

**T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI**

**TÜRK İDARİ YARGI SİSTEMİNDE
MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN
DOÇ. DR. Cemil KAYA**

**HAZIRLAYAN
Ahmet AKKOCA**

KONYA 2008

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR	III
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ YARGIDA MADDİ TAZMİNAT

I. GENEL OLARAK	3
II. MADDİ TAZMİNATIN NİTELİĞİ.....	4
III. MADDİ TAZMİNATI GEREKTİREN HALLER.....	9
A. ÖLÜM NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT	11
1. Genel Olarak.....	11
2. Tazminatın Kapsamı.....	13
a. Ölümünden Önceki Tedavi Giderleri	13
b. Cenaze ve Defin Giderleri	14
c. Gelirden Yoksun Kalma	15
B. DESTEKTEN YOKSUN KALMA NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT	15
1. Destek Kavramı	16
2. Destek Türleri	17
a. Fiili Destek.....	17
b. Farazi Destek	17
3. Destekten Yoksun Kalanlar	18
a. Baba ve Ananın Çocuklar İçin Destek Olması	18
b. Çocukların Ana ve Baba İçin Destek Olması.....	19
c. Eşlerin Birbirine Destek Olması	21
d. Kardeşlerin Birbirine Destek Olması	21
e. İmam Nikahlı Eş	22
f. Nişanlıların Birbirine Destek Olması	23
g. Diğer Kişiler	23
4. Destekten Yoksunluk Şartları	24
a. Bakım Gücü	24
b. Bakım İhtiyacı	25
5. Destekten Yoksunluk Zararının Belirlenmesi	25
a. Genel Olarak	25
b. Desteğin Geliri.....	27
c. Desteğin Gelirinin Tespitine İlişkin Yöntemler.....	29
aa. Ortalama Kazanç ve Sabit Rant Yöntemi	29
bb. Progressif Rant Yöntemi	30
d. Gelirin Netleştirilmesi	31
e. Yardım Tutarı	31
f. Desteğin Gelirin Paylaştırılması.....	32
g. Yargı kararlarıyla belirlenen Paylaştırma İlkeleri	33
C. CİSMANİ ZARAR NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT	37
1. Genel Olarak.....	37
2. Tazminatın Kapsamı.....	40
a. Tedavi Giderleri.....	40
b. Çalışma Gücünün Azalması ya da Yitirilmesi Nedeniyle Oluşan Zarar	42

aa. Çalışma Gücünün Geçici Olarak Kaybı	44
bb. Çalışma Gücünün Sürekli Olarak Kaybı	46
c. Ekonomik Geleceğin Sarsılması	51
D. MALA VERİLEN ZARARLAR NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT	52

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ YARGIDA MANEVİ TAZMİNAT

I. GENEL OLARAK	55
II. MANEVİ TAZMİNATIN NİTELİĞİ	57
A. GENEL OLARAK	57
B. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER	58
1. Objektif Manevi Zarar Görüşü	58
2. Subjektif Manevi Zarar Görüşü	59
III. MANEVİ TAZMİNATIN FONKSİYONU	61
A. TATMİN FONKSİYONU	61
B. TELAFİ FONKSİYONU	62
C. CAYDIRICILIK VE ÖNLEYİCİLİK FONKSİYONU	65
IV. MANEVİ TAZMİNATI GEREKTİREN HALLER	66
A. ÖLÜM NEDENİYLE UĞRANILAN MANEVİ ZARAR	69
B. BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLALİ NEDENİYLE MANEVİ ZARAR	73
C. KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ NEDENİYLE MANEVİ ZARAR	78
V. MANEVİ TAZMİNAT MİKTARININ HESAPLANMASI	83
SONUÇ	89
ÖZET	99
ABSTRACT	100
KAYNAKÇA	101

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFY	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AYİM	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi
AYİMD	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Dergisi
AYİMK	: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu
AYM	: Anayasa Mahkemesi
AYMKD	: Anayasa Mahkemesi Kararları Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
bkz	: Bakınız
c	: Cilt
D	: Danıştay
DD	: Danıştay Dergisi
DİDDGK	: Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
ET	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İÜHFY	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
İYUK	: İdari Yargılama Usulü Kanunu
KT	: Karar Tarihi
m	: Madde
MK	: Medeni Kanun
s	: Sayfa

sy	: Sayı
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Y	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi

GİRİŞ

Sorumluluk hukukunun esas amacı gerçekleşen zararı gidermek yani tazmin etmektir. İdare faaliyetlerini gerçekleştirmek için yaptığı işlem ve eylemlerle kişilere maddi veya manevi zararlar verebilir. Günümüzde ulaşılan çağdaş hukuk devleti anlayışının sonucu olarak devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin yaptıkları eylem ve işlemleri (tutum ve davranışları) nedeniyle kişilere verdikleri zararların tazmin edilmesi gerekmektedir.

Türk pozitif hukukunda anayasal ve yasal düzenlemelerle idarenin sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulması ilkesi getirilmekle birlikte bu sorumluluğun sebepleri, koşulları, sorumluluğu azaltan ve kaldıran nedenler gibi sorumluluğun esasına ilişkin konulardaki boşluk, söz konusu alanın kendine özgü niteliği gereği yargı içtihatlarıyla doldurulmuştur.

Özel hukuk tarafından ortaya konulan ilke ve içtihatlardan esinlenerek ve fakat idare hukukunun kendine özgü özellikleri de dikkate alınarak Danıştay içtihatlarında ortaya konan ve doktrin tarafından da benimsenip sistematik hale getirilen sorumluluk şartlarının iki bölümde ele alınması gerekir. Bu doğrultuda genel şartlar olarak değerlendirilecek olan ve her türlü sorumluluk için aranan “zararın varlığı”, “zararı doğuran işlem veya eylemin, tutum veya davranışın idareye yüklenebilir olması”, “zararla; tutum, davranış, eylem veya işlem arasında illiyet bağının bulunması” ilk bölümde, idari faaliyetin hukuki niteliğine ilişkin olarak aranan “zarara yol açan idari işlem veya eylem bir hizmet kusuru teşkil etmeli” ya da “kusursuz sorumluluk kavram ve ilkelerinin uygulanmasına elverişli nitelikte olması” ikinci bölümde ele alınabilir. Bu şartlardan birinin bulunmaması halinde idarenin sorumluluğu yoluna gidilemeyecektir. Görüldüğü gibi, her biri başlı başına ayrı bir çalışma konusu olabilecek bu koşullardan yalnızca, sorumluluğun kurucu unsuru görülen zarar kavramı üzerinde durulmaya çalışılmıştır

Doktrinde kusur kavramının öne çıkarıldığı, zarar kavramının ise daha az incelendiği, uygulamada da sorumluluk denildiğinde ilk akla gelenin kusur olduğu görülmektedir. Oysa idarenin eylem veya işlemi ağır hizmet kusuru teşkil etse bile ortada zarar mevcut değil ise tazmin yükümlülüğü de söz konusu olmayacaktır. Bu nedenle zarar, sorumluluğun en önemli unsurudur. Kaldı ki kusur unsurunun aranmadığı sorumluluk halleri, örneğin sosyal risk, mevcut olduğu halde, zarar unsurunun aranmadığı bir sorumluluk hali düşünülemez.

Zarar, ilk bakışta çok belirgin ve kolay saptanabilecek bir durum gibi görünmekte ise de, tayin ve tespit edilmeye çalışıldığında çok yönlü bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de zarar, hukuki olarak nasıl tanımlanabilir? Hangi zararlar tazmini gereken zarar

kapsamındadır? Aynı eylem veya işlem nedeniyle kimler zarara uğramıştır? Geleceğe dönük gerçek zararların tespitinde hangi hesaplama yöntemi en sağlıklı sonucu verir? Tazmini gerektiren zarar, hangi nitelikleri taşımalıdır? İşte bu çalışmada, bu soruların cevapları aranmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ YARGIDA MADDİ TAZMİNAT

I. GENEL OLARAK

İnsanlar tarafından gerçekleştirilen faaliyetlerin bütün konularıyla ilgili olan sorumluluk kelimesinin hukukta değişik anlamları vardır. Hukuki sorumluluk, siyasi sorumluluk, cezai sorumluluk, disiplin sorumluluğu, ahlaki sorumluluk gibi sorumluluk türlerinin hepsinde sorumluluğun kıstasları farklıdır. Belirtilen sorumluluk türlerinde sorumluluk değişik kıstaslara göre tayin edilir ve sorumluluk türlerine göre farklı farklı müeyyidelerin uygulanmasını gerektirir. Örneğin cezai sorumluluktan bahsedilirken hareketlerinde serbest bir kişinin ahlaki veya hukuki üstün bir kuralın belirlediği görevi yapmaması veya yapılmamasını emrettiği bir kuralın ihlali tasarlanır. Bu durumda sorumluluk, sorumlu tutulan kişinin cezalandırılmasını gerektirir ve uygulanacak müeyyide de kusurun ağırlığı ve ihlal edilen kuralın koruduğu değerle orantılı olur¹.

Ancak çeşitli sorumluluk türlerinde yer alan sorumluluk kavramının bir de ortak anlamı vardır². O da başkasına verilen zarara katlanma yükümlülüğüdür. Mali sorumluluk veya daha doğru ifadesiyle mal varlığı sorumluluğu da denen hukuki anlamda sorumluluk ise, kişinin uğradığı zararın tazmininin bir başka kişiye yükletilmesidir³. Başka bir tanımlamaya göre hukuki sorumluluk, iki malvarlığı arasında bozulan ekonomik dengenin tekrar kurulmasını amaçlayan ve bunun yaptırım gücünü de içine alan hukuki bir kurumdur.

“İdarenin Sorumluluğu” kavramı “İdari Sorumluluk” kavramını içerdiği gibi “İdarenin Medeni Sorumluluğu” kavramını da içerir. İdarenin medeni sorumluluğuna yaygın olarak “İdarenin Özel Hukuk Sorumluluğu” da denir. Bu sorumluluk türü, idarenin özel hukuka tabi olan ve uyuşmazlıkları adli yargıda çözümlenen mali sorumluluğudur⁴. İdarenin, idari sorumluluğu, idarenin kamu hukuku esaslarına tabi olan ve uyuşmazlıkları idari yargıda çözümlen mali sorumluluğudur⁵. İdarenin özel hukuk sorumluluğuyla idari sorumluluğu aynı

¹ **Özdemir**, Necdet, Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963, s. 5.

² **Atay**, Ethem – **Odabaşı**, Hasan – **Gökcan**, Hasan Tahsin, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 30.

³ **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 31; **Esin**, Yüksel, Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1973, s. 14.

⁴ **Gözler**, s. 942.

⁵ **Gözler**, s. 952.

amaca yöneliktir. Her ikisinde de amaç idarenin kişilere verdiği zararı tazmin etmektir⁶. Biz tezimizde idarenin sorumluluğu kavramını idari sorumluluk anlamında kullanacağız.

Danıştay içtihatlarıyla ortaya konan ve doktrin tarafından sistematik hale getirilen sorumluluk şartlarının iki bölümde ele alınması gerekir. Genel şartlar olarak değerlendirilecek olan ve her türlü sorumluluk için aranan “Zararın Varlığı”, “Zararı Doğuran İşlem veya Eylemin, Tutum veya Davranışın İdareye yüklenebilir Olması”, “Zararla; tutum, davranış, Eylem veya İşlem arasında İliyet Bağının Bulunması” ilk bölümde, idari faaliyetin hukuki niteliğine ilişkin olarak aranan “zarara yol açan idari işlem veya eylem bir hizmet kusuru teşkil etmeli” ya da “kusursuz sorumluluk kavram ve ilkelerinin uygulanmasına elverişli nitelikte olması” ikinci bölümde ele alınabilir⁷.

Genel sorumluluk şartlarından birinin yokluğu kural olarak idarenin sorumluluğunu kaldırır. Gerçekten ortada bir zarar yoksa idarenin tazminat ödemesi de söz konusu olamaz⁸. Yine, idare ile idari faaliyetle ilgisi olmayan, yani idareye yüklenemeyen bir zararı idareye ödetirme olanağı yoktur. Zararla idari faaliyet (idari eylem veya işlem) arasında doğrudan doğruya bir ilişkinin, illiyet bağının olması gerektir. Daha açık bir anlatımla, idari faaliyet zararın gerçek nedenini, illetini teşkil etmelidir. Bu bağın yokluğu idareyi sorumluluktan kurtarır⁹.

Her biri ayrı bir çalışmanın konusunu oluşturabilecek olan bu şartlardan, tezimizde yalnız; sorumluluğun ilk ve temel şartı olarak görülen “zarar” kavramı üzerinde önce genel olarak, özelde ise, zarara yol açan haller, zarar miktarının tespiti, zarar talebinde bulunabilecek olanların kimler olduğu, maddi ve manevi tazminat hesaplanırken dikkate alınması gereken durumlar, zararın netleştirilmesine ilişkin ilkeler gibi hususlar üzerinde durulmaya çalışılacak olup diğer sorumluluk şartlarına değinilmeyecektir.

II. MADDİ TAZMİNATIN NİTELİĞİ

Türk hukukunda, Devletin, faaliyetleri sonucu kişilere verdiği zararlardan sorumlu olduğuna dair Anayasal (m.19/9, 40/2, 125/7, 129/5) ve yasal (İYUK. m.12, 36; AYİMK. m. 42, 63; DMK. m. 13) hükümler mevcut olmakla birlikte; ne kamu hukuku ile ilgili hükümlerde ve ne de özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kanunlarda (Örneğin BK. ve MK. gibi) zarar tanımlanmış değildir.

⁶ Gözler, s. 942.

⁷ Esin, Esas, s. 22.

⁸ Düren, Akın, İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1979, s. 328 .

⁹ Özdemir, s. 22.

Türk Hukuk Lügatında zarar şu şekilde tarif edilmiştir¹⁰: Zarar ziyan, kötü bir hale maruz kalma, nefse, mala, fazl—u şerefe arız olan noksandır. Mukabili nef (kar, menfaat) tir. Hukuk Sözlüğü’nde ise zarar, “Kişinin malvarlığında veya manevi varlığında ortaya çıkan eksilme”; tazmin “Ödeme; zararını ödeme; zararını giderme” olarak tarif edilmiştir¹¹.

O halde zararın tanımı, doktrin ve yargı organlarına bırakılmıştır. Genel olarak zarar, bir kimsenin mal varlığında iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Mal varlığının zarar verici eylem olmasa idi, alacağı durum ile eylem sonucu aldığı durum arasındaki farktır. Zarar, mal varlığının aktifinin azalmasından, yoksun kalınan kazançtan veya pasifinin artmasından kaynaklanabilir¹². Bir varlığın değerinde, o varlığa sahip olan kimsenin isteği dışında meydana gelen eksilme “zarar“ olarak nitelendirilir¹³.

Zarar kelimesi, hukukumuzda dar ve geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi hilafına meydana gelen bir eksilmedir. Buna maddi zarar da denilebilir. Bazı yazarlar bir de geniş anlamda zarar kavramını ortaya atmakta ve bu kavrama maddi zarar yanında manevi zararı da dahil etmektedirler. Manevi zarar da bir kimsenin şahsiyet haklarına vaki haksız bir saldırı dolayısıyla duyduğu bedeni ve manevi acı ve ıstırap, hayat zevklerinde bir azalma söz konusudur¹⁴. Böylece geniş anlamda zarar, hukuken himaye edilen maddi ve manevi varlıkların, bunlara yapılan bir saldırının meydana gelmesinden önceki ve sonraki halleri arasındaki fark olarak tarif edilmektedir¹⁵. Bir davada Danıştay 12. Dairesi vermiş olduğu kararda zarar kavramını geniş anlamda

¹⁰ **Türk Hukuk Lügati**, Hazırlayan Türk Hukuk Kurumu, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991, s. 368.

¹¹ **Ejder**, Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Kitapevi, 3. Baskı, Ankara 1986, s. 807.

¹² **Oğuzman**, Kemal – **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000, s. 497; **Tunçomağ**, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, c. I, İstanbul 1965, s. 488; **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayım, İstanbul 2003, s. 45; **Tandoğan**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, AÜHFY., No: 159, Ankara 1961, s. 63; **Tekinay**, Selahattin Sulhi – **Akman**, Sermet – **Burcuoğlu**, Haluk – **Altop**, Atilla, Borçlar Hukuku, İstanbul 1985, s. 548-566; **Von Tuhr**, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, c. 1-2, Çeviren Cevat Edege, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Yargıtay Yayını No: 15, Ankara 1983, s. 76’da: ‘Zarar mamelekin bir azalmasıdır. Şahsi menfaatlere tecavüz, mameleke tesir etmedikçe, kanuni manada bir zarar değildir; bazı hallerde bu sebeple ödenen para bir tazminat teşkil etmez, bu, manevi bir tatmin ve telafidir’ açıklaması yapıldıktan sonra, s. 77’de “Zarar, zarara uğrayanın halen mevcut mameleki ile zararlı hadise vaki olmasaydı bu mamelekin bulunacağı hal arasındaki farktan ibarettir. Bundan dolayıdır ki ekseriya zarara ‘mali zarar’ veya daha kısaca ‘zarar görenin zararı’ denir” tanımlaması yapılmıştır.

¹³ **Karahasan**, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 1996, s. 54.

¹⁴ **Tandoğan**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, AÜHFY, No. 159, Ankara 1961 s.63; **Von Tuhr**, Andreas, s. 76; **Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet – **Özdemir**, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayını, No. 19, Ankara 1987, s.105; **Eren**, s. 37.

¹⁵ **Tandoğan**, s. 63.

tanımlamıştır¹⁶: “ ... Zarar deyimi ise, bir hukuk sujesinin maddi veya manevi varlığında o sujenin isteği dışı ortaya çıkan kayıp ve eksiklikleri ifade eder...”.

Avusturya, Alman ve Fransız hukuklarında zarar, geniş anlamda zarar olarak anlaşılmakta ve bu, maddi zararı kapsadığı gibi, manevi zararı da kapsamaktadır. Buna karşılık Türk ve İsviçre hukuklarında, doktrin ve uygulamada zarar sözünden daha çok maddi (mameleki) zarar kavramı anlaşılmaktadır. Ancak, hem kökleşmiş bir deyim olduğu hem de geniş anlamda zararın bir türü olduğu için manevi zarar kavramını kullanmaya devam etmek uygun olacaktır. Ayrıca, zarar kavramını, maddi ve manevi zarar kavramlarını kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanmakla birlikte, açıklık kazandırmak amacıyla zarar türüne göre, zarar kelimesinin başına “maddi” veya “manevi” sıfatlarını eklemek suretiyle bu kavramları kullanmak yerinde olacaktır¹⁷.

Bir kimsenin iradesi dışında malvarlığında meydana gelen azalmaya maddi zarar adı verilir. Bu tanımdan çıkan sonuca göre zararın oluşması için üç unsurun varlığı gereklidir. Bunlar, malvarlığı, malvarlığındaki azalma ve bu azalmanın irade dışı olmasıdır¹⁸.

Teknik anlamda zarar, yukarıda da belirtildiği gibi, malvarlığı ile ilgili bir kavramdır. Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin (varlıkların) meydana getirdiği bir bütündür. Malvarlığı, aktif ve pasif unsurlardan oluşur. Malvarlığının pasif yönü, borç ve mükellefiyetlerden ibarettir¹⁹.

Sorumluluk hukukunda malvarlığı, geniş anlaşılır. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklar, yani mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar (fikri ve sınai haklar), malvarlığının en önemli unsurlarını oluşturur. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği, yani çalışma ve faaliyetleriyle gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de malvarlığını oluşturan değerler (unsurlar) arasında yer alır. Kişilik hakkı ve bu hakkı oluşturan hukuki varlıklar, ilke olarak malvarlığı kapsamına girmez. Bununla birlikte, kişiliği oluşturan hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ekonomik itibar (kredi) gibi hukuki değerler, bazen malvarlığını etkileyebilirler. Başka bir deyişle, bu değerlerin ihlali zarar görenin malvarlığı üzerinde ekonomik yönden olumsuz etki ve sonuçlar doğurabilir. Mesela vücut bütünlüğü, niteliği itibariyle kişilik hakları içinde yer

¹⁶ D12D, E. 1976/2, K. 1978/7879, KT. 09.11.1978, DD, 1979, sy. 34-35, s. 588.

¹⁷ **Gürsoy**, Kemal Tahir, İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, III. Sempozyumu, İUHFY., Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s.112-113; **Eren**, s. 38; **Esin**, Esas, s. 22.

¹⁸ **Eren**, s. 37; **Tandoğan**, s. 63; **Von Tuhr**, s. 76.

¹⁹ **Eren**, s. 38.

alan bir şahıs varlığı değeridir. Ancak, vücut bütünlüğünün ihlali zarar görenin belli bir süre çalışmasına engel olmuş, tedavi ve diğer tıbbi giderlere yol açmış ve nihayet çalışma gücünün belirli bir oranda sürekli olarak kaybına neden olmuşsa, malvarlığını ekonomik yönden olumsuz şekilde etkilemiş olur. Bu yönüyle ele alınırsa, şahıs varlığı değerleri (vücut bütünlüğü gibi), malvarlığı kavramı içinde yer alabilir. Buna karşılık, kişilik haklarının ihlali, aynı zamanda malvarlığında bir eksilmeye yol açmıyorsa, teknik (maddi—dar) anlamda bir zarar söz konusu olmayacağından, malvarlığı kavramı içinde yer almazlar. Bu takdirde, ancak zarar görenin şahıs varlığında bir eksilme söz konusu olabilir ki bu da manevi zararı oluşturur²⁰.

Zarar, malvarlığındaki azalmadan, kaybedilmiş bir kazançtan veya malvarlığında gelecekte gerçekleşecek bir artışın imkansızlaşmasıdır²¹. Bu azalma ya malvarlığını oluşturan aktif değerlerin azalması ya da pasiflerin artması şeklinde belirir. Aktif değerler üzerindeki hakların herhangi birinin yok olması veya değerinin azalması ya da borçların (pasif değerlerin) artması halinde de maddi zarar meydana gelir²². Zarar verici davranış neticesi oluşan dolaylı, dolaysız ve yansıma zararların, zarar kapsamı içinde olduğunu belirtmek için bu geniş tanımlamalar yapılmıştır²³.

Malvarlığında meydana gelen eksilme, yani zarar, aslında zarar görenin zarar verici olaydan sonra malvarlığının gösterdiği durumla, bu olay meydana gelmeseydi göstereceği durum arasındaki farktan ibarettir. Buna göre, zararın tespiti için, zarar görenin malvarlığının gösterdiği iki durum (değer) arasındaki fark bulunacaktır. Buna göre, “Malvarlığının zarar verici olaydan sonra gösterdiği durum” ile “Zarar verici olay meydana gelmeseydi, malvarlığının göstereceği durum” arasındaki fark zarar görenin menfaatidir. Zarar, zarar görenin zarar verici olayın meydana gelmemesindeki menfaatinden ibarettir²⁴.

Zarar görenin malvarlığında meydana gelen azalma, onun iradesi dışında meydana gelmelidir. Malvarlığının azalması sonucunu doğuran olay, zarar verenin bir davranışı olabileceği gibi, bir tabiat olayı da olabilir. Zarar malvarlığında bir eksilme husule gelmesidir. Bununla birlikte malvarlığında meydana gelen her eksilme daima bir zarar sayılmaz. Bir eksilmenin zarar sayılabilmesi için malvarlığı sahibinin iradesi hilafına veya rızası olmaksızın

²⁰ Eren, s. 38-39; Tandoğan, s. 65-68; Von Tuhr, s. 79.

²¹ Velidedeoğlu – Özdemir, s. 105.

²² Eren, s. 39.

²³ Serozan, Rona, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, No. 239, Ankara 1990, s. 70.

²⁴ Eren, s. 39.

gerçekleşmiş olması gerekir. Malikin rızasıyla malvarlığında meydana gelen eksilme, bir başkasına temlik, tüketme, yok etme veya masraf gibi yollarla meydana gelir. Ancak bu azalma zarar olarak nitelendirilemez. Bu durumda ya bir bağışlama veya bir tüketim ya da bir gider veya bir borç yüklenme söz konusu olabilir. Mesela, arabasını bir arkadaşına bağışlayan, sahibi bulunduğu tüketim mallarını tüketen kişinin malvarlığındaki azalma zarar olarak görülemez²⁵.

Esasen tazmin, herhangi bir işlem ve eylemden meydana gelen zararlı bir sonucun bu eyleme maruz kalarak zarara uğrayan ve bu suretle fiilen malvarlığında bir azalma meydana gelen kimse yerine bu zararlı sonucun hukuken failinin malvarlığına yükletilmesi demektir²⁶.

Tazmin borcu deyimi, hukuki sorumluluğu saptanan hukuk sujesine yargı organınca yüklenen ödevi anlatır. Bir başka deyişle tazmin borcu, hukuki sorumluluğun doğal sonucu, onun yaptırım gücüdür. İdare hukuku yönünden tazmin borcunun yalnızca para borcu olduğu bilinmektedir²⁷.

Özel hukukta zarara uğrayan, eski halin iadesi, bir şeyin aynen ifası gibi uğradığı zararın telafisini isteyebilir. Esas itibarıyla zarar ve ziyanın ödenmesi, yani tazmin borcu bir para borcu olmakla beraber zarar, para borcuna dönüşmeden de muhtelif şekillerde ödenebilir. İdare hukukunda ise uğranılan zararın aynen telafisi ve eski hale iadesi istenemez. İdarenin sorumluluğu halinde bu sorumluluk ancak bir paranın ödenmesi suretiyle yerine getirilir²⁸. Gerçekten de, zarar görenin malvarlığının eski duruma getirilebilmesi için iki yol düşünülebilir. Bunlardan ilki aynen tazmin (zarar göreni eski haline getirme); malvarlığının, zarar veren eylemden (olaydan) önceki duruma aynıyla getirilmesi ya da bu duruma özdeş olan bir durumun oluşturulması biçimidir. Örneğin, çalınan malın geri verilmesi ya da kırılanın onarımı ile eski durumun geri getirilmesi gibi²⁹. Nakden tazmin ise, zararı para ödeyerek karşılamadır. Aynen tazminin idari yargıda yeri yoktur. Çünkü, çoğu kez bu yolun uygulanmasına maddi imkan bulunamaz. Örneğin bir bayındırlık yapısının varlığından doğan zararın ayrıca tazmin edilebilmesi için bu yapının ortadan kaldırılması gerekebilir ki bunun kamu yararı açısından doğuracağı birçok sakınca mevcuttur. Diğer yandan, bu yol idare hukuku ilkelerine de ters düşmektedir. Gerçekten, aynen tazmin idari yargı organının idareye bu konuda bir emir vermesi ile sağlanabilir. Ancak bu durum, etkin idarenin (faal idarenin)

²⁵ Eren, s. 41; Von Tuhr, s. 77.

²⁶ Onar, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. III, İstanbul 1966, s. 1714.

²⁷ Esin, Esas, s. 441.

²⁸ Onar, s. 1752.

²⁹ Karahasan, s. 67.

idari yargı organı karşısındaki bağımsızlığı ilkesi ile bağdaştırılamaz. İdare ve yürütme organının özdeşliği nedeniyle, aynen tazmin kuvvetler ayrılığı ilkesinin zedelenmesine de yol açar. İşte bu sakıncaları yüzünden idari yargıda aynen tazmin ilkesi tercih edilmemektedir. Dolayısıyla bir idari etkinlik sonucunda ortaya çıkan zarardan sorumlu görülen, yani hukuki sorumluluğuna hükmedilen idare, bu zarara eşit değerde para ödemekle yükümlü tutulabilir. İdari tazmin borcunun bunun dışında bir ödevi kapsamaması imkansızdır³⁰.

III. MADDİ TAZMİNATI GEREKTİREN HALLER

Tazminat davaları idari faaliyetlerden zarar gören kişilerce açılır. İdarenin sorumluluğuna hükmedilebilmesi için davayı açanın bir zararının olması gerekmektedir. Ortada tazmini gereken bir zarar yoksa sorumluluktan söz edilemez. Bu nedenle zarar, idarenin sorumluluğunun temelini teşkil eder. Zira sorumluluk hukukunun esası zararın tazminine dayanmaktadır.

Daha önce de değinildiği gibi, zarar bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Burada malvarlığından kasıt, “bir kişinin üzerinde hak sahibi olabileceği varlıklar”dır. Bu varlıklar ise, üzerinde ayni veya nispi hakların doğabileceği eşya olabileceği gibi, insan vücudu, hayatı ve şahsiyeti ile ilgili haklar da olabilir. Bunun için zarar, maddi nitelikte olabileceği gibi, manevi nitelikte de olabilir. Şartları farklı olmakla beraber hem maddi hem de manevi zararın tazmini icap eder³¹.

Zarar ile tazminat kavramlarının karıştırılmaması gerekir. Çünkü zarar, maddi veya manevi varlığın zarar verici fiilin oluşundan önceki hali ile olmasından sonraki hali arasındaki farktan ibarettir. Tazminat ise, zarar görenin varlığında tespit edilen bu farkın kıymet bakımından tamamen veya kısmen iadesidir. Buna göre tazminat, zararın giderilmesi için ödenmesi gereken bir para veya yerine getirilmesi gereken bir yükümdür. Bu nedenle haksız fiil failinin belirli bir miktar “zarar veya ziyana mahkum edilmesi” deyimi maksada uygun bir ifade tarzı değildir ve karışıklığa yer verecek niteliktedir. Haksız fiil faili zarar ve ziyan tediyesine mahkum edilemez, bilakis verdiği bu zarar ve ziyana tazmine mahkum edilir³².

Borçlar Kanununda dahi bu yanlış kullanım görülür. Borçlar Kanunu’nun 44. maddesinin 2. fıkrasındaki “... hakim, hakkaniyete tevfikan zarar ve ziyana tenkis edebilir” cümlesinde geçen “zarar ve ziyan”, “tazminat=giderim” anlamında kullanılmıştır. Tazminat

³⁰ Esin, Esas, s. 14 -15.

³¹ Feyzioğlu, s. 471- 472.

³² Feyzioğlu, s. 472; Çağa, Ölüme Sebebiyet Halinde Müteveffanın Yardımından Mahrum Kalanlara Verilecek Maddi Tazminatın Tayini Meselesi, s. 453.

karşılığı olarak “giderim” sözcüğünün kullanılmasının, böyle bir karışıklığın önlenmesi açısından yerinde olacağı ifade edilmektedir³³. Borçlar Kanunu’nun 44. maddesindeki “zarar ve ziyanın tenkisi”nden tazminatın tenkisini anlamak gerekir. Zira, zarar ve ziyanın tenkisi mümkün değildir³⁴.

Zarar ile tazminat birbirinden farklı kavramlar olmakla birlikte, bu kavramlar arasında fiili ve hukuki bir bağ bulunmaktadır. Tazminat, zararın karşılanması ve giderilmesi (telafisi) için zarar görene verilmesi gereken şeyi veya miktarı ifade eder. Ancak, tazminat zarar miktarını aşamaz. Borçlar Kanunu’nun 43. maddesinin 1. fıkrasındaki hükme göre, hakim tazminatın şümulünü (kapsamını) hal ve mevkiin icabına ve kusurun (madde metninde hatanın denilmiş) ağırlığına bakarak tayin eder. Hakim tazminata karar verirken her şeyden önce zarar miktarını tespit edecektir. Tazminat miktarı, zarar miktarını aşamayacağından; zarar, hükmedilecek tazminatın en yüksek haddini teşkil eder³⁵.

Zarar ve tazminatın birbirine karıştırılması, genellikle tazminat miktarının zarar miktarıyla eşit olmasından kaynaklanmaktadır. Genellikle tazminat miktarı zarar miktarıyla eşit olmakla birlikte, tazminatın zarardan düşük olması da mümkündür. Örneğin zarar görenin müterafik kusurunun olması halinde tazminat miktarı zarar miktarından daha az olacaktır³⁶.

İdare hukuku yönünden maddi tazmin borcunun hangi zarar unsurlarını kapsayacağı ve bunun para olarak karşılığının nasıl hesaplanacağı konusunda kanunlarımızda bir hüküm yoktur. Uygulamada Borçlar Kanununun ilgili hükümlerinden yararlanılmaktadır³⁷. İdari yargı yeri mala gelen zararlar kadar ölüm veya bedensel sakatlıklar nedeniyle uğranılan maddi zararların da tazminine karar vermekle birlikte, idari yargı mercilerince dava konusu olayların niteliklerine göre ve yargısal içtihatlarla maddi zararın kapsamı ve sınırları genel olarak çizilmektedir. Nitekim zaman süreci içerisinde her geçen gün maddi zararın kapsamı yargısal kararlarla genişleyerek çeşitlenmektedir. Danıştay’ın, “Davacı H. ...’nin olay sırasında yaralanan karısı G.K.’nin uzun süre tedavisi nedeniyle SSK’ya tabi olarak yaptığı asansörcülük işini yapamadığını ileri sürerek bu dönemde maddi zararın tazminini istediği, mahkemenin ara kararı üzerine davacının dosyaya sunduğu belgelerden, olay sonrasında gerek hanımının gerekse çocuklarının tedavisi ile meşgul olabilmesi için çalıştığı işyerinden 4 ay ücretsiz izin verildiği, öte yandan Cumhuriyet Üniversitesi Hastanesi Sağlık Kurulu tarafından

³³ Feyzioğlu, s. 472.

³⁴ Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, c. 1, s. 134.

³⁵ Tekinay, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul 1979, s. 47; Reisoğlu, s. 166-167; Çağa, s. 453.

³⁶ Tekinay, s. 471.

³⁷ Esin, Esas, s. 441.

eşinin yapılan muayenesi ve incelemeler sonucunda düzenlenen 17.7.1998 tarihli raporda da, eşinin yaralanması nedeniyle 90 günde iyileşmiş olabileceğinin belirtildiğinin anlaşıldığı, bu durumda H ...'nin dört aylık dönemde SSK bordrolarında saptanan ... lira maddi zarara uğradığının kanıtlandığının kabulü gerekmektedir. Dolayısıyla mahkeme kararının aksi yöndeki bu kısmında hukuki isabet bulunmadığına...” şeklindeki kararı bu duruma örnek verilebilir³⁸.

Ölüm nedeniyle maddi tazminat, Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinde yazılı olduğu üzere, ölümden önceki tedavi giderleri, cenaze ve defin giderleri ile destekten yoksunluk unsurlarını içine almaktadır. Bedensel (cismani) sakatlığa dayanan maddi tazminat ise, aynı Kanunun 46. maddesinde belirtilen tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması veya yok olmasından doğan zarar unsurlarını kapsamaktadır. Çeşitli kararlarında bu hususların Danıştay'ca da dikkate alındığı görülmektedir³⁹.

A. ÖLÜM NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT

Borçlar Kanunu'nun 45. maddesi şu hükmü taşımaktadır: “Bir adam öldüğü takdirde zarar ve ziyan bilhassa defin masrafını da ihtiva eder. Ölüm derhal vukubulmamış ise zarar ve ziyan tedavi masraflarını ve çalışmaya muktedir olmamaktan mütevellit zararı ihtiva eder. / Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararlarını da tazmin etmek lazım gelir”.

Bu maddeden hareketle, ölüm nedeniyle maddi zararlar, ölüm hemen vuku bulmamış ise “ölümden önceki tedavi giderlerini”, “cenaze ve defin giderlerini”, “çalışma gücünün yitirilmesinden doğan kayıpları” ve “ölenin yardımından (desteğinden) yoksun kalma zararlarını” içerir.

1. Genel Olarak

Doktrinde ve yargısal içtihatlarda benimsenmiş olan baskın görüşe göre, Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinde yalnızca haksız eylemle doğrudan doğruya zarara uğrayanlara giderim hakkı tanınmış olup 45. madde ile düzenlenen destekten yoksunluk giderimi Kanun tarafından ayırık tutulmuştur. Böyle olunca da 45. madde hükmünü, dar ve sınırlı bir anlayışla yorumlamak gerekir. Bu hükmün belirleyici niteliği, zararın çerçevesini sınırlamış olmasıdır. Öyle ise maddede sayılanlar dışında kalan zararların tazmini istenemez. Borçlar Kanunu'nun 45. maddesi kapsamı dışındaki, özellikle ölen çocuğun yetiştirilmesi ve eğitimi için yapılmış

³⁸ D10D, E. ?/1609, K. 2001/2126, KT. 06.06.2001. **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 221.

³⁹ **Yenice**, Kazım – **Esin**, Yüksel, İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 1983, s. 107-108.

giderler, ölüm yüzünden ümit edilen bir mirasın alınamaması ya da bir taşınmazın düşük fiyatla satılması nedeniyle sinir krizinden ötürü yapılan tedavi giderlerinin, bu madde hükmü gereğince tazminata konu olmayacağı belirtilmektedir.

Bu husus Danıştay, Yargıtay ve AYİM kararlarında da vurgulanmıştır.Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin kararına göre, “davacının çocuklarını yetiştirmek üzere yapmağa zorunlu bulundukları ... giderlerin tazminat sorumlusuna yükletilmesine kanun hükümleri elverişli değildir”. Yine Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin bir kararında şöyle denilmiştir: “Kural olarak, haksız eylem nedeniyle tazminat istemek hakkı, eylemden doğrudan doğruya bir zarara uğramış olana aittir. Eylemden dolayısıyla zarara uğramış olanlar tazminat davası açamazlar. Ölüm halinde Borçlar Yasasının 45/2. maddesiyle destekten yoksun kalan yakınlarına tanınan tazminat istemek hakkı ile Borçlar Yasasının 47. maddesiyle ölenin ailesine tanınan manevi tazminat istemek hakkı bu kuralın istisnalarıdır”. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında ise, “Bilindiği gibi, kural olarak haksız eylem sonucu uğranılan zararın ödetilmesini istemek hakkı, doğrudan doğruya zarara uğrayana aittir. Bu nedenle eylemden dolayısıyla zarar görmüş olanlar, tazminat isteyemezler. Ancak, ölüm halinde, ölenin desteğinden yoksun kalan kimselere, Borçlar Yasasının 45/2. maddesi hükümlerince tanınmış olan tazminat istemek hakkı, az yukarıda anılan kuralın ayrık halini teşkil eder” denilmiştir⁴⁰.

Konuyla ilgili olarak Danıştay Onuncu Dairesinin bir kararında, “Dava, tedavi amacıyla Doktor ... Çocuk Hastanesine götürülen davacıların çocuğu E...’nin ihmal neticesi ölümüne sebebiyet verildiği ve davacılardan baba Ö...’nün günlerce komada kalmasına neden olduğu ileri sürülerek anne ve baba için toplam...lira manevi, çocuğun yetiştirilmesi için harcandığı belirtilen... milyon lira maddi ve destekten yoksun kalma tazminatının olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte ödenmesi istemiyle açılan davada idare Mahkemesince; davalı idarenin memuru olarak çalışan doktorun görevi sırasında ihmali ve kusuru neticesi sebebiyet verdiği zarardan dolayı hizmet kusuru nedeniyle davacılara tazminat ödenmesi gerektiği, 4 yaşındaki bir çocuğun yetiştirme masraflarının enflasyonist ortam ve destekten yoksunluk hali dikkate alındığından istenilen miktarının fahiş olmadığı sonucuna varılarak istemle bağlı kalınmak suretiyle tazminat ödenmesine karar verildiği, Danıştay’ca; temyize konu Mahkeme kararının gerekçesinde; 4 yaşında bir çocuğun yetiştirilmesin de yapılan masraflar ve bu masrafların yıllar itibariyle enflasyon oranı hesaplandığında ve destekten yoksunluk hali de dikkate alındığında istenilen maddi tazminatın fahiş olmadığı

⁴⁰ Karahasan, s. 244-245.

sonucuna ulaşıldığı belirtilerek tazminata hükmedildiği, ancak 743 sayılı Medeni Kanun'un 261. maddesinde 'Çocuğun iâşe ve terbiyesine muktazi masraflar kendilerinin mallarını idare hususunda kabul ettikleri usule göre, ana babaya terettüp eder...' hükmü bulunmakta olup, çocuğun yetiştirilmesi için yapılan masraflardan dolayı anne-babanın tazminat hakkına sahip olmasına olanak bulunmamaktadır" denilmiştir⁴¹.

Çocukları askerde iken ölen ana-babanın açtıkları tam yargı davasında, davacıların evlatlarını büyütmek için ona yapmış oldukları bakım masraflarının bir maddi zarara yol açamayacağını belirten AYİM, bakım masrafları istemini şu gerekçeyle reddetmiştir⁴²: "...Bir çocuğu 18 yaşına kadar yetiştirmek ve onun her türlü masraflarını karşılamak her ana babanın ahlaki ve hukuki görevi olduğundan; bu amaçla yapılan harcamalar bir alacak hakkı doğurmaz ve dava konusu yapılamaz ...".

2. Tazminatın Kapsamı

Ölüm nedeniyle oluşabilecek maddi zarar, ölüm hemen vuku bulmamış ise "ölümden önceki tedavi giderlerini", "cenaze ve defin giderlerini", "çalışma gücünün yitirilmesinden doğan kayıpları" ve "ölenin yardımından (desteğinden) yoksun kalma zararlarını" içerir.

a. Ölümden Önceki Tedavi Giderleri

Ölüm hemen meydana gelmemişse tedavi amacıyla bazı giderlerin yapılması gerekir. Gerçekten, durumu ne denli umutsuz olursa olsun bir insanın tedavisiz bırakılması düşünülemez⁴³. Uygulamaya göre; doktor, hemşire, hastabakıcı, iğneci için yapılan giderler; muayene, tahlil, ameliyat, röntgen, ortopedi, protez, fizik tedavisi, her türlü ilaç ve hastalığın gerektirdiği gıda parası, hastane ve doktora gidip gelme gibi bütün giderlerin tedavi gideri olduğu ve zararın kapsamını oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu giderlerin kanıtlanabilmesi için her çeşit delile başvurulabilir. Zarar görenin yaptığı iyileştirme giderlerinin zorunlu olup olmamasının önemi yoktur. Küçük de olsa, bir iyileşme umudunun varlığı tedaviye başlamak için yeterlidir Öte yandan iyileştirme olanağı bulunmasa bile yapılan giderlerin tazmini istenebilir. Şu var ki, dürüstlük kurallarına aykırı bir davranışla, karşı tarafa zarar vermek amacı ile yapılan giderlerin ödettirilmesi söz konusu olamaz⁴⁴. Bu giderler kişinin kendisi

⁴¹ D10D, E. ?/5075, K. 2001/476, KT. 13.02.2001. **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 218-219.

⁴² AYİM3D, E. 1975/220, K. 1976/1962, KT. 10.03.1976. **Özgüldür**, Serdar, İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, 12-13 Nisan 1996 İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996, s. 130.

⁴³ **Esin**, Esas, s. 442.

⁴⁴ **Karahasan**, s. 241.

tarafından yapılacağından, onun mal varlığında bir eksilmeye yol açacaktır. İşte kişinin tedavi amacıyla yapacağı giderler, malvarlığında bir eksilmeye yol açacağından; ölümden sonra mirasçılarının anılan giderleri tazminat olarak istemeye hakları vardır⁴⁵.

Nitekim Danıştay, “... Bu sebepler muvacehesinde; kamu hizmetinin tanzim ve icrasındaki aksaklık yüzünden vukubulan ölüm olayı dolayısıyla ölen F.Ö’nün eşi davacı H.Ö’ye, ihtiyar ettiği hastane nakli ve ... masraflarına karşılık takdirenen ve maktuen ... lira maddi tazminatın verilmesine...”⁴⁶ ve “Davacıların müşterek çocuğu olan A.U.’nun davalı Üniversiteye ait Tıp Fakültesinde yapılan bademcik ameliyatı sırasında yanlış serum verilmesi sonucu ölümü nedeniyle; ... lira hastaneye yatış ücreti,... lirası ameliyat ücreti olarak ödenen para ile anne ve baba için destekten yoksun kalma yüzünden olmak üzere, uğranıldığı ileri sürülen zararın tazminine karar verilmesi istemiyle açılan davada, ameliyat ve hasta girişi için ödenen ... lira maddi kaybın görevsiz yargı yerine dava açma tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte iadesine...”⁴⁷ karar vermiştir.

b. Cenaze ve Defin Giderleri

Borçlar Kanunu’nun 45. maddesinin 1. fıkrasında “defin masraflarından” söz edilmiştir. Ancak bunun içeriği belirtilmemiştir. Kural olarak, bu giderler ölümle doğrudan doğruya ilgisi bulunan ve ölenin dini, sosyal ve ekonomik durumuna uygun olmak koşuluyla ölenin taşınması, yıkatılması, gömülmesi, mezarlık ücreti, mezar taşı, ilan giderleri, sadakalar ve din adamlarına verilen paralar ve otopsi için yapılan giderleri kapsar. Bu giderler, gerçekten yapılmalı ve yerel göreneklere (mahalli adetlere) de uygun düşmelidir⁴⁸. Bilindiği üzere, cenaze ve defin giderlerinin terekeden yapılması gerekmektedir. Bu nedenle, anılan giderleri maddi tazminat olarak isteme hakkının mirasçılara ait olduğu kabul edilir.

Danıştay içtihatlarının da yukarıda belirtilen hususlarla paralellik arzettiği ve istem halinde cenaze ve defin giderlerine karşılık maddi tazminata hükmedildiği görülmektedir⁴⁹. Nitekim bir kararında Danıştay, “... Doğum için başvurulmuş hastanede doktor bulunmaması, acil durumdaki hastanın doğum olur zannıyla uzun süre bekletilmesi ve buradan sevk edildiği ambulansın yolda arızalanması, ayrıca hastaya zamanında serum verilmemesi nedeniyle

⁴⁵ Esin, Esas, s. 442.

⁴⁶ D12D, E. 1967/2767, K. 1968/2118, KT. 18.11.1968. Esin, Esas, s. 81.

⁴⁷ D10D, E. 1996/1091, K. 1996/7530, KT. 13.11.1996. Bal, Yakup – Şahin, Yahya – Karabulut, Mustafa, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 358-359.

⁴⁸ Karahasan, s. 246.

⁴⁹ Esin, Esas, s. 442.

ölümün gerçekleştiği, bu sebepler muvacehesinde; kamu hizmetinin tanzim ve icrasındaki aksaklık yüzünden vukubulan ölüm olayı dolayısıyla ölen F.Ö'nün eşi davacı H.Ö'ye, ihtiyar ettiği hastane nakli ve defin masraflarına karşılık takdiren ve maktuen ... lira maddi tazminatın verilmesine..." hükmetmiştir⁵⁰.

c. Gelirden Yoksun Kalma

Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinin 1. fıkrasında "*çalışmaya muktedir olmamaktan mütevellit zararı*" olarak ifade edilen kazançtan yoksun kalma; ölümün hemen meydana gelmemiş olması durumunda beden ve ruh tamlığı ihlal edilen kimsenin çalışmaması, işinden gücünden geri kalması sonucu oluşan zarardır. Oluşan bu zarar da tazmin konusu yapılabilir. İşte ölüm meydana geldikten sonra ölenin mirasçıları, sorumlu idareye karşı gelirden yoksun kalma giderimi için dava açabilirler. Ölümden önce doğan bu zararın tazminini isteme hakkı ölüm üzerine mirasçılara geçer⁵¹.

B. DESTEKTEN YOKSUN KALMA NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT

Ölüm nedeniyle ortaya çıkan en önemli zarar destekten yoksun kalma nedeniyle oluşur. Ölen kişi hayatta iken bazı kimselerin yardımcısı/maddi desteği durumunda iseler ölüm nedeniyle bu kişiler ayrıca bir zarara uğramış olurlar. Onun gibi, ölenin ileride yardım edeceği, bakıp gözüteceği kimseler de ölüm yüzünden aynı şekilde zarar görmüş olurlar⁵².

Destekten yoksun kalma zararı ve tazmini meselesi ile ilgili tüm sorunlar, özel hukuk alanında ele alınıp çözümlenmiştir. Özel hukuk alanındaki çözümlerin idari yargı hukukunda da geçerli olduğu kabul edilmektedir⁵³.

Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinin 2. fıkrasında "ölüm neticesi diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir" hükmü yer almaktadır. Bu madde hükmüne göre destekten yoksun kalma tazminatının doğumu, her şeyden önce destek olanın ölmesine bağlıdır. Fakat sorunun en önemli yanı desteğin niteliğinin, kimin destek sayılması gerekeceğinin ve maddede geçen "diğer kimseler" deyiminin kapsamını ortaya koymaktır⁵⁴.

⁵⁰ D12D, E. 1967/2767, K. 1968/2118, KT. 18.11.1968. **Esin**, Esas, s. 81.

⁵¹ **Karahasan**, s. 247.

⁵² **Esin**, Esas, s. 442-443; **Gözler**, s. 1202.

⁵³ **Esin**, Esas, s. 442-443.

⁵⁴ **Karahasan**, s. 251; **Esin**, Esas, s. 443.

1. Destek Kavramı

Destek kavramı hukuki bir deyim olarak tamamen İsviçre Borçlar Hukukuna ait bir kavramdır⁵⁵. Borçlar Kanunu’nun 45. maddesinin 2. fıkrasında “...müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları...” şeklinde tercüme edilen ifadenin aslı, İsviçre Borçlar Kanunu’nda “...desteklerini kaybetmişlerse...” şeklindedir. Uygulamada “destek” terimi tercih edilmiştir⁵⁶.

Destek kavramı, hukuki bir münasebeti değil, fiili bir durumu hedef tutar ve ne hısımlığa ve ne de kanunun nafaka hükümlerine dayanmaz. Sadece kanunen bir kimseye yardım etmek zorunda olan kişi değil, ona fiilen, düzenli olarak yardım eden ve olayların normal akışına göre, eğer ölüm vuku bulmamış olsaydı, az çok yakın gelecekte de bu yardımı sağlayacak kimse destek sayılmalıdır⁵⁷.

Destekten yoksunluğun söz konusu olabilmesi için, ölenin yaptığı ya da ileride yapacağı yardımların kanuni bir ödev niteliğinde olması şart değildir. Dolayısıyla, yardımcı veya destek kavramını hısımlık, mirasçılık, nafaka yükümlülüğü gibi kanuni ilişkilere bağlı tutmak ve bu ilişkilerle sınırlandırmak olanağı yoktur⁵⁸. Gerçi, anılan ilişkilerin varlığı halinde ölen kişi öncelikle (evleviyetle) yardımcı sayılır. Ancak, bu ilişkilerden biri olmaksızın da bir kimsenin destek sıfatını taşıması mümkündür. Dolayısıyla destek demek, kanun tarafından zorunlu olmasa bile, düzenli olarak yardımda bulunan anlamına gelmektedir⁵⁹.

Destekten yoksun kalma tazminatı, üçüncü kişilere tanınmış bir haktır. Bu hak, ölenden geçen bir hak olmayıp, doğrudan doğruya desteğini yitirenlerin kişiliklerinde doğar. Kısacası destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan, asli ve bağımsız bir talep hakkıdır. Ölenle ya da malvarlığıyla ilgisi bulunmadığını belirtmek için destekten yoksun kalma zararı talebinin bağımsızlığından söz edilir. Bu konuda doktrinde görüş birliği vardır. İstem bağımsız oluşu, giderimle ölenin mirası arasında herhangi bir ilgi kurulmasına engeldir. Dolayısıyla mirası reddetmiş olanda

⁵⁵ Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop, s. 832; Güleç (Uçakhan), Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1994, s. 435.

⁵⁶ Güleç (Uçakhan), s. 435.

⁵⁷ Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop, s. 833.

⁵⁸ Bazı kararlarında Danıştay’ın, Türk Medeni Kanunu’nun 439 ve devamı maddelerinde kanuni mirasçılar arasında üvey anneye yer verilmediği gerekçesiyle üvey annenin maddi tazminat istemini reddetmiştir. D10D, E. 1982/3322, K. 1985/1065, KT. 22.5.1985. Kaya, Cemil, Avrupa Konseyindeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılınması Hakkında Kanun, Uluslararası Hukuk ve Politika Dergisi, c. 3, 2007, sy. 10, s. 41; Aynı davada üvey annenin manevi tazminat istemi kabul edilmiştir. Esin, Esas, s. 451.

⁵⁹ Esin, Esas, s. 443; Karahasan, s. 251.

tazminat isteyebilir⁶⁰. Talebin bağımsız oluşunun bir sonucu da, bu talebin mirasçılara geçebilmesi, üçüncü kişilere devredilebilmesi ve rehin edilebilmesidir⁶¹.

Bir kimseyi başkası için destek haline getiren yardımlarda, düzenlilik ve devamlılık unsurları vardır. Yapanın tutumuna göre gelişigüzel zamanlarda sağlanan yardımlar düzenli olmadıkları için destekten yoksun kalma tazminatına esas alınamazlar. Çünkü, böyle yardımlarda devamlılık unsuru yoktur. Doğal olarak bu unsur, ölenin özellikle kendilerine karşı kanuni bakım (nafaka) mükellefiyeti altında bulunmadığı kimseler için önemlidir⁶².

Bakma, çeşitli biçim ve içeriklerde olabilir: Para vererek; yiyecek, elbise ve mesken sağlayarak; okuma masraflarını karşılayarak veya yatalak bir hastanın doktor ve hastabakıcı ücretlerini ödemek suretiyle yapılan yardımlar hep bakma sayılır. Hizmet de bir bakım yardımına konu olabilir. Özellikle evli kadınlar gördüğü ev hizmetleri dolayısıyla kocasının ve çocuklarının desteği sayılır⁶³.

2. Destek Türleri

a. Fiili Destek

Ölümü anında diğer kimselerin bakımını kısmen veya tamamen fiilen üzerine almış olan ve ileride de bu durumu devam ettirecek olan desteğe fiili (gerçek, eylemli) destek denir⁶⁴. Bakma, fiili ve düzenli olarak kendisine bakılan kimsenin geçimini kısmen ya da tamamen sağlama, onu zarurettten koruma amacına yönelir. Böyle olunca da, devamlı olarak bakma amacını taşımayan, değişik nedenlerle yapılan bağışlar, geçici yardımlar ve verilen hediyeler destek sayılmayı gerektirmez. Desteğin yardımı para ödeme, ayın verme ya da çalışma biçiminde olabilir⁶⁵.

b. Farazi Destek

Ölmeseydi ileride başkasına bakması kuvvetle muhtemel olan kişiye farazi (varsayımsal) destek denir. Bir başka ifade ile ölümü anında ve daha önce diğer kimselerin kısmen veya tamamen bakımını karşılamadığı halde, yaşamın ve olayların olağan akışı içinde

⁶⁰ Karahasan, s. 249.

⁶¹ Eren, s. 721.

⁶² Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop, s. 834-835.

⁶³ Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop, s. 835-836.

⁶⁴ Güleç (Uçakhan), s. 439.

⁶⁵ Karahasan, s. 254-255; Çelik, Ahmet Çelik, Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006, s. 23-24.

ileride üzerine almasına kesin gözüyle bakılan kimsedir⁶⁶. Özellikle küçük yaşta ölen çocuklar, ana ve baba için bu nitelikte bir destek sayılırlar⁶⁷.

Danıştay'a göre, "...Davacıların 6,5 yaşında ölen çocuğunun ölüm olayı meydana gelmeseydi; 18 yaşına kadar anne-babasının bakım ve gözetiminde olacağı; 18 yaşından sonra ise, yaşamın ve olayların normal akışı içinde gelir getirici bir işte çalışabileceği kuvvetle muhtemel olup, bu yaştan itibaren yaşadığı yerin gelenekleri, yaşam biçim ve koşulları çalışma ve eğitim öğretim durumları da göz önünde tutularak anne ve babasına sağlayacağı muhtemel destek kaybından dolayı uğranıldığı ileri sürülen zararın hesaplanması gerekmektedir. Ancak destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilirken ölen kişinin olayın meydana gelişindeki kusurunun dikkate alınması gerekmektedir..."⁶⁸.

3. Destekten Yoksun Kalanlar

Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinin 2. fıkrasına göre, "ölüm neticesi diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir." Bu madde hükmünde geçen "diğer kimseler" deyiminden kimleri anlamak gerektiği önemli bir sorundur⁶⁹. Bu soruna uygulama yargı kararlarıyla çözüm bulunmaya çalışılmıştır⁷⁰. Yargı kararlarına göre aşağıdaki kişiler destek olarak nitelendirilebilir.

a. Baba ve Ananın Çocuklar İçin Destek Olması

Çocuklar babanın ölümüyle en önemli desteğini yitirmiş olur. Kural olarak ana-babanın çocuklarına onlar reşit oluncaya kadar bakma yükümlülüğü vardır ve bu yükümlülük kanun hükmüne dayanır⁷¹. Ancak yargı organı, çocuğun sakat veya sürekli hasta olması, öğrenimde bulunması, kız çocuğun 18 yaşını geçtiği halde evlenmemiş olması gibi bazı özel durumları gözönüne alarak bu yaştan sonrası için de destekten yoksunluk tazminatına hükmedebilir. Öte yandan, Medeni Kanun gereği var olan nafaka yükümlülüğü karşısında, yoksulluk içinde bulunan çocuklar yönünden yaş kaydı aranmaması yerinde olacaktır⁷².

⁶⁶ Çelik, s. 24; Gürbüz, Metin, Beden Tamliğının İhlali (Sakatlık) ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini, Seçkin Yayınevi, Ankara 2001, s. 54.

⁶⁷ Karahasan, s. 255.

⁶⁸ D10D, E. ?/1504, K. 2001/78, KT. 17.01.2001. Atay – Odabaşı – Gökcan, s. 227.

⁶⁹ Karahasan, s. 251; Esin, Esas, s. 443.

⁷⁰ Karahasan, s. 255; Esin, Esas, s. 443.

⁷¹ Karahasan, s.255; Esin, Esas, s. 444.

⁷² Esin, Esas, s. 444.

Çalışabilecek durumda olan ananın ölümü de tıpkı babanın ölümü gibi çocuğun destekten yoksun kalmasına yol açar. Babanın daha önce ölmüş olması nedeniyle çalışarak gerçek bir destek görevi yapan ya da öğrenim durumu, yetişkinliği, meslek ve sanatı yönünden gerekirse destek görevini yapabilecek olan ve bunun yanında çoğu kez de gördüğü hizmetlerle önemli bir destek durumundaki ananın ölümü halinde çocuğa maddi tazminat verilmesi gerekir⁷³.

b. Çocukların Ana ve Baba İçin Destek Olması

Kural olarak, yetişmiş çocukların, elverişli ekonomik durumda olsalar bile, ana ve babalarına bakma ödevi yoktur. Bununla birlikte ana - babanın geçimlerini eylemli ve düzenli olarak sağlayan bir çocuk onlar için destek sayılır. Bu konuda esas güçlük henüz yetişmemiş, eli kazanç tutmamış çocuğun ölümünde belirir. Eğer küçük çocukların ileride destek olmaları beklenebilir ise, daha açık bir anlatımla, küçük yaşta ölen çocuğun, gelecekte ana - babasına bakacağı, yaşamın ve olayların normal akışı içinde beklenebiliyorsa çocuk onlar için bir destektir. Burada, ana - babanın bakım ihtiyacının gerçekleştiği anda, çocuğun da bakım gücüne kavuşup kavuşmayacağı sorunu önem kazanır. Özellikle, bir çocuğun ne zaman bakım gücüne kavuşacağını kuralla açıklanabilme olanağı yoktur. Ne var ki, ölen çocuğun öğrenim yapıp yapmadığı ve başarı derecesi, çalışıp çalışmadığı eldeki verilere göre değerlendirilerek, askerlik ödevi de gözönünde tutulup bakım gücüne ne zaman kavuşabileceği belli edilebilir. Ana - babanın ölüm günündeki ekonomik durumları, gelir kaynakları, bir işte çalışıp çalışmadıkları, yaşları gibi hususlar gözönünde bulundurularak bakım ihtiyacı içinde olup olmadıkları ve çocuklarının desteğine ne zaman ihtiyaç duyacakları araştırılarak bir sonuca varılabilir⁷⁴. Danıştay, olayların normal akışına göre çocuğun ileride ana - babasına bakmasının kuvvetle muhtemel bulunduğu hallerde, ana - baba lehine destekten yoksunluk tazminatına hükmetmektedir⁷⁵.

Çocukların ana - babaya destek olma hali konusunda bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı önemlidir. Karar şu şekildedir⁷⁶: “Bilindiği gibi destekten yoksun kalma tazminatının amacı, desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın, bir başka ifade ile bakım giderinin ödettirilmesinden ibarettir. / Bu itibardır ki BK. nun 45 inci maddesinde sözü geçen destek kavramı hukuksal bir ilişkiyi değil, eylemli bir durumu

⁷³ Esin, Esas, s. 444.

⁷⁴ Karahasan, s. 257.

⁷⁵ Esin, Esas, s. 443.

⁷⁶ YHGK, E. 1974/1528, K. 1982/412, KT. 21.04.1982. Karahasan, s. 259-261.

hedef tutar ve ne hısımlığa ve ne de yasanın nafaka hakkındaki hükümlerine dayanmaz, sadece ona eylemli ve düzenli olarak geçimini kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde yardım eden ve olayların olağan akışına göre eğer ölüm vuku bulmasaydı az çok yakın bir gelecekte de bu yardımı sağlayacak olan kimse de destek sayılır. O halde destek sayılabilmek için bakımın (yardımın) eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterli görülür. Öte yandan, ölüm gününe kadar desteklik etmemiş olmakla beraber ilerde bakım gücüne kavuşarak belli nitelikteki bakımı yine eylemli ve düzenli olarak yerine getirmesi beklenen kimse de destek addolunur. Bu tür davalarda tazmini gereken zarar, eylemli (gerçek) destek halinde desteğin filhal sağladığı ve varsayımlı (farazi) destek durumunda ise, ilerde sağlayacağı yardımların toplamından ibarettir. Bu bakımdan destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin davalarda bakım gücü ile bakım ihtiyacının ispatlanması sorunu büyük önem taşır. Medeni Yasanın 6. maddesi hükmünce kural olarak ispat yükü bu davalarda da davacıya düşer. Çünkü, desteğin bakım gücüne sahip olduğu ya da ilerde bu güce kavuşacağının beklenir bulunduğu ve davacının da bakım ihtiyacı içinde olduğu gerçekleşmeli (sabit olmalı) dır ki, destekten yoksun kalındığından söz edilebilsin. Zira kural olarak, yetişmiş çocukların, elverişli ekonomik durumda olsalar bile ana babalarına bakma ödevleri yoktur. MK. madde 315 ile, nafakanın ödenmesi gerek ve koşulları ayrıca özel olarak düzenlenmiştir. Öyle ise, yukarıdan beri yapılan açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, bu tür davalarda davacılar, kendilerinin sosyal ve ekonomik durumlarını, ölenin sağ olması halinde kendilerine düzenli bir şekilde yardım ve muavenette bulunacağını ispatla yükümlüdürler. Ne var ki, genel yaşam deneyimlerine ve yaşamın olağan akışına dayanan kişi artık iddiasını ispatla yükümlü değildir. Bilindiği gibi bu kurallar, yani eylemli (ya da beşeri) karine denen Yaşam Deneyi Kuralları, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında hakimin kanaat edinmesine yarayan yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümleridir (Bilge Umar/Ejder Yılmaz - İspat Yükü - 2. Bası - İstanbul 1980 - Sayfa 165 vd. 174. ve 60 vd.). / Bu karinenin iki işlevinden en önemli olan bir tanesi şudur: Hakim, hatta hakkında delil gösterilmemiş bir olay iddiasının doğruluğunu yaşam deneyi kurallarına dayanarak kabul edebilir ve bu durumda delil gösterme yükü, o olayın aksini ileri süren tarafa geçer. Nitekim Yargıtay emsal nitelikteki birçok kararlarında aynı ilkeyi benimsemiş, genel kural uyarınca zararın, zarara uğrayan davacılar tarafından ispatı gerektiğini vurguladıktan sonra (genel yaşam deneyimlerine ve çevre telakkilerine göre) birçok davalarda desteklik durumunu ispat edilmeden sabit saymıştır. / Yukarıda da kısaca değinildiği veçhile davacı, farazi desteğinin desteğinden yoksun kaldığını ileri sürerek maddi tazminat istediğine göre ilke olarak (bakım gücü) ve (bakım ihtiyacı)nı kanıtlaması yani bu

olguların gerçekleşmesi gerekir. Ancak gerek bilimsel ve gerekse yargısal görüşlere göre eylemli destek durumunda olmayan çocukların ileride destek olmaları beklenebilir ise ya da yukarıda açıklandığı gibi ölen çocuğun gelecekte ana- babasına bakacağı yaşamın ve olayların normal akışı içinde beklenebiliyor ise çocuk onlar için destektir. Kaldı ki davacı ile ölen oğlunun sosyal ve ekonomik durumları dikkat nazara alındıkta çocuğun baba için ileride bir dayanak, bir destek olabileceği kuşkusuz kabul edilmek gerekir. / Bu davada elde mevcut veriler artık bakım gücü ve bakım ihtiyacının ayrıca ispatına gerek bırakmaz. O halde bu durumda mahkemece yapılacak iş ölen çocuğun sosyal durumu, yaptığı ve özellikle askerlikten sonra yapabileceği iş ve sağlayacağı gelir (bakım gücü) ile davacı babanın içinde ekonomik durumu itibariyle (bakıma ihtiyacı) içinde olduğu gözönüne alınarak bu yardımın (PMF cetvelinden yararlanmak suretiyle) süresi de belirlenip yaptırılacak bir bilirkişi incelemesi ile maddi tazminatı belirlemektir...”.

c. Eşlerin Birbirine Destek Olması

Medeni Kanun uyarınca, koca, karısını uygun biçimde geçindirme ve ona bakma ödevi altındadır. Koca, kadın için bir destektir. Kural olarak kocanın bakma yükümü boşanma ile ortadan kalkar. Bununla beraber, Medeni Kanun gereğince hakim boşanma sonunda yoksulluğa düşecek olan eş lehine yoksulluk nafakasına hükmetmiş ise yardımın devam edeceği süre içinde boşanmaya rağmen koca destek olmaya devam eder. Kadın açısından da durum koca gibidir. Ailenin geçimine yaptığı yardımlar veya hizmetler ile yahut her ikisiyle birlikte destektir⁷⁷. Destek, yalnızca başkasına yaşama için gerekli ihtiyaçlar sağlayan ya da bu amaçla para veren kimse değildir. Yemekleri hazırlamak, elbiselere ve eve bakmak gibi yollarla çalışmasını doğrudan doğruya başkalarına tahsis eden kimse de destektir. Bu nedenle, yalnızca ev işlerini gören bir kadın da kocasının desteği sayılabilir⁷⁸.

d. Kardeşlerin Birbirine Destek Olması

Kural olarak kardeşlerin birbirlerine yardım etme yükümlülükleri yoktur. Bununla birlikte ölen kardeş sağlığında kardeşine bakmakta idiyse, kardeş içinde destekten yoksunluk tazminatına hükmedilebilir. Danıştay ve AYİM uygulamalarına göre kardeşlerin destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmesi için ölen kişinin “hali refah” içinde bulunması ve ölmeden önce kardeşine düzenli ve devamlı bir şekilde yardım ettiğinin kanıtlanması gerekmektedir⁷⁹.

⁷⁷ Gürbüz, s. 54; Karahasan, s. 256.

⁷⁸ Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop, s. 624; Oğuzuman – Öz, s. 495.

⁷⁹ Gözler, s. 1202; Esin, Esas, s. 444.

Danıştay Onuncu Dairesinin bir kararına konu teşkil eden olayda, kardeşinin ölümünden dolayı ablası destekten yoksun kalma tazminatı istemiş, Danıştay Onuncu Dairesi bu istemi, ölen kişinin ölmeden önce aylık 27.000 lira karşılığında bir iş yaptığı, ablanın ise 30.000 liralık maaşı ve aylık 10.000 liralık bir başka geliri bulunduğunu saptadıktan sonra destekten yoksun kalma tazminatı istemini, “... Davacı ve ölen kardeşinin birlikte yaşamları süresince ölenin kendi masraflarından ayrı olarak davacıya bir desteğinin bulunmadığı, ölenin davacıya bakmakla yükümlü olmadığı gibi asıl itibarıyla davacının maddi desteği ile yaşamını sürdürdüğü sonucuna ulaşılmıştır” gerekçesiyle reddetmiştir⁸⁰.

e. İmam Nikahlı Eş

İmam nikahlı eş konusu ülkemiz açısından özel bir önem taşır. Çünkü imam nikahı ile evlenmeler ülkemizde mevcuttur. Bu gerçeği gözönünde tutan Danıştay, aralarında kanuni evlilik ilişkisi olmamakla birlikte, dini nikahla fiilen karı koca gibi yaşayan kimseleri birbirinin desteği saymakta ve özellikle bunlardan kocanın ölümü halinde karı lehine destekten yoksunluk tazminatına hükmetmektedir.

Danıştay ve AYİM’in, imam nikahlı eşin destek olarak kabul edildiğine ilişkin kararları bulunmaktadır. Danıştay’a göre, “... Davacı P.D.’nin ölenle aralarında bir evlenme akdi olmadan birleşip karı-koca halinde yaşadıkları ve doğan çocuklarının 3716 sayılı Yasa gereği düzgün nesepli olarak baba hanesine tescil edildiği, davacının ölenin desteğinden yararlanarak yaşamını sürdürdüğü anlaşıldığından, destekten yoksun kaldığının ve olay nedeniyle manevi acı duyduğunun kabul edilmesi gerekmektedir...”⁸¹. Yine Danıştay’a göre, “... Ölen kişinin resmi nikahlı eşinin bulunmadığı, davacıyla dini nikaha dayalı beraberliği ve nüfusta üzerine kayıtlı dört çocuğunun olduğu, davacının vefat edenle bir arada ve ortak çocuklarıyla aile yaşamı içinde ölenin desteğinden faydalanarak yaşamlarını sürdürdükleri anlaşılmış olup; aksi yönde herhangi bir iddianın da dosyada bulunmadığı görülmüştür. / Davacı ile vefat edenin birlikte yaşamalarını, hukuken geçerli ya da hukuken korunması gerekli bir evlilik olarak kabul etmek mümkün olmamakla beraber, müşterek çocukları olan, çocukları nüfusta üzerlerine kayıtlı bulunan ve müşterek geçimleri ölen tarafından sağlanan bu birliktelikte, vefat edenin ölümü nedeniyle duyulan elem ve üzüntü ile destekten yoksun kalmanın giderilmesini teminen bilirkşişi incelemesi ile tespit edilen maddi ve takdir edilen

⁸⁰ D10D, E. 1992/4392, K. 1993/4999, KT. 06.12.1993. **Gözler**, s. 1203.

⁸¹ D10D, E. ?/5484, K. 1998/594, KT. 10.02.1998. **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 232-233.

manevi zararın tazminine hükmedilerek davayı kısmen kabul kısmen retle sonuçlandıran mahkeme kararında hukuka aykırılık bulunmamıştır...’’⁸².

Aynı doğrultuda AYİM’e göre, “... Ceza Yargılanmasında, müteveffa eşin 1/8 oranında kusurlu olduğu kabul edilmişse de topçeker aracının geri manevrası sırasında henüz topun hazırlanması işlemleri bitmeden manevra yapılmaması gerekirken, henüz hazırlama işlemleri yapan müteveffa açısından alınacak bir tedbir olmadığı için tazminat açısından müterafik kusurdan söz edilmez. Müteveffa eş vefat etmese idi, terhisinden sonra asgari ücretle çalışacağı bir iş bulacağı, örf ve adetlere göre bu gelirlerden dini nikahlı eşine, anne ve babasına pay ayıracağıının kabul edilmesi gerekir...’’⁸³.

f. Nişanlıların Birbirine Destek Olması

Nişanlılardan biri, ötekine eylemli ve düzenli olarak yardım etmiş ise, ölüm durumunda sağ kalan nişanlının destekten yoksun kalma tazminatı istemesine bir engel yoktur. Fiili ve düzenli olarak yardım yapılmayan durumlarda ise, nişanlanmanın evlenme ile sonuçlanacağı konusunda ciddi belirtiler varsa, nişanlı, tazminat isteminde haklı görülebilir. Sağ kalan nişanlısına eylemli ve düzenli yardım etmekte olan nişanlı kadının ölmesi durumunda, erkeğin destekten yoksun kaldığı da kabul edilmelidir⁸⁴. Ancak, nişanlı kıza hükmedilecek tazminatın dul kadına hükmedilecek tazminattan az olması gerekir. Çünkü, ne de olsa evliliğin gerçekleşmesi ihtimale bağlıdır. Ayrıca gibi, nişanlısını yitiren kızın evlenme şansı dul bayana göre daha çoktur. Tazminatın hesabında bunlar gözönünde tutulmalıdır⁸⁵.

g. Diğer Kişiler

İnsanların birbirine yardımcı olması için yukarıda sayılan ilişkilerden birinin bulunması şart değildir. Herhangi bir kimsenin, kanuna, ahlaka, örf ve adete aykırı gizli bir maksat takip etmemek şartıyla insani düşüncelerle diğer kimselere yardım edebileceğini kabul etmek gerekir. Destekten yoksunluk tazminatı istemek için bir hısımlık veya mirasçılık gibi bir bağ Türk hukukunda aranmamıştır. Böyle bir bağın varlığı nafaka mükellefiyetinde olanların kanuni bakma (destek) karinesinden yararlanabilmelerini sağlar. Ancak bu nitelikte bir bağ olmaksızın da üçüncü kişilere destek olunabilir. Örneğin bir çocuğun öğrenim masraflarını üstlenmek veya yatalak bir hastaya bakmak halinde olduğu gibi. Bu taktirde yardımın devamı süresini ispatlamak kaydıyla yoksun kalma tazminatı istenebilir. Dolayısıyla

⁸² DİDDGK, E. 1995/79, K. 1997/479, KT. 17.10.1997. **Gözler**, s. 1203.

⁸³ AYİM2D, E. 1986/6 K. 1986/131, KT. 19.11.1986. **Güleç (Uçakhan)**, s. 452.

⁸⁴ **Karahasan**, s. 262.

⁸⁵ **Esin**, Esas, s. 445.

böyle bir desteğini kaybeden kişiye destekten yoksunluk tazminatı verilebilmelidir. Ancak bu halde tazminat isteyen kişi, ölen kişinin sağlığında kendisine gerçek bir destek olduğunu ve bu desteği ileride de sürdüreceğini, herhangi bir kuşkuya yer bırakmayacak şekilde kanıtlamalıdır⁸⁶.

4. Destekten Yoksunluk Şartları

Ölüm ile desteğini yitiren kimsenin tazminat isteyebilmesi için; desteğin bakım gücüne sahip ve kendisinin de bakım ihtiyacı içinde bulunması, fiili ve düzenli olarak destek tarafından yardımın yapılması ya da ölüm meydana gelmemiş olsaydı, yaşamın ve olayların normal akışı içinde gelecekte bakma ilişkisinin kurulabilmesinin beklenir (umulur) bulunması gerekir⁸⁷.

a. Bakım Gücü

Destekten yoksun kalma tazminatında, fiili ve düzenli olarak yardım etme önem taşır. Desteğin yardımı ise bakma olarak belirir. Bu nedenle bakım gücünün ne mahiyette olması gerektiğini belirtmeden önce bakmadan ne anlaşılması gerektiğinin ortaya konması gerekir. Bakmanın belli bir ölçüsü veya şekli söz konusu değildir. Kısmen veya tamamen bir kimsenin gereksinimlerini karşılamak şeklinde olabileceği gibi, para, erzak veya elbise, öğrenim imkanı sağlamak, iş temin etmek, işyerinin kira bedellerini karşılamak, sürekli olarak hizmetinde bulunmak gibi şekillerde olabilir. Yardım müspet anlamda gelir desteği sağlamak şeklinde olabileceği gibi kimi zamanda harcama yapmasına engel olarak kişiye destek olunabilir. Örneğin para almadan dükkanda çırak olarak çalışmak gibi. Ancak bakma, ihtiyaç içinde bulunan bir kimsenin bu ihtiyacını fiilen ve düzenli olarak karşılama amacına dayanmalı ve devamlılık arzetmelidir. Ayrıca ölüm anında süregelen bir yardımın ileride de devam edeceği hususunun kuvvetli bir olasılık içinde bulunması gerekir⁸⁸. Bakma bir karşılık amacıyla olamayacağı gibi ahlaka da aykırı olmamalıdır. Sırf maddi menfaat karşılığı ahlaka aykırı olarak cinsel ilişkiye razı olan kişi destekten yoksun kalma tazminatı isteyemez⁸⁹.

Bakım gücü ise bakan kişinin yani desteğin, bu yardımı sağlayabilecek maddi ve fiziki imkanlara ve kaynaklara sahip olması ya da sahip olacak olması anlamına gelir. Burada önemli olan bu bakım gücünün gayrimeşru kaynaklardan sağlanmamış olmasıdır. Örneğin bu imkan döviz kaçakçılığı, uyuşturucu madde satışı, beyaz kadın ticareti gibi hem hukuka hem

⁸⁶ Esin, Esas, s. 445; Güleç (Uçakhan), s. 450.

⁸⁷ Karahasan, s. 264.

⁸⁸ Güleç (Uçakhan), s. 440.

⁸⁹ Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. I, İstanbul 1976, s. 573.

de ahlaka aykırı yollardan elde edilen bir gelire dayalı yardımdan mahrum kalma halinde, mahkemenin tazminata hükmetmemesi gerekir. Zira aksi halde hukukun yasakladığı gayrimeşru kazancın mahkemenin hükmüyle kabul edilmesi durumu ortaya çıkar ki bu durum kabul edilemez. Bu halde desteğin yardım gücünü onun muhtemel veya farazi meşru kazançlarına göre takdiren tayin etmek uygun olur⁹⁰.

b. Bakım İhtiyacı

Destekten yoksunluk gideriminde yardım gören kimsenin, devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içinde bulunması gerekmektedir. Genel olarak bakım ihtiyacı, davacının zaruret ve sefalet haline düşmesini değil sosyal düzeyine uygun şekilde yaşamının devamını sağlamak için gerekli imkanlardan yoksun kalmamasını anlatır⁹¹. Eğer ölenin fiili olarak baktığı davacı ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa ihtiyaç içinde bulunma şartı gerçekleşmiş sayılır. Burada önemli olan davacının ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve ekonomik düzeye göre normal karşılanan giderlerdir⁹².

5. Destekten Yoksunluk Zararının Belirlenmesi

a. Genel Olarak

Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, desteğini yitiren kimsenin ölümün meydana gelmesinden önce içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın, bir başka anlatımla bakım giderinin ödettirilmesidir⁹³. Bu hususu Danıştay, “destekten yoksun kalma tazminatıyla, ölenin (desteğin) gelecekte elde etmesi muhtemel gelirin güncelleştirilerek, destekten yoksun kalanın ölüm olayından önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak gelire kavuşturulması amaçlanmaktadır”⁹⁴ şeklinde; AYİM, “desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın ödettirilmesi”⁹⁵ şeklinde; Yargıtay ise “Borçlar Yasasının 45/2. maddesi hükmüne göre bir haksız eylem sonucu desteğini yitiren

⁹⁰ **Güleç (Uçakhan)**, s. 441.

⁹¹ “...Bakım ihtiyacı ise, davacının zaruret ve sefalet haline düşmesini değil; sosyal seviyesine uygun olan hayat tarzını devam ettirmek için gerekli imkanlardan yoksun kalmasını ifade eder”. AYİM2D, E. 1988/290, K. 1988/290, KT. 28.12.1988. **Özgüldür**, Tazminat Hesabının Unsurları, s. 132.

⁹² **Karahasan**, s. 265-266; **Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop**, s. 844.

⁹³ **Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop**, s. 851.

⁹⁴ D10D, E. ?/1504, K. 2001/78, KT. 17.01.2001. **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 226.

⁹⁵ **Özgüldür**, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1996, s. 339.

kimse, bu yüzden uğradığı zararın ödetilmesini dava edebilir. Bu, destekten yoksun kalma tazminatı, desteğini yitiren kimse ile desteğin, yani ölenin, yaşamaları muhtemel süre içerisinde, ölen desteğini çalışarak sağlayabileceği gelir ve kazancından ayırmak suretiyle sağlayabileceği yardım tutarının, peşin olarak ve toptan ödettirilmesinden ibarettir. Çünkü, bu tazminat ile güdülen amaç destek yaşamış olsa idi, yardım ettiği kimseye yapabileceği yardım tutarını sağlamaktır. Bir başka anlatımla, desteğini yitiren kimsenin, ölümle sonuçlanan olaydan önceki sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinin devamını sağlayacak bir paranın ödettirilmesidir⁹⁶ şeklinde ifade etmiştir.

Burada giderimi yani tazmini gereken zarar, desteğin sağlayacağı yardımların toplamıdır. Böyle olunca da tazminat hesabından önce zarar tutarını belirlemek gerekir. Çoğu kez yardım, belli bir paranın ödenmesi biçiminde değil, çeşitli ve değişik ihtiyaçların karşılanması biçiminde yapıldığı için, zarar tutarını saptamak zordur. Zarar kapsamını şimdiden belirlemek, doğal olarak geleceğe de ilişkin koşulların tahminini ve ölçülmesini gerektirir. Bu nedenle zarar tutarını saptama sorununun hukuksal olduğu kadar teknik bir yönü vardır. Uygulamada, zarar ve tazminat tutarını saptama konusunda bilirkişilerin yardımına başvurulmaktadır. Ancak bilirkişi raporlarını denetleyebilme yönünden ilke niteliğindeki dayanakların olduğu söylenemez. Özellikle, ortalama yaşama ve çalışma sürelerini yansıtan cetvellerden hangisinin seçileceği, hangi yöntemin benimsenmesi gerekeceği, dul kadının evlenme şansının zarara etkisinin ne olacağı, yapılan yardım tutarının kesinlikle kanıtlanamaması durumunda hangi orana başvurulacağı, zarar tutarının sermaye olarak belli edilmesinde uygulanacak sistemin ve gözönünde tutulması gereken faiz sınırının ne olacağı yönlerinden uygulama aydınlığa kavuşturulmuş değildir. Bütün bunlar bilirkişilerin bilgi ve takdirine bırakılmıştır⁹⁷. Ancak, maddi tazminatın ilke ve kriterlerinin önceden hakim tarafından belirlenerek, bilirkişiye ne şekilde hesaplama yapılacağı hususunda direktif verilmesi konusu, AYİM tarafından kuruluşunu takip eden yıllardan beri titizlikle uygulanmış ve benimsenmiştir. AYİM, bu hususta toplum yaşamına uygun olarak değişebilen birtakım ilke ve kriterleri belirlemiş ve son olarak 1992 yılında yeniden ele alarak “Tazminat Hesaplarında Gözönünde Bulundurulması Gereken Hususlar” başlığı altındaki bu verileri onbir sayfalık bir liste halinde bilirkişilere vererek, tüm destekten yoksunluk tazminatı ya da

⁹⁶ YHGK, E. 1982 / 3001, K. 1984 / 619, KT. 25.5.1984. **Karahasan**, s. 248.

⁹⁷ **Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop**, s. 852.

diğer maddi tazminat hesaplamalarının buna göre yapılması yolunda belirleyici iradesini ortaya koymuştur⁹⁸.

Bu nedenle AYİM uygulamasında maddi tazminatın hesaplamasını yapan bilirkişiler salt hesap bilirkişisi konum ve statüsündedirler. Nitekim AYİM tarafından verilen bir kararda, “... Taraflara tebliğ edilen rapora davalı idarece itiraz edilerek, bilirkişinin avukat olup, kendi Bakanlıkları aleyhine davalar açtığı, tarafsız olamayacağı ileri sürülmüşse de mahkememizce re’sen seçilen ve itiraz konusu raporu tanzim eden bilirkişi, mahkememizce kendisine verilen talimatlar doğrultusunda rapor düzenleyen hesap bilirkişisidir. Raporda kişisel kanaatlerini açıklamış değildir. Bilirkişinin tarafsızlığı ya da tarafgirliği, davaya ilişkin kanaatlerini açıklaması halinde söz konusu edilebilir...”⁹⁹ gerekçesiyle bilirkişinin şahsına yapılan itiraz reddedilmiştir. Bir başka kararda ise AYİM, davacı vekilinin bilirkişinin hazırladığı raporun subjektif değerlendirmelere dayalı olduğu yolundaki iddiasını “... Mahkememizce tanzim ettirilen bilirkişi raporlarındaki kıstaslar mahkememizce bilirkişiye bildirilip, o kıstaslar üzerinden bilirkişi tarafından hesap yapılmaktadır. Bilirkişi, sadece kendisine verilen kıstaslar üzerinden matematiksel hesap yaptığından; bilirkişinin subjektif değerlendirmesi bulunmamaktadır ...” gerekçesiyle kabule değer görmemiştir¹⁰⁰.

İdari yargıda açılan, ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma davalarında da, zarar miktarının belirlenmesinde büyük ölçüde başvurulmuş hesaplama yöntemi bilirkişi incelemesidir. Danıştay, bilirkişi raporlarını önce tartışmakta ve gerek görürse, hüküm verirken dikkate almamaktadır¹⁰¹.

Destekten yoksunluk zararının tutar olarak belirlenebilmesi, yani desteğin sağlayacağı yardımların toplamının bulunabilmesi için ölenin gelir kaynaklarının, kazançlarının, bakılana sağladığı ya da sağlayacağı yardımların, bakım gücü ve bakım ihtiyacının devam süresinin, zarar tutarından yapılması gereken indirimlerin ne olduğunun saptanması zorunludur.

b. Desteğin Geliri

Zarar tutarının belirlenmesinde desteğin gelirini saptamak çok önemlidir. Ölenin, yardımının devam etmesi var sayılan sürede ekonomik kaynakları ve bunlardan sağlanan gelirleri, kazançları ortaya konulmalı ki bakılana yapılması gereken yardım tutarı

⁹⁸ **Özgüldür**, Tazminat Hesabının Unsurları, s. 147.

⁹⁹ AYİM2D, E. 1989/5, K. 1989/297, KT. 01.11.1989. **Özgüldür**, Tazminat Hesabının Unsurları, s. 147.

¹⁰⁰ AYİM2D, E. 1993/159, K. 1994/1058, KT. 23.03.1994. **Özgüldür**, Tazminat Hesabının Unsurları, s. 147.

¹⁰¹ **Güran**, Sait, Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu, 12-13 Mayıs Ankara, İÜHFY, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980, s. 162.

belirlenebilsin. Gerçek desteğin gelirini saptamakta pek güçlük yoktur. Onun bütün kazançları mal varlığı ile çeşitli kaynaklardan sağladığı gelirler için somut verilere dayanabilme imkanı daha çoktur. Ücretli ya da maaşlı desteğin geliri ve ilerideki artışları çalıştığı yerden sorulup öğrenilebilir. Serbest meslek sahiplerinin ticari defterlerinden, ticaret ve sanayi odalarından alınacak yazılardan, vergi beyannamelerinden gelirin, kazancın ne olabileceği araştırılabilir. Asıl güçlük farazi desteğin gelirini saptama konusunda ortaya çıkar. Örneğin, bir çocuğun ileride ne gibi bir iş tutacağını ne kazanacağını saptamak güçtür. Burada geleceğe yönelik tahminden yararlanmak gerekir. Çocuğun ya da gencin ve ailesinin sosyal ve ekonomik durumlarına, öğrenim imkanlarına, zeka derecesine, sağlık ve yeteneklerine bakılarak ileride ne gibi kazanç elde edebileceği araştırılabilir. Giriştiği işten nasıl bir sonuç alacağı henüz belli olmadan ölen desteğin kazancı, genel olarak bu işte çalışanların ortalamalarına göre saptanmalıdır. Öte yandan hizmet biçimindeki yardımlarda, hizmetin mali öneminin belirlenmesi gerekir. Desteğin gelirini miktar olarak belirlemede alışılmış (mutad) kazançlar gözönünde tutulur. Hukuka ya da ahlaka aykırı davranışlarla elde edilecek olan kazançlar, gelir için dayanak yapılamaz. Çünkü, zarar görene tanınan giderim ona hukuk düzenine göre elde edemeyeceği çıkarları kazandırmaz¹⁰².

Bir Yargıtay kararında belirtildiği üzere destekten yoksun kalma tazminatı ileriye dönük bir hesaplama olduğu için zorunlu olarak bazı varsayımlara dayanılması gerekir. Ancak gerçekler belli iken varsayıma gidilemez. Varsayımların ise gerçeğe en yakın olması gerekir¹⁰³. Desteğin gelirinin gerçeğe en yakın olarak tespiti amacıyla; taraflar arasında önceden kararlaştırılmış bir ücret söz konusu değilse, daha yüksek bir ücretle çalışıldığı ileri sürülmüyorsa, henüz çalışma yaşamına atılmamış birinin (örneğin kaza geçiren bir çocuğun) ilerideki varsayımsal kazanç kayıpları için, belli bir işi ve mesleği olmayan, ancak her an çalışıp kazanç elde etme imkanı bulunan birinin “olası” kazanç kayıpları vb. durumlar için yasal asgari ücret üzerinden hesaplama yapılmaktadır¹⁰⁴.

Terörist faaliyetler nedeniyle ölen kişinin gelirinin hesabına ilişkin bir Danıştay kararında, “... Destekten yoksun kalma zararının hesaplanması, niteliği itibarıyla ölen kişinin (desteğin) gelecekte elde etmesi muhtemel gelirinin aktüelleştirilmesi esasına dayandığından, kişinin geçimini sağlayabilmesi için gerekli gelirin asgari haddi olan brüt asgari ücretin baz

¹⁰² Karahasan, s. 271-272.

¹⁰³ Y4HD, E. 1983/733, K. 1983/9037, KT. 31.10.1983, YKD, c. X, sy. I, Ankara 1984, s. 54 .

¹⁰⁴ Çelik, s. 174.

olarak alınması hak ve nesafet gereğidir ...”¹⁰⁵ denilmek suretiyle gelirin asgari ücret üzerinden hesabında dikkate alınması gerektiğine işaret edilmiştir. Ancak ölenin aldığı ücret belirli iken soyut asgari ücret ile gelir belirlenemez.

Tazminat hesabına birim alınacak kazançların “gerçek kazanç” olması gerektiğinden gerçek kazancın araştırılması önemlidir. Örneğin, gerçek kazançlar bordrolara yansıtılmamışsa, bordrolar imzasızsa veya imzalı olup da nitelikli işçiler açısından bağlayıcı değilse; aynı işi yapan işçilerin veya işyerlerinin ödedikleri ücretler karşılaştırılacak ve ilgili meslek kuruluşlarından veya ticaret odalarından bilgi isteme yöntemleriyle gerçek kazanç tespit edilmeye çalışılacaktır. Şu kadar ki, eğer ücret bordroları veya başka benzeri belgeler “gerçek kazançları” yansıtıyorsa ya da ücretin miktarı konusunda taraflar arasında uyumsuzluk yoksa, bütün bu araştırmalara gerek kalmayacak ve tazminat hesabı bu “kesin olarak belirlenen” kazanç üzerinden yapılacaktır¹⁰⁶.

c. Desteğin Gelirinin Tespitine İlişkin Yöntemler

Zarar tutarının belirlenmesinde desteğin gelirini saptamak çok önemlidir. Burada giderimi yani tazmini gereken zarar, desteğin sağlayacağı yardımların toplamıdır. Desteğin yapabileceği yardımların toplamı da desteğin geliriyle doğrudan ilgilidir. Ölüm ve cismani zararlar da olay tarihi ile karar tarihi arasında zarar somut olarak gerçekleştiği için varsayımlara dayalı işlemlerin yapılmasına gerek kalmaz. Hüküm veya rapor tarihinden sonraki döneme ilişkin zararın hesabı ise varsayımlara dayanmakla birlikte, bu hesabın, mümkün olduğu kadarıyla gerçeğe en yakın yöntemle yapılması gerekmektedir. İşte desteğin gelecekteki gelirinin gerçeğe en yakın surette hesaplanabilmesi amacıyla farklı hesaplama yöntemleri getirilmiştir. Bu yöntemlerin hepsinde ölenin (desteğin) ya da zarar görenin hüküm tarihindeki net geliri esas alınarak hesaplamaya başlanmaktadır¹⁰⁷.

aa. Ortalama Kazanç ve Sabit Rant Yöntemi

Türk tazminat hukukunda elli-altmış yıl boyunca “ortalama kazanç ve sabit taksitli rant tekniği” denilen yöntemle tazminat hesapları yapılmış olup bu yöntem 1982 yılına kadar uygulanmıştır. Bu yöntemde geleceğin kazançları % 5 oranında artırılıp % 5 oranında iskonto edilmiştir. Yöntem şöyle işlemektedir:

¹⁰⁵ D10D, E. ?/5380, K. 1996/7121, KT. 06.11.1996. **Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop**, s. 239.

¹⁰⁶ **Çelik**, s. 180.

¹⁰⁷ **Aşçıoğlu**, Çetin, Tazminat Hesabında Yöntem Sorunu, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Ankara 1993, s. 73; **Karahasan**, s. 199.

1) Geleceğe dönük tazminat hesaplarında kazançların her yıl %5 artacağı kabul olunmuştur. Kazançlar her yıl için %5 oranında artırıldıktan ve her artış bir önceki yılın rakamına eklendikten sonra, bunlar toplanarak yıl sayısına bölünüp zarar hesabına esas yıllık ortalama kazanç bulunmuştur.

2) Yıllık ortalama kazanç üzerinden hesaplanan zarar tutarı, peşin olarak ve toptan ödeneceğinden, zarar süresi (yıl sayısı) kadar % 5 iskonto edilmiştir.

3) Sermayeleştirme (kapitalizasyon) işlemi denilen bu yöntemle toptan ödenecek tazminatın peşin değeri bulunmuş; buna kusur oranı, sakatlık derecesi veya destek payı gibi unsurlar uygulanarak net zarar ortaya çıkarılmıştır¹⁰⁸.

1982 ila 1994 yılları arasında uygulanan ortalama kazanç ve sabit rant yönteminde farklılık vardır. Bu dönemde, yukarıda açıklanan ortalama ücret ve sabit rant tekniğine bağlı kalınmakla birlikte, geleceğin kazancının saptanmasında geometrik artış oranı % 5’den % 10’a çıkarılmıştır. Başka bir deyişle, sermayeleştirme işlemi sabit rant yöntemiyle yapılmakla birlikte kazanç artış ve iskonto oranları % 5 iken % 10 olmuştur¹⁰⁹.

bb. Progressif Rant Yöntemi

Progressif rant’ın sözlük anlamı “ilerleyen, gelişen, yavaş yavaş, derece derece artan gelir”dir. Yöntemi ise, aynı rakamın her yıl için ayrı ayrı % 10 oranında artırılıp % 10 oranında eksiltildiği ve kazançların hiç artmayıp hep başlangıçtaki rakamda kaldığı bir hesaplama biçimidir. Yıllık kazancın her yıl için aynı oranda artırılması ve aynı oranda eksiltilmesi söz konusu olduğundan kazanç artışından söz etmek imkansızdır¹¹⁰.

Yargıtay’a göre, “... Ölümler nedeniyle destek kaybı zararı, gerekse beden gücü zararlarının hesaplanmasında rapor tanzim tarihinde gerçekleşen bilinen veriler nazara alınarak ve iskontoya tabi tutulmadan somut olarak, rapor tanzim tarihinden sonraki zarar da bilinen son gelir nazara alınıp her yıl % 10 oranında artırılmak ve iskonto edilmek suretiyle hesaplama yapılmaktadır. / Davaya konu olayda, davacıların desteği trafik kazasında hayatını kaybettiğine göre, yukarıda belirtilen ilkeler gözetilerek, desteğin ölüm tarihinden hüküm tarihine en yakın hesap tarihi itibarıyla desteğin bilinen geliri artırım yapılmadan ve iskontoya tabi tutulmadan bilinen dönem zararı hesaplanmalı; bundan sonrası için ise desteğin bilinen ve belirlenebilen en son geliri her yıl % 10 oranında artırılarak ve her yıl için % 10 iskontoya tabi

¹⁰⁸ Çelik, s. 267.

¹⁰⁹ Çelik, s. 274.

¹¹⁰ Çelik, s. 284 – 285.

tutularak peşin değerli zarar hesabı yapılmak suretiyle davacıların uğradıkları zarar miktarları belirlenmelidir...”¹¹¹.

d. Gelirin Netleştirilmesi

Ölenin, yardımının devam etmesi var sayılan sürede ekonomik kaynakları ve bunlardan sağlanan gelirleri, kazançları ortaya konulmalı ki bakılana yapılması gereken yardım tutarı belirlenebilsin. Yardım tutarının belli edilebilmesi için de, saptanmış (tespit edilmiş) olan gelirin netleştirilmesi gerekir. Net gelirin bulunabilmesi için brüt gelirden; brüt gelirin elde edilebilmesi için yapılması zorunlu giderler, harcamalar, desteğin ödemekle yükümlü olduğu her çeşit vergi, resim ve harçlar, ödediği ya da ödemesi gereken nafaka ve yardımlar düşülür. Böylelikle netleştirilen gelir tazminat hesabına esas alınır¹¹². Zira desteğin bakım gücü bu net gelire dayanır¹¹³.

e. Yardım Tutarı

Gelir netleştirildikten sonra desteğin yapacağı yardım miktarının ne olabileceğinin ortaya konulması gerekir. Yardım tutarını saptamak için her çeşit ispat yoluna başvurulabilir. Gerçek desteğin yaptığı yardımın belirlenmesinde, elde yararlanılabilecek veriler olabilir. Bunlara dayanarak ve ilerideki gelişmeler ve değişiklikler de gözönünde bulundurularak bir sonuca ulaşılabilir¹¹⁴. Örneğin, desteğin yardım olarak gönderdiği banka havalesi, posta makbuzu ile tespit edilebilir¹¹⁵. Oysa farazi desteğin ileride yapması beklenen yardım tutarını saptaması kolay değildir. Eğer yardım tutarı yeter kanıtlarla ortaya çıkmamış ise, ya da yardımın geleceğe uzanan bir varsayıma dayandığı bütün durumlarda desteğin gelirine, yardım ya da fedakarlık duygusuna, bakılanın yaşına ve cinsiyetine, ihtiyaçlarına, sürmekte olduğu sosyal ve ekonomik yaşam tarzına, duygusal ve yasal yakınlık derecesine bakılarak belli edilmelidir. Bu konuda şöyle de denebilir: Kuramsal (nazari) olarak desteğinkine benzeyen bir durumda bulunan pek çok sayıdaki kişilerin, desteğini yitireninkine benzer bir durumda olan kişilerin geçimi için yapacakları gelecekteki edimlerin ortalama mali değeri, destekten yoksunluk zararı diye kabul edilir¹¹⁶.

¹¹¹ Y4HD, E. 7/3131, K. 1999/4839, KT. 24.05.1999. **Karahasan**, s. 200.

¹¹² **Karahasan**, s. 273.

¹¹³ **Güleç (Uçakhan)**, s. 459.

¹¹⁴ **Karahasan**, s. 273.

¹¹⁵ **Güleç (Uçakhan)**, s. 460.

¹¹⁶ **Karahasan**, s. 273.

f. Desteğin Gelirin Paylaştırılması

Ölüm meydana gelince genellikle birden çok kişi destekten yoksun kalır. Bunların bir arada ve birlikte yaşamakta olmaları ve gördükleri yardımın ayrılmamış ve tersine birbirine karışmış bulunması, değerlendirme bakımından çetin, çapraşık ve çeşitli yönleri bulunan, incelikli ve özen gerektiren bir sorun ve her olayda değişik gelişme olasılıklarını kapsayan renkli bir görünüm ortaya çıkarır. Böyle bir durumda, desteğin, yoksun kalanlara sağlamış olduğu yardımın miktar veya oranı hakkında kesin sonuçlar veren bir tarife (ölçü) yoktur. Bu karışık sorunları, yaşam deneyimlerinin öğrettikleri ile çözmek zorunluluğu vardır.

Önce, ölenin gelirinden bir bölümünü kendisine ayıracağı ve bu tahsisten vazgeçilemeyeceği düşünülmüş ve bu suretle yardımın (payların) geliri yutmaması ilkesine varılmıştır. Buna göre gelirin tamamı, yardım görenlere tahsis olunmuş varsayılmaz. Öte yandan, destek görece kimselere ayrılacak miktar da, bunların ihtiyaçlarının toplamı kadar olmalıdır. Ölenin kendi geçim masraflarından artan miktarın tamamının (hiçbir tasarruf düşüncesine yer bırakmadan) destek görenlere dağıtıldığı da kabul olunamaz. Hiç kimseye ihtiyacından fazla bir pay ayrılmaması da bir ilke olmalıdır.

Paylaştırma göreceli bir işlemdir. Gerçek yaşamda, birlikte yaşayanlar arasında, paylaşırma diye bir şey yoktur. Fakat değerlendirmede, hak sahiplerinden her birinin payı, paylaşırma yoluyla belirlenir. Paylaştırma tekniğini aydınlatılabilmek için, bir arada yaşayan hak sahipleri gruplarını birer birer ele almalı ve grupların kadrosu değiştikçe, paylardaki değişimleri, yaşam deneyimlerinden yararlanılarak çözümlemeye çalışmalıdır¹¹⁷. Bulunan destek payları, ölenin desteğinden yoksun kalanların isteyebilecekleri tazminatın ölçüsü olacaktır¹¹⁸. Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin bir kararında bu husus ortaya konmuştur¹¹⁹: “... Gelen nüfus kaydından ölen işçinin evli olup eşi ve çocukları bulunduğu yazılıdır. Eşi ve çocuklarının miras bırakanın desteğinden yoksun kaldıkları asıldır. O halde, miras bırakanın tüm geliri tespit olunmak ve bundan bir kısmı kendisine ayrılmak ve destekten yoksun kalan eş ve çocukları ve ana, babası göz önünde tutularak her birine ayrılması gereken miktar hesaplanılmak ve bu suretle hesap sonucu davacılara isabet edecek miktar hüküm altına alınmak gerekir”.

¹¹⁷ **Arkun**, Kudat, Cismani Kazalardan Doğan Zararların Değerlendirilmesi, Ankara 1966, s. 93-94; **Karahasan**, s. 275.

¹¹⁸ **Çelik**, s. 359.

¹¹⁹ Y9HD, E. ?/4640, K. 1972/2810, KT. 13.10.1972. **Karahasan**, s. 275.

Yukarıda da belirtildiği gibi destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmek için mirasçı olmak şart değildir. Bu nedenle destek payı ile miras payı farklı ölçülerle belirlenmektedir. Örneğin, mirasta eş ve çocuklar arasındaki paylaşımda eşin payı 1/4 ve çocukların payı 3/4 iken, destek tazminatında eşin payı her bir çocuğun payının en az iki katı olmaktadır. Çünkü, eşlerden birinin ölümüyle ailenin zorunlu gereksinimlerini ve çocukların bakımını sağ kalan eş üstlenecektir. Öte yandan mirasçı olmayan birinin destekten yoksun kalması durumunda, onun destek payı miras hükümleriyle belirlenemeyecektir¹²⁰.

g. Yargı kararlarıyla belirlenen Paylaştırma İlkeleri

Tazminat hesabında bir paylaştırma yapmak zorunludur. Gerçek yaşamda desteğin kesin bir ölçüsü yoktur. Bu nedenle her yöntem ve her tür hesaplama varsayıma dayalı olacaktır. Varsayımla destek payları belirlenirken, belirlemede destek ile destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da gözönünde bulundurulacaktır¹²¹.

Destek paylarına ilişkin oturmuş yerleşik içtihatların varlığından söz edilemez. Doktrinde ise değişik yöntemler sonucu hazırlanan tablolar önerilmiştir.

Destek payını belirlemede en doğru yöntem olarak, ölenin kazançlarının tamamının (100) kabul edilerek paylaştırmanın yapılması ileri sürülmektedir. Bu yöntemle göre, eşler ortak yaşamı paylaştıklarına ve bu yaşamın sorumluluklarını birlikte üstlendiklerine göre, eşlerden biri çalışıyor olmayıp da yalnızca ev işlerini yürüten biri olsa bile, kazançları paylaştırmada eşler yarı yarıya pay sahibi olmalıdırlar. Yeni Medeni Kanunun hükümleri de bunu gerektirmektedir. O halde, destekten yoksun kalma tazminatı söz konusu olduğunda, sağ kalan eşin payı ile ölenin payı 1/2'şer olmalıdır. Örneğin, eş ve iki çocukta oluşan hak sahiplerinin destek payları belirlenirken 2 pay ölene, 2 pay dul eşe, 1'er pay çocuklara verilecek, payların toplamı olan (6) rakamı paydayı oluşturacaktır. Çocuklardan biri yaşı nedeniyle destekten çıktığında payda (5) olacak, buna göre ölenin payı 2/5, eşin payı 2/5 ve tek çocuğun payı 1/5 olacaktır. İkinci çocuk da destekten çıktığında ise payda (2) olacak ve buna göre ölenin payı 1/2 ve eşin destekten yoksunluk payı 1/2 olacaktır. Görüldüğü gibi, bu yöntemde açıkta pay kalmamakta, (100) tam kazanç üzerinden ölenin payı ayrıldıktan sonra eş ve çocukların destek payları belirlenmektedir. Ayrıca belirtelim ki destek tazminatı

¹²⁰ Çelik, s. 359-360.

¹²¹ Seratlı, Gaye Burcu, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003, s. 144.

isteyenlerin sayısı arttıkça daha fazla tazminat alınacağı sanılmamalı, tazminatın paylaştırılacağı bilinmelidir.

Paylaştırma, belirtildiği gibi ölenin ücretinin 100 birim olarak alınması suretiyle yapıldığı gibi, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 23. maddesinde yer alan gelir bağlama oranlarına göre de yapılmaktadır. Kanımızca doğru paylaşım, ücretin (kazançların) 100 birim olarak alınması suretiyle yapılmasıdır. Zira 506 sayılı Kanunun 23. maddesine göre % 70 gelir bağlama oranı üzerinden destek paylarının belirlenmesi o Kanunun sigorta matematiği esasları ile sınırlıdır. Bunun ölüm halinde destekten yoksunluk zararlarının hesabında uygulanması, ölenin gelirinin bir bölümünün (% 30) hiç değerlendirilmemesi sonucunu doğurmaktadır¹²². Bu hususta yerleşik yargı kararları bulunmamasına karşılık çoğu bilirkişiler bu uygulamayı yerleşik hale getirmişlerdir. 506 sayılı Kanunun 23. maddesinde yer alan % 70 gelir bağlama oranının, 5434 sayılı Emekli Sandığı Kanunu'ndan ve 1479 sayılı Bağ-Kur Kanunu'ndan farklı olduğu dikkate alınır % 70 oranı üzerinden yapılan hesaplamanın yanlışlığının ortaya çıkacağı ileri sürülmektedir¹²³.

Destek payları belirlenirken aşağıdaki hususların dikkate alınması gerekir.

1) Dava açmayanların payları ayrılmalıdır. Nitekim Yargıtay'a göre, "... Destekten yoksun kalanların bir kısmının dava açmamış olması halinde, dava eden, destek ölmemiş olsaydı ne miktar yardım alacak idiyse, o miktarın ödettirilmesine karar verilmelidir. Diğer dava etmeyenlere ayrılması gereken pay ayrılmadan, davacıya tamamı verilmesi bozmayı gerektirmiştir"¹²⁴.

2) Desteğin gelirinin dağıtımında diğer hak sahiplerinin varlığı da göz önünde tutulmalıdır. Nitekim Yargıtay'a göre, "...Destekten yoksunluk tazminatının amacı, desteğini yitiren kimsenin ölüm öncesi içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın, bir başka deyişle, bakım giderinin ödetilmesidir. Desteğin gelirinin dağıtımında, öbür hak sahiplerinin de varlığı göz önünde tutulmalıdır. Desteğini yitiren kimse, kendisine ne yardım yapılması gerekiyorsa, yalnızca o tutarı isteyebilir..."¹²⁵.

¹²² **Akın**, Sokullu, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2001, s. 236.

¹²³ **Çelik**, s. 367.

¹²⁴ Y9HD, E. ?/7148, K. 1965/7018, KT. 9.12.1965. **Karahasan**, s. 275.

¹²⁵ Y15HD, E. ?/809, K. 1974/1207, KT. 22.10.1974. **Çelik**, s. 376.

3) Evlenme nedeniyle tazminat alamayacak olanın payı, ötekilerin payına eklenmemelidir. Nitekim Yargıtay’a göre, “... Tazmin alacaklılarından birinin evlenmesinden ötürü destekten yoksun kalma tazminatı alamayacak durumda olması, öbür tazmin alacaklılarının tazminat miktarına etkili olmaz...”¹²⁶.

4) Dava açmayanın payı başkalarına dağıtılamamalıdır. Nitekim Yargıtay’a göre, “... Ölenin gelirinden pay alabilme hakkına sahip kimsenin dava açmamış olması, onun payının başkalarına dağıtılması sonucunu doğurmaz...”¹²⁷.

5) Destekten çıkanların payları, kalanların paylarına eklenmelidir. Eş ve çocuklar destekten yoksun kalmışlarsa, zarar süreleri, genel olarak, erkek çocuklar için 18 yaşına, kız çocuklar için 22 yaşına kadardır. Yükseköğrenim yapıyorlarsa bu süre 25 yaşına kadar çıkar. Örneğin, bir anne ve üç çocuk varsa, çocukların her biri anılan yaşlara ulaştıkça destekten çıkarlar. Bunun sonucu diğerlerinin payları artar. Çocukların hepsi de belli yaşlara ulaşmışlarsa, anne tek başına kalır. O zaman onun payı en yüksek orana ulaşır. Diğer taraftan anne ve baba destekten yoksun kalmışlarsa, zarar süreleri yaşam sürelerinin sonuna kadardır. Bunların yaşam süreleri farklı ise, süresi dolan hak sahibinin (anne veya babanın) payı diğerinin payına eklenir. Nitekim Yargıtay’a göre, “... Hak sahibi babanın destekten çıkmasından sonraki dönem için, hak sahibi annenin destek payının artırılmayarak sabit tutulması bozma nedenidir...”¹²⁸.

6) Genç yaşta ölen desteğin, ileride evlenip eş ve çocuklara sahip olma ihtimali, anne ve babanın tazminatı hesaplanırken gözönünde bulundurulmalıdır. Anne ve babasının varsayımsal veya eylemli desteği olan çocukların veya henüz evlenmemiş yetişkinlerin, haksız eylem veya kaza sonucu ölümleri nedeniyle açılan tazminat davalarında, anne ve babanın destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken, ölen çocuğun veya gencin, eğer yaşasaydı, ileride evleneceği, eş ve çocuklara sahip olacağı, kazançlarından önemli bir bölümünü kendisine, eşine ve çocuklarına ayıracağı, bir parça da anne ve babasına destek olacağı düşünülmüş paylaşım yapılması gerekmektedir. Nitekim Yargıtay’a göre, “... Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında, desteğin anneye ayıracağı pay bekarken farklı, evlendikten sonra farklı sonuç doğuracaktır. Başka bir anlatımla, sigortalı yaşamış olsaydı

¹²⁶ Y9HD, E. ?/21187, K. 1973/12296, KT. 21.04.1973. **Çelik**, s. 376.

¹²⁷ Y9HD, E. ?/11151, K. 1980/11824, KT. 17.11.1980. **Çelik**, s.377.

¹²⁸ Y10HD, E. ?/2975, K. 1997/4409, KT. 10.06.1997. **Çelik**, s. 377.

evleneceği tarihe kadar annesine daha fazla, evlendikten sonra daha az yardımda bulunabilecekti. Hesaplamanın bu olguya göre yapılması gerekir...”¹²⁹.

Destekten yoksun kalma tazminatında destek paylarının hesabına aşağıdaki paylaşımları örnek verebiliriz:

Eş ve iki çocuk:

Destekten yoksun süreleri eşin 30 yıl, birinci çocuğun 8 yıl, ikinci çocuğun 12 yıl olsun. Paylaşım tablosu şöyle olacaktır:

	İlk 8 yıl	Sonraki 4 yıl	Son 18 yıl
Ölenin payı	2/6	2/5	1/2
Eşin payı	2/6	2/5	1/2
1. Çocuk	1/6	-	-
2. Çocuk	1/6	1/5	-

Eş ve dört çocuk:

Destekten yoksunluk süreleri eş 25 yıl, 1. çocuk 4 yıl, 2. çocuk 6 yıl, 3. çocuk 10 yıl, 4. çocuk 12 yıl olması durumunda paylaşım tablosu:

	İlk 4 yıl	Sonraki 2 yıl	Sonraki 4 yıl	Sonraki 2 yıl	Son 13 yıl
Ölenin payı	2/8	2/7	2/6	2/5	1/2
Eşin payı	2/8	2/7	2/6	2/5	1/2
1. Çocuk	1/8	-	-	-	-

¹²⁹ Y10HD, E. ?/563, K. 1997/627, KT. 03.02.1997. Çelik, s. 378.

2. Çocuk	1/8	1/7	-	-	-
3. Çocuk	1/8	1/7	1/6	-	-
4. Çocuk	1/8	1/7	1/6	1/5	-

C. CİSMANİ ZARAR NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT

1. Genel Olarak

Maddi tazminatı gerektiren nedenlerden biri de kişinin beden bütünlüğünün bozulmasıdır¹³⁰. Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinde, “Cismani bir zarara düşer olan kimse külliye veya kısmen çalışmaya muktedir olmamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir” hükmü yer almaktadır. Sorumluluk hukuku anlamında vücut bütünlüğünün ihlali, bir kimsenin fiziki veya ruhsal bütünlüğünün her türlü ihlali ve zedelenmesi anlamına gelir. Kişinin sağlığının, kaza olmaksızın bir hastalık dolayısıyla zarar görmesi de vücut bütünlüğünün ihlali sayılır¹³¹.

Beden bütünlüğü yalnızca kişinin anatomik yapısını ilgilendiren bir kavram değildir. Ruhsal yapı ve fiziksel görünüm de buraya girer. Başka bir anlatımla, burada salt bedensel değil, ruhsal tamlığın da ihlali söz konusudur. Beden üzerindeki değişiklik kadar örneğin, korkutma sonucu olarak kalp hastalığı, erken doğum, sinir bozukluğu gibi ruhsal etkiler ile sağlığın bozulması da Borçlar Kanunu’nun 46. maddesi anlamında “cismani” zarar niteliğindedir. Öte yandan bir organın kopması, yaralanması ya da görme, işitme gibi bir duygunun azalması ya da yitirilmesi kadar fiziksel görünüşün değişmesi, güzelliğin ihlali de (estetik zarar) cismani bir zarar meydana getirir¹³². Cismani zarar demek, fiziki veya ruhsal olarak kişinin kendisine yapılmış/verilmiş bir zarar demektir. Bununla birlikte bir kimsenin sadece yaralanması veya sakatlanması zarar olarak kabul edilmemektedir. Zarar, vücudun yaralanması değil, bu yaralanmanın ortaya çıkardığı ekonomik sonuçlardır¹³³. Eğer yaralanma veya sakatlanma yüzünden malvarlığında bir azalma olmuş ise ancak o takdirde bir zarardan bahsedilebilir¹³⁴. Ancak, vücut bütünlüğünün ihlali, parasal anlamda bir zarara yol açmayan,

¹³⁰ Esin, Esas, s. 447.

¹³¹ Ekmekçi, Ömer, Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, 12-13 Nisan 1996, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996, s. 92.

¹³² Karahasan, s. 244-245.

¹³³ Ekmekçi, s. 91.

¹³⁴ Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop, s. 815

bu nedenle maddi tazminat talebinin konusu olmayan, fakat manevi tazminatın konusu olan bir talep şeklinde de ortaya çıkabilir¹³⁵.

Bugün yargı düzenimizde insana verilen zararlar “can” zararı olarak değil “mal” zararı olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, haksız eylemden zarar gören kişilerin açtıkları davalarda tazminatın ölçüsü “malvarlığı eksilmesi” veya “kazanç kaybı”dır. Yiten can veya sakat kalan beden, olay öncesinde eğer çalışıp kazanç elde etmiyorsa, parasal bir değer üretmiyorsa ya da ileride çalışıp para kazanma ihtimali yoksa, maddi tazminat söz konusu olmayacaktır. Öte yandan her kişinin kazanç düzeyine göre tazminat tutarları farklı olacak; kazancı yüksek olan fazla, kazancı düşük olan az tazminat alacaktır.

Daha önce gördüğümüz zarar tanımları uyarınca zarardan anlaşılması gereken, eksilen beden veya yitirilen can olmayıp, canların ve bedenlerin ekonomik verimliliklerinin ortadan kalkması veya azalması/ kazanç sağlama imkanlarının tükenmesi veya eksilmesidir. Bu anlayış çerçevesinde ölenin yakınlarının isteyebilecekleri tazminat, yiten canın bedeli değil, ölen kişinin “parasal” desteğinin ortadan kalkması yüzünden uğranılan maddi zararların karşılığıdır. Şu kadar ki, eğer ölenin sağlığında “parasal” gücü yoksa, bir işi ve kazancı bulunmuyorsa, yakınlar için maddi tazminat söz konusu olamayacaktır.

Maddi tazminatı “malvarlığı eksilmesi” ya da “kazanç kaybı” koşuluna bağlayan, bir işi ve kazancı olmayanlar, geliri ve parasal gücü bulunmayanlar yönünden “maddi zararı” kabul etmeyen anlayışın ortaya koyduğu adaletsizlik, geniş anlamda zarar tanımı içerisinde yer alan “kişi varlığı haklarında eksilme” kavramına dayandırılarak “manevi tazminat” ile giderilmek istenmekte ise de, uygulamada mahkemeler manevi tazminata karar vermeden önce “ tarafların sosyal ve ekonomik düzeylerini” araştırdıklarına ve manevi tazminatın miktarını belirlerken kişilerin malvarlığını, parasal gücünü, kazanç düzeyini göz önünde tuttıklarına göre, burada da etkin ölçü can bedeli değil, mal değeri, kişilerin malvarlıkları, kazanç ve gelir düzeyleri, zengin ya da yoksul oluşlarıdır. Görüldüğü gibi, manevi tazminatta bile söz konusu olan yiten veya eksilen can (kişi varlığında eksilme) değil, malvarlığı ve gelir düzeyleridir. Nitekim Danıştay’a göre, “... Davacının 24.1.1996 tarihinde Aliğa Güzel Hisar köyü, sağlık ocağında yaptırdığı enjeksiyon nedeniyle oluşan travma sonucu sakat kalması dolayısıyla uğradığı 550.000.000 lira maddi ve 500.000.000 lira manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonunda İdare Mahkemesince, davacının % 40 oranında sakat kalması sonucunu doğuran olayda, olaya

¹³⁵ Ekmekçi, s. 92.

neden olan görevli ebenin adli yargıda tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralamaya sebebiyet vermekten yargılanarak 8/8 oranında kusurlu bulunduğu ve cezalandırıldığı, bu nedenle hizmet kusuru ilkesine göre oluşan zararın idarece karşılanması gerektiği ancak yaptırılan bilirkişi incelemesine göre davacının aktif ekonomik ömrün tamamlamasından dolayı maddi zararının bulunmadığının belirlendiği gerekçesiyle maddi tazminat isteminin reddi manevi tazminat isteminin kabulü ile 500.000.000 lira manevi tazminatın davalı idareden alınarak davacıya ödenmesi, manevi tazminata yasal faiz yürütülmesine yer olmadığı yolunda verilen kararın davalı idare tarafından temyizen incelenerek bozulması istemi ...(reddedilmiştir)”¹³⁶.

Yine bu durum gibi, yakınların ölenin destekliğine gereksinimleri yoksa, yine tazminat isteyemeyeceklerdir. Destek tazminatı diye adlandırılan bu tazminatın iki koşulundan birincisi “ölenin bakım gücü”nün olması, ikincisi yakınların “bakım ihtiyacının” bulunmasıdır. Ödenecek tazminatın konusu “malvarlığındaki eksilmenin ve yaşam düzeyindeki parasal düşüşün ortaya çıkardığı maddi zararın” giderilmesidir¹³⁷.

Nitekim Borçlar Kanunu’nun 46. maddesi de tamamen bu anlamdaki zarara uğrama hallerini düzenlemiştir. Beden bütünlüğünün bozulması nedeniyle istenebilecek tazminatın kapsamı ve niteliği Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinin birinci fıkrasında gösterilmiştir. Bu hükme göre, beden bütünlüğünün bozulması nedeniyle, aşağıda ele alınan zararların meydana gelebileceği kabul edilmektedir. Bu madde hükmü idari faaliyetler nedeniyle bir kimsenin uğramış olduğu cismani zararlar yönünden de geçerlidir¹³⁸. Bu hükmün uygulamasına ilişkin olarak; hudut karakolunda görev yapan doktorun mayına basması sonucu ayağından yaralanarak bir yıl süren tedaviye karşın giderilemeyen sakatlığı sebebiyle sakatlığı yüzünden çalışma gücünde hasıl olan noksanlık ve binnetice doktorluk mesleğinde ilerleme imkanlarından mahrum kalması sonucu uğradığı maddi ve manevi tazminat talebiyle açılan davada verilen Danıştay kararı örnek olarak verilebilir¹³⁹: “ ... Ancak, Dairemizce yaptırılan bilirkişi incelemesi sonunda düzenlenen raporda; Adli Tıp Meclisinin dava dosyasıyla verdiği ...sayılı mütalaa ve Borçlar Kanununun 46 ncı maddesi hükmü nazara alınarak dava konusu olay yüzünden davacıya arız olan sakatlık kendisinin doktorluk mesleğinde ilerlemesine engel teşkil edecek nitelikte bulunmaması sebebiyle maddi bir zararının olmadığı kanaatine varıldığından, davacı ve vekilinin rapora karşı itirazları yerinde görülmeyle, maddi tazminat

¹³⁶ D10D, E. ?/4209, K. 2001/2319, KT. 14.06.2001. **Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop**, s. 228.

¹³⁷ **Çelik**, s. 3.

¹³⁸ **Esin**, Esas, s. 447.

¹³⁹ D12D, E. 1965/1278, K. 1968/1139, KT. 15.05.1968. **Esin**, Esas, s. 72.

talebinin reddine; Buna karşılık, davacının uğradığı sakatlık nedeniyle kendisinin mesleki ve sosyal durumu ve olayın meydana geliş şeklide nazara alınarak çektiği ve çekeceği elem ve ıstıraba karşılık teşkil etmek üzere, takdiren ve maktuen ... lira manevi tazminatın davalı idarece ödenmesine ...(karar verilmiştir)”.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinde, “Cismani bir zarara düşer olan kimse külliyyen veya kısmen çalışmaya muktedir olmamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir” denildiğinden tazminat isteme hakkı “Cismani bir zarara düşer olan kimse”ye yani daima bir gerçek kişiye tanınmış olup bunların yakınlarına tanınmamıştır¹⁴⁰. Bu duruma istisna yukarıda değinildiği üzere ölüm üzerine istenen (destekten yoksun kalma tazminatı gibi) tazminatlarda getirilmiştir.

AYİM’in bir kararına konu teşkil eden olayda; askerde sakatlanarak vücut fonksiyonlarının % 90’ını yitiren ve yatalak hale gelen oğlunun desteğinden yoksun hale geldiğini ileri süren babanın, destekten yoksun kalma nedeniyle uğradığını ileri sürdüğü 5 milyar lira zararın tazmini istemiyle açtığı davayı, Mahkeme, bu istemi bedensel zarardan dolayı sadece bedensel zarara uğrayan kişinin tazminat isteyebileceği gerekçesiyle reddetmiştir¹⁴¹: “BK. 46 ncı maddesine göre cismani zarara uğrayan kimsenin çalışma gücünü yitirmesinden, iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararı tazmin edilebilmektedir. Bu maddeye göre, maddi tazminat isteyebilecek olan kişi cismani zarara uğrayan, bu nedenle çalışma gücünü kaybeden ve iktisadi geleceği sarsılan kişidir”.

2. Tazminatın Kapsamı

a. Tedavi Giderleri

Zarar gören kişinin sağlığına kavuşmak amacıyla yaptığı ve sağlığı geri gelmese dahi iyiniyetle sosyal ve ekonomik durumuna uygun olarak yapmış olduğu her türlü giderleri maddi tazminat olarak isteyebileceği kabul edilmektedir¹⁴².

¹⁴⁰ **Gözler**, s. 1206; **Ekmekçi**, s. 92; Örneğin Alman Hukukunda bir kimsenin yaralanması durumunda bazı hallerde üçüncü kişilerin de uğradıkları zararın tazminini isteme hakları vardır. Gerçekten Alman Medeni Kanununun 845. maddesine göre, “Ölüme neden olma, vücut bütünlüğünün veya sağlığın ihlali, özgürlüğün engellenmesi hallerinde, mağdur kanunen bir üçüncü şahsa karşı onun evişlerinde veya ticari işletmesinde bazı hizmetleri ifa etmeye borçlu ise, tazminatla mükellef olan kimse üçüncü şahsın mahrum kaldığı hizmetler için ona irat şeklinde bir tazminat ödemeye mecburdur”. Bkz. **Ekmekçi**, s. 92.

¹⁴¹ AYİM2D, E. 2000/642, K. 2001/900, KT. 03.12.2001, AYİMD, sy. 17, Kitap 2, s. 1095-1099.

¹⁴² **Gürbüz**, s. 21; **Esin**, Esas, s. 448.

Borçlar Kanunu'nun 46/1. maddesindeki "bütün masraflar" deyimi çok kapsamlıdır. Burada, zarar görenin kurtulması, olay yerinden kaldırılması, ızdıraplarının dindirilmesi, sağlığının ve çalışma gücünün geri gelmesi vb. için yapılan, yapılması gerekli olan bütün giderler söz konusu olur. Uygulamaya göre; doktor, hemşire, hastabakıcı, iğneci için yapılan giderler; muayene, tahlil, ameliyat, röntgen, ortopedi, protez, fizik tedavisi, her türlü ilaç ve hastalığın gerektirdiği gıda parası, hastane ve doktora gidip gelme gibi bütün giderlerin tedavi gideri olduğu ve zararın kapsamını oluşturduğu sonucuna ulaşılmıştır. Bu giderlerin kanıtlanabilmesi için her çeşit delile başvurulabilir. Zarar görenin yaptığı iyileştirme giderlerinin zorunlu olup olmamasının önemi yoktur. Küçük de olsa, bir iyileşme umudunun varlığı tedaviye başlamak için yeterlidir Öte yandan iyileştirme olanağı bulunmasa bile yapılan giderlerin tazmini istenebilir. Şu var ki, dürüstlük kurallarına aykırı bir davranışla, karşı tarafa zarar vermek amacı ile yapılan giderlerin ödettilmesi söz konusu olamaz¹⁴³. Tedavi giderleri zarar görenin mal varlığından yapılacağına göre tazminat isteme hakkı da kural olarak ona aittir. Tazminat isteyen yapmış giderleri belgelendirmesi gerekmektedir¹⁴⁴.

Tazminat isteyen kişinin yapmış giderleri belgelemesi kaydıyla¹⁴⁵ Danıştay, "bebeğin tedavisi sırasında ilaç ve yol giderleri olarak davacılar tarafından belgelenmiş masrafların"¹⁴⁶, "tedavi masraflarını karşılamak üzere"¹⁴⁷, " vesait, ilaç ve doktor parası olarak ödenmek"¹⁴⁸, "Türkiye'de tedavisinin olay tarihinde mümkün olmamasının anlaşılmış olması nedeniyle yurt dışında yaptırılan seri ameliyatlar için ödenen ücretin ve uçak bilet ücretleri tutarının"¹⁴⁹, "yurt içinde ve yurt dışında tedavi için yapılan masraflar karşılığı olarak olayın cereyanı ile davacı tarafından tedavi için yaptığı tedbirlere"¹⁵⁰ karşılık, zararın varlığını kabul ederek maddi tazminata hükmetmektedir.

¹⁴³ **Karahasan**, s. 146.

¹⁴⁴ **Tunçomağ**, s. 283.

¹⁴⁵ Bkz. "...tedavisi için yapılan harcamalar bilirkişi raporunda 78.112.000 TL. olarak belirtilmesine karşın, Mahkemece tedavi giderleri belgesi olarak ibraz edilen fazlaya ilişkin fatura ve makbuzların hangilerinin tazminat miktarının hesaplanmasına esas alınıp alınmadığı ve belirlenen miktarın hangi gider kalemlerinden oluşmadığı belirtilmeden tazminat miktarının 100.000.000 TL. olarak takdir edildiğinin anlaşıldığı, tazminata hükmedilirken tazminatın hangi zarar unsurlarından oluştuğunun açıkça belirtilmesi gerektiği(ne karar verilmiştir)..." D10D, E.1998/7495, K. 1999/6782, KT. 13.12.1999. **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 223.

¹⁴⁶ D10D, E. 1982/2613, K. 1982/1959, KT. 16.01.1968. **Armağan**, Tuncay, İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2003, s. 227-228.

¹⁴⁷ D12D, E. 1967/143, K. 1968/28, KT. 16.01.1968. **Esin**, Esas, s. 494.

¹⁴⁸ D12D, E. 1965/2635, K. 1966/3385, KT. 29.11.1966. **Esin**, Esas, s. 494.

¹⁴⁹ D8D, E. 1987/539, K. 1988/690, KT. 13.10.1988, DD, sy. 74-75, s. 510.

¹⁵⁰ D12D, E. 1970/2007, K. 1972/1037, KT. 04.04.1972. **Esin**, Esas, s. 174.

AYİM'in bu tür zararların tazmini konusunda, özellikle meydana gelen zararın ispatı ve belgelenmesi hususunda; Danıştay'a göre daha hoşgörülü olduğu ve zarara uğrayanın beyanına itibar ettiği söylenebilir. Nitekim AYİM'e göre, "... Kurulumuzca günümüz koşullarında herkes tarafından bilinen; hastanın doktoruna inanması, sağlık için hastanın hiçbir maddi fedakarlıktan kaçınmaması, doktorun hastasını tedavi için tıbben her türlü imkanını kullanması, resmi ve özel olarak belirli olmasına rağmen tedavi ücretinin tarifelere uymayacak şekilde tamamen hasta ile doktor arasında varılacak özel mutabakat sonucu belirlenebileceği gibi, hayat gerçekleri dikkate alınarak davacının tabi tutulduğu muayene ... ameliyat ve protez, gözün ayrıca söz konusu tıbbi tetkik ve tedaviler için yapılan yol masraflarının 1988 fiyatlarıyla en az ... TL. tutacağı, davacı tarafından tedavi gideri olarak talep edilen maddi tazminatın makul düzeyde olduğu ve tamamen yaptığı gerçek masrafları yansıttığı sonucuna varılmış, söz konusu tedavi masraflarını karşılamak üzere davacıya ... lira maddi tazminat verilmesi kararlaştırılmıştır..."¹⁵¹.

Aynı şekilde, fizik tedaviye gidip gelmek için ödenen taksi ücreti, hastaneden çıktıktan sonra bakıcıya ödenen ücretler¹⁵² ve hayatın ancak bir başkasının bakımı ve yardımı ile idame ettirebilmek zorunda olması nedeniyle oluşan zarar¹⁵³, yurt dışından getirtilen ilaç bedelleri¹⁵⁴, tedavi giderleri kapsamında görülmekte ve tazmini yoluna gidilmektedir.

b. Çalışma Gücünün Azalması ya da Yitirilmesi Nedeniyle Oluşan Zarar

Çalışma gücünden maksat, bir kimsenin bedensel, ruhsal ya da zihinsel kabiliyetlerine bağlı olan ekonomik verimlilik¹⁵⁵. Beden ve ruh tamlığı ihlal edilen kimse, iş ve gücünden kalmış, çalışmamış olabilir. Bu ise, malvarlığının eksilmesi sonucunu doğurur¹⁵⁶.

Kişinin uğradığı fiil sonucu meydana gelen çalışma gücünden yoksun kalış geçici nitelikte olabileceği gibi, sürekli nitelikte de olabilir. Bunun yanı sıra uğranılan fiil kişiyi çalışmaktan tamamen alıkoyabileceği gibi, kısmen de alıkoyabilir¹⁵⁷.

¹⁵¹ AYİM2D, E. 1989/53, K. 1989/137, KT. 10.05.1989, AYİMD, sy. 7, Kitap 2, s. 889-890.

¹⁵² D12D, E. 1969/4275, K. 1971/157, KT. 25.01.1971. **Esin**, Esas, s. 490.

¹⁵³ AYİM2D, E. 1991/54, K. 1992/113, KT. 26.02.1992, AYİMD, sy. 7, Kitap 2, s. 963.

¹⁵⁴ AYİM1D, E. 1985/135, K. 1985/119, KT. 21.05.1985, AYİMD, sy. 7, Kitap 2, s. 1083.

¹⁵⁵ **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 816.

¹⁵⁶ **Karahasan**, s. 151.

Bedensel zarara uğrayan, ya da uygulamadaki adı ile sakatlanan kişi örneğin, “ayağının, kamyonun altında kalarak kırılması olayında, iş mevsiminde asgari üç ay müddetle iş ve gücünden kalmış bulunan davacıya...”¹⁵⁸, “geçirdiği kaza sonucu on hafta ile iş ve gücünden geri kaldığı ve bu süre zarfında avukatlık mesleği ve ziraat işlerini icradan uzun süre geç kalması”¹⁵⁹ şeklinde çalışma gücünden belli bir süreyle yoksun kalabileceği gibi, “sol kolunun takma olması”¹⁶⁰, “davacının başına ve boynuna dipçikle vurarak gözlerinin kör olmasına sebebiyet verilmesi sebebiyle uğradığı maddi kayıp olay tarihinden ölünceye kadar...”¹⁶¹ biçiminde, sürekli bir nitelik de arz edebilmektedir.

Eğer çalışma gücü geçici bir süre için kaybedilmişse bu yüzden yoksun kalınan kazanç veya uğranılan zarar miktarını hesaplamak nispeten kolaydır¹⁶². Olay tarihi ile iyileşme tarihi arasında kişinin normal olarak elde edebileceği kazanç, uğradığı kaybı teşkil eder ve bu miktar kadar tazminata hükmedilmesi gerekir¹⁶³. Kayıp devamlı ise, zarar miktarının hesaplanması bir uzmanlık işi olduğundan, Danıştay bu saptamayı genellikle bilirkişi aracılığıyla yaptırmaktadır¹⁶⁴.

Yukarıda belirtildiği gibi, çalışma gücünden yoksunluk geçici olabileceği gibi sürekli de olabilmektedir. Ayrıca bu yoksunluk, kısmen olabileceği gibi tamamen de olabilmektedir. Örneğin; “Resim öğretmeni olan davacının çalışma gücünü % 35 oranında kaybetmesi sonucu uğradığı maddi zararın...”¹⁶⁵, “trenin devrilmesi ve bu yüzden sağ elinin bileğinin üst kısmından kesilmesi yüzünden meydana gelen doku eksikliği sebebiyle sakat kalması sonucu çalışma gücünü % 65 kaybetmesi sebebiyle mahrum kaldığı iktisadi menfaatler karşılığı ... lira maddi tazminatın...”¹⁶⁶, “çalışma gücünde % 42 nispetinde azalma olması”¹⁶⁷ şeklinde, kısmi nitelikte bir çalışma kaybı olabileceği gibi, “makinist olarak çalışan davacının iki bacağına da diz kapağının altından kesilmesi nedeniyle makinist olarak görev yapma imkanını kaybetmesi”¹⁶⁸ biçiminde, tamamen veya sürekli bir nitelikte de olabilir. İster

¹⁵⁷ Ekmekçi, s. 95.

¹⁵⁸ D12D, E. 1965/4260, K. 1967/399, KT. 14.03.1967. **Esin**, Esas, s. 210.

¹⁵⁹ D12D, E. 1969/4160, K. 1971/820, KT. 31.03.1971. **Esin**, s. 102.

¹⁶⁰ D12D, E. 1966/1991, K. 1967/1788, KT. 08.11.1967. **Esin**, Esas, s. 118.

¹⁶¹ D12D, E.1970 / 2007, K. 1972 / 1037, KT. 04.04.1972. **Esin**, Esas, s. 172.

¹⁶² **Esin**, Esas, s. 448; **Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop**, s. 816.

¹⁶³ **Esin**, Esas, s. 448.

¹⁶⁴ **Esin**, Esas, s. 448; **Güran**, s. 162.

¹⁶⁵ D12D, E.1965/4201, K. 1970/218, KT. 03.02.1970. **Esin**, Esas, s. 77.

¹⁶⁶ D12D, E.1965/86, K. 1969/454, KT. 06.03.1969. **Esin**, Esas, s. 201-202.

¹⁶⁷ D12D, E.1967/270, K. 1968/1284, KT. 29.05.1968. **Esin**, Esas, s. 497.

¹⁶⁸ D12D, E.1968/989, K. 1970/2493, KT. 06.05.1968. **Esin**, Esas, s. 151.

tamamen, isterse kısmi nitelikte olsun; sakatlığın sürdüğü ve süreceği anlaşılıyorsa, çalışma gücünden yoksunluğun sonuçlarını hesaplamak güçleşir. Bu konuda bilirkişilerden yararlanmak zorunludur. Uygulamada, ilk olarak sakatlığın niteliğini, derecesini ve devam edeceği süreyi saptamak yönünden tıbbi inceleme yapıldığı görülmektedir. Tıp bilirkişisinin bulduğu verilere göre de; kişinin mesleği, kazanç durumu, yaşı, çalışabileceği süre ve uğradığı sakatlığın mesleğini sürdürmesine ve kazancına ne ölçüde etki yapacağı gözönünde tutularak zarar miktarı bilirkişilere hesaplatılır¹⁶⁹.

Kişinin kısmen veya tamamen çalışmamaktan yahut ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararının belirlenmesinde, çalışma gücü kaybının süresi, kişinin yaşı, iş görebilirlik süresi, muhtemel yaşam süresi, gelir durumu ve kayıp oranının belirlenmesi önem taşır¹⁷⁰.

aa. Çalışma Gücünün Geçici Olarak Kaybı

Çalışma kaybı geçici nitelikte olabilir. Bu durum bir tıbbi rapor sonucunda belirlenir. Vücut bütünlüğü ihlal edilen mağdurun, hüküm tarihinde çalışma gücü kaybı sona ermişse veya bu tarihten bir süre sonra sona ereceği anlaşılmışsa, başka bir anlatımla tamamen iyileşmiş veya iyileşecekse, çalışma gücünün geçici olarak kaybindan söz edilir. Çalışma gücünün geçici kaybının devam süresi de tıbbi raporla belirlenir¹⁷¹.

Geçici kaybın devam süresinin belirlenmesinde bazen, aynı hususta açılmış bulunan ceza davalarında verilen tıbbi raporlar esas alınmaktadır¹⁷². Bu tür davalarda alınan tıbbi raporlarda mağdurun mesleki durumu nazara alınmaksızın ve sadece eylemin suç oluşturup oluşturmadığı veya ceza miktarının tespitine ilişkin olarak “mutad iştigallerinden” kaldığı süreye göre düzenlenmektedir. Fiilin cezai görünümü bakımından önemli olan “mutad iştigaller” kişinin normal bedeni faaliyetleridir. Başka bir anlatımla, kişinin geçici iş göremezlik nedeniyle mutad iştigallerinden kaldığı süre; yemek, saçını taramak, elbisesini değiştirmek ve benzer gereksinimlerini başkasının yardımına ihtiyaç duymaksızın yerine getiremediği süreyi ifade etmektedir. Halbuki Borçlar Kanunu’nun 46. maddesi kapsamına giren maddi tazminat talebi bakımından mağdurun ne kadar süreyle normal bedeni faaliyetlerini yapamadığı değil, ne kadar süreyle gelir getirici faaliyette bulunamadığı hususu

¹⁶⁹ Esin, s. 448.

¹⁷⁰ Ekmekçi, s. 95.

¹⁷¹ Ekmekçi, s. 96.

¹⁷² Aşçıoğlu, Çetin, Trafik Kazalarında Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Davaları, Ankara 1989, s. 172; Karahasan, s. 153.

önemlidir. Bu bağlamda, mağdurun çalışma gücü kaybı süresi mutad iştigallerinden kaldığı süreden her zaman daha uzundur¹⁷³. Bu husus bir Yargıtay kararında şu şekilde belirtilmiştir¹⁷⁴: “... Davacı, geçirdiği trafik kazası sonucu yapmak zorunda kaldığı tedavi giderleriyle çalışamamaktan mütevellit ve ayrıca beden gücü kaybından dolayı ileride iktisadi geleceğinin ihlalinin doğan zararının tazminini istemiştir. Mahkemece ceza hukuku yönünden alınmış 45 gün iş ve gücünden kaldığına ilişkin rapor esas alınarak çalışmaya muktedir olmamasından kaynaklanan zarar belirlenmiştir. Davanın yasal dayanağı Borçlar Kanununun 46. maddesidir. Maddede öngörülen çalışmaya muktedir olmamaktan doğan kazanç kaybının hesabında ceza hukuku bakımından iş ve güç kaybı değil, bu olay nedeniyle çalışılmayan süreyi belirleyen bir rapor esas alınmalıdır. Nitekim mahkeme bu yola başvurmuş, operatör doktor ... tarafından düzenlenen raporda davacının klarnetçi olması göz önünde tutularak üç ay iş kaybı olacağını tespit etmiştir. Mahkemece buna rağmen bu rapor esas alınmayarak ceza hukuku uygulaması bakımından önem taşıyan iş ve güç kaybını belirleyen rapor esas alınarak tazminatın belirlenmesi yoluna gidilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir...”.

Bu bakımdan tazminat davasında, aynı fiile ilişkin ceza davasında alınmış bulunan tıbbi rapor esas alınmaksızın, mağdurun iyileşme süresini, yeniden gelir getirici faaliyette bulunabileceği süreyi gösteren bir rapor alınmalı ve mağdurun, çalışma gücünün geçici olarak kaybından doğan maddi zararı buna göre belirlenmelidir¹⁷⁵.

Çalışma gücünün geçici olarak kaybedilmesi halinde mağdurun maddi zararı, kazanın meydana gelmesinden iyileşmesi tarihine kadar olan süre içerisindeki fiilen yoksun kaldığı kazançtan ibarettir¹⁷⁶. Geçici iş göremezlik durumunda uğranılan gelir kaybının hesabı serbest çalışanlar bakımından güçlük gösterebilir. Ücretlilerin gelir kaybının yani zararının hesabı daha kolaydır¹⁷⁷. Gerçekten, bağımsız çalışanların bu sürede uğradığı maddi zararın tespitinde, kişinin çalışmasının şekli ve işyerine etkisinin gözönünde bulundurulması gerekir¹⁷⁸.

Buna göre, bazı mesleklerde mağdurun çalışamaması gelir üzerindeki etkisini derhal gösterir. Tek kişinin sürdürdüğü bir işyerinde, örneğin, bir hekimin veya pazarcı esnafının yaralanması halinde, iş göremezlik etkisini derhal gösterir. Çünkü bu gibi hallerde gelirin

¹⁷³ Aşçıoğlu, s. 172-173.

¹⁷⁴ Y4HD, E. ?/8498, K. 1998/1135, KT. 04.02.1988. Karahasan, s. 153.

¹⁷⁵ Aşçıoğlu, s. 173; Karahasan, s. 153.

¹⁷⁶ Karahasan, s. 153; Aşçıoğlu, s. 172.

¹⁷⁷ Karahasan, s. 152.

¹⁷⁸ Ekmekçi, s. 96.

devamı için mağdurun orada bulunması zorunludur. Böyle bir durumda kazalının yerine aile üyelerinden veya akrabalarından yahut meslektaşlardan biri yardım etmişse, bu yardımın uygun bir şekilde paraya dönüştürülmesi gerekir. Zarar veren, bu durumda ahlaki bir ödevin yerine getirildiğini ileri süremez.

Buna karşılık, ortağı bulunan ve işçilerin de çalıştığı bir işyerinde, iş göremezliğin etkilerinin ortaya çıkması daha uzun bir zaman gerektirir. Böyle bir durumda iş göremezlik süresi miktarının fazla olup olmaması gelir kaybının tespiti konusunda önemli bir rol oynar.

Henüz çalışma yaşamına atılmamış veya çalışma yaşamının dışında kalmış bulunan kişiler bakımından geçici iş göremezlik kural olarak herhangi bir gelir kaybına yol açmaz. Ancak, çocuklar bakımından bazen geçici iş göremezlik, okulun bitimini ve buna bağlı olarak çalışma yaşamına girişi geciktirir. Böyle bir durumda okulun uzamasının yol açtığı giderler ile kaybedilen zaman miktarında bir iş karşılığı ücretin tazminat olarak kabul edilmesi gerekir¹⁷⁹.

bb. Çalışma Gücünün Sürekli Olarak Kaybı

Fiil sonucunda mağdurun bedeni veya ruhi arızasının kalıcı nitelik göstermesi, başka bir anlatımla arızanın tamamen iyileşmeyeceğinin anlaşılması durumunda çalışma gücünün sürekli kaybindan söz edilir. Çalışma gücünün sürekli kaybı, tam olabileceği gibi, kısmi de olabilir. Çalışma gücünün sürekli olarak kaybedilmesi durumunda mağdurun maddi zararının hesaplanması daha güçlük gösterir¹⁸⁰. Bu durumda zarar, geleceğe ilişkin farazi olarak hesaplanır¹⁸¹. Yani, yalnızca zarar verici eyleme maruz kalınan gündeki gelir değil, bu fiil işlenmemiş olsaydı, zarar görenin gelecekte elde edebileceği kazancı hesaplanır¹⁸². Bu hallerde zarar mağdurun çalışabileceği süre içerisinde devam edeceğinden, mağdurun iş görebilirlik süresinin uzunluğu ve çalışma gücü kaybının oranı gibi hususlar önem taşır¹⁸³.

Çalışma gücünün sürekli olarak kaybindan doğan zararın hesabında aşağıdaki unsurlar gözönünde tutulur:

1) Muhtemel Yaşam Süresi

Muhtemel yaşam süresi, kişinin, istatistiki verilere göre, belli bir tarihten sonra daha yaşama olasılığı bulunan süreyi anlatır. Vücut bütünlüğünün ihlali halinde kazalının ve ölüm

¹⁷⁹ Ekmekçi, s. 97.

¹⁸⁰ Ekmekçi, s. 97.

¹⁸¹ Eren, s. 714.

¹⁸² Karahasan, s. 153-154.

¹⁸³ Ekmekçi, s. 97.

halinde müteveffanın daha ne kadar yaşayacağını, başka bir anlatımla bakiye hayat süresinin bilinmesi, bundan doğan maddi tazminat taleplerinin tespit edilmesi bakımından önemlidir,

Türkiye’de bu zamana kadar mahkemelerde kişilerin bakiye yaşam sürelerinin belirlenmesinde, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu’nun 22. maddesi uyarınca “Pulation Masculine et Feminine: Erkek ve Kadın Nüfus” (PMF) başlıklı Fransız yaşam cetvellerinin uygulanması yoluna gidilmiştir. Bu yaşama tablosu kadın-erkek ayrımı gözetilmeksizin düzenlenmiştir. Buna karşılık Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından ülke koşulları nazara alınarak bilimsel verilere göre 1989 yılında bir yaşama tablosu hazırlanmıştır. Bu tablo, her şeyden önce kadın ve erkeklerin beklenen ömürlerini farklı belirlemiş olup, bu bakımdan bir üstünlüğe sahiptir. DİE Tablosunda beklenen ömür süresi PMF Tablosuna göre ortalama üç-dört yıl daha fazladır. Örneğin, 20 yaşında birinin bakiye ömrü PMF Tablosuna göre 46 yıl iken, DİE Tablosuna göre 50 yıldır. Nihayet DİE Tablosu Türkiye verilerine göre hazırlanmış yeni bir çalışmadır¹⁸⁴.

2) Faal Devre (İş Görebilirlik Süresinin Başlangıcı ve Sonu)

Mağdurun kısmen veya tamamen çalışmaya muktedir olamamasından doğan zararlar tazmin edilmek gerektiğinden, mağdurun, henüz çalışmaya başlamamışsa, çalışma süresi başlangıcının ve zaten çalışıyorsa, çalışmasının devam edeceği sürenin tespit edilmesi gerekmektedir. Zira vücut bütünlüğünün ihlali ile meydana gelen gelir kaybı, mağdurun bu kaza olmasaydı gelir elde edebileceği süre boyunca söz konusu olur. Şu halde kazalının aktif devresinin ne kadar süreceği, maddi zarar hesabının önemli bir unsurunu oluşturur¹⁸⁵.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, hayatın olağan akışı içerisinde kişinin hayatının sonuna kadar çalışması uzak bir olasılıktır. Bu nedenle, aktif devrenin bakiye hayat süresinden daha kısa olması gerekir¹⁸⁶.

Ülkemizde kişilerin çalışma sürelerini gösterir aktivite cetvelleri bulunmamaktadır. Bununla birlikte yerleşik sayılabilecek uygulamalara göre faal sürenin erkekler ve kadınlar 60 yaşın bitimi olduğu kabul edilmektedir¹⁸⁷. Kuşkusuz genel kural niteliğindeki bu sınırlar

¹⁸⁴ **Ekmekçi**, s. 97-98.

¹⁸⁵ “...Ömür olarak tanımlanan yaşama sınırı ile bu sınır içinde çalışabilme ve kazanç sağlayabilme gücü ayrı ayrı vakalar olmak gerekir. Örneğin, tazminat davalarında ömür değil çalışma süresi esastır...”. Y9HD. E. 1969/3220, K. 1969/6602, KT. 16.06.1969. **Güleç (Uçakhan)**, s. 280.

¹⁸⁶ **Ekmekçi**, s. 98.

¹⁸⁷ “... Aktif dönemden amaçlanan ‘iş görebilirlik çağı’dır. Diğer bir anlatımla sigortalının, olağan biçimde işi görebilme (çalışabilme) gücünün devam etme süresidir ki, bu süre, Yargıtay’ca benimsenen görüşe göre, kadın ve erkek ayrımı yapılmaksızın kural olarak ‘60’ yaşa kadar devam edeceği kabul edilmektedir. Bu nedenle Sosyal Güvenlik Yasaları’nda, sosyal amaç ya da istihdam politikaları gözetilerek değişik yaşlar ile

cismani zarara uğrayanın henüz genç olması halinde uygulanabilir nitelikte olup, somut olayda bu sınırdan ayrılmayı gerektiren haller ortaya çıkabilir. Örneğin, zarar gören kaza tarihinde zaten bu yaş sınırını geçmiş, ya emekli olduktan sonra bir başka işte çalışıyor veya henüz emekli olmamış bulunabilir. Ayrıca bazı işler ve meslekler de vardır ki yaşam boyu sürdürülebilir. Bilim adamları, yazarlar ve güzel sanatlarla uğraşanlar bunların başında gelir. Örneğin ressam, roman veya öykü ya da tiyatro yazarları, şairler, besteciler, müzik yorumcuları, mimar, heykeltıraş, tiyatro ve sinema yönetmenleri ile senaryo yazarları bilimsel ve sanatsal üretimlerini yaşam boyu sürdürürler. Yargıtay ev hizmetlerinin de yaşam boyu yapılacağını kabul etmektedir. Bu gibi, yani belirlenen kuralın ayrığı hallerde tazminat, ülkenin ekonomik durumu, çalışma koşulları, yapılan işin niteliği ve özellikleri, çalışanın fiziki ve beden yapısı gibi durumlar dikkate alınarak karar verilmelidir¹⁸⁸.

Çalışma süresinin başlangıcının tespiti, özellikle çocuklar gibi kaza geçirdiği tarihte henüz çalışmaya başlamamış kişiler bakımından önem taşır. Böyle bir durumda çocuğun, öğrenim yapıp yapmadığı, başarı derecesine, ailenin sosyal ve ekonomik durumuna ayrıca bununla birlikte kız çocukların evlenme olasılığına göre bir yaş tespit edilir¹⁸⁹.

3) Kaybın Oranı

Türk hukukunda mağdurun uğradığı kazanın oluşturduğu maluliyet durumunun tespitine ilişkin tek pozitif düzenleme 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 135. maddesine dayanılarak yürürlüğe konulmuş bulunan Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü'ndeki ekli cetvellerdir. Bu cetveller esas itibarıyla iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meydana gelen arızaların sigortalının meslekte kazanma gücünü ne oranda azaltacağını belirlemeye yönelik olmakla birlikte bugün 506 sayılı Kanuna tabi olmayan kişilerin maluliyet durumlarını tespit etmekte de kullanılmaktadır. Bu listelerde vücutta meydana gelebilecek hemen tüm arıza çeşitleri ve bunların çalışma gücünü hangi oranda azaltacağı sayılmıştır¹⁹⁰. Bununla birlikte Adli Tıp Kurumu'ndan alınan raporlarla da sakatlığın çeşidi ve derecesi, devamlı olup olmadığı tespit edilmeye çalışılmaktadır¹⁹¹.

tanınan emeklilik yaşının, aktif dönem sonu olarak ele alınması uygun değildir ...". Y10HD, E. ?/4728, K. 2004/6385, KT. 05.07.2004. **Çelik**, s. 323.

¹⁸⁸ **Çelik**, s. 324.

¹⁸⁹ **Ekmekçi**, s. 99.

¹⁹⁰ **Ekmekçi**, s.100.

¹⁹¹ **Esin**, Esas, s. 448; **Karahasan**, s. 154; "... Dairemizce yaptırılan bilirkişi incelemesi sonunda düzenlenen raporda; Adli Tıp Meclisinin dava dosyasıyla verdiği ... sayılı mütalaa ve Borçlar Kanununun 46 ncı maddesi hükmü nazara alınarak...". D12D, E. 1965/1278, K. 1968/1139, KT. 15.05.1968. **Esin**, Esas, s. 72; "... Sağ ayağının üç parmağı ile birlikte sol ayağının da bilekten itibaren kesilmesine zaruret olduğu mezkur hastahanenin sıhhi kurul raporunda belirtilmiş; Adli Meclisin raporunda da davacının maluliyet derecesinin

Uygulamada cismani zarar hesaplanırken, ilgili cetvel vasıtasıyla veya Adli Tıp Kurumu raporuyla tespit edilen meslekte kazanma gücü kaybı oranı; gelirine göre uğradığı maddi zarar olarak veya aynı ücretle çalışmaya devam ediyorsa, efor kaybı olarak nitelendirilmekte ve sakatlananın emsallerine nazaran bu güç kaybı oranında daha fazla çalışacağı düşünülerek maddi zarar miktarı bulunmaktadır¹⁹².

Beden ve ruh tamlığı ihlallerinin, zarar görenin sanat ya da mesleğine yapmış olduğu etki ve bunun oranı ayrıca göz önünde tutulmalıdır. Büroda çalışan bir kimsenin bacağına yitirip sakat kalması ile yük taşıyan işçinin bacağına yitirip sakat kalmasının sonuçları bir değildir. Böyle olunca da, sakatlığın ya da hastalığın çeşidi ve derecesi, zarar görenin kazanma gücünü hangi oranda azalttığının incelemesi gerekir¹⁹³.

Sakatlık ya da hastalık zarar görenin sanatını ya da mesleğini yürütmesine engel olsa da zarar gören kimsenin başka bir mesleğe uyum yeteneği, yaşı ve zekası, sosyal hali, durum ve koşulların özelliği, başka bir sanat ya da meslek yapmasını gerekli kıldığı ölçüde bu da göz önünde bulundurularak zarar hesaplanır¹⁹⁴. Yaptığı meslekteki kazanma gücünü kaybetmiş olsa da kişinin başka bir meslekte kazanma gücü devam edebilir. Ancak, gücünü aşan ya da sağlığını tehlikeye koyan veya sosyal düzeyi ile bağdaşmayan bir sanata veya mesleğe girmesi için, zarar gören kimse zorlanamaz. Zarar gören, kendisinden beklenebileceği halde sanatını ya da mesleğini değiştirmekten kaçınırsa, bu, birlikte kusur sayılır ve giderimden indirim yapılır. Zararı ise, yeni sanata ya da mesleğe girseydi, kazanacağı daha az tutarla eski kazandığı tutar arasındaki farktan ibaret olup, böyle bir fark yoksa, zarardan da söz edilemez¹⁹⁵. Bu bağlamda, meslekte kazanma gücü kaybı ile çalışma gücü kaybı ve gelir elde etme yeteneğinin kaybı arasındaki fark şuradadır. Çalışma gücü kaybı salt fiziksel ve ruhsal faaliyetin ifasına ilişkindir. Meslekte kazanma gücü kaybı, belirli bir meslek için gerekli bulunan faaliyetin meydana çıkarılmasıyla ilgilidir. Meslekte kazanma gücü kaybının belirlenmesinde, şu anda ifa edilen meslek nazara alınmakta, meslek değişimi ve bir başka meslekteki gelir olanağı gözardı edilmektedir. Gelir elde etme yeteneğinin kaybında ise,

% 27,46 olacağı ve bu nispetle çalışma ve meslekte kazanma gücünü kaybetmiş sayılacağı ...”, D12D, E. 1965/50, K. 1967/388, KT. 14.03.1967. **Esin**, Esas, s. 491-492.

¹⁹² **Ekmekçi**, s. 101.

¹⁹³ **Karahasan**, s. 154.

¹⁹⁴ “... Kolu kopan Levazım üsteğmeni davacı 1938 doğumlu olup Harp Okulu mezunu bulunduğu, bu kaza sebebiyle ordudan ayrılmak mecburiyetinde kalmış ise de, henüz 29 yaşında bulunduğundan sol kolunun takma olması yeni bir iş ve meslek edinmesine mani teşkil etmeyeceği göz önünde bulundurularak...”, D12D, E. 1966/1991, K. 1967/1788, KT. 8.11.1967. **Esin**, Esas, s. 119.

¹⁹⁵ **Karahasan**, s. 156.

mağdur için mümkün olan gelir olanağının, beklenebilir tüm meslek değişimi olanakları da dikkate alınarak, belirlenmesi söz konusudur¹⁹⁶.

Maddi zararın hesaplanması için yukarıda yer verilen ölçütlerden birinin veya diğerinin seçilmesi farklı sonuçlara götürür. Örneğin; geçirdiği kaza sonucu yüzünde çirkinleştirici bir yara kalan sinema sanatçısının çalışma gücünde herhangi bir kayıp olmamasına rağmen, artık sinema sanatçısı olarak çalışamayacağı için meslekte kazanma gücü kaybı % 100'dür. Bununla birlikte gelir elde etme yeteneğinin tamamen kaybı söz konusu değildir. Çünkü, bu kişi kendisine uygun bir başka işten gelir elde edebilir¹⁹⁷. Yine bir futbolcunun bacağındaki maluliyet o meslekte % 100 kazanma gücü kaybına yol açar. Ancak, bir başka gelir imkanının beklenebilir olup olmaması bir yana, bu kişinin futbol yaşamı zaten belirli bir yaşla sınırlı olduğundan, tüm çalışma yaşamı boyunca % 100 oranında gelir kaybına uğrayacağı söylenemez¹⁹⁸. Bu nedenle, kısmen veya tamamen çalışmaya muktedir olamamaktan doğan zararın hesabında en uygun ölçüt; kişinin gelir elde etme yeteneğindeki, bir başka anlatımla, işgücünü ekonomik olarak değerlendirme konusundaki bedeni ve ruhi yeteneğindeki kaybın doğurduğu sonuçların tespit edilmesidir. Bu ölçüt çerçevesinde kısmen veya tamamen çalışamamaktan doğan zarar miktarının belirlenmesi şu sorunun cevabına bağlıdır. Zarar gören, zarar verici fiile maruz kalmasaydı, hayatın olağan akışı içerisinde ne kazanacaktı ve kalan iş gücünü değerlendirmekle ne kazanabilir? Aradaki fark, kısmen veya tamamen çalışmaya muktedir olamamaktan doğan zarar miktarını ifade eder¹⁹⁹.

4) Gelir Durumu

Maddi tazminat hesaplarında önemli bir unsur da kazalının gelir durumudur. Zararın belirlenmesinde, mağdurun mesleği veya yürüttüğü sanat faaliyetinin gelir durumu dikkate alınır. Bu gelir, ihlalin gerçekleştiği zamandaki gelir olmakla birlikte yakın gelecekte gelirin artması kuvvetle beklenir ise bu gelir de hesaba katılır. Ancak, yasadışı faaliyetlerden elde edilen kazanç hesaba katılmaz²⁰⁰. Bu konuda çeşitli ihtimaller söz konusu olabilir.

Zarar gören kişi çalışmayan biri olabilir. Bu bakımdan, kaza ile birlikte fiilen bir gelir kaybına uğraması durumu ortaya çıkmaz. Bu durumda, kazalının gelir elde etme yeteneğindeki kaybın, ileride olası bir gelir kaybını beraberinde getirip getirmeyeceğinin

¹⁹⁶ Ekmekçi, s. 103.

¹⁹⁷ Ekmekçi, s. 103.

¹⁹⁸ Ekmekçi, s. 104.

¹⁹⁹ Ekmekçi, s. 104.

²⁰⁰ Karahasan, s. 158.

tespiti gerekir. Çocuklar bakımından bunun yanıtı daima olumludur. Çocuğun ileride kaza nedeniyle ne kadar maddi zarara uğrayabileceğinin tespiti için, çalışma yaşamına atıldığında hangi mesleği seçeceğinin ve ne kadar gelir elde edeceğinin, eldeki veriler değerlendirilerek, varsayımlı olarak belirlenmesi gerekir. Bu konuda kuvvetli veriler bulunmuyorsa, uygulamada benimsendiği üzere, asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekir²⁰¹.

Zarar gören kişi, kaza tarihinde çalışarak gelir elde eden biri değilse, kaza nedeniyle bir maddi zarar talep edebilmesi için, bu kişinin ileride çalışacağını ispatlaması gerekir.

Ev kadınlarının yaralanması halinde tazminata esas gelir, kadının ev kadını olarak çalışmasının piyasadaki değeri esas alınarak belirlenir. Ancak kadın aynı zamanda gelir getiren bir faaliyet de yapıyorsa, buradan elde edilen gelirin de dikkate alınması gerekir²⁰².

c. Ekonomik Geleceğin Sarsılması

Vücut bütünlüğünün ihlali kişinin ekonomik geleceği üzerinde de olumsuz etki yapabilir. Kuşkusuz kişinin çalışma gücünde meydana gelen kayıplar aynı zamanda onun ekonomik geleceğini (gelir elde etme yeteneğini) de etkiler. Bununla birlikte, Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinde zikredilen, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar, kişinin çalışma gücündeki azalmadan doğan zararlar dışında veya bunun yanı sıra, ilerideki gelişme ve yükselme şansını azaltan arızalar gibi, kişinin ekonomik geleceği üzerinde olumsuz etki doğurabilen zararlardır²⁰³. Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar bu yönü itibarıyla manevi zarara benzemekle birlikte, bu iki zarar türü birbirinden tamamen farklıdır. Çünkü, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlarda daima maddi ve ekonomik bir kayıp söz konusudur²⁰⁴.

Gelir elde etme yeteneği, kişinin çalışma gücünü ekonomik olarak değerlendirmek konusundaki fiziksel ve ruhsal yeteneğidir. Çalışma gücü kaybı, kişinin fiziksel ve ruhsal yetenekleriyle ilgili tıbbi bir kavram iken, gelir elde etme yeteneğinde kayıp oranı, bu yeteneklerin piyasadaki ekonomik değerlendirme imkanlarına göre belirlenmektedir. Çalışma gücü kaybı, mağdurun kalan iş gücünü değerlendirerek ne kadar kazanabileceği sorusuyla ilgilenmez. Buna göre; gelir elde etme yeteneği, çalışma gücü ve bu gücün bir gelir elde etmeye yönelik olarak değerlendirilebilmesini kapsamaktadır. Çalışma gücünün kaybedilmesi zorunlu olarak gelir elde etme yeteneğinin aynı oranda azalmasına yol açmaz. Kalan çalışma

²⁰¹ Ekmekçi, s. 104.

²⁰² Ekmekçi, s. 105.

²⁰³ Ekmekçi, s. 95; Reisoğlu, s. 175.

²⁰⁴ Ekmekçi, s. 95.

gücünün gelir elde etme yeteneğini azaltmayacak şekilde değerlendirilmesi mümkündür. Bunun tam tersi de, yani fiilin çalışma gücü kaybına neden olmaksızın, örneğin bir organının yalnızca şeklinin bozulmasında olduğu gibi, gelir elde etme (kazanma) yeteneğini azaltması veya ortadan kaldırması da mümkün olabilir²⁰⁵. Bu durum iş piyasasında, ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya işini korumakta güçlük çekme şeklinde olabileceği gibi işten çıkarılma şeklinde de olabilir²⁰⁶. Özellikle halkla teması fazla olan mesleklerde durum bu merkezdedir. Örneğin, bir tiyatro oyuncusunun yüzünde çirkinleştirici sabit bir yara kalması sonucu izleyici karşısına çıkamaması nedeniyle işlerini kaybetmeleri durumunda olduğu gibi. Keza, yüz hattı bozulan bir kızın evlenme şansı azalacağından iktisadi geleceği sarsılır²⁰⁷. Çünkü o, böyle bir zarar sonucunda, destek bulamamak tehlikesine uğramıştır²⁰⁸.

Bazı aksaklıkların çalışma gücünü mü azalttığı, yoksa ekonomik gelişmeyi veya geleceğini sarsıp güçleştirdiği hususunda tereddüt edilebilir. Fakat aralarında sonuç farkı yoktur. Bu iki halden hangisi söz konusu olursa olsun, tazmini gereken bir zarar doğmuş demektir²⁰⁹. Nitekim Danıştay kararlarının da bu yönde olduğu gözlenmektedir²¹⁰.

Ekonomik geleceğin sarsılmasına bağlı bir zararın söz konusu olup olmayacağını tayin ederken de sert ve katı prensiplerden kaçınarak her somut olayı kendi özellikleri çerçevesinde değerlendirmek daha uygun olacaktır²¹¹. Zarar görenin, kararın verilmesi sırasında bir iş sahibi bulunmaması veya işinden çıkarılmış olması da bir önem taşımamalıdır. Bedensel zararın sonuçları, yaşamın gidişine ve alışlagelen durumlara göre değerlendirilmelidir²¹².

D. MALA VERİLEN ZARARLAR NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT

Malvarlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin (varlıkların) meydana getirdiği bir bütündür. Malvarlığı, aktif ve pasif unsurlardan oluşur. Malvarlığının pasif yönü, borç ve mükellefiyetlerden ibarettir²¹³. Sorumluluk hukukunda malvarlığı geniş anlaşılmalıdır. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklar, yani

²⁰⁵ Ekmekçi, s. 102.

²⁰⁶ Eren, s. 717.

²⁰⁷ Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop, s. 822.

²⁰⁸ Velidedeoğlu – Özdemir, s. 121.

²⁰⁹ Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop, s. 823.

²¹⁰ Örneğin bkz. "... Sağ ayağının üç parmağı ile birlikte sol ayağının da bilekten itibaren kesilen 11 yaşında ve öğrenci olan davacının çalışma gücünü önemli ölçüde azalttığı, yaşama şartlarını güçleştirdiği ve yitirdiği güç nispetinde adı geçeni işinde ilerleme ve yükseltme imkanlarından yoksun bir duruma düşürdüğü cihetle ...". D12D, E. 1965/50, K. 1967/388, KT. 14.03.1967. Esin, Esas, s. 491-492.

²¹¹ Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop, s. 824.

²¹² Velidedeoğlu – Özdemir, s. 122.

²¹³ Eren, s. 38.

mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar (fıkri ve sınai haklar), malvarlığının en önemli unsurlarını oluşturur. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği, yani çalışma ve faaliyetleriyle gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de malvarlığını oluşturan değerler (unsurlar) arasında yer alır²¹⁴.

Mala gelebilecek zararlar çok çeşitlidir. Bir taşınır eşyanın kırılması, bozulması, yıpranması, yok olması ya da herhangi bir şekilde değerinin azalması veya kullanılamaz, yararlanılamaz hale gelmesi; bir taşınmaz üzerindeki ekili, dikili, yapılı şeylerin bozulması, yıkılması, yok olması veya herhangi bir yönden ekonomik değerinin düşmesi, ayrıca taşınmazın tarımsal değerini yitmesi veya azalması bu konuda örnek gösterilebilir. Onun gibi; ekonomik değer taşıyan bir hakkın kullanılamaması veya ondan yararlanma oranının azalması ya da hakkın doğal sonucu olan değerlerin malvarlığına girmemiş veya az ölçüde girmiş olması da mala gelen zarar kapsamındadır. Görüldüğü gibi, mala ilişkin zararlar olumlu ve olumsuz niteliklerine göre ikili bir ayrıma tabi tutulur. Bunlardan biri malvarlığında görülen azalma diğeri ise kardan yoksunluk ve gelir kaybıdır. Malvarlığındaki azalma ya aktif değerlerde azalma ya da pasif değerlerde çoğalma şeklinde ortaya çıkar²¹⁵.

Danıştay kararlarına bakıldığında malvarlığı kavramına dahil değerlerin çok çeşitli olduğu görülmektedir. Örneğin, “... yıkma eylemi kanuna aykırı bulunduğu”²¹⁶, “...taşınmazın bir bölümünün, üzerindeki meyve ağaçları ile birlikte kayarak kullanılamaz hale gelmesi...”²¹⁷, “... akarsuyun çevredeki bir tarlaya girerek tarım toprağını sürüklemesi...”²¹⁸, “... suyun zaman zaman taşarak tarlayı istilasının çoraklaşmayı süratlendirmesi...”²¹⁹, “... kuruyan su gözesi yüzünden, sulu iken susuz hale gelen arazinin değer farkı ...”²²⁰, “...mukavemeti zayıflayarak yıkılan evi için...”²²¹, “... harap olan mahsul ve hayvanlar ...”²²², “... kazaya uğrayan aracın değerinin düşmesi ...”²²³, “aracın hatalı park nedeniyle çektilmesi sırasında verilen zarar...”²²⁴, “ev eşyalarının, depoda çıkan yangın

²¹⁴ Eren, s. 38.

²¹⁵ Esin, Esas, s. 450.

²¹⁶ D6D, E. 1968/502, K. 1971/1570, KT. 06.05.1971. Esin, s. 35-36.

²¹⁷ D6D, E. 1980/1013, K. 1983/3725, KT. 23.11.1983, DD, sy. 54-55, s. 236.

²¹⁸ D12D, E. 1980/295, K. 1981/1617, KT. 07.07.1981, DD, sy. 46-47, s. 395.

²¹⁹ D12D, E. 1968/2567, K. 1969/904, KT. 12.05.1969. Esin, s. 210.

²²⁰ D12D, E. 1968/832, K. 1970/672, KT. 06.04.1970. Esin, Esas, s. 210.

²²¹ D12D, E. 1968/2332, K. 1969/1631, KT. 14.10.1969. Esin, Esas, s. 183.

²²² D12D, E. 1975/805, K. 1978/262, KT. 15.02.1978, DD, sy. 32-33, s. 801.

²²³ D12D, E. 1979/1729, K. 1981/1091, KT. 29.11.1976, DD, sy. 44-45, s. 539.

²²⁴ AYİM2D, E. 1984/223, K. 1984/250, KT. 19.12.1984, AYİMD, sy. 7, Kitap 2, s. 1062.

sonucu yanarak hasara uğraması ...”²²⁵, “... ev eşyalarında meydana gelen hasar ...”²²⁶, “davacıya ait tarlaya mayın döşenerek mahsulün hasada imkan verilmemesi ...”²²⁷, “... zafer takının sağlam olmaması nedeniyle, rüzgardan devrilerek bir otomobili ezmesi...”²²⁸, “...evinin tahliyesi sonucu eşyaların taşınması nedeniyle ödenen para ...”²²⁹, “... proje çizim ücreti olarak ödenen para ...”²³⁰ şeklinde oluşan zararlar, hep malvarlığına verilmiş zararlar kapsamında görülmekte ve tazmini yoluna gidilmektedir. Bu örneklerde malvarlığının pasif kısmının artması söz konusudur.

Malvarlığına verilen zararlar, malvarlığının aktif kısmının artmasına engel olunması şeklinde de gerçekleşebilir. Örneğin, “ayağının, kamyonun altında kalarak kırılması olayında, iş mevsiminde asgari üç ay müddetle iş ve gücünden kalmış bulunan davacıya ...”²³¹, “... yediemin sıfatıyla malları korumasına alan idarenin kamyonları ve büro malzemelerini kullanması sonucu meydana gelen yıpranma ve bu malları istenildiği anda teslim etmemesi sebebiyle mahrum kalınan iş gücü ...”²³², “... memuriyetten ihraç nedeniyle mahrum kaldığı maaşlar ...”²³³, “... işyerinin kapalı kalması sonucu yoksun kaldığı kar ...”²³⁴ mala ilişkin zarar kapsamında değerlendirilmektedir.

²²⁵ AYİM2D, E. 1986/164, K. 1986/171, KT. 24.12.1986, AYİMD, sy. 7, Kitap 2, s. 1062.

²²⁶ D12D, E. 1979/1729, K. 1981/1091, KT. 18.05.1981, DD, S. 44-45, s. 539.

²²⁷ D12D, E. 1966/2086, K. 1968/283, KT. 15.02.1968. **Esin**, Esas, s. 147.

²²⁸ D12D, K. 1972/1150, KT. 19.04.1972. **Esin**, Esas, s. 37.

²²⁹ DDDGK, E. 1979/635, K. 1981/1026, KT. 27.11.1981, DD, sy. 46-47, s. 1555

²³⁰ D12D, E.1968/2452, K. 1971/195, KT. 16.01.1971. **Esin**, Esas, s. 300.

²³¹ D12D, E.1965/4260, K. 1967/399, KT. 14.03.1967. **Esin**, Esas, s. 210.

²³² D9D, E. 1981/3130, K. 1982/4526, KT.02.11.1982, DD, sy. 50-51, s. 384.

²³³ D5D, E.1973/1887, K. 1976/127, KT. 26.01.1976, DD, sy. 24-25, s. 242.

²³⁴ D8D, E.1985/795, K. 1986/428, KT. 09.10.1986, DD, sy. 66-67, s. 364.

İKİNCİ BÖLÜM

İDARİ YARGIDA MANEVİ TAZMİNAT

I. GENEL OLARAK

Manevi zarar, malvarlığı dışındaki hukuksal değerlere yapılan saldırılardan ötürü bu değerlerde meydana gelen eksilmeyi ifade eder²³⁵. Manevi zarar kişinin haysiyetine, vücut tamlığına veya yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle duyduğu bedensel ve ruhsal acı, üzüntü ve hayattan zevk almasındaki eksilmedir²³⁶. Bu gibi hallerde, kişiye miktar olarak ölçülemeyen maddi veya manevi bir acı verilmesi veya kişinin toplum içinde küçük düşürülmesi (kişilik haklarına saldırı halinde) söz konusudur²³⁷. Manevi zarar, gerçek anlamda bir zarar değildir; zira malvarlığında bir azalmayı ifade etmez. Bir acının, elemin veya kişisel değerler ve varlıklardaki eksilmenin maddi zararlar gibi parayla ölçülmesine imkan yoktur²³⁸. Ancak, birçok Danıştay kararında belirtildiği üzere “... başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir ...”²³⁹. Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin 1. fıkrasının iptali istemiyle açılan bir davada da Anayasa Mahkemesi aynı hususa işaret etmiştir²⁴⁰: “... Zararlar maddi veya manevi olabilir. Maddi zararların karşılanması zorunlu ve olağan iken çok kez acısı maddi kayıplardan daha ağır olan manevi zararların karşılanma yollarının kapalı tutulması elbette ki düşünülemez ... manevi zararların değerlendirilebilmesinde ve karşılanmasında paradan yararlanmaktan kaçınılamayacağı ortadadır. Para, bu alanda eksiktir, yetersizdir; ancak daha iyisi ve elverişlisi bulunmadığı içindir ki aracılığından vazgeçilememektedir ...”.

Manevi zararın da maddi zarar gibi üç unsurunun bulunduğu söylenebilir²⁴¹.

Zarara uğratılabilecek şahsiyet hakları deyimi pek çok manevi değeri içine alır. Doktrin ve yargı içtihatlarına göre bu haklar kapsamına; bedensel ve ruhsal bütünlük,

²³⁵ **Karahasan**, s. 62; **Ayrancı**, Hasan, Yargıtay Uygulaması Işığında Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Tarafların Sıfatı, İşgal Ettikleri Makam, Diğer Sosyal ve Ekonomik Durumlar, e- akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, s. 1 <http://www.e-akademi.org/makaleler/hayranci-1.htm>, ET. 10.12.2007.

²³⁶ **Günday**, Metin, İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2004, s. 49; **Gözübüyük**, A. Şeref – **Tan**, Turgut, İdare Hukuku, c. I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 658.

²³⁷ **Kılıçoğlu**, Ahmet, Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, ABD, 1984, sy. 1, s. 21.

²³⁸ **Velidedeoğlu – Özdemir**, s. 105; **Eren**, s. 49; **Tandoğan**, s. 63.

²³⁹ D10D, E. ?/4231, K. 2001/484, KT. 13.02.2001. **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 257

²⁴⁰ AYM, E. 1968/33, K. 1969/12, KT. 11.02.1969.

²⁴¹ **Eren**, s. 49.

özgürlük, şeref, haysiyet (onur), hatıra gibi değerlerle, kişinin özel yaşamına veya aile yaşamına ilişkin sır, meslek sırrı, isim ve fotoğraf üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık sosyal ve siyasal haklar girer²⁴².

Şahsiyet hakkına konu teşkil etmeyen maddi bir eşyaya (taşınır veya taşınmaz mala) hasar verilmesinden kural olarak manevi zarar doğmaz. Yeter ki, o şeye duyulan manevi ilgi/manevi bağ dolayısıyla bir şahsi varlık ihlal edilmiş olmasın. Mesela, yadigar bir eşyaya verilen zarar gibi²⁴³.

Kişilik değerlerine yapılan saldırı objektif olarak bir eksilmeyi ifade eder. Hukuka aykırı bir saldırı sonunda şahıs varlığında objektif olarak meydana gelen eksilmeyi manevi zarar olarak nitelendiren bu teoriye objektif teori adı verilir²⁴⁴. Buna karşılık doktrinde savunulan diğer görüşe göre, manevi zararın varlığından söz edilebilmesi için bu değerlerde objektif bir azalmanın, yani kişilik hakkının veya değerinin haksız bir saldırıya uğramasının yeterli olmadığı, objektif unsurun yanında bir de sübjektif unsurun gerçekleşmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Objektif ve sübjektif unsur aynı olayda birlikte gerçekleşmelidir. Objektif unsur, zarar görenin kişilik değerlerinden birinin (yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, aile hayatı gibi) objektif olarak bir saldırıya uğramasını ifade eder. Sübjektif unsur ise, zarar görenin söz konusu ihlal sonucu kişiliğinde, manevi varlığında meydana gelen bu eksilmeyi yaşamayı, duymayı, onu hissetmesi, bunun sonunda acı elem ızdırap çekmesidir. Sübjektif teori olarak adlandırılan bu teoriye göre, zarar gören, kişilik değerlerine şahıs varlığına yapılan saldırı ve ihlal sonucu yaşama zevk ve sevincinde bir eksilme hissetmeli, huzur rahatlık ve mutluluk duyguları azalmalı, iç dengesi ve özellikle ruhsal bütünlüğü bozulmalı ve sarsılmalıdır. Bunlar gerçekleşmemişse, yani sübjektif unsur yoksa manevi zarar da yoktur²⁴⁵.

Sübjektif teori kabul edildiği takdirde; tüzel kişilerle, temyiz kudretinden yoksun olanların, bilinçlerini kaybeden kişilerin manevi acı ve ızdırap duyma yetenekleri olmadığı için bunların manevi zarara uğramaları ve dolayısıyla manevi tazminat davası açabilme imkanları da kalmayacaktır. Oysa bu gibi kişilerinde şahsiyet hak ve değerlerinin tamamına veya bir çoğuna sahip bulundukları inkar kabul etmez bir gerçektir²⁴⁶.

²⁴² **Esin**, Esas, s. 453; **Eren**, s. 50.

²⁴³ **Esin**, Esas, s. 453.

²⁴⁴ **Eren**, s. 50.

²⁴⁵ **Eren**, s. 52.

²⁴⁶ **Eren**, s. 54.

Danıştay'ın kararlarına bakıldığında, zararın varlığını objektif görüş doğrultusunda belirlediği görülmektedir. Nitekim Danıştay'a göre, "... idari işlem ve eylemden zarar gören, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir ve tüzel kişinin uğradığı maddi ve manevi zarar, idari hukukunun tazminat ile ilgili kuralları çerçevesinde idarece giderilir ..." ²⁴⁷.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, davranış şahsiyet haklarına haksız bir tecavüz oluşturmakla birlikte, tecavüze uğrayan yönünden bir manevi zarara yol açmamışsa, tecavüze uğrayanı toplumun değer yargılarına göre küçük düşürmemişse onda bir acı ve eleme sebep olmamışsa manevi tazminat istenemez. Böylece, örneğin, bir şirketin bastırdığı duvar takviminin kapağında çalıştırdığı işçilerin makine başındaki resimlerine müsaadeleri alınmaksızın yer verilmişse, şahsiyet haklarına haksız bir tecavüz vardır. Fakat bu tecavüz sonucu işçilerin şahsiyet haklarında bir eksilme olmamışsa yani manevi zarar doğmamış ise tazminat istenemez ²⁴⁸.

Azalmanın irade dışında medya gelmesi bakımından maddi ve manevi zarar bakımından bir fark yoktur. Başka bir deyişle maddi ve manevi zarar bakımından bu şart ortaktır.

II. MANEVİ TAZMİNATIN NİTELİĞİ

A. GENEL OLARAK

Özel hukuktakine kıyasla uzun bir gelişim süreci sonunda olmakla birlikte, manevi tazminat müessesesi de idari yargıda yerini almıştır. Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nda yer alan manevi tazminata ilişkin düzenlemelerin idari yargıda da esas alındığı ve bu düzenlemeler doğrultusunda "ölüm", "bedensel zarar" ve "kişilik haklarına saldırı" nedeniyle manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir ²⁴⁹. Ancak, idari yargının kendine özgü kuralları nedeniyle diğer birçok konuda olduğu gibi manevi tazminat konusunun da, adli yargı ile her bakımdan birbirine paralel olarak ele alınması ve gelişim göstermesi mümkün olmamıştır ²⁵⁰.

²⁴⁷ D12D, E. 1977/3288, K. 1979/2828, KT. 28.06.1979, DD, sy. 40-41, s. 383.

²⁴⁸ **Reisoğlu**, Sefa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayın, İstanbul 1995, s. 183-184.

²⁴⁹ Danıştay manevi tazminat taleplerinin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak tazmin edilmesini kabul etmemektedir. "... Buna karşılık idare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturduğundan görevine son verilmesi işlemi nedeniyle davacının uğradığını öne sürdüğü manevi zarara karşılık olarak mahkemenin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak manevi tazminata hükmetmesi hukuken doğru olmadığı gibi ...". D5D, E. 1991/3619, K. 1991/2346, KT. 05.12.1991, DD, sy. 84-85, s. 347.

²⁵⁰ **Gönen**, K. Eren, İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi, DD, 2004, sy. 34, s. 23.

Bu durum, idari yargıda, daha dar ve sınırlı bir sorumluluk ve tazmin anlayışının kabulünde kendini göstermiştir²⁵¹.

Konunun ayrıntılarına geçmeden önce özel hukukta olduğu gibi idare hukukunda da tartışma konusu olan manevi tazminatın niteliği ve işlevine kısaca değinmek, manevi tazminata ilişkin yargı kararlarının daha iyi anlaşılabilmesi açısından faydalı olacaktır.

B. DOKTRİNDEKİ GÖRÜŞLER

Anayasa Mahkemesi, Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin 1961 Anayasasının 10. maddesine aykırılığı iddiasını incelerken manevi tazminatın niteliği hakkında şu görüşlere yer vermiştir²⁵²: “Manevi zarar sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Özellik ve güçlük, insanın manevi varlığına yapılan saldırıların tahriplerini ölçüye vurmakta imkansızlıkta ve manevi kayıpların telafi kabul etmez niteliğindedir ...”. İşte güçlükleri olan bu konuda biri objektif manevi zarar görüşü diğeri subjektif manevi zarar görüşü olmak üzere başlıca iki teori mevcuttur.

1. Objektif Manevi Zarar Görüşü

Objektif manevi zarar görüşüne göre, kişilik hakkını oluşturan değerlerin para ile ölçülememesinin manevi tazminatı eksik bir giderim haline getireceği, ancak bu durumun manevi tazminatı kabul etmemek sonucunu doğuramayacağı, çünkü eksik bir korumada olsa kişilik haklarının hiç korunmamasından bu durumun daha iyi olduğu belirtilmiştir. Gerçekten de malvarlığı değerleri gibi kişi varlığı değerleri de korunmaya muhtaçtır. Malvarlığı değerlerinin ihlali nasıl maddi tazminat davası ile korunuyorsa, kişi varlığı değerlerinin ihlali de manevi tazminat talebi ile korunmalıdır. Aksinin kabul edilmesi adalet ve eşitlik fikrine aykırı düşeceği gibi, buna hukuk sistemimizde haklı bir dayanak da bulunamaz²⁵³.

Objektif görüşe göre manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilme olduğuna göre kişilik değerlerine saldırı, objektif olarak bir eksilmeyi ifade eder. Kişilik değerlerinin herhangi birinde irade dışında meydana gelen her eksilme, bunun sonucunda oluşan fiziksel veya duygu acılardan bağımsız olarak manevi zararı meydana getirir. Örneğin bir kişinin öldürülmesinde yaşama hakkı, bir organın kaybında veya fonksiyonunu yerine getiremez olmasında vücut bütünlüğü hakkı, şeref veya haysiyete

²⁵¹ **Kaplan**, Gürsel, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu, AÜHFD, c. 55, 2006, sy. 2, s. 128.

²⁵² AYM E. 1968/33, K. 1969/12, KT. 11.02.1969, AYMKD, sy. 7, s. 242-243.

²⁵³ **Kırca**, Çiğdem, Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği, Yargıtay Dergisi, c. 25, Temmuz 1999, sy. 3, s. 253.

saldırıda ya da özel hayatın gizli bir yönünün açıklanmasında veya bir resmin yayınlanmasında sosyal bütünlük hakkı, evli bir kimsenin karısının veya kızının ırzına geçilmesinde duygusal bütünlük hakkı (aile bütünlüğü hakkı) ihlal edilmekte ve bu surette kişilik hak ve değerlerinde objektif bir eksilme meydana gelmektedir. İşte manevi zarar herşeyden önce bu objektif eksilme ve azalmadır. Manevi zararın meydana gelmesi için, saldırı sonucunda meydana gelen elem, acı ve ızdırabın bilincine varılması, onun hissedilmesi şart değildir. Bu nedenle tüzel kişiler ve temyiz gücü olmayanlar da manevi tazminat talep edebilirler²⁵⁴.

Başka bir ifadeyle, bu görüş açısından manevi zarar; zarar görenin psikolojik varlığı üzerinde nasıl bir etki yaptığı gözönünde tutulmaksızın, bizatihi kişilikte veya kişisel varlıklarda meydana gelen objektif bir eksilmeyi ifade eder. Bu görüşe göre, zararın muhatabı olan kişinin duyması muhtemel acılar veya hoşnutsuzluk duyguları, manevi zararın varlık şartı değil, “ağırlaştırıcı” unsurları olarak nitelendirilmekte olup, bunlar, zarar görenin kişiliğinin hangi ağırlıkta bir ihlale hedef olduğunu ölçmeye yarayan önemli göstergeler olarak kabul edilirler²⁵⁵.

2. Subjektif Manevi Zarar Görüşü

Kişilik haklarına yapılan saldırıların, mağdurun psikolojik varlığı üzerindeki etkisini ön planda tutan subjektif görüşe göre ise; uğradığı tecavüz sonucu, fiziki veya manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevincini kaybeden kişi manevi bir zarara uğramış sayılır²⁵⁶. Yani subjektif manevi zarar görüşü kabul edildiğinde manevi tazminata hükmedebilmek için acı, elem, ızdırıp şeklinde bir duygu zararının meydana gelmesi ve mağdurun da bu acının bilincine varması gerekir²⁵⁷.

Görüldüğü üzere, manevi zararın kişilik haklarına, örneğin yaşama ya da bedensel bütünlüğe objektif bir tecavüzü gerektirdiği konusunda görüş birliği bulunmakla birlikte, ikinci görüşü savunan yazarlar buna mağdurun tecavüzü hissedebilmesi gerektiği şeklinde subjektif bir unsur da eklemiştir. Manevi zararın varlığından söz edebilmek için objektif unsura ek olarak bir de subjektif unsurun gerçekleşmiş olması şartını arayan bu görüş sahiplerine göre; mağdur tecavüzü hissedebilecek olmalıdır. Zira manevi zararın tazmini

²⁵⁴ Kırca, s. 253.

²⁵⁵ Kaplan, s. 121.

²⁵⁶ Kaplan, s. 121.

²⁵⁷ Kırca, s. 257.

konusu zaten bu subjektif acıdır. Diğer bir ifadeyle, maruz kaldığı tecavüzden acı duymayacak veya duyamayacak bir kimsenin manevi zarara uğramasından da söz edilemeyecektir²⁵⁸.

Bu görüş doktrinde baskın olmakla birlikte farklı açılardan eleştirilmiştir. Acı, elem ızdırap gibi duygu zararlarının kişiden kişiye değişen, ölçülmesi mümkün olmayan kavramlardan olduğu ileri sürülmüştür. Gerçekten de duygu zararlarının ölçülmesi, belirlenmesi mümkün olmadığı gibi böyle bir ölçüm yapılmasına da izin verilemez²⁵⁹. Duyguların kapsamı, zarar görenin uğradığı ihlalin derecesi veya çeşidinden zarar görenin ihlale gösterdiği tepkiler anlaşılamaz. Çünkü bunlar denetlenemez ve meydana gelen ihlal ile herhangi bir ilgi içerisinde bulunmak zorunda değildir. Zarar gören kendi kişilik yapısı, hayat felsefesi, yetiştirme tarzı ve eğitimine göre çok küçük ihlallere olağanüstü derecede kuvvetli, buna karşılık ağır ihlallere de olağanüstü derecede zayıf tepkiler gösterebilir. Duygu zararının gerçek ölçüsünü bulabilmek için mümkün olsa kapsamlı bir kişilik ve yaşam analizi yapmak gerekir. Oysa şimdiye kadar verilen manevi tazminat kararlarında böyle bir yaşam ve kişilik analizi yapılmamıştır. Diğer taraftan zarar görenin kişilik yapısının incelenmesine izin vermek de doğru değildir. Zira kişilik analizi yapmak zarar görenin kişisel bütünlüğüne, failin meydana getirdiği ihlalden daha fazla bir saldırı oluşturabilir. Böyle bir analiz yapılacağından korkan veya utanan zarar gören, manevi tazminat talep etmekten dahi çekinebilir. Kişilik ve hayat ilişkilerini dava nedeniyle başkalarına açıklamak istemez. Bu sebeple duygu zararlarının ne kadar olduğunun araştırılması ne mümkündür, ne de buna izin verilebilir²⁶⁰.

Bir başka eleştiri ise, subjektif manevi zarar görüşüne dayanan denkleştirme ve tatmin görüşü kabul edildiği takdirde temyiz kudretinden mahrum olanlar ile tüzel kişiler manevi tazminat talep edemezler. Çünkü bu kişiler paranın sağlayacağı mutluluk duygusundan hem de zarar verenin kınanması veya para ödemeye mahkum edilmesinin sağlayacağı tatmin hissinden yoksundurlar. Nitekim bu görüşü savunanlar temyiz kudreti olmayanların ve tüzel kişilerin manevi tazminat talep edemeyeceğini kabul etmektedirler²⁶¹.

Subjektif manevi zarara dayanan denkleştirme ve tatmin fonksiyonu manevi tazminatı, elde edilecek para ile veya failin haksızlığının tespit edilmesiyle mağdurun tatmin edilmesi

²⁵⁸ **Kaplan**, s. 122.

²⁵⁹ "...Dünyada hiçbir aygıtın dozunu saptayamayacağı bir acının, üzüntünün, bunalımın ve sıkıntının manevi tazminatın dayanağı ve ölçüsü sayılması yalnız akıl dışı değil, aynı zamanda sakıncalıdır. Açılacak keyfilik çığırının nerede biteceği belli olmaz. ... Bir kimsenin kaybindan duyulan acının saptanmasında, manevi tazminat isteyen kişi ile yitirilen kişi arasındaki duygusal bağlılığın ve sevginin yoğunluğu araştırması kişilik haklarına ters düşer". **Serozan**, s. 82.

²⁶⁰ **Kırca**, s. 257-258.

²⁶¹ **Kırca**, s. 258-259.

olarak kabul etmektedir. Bu nedenle, manevi tazminat talebi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak nitelendirilmektedir. Çünkü manevi tazminat mağdurun duyduğu acı, elem ve ızdırabı paranın sağlayacağı mutluluk vasıtaları ile gidermek için ödenmekte veya mağdurun hak duygusu failin kınanması ile sağlanmaktadır. Oysa objektif manevi zarara dayalı telafi görüşüne göre, manevi tazminat kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmayıp tamamen mameleki nitelikte bir hak, bir alacak hakkıdır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı olan, ihlal edilen değerlerdir. Yoksa talep edilen manevi tazminat değildir. Bu nedenle her alacak hakkı gibi manevi tazminat talebi de, hiçbir kısıtlamaya tabi olmadan zarar gören tarafından üçüncü bir kişiye devredilebileceği gibi, onun bu talebi ileri sürmeden, mesela dava açmadan ölmesi halinde bu talebin mirasçılara geçeceği kabul edilir²⁶².

III. MANEVİ TAZMİNATIN FONKSİYONU

Manevi zarar hakkındaki farklı görüşler ister istemez manevi tazminatın fonksiyonu hakkında da kendisini ortaya koymaktadır. Bu fonksiyonları şöyle sıralayabiliriz.

A. TATMİN FONKSİYONU

Tatmin fonksiyonunu savunanlar subjektif manevi zarar görüşünden hareket etmektedirler. Tatmin fonksiyonu uyarınca manevi tazminat, yapılan haksızlık karşısında mağdurun duyduğu öfke, kızgınlık, kin duygusu gibi duyguların tatmin edilmesine yönelir²⁶³. Her ne kadar kişi varlığındaki eksilmenin para ile ölçülmesi olanaksız ve bu görüşü savunanlara göre malvarlığında bir eksilme olmadığından ne gerçek anlamda bir zarar ve ne de tazminattan bahsedilemeyecek ise de²⁶⁴, eksiltilemeyen veya yok edilen değer yerine yeni bir değer konularak kişi varlığındaki azalma, onun malvarlığı çoğaltılarak ve zarar verenin malvarlığı eksiltilecek bir denge sağlanmış²⁶⁵, aynı zamanda para ödenmesine karar verilerek haksızlığın varlığına ve tanınmasına işaret edilmiş ve dolayısıyla manevi zarara uğrayanda da belli bir tatmin sağlanmış olmaktadır²⁶⁶. Subjektif görüşe ilişkin olarak yapılan eleştiriler, bu görüşe dayanan tatmin fonksiyonu içinde ileri sürülmüştür.

Yargıtay'ın 22.06.1966 gün ve 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararıyla benimsenen ve Yargıtay ve Danıştay kararlarının²⁶⁷ bir çoğunda yinelenen bu görüş (acı ve üzüntüyü

²⁶² Kırca, s. 261-262.

²⁶³ Kırca, s. 247.

²⁶⁴ Gönen, s. 24.

²⁶⁵ Çelik, s. 51.

²⁶⁶ Kırca, s. 247.

²⁶⁷ "... Manevi tazminatın, patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı değil, tatmin aracı olduğu, olay nedeniyle duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçladığı

giderme, huzur ve tatmin duygusu yaratma görüşü), eski çağların öç almayı önlemek ve toplum barışını sağlamak için konulan kısas (göze göz, dişe diş) kuralını ve kısasın yerini alan “diyet” uygulamasını çağrıştırdığı ileri sürülerek eleştirilmiştir. Ancak şu farkla ki, diyetten önce saptanmış bir bedel çizelgesine göre tazminat ödenmekte iken, bugünkü uygulamanın belirsizlik ve ölçsüzlük nedeniyle diyetin gerisinde kaldığı belirtilmiştir²⁶⁸. Ancak bu hususta AYİM ayırık tutulabilir. Manevi tazminat miktarının saptanmasında uzun yıllardır belirli kriterler geliştiren AYİM halen davacılar ve yakınları yönünden her yıl belirli manevi tazminat rakamları belirlemekte ve bu rakamlar ölüm ve muhtelif bedensel sakatlanmaların özelliği ve mahiyetine göre değişkenlik göstermektedir²⁶⁹.

B. TELAFİ FONKSİYONU

Telafi fonksiyonunu savunanlar objektif manevi zarar görüşünden hareket etmektedirler²⁷⁰. Burada telafi amacı güdülen bir tazminat söz konusudur. Bu görüşe göre, manevi tazminatın amacı denkleştirme fonksiyonunda olduğu gibi, meydana gelen manevi zararı gidermektir. Şu farkla ki, denkleştirme fonksiyonu manevi zararı subjektif kabul eden subjektif görüşe dayanırken, telafi fonksiyonu objektif manevi zarar görüşünden hareket ettiği için bu iki fonksiyonun amaçları aynı olmakla birlikte farklı sonuçlara yol açmaktadır²⁷¹.

Objektif görüşe göre manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen eksilme olduğuna göre kişilik değerlerine saldırı, objektif olarak bir eksilmeyi ifade eder. Kişilik değerlerinin herhangi birinde irade dışında meydana gelen her eksilme, bunun sonucunda oluşan fiziksel veya duygu acılardan bağımsız olarak manevi zararı meydana getirir. Örneğin bir adam öldürülmesinde yaşama hakkı, bir organın kaybında veya fonksiyonunu yerine getiremez olmasında vücut bütünlüğü hakkı, şeref veya haysiyete saldırıda ya da özel hayatın gizli bir yönünün açıklanmasında veya bir resmin yayınlanmasında sosyal bütünlük hakkı, evli bir kimsenin karısının ırzına geçilmesinde duygusal bütünlük hakkı (aile bütünlüğü hakkı) ihlal edilmekte ve bu surette kişilik hak ve değerlerinde objektif bir eksilme meydana gelmektedir. İşte manevi zarar herşeyden önce bu objektif eksilme ve azalmadır. Manevi zararın meydana gelmesi için, saldırı sonucunda

dikkate alındığında takdir edilecek manevi tazminatın da zenginleşmeye yol açmayacak miktarda saptanması gerektiğinden ...”. D10D, E. 1996/10292, K. 1998/1190, KT. 18.03.1998. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 917-920.

²⁶⁸ **Çelik**, s. 49-50.

²⁶⁹ **Özgüldür**, Tazminat Hesabının Unsurları, s. 144.

²⁷⁰ **Kırca**, s. 252.

²⁷¹ **Kırca**, s. 252-253.

meydana gelen elem, acı ve ızdırabın bilincine varılması, onun hissedilmesi şart değildir. Bu nedenle tüzel kişiler ve temyiz gücü olmayanlar da manevi tazminat talep edebilirler²⁷².

Diğer bir ifadeyle, bu görüş açısından manevi zarar; zarar görenin psikolojik varlığı üzerinde nasıl bir etki yaptığı gözönünde tutulmaksızın, bizatihi kişilikte veya kişisel varlıklarda meydana gelen objektif eksilmeyi ifade eder. Bu görüşe göre, zararın muhatabının duyması muhtemel acılar veya hoşnutsuzluk duyguları, manevi zararın varlık şartı değil, “ağırlaştırıcı” unsurları olarak nitelendirilir. Bunlar, zarar görenin kişiliğinin hangi ağırlıkta bir ihlale hedef olduğunu ölçmeye yarayan önemli göstergeler olarak kabul edilir²⁷³.

Böylece objektif manevi zarar görüşüne göre zarar²⁷⁴, zarar görenin bu sebeple kendisine ödenecek tazminatı kullanabilme yeteneği ve iradesine bağlı olmaksızın meydana geldiği kabul edildiğinden manevi tazminat kişilerin subjektif ihtiyaçlarını gözönünde bulundurmadan objektif ihtiyaçları karşıladığı, dolayısıyla malvarlığına ilişkin zararların tazmini ile aynı niteliği kazanmış, eşit bir duruma gelmiştir²⁷⁵.

Telafi fonksiyonuna manevi zararı onarım, giderim ve denkleştirme misyonu da yüklenmiştir²⁷⁶. Genel anlamda tazminat, bir zarar giderme aracı olduğuna göre, maddi tazminatta olduğu gibi, manevi tazminatta da bir “onarım ve giderim” söz konusudur. Ne var ki, maddi zararın giderimindeki somutluk ve açıklık, manevi zararın gideriminde soyut ve belirsiz kalmıştır. Bu belirsizlik, manevi tazminata, maddi tazminatı tamamlayıp düzeltici veya maddi tazminatın eksikliğini giderici sosyal yardım benzeri bir denkleştirme işlevi yüklenmesiyle belirgin hale gelecektir. Hele manevi tazminatta da, maddi tazminat benzeri bir hesaplama yöntemi benimsenirse, yargı kararları arasındaki derin uçurumlar ortadan kalkacak, bir eşitlik ve uyum sağlanmış olacaktır. Bir Danıştay kararında yer alan savcının düşüncesinde

²⁷² **Kırca**, s. 253.

²⁷³ **Kaplan**, s. 121.

²⁷⁴ Yargıtay da bazı kararlarında objektif manevi zarar görüşünü benimsemiştir: “Manevi zarar kişilik değerlerinde oluşan objektif eksilmedir. Objektif eksilmeden ise, sadece o kişi için değil, toplumdaki diğer bireylerin de aynı zarara düşer olması anlaşılmaktadır ... Ölümle tehdit eyleminin kişide özgürlüğün sınırlandırılması korkusu yaratarak ruhsal yapıda bir eksilmeyi ve zararı oluşturması kaçınılmazdır. Kişinin iç dünyasına gidilemeyeceğine göre manevi zararı, kişisel değere saldırı halinde objektif olarak kabul etmek, hukuksal yorumlarla adaletin somutlaştırılması için zorunludur”. YHGK, E. 1990/4617, K. 1991/137, KT. 20.03.1991. **Kırca**, s. 254.

²⁷⁵ **Kırca**, s. 255.

²⁷⁶ “Manevi tazminat istemine çağdışı ‘hazcı’ (hedonist) ve ‘misillemeci’ (talionist) ‘keyif ve acı çıkarma’ işlevi yerine, alacaklısı için maddi tazminatı tamamlayan bir ‘sosyal yardım ve rehabilitasyon’ sağlama işlevi kazandırılmalıdır. Manevi tazminatın öznel, deruni gönül acısı çekenin keyif ve acı çıkarma parası sayılmayıp, maddi tazminatın bir sosyal tamamlayıcısı ve düzelticisi olarak değerlendirilmesinin bir yararı da, duygusal kökenli acı çıkarma (manevi tatmin) işlevinden arındırılmış manevi tazminata kusursuz risk sorumluluklarında da hiç duraksamaksız yer verilebilmesi olacaktır. Bunun gibi, manevi tazminat, aynı kararlılıkla, sorumluluk sigortalarının kapsamına da alınabilecektir”. **Serozan**, s. 92.

bu husus yansıtılmıştır²⁷⁷: “Kişinin ruh sağlığı üzerinde sonuç meydana getiren ruhsal travmaların verdiği zararlardan kişiyi korumak, kişinin topluma, yargıya ve devlete olan güvenini yeniden kurmak özet olarak kişinin sosyal esenlendirilmesini sağlamak için yargının elindeki tek araç manevi tazminattır. Esasen çağdaş uygarlığın gerektirdiği bu husus uygar ülkelerin hukuk sisteminde gittikçe bir önem kazanırken maddi tazminat davaları olağan bir uygulama alanı içinde kalmakta manevi tazminat davaları ise adaletin tam tecellisi olarak önem ve öncelik kazanmaktadır”. Yukarıda da belirtildiği gibi Danıştay manevi tazminatın tatmin fonksiyonu gördüğü düşüncesindedir²⁷⁸.

Manevi tazminatın hangi durumlarda, maddi tazminatı tamamlayıcı işlevler üstleneceğine ilişkin şu örnekleri verebiliriz: Maddi tazminat hesapları önceden belirlenmiş ve bazı kesin kurallara bağlanmış olduğundan, kimi zaman çok düşük miktarlarda bir hesap sonucu ortaya çıkmakta, bu ise zarar görenlerde “haksızlığa uğramışlık duygusu” doğurmaktadır. Bunun en tipik örneği, çocuk ölümlerinde ana ve babaya hesaplanan tazminat tutarlarında görülmektedir. Hesaplamanın, çocukların çalışıp kazanç elde edebilecekleri on sekiz yaşından başlatılması, hak sahiplerinin bu tazminatı yıllar öncesinden alacak olmalarından dolayı iskonto yapıp peşin değer belirlenmesi ve çocuğun ölümüyle ana babanın tasarruf ettikleri varsayılan yetiştirme giderlerinin zarar tutarından indirilmesi gibi uygulamalar sonucu “çocuğun değeri bu kadar mı?” dedirtecek ve adeta isyan ettirecek miktarda çok düşük tazminat tutarları ortaya çıkmaktadır. Oysa, bütün anne babaların dillerinden düşürmedikleri bir söz vardır: “Acıların en büyüğü evlat acısıdır”. İşte bu gibi durumlarda, yetersiz kalan maddi tazminatın eksikliği, uygun miktarda bir manevi tazminatla giderilecektir. Küçük yaşta kaza geçirip sakat kalan çocukların iş göremezlik hesabı da, gerek asgari ücretten yapılması ve gerekse peşin değer nedeniyle çok düşük çıkmaktadır. Yine, maddi tazminat hesaplarına ilişkin kesin kurallar yüzünden anne veya babalarını yitiren on sekiz yaşından büyük erkek ve yirmi iki yaşından büyük kız evlatlar maddi tazminat alamamaktadırlar. Kardeşlerin maddi tazminat isteyebilmeleri, bazı özel durumlar dışında, neredeyse imkansızdır. Emekli aylığından başka bir iş ve kazancı bulunmayan ileri yaştaki

²⁷⁷ D10D, E. 1997/3244, K. 1999/4801, KT. 12.10.1999, DD, sy. 103, s. 881-882.

²⁷⁸ “...Manevi tazminatın manevi değerlerde meydana gelen eksilmeye yönelik manevi tatmin aracı olması mal varlığında ortaya çıkan bir eksikliği veya çoğalma olanağından yoksunluğu giderme gibi bir işlevi bulunmaması karşısında, oluştuğu belirlenen maddi zarar karşılığı hükmolunan maddi tazminatın yüksekliği nedeniyle manevi tazminat verilmemesi yoluna gidilemeyeceği açık bulunmaktadır. İdarenin tazmin sorumluluğu olduğu kabul edilen olay nedeniyle, davacıların manevi yönden zarara uğrayıp uğramadıklarının, olayın meydana gelişi ve niteliği dikkate alınıp belirlenmesi suretiyle manevi tazminat konusunda karar verilmelidir”. D10D E. 1994/7123, K. 1996/65, KT. 23.01.1996. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 181-183.

kişilerin sakat kalmaları veya ölmeleri durumunda maddi tazminat hesaplanamamaktadır. İş kazalarında, zararın tamamının sosyal güvenlik kurumunca giderilmesi durumunda, işverenden başkaca maddi tazminat istenememektedir. Bütün bu örneklerde, kesin ve katı kurallar ve bir türlü değiştirilmek istenmeyen yaş sınırlamaları yüzünden, ödenemeyen maddi tazminatın bıraktığı boşluğu, manevi tazminat kapatacak; böylece manevi tazminat, haksız uygulamaları önleyici ve adaleti gerçekleştirci bir tür toplumsal nitelik kazanacak ve denkleştirme işlevi görecektir²⁷⁹. Kaza geçiren veya saldırıya uğrayan kişilerin yakınlarına manevi tazminat ödenmesi de, maddi tazminatın boşluğunu doldurucu niteliktedir. Bu tür kararlarda da, bedensel zarara uğrayan kişinin (anne, baba, eş, çocuk gibi) çok yakınındaki kişilerin olaydan etkilenerek ruh sağlıklarının ve sinirlerinin bozulabileceği ve buna dayanarak manevi tazminat isteyebilecekleri kabul olunmaktadır²⁸⁰.

C. CAYDIRICILIK VE ÖNLEYİCİLİK FONKSİYONU

Manevi tazminatın tatmin fonksiyonunda aynı zamanda bir önleme ve yaptırım düşüncesinin bulunduğu doktrinde kabul edilmektedir. Buna göre, tatmin fonksiyonunun aynı zamanda önleme ve yaptırım işlevi gördüğünün kabul edilmesi kişilik haklarının daha iyi korunması sonucunu doğuracaktır. Hukuk düzenin, sorumluluk doğurduğunu kabul ettiği fiillerin tekrar edilmesine ve artmasına kayıtsız kalmaması gerekir. Kayıtsız kalması durumunda hem kabul ettiği prensiple çelişme haline düşmüş hem de toplum hayatında düzeni sağlama fonksiyonunu yerine getirmemiş olur. Bundan dolayı sorumluluk hukuku sadece

²⁷⁹ Çelik, s. 54-55.

²⁸⁰ Bu konuda Yargıtay kararlarından şu örnekleri verebiliriz: “Manevi ödeneye karar verilebilmesi için, bir kimsenin mutlaka meslekte kazanma gücünde bir kaybın meydana gelmesi gerekmez; acı ve elem (ızdırap) çekmesi, manevi ödence verilmesi için yeterlidir”. Y9D, E. 1988/12884, K. 1989/2409, KT. 16.03.1989; “Bir kişinin bedensel zarara uğraması durumunda, onun çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü bozulmuşsa, onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir”. Y21HD E. ?/7228, K. 2000/7652, KT. 07.11.2000; “Trafik kazasında ağır yaralanan ve yüzünde sabit eser niteliğinde iz kalan kız çocuğunun durumu, tüm yaşamı boyunca aile içinde bunu izlemek zorunda kalacak olan babanın duygusal kişilik değerlerine saldırı oluşturur (BK. 47, 49). Aile içinde babanın çocuğunun yüzüne her bakışında üzüntü duyması kaçınılmazdır. Açıklanan bu duruma göre, mahkemenin sorunu çözmede, Borçlar Kanunu’nun 47. maddesini aşarak genel bir nitelik taşıyan BK. 49. maddesine göre uygulama yapması gerekirken. bunun aksi bir düşünce ile ‘manevi tazminat’ isteğinin reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir”. Y4HD E. ?/9223, K. 1998/3428, KT. 14.05.1998; “Cismani zarar, vücut bütünlüğüne karşı ika edilen zarar olup, bu kavrama ruhsal bütünlük de dahil olmakla, doğrudan zarara uğrayanın eş ve çocuklarının ruhsal sağlığını şok geçirecek derecede ağır biçimde bozulup tedavi olmak zorunda kalmaları durumunda, nedensellik bağı gerçekleşmiş sayılacağından, BK. 47. maddesine dayanılarak manevi tazminat istenebilir”. Y21HD, E. ?/6111, K. 1997/6174, KT. 07.10.1997; “Cismani zarar kavramına, ruh bütünlüğünün ihlali, sinir bozukluğu ve hastalığı gibi haller de girdiğinden, henüz sekiz aylık çocuklarının trafik kazası sonucu yaralanması üzerine, ana ve babanın, uygun nedensellik bağı ve hukuka aykırılık koşulları gerçekleşmiş olduğu için manevi tazminat davası açabilmeleri gerekir”. YHGK E. ?/122, K. 1995/430, KT. 26.4.1995; “Yaralanarak bedensel zarara uğrayan oğlu yüzünden ruh sağlığı bozulup tedavi olmak zorunda kalan baba, aradaki nedensellik bağı nedeniyle manevi ödence isteyebilir”. YHGK E. ?/214, K. 1987/894, KT. 02.12.1987. Çelik, s. 47.

zararın ödettilirilmesi değil, zararın ve zarara sebebiyet veren fiilin önlenmesini, bu fiillerin fail veya başka şahıslar tarafından tekrar edilmemesini de sağlayabilmesini gerektirir²⁸¹. Manevi tazminatın böylesine caydırıcı ve önleyici fonksiyonu özellikle iş kazaları, çevre kirlenmesi ve haksız ihbarlar ile haksız tutuklamalar alanında ortaya çıkabilir. İş kazalarında işverenin işçiye, çevreyi kirlenenin komşularına ödemek zorunda bırakılacağı yüksek miktarlardaki manevi tazminatlar ülkemizde olağanüstü boyutlara ulaşmış olan iş kazalarını, meslek hastalıklarını ve çevre kirlenmesini önleyici, güvenlik önlemlerini arttırıcı olumlu bir “gözdağı” etkisi oluşturabilir. Haksız yere tutuklanmış olanlara hazineden maddi ve manevi tazminat isteme imkanı da böyle bir caydırma fonksiyonu taşıdığı takdirde anlam kazanır²⁸².

Danıştay tarafından manevi tazminat ödenmesine hükmedilirken, tazminat miktarının idarenin eyleminin hukuka aykırılığını ortaya koyacak ve idareyi hukuka aykırı davranmaya özendirilmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerektiği kabul edilmektedir²⁸³.

IV. MANEVİ TAZMİNATI GEREKTİREN HALLER

Manevi zarar, kişinin haysiyetine, vücut tamlığına veya yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle duyduğu bedensel ve ruhsal acı ve üzüntülerdir²⁸⁴. Manevi zarar, bir kişinin şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme demektir. Şahıs varlığı ise, bir kişinin kişi olarak haiz bulunduğu hukukça korunan, hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, hürriyet, isim, şeref, haysiyet, cinsel bütünlük, ruhsal bütünlük gibi kişilik değerlerinin tümünü ifade eder. O halde bu değerlere yapılan saldırı kişinin manevi zarara uğramasına yol açar²⁸⁵.

Fakat bu tür zararların, genel anlamdaki zarar kavramıyla kolayca örtüşmediği de açıktır. Zira geniş anlamda bir şahsın malvarlığında eksilme mümkün iken malvarlığındaki artışından mahrum kalmış olması halinde zarardan bahsedilir. Diğer bir ifadeyle, gerçek anlamda zarar, malvarlığında meydana gelen azalmadan ibarettir. Dolayısıyla, zarara uğradığını iddia eden kişinin malvarlığında böyle bir azalma meydana gelmiş olmalıdır. Ne var ki, bazen hukuka aykırı eylem veya işlem nedeniyle bu nitelikte olmamakla birlikte, yine de muhatabı üzerinde olumsuz sonuçlar doğuran bir durum meydana gelebilir. Örneğin haksız eylem veya işlem sebebiyle duyulan üzüntü, acı ve ıstırap hallerinde durum böyledir. Bu hallerde, kişi haksız eylemden bir üzüntü ve acı duyduğu halde, malvarlığında bir azalma

²⁸¹ Kırca, s. 251.

²⁸² Serozan, s. 88 – 89.

²⁸³ D8D, E. 2002/3101, K. 2003/3190, KT. 30.06.2003.

²⁸⁴ Günday, s. 345.

²⁸⁵ Gözler, s. 1192-1193.

meydana gelmiş değildir. İşte, bu nitelikte ve insanın ruh aleminde cereyan eden ve hukuka aykırı davranışın sonucu olan bu durumları, teknik anlamda zarar olarak nitelendirmek mümkün değildir. Ancak hukuk düzeni bu gibi hallere kayıtsız kalmamış, ortaya çıkan olumsuzlukları önlemek ve sonuçlarını gidermek için manevi tazminat müessesesini getirmiştir²⁸⁶. Danıştay kararlarında da manevi zarar, “malvarlığına dahil olmayan şeref ve haysiyetin rencide edilmesi veya maddi ve manevi elem ve ıstırap husule gelmesi halinde söz konusudur”²⁸⁷ şeklinde ifade edilmektedir.

Manevi zarar açısından çeşitli tasnifler yapılabilirse de²⁸⁸ doğuracağı etkileri bakımından başlıca iki tür manevi zarardan söz edilebilir²⁸⁹. Bunlardan birincisi maddi etkileri olan manevi zararlar, ikincisi maddi etkileri olmayan, salt manevi zararlardır²⁹⁰. Gerçekten de manevi zararların bir kısmı maddi ve para ile takdir ve tahmini mümkün bir zararla birlikte meydana gelir. Yani maddi bir zarar manevi sahada yansır²⁹¹. Örneğin, kendisine haksız yere suç isnat olunan ve bu yüzden işini kaybeden kişinin uğradığı zarar hem manevi ve hem de işini kaybetmiş olması dolayısıyla maddidir. Bunun gibi, kişinin beden bütünlüğüne yapılan saldırı nedeniyle çalışma ve kazanma gücünde bir azalma olması hali gibi tacirin şeref ve haysiyetine tecavüz sonucu itibarının sarsılması halinde veyahut kişinin şöhretine bir saldırı olması halinde de hem maddi ve hem de manevi bir zararın ortaya çıkması mümkündür²⁹². Buna karşılık, malvarlığı üzerinde doğrudan doğruya veya dolayısıyla hiçbir etkisi olmayan, sadece manevi bir elem ve ızdırap veren, acı doğuran zararların da ikinci gruba girdiği ve tazmin borcuna esas olacağı kabul edilmektedir²⁹³. Dolayısıyla, manevi zararları, maddi etkileri olan manevi zararlar ve salt manevi zararlar şeklinde iki gruba ayırmak mümkündür.

²⁸⁶ **Kaplan**, s. 124.

²⁸⁷ **Güran**, s. 153.

²⁸⁸ Örneğin, “beden tamlığının ihlalinden doğan acı ve üzüntüler”, “ölüm dolayısıyla ölene yakından bağlı olan kişilerin duydukları acı ve üzüntüler” ve “kişilik haklarının ihlalinden doğan acı ve üzüntüler”. Bkz. **Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop**, s. 668. “Şan, şeref ve kişilik haklarına verilen zararlar”, “estetik zararlar”, “fiziksel acılar” ve “manevi acılar”. Bkz. **Gözler**, s.1192 vd. Fransız Hukukunda ise daha kapsamlı tasniflerin yapıldığı görülmektedir. Buna göre manevi zararlar: 1. Sosyal kişilik değerleri varlığına ilişkin zararlar. a. Kişinin onuruna ilişkin zararlar. b. Kişinin eseri üzerindeki manevi hakkına ilişkin zararlar. 2. Moral düşünce ve değerlere ilişkin zararlar. a. Duygu, inanç ve kanaatlere ilişkin zararlar. 3. Yaşam koşullarındaki bozulmalardan doğan zararlar. 4. Beden bütünlüğüne ilişkin zararlar. a. Cismani zararlar. b. Fiziki acılar. c. Estetik zararlar. 5. Manevi acılara ilişkin zararlar. Bkz. **Kaplan**, s. 125.

²⁸⁹ **Kaplan**, s. 125.

²⁹⁰ **Gözübüyük**, A.Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitabevi, Ankara 2001, s. 320.

²⁹¹ **Onar**, s. 1717.

²⁹² **Kaplan**, s. 125.

²⁹³ **Onar**, s. 1717.

Medeni Kanunun 24. ve 25. maddesinde genel bir ifadeyle, hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimsenin, hakimden saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebileceği ve kişilik haklarına saldırıda bulunanlara karşı manevi tazminat isteyebileceği hükme bağlamıştır. Aynı şekilde Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde, hakimin, hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan (beden bütünlüğü ihlal edilen) kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebileceği, aynı Kanunun 49. maddesinde ise, şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde zarara uğrayan kişinin, uğradığı zarara karşılık manevi zarar namıyla bir miktar para istenmesini dava edebileceği belirtilmiştir. Esasında, beden tamlığı ve hayat üzerindeki haklar da kişilik haklarındandır. Bunların ihlali, şeref ve haysiyet gibi diğer kişilik değerlerinin ihlalinden sırf hukuk politikasına ilişkin düşüncelerle ayrılmıştır²⁹⁴.

İdari yargıda da bu hükümlerden yararlanılmakta²⁹⁵ ve manevi tazminata, özel hukuktaki düzenlemeler çerçevesinde; ölene yakından bağlı olan kişilerin duydukları acı ve üzüntü, beden tamlığının ihlalinden doğan acı ve üzüntü ile kişilik haklarının ihlalinden doğan acı ve üzüntü hallerinde karar verilmektedir²⁹⁶. Ancak idare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturmakla birlikte²⁹⁷ Danıştay yukarıda sayılan hallerin varlığı durumunda manevi tazminata hükmetmekte duraksama göstermemektedir²⁹⁸. Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, “Manevi tazminata hükmedilebilmesi için, kişinin fizik yapısını

²⁹⁴ Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop, s. 878.

²⁹⁵ Esin, Esas, s. 450-451.

²⁹⁶ “Temyize konu mahkeme kararında, toplumsal olaylar nedeniyle işyeri zarar gören davacının, bu sebeple elem ve ıstırap duyduğu ve mevcut çalışma düzeninin bozulması nedeniyle işyerini yeniden düzenlemek zorunda kalması sebebiyle, manevi bir sıkıntı duyduğunun kabulü gerektiği gerekçesiyle manevi tazminata hükmedilmiştir. Manevi tazminat, maddi patrimonunda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, kişinin manevi varlığına yapılan saldırı halinde meydana gelen manevi zarar ve kayıpların giderilmesi için başvurulacak bir tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmaması veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Bu nedenle, manevi tazminata ölüm, bedeni zarar ve kişilik haklarına saldırı halinde hükmedilebilir. Uyuşmazlık konusu olayda ise, manevi tazminata hükmedilmesini gerekli kılan koşullar oluşmadığından, temyize konu mahkeme kararında manevi tazminat isteminin kabul edilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır ...”. Aynı kararın azlık oyunda ise şu görüşe yer verilmiştir: “Davacının manevi tazminat isteminin dayanağını, işyerinin ağır hasarlı olup, kullanılmaz hale gelmesi sonucu, çalışma düzeninin bozulması, geçimini temin etme güçlüğü ve endişesini yaşaması sonucu manevi bütünlüğünde oluşan zarar oluşturmaktadır. Yaşamını devam ettirecek gelirden yoksun kalma duygusunun kişinin manevi bütünlüğünü ciddi ölçüde bozan bir duygu olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle İdare Mahkemesinin kararının onanması gerektiği düşüncesiyle, aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyorum”. D10D, E. 1998/4231, K. 2001/484, KT. 13.02.2001. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 19-20.

²⁹⁷ Danıştay manevi tazminat taleplerinin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak tazmin edilmesini kabul etmemektedir: “... Buna karşılık idare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturduğundan görevine son verilmesi işlemi nedeniyle davacının uğradığını öne sürdüğü manevi zarara karşılık olarak mahkemenin Borçlar Kanunu hükümlerine dayanarak manevi tazminata hükmetmesi hukuken doğru olmadığı gibi ...”. D5D, E. 1991/3619, K. 1991/2346, KT. 05.12.1991, DD, sy. 84-85, s. 347.

²⁹⁸ Esin, Esas, s. 450-451.

zedeleyen yaşama ve kazanma gücünün azalması sonucunu doğuran olayların meydana gelmesi veya idarenin hukuka aykırı bir işlem veya eylemi sonucunda ağır bir elem ve üzüntünün duyulmuş olması veyahutta şeref ve haysiyetin rencide edilmiş olması ...”²⁹⁹ gerekmektedir.

A. ÖLÜM NEDENİYLE UĞRANILAN MANEVİ ZARAR

Maddi etkileri de olan manevi zararların tazmininin, salt manevi zararlara göre nispeten daha kolay olduğunda şüphe yoktur. Nitekim Fransız Danıştay’ı doktrindeki eleştirilere rağmen uzunca bir süre, salt manevi nitelikte olan zararların tazmini taleplerini reddetmiştir. Bu bağlamda, maruz kalınan fiziksel ve manevi acılar nedeniyle talep edilen manevi tazminat taleplerini, “fiziksel acılar parayla ölçülemez”, “gözyaşları para etmez” gibi gerekçelerle reddetmiştir³⁰⁰. Çünkü bu tazminatın gidermeye çalıştığı manevi zararların parayla ölçülmesi oldukça zordur. Örneğin şan ve şerefi zedelenen kişi acaba kaç lira zarara uğramış olur? Veya fiziki acının karşılığı kaç liradır? Kolu yanan kişinin bu yanma esnasında canı kaç liralık yanmıştır? Keza oğlu ölen annenin çektiği acı, duyduğu elem ve ıstırapın bedeli nedir?³⁰¹. Bütün bunlar bilinemediğinden manevi tazminat talepleri reddedilmiştir. Hatta bu şekildeki manevi tazminat talepleri, manevi acı ve üzüntülerden menfaat sağlama yahut onları paraya tahvil etme olarak değerlendirilerek, gayri ahlaki dahi bulunmuştur³⁰². Uzun bir süre bu içtihadını sürdüren Fransız Danıştay’ı, bu tutumundan 24 Kasım 1961 tarihli

²⁹⁹ D10D, E. 1999/2037, K. 2001/1908, KT. 21.05.2001. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 21. Aynı yönde bkz. D5D, E. 1976/7868, K. 1977/4694, KT. 19.10.1977, DD, sy. 30-31, s. 221.

³⁰⁰ **Kaplan**, s. 126.

³⁰¹ **Gözler**, s. 1198.

³⁰² Borçlar Kanunu’nun 49. maddesinin 1961 Anayasasının 10. maddesine aykırılık itirazında şu görüşlere yer verilmiştir: “Manevi tazminat olarak bir para istemek, böylece şeref ve haysiyetinin ve kişiliğinin tartışılmasına izin vermek, hele bu parayı varlığına karıştırmak davacının şerefine, telafi edilememesine, lekelenmesine yol açar; vazgeçilmez kişilik haklarından feragat anlamını taşır ve yine davacı için insan haysiyeti ile bağdaşmayan ceza etkisini doğurur.” Mahkeme ise kararında: “Manevi zarar sorunu, zararın değerlendirilmesi ve giderilmesi yönlerinden özelliği ve büyük güçlükleri olan bir sorundur. Özellik ve güçlük, insanın manevi varlığına yapılan saldırıların tahriplerini ölçüye vurmakta imkansızlıkta ve manevi kayıpların telafi kabul etmez niteliğindedir ... Paranın manevi zararları karşılamak üzere kullanılabilmesi, hiçbir zaman manevi kaybı geri getirip yerine koyduğu yahut manevi varlığın bir bölümünün onunla mübadele edildiği anlamını taşımaz. Paranın bu alanda gördüğü iş, kişilik hakları ve yararları zedelenen kimsenin duyduğu ağır manevi acıyı bir dereceye kadar yumuşatıp yatıştırmaktan; bozulan manevi dengeyi onarıp düzeltmekten; bir teselli, bir avunma, bir ruhi tatmin aracı olmaktan ibarettir. Manevi varlıklarının hiçbir saldırıdan zarar görmeyeceğine inanan veya manevi kayıpları için her hangi bir tatmin yolunu gerekli görmeyen kimi insanlar bulunabilir. Ama bunların sayısı pek azdır. Büyük çoğunluk, genel olarak uğradığı haksız saldırının hesabını sorar ve zararlarının karşılanması yollarını arar. Bunu başarınca da bir tatmin edilmişlik duygusuna, hafifliğine, ferahlığına kavuşur ... Hakarete uğrayan kimsenin, manevi tazminat olarak bir para isteminde bulunması, onun dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez kişilik haklarını ve kişilik haysiyetini bir yana bıraktığını değil; tam tersine kişilik ve haysiyetine bağlılığının ve bunları koruma ve savunma azminin ifadesidir” görüşüne yer vermiştir. AYM E. 1968/33, K. 1969/12, KT. 11.02.1969, AYMKD, sy. 7, s. 242-243.

“Letisserand” kararıyla vazgeçmiştir. Fransız Danıştay’ının bu şekilde bir içtihat değişikliğine gitmesini sağlayan neden ise, doktrindeki eleştirilerden ziyade Fransız Yargıtay’ının söz konusu zararları 1800’lü yılların başından beri tazmin ede gelmesi olmuştur³⁰³.

Bir kimsenin ölümü pek çok kimsenin acı ve üzüntü duymasına, ruhsal sarsıntıya uğramasına yol açabilir³⁰⁴. Ancak, ölüm nedeniyle kimin ya da kimlerin tazmin edilebilir bir zarara uğradığı kabul edilecek ve dolayısıyla dava hakkı tanınacaktır? Bu sorunun cevabını Borçlar Kanunu vermektedir. Borçlar Kanunu’nun 47. maddesi ölenin ailesine manevi tazminat verilebileceğini hükme bağlamaktadır. Her ne kadar kanun metninde ölüm halinde manevi tazminat isteyebilecek olanların ölenin ailesi olduğu ifade edilmiş ise de hükmün amacının, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 47. maddesinde olduğu gibi, ölenin yakınlarını kasdettiği doktrin ve mahkeme içtihatlarında kabul edilmektedir³⁰⁵. Burada önemli olan ölen kimse ile tazminat isteyen kişi arasındaki yakınlık ve sevgidir³⁰⁶.

Manevi tazminata hak kazanabilmek için “kan veya sıhri hısımlığın şart olmadığını” belirten Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre; bir kimsenin ölenin yakını sayılabilmesi için, ölen ile eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan, aile hukuku çerçevesinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır. Böyle olunca da, uzak ya da yakın hısımlık bağları yerine, ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın varlığı aranmalıdır³⁰⁷. Görüldüğü üzere Yargıtay, ölüm hallerinde manevi tazminatın normatif dayanağını teşkil eden³⁰⁸ Borçlar Kanunu’nun 47. maddesindeki “ölenin ailesi” ifadesini “ölenin yakınları” olarak yorumlamakta ve bunun kapsamını, ölen ile eylemli ve gerçek bir bağlılık ve ilişki içindeki yakınlar olarak belirlemektedir³⁰⁹.

³⁰³ **Gözler**, s. 1196; **Kaplan**, s. 125-126.

³⁰⁴ **Esin**, Esas, s. 451.

³⁰⁵ **Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop**, s. 884; **Oğuzman – Öz**, s. 661.

³⁰⁶ **Esin**, Esas, s. 451.

³⁰⁷ **Karahasan**, s. 857-858; “Bir kimsenin ölenin yakını sayılabilmesi için, ölen ile eylemli aile ve sevgi bağlarının varlığı gereklidir. Burada önemli olan, aile hukuku çevresinde yakınlık değil, duygusal yakınlıktır. Böyle olunca da, uzak ya da yakın hısımlık bağları yerine ölenle çok yakın ve içtenlik taşıyan duygusal bir bağlılığın varlığı aranmalıdır. Bu esas ve Yargıtay’ın kökleşmiş uygulamasına göre manevi tazminata hak kazanabilmek için her halde kan veya sıhri hısımlık şart olmayıp, nişanlı, evlatlık veya diğer yakınlar da manevi ezanın karşılığını dava edebilirler. O halde yakınları oluşturan her kişinin manevi tazminat isteme hakları vardır”. Y4HD, E. ?/13490, K. 1975/333, KT. 10.01.1975; “... davacılar bu davada sadece manevi tazminat istemiş bulunmalarına göre, ölenle tazminat isteyenler arasında sıhriyet, diğer bir deyişle mirasçı olabilme ilişkisine bile lüzum olmasına ve ölenin ölümünden üzüntü duyabilen kimsenin dahi hayatta iken ölenin yardımını görmüş veya görmemiş kimse zorunluluğu da manevi tazminatlar için söz konusu olmayacağına, bu nedenle ölen kişinin çok yakın bir arkadaşı dahi ölüm olayından üzüntü ve ızdırap çektiğini ispat ettiği takdirde manevi tazminata hükmedilmesi gerekeceğine binaen ... (dava kabul edilmelidir)”. Y11HD, E. ?/592, K. 1983/699, KT. 17.02.1983. **Karahasan**, s. 857.

³⁰⁸ **Gönen**, s. 26.

³⁰⁹ **Karahasan**, s. 857.

Danıştay tarafından da yalnızca ölenin gerçek yakınlarına yani ölenle eylemli bir bağıllık içinde bulunanlara manevi tazminat verildiği görülmektedir: “... Yakınlarının ölümü nedeniyle ve idarenin tazmin sorumluluğu doğduğu iddiasıyla manevi tazminat talebinde bulunanların, ölene çok yakın kan ve sihrî hısımlarına ölenin mirasından yararlanabilme koşullarını taşımalarına gerek bulunmamaktadır ...”, “... Ölüm olayının manevi bir acıya yol açtığı tartışmasız olup; ölenin ailesine manevi tazminat verilmesi gerekmektedir. Ölenin ailesi ise, ölenle arasında geçek ve eylemli bir bağıllık ve ilişki bulunan yakınlarını kapsar ...”³¹⁰. Yine bir Danıştay kararındaki azlık oyunda ise; “... Manevi tazminata hükmedilmesi koşulları arasında akrabalık derecesi gibi bir ölçünün konulmasına gerek maddî hukuk ve gerekse bugüne kadar olan Danıştay ve Yargıtay içtihatları karşısında hukukî geçerlilik tanınamayacağı” belirtilmiştir³¹¹.

Danıştay, ölenin; “eşi ve çocukları”³¹², “anne ve babası”³¹³, “kardeşleri”³¹⁴, “üvey anası”³¹⁵, “büyük baba ve büyük anası”³¹⁶, “imam nikahlı eşi”³¹⁷, “nikahsız karısı ve evlilik dışı çocukları”³¹⁸ gibi yakınlarının manevi zararlarını tazmin etmektedir. Ancak Danıştay Dairelerinin kararları arasında bu konuda bir birliktelik olmadığını ve her zaman ölenin yakınlarının bu şekilde belirlenmediğini de belirtmek gerekir³¹⁹.

Bu noktada, ölüm sırasında küçük yaşta olan çocuk ve kardeşlerin de manevi tazminata müstehak olduklarını belirtmek gerekir. Zira, manevi tazminata hükmedilebilmesi bakımından, manevi acının, ölüm anında ya da daha sonra duyulması önem arz etmemektedir. Bu itibarla, ölüm tarihinde henüz ana rahminde olan çocuğun da -sağ doğması kaydıyla- manevi tazminat hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir³²⁰. Nitekim Yargıtay, “Borçlar Kanununun 47 nci maddesinde ise, hakimî özel durumları göz önünde tutarak ölenin ailesine manevi zarar namıyla adalete uygun tazminat ödenmesine karar verilebileceği hükmü yer almıştır. Küçük M’nin ölümden sonra doğması aile kavramına dahil olmasına engel teşkil etmez. Bundan başka manevi zararın ölüm anında doğmasını zorunlu kılan bir kanun hükmü

³¹⁰ D10D, E. 1995/2428, K. 1996/7639, KT. 18.11.1996. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 975.

³¹¹ D10D, E. 1982/2483, K. 1983/1106, KT. 11.05.1983, DD, sy. 52-53, s. 496 .

³¹² D8D, E. 1982/2490, K. 1983/120, KT. 26.01.1983, DD, sy. 52-53, s. 387.

³¹³ D12D, E. 1978/3239, K. 1980/243, KT. 30.01.1980, DD, sy. 40-41, s. 395.

³¹⁴ D10D, E. 1982/3322, K. 1985/1065, KT. 22.05.1985, DD, sy. 60-61, s. 466.

³¹⁵ D12D, K. 1967/1013, KT. 01.06.1967. **Esin**, s. 451.

³¹⁶ D12D, K. 1969/720, KT. 17.04.1969. **Esin**, s. 451.

³¹⁷ DİDDGK, E. 1995/79, K. 1997/479, KT. 17.10.1997. **Gözler**, s. 1203.

³¹⁸ D12D, K. 1971/539, KT. 03.03.1971. **Esin**, s. 451.

³¹⁹ **Gönen**, s. 27; **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 162.

³²⁰ **Gönen**, s. 27.

yoktur. Manevi zararın, bu olayda olduğu gibi, sonradan doğması da mümkündür. Gerçekten babasını dahi tanımak mutluluğundan yoksun kalacak çocuğun bütün yaşantısı boyunca duyacağı eksiklik ve acı söz götürmez. Öbür yandan, ilke olarak manevi tazminat müessesesi kabul edildikten sonra, küçüğün geleceğine yönelen manevi zararlarını karşılıksız bırakmak, açık suretle adalet ve hakkaniyet kurallarına aykırı düşer” gerekçesiyle ölüm tarihinden sonra doğan çocuk ile ölüm tarihinde küçük yaşta olan çocuğa ve kardeşe de manevi tazminat verilebileceğine hükmetmiştir³²¹.

Danıştay, davacı çocukların ölen babalarının acısını olay anında duymasa bile, daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedecekleri ve dolayısıyla manevi acı duyacakları gerekçesiyle olay tarihinde küçük olan çocuklara manevi tazminat verilmesine hükmetmiştir³²².

AYİM ise, “manevi acıyı hissetme” yönünden, ana-baba ve çocuklardan oluşan “çekirdek aile” tipini değil, kardeşleri de içine alan “geleneksel aile” tipini esas almakta ve fakat “manevi acıyı idrak etme” yönünden buna bir yaş sınırı getirmektedir. AYİM’e göre, 7 yaşını doldurmamış olan kardeşlerin manevi acıyı idrak edebilmeleri ve dolayısıyla manevi tazminata hak kazanabilmeleri imkanı bulunmamaktadır. Doktrinde AYİM’in bu yaklaşımı, yaş sınırının belirlenmesine yönelik herhangi bir bilimsel açıklamaya yer verilmemesi nedeniyle eleştirilmiştir. AYİM kararlarında, bu yaş sınırının aşağıya çekilmesine ilişkin herhangi bir bilimsel açıklamanın bulunduğunu da söylemek mümkün değildir. Ancak, AYİM’in son yıllarda bazı kararlarında bu içtihadından ayrıldığı³²³ ve aynı zamanda “manevi

³²¹ Y9HD, E. 7/8571, K. 1967/11541, KT. 22.06.1965. **Karahasan**, s. 859.

³²² “... ölüm tarihinde küçük olan çocukların, bunun acısını olay anında duyması mümkün olmasa bile, daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedeceklerini ve dolayısıyla manevi acı duyacaklarını ...”. D10D, E. 1995/2428, K. 1996/7639, KT. 18.11.1996. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 975; Danıştay, babasının ölümünde henüz 24 günlük olması nedeniyle acı ve elem duyamayacağı gerekçesiyle manevi tazminat istemini reddeden mahkeme kararını onamıştır. D10D, E. 1996/10174, K. 1998/2615, KT. 15.06.1998. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 78.

³²³ **Gönen**, s. 28; “ Davalı İdare, davacının olay tarihinde henüz doğmamış olması nedeniyle manevi zarara uğramasının mümkün olmadığını belirtmiş ise de; Yargıtay 9. Hukuk Dairesinin 22.6.1965 gün ve E. 7/8571, K. 1967/11541 sayılı ilamında aynen belirtildiği üzere ‘Borçlar Kanununun 47 nci maddesinde ise, hakimin özel durumları göz önünde tutarak ölenin ailesine manevi zarar namıyla adaletle uygun tazminat ödenmesine karar verilebileceği hükmü yer almıştır. Küçük M’nin ölümden sonra doğması aile kavramına dahil olmasına engel teşkil etmez. Bundan başka manevi zararın ölüm anında doğması zorunlu kılan bir kanun hükmü yoktur. Manevi zararın, bu olayda olduğu gibi, sonradan doğması da mümkündür. Gerçekten babasını dahi tanımak mutluluğundan yoksun kalacak çocuğun bütün yaşantısı boyunca duyacağı eksiklik ve acı söz götürmez. Öbür yandan, ilke olarak manevi tazminat müessesesi kabul edildikten sonra, küçüğün geleceğine yönelen manevi zararlarını karşılıksız bırakmak, açık suretle adalet ve hakkaniyet kurallarına aykırı düşer’. Açıklanan bu nedenlerle babası vefat ettiği sırada henüz doğmamış olan ancak sonradan tam ve sağlam doğmak suretiyle hukuken kişilik kazanan davacının babasının ölümü nedeniyle manevi zarara uğradığının kabul edilmesi gerekmektedir”. AYİM2D E. 7/553, K. 2000/319, KT. 260.4.2000. **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 736.

acıyı hissetme” yönünden, ana-baba ve çocuklardan oluşan “çekirdek aile” tipini esas almaya başladığı görülmektedir³²⁴.

B. BEDENSEL BÜTÜNLÜĞÜN İHLALİ NEDENİYLE MANEVİ ZARAR

Borçlar Kanunu’nun 47. maddesinde, hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan (beden bütünlüğü ihlal edilen) kimseye manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebileceği belirtilmiştir.

Esasında, kişinin beden bütünlüğüne ilişkin hakları da “kişilik hakları” kavramı çerçevesinde değerlendirilmekle birlikte, Borçlar Kanunu’nun mezkur düzenlemesi uyarınca, sorumluluk hukuku bakımından bedensel bütünlüğe ilişkin haklar ile kişilik hakları ayrı ayrı ele alınmaktadır³²⁵. Bunların ihlali, şeref ve haysiyet gibi diğer kişilik değerlerinin ihlalinden sırf hukuk politikasına ilişkin düşüncelerle ayrılmıştır³²⁶.

Borçlar Kanunu’nun 47. maddesine göre, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişiye manevi tazminat verilebileceği hükme bağlanmış olup, bu düzenlemeden, öncelikle, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi tazminat isteme hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bedensel olarak zarar gören ve bunun sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan ya da organları fonksiyon kaybına uğrayan kişinin, bu nedenle acı ve üzüntü duyacağı şüphesizdir. Bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi durumunda verilecek manevi tazminat, ekonomik yönden bir zarar doğup doğmadığına bakılmaksızın, bedensel zarardan kaynaklanan sırf bu acı ve üzüntü nedeniyle verilir³²⁷.

³²⁴ Anneanne, babaanne, büyükbaba ve dede konusunda eski kararlarda herhangi bir koşul öngörülmezsizin manevi tazminata hükmedilirken; son kararlarda salt bu sıfatları taşımanın manevi tazminata müstehak olmaya yeterli olmayacağı, bunun için birlikte aynı çatı altında yaşama, bakım, büyütme vs. gibi kriterlerin de aranacağı belirtilmektedir. “... Davacılar ..., ... ve ...’ın müteveffanın babaanne, dede ve anneanesi oldukları, torunlarının ölümü nedeniyle az çok üzüntü duydukları şüphesiz ise de; müteveffanın anne ve babasının sağ olduğu dikkate alınarak, manevi tazminat isteyen bu davacıların anne, baba ve kardeşlerden oluşan dar anlamdaki aile kavramı içinde mütalaa edilemeyeceği nedeniyle, her üç davacının da manevi tazminat istemlerinin reddine karar verilmesi kabul edilmiştir...”. AYİM2D, E. 1994/1361, K. 1995/191, KT. 15.03.1995. **Özgüldür**, Tam Yargı Davaları, s. 336-337.

³²⁵ **Esin**, s. 450.

³²⁶ **Tekinay – Akman – Burcuoğlu – Altop**, s. 878.

³²⁷ **Karahasan**, s. 844; “... yaralanma nedeniyle yapılan bir dizi ameliyattan sonra düzenlenen 10.5.1989 tarihli sağlık raporundan sol elinde meydana gelen yaralanmanın kalıcı sakatlığa neden olacağı anlaşıldığı, mahkemelerince çocuğun sakatlığının ve işgücü kaybının ne oranda olduğunun yeniden tespiti amacıyla yaptırılan muayene sonucu Erzurum Numune Hastanesinin 11.7.1995 tarihli raporuna göre parmaktaki ortaphalenks kaybının işgücüne engel olmadığı, buna göre davacıların çocuğunun belli, kesin ve gerçekleşmiş bir maddi zararından söz etmeye olanak bulunmadığı, olayın niteliği nedeniyle idarenin hizmet kusuru ilkesine dayanarak sorumlu tutulamayacağı, meydana gelen olayda bedensel bir zarara yol açılmamış olması sebebiyle idarenin manevi tazminat ödenmekle de yükümlü tutulamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar ...” veren idare mahkemesi kararını Danıştay, “Mahkemenin kararına dayanak yaptığı 11.7.1995 tarihli sağlık raporunda, sakatlığın işgücü kaybına neden olmadığı belirtilmişse de; davacıların çocuğunun bir organında sakatlık olduğu kabul edilmiştir. Dolayısıyla parmaktaki bu sakatlık nedeniyle bir

Nitekim dava konusu yapılan bir olayda, Sağlık Bakanlığında hukuk müşaviri olarak görev yapan davacı, görevi başında olduğu sırada 2 Mayıs 1996 tarihinde odasının pencere camı aniden çerçevesinden çıkarak başına düşmesi sonucu cam kesikleriyle yaralanmış ve hastaneye kaldırılarak 8 gün rapor almıştır. Bu kişinin 75.000.000.-lira manevi tazminat istemiyle açtığı tam yargı davasını, “dava konusu olayda davacının şeref ve haysiyetini rencide edici bir kusur bulunmadığı gibi bu olay nedeniyle duyulduğu ileri sürülen üzüntü ve elemi manevi açıdan tazmin edilmesini gerektirecek bir nitelik taşımadığı” gerekçesiyle reddeden idare mahkemesi kararı, Danıştay tarafından, “... Temyize konusu mahkeme kararında, tazmini istenen zarara neden olan olayın, davacının şeref ve haysiyetini rencide edici bir nitelik taşımadığı kabul edilerek dava reddedilmiş ise de, manevi tazminat, sadece kişinin şeref ve haysiyeti gibi manevi değerlerin değil; yaşam, beden bütünlüğü, sağlık gibi kişilik haklarına dahil olan bedensel değerlerinin ihlali halinde de ilgilinin duyduğu elem ve üzüntünün kısmen giderilmesini sağlayan manevi bir tatmin aracıdır. Bu durumda, sekiz gün rapor alacak derecede davacının, cismani zararına neden olan bu eylemden dolayı manevi varlığında meydana gelen üzüntünün karşılanabilmesi için uygun, haksız zenginleşmeye yol açmayacak miktarda tazminata hükmedilmesi gerekirken, idare mahkemesinin manevi tazminat istemiyle açılan davayı reddetmesinde hukuki isabet görülmemiştir” gerekçesiyle bozulmuştur³²⁸.

Burada, “bedensel bütünlük” kavramının, sadece fiziki anlamda bütünlüğü değil, kişinin ruhi bütünlüğünü de kapsadığını belirtmek gerekir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da, bedensel zarar kavramına “ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin de girdiğini; burada, sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil ruhi ve asabi bütünlüğün de korunduğunu” belirtmektedir³²⁹.

İdari yargıda da, bedensel zarar kavramının, ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalıklarını da kapsadığı gerek Danıştay gerekse AYİM tarafından kabul edilmektedir³³⁰.

Danıştay kararlarına bakıldığında kişilerin uğrayabileceği cismani zararların çok çeşitli olduğu görülecektir. Örneğin, hastanede yapılan göz ameliyatı sonunda davacının gözünün

üzüntü ve acı duyulduğunun kabulü gerektiğinden meydana gelen sakatlığın manevi tazminat isteminde değerlendirilmesi gerekmektedir ...” gerekçesiyle bozmuştur. D10D, E. 1996/4061, K. 1998/742, KT. 19.02.1998, **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 117-118.

³²⁸ D10D, E. 1997/324, K. 1999/4801, KT. 12.10.1999, DD, sy. 103, s. 881-883.

³²⁹ **Karahasan**, s. 844 .

³³⁰ **Armağan**, s. 225.

görmemesi³³¹, parmağın kesilmesi³³², ameliyat bölgesinde gazlı bez unutulması³³³, yangın sonucunda her iki elin ve yüzün yanması, ellerin doğal görünümünün bozulması³³⁴, sağ kolun omuzdan itibaren kesilmesi ve sol kolun ise sinir ve adalelerinin çalışamaz duruma gelmesi³³⁵, beyin sendromu³³⁶, bacağın tüm fonksiyonlarını yitirmesi³³⁷, kolun ... santim kısalması ve omuz mafsalları hareketlerinin ... nispetinde azalması³³⁸ şeklinde olabilmektedir. İşte kişinin anatomik ya da fiziksel yapı ve görünüşü ile ilgili ihlal neticesi çektiği veya çekeceği acı, katlanacağı mahrumiyet ve ızdırablara karşılık manevi tazminat verilmektedir.

Cismani zarar nedeniyle manevi tazminat bakımından önem taşıyan bir diğer husus da manevi tazminat talep etme hakkının kime/kimlere ait olduğudur. Doktrinde hakim olan görüşe göre, cismani zarar nedeniyle manevi tazminat talep etme hakkı, doğrudan doğruya, beden tamlığı ihlal edilen kişiye aittir. Yani, aynı eylem nedeniyle “yansıma yoluyla” acı ve üzüntü duyan kişilerin manevi tazminat talep etme hakları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bedensel zarara uğrayan kişinin çok yakınlarının da -aynı eylem nedeniyle- “yansıma yoluyla” değil ve fakat “doğrudan” ruhi ve asabi yönden bedensel bütünlüklerinin zarar görmüş olabileceklerinin de kabulü gerekmektedir. Böyle durumlarda, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya bedensel zarara maruz kalınmış olunmaktadır ki, sırf bu nedenle söz konusu kişilerin manevi tazminat talep etme haklarının bulunduğu kabul edilmektedir³³⁹.

Yargıtay, önceleri cismani zarar nedeniyle manevi tazminat talep etme hakkının, doğrudan doğruya beden tamlığı ihlal edilen kişiye ait olduğunu kabul etmekte iken³⁴⁰, daha sonra bu görüşü terk etmiş ve beden tamlığı ihlal edilen kişinin yakınlarının da “ruhsal sarsıntı” geçirmeleri halinde manevi tazminat talep edebileceklerini kabul etmiştir³⁴¹.

Danıştay, cismani zarar gören kişinin, aynı eylem nedeniyle doğrudan doğruya zarar gören yakınlarının da manevi tazminat talep etme haklarının olduğunu kabul etmektedir. Örneğin; “Elektrik direklerinin hatalı dikilmesinden dolayı enerji hattına kapılarak elektrik

³³¹ D10D, E. 1998/190, K. 1999/6198, KT. 22.11.1999, DD, sy. 103, s. 879-880.

³³² D10D, E. 1996/2121, K. 1997/5476, KT. 08.12.1997. **Gözler**, s. 1197.

³³³ D10D, E. 1997/3565, K. 1999/5224, KT. 19.10.1999. **Gözler**, s. 1197.

³³⁴ D10D, E. 1990/3954, K. 1992/1362, KT. 10.04.1992. **Gözler**, s. 1197.

³³⁵ D8D, E. 1982/463, K. 1983/189, KT. 07.02.1983, DD, sy. 52-53, s. 385.

³³⁶ D10D, E. 1982/469, K. 1982/2357, KT. 24.11.1982, DD, sy. 50-51, s. 420.

³³⁷ D12D, E. 1975/2004, K. 1977/2133, KT. 24.10.1977, DD, sy. 30-31, s. 492.

³³⁸ D12D, E. 1967/1143, K. 1968/28, KT. 16.01.1968. **Esin**, s. 494

³³⁹ **Karahasan**, s. 853-854.

³⁴⁰ **Oğuzman – Öz**, s. 659.

³⁴¹ D10D, E. 1994/7123, K. 1996/65, KT. 23.01.1996. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 181-183.

çarpması nedeniyle hastanede tedavi gören T.K. hakkında düzenlenen kesin rapora göre; hayati tehlike geçirdiği, sağ ön kol amputasyonu (kopma - kesilme) ve sol ayakta 4. ve 5. parmak, sağ ayak 1. parmak amputasyonu yapıldığı, 45 gün mutad iş gücünden kalıp % 62 oranında sakatlık bırakarak 3 ayda iyileştiği açıktır. Davalı idarenin hizmeti kusurlu işlettiği olaydan dolayı anatomik yapısı fiziksel görünüşü bozulan T.K.’nin ve anne babasının acı, üzüntü duyduklarına bu şekilde manevi zarara uğradıklarına kuşku bulunmamaktadır. Davacıların olaydan dolayı duydukları acı ve üzüntünün kısmen de olsa giderilmesi amacıyla idarenin olaydaki hizmet kusuru dikkate alınmak suretiyle manevi tazminata hükmedilmesi gerekirken, manevi tazminat isteminin reddedilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır”³⁴²; “Davacıların, çocuklarının askeri atış sahası içinde kalan patlamamış dinamit ve mermilerin patlaması sonucu parmağının birinde meydana gelen sakatlık nedeniyle bir üzüntü ve acı duyduklarının kabulü gerektiğinden meydana gelen sakatlığın manevi tazminat isteminde değerlendirilmesi gerekmektedir ...”³⁴³; “Atış eğitimi sırasında gözüne rastlayan bir mermi ile yaralanarak sakat kalan yedek subayın ana ve babasına ..., oğullarının genç yaşta malul kalması nedeniyle duydukları manevi ıstırapın kısmen de olsa telafisi için manevi tazminat verilmesine (karar verilmiştir)”³⁴⁴; “davacıların çocuğunun kreş ve gündüz bakımevinde işçi olarak çalışan AD isimli kişi tarafından tecavüze uğraması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada, sadece çocuk için değil ana ve baba için manevi tazminata (hükmedilmesi gerekir)”³⁴⁵.

Ancak AYİM bedensel zarar halinde zarara uğrayanın yakınlarının duydukları acıdan dolayı manevi tazminat talep edemeyeceklerine karar vermektedir. AYİM buna karar verirken, Borçlar Kanunu’nun “hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşen olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir” diyen 47. maddesine dayanmakta ve “cismani zarar halinde manevi tazminatı sadece cismani zarara uğrayan, örneğin, ameliyat edilen, herhangi bir uzvunu kaybeden, vücudunda sabit iz kalan, yaralanma dolayısıyla bir süre acı çeken

³⁴² “İnceleme konusu olayda 7.5.1989 günü birlikte seyahat ettikleri sırada henüz sekiz aylık olan davacıların oğulları Erkan, çok ağır şekilde yaralanmış, hastanede iki aylık tedavi esnasında iki defa ameliyat edilmesine rağmen iyileşememiş ve 3/4 sene sonra yeniden ameliyatının gerektiği bildirilmiş olduğu anlaşılmaktadır. Çocuklarının bu derece ağır vücut bütünlüğünün ihlali olayının davacılar ana ve babanın gözleri önünde cereyan etmesi, çocuğunun geçirdiği ameliyatlara ve henüz tedavi edilememesi gibi durumlar hep birlikte gözetildiğinde, onun çok yakını olan davacıların ruhi ve asabi sağlık bütünlüğünün (davaya konu haksız eylem sebebiyle) ağır şekilde ihlal edildiği kabul edilmelidir. Aksinin kabulü ise hayatın olağan akışı ile bağdaşmaz”. YHGK, E. 1995/1112, K. 1995/430, KT. 26.04.1995. **Armağan**, s. 241.

³⁴³ D10D, E. 1996/4061, K. 1998/742, KT. 19.02.1998. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 117-118.

³⁴⁴ D12D, E. 1967/579, K. 1968/8, KT. 13.01.1968. **Esin**, s. 474.

³⁴⁵ D10D, E. 1996/4313, K. 1996/3477, KT. 16.06.1996. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 391.

kimsenin isteyebileceğine”³⁴⁶, bu kimsenin yakınlarının isteyemeyeceğine karar vermekte ve “yansıma yoluyla acı duyan kişiler manevi tazminat isteyemezler” demektedir³⁴⁷. AYİM’in daha yeni bir kararına konu teşkil eden olayda, askere sapasağlam giden bir genç, askerden, idarenin kusuru sonucu yaralanarak vücut fonksiyonlarının % 90’ının yitirmiş halde yatalak olarak dönmüştür. Ne var ki, anne ve babanın “evlatlarının bu durumundan büyük ızdırap duydukları” iddiasıyla talep ettikleri baba için 2 milyar, anne için 3 milyar liralık manevi tazminat talebini aynı gerekçeyle reddetmiştir³⁴⁸.

AYİM istisna olarak, bedensel bütünlüğün ihlali nedeniyle oluşan bir zararın, doğrudan bir zarar mı olduğu yoksa yansıma yoluyla bir zarar mı olduğunu tespit etmekte ve üçüncü kişilerin uğradığı zararın, doğrudan zarar olduğuna kanaat getirirse manevi tazminata hükmetmektedir. Örneğin; “... Borçlar Kanunu’nun 47. maddesi ‘hakim hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir’ hükmü amirdir. Bu maddeye göre manevi tazminat, cismani zarara maruz kalan kişiye veya adam öldüğü takdirde ölenin ailesine ödenebilecektir. Maddenin bu şekilde düzenleniş biçiminden cismani zarar halinde olaydan dolayı zarar görenlere manevi tazminat ödenmeyeceği anlaşılmaktadır. Ancak Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.9.1987 gün ve 1987/9 -183 Esas, 1987/655 sayılı Kararında da açıklandığı gibi bir olayda kocanın erkeklik gücünü tamamen kaybetmesi halinde, evlilik birliğinin doğal sonucu olan bu zararın karı için de doğrudan gerçekleşmiş bir zarar olduğu açıktır. Burada evli kadının manevi zararları, duyacağı üzüntü, mahrum kalacağı şeyler; yansıma suretiyle oluşan zararlar değil, doğrudan doğruya maruz kaldığı zararlardır. Bu nedenle kurulumuzca davacı ... ile birlikte eşi ...’ında, bu olay sebebiyle duydukları ve ileride duyacakları üzüntüleri kısmen de hafifletebilmek için davacıya da manevi tazminat verilmesi kabul edilmiştir”³⁴⁹.

Bu kararlar değerlendirildiği takdirde AYİM’in, aynı eylem nedeniyle, bedensel zarara uğrayan kişi ile birlikte doğrudan doğruya ruhi ve asabi yönden bedensel bütünlükleri zarar görebilecek kişileri çok dar yorumladığı sonucuna ulaşmaktadır.

³⁴⁶ AYİM2D, E. 1993/848, K. 1994/1449, KT. 13.07.1994. **Gözler**, s. 1208.

³⁴⁷ **Gözler**, s. 1208.

³⁴⁸ AYİM2D, E. 2000/642, K. 2001/900, KT. 03.12.2001. **Gözler**, s. 1209.

³⁴⁹ AYİM2D, E. 1997/255, K. 1998/364, KT. 06.05.1998, **Atay – Odabaşı – Gökcan**, s. 742.

Manevi zarar nedeniyle işaret etmek istediğimiz son husus, zarar gören kişinin temyiz kudretinden yoksun olmasının, medeni hakları kullanma ehliyetinden mahrum bulunmasının manevi tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyeceğidir³⁵⁰.

C. KİŞİLİK HAKLARININ İHLALİ NEDENİYLE MANEVİ ZARAR

Çağımızda teknik ilerlemelerin bir sonucu olarak insanların kişilikleri hele özel ya da gizli yaşam çevrelerinin, yani kişilik haklarının saldırı ve zarara uğrama tehlikesi her geçen gün artmaktadır. Günümüz hukuk anlayışı da kişiliğe ait hakları en yüksek bir ahlaki değer olarak kabul edip her yoldan korunmasını amaç edinmiştir³⁵¹.

Birisinin kişi olarak haiz olduğu ve hukukça korunan değerleri ifade eden kişilik hakları kavramı hangi hakları kapsamaktadır? Kanunkoyucu Medeni Kanunun 24. maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi ile şahsiyet haklarını koruma altına almakla birlikte, bu hakları birer birer sayarak hakimi bunlarla bağlamak istememiştir. Bu hakların doktrin ve yargı içtihatlarıyla belirlenmesi amaçlanmıştır. Öte yandan hakim korunmaya değer kişisel varlıkların neler olduğunu ve yapılan saldırıların hukuka aykırı bulunup bulunmadığını ortaya koyarken, yazılı hukuka başvurmakla kalmayacak, yazılı hukukta bir hüküm yoksa, yazılı olmayan hukuka da başvurabilecektir. Denebilir ki, hakim hangi kişisel varlıkların korunmadan yararlanacaklarını, bu korunmanın sınırının ne olduğunu, kişilik hakları ile öteki özgürlüklerin çatışması durumunda hangi çıkarın ağır basacağını genel hukuk ilkelerine, yaşam gereklerine, adalet düşüncesine ve çatışan çıkarların değerine göre belirleyecektir³⁵². Ayrıca, idare hukukunda manevi tazminatın dayanağını yargı içtihatları oluşturduğu için yukarıda belirtilen duruma paralel olarak, idari yargı hakiminin kişisel hakların kapsamını çok daha geniş açıdan değerlendirme imkanına sahip olduğu söylenebilir.

Şunu da belirtelim ki, Medeni Kanunun 24. maddesinin ikinci fıkrasında, “kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça” kişilik haklarına yapılan her saldırının hukuka aykırı olduğu belirtilmiştir. Böylelikle, Medeni Kanunun anılan hükmü ile, kişilik haklarının korunmasına ilişkin temel düzenlemenin çerçevesi çizilmiş ve sınırları belirlenmiştir. Hukuk düzeni, kişilik haklarının belirli sınırlar içinde korunmasını öngörmüş,

³⁵⁰ Armağan, s. 227.

³⁵¹ Karahasan, s. 870-871.

³⁵² Karahasan, s. 873-874.

tüm saldırılara karşı değil, sadece hukuka aykırı saldırılara karşı bir koruma mekanizması getirmiştir³⁵³.

Yargıtay'a göre de, "...çatışan hak ve ihlal edilen çıkarlar arasındaki sınırın MK'nun 1 inci maddesindeki ana kural uyarınca hakim tarafından büyük bir özenle çizilmesi gerekir. Çünkü, kişilik haklarına saldırıda bulunan kimse, eğer üstün çıkarları korumak için davranmışsa, halele uğratılan kişilik hakkı korunmadan yararlanamaz. Ne var ki, tecavüzün izlediği hedeflerin korunmaya değer bulunması yetmez, başvuru araçları yönünden aşırı davranılmaması gerekir ... Kişilik haklarının ihlali görünümünü taşıyan eylem ve davranışlar, diğer kişilerin ya da kamunun üstün çıkarlarını korumak amacı ile yapılmışsa, doğru amaca yönelik olduklarından hukuka aykırı sayılamaz..."³⁵⁴.

Çatışan haklardan, örneğin hak arama özgürlüğü ile kişilik hakkı karşı karşıya gelirse hangisine üstünlük tanınacaktır? Bu duruma ilişkin bir kararında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; "Taraflar arasındaki 'Manevi Tazminat' davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; Bursa Asliye 5. Hukuk Mahkemesince davanın reddine dair verilen 2.6.1999 gün ve 1998/479 E. 1999/427 K. sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 23.11.2000 gün ve 2000/7830-10468 sayılı ilamında; / 'Davacı, davalı tarafından haksız olarak şikayet edildiğini bu yüzden kişilik haklarının zarar gördüğünü iddia etmek suretiyle manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Mahkemece istem reddedilmiştir. Karar davacı tarafından temyiz edilmiştir. / Şikayet hakkı, diğer bir deyimle hak arama özgürlüğü; Anayasanın Hakların Korunması ile ilgili Hükümler başlığı altında ve 36. maddesinde; herkesin meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu şekli ile yer almıştır. Bu düzenleniş biçimi itibarıyla kişinin hak arama özgürlüğünün güvence altına alındığı görülmektedir. İşte bundan dolayıdır ki kişi, gerek yargı mercileri önünde ve gerekse yetkili kurum ve kuruluşlara başvurmak suretiyle kendisine zarar veren kişilere karşı, haklarının korunmasını, bunun sonucu olarak da zarar veren hakkında yasal işlem yapılmasını ve bu bağlamda cezalandırılmasını isteme hak ve yetkisine sahiptir. / Anayasanın güvence altına aldığı hak arama özgürlüğünün yanında, yine Anayasanın Temel Haklar ve Hürriyetlerin niteliği başlığını taşıyan 12. maddesinde de, herkesin kişiliğine bağlı dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve özgürlüklere sahip olduğu belirtildikten başka, 17. maddesinde de, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına

³⁵³ Gönen, s. 31.

³⁵⁴ Y4HD, E. ?/2086, K. 1978/13877, KT. 08.12.1978, Karahasan, s. 924 .

sahip bulunduğu da düzenleme altına alınmış bulunmaktadır. Medeni Kanunun 24 ve 24/a maddelerinde de, kişilik haklarına karşı yapılan saldırının dava yolu ile korunacağı belirtilmiş, BK'nın 49. maddesinde ise saldırının yaptırımı düzenlenmiştir. / Görüldüğü üzere, Anayasada ve yasalarda kişinin hak arama özgürlüğü ile kişilik değerleri güvence altına alınmıştır. / İşte bu noktada, hak arama özgürlüğü ile kişilik hakları karşı karşıya gelmiş olabilir. Sorun bu değerlerden hangisine üstünlük tanınacağı noktasında toplanmaktadır. Bir taraftan kişinin hak arama özgürlüğü güvence altına alınmışken, diğer taraftan kişilik hakları da Anayasal ve yasal güvence altına alınmıştır. Buna karşın kişi, hakkını ararken, karşı yanın kişilik değerlerine saldırıda bulunabilir. Onu hukuka aykırı bir eylemle suçlayabilir. / Hukukun, karşı karşıya gelen bu iki değeri aynı konuda ve zamanda koruma altına aldığı düşünülemez. Aksi halde, hukukun kendisi kendi kuralları ile çatışmış olur. Aslında konu biraz yakından incelendiğinde her iki değerin aynı anda birbirine karşı korunmadığı, çatışma durumunda somut olaydaki özelliğe göre birinin diğerine üstün tutulduğu görülecektir. / Şu durumda uyuşmazlığın çözümünde, hak arama özgürlüğünün, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sınırsız olmadığı, diğer bir anlatımla kişi, istediği biçim ve koşulda ve salt başkasını zararlandırmak için bu hakkı kullanamayacağı, aksi halde bu hakkı kötüye kullanmış sayılacağı kabul edilerek, Anayasa ve yasaların öngördüğü güvenceden yararlanamayacaktır. / Bu hakkın hukuken korunabilmesi ve yerinde kullanıldığının kabul edilebilmesi için, şikayet edilenin cezalandırılmasını veya sorumlu tutulmasını gerektirecek yeterli kanıtların olması zorunlu değildir. Şikayeti haklı gösterecek bazı emare ve olguların zayıf ve dolaylı da olsa varlığı yeterlidir. / Bu olgu veya emareye dayanılarak, başkalarının da böyle bir olay karşısında, davalı gibi hareket etmesinin uygun görüleceği, diğer bir anlatımla orta düzeydeki kişinin de somut olaydaki gibi davranacağı ve bu çerçevenin içinde kalan şikayet hakkının yerinde kullanıldığı kabul edilmelidir. Aksi halde şikayetin hak arama özgürlüğü sınırları aşarak kullanıldığı ve şikayet edilenin kişilik değerlerine saldırı oluşturduğu sonucuna varılmalıdır. / Somut olayda, davalı şikayetinde pazarda alışveriş yaptığı sırada yanından geçen davacının gömlek cebinden parasını aldığını sandığını, davacının cebinden parasını aldığını görmediğini, ancak fark ettiğini, şüphe üzerine şikayetçi olduğunu belirtmiştir. Yukarıdaki ilkeler gözetildiğinden davalının hiçbir delil ve emareye dayanmadan, sırf tahmin üzerine davacı hakkında suçlamada bulunduğu, şikayet hakkını hukuka uygun olarak kullanmadığı sonucuna varılmalıdır. Bu durumda manevi tazminat isteminin tümünden reddedilmiş olması doğru değildir. Yerel mahkemece, şikayet hakkının kötüye kullanıldığı ve böylece davacının kişilik haklarına saldırıda bulunulduğu benimsenerek, davalının manevi tazminatla sorumlu tutulması gerekirken istemin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya uygun olmadığından kararın

bozulması gerekmiştir ...” gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir. Direnme kararını Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, yukarıda belirtilen Yargıtay Dördüncü Hukuk Dairesinin kararı doğrultusunda bozmuştur³⁵⁵.

Özgürlük, namus, şeref, onur, anı gibi değerlerin yanı sıra meslek sırları, kişinin özel yaşamına ve aile yaşamına ilişkin sırlar, isim ve fotoğraf üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık gibi birçok manevi değeri ve tüm sosyal ve siyasal hakları kapsayan şahsiyet haklarına³⁵⁶ yapılan saldırılar sonucu üzüntü ve acı duyma, ruhsal sarsıntı geçirme şeklinde oluşan zararlar dolayısıyla, Danıştay kararlarına konu olmuş ve Danıştay tarafından da kişilik hakkı kapsamında değerlendirilen birçok hak vardır.

Bu haklara örnek verecek olursak; “Aşçı olan davacının geçirdiği trafik kazasına. bağlı rahatsızlıkları nedeniyle Devlet hastanesine yatırıldığı, tıbbi tedavi sırasında yapılan rutin Elisa testinin pozitif çıkması üzerine henüz bu teşhisin kesinleşmesi beklenilmeksizin İzmir ... Gazetesi muhabirlerince hastanesindeki odasında fotoğraflarının çekilerek her türlü bilgilerinin basında yayınlandığı daha sonra doğrulama testlerinin menfi olduğu yani davacının AIDS’li olmadığına anlaşıldığı ve olayın basın mensuplarına hastane görevlilerince sızdırıldığı açık olan bu olay nedeniyle...”³⁵⁷, “ Af nedeniyle hakkındaki hapis cezası yerine getirilmemek gereken bir kişinin ... süre ile kanunsuz olarak hapiste tutulması”³⁵⁸, “davalı idarenin tutumu neticesi dosyada mevcut rencide edici yazılar ve basına intikal ettirilen ağır, ithamkar ve mütevali yayınlar yüzünden”³⁵⁹, “toplumdaki her birey gibi onurlu ve saygın yaşama hakkının zedelenmesi ve suçlamalardan dolayı kamuoyunda hakkında şüphe ve tereddütler doğması”³⁶⁰, “hoparlörle isminin yüksek sesle söylenmesi ve hakkında kaçakçılık ihbarı yapıldığının belirtilmesi”³⁶¹, “davacının sağlık nedeni yerine disiplinsizlikten emekliye sevkı nedeniyle duyduğu üzüntü nedeniyle”³⁶², “Danıştay’ın iptal kararı üzerine ilamın icabına uygun işlem tesis edilmemesi dolayısıyla üniversitede görevli bir ilim erbabının gerek mesleki bakımdan ilmi çevrelerde ve gerek sosyal hayatın çeşitli yön ve safhalarında profesörlük

³⁵⁵ YHGK, E. 2005/4-468, K. 2005/514, KT. 21.09.2005, İBD, c. 80, Mayıs – Haziran 2006, sy. 3, s. 1282-1284.

³⁵⁶ **Esin**, s. 453.

³⁵⁷ D10D, E. 1994/5314, K. 1996/294, KT. 31.01.1996. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 351-353.

³⁵⁸ D12D, E. 1968/1678, K. 1971/2298, KT. 20.10.1971. **Esin**, s. 74.

³⁵⁹ D10D, E. 1966/2109, K. 1967/1022, KT. 17.12.1967. **Esin**, s. 322.

³⁶⁰ D12D, E. 1976/2956, K. 1978/5326, KT. 29.12.1978, DD, sy. 34-35, s. 585.

³⁶¹ D12D, E. 1969/4304, K. 1971/1943, KT. 21.09.1971. **Esin**, s. 32.

³⁶² AYİM1D, E. 1989/266, K. 1990/302, KT. 19.06.1990, AYİMD, sy. 7, Kitap 2, s. 948.

payesinin arz ettiği önem ve diğer taraftan olayın cereyan tarz ve özelliği nazara alınarak”³⁶³, “ilmi ve mesleki şahsiyet ve itibarı zedelenen”³⁶⁴, “bir öğretim üyesi olarak, arkadaşlarından üç yıl sonra eser verme durumuna düşmesi”³⁶⁵, “arkadaşlarından bir yıl geç öğretmen olması”³⁶⁶, “sanatçının sanat değerinin kamuoyuna eksik sunulmasının sebep olduğu üzüntü”³⁶⁷, “yargı kararının uygulanmaması nedeniyle duyduğu üzüntü”³⁶⁸, “kanunların yüksek tahsilli kimselere tanıdığı hakları kullanmanın manevi hazzından mahrum kaldığı”³⁶⁹, “göreve son verme işleminden dolayı manevi acılara duçar olduğu”³⁷⁰, “emeklilik işlemlerinin geç tamamlanması nedeniyle davacının duyduğu acı ve üzüntü”³⁷¹, “konut tahsis kurasına iştirak ettirilmeyen davacının bu işlem nedeniyle yaptığı uğraşlar ve çektiği manevi üzüntü yüzünden”³⁷², “belediye zabıta memurlarınca yetkisiz olarak arabasının plakasının sökülmesi olayının tevhit ettiği üzüntü”³⁷³ gibi hallerde manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir.

Şahsiyet hakkına konu teşkil etmeyen maddi bir eşyaya (taşınır veya taşınmaz mala) hasar verilmesinden kural olarak manevi zarar doğmaz. Yeter ki, o şeye duyulan manevi ilgi, manevi bağ dolayısıyla bir şahsi varlık ihlal edilmiş olmasın. Mesela, yadigar bir eşyaya verilen zarar gibi³⁷⁴.

Aktarıldığı üzere, hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kişinin, bu saldırı neticesinde duyduğu acı ve üzüntünün bir nebze de olsa tatminini sağlamak üzere manevi tazminat talep edebileceği açık olup, ayrıca, bedensel zarar nedeniyle manevi tazminatta da olduğu gibi, söz konusu saldırıdan doğrudan doğruya etkilenen yakınların da manevi tazminat isteyebileceklerini belirtmek gerekir. Kişilik haklarına yapılan saldırıların bazı durumlarda o kişinin yakınlarının da doğrudan doğruya acı ve elem duymalarına neden olabileceği bilinmektedir. Özellikle, kişinin aile bütünlüğüne yönelen bu tür saldırılar neticesinde saldırıya maruz kalanın yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğradıkları kabul

³⁶³ D12D, E. 1969/1668, K. 1970/127, KT. 22.01.1970. **Esin**, s. 414.

³⁶⁴ D12D, E. 1969/749, K. 1969/1774, KT. 10.11.1969. **Esin**, s. 413.

³⁶⁵ D12D, E. 1969/957, K. 1970/2040, KT. 18.11.1970. **Esin**, s. 47.

³⁶⁶ D12D, E. 1967/2525, K. 1969/218, KT. 03.02.1969. **Esin**, s. 274.

³⁶⁷ D12D, K. 1972/4142, KT. 18.12.1972, DD, sy. 11, s. 450.

³⁶⁸ AYİM2D, E. 1986/80, K. 1987/124, KT. 24.06.1987, AYİMD, sy. 7, Kitap 2, s. 1070.

³⁶⁹ D12D, E. 1966/1029, K. 1967/323, KT. 28.02.1967. **Esin**, s. 325.

³⁷⁰ D12D, E. 1971/355, K. 1972/277, KT. 25.01.1972. **Esin**, s. 317.

³⁷¹ D10D, E. 1984/1041, K. 1984/910, KT. 01.05.1984, DD, sy. 56-57, s. 400.

³⁷² D6D, E. 1985/143, K. 1985/880, KT. 21.05.1985, DD, sy. 60-61, s. 277.

³⁷³ D11D, E. 1971/573, K. 1971/2319, KT. 07.10.1971. **Esin**, s. 124.

³⁷⁴ **Esin**, Esas, s. 453.

edilmektedir³⁷⁵. Yukarıda da belirtildiği gibi, kişilik haklarına saldırıda bulunulan kişinin - aynı eylem nedeniyle “doğrudan doğruya” zarara uğrayan yakınlarının da manevi tazminat talep edebilecekleri görüşü gerek adli yargı ve gerekse idari yargı tarafından benimsenmiştir³⁷⁶.

Kişilik haklarına saldırı nedeniyle manevi tazminat bakımından tüzel kişilerin durumu da doktrinde uzun süre tartışma konusu yapılmıştır. Bugün, gerçek kişiler gibi tüzel kişilerin de kişilik haklarına yapılan saldırılar nedeniyle manevi tazminat isteyebilecekleri doktrin ve uygulama tarafından kabul edilmektedir³⁷⁷. Nitekim Danıştay eskiden beri, “idari işlem veya eylemden zarar gören, gerçek kişi olabileceği gibi tüzel kişi de olabilir ve tüzel kişinin uğradığı maddi ve manevi zarar, idare hukukunun tazminat ile ilgili kuralları çerçevesinde giderilebilir”³⁷⁸ görüşünde olmuştur.

Tüzel kişi lehine manevi tazminat hükmedilebilmesi için, idarenin herhangi bir işlemi ya da eylemi nedeniyle doğrudan tüzel kişiliğin bir özgürlüğünün elinden alınması ya da kişilik haklarına saldırı olması³⁷⁹; idarenin hukuka aykırı tasarrufuyla, tüzel kişiliğin itibarının zedelenmesine veya tüzel kişiliğin faaliyetlerini açıkça olumsuz biçimde etkilemesine bağlıdır³⁸⁰. Danıştay, “anılan müسابakaları haksız bir işlem nedeniyle oynamama yüzünden kulübün mahallindeki itibarına olumsuz etkisi nedeniyle de manevi zarara uğradığını kabul zorunlu görülmüştür”³⁸¹ gerekçesiyle tüzel kişiler lehine manevi tazminata hükmetmiştir.

V. MANEVİ TAZMİNAT MİKTARININ HESAPLANMASI

Kuşkusuz manevi tazminat manevi zarar karşılığıdır. Böyle olmakla birlikte, manevi zararın maddi zarar da olduğu gibi “gerçek” bir saptamaya da konu olamayacağı açıktır. Çünkü manevi zararın bir ölçüde somutlaşması demek olan acı, ıstırap, eza, sıkıntı, ruhsal çöküntü gibi hallerin ölçümlenmesi imkansızdır³⁸². Bu durumda, manevi tazminat neye karşılık olarak verilmektedir ve tutarı nasıl belirlenmektedir? Bu soruya şöyle cevap verilmektedir³⁸³:

³⁷⁵ Gönen, s. 31-32; Karahasan, s. 957.

³⁷⁶ Özgüldür, Tam Yargı Davaları, s. 334-335.

³⁷⁷ Armağan, s. 285.

³⁷⁸ D12D, E. 1977/3288, K. 1979/2828, KT. 28.6.1979, DD, sy. 40-41, s. 383.

³⁷⁹ Akylmaz, Bahtiyar, İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması, SÜHFD Prof. Dr. Süleyman Arslan’a Armağan, c. 6, 1998, sy. 1-2, s. 215.

³⁸⁰ D10D, E. 1997/3081, K. 2000/1961, KT. 27.04.2000, yayınlanmamış; aynı yönde bkz. D10D, E. 1994/6009, K. 1995/6222, KT. 29.11.1995. Bal – Şahin – Karabulut, s. 400.

³⁸¹ D12D, K. 1976/2074, KT. 26.10.1976, DD, sy. 26-27, s. 521.

³⁸² Zabunoğlu, Yahya K, İdari Yargı Hukuku Dersleri, Ankara 1980-1981, Teksir, s. 275; Gönen, s. 33.

³⁸³ Esin, s. 450.

“Manevi tazminat gerçekte bir tatmin aracı değil, doyurma (tatmin) aracıdır. Manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı (elem, ıstırap), üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı ile bir miktar para verilerek, onun bu yoldan doyurulması (tatmin edilmesi) sağlanır. Buna ‘acı parası’ da denilmektedir”. “Manevi zarar için yapılan ödemede amaç, maruz kalınan olay veya durum dolayısıyla hayat şartlarında kişilerin karşılaştıkları karmaşanın belli bir ölçüde de olsa giderilmesi, normale dönme için yardımcı olunmasıdır. Ödenen tazminat, tabiri caizse, zarara uğrayan kimsenin belleğinden yaşanan olayların etki ve izlerini silmek veya yoğunluğunun azaltılmasını sağlamaktır. Şu bir gerçektir ki, ödenecek tazminat miktarı ne olursa olsun, hiçbir zaman uğranılan zararın karşılığı olamaz. Çünkü zamanı ters çevirip zarar verici olayın hiç olmamış gibi, eski durum ve şartların yaratılması mümkün değildir. Manevi tazminata hükmedilmesi ile zararın mağdurunun manevi alanda uğramış olduğu yıkıntı, elem ve ıstırap belli bir ölçüde tatmin edilemeye çalışılır”³⁸⁴. “Böylece, manevi tazminatta, ‘gerçek zarar’, halen gerçekleşmiş ve ileride devam edecek manevi zararı içermekle beraber, hem zararın miktarı, hem de rakam olarak tazminata çevrilmesi bakımından kesinlik arz edemeyen, ölçülemeyen, somutlaştırılamayan, zararın tümünü kapsayamayacak olan bir nitelik taşımaktadır. Zaten bu yüzden hem zarar hem de manevi tazminat miktarı ‘takdiren’ hesaplanıp, ‘kısmen telafi, tahfif, tatmin’ etmek üzere hükmolunmaktadır”³⁸⁵.

Burada, tazminat miktarını belirleme yetkisi en geniş şekilde mahkemenin takdirine bırakılmıştır³⁸⁶. Mahkeme, bilirkişiden yararlanmaksızın³⁸⁷ olayın özelliğine göre, yapılan saldırının niteliği, mağdurun kişisel durumu ve özellikleri, çekilen fiziksel ve/veya manevi acı, elem ve üzüntüyü gözönünde bulundurarak tazminatın miktarını belirleyecektir³⁸⁸.

Yargıtay’ın bir kararında, “manevi tazminat, bozulan ruhi huzurun kısmen ve imkan nispetinde iadesini temin eden bir meblağdır. Kanunlarımızda bunun kesin bir ölçüsü yoktur. Onun için hakim, Medeni Kanun gereğince takdir hakkını hak ve nesafete uygun şekilde kullanarak miktarı tespit eder. Takdir hakkı kullanılırken gözönünde bulundurulması gereken bazı objektif ölçüler vardır. Ezcümle, bu para bir zenginleşme vasıtası olmamalı, mağdurun

³⁸⁴ Atay – Odabaşı – Gökcan, s. 159-160.

³⁸⁵ Güran, s. 157; Kaplan, s. 127.

³⁸⁶ “... Manevi tazminat gerçekte bir tazmin aracı değil tatmin aracıdır. Manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen duyduğu acı elem ıstırap üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye manevi tazminat adı altında verilecek miktarın takdiri mahkemelere aittir ...”. D10D, E. 1994/4337, K. 1995/1005, KT. 08.03.1995. Bal – Şahin – Karabulut, s. 199.

³⁸⁷ Gözler, s. 1279.

³⁸⁸ Gönen, s. 33-34.

tahassüs gücü ve ailevi bağlarının olağanüstü derecelere yükseltilerek mübalağadan kaçınılmalıdır. İşte, bu kıstaslar içinde bir takdir yapılp, kadri maruf bir rakamın tespiti şarttır. Böyle yapılmazsa, fail lüzumsuz bir yük altına sokulur ki kanunun amacı bu değildir”³⁸⁹ denilmektedir

Danıştay’a göre de, “manevi tazminata hükmedilirken, bir yandan ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak olay nedeniyle duyduğu manevi acının kısmen giderilmesini ifade edecek, ancak ilgilinin zenginleşmesine yol açmayacak, buna karşın da idarenin eyleminin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek bir miktarın belirlenmesi gerekmektedir”³⁹⁰. Uygulamada, gerek Yargıtay’ın ve gerekse Danıştay’ın ilk derece mahkemesi tarafından belirlenen manevi tazminatın miktarını da titizlikle değerlendirdiği ve bu noktadan da kararlara müdahale ettiği görülmektedir. Bu değerlendirmelerle birlikte manevi tazminatın takdirine ilişkin bazı ilkeler belirlenmiştir. Bu belirlemelere ilişkin örnek Danıştay kararları mevcuttur.

Danıştay, davacının telefon konuşmalarının herhangi bir mahkeme kararı olmaksızın dinlenilmesi nedeniyle uğranıldığı ileri sürülen 15.000.000.000. TL manevi zararın tazmini istemiyle açılan davada; İdarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle takdiren 5.000.000.000 TL. manevi tazminat istemini kabul eden mahkeme kararını, manevi tazminat belirlenirken bir yandan eylemin hukuka aykırılığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek, diğer taraftan da ilgililerin sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak, olay nedeniyle uğranılan manevi acının kısmen giderilmesini ifade edecek bir miktarın belirlenmesi gerektiğini belirttikten sonra, emekli bir çiftçi olan davacının sosyal ve ekonomik konumu itibarıyla takdir edilen miktarı fazla olduğu gerekçesiyle bozmuştur³⁹¹.

Yine Danıştay davacının eşinin ve çocuklarının annesinin kaldırıldığı acil serviste ölmesi nedeniyle, eş için 1.000.000.000 TL, çocukların her biri için 2.000.000.000 TL, toplamda 5.000.000.000 TL manevi tazminat ödenmesi istemiyle açılan davada, idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle davacıların her birine takdiren 1.000.000.000 TL olmak üzere toplamda 3.000.000.000.TL tazminata hükmeden mahkeme kararını, mahkemece takdir edilen miktarın duyulan elem ve ızdırabı kısmen de olsa giderecek, idarenin kusurunun ağırlığını ortaya koyacak düzeyde olmadığı gerekçesiyle bozmuştur³⁹².

³⁸⁹ Y4HD, E. 7/6734, K. 1966/4349, KT. 23.09.1966. **Karahasan**, s. 865-866.

³⁹⁰ D10D, E. 2001/4704, K. 2003/551, KT. 19.02.2003. **Gönen**, s. 34.

³⁹¹ D10D, E. 2003/1365, K. 2005/5967, KT. 12.10.2005. Yayınlanmamıştır.

³⁹² D10D, E. 2001/323, K. 2003/703, KT. 25.02.2003. yayınlanmamıştır.

Danıştay bir kararında, “... manevi tazminata hükmedilirken tazminat miktarının; idarenin eyleminin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak tutarda olması kadar, aynı olaydan dolayı benzer şekilde etkilenen diğer kişilerin etkilenme ve yakınlık derecesi dikkate alınarak orantılı ve adil olmasının hakkaniyet gereği olduğunu” belirttikten sonra uyuşmazlıkta (ölen) MG.nin annesi tarafından 6.000.000.000.- lira manevi tazminat, kardeşleri olan diğer davacıların her biri tarafından ise 3.000.000.000 .- lira manevi tazminat istenilmiş olup, mahkemece, genç yaşta yetişmiş oğlunu kaybeden anne olduğu dikkate alınarak anne FG. ye 5.000.000.000, lira manevi tazminata hükmedilmiş iken, kardeşlerinin her birine sadece 500.000.000.- lira tazminata hükmedilmesinin; oğlunu kaybeden davacı ile kardeşlerini kaybeden diğer davacılar 1/10 (onda bir) oranında farklı düzeyde manevi tazminat verilmesi nedeniyle kardeşlere verilen tazminatın orantısız olduğu ve hakkaniyete uygun düşmediği sonucuna vararak ilk derece mahkemesin kararını bu yönden bozmuştur³⁹³.

Sivas olayları nedeniyle yanan otelin ortakları tarafından açılan tazminat davasında Danıştay, olayların meydana geldiği sırada otelde bulunan kişilerle, sırf yangına maruz kalan otelin ortağı bulunmanın dışında bir zarara uğrayan kişiler arasında eşitlik olamayacağı, dolayısıyla manevi tazminat takdir edilirken bu farkın gözetilmesi gerektiği, otelin iki ortağı olan M ve YÖ. nün uğradıkları zararlar maddi zarar şeklinde takdir edilmekle birlikte, MÖ. nün ... otelin maliki ve şirketin ortağı olmasının yanında, Sivas olayları sırasında otelde bulunması nedeniyle diğer iki davacıya karşın duyduğu elem ve üzüntü ile orantılı olarak manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirterek şirket ortağı iki davacı ile olaylar sırasında otelde bulunan MÖ. ye aynı miktarda manevi tazminat ödenmesine ilişkin yerel mahkeme kararını bu yönden yeniden hüküm verilmek üzere bozmuştur³⁹⁴.

Gaziosmanpaşa olayları sebebiyle açılan davada mahkeme; toplumsal olaylar nedeniyle işyeri zarar gören davacının, bu sebeple elem ve ızdırıp duyduğu ve mevcut çalışma düzeninin bozulması nedeniyle işyerini yeniden düzenlemek zorunda kalması sebebiyle, manevi bir sıkıntı duyduğunun kabulü gerektiği gerekçesiyle manevi tazminata hükmetmiştir. Bu kararın temyiz aşamasında ise Danıştay yukarıda belirtilen Sivas olayları hakkında verdiği kararın aksi yönünde; “ Manevi tazminat, maddi patrimuanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, kişinin manevi varlığına yapılan saldırı halinde meydana gelen manevi zarar ve kayıpların giderilmesi için başvurulacak bir tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal

³⁹³ D10D, E. 1999/2410, K. 2001/2637, KT. 20.06.2001. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 45.

³⁹⁴ D10D, E. 1994/7359, K. 1995/3559, KT. 12.07.1995. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 31.

olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir. Bu nedenle, manevi tazminata ölüm, bedeni zarar ve kişilik haklarına saldırı halinde hükmedilebilir. Uyuşmazlık konusu olayda ise, manevi tazminata hükmedilmesini gerekli kılan koşullar oluşmadığından, temyize konu mahkeme kararında manevi tazminat isteminin kabul edilmesinde hukuki isabet bulunmamaktadır...” gerekçesiyle manevi tazminat hükmeden mahkeme kararını bozmuştur. Aynı kararın azlık oyunda ise şu görüş dile getirilmiştir: “Davacının manevi tazminat isteminin dayanağını, işyerinin ağır hasarlı olup, kullanılmaz hale gelmesi sonucu, çalışma düzeninin bozulması, geçimini temin etme güçlüğü ve endişesini yaşaması sonucu manevi bütünlüğünde oluşan zarar oluşturmaktadır. Yaşamını devam ettirecek gelirden yoksun kalma duygusunun kişinin manevi bütünlüğünü ciddi ölçüde bozan bir duygu olduğunda kuşku yoktur. Bu nedenle İdare Mahkemesinin kararının onanması gerektiği düşüncesiyle, aksi yöndeki çoğunluk kararına katılmıyorum”³⁹⁵.

Yine bir diğer kararında Danıştay , “... ülkemizin ve milletimizin iç güvenliğine yönelik istihbari hizmetini de yürüten davalı idareye mensup bazı görevlilerce (Yargıtay Ceza Dairesi Başkanı olan) davacının resmi telefonunun hukuk dışı yollarla dinlenerek anayasal güvence altında bulunan haberleşme özgürlüğünün zedelendiği, kamuoyunda bazı şüpheli kişilerin telefonunun dinlendiği düşüncesinin hakim olması nedeniyle davacı hakkında şüphe ve tereddütler doğmasına sebebiyet verilmek suretiyle kişilik haklarının ağır bir biçimde saldırıya uğradığı, davalı idarenin yasal olmayan yollardan telefonunun dinlenmesini ve bunun sonucunda davacının hak ve özgürlüklerinin zedelenmesini önleyecek biçimde gerekli tedbirleri almayarak ağır hizmet kusuru işlediği, bu durumda davacının uğradığı manevi zararın tazmin edilmesi gerektiği, olayda davacının yürüttüğü görevin önem ve özelliği, eylemin gerçekleştirme biçimi ve ağırlığı, davacının kişilik haklarının ve haberleşme özgürlüğünün ağır bir şekilde zedelenmesi, davalı idarenin ağır kusuru manevi tazminatın manevi tatmin aracı olma niteliğini dikkate alarak ...”³⁹⁶ ve yine “... herhangi bir şekilde dayanak gösterilmeyen suçlamalarla karşı karşıya bırakıl(an), bu suçlamalardan dolayı kamuoyunda hakkında şüphe ve tereddüt doğan toplumdaki her birey gibi onurlu ve saygın yaşama hakkı ağır bir şekilde zedelen(en), davacının geçmişte ifa ettiği görevin önemi davalı idarenin olaydaki ağır hizmet kusurunu dikkate ...”³⁹⁷ alarak manevi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

³⁹⁵ D10D, E. 1998/4231, K. 2001/484, KT. 13.02.2001. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 19-20.

³⁹⁶ D10D, E. 2000/2926, K. 2000/6227, KT. 06.12.2000. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 148.

³⁹⁷ D10D, E. 1999/1184, K. 2001/3325, KT. 02.10.2001. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 144.

Bir diğerk olayda da davacıların murisi M.T.'nin 28.09.1996 tarihinde saat 20.30 sıralarında İstanbul, Esenler, Nene Hatun Mahallesi, Ayazma Caddesi, 40. Sokakta bulunan boş arsadan geçmekte iken kopmuş vaziyette yere düşen elektrik tellerini fark etmeyerek takılması sonucu ölüm nedeniyle uğranıldığı öne sürülen anne ve baba için toplam 3.500.000.000.-TL. maddi zarar ile ayrıca anne, baba, kardeş, dede, babaanne, amca, dayı için toplam 13.000.000.000.-TL, manevi zararın yasal faiziyle birlikte tazmini istemiyle açılan dava sonucunda, İdare Mahkemesince; davacıların maddi tazminat isteminin her biri için 1.750.000.000.-TLden toplam 3.500.000.000.-TL, olması nedeniyle istemle bağılı kalınarak kabulü gerektiğı, ayrıca davacıların murislerinin ölümü nedeniyle duydukları acı ve üzüntüyü hafifletmek amacıyla amca ve dayı dışındakilere manevi tazminat verilmesinin uygun bulunduğu, amca ve dayının ölen kişı ile diğerk davacılar kadar yakın ilişki ve irtibat içinde olmamaları nedeniyle manevi tazminat taleplerinin kabul edilmediğı gerekçesiyle verdiği karar Danıştay tarafından onanmıştır³⁹⁸.

Son olarak, tazminat miktarının belirlenmesi konusunda üzerinde durulması gereken bir nokta da hükmedilen manevi tazminata faiz uygulanıp uygulanmayacağıdır. Önceleri, Danıştay, manevi tazminatın niteliğı gereğı ayrıca faize hükmedilemeyeceğıne karar verirken, AYİM, manevi tazminata da faiz yürütölmesi esasını benimsemekteydi. Daha sonra, Danıştay bu içtihadından dönerek, manevi tazminata da faiz uygulanması gerektiğı görüşünü benimsemiştir. Ancak burada, Danıştay, idareye başvuru tarihinden itibaren faiz uygulanması gerektiğı görüşünde iken, AYİM, faizin, karar tarihinden ödeme tarihine kadarki dönem için uygulanacağına hükmetmektedir³⁹⁹.

³⁹⁸ D10D, E. 2000/3770, K. 2002/1095, KT. 16.04.2002. **Bal – Şahin – Karabulut**, s. 152.

³⁹⁹ **Gönen**, s. 36.

SONUÇ

Bugün demokratik hukuk sistemlerinde olduğu gibi ülkemizde de devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, eylem ve işlemleri nedeniyle sebep oldukları zararlardan sorumlu tutulmaktadırlar. Hukuk devletinin en temel göstergesi olan idarenin hukuka bağlılığının sağlanması ve dolayısıyla hukuk devletinin gerçekleştirilmesinde en önemli araçlardan birisi de idarenin sorumluluğuna gidilebilmesidir.

Türk pozitif hukukunda anayasal ve yasal düzenlemelerle kamu gücünün sebep olduğu zararlardan sorumlu tutulması ilkesi getirilmekle birlikte bu sorumluluğun sebepleri, koşulları, sorumluluğu azaltan ya da kaldıran nedenler gibi sorumluluğun esasına ilişkin konulardaki boşluğun giderilmesi görevi söz konusu alanın kendine özgü niteliği gözönüne alınarak yargı organlarına bırakılmıştır. Danıştay içtihatlarında ortaya konan ve doktrin tarafından da benimsenip sistematik hale getirilen sorumluluk şartlarından en önemlisi sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edilen zarar kavramıdır. Zarar, ilk bakışta çok belirgin ve kolay saptanabilecek bir durum gibi görünmekte ise de, tayin ve tespit edilmeye çalışıldığında çok yönlü bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de zarar, hukuki olarak nasıl tanımlanabilir? Hangi zararlar tazmini gereken zarar kapsamındadır? Aynı eylem veya işlem nedeniyle kimler zarara uğramıştır? Geleceğe dönük gerçek zararların tespitinde hangi hesaplama yöntemi en sağlıklı sonucu verir? İşte tezimizde bu ve benzeri sorulara cevap olarak aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

1) Zararın tanımı, doktrin ve yargı organlarına bırakılmıştır. Genel olarak zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Malvarlığının zarar verici eylem olmasa idi, alacağı durum ile eylem sonucu aldığı durum arasındaki farktır. Zarar, malvarlığının aktifinin azalmasından, yoksun kalınan kazançtan veya pasifinin artmasından kaynaklanabilir.

Zararın, zarar gören kişinin hukuk tarafından korunan bir hakkının ihlali sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Kişinin, hukuk düzeni tarafından korunmayan, gayrimeşru bir çıkarının ihlalinden meydana gelen bir zararın da tam yargı davasına konu edilmesi mümkün değildir. Bunun gibi, kişinin kendisi ile hukuki bir bağı mevcut olmayan bir hakkın ihlalinden doğmuş zarardan ötürü de kamu gücünü sorumlu tutma imkanı yoktur.

Sorumluluk hukukunda malvarlığı, geniş anlaşılmalıdır. Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki ayni haklar, yani mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar (fikri ve sınai haklar), malvarlığının en önemli

unsurlarını oluşturur. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği, yani çalışma ve faaliyetleriyle gelecekte elde edeceği kazanç ve gelir ihtimali de malvarlığını oluşturan değerler arasında yer alır. Kişilik hakkı ve bu hakkı oluşturan hukuki varlıklar, ilke olarak malvarlığı kapsamına girmez. Bununla birlikte, kişiliği oluşturan hayat, vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ekonomik itibar (kredi) gibi hukuki değerler, bazen malvarlığını etkileyebilirler. Başka bir ifadeyle bu değerlerin ihlali zarar görenin malvarlığı üzerinde ekonomik yönden olumsuz etki ve sonuçlar doğurabilir. Mesela vücut bütünlüğü, niteliği itibarıyla kişilik hakları içinde yer alan bir şahıs varlığı değeridir. Ancak, vücut bütünlüğünün ihlali zarar görenin belli bir süre çalışmasına engel olmuş, tedavi ve diğer tıbbi giderlere yol açmış ve nihayet çalışma gücünün belirli bir oranda sürekli olarak kaybına neden olmuşsa, malvarlığı ekonomik yönden olumsuz şekilde etkilenmiş olur. Bu yönüyle ele alınırsa, şahıs varlığı değerleri (vücut bütünlüğü gibi), malvarlığı kavramı içinde yer alabilir. Buna karşılık, kişilik haklarının ihlali, aynı zamanda malvarlığında bir eksilmeye yol açmıyorsa, teknik (maddi-dar) anlamda bir zarar söz konusu olmayacağından, malvarlığı kavramı içinde yer almazlar. Bu takdirde, ancak zarar görenin şahıs varlığında bir eksilme söz konusu olabilir ki bu da manevi zararı oluşturur.

2) Tazmin, herhangi bir işlem ve eylemden meydana gelen zararlı bir sonucun bu eyleme maruz kalarak zarara uğrayan ve bu suretle fiilen malvarlığında bir azalma meydana gelen kimse yerine bu zararlı sonucun hukuken failinin malvarlığına yükletilmesi demektir.

Tazmin borcu deyimi, hukuki sorumluluğu saptanan hukuk sujesine yargı organınca yüklenen ödevi anlatır. Bir başka deyişle tazmin borcu, hukuki sorumluluğun doğal sonucu, onun yaptırım gücüdür. İdare hukuku yönünden tazmin borcunun yalnızca para borcu olduğu bilinmektedir.

Zarar ile tazminat kavramlarının karıştırılmaması gerekir. Çünkü zarar, maddi veya manevi varlığın zarar verici fiilin oluşundan önceki hali ile olmasından sonraki hali arasındaki farktan ibarettir. Tazminat ise, zarar görenin varlığında tespit edilen bu farkın kıymet bakımından tamamen veya kısmen iadesidir. Buna göre tazminat, zararın giderilmesi için ödenmesi gereken bir para veya yerine getirilmesi gereken bir yükümdür. Bu nedenle haksız fiil failinin belirli bir miktar “zarar veya ziyana mahkum edilmesi” deyimi maksada uygun bir ifade tarzı değildir ve karışıklığa yer verecek niteliktedir. Haksız fiil faili zarar ve ziyan tediyesine mahkum edilemez, bilakis verdiği bu zarar ve ziyanı tazmine mahkum edilir.

3) Maddi tazminat talep hakkı doğrudan doğruya zarara uğrayana ait olmakla birlikte, ölüm nedeniyle maddi tazminat istemlerinin düzenlendiği Borçlar Kanunu’nun 45. maddesiyle

bu duruma istisna getirildiği konusunda doktrinde ve yargı içtihatlarında görüş birliği vardır. Dolayısıyla, ölüm nedeniyle maddi tazminat taleplerinin düzenlendiği maddenin dar ve sınırlı yorumlanması gerekmektedir.

4) Dürüstlük kuralına aykırı olarak sırf karşı tarafa zarar vermek amacıyla yapılmamış olmak şartıyla ölenin malvarlığından yapılan ölümden önceki tedavi giderleri ölenin mirasçıları tarafından talep edilebilir. Ölenin dini, sosyal ve ekonomik durumuna uygun olmak koşuluyla yerel göreneklere göre yapılan cenaze ve defin giderleri istenebilir.

5) Destekten yoksun kalma zararı ve tazmini meselesi ile ilgili tüm sorunlar, özel hukuk alanında ele alınıp çözümlenmiştir. Özel hukuk alanındaki çözümlerin idari yargı alanında da geçerli olduğu kabul edilmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, desteğini yitiren kimsenin, ölümün meydana gelmesinden önce içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik yaşama düzeyinin devamını sağlayacak yardımın karşılığı olan paranın, bir başka ifade ile bakım giderinin ödettirilmesinden ibarettir.

6) Destek kavramı, hukuki bir münasebeti değil, fiili bir durumu hedef tutar ve ne hısımlığa ve ne de kanunun nafaka hükümlerine dayanmaz. Sadece kanunen bir kimseye yardım etmek zorunda olan kişi değil, ona fiilen, düzenli olarak yardım eden ve olayların normal akışına göre, eğer ölüm vuku bulmamış olsaydı, az çok yakın gelecekte de bu yardımı sağlayacak kimse destek sayılmalıdır.

7) Destekten yoksunluğun söz konusu olabilmesi için, ölenin yaptığı ya da ileride yapacağı yardımların kanuni bir ödev niteliğinde olması şart değildir. Dolayısıyla, yardımcı veya destek kavramını hısımlık, mirasçılık, nafaka yükümlülüğü gibi kanuni ilişkilere bağlı tutmak, bu ilişkilerle sınırlandırmak imkanı yoktur. Gerçi, anılan ilişkilerin varlığı halinde ölen kişi öncelikle (evleviyetle) yardımcı sayılır. Ancak, bu ilişkilerden biri olmaksızın da bir kimsenin destek sıfatını taşıması ihtimal dahilindedir. Dolayısıyla destek demek, kanun tarafından zorunlu olmasa bile, düzenli olarak yardımda bulunan demektir.

8) Destekten yoksun kalma tazminatı, üçüncü kişilere tanınmış bir haktır. Bu hak, ölenden geçen bir hak olmayıp, doğrudan doğruya desteğini yitirenlerin kişiliklerinde doğar. Kısacası destekten yoksun kalma tazminatı, destekten yoksun kalanın şahsında doğrudan doğruya doğan asli ve bağımsız bir talep hakkıdır. Ölenle ya da malvarlığı ilgisi bulunmadığını belirtmek için destekten yoksun kalma zararı talebinin bağımsızlığından söz edilir. Bu konuda doktrinde görüş birliği vardır. İstem bağımsız oluşu, giderimle ölenin mirası arasında herhangi bir ilgi kurulmasına engeldir. Dolayısıyla mirası reddetmiş olanda

tazminat isteyebilir. Talebin bağımsız oluşunun bir sonucu da, bu talebin mirasçılara geçebilmesi, üçüncü kişilere devredilebilmesi ve rehin edilebilmesidir.

9) Bir kimseyi başkası için destek haline getiren yardımlarda, düzenlilik ve devamlılık unsurları vardır. Yapanın tutumuna göre gelişigüzel zamanlarda sağlanan yardımlar düzenli olmadıkları için destekten yoksun kalma tazminatına esas alınamazlar. Çünkü, böyle yardımlarda devamlılık unsuru yoktur. Doğal olarak, bu unsur, ölenin özellikle kendilerine karşı kanuni bakım (nafaka) mükellefiyeti altında bulunmadığı kimseler için önemlidir

10) Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinin 2. fıkrasında “ölüm neticesi diğer kimseler ölenin yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir” hükmü yer almaktadır. Burada geçen “diğer kimseler” deyiminden kimleri anlamak gerektiği önemli bir sorundur. Bu önemli soruna uygulamada verilen yargı kararlarıyla çözüm bulunmaya çalışılmıştır. Danıştay, aralarında kanuni evlilik ilişkisi olmamakla birlikte, dini nikahla fiilen karı koca gibi yaşayan kimseleri birbirinin desteği saymakta ve özellikle bunlardan kocanın ölümü halinde karı lehine destekten yoksunluk tazminatına hükmetmektedir. Diğer taraftan insanların birbirine yardımcı olması için eş, kardeş, çocuk olma gibi ilişkilerden birinin bulunması şart değildir. Herhangi bir kimsenin, kanuna ahlaka, örf ve adete aykırı gizli bir maksat gütmemek şartıyla sırf insani düşüncelerle diğer kimselere yardım edebileceğini kabul etmek gerekir. Dolayısıyla Türk hukukunda destekten yoksunluk tazminatı istemek için bir hısımlık veya mirasçılık gibi bir bağ aranmamıştır. Ancak bu halde tazminat isteyen kişi, ölen kişinin sağlığında kendisine gerçek bir destek olduğunu ve bu desteği ileride de sürdüreceğinin kesinlikle anlaşıldığını, herhangi bir kuşkuyla yer bırakmayacak şekilde kanıtlamak zorundadır.

11) Destekten yoksunluk tazminatına hükmedilebilmesi için ölen desteğin bakım gücüne sahip olması gerekmektedir. Bakım gücü ise, bakan kişinin yani desteğin, bu yardımı sağlayabilecek maddi ve fiziki imkanlara ve kaynaklara sahip olması ya da sahip olacak olması anlamını taşır. Burada önemli olan bu bakım gücünün gayrimeşru kaynaklardan sağlanmamış olmasıdır.

12) Destekten yoksunluk tazminatı için yardım gören kimse, devamlı ve gerçek bir ihtiyaç içinde bulunmalıdır. Genel olarak bakım ihtiyacı, davacının zaruret ve sefalet haline düşmesini değil sosyal düzeyine uygun olarak yaşamının devamını sağlamak için gerekli imkanlardan yoksun kalmasını anlatır. Eğer ölenin fiili olarak baktığı davacı ölüm yüzünden bu bakımın sağladığı yaşama düzeyinin altına düşmüş olursa ihtiyaç içinde bulunmak koşulu

gerçekleşmiş sarılır. Burada önemli olan davacının ve ailesinin temsil ettiği sosyal ve ekonomik düzeye göre normal karşılanan giderlerdir.

13) Zarar tutarının belirlenmesinde desteğin gelirini saptamak çok önemlidir. Burada giderimi yani tazmini gereken zarar, desteğin sağlayacağı yardımların toplamıdır. Desteğin yapabileceği yardımların toplamı da desteğin geliriyle doğrudan ilgilidir. Ölüm ve cismani zararlar da olay tarihi ile karar tarihi arasında zarar somut olarak gerçekleştiği için varsayımlara dayalı işlemlerin yapılmasına gerek kalmaz. Hüküm veya rapor tarihinden sonraki döneme ilişkin zararın hesabı ise varsayımlara dayanmakla birlikte, bu hesabın, mümkün olduğu kadarıyla gerçeğe en yakın yöntemle yapılması gerekmektedir. İşte desteğin gelecekteki gelirinin gerçeğe en yakın surette hesaplanabilmesi amacıyla farklı hesaplama yöntemleri geliştirilmiştir. Bu yöntemlerin hepsinde ölenin/desteğin/zarar görenin hüküm tarihindeki net geliri esas alınarak hesaplama yapılmaktadır.

14) Ölenin, yardımının devam etmesi varsayılan sürede ekonomik kaynakları ve bunlardan sağlanan gelirleri, kazançları ortaya konulmalı ki bakılana yapılması gereken yardım tutarı belirlenebilsin. Yardım tutarının belli edilebilmesi için de, tespit edilmiş olan gelirin netleştirilmesi gerekir. Net gelirin bulunabilmesi için brüt gelirden; brüt gelirin elde edilebilmesi için yapılması zorunlu giderler, harcamalar, desteğin ödemekle yükümlü olduğu her çeşit vergiler, resim ve harçlar, ödediği ya da ödemesi gereken nafaka ve yardımlar düşülür. Böylelikle netleştirilen gelir tazminat hesabına esas alınır. Zira desteğin bakım gücü bu net gelire dayanır. Gelir netleştirildikten sonra desteğin yapacağı yardım miktarının ne olabileceğinin ortaya konulması gerekir. Yardım tutarını saptamak için her çeşit kanıtı başvurulabilir.

15) Yardım tutarı belirlenirken ölenin gelirinden bir bölümünü kendisine ayıracağı ve bu tahsisten vazgeçilemeyeceği düşünülmüş ve bu suretle yardımın (payların) geliri yutmaması ilkesine varılmıştır. Buna göre gelirin tamamı, yardım görenlere tahsis olunmuş varsayılmaz. Öte yandan, destek görece kimselere ayrılacak miktar da, bunların ihtiyaçlarının toplamı kadar olmalıdır. Ölenin kendi geçim masraflarından artan miktarın tamamının (hiçbir tasarruf düşüncesine yer bırakmadan) destek görenlere dağıtıldığı da kabul olunamaz. Hiç kimseye ihtiyacından fazla bir pay ayrılması da bir ilke olmalıdır.

16) Daha önce de belirtildiği gibi destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmek için mirasçı olmak şart değildir. Bu nedenle destek payı ile miras payı farklı ölçülerle belirlenmektedir.

17) Yaşamın olağan akışı içinde, destek sayılan kimsenin baktığı kimselere gelirini belli paylara bölerek dağıttığı pek söylenemese de tazminat hesabında bir paylaşırma yapmak zorunludur. Gerçek yaşamda desteğin kesin bir ölçüsü yoktur. Bu nedenle her yöntem ve her tür hesaplama varsayıma dayalı olacaktır. Varsayımla destek payları belirlenirken, belirlemede destek ile destek olunan kimse arasındaki yakınlığın derecesi, aralarındaki manevi bağ, davacıların yaşları, dahil oldukları sosyal ve ekonomik çevre, yaşam standartları, cinsiyetleri gibi bakım ilişkisine ve miktarına etkili olabilecek unsurlar da gözönünde bulundurulacaktır.

18) Destek paylarına ilişkin oturmuş yerleşik içtihatların varlığından söz edilemez. Doktrinde ise değişik yöntemler sonucu hazırlanan tablolar önerilmiştir. Ayrıca belirtelim ki destek tazminatı isteyenlerin sayısı arttıkça daha fazla tazminat alınacağı sanılmamalı, tazminatın paylaşılacağı bilinmelidir.

19) Cismani zarar nedeniyle talep edilen maddi zarar, vücudun yaralanması değil, bu yaralanmanın ortaya çıkardığı ekonomik sonuçlardır. Eğer yaralanma veya sakatlanma yüzünden malvarlığında bir azalma olmuş ise ancak o takdirde bir zarardan söz edilebilir. Ancak, vücut bütünlüğünün ihlali, parasal anlamda bir zarara yol açmayan, bu nedenle maddi tazminat talebinin konusu olmayan, fakat manevi tazminatın konusu olan bir talep şeklinde de ortaya çıkabilir.

Malvarlığında bir eksilme olmaması durumunda zarara hükmedilmemesi eleştirilmiştir. Bugün yargı düzenimizde insana verilen zararlar “can” zararı olarak değil “mal” zararı olarak değerlendirilmektedir. Buna göre, haksız eylemden zarar gören kişilerin açtıkları davalarda tazminatın ölçüsü “malvarlığı eksilmesi” veya “kazanç kaybı”dır. Yiten can veya sakat kalan beden, olay öncesinde eğer çalışıp kazanç elde etmiyorsa, parasal bir değer üretmiyorsa ya da ileride çalışıp para kazanma ihtimali yoksa, maddi tazminat söz konusu olamayacaktır. Öte yandan her kişinin kazanç düzeyine göre tazminat tutarları farklı olacak; kazancı yüksek olan fazla, kazancı düşük olan az tazminat alacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinde, “Cismani bir zarara دچار olan kimse külliyyen veya kısmen çalışmaya muktedir olmamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanını ve bütün masraflarını isteyebilir” denildiğinden tazminat isteme hakkı “cismani bir zarara دچار olan kimse”ye yani daima bir gerçek kişiye tanınmış olup bunların yakınlarına tanınmamıştır. Bu duruma istisna ölüm üzerine istenen (destekten yoksun kalma tazminatı gibi) tazminatlarda getirilmiştir.

20) Çalışma kaybı geçici nitelikte olabileceği gibi, sürekli nitelikte de olabilir. Kaybın geçici veya sürekli nitelikte olduğu tıbbi bir rapor sonucunda belirlenir.

Vücut bütünlüğü ihlal edilen mağdurun, hüküm tarihinde çalışma gücü kaybı sona ermişse veya bu tarihten bir süre sonra sona ereceği anlaşılmışsa, başka bir anlatımla tamamen iyileşmiş veya iyileşecekse, çalışma gücünün geçici olarak kaybından söz edilir. Çalışma gücünün geçici kaybının devam süresi de tıbbi raporla belirlenir. Geçici kaybın devam süresinin belirlenmesinde bazen, aynı hususta açılmış bulunan ceza davalarında verilen tıbbi raporlar esas alınmaktadır. Bu tür davalarda alınan tıbbi raporlarda mağdurun mesleki durumu dikkate alınmaksızın ve sadece eylemin suç oluşturup oluşturmadığı veya ceza miktarının tespitine ilişkin olarak “mutad iştigallerinden” kaldığı süreye göre düzenlenmektedir. Fiilin cezai görünümü bakımından önemli olan “mutad iştigaller” kişinin normal bedeni faaliyetleridir. Başka bir anlatımla, kişinin geçici iş göremezlik nedeniyle mutad iştigallerinden kaldığı süre; yemek, saçını taramak, elbisesini değiştirmek ve benzer gereksinimlerini başkasının yardımına ihtiyaç duymaksızın yerine getiremediği süreyi ifade etmektedir. Halbuki Borçlar Kanunu’nun 46. maddesi kapsamına giren maddi tazminat talebi bakımından mağdurun ne kadar süreyle normal bedeni faaliyetlerini yapamadığı değil, ne kadar süreyle gelir getirici faaliyette bulunamadığı hususu önemlidir. Bu bağlamda, mağdurun çalışma gücü kaybı süresi mutad iştigallerinden kaldığı süreden her zaman daha uzundur. Bu bakımdan tazminat davasında, aynı fiile ilişkin ceza davasında alınmış bulunan tıbbi rapor esas alınmaksızın, mağdurun iyileşme süresini, yeniden gelir getirici faaliyette bulunabileceği süreyi gösteren bir rapor alınmalı ve mağdurun, çalışma gücünün geçici olarak kaybından doğan maddi zararı buna göre belirlenmelidir.

21) Meslekte kazanma gücü kaybı ile çalışma gücü kaybı ve gelir elde etme yeteneğinin kaybı arasında fark vardır. Çalışma gücü kaybı salt fiziksel ve ruhsal faaliyetin ifasına ilişkindir. Meslekte kazanma gücü kaybı, belirli bir meslek için gerekli bulunan faaliyetin meydana çıkarılmasıyla ilgilidir. Meslekte kazanma gücü kaybının belirlenmesinde, şu anda ifa edilen meslek nazara alınmakta, meslek değişimi ve bir başka meslekteki gelir imkanı gözardı edilmektedir. Gelir elde etme yeteneğinin kaybında ise, mağdur için mümkün olan gelir imkanının, beklenebilir tüm meslek değişimi ihtimalleri de dikkate alınarak belirlenmesi söz konusudur.

Maddi zararın hesaplanması için yukarıda yer verilen ölçütlerden birinin veya diğerinin seçilmesi farklı sonuçlara götürür. Örneğin; geçirdiği kaza sonucu yüzünde çirkinleştirici bir yara kalan sinema sanatçısının çalışma gücünde herhangi bir kayıp

olmamasına rağmen, artık sinema sanatçısı olarak çalışamayacağı için meslekte kazanma gücü kaybı % 100'dür. Bununla birlikte gelir elde etme yeteneğinin tamamen kaybı söz konusu değildir. Çünkü, bu kişi kendisine uygun bir başka işten gelir elde edebilir. Bunun gibi bir futbolcunun bacağındaki maluliyet o meslekte % 100 kazanma gücü kaybına yol açar. Ancak, bir başka gelir imkanının beklenebilir olup olmaması bir yana, bu kişinin futbolculuk yaşamı zaten belirli bir yaşla sınırlı olduğundan, tüm çalışma yaşamı boyunca % 100 oranında gelir kaybına uğrayacağı söylenemez.

22) Manevi zarar, malvarlığı dışındaki hukuksal değerlere yapılan saldırılardan ötürü kişinin iradesi dışında bu değerlerde meydana gelen eksilmedir. Manevi zarar kişinin haysiyetine, vücut tamlığına veya yakınlarına yapılan saldırılar nedeniyle duyduğu bedensel ve ruhsal acı, üzüntü ve hayattan zevk almasında eksilmedir. Bu gibi hallerde, kişiye miktar olarak ölçülemeyen maddi veya manevi bir acı verilmesi veya kişinin toplum içinde küçük düşürülmesi (kişilik haklarına saldırı halinde) söz konusudur. Manevi zarar, gerçek anlamda bir zarar değildir; zira malvarlığında bir azalmayı ifade etmez. Bir acının, elemin veya kişisel değerler ve varlıklardaki eksilmenin maddi zararlar gibi parayla ölçülmesine imkan yoktur. Ancak, birçok Danıştay kararında da belirtildiği üzere "... başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı, manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu hale getirmektedir...". Zaten manevi tazminat da, mameleki zarar kavramına dayandırılmaz. Acı parası, manevi tatmin akçası sayılır. Dolayısıyla maddi zarar hesap edilirken, manevi zarar takdir edilir.

23) Zarara uğratılabilecek kişilik hakları (şahsiyet hakları) deyimini pek çok manevi değeri içine alır. Kanunkoyucu Medeni Kanunun 24. maddesi ve Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi ile şahsiyet haklarını koruma altına almakla birlikte, bu hakları birer birer sayarak hakimi bunlarla bağlamak istememiştir. Bu hakların doktrin ve yargı içtihatlarıyla belirlenmesi amaçlanmıştır. Doktrin ve yargı içtihatlarına göre bu haklar kapsamında; bedensel ve ruhsal bütünlük, özgürlük, şeref, haysiyet (onur), hatıra gibi değerlerle, kişinin özel yaşamına veya aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırrı, isim ve fotoğraf üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık sosyal ve siyasal haklar sayılabilir.

24) Manevi zarar açısından çeşitli tasnifler yapılabilirse de doğuracağı etkileri bakımından kendi içinde başlıca iki tür manevi zarardan söz edilebilir. Bunlar sırasıyla maddi etkileri olan manevi zararlar ve maddi etkileri olmayan, salt manevi zararlardır.

25) Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde ihlale uğrayan kişi, uğradığı zarara karşılık manevi zarar adıyla bir miktar para isteyebilir. Esasında, beden tamlığı ve hayat üzerindeki haklar da şahsiyet haklarındandır. Bunların ihlali, şeref ve haysiyet gibi diğer kişilik değerlerinin ihlaliinden sırf hukuk politikasına ilişkin düşüncelerle ayrılmıştır.

26) Bir kimsenin ölümü pek çok kimsenin acı ve üzüntü duymasına, ruhsal sarsıntıya uğramasına yol açabilir. Ancak, ölüm nedeniyle kimin ya da kimlerin tazmin edilebilir bir zarara uğradığı Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi ölenin ailesine manevi tazminat verilebileceğini hükme bağlamaktadır. Her ne kadar kanun metninde ölüm halinde manevi tazminat isteyebilecekler ölenin ailesi olarak belirlenmiş ise de doktrin ve yargı içtihatlarında İsviçre Borçlar Kanununun 47. maddesi de gözönünde tutularak hükmün amacının ölenin yakınlarını kasdettiği kabul edilmektedir. Burada önemli olan ölen kimse ile tazminat isteyen kişi arasındaki eylemli gerçek bir yakınlık ve sevgidir.

Bu noktada, ölüm sırasında küçük yaşta olan çocuk ve kardeşlerin de manevi tazminata müstehak olduklarını belirtmek gerekir. Zira, manevi tazminata hükmedilebilmesi bakımından, manevi acının, ölüm anında ya da daha sonradan duyulması önem arz etmemektedir. Bu itibarla, ölüm tarihinde henüz ana rahminde olan çocuğun da -sağ doğması kaydıyla- manevi tazminat hakkına sahip olduğunun kabulü gerekir.

27) Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişiye manevi tazminat verilebileceği hükme bağlanmıştır. Bu düzenlemeden, öncelikle, bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin manevi tazminat isteme hakkının bulunduğu anlaşılmaktadır. Bedensel olarak zarar gören ve bunun sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan ya da organları fonksiyon kaybına uğrayan kişinin, bu nedenle acı ve üzüntü duyacağı şüphesizdir. Bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi durumunda verilecek manevi tazminat, ekonomik yönden bir zarar doğup doğmadığına bakılmaksızın, bedensel zarardan kaynaklanan sırf bu acı ve üzüntü nedeniyle verilir.

28) Cismani zarar nedeniyle manevi tazminat bakımından önem taşıyan bir diğer husus da manevi tazminat talep etme hakkının kime ya da kimlere ait olduğudur. Doktrinde hakim olan görüşe göre, cismani zarar nedeniyle manevi tazminat talep etme hakkı, doğrudan doğruya, beden tamlığı ihlal edilen kişiye aittir. Yani, aynı eylem nedeniyle “yansıma yoluyla” acı ve üzüntü duyan kişilerin manevi tazminat talep etme hakları bulunmamaktadır. Bununla birlikte, bedensel zarara uğrayan kişinin çok yakınlarının da -aynı eylem nedeniyle- “yansıma yoluyla” değil ve fakat “doğrudan” ruhi ve asabi yönden bedensel bütünlüklerinin

zarar görmüş olabileceklerinin de kabulü gerekmektedir. Böyle durumlarda, yansıma yoluyla değil, doğrudan doğruya bedensel zarara maruz kalınmış olunmaktadır ki, sırf bu nedenle söz konusu kişilerin manevi tazminat talep etme haklarının bulunduğu kabul edilmektedir.

ÖZET

Sorumluluk hukukunun esas amacı gerçekleşen zararı gidermek yani tazmin etmektir. Türk pozitif hukukunda anayasal ve yasal düzenlemelerle kamu gücünün sebep olduğu zarardan sorumlu tutulması ilkesi getirilmekle birlikte bu sorumluluğun sebepleri, koşulları, sorumluluğu azaltan ya da kaldıran nedenler gibi sorumluluğun esasına ilişkin konulardaki boşluğun giderilmesi, söz konusu alanın kendine özgü niteliği gözönüne alınarak yargı organlarına bırakılmıştır. Danıştay içtihatlarında ortaya konan ve doktrin tarafından da benimsenip sistematik hale getirilen sorumluluk şartlarından en önemlisi sorumluluğun kurucu unsuru olarak kabul edilen zarar kavramıdır. Zarar, ilk bakışta çok belirgin ve kolay saptanabilecek bir durum gibi görünmekte ise de, tayin ve tespit edilmeye çalışıldığında çok yönlü bir kavram olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de zarar, hukuki olarak nasıl tanımlanabilir? Hangi zararlar tazmini gereken zarar kapsamındadır? Aynı eylem veya işlem nedeniyle kimler zarara uğramıştır? Geleceğe dönük gerçek zararların tespitinde hangi hesaplama yöntemi en sağlıklı sonucu verir? Tezimizde, bu soruların cevapları verilmeye çalışılmıştır.

ABSTRACT

Fundamental principle of the liability law is to eliminate incurred damage in other words it is compensation for damage. In the Turkish Positive Law there is a principle of “to be hold liable for damage” caused by power of public according to the constitutional and legal regulations, nevertheless task to remedy the loopholes in the subjects forming the principles of the liability such as reasons, conditions, decreasing or abolishing the liability are assigned to judicial bodies by taking attributes of the said subject into consideration. The most important part of the liability conditions, which had become a systematic by adoption of the doctrine and set out by the judicial opinions of the State Council is damage concept which was deemed as founding compenent of the liability. Although the damage is foreseen as a condition that can be determined clearly and easily it can be understood that damage is a well-rounded concept when we try to name and designate its attributes. How damage can be defined legally in fact? Which damages should be compensated? Who had been inccured loss due to same action or transaction? Which calculation method gives the most reliable result in determination of real losses in the future? In our thesis we will try to give answers to those questions.

KAYNAKÇA

- Akın**, Sokullu, Türk Sosyal Güvenlik Hukukunda Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul Barosu Yayını, İstanbul 2001.
- Akyılmaz**, Bahtiyar, İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması, SÜHFD, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, 1998, c. 6, sy. 1-2.
- Arkun**, Kudat, Cismani Kazalardan Doğan Zararların Değerlendirilmesi, Ankara 1966.
- Aşçıoğlu**, Çetin, Tazminat Hesabında Yöntem Sorunu, Ölüm ve Cismani Zarar Hallerinde Zararın ve Tazminatın Hesap Edilmesi Sempozyumu, Ankara 1993.
- Atay**, Ethem – **Odabaşı**, Hasan – **Gökcan**, Hasan Tahsin, İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.
- Ayrancı**, Hasan, Yargıtay Uygulaması Işığında Manevi Tazminat Miktarının Belirlenmesinde Tarafların Sıfatı, İşgal Ettikleri Makam, Diğer Sosyal ve Ekonomik Durumlar, e- akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, s.1 <http://www.e-akademi.org/makaleler/hayranci-1.htm>, ET. 10.12.2007
- Bal**, Yakup – **Şahin**, Yahya – **Karabulut**, Mustafa, Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2003.
- Çağa**, Ölüme Sebebiyet Halinde Müteveffanın Yardımından Mahrum Kalanlara Verilecek Maddi Tazminatın Tayini Meselesi, ABD, 2005, sy. 46,
- Çelik**, Ahmet Çelik, Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Düren**, Akın, İdare Hukuku Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara, 1979.
- Ejder**, Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Seçkin Kitapevi, 3. Baskı, Ankara 1986.
- Ekmekçi**, Ömer, Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali ve Ölüm Hallerinde Maddi Zarar Hesabının Unsurları, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, 12-13 Nisan 1996, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996.
- Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Basım Yayım, İstanbul 2003.
- Esin**, Yüksel, Danıştayda Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1973.

- Feyzioğlu**, Feyzi Necmettin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, c. I, İstanbul 1976.
- Gönen**, K. Eren, İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi, DD, sy. 34, 2004.
- Gözler**, Kemal, İdare Hukuku, c. II, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2003.
- Gözübüyük**, A. Şeref – **Tan**, Turgut, İdare Hukuku, c. I, Genel Esaslar, Güncelleştirilmiş 2. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2001.
- Gözübüyük**, A.Şeref, Yönetmelik Yargı, Turhan Kitapevi, Ankara 2001.
- Güleç (Uçakhan)**, Sema, Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1994.
- Günday**, Metin, İdare Hukuku, 9. Baskı, İmaj Yayıncılık, Ankara 2004.
- Güran**, Sait, Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu 12-13 Mayıs Ankara, İÜHFY., Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Gürbüz**, Metin, Beden Tamliğının İhlali (Sakatlık) ve Ölüm Hallerinde Doğan Maddi Zararın Hesaplanması ve Tazminatın Tayini, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2001.
- Gürsoy**, Kemal Tahir, İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler, III. Sempozyumu, İÜHFY., Fakülteler Matbaası, İstanbul 1980.
- Kaplan**, Gürsel, Danıştay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Manevi Tazminata Faiz Yürütülmesi Sorunu, AÜHFD, 2006, c. 55.
- Karahasan**, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku, Beta Basım Yayım, İstanbul 1996.
- Kaya**, Cemil, Avrupa Konseyindeki Gelişmeler Işığında 5233 Sayılı Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılama Hakkında Kanun, Uluslar Arası Hukuk ve Politika Dergisi, c. 3, sy.10, 2007.
- Kılıçoğlu**, Ahmet, Manevi Tazminatın Hukuksal Niteliği, ABD, 1984, sy. 1.
- Kırca**, Çiğdem, Manevi Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği, Yargıtay Dergisi, Temmuz-1999, c. 25, sy. 3.
- Oğuzman**, Kemal – **Öz**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2000.
- Onar**, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, c. III, İstanbul 1966.

- Özdemir**, Necdet, Hizmet Kusuru Teorisi ve İdarenin Sorumluluğu, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi Yayınları, Yeni Desen Matbaası, Ankara 1963.
- Özgüldür**, Serdar, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları, Yetkin Yayınları, Ankara 1996. (Tam Yargı Davaları)
- Özgüldür**, Serdar, İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: AYİM Uygulaması, Destekten Yoksunluk ve Cismani Zararlarda Sorumluluk ve Tazminat Sempozyumu, 12-13 Nisan 1996, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, 1996. (Tazminat Hesabının Unsurları)
- Reisoğlu**, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayın, İstanbul 1995.
- Schwarz**, Borçlar Hukuku Dersleri, c. 1, İstanbul, 1975.
- Seratlı**, Gaye Burcu, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.
- Serozan**, Rona, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, No. 239, Ankara 1990.
- Tandoğan**, Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku, AÜHFY., No: 159, Ankara 1961.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi – **Akman**, Sermet – **Burcuoğlu**, Haluk – **Altıp**, Atilla, Borçlar Hukuku, İstanbul 1985.
- Tekinay**, Selahattin Sulhi, Borçlar Hukuku, İstanbul 1979.
- Tunçomağ**, Kenan, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, c. I, İstanbul 1965.
- Türk Hukuk Lügati**, Hazırlayan Türk Hukuk Kurumu, 3. Baskı, Başbakanlık Basımevi, Ankara 1991.
- Velidedeoğlu**, Hıfzı Veldet – **Özdemir**, Refet, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Yargıtay Yayını, No.19, Ankara, 1987.
- Von Tuhr**, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, c. 1-2, Çeviren Cevat Edege, Gözden Geçirilmiş İkinci Baskı, Yargıtay Yayını No: 15, Ankara 1983.
- Zabunoğlu**, Yahya K, İdari Yargı Hukuku Dersleri, Ankara, 1980-1981, Teksir.