibi iskonto oranının kabulü, tazminatın sermaye olarak belirlenmesinin bir sonucudur. Çünkü bu tür tazminat türünde, davacılar yıllar sonra elde edecekleri destek yardımını peşin sermaye olarak alma imkanını elde etmektedirler. Peşin ve sermaye olarak alınan bu miktardan bir indirim yapılmadığı takdirde ise tazminat hukukunun, tazminatın hiç bir zaman zarardan fazla olamayacağı ilkesine ters bir durum meydana gelecek, tazminat zararı aşar durumuna girecektir. Sorun bu iskonto oranının ne olacağındadır. Bugün ülke genelinde mevduat faizlerinin olduğu düzey ve destek tazminatın belirlenmesine hâkim olan temel ilkeler göz önünde tutulduğunda, iskonto oranında denklik kuralı gereği ücret artış oranı gibi % 10 olması gerektiği görüşü, çoğunluk görüşü olarak belirlenmiştir”.

²⁵¹ Oğuzman/Öz, s. 116 vd.; Eren, s. 877 vd.; Nomer, s. 37 vd.

²⁵² Baysal, s. 487.; Nomer, s. 43 vd.

İndirilmesine ilişkin 52. Maddesine göre;“(1) Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. (2) Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.”

BK. m. 51/1 hükmü ile hâkimin tazminat tutarını belirlerken bir yandan durumun gereği olarak ifade edilen somut olayın özelliklerini diğer yandan ise kusurun ağırlık derecesini göz önüne alması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla haksız fiil açısından failin kusurunun ağır olmaması veya somut olayın özellikleri, tazminat miktarında indirim yapılmasına veya diğer bir deyiş ile zararın tamamını karşılayacak tazminat miktarının azalmasına neden olabilecektir.²⁵³ Tazminatın indirilmesine sebep olabilecek diğer durumların bir kısmı da BK m. 52 kapsamında düzenlenmiş olup bu maddeye göre mağdurun rızası, mağdurun birlikte kusuru ve sorumlu olduğu diğer etkenler ile failin yoksulluğa düşecek olması durumları tazminatın indirilmesine neden olabilecektir. Ancak indirim sebepleri hükümlerde sayılanlarla sınırlı olmadığı gibi somut olayın özellikleri bazen indirim sebebinin dikkate alınmamasını gerektirir tarzda da olabilir.²⁵⁴

Tazminattan indirim sebepleri arasında yer alan failin kusurunun ağırlığı ve zarar görenin kusuru durumları kusursuz sorumluluk hâllerinde de uygulanacaktır. Yargıtay’ın yerleşik görüşü de kusura dayanmayan sorumlulukta zarar görenin kusuru nedeniyle tazminattan indirim yapılması yönündedir.²⁵⁵

a. Failin Kusur Derecesinin Etkisi

Failin, haksız fiili kasten işlemesi ile hafif ihmal sonucu işlemesi sonucunda aynı miktarda tazminata hükmedilmesinin adil olmayacağı açık olup bu tarz adil olmayan sonuçlardan kaçınmak amacıyla BK. m. 51/1 hükmü ile hâkime failin kusur derecesini

²⁵³ Oğuzman/Öz, s. 117 vd.; Eren, s. 864 vd.; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 590.; Nomer, s. 66.

²⁵⁴ Oğuzman/Öz, s. 118.

²⁵⁵ Nomer, s. 97.; Baysal, s. 505 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 101’de yer alan YHGK 23.11.1968, E. 1966/9-494, K. 1968/769: “Mahkemece sürücülük ruhsatı olmayan işçiye araba sürdüren işveren kusurlu görülmüşse de, ölen işçinin müterafik kusuru göz önüne alınmamıştır. Her ne kadar Borçlar Kanununun 55inci maddesinde de 27.3.1957 tarih 1/3 sayılı içtihadı birleştirme kararında istihdam edenleri kusursuz sorumluluğu öngörülmüş ise de, bu kural mağdurun müterafik kusurundan dolayı onun isteyebileceği tazminattan aynı Kanunun 44üncü maddesinin birinci fıkrası uyarınca tenzilat yapılmasına engel olmaz”.

dikkate alarak tazminatın kapsamını ve ödeme biçimini belirleme yetkisi verilmiştir. Bu hükümle yalnızca fail değil aynı zamanda mağdur da korunmakta olup kusurun varlığının tartışıldığı olaylarda tazminatı düşük tutma imkânı olmaması halinde hâkimlerin tazminata karar vermeme eğilimi göstermeleri böylece ortadan kaldırılmakta ve düşük de olsa bir tazminata hükmedilmesi yolu açılmaktadır.²⁵⁶

Hâkim, failin kusur durumu ile olayın özelliklerini birlikte değerlendirerek indirim yapılmasını gerekli görmesi halinde takdir yetkisi kapsamında indirim yapabilecektir. Dolayısıyla hâkim, failin hafif veya orta kusurlu olduğu bir durumda olayın şartlarının gerektirmesi halinde indirime gitmeksizin zararın tamamının failden tazminine de hükmedebilecektir.²⁵⁷

Hâkim tazminatı belirlerken yalnızca zarar verenin kusurunu değil olayda mevcut ise zarar görenin de kusurunu ve tarafların kusur derecelerini göz önünde bulundurarak bir karşılaştırma yapacaktır.²⁵⁸ Bu karşılaştırma sonucunda zarar veren ile zarar görenin kusur oranları birbirine eşit olsa ve hatta zarar görenin kusur oranı zarar verenin kusur oranından yüksek dahi olsa bu durumlar kusurların birbirini etkisizleştireceği anlamına gelmeyecektir. Bu durumlarda zarar görenin kusuru oranında indirim yapılacak olup zarar veren bu indirim sonucunda belirlenecek tazminatı karşılayacaktır. Haksız fiil, zarar verenin kastı nedeniyle meydana gelmiş olsa dahi zarar görenin kusuru dikkate alınacaktır.²⁵⁹

Failin kusur derecesinin tazminatın miktarına etkisi konusunda hüküm içeren BK. m. 51/2 ile m.52/2 arasındaki ilişki öğretide tartışma konusu haline gelmiş olup bu konuda temelde iki görüş bulunmaktadır. İlk görüşe göre; hâkim BK m. 51/1 uyarınca kusurun hafifliği nedeniyle tazminattan indirim yapmasının ardından BK m. 52/2 uyarınca zarar verenin yoksulluğa düşecek olması nedeniyle bir kere daha indirim yapabilecektir.²⁶⁰ Diğer görüşe göre ise; BK m.52/2’de düzenlenen özel şartlarının gerçekleşmesi üzerine, BK m.51/1’deki indirim imkânının üzerine ikinci bir indirim imkânı getirildiği şeklinde bir yorum yapılması halinde her ikisi de kusurun hafifliğine dayanan iki indirimi ayırt etmek mümkün olmayacaktır. Bu nedenle hafif kusurlu failin

²⁵⁶ Oğuzman/Öz, s. 119.

²⁵⁷ Oğuzman/Öz, s. 120.; Eren, s. 865.

²⁵⁸ Baysal, s. 506.; Tandoğan, s. 320.

²⁵⁹ Baysal, s. 509 vd.; Nomer, s.96.

²⁶⁰ Nomer, s.152.

yalnızca yoksulluğa düşecek olması nedeniyle hakkaniyet gereği bir indirim yapılacak ise bu indirim BK m.52/2 kapsamında yapılmalıdır. Ancak failin yoksulluğa düşmesi ve hakkaniyetin zorunlu kılması gibi durumlar söz konusu değilse ve başkaca şartlarla birlikte kusurun hafifliği nedeniyle bir indirim yapılacak ise bu indirim BK m.51/1'e göre yapılmalıdır.²⁶¹

b. Mağdurun Rızası

Her ne kadar BK m.52 hükmünde mağdurun rızası şeklinde bir ifadeye yer verilmiş ise de; haksız fiilin işlenmesinden önce mağdurun verdiği rıza bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmakta ve bu nedenle fiilden sorumluluk doğmamaktadır. Dolayısıyla madde metninde indirim sebebi olarak ifade edilen mağdurun rızası kavramı ile herhangi bir sebeple geçerli sayılmamasından dolayı hukuka uygunluk sebebi olarak değerlendirilmeyen rızalar ile verilen rızanın sınırının aşılması durumları kastedilmektedir. Mağdurun haksız fiilden önce verdiği rızanın aslında sorumluluğun doğmasını engelleyeceği açık iken bu rızanın geçersiz olması veya sınırın aşılması nedeniyle sorumluluğun doğduğu hallerde hâkim bu durumu da göz önünde bulundurarak tazminatı tenkis edebilecektir. Tabi ki bu durumda da hukuka uygunluk nedeni olarak incelenen mağdurun rızası konusunda belirtilen şartlar geçerli olup bu kapsamda rıza beyanı ile uygun nedensellik bağı içinde bulunan zararların tazmini taleplerinde bu sebeple indirim yapılabilir. Aksi durumda yani zararın rızanın sonucu olmaması halinde ise bu rıza zarar doğuran fiilin işlenmesine yol açacak nitelikte olsa dahi tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınmayacaktır. Bu indirim sebebinin uygulanabilmesi için rızanın açık olması zorunlu olmayıp diğer şartların gerçekleşmesi ile örtülü rızanın varlığı halinde de tazminattan indirim yapılabilir.²⁶²

Mağdurun, ihlal sonrası verdiği rızanın hukuka aykırılığı kaldırıp kaldırmayacağı tartışmalı bir konudur. Öğretideki hâkim görüş; ihlal sonrası verilmiş rızanın hukuka aykırılığı kaldırmasının mümkün olmadığını, böyle bir rızanın ancak tazminattan indirim nedeni olarak değerlendirilebileceğini ve hatta bazı durumlarda tazminattan feragat anlamı dahi taşıyabileceğini belirtmektedir.²⁶³

²⁶¹ Oğuzman/Öz, s. 120 vd.

²⁶² Oğuzman/Öz, s. 122 vd.; Eren, s. 866 vd.

²⁶³ Baysal, s. 513.; Tandoğan, s. 32.; Nomer, s. 105.

BK m. 52/1 hükmünde açıkça belirtildiği üzere; mağdurun hukuka aykırılığı kaldırmayan rızası durumunda hâkim tazminattan indirim yapabileceği gibi tazminatı tamamen de kaldıracaktır. Öğretide bu husus eleştirilmiş ve hukuka uygunluk nedeni sayılmasını engelleyen niteliklere sahip bir rızanın ancak tazminattan indirim nedeni olarak sayılabileceği zira tazminatın tamamen kaldırılması halinin hukuka aykırılığı kaldıran rızaya özgü olduğu belirtilmiştir.²⁶⁴

c. Mağdurun Birlikte (Müterafik) Kusuru

Mağdurun, haksız fiil sonucu oluşan zararın meydana gelmesine veya artmasına neden olması durumlarına birlikte kusur veya müterafik kusur adı verilmektedir. Birlikte kusur, mağdurun yapma veya yapmama tarzında bir davranışı ile gerçekleşebilir. Alınacak tedbirin mağdur açısından bir tehlike arz etmemesi ve makul bir insandan bu tedbire başvurmamasının beklendiği hallerde mağdurun aksi yöndeki davranışları birlikte kusuru oluşturur. Bu kapsamda öncelikle mağdurun birlikte kusurunun zararın meydana gelmesindeki etkisi araştırılacak ve birlikte kusur derecelendirilebilecektir. Mağdurun birlikte kusurunun, meydana gelen zarar açısından başlıca etken olarak tespit edilmesi halinde bu durum sorumluluk için gerekli olan fiille zarar arasındaki uygun nedensellik bağıni kesen nitelikte ise failin sorumluluğunun kalkması dahi söz konusu olabilecektir.²⁶⁵ Mağdurun birlikte kusurunun nedensellik

²⁶⁴ Baysal, s. 514.

²⁶⁵ Oğuzman/Öz, s. 123 vd.; Eren, s. 867 vd.; Y. 13. HD. 27.02.2009 T. 2008/12361 E. 2009/2549 K.davacı, davalı bankadan aldığı kredi kartını ATM cihazında kullanırken kartın sıkıştığını, o sırada yanında bulunan kişinin uyarı ve telkinleri doğrultusunda ATM cihazında tesis edilmiş telefonu kullanarak kredi kartını iptal etmeye kalkıştığını, ancak, kartının ve bilgilerinin kötüniyetli kişi tarafından elde edilerek kullanıldığını, olayda davalı bankanın kusurlu olduğunu ileri sürerek eldeki davayı açmıştır. Davalı, maddi olayın oluşu yönünden bir itiraz ve açıklamada bulunmamış, ancak, kusurun kart bilgilerini üçüncü kişilere veren davacıda olduğunu savunmuştur. Şu hale göre, ATM cihazlarındaki kart yuvalarını kötüniyetli üçüncü kişilerin kolayca müdahalelerine imkân tanıyacak şekilde bırakan ve yine, ATM cihazlarına kötüniyetli üçüncü kişilerin telefon düzeneği yerleştirmelerini engelleyecek ve bu konuda yeterli denetim tedbirlerini almayan davalı bankanın olayda asli kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Ne var ki, kart sahibi olan davacı da, gerek davalı banka ile imzaladığı sözleşmenin 10. maddesi ve gerekse, 5464 sayılı Banka Kartları ve Kredi Kartları Kanunu'nun 12. maddesi hükmü gereğince, kendisine tevdi edilen kartı ve bilgilerini özenle ve güvenli bir şekilde korumak ve iradesi dışında kartın veya bilgilerin kaybolması veya çalınması durumunda kart çıkaran bankayı derhal haberdar etmek zorundadır. Kartı ATM cihazına sıkışan davacı daha güvenli yollardan kart çıkaran bankayı haberdar etmek yerine kötüniyetli kişilerin talimatı ile hareket edip kart ve bilgilerinin onların eline geçmesine sebebiyet verdiğine göre, olayda davacının da müterafik kusurlu olduğunun kabulü zorunludur.

bağını kesecek ağırlıkta olmaması halinde bu durum kanun hükmünde belirtildiği üzere tazminattan indirim nedeni olarak değerlendirilecektir.²⁶⁶

Kusursuz sorumluluk hallerinde zararın hesaplanması konusunda da kural olarak haksız fiil sorumluluğunda uygulanan hükümler geçerli olup tazminatın hesaplanması konusunda özellikle kusur aranmayan bu hallerde zarar verenin kusurunun da bulunması durumları gibi bir takım farklılıklar bulunmaktadır. Kusura dayanan sorumluluktan farklı olarak kusursuz sorumlulukta, failin kusursuzluğunu ispat ile sorumluluktan kurtulmasına imkân olmadığı gibi olayda failin kusuru bulunsa dahi kusurun derecesi tazminatın belirlenmesi açısından önemli değildir. Fakat zarardan sorumlu kişinin, zararın meydana gelmesinde kusuru varsa bu munzam (eklenen, fazladan) kusur; zarar verenin sorumluluğuna ilişkin karineleri çürütmesine ve tazminatın indirilmesini gerektiren sebepler bulunsa dahi bu indirimde engel olabilir. Örneğin motorlu araç işletenin sorumluluğu, tehlike esasına dayanan bir kusursuz sorumluluk olduğu için tazminatın belirlenmesi aşamasında kusurun ağırlık derecesi tazminatı etkilemeyecektir. Ancak, işletenin fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin, işletenin ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin, munzam (eklenen) kusuru, onun mücbir sebebe veya mağdurun ya da üçüncü şahsın ağır kusuruna dayanarak sorumluluktan kurtulmasına veya tazminattan indirim yapılmasına engel olabilecektir. Diğer bir deyiş ile kusursuz sorumluluk hallerinde zarar verenin kusuru ek kusur olarak dikkate alınacak ve zarar görenin kusurunu ortadan kaldıracaktır. Böylece BK m. 52/1'e göre zarar görenin kusuru sebebiyle tazminattan indirim yapılmaz. Ancak eğer işletenin ve bağlı olduğu teşebbüs sahibinin kusuru bulunmuyorsa zarar görenin kusuru tazminatın indirilmesi konusunda dikkate alınacaktır.²⁶⁷

BK m. 52/I'de mağdurun birlikte kusuruna yol açabilecek durumlar olarak zararın doğmasında ve artmasında etkili olmak şeklinde iki durum belirtilmiştir. İlk durumda mağdurun kusurlu davranışı ile zararın doğmasına gerçek anlamda katılması durumundan bahsedilirken, ikinci durumda ise mağdurun doğmasında herhangi bir

²⁶⁶ Nomer, s. 82.; Baysal, s. 523. ve aynı sayfada anılan dn. 185'de yer alan Y. 4. HD., E. 2013/16842 K. 2014/10629 T. 26.6.2014: "Kayseri 6.Asliye Ceza Mahkemesinin 2008/1212 esas sayılı dava dosyasında davalının haksız tahrik altında eylemi gerçekleştirdiği kabul edilerek cezasından indirim yapılmıştır. Fakat maddi zarar yönünden alınan raporda ise hesaplanan tazminattan tahrik indirimi yapılmamıştır. Mahkemece hüküm altına alınan maddi tazminattan haksız tahrik nedeni indirim yapılması gerekirken, talebin aynen kabulü usul ve yasaya uygun bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir".

²⁶⁷ Oğuzman/Öz, s. 155 vd.; Akıncı, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 11. Baskı, Konya 2019. s. 187.

şekilde etkisi olmadığı doğmuş bir zararı kusuru ile arttırması durumu düzenlenmiştir. Bu iki durum arasındaki fark zamansal olup ilk durumda mağdurun birlikte kusuru olarak değerlendirilen davranışı zararın meydana geldiği anda gerçekleşen ve nedensellik zincirinde yer alan bir davranıştır. Zararı arttırmama külfeti olarak da adlandırılan ikinci durumda ise mağdur birlikte kusur olarak değerlendirilen davranışlarıyla zararın doğmasından sonraki bir aşamada doğmuş olan zararda aslında bir değişiklik meydana getirmeksizin zararın doğurduğu sonuçları arttırmaktadır.²⁶⁸

Mağdurun birlikte kusurunun varlığı tespit edilirken onunla aynı zamansal ve mekânsal şartlarda bulunan, aynı yaş, cinsiyet, meslek ve fiziksel koşullara sahip normal ve makul bir bireyin davranışları esas alınarak objektif esaslara dayalı bir değerlendirme yapılacaktır.²⁶⁹

Mağdurun kusurlu davranışıyla zararın doğumuna katılmaması ve zararın artmasına neden olmaması niteliği gereği bir yükümlülük değil külfet olup bunlara aykırı davranması halinde meydana gelen zarar açısından sorumluluğu paylaşması ise dürüstlük kuralının bir gereğidir. Ancak mağdurun böyle davranışta bulunması talep ve dava edilemeyeceği gibi aksine davranışta tazminat talebinde de bulunulamayacaktır.²⁷⁰

d. Mağdurun Sorumlu Olduğu Diğer Haller

Mağdurun kusuru olmaksızın sorumlu olduğu bazı etkenlerin bulunması halinde de bu durumlar tazminattan indirim sebebi olarak değerlendirilebilecektir. Mağdurun zararın doğmasına veya artmasına yardımcı olan davranışı kusursuz sorumluluk hallerinden birini oluşturuyor ise BK m.52/1 uyarınca tazminattan indirim yapılacağı kabul edilmekte olup bu durumda indirim konusunda değerlendirme yapılırken kusurların derecesi değil mağdurun kusursuz sorumlu tutulduğu davranışının zararın gerçekleşmesine nedensellik bağı bakımından etki derecesi esas alınacaktır. Ayırt etme gücü ve dolayısıyla kusur sorumluluğu bulunmayan bir mağdurun davranışının zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olması halinde de mağdurun davranışı sorumluluğuna yol açacak nitelikteyse hakkaniyet gereğince failin ödeyeceği tazminat indirilebilecektir. Burada belirtmek gerekir ki; mağdurun herhangi bir kusursuz sorumluluk hükmünün kapsamına girmeyen kusursuz davranışı zararın doğumuna veya

²⁶⁸ Baysal, s. 521.

²⁶⁹ Baysal, s. 519 vd.

²⁷⁰ Baysal, s. 517.; Nomer, s. 85.

artmasına neden olmuş olsa dahi failin davranışıyla zarar arasındaki uygun nedensellik bağını kesmediği sürece BK m.52 hükmüne göre tazminattan indirim sebebi olarak dikkate alınmayacaktır.²⁷¹

e. Failin Yoksulluğa Düşecek Olması

Borçlar Kanunun Tazminatın İndirilmesine ilişkin 52. Maddesinin 2. fıkrasına göre; “*Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.*”

BK m. 52/2 hükmü ile zarara kasıt veya ağır ihmal gibi ağır kusuruyla değil de hafif kusuruyla sebep olan failin hükmedilecek tazminat nedeniyle yoksulluğa düşecek olması sebeplerinin bir arada bulunması halinde hâkime hakkaniyeti de gözeterek tazminatı indirme yetkisi verilmiştir.²⁷² Yoksulluğa düşecek olan fail, mevcut durumda yoksul olan ve zararı tam olarak tazmin etmesi hakkaniyete aykırı olan bir kişi olabileceği gibi mevcut durumda yoksul olmamakla birlikte zararı tam olarak tazmin etmesi halinde yoksulluğa düşecek bir kişi de olabilir. Hâkim, kanun hükmünde aranan failin yoksulluğa düşecek olması ve hafif kusur şartlarının bulunması halinde bunların bir indirim sebebi oluşturup oluşturmayacağını hakkaniyet ölçüsüyle takdir edecek ve bu değerlendirmeyi yaparken yapılacak indirimden mağdurun nasıl etkileneceğini de göz önüne bulunduracaktır.²⁷³

f. Diğer İndirim Sebepleri

Hukuk sistemimizde tazminatın belirlenmesi konusunda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmış ise de tanınan bu yetkinin şartları ve sınırları belirlenmiş olup bu durum hâkimin durumun gereğini gerekçe göstererek salt hakkaniyete dayalı olarak keyfi kararlar verebileceği anlamına gelmemektedir. Dolayısıyla BK m. 51 hükmü ile hâkimin tazminatın kapsamını belirlerken durumun gereğini de göz önüne alacağı belirtilmiş ise de burada kastedilen hâkimin tarafların sosyoekonomik durumunu da göz önünde tutarak hakkaniyete dayalı olarak bir indirim nedenine karar verebileceği değildir. Kanunda yer verilen durumun gereği dikkate alınarak tazminatı belirleme yetkisi, hâkime sistemin tıkandığı yerlerde devreye sokması için düşünülmüş ve

²⁷¹ Oğuzman/Öz, s. 125 vd.; Eren, s. 869.; Nomer, s. 119 vd.

²⁷² Oğuzman/Öz, s. 127.; Eren, s. 872 vd.; Reisoğlu, s. 219.

²⁷³ Oğuzman/Öz, s. 127 vd.

tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate almak gibi sübjektif öğeler içermeyen bir yetkidir.²⁷⁴

Tazminatın indirilmesi sebeplerinin bir kısmı BK m.52 hükmü ile açıkça belirtilmiş ise de sebepler maddede sayılanlarla sınırlı değildir. Zira BK m.51 hükmü ile hâkime olayın özelliklerini dikkate alarak tazminatı belirleme yetkisi tanındığından, hâkim bu kapsamda zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olan beklenmedik durum, mağdurun bünyesinden kaynaklanan fakat sorumlu olmadığı etkenler, failin mağdura yardım etmesi sırasında zarar vermiş olması gibi başkaca indirim sebeplerini de gözeterek karar verecektir.²⁷⁵

Beklenmedik durum, bir olayın meydana gelmesinde etkisi olan irade dışı olgular olarak tanımlanmakta olup böyle bir olgunun uygun nedensellik bağının kurulmasına engel olması halinde artık sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak beklenemedik durum, uygun nedensellik bağının kurulmasına engel olacak ağırlıkta olmamasına rağmen zararın meydana gelmesinde veya artmasında etkili olmuşsa bu durum tazminatın indirilmesi kapsamında dikkate alınabilecektir. Kusursuz sorumluluk hükümleri uyarınca doğan sorumluluk hallerinde de beklenmedik durum sebebiyle tazminattan indirim yapılabileceği kabul edilmektedir.²⁷⁶

Mağdurun bünyesinden kaynaklanan, zarar meydana gelmeden önce var olan ve zararın artmasına yol açan etkenler de zararın doğmasına veya artmasına etki etmeleri halinde tazminattan indirim neden olabilecektir. Mağdurun haksız fiil teşkil eden olaydan anormal derecede etkilenen bir yapıya sahip olması nedeniyle bu durumun da etkisiyle uğradığı zarar için belirlenecek tazminat açısından bu durum BK m. 51/I hükmünde yer alan “durumun gereği” kapsamında ele alınmalıdır. Kişinin vücut bütünlüğü kavramı ile fiziki bütünlüğün yanı sıra ruhsal bütünlük de ifade edildiğinden, yapısal yatkınlık hem fiziki hem de psikolojik nedenlerden kaynaklanabilir. Böyle bir durumda hâkim, meydana gelen zarar açısından failin zararı ne derece öngörebileceği ile durumun gereğini ve kusurun derecesini göz önüne alarak sorumluluğun adil şekilde paylaştırılması kapsamında tazminatı belirleyecektir. Zira taraflar arasındaki borç ilişkisinde eşitlik mevcut olup fail de en az mağdur kadar korunmalı ve sürpriz

²⁷⁴ Baysal, s. 495 vd.

²⁷⁵ Oğuzman/Öz, s. 128.

²⁷⁶ Oğuzman/Öz, s. 128.; Eren, s. 873 vd.; Nomer, s. 138-139.

tazminatla baş başa bırakılmamalıdır. Somut olayda zarar yalnızca yapısal yatkınlık nedeniyle ortaya çıkmış ise yani nedensellik bağıını kesecek ağırlıkta ise artık sorumluluk söz konusu olmayacaktır.²⁷⁷

Öğretide, spor karşılaşmalarına katılan oyuncunun, katılma yönündeki iradesinin mağdurun rızası olarak sayılıp sayılmayacağı tartışmalı bir konu olup bir görüşe göre olaydaki riski kabullenme tarzında gerçekleşen bu rıza geçerli bir rızadır ve mağdurun rızası kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.²⁷⁸ Diğer bir görüşe göre ise böyle bir rıza MK m.23 hükmüne aykırılığı nedeniyle hiçbir durumda mağdurun rızası şeklinde bir hukuka uygunluk nedeni oluşturmayacak olup geçersizdir. Ancak BK m.52 uyarınca mağdurun geçerli olmayan rızası da tazminattan indirim nedeni olarak dikkate alınabilmektedir. Rızanın BK m.52 kapsamında değerlendirilmemesi ihtimalinde ise spor karşılaşmasına bilinçli bir şekilde katılan ve karşılaşmanın getirdiği bedensel riskleri öngören mağdurun geçersiz rızası BK m. 51/1 uyarınca “durumun gereği” olarak hâkim tarafından tazminatın belirlenmesinde dikkate alınabilmektedir.²⁷⁹

²⁷⁷ Nomer, s.144.; Baysal, s. 498 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 87’de yer alan Y. 4 HD. 28.2.2012, E. 2012/2200, K. 2012/3054: “Dava, haksız eylem nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemlerine ilişkindir. Mahkemece davanın kısmen kabulüne karar verilmiş; hüküm, davalılardan İ. Y. . E. Y. ve S. Y. tarafından temyiz olunmuştur. Keza yargılaması sırasında, dava konusu olaya ilişkin olarak düzenlenen Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu’nun 06/02/2006 günlü raporunda; eylem ile zararlı sonuç arasında illiyet bağının varlığı belirlenmiş; ancak, “Kişide damarsal olarak kanamaya yatkınlık bulunduğundan, bu durumun beyindeki kanamanın oluşmasında kolaylaştırıcı bir faktör olarak rol oynayacağı” belirtilmiştir. Mahkemece, yukarıya alıntılanan Adli Tıp Kurumu Başkanlığı’nın raporunda belirtilen ve yaralananda mevcut rahatsızlık konusunda bir değerlendirmede bulunulmamıştır. Oysa davalılar tarafından bilinmeyen bu yön; zararlı sonucun meydana gelmesinde etken olmuştur. Şu durumda, zararın tümünden davalılar sorumlu tutulamaz. Borçlar Kanunu’nun 43. maddesi, hâkime “hal ve mevkiin icabına göre” tazminatın miktarını tayin yetkisi vermiştir. Madde, zarar görenin karşılık kusuruna dayanmadığı gibi; BK’nun 44. maddesinde daha geniş bir uygulama alanına sahiptir. O halde, zarar görenden kaynaklanan bu özel durum nedeniyle ve BK’nun 43. maddesi uyarınca tazminat miktarlarından uygun bir indirim yapılmalıdır. Karar, açıklanan nedenle yerinde görülmemiş ve bu yön bozmayı gerektirmiştir”.

²⁷⁸ Oğuzman/Öz, s. 25.

²⁷⁹ Nomer, s. 108/109.; Baysal, s. 504. ve aynı sayfada anılan dn. 93’de yer alan YHGK, E. 2013/4-364 K. 2013/1543, T. 06.11.2013: “Sonuç olarak, zarara sebep olan kişinin oluşan yaralanmaların hepsi için sorumlu tutulması ilgili müsabaka kurallarına uyulmuş olması halinde, her halükarda yerinde olmayıp, sporcuların, ancak tasvip edilen sertliğin ve böylece adil olmanın sınırlarının aşıldığı durumlar bakımından yaralanmalar nedeniyle sorumlu tutulmalıdırlar (...). Ağır bir kural ihlâlinin ne zaman kabul edilebileceği ise yapılan spor müsabakasının çeşidine bağlı olarak her somut olayın koşullarını göz önüne alınarak araştırma yapılması gerekmektedir. Tüm bu açıklamalar ışığında somut olay değerlendirildiğinde; Davacının ayağının muhtelif yerlerinden kırılması sonucu ve % 4,3 sürekli işgücü kaybına uğrayacak şekilde yaralanması ile sonuçlanan olayda davalı eyleminin; futbol oyun kurallarına aykırı olarak sert ve ciddi faul eylemi olup olmadığı, tasvip edilen sertliğin yani adil olmanın sınırlarının aşılp aşılmadığı, sportmenliğe veya fair play (spor ahlakı) ilkesine aykırı tutum ve davranış olup olmadığı hususu dosya kapsamından yeteri açıklığa kavuşturulmamıştır. Bu bakımdan, futbol konusunda uzman, futbol hakemi, futbol teknik adamı ve futbol oyuncusundan oluşacak üç kişilik bilirkişi heyetinden rapor alınarak, bu husus açıklığa kavuşturulup varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmesi gerekmektedir. Hukuk Genel Kurulundaki görüşmeler sırasında bir kısım üyeler, davalı eyleminin oyun

Yine, failin, mağdura bir konuda yardım ederken zarar vermiş olması da BK m. 51 uyarınca bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilecektir.²⁸⁰

g. İndirim Yasağı

Borçlar Kanunun ölüm ve bedensel zararların belirlenmesine ve indirilmesine ilişkin 55. Maddesinin 1. fıkrasına göre; “*Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. 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 artırılabilir veya azaltılamaz.*”

BK m.55/1’de yer alan özel indirim yasağı uyarınca; mağdurun bedensel zararı veya destekten yoksun kalma zararı için tazminat talep etmesi halinde failin hafif kusurlu olmasından, tüm zararı tazmin etmesi halinde yoksulluğa düşecek olmasından ve hakkaniyetin gerektirdiğinden bahisle BK m.52/2 uyarınca indirim yapılamayacaktır. Bu özel indirim yasağının BK m.51/1 ve BK m.52/1 hükümlerindeki indirim sebeplerini de kapsayıp kapsamayacağı net olmayıp öğretideki hâkim görüşe göre BK m.55/1 hükmünde tazminatın yalnızca hakkaniyet düşüncesi ile azaltılamayacağı belirtildiğinden ve indirimin hakkaniyete bağlandığı tek durumun BK m. 52/2 olduğu açık olduğundan indirim yasağı bu halleri kapsamamalıdır.²⁸¹

3.4. TEMERRÜT FAİZİ

Borçlar Kanunun haksız fiilde temerrüde ilişkin hükmü de içeren 117. Maddesinin 2. fıkrasına göre; “*... haksız fiilde fiilin işlendiği ... tarihte borçlu temerrüde düşmüş olur.*”

Haksız fiilin işlendiği tarihte borçlu herhangi bir ihtara gerek kalmaksızın temerrüde düşeceğinden artık zarar tarihi veya başkaca bir tarih dikkate alınmaksızın haksız fiil tarihinden itibaren alacağa temerrüt faizi işleyecektir. Fiilin işlenmesinden bir süre sonra zararın meydana geldiği durumlarda da haksız fiil tarihinden itibaren yani geçmişe yürürlü olarak temerrüt faizi işletilmesi söz konusu olacaktır. Böylesi

kuralları içerisinde kaldığı, bu nedenle direnme kararının yerinde olduğu görüşünü ileri sürmüş iseler de bu görüş, Kurul çoğunluk tarafından kabul edilmemiştir”.

²⁸⁰ Oğuzman/Öz, s. 129.; Eren, s. 875 vd.; Nomer, s. 160 vd.

²⁸¹ Oğuzman/Öz, s. 130.

durumlarda zararın doğduğu anda dahi işlemiş temerrüt faizi bulunacak olup bunun makul ve adil olmadığı öğretide ifade edilmiştir. Kusursuz sorumsuzluk hallerinde bu durumla daha çok karşılaşmakta olup tazminat yükümlüsünün sorumluluğunu doğuran fiil veya olaydan itibaren hesaplanacak temerrüt faizi de zarara eklenmektedir. Bu durumun makul ve adil olmadığı yönündeki görüşe göre, fedakârlığın denkleştirilmesinden doğan taleplerde bu hüküm uygulanmamalı ve borçlu alacaklının ihtarı ile temerrüde düşürülmelidir.²⁸²

3.5. ZAMANAŞIMI

Borçlar Kanununun Haksız Fiilde Zamaşımına ilişkin 72. Maddesine göre; *“(1)Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamaşımı uygulanır. (2)Haksız fiil dolayısıyla zarar gören bakımından bir borç doğmuşsa zarar gören, haksız fiilden doğan tazminat istemi zamaşımına uğramış olsa bile, her zaman bu borcu ifadan kaçınabilir”*.

Zamaşımı, bir talep ve dava hakkının kanunda belirlenen süre içerisinde kullanılmaması halinde usul hukukunca öngörülen şekilde ve süresinde ileri sürülmek koşuluyla tazminat borcunu ortadan kaldırmayan ancak borçluya borcunu ödememe imkânı veren bir def’idir. Zamaşımı niteliği gereği bir itiraz olmayıp def’i olduğundan taraflarca ileri sürülmemesi halinde hâkim tarafından re’sen dikkate alınmayacaktır.²⁸³ Haksız fiil nedeniyle meydana gelen maddi zarar konusundaki tazminat isteminin tabi olduğu zamaşımı süreleri BK m. 72’de düzenlenmiş olup belirlenen süreler ile 2. fıkra düzenlenenen daimi def’i durumu haricinde kalan sürelerin hesabı, zamaşımının durması veya kesilmesi ve zamaşımının sonuçları gibi konularda genel hükümleri düzenleyen BK m. 151 vd. maddeleri uygulanacaktır. BK m.72’de haksız fiilden kaynaklanan tazminat istemi açısından; normal süre, azami süre

²⁸² Oğuzman/Öz, s. 131 vd.; Y. 11. HD., E. 2005/14182 K. 2007/809 T. 25.01.2007:“Dava, haksız fiilden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Haksız fiillerde zarar sorumlusu, ihbar veya ihtara gerek olmaksızın haksız fiilin gerçekleştiği tarihte temerrüde düşer. Davacılar vekili, fazlaya ilişkin tüm hakları saklı tutarak dava açmıştır. Bu nedenle, alacağın saklı tutulan kısmının temerrüt tarihi olan olay gününden itibaren işleyecek faiziyle hükmedilmesine engel bir durum yoktur”.

²⁸³ Uygur, s. 526.

ve istisnai süre olmak üzere üç tür zamanaşımı süresine yer verilmiştir.²⁸⁴ BK m. 72 ile belirlenen süreler ve yapılan düzenlemeler hem kusur sorumluluğu hem de kusursuz sorumluluk hâlleri için uygulanacaktır.²⁸⁵

Haksız fiil sebebiyle meydana gelen maddi zararın tazminini talep hakkı, mağdurun zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren iki yıl sonunda zamanaşımına uğrayacaktır. Normal süre olarak da adlandırılan iki yıllık zamanaşımı süresi, mağdurun zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmesinden itibaren başlayacağından mağdurun zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenebilecek durumda olması sürenin başlamasına yol açmayacaktır.²⁸⁶ Zamanaşımının başlangıcı için kanunda belirtilen zarar veya tazminat yükümlüsünden hangisi en son öğrenilirse, zamanaşımı o tarihten itibaren işlemeye başlayacaktır. Haksız fiilden kaynaklanan zararın tazmini açısından birden fazla sorumlu bulunması halinde her bir sorumlu açısından o sorumlunun öğrenilme tarihi esas alınır. Zarar görenin küçük veya kısıtlı olması halinde ise sürenin başlangıcına esas olarak o kişinin kanuni temsilcisinin, tüzel kişi olması halinde ise dava açmaya yetkili organın zararı ve faili öğrendiği tarih esas alınacaktır.²⁸⁷

Zararın varlığının, niteliğinin ve temel unsurlarının dava açmaya yeter derecede öğrenilmiş olması sürenin başlangıcı için yeterli olup bunların dışından tazminatın hesabında kullanılacak tüm ayrıntıların bilinmesi gerekmemektedir.²⁸⁸ Devam eden zararlar açısından ise zararın niteliğine bakılacak olup zararın kapsamını tayin etmenin mümkün olduğu tarihte zararın öğrenildiği kabul edilecek ve süre başlayacaktır. Öğretide bir görüş; devam eden zararların her gün devam ettiğinden bahisle her günkü zarar için yeni bir zamanaşımı başlayacağını savunmakta ise de diğer bir görüş gerek BK. m. 72'nin amacı gerek sürenin başlangıcı açısından zarar miktarının kesin olarak bilinmesinin gerekli olmaması ve devam eden zararın ayrı zararların toplamı değil de bütün halinde tek bir zarar olması nedenleriyle ilk görüşü eleştirmekte ve bu sonuca varılamayacağını belirtmektedir. Bu konuda zararın gelişmesi sebebiyle henüz zararın kapsamının belirlenememesi ile gelişme olmaksızın zararın devam etmesi konusunda

²⁸⁴ Oğuzman/Öz, s. 72.; Eren, s. 938 vd.

²⁸⁵ Baysal, s. 629.; Nomer, N. 137.; Havutçu, Ayşe: Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, Özel S., İzmir, 2010: s. 583.

²⁸⁶ Oğuzman/Öz, s. 72 vd.; Uygur, s. 527 vd.; Eren, s. 938 vd.

²⁸⁷ Oğuzman/Öz, s. 72 vd.

²⁸⁸ Oğuzman/Öz, s. 73 vd.; Eren, s. 894 vd.; Uygur, s. 527 vd.

bir ayırım yapılmakta ve ilk durumda gelişen zarar açısından kapsamın yani dava açmaya yeterli bilgilerin belirlenmesinin mümkün olduğu tarihte zamanaşımının başlayacağı, ikinci durumda yani zararın devam etmekte olması halinde ise iki yıllık zamanaşımının zararın öğrenilmesi ile başlayacağı belirtilmektedir. Dolayısıyla azami zamanaşımı süresi içerisinde mağdurun önceden tahmin edemeyeceği bir gelişme sonucunda yeni bir zarar ortaya çıkması halinde de bu zararın öğrenilmesinden itibaren iki yıl içinde dava açılabilir. Zararın değil de haksız fiilin süreklilik taşıması halinde ise fiilin sona ermesinden itibaren iki yıllık ve on yıllık zamanaşımı süreleri işlemeye başlayacaktır. Buna karşın haksız fiilin aralıklarla tekrarlanması halinde ise her haksız fiil neticesinde oluşan zarar açısından failin ve zararın öğrenilmesi tarihlerinden itibaren ayrı bir zamanaşımı süresi işletilecektir. Öğretide, Ceza Hukukunda olduğu gibi tazminat hukukunda da haksız fiilin aralıklarla tekrarlanması halinde zamanaşımı açısından son fiilin dikkate alınması gerektiğini savunanlar var ise de suç oluşturmeyen haksız fiiller açısından bu görüşün bir dayanağı bulunmamaktadır. Ancak haksız fiil teşkil eden eylemin aynı zamanda bir suç oluşturmaması halinde daha uzun olan ceza davası zamanaşımı uygulanacağından başlangıç için de son fiilin esas alınması uygun olacaktır.²⁸⁹

Haksız fiil sebebiyle meydana gelen maddi zararın tazmini amacıyla açılacak tazminat davasını açma hakkı herhalde haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl sonunda zamanaşımına uğrayacaktır. Dolayısıyla mağdurun zararı veya tazminat yükümlüsünü öğrenememesi nedeniyle iki yıllık zamanaşımı süresi başlamamış olsa dahi onuncu yılın sonunda dava açma hakkı zamanaşımına uğrayacaktır. Bunun yanı sıra mağdurun zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenmesinden itibaren iki yıl içerisinde dava açmaması halinde ise artık on yıllık zamanaşımı süresinin bir önemi kalmayacaktır. On yıllık zamanaşımı süresi haksız fiilin işlendiği yani zarara sebep olan eylemin tamamlandığı tarihten itibaren başlayacak olup bu süre açısından zararın gerçekleştiği tarihin bir önemi bulunmamaktadır.²⁹⁰ Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, on yıldan daha uzun bir süre önce yapılan ve depremde çöken binanın sebep olduğu zarar nedeniyle verdiği bir kararında, haksız fiil teşkil eden bir eylem nedeniyle zamanaşımın sürelerinin başlayabilmesi için zararın somut olarak ortaya çıkmış olması gerektiğini belirtmiş ve on yıldan daha uzun bir süre önce kurallara uyulmadan yani

²⁸⁹ Oğuzman/Öz, s. 73 vd; Eren, s. 894 vd.

²⁹⁰ Oğuzman/Öz, s. 75 vd; Eren, s. 941 vd.

hukuka aykırı olarak inşa edilmiş bir binanın deprem sebebiyle çökmesinden doğan zarar açısından zamanaşımı sürelerinin deprem tarihinden itibaren işletilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bu karar öğretide eleştirilmiş ve tazminat sorumlusunun sorumluluğunun daha uzun sürelerle devam etmesinin istenilmesi halinde bunun böylesi kararlarla değil kanundaki azami sürenin uzatılması yoluyla yapılması gerektiği belirtilmiştir.²⁹¹

²⁹¹ Reisoglu, s. 268 vd.; YHGK. 10.03.2010 T. 2010/4-111 E. 2010/137 K.; “Belirtildiği gibi, yasanın, zamanaşımı süresinin başlaması için alacaklının belli olguları öğrenmiş olması koşulunu aradığı hallerden biri, haksız fiilden kaynaklanan tazminat borcudur. Buna ilişkin bir ve on yıllık zamanaşımı sürelerini öngören B.K.nun 60. maddesinde, bir yıllık zamanaşımı süresinin, zarar görenin, zararın varlığını ve zarar vereni öğrendiği tarihten itibaren başlayacağı açıkça belirtilmiştir. Dolayısıyla, haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında, alacaklı zararın varlığını ve zarar vereni bilmediği sürece, zamanaşımı süresi başlamayacaktır. Zararın varlığını öğrenme koşulu, öncelikle zararın gerçekleşmiş olmasını gerektirir. Henüz gerçekleşmemiş bir zararın, herkes gibi, o zararın tazminini isteyebilecek olan alacaklı (zarar gören) tarafından da öğrenilmesi mümkün değildir. Başka bir ifadeyle, hukuka aykırı fiil işlenmesine rağmen, onun doğuracağı zarar henüz ortaya çıkmamış; zararın ortaya çıkması için, fiil tarihinden sonra birtakım etkenlerin gerçekleşmesi veya belli bir zamanın geçmesi gerekiyor ise, doğal olarak zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması da mümkün olmayacaktır. Her ne kadar, B.K.nun 60. maddesinde, “... Dava ... her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra istima olunamaz.” Hükmü yer almakta ve böylece, ilk bakışta fiil tarihinden itibaren on yıl geçtikten sonra zamanaşımının mutlak surette gerçekleşeceği gibi bir anlam çıkmakta ise de, gerçekte böyle bir sonuca varılmasına olanak yoktur. Öncelikle, anılan hükümde yer alan “zararı müstelzim” ifadesindeki müstelzim sözcüğünün “gerekten, gerekli, gerektiren” şeklindeki sözlük anlamından farklı olarak “neden olan” şeklinde; “zararı müstelzim” sözlerinin de “zararı doğuran, zarara neden olan” şeklinde anlaşılması gerektiğine işaret edilmelidir. Böylece, “zararı müstelzim” ifadesi, “zararı gerektiren” şeklinde değil, “zararı doğuran” şeklinde anlaşılmalıdır. Buna bağlı olarak B.K.nun 60. maddesindeki “... Her halde zararı müstelzim fiilin vukuundan itibaren on sene mürurundan sonra...” söz dizini, “Her halde zararı doğuran haksız fiilin işlenmesinden itibaren on sene geçtikten sonra” şeklinde anlaşılmalıdır. Bu takdirde ise, söz konusu hükme özellikle “zararı doğuran” sözlerine gereken vurgu yapılarak anlam yüklendiğinde, Yasanın on yıllık sürenin başlayabilmesini de, ortada, bütün unsurlarıyla gerçekleşmiş, zarar doğuran bir fiilin bulunması koşuluna bağladığı sonucuna varılır. Hukuka aykırı ve ancak henüz herhangi bir zarar doğurmamış bir fiilin işlenmiş olması, tek başına yasal 10 yıllık zamanaşımı süresinin başlayabilmesi için yeterli değildir. Zira, yukarıda değinildiği üzere, bir fiilin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesi için, diğer koşullar yanında, onun bir zarara neden olması da zorunludur. Kendisinden kaynaklanan bir zarar bulunmadıkça, bir fiilin hukuka aykırılığından söz edilebilirse de, henüz bir haksız fiil olarak kabulü mümkün değildir. Böyle durumlarda, zarar doğuncaya kadar, ortada sadece hukuka aykırı bir fiil bulunur; dolayısıyla, bu aşamada, haksız fiilin unsurlarından sadece hukuka aykırılık ve koşulları varsa kusur unsurları gerçekleşmiş olur. O fiilin, hukuka aykırı bir fiil olmaktan çıkıp, haksız fiil niteliğine dönüşebilmesi ise, ancak diğer iki unsurun; bir zararın doğması ve zarar ile fiil arasında nedensellik bağının bulunması unsurlarının birlikte gerçekleşmesiyle mümkündür. Kısaca, hukuka aykırı bir fiil, bütün bu koşulların birlikte gerçekleştiği andan itibaren haksız fiil niteliğine bürünür; o potansiyeli taşıdığı halde henüz nedensellik bağını da içeren bir zararı doğurmamış olan hukuka aykırı nitelikteki bir fiil, zararın doğacağı ana kadar haksız fiil olarak nitelendirilemez. Dolayısıyla, haksız fiil, zorunlu olarak, bir zarar doğurduğu anda bütün unsurlarıyla tamam olur ve ancak o tarihte işlenmiş sayılabilir. Özetlemek gerekirse: B.K.nun 60. maddesi, gerek bir ve gerekse 10 yıllık sürelerin başlayabilmesini, bir zarara neden olmuş, dolayısıyla haksız fiil olarak varlık kazanmış bir fiilin varlığına bağlamaktadır. Dolayısıyla, neden olduğu zarar henüz gerçekleşmemiş bir fiilin salt işlenmiş olması, anılan sürelerin başlaması için yeterli değildir. Öte yandan, zamanaşımı başlangıcına ilişkin genel hüküm niteliğindeki B.K.nun 128. maddesine göre de, zamanaşımı alacağın muaccel olduğu tarihte başlar. Buradaki “muacceliyet” kavramının, alacaklı tarafından talep ve dava edilebilir hale gelmiş olma anlamını taşıdığına, dolayısıyla, öncelikle doğmuş bir alacağın varlığını (haksız fiil açısından bakıldığında, tazminat alacağına neden olan zararın gerçekleşmiş olmasını) gerektirdiğine; yine “alacak” kavramının, haksız fiile dayalı tazminat alacağını da kapsayan bir genişlik taşıdığına kuşku ve duraksamaya yer yoktur. Kısaca, tazminat alacağına ilişkin zamanaşımı süresi de, diğer alacaklar gibi, onun alacaklısınca talep ve dava edilebilir hale geldiği anda

BK. m. 72/2 uyarınca; haksız fiil teşkil eden eylemin aynı zamanda ceza kanunlarında düzenlenmiş daha uzun zamanaşımı süresine tabi bir suç oluşturması halinde tazminat davası da ceza davası zamanaşımı süresine tabi olacaktır. Ceza davası zamanaşımı süresi suç sayılması gereken fiilin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlayacak olup o suç için öngörülen zamanaşımı süresinin on yıldan fazla olması durumunda bu zamanaşımı süresi hem iki yıllık hem de on yıllık zamanaşımı süresinin yerini alacaktır. Aynı zamanda suç teşkil eden haksız fiil açısından ceza davası zamanaşımı süresi on yıldan az ise iki yıllık normal zamanaşımı süresi açısından ceza davası zamanaşımı süresi dikkate alınacak ancak on yıllık azami süre etkisini devam ettirecektir.²⁹² Ancak bu son olasılıkta zararın ve tazminat yükümlüsünün öğrenilmesinden itibaren başlayacak olan iki yıllık zamanaşımı süresinin, fiilin işlendiği tarihten itibaren başlayacak olan ceza davası zamanaşımından sonra doluyor olması ihtimalinde iki yıllık zamanaşımı süresinin korunması ve uygulanmasının hükmün amacına uygun olacağı belirtilmektedir.²⁹³

BK m. 72/2'nin uygulanma alanı açısından fiilin suç oluşturması yeterli olup bu suç açısından takibat yapılıp yapılmaması önemli değildir. Ceza mahkemesince dava konusu eylemin suç oluşturduğuna karar verilmesi halinde tazminat davasında da ceza davası zamanaşımı süresinin dikkate alınacağı kuşkusuz olup eylemin suç oluşturmadığına karar verilmiş olması halinde ise artık ceza davası zamanaşımı süreleri tazminat davası açısından dikkate alınamayacaktır. Buna karşın ceza mahkemesi bu konuda henüz bir karar vermemiş ise tazminat davasına bakan hâkim Ceza Hukuku kurallarına göre bir değerlendirme yapıp buna göre bir sonuca varacaktır. Haksız fiilin aynı zamanda bir suç oluşturduğu ancak failin bir af kanunu nedeniyle cezalandırılmadığı hallerde ise; genel af olması halinde artık ceza davası zamanaşımı süresinin uygulanmayacağı ve BK m. 72/1'de yer alan iki yıllık zamanaşımı süresinin af tarihinden itibaren başlayacağı, özel af olması halinde ise fiilin suç vasfının devam

başlayacaktır. Bütün bu açıklamalar, B.K.nun 60. maddesindeki 10 yıllık sürenin, her halükarda, zararın meydana geldiği; haksız fiilin bütün unsurlarıyla gerçekleşip hukuken bu niteliğe büründüğü tarihten itibaren işlemeye başlayacağını ortaya koymaktadır.”

²⁹² Oğuzman/Öz, s. 76 vd; Eren, s. 943 vd.

²⁹³ Nomer, N. 137.5.; Baysal, s. 634. ve aynı sayfada anılan dn. 56'da yer alan YHGK., E. 2014/27 K. 2015/1530 T. 10.6.2015 “Ceza Kanunu’nda öngörülen daha uzun (uzamış) zamanaşımı süresi, olay tarihinden itibaren işlemeye başlar. Sürenin işlemeye başlaması için, zarar görenin, zararı ve onun failini öğrenmesi koşulu aranmaz. Ancak, zarar veya onun faili, uzamış zamanaşımı süresinin bitmesinden sonra öğrenilmiş ise, davanın, öğrenme tarihinden itibaren, 2918 sayılı Kanunun 109.maddesindeki iki yıllık süre içerisinde açılması gerekir”.

ettiğinden bahisle ceza davası zamanaşımı süresinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Ayrıca Türk Ceza Kanununda düzenlenen suçların yanı sıra diğer özel kanunlarda düzenlenen suçlar da BK m.72/2 kapsamında dikkate alınacaktır. Aynı fiilden sorumlu birden fazla kişi bulunması halinde kişilere göre ayrı ayrı değerlendirme yapılacak ve fiili suç teşkil edenler için ceza davası zamanaşımı süreleri uygulanırken fiili suç teşkil etmeyen kişiler açısından haksız fiil zamanaşımı süreleri uygulanacaktır.²⁹⁴ Bu noktada öğretide yalnızca suçlar açısından BK m.72/2'nin uygulanacağı ve haksız fiilin aynı zamanda bir kabahat oluşturması halinde ceza davası zamanaşımı süresinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle hapis ve adli para cezaları gerektiren suçlar ile idari para cezası gerektiren kabahatlerin dikkatli bir şekilde incelenmesi gerektiği zira haksız eylemin aynı zamanda bir kabahat oluşturması ve kabahate ilişkin daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüş olması halinde bu sürenin haksız fiilden doğan tazminat alacaklarına uygulanmayacağı ileri sürülmüştür. Ancak Yargıtay, suçların yanı sıra Kabahatler Kanunu kapsamında düzenlenen eylemleri ve öngörülen zamanaşımı sürelerini de BK m.72/2 kapsamında değerlendirmektedir.²⁹⁵

²⁹⁴ Oğuzman/Öz, s. 76 vd; Eren, s. 943 vd.

²⁹⁵ Baysal, s. 634 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 61'de yer alan Y. 11. HD. E. 2014/13296 K. 2015/4424 T. 30.3.2015: "Davacı vekili, davalı tarafın 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesinde yasaklanan "hâkim durumun kötüye kullanılması" eylemi sebebiyle aynı Kanunun 57. maddesi uyarınca tazminat talep etmektedir. Söz konusu eylem 4054 Sayılı Kanunun 6. maddesinde "Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hâkim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır" şeklinde düzenlenmiş olup, Kanun'un 16/3. maddesinde "Bu Kanun'un 4, 6 ve 7. maddelerinde yasaklanmış davranışlarda bulunanlara, ceza verilecek teşebbüs ile teşebbüs birlikleri veya bu birliklerin üyelerinin nihai karardan bir önceki mali yıl sonunda oluşan veya bunun hesaplanması mümkün olmazsa nihai karar tarihine en yakın mali yıl sonunda oluşan ve Kurul tarafından saptanacak olan yıllık gayri safi gelirlerinin yüzde onuna kadar İdari para cezası verilir" denilmek suretiyle, söz konusu eylem için nispi idari para cezasının öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Nitekim söz konusu eylem sebebiyle, davacı tarafın 6.8.2008 tarihinde yaptığı başvuru üzerine de Rekabet Kurulu'nun da davalı şirketi 23.12.2009 tarih ve 9.60.1490-379 Sayılı kararıyla nispi para cezasına çarptırdığı anlaşılmaktadır. Davaya konu olaydan ve dava tarihinden önce yürürlüğe giren 30.3.2005 tarih ve 5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun 2. maddesinde, "idari yaptırım" gerektiren eylemlerin "kabahat" niteliğindeki suçlar olarak nitelendirildiği anlaşılmaktadır. 5326 Sayılı Kabahatler Kanunun 16. maddesinde ise "idari para cezası" idari yaptırım türleri arasında sayılmıştır. Yine aynı Kanunun "Soruşturma Zamanaşımı" başlıklı 20/4. maddesinde ise "nispi idari para cezasını gerektiren kabahatlerde zamanaşımı süresi sekiz yıl" olarak belirlenmiştir. Dava ve olay tarihinde yürürlükte bulunan 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nun "Müruruzaman" başlıklı 60/2. maddesinde yer alan "Şu kadar ki zarar ve ziyan davası, ceza kanunları mucibince müddeti daha uzun müruru zamana tabi cezayı müstelzim bir fiilden neşet etmiş olursa şahsi davaya da o müruru zaman tatbik olunur" hükmü uyarınca, kanun koyucu, ceza zamanaşımının BK'daki zamanaşımından daha fazla olduğu durumlarda, hukuk davasına da ceza davasına dair zamanaşımının uygulanması gerektiğini ifade etmektedir. Somut olayda, davacı tarafın tazminatı gerektiren olayı öğrenerek Rekabet Kurumu'na başvurduğu 6.6.2008 tarih ile bu davaya esas 29.10.2012 dava tarihi birlikte değerlendirildiğinde dava zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmaktadır. Davalı tarafın zamanaşımı def'inin yukarıdaki hükümler doğrultusunda değerlendirilmesi gerekirken, yerel mahkemece davanın zamanaşımı sebebiyle reddi kararı doğru olmadığından Dairemizin onama

BK m. 153 ile düzenlenen zamanaşımı durduran sebepler ile BK m. 154 ile düzenlenen zamanaşımını kesen sebepler, haksız fiil nedeniyle açılacak tazminat davalarında iki yıllık normal süre ile on yıllık azami süre açısından uygulama alanı bulacaktır. Fakat kanunda düzenlenen zamanaşımını kesen durumların niteliği gereğince bu durumların gerçekleşmesi ile artık zarar ve tazminat yükümlüsü öğrenilmiş olacağı için on yıllık zamanaşımı süresinin artık bir anlamı kalmayacak ve BK m. 156 uyarınca işleyecek yeni süre iki yıllık zamanaşımına ilişkin olacaktır. BK m. 72/2 gereğince uygulanacak ceza davası zamanaşımı süresinin kesilmesi ve sonuçları Türk Ceza Kanununa tabi olacaktır.²⁹⁶

Daimi def'i, haksız fiil sebebiyle meydana gelen zararı açısından talepleri zamanaşımına uğrayan mağdurun haksız fiil dolayısıyla kendisi açısından bir borç doğmuş olması halinde her zaman bu borcu ifadan kaçınmasını sağlayan bir kaçınma hakkıdır.²⁹⁷

Borçlar Kanununun Rücu İsteminde Zamaşımına ilişkin 73. Maddesine göre; *“(1)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. (2)Tazminatın ödenmesi kendisinden istenilen kişi, durumu birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmek zorundadır. Aksi takdirde zamanaşımı, bu bildirimin dürüstlük kurallarına göre yapılabileceği tarihte işlemeye başlar”*

Madde metninde açıkça belirtildiği üzere; iki yıllık rücu zamanaşımının başlaması için tazminatın tamamen ödenmesi ve birlikte sorumlu olunan kişilerin öğrenilmesi şartlarının birlikte gerçekleşmesi gerekirken on yıllık zamanaşımının başlangıcı için tazminatın tamamen ödenmesi yeterlidir. Tazminatın tamamen ödenmesi deyimi ile ödenmesi gereken meblağın tümünün fiilen ödenmesi kastedilmektedir. BK m. 73/II hükmü ile ödeme yaptıktan sonra rücu isteminde bulunacak kişiye, tazminatın ödenmesi talebi kendisine iletildiğinde bu durumu ileride rücu edebileceği birlikte sorumlu olduğu kişilere bildirmesi yönünde bir yükümlülük getirilmiştir. Kişinin birlikte sorumlu olduğu kişileri bilmemesi halinde bu bildirimi yapamayacağı açık olup kişileri

kararının kaldırılarak mahkemece verilen kararın açıklanan gerekçeyle bozulmasına karar vermek gerekmiştir”.

²⁹⁶ Oğuzman/Öz, s. 79 vd.

²⁹⁷ Oğuzman/Öz, s. 80.; Eren, s. 945 vd.

bilmesine rağmen bildirimini yapmamış ise artık zamanaşımı süresi bildirimin dürüstlük kuralına göre yapılabileceği tarih esas alınarak hesaplanacaktır.²⁹⁸

3.6. TAZMİNAT DAVASI

3.6.1. KONUSU

Tazminat davası, mağdurun veya mağdurların uğradıkları zararı haksız fiilden sorumlu kişi veya kişilerden talep ettikleri eda davasıdır. Tazminat davası ile zararın nakden tazmin edilmesi istenebileceği gibi mümkün olması halinde aynen tazmin de talep edilebilir. Tazmin türünü tayin başlığında detaylı bir şekilde açıklandığı üzere; hâkim, davacının tazminat tarzı talebiyle bağlı olmayıp tazminatın ödenme biçimini durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirleyecektir.²⁹⁹

3.6.2. TARAFLAR

Haksız fiil nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan tazminat davasında davacı, haksız fiil neticesinde zarara uğradığını iddia eden kişi veya kişilerdir. Kural olarak ancak doğrudan zarara uğrayanların dava hakkı var ise de kanun hükmü ile düzenlendiği hallerde yansıma zarara uğrayanların da dava hakları bulunmaktadır. Haksız fiil neticesinde zarara uğrayan kişinin ölümü halinde bu hakkı mirasçılara geçeceği gibi sağlığında da bu hakkını başkasına temlik edebilir ve bu yollarla hakkı elde edenler de ilk alacaklıdan farklı bir durumda olmaksızın dava açabilirler. Zarar veren veya zarar gören kişinin gerçek veya tüzel kişi olabileceği açık olup tüzel kişinin zarar görmesi halinde tazminat davası yetkili organı tarafından tüzel kişi adına açılacaktır.³⁰⁰ Haksız fiilden zarar gören şahıs küçük veya kısıtlı ise mümeyyiz olsa dahi maddi tazminat davasını onun adına kanuni mümessili (veli veya vasi) açar.³⁰¹

Haksız fiilden doğan borç ilişkisinin tarafları, “kusurlu ve hukuka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren” ve “zarar gören”dir. Zarar görenin varlığı zararın varlığına bağlıdır; bu nedenle öncelikle bir zararın doğmuş olması gerekir. Zararın varlığını tespit

²⁹⁸ Baysal, s. 639 vd.; Yağcıoğlu, Ali Haydar: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara, 2014. s. 391 vd.

²⁹⁹ Oğuzman/Öz, s. 69.

³⁰⁰ Oğuzman/Öz, s. 70.

³⁰¹ Reisoğlu, s. 265.

ettikten sonra söz konusu zararın kimin malvarlığında doğduğunun tespit edilmesi gerekir; ancak bu aşama tamamlandıktan sonra zarar görenin kim olduğuna ulaşılır.³⁰²

Tazminat davasında davalı haksız fiilin yol açtığı zararı tazminle yükümlü kişidir.³⁰³ Yani haksız fiili icra edenler, dolayısıyla sorumlu olanlar ve mirasçıları davalı olabilirler. Maddi tazminat davası esas itibariyle haksız fiili yapan kişi veya kişilere karşı açılmakla birlikte yalnızca kusursuz sorumluluk hallerinde görüldüğü üzere başkasının haksız fiilinden sorumlu tutulmuş kişilere karşı da açılabilir. Maddi tazminat davası açılmadan önce veya dava devam ederken davalının ölmesi halinde dava mirasçılarına karşı açılabileceği gibi açılmış bir dava olması halinde mirasçılarına karşı devam edecektir.³⁰⁴ Haksız fiil nedeniyle meydana gelen zarardan birden çok sorumlu bulunması halinde dava müteselsil sorumlulardan birine, birkaçına veya hepsine karşı açılabilir. Anayasa m. 129/5 uyarınca, “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*”. Anayasanın bu hükmü ile kamu görevlisinin haksız fiil teşkil eden idari eylem ve işlemleri nedeniyle bir zararın ortaya çıkması halinde haksız fiilin bütün unsurları gerçekleşmiş olmasına rağmen kamu görevlisine karşı dava açılmayacak, bu dava idare aleyhine açılacak ve idare mağdura tazminat ödemesi halinde kamu görevlisine rücu edecektir. Önemle belirtmek gerekir ki; Anayasa m. 129/5’de düzenlenen durum kamu görevlisinin görevi nedeniyle verdiği zararlara ilişkin olup bunun dışında görevin yapılmasıyla ilgisi olmayan kusurlu eylemlerden dolayı doğrudan zarar verene dava açılabilecektir.³⁰⁵

3.6.3. YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Hukuk Muhakemeleri Kanununun Asliye Hukuk Mahkemelerinin Görevi başlıklı 2. Maddesine göre; *“Dava konusunun değer ve miktarına bakılmaksızın malvarlığı haklarına ilişkin davalarla, şahıs varlığına ilişkin davalarda görevli mahkeme, aksine bir düzenleme bulunmadıkça asliye hukuk mahkemesidir.”*

³⁰² Baysal, s. 44.

³⁰³ Oğuzman/Öz, s. 70 vd.

³⁰⁴ Reisoğlu, s. 266.

³⁰⁵ Oğuzman/Öz, s. 70 vd.

Haksız fiil nedeniyle uğranılan zararın tazmini talebiyle açılacak tazminat davalarına bakmakla kural olarak hukuk mahkemeleri görevliyken idare aleyhine açılacak tazminat davaları açısından idare mahkemeleri görevlidir. Tazminat davalarında genel görevli mahkeme kural olarak asliye hukuk mahkemesidir. Tazminat davası, uyuşmazlığın niteliğine göre asliye ticaret mahkemesi, tüketici mahkemesi veya iş mahkemesi gibi belirlenmiş özel görevli mahkemelerde de görülebilir.³⁰⁶

Hukuk Muhakemeleri Kanununun Haksız Fiilden Doğan Davalarda Yetki başlıklı 16. Maddesine göre; *“Haksız fiilden doğan davalarda, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir.”*

Haksız fiil nedeniyle açılacak maddi tazminat davalarında yetkili mahkeme genel kural olan HMK m. 6 uyarınca davalının yerleşim yeri mahkemesidir. Bunun yanı sıra haksız fiilden doğan davaların niteliği göz önüne alınarak bir kanuni düzenleme yapılmış ve fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu ya da zarar görenin yerleşim yerinin bulunduğu yer mahkemeleri de yetkili kılınmıştır. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunun 110. maddesi de motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar bakımından özel bir yetki kuralı getirmiş ve bu tür davaların sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemeleri ile kazanın meydana geldiği yer mahkemesinde de açılabileceğini belirtmiştir.³⁰⁷

Burada belirtmek gerekir ki; HMK m.16 ile getirilen özel yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olmadığı için kesin olmayan bir özel yetki kuralıdır ve genel yetkili mahkeme olan davalının yerleşim yeri mahkemesinin yetkisini kaldırmaz.³⁰⁸

Hukuk Muhakemeleri Kanununun Davalının Birden Fazla Olması Halinde Yetki başlıklı 7 maddesinin 1. fıkrası uyarınca: *“Davalı birden fazla ise dava, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde açılabilir. Ancak, dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır”*.

³⁰⁶ Baysal, s. 652.

³⁰⁷ Oğuzman/Öz, s. 71 vd.

³⁰⁸ Baysal, s. 650.; Kuru, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2018. s. 65.

Haksız fiilden kaynaklanan maddi zarardan sorumlu birden fazla kişi bulunması halinde bu kişilere karşı açılacak davada yetkili mahkemenin hangisi olacağı konusu tartışmalıdır. Öğretide yer alan bir görüşe göre bu durumda ortak yetkili mahkeme, haksız fiilin işlendiği yer veya zarar meydana geldiği/gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi olmakla birlikte kesin yetki niteliğinde bir ortak yetki söz konusu olduğu için HMK m. 7/I c.2 uyarınca davalılardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açılmayacaktır. Ancak bu görüşün aksine Yargıtay kararlarında ortak yetkinin kesin yetki niteliğinde olmadığını belirtmektedir.³⁰⁹

3.6.4. İSPAT

Medeni Kanunun İspat Yüküne ilişkin 6. maddesine göre; *“Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür.”* Bu genel hükmün bir yansıması olan Borçlar Kanununun Zararın ve Kusurun İspatı başlıklı 50. maddesinin 1. fıkrasına göre; *“Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır.”*

Haksız fiil nedeniyle zarara uğradığını iddia eden davacı davalının sorumluluğu için aranan şartların varlığını ispat etmekle yükümlüdür. Diğer bir deyiş ile haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olayları davacı, savunmaya esas olayları ise davalı ispat edecektir. Hâkim ancak dosyada mevcut bir bilgiyi kendiliğinden değerlendirebileceğinden ve davacının soyut iddiaları ile harekete geçemeyeceğinden, davacı ispat sorumluluğunu hâkime kanaat verecek nitelikteki delillerini dosyaya sunarak yerine getirecektir. Bu şekilde sunulan delillerin değerlendirilmesi neticesinde davacının zararın varlığı gerçeğe çok yakın bir ihtimal olarak görülürse hâkim tarafından zararın belirlenmesi ve tazmini yoluna gidilebilecektir. Yine zararın

³⁰⁹ Pekcanitez, s. 274 vd.; Baysal, s. 651 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 37’de yer alan Y. 11. HD., E. 2013/624 K. 2013/1833 T. 04.02.2013: “Dava, haksız fiile dayalı tazminat davasıdır. Mahkemece, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 7/1. maddesinin 2. cümlesi gereğince davalıların tamamı hakkında ortak yetkili mahkemenin trafik kazasının meydana geldiği Horasan Asliye Ticaret Mahkemesi olup bu yetkinin kesin yetki olduğu gerekçesi ile yetkisizlik kararı verilmiştir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 1. kısım 2. ayırım (5. ila 19. maddeler arası) bölümü yetkiye ilişkin olup bu ayırımda (11, 12/1, 14/2 ve 15/2. maddelerinde) kesin yetkili mahkemeler tek tek gösterilmiş ve bu mahkemelerin yetkisinin kesin olduğu madde metninde açıkça yazılmıştır. Mahkemenin gerekçesinde belirttiği aynı kanunun 7/1. maddesinde ise davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan mahkemenin bulunması halinde davaya o yer mahkemesinde bakılacağı belirtilmiş ise de bu mahkemenin kesin yetkili olduğu yazılmamıştır. Bu maddenin gerekçesinde bu mahkemenin kesin yetkili mahkeme olduğunun yazılı olması, bu maddenin metni ve yetkiye ilişkin diğer hükümlerde kesin yetkinin açıkça belirtilmesi karşısında bağlayıcı olduğu kabul edilemez”.

varlığının ispat edilmesine rağmen miktarının tam olarak ispat edilememesi halinde hâkim BK m.50/2 uyarınca zararın miktarını hakkaniyete göre belirleyecektir.³¹⁰

Haksız fiil sorumluluğunun unsurlarından olan fiil ile zarar arasındaki nedensellik bağı da davacı tarafça ispat edilecektir. Bu ispat yükü meydana gelen zararın, ifa edilen haksız fiilin hayat tecrübelerine ve dosyada bulunan delillere göre elverişli bir sonucu olduğunu yani mantıki nedensellik bağının bulunduğunu ispat etmekle yerine getirilecektir.³¹¹ Yargıtay’ın çeşitli daireleri de haksız fiil nedeniyle tazminata hükmedilebilmesi için fiil ile zarar arasında uygun nedensellik bağına kesin olarak aramakta olup bu bağın varlığını peşin olarak kabul etmemektedir.³¹²

³¹⁰ Oğuzman/Öz, s. 81 vd; Eren, s. 656 ve 822.; Baysal, s. 351 vd. ve aynı sayfada anılan dn. 16’da yer alan Y.H.G.K. 2014/340 E., 2015/1250 K.: “Zararın varlık ve miktarının belirlenmesinde hâkim, geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Ancak, bunun için zarar miktarının gerçek verilere dayalı olarak hesaplanmasının mümkün olmaması gerekir. Hâkimin buradaki takdir yetkisi, zararın ispatına ilişkin delillerin takdiriyle ilgilidir. Hâkimin takdir yetkisi, ispat imkânının makul bir şekilde mevcut olmadığı yerde başlar”.

³¹¹ Oğuzman/Öz, s. 81 vd; Eren, s. 656 ve 822.

³¹² Baysal, s. 357. ve aynı sayfada anılan dn. 42’de yer alan YHGK., E. 2013/1471 K. 2015/888 T. 4.3.2015: “Tazminat hukukunda sorumluluktan söz edilebilmesi için, sadece eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yeterli değildir; eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunması da gerekir. Zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağının bulunup bulunmadığı hususu, her somut olayın kendine özgü yapısı içerisinde bir değerlendirmeye tabi tutulmalıdır (Hukuk Genel Kurulu’nun 03.10.2007 tarih ve 2007/13-642 E., 2007/704 K. sayılı kararı). Yerel mahkemenin açıklanan şekilde bir araştırma ve değerlendirme yapmaksızın, davalının ihmali davranışı ile davacının zararı arasında nedensellik bağı bulunduğunu peşinen kabul etmek suretiyle hüküm kurması ve eksik incelemeye dayalı olarak direnme kararı verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır”; YHGK., E. 2007/13-642 K. 2007/704 T. 03.10.2007: “Çünkü tazminat hukukunda sadece eylemin yasaya veya sözleşmeye aykırı olması yetmez. Bu eylem sonucunda bir zararın doğmuş olması ve zarar ile eylem arasında uygun nedensellik bağı bulunması gerekir. Az yukarıda açıklandığı üzere davalı avukatın vekillik görevini ihmal etmesinde kusurlu davrandığı anlaşılmakta ise de bu kusurdan dolayı davacının bir zararının doğmuş olup olmadığının belirlenmesi zorunludur”. Y. 4. HD., E. 2013/15381 K. 2014/10599 T. 26.6.2014: “davalının davacıya yönelik haksız icra takibi ve haciz yapması nedeni ile kusurlu olduğunda kuşku yoktur. Ancak davacı, devletin taşınmazların ekilip biçilmesi karşılığı ödediği yem ve mazot desteğini alamaması nedeni ile maddi tazminat isteminde bulunmuştur. Davacının tarlalarını ekip biçmesi için traktör gerekli ise de traktör ikamesi mümkün bir eşya olup davacının satın aldığı traktörün davalı tarafından el konulması nedeni ile tarlalarını dört yıl boyunca ekip biçmemiş olması hayatın olağan akışına uygun değildir. Tarlaların ekilip biçilmemesinden dolayı devlet desteği alınamaması ile davalının eylemi arasında uygun illiyet bağı bulunmayıp davacının salt bu nedene dayalı maddi tazminat isteminin reddi yerine kabulüne karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir”. Y. 4. HD., E. 2013/8548 K. 2014/4964 T. 24.3.2014: “Davalılar tarafından gerçekleştirilen ve haksız olduğu saptanan icra takibi ile; ileri sürülen ve mahkemece de hüküm altına alınan maddi zarar arasında, uygun nedensellik bağı bulunmamaktadır.”. Y. 4. HD., E. 2015/5470 K. 2015/7324 T. 4.6.2015: “davalıya isnat edilen hukuka aykırı fiil ile, davacının başkanı olduğu belediyeye proje yardımı verilmemesi ve ayrıca bu yardımın verilmemesi ile personel maaşlarının ödenmemesi arasında uygun nedensellik bağı da bulunmamaktadır.”. Y. 11. HD., E. 2007/1049 K. 2008/6402 T. 15.05.2008: “Oysa ki açıklanan şekilde oluşan davacılar zararı ile davalı bankanın havale yolu ile gelen parayı davacıların istediği anda nakit yetersizliği nedeniyle ödeyememesi arasında uygun bir sebep-sonuç ilişkisi bir başka anlatımla, uygun illiyet bağı bulunmamaktadır”.

Haksız fiil sorumluluğunun diğer unsurlarında olduğu gibi kusur konusunda da ispat yükü davacı üzerinde bırakılmıştır. Ayrıca BK m. 59 uyarınca; fail geçici olarak ayırt etme gücünü kaybettiği esnada verdiği zararlardan kaynaklanan sorumluluğundan kurtulmak için ayırt etme gücünü kusursuz olarak kaybettiğini ispat etmelidir.³¹³

3.6.5. KARAR

Hâkim, sorumluluğa ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini yukarıda belirtilen esaslar çerçevesinde inceledikten sonra nihai kararını verecektir. Hâkimin tazminata hükmetmesi halinde tazminat olarak belirlediği miktar davalının talebini aşamayacaktır. Ancak tazminat davası HMK m.107 uyarınca belirsiz alacak davası olarak açılmış ise dava açılırken belirtilen asgari miktar hâkimi bağlamayacak ve dava sonunda tespit edilen tazminat miktarının daha fazla olması halinde hâkim bu yönde hüküm tesis edilebilecektir. Ancak davacı zararın bir kısmına ilişkin haklarını saklı tutarak diğer bir kısmı için dava açmış ise bu durumda hâkim ancak talep edilen kısım için hüküm verebilecektir. Davacı, zararın saklı tuttuğu kısmı açısından zamanaşımı süresi içerisinde dava açabilecek ancak ilk açılan dava saklı tutulan kısım bakımından zamanaşımı kesmeyecektir. İlk dava ile ikinci davanın talep konuları farklı olduğundan ilk dava ikinci dava açısından kesin hüküm teşkil etmez ancak haksız fiilin zarar dışındaki şartları açısından kesin delil teşkil edecektir. Burada belirtmek gerekir ki; HMK m.109/2 uyarınca dava ile ileri sürülen talep konusunun miktarının, taraflar arasında tartışmasız veya açıkça belli olması durumunda kısmi dava açılmayacaktır.³¹⁴ Öğretide, kısmi dava açılması ile saklı tutulan kısım açısından zamanaşımının kesilmemesi nedeniyle bu durumda en avantajlı yolun belirsiz alacak davası açmak olduğu belirtilmiştir.³¹⁵

Borçlar Kanunun Tazminat Hükümünün Değiştirilmesine ilişkin 75. maddesine göre; “*Bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir*”.

³¹³ Oğuzman/Öz, s. 81 vd; Eren, s. 656 ve 822.

³¹⁴ Oğuzman/Öz, s. 133.

³¹⁵ Baysal, s. 657 vd.; Pekcanitez, s. 1015; Simil, Cemil : Belirsiz Alacak Davası, İstanbul, 2013. s.113 vd.

Bedensel zararların incelendiği bölümde detaylı bir şekilde açıklandığı üzere; bu zararların gelecekteki zarar nitelikleri gereğince karar tarihinde tam olarak belirlenebilmesi her zaman mümkün olmadığından, beden bütünlüğünün ihlali sebebiyle uğranılan zararların tazmini davalarında hâkime kararını kesinleşmeden itibaren iki yıl içinde değiştirebilme yetkisini saklı tutma imkânı verilmiştir. Hâkim, ilgili kararında bu değiştirme yetkisini saklı tutmamış ise artık bu hüküm hakkında değiştirilmesi talepli dava açılmayacak ve yeni zararların tazmini istenemeyecektir. Fakat hâkim kararını değiştirme yetkisini saklı tutmuş olmasa bile ilk dava açıldığı tarihte tahmin edilemeyen gelişmeler sonucu yeni zararların doğması halinde zamanaşımı süresi içerisinde bu yeni zararlara ilişkin tazminat davası açılabilecektir. Öğretide bu duruma örnek olarak yaralama sebebiyle açılan tazminat davasının karara bağlanmasının ardından gelişen ölüm nedeniyle açılan destekten yoksun kalma ve diğer zararlara ilişkin davalar gösterilmektedir. Hâkim tarafından tazminat hükmünün değiştirilmesi yetkisi saklı tutularak verilen karar, zararda azalma olması halinde davalıya, zararda artış olması halinde ise davacıya, tazminat hükmünün değiştirilmesine yönelik bir dava açma hakkı verir. Hükmün değiştirilmesine yönelik dava önceki kararı veren mahkemede açılacaktır. Davacı ve davalı tarafça böyle bir dava açılmaması halinde hâkim önceki kararını re'sen kendiliğinden gözden geçiremeyecek ve değiştiremeyecektir.³¹⁶

Borçlar Kanunun Geçici Ödemeye ilişkin 76. Maddesine göre; “(1)Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. (2) Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir”.

BK m.76 hükmü ile hâkime, madde metninde belirtilen özel şartların gerçekleştiğini tespit etmesi halinde davalının davacıya bir miktar geçici ödeme yapmasına karar verebilmesi konusunda yetki tanınmıştır. Uygulamada davaların çok uzun sürmesi ve bunun bazen davanın sonuçlanmasını bekleyen davacının zorlu şartlar altında yaşamaya mecbur bırakılması gibi sonuçlar doğurması nedeniyle böyle bir koruyucu tedbir getirilmiştir. Normal şartlarda uzun dava süreci sonucunda belirlenecek tazminatı faiziyle birlikte ödeyecek olan fail, böyle bir geçici ödeme yapması halinde

³¹⁶ Oğuzman/Öz, s. 134 vd.

ödediği miktar açısından faiz yükünden kurtulacağından bu hüküm fail lehine de sonuçlar doğurabilmektedir. BK m. 76 hükmü uyarınca geçici ödemeye karar verilebilmesi için; zarar görenin geçici ödemeyi talep etmesi, ekonomik durumunun böyle bir tedbiri gerektirmesi ve iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı delilleri dosyaya sunmuş olması gerekmektedir. Haklılığı gösteren inandırıcı delillerin kesin delil niteliği taşıması gerekmemekte olup hâkimin yapacağı ilk değerlendirme sonucunda dava konusu talebin büyük ihtimalle haklı olduğunu ispata yeterli olması aranmaktadır. Zarar görenin ekonomik durumunun geçici ödemeyi gerektirmesi hali değerlendirilirken ise kişinin haksız fiil nedeniyle kendisinden katlanması beklenemeyecek ölçüde zor durumda kalacak olması yeterli olup geçici ödeme yapılmazsa ekonomik yıkıma uğrayacak olması veya hayati tehlikeyle karşı karşıya kalacak olması gibi durumlar aranmaz. Son olarak yukarıda belirtildiği üzere davacı geçici ödemeye ilişkin talepte bulunmalıdır zira hâkim talep olmaksızın re'sen böyle bir karar veremeyecektir. Ancak ödeme talep edilmesine rağmen miktar belirtilmemiş ise hâkim bu durumda talebi inceleyerek miktarı tayin edebilecektir. Ayrıca öğretide her ne kadar madde hükmünde belirtilmiş olmasa dahi hâkimin geçici ödemeye karar verirken davalının durumunu da göz önünde tutması gerektiği belirtilmiştir. Zira hâkimin, davalıyı büyük bir zorluğa sokacak nitelikte bir geçici ödemeye karar vermesi halinde bu durum taraflara eşit davranma yükümlülüğüne aykırılık teşkil edebilecektir. Hâkimin, dava sonucunda çıkmasını muhtemel gördüğü tam tazminatı aşacak şekilde bir geçici ödemeye hükmedemeyeceği açıktır. BK m.76/2 hükmü ile de iade konusu düzenlenmiş olup yapılacak iade için davalının ayrıca bir dava açmasına gerek olmaksızın iade hususu geçici ödemeye karar veren hâkim tarafından nihai hükümde karara bağlanacaktır.³¹⁷

Geçici ödemelerin hukuki niteliği tartışmalı olup öğretideki bir görüşe göre; usul hukukuna ilişkin hükümlerin derhal uygulanması kuralına paralel olarak Yürürlük Kanunu m.7'de belirtildiği üzere görülmekte olan davalara da uygulanacağı belirtilen geçici ödeme imkânı bu özelliğinin yanı sıra bir dava konusu yapılamayıp yalnızca açılmış bir davada tedbir olarak talep edilebileceğinden ihtiyati tedbir niteliğindedir.³¹⁸

³¹⁷ Oğuzman/Öz, s. 135 vd.

³¹⁸ Baysal, s. 656.

3.6.6. CEZA HUKUKU KURALLARININ VE CEZA MAHKEMESİ KARARININ ETKİSİ

Borçlar Kanununun Yargılamanın Ceza Hukuku ile ilişkini düzenleyen 74. maddesine göre; *“(1)Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.(2) Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz”*.

Haksız fiil nedeniyle meydana gelen zararın tazmini amacıyla açılan tazminat davasında, zarar verenin ayırt etme gücü ve kusuru bulunup bulunmadığı Ceza Hukuku kurallarına göre değil Medeni Hukuk esaslarına göre hâkim tarafından belirlenecektir. Yine haksız fiilin bir suç teşkil etmesi halinde açılacak olan ceza davasında mahkemece verilecek beraat kararının da hukuk mahkemesinde görülen tazminat davasına bakan hâkimi bağlamayacağı hüküm altına alınmıştır. Öğretide bir görüşe göre; tüm beraat kararlarının bu kapsamda değerlendirilmesi hatalıdır. Bu görüşe göre; fiilin suç oluşturmaması, ceza hukukunda aranan nedensellik bağının bulunmaması veya sanığın fiili işlediğine dair yeterli delil bulunmaması nedeniyle verilen beraat kararları açısından bağlayıcılık olmaması doğru ise de sanığın kendisine isnat olunan fiili işlemediği gerekçesiyle verilen beraat kararının hukuk hâkimini bağlaması gerekir. Her durumda tazminat davasına bakan hâkimin ceza mahkemesince verilen beraat kararından farklı doğrultuda bir karar vermesi halinde bunun sebeplerini açıklaması gerekmektedir. Aynı fiil nedeniyle ceza mahkemesinde yargılama yapılması ve sanığın mahkûmiyetine karar verilmesi halinde ise fiilin sanık tarafından işlendiği ve suç teşkil ettiği konularında hukuk hâkimini bağlayacağı kabul edilmektedir. Ancak bu durumda dahi hukuk hâkimi, verilen mahkûmiyet kararında kabul edilen kusur ve derecesi açısından ceza mahkemesi kararı ile bağlı olmayacaktır. Yine bu kapsamda suç teşkil eden haksız fiil nedeniyle hukuk hâkimince bakılan tazminat davasında yargılama sürdürülürken ve karar verilirken ceza mahkemesinin karar vermesi beklenmek zorunda değildir.³¹⁹

3.7. MÜTESELSİL SORUMLULUK VE SEBEPLERİN YARIŞMASI

3.7.1. SEBEPLERİN YARIŞMASI

³¹⁹ Oğuzman/Öz, s. 82 vd; Eren, s. 934 vd.

Borçlar Kanununun Sorumluluk Sebeplerinin Çokluğu Halinde Sebeplerin Yarışmasını düzenleyen 60. maddesine göre; “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir. Hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*”

Borçlar Kanununun 60. maddesinde düzenlenen sorumluluk sebeplerinin çokluğu halinde yarışacak sebeplerden biri borca aykırılık diğeri haksız fiil veya biri kusura dayanan sorumluluk diğeri kusursuz sorumluluk olabileceği gibi her ikisi de farklı hükümlerle düzenlenmiş kusursuz sorumluluk sebepleri olabilir.³²⁰ Zarar verici fiilin hem haksız fiil hem de borca aykırılık oluşturması halinde borca aykırılık esasına göre mi yoksa haksız fiil esasına göre mi sorumluluğa gidilmesi gerektiği net olmayıp bu konudaki hâkim görüş bu durumda sebeplerin yarışacağını ve mağdurun dilediği esasa dayanabileceğini kabul etmektedir.³²¹

Hukuk Muhakemeleri Kanununun Hukukun Uygulanması başlıklı 33. Maddesine göre; “*Hâkim, Türk hukukunu resen uygular.*” Bu hüküm uyarınca hâkim tarafların ileri sürdüğü veya dayandığı hukuki sebeplerle bağlı olmaksızın somut olaya göre uygulanacak hukuk kurallarını belirleyecektir.³²² Bu nedenle hâkim, BK m.60 hükmünü de dikkate alarak zarar görenin aksine talebi olmadıkça, somut olayda mevcut olan birden fazla sebepten hangisinin en iyi giderim imkânı sağladığını tespit edecek ve o sorumluluğa ilişkin kuralları uygulayacaktır. Hâkim, somut olayda mevcut olan sebeplerden en iyi giderim imkânı verdiğinden bahisle seçtiği sorumluluk esasını ve ona ilişkin kuralları bir bütün olarak uygulayacak olup bu aşamadan sonra mevcut olan ancak devre dışı bırakılan diğer sebebe ilişkin bazı kuralları daha iyi giderim sağladığından bahisle onları uygulayamayacaktır.³²³

³²⁰ Oğuzman/Öz, s. 293.

³²¹ Oğuzman/Öz, s. 294 vd.; Eren, s. 1264 vd.; Tandoğan, s. 537.

³²² Baysal, s. 597.; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul, 2018, s. 1146 vd.

³²³ Oğuzman/Öz, s. 295.; YHGK., E. 2017/569 K. 2018/413 T. 28.2.2018: “Ayıplı maldan kaynaklanan sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabilme imkânının bulunduğu durumlarda, aksine bir talebi olmadıkça tüketicinin en iyi şekilde tazminat hakkını elde edebileceği sorumluluk hükümlerine göre karar verilmesi gerekir. TBK’nın 60’ıncı maddesinde yapılan düzenleme uyarınca “Bir kişinin sorumluluğu birden çok sebebe dayandırılabilir. Hâkim zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” Yapılan bu düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere hakların yarışması veya sorumluluk sebeplerinin yarışması durumunda tüketici lehine en fazla hak sağlayan hükümlerin uygulanması zorunludur”

BK m. 60 uyarınca sebeplerin yarışması ve davacının en iyi giderimi sağlamayan sorumluluk esasını tercih etmesi halinde nasıl bir yol izleneceği hakkında öğretide birbirine zıt iki görüş bulunmaktadır. Bir görüşe göre; davacının davasını dayandırdığı esası belirlemesi kanundaki ifadesiyle zarar göreninin aksini istemesi niteliğinde olduğundan bu aşamanın ardından hâkimin şartları gerçekleşmiş olan bu esas dışında başka bir esasa göre karar vermesi mümkün değildir. Ancak davacının talep ettiği sorumluluk esasının gerçekleşmediğinin ve diğer esasa ilişkin şartların gerçekleştiğinin tespit edilmesi halinde hâkim HMK m.33 ve BK m.60 hükümleri kapsamında hukuki sebebi belirleyerek kararını verebilecektir.³²⁴ Diğer görüşe göre ise; BK m.60 hükmü ile zarar görene verilen bu hak, ana ilke konumunda olan ve hâkime hukuku uygulamaya ilişkin münhasır bir hak tanıyan HMK m.33 hükmünü devreden çıkartmamakta veya sınırlamamakta olduğundan görmezden gelinmelidir. Zira hâkim HMK m. 33’de yer verilen ilke uyarınca yalnızca talep sonucu ile bağlı olup davacının dayandığı hukuk kuralları ve talep temelleri ile bağlı değildir.³²⁵

İki ayrı sorumluluk esasına dayanan bir zararın varlığı nedeniyle zararın iki defa tazminine karar verilemeyeceği açıktır. Ancak eğer fiil mahkemece karar verildiği sorumluluk esasının dışında başkaca zararlar da meydana getirmiş ise bu başkaca zararların tazmini açısından diğer sorumluluk esasının şartları sağlaması halinde bu esasa göre ayrıca talep edilebilecektir.³²⁶

Öğretide bir görüş; kusura dayanan haksız fiil sorumluluğuna yol açacak bir davranıştan doğan zarardan failin kusur aranmayan bir sebeple de sorumlu olması halinde gerek kusursuz sorumluluk halinin kusura dayanan sorumluluk haline göre

³²⁴ Oğuzman/Öz, s. 295 vd.

³²⁵ Baysal, s. 599.; Buz, Vedat: Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler, BATİDER 2013 C.XXIX, s. 53; Serozan, Rona: Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2018. I § 5, N. 60; Y. 13. HD., E. 2015/6614 K. 2015/27247 T. 17.09.2015: “Sözleşmeden doğan sorumluluk ile diğer sorumluluk sebeplerinin birlikte bulunması halinde hakların yarışması söz konusu olur. Davacı dilekçesinde hangi sorumluluk nedenine dayandığını açıkça bildirmediği için hâkim bununla bağlı değildir. Maddi olayları açıklamak tarafa, hukuki vasıflandırmayı yapmak ise hâkime aittir. Hâkim davaya uygulanacak hukuksal nedeni resen araştırıp uygulamakla mükelleftir. Uygulanacak kanun maddelerinin eksik ya da yanlış göstermesi önemli olmayıp bu konuda tarafların bildirdiği hukuki sebeple de bağlı değildir (HMK’nun 33. maddesi). Bu durumda davanın açıldığı tarihte yürürlükte olan TBK 60. maddesinde “Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabilir hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.” düzenlemesine yer verilmiş ise de sözleşmeden doğan talebi ileri sürme imkânı varken sebepsiz zenginleşme gerçekleşmeyeceğinden bu şartlara göre inceleme yapılamaz. Başka deyişle sözleşmeden kaynaklanan bir borcun ifası ile sebepsiz zenginleşmenin iadesi taleplerinin yarışması mümkün görünmemektedir”.

³²⁶ Oğuzman/Öz, s. 296.; Eren, s. 1264 vd.

mağdurun lehine olması gerekse özel hüküm niteliğinde olması nedeniyle kusursuz sorumluluk hükmünün uygulanacağını, failin kusurlu davranışının ise ancak eklenen kusur olarak dikkate alınacağını savunmaktadır.³²⁷ Yine öğretide; bir sorumluluk sebebinin diğerini kapsayacak şekilde özel olarak düzenlemiş olması halinde sadece özel hükmün uygulanacağı belirtilmiştir. Bu duruma örnek olarak; motorlu araç işletenin yardımcılarının kusurlarından sorumluluğunun özel olarak düzenlendiği KTK m. 85 ve 86 hükümlerin kapsamına giren durumlarda artık adam çalıştıranların sorumluluğuna ilişkin BK m. 66 hükmünün uygulanamayacağı gösterilmiştir.³²⁸ Böylesi durumlarda hâkim de BK m. 60 kapsamında yetkisini kullanarak farklı bir sorumluluk esasına göre değerlendirme yapamayacaktır. Zira BK m.60 kanunda aksi öngörülmedikçe hâkime bu yetkiyi tanımış olup bahsedilen durum kanun tarafından aksi öngörülen bir durum olarak kabul edilmektedir. Bu görüşe göre zarar verenin sorumluluğu, birbirini dışlamayan birden fazla kusursuz sorumluluk halinin kapsamına girmekte ise bu durumda bu sorumluluklara dayanan talepler yarışacaktır.³²⁹

3.7.2. MÜTESELSİL SORUMLULUK

Birden fazla kişinin haksız fiilin işlenmesine katılmaları ya da haksız fiil neticesinde meydana gelen zarardan her birinin ayrı sebeplerle sorumlu olmaları durumunda müteselsil sorumluluk olarak adlandırılan ve zararı birden çok şahsın tazmin etme yükümlülüğünü doğuran durum meydana gelmektedir.³³⁰

818 sayılı Borçlar Kanununda birden fazla kişinin aynı zarardan dolayı sorumluluğu tam teselsül ve eksik teselsül olmak üzere iki ayrı tür olarak düzenlenmiştir. Tam teselsül, birden fazla kişinin haksız fiilin işlenmesine katılmalarını ifade etmekte iken eksik teselsül haksız fiil neticesinde meydana gelen zarardan her bir kişinin ayrı sebeplerle sorumlu olduğu durumları ifade etmektedir. 6098 sayılı Borçlar Kanunu ise tam teselsül eksik teselsül ayrımını kaldırarak her iki durumu da aynı madde içerisinde düzenlemiş ve aynı hükümlere tabi tutmuştur. Bunun yanı sıra 6098 sayılı kanun müteselsil borçluların dış ve iç ilişkilerini de düzenlemiştir. Bu şekilde eski kanundan farklı olarak haksız fiil işleyenlerin görevleri açısından özel bir ayırım yapılmaksızın zararlar uygun nedensellik bağı içerisinde bulunan tüm hukuka

³²⁷ Oğuzman/Öz, s. 296 vd.; Tandoğan, s. 8.

³²⁸ Oğuzman/Öz, s. 297.; Eren, s. 809 vd.

³²⁹ Oğuzman/Öz, s. 298.

³³⁰ Oğuzman/Öz, s. 298.; Eren, s. 915 vd.

aykırılıkların müteselsil sorumluluk meydana getireceği belirtilmiştir. Ayrıca burada belirtmek gerekir ki; BK m. 61 ve 62 ile kanundan doğan özel bir müteselsil sorumluluk durumu düzenlenmiş olmakla birlikte müteselsil sorumluluğa ilişkin genel hükümler olan Borçlar Kanununun 162 ila 168. maddeleri arasında yer alan özel düzenlemelerin niteliğine ters düşmedikçe bu hususlarda da uygulanacaktır.³³¹

3.7.2.1.MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN DOĞUMU

Borçlar Kanununun müteselsil sorumluluk halinde dış ilişkiyi düzenleyen 61. maddesine göre; *“Birden çok kişi birlikte bir zarara sebebiyet verdikleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu oldukları takdirde, haklarında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümler uygulanır.”*

Madde metninde açıkça belirtildiği üzere birden fazla kişinin “birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri” veya “aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olmaları” durumlarında müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır.

Eski kanun döneminde tam teselsül olarak da adlandırılan birlikte zarara sebebiyet verme, zararı meydana getiren haksız fiilin işlenmesine katılmış olmayı ifade etmektedir.³³² Öğretide hâkim olan görüşe göre; birlikte zarar veren kişiler, kasıtlı hareket etmeseler yani hukuka aykırı davranmayı ve bununla başkasına zarar vermeyi istemiş olmasalar dahi gerekli tedbirler alınmadan yapılan eyleme isteyerek katılmış olmaları halinde ortak kusur nedeniyle haksız fiile katılma durumu gerçekleşecektir.³³³ Buna paralel olarak birbirinden habersiz olarak yani katılma durumu olmaksızın iki fiilin birlikte bir zarara sebebiyet vermesi halinde ise artık ortak kusurdan söz edilemeyeceğinden bu fiiller bu kapsamda değerlendirilmeyecektir.³³⁴

Eski kanun döneminde eksik teselsül olarak da adlandırılan aynı zarardan çeşitli sebeplerle sorumlu olma, haksız fiil neticesinde bir kişinin uğradığı zarardan birden çok kişinin farklı sebeplerle tazmin yükümlüsü olmasını ifade etmektedir. Madde metninde geçen çeşitli sebepler kavramı ile haksız fiil sorumluluğu, sözleşmeden doğan sorumluluk veya kusursuz sorumluluk halleri kastedilmektedir. Zararı tazminle yükümlü tutulan kişilerin eylemlerinin birinin diğerine bağımlı olması şart koşulmadığı

³³¹ Oğuzman/Öz, s. 298 vd.; Hatemi/Gökyayla, s. 202 vd.

³³² Oğuzman/Öz, s. 301 vd.

³³³ Oğuzman/Öz, s. 302.; Eren, s. 920.; Tandoğan, s. 370 vd.

³³⁴ Oğuzman/Öz, s. 302.

gibi birbirlerinin davranışlarından haberdar olmaları da aranmaz. Mağdur, farklı sebeplerle zararı tazmin etme yükümlülüğü bulunanların birinden veya hepsinden zararını talep edebileceği gibi işlerinden seçtiği bir kaçından da talep edebilir.³³⁵

3.7.2.2.MÜTESELSİL SORUMLULUĞUN SONUÇLARI

a. Dış İlişkideki Sonuçları

BK m. 61 uyarınca birlikte zarar veren kişilerin hepsi, ortak kusura katılma payları ve rolleri dikkate alınmaksızın haksız fiil neticesinde meydana gelen zarardan müteselsilen sorumludur. Kişilerin sorumluluğu açısından önemli olan kendileri açısından kabul edilen ortak kusurlu fiil ile meydana gelen zararın uygun nedensellik içerisinde bulunması olup aynı şekilde aralarından bir kişinin fiilinin birlikte hareket iradesi dışına çıkması durumunda da o fiilin meydana getirdiği zarardan yalnızca o kişi sorumlu olacaktır. Farklı sebeplerle zarardan sorumluluk halinde ise yukarıda belirtildiği üzere zararı tazminle yükümlü tutulan kişilerin eylemlerinin birinin diğerine bağımlı olmaması ve birbirlerinin davranışlarından haberdar olmaları şartının aranmaması dışında sonuçları aynıdır.³³⁶

Her iki tür açısından da müteselsil sorumlulardan her birinin zararın tamamından sorumlu olduğu açıktır. Ancak zararın tamamından sorumlu olmak, haksız fiil neticesinde meydana gelen zararın tamamının tazmin edileceği anlamına gelmemekte olup BK m. 51 ve 52 uyarınca belirlenecek tazminattan sorumlu olunacağı anlamına gelmektedir. Buna karşılık, müteselsil sorumlulardan her biri ortak kusurları nedeniyle dış ilişkide bir bütün olarak değerlendirilmekte ve zarar açısından diğerlerinin fiillerinden de sorumlu tutulmaktadırlar. Diğer bir deyiş ile; kişi kendi kusurunun hafif olduğundan bahisle sorumluluğunun da azaldığını ileri sürememektedir.³³⁷ Öğretide bir görüş bu duruma karşı çıkmakta ve sorumluların kişisel def'ilerinin dış ilişkide mağdura karşı da ileri sürülebileceğini ve dolayısıyla hafif kusurlu failin mağdura karşı sorumluluğunun azaltılabileceğini ileri sürmektedir.³³⁸

Müteselsil sorumluluğun varlığı halinde mağdurun zararını, sorumluların birinden, bir kaçından veya hepsinden talep edebileceği açık olup mağdurun davasını

³³⁵ Oğuzman/Öz, s. 302.; Tandoğan, s. 378 vd.; Nomer, s. 179.

³³⁶ Oğuzman/Öz, s. 303 vd.

³³⁷ Oğuzman/Öz, s. 304.; Tandoğan, s. 315.; Nomer, s. 176 vd.

³³⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 701, 702; Eren, s. 926-927.; Hatemi, s. 121 vd.

açarken müteselsil sorumluluktan söz etmemiş olması ihtimalinde hâkimin BK m.61'i re'sen uygulayıp uygulayamayacağı tartışmalıdır. Öğretide, hâkimin sorumluluk sebebini re'sen belirleyebileceği görüşünden hareket edilmesi halinde BK m.61'i kendiliğinden uygulayabileceği belirtilmektedir.³³⁹

Müteselsil borçluluk durumunu düzenleyen genel hükümlerden olan BK m.166/1 uyarınca; müteselsil borçlulardan birinin yaptığı ödeme miktarınca diğer sorumlular da sorumluluktan kurtulacaktır. Müteselsil sorumlulardan her birinin zararın tamamından sorumlu olması, aynı zararın her biri tarafından ayrı ayrı ödeneceği anlamına gelmemekte olup tazminatın tamamı alınıncaya kadar bakiye miktardan sorumlu olmaları anlamına gelmektedir. Sorumlulardan birinin mağdura yaptığı ödemenin diğerlerini de ödeme oranında sorumluluktan kurtarmasına karşılık sorumlulardan birinin ödeme dışında sorumluluktan kurtulmasından diğerlerinin yararlanıp yararlanmayacağı somut olayın özelliğine göre belirlenecektir. BK m.166/3 ile mağdurun müteselsil sorumlulardan birini ibra etmesi hali düzenlenmiş olup bu durumda diğer sorumluların ancak ibra edilen kişinin iç ilişkideki sorumluluğu kadar bir borçtan kurtulacakları düzenlenmiştir.³⁴⁰

b. İç İlişkideki Sonuçları

Borçlar Kanununun müteselsil sorumluluk halinde iç ilişkiyi düzenleyen 62. Maddesine göre; *“(1)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.(2)Tazminatın kendi payına düşeninden fazlasını ödeyen kişi, bu fazla ödemesi için, diğer müteselsil sorumlulara karşı rücu hakkına sahip ve zarar görenin haklarına halef olur”*.

BK m. 62 hükmü ile hâkime, tazminatın müteselsil sorumlular arasında paylaştırılması konusunda bir takdir yetkisi verilmiş ve yetkisini bütün durum ve koşullar ile sorumlulardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattığı tehlikenin yoğunluğunu dikkate alarak kullanması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla hâkim bu kriterleri göz önünde tutarak müteselsil borçluların iç ilişki açısından

³³⁹ Oğuzman/Öz, s. 305.

³⁴⁰ Oğuzman/Öz, s. 306.

sorumluluklarını belirleyecek ve borcu kısmen veya tamamen ödeyen bir müteselsil sorumlu bulunması halinde bu kişinin diğerlerine rücu edip edemeyeceğine karar verecektir. Hâkim tarafından tazminattan sorumluluk oranları ve rücu imkânı belirlenirken yukarıda belirtilen kriterler dikkate alınarak hakkaniyetli bir paylaşım gereği bazı sorumlulara düşük oranda kusur izafe edilebilecektir. Ancak hâkimin somut olay açısından müteselsil sorumlu olarak değerlendirilen kişilerden biri veya birkaçını iç ilişkide tamamen sorumluluktan kurtaracak şekilde bir değerlendirme yapması mümkün değildir.³⁴¹

Haksız fiil neticesinde zararın meydana gelmesinin ardından bir başka kişinin fiili bu zararın artmasına sebep olmuşsa bu durumda yeni zarar nedeniyle ilk fiili gerçekleştiren kişilerin ikinci fiili gerçekleştiren kişi ile birlikte müteselsilen sorumlu olup olmayacağı uygun nedensellik bağının varlığına göre değerlendirilecektir. Zarara neden olan ilk fiili işleyen haksız fiil sorumlularının fiili ile yeni zarar arasında uygun nedensellik bağının varlığı halinde yeni zarardan ikinci fiili işleyen kişi ile birlikte müteselsilen sorumlu tutulacaklardır. Diğer bir deyiş ile önceki sorumlular yeni zarar da dâhil tüm zarardan sorumlu olacakken sonraki fiili gerçekleştiren kişi yalnızca yeni zarardan müteselsilen sorumlu olacaktır. Aksi durumda ise yani sonraki fiilin önceki sorumlular bakımından nedensellik bağı kesmesi halinde ise önceki sorumluların sonraki fiilden doğan zarardan bir sorumlulukları bulunmayacaktır.³⁴²

Birden çok kişinin aralarında birlikte hareket etme iradesi bulunmadan zarara sebep olmaları veya zarardan birden çok kişinin aynı sebeple kusursuz sorumlu olmaları halinde bu kişilerin sorumluluğu hakkında kanunda açık bir düzenleme yapılmamış olup bu konuda öğretide yer alan bir görüşe göre BK m.61'in kapsayıcı ifadesi nedeniyle bu durumlarda da müteselsil sorumluluk hükümleri kıyasen uygulanmalıdır.³⁴³

3.7.3. KARŞILIKLI SORUMLULUK

Birden çok kişinin kendi sorumluluklarına da yol açan bir olay nedeniyle zarara uğramaları durumunda karşı tarafın zararı bakımından sorumlu kendi zararı bakımından mağdur olduğu durumlar meydana gelmekte ve bu durum karşılıklı sorumluluğu ortaya çıkmaktadır. Böylesi hallerde tarafların sorumluluğuna yol açan durumun niteliği göz

³⁴¹ Oğuzman/Öz, s. 306 vd.

³⁴² Oğuzman/Öz, s. 308.

³⁴³ Oğuzman/Öz, s. 309.

önüne alınarak değerlendirme yapılması gerekmektedir. Her iki tarafın sorumluluğu da haksız fiil nedeniyle oluşmuş ise her birinin kusur derecesi karşı tarafın zararının tazmini bakımından birlikte kusur olarak dikkate alınacaktır. Bir tarafın sorumluluğu haksız fiil nedeniyle diğer tarafın sorumluluğu ise kusursuz sorumluluk nedeniyle oluşmuş ise haksız fiilin faili karşı tarafın zararını BK m. 49 uyarınca tazmin ederken zararın meydana gelmesinde karşı tarafın etkisi indirim sebebi olarak göz önüne alınacaktır. Buna karşılık kusursuz sorumluluğa tabi olan kişi ise karşı tarafın zararını ilgili kusursuz sorumluluk maddesi gereği tazmin ederken karşı tarafın etkisi birlikte kusur olarak değerlendirilip indirim sebebi olarak göz önüne alınacaktır. Tarafların her ikisinin de kusursuz sorumluluk esaslarına tabi olması halinde ise her biri karşı tarafın zararını kendisinin tabi olduğu kusursuz sorumluluk maddesine göre tazmin edecek ancak karşı tarafın etkisi kendi tazminat talebi bakımından indirim sebebi olarak göz önüne alınacaktır.³⁴⁴

Öğretide karşılıklı sorumlu olan kimselerin birbirlerine karşı zararlarının tazmini talebiyle açmış oldukları davalarda her birinin diğerine ödemesi gereken tazminat miktarının kendi alacağı tazminat miktarı ile takas edilmesi ve lehine bakiye alacak kalan taraf açısından zararın tazminine karar verilmesi gerektiği belirtilmekte ve böylece ödeme güçlüğü bulunan tarafa karşı diğer tarafın korunmuş olacağı ifade edilmektedir. Taraflardan yalnızca birinin dava açması ve karşı tarafın da takası def'i olarak ileri sürmesi halinde de aynı şekilde bir uygulama yapılması gerektiği savunulmakta ancak karşı tarafça takas def'inin ileri sürülmemesi halinde hâkimin bu durumu re'sen göz önünde bulunduramayacağı belirtilmektedir.³⁴⁵

³⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 310 vd.

³⁴⁵ Oğuzman/Öz, s. 312.

SONUÇ

Haksız fiil sorumluluğunun tanımı, unsurları ve sonuçları Borçlar Kanununun 49-76 maddeleri arasında düzenlenmiş olup haksız fiilin genel tanımını ve unsurlarını içeren BK m.49 hükmüne göre; kusurlu ve hukuka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişi bu zararı gidermekle yükümlü tutulmuştur. Haksız fiil sorumluluğunun düzenlenmesinde kusur, sebep olma, tehlike, kontrol ve yararlanma, hakkaniyet ve fedakârlığın denkleştirilmesi gibi esaslar etkilidir.

Haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurları olarak da adlandırılan ve kusura dayanan sorumluluğun doğabilmesi için kümülatif olarak gerçekleşmesi gereken unsurlar, öğretide farklı gruplandırmalara tabi tutulmuşlar ise de temelde hukuka aykırılık, fiil, zarar, nedensellik bağı ve kusur olarak sıralanmıştır. Bu unsurlar birinin dahi gerçekleşmemesi halinde sorumluluğun doğmayacak olması nedeniyle oldukça önemlidir.

Bu kapsamda hukuka aykırılık konusunda ileri sürülen teorilerden Objektif Teorinin gerek hakkaniyetli bir sonuca varmak açısından en uygun araç olduğu gerek kusur unsuru ile hukuka aykırılık unsurunun ayrımını net bir şekilde ortaya koyduğu görülmektedir. Yine bu konuda önemli bir diğer başlık ise hukuka aykırılığı ortadan kaldıran haller olup Borçlar Kanununun 63. maddesi ile açık bir şekilde düzenlenen zarar görenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar, zarar verenin davranışının haklı savunma niteliği taşıması, yetkili kamu makamlarının müdahalesinin zamanında sağlanamayacak olması durumunda kişinin hakkını kendi gücüyle koruması veya zorunluluk hâllerinde fiil artık hukuka aykırı sayılmayacak diğer bir deyiş ile hukuka uygun hale gelecektir. Tüm bu hukuka aykırılığı kaldıran haller açısından detaylı bir değerlendirme yapılarak şartlarının oluşup oluşmadığı tespit edilecektir. Zira şartların oluşmadığının tespiti halinde fiil hukuka aykırı sayılacak ve ancak şartlarının var olması halinde tazminattan indirim nedeni olarak dikkate alınabilecektir.

Kurucu unsurlardan bir diğer olan zarar kavramı ile bir kimsenin rızası dışında malvarlığında meydana gelen azalma ifade edilmekte olup bu zarar maddi veya manevi zarar şeklinde ortaya çıkabilir. Çalışmamız maddi zararın tazmini konusunda yapıldığı

için manevi zarar incelenmemiş ve zarar kavramı ile maddi zararın ifade edildiği belirtilmiştir. Zarar, haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsuru olmasının yanında ileride hükmedilecek tazminatın üst sınırını oluşturması açısından da oldukça önemli bir konu olup bu konuda zarar tanımını çok geniş tutan normatif zarar teorisi ve malvarlığında matematiksel bir azalmayı esas alan fark teorisi olmak üzere iki görüş ileri sürülmüş ise de normatif zarar teorisi fazla taraftar bulamamıştır. Zararın bir türü olan yansıma zararların ancak özel bir hüküm ile düzenlendiği takdirde söz konusu olabileceği açıktır. Gelecekteki zararlar ise mevcut zararlardan farklı olarak hesaplanması zor olan bir tür olduğundan bu konuda geliştirilen tablolar vasıtasıyla hesaplama yapılarak hakkaniyet esasına göre karar verilmesi gerekmektedir.

Diğer unsurlarda olduğu gibi nedensellik bağı konusunda da mantıki nedensellik, şart ve uygun nedensellik gibi birçok teori ileri sürülmüştür. Günümüzde öğretilerde ve mahkeme içtihatlarında uygun nedensellik teorisi kabul görmekte olup mantıki nedensellik teorisinin aşırı ve adil olmayan sonuçlarını eleştiren bu teoriye göre nedensellik bağı, bir fiilin hayat tecrübelerine ve olayların olağan akışına göre meydana getirebileceği zararlar ile olan mantıki nedensellik bağı olarak tanımlanmıştır. Nedensellik bağı konusunda bir diğer önemli nokta ise birden çok sebep halinde nedensellik bağının tespiti olup bu konuda bir olgunun mevcut diğer olguların nedensellik bağına kesip kesmediği ile birden çok olgunun tek başlarına meydana getiremeyecekleri bir sonuca birlikte ulaşmaları durumunun söz konusu olup olmadığının tespit edilmesi ve buna göre bir değerlendirme yapılması gerekmektedir.

Hukuka aykırı sonucu istemek (kast) veya bu sonucu istemiş olmamakla beraber hukuka aykırı davranıştan kaçınmak için iradesini yeter derecede kullanmamak (ihmal) olarak tanımlanan kusur açısından da gerek hukuka aykırılık ile olan farkı gerek türleri açısından çeşitli görüşler ileri sürülmüş ve bunlara çalışmamızda yer verilmiştir. Kast ve ihmalin türleri ve dereceleri haksız fiil sorumluluğun kurulması aşamasında herhangi bir öneme sahip değil ise de tazminatın belirlenmesi aşamasında oldukça önemlidir. Ayrıca ihmalde makul özenin belirlenmesi konusunda objektif ve sübjektif teoriler ileri sürülmüş olup zarar veren ile aynı yaş, cinsiyet, zamansal, mekânsal, mesleki ve fiziksel koşullara sahip normal ve makul kişilerin davranışları ile gösterecekleri özenin esas alınması gerektiğini savunan objektif teorisinin daha adil sonuçlar doğuracağını düşünmekteyim.

Borçlar Kanununun 49. maddesinde de açıkça belirtildiği üzere; haksız fiil sorumluluğu hukuka aykırılık ve kusur prensipleri üzerine kurulmuş ise de Borçlar Kanununda ve diğer bazı kanunlarda kusur ve hatta bazen hukuka aykırılık unsuru aranmaksızın kişilere sorumluluk yüklenen istisnai durumlar mevcuttur. Kusursuz sorumluluk halleri olarak adlandırılan bu durumlara öğretide “objektif sorumluluk” veya “sebepl sorumluluğu” da denilmektedir. Kusursuz sorumluluk halleri, haksız fiil sorumluluğunun düzenlenmesinde etkili olan kusur esasından kalan sebep olma, tehlike, kontrol ve yararlanma, hakkaniyet ve fedakârlığın denkleştirilmesi gibi esaslar gözetilerek düzenlenmiştir. Haksız fiil sorumluluğu açısından kusur ilkesinin genel bir ilke olması nedeniyle kusursuz sorumluluk halleri ancak açık kanun hükmü ile düzenlenmiş olmaları halinde geçerli kabul edilmektedir. Hukuk sistemimizde kusursuz sorumluluk halleri genel olarak Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunda düzenlenmiş olmakla birlikte diğer kanunlarla da kusursuz sorumluluk hallerinin düzenlenmesi mümkündür. Kanunlarda ve kusursuz sorumluluğu düzenleyen hükümlerde aksi belirtilmiş olmadıkça; zararın saptanması, tazminatın belirlenmesi ve zamanaşımı gibi konularda Borçlar Kanununun kusura dayanan sorumluluğa ilişkin hükümlerinin uygulanacağı açıktır.

Çalışmamızın konusu olan haksız fiilden doğan borç ilişkisi kapsamında meydana gelen zararların, ne miktarda ve kim tarafından tazmin edileceğinin belirlenmesi oldukça önemli bir konu olup bu tespit yapılırken taraflar arasında kurulan borç ilişkisi esas alınarak inceleme ve değerlendirmeler yapılmalıdır. Bu inceleme ve değerlendirme sürecinde tarafların eşitliği gözetilmeli ve hâkime tanınan takdir yetkisi sınırları içerisinde kullanılarak bir sonuca varılmalıdır. Bu kapsamda öncelikle zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispatlamalıdır. İleride hükmedilecek tazminatın üst sınırını oluşturması nedeniyle zararın belirlenmesi aşaması oldukça önemli olup bu kapsamda yalnızca uygun nedensellik bağı içerisinde yer alan zararlar dikkate alınmalıdır. Davacının talep ettiği zararın miktarının gelecekteki zararlar olduğu gibi tam olarak tespit edilememesi halinde hâkime olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleme yetkisi verilmiştir. Zararın miktarının belirlenmesinde hangi tarihin esas alınacağı tartışmalı bir konu olup öğretideki hâkim görüş özellikle enflasyonist baskı dönemleri için adil bir çözüm olduğundan uyuşmazlıkla ilgili verilecek hükmün

tarihinin esas alınmasını savunmaktayken Yargıtay kararlarında ise zararın meydana geldiği tarih esas alınmaktadır. Günümüzde olduğu gibi enflasyon oranlarının işletilecek faiz oranlarından yüksek olduğu dönemlerde haksız fiil tarihinin esas alınması ve hüküm tarihine kadar faiz işletilmesi dahi zarar görenin zararını tam olarak karşılamayacağından hüküm tarihindeki değerin esas alınması gerektiği yönündeki düşüncemi desteklemektedirim. Ayrıca zararın belirlenmesi konusunda bir diğer önemli konu da denkleştirme olup haksız fiil sonucunda zarara uğrayan kimse bu zararın yanı sıra bazı ekonomik yararlar da sağlamış ise bu yararlar zarar miktarından düşülmeli diğer bir deyişle yarar miktarı zarar miktarından mahsup edilmeli ve net zarar ortaya çıkartılmalıdır.

Borçlar Kanununun 54. maddesinde beden bütünlüğünün ihlali halinde ortaya çıkabilecek zararlar tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sayılmış ise de madde metninde geçen özellikle ibaresinden zararların sayılanlarla sınırlı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Dolayısıyla zarar görenin haksız fiil nedeniyle madde metninde sayılanlar dışında bir zararının mevcut olması halinde bunu da zarar verenden talep edebileceği açıktır. Yargıtay kararlarında da belirtildiği üzere tazmin edilecek tedavi giderleri değerlendirilmesinde dikkate alınacak tek kriter yapılan masrafın durumun gereğine uygunluğu yani objektif ölçütlere göre haklı ve makul olması olup zarar görenin özel hastaneyi tercih etmesi veya yüksek tedavi masraflarının ortaya çıkmış olması bunların makul olarak değerlendirilmesi şartıyla tazmin edilebilir zarar kapsamında değerlendirilmiştir. Gerçekten de yaşam hakkının kişinin vazgeçilmez en önemli haklarından biri olması nedeniyle zarar gören kişinin bu hakkını korumak amacıyla yaptırdığı tedavilerin sırf devlet hastanesinde yapılmamış olması nedeniyle tazmin edilmemesi ulusal ve uluslararası hukukun ilkelerine de aykırılık teşkil etmektedir. Ayrıca tedavi sonrası bakım giderleri de tedavi giderleri kapsamında değerlendirilmekte ise de Yargıtay bakıcı tutulması yerine bakım yükümlülüğü bulunan aile bireylerinin bakımı üstlenmesi halinde bu durumu tazminattan indirim nedeni olarak değerlendirmektedir. Öğretide de eleştirildiği üzere bu görüş hatalı olup zarar gören kişiye bir akrabası veya yakını baksa dahi bakıcı tutmuş gibi değerlendirilmeli ve buna göre indirim yapılmaksızın hesaplama yapılmalıdır. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar gelecekteki zarar

niteliğine sahip olduğundan bu zararın hesaplanması açısından bazı tablolar kullanılmakta ve hesaplama neticesinde ortaya çıkan meblağa sermaye değerinin ortaya çıkartılması amacıyla önce %10 oranında artırım ardından %10 oranında iskonto yapılarak sonuca varılmaktadır. Bu şekilde yapılan hesaplamanın, enflasyonun ve faizlerin büyük değişiklikler gösterdiği ülkemizde adil bir sonuç doğurmadığı kanaatindeyim. Zira bu durum, gelecekte enflasyonun yüksek olduğu ancak faizlerin düşük tutulduğu dönemlerde zarar gören aleyhine, enflasyonun düşük olduğu ancak faizlerin yüksek olduğu dönemlerde ise zararı tazmin eden kişi aleyhine sonuçlar doğurma potansiyeline sahiptir. Bunun yerine zarar gören kişinin çalıştığı süre de dikkate alınarak örneğin 50 veya 20 yıllık enflasyon oranları ve faiz oranlarının ortalaması dikkate alınarak bir artırım ve iskonto oranı belirlenmesinin daha adil sonuçlara götüreceğini düşünmekteyim.

Borçlar Kanununun 53. maddesinde ölüm halinde ortaya çıkabilecek zararlar cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ile ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar olarak sayılmış ise de madde metninde geçen özellikle ibaresinden zararların sayılanlarla sınırlı olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu madde kapsamında sayılanlardan destekten yoksun kalma tazminatı oldukça önemli bir kalem olup gelecekteki zarar ve yansıma zarar niteliklerine sahiptir. Açık kanun hükmü ile düzenlendiği için talep edilebilen bu tazminat kalemi açısından bir kişiye fiilen sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ve hayatın olağan seyrine göre o kişiye bu tarzda ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kişi destek olarak tanımlanmakta ve bu kişinin hayatını kaybetmesi halinde fiilen destek verdiği kişilerin hayat düzeylerinin düşmemesi amacıyla uğradığı zararlar giderilmeye çalışılmaktadır. Gelecekteki zarar niteliği nedeniyle bu zarar kalemi hesaplanırken çeşitli ihtimaller değerlendirilerek bu konuda geliştirilmiş ve kabul görmüş bazı tablolar kullanılmaktadır.

Zararın belirlenmesinin ardından tazminatın belirlenmesi aşamasına geçilmiş olup hukuk sistemimizde hâkime gerek tazminatın kapsamını gerek ödenme biçimini belirleme konularında geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Hâkime tanınan bu takdir yetkisinin keyfi kararlara gerekçe olarak kullanılmaması ve taraflara eşit davranma yükümlülüğü kapsamında hukuk güvenliğini zedelemeyecek şekilde kullanılması gerektiği açıktır. Hâkim, tazminat hukukunun temel ilkesi olan tam tazmin ilkesi

gereğince zararın oluşmasında etkili olan zarar veren, zarar gören veya başka bir dış etkenin etkileri değerlendirerek zararın riskini bölüştürmelidir. Dolayısıyla hâkim Borçlar Kanununun 51. ve 52. maddeleri ile düzenlenen tazminattan indirim sebepleri de dâhil olmak üzere tüm etkenleri dikkate alarak bir değerlendirme yapmalı ve bu değerlendirme sonucunda zarar veren kişinin zararın tamamını veya daha düşük bir kısmını karşılamasına karar vermelidir. Hâkim karar verirken Borçlar Kanunu m. 51’de yer alan indirim yasağını da göz önünde tutmalı ve destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlarda, kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeleri indirime tabi tutmamalıdır.

Haksız fiilin işlendiği tarihte borçlunun herhangi bir ihtarla gerek kalmaksızın temerrüde düşeceği Borçlar Kanununun 117. maddesi ile açık bir şekilde düzenlendiğinden artık zarar tarihi veya başkaca bir tarih dikkate alınmaksızın haksız fiil tarihinden itibaren alacağa temerrüt faizi işletileceği açıktır. Öğretide bu husus eleştirilerek fiilin işlenmesinden bir süre sonra zararın meydana geldiği durumlarda da haksız fiil tarihinden itibaren yani geçmişe yürürlü olarak temerrüt faizi işletilmesi ve zararın doğduğu anda dahi işlemiş temerrüt faizi bulunmasının adil olmadığı ve özellikle kusursuz sorumluluk hallerinde haksız fiilden haberi dahi olmayan tazminat sorumlusunun ihtar ile temerrüde düşürülmesi gerektiği savunulmuştur. Özellikle kişinin haberi dahi olmaksızın meydana gelen haksız fiiller nedeniyle sorumlu tutulduğu kusursuz sorumluluk hallerinde haksız fiilin işlendiği tarihten itibaren temerrüde düşmesi ve faiz işletilmesi tazminattan sorumlu kişi açısından hakkaniyete aykırı bir sonuç doğurmaktadır.

Taraflar tazminatın ödenmesi konusunda kendi aralarında sulh olabileceği gibi tazminat davası da açabilirler. Tazminat davasında davacı, haksız fiil neticesinde zarara uğradığını iddia eden kişi veya kişiler; davalı ise haksız fiilin yol açtığı zararı tazminle yükümlü kişi veya kişilerdir. Tazminat davasında görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemeleri olduğu açık olup yetki konusunda seçenekli bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre tazminat davaları davalının yerleşim yeri, fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimalinin bulunduğu yer veya zarar görenin yerleşim yeri mahkemelerinden birinde açılabilmektedir. Açılacak tazminat davalarında genel kural uyarınca haksız fiil nedeniyle zarara uğradığını iddia eden davacı davalının sorumluluğu için aranan şartların varlığını, davalı ise savunmaya esas olguların varlığını

ispat etmelidir. Hâkim de kanunda belirtilen esaslar çerçevesinde yaptığı değerlendirme neticesinde tazminatı ve tazmin tarzını tespit etmeli ve nihai kararını vermelidir. Hâkime gelecekteki zarar niteliğinde olan bedensel zararların belirlenmesinin zorluğu da dikkate alınarak Borçlar Kanununun 75. maddesi ile zararın kapsamının karar verme sırasında tam olarak belirlenememesi halinde kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilmesi konusunda bir imkân da verilmiştir. Tazminat davasının zamanaşımı süreleri içerisinde açılmaması halinde usulden reddedileceği açık olduğundan davanın zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yıl ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten itibaren on yıl içerisinde açılması gerekmektedir. Ayrıca zararı meydana getiren fiilin aynı zamanda bir suç teşkil etmesi ve ceza kanunlarının bu fiil için daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörmüş olması halinde ceza davası zamanaşımı süresi uygulanması gerekmektedir.

Çalışma içeriğinde, tarihsel süreçte olduğu gibi günümüzde de önemini koruyan ve hatta gün geçtikte önemi artan haksız fiil kurumu ve haksız fiilden kaynaklanan maddi zararın tazmini konusu gerek öğretide yer alan ve bugünkü mevzuata dayanak olan görüşler ile gerekse uygulamanın daha iyi anlaşılabilmesi açısından Yargıtay kararları ile açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda genel ilkeler ve açıklamaların haricinde uygulamada problemli gördüğüm alanları ve bu problemlere öğretide getirilen çözüm önerilerine çalışmamda yer verdim. Teknolojik ve kültürel gelişmeler ile bu gelişmelerin insanlar ve hatta insanlar ile teknolojik araçlar arasındaki etkileşimi farklı boyutlara taşıdığı ve taşıyacağı açık olup yoğunlaşan bu ilişkiler nedeniyle maddi zarar meydana getiren haksız fiillerin artacağını düşünmekteyim. Bu nedenlerle haksız fiil nedeniyle meydana gelen maddi zararın tazmini konusunda teknolojik ve kültürel gelişime uygun daha fazla çalışma yapılması ve çözümler getirilmesi gerektiğini düşünüyorum.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin:** Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, 11. Baskı, Konya 2019.
- Akünel, Teoman:** Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul, 1977.
- Antalya, Osman G.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt:V/ 1, 2, İstanbul, 2019.
- Atamer, Yeşim:** Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması, Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları, İstanbul, 1996.
- Avcı Braun, Cihan:** Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına Ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C:64, Ankara, 2015: s. 37-64.
- Başak, Baysal:** Haksız Fiil Hukuku, 1. Baskı, İstanbul, 2019.
- Başak, Baysal:** Zarar Görenin Kusuru (Müterafik Kusur), 1. Baskı, İstanbul, 2012.
- Buz, Vedat:** Aynı Şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler, BATİDER 2013 C.XXIX, S. 2.
- Çilingiroğlu, Cüneyt:** Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan:** Türk Özel Hukuku C.II, Kişiler Hukuku, 19. Bası, 2018.
- Erdoğan, Belgin:** Roma Borçlar Hukuku Dersleri, 4. Bası, İstanbul, 2011.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 25. Baskı, Ankara, 2020.
- Gökcan, Hasan T.:** Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Hukuku, Ankara, 2016.
- Gökyayla, K. Emre:** Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, 2004.
- Gönenç, Fulya İ.:** Haksız Fiil Sorumluluğunun Tarihsel Gelişimi, Hukuk Araştırmaları Dergisi, 2008, s. 13-28.
- Hatemi, Hüseyin:** Akit Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, 1998.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 4. Bası, 2017.
- Havutçu, Ayşe:** Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 12, Özel S., İzmir, 2010: s. 579-605.
- İmre, Zahit :** Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri, İstanbul, 1994.
- İnan, Ali Naim:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara, 1984

- Kaneti, Selim:** Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul, 2007.
- Karahasan, Mustafa Reşit :** Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, Ankara, 1981.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 24. Baskı, Ankara, 2020.
- Kurtulan, Gökçe:** Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C: 23 / S. 1, İstanbul, 2017: s. 465-504.
- Kuru, Baki:** İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara, 2018.
- Nomer, Haluk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış), 16. Bası, İstanbul, 2018.
- Nomer, Haluk N.:** Haksız Fiil Sorumluluğundan Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul, 1996.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut M.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, 15. Bası, İstanbul, 2020.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe:** Kişiler Hukuku: Gerçek ve Tüzel Kişiler, 17. Bası, İstanbul, 2018.
- Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe:** Eşya Hukuku, 21. Bası, İstanbul, 2018.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 6. Bası, İstanbul, 2018.
- Rado, Türkan:** Roma Hukuku Dersleri-Borçlar Hukuku, İstanbul, 14. Bası, 2018.
- Reisoğlu, Safa:** Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 23. Bası, 2012.
- Sanlı, Kerem Cem:** Haksız Fiil Hukukunun Ekonomik Analizi: Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul, 2007.
- Serozan, Rona/Baysal, Başak/Sanlı, Kerem Cem:** Serozan Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 4. Bası, İstanbul, 2019.
- Serozan, Rona:** Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2018.
- Simil, Cemil :** Belirsiz Alacak Davası, İstanbul, 2013.
- Şahin, Ayşenur:** Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar Ve Tazmini, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XV, S. 2, Ankara, 2011: s.123-165.
- Şen Özçelik, Nesli:** Salt Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Tazmin Edilebilirliği, Sorumluluk Hukuku Seminerler, İstanbul, 2016: s. 413-443.
- Tandoğan, Haluk:** Türk Mes'uliyet Hukuku, İstanbul, 2010.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993.
- Ulusan, İlhan:** Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulanma Alanı, 2. Baskı, İstanbul, 2012.

Uygun, Turgut: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C. I-II, Ankara, 2012.

Ünan, Samim/ Baysal, Başak: “Trafik Kazası Sebebiyle Destekten Yoksun Kalanların Araç İşletenin Sorumluluk Sigortacısına Yönelik İstemlerle İlgili Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi”, XXVI. Ticaret Hukuk ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 2013.

Yağcıoğlu, Ali Haydar: Haksız Fiil Sebebiyle Aynı Zarardan Birden Fazla Kimsenin Müteselsil Sorumluluğu, Ankara, 2014.

Yüksel, Elif: Haksız Fiil Sorumluluğu Kapsamında Saf Ekonomik Zararların Tazmini, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, İstanbul, 2018: s. 571-607.

