

T.C.  
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ  
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ  
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI  
YÜKSEK LİSANS TEZİ

**AKİT DIŞI SORUMLULUKTA MADDİ ZARAR VE  
TAZMİNİ**

**Elif Aydın**

Danışman  
**Prof. Dr. Ayşe HAVUTÇU**

2009

## Yemin Metni

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “ Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini” adlı çalışmanın, tarafımdan, bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

.../.../.....

Elif Aydın

İmza

## YÜKSEK LİSANS TEZ SINAV TUTANAĞI

### Öğrencinin

**Adı ve Soyadı** : Elif AYDIN  
**Anabilim Dalı** : Özel Hukuk  
**Programı** : Özel Hukuk  
**Tez Konusu** : Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar  
ve Tazmini

**Sınav Tarihi ve Saati** :

Yukarıda kimlik bilgileri belirtilen öğrenci Sosyal Bilimler Enstitüsü'nün ..... tarih ve ..... sayılı toplantısında oluşturulan jürimiz tarafından Lisansüstü Yönetmeliği'nin 18. maddesi gereğince yüksek lisans tez sınavına alınmıştır.

Adayın kişisel çalışmaya dayanan tezini ..... dakikalık süre içinde savunmasından sonra jüri üyelerince gerek tez konusu gerekse tezin dayanağı olan Anabilim dallarından sorulan sorulara verdiği cevaplar değerlendirilerek tezin,

BAŞARILI OLDUĞUNA O  
DÜZELTİLMESİNE O\*  
REDDİNE O\*\*

OY BİRLİĞİ O  
OY ÇOKLUĞU O

ile karar verilmiştir.

Jüri teşkil edilmediği için sınav yapılamamıştır.  
Öğrenci sınava gelmemiştir.

O\*\*\*  
O\*\*

\* Bu halde adaya 3 ay süre verilir.

\*\* Bu halde adayın kaydı silinir.

\*\*\* Bu halde sınav için yeni bir tarih belirlenir.

	Evet
Tez burs, ödül veya teşvik programlarına (Tüba, Fulbright vb.) aday olabilir.	O
Tez mevcut hali ile basılabilir.	O
Tez gözden geçirildikten sonra basılabilir.	O
Tezin basımı gerekliliği yoktur.	O

JÜRİ ÜYELERİ

İMZA

.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....
.....	<input type="checkbox"/> Başarılı	<input type="checkbox"/> Düzeltme	<input type="checkbox"/> Red	.....

## ÖZET

Yüksek Lisans Tezi

Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini

Elif Aydın

Dokuz Eylül Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Özel Hukuk Bölümü

Hukuki anlamda sorumluluğun doğması için meydana gelen olay sonucunda bir zararın doğması gerekmektedir. Davranış her ne kadar kusurlu ve hukuka aykırı da olsa bir zarar meydana gelmediği takdirde davranışı yapan veya olaya sebebiyet veren kişinin sorumlu olması mümkün değildir. Bu nedenle çalışmamızda sorumluluk hukukumuzda büyük öneme sahip olan zarar kavramını ve tazminini inceleyeceğiz. İncelememizde Türk Borçlar Kanunu Tasarısının bu konuya ilişkin düzenlemelerine de yer verilecektir.

Zarar kavramı Roma Hukukundan beri gelişme göstermektedir. Günümüzde de özellikle Alman Hukukunda maddi zarar kavramının kapsamını genişletmeye yönelik farklı fikirler öne sürülmüştür. Türk hukukunda da bu doğrultuda bazı görüşler belirtilmektedir. Bu nedenle hukukumuz bakımından maddi zarar kavramının kapsamını inceleme gerekliliği doğmuştur.

Bu çerçevede çalışmamızın birinci bölümünde sorumluluk hukukunun amacı ve akit dışı sorumluluk hukukuna hâkim olan ilkeler incelendikten sonra zarar kavramına ilişkin doktrinde öne sürülen farklı görüşlere yer verilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise maddi zarar kavramı ve hesaplanması eşyaya verilen zarar ve kişiye verilen zarar olmak üzere iki temel başlıkta incelenecektir.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise kapsamını belirlediğimiz maddi zararın nasıl ve ne oranda tazmin edileceği hususu zararın tazmin şekilleri ve tazminattan indirim sebepleri bakımından incelenecektir.

Sonuç kısmında ise çalışmamızda vardığımız sonuçlara ve görüşlerimize yer verilecektir.

**Anahtar Kelimeler:** Akit dışı sorumluluk kavramı, maddi zarar kavramı, maddi zararın tazmini.

## **ABSTRACT**

**Postgraduate Thesis**

**Material Injury and Compensation in Non-Contractual Liability**

**Elif Aydın**

**Dokuz Eylül University**

**Institute of Social Sciences**

**Department Private**

**Law Program**

**In order to arise a legal liability, in the event happened there has to be an injury. Even if the comportment is very bad or illegal, if no harm is done, the individual, who had committed the comportment or caused this event, cannot be held liable. Therefore in our study we will analyse the concept of injury and the compensation which have very big importance in our liability law. In our analysis we will also mention the arrangements about the Draft of Turkish Law of Obligations.**

**The concept of injury has been evolving since the Roman law. In our day, different ideas have been suggested to expand the extent of material injury concept especially in German law. In Turkish law some opinions are emphasized in the same direction, too. Therefore, there has been a necessity to analyse the extent of material injury concept in the view of our law.**

**Within this outline, in the first chapter of our study, we will analyse the purpose of the liability law and the principles of non-contractual liability law, after that, we will mention about the different opinions in the jurisprudence.**

**In the second chapter, we will analyse the extent of material injury and its calculation under two topics; injury to the person and injury to the goods.**

**After defining the extent of material injury, in the third chapter, we will analyse, how and in which proportion to compensate the injury, ways of compensation and possible reasons of compensation reductions.**

**In the conclusion, we will mention the results and our opinions we have concluded in our study.**

**Keywords:** The concept of non-contractual liability, the concept of material injury, the compensation of material injury

## İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ.....	ii
TUTANAK .....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
İÇİNDEKİLER .....	viii
KISALTMALAR .....	xiv
GİRİŞ .....	1
I.KONUNUN SUNULMASI.....	1
II.KONUNUN SINIRLANMASI .....	2

### BİRİNCİ BÖLÜM

#### SORUMLULUK VE ZARAR KAVRAMLARINA GENEL BAKIŞ

§1. SORUMLULUK KAVRAMI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR.....	4
I. Sorumluluk Hukuku Ve Amacı .....	4
A) Sorumluluk Hukuku.....	4
B) Sorumluluk Hukukunun Amacı .....	5
II. Sorumluluk Kavramı, Çeşitli Anlamları Ve Sorumluluk Çeşitleri .....	5
A) Sorumluluk Kavramı Ve Sorumluluk Çeşitleri .....	5
B) Sorumluluk Kavramının Çeşitli Anlamları .....	8
1) –den Sorumluluk.....	8
2) - ile Sorumluluk .....	8
III. Sorumluluk Hukukuna Hâkim Olan İlkeler .....	9
A) Şahıs İle Sorumluluk.....	9
B) Malvarlığı İle Sorumluluk.....	9
1) Sınırsız Malvarlığı ile Sorumluluk .....	9
2) Sınırlı Malvarlığı ile Sorumluluk.....	10
a) Belirli Bir Mal veya Mal Kategorisiyle Sınırlı Sorumluluk .....	10
b) Belirli Bir Miktarla Sınırlı Sorumluluk .....	11
IV) Akdi-Akit Dışı Sorumluluk Ayırımı.....	11
A) Genel Olarak .....	11



B) Akit Dışı Sorumluluk Halleri .....	13
1) Yürürlükteki Borçlar Kanununa Göre Akit Dışı Sorumluluk.....	13
a) Kusur İlkesi .....	14
b) Sebebiyet İlkesi.....	16
aa) Yararla zarar arasında bağıllık düşünesi .....	16
bb) Tehlike veya özel tehlike yaratma düşünesi .....	16
cc) Hakkaniyet düşünesi.....	17
dd) Egemenlik alanı düşünesi.....	17
ee) Hukuka aykırılık düşünesi.....	17
ff) Objektif özen görevinin yerine getirilmemesi.....	18
gg) Anormallik düşünesi .....	18
2) Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre Akit Dışı Sorumluluk.....	19
§2. AKİT DIŞI SORUMLULUKTA ZARAR KAVRAMI.....	25
I. Genel Olarak .....	25
II. Malvarlığı Kavramı Ve Malvarlığına Dâhil Değerler .....	26
A) Malvarlığı Kavramı.....	26
B) Malvarlığına Dâhil Maddi Değerler.....	27
III. Zarar Kavramını Açıklamaya Yönelik Teoriler.....	28
A) Geleneksel Zarar Anlayışı.....	28
1) Genel Olarak .....	28
2) Fark (Menfaat) Teorisi.....	28
3) Tabii Zarar Görüşü.....	32
B) Geleneksel Zarar Anlayışına Karşı Görüşler .....	33
1) Objektif Zarar Görüşü.....	34
2) İhtiyaç Görüşü.....	35
3) Fonksiyon Zarar Görüşü .....	36
4) Münferit Zarar Görüşü.....	38
5) Ticarileştirme Görüşü .....	38
6) Beklentinin Boşa Çıkması Görüşü.....	40
7) Normatif Zarar Görüşü .....	42
a) Genel Olarak .....	42
b) Alman Hukukunda Normatif Zarar Kavramına İlişkin Farklı Görüşler	43
c) Türk Hukukunda Normatif Zarar Kavramına İlişkin Görüşler.....	45

C) Değerlendirme.....	48
-----------------------	----

## İKİNCİ BÖLÜM

### AKİT DIŞI SORUMLULUKTA MADDİ ZARAR

§ 1. GENEL ANLAMDA MADDİ ZARAR.....	51
§ 2. ZARAR TÜRLERİ .....	51
I. Fiili Zarar (Damnum Emergens) - Yoksun Kalınan Kâr (Lucrum Cessans).....	51
II. Şahsa Verilen Zarar- Eşyaya Verilen Zarar – Diğer Zararlar.....	52
III. Doğrudan Doğruya Zarar- Dolaylı Zarar .....	53
§ 3. ZARARIN İSPATI VE HESAPLANMASI .....	54
I. Zararın İspatı Ve Denkleştirme Sorunu .....	54
A) Zararın İspatı .....	54
B) Zararın Hesaplanacağı Tarih Ve Faiz .....	55
C) Denkleştirme Sorunu.....	56
1) Denkleştirme Kurumu ve Önemi.....	56
2) Denkleştirmenin Şartları .....	57
II. Eşyaya Verilen Zararlar.....	60
A) Genel Olarak .....	60
B) Eşyaya Verilen Zararların Hesaplanma Yöntemleri .....	60
1) Objektif (Soyut) Hesaplama Yöntemi .....	61
2) Sübjektif (Somut) Hesaplama Yöntemi.....	62
C) Eşyanın Tamamen Veya Kısmen Yok Olması .....	63
1) Eşyanın Tamamen Tahrip Olması .....	63
a) Kavram.....	63
b) “Eski için Yeni” .....	64
2) Eşyanın Kısmen Yok Olması.....	65
a) Onarım masrafları .....	65
b) Nesnenin Ticari (Sürüm) Değerinin Azalması (Merkantiler Minderwert) .....	66
3) Eşyanın Kullanım İmkânından Yoksunluk.....	67
a) Genel Olarak .....	67
b) Alman Hukukundaki Durum .....	67

c) Türk Hukukundaki Görüşler .....	69
III. Kişiyeye Verilen Zararların Hesaplanması.....	72
A) Genel Olarak .....	72
B) Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Ortaya Çıkan Zararlar.....	72
1) Genel Olarak .....	72
2) Vücut Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Yapılan Masraflar.....	73
3) Çalışma Gücünün Kaybı veya Azalmasından Doğan Zararlar .....	74
a) Hüküm Anına Kadar Çalışma Gücünün Kaybı.....	75
b) Hüküm Anına Kadar Çalışma Gücünü Kaybeden İşçinin Ücret Almaya Devam Etmesi .....	75
c) Hükümden Sonra Devam Eden Çalışma Gücü Kaybı veya Azalması...	76
d) Çalışma Gücünü Kaybeden Evli Kadının Zararı .....	79
4) Ekonomik Geleceğin Sarsılması.....	82
5) Vücut bütünlüğü İhlali Nedeniyle Kaybolan Tatil İmkânı .....	83
C) Ölüm Ve Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı.....	87
1) Genel Olarak .....	87
2) Ölüm Anına Göre Zarar Kalemleri .....	87
a) Ölümün Hemen Gerçekleşmesi Halinde.....	87
b) Ölümün Hemen Gerçekleşmemesi Halinde.....	88
3) Destekten Yoksun Kalma Tazminatı .....	88
a) Genel Olarak .....	88
b) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hukuki Niteliği.....	88
c) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Şartları .....	90
aa) Destek İlişkisinin Varlığı .....	90
aaa) Gerçek Destek .....	91
bbb) Farazi Destek .....	93
bb) Bakım İhtiyacı ve Bakım Gücü .....	93
d) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Tespitinde Göz önüne Alınacak Hususlar .....	94
aa) Ölenin Mali Durumu .....	95
bb)Yardım Miktarı .....	95
cc)Yardımın Süresi.....	95

**ÜÇÜNCÜ BÖLÜM**  
**MADDİ ZARARIN TAZMİNİ**

§1. MADDİ TAZMİNAT KAVRAMI VE AMACI .....	97
I.Maddi Tazminat Kavramı .....	97
II.Maddi Tazminatın Amacı.....	98
§2. MADDİ TAZMİNATIN TÜRLERİ .....	99
I.Genel Olarak .....	99
II.Aynen Tazmin .....	101
A) Haksız Olarak Üçüncü Kişiyeye Devreden Şeyin Tekrar Asıl Malike İade Edilmesi .....	102
B) Aynı Cinsten Başka Şeyler Verilmesi.....	102
C) Zarara Uğrayan Şeyin Tamir Edilmesi veya Ettirilmesi.....	102
D) Sorumlu Kişinin Zarar Göreni Tedavi Etmesi veya Ettirmesi.....	103
III. Nakden Tazmin Ve Türleri .....	103
A) Nakden Tazmin.....	103
B) Nakden Tazminin Türleri.....	105
§3. TAZMİNATTA İNDİRİM SEBEPLERİ.....	107
I.Genel Olarak .....	107
II. Zarar Veren Kusurunun Ağırlığı .....	108
III. Zarar Görenden Kaynaklandığı Öne Sürülebilen Sebepler.....	110
A) Zarar Görenin Rızası.....	110
B) Zarar Görenin Kusuru .....	111
1) Genel Olarak .....	111
2) Zarar Görenin Zararın Doğmasına Sebebiyet Vermesi veya İştirak Etmesi.....	114
3) Zarar Görenin Zararın Artmasına Sebebiyet Vermesi.....	115
4) Zarar Görenin Kendisini Tehlikeye Atması .....	115
5) Zarar Görenin Kusuru Halinde Tazminatın Belirlenmesi.....	116
C) Üçüncü Kişinin Kusuru.....	118
IV. Diğer Faktörler.....	119
A) Genel Olarak .....	119
B) Beklenmeyen Hal .....	119

1) Genel Olarak .....	119
2) Beklenmeyen Halin İndirim Sebebi Olması .....	120
a) Kusur Sorumluluğunda Beklenmeyen Hal .....	121
b) Kusursuz Sorumlulukta Beklenmeyen Hal.....	121
C) Zarar Görenin Yapısal Yatkınlığı.....	122
D) Tarafların Sosyal Ekonomik Durumları.....	124
1) Genel Olarak Zarar Veren ve Zarar Görenin Ekonomik Durumları.....	124
2) Zarar Verenin Müzayakaya Düşmesi Sebebiyle Tazminatın İndirilmesinin Şartları .....	125
E) Hatır İşlemi.....	126
§4. TAZMİNAT DAVASI DEVAM EDERKEN DAVACIYA VERİLEN GEÇİCİ ÖDEME İMKÂNI.....	128
I. Genel Olarak Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Geçici Ödeme İmkânı Ve Amacı .....	128
II. Geçici Ödeme İmkânının Hukuki Niteliği .....	130
A) İhtiyati Tedbir Niteliği .....	130
B) Eda Amaçlı İhtiyati Tedbir Olması Sorunu .....	132
III. Düzenlemeye İlişkin Değerlendirme.....	133
SONUÇ .....	137
KAYNAKÇA .....	143

## KISALTMALAR

<b>AGBG</b>	: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch ( Avusturya Medeni Kanunu)
<b>ABD</b>	: Ankara Barosu Dergisi
<b>Art.</b>	: Artikel (madde)
<b>Auf.</b>	: Auflage (Baskı)
<b>AÜHFD</b>	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>b.</b>	: bent
<b>BATİDER</b>	: Bankacılık ve Ticaret Hukuku Dergisi
<b>BGB</b>	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
<b>BGE</b>	: Entscheidungen des Schweizerischen Bürgergerichtes, amtliche Sammlung (İsviçre Federal Mahkemesi Kararları, Resmi Külliyat)
<b>BGHZ</b>	: Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen ( Hukuk Davalarına İlişkin Alman Federal Mahkemesi Kararları)
<b>BK</b>	: Borçlar Kanunu
<b>Bkz</b>	: bakınız
<b>C.</b>	: Cilt
<b>dn.</b>	: dipnot
<b>E.</b>	: Esas
<b>GSÜHFD</b>	: Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
<b>HD.</b>	: Hukuk Dairesi
<b>HGK</b>	: Hukuk Genel Kurulu
<b>HPD</b>	: Hukuki Perspektifler Dergisi
<b>HUMK</b>	: Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu
<b>İBD</b>	: İstanbul Barosu Dergisi
<b>İBK</b>	: İçtihadı Birleştirme Kararı
<b>İİK</b>	: İcra İflas Kanunu
<b>JdT</b>	: Le Journal des Tribunaux
<b>JUS</b>	: Juristische Schulung
<b>K.</b>	: Karar
<b>Karş.</b>	: Karşılaştırınız
<b>KTK</b>	: Karayolları Trafik Kanunu

<b>m.</b>	: madde
<b>N.</b>	: Numara
<b>NJW</b>	: Neue Juristische Wochenschrift
<b>OR</b>	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
<b>s.</b>	: sayfa
<b>S.</b>	: Sayı
<b>T.</b>	: Tarih
<b>TBK</b>	: Türk Borçlar Kanunu
<b>TBKT</b>	: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı
<b>TMK</b>	: Türk Medeni Kanunu
<b>TTK</b>	: Türk Ticaret Kanunu
<b>Vb.</b>	: ve benzeri
<b>vd.</b>	: ve devamı
<b>Y.</b>	: Yıl
<b>YD</b>	: Yargıtay Dergisi
<b>YKD</b>	: Yargıtay Kararları Dergisi

## GİRİŞ

### I. KONUNUN SUNULMASI

Sorumluluk hukukunu ceza hukukundan ayıran en temel özellik zarar olmaksızın sorumluluğun doğmayacağıdır. Bu nedenle ister akit dışı olsun, ister akdi olsun sorumluluk hukukunun temel taşı zarar unsurudur. Gerçekten de sözleşmeye aykırı davranış veya kusurlu hukuka aykırı bir fiil sonucu ortaya bir zarar çıkmamışsa medeni anlamında bir sorumluluk da yoktur. Zira sorumluluk hukukunun amacı da ortaya çıkan bu zararı telafi etmektir. Bu açıdan zarar kavramının içeriğinin belirlenmesi, bu anlamda nelerin tazminata konu olabileceğinin tespiti önem taşımaktadır.

Zarar kavramını açıklamak için Roma hukukundaki “*id quad interesse*” kavramından yola çıkan Mommsen zarar veren olaydan sonra içinde bulunduğu fiili durum ile zarar veren olay olmasaydı içinde bulunacağı farazi durumun arasındaki farkın, zarara eşit olduğunu ifade etmiştir. Burada iki farklı durumun farkının zarara, aynı zamanda da zarar görenin menfaatine eşit olduğu için bu görüşe doktrinde “*Fark Teorisi*” veya “*Menfaat Teorisi*” denilmektedir. Borçlar Hukukumuzun da temelinde bu teori yatmaktadır. Fakat özellikle Alman Hukuku uygulamasında gelişme gösteren ticarileştirme içtihatları çerçevesinde fark teorisiyle tazmin edilemeyen bazı manevi niteliği ağır basan hakların yitirilmesinin de maddi tazminat oluşturabileceği kabul edilmiştir. Bu nedenle, bu ve benzer şekilde fark teorisinin sınırlarının dışına çıkan bazı zararların tazminine olanak tanıyan görüş ve uygulamaların Türk Hukukunda geçerliliğini inceleme gerekliliği doğmuştur.

Ortada sorumluluk hukuku anlamında tazmin edilmesi gereken bir zararın varlığı anlaşılınca yapılması gereken ikinci husus zararın tespitidir. Zararın hesaplanmasında zarar gören hukuki değer eşya veya bedensel bütünlük olmasına göre farklı bir yol izlenmektedir. Zarar gören eşyanın tamamen veya kısmen yok olmasına göre belirlenecek tazminat zarar görene verilirken dikkat edilmesi gereken en önemli husus bununla zarar görenin zenginleşmemesidir. Bedensel bütünlük zarar görmüşse tedavi giderleri, çalışma gücünden yoksunluktan doğan zarar, ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle doğan zararların tazmini gerekir. Eğer zarar gören kişi zarar veren olay sonucu ölmüşse bu durumda ölümün gerçekleşme anına göre



ölüm nedeniyle yapılan masraflar ile ölen kişiden destek olarak yararlanılması halinde destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilir.

Zarar veren olay sonucunda ortaya çıkan zarar miktarı tam olarak belirlendikten sonra yapılması gereken diğer bir husus da bu zararın nasıl ve ne miktarda tazmin edileceğinin tespitidir. Zararın tazmini aynen veya nakden mümkündür. Fakat aynen veya nakden tazmin edileceği kararlaştırılan zarar miktarı hesaplandığı şekliyle olduğu gibi zarar görene verilmeyebilir. Bu anlamda Türk İsviçre Hukukunda Alman Hukukundan farklı olarak tazminatın türü ve miktarına karar vermede hâkime geniş bir takdir hakkı tanınmıştır. Zarar tespitiyle sadece tazmin edilecek zararın sadece üst sınırı belirlenecektir. Ödeneceği kararlaştırılan tazminat zarar göreni zenginleştirmemesi gerektiği gibi aynı zamanda zarar vereni de zor duruma düşürmemelidir. Bu nedenle hâkim tazminata karar verirken somut olayın şartlarını tarafların kusur oranlarını ile sosyal ekonomik durumlarını göz önünde bulundurup hakkaniyete uygun olarak tazminatı belirleyecektir.

Çalışmamızda, bu açıdan maddi zararın doğumundan hesaplanıp tazminine kadar olan aşamalar doktrindeki farklı zarar anlayışları, Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısı bakımından incelenmeye çalışılmıştır.

## **II. KONUNUN SINIRLANMASI**

Çalışmamızın başlığı “Maddi Zarar ve Tazmini” olmasına rağmen, biz bu başlık altında sadece akit dışı sorumluluk olan haksız fiillerden ve sebep sorumluluklarından doğan maddi zarar ve tazminini ele alacağız. Zira akit dışı sorumlulukta maddi zarar ve tazmini şeklinde başlığımızı ifade etseydik bu durumda vekâletsiz işgörme ve sebepsiz zenginleşmeden doğan maddi zararlar ile bunların tazmini de konumuz dâhilinde olacaktı. Bu durum ise çalışmamın yüksek lisans çalışması sınırlarının aşılması anlamına gelecekti. Biz ise bu çalışma ile uygulamada en çok karşılaşılan akit dışı sorumluluk şekli olan kusur ve kusursuz sorumluluk hallerinde doktrinde öne sürülen farklı görüşler açısından nelerin maddi zarar oluşturabileceği ve bunların nasıl tazmin edileceği konusunu inceleyeceğiz. Bu nedenle çalışmamızda ele alacağımız “Maddi Zarar ve Tazmini” konusunda yapılacak açıklamaların sadece kusur ve kusursuz sorumluluk halleri ile sınırlı olacağı gözden kaçırılmamalıdır.

Bu çerçevede birinci bölümde öncelikle sorumluluk kavramı, amaçları ve çeşitlerine yer verildikten sonra akit dışı sorumluluk kavramına Borçlar Kanunumuzun ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısının karşılaştırmalı yaklaşımı ve Türk Borçlar Kanunu Tasarısının bu anlamda ne gibi değişiklikler öngördüğüne yer verilecektir. Daha sonra ise, zarar kavramının içeriğine ilişkin doktrinde öne sürülen farklı görüş ve eğilimlere yer verilecektir.

İkinci Bölümde ise akit dışı sorumlulukta maddi zarar kavramı ele alınıp, zararın tespitini sağlayan zarar kalemleri eşyaya ve kişiye verilen zarar bakımından ayrı ayrı ele alınarak açıklanacaktır.

Üçüncü Bölümde ise maddi zararın tazmini başlığı altında tespit edilen zararın nasıl ve ne miktarda tazmin edileceği hususuna ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Burada genel olarak tazminatın amacı belirtildikten sonra aynen ve nakden olmak üzere tazmin türlerine yer verilip tazminattan indirim sebeplerinin neler olduğu ve hâkimin bunların varlığı halinde tazminatı belirleme yetkisinin kapsamına ilişkin açıklamalara yer verilecektir. Bu şekilde kapsamını belirlediğimiz maddi zarar ve tazminine ilişkin çalışmamıza son vermeden önce Türk Borçlar Kanunu Tasarısında yer alan tazminat yargılaması devam ederken zarar görene dava süresince mağduriyetinin giderilmesi için geçici ödeme imkânını talep etme hakkına ilişkin düzenleme incelenecektir.

## **BİRİNCİ BÖLÜM**

### **SORUMLULUK VE ZARAR KAVRAMLARINA GENEL BAKIŞ**

#### **Ş1. SORUMLULUK KAVRAMI HAKKINDA GENEL AÇIKLAMALAR**

##### **I. Sorumluluk Hukuku Ve Amacı**

###### **A) Sorumluluk Hukuku**

Toplumsal bir varlık olarak insan yaşamı boyunca içinde yaşadığı toplumla ilişki halindedir. Bunun sonucu olarak bireylerle ya önceden kanunla belirlenmiş, ya da kendi aralarında yaptıkları sözleşmelerden doğan borç ilişkilerine girerler.

Bir borç ilişkisinde borçlu alacaklıya borcun konusu olan edimi vermeyi, yapmayı veya yapmamayı borçlanmaktadır. Hukuk düzenimizde kural olarak, borçlu borç ilişkisinden doğan borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmemesinden alacaklı zarara uğrarsa veya bir kimse hukuka aykırı olarak başkasına zarar verirse alacaklının ya da zarar görenin zararın giderilmesini isteme hakkı doğacaktır. Başka bir ifadeyle kanuna veya sözleşmeye aykırı davranan kişi ortaya çıkan zarardan sorumlu olacaktır.

Borçlar hukuku sadece sözleşmeler yoluyla mal ve hizmetlerin devir, değişim ve dolaşımını sağlamakla yetinmez; aynı zamanda kişileri mal ve şahıs varlıklarına kusurlu ve hukuka aykırı davranışlarla zarar verici fiillere (haksız fiillere) karşı da korumayı amaçlar. Buna göre borçlar hukuku bir taraftan hukuki işlemler ve özellikle sözleşmeler aracılığıyla ihtiyaç duyulan mal ve hizmetlerin değişim ve dolaşımını sağlarken; diğer taraftan üçüncü kişilerin haksız müdahalelerine karşı kişilerin mal ve şahıs varlığı değerlerini koruma ile de görevlidir<sup>1</sup>.

Borçlar Hukuku bu amaçlarını gerçekleştirmek için bireylere genel veya özel (nisbi) bazı yükümlülükler yüklemiştir. Özel veya nisbi yükümlülükler hukuki işlemlerden, özellikle sözleşmelerden bazense kanundan doğar<sup>2</sup>. İşte borçlar

---

<sup>1</sup>EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı 7. Baskı, İstanbul 2001, s. 3-4.

<sup>2</sup>EREN, s. 472-473.

hukukunun bu amaçlarını sağlamaya yönelik olan bu yükümlülüklerle aykırı davranış halinde meydana gelen zararın tazmini sorumluluk hukukunun konusunu oluşturur.

## **B) Sorumluluk Hukukunun Amacı**

Sorumluluk hukukunun amacı meydana gelen zararın bu zarardan sorumlu olan kişi tarafından telafi edilmesidir. Bu telafi aslında, zarardan önceki eski halin iadesinin sağlanmasından başka bir şey değildir. Bu anlamda yaralanan zarar görenin iyileşmesinin sağlanması veya zarar gören eşyanın, uğradığı zararın karşılanması zararın telafisidir. Bu telafi, sorumluluk hukukunda aynen veya nakden tazminat ödenmesi suretiyle gerçekleşir. Bu nedenle sorumluluk hukukuna tazminat hukuku da denilmektedir<sup>3</sup>.

## **II. Sorumluluk Kavramı, Çeşitli Anlamları Ve Sorumluluk Çeşitleri**

### **A) Sorumluluk Kavramı Ve Sorumluluk Çeşitleri**

Bir kişinin zarara uğraması halinde öncelikle bu zarara o kişinin tek başına kendisinin mi katlanması gerektiği, yoksa zararın kısmen veya tamamen başkalarına da yüklenip yüklenemeyeceği konusu incelenir<sup>4</sup>. Başka bir ifadeyle doğan zarardan kimin sorumlu olduğu belirlenmelidir.

Hukukumuzda da geçerli olan “*casum sentit dominus*” ilkesi gereğince “*mala gelecek zararlar veya malın tesadüfen ortadan kalkması gibi tehlikelerden doğacak zararların sorumluluğunu her bir malik kendisi bizzat taşır*<sup>5</sup>”. Fakat bu ilkenin sıkı bir şekilde uygulanması sonucu, özellikle üçüncü kişinin gözetimi veya hâkimiyet alanında meydana gelen zararların da kişinin kendisine ait olması adaletsiz sonuçlar verebileceğinden, çeşitli hukuk sistemlerince bu ilkeye istisnalar getirilerek

---

<sup>3</sup> **DEUTSCH**, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, München 1996, N. 17; **EREN**, s. 478. Diğer amaçlar için bkz. Üçüncü Bölüm, §1, II.

<sup>4</sup> **DESCHENAUX**, Henri / **TERCIER**, Pierre: Sorumluluk Hukuku, (Çeviren: Salim Özdemir) Ankara 1983, s. 4; **KELLER**, Max / **GABI/BOLLINGER**, Sonja: Das Schweizerische Schuldrecht Haftpflichtrecht, Band II, Basel und Frankfurt am Main 1985, s. 1.

<sup>5</sup> **YILMAZ**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara 2001; **KELLER / GABI- BOLLINGER**, s. 1.

belli sebeplerin varlığı halinde zararın başkasına yükletilmesine olanak tanınmıştır. İşte bu sebeplere sorumluluk sebepleri denilmektedir<sup>6</sup>.

Sorumluluk kavramından en geniş anlamıyla bir kişinin başkasına verdiği zararı giderim yükümlülüğü anlaşılır. Sorumluluk hukukunda bireylerin “*Neminem leadere = kimseye zarar verme*” ilkesi çerçevesinde hareket etmeleri esastır<sup>7</sup>.

Sorumluluk borcun müeyyidesidir<sup>8</sup>. Borçlar Kanununun birinci kısmında borçların teşekkülü başlıklı birinci babı akitten doğan borçlar ve haksız muamelelerden doğan borçlar olmak üzere iki fasıldan oluşmaktadır. Buradan Borçlar Kanunumuza göre borcun akitten veya haksız fiillerden doğduğunu anlaşılmaktadır. Her iki durumda da borçlu ile alacaklı arasında sorumluluk hukukunu ilgilendiren bir ilişki bulunmaktadır. Zira taraflar arasında bir malın satımına ilişkin sözleşme yapılmışsa bir taraf, malı teslim eden tarafa, ödemesi gereken ücreti ödemezse nasıl sorumlu olacaksa; aralarında önceden herhangi bir sözleşme veya bağ olmayan birinin diğerinin bir malına kusurlu olarak zarar vermesi halinde de aynı durum söz konusudur. Bunun dışında bazen kanun koyucu bazı sebeplerden dolayı kanun gereği kusur şartı aranmaksızın üçüncü kişinin sorumlu olacağını kabul etmektedir. Sebep tehlike ve hakkaniyet sorumlulukları ile vekâletsiz iş görme buna örnek gösterilebilir<sup>9</sup>.

Örneğin borçlu sözleşmeye aykırı olarak borcunu yerine getirmezse alacaklı akdi sorumluluk çerçevesinde onun malvarlığına el atabilir. Genel yükümlülüklerle, başka bir ifadeyle toplum içinde yaşayan herkesin uymak zorunda olduğu emir ve yasaklara, aykırı davranış sonucu ortaya bir zarar çıkmışsa zarar veren zarar görenin zararını karşılaması gerekir. Bu halde ise zarar gören zararını, zararı doğuran olaydan

---

<sup>6</sup> **EREN**, s. 458.

<sup>7</sup> **DESCHENAUX**, H. / **TERCIER**, P, s. 1. Kuşkusuz anlaşılacağı gibi bu çalışma kapsamında sorumluluk kelimesi hukuki sorumluluğu ifade etmek üzere kullanılmaktadır. Hukuki sorumluluk ile cezai sorumluluk arasındaki ilişki ve farklarına ilişkin ayrıntılar inceleme kapsamımız dışında yer almaktadır. Bu konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1976, s. 442 vd.; **BİRSEN**, Kemalettin: Borçlar Hukuku Dersleri Birinci Kitap Borçların Umumi Hükümleri, 3. Baskı, İstanbul 1954, s. 207 vd. ; **ATAAY**, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Ayrım, 3. Baskı, İstanbul 1981, s. 299 vd.

<sup>8</sup> **EREN**, s. 80; **FEYZİOĞLU**, s. 441.

<sup>9</sup> **EREN**, s. 459. Aynı şekilde nafaka borcu, komşuluk yükümlülükleri gibi taraflar arasında kanun tarafından düzenlenen hukuki ilişki sebebiyle de kişiler birbirlerine karşı sorumludur. **İNAN**, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979, s. 260. **TANDOĞAN** nafaka borcu ile vekâletsiz iş görmede iş sahibin menfaatine ve muhtemel amacına uygun davranılmamasının akdi sorumluluk oluşturduğunu kabul etmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961, s. 6.

önce herhangi bir hukuki ilişkisi bulunmayan zarar verenden akit dışı sorumluluğa dayanarak talep edebilir.

Gerçekten de akit dışı sorumlulukta zarar gören ile zarar veren arasında zararın doğmasına sebebiyet veren haksız fiilden önce herhangi bir hukuki ilişki yoktur. Örneğin, karşıdan karşıya geçen yayaya yoldan geçen bir aracın çarpması halinde yaya ile arabayı kullanan kişi arasında kaza öncesi herhangi bir hukuki ilişki yoktur; başka bir deyişle sorumluluğa sebep olan olay ile hukuki ilişki aynı anda doğmuştur<sup>10</sup>. Buna karşılık, örneğin evine bir oturma grubu almak isteyen kişi ile satıcının satım sözleşmesi yapmasıyla birlikte aralarında nisbi, özel yükümlülükler yükleyen bir hukuki ilişki doğmuş olur. Alıcı ücreti ödemiş olmasına rağmen satıcı malı teslim etmez veya sözleşmeden doğan başka bir borcunu yerine getirmezse alıcı borçlu durumunda olan satıcının akdi sorumluluğu çerçevesinde zararının tazminini talep edecektir<sup>11</sup>. Bu durumda alıcı ile satıcı arasında zarar veren olaydan önce bir hukuki ilişki vardır. Sorumluluğu doğuran olay ise, kaynağını var olan bu hukuki ilişkiden alır.

Bu nedenle doktrinde önceden mevcut bir hukuki bağın bulunup bulunmamasına göre sorumluluk hukuku akdi sorumluluk ve akit dışı sorumluluk olmak üzere iki başlık altında incelenmektedir<sup>12</sup>. Her ne kadar BK m. 98/II'de haksız fiillerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümlerin kıyasen sözleşmeye aykırı eylemlere de uygulanacağı belirtilmişse de özellikle zamanaşımı süresi, kusurun ispatı ve yardımcı kişilerden sorumluluk hususunda akdi sorumluluk ile akit dışı sorumluluk arasında bir fark gözetilmiştir. Çalışmamızda da aksi belirtilmediği takdirde sorumluluk kavramı akit dışı sorumluluğu ifade etmek için kullanılacaktır.

---

<sup>10</sup> Bkz. **BAŞTUĞ**, İrfan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Manisa 1984, s. 234; **İNAN**, s. 261.

<sup>11</sup> Bu durumda borçlunun edimini ifa borcunun sözleşmeye aykırı hareket halinde alacaklının uğradığı zararı tazmin borcuna dönüşeceğine ilişkin bkz. **TUNÇOMAĞ**, Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1965, s. 254.

<sup>12</sup> **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 3-4; **BAŞTUĞ**, s. 234, özellikle dn. 2; **BİRSEN**, s. 211-212; **TEKİL**, Fahiman: Borçlar Hukuku, İstanbul 1980, s. 124; **KAYNAR**, Reşat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1972, s. 82-83. Bu ayırmda akdi ve akit dışı sorumluluk sebeplerini içine alan sorumluluk hukukuna “geniş anlamda sorumluluk hukuku”, sadece akit dışı sorumluluğu içeren sorumluluk hukukuna “dar anlamda sorumluluk hukuku”, sadece özel kanunlarla düzenlenmiş olan sebep veya tehlike sorumluluklarını içine alan sorumluluk hukukuna ise “en dar anlamda sorumluluk hukuku” denilmektedir. Bkz. **EREN**, s. 457; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 2.

## B) Sorumluluk Kavramının Çeşitli Anlamları

Hukuki sorumluluk “ile sorumluluk” ve “-den sorumluluk” şeklinde farklı anlamlarda kullanılmaktadır.

### 1) –den Sorumluluk

Kişinin zarar veren olaydan dolayı tazminle yükümlü olduğu ve bu anlamda başkasının zarar görmesine neden olan olaydan veya kişiden dolayı sorumlu bulunduğu “-den sorumluluk” kavramıyla anlatılır<sup>13</sup>. Başka bir ifadeyle burada bir zarardan veya zarar verici fiilden sorumluluk vardır<sup>14</sup>. BK. m. 55’e göre adam çalıştırmanın sorumluluğu, BK m. 490/I’de yer alan kefilin sorumluluğu, TMK m. 1007’de yer alan tapu sicillerinin tutulmasından doğan zararlardan devletin sorumluluğu, TMK m. 369’da yer alan ev başkanının gözetimi altında olan küçük, kısıtlı veya akıl hastasının verdiği zararlardan sorumluluğu bu anlamda sorumluluğa örnek gösterilebilir.

### 2) - ile Sorumluluk

İle sorumlulukta borçlunun bir şeyiyle sorumluluğu söz konusudur. Çağdaş hukuk sistemlerinde alacaklının borçlunun edimini yerine getirmemesi halinde, borçlunun şahsı üzerinde hapis hakkı ve benzeri haklara sahip olamayacağından, burada kastedilen giderim yükümlüsünün giderim alacaklısına karşı malvarlığıyla sorumlu olmasıdır. Malvarlığıyla borçlu olan kişi borcunu ifa etmediği takdirde alacaklı bu kişinin malvarlığına cebri icra yoluyla el koyabilir<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> **EREN**, s. 81; **KARAHASAN**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 7. Baskı, İstanbul 2003, s. 59.

<sup>14</sup> **TEKİNAY**, Selahattin Sulhi / **AKMAN**, Sermet / **BURCUOĞLU**, Haluk / **ALTOP**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 21; **FEYZİOĞLU**, s. 19-20. Belirtilen yazarlar aynı yerde sorumluluğun bu anlamda tazmin etme yükümlülüğü ifade ettiğini vurgulamışlardır. Ayrıca bu sorumluluğun teknik anlamda bir sorumluluk olmadığına ilişkin görüş için bkz. **EREN**, s. 81.

<sup>15</sup> **TEKİNAY** / **AKMAN**/ **BURCUOĞLU** / **ALTOP**, s. 20; **KARAHASAN**, s. 59; **FEYZİOĞLU**, s. 20; **EREN**, s. 81. Son yazar bunun teknik anlamda sorumluluk olduğuna dikkat çekmiştir.

### **III. Sorumluluk Hukukuna Hâkim Olan İlkeler**

#### **A) Şahıs İle Sorumluluk**

Çağdaş hukuk sistemlerinde artık yer almayan bu sorumluluk türünde, tarihi gelişim içinde önceleri alacaklının borcunu ödemeyen borçlunun şahsına el atmasına olanak tanınmıştır. Sonraları ise şahıs ile sorumlulukta borçlunun borcu için alacaklının kölesi olarak çalışması aşaması, en son olarak da borçlunun alacaklının evinde hapsi ve devlet hapishanelerinde hapsi aşamaları gözlenmiştir<sup>16</sup>. Fakat borçlunun hapsedilmesinin hem alacaklı hem de toplum için çok yararlı bir uygulama olmadığına anlaşılmasıyla borçlunun şahsıyla sorumluluğu yerine malvarlığı ile sorumluluğu esası kabul edilmiştir<sup>17</sup>.

#### **B) Malvarlığı İle Sorumluluk**

Borçlunun borcunu ifa etmediği takdirde alacaklının devlet organları aracılığı ile borçlunun malvarlığından alacağını almasına olanak tanıyan malvarlığı ile sorumluluk, sınırlı malvarlığı ile sorumluluk ve sınırsız malvarlığı ile sorumluluk olmak üzere ikiye ayrılır.

##### **1) Sınırsız Malvarlığı ile Sorumluluk**

Borçlar Hukukumuzda kural olarak geçerli sorumluluk türü olan sınırsız malvarlığı ile sorumlulukta, borçlu alacaklıya karşı bütün malvarlığı ile sorumlu olup alacaklı borçlunun bütün malvarlığına<sup>18</sup> el uzatabilir. Başka bir ifadeyle alacaklı

---

<sup>16</sup> Şahıs ile sorumluluğa ait bu aşamalara ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. İNAN, s. 49 vd.; FEYZİOĞLU, s. 20 vd.

<sup>17</sup> FEYZİOĞLU, s. 21; İNAN, s. 50. İİK m. 76'da yer alan mal beyanında bulunmayan borçlunun üç aydan fazla olmamak üzere hapisle cezalandırılacağına ilişkin hüküm, İİK m. 344'te düzenlenen nafaka borçlarına ilişkin düzenleme ve İİK m. 331 ve devamında düzenlenen alacaklısını zarara uğratma kastıyla hareket eden borçlunun hileli hareketlerine karşı konulan hapis cezaları dışında hukukumuzda kural olarak borç sebebiyle borçlunun şahsına el uzatılması ve hapsi mümkün değildir.

<sup>18</sup>Fakat bazı ekonomik ve sosyal düşüncelerle borçlunun bütün mallarına el konulması sakıncalı bulunmuştur. Gerçekten de alacaklının, borçlunun bütün malvarlığına el koymasının borçlunun ve ailesinin yaşamını sürdürmesine ve meslek veya sanatını icrasına engel olabileceğini göz önünde tutan kanun koyucu bu konuda İİK m. 82'de haczi mümkün olmayan hakları belirtmiştir. Burada kanun koyucu bir yandan alacaklının zararının karşılanmasını sağlarken borçlunun ve ailesinin tazminat



alacağını borçlunun bütün malvarlığından elde edebilir. Bu sorumluluk türüne doktrinde şahsi (kişisel ) sorumluluk da denmektedir<sup>19</sup>.

## 2) Sınırlı Malvarlığı ile Sorumluluk

Borçlu alacaklıya karşı belli bir malvarlığı ile sorumlu olabileceği gibi malvarlığından belli bir miktara kadar da sorumlu olabilir. Başka bir ifadeyle borçlunun alacaklıya karşı sorumluluğu belli bir konu veya miktarla sınırlandırılmış olabilir. Bu sınırlama kanundan veya tarafların aralarında yaptıkları sözleşmeden doğabilir<sup>20</sup>.

### a) Belirli Bir Mal veya Mal Kategorisiyle Sınırlı Sorumluluk

Bu tür sorumlulukta borçlu bütün malvarlığının aktif kısmındaki mal ve alacaklar ile değil de, bunlardan sadece bazıları ile sorumludur<sup>21</sup>. Kanunlarımızda belirli mal ile sorumluluğa<sup>22</sup> ilişkin birçok hüküm bulunmaktadır. Örneğin Devletin kanuni mirasçılığı ile ilgili TMK m. 631/II'de Devletin terekedeki borçlardan sadece miras yoluyla edindiği değerler ölçüsünde sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle Devlet burada sadece terekeden elde ettiği aktiflerle sınırlı olarak borçlardan sorumludur. Aynı şekilde mal ortaklığı rejiminde eşlerin ortaklık borcu dışındaki bütün diğer borçlardan TMK m. 269'da kendi kişisel mallarıyla sorumlu olacağı

---

nedeniyle sosyal ekonomik durumuna göre yaşamını sürdürmesine veya mesleğini yapmasına engel olacak eşyaların haczine engel olmayı amaçlamaktadır. Bkz. **REİSOĞLU**, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul 2005, s. 33; **EREN**, s. 83; **FEYZİOĞLU**, s. 22; **İNAN**, s. 51. Bu çerçevede borçlunun haline uygun evi, kendisi ve mesleği için gerekli olan elbise ve eşyası, vazgeçilemeyecek mutfak takımları, mesleği için gerekli alet, edevat, kitaplar vb. eşyalar haczedilemez. Aynı şekilde İİK m. 83'te de maaş, ücret, emekli maaşları sigorta ve emekli sandıkları tarafından verilen iratların borçlu ve ailesinin geçinmesi için yeterli miktar tespit edildikten sonra haczedilebileceği; fakat haczedilebilecek kısmın bunların dörtte birinden az olamayacağı kabul edilmiştir.

<sup>19</sup> **İNAN**, s. 51; **FEYZİOĞLU**, s. 21; **EREN**, s. 83.

<sup>20</sup> **KARAHASAN**, s. 60; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 22, **İNAN**, s. 52. Son yazarın da aynı yerde belirtmiş olduğu gibi sözleşme ile kabul edilen belirli mallarla sorumlulukta ekonomik bakımdan alacaklı güçlü olması nedeniyle söz konusu şartı borçluya kabul ettirmesi halinde akdin BK m. 99/II'ye göre iptali söz konusu olabilir.

<sup>21</sup> **İNAN**, s. 52; **EREN**, s. 84.

<sup>22</sup> Belli malla sınırlı sorumluluğa doktrinde "sınırlı ayni sorumluluk", belli bir miktarla sorumluluğa ise "sınırlı şahsi sorumluluk" denildiğine ilişkin açıklamalar için bkz. **TEKİNAY /AKMAN/ALTOP/ BURCUOĞLU**, s. 22.

düzenlenmiştir. TTK m. 948’de de sayılan hallerde donatanın üçüncü kişilere karşı gemi ve navlunla sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

#### **b) Belirli Bir Miktarla Sınırlı Sorumluluk**

Belirli miktarla sınırlı sorumlulukta borçlu alacaklıya karşı bütün malvarlığı ile sorumlu olmasına rağmen önceden sorumluluğu belli bir miktarla sınırlandırılmıştır. Başka bir ifadeyle alacaklı burada borçlunun bütün malvarlığına el atabilir; fakat borçlu zararını karşılamaya yetecek meblağa kadar değil, sadece önceden kararlaştırılan miktara kadar sorumlu olacaktır. Örneğin kefalet sözleşmesinde kefilin sorumlu olduğu miktar rakamla belirtilmektedir. Bu durumda alacaklı alacağının miktarı ne olursa olsun kefilin sadece onun sorumlu olduğu miktara kadar alacağını talep edebilecektir.<sup>23</sup>

### **IV) Akdi-Akit Dışı Sorumluluk Ayrımı**

#### **A) Genel Olarak**

Akdi sorumluluk, yapılmış bir sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde diğer tarafın uğradığı zararı tazmin şeklinde ortaya çıkar. Akit dışı sorumluluk ise kural olarak kanunun herkese yüklediği görevlere aykırı hareket edilmesi halinde ortaya çıkar<sup>24</sup>.

Bazen ise bir olay hem akdi hem de kusur sorumluluğu sebeplerini içerebilir. Örneğin, BK m. 256/T’de kira sözleşmesinde kiracının kiralananı tam bir ihtimam dairesinde kullanma borcu olduğundan bahsedilmiştir. Buna göre kiracı kiralananı

---

<sup>23</sup> **EREN**, s. 84; **İNAN**, s. 53.

<sup>24</sup> **TUNÇOMAĞ**, s. 255. Aslında bu iki sorumluluk sebebi arasında yakın bir ilişki olmasına rağmen taraflar arasındaki ilişkinin farklı oluşundan ötürü değişik kurallara tabi olduğuna ilişkin bkz. **DESCHENAUX / TERCIER**, s. 4.. Aynı şekilde sözleşmenin de taraflar arasında kanun hükmünde sayılabileceğinden ötürü aslında bir tek sorumluluk olduğuna; fakat taraflar arasındaki borç ilişkisinin kurulması anındaki iradelerinin farklı oluşundan dolayı farklı sorumluluk sebepleri bulunduğuna ilişkin bkz. **FEYZİOĞLU**, s. 450 vd. Gerçekten de akdi sorumlulukta kural olarak tam ehliyetliler, kendi iradeleriyle kurdukları sözleşmeden doğan zararlarının, zarar verenin kusurlu olduğunu ispatlamadan tazminini talep edebilirken, haksız fiil sorumluluğunda ise temyiz kudreti olanlar (hatta BK m. 54 gereği bazen olmayanlar da) kusurlu olarak başkasına verdikleri zararlar için kusurlu oldukları veya kanunda belirtilen objektif şartın gerçekleştiği zarar gören tarafından ispat edilmek şartıyla tazminle yükümlü olurlar.

kötü kullanır ve harap ederse; bu, hem kiracının kira sözleşmesinden doğan borcunun ihlaline neden olduğundan akdi sorumluluğuna hem de kiralayana kusuruyla zarar verdiğiinden haksız fiil sorumluluğuna neden olur<sup>25</sup>. Bu durumda aynı sonucu meydana getirmeye yönelik iki hakkın<sup>26</sup> yarışması (telâhuku)<sup>27</sup> söz konusu olur. Böyle bir durumda zarar görenin hangi sorumluluk sebebine dayanabileceği sorununa, yürürlükteki Borçlar Kanunumuzda, kural olarak herhangi bir sınırlama getirilmemiş, doktrinde de zarar görenin her iki sorumluluk sebebine birden başvurabileceği<sup>28</sup>, fakat akdi sorumluluğa başvurmasının zamanaşımı ve ispat yükü bakımından kendisine kolaylık sağlayacağı vurgulanmıştır<sup>29</sup>.

<sup>25</sup> Yargıtay 3. HD., 24.12.2001 T., 2001/10432 E., 2001/10922 K. sayılı kararında yerel mahkemece kiralananı hor kullanılmasından doğan zararın tazmini davasını kira sözleşmesi yapmayan malikin açamayacağına karar veren yerel mahkeme hükmünü “*Kiracı, kiralananda hor kullanımdan dolayı meydana gelecek hasarlardan sorumludur. Bu sorumluluk dava dışı kiralayana karşı sözleşmeden, kiralayan konumunda olmayan malike karşı ise mülkiyet hakkına verilen zarardan kaynaklanmaktadır. Zarar gören, uğradığı zararın tazmini için davacı sıfatıyla dava açmak hakkına sahiptir. Zira mal varlığında meydana gelen eksilme veya hasar için tazminat isteminde bulunacak kimsenin, mal varlığı eksilen (zarar gören) şahıs olacağı doğaldır... Sözleşmeden doğan sorumluluk ile sözleşme dışı sorumluluğun yarışması (telahuku) durumunda, zarar gören tazminat davasını haksız eyleme*” dayandırabileceğini ifade ederek bozmuştur. Bkz. <http://www.legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 24.07.2009).

<sup>26</sup>Örneğin, eser sözleşmesinde kötü onarılmış şey dolayısıyla doğan zararlarda, otelcilik sözleşmesinde otel içinde tehlikeli silah oyunlarına otelci tarafından göz yumulması halinde de sözleşmeden doğan sorumluluk haksız fiilden doğan sorumlulukla yarışır. Bkz. **TEKİL**, s. 126-127. Hakların yarışması sadece haksız fiil sorumluluğu ile akdi sorumluluk arasında meydana gelmez. Bir olayda birden çok sebep sorumluluğunun varlığı halinde de bu durum gözlenebilir. Yargıtay 4. HD., 09.09.1975 T., 1973/16322 E., 1975/9359 K. sayılı kararında aynen “*11 yaşında bulunan küçük Yaşar Öztürk’ün davada ileri sürüldüğü gibi davalı Dursun’un yanında evin bir ferdi olarak yaşadığı sabittir. Dursun çocuğun dedesidir, dede aralarında kan bağı bulunmamış olsa bile çıraklık, yardımcılık, evlatlık gibi ilişkilerle yanında bulunan kişilerin belli bir biçimde, Medeni Yasa’nın 320.maddesinde belirtilen koşullarla işledikleri haksız eylemden doğan zararlara sorumlu olur. Ayrıca aracın maliki olması itibarıyla da sorumludur. Borçlar Yasası’nın 55.maddesi hükmünce şöylece davada hakların telahuku durumu gerçekleşmiş fakat davacı bunlardan Medeni Yasa’nın 320.maddesine dayanan hakkını da kullandığını açıklamıştır. Esasen davalı dilekçesi ile açıkça zararı işleyen küçüğün kendi ailesi ile birlikte oturup nezaret ve münakabesi altında bulunduğunu benimsemiştir. Bu durumda olayda Medeni Yasa’nın 320.maddesinin sağladığı koşullar incelenecek yerde davanın husumet yönünden reddedilmesi bozma nedenidir.*” ifadesi yer almaktadır. Bkz. <http://www.legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 24.07.2009).

<sup>27</sup> Yargıtay’ın 04.06.1958 T., 15/6 sayılı İBK kararında aynen: “*Bu hadisede kanunun iki hükmünün dahi tatbiki mümkün bulunan hallere hukuk dilinde hakların telâhuku denilmektedir. Böyle bir halin kabulü için tatbiki mümkün görülen hükümlerden birinin diğerine göre hususi hüküm bulunmaması şarttır.*” ifadesine yer verilmiştir. Bkz. **KARAHASAN**, s. 65. Ayrıca bkz. Yargıtay 4. HD., 15.11.1965 T., 8261/ 5953 sayılı kararı için **KARAHASAN**, s. 69.

<sup>28</sup> Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 60. maddesinde ise bir olayda sorumluluk sebeplerinin birden çok mevcut olması haline ilişkin şu düzenleme getirilmiştir: “*Bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılıyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir.*” Tasarının genel gerekçesi ise şöyledir: “*“Sorumluluk sebeplerinin çokluğu” başlığı altında, sorumluluk sebeplerinin yarışması konusunda yeni bir düzenleme yapılmıştır. Bu düzenleme ile öğretisi ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, bir kişinin sorumluluğunun birden çok hukukî sebebe*

## B) Akit Dışı Sorumluluk Halleri

### 1) Yürürlükteki Borçlar Kanununa Göre Akit Dışı Sorumluluk

Borçlar Kanunumuzun “Haksız Muamelelerden Doğan Borçlar” başlıklı ikinci faslı 41-53. maddeler arasında “Umumi Kaideler” açıklandıktan sonra sırayla temyiz kudretinden yoksunların (m.54), istihdam edenlerin (m. 55), hayvan tutucularının (m. 56), bina ve diğer inşa eseri malikinin sorumluluğu (m.58) düzenlenmiştir. Başka bir ifadeyle Borçlar Kanunu m. 41 ve devamı hükümleri ile akit dışı sorumlulukta kusur sorumluluğunun kural, diğer hallerin ise istisna olduğu kabul edilmiştir. Bu istisnai hallerde kanunun ifade ettiği değişik sebeplerin meydana gelmesiyle bazı kişilerin kusurları olmasa da başkalarının uğradığı zararlardan sorumlu olacakları kabul edilmiştir. Son belirtilen akit dışı sorumluluk türüne doktrinde sebep sorumluluğu (kusursuz sorumluluk) denilmektedir. Burada ortaya çıkan zarardan birinin sorumlu olabilmesi için o kişinin kusurlu olması aranmamaktadır. Sadece ortaya çıkan zararlar sorumluluk doğuran olay arasında illiyet bağının, başka deyişle sebep-sonuç ilişkisinin varlığı sorumluluk için yeterlidir. Zira özellikle teknolojinin gelişmesi, sanayileşme ve insan ilişkilerinin karmaşıklaşması sonucu ortaya çıkan zararlarda kusurun kime ait olduğunun; daha ziyade buradaki insan davranışının rol ve katkısının anlaşılması pek mümkün değildir<sup>30</sup>. Buna göre yürürlükteki Borçlar Kanunumuza göre akit dışı sorumlulukta kural kusur sorumluluğu iken kusursuz sorumluluk<sup>31</sup> istisnadır<sup>32</sup>.

---

*dayandırılabilmesi durumunda, hâkimin, kanunda aksine bir hüküm yoksa zarar görene en iyi giderim olanağı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar vermesi öngörülmektedir.”*

<sup>29</sup>Bkz. **FEYZİOĞLU**, s. 453 vd; **KARAHASAN**, s. 63 vd. Aksi görüşte olan von TUHR’a göre zararın tazminini amaçlayan sadece bir tek alacak doğar. Başka bir deyişle taraflar arasında eğer bir sözleşme varsa ona ilişkin hükümlerin uygulanması gerekir. Yazar 41. maddeden doğan dava haklarının ancak haksız fiilin üçüncü şahsa karşı işlenmesi halinde üçüncü şahıs lehinde doğacağını ifade etmiştir. Bkz. **von TUHR**, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (Çeviren: Cevat Edege), Ankara 1983, s. 361-362, dn. 5.

<sup>30</sup> **EREN**, s. 462. Kusursuz sorumluluk olarak belirttiğimiz bu haller BK m. 55, 56, 58, TMK m. 369’da yer alan istisnai düzenlemeler olduğu için dar anlamda yorumlanmaları gerekmektedir. Bu doğrultuda bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 256.

<sup>31</sup> Kusursuz sorumluluk hallerinin doktrinde bazı yazarlarca illiyet bağı ve zarar gibi farklı da olsa haksız fiillerin özelliklerini taşıdığından bu sorumluluk hallerine “*haksız fiil benzeri*” denildiği ifade edilmiştir. Bkz. **İNAN**, s. 264; **TANDOĞAN**, s. 9.

<sup>32</sup> Akit dışı sorumluluğun kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk olarak ayırımının yanı sıra doktrinde **FEYZİOĞLU** ve **BİRSEN** akit dışı sorumluluğu doğrudan doğruya sorumluluk ve dolayısıyla sorumluluk olarak ikiye ayırmaktadır. Doğrudan doğruya sorumlulukta kişi yaptığı eylemden doğrudan sorumluyken; dolayısıyla sorumlulukta ise başkasının eyleminden veya

Kusur sorumluluğunun temelinde kusur ilkesi varken, kusursuz sorumluluğun temelinde ise hakkaniyet fikri, hâkimiyet fikri ve tehlike fikri yatmaktadır.

#### a) Kusur İlkesi

“Kusur olmadan sorumluluk olmaz” ilkesi 18. ve 19. yüzyıllarda koyu bir şekilde uygulanmıştır. Özellikle 1804 tarihli Fransız Medeni Kanununun 1382. maddesinde kusur sorumluluğu genel ilke olarak düzenlenmiştir. Sonra Avusturya Medeni Kanunu (ABGB § 1295), Alman Medeni Kanunu (BGB § 823), İsviçre Medeni Kanunu (OR Art. 41) ve son olarak Borçlar Hukukumuz (BK m. 41) bakımından da genel ilke olarak benimsenmiştir<sup>33</sup>.

Haksız fiil sorumluluğunda geçerli olan kusur ilkesine göre sorumluluğun kurucu şartı kusurdur. Başka bir deyişle kusur olmaksızın sorumluluğun ortaya çıkması mümkün değildir<sup>34</sup>.

Kusur bireyin aynı şartlar altındaki fertlerden beklenen ortalama hareket tarzına uymayan, ayıplanan, kınanan davranış biçimidir<sup>35</sup>. Kusur sadece

---

gerçekleşen bir tehlikeden sorumlu olur. Başka bir ifadeyle yazarlar genel olarak kusur sorumluluğu için doğrudan doğruya, kusursuz sorumluluk için dolayısıyla sorumluluk tabirlerini kullanmışlardır. Fakat bunun her zaman için genel geçer bir ayırım olmadığını nitekim BK m. 54’te yer alan düzenleme kusur sorumluluğu olmamasına rağmen kişi hakkaniyet gereği zararı kendi karşıladığından doğrudan doğruya sorumluluk kapsamında olduğunu belirtmişlerdir. Bkz. **FEYZİOĞLU**, s. 459; **BİRSEN**, s. 222

<sup>33</sup> **EREN**, . 474; **KELLER/GABI-BOLLINGER**, s. 4.; **von TUHR**, s. 362. **ABGB § 1295’e** göre “(1) Herkes zarar verenin kusurundan doğan zararın tazminini zarar verenden talep etmeye yetkilidir; bu zarara sözleşme yükümlülüğünün ihlali dolayısıyla veya bir sözleşme ilişkisi olmaksızın sebep olunmuş olabilir. (2) Aynı zamanda kim ahlaka aykırı bir şekilde kasıtlı zarar verirse bunun için sorumludur; fakat bu bir hakkın kullanımı sırasında gerçekleşmişse, sadece hakkın kullanımının başkasına zarar verme amacıyla olduğu açık ise o zaman bundan sorumlu olunur.” **BGB’de** haksız fiiller başlığını taşıyan 27. Başlıkta düzenlenen tazminat yükümlülüğü kenar başlıklı **§823’te** “ (1) Kim kasti veya ihmali olarak başkasının beden, sağlık, özgürlük, mülkiyet veya diğer bir hakkını hukuka aykırı olarak ihlal ederse, diğerine bundan doğan zararın tazmini ile yükümlüdür. (2) Aynı yükümlülük başkasının korunmasını amaçlayan kanunu ihlal eden için de geçerlidir. Eğer kanunun içeriğine göre bunların kusursuz olarak ihlali de mümkün ise, o zaman tazminat yükümü sadece kusur halinde söz konusu olur.” İsviçre Borçlar Kanununun “Borçların Ortaya Çıkışı” başlığı altında “Haksız Fiiller Yoluyla” başlıklı ikinci kısmında sorumluluğun şartları kenar başlıklı **OR Art. 41’e** göre ise “(1) Kim başkasına hukuka aykırı olarak zarar verirse ister kasti ister ihmali olsun ona tazminle yükümlüdür. (2) Aynı şekilde kim başkasına ahlaka aykırı olarak kasıtlı zarar verirse tazminle yükümlüdür.”

<sup>34</sup> İlk cümlelerin kusur ilkesinin olumlu, ikincisinin ise olumsuz sonucu olduğuna ilişkin bkz. **TANDOĞAN**, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 1; **İNAN**, s. 297.

<sup>35</sup> **İNAN**, s. 277; **OĞUZMAN**, M. Kemal / **ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2006, s. 484.

sorumluluğun ortaya çıkmasını değil, aynı zamanda tazminatın miktarının belirlenmesini de sağlar<sup>36</sup>.

Aslında kusur sorumluluğu adalete uygundur; zira bir zararın ortaya çıkabileceğini öngören veya bunu önleyebilirken önlemeyen kişinin toplum tarafından kınanması mümkün iken, iradesi hukuka aykırı bir sonuca yönelmeyip, zararın oluşmaması için gereken önlemleri alan kişi kınanacak bir davranışta bulunmadığından, tazminatla yükümlü, yani sorumlu olduğunu söylemek mümkün değildir. Aynı zamanda kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın sorumluluk tesis etmek, kişileri hareketsiz kılmaya veya nasıl olsa sorumlu olunacağı düşüncesiyle büsbütün tedbirsiz davranmaya teşvik edecektir<sup>37</sup>.

Bu olumlu taraflarının yanı sıra kusur ilkesinin yeterli olmadığı alanları şöyle sıralayabiliriz<sup>38</sup>.

aa) Özellikle teknik ilerleme ve ona bağlı olan tehlikelerin artması karşısında, kusura dayanan subjektif sorumluluk, artık yalnız başına zarar görenlere etkili bir koruma sağlamaya elverişsiz ve dolayısıyla adaleti gerçekleştirme bakımından da yetersiz görünmektedir. Gerçekten de topluma yararlı olan birçok makine her türlü önlemin alınmasına rağmen çok büyük zararlara sebebiyet verme riskini taşırlar. Bu tehlikeli faaliyetten yararlanan kişilerin kusursuz olmaları halinde sorumlu tutulmayıp zararın zarar gören üzerinde kalması hakkaniyete aykırı olacaktır.

bb) Aynı zamanda büyük işletmelerin karmaşık örgütlenmesinden doğan kusurun ispatı zorluğuna zarar görenin katlanmaması gerekmektedir.

cc) Ortaya çıkan zarar ile işletmede çalışan işçinin kusuru arasındaki aşırı oransızlık işçi aleyhinde olacağından buna işletme sahibinin katlanması gerekmektedir. Gerçekten de zarar gören, işletmede çalışan işçinin kusurunun varlığını kanıtlaya bile işletmenin vereceği zarar işçinin kusuru ile orantısız bir

---

<sup>36</sup> Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, §3, II ve III, B, C. Kusur sadece kusur sorumluluğunda değil kusursuz sorumlulukta da önem taşımaktadır. Kusursuz sorumluluk halinin doğumu için kusur gerekmemekle birlikte zarar veren somut olayda kusurlu ise, bu durum ek kusur oluşturacak ve varsa zarar görenin kusuruyla denkleştirilecektir. Ayrıca bu kusur zarar verenin üçüncü kişinin kusuru, zarar görenin kusuru veya mücbir sebeple illiyet bağının kesilip sorumluluktan kurtulmasına da engel olur. Bkz. **EREN**, s. 554. Ek kusurun kusursuz sorumluluktaki önemi için ayrıca bkz. **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 8.

<sup>37</sup> **BİRSEN**, s. 214. **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 1; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 484.

<sup>38</sup> Bkz. **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 1-2; **İNAN**, s. 263 vd; **EDGÜ**, Ekrem: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1978, s. 88.

boyutta olacağından bu zararın, tazminatı ödeme gücü olmayan işçiden tazmin edilmemesi gerekir.

Bu nedenlerle hukukumuzda kusur ilkesinin yanı sıra akit dışı sorumluluk hukukunda istisnai olarak kusursuz sorumluluk halleri de kabul edilmiştir.

### **b) Sebebiyet İlkesi**

Kusur sorumluluğunun bazı alanlarda yetersiz kalması veya uygulanma güçlüğünden dolayı kusur olmadan sorumluluk olmaz ilkesi günümüzde terk edilmiştir. Fakat kusuru olanın sorumlu tutulması ilkesi günümüzde hâlâ geçerlidir. Bu nedenle kusur sorumluluğunun sadece olumsuz sonucunun terk edildiğini söyleyebiliriz<sup>39</sup>.

Bu çerçevede kusursuz da olursa zarar veren fiil veya olayla zarar arasında sebep sonuç ilişkisinin varlığı halinde sorumluluk doğacaktır<sup>40</sup>. Fakat bu, kusur sorumluluğunun yanında sadece istisnai bir düzenleme olarak yer almaktadır.

Kusursuz sorumluluğun dayanaklarını şöyle sıralayabiliriz<sup>41</sup>:

#### **aa) Yararla zarar arasında bağıllık düşünesi**

Bir şeyin veya faaliyetin yararlarını elde eden kimse onun sebep olduğu zararlara (nimet- külfet ilişkisi) katlanmalıdır.

#### **bb) Tehlike veya özel tehlike yaratma düşünesi**

Sorumluluğun bağlandığı olguyla, motorlu aracın işletilmesi gibi, zarar arasında uygun illiyet bağı kurulduğu zaman sorumluluk doğar. Bunun için zararın işletme veya faaliyete özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi gerekmektedir. Burada esasen girişilen faaliyet veya işletmenin nicelik veya nitelik bakımından çok büyük zararlara sebebiyet verme olasılığı vardır. Nicelikten motorlu

---

<sup>39</sup> TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 3.

<sup>40</sup> TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan s. 8; TEKİNAY / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 497; BİRSEN, s.214. Burada kusurun yerini kanunun öngördüğü durumlar almaktadır. Bkz. DESCHENAUX / TERCIER, s. 16.

<sup>41</sup> Bu dayanaklara ilişkin yer verilen açıklamalar için bkz. TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 5-6 vd; EREN, s. 463 vd; OĞUZMAN/ÖZ, s. 484 vd; REİSOĞLU, s. 155-156.

taşıtların sebep oldukları kazalarda olduğu gibi kanunda belirtilen tipik tehlike ile karşılaşılmasındaki sıklık anlaşılırken; nitelik bakımından zarara sebebiyet vermeyle ise, bir atom reaktörünün patlaması gibi, meydana gelmesi halinde büyük zararlar yaratma ihtimali kastedilmektedir. Bu nedenle sorumlu kişinin kusurlu olup olmaması, özen ödevini yerine getirip getirmemesi işletme veya nesnedeki bozukluk zararın tazmini yönünden hiçbir etkiye sahip değildir. Zira bu hususların ispatı ve tespiti çoğu zaman mümkün değildir<sup>42</sup>.

Bu nedenle tehlike sorumluluklarında sorumlu kişiye kurtuluş kanıtı sunulmamış, ancak illiyet bağıını kesen hallerin varlığında sorumluluktan kurtulabileceği kabul edilmiştir<sup>43</sup>

### **cc) Hakkaniyet düşüncesi**

Özellikle zarara sebep olan ile zarar görenin karşılıklı ekonomik durumları göz önünde bulundurulur. Bu durumda zarar veren zarar görene kıyasla ekonomik durumu daha iyi ise kusursuz da olsa doğan zarardan sorumlu olacaktır. Bu anlamda BK m. 54'te düzenlenen ayırtım gücünden yoksunların verdikleri zararlardan sorumlulukları hakkaniyet ilkesinin sonucudur.

### **dd) Egemenlik alanı düşüncesi**

Bir kişi kendi egemenlik alanındaki başka bir deyişle kendi kontrolü altındaki şey ve kişilerin verdikleri zararlardan sorumludur.

### **ee) Hukuka aykırılık düşüncesi**

Kusursuz sorumluluk hallerinde tazminat ödenmesinin sebebinin hukuka aykırılık olduğu kabul edilmektedir.

---

<sup>42</sup> EREN, s. 467-469; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 26 vd.; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, s. 224-225. Bu düşüncenin özellikle "her nimetin bir külfeti vardır" fikrine dayandığına ilişkin bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 498.

<sup>43</sup> Bkz. KTK m. 86.



### **ff) Objektif özen görevinin yerine getirilmemesi**

Hukuken bir şey veya kişi üzerinde bir başkasına özen gösterme ödevi yüklenen kişi bu görevi yerine getirmezse bu kişi veya şeyin verdiği zarardan sorumlu olacaktır. Bu nedenle özen yükümlüsü hal ve şartların gerektirdiği dikkat ve itinada bulunduğunu veya bu dikkat ve itinayı göstermiş olsaydı da zararın doğmasına engel olamayacağını ispatlarsa sorumluluktan kurtulacaktır.

### **gg) Anormallik düşüncesi**

Anormal davranışları olan kişilerin kendileri veya anormal şeyin malik, tutucu veya işleticileri bu şeylerin verdiği zararlardan sorumlu olmaları gerekir.

İlkelerini belirtmiş olduğumuz bu sorumluluğa objektif sorumluluk da denilmektedir. Objektif sorumluluk denilmesi sorumluluğun subjektif unsur olarak kabul edilen kusurun bulunmayıp, burada objektif unsur olan hukuka aykırılığın yeterli görülmesidir<sup>44</sup>

Her sebep sorumluluğu kusur sorumluluğu prensibinin bir istisnasını oluşturacağı için her zaman özel kanuni bir düzenlemeye ihtiyaç duyar<sup>45</sup>. Kanunlarımızda yer alan kusursuz sorumluluğu halleri, adam çalıştırmanın sorumluluğu(BK m. 55), hayvan tutucusunun sorumluluğu (BK m. 56), bina ve başka yapı eseri maliklerinin sorumluluğu, (BK m. 58), taşınmaz malikinin sorumluluğu, ev başkanının sorumluluğu (TMK m. 369), temyiz kudretinden yoksun olanların sorumluluğu, motorlu taşıt aracı işletenlerin sorumluluğudur (KTK m. 85)<sup>46</sup>.

Kanunlarımızda düzenlenen bu kusursuz sorumluluk halleri doktrinde değişik ayrımlara tabi tutulmuştur. BK m. 55, 56, 58, TMK m. 369 maddelerinde objektif özen görevinin yerine getirilmemesine dayandığı için bu kusursuz sorumluluğa olağan sebep sorumluluğu denilmektedir. Bir faaliyet veya işletme nicelik ve nitelik

---

<sup>44</sup> **TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 497.

<sup>45</sup> **KELLER/GABI-BOLLINGER**, s. 5.

<sup>46</sup> Ayrıca TANDOĞAN ihtiyati haciz isteyen alacaklının hacizde haksız çıktığı takdirde borçluya ve üçüncü kişilere karşı sorumluluğunun (İİK m. 259), devletin tapu, ticaret ve gemi sicillerinin tutulmasından sorumluluğunun, devletin vasi veya vesayet daireleri tarafından ödenmeyen zararlardan sorumluluğunun (TMK m. 468), devletin manevra ve atışlar dolayısıyla ortaya çıkan zararlardan sorumluluğunun, hatta tüzel kişilerin organlarının haksız eylemlerinden sorumluluğunun dahi kusursuz sorumluluk olduğunu belirtmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, Kusura Dayanmayan, s. 14 vd.; **TEKİNAY / AKMAN/ BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 498-499.

bakımından çok büyük zararlara sebep olabileceğinden bu faaliyet veya işletmeyi yürüten kişinin sorumluluğuna ise KTK m. 85'te olduğu gibi tehlike sorumluluğu denilmektedir. BK m. 54'te yer alan temyiz kudreti olmayanların sorumluluğunun da hakkaniyet esasına dayalı hakkaniyet sorumluluğu olduğu kabul edilir<sup>47</sup>.

## 2) Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Göre Akit Dışı Sorumluluk

Türk Borçlar Kanununun Ön Tasarısında birçok yeni hüküm yer alıyordu<sup>48</sup>. Fakat çeşitli üniversiteler, bakanlıklar ve devlet kurumlarından alınan bilgiler ve Komisyon toplantıları sonucunda Adalet Komisyonunda kabul edilen 1/499 E., 21 K. sayılı Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ile yürürlükteki kanundan farklı olarak üç temel yeni madde yer almaktadır: Bunları 1) Sorumluluk sebeplerinin yarışmasına<sup>49</sup> ilişkin düzenleme (TBKT m. 60) 2) Tehlike sorumluluğuna ilişkin genel hüküm (TBKT m. 71) 3) Tazminat davası devam ederken geçici ödeme imkânı<sup>50</sup> (TBKT m. 76) şeklinde sıralayabiliriz.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısında yürürlükteki Borçlar Kanunumuzdan farklı olarak başlığı “Haksız Fiillerden Doğan Borç İlişkileri” olarak değiştirilen birinci kısmın birinci bölümünün ikinci ayrımında 49-76. maddeler arasında haksız fiiller düzenlenmiştir<sup>51</sup>. Yürürlükte kanunda 41. maddeyi karşılayan tasarının 49. maddesinde BK m. 41'de yer alan ve hukuka aykırılığı karşılamak için kullanılan “*haksız bir surette*” terimi yerine “*hukuka aykırı bir fille*” ifadesine, “*gerek kasten*

<sup>47</sup> Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **EREN**, s. 596.

<sup>48</sup> Bu düzenlemelere ilişkin açıklamalar için Bkz. **ANTALYA**, Borçlar Kanunu Tasarısı, HPD, S. 4, Ağustos 2005, s. 70 vd; **YAVUZ**, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme ve Öneriler, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl: 3, S. 20, Nisan 2008, s. 53. Tasarının şimdiki halinden farklı olarak ön tasarıda haksız fiilin unsurları ayrı ayrı tanımlanmıştı. Sistemik bakımdan da yürürlükteki kanundan farklı olarak haksız fiilin şartlarını belirten 49. maddeden sonra zarar kavramı ve türleri tanımlanmış maddi zararın görünüş şekilleri olarak ölüm ve bedensel bütünlüğün zedelenmesinden doğan zararlardan sonra eşyaya ilişkin zarar ve diğer zararlar kenar başlıklı yeni maddelere yer verilmiştir. Tasarının son halinde ise yürürlükteki sıralamaya uyulmakla birlikte bu sıralamada üç temel yeni düzenlemeye yer verilmiştir.

<sup>49</sup> Bkz. yukarıda 28 numaralı dipnot.

<sup>50</sup> Bkz. Üçüncü Bölüm, §3.

<sup>51</sup> **KILIÇOĞLU**'nun haklı olarak eleştirdiği hukuki işlemler için kullanılan hukuki muamele tabirinin değiştirilmesi kanaatimizce yerinde olmuştur. Bkz. **KILIÇOĞLU**, Ahmet, M.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Eleştiriler: Rapor, Ankara 2008, s. 173.

*gerek ihmal ve teseyyüp yahut tedbirsizlik ile*” ifadesi yerine de “*kusurlu*” ifadesine yer verilerek daha sade bir anlatım tercih edilmiştir<sup>52</sup>.

Kusursuz sorumluluğa ilişkin yürürlükteki Borçlar Kanunundaki 54<sup>53</sup>, 55, 56, 58. maddeler Tasarıda kusursuz sorumluluk kenar başlığı altında sırasıyla 65, 66, 67, 69. maddeler olarak yer almıştır.

Her ne kadar tasarı metninden çıkarılmış olsa da yürürlükteki 54. maddenin kapsamını genişletmeye yönelik ön tasarının 60. maddesine değinmekte fayda görüyoruz. Gerçekten de hakkaniyet sorumluluğu kenar başlıklı maddede şöyle bir düzenlemeye yer alıyordu: “(1) *Tarafların ekonomik durumları göz önünde tutulduğunda hakkaniyet gerektiriyorsa hâkim, kusura bağlı olmaksızın zarar verenin sebep olduğu zararı uygun biçimde gidermesine karar verebilir. (2) Ayırt etme gücü olmayanın verdiği zarar için de aynı hüküm uygulanır.*” Maddenin gerekçesinde ise ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kusuru olmaksızın başkalarına zarar verenlerin de hakkaniyet gerektiriyorsa sorumlu olmalarının zorunlu görüldüğü açıklanmıştır. Fakat kanaatimizce bu düzenlemeyle açıkça sorumluluk hukukumuzun esasını oluşturan kusur ilkesinden uzaklaşmaktadır. Zira sadece tarafların ekonomik durumları çerçevesinde hakkaniyet takdiri yapılarak kusursuz ve ayırt etme gücüne sahip bir kişinin bir zarardan sorumlu olduğunu söylemek kusur sorumluluğunun kural değil neredeyse istisna olduğunu ifade etmektir. Aynı zamanda bu şekilde kusursuz sorumluluğun varlığı veya yokluğunun takdirini hâkime bırakmak hukuki güvenliği zedeleyecektir<sup>54</sup>.

Bu şekilde zarar gören kişinin niteliklerine göre reddedilecek veya kabul edilecek bir sorumluluğun sakıncaları ortadadır. Her ne kadar tazminat hukukunda tazminatın hesaplanmasında somut olayın özellikleri dikkate alınsa da sorumluluğun

---

<sup>52</sup> Tasarıda A. Sorumluluk I. Genel Olarak kenar başlıklı 49. maddesinden sonra B. Kusursuz Sorumluluk I. Hakkaniyet Sorumluluğu kenar başlıklı 65. maddeye yer verilmiştir. Bu nedenle doktrinde 49. maddenin kenar başlığının 65. maddeninkine uyum sağlaması açısından A.Kusur Sorumluluğu olarak değiştirilmesinin daha uygun olacağı öne sürülmüştür. Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Görüşler (15 Şubat-10 Haziran 2005), s. 70.

<sup>53</sup> Tasarının son halinde 54. maddeyi karşılamak üzere ayırt etme gücünden yoksun olanların sorumluluğu 65. maddede, ayırt etme gücünü geçici olarak kaybedenlerin sorumluluğu ise 59 maddede düzenlenmiştir.

<sup>54</sup> Bkz. **HAVUTÇU**, Ayşe: Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, S. 34, Ekim 2005, s. 3626; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Gelen Görüşler (15 Şubat-10 Haziran 2005), s. 80; **ATAMER**, Yeşim M.: Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, HPD, S. 6, Mayıs 2006, s. 22.

kabulü açısından somut olayın özelliklerinin dikkate alınması asla kabul edilemeyecektir<sup>55</sup>.

Açıklanan bu nedenlerle kanaatimizce söz konusu düzenlemenin Tasarının son halinde yer almaması son derece isabetli olmuştur.

Tasarının “tehlike sorumluluğu ve denkleştirme” kenar başlıklı 71. maddesi şöyledir: “(1) *Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. (2) Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır. (3) Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır. (4) Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.*”

Bu hükmün gerekçesinde ise “*Borçlar Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre hukukunda, tehlike sorumluluğunun öngörüldüğü birçok özel kanun bulunduğu hâlde, Hukukumuzda bu konuya ilişkin yeterli sayılabilecek yasal düzenlemelerin olmaması karşısında, söz konusu maddede tehlike sorumluluğunun genel ilkesinin belirtilmesi uygun görülmüştür.*” ifadesine yer verilmiştir. Oysaki sorumluluk hukukunda esas olan kusur sorumluluğu olup kusursuz sorumluluk ancak kanunun açıkça izin verdiği hallerde söz konusu olacağından, kıyas yoluyla yeni kusursuz sorumluluk halleri yaratılamaz<sup>56</sup>. Fakat söz konusu maddede “*Özellikle,*

---

<sup>55</sup> ATAMER, s. 22; KILIÇOĞLU, A. M., Tasarı, s. 35. Son yazar aynı yerde bu düzenlemeyle diğer kusursuz sorumluluk hallerine gerek kalmadığına da değinmektedir.

<sup>56</sup> Buna karşın Galatasaray Üniversitesi bu maddeye ilişkin görüşünde “Bir kusursuz sorumluluk hali yarattığı için mutlaka kanunla düzenlenmesi gereken bu esasa Tasarıda yer verilmiş olması isabetli bir gelişmedir” ifadesine yer vermiştir. Bkz. Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Gelen Görüşler (15 Şubat-10 Haziran 2005), s. 86. EREN ise “*tehlike sorumluluklarını içerecek muhteva ve kapsamı özenle belirlenmiş hukuka güveni zedelemeyecek genel bir kural aynen kusur sorumluluğunu düzenleyen BK m. 41’de olduğu gibi Medeni Kanuna veya Borçlar Kanununa konulup her somut olayda özel tehlike hallerine*” uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Yazar aynı zamanda “*ancak böyle genel nitelikte bir kural düzenleninceye kadar hâkime kıyas, yorum veya TMK m. 1/1’e göre hukuk yaratma yoluyla tehlike sorumluluğuna ilişkin kural koyma yetkisi tanınması*” gerektiğini

herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır.” ifadesi ile açıkça kıyas yapılacağı ifade edilmektedir. Aynı zamanda kaynak olan İsviçre Hukukunda dahi genel düzenleme yapılması konusunda çekinceler varken, tasarıda bu konuda genel hüküm konulmasının nedeni anlaşılmamaktadır<sup>57</sup>.

Ön Tasarıda sorumluluğun kurucu unsuru “önemli ölçüde tehlike arz eden bir faaliyet”<sup>58</sup> iken “önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyeti” olarak değiştirilmiştir. Belirli sportif faaliyetleri, süreklilik avı düzenlenmesini veya cerrahın yapacağı ameliyatı dahi içine alabilecek<sup>59</sup> kadar geniş bir kavram olan faaliyetin sadece bir işletme ile sınırlandırılması kanaatimizce yerinde bir değişikliktir<sup>60</sup>. Fakat bu durumda işletme kavramından ne anlaşılması gerekeceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Genel olarak işletme, tarım, sanayi, ticaret, bankacılık vb. iş alanlarında, kâr amacıyla bir sermaye yatırılarak kurulan kurumdur<sup>61</sup>. Buna göre önemli ölçüde tehlike arz eden işletmeye nükleer enerji santralının yanı sıra, herhangi bir fabrikanın, bankanın veya bir inşaat firmasının faaliyeti de örnek gösterilebilir. Bu konuda herhangi bir kurumun tehlike yaratacak faaliyette bulunması yeterlidir. Ayrıca söz konusu maddede “önemli ölçüde tehlike arz eden” ifadesine yer verilmesi hâkimin takdir yetkisini genişletici subjektif bir ifadedir. Bunun yanında bu

---

belirtmiştir. Bkz. **EREN**, s. 470. OĞUZMAN/ÖZ ise hâkim görüşün tek tek kusursuz sorumluluk halleri düzenleme yönünde olduğunu belirtmektedir. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 486.

<sup>57</sup> Hatta genel tehlike sorumluluğuna ilişkin bu maddenin yasalaşması halinde sadece İsviçre’den farklı bir düzenleme yapılmış olmayacak, komisyon üyesi ANTALYA’nın da ifade ettiği gibi dünyada genel tehlike sorumluluğunu düzenleyen hemen hemen tek ülke haline gelinecektir. Bkz. **ANTALYA**, s. 72.

<sup>58</sup> **HAVUTÇU**, s. 3626.

<sup>59</sup> Verilen örnekler için bkz. **HAVUTÇU**, s. 3626.

<sup>60</sup> Fakat ATAMER bunun aksini savunmaktadır. Yazar İsviçre Sorumluluk Hukukunun Revizyonu ve Birörnek Hale Getirilmesine İlişkin Kanun Tasarısının (*Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haftpflichtrechts*) 50. maddesinin aynen tercümesi olan ve tasarının ilk halinde tehlike sorumluluğu kenar başlıklı 66. maddesinde “tehlike arz eden faaliyet” teriminin kullanılmasının daha yerinde olduğunu savunmaktadır. Yazara göre “*mademki tehlike sorumluluğu genel bir ilke olarak kabul edilmek istenmektedir o zaman tehlike arz eden faaliyetin, işletmenin faaliyeti olarak sınırlandırılması doğru gözükmemektedir.*” Bkz. **ATAMER**, s. 22. Fakat bu durumda kişilerin yaptıkları birçok faaliyetten tehlike sorumluluğuna göre sorumlulukları söz konusu olur ki, bu durum hukuki güvenliği tehdit edici bir boyut kazanır. Zira sorumlu kişi somut bir norm olmadığı için faaliyetin potansiyel tehlike taşıdığını bilme imkânına sahip olamayacağından bunu ancak mahkeme tarafından sorumlu tutulduktan sonra öğrenebilecektir. Son iki cümle için bkz. **HAVUTÇU**, s. 3628.

<sup>61</sup> Bkz. <http://tdkterim.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 26.07.2009)

işletmenin faaliyetinden doğan zararın türü konusunda bir açıklık yer almamaktadır<sup>62</sup>.

İsviçre’de sorumluluk hukukunun birleştirilmesi hakkında federal kanun tasarısında da tehlike sorumluluğu konusunda genel hükme yer verilmesi tartışılmış; ancak çok sayıda eleştiri almıştır. Bu konudaki en önemli eleştiriler şunlardır<sup>63</sup>:

a) Yasa koyucunun titiz araştırmalar ve değerlendirmeler sonucu tehlike sorumluluğunu kabuldeki görevi, mahkemelere bırakılmaktadır.

b) Genel bir kuralla tehlike sorumluluğunun düzenlenmesi hukuk güvenliğini sarmakta hukuk güvenliğini tehlikeye düşürmektedir.

c) Mahkemeler açık, somut sınırları belli olmayan bu genel kuralı zarara yol her tür faaliyet için uygulayabilir, hatta farklı mahkemelerce farklı değerlendirilip sorumluluk hukukunun Amerikanlaşmasına yol açacağı söylenmektedir.

Ayrıca belirtmiş olduğumuz gibi maddenin kenar başlığı öntasarıdan farklı olarak “*tehlike sorumluluğu ve denkleştirme*”dir. Maddenin başlığına ve son fıkrasının lafzına bakıldığında burada fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin de düzenlendiği izlenimi uyandırmaktadır. Fakat önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyetine hukuk düzenince izin verilmesi şartı fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesi için yeterli değildir<sup>64</sup>. Zira bu ilkenin uygulanabilmesi için çakışan iki çıkar olması, bu çıkarlardan birinin diğerinden üstün tutularak feda edilmesi ve bundan doğan zararın yapılan fedakârlıktan yararlanan üstün çıkar sahibi tarafından karşılanması gerekmektedir<sup>65</sup>. Fakat burada BK m. 52/II’deki gibi üstün hak sahibi bir kişiyi tespit etmek mümkün değildir.

Aynı zamanda tehlike sorumluluğu ile fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin ikisinde de zarara sebep olan durum zarar veren olaydan önce hukuka uygundur. Tehlike sorumluluğunda tehlikeli faaliyet veya işletme, fedakârlığın denkleştirilmesinde ise üstün çıkar sahibinin müdahalesi hukuka uygundur. Birbirinden ayrıldıkları nokta ise, tehlike sorumluluğunda öngörülen tipik tehlike ortaya çıktığı anda, bu durum hukuka aykırı iken, fedakârlığın denkleştirilmesi

---

<sup>62</sup> HAVUTÇU, s. 3627. Yazar burada eşyanın zarara uğraması halinde doğan yoksun kalınan kazancın da tehlike sorumluluğu kapsamında tazmin edilip edilmeyeceğinin belirsiz olduğuna işaret etmektedir.

<sup>63</sup> HAVUTÇU, s. 3628.

<sup>64</sup> ATAMER, s. 22.

<sup>65</sup> ULUSAN, İlhan: Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İstanbul 1977, s. 10; TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 48.

ilkesinde üstün çıkar sahibi kişinin diğerine müdahalesi hukuka uygundur. Bunun dışında tehlike sorumluluğunda zarar verme olasılığı yaşam deneylerine göre yüksek etkenlerden söz edilirken fedakârlığın denkleştirilmesine dayanan sorumlulukta varlığına imkân tanınan zarar verici müdahaleler ön plandadır. Bu nedenle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine bağlı sorumlulukta üstün çıkar sahibi müdahaleleri bilerek isteyerek zarar verme amacına yönelik yürütürken; tehlike sorumluluğunda ise zarar verici olayın ne zaman meydana geleceği bilinmemekte, söz konusu olay tesadüfen gelişmektedir<sup>66</sup>.

Açıklanan nedenlerle her ne kadar denkleştirme tabiri kullanılmışsa da kanaatimizce bu düzenleme fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesinin niteliğine uygun değildir. Burada önceki fıkralarda yer aldığı gibi tehlike sorumluluğu düzenlenmiştir. Bu nedenle son fıkranın kaldırılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz<sup>67</sup>.

Sonuç olarak tehlike sorumluluğunun genel hüküm olarak düzenlenmesinin en büyük sakıncası hukuki güvenliği tehdit edici nitelikte olmasıdır. Her ne kadar maddedeki “önemli ölçüde tehlike arz eden faaliyet” ifadesi “önemli ölçüde tehlike arz eden işletmenin faaliyeti” olarak değiştirilmiş ve tehlikenin herhangi bir faaliyetten ziyade işletmenin faaliyetine ait olacağı belirtilmişse de, bu tabir de kanaatimizce somutlaşmaya ve sınırlanmaya muhtaçtır. Bu haliyle söz konusu düzenleme keyfi uygulamalara mahal verecek niteliktedir. Bu nedenle biz de kusursuz sorumluluğun konuluş amacı ve istisnai niteliğini göz önünde bulundurarak bu konuda en sağlıklı çözümün tehlike sorumluluğuna ilişkin özel hükümler koymak olduğunu, mutlaka genel hüküm konulacaksa da buradaki işletme kavramının somutlaştırılması gerektiğini öneriyoruz<sup>68</sup>.

---

<sup>66</sup> TANDOĞAN, Kusura Dayanmayan, s. 50; ULUSAN, s. 57-58.

<sup>67</sup> Bkz. aynı doğrultuda ATAMER, s. 22-23.

<sup>68</sup> HAVUTÇU, s. 3628.

## §2. AKİT DIŞI SORUMLULUKTA ZARAR KAVRAMI

### I. Genel Olarak

Zarar kavramı ne Borçlar Kanunumuzda (özellikle 41–49. maddeler arasında) ne de Alman Medeni Kanununda (BGB § 249 - § 253) tanımlanmıştır<sup>69</sup>. Bu nedenle özellikle Alman doktrininde zarar kavramını açıklamaya yönelik birçok görüş ortaya atılmıştır<sup>70</sup>. Genel anlamda zararı, bir kişinin belli şartlar sonucu hukuki değerlerinin uğradığı her tür istem dışı kayıp olarak tanımlayabiliriz<sup>71</sup>.

Hukuki sorumluluğun temel koşulu zarardır. Başka bir ifadeyle bir eylem ne kadar kusurlu, ne kadar hukuka aykırı olursa olsun, bu eylem sonucunda ortaya bir zarar çıkmıyorsa sorumluluk da söz konusu olamaz.

Zararı dar anlamda ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayırabiliriz. Geniş anlamda zarar kişinin hem maddi hem de manevi zararını, dar anlamdaki zarar ise sadece kişinin maddi zararını içerir<sup>72</sup>. Maddi zarar, kişinin malvarlığında (patrimuanında) iradesi dışında, ya aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde, meydana gelen eksilmedir<sup>73</sup>. Bu nedenle zarar kavramını daha iyi kavrayabilmek için

---

<sup>69</sup> Avusturya Medeni Kanununda ise zarar tanımına yer verilmiştir. Söz konusu ABGB'nin 1293. maddesi şöyledir. : “ *Zarar, birinin malvarlığında, haklarında veya kişiliğinde ika edilen her tür kayıptır. Bundan, kişinin nesnenin olağan akışına göre beklediği kâr kaybı ayrılır.*” TBK ön tasarı metninde ise zarar tanımına yer verilmişti. Ön tasarinın 50. maddesinde “ (1) *Zarar, maddi ve manevi olabilir. (2) Maddi zarar, bir kişinin malvarlığının zarar verici fiil olmasaydı bulunacağı durum ile bu fiil sonucu aldığı durum arasındaki farktır. (3) Hayatta bedensel ya da ruhsal bütünlüğüne ve diğer kişisel değerlere yönelik fiillerin malvarlığında yol açtığı eksilmeler de, maddi zarardır. (4) Manevi zarar, bir kişinin kişiliğinde zarar verici fiille meydana gelen olumsuz etkilenmedir.*” düzenlemesi yer alıyordu. Bunun dışında haksız fiilin her bir unsurunun tanımına da 56, 58, 59. maddelerde yer verilmişti. Fakat sonradan ön tasarıya ilişkin yapılan eleştiriler doğrultusunda bu kazuistik ve sınırlayıcı yaklaşımdan vazgeçilip yürürlükteki Borçlar Kanunumuzda olduğu gibi bu hususlar doktrine bırakılmıştır. Ön tasarinın bu düzenlemesiyle ilgili bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı (15 Şubat- 10 Haziran 2005), s. 70 vd.

<sup>70</sup> Bkz. aşağıda III.

<sup>71</sup> **HÜTTE**, Felix / **HELBRON**, Marlena: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bremen 2005, s. 368, N. 868; **AYBAY**, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1979, s. 83; **TUNÇOMAĞ**, s. 269; **BİRSEN**, s. 231; **KAYNAR**, s. 243. Gerçekten de kişinin bir sözleşmeyle borç üstlenmesinde de malvarlığının pasifi artmakta fakat bu rızası dâhilinde gerçekleştiği için zarar olarak kabul edilememektedir.

<sup>72</sup> **TEKİNAY / BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 547-548; **TİFTİK**, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s. 51. Türk- İsviçre Hukukunda Avusturya, Alman ve Fransız Hukuklarının aksine zarar kavramı dar anlamda sadece maddi zararı anlatmak için kullanılırken, belirtilen hukuk sistemlerinde zarar kavramı manevi zararı da içine alan geniş anlamda kullanılır. **EREN**, s. 488. Biz de çalışmamızda zarar kavramını belirtilen dar anlamında kullanacağız.

<sup>73</sup> **DESCHENAUX / TERCIER**, s. 19; **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 514; **İNAN**, s. 286; **KARAHASAN**, s. 76; **EDGÜ**, s. 93; **REİSOĞLU**, s. 146; **KELLER/GABI- BOLLINGER**, s. 9. Maddi zararın sadece malvarlığı kavramı ile sınırlanmaması gerektiği; zira kişinin kendi bedensel bütünlüğü ve çalışma



öncelikle malvarlığı kavramını ve nelerin buna dâhil olduğunu incelemek çalışmamıza ışık tutacaktır.

## II. Malvarlığı Kavramı Ve Malvarlığına Dâhil Değerler

### A) Malvarlığı Kavramı

Kişilerin parayla ölçülebilen, yani maddi bir değer taşıyan hak ve borçlarının tümüne malvarlığı(mamelek) denir<sup>74</sup>. Malvarlığı kavramı hukuk düzeniyle ilgili iktisadi bir kavramdır. Malvarlığına ait değerlere iktisadi inceleme sayesinde ulaşılır. Burada gerekli olan ilgili hukuki değer ticari bir değere yaklaşması ve bu değer para ile devredilebilir olmasıdır<sup>75</sup>. Buna göre bir hakkın malvarlığına dâhil olabilmesi için o hakkın ekonomik bir değer arz etmesi gerekmektedir. Mülkiyet hakkı, irtifak hakkı gibi aynı hakların yanı sıra alacak hakkı gibi nisbi haklar ekonomik değeri haiz olduğundan malvarlığı kavramına dâhildir. Bu haklar malvarlığının aktif kısmını oluştururken borçlar da malvarlığının pasif kısmını oluşturur.

Malvarlığı değerlerinde azalmanın tespitine ilişkin önemli çalışmalardan biri Mommsen tarafından gerçekleştirilmiştir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz “*fark faraziyesine*” göre malvarlığının zarar veren olay gerçekleşikten sonraki hali ile zarar gerçekleşmeseydi bulunacağı durum arasındaki fark, zarardır. Başka bir ifadeyle bu fark, zarar görenin zarar veren olayın meydana gelmemesindeki menfaatidir<sup>76</sup>.

---

gücünün kural olarak malvarlığı içinde değerlendirilmediği, oysaki bu hallerde de bir maddi zarar ortaya çıkacağına ilişkin eleştiri için bkz. **BÜYÜKSAYIŞ**, Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007, s. 305-306. Yazar bu çerçevede maddi zararı, piyasaya para karşılığı arz edilebilecek hukukça korunan bir menfaatin istenç dışı kaybı olarak tanımlamaktadır. Bkz. **BÜYÜKSAYIŞ**, s. 438. **GRUNSKY** de benzer şekilde malvarlığı zararının mevcudiyetinin malvarlığı değeri olan bir nesnenin zarar görüp görmediği ile bağlı olduğunu, fakat bununla özdeş olmadığını belirtmektedir. Yazar saf manevi bir hakkın ihlalinin tamamen para ile tazmin olan bir malvarlığı zararına yol açabileceğini belirtmektedir. Buna, iftira nedeniyle konum kaybını, tedavi giderlerini ve bedensel zararda kazanç kaybını örnek göstermektedir. Bkz. **MÜNCHENER/GRUNSKY**: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 249-432), München 1979, Vor § 249 N. 11 b.

<sup>74</sup> **AKİPEK**, Jale G. / **AKINTÜRK**, Turgut: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1, 5. Baskı, İstanbul 2004, s. 28; **LARENZ**, s. 479-480. Ayrıca bkz. malvarlığı kavramıyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için **von TUHR**, Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, Leipzig 1910, s. 313 vd.

<sup>75</sup> **HANSEN**, Wilhelm Matthias: Normativer Schadensbegriff und Schadensberechnung, Karlsruhe 1977, s. 16.

<sup>76</sup> **EREN**, s. 490.

## B) Malvarlığına Dâhil Maddi Değerler

Malvarlığına dâhil değerler yukarıda belirtildiği gibi kişinin parayla ölçülebilen hukuki değerlerinin bütünüdür. Buna örnek olarak aynı haklar ve alacak hakkı gibi nisbi haklar gösterilebilir<sup>77</sup>. Zarar eğer bir malın mülkiyetine dair ise ortada mal zararı yani maddi zarar vardır. Bunun karşısında yer alan; kişinin vücudu, bedensel gücü ve özellikleri malvarlığına dâhil değilse de, bunların zarar görmesi de (hastane masrafı, işgücünde azalma nedeniyle kazanç kaybı gibi) malvarlığı zararı oluşturabilir<sup>78</sup>. Bunların yanı sıra özellikle Alman doktrininde kişinin bir nesnenin kullanımından aldığı zevkin, tatil ve boş zamanların kaybının malvarlığında bir eksilme yaratıp yaratmadığı; başka bir ifadeyle maddi zarar kalemi oluşturup oluşturmadığı tartışılmıştır.

Bu yeni değerlerin malvarlığına dâhil değer olup olmadığı incelemesinde BÜYÜKSAĞIŞ şu üç hususun birinin veya birkaçının bulunması gerektiğini; manevi zararlar maddi zarar arasındaki çizginin de bu şekilde belirleneceğini ifade etmektedir<sup>79</sup>.

- 1) Menfaatin para karşılığı devredilebilir ve elde edilebilir olup olmadığı
- 2) Menfaatin somut olayda para karşılığı devredilmiş olup olmadığına bakılmaksızın piyasada genel olarak para karşılığı elde edilebilir olup olmadığı
- 3) Para karşılığı devredilebilir ve genel olarak piyasada para karşılığında elde edilebilir olup olmadığı dikkate alınmaksızın menfaatin elde edilmesi aracılığıyla somut olayda belli paranın ödenmiş olup olmadığı.

---

<sup>77</sup> Ayrıca bazı kanuni ipotek tescil ettirme yetkisi ya da kabul hakkı gibi bazı yenilik doğuran hakların da malvarlığına dâhil olduğu belirtilmektedir. Bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, s. 48.

<sup>78</sup> Bu nedenle BÜYÜKSAĞIŞ belirtildiği gibi malvarlığı kavramının daha geniş tanımlanması gerektiğini bu açıdan TMK m. 762'de yer alan taşınır mülkiyetinin konusunu açıklayan maddeden yararlanılabileceğini öne sürmüştür. Bu maddede taşınır mülkiyetinin konusunun, maddi şeylerle edinmeye elverişli olan ve *taşınmaz mülkiyetinin kapsamına girmeyen doğal güçler* olduğu belirtilmiştir. Yazar, malvarlığının tanımlanmasında söz konusu madde yorumlanarak, kişinin değer yaratma kapasitesinin malvarlığına dâhil unsurlardan biri olduğunun kabul edileceğini belirtmektedir. Bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, s. 307. ayrıca bkz. aşağıda §2., III, B, 7, c.

<sup>79</sup> BÜYÜKSAĞIŞ, s. 296. Zira yazar, paranın sadece değişim aracı değil, aynı zamanda ekonomik değeri belirleme aracı olduğunu; bu nedenle belirtilen hususlara dikkat etmeksizin yapılan maddi zarar incelemesinin bazı zarar kalemlerinin tazmin edilmemesine sebep olacağını, bununla mevcut uygulamadan geri dönülmesi anlamına geleceğini ifade etmektedir. Bkz. BÜYÜKSAĞIŞ, s. 298.

### III. Zarar Kavramını Açıklamaya Yönelik Teoriler

#### A) Geleneksel Zarar Anlayışı

##### 1) Genel Olarak

Günlük dilde zarar, kişinin belli olay ya da süreç sonucu kendi sağlığı, bedensel bütünlüğü mesleki gelişimi, kazanma şansı ya da belli malvarlığı değerleri gibi yaşam araçlarının uğradığı kayıptır. Kayıp kelimesi ise, zarar görenin maddi, manevi değer alanında, başka bir halde olacağından daha az veya daha kötü olan, uygun olmayan değişim sonucu zararını ifade eder<sup>80</sup>. Başka bir ifadeyle, zararın varlığından bahsedebilmek için öncelikle ortada malvarlığının iki farklı durumu olmalıdır. Bu görüşü 1855 yılında Friedrich Mommsen “Zur Lehre von dem Interesse” ( Menfaat Öğretisi Hakkında) adlı eserinde ifade etmiştir<sup>81</sup>. Alman doktrininde zarar kavramını açıklamaya yönelik şüphesiz Mommsen’in menfaat görüşünün aksine görüşler de ileri sürülmüştür. Bunlardan en önemlisi Tabii Zarar Görüşüdür. Şimdi sırasıyla bu görüşleri ana hatlarıyla inceleyelim.

##### 2) Fark (Menfaat) Teorisi

Mommsen zararın tanımında menfaat kavramından hareket etmiştir. Buna göre malvarlığının zarar veren olay sonucundaki durumu ile zarar veren olay hiç oluşmasaydı malvarlığının içinde bulunacağı durum arasındaki fark tazmin edilecektir. Başka bir ifadeyle ortaya çıkan zarar, zarar görenin menfaatidir. Mommsen bunun Roma Hukukundaki “*id quad interesse*” olduğunu belirtmiştir<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> LARENZ, s. 426.

<sup>81</sup> Aslında fark teorisini ilk ortaya atan Mommsen değildir. Tarihi gelişime bakıldığında ilk kez Ortaçağda dile getirilmiş, daha sonra 19. yüzyıldaki Pandekt öğretisindeki hukukçular tarafından ileri sürülmesine rağmen, ilk kez Mommsen tarafından bütün ayrıntılarıyla ele alınmıştır. Bu konudaki tarihi gelişim ve bu terimi kullanan yazarlara ilişkin açıklamalar için bkz. KARAKAŞ, Fatma Tülay / SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Özlem: Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi, BATİDER Haziran 2006, C. XXIII, S. 3, s. 175 ve özellikle dn. 83. Ayrıca bkz. KARAKAŞ, Fatma Tülay: Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı, Ankara 2004, s.14 vd. (Yayımlanmamış Doktora Tezi)

<sup>82</sup> Terimle ilgili açıklamalar için Bkz. KARAKAŞ / SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 176 dn. 84; ERGÜNE, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008, s. 23; HIRSCH, Christoph: Einführungskurs

Bu iki farklı durum arasındaki fark yani, bir kişinin zarar veren olay gerçekleşikten sonraki malvarlığı durumu ile zarar veren olay gerçekleşmeseydi, malvarlığının bulunacağı durum arasındaki fark, negatif çıkarsa ortada tazmini gereken bir zarar vardır<sup>83</sup>.

Bu görüşte dikkat edilirse zarar verici olay gerçekleşmeden önceki durumla gerçekleşikten sonraki durum karşılaştırılmamaktadır. Zira böyle bir karşılaştırma sadece fiili zararı (damnum emergens) verecektir. Fakat Mommsen zarar veren olay olmasaydı malvarlığını içinde bulunacağı farazi durum ile kıyaslama yaptığından yoksun kalınan kâr (lucrum cessans) ile fiili zarar arasında bir fark gözetmeksizin zarar adı altında her ikisinin de tazminine olanak sağlamaktadır.

Hemen belirtelim ki, zarar veren olay bazı hallerde zarar görenin malvarlığında olumlu bazı değişiklikler de yaratabilir. Örneğin, trafik kazası sonucu yaralanan kişi hastanede tedavi gördüğü süre içinde işe gitmediğinden otobüs veya benzin parasından tasarruf etmiş olmaktadır. Böyle hallerde fark teorisi önceki durum ile sonraki farazi durum arasında karşılaştırma yaparken zarar veren olayın sağladığı yararları da zararlardan düşmektedir<sup>84</sup>.

Fark teorisinde zarar görenin malvarlığının fiili ve farazi durumu karşılaştırılırken zarar gören hukuki değerini kendisinden ziyade zarar görenin malvarlığının geneli esas alınır. Zira zararın özneyle ilişkisi çok önemlidir. Bu çerçevede fark faraziyesi üç temele dayanmaktadır<sup>85</sup>:

- 1) Bir kişinin toplam malvarlığı incelemesi
- 2) Özneyle ilişkisinin incelenmesi
- 3) Menfaatin para ile ölçülebilme gerekliliği

---

Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Köln- Berlin-Bonn- München 1994, N. 607. Son iki yazar aynı yerde bu terimle “arada olan şey”in kastedildiğini belirtmektedir.

<sup>83</sup> Alman Medeni Kanununun tazminatın türü ve kapsamını kenar başlıklı 249. maddesinde de (BGB § 249) Mommsen’in görüşünün aynen kabul edildiğini görüyoruz. Söz konusu maddenin birinci fıkrası aynen şöyledir: “Tazminatla yükümlü olan, tazminat yükleyen durum ortaya çıkmasaydı oluşacak durumu temin etmelidir.”

<sup>84</sup> Doktrinde, tabii zarar görüşünü savunanların, fark faraziyesinin zararın olumlu - olumsuz etkilerini değerlendirmedikleri sadece matematiksel işlem olarak gördükleri için bu durumun denkleştirme kurumunun bağımsızlığını etkilediği yönündeki eleştirilere AKÜNAL toplam malvarlığı incelemesinin, ortaya çıkan yararların olduğu gibi değerlendirme dışı tutulduğu anlamına gelmediği,, “olması gereken”i de göz önünde tuttuğundan salt matematiksel bir işlem olmadığını vurgulamıştır. Bkz. AKÜNAL, Teoman: Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977, s. 59-60; aynı yönde bkz. ERGÜNE, s. 17-18 dn. 32. Aynı doğrultuda fark teorisinin yararların denkleştirilmesine, pasiflerin artışı ve yoksun kalınan kârın da hesaplanmasına imkân verdiğine ilişkin bkz. KARAKAŞ, s. 27.

<sup>85</sup> HANSEN, s.21.

Fark teorisiyle malvarlığı zararının tespiti de iki aşamalıdır: Öncelikle fark yani gerçek değişiklik fiili açıdan bulunur, sonra gerçek zararın para olarak değerlendirilmesi olan gerçek zarar bulunur<sup>86</sup>.

Fark teorisi malvarlığının iki durumu arasındaki farkı esas aldığından özellikle zararın para ile tazmin edileceği hallerde uygulanabilir. Fakat bu durum Alman Medeni Kanununun öncelikle aynen tazmine önem verdiği anlaşılan BGB § 249 / 1 hükmü nedeniyle fark teorisinin yerinde bir teori olup olmadığı tartışılmıştır<sup>87</sup>. Fakat her şeyden önce Mommsen de fark teorisinde zararın aynen tazmin olanağı varken zarar verici olay nedeniyle malvarlığındaki eksilmenin araştırılmasına gerek olmadığını kabul etmiştir<sup>88</sup>. Örneğin sadece bir pencere camı kırıldıysa toplam malvarlığı incelemesi karşılaştırılması yapılmaksızın benzer bir cam ne kadarsa onun bedeli tazmin olurken, bu pencere camının kırılması sonucu pencere kenarındaki çiçekler de donmuşsa benzer çiçeklerin fiyatı tespit edilerek yine toplam malvarlığı incelemesine gitmeden her iki zarar kalemi toplanarak zarar tazmin olur<sup>89</sup>. Kuşkusuz bütün malvarlığını esas alan bir inceleme bir birliktelik veya kazanç kaybı halinde ortaya çıkar. Buradaki sadece bir tek malvarlığı değerinde değil, malvarlığının tümünde oluşan, genel malvarlığı zararının tespiti için de, fark teorisi tarafından istenen malvarlığı toplam hesabı zorunludur<sup>90</sup>.

---

<sup>86</sup> **HANSEN**, s. 21. Yazar ayrıca bu metotla zarar tespitinin birçok zorlukla karşılaştığını belirtip, farazi alanın tespit edilemediği veya sadece olağanüstü bir çabayla bütün detaylarıyla tespit edilebildiğini ifade etmiş, Alman Medeni Kanununda bazı hükümlerle farazi alanın tespitine olanak tanıdığına işaret etmiştir. Bkz. **HANSEN**, s. 22.

<sup>87</sup> **AKÜNAL**, s. 54 vd.

<sup>88</sup> Bkz. **MOMMSEN**, F.: Beitrage zum Obligationenrecht, Erste Abteilung: Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse, Braunschweig, Schwetscke 1853, s. 13, (naklen **ERGÜNE**, s. 20). Aynı şekilde sadece bir malın zarara uğraması gibi gözüken olaylarda da malvarlığına dâhil diğer değerlerin de olumsuz etkilenebileceğine ilişkin açıklamalar için bkz. **ERGÜNE**, s. 21. Burada kanaatimizce önemli olan tazminatın tespitinde hakkaniyet ile usul hukukundaki çabukluk ve masrafsızlık ilkelerinin dengelenmesidir. Zira somut olayda birinin sadece bir kitabı hasara uğramışsa, o kişinin bütün malvarlığını hesaplayıp önceki ve sonraki değerler arasındaki farkın elde edilmesi masraflı olmasının yanı sıra yargılama sürecini gereksiz yere uzatan dolayısıyla hakkaniyete aykırı bir uygulama olacaktır. Aynı doğrultuda bkz. **EREN**, s. 491–492.

<sup>89</sup> **LARENZ**, s. 481; **SCHLECHTRIEM**, Peter / **SCHMIDT- KESSEL**, Martin: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. neu bearbeitete Auflage, Tübingen 2005, N. 252.

<sup>90</sup> **LARENZ**, s. 482. Yazar aynı zamanda haklı olarak, bir malın subjektif değerinin tazmininin istendiği hallerde de o malın kişinin bütün malvarlığının içindeki değerinin tespiti amacıyla fark teorisinden yararlanılacağından, sadece objektif değerinin tazmininin istendiğinde ise bu incelemeye gerek olmadığını belirtmektedir. Bkz. **LARENZ** s. 483.

Ayrıca bu görüşte zarar veren, fiilinin bütün sonuçlarından kendisi için öngörülebilir olsa da olmasa da sorumlu olacağı, burada kusurun tazminat miktarının belirlenmesinde bir etkisi olmayacağı kabul edilmiştir<sup>91</sup>.

Mommsen'in zararı zarar görenin iki malvarlığı durumu arasındaki fark ve bu farkın da zarar görenin menfaati olduğu yönündeki görüşü doktrinde zararlar menfaatin aynı anlama gelip gelmediği tartışmalarına yol açmıştır. Zarar ile menfaat ilişkisini FIKENTSCHER / HEINEMANN şöyle ifade etmiştir. "Zarar ile menfaat arasında ise haksızlık ile tazminat arasındaki gibi bir ilişki vardır. Zarar tazminat talebinin kanuni şartı iken; menfaat soyut formüle edilmiş tazminat talebinin hukuki sonucudur. Menfaat, tazminat hukuku anlamında tazminat talebinin kapsamıyla aynı anlamdadır. Zarar tespiti gerçek bir neden zincirine dayanırken; menfaat tespiti, gerçek neden zinciri ile farazisi arasında ( zarar veren olay oluşmamış olsaydı nasıl olurdu, şeklinde) bir karşılaştırma yapar"<sup>92</sup>. Zarar görenin yaptığı bu karşılaştırmada gerçek ve tasavvur edilmiş süreç arasında fark zarar görenin, zararın eski hale getirilmesindeki menfaatidir<sup>93</sup>.

LANGE ise ortak hukuk terminolojisiyle bağlantılı olarak tazmin olan zararın hukuk öğretisinde çoğu kez menfaat olarak gösterildiğini ifade etmektedir. Menfaat kavramının, bazılarının göre, zarar görenin hukuki değerinin objektif değil, tazminat alacaklısı için arz ettiği değerinin<sup>94</sup>, bazılarının göre ise malvarlığı durumunun karşılaştırılması sonucunda bulunan toplam malvarlığı zararının ve son olarak henüz zarara uğramamış alacaklının tek malvarlığı değerinin sahip olabileceği hukuken korunan beklentilere ilişkin olabileceğini de belirtmiştir<sup>95</sup>.

KARAKAŞ / SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN ise Ortaçağ hukukçusu Accursius'un ilk menfaat tanımını ( menfaati, ifa etmeme nedeniyle doğan fiili zarar ve yoksun kalınan kâr olarak tanımlamıştı) eleştirirken, menfaatin değil; menfaatin ifade ettiği parasal büyüklüğün, zararın yüksekliğine eşit olduğunu vurgulamıştır<sup>96</sup>.

<sup>91</sup> KARAKAŞ / SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 176.

<sup>92</sup> FIKENTSCHER, Wolfgang / HEINEMANN, Adreas: 10. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 2006, § 52 I N. 607.

<sup>93</sup> FIKENTSCHER / HEINEMANN, § 52 I N. 669.

<sup>94</sup> BRINKER de bu görüşte fark teorisiyle elde edilen süje ile bağlılığa (Subjektbezogenheit) aşırı vurgu yapıldığını belirtmektedir. Bkz. BRINKER, Jürgen: Die Dogmatik zum Vermögensschadensersatz, Berlin 1982, s. 183.

<sup>95</sup> LANGE, Hermann: Schadensersatz, Tübingen 1979, s. 19; LANGE, Hermann / SCHIEMANN, Gottfried: Handbuch des Schuldrechts Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen 2003, s. 28-29.

<sup>96</sup> KARAKAŞ / SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s. 171. Benzer şekilde menfaat ile zarar kavramlarının mutlaka özdeş olması gerekmediği belirtilmiştir. Bkz. von STAUDINGERS/ SCHIEMANN:

ERGÜNE ise Mommsen'in görüşü çerçevesinde menfaat kavramıyla zarar kavramının özdeş olduğunu kabul etmektedir<sup>97</sup>. Bu nedenle doktrinde öne sürülen menfaatin tazminat yükümlülüğünün kapsamını belirleyen bir kavram olduğunu öne süren görüşü eleştirmektedir. Bu görüşe göre menfaat borçlunun usulü dairesinde davranması halinde alacaklının sahip olacağı elverişli durumu ifade eder. Başka bir deyişle bu görüşe göre, Mommsen tarafından hatalı bir şekilde malvarlığı farkı olarak tanımlanan menfaat kavramı, borçlunun usulü dairesinde davranması ile davranmaması arasındaki somut farktan oluştuğu kabul edilir<sup>98</sup>.

### 3)Tabii Zarar Görüşü

Alman Hukukunda Mommsen'den sonra zarar kavramını açıklamaya yönelik çalışmalar Hans Albrecht Fischer ile devam etmiştir. Fischer 1903 yılında yazmış olduğu "Alman İmparatorluğu için Alman Medeni Kanununa göre Zarar" isimli eseriyle sonradan doğal zarar anlayışı<sup>99</sup> olarak adlandırılacak olan görüşün en önemli temsilcisidir<sup>100</sup>.

Fischer monografisinde zararın günlük dilde kullanımından hareket eder ve zararın "Hukuk süjesinin hukuki değerlerinin ihlali yoluyla uğradığı kayıp" olduğunu belirtir<sup>101</sup>. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere zararın ortaya çıkmasında kimin veya neyin sebep olduğu önemli değildir<sup>102</sup>. Başka bir deyişle tazminat yükümlüsü, kural olarak sorumluluğa sebep olan olayın doğal sonucu olan bütün zararları tazmin etmelidir<sup>103</sup>.

---

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadensersatzrecht), Berlin Neubearbeitung 2005, Vorbem zu §§ 249 ff, N. 36.

<sup>97</sup> ERGÜNE, s. 25.

<sup>98</sup> KEUK, Brigitte: Vermögensschaden und Interesse, Bonn, Ludwig Röhrscheid Verlag 1972, s. 52 vd., (naklen, ERGÜNE, s. 25, dn. 67)

<sup>99</sup> SCHLECHTRIEM / SCHMIDT- KESSEL burada doğal zarar yerine gerçek zarar ifadesini kullanmış ve bu görüşte tazminle yükümlü olunan hallerin belirlenmesinde doğadaki zarar olan gerçek zarar kavramından yola çıkıldığını ifade etmiştir. Bkz. SCHLECHTRIEM / SCHMIDT- KESSEL, N. 252. ERGÜNE de somut zarar tabirini benimsemiştir. Bkz. ERGÜNE, s. 18.

<sup>100</sup> Eserin orijinal ismi "Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für Deutsche Reich" olup yazarın görüşleri ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. KARAKAŞ, s. 20 vd.

<sup>101</sup> LANGE / SCHIEMANN, s. 27

<sup>102</sup> NOMER, Haluk N.: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, s. 7.

<sup>103</sup> ROBERTO, Vito: Schadensrecht, Basel und Frankfurt am Main 1997, s. 49.

Tabii zarar görüşünde malvarlığı haklar bütünü olarak algılanmakta, malların da malvarlığına dâhil hakların konusu olduğu, bu nedenle bu hakların kaybının zarar oluşturduğu belirtilmektedir<sup>104</sup>. Bunun sonucu olarak bir malın üzerindeki mülkiyet hakkının ortadan kalkmaksızın ihlali, malvarlığı zararı oluşturmayıp, malvarlığının ekonomik incelenmesiyle zararın ortaya çıkabileceğini, bunda da kullanım ve değişim değerinin etkili olduğu ifade edilmiştir<sup>105</sup>. Bunu tespit ederken fark teorisindeki gibi fiili durum ile farazi durum karşılaştırılır; fakat burada fark teorisinden farklı olarak bütün malvarlığı değil, sadece zarara uğrayan somut hak konusu varlık esas alınır<sup>106</sup>. Gerçekten de tabii zarar anlayışı ihlal edilen hakkın hem zarar görenin kendisine ifade ettiği değer hem de diğer malvarlığı değerleriyle bütünlüğü tazminde göz önünde bulundurulur<sup>107</sup>.

Fakat bu görüş aşağıda göreceğimiz normativist ve objektif zarar anlayışı taraftarları tarafından eleştirilmiştir. LARENZ ve MERZ burada zararın başkasının davranışından veya zarar görenin kendi eyleminden mi, yoksa doğal bir olay sosyal, hukuki, ticari alanda genel bir süreçten (ihracat engeli veya devalüasyondan) mi kaynaklandığı sorunun açık kaldığını ifade eder<sup>108</sup>.

## B) Geleneksel Zarar Anlayışına Karşı Görüşler

Geleneksel zarar anlayışı her ne kadar yoksun kalınan kâr ve yararların denkleştirilmesine olanak tanısa da eğer zarar verici olay nedeniyle kişinin malvarlığında parasal anlamda bir eksilme olmuyorsa fark teorisi ve tabii zarar görüşüne göre ortada bir zarar yoktur. İşte geleneksel anlayışla zarar olarak değerlendirilmeyen değerlerin veya ortaya çıkabilecek adaletsizliklerin önlenmesi için doktrinde farklı zarar görüşleri öne sürülmüştür.

<sup>104</sup> NOMER, s. 7; KARAKAŞ, s. 21 vd.

<sup>105</sup> KARAKAŞ, s. 22.

<sup>106</sup> Bkz. ERGÜNE, s. 19.

<sup>107</sup> EREN, s. 491. Bir kişinin aracı rızası dışında başka bir renge boyandığında malvarlığı zararının oluşacağına ilişkin örnek için Bkz. NOMER, s. 7, dn. 12.

<sup>108</sup> MERZ, Hans: Obligationenrecht Allgemeiner Teil Erster Teilband, Basel und Frankfurt am Main 1984, s. 186; LARENZ, s. 426. Yazar ayrıca sahibinin artık kullanmadığı veya başka bir olayla kısa zamanda zaten zarar göreceği olan bir eşyanın veya zarar veren olay kendisiyle illiyet bağı olmayan başka bir olayın katkısına dayamıyorsa bunun zarar oluşturup oluşturmadığı ve nasıl oluşturduğu sorununun açıkta kaldığı eleştirisinde bulunmuştur. Aynı şekilde kâr mahrumiyeti ve üçüncü şahıs için borç altına girme hallerini de açıklayamadığına ilişkin görüş için bkz. LANGE / SCHIEMANN, s. 39.



## 1) Objektif Zarar Görüşü

Geleneksel zarar kavramı zarar görenin içinde bulunduğu durumuna ve zarar gören malvarlığının toplam malvarlığı içindeki yerine çok önem verdiği için doktrinde bazı yazarlar zarar kavramının objektifleştirilmesine çalışmışlardır<sup>109</sup>. Zira bu yazarlara göre fark faraziyesi; denkleştirmede, belli malvarlığı zararları ile manevi değerlerin ihlalinin sınırlanmasında ve belli soyut zarar hesaplarında beklenen başarıyı gösterememiş; bununla tespit edilen menfaat genel değer altına düşebilmiştir. Bunu önlemek için Neuner tazminat talebinin hakkı takip eden veya hakkın devamı fonksiyonuna dayanır. Böylece tazminat alacağı zarar gören hakkın yerine geçer. Bu nedenle objektif zarar görüşünde tazminat zarar gören hukuki değer objektif değerinden başka bir şey değildir<sup>110</sup>.

Objektif zarar kavramının temel amacı zarar gören hukuki değer tazmin olurken, tazminatın zarar gören hukuki değer objektif bedelinden az olmamasını sağlamaktır. Zarar görenin, zarar gören hukuki değeri artık kullanmıyor olması veya başka bir olay aracılığıyla zaten yakın zamanda zarara uğrayacak olması önem taşımaz<sup>111</sup>. Bu görüşe göre zarar, toplam malvarlığı farkı değil; parayla kazanılabilen ve devredilebilen bir malvarlığı menfaatinin ihlalidir<sup>112</sup>. Fakat NEUNER'in dayandığı hakkın takibi fonksiyonu sadece doğrudan zararlar için geçerlidir; başka bir ifadeyle, zarar veren olaydan doğrudan zarar gören hukuki değer dışında dolayısıyla diğer hukuki değerler zarara uğramışsa bu zarar, zarar gören hukuki değer objektif değerine göre değil, fark faraziyesine göre tazmin olur. Böylece objektif zarar kavramının doğrudan zarar ve dolayısıyla zarar olmak üzere ikili zarar yapısına dayandığı anlaşılmaktadır. LARENZ bunu eşyaya ilişkin zarar ve malvarlığını takip eden zarar şeklinde ayırmıştır. Eşyaya ilişkin zarar doğrudan zararı

---

<sup>109</sup> Neuner'in öncülüğünde oluşan bu objektif zarar kavramının sonraki temsilcileri Wilburg ve Bydlincki'dir. Bu son iki Avusturyalı yazarın bu görüşün temsilcisi olduğuna şüphe etmemek gerekir; zira Avusturya Medeni Kanununun 1332. maddesi "*Zarar hafif ihmâl veya dikkatsizlikten kaynaklanmışsa, eşyanın zarar gördüğü andaki ortak değeri tazmin edilir.*" ifadesine yer vermiştir. (Bkz. ABGB §1332) Bu yazarlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. LANGE, s. 21-22; BRINKER, s. 204 vd; ROBERTO, s. 19 vd.; KARAKAŞ, s. 28 vd.

<sup>110</sup> BRINKER, s. 204-205; KARAKAŞ, s. 29. Objektif tazminatın dikkate alınmasının aslında İngiliz Hukukundaki "*nominal damages*"ın Alman Hukukuna uygulanmasından başka bir şey olmadığına ilişkin bkz. FIKENTSCHER / HEINEMANN, N. 588.

<sup>111</sup> ROBERTO, s. 21.

<sup>112</sup> NEUNER, Robert: Interesse und Vermögensschaden, Archiv für die civilistische Praxis 133, 1931, s. 290 dn. 67, (naklen, ROBERTO, s. 19).

oluştururken, malvarlığını takip eden zarar kullanım kaybı kazanç kaybı gibi zarar görenin toplam malvarlığındaki diğer zararları ifade eder<sup>113</sup>.

Asgari zarar olarak objektif değeri esas alan objektif zarar görüşüne yönelik doktrinde birçok eleştiri yer almıştır. Öncelikle zarar kavramının belirlenmesinin, tazmin taleplerinin hakkı takip eden fonksiyonu<sup>114</sup> nedeniyle denkleştirme ilkesiyle çeliştiği belirtilmiştir. Ayrıca menfaat objektif değer altında kalırsa zarar görenin daha iyi korunacağı; zararın objektif ve objektif zararı aşan menfaat şeklinde tespiti hukuki bir temele dayanmayıp, dolaylı zararlar yönünden hukuki güvenliği sarsan sınırlama ve hesap gücüne yol açacağı ifade edilmiştir. Bunlara rağmen bu görüş Almanya ve İsviçre’de çoğunluk tarafından kabul görmektedir<sup>115</sup>.

## 2) İhtiyaç Görüşü

İhtiyaç kuramına göre malvarlığı zararı sadece eski hale getirme için gereken masraflardan değil, bilakis zarar verici olaydan doğan ihtiyaç karşılığında gereken masraflardan da oluşur. ZEUNER tarafından öne sürülen bu görüşe göre, zarar gören yedek temini için herhangi bir masraf yapmadığı veya başkaca yardım almadığı ve bunun sonucunda farazi malvarlığı durumuyla gerçek malvarlığı birbirine çok benzediğinden fark faraziyesine göre malvarlığı zararını ispatlayamayabilir<sup>116</sup>.

Böyle bir durumda ise örneğin, zarar görenin hasar gören aracı için zarar veren kişi, fark teorisine göre araca verdiği maddi zarar dışında herhangi bir tazminat ödemeyecektir. İhtiyaç kuramına göre ise, aracın tamiri süresince arabayı kullanma olanağından yoksun kalan zarar gören için kullanma olanağından yoksun kalma hissediliyorsa onun da ayrı bir maddi zarar kalemi olarak tazmini gerekir<sup>117</sup>. Zeuner görüşünü şöyle temellendirir: Zarar görenin, bir yandan önceden harcama yapmadığında veya tutumlu davrandığında bu zarar verenin yararına olmamalıdır;

---

<sup>113</sup> **LARENZ**, s. 429. Yazar Neuner tarafından kullanılan doğrudan zarar dolaylı zarar terminolojisinin zarar verici olaydan etkilenen zarar gören ile üçüncü kişinin zararını ayırmaya yönelik sınıflama ile karışmaması için bu terminolojiyi kullandığını belirtmiştir. Bkz. **LARENZ**, s. 429, dn. 20.

<sup>114</sup> Neuner’in tazminat hukukuna hakkın takibi fonksiyonu yüklediği için tazminatı BGB’nin ortak hukukun aksine kaldırmak istediği tazminat görüşüyle karıştırdığına ilişkin eleştiri için bkz. **STAUDINGERS/ SCHIEMANN**, Vorbem. zu §249ff N. 37.

<sup>115</sup> **ROBERTO**, s. 21-22; **KARAKAŞ**, s. 31; **ERGÜNE**, s. 19, dn. 38; **LANGE**, s. 32; **LARENZ**, s. 483.

<sup>116</sup> **ROBERTO**, s. 22.

<sup>117</sup> **LANGE**, s. 22.

öte yandan zarar görenin eski hale iade yerine gerekli bedeli talep edebileceğine ilişkin BGB § 249'un 2. cümlesi<sup>118</sup> ve hâkim fikre göre bu bedelin kullanımında serbest oluşuna dayanır<sup>119</sup>. Bu görüş kuşkusuz fark teorisiyle ortaya çıkmayan ama hissedilen bir tazminat hakkının olduğu hallerde zarar görene tazminat hakkı tanıdığı için doktrinde keyfiliğe ve tazminat hukukunun aşırı genişlemesine, sınırsızlığına yol açacağından eleştirilmiştir<sup>120</sup>.

### 3) Fonksiyon Zarar Görüşü

Mertens tarafından ortaya atılan fonksiyon zarar kavramı, belli bir malvarlığı değerinin zararının yanında, malvarlığı fonksiyon bozukluğunu da malvarlığı zararı olarak nitelendirmeyi amaçlar. Mertens malvarlığının saf bir objektif değer toplamından ibaret olmadığını mal sahibinin yaşamını düzenleme amacı konumunda olduğunun anlaşılmasını, zira malvarlığı değerinin fiili varlığından ötürü değil, esas subjektif fonksiyonundan ötürü korunduğunu ifade etmektedir<sup>121</sup>.

Fonksiyon zarar kavramı temel olarak şu iki noktaya dayanır<sup>122</sup>:

1) Malvarlığı ekonomik bakımdan değerli mallar bütünü olarak anlaşılırken; fonksiyon zarar kavramının temel düşüncesi, bu malların teker teker ve birlikte hak sahibi için fonksiyonunu yerine getirmesidir.

2) Fonksiyon birliği olarak malvarlığı görüşü ayrıca malın değerinin yalnız belirlenemeyeceğini iç değer bağımlılığı ile birlikte ele alınması gerektiğini açıklar.

Bu anlamda aslında Mertens tabii zarar görüşündeki subjektif ve tek mala endeksli zarar karşılaştırmasına karşı, malın mal sahibiyle ilişkisini ve diğer mallarla ilişkisini göz önüne alan subjektif-fonksiyonel zarar kavramını<sup>123</sup> geliştirmiştir.

---

<sup>118</sup> Zarar gören aracın tamir edilmeden atılması veya başkasına temlik edilmesi halinde masraf yapma ihtiyacı ortadan kalkacağından bu maddede yer alan eski hale getirme tazminatının da söz konusu olamayacağına ilişkin eleştiri için bkz. **NOMER**, s. 20 özellikle dn. 75.

<sup>119</sup> ZEUNER, Albrecht: Schadensbegriff und Ersatz von Vermögensschaden, Archiv für civilistische Praxis 163, 1964, s. 394 vd. (naklen, **ROBERTO**, s. 22-23).

<sup>120</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. **ROBERTO**, s. 23-24; **KARAKAŞ**, s. 32-33; **BRINKER**, s. 207 vd. Bu görüş ayrıca zarar görenin para harcamamasıyla, geçmişte ihtiyacı için aldığı tazminatın malvarlığının artmasına sebep olacağından eleştirilmiştir. Bkz. **von STAUDINGERS, J/ MEDICUS, D.**: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse § 243- 254, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin 1983, §249 N. 131.

<sup>121</sup> Bkz. **MERTENS, H.J.**: Begriff Des Vermögensschadens, im bürgerlichen Recht, Stuttgart-Berlin 1967, s. 158 vd. (naklen, **ROBERTO**, s. 24).

<sup>122</sup> **BRINKER**, s. 209.

Mertens'e göre görünüş şekillerine göre malvarlığı zararı şöyle ayrılır<sup>124</sup>:

1) Malvarlığı haklarına müdahale yoluyla,

2) Malvarlığına yükümlülükler yüklenmesi yoluyla

3) Özellikle malvarlığı fonksiyonuna zarar verilmesi, yani sübjektif takip eden amacın engellenmesi yoluyla.

Şüphesiz bu belirtilen zarar anlayışı sınırlamaya ihtiyaç duymaktadır. Mertens de bunu göz önüne almış ve malvarlığı fonksiyon zararını, diğer hedeflere yönelik olmayan (tiyatro veya uçak bileti gibi), sadece belli bir hedefe ulaşmak için yapılan masraflarla sınırlamıştır. Buna karşın ihlal sonucu, mevcut malvarlığı değeri aracılığıyla sadece yaşam zevki imkânları zarar görmüşse masrafların boşa gitmesinden bahsedilemez<sup>125</sup>.

Fonksiyon zarar kavramının sınırlanmasında ikinci kriter de Mertens tarafından zarar anlayışının içindeki genişleme eğilimini önlemek için öne sürülen “*Sosyallik Sınırı*”dır. Bu, zarar azaltma yükümlülüğü ile doğruluk ve güven ilkesinden gelişen zarar kavramına mündemiç bir kavramdır. Sosyallik sınırı, zarar alanının bireysel alandan ayrılması gereken somut olaylarda menfaat ölçülmesinde sosyal bir düzelticidir. Zira somut olayda zarar verenin bazı malvarlığı fonksiyon zararlarını hesaplaması beklenemeyeceğinden bunlar zarar kapsamının belirlenmesinde göz ardı edilir<sup>126</sup>.

---

<sup>123</sup> Bu zarar kavramını objektif toplamcı zarar kavramına karşı geliştiren Mertens malvarlığının sadece resmi aidiyet ilişkisiyle malike bağlanan maddi bir yığın olarak anlaşılmasını bilakis malvarlığını bir bütün olup sujelerin yaşam amaçlarında farklı şekillerde bulunabileceğini ifade etmektedir. Bkz. **HANSEN**, s. 17.

<sup>124</sup> **MERTENS**, s. 156 vd. (naklen **BRINKER**, s. 210; **KARAKAŞ**, s. 34-35).

<sup>125</sup> **MERTENS** burada örnek olarak haftasonu evi veya tenis pistinin kullanılmamasını vermiştir. Zira bu örneklerde sadece bir hedefe yönelik masraf yapılması söz konusu değildir. Bkz. **MERTENS**, s. 160, (naklen **ROBERTO**, s. 24-25; **KARAKAŞ**, s. 35).

<sup>126</sup> **ROBERTO** bu görüşe yönelik, çeşitli yaşamı şekillendirme amaçlarının genel bir hiyerarşisi belirlenemediği için, bu değerlendirme şeklinin hukuki güvensizlik tehlikesine veya kararların keyfilğine yol açacağına ilişkin yöneltilen eleştirileri belirtmiştir. Buna ilişkin Mertens'in bir toplum için mümkün tek bir yaşam düzenlemesi olmayacağından bunun katı ve soyut bir hiyerarşisinin olmayacağına ilişkin savunmasına ilişkin bkz. **ROBERTO**, s. 25. Ayrıca zararın böylece objektifleştirilmesine ve normatifleştirilmesine yönelik eleştirilerle Mertens'in zarar kavramındaki değerlerin üzerine kendi değerlerini koyduğu yönündeki eleştiriler için bkz. **LARENZ**, s. 427 dn. 12; **BRINKER**, s. 211.

#### 4)Münferit Zarar Görüşü

Möller tarafından ortaya atılan bu zarar kuramı da tabii zarar kuramı gibi, fark kuramındaki bütün malvarlığının incelenmesi yerine sadece ihlal olan hukuki değer incelenmesi fikrine dayanır. Zarar gören hukuki değer incelenmesinde ise, Neuner gibi malın objektif değerini esas almayıp hukuki değer zarar gören ile olan değer ilişkisini temel almıştır. Bu şekilde sübjektif olarak belirlenecek olan zarar gören malvarlığı unsurunun değeri, o unsurun objektif değerinin altına düşmeyeceğini kabul etmektedir. Objektif değer üzerinde yer alan bu sübjektif değer maddi olmayan bir değer olarak ele alınıp, para ile tazmin edilemez. Tazmin edilebilen zarar objektif değeri aşan ve objektif olarak tespit edilebilen, özel masraflar veya kaybolan kâr gibi objektif olarak tespit edilebilen devam eden zararlardır<sup>127</sup>.

#### 5)Ticarileştirme Görüşü

Alman Federal Mahkemesinin kararlarında görülen ticarileştirme görüşüne göre para karşılığı elde edilebilen her şey malvarlıksal değere sahiptir. Sadece toplam malvarlığında bilançolandırılan mallar değil, ticari ilişkilerde para ile elde edilen hazlar da malvarlığına dâhildir. Bu anlamda kural olarak, kullanım imkânı sadece malvarlığı harcamaları yoluyla satın alınabildiği için fiili olarak ticarileştirilebilir. Böylece kullanım olanağının ihlali malvarlığı harcamaları ile elde edilen – malvarlıksal değerli- karşılığın ihlali de bir zarar oluşturur. Başka bir deyişle, bir malın sadece maddi değeri değil, tek başına bir malvarlığı kalemi oluşturan bir kullanım değeri de vardır<sup>128</sup>.

Fark teorisine göre, örneğin, bir kişinin arabası zarar görmüşse, zarar görenin zarar veren olaydan önceki ve sonraki malvarlığı durumu arasındaki farkı zararıdır. Bu durumda en temel tazmin edilecek zarar arabanın tamir giderleridir. Bu durumda zarar gören, tamir süresince arabasını kullanmaktan mahrum kalacaktır. Gerçi bu süre içinde zarar gören benzin masrafı, arabanın kullanımından doğan diğer

---

<sup>127</sup> **ROBERTO**, s. 26-27; **KARAKAŞ**, s. 36-37. Son yazar aynı yerde esasen Möller'in Alman Hukukundaki tam tazmin ilkesini aşmak için zarar verenin zarar görende yarattığı sonuçlardan hareket ettiğine ilişkin açıklaması için bkz. **KARAKAŞ**, 37.

<sup>128</sup> **ROBERTO**, s. 30. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **BRINKER**, s. 215 vd; **STRÖFER**, Joachim: Schadensersatz und Kommerzialisierung, Berlin 1982, s. 61 vd.

masraflardan kurtulacaktır. Fakat örneğin işe arabasıyla gidiyorsa bunun verdiği keyif ve rahatlıktan mahrum kalacaktır. İşte bunun zarar veren lehine bir durum olduğunu gören Alman Federal Mahkemesi ve Alman doktrini bu adaletsizliği gidermeye çalışmıştır. Ticarileştirme görüşü olarak adlandırılan bu görüşe göre, eğer aracın maddi değerinden bağımsız bir kullanım değerinin varlığı kabul edilip<sup>129</sup>, bunun da tamir giderleri harici bir zarar kalemi olarak tazmini mümkün olursa zarar veren lehine gelişen bu durum engellenebilir. Bu bedel belirlenirken zarar gören aracın kiralık değerinden hareket edilir<sup>130</sup>.

Ticarileştirme görüşü motorlu araçların kullanım olanağı dışında mahvolan tatil veya boş zaman kaybında da uygulanır. İşgörme edimi sayesinde mümkün olan tatil haftaları motorlu aracın kullanım imkânı gibi ticarileşebilir. Tatil işgörme edimi sonucu elde edildiği için, başka bir ifadeyle ekonomik bir karşılığı olduğu için ticarileşirken, boş zamanın ticarileşmesi ise “vakit nakittir” ifadesinin hukuki söyleniş şeklidir. Zira zarar gören, boşa harcadığı zaman içinde para kazanabilirdi. Zarar verenin eylemi sonucunda zarar gören, para kazanabilme şansını kaçırdığı için bu bir malvarlığı zararı oluşturur<sup>131</sup>.

Ticarileştirme görüşünün tarafları günümüz toplumundaki malvarlığının amacının yaşamın maddi mallar kullanılarak daha rahat şekillendirilmesi olduğunu ifade etmektedir. Bu kullanım imkânının, malvarlığı niteliği reddedilirse, tazminat hukukunun toplumsal gelişimden kopma tehlikesiyle karşılaşılır. Ticarileştirme kuramının önemli yararı, zararın piyasaya uygun olarak anlaşılmasında, piyasa fiyatına göre yönlendirilmesinde bulunur. Zarar görenin bu hazzın kazanılmasında fiili olarak parasal araçları kullanıp kullanmadığı önemsizdir<sup>132</sup>.

Bu görüş özellikle bir malın para ile elde edilebilirliğine göre yapılan ayırımın yeterli olmadığı zira bu durumda her şeyin para ile elde edilmesi mümkün olacağından maddi manevi zarar ayırımını ortadan kaldıracağı yönünde doktrinde eleştirilmiştir<sup>133</sup>.

---

<sup>129</sup> Aksi yönde, malın maddi değerinden ayrı bir kullanım değeri olmadığına ilişkin bkz. **LARENZ**, s. 500.

<sup>130</sup> **NOMER**, s. 19.

<sup>131</sup> **MÜNCHENER KOMMENTAR / GRUNSKY**, Vor. § 249 N. 30.

<sup>132</sup> **MÜNCHENER KOMMENTAR / GRUNSKY**, Vor. § 249 N. 12c.

<sup>133</sup> **LANGE**, s. 167-168; **LARENZ**, s. 486. Aksi yönde **GRUNSKY** biri için saf manevi gözüken değer başkası için maddi olabileceğinden bu ayırımın önemsiz olduğuna işaret etmiştir. Bkz. **MÜNCHENER KOMMENTAR / GRUNSKY**, Vor. § 249 N. 12c.

## 6)Beklentinin Boşa Çıkması Görüşü

Beklentinin boşa çıkması veya eski tabiriyle beklentinin akamete uğraması görüşü, von TUHR'un<sup>134</sup> akdi sorumluluktaki menfi zarar ilkesini genelleştirmesi sonucu oluşmuştur<sup>135</sup>. Bu görüşe göre bir amaca ulaşmak için yapılan masraflar, sonradan amaç ortadan kalkınca bir malvarlığı zararı olarak kabul edilmesi gerekir<sup>136</sup>.

Daha açık bir ifadeyle zarar verici olaydan önce iradi olarak yapılmış harcamalar zarar veren olay nedeniyle sonradan değersizleşirse, bu masraflar zarar gibi tazmin edilir. Ticarileştirme görüşünden farklı olarak burada sadece fiili olarak yapılmış masraflar söz konusudur. Ayrıca beklentinin boşa çıkması görüşü, yararsız hale gelen masraflara, ticarileştirme görüşünün ise bedel kaybına dayanması sebebiyle bu iki görüş birbirinden ayrılır. Beklentinin boşa çıkması görüşü, Mertens'in malvarlığı fonksiyon zararı gibi, masrafların amacına ulaşmamasını çıkış noktası olarak kabul eder<sup>137</sup>.

Bu görüş bir aracın kullanım imkânının kaybında da uygulanır. Şöyle ki, bir aracın kullanım imkânından yararlanmak için vergi, sigorta, ücreti gibi birtakım giderler yapılmaktadır. Bu durumda zarar verici olay nedeniyle, aracı hasar gören kişinin araçtan yararlanmak amacıyla yaptığı boşa giden bu giderler zarar oluşturur.

Beklentinin boşa çıkması görüşüne karşı özellikle zarar gören tarafından yapılan masrafların zarar veren olaydan önce ve iradi olarak yapıldığı eleştirisi öne sürülmektedir. Bunun yanında bu görüş sayesinde, her hastanede yatan kişinin evi veya eğitimine ilişkin tazminat istemesi mümkün hale geleceğinden pratikte

---

<sup>134</sup> von TUHR, Deutschen, s. 320 dn. 33a. Yazar aynı yerde, sadece malvarlığının kaybının değil, aynı zamanda malvarlığı değeri olan hukuki değerlerin de, malvarlığı zararı oluşturduğunu ifade edip, malvarlığı hakkının ihlali olmaksızın da malvarlığı zararının ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Yazara göre, bir nesne malvarlığı değeri olmaksızın sahibine bir maliyet getiriyorsa, örneğin başkasına devredilemeyen tiyatro biletinin yok olması veya elinden çıkması hali gibi, ortada bir malvarlığı zararı vardır.

<sup>135</sup> STRÖFER bu tazminatı haklı çıkararak hükmün BGB § 1298 / 1'de yer alan nişanın bozulması halinde yapılmış olan masrafların geri istenmesine ilişkin madde olduğunu belirtmiştir. Yazar aynı yerde bu hükmün genel bir düzenleme değil, güven sorumluluğuna ilişkin dar kapsamlı bir düzenleme olduğunu belirtmiş ve bunun akdi ilişkilerde borçlunun, alacaklıda yarattığı korunma veya edim beklentisini hayal kırıklığına uğraması sonucu boşa giden masrafların karşılaması için konulduğu halde haksız fiilde bundan farklı olarak belli mutlak haklar ve bu konumdaki hukuki değerlerin korunduğunu ifade etmiştir. Bkz. STRÖFER, s. 58-59.

<sup>136</sup> von TUHR, Deutschen, s. 320 dn. 33a. Ayrıca bkz. BRINKER, s. 219 vd.; ROBERTO, s. 34 vd.; STRÖFER, s. 58 vd.; STAUDINGERS / MEDICUS, § 249 N. 127 vd.; KARAKAŞ, s. 40 vd. ; NOMER, s. 21 vd.

<sup>137</sup> ROBERTO, s. 34; STRÖFER, s. 58.

katlanılmaz sonuçlara yol açacaktır<sup>138</sup>. Aynı zamanda bu şekilde tazminat malın objektif değerine göre değil, yapıldığı masrafa göre belirlendiği için adaletsiz sonuçlar doğurabilir. Bu görüş, yapılan masrafları esas aldığından hediye olarak alınan bir mala ilişkin mal sahibi herhangi bir masraf yapmadığı için tazminat hakkının doğmayacak olması da ayrı bir itiraz sebebidir<sup>139</sup>.

Yapılan eleştirilere bu görüş taraftarlarından **OFTINGER**<sup>140</sup> **LARENZ** ve **MERZ** şöyle yanıt vermektedir: Bir masraf kural olarak bunun aracılığı ile kazanılan yararlar beklentisi ile yapılır. Bu yarara engel olunursa, boşuna olması istenmeyen bu harcamalar sonradan yararsız hale gelecek ve iradilik unsuru da ortadan kalkacaktır. Bu nedenle yararlanılmayan masrafların bilinen kapsamda zararlar eş tutulması hukuken gerekmektedir<sup>141</sup>.

Bu görüş taraftarlarından **LARENZ**, bu masrafların zarar verici olay nedeniyle mal sahibinin hareket imkânının kısıtlandığı için değil, sadece özel malvarlığı değeri olarak görülen objektif kullanım imkânının geçici kaybının, masraflar aracılığıyla elde edildiğinden tazmin edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu görüşün tazminatta sınırsızlığa yol açacağına ilişkin eleştirilere ilişkin şöyle bir sınırlama getirmiştir: eşyanın kullanılmamasını sadece beklentinin boşa çıkması zararı olarak nitelendirmiş, zarar görenin bu eşyayı kullanma durumunda olmayışını ise beklentinin boşa çıkması zararı olarak kabul etmemiştir<sup>142</sup>.

---

<sup>138</sup> **STAUDINGERS / MEDICUS**, § 249, N. 128. Benzer şekilde bir spor karşılaşması için kara borsa bilet alan kişinin sadece normal fiyatı talep edebileceği ve bir pop konseri için 250 km taksi ile gelmiş kişinin konser alanına az kala kazaya maruz kalması halinde sorumlu kişinin bütün taksi yolculuğunu ödememesi gerektiğine ilişkin bkz. **LANGE**, s. 171.

<sup>139</sup> Bu konuda **GRUNSKY** yapılmış olan masrafa bakılmaksızın ücretsiz alınmış da olsa tiyatro biletinin satın alınan bilet gibi tazmin edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Yazarın belirttiği üzere burada önemli olan biletin parayla ifade edilebilen bir değere sahip olmasıdır. Bkz. **MÜNCHENER KOMMENTAR / GRUNSKY**, Vor. § 249 N. 17.

<sup>140</sup> **OFTINGER**, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, vierte überarbeitete und vermehrte Auflage, Zürich 1975, s. 58

<sup>141</sup> **MERZ**, s. 197; **ROBERTO**, s. 35.

<sup>142</sup> **LARENZ**, s. 503. Yazar aynı yerde Alman Federal Mahkemesinin (BGHZ 55, 146) av kiracısının maruz kaldığı kaza sonucu bir yıl avlanmamasına rağmen av faizi adı altında para ödemesi halinde, zarar veren olayın zarar görenin avlanma hakkını ihlal etmediğinden bahisle tazminat talebini reddettiğini belirtmektedir.



## 7)Normatif Zarar Görüşü

### a) Genel Olarak

Şimdiye kadar zarar kavramını açıklamaya ilişkin temelde yer alan fark faraziyesinin zarar olarak kabul etmediği bazı halleri de maddi zarar olarak kabul etmeye yönelik doktrinde öne sürülen çeşitli görüşlere değindik. Bu görüşler dışında doktrinde zarar kavramını fark faraziyesinin dışında belirlemeye çalışan normatif zarar kavramı ortaya çıkmıştır. Bu kavram, Alman doktrinindeki zarar tartışmalarına ilk kez SELB<sup>143</sup> tarafından dâhil edilmiştir. Bu görüş adından anlaşılacağı üzere kanun normlarının uygulanmasından hareket ederek, her zarar kavramının zorunlu bir şekilde normatif olması gerektiğini kabul eder<sup>144</sup>.

Normatif zarar görüşü, objektif zarar görüşüyle aynı doğrultuda bir tek malvarlığı değerinin somut ihlalinin tespiti ile ilgilidir. Bu ihlal piyasada objektif, parasal olarak ölçülebilir olmalıdır. Bu görüşe göre zarar, zarar görenin malvarlığındaki farkın tespitinden ziyade, normatif bir değerlendirmenin sonucudur. Başlangıçta normatif zarar görüşü üçüncü kişilerin zarar sürecine katılmasından doğan problemleri çözmeye çalışmıştır. Buna işçinin üçüncü kişi tarafından yaralanması veya ev işlerini yürüten ev kadının yaralanması halinde ortaya çıkan rücu problemleri örnek gösterilebilir<sup>145</sup>.

Doktrinde SELB'den sonra normatif zarar kavramının anlamı ve kapsamı üzerine değişik görüşler öne sürülmüştür. Diğer görüşlere nazaran Alman Hukukunda çok sayıda taraftar toplayan bu görüşü Türk Hukukunda da savunanlar bulunduğu için bu konuya ilişkin görüşlere yer vermeyi uygun buluyoruz.

---

<sup>143</sup> Selb, bunu normatif zarar kavramını özellikle üçüncü kişilerin sorumluluğu ve rücu ilişkisine ilişkin problemleri çözmeye yönelik olarak kullanmıştır. Bkz. SELB, W: Schadensbegriff und Regressmethoden, Heidelberg 1963, s. 11 (naklen **ROBERTO**, s. 38 vd.).

<sup>144</sup> **MÜNCHENER KOMMENTAR/GRUNSKY**, Vor § 249 N. 8.

<sup>145</sup> **STRÖFER**, s. 54.

## b) Alman Hukukunda Normatif Zarar Kavramına İlişkin Farklı Görüşler

Doktrinde LARENZ ve FIKENTSCHER / HEINEMANN normatif zarar kavramını tabii zarar kavramının karşıtı olarak kullanmıştır. LARENZ tabii zarar kavramının, zarara nasıl bir olayın sebep olduğuna veya sahibi için bir anlam ifade etmeyen veya başka bir olayla zaten zarar görecektir olan bir eşyanın hasar görmesi hali gibi birçok soruna yanıt veremediğini ifade etmiştir. Yazar aynı zamanda hukuk düzeninin tabii zarar kavramıyla bağılı olduğunu belirtip, fakat bunun her şeyden önce sorumluluk alanının sınırlanması ve denkleştirme amacı bakımından açıklandığını ifade etmektedir. Yazara göre kanun zarar kavramını tanımlamadığı için hukuki değerlendirmede hukuk düzeninden etkilenmiş normatif zarar kavramından yola çıkılmalıdır. Bu nedenle tazmin edilmesi gereken zarar, kanunda tazminat yükümlülüğü için belirli şartların varlığı halinde söz konusu olur. Hukukten tazmin edilmesi gereken zarar somut olayda gerçekten tazmin olması gereken zarar ile özdeş değildir. Zira tazminat yükümlülüğünü belirleyen norm, tazminat yükümünü belli türde (kural olarak tazmin edilebilen) zararlarla sınırlar<sup>146</sup>.

FIKENTSCHER /HEINEMANN ise tabii görüş taraftarlarının zararı doğal ve hukuktan önce var olan bir kavram olarak gördüklerini; hukukun ise, bu zararın başkasına yüklenip yüklenmeyeceğine karar verme görevi olduğunu belirtmektedir. Buna karşın normativistler zararı, hukuki formdaki unsur olarak anlamaktadır. Yazarlar, başlangıç noktası olarak normativistlere hak verilmesi gerektiğini, zira norm olmadan zararın olmayacağını savunurlar. Fakat norm aykırılığı amaçsal sebeplerden özellikle eylem-sonuç ilişkisini büyük ölçüde zayıflatır. Öyle ki, bu kavramlar pratikte ve yaşamda doğallaşabilir. Şüphesiz zarar tazmininin bütün unsurları için normun kendi kontrol etkisi vardır<sup>147</sup>.

Sadece malvarlığının pasifine rağmen zarar verici olayın denkleştirmeye tabi tutulmadığı hallerde, normatif zarar kavramının düzeltici etkisi vardır. Bu etki, özellikle üçüncü kişi tarafından yaralanan işçinin hastanede tedavi gördüğü süre içinde sosyal güvenlik mevzuatı nedeniyle ücretinin ödenmeye devam edilmesinde görülür. Zira böyle bir durumda işçinin çalışıyormuş gibi ücreti ödeneceği için

<sup>146</sup> LARENZ, s. 426-427.

<sup>147</sup> FIKENTSCHER / HEINEMANN, N. 586.

herhangi bir zararı olmayacaktır. Fakat ücretin ödenmeye devam edilmesinin sosyal güvenlik sigortalarının yardımı olup, tazminat yükümlüsünün muafiyeti olmadığı için Alman Federal Mahkemesi işçinin böyle bir durumda, fark teorisiyle bir zararı oluşmasa da, gerçek bağımsız bir zararı olduğunu kabul etmiştir<sup>148</sup>.

Belirtilen duruma benzer olarak ev işlerini yürüten ev kadının iş görmez hale gelmesi örnek gösterilebilir. Böyle bir durumda da kadın ev işlerini yürütmek için yardım almasından bağımsız olarak bir zararın varlığı kabul edilir<sup>149</sup>.

ESSER / SCHMIDT ise fark teorisinin, zarar görenin malvarlığındaki değişimle bağlantılı olumsuzluğun derhal üçüncü kişi tarafından (çoğunlukla sosyo-politik sebeplerle) hukuki sorumluluğunun yüklenildiği hallerde, işlevsiz kalacağını ifade etmektedir. Buna, ücretinin ödenmesine devam edilen işçinin ve ev işlerini yürüten kadının yaralanması hallerini örnek göstermiştir. İşçinin ücretinin ödenmeye devam edilmesiyle, ilgilide zararın hissedilmesini önleyen bu sosyal yardım ödemeleri, geçici bir niteliği haizdir. Bunlar kesin bir zarar kaldırımını ve bu nedenle tazmin yükümlüsünün aklanmasını amaçlamazlar<sup>150</sup>.

Normativistlere göre onların şiddetle savundukları bazı menfaatlerin (yaşama, tatil, av keyfi gibi) ve aktivitelerin ( kullanım ve işgücü) malvarlığı unsuru olarak tanınması zarara tamamen farklı bir boyut kazandırır. Pratikte bunların şimdiye kadar sadece maddi değerli varlıklar olarak kabul edilen mülkiyet ve alacak konularıyla eş tutulması söz konusudur<sup>151</sup>.

Hemen belirtmek gerekir ki yazarlar bu eğilimin kanun koyucunun §253'teki<sup>152</sup> açık hükmüyle çeliştiğini ifade etmektedirler. Toplumda boş zamanın malvarlığı değeri değil, bireysel değeri olduğu genel anlamda kabul edilmektedir. Ayrıca bunun parayla ölçülmesinden kaçınılır; hiçbir malvarlığı bilançosunda yer

<sup>148</sup> ROBERTO, s. 40; HÜTTE / HELBRON, s. 343.

<sup>149</sup> Bununla ilgili Alman Federal Mahkemesinin kararı için bkz. BGHZ 50, 304 vd. Normatif zararın, ev işlerini yürüten kadının zararı ile işçiye üçüncü kişinin zarar vermesi hallerinde ortaya çıkan zararlarla sınırlamaya ROBERTO "dar anlamda normatif zarar" adını vermiştir. Bkz. ROBERTO, s. 40-41. Normatif zararın sadece bu iki durumla sınırlı olması gerektiğini savunan MEDICUS'a göre bu şekilde zararın kontrol edilemeyen genişlemesi de engellenir. Bkz. MEDICUS, Normativer Schaden, JUS 1979, s. 233 vd.

<sup>150</sup> ESSER, Josef / SCHMIDT, Eike: Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 2, Heidelberg-Karlsruhe 1976, s. 136-137.

<sup>151</sup> ESSER / SCHMIDT, s. 137.

<sup>152</sup> BGB § 253'te yer alan hüküm aynen şöyledir: "Manevi zarar sebebiyle tazminat ancak kanunda belirtilen hallerde talep edilebilir. Bedensel bütünlüğün, sağlığın, özgürlüğün veya cinsel tercihin ihlali nedeniyle tazminatla yükümlülük halinde de manevi zarar için makul bir tazminat talep edilebilir."

almaz. Kişinin ne zaman ve ne kapsamda boş zamanının ihlal edildiğini hissetmesi çok subjektif düzenlemelere, ihtiyaçlara ve değer tahminlerine bağlı olduğundan dolayı genellemeye kapalıdır. Fakat geniş anlamda el değiştirebilen pazarda belli bir konuma sahip malvarlığı değerinde, yararlar ve hazlar da bulunabilir: Bir sanat zevkinin tiyatro, konser bileti fiyatıyla ölçülmesi, tatil zevkinin de aynı şekilde paket tura tekabül etmesi gibi<sup>153</sup>.

Yazarlar genel olarak, farklı eğilimlerle yeknesak teorik görüş eksikliğinin normatif zararda gizlendiğini ifade etmektedir. Yazarlar fark teorisinden sapmayla gereksiz yere manevi zararın maddi zararla birleştirilmesinin sosyal bir tehlikeyi içerdiğini belirtmektedir. Öte yandan yazarlar, kanuni unsurun yumuşamasının ve sözüm ona hakkaniyet örtüsü altında zarar hukukuna önleme ve ceza görüşlerinin gizlice sokulmasının söz konusu olduğunu belirtmekte; bu nedenlerle normatif zarar kavramının gereksiz olduğunu kabul etmektedirler<sup>154</sup>.

STRÖFER de benzer şekilde, normatif zararın kendine ait hukuki bir içeriği olmadığını belirtip, maddi ile manevi zarar arasındaki ayırmda faydalı olamadığını vurgulamaktadır. Aynı zamanda normatif zarar kavramının tanımlanamadığını, olaydan olaya değiştiğini, bunun mantıklı olarak sadece “boş bir kavram paketi”(leere Begriffshülle) olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir. Hatta SELB’in de normatif zarar kavramı ile ilgili “temelinde henüz bir şey söylenmediğini” itiraf ettiğini belirtmektedir. Bu nedenle yazarlar kendine ait bir söylemi olmayan bir zarar kavramının kanuni unsur olarak işe yaramayacağı ve haklı olarak kontrolsüz kararların ortaya çıkması tehlikesini taşıyacağını belirtmektedir<sup>155</sup>.

### c) Türk Hukukunda Normatif Zarar Kavramına İlişkin Görüşler

EREN, Alman ve Avusturya hukuklarında tartışmalara yol açan “normatif zarar” kavramının Türk İsviçre hukuklarında reddedilip, “tabii zarar” kavramının kabul edildiğini belirtmiştir. Yazar Alman hukukunda hasara uğrayan şeyin mesela arabanın hasar nedeniyle ticari değerindeki kayıplar ile zarar gören şeyin tamiri ve temini sırasında benzer bir şeyin kiralanması için yapılan giderlerin niteliği ve

<sup>153</sup> ESSER / SCHMIDT, s. 138.

<sup>154</sup> ESSER / SCHMIDT, s. 143–144.

<sup>155</sup> STRÖFER, s. 54-55.

kapsamı üzerindeki tartışmaları belirterek, şeyin ticari değerinin azalmasının ve kullanım imkânından yoksunluğun malvarlığı kapsamında değerlendirildiğini vurgulamıştır. Türk İsviçre hukukunda bu değer ve kayıpların maddi zarar içinde değerlendirilmesine karşın, Alman hukukunda yine çok tartışmalı olan tatil ve boş zamanın haksız fiil neticesinde katlanılmaz hale gelmesinin malvarlığına dâhil sayılıp sayılmayacağı ve bu çerçevede maddi tazminat istenip istenmeyeceğine ilişkin sorunun ise, hukukumuzda şartların gerçekleşmesi halinde manevi tazminat içinde değerlendirilebileceğini ifade etmektedir. Yazar maddi zararın çok istisnai hallerde özellikle yol, otel vs. giderlerin ödenmesiyle sınırlı olacağı görüşündedir<sup>156</sup>.

Zaman ve işgücü kaybının zarar teşkil etmediği yönünde hukuki değerlendirmeler olduğunu ileri süren NOMER, bu değerlerin de ekonomik niteliği olmasına rağmen zarar teşkil etmediğine göre kullanım kaybından yoksunluğun da zarar teşkil etmeyeceği kanaatindedir. Ayrıca neyin iktisadi hayatta ekonomik değeri olup, neyin olmayacağı, belli olmadığından bu durumun hukuki belirsizliğe neden olacağına da işaret eder. Son olarak kullanma kaybının iktisadi değer taşımasından hareket edildiğine göre bundan yoksunluğa sebep olabilecek her eyleme karşı maddi tazminata hak tanınması gerekirken, sadece haksız fiillerle sınırlanmasını eleştirmektedir<sup>157</sup>.

SEROZAN ise, “normatif zarar” kavramının tazminat hukukunun sınırlarını genişlettiğine işaret ederek “normun koruma amacı” “hukuka aykırılık bağlantısı” ve “riziko alanı” gibi “serbest takdir” sürecini harekete geçirdiğini vurgulamaktadır. Fakat aralarındaki şu ayrıma dikkat çekmektedir: Normun koruma amacı kuramı kimi eylemli somut zararları hakkaniyet kaygılarıyla zarar-giderim yükümlülüğü çerçevesi dışında tutarken normatif zarar kavramı tersine kimi varsayıli zararları hakkaniyet kaygılarıyla zarar- giderim yükümlülüğü kapsamına sokmaktadır. Normatif zarar kavramı en başta geleneksel anlayışa göre “mahsuba” katılması, eş deyişle zarar tutarından indirilmesi gerekli kimi yararları sosyal bir değer yargısıyla mahsup dışı tutmakla zarar giderimin kapsamını genişletici dolaylı bir etkisi vardır<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> EREN, s. 490–491.

<sup>157</sup> NOMER, s. 24.

<sup>158</sup> Yazar hasara uğrayan eşyanın yerine verilen yenisinin değer fazlasının dürüstlük kuralının (hakkaniyetin) gerektirdiği hallerde hesaba katılmamasının da bu bağlam içinde değerlendirilebileceğini belirtir. Bkz. SEROZAN, Rona: Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler, İdare

SEROZAN normatif zarar kavramının asıl işlevinin piyasada herhangi bir nesnel değiştirme (mübadele) işlevi bulunmayan kimi öznel değerleri “metalaştırır” “komersiyalizasyon içtihatlarının” çıkırını açması olduğunu belirtmektedir. Böylece aslında “manevi zarar” kavramına yakışacak kimi gönül rahatlığı yoksunlukları manevi tazminata ilişkin yasal sınırlamaların çevresinden dolanılarak zarar-giderime elverişli kılındığını ifade eder. Yazara göre, gönül rahatlıklarının bu şekilde metalaştırılmasının altında, zarar verici olaydan sorumlu kişinin mağdurun şahsıyla ilgili olan (masraf yapma çekingenliği, tutumluluk, tevazu gibi) rastlantısal bireysel özelliklerinden yarar sağlamaması vardır. Fakat burada da parasal açığı kapatma amacının “cezalandırıcı” işlevle gölgelendiği belirtilir<sup>159</sup>.

BURCUOĞLU ise normatif zarar öğretisinin manevi yönü ağır basmakla beraber parayla ifade edilebilen ticarileşmiş değerlerin malvarlığına dâhil edilmesi ve bunların azalma veya yitirilmesinin maddi zarar oluşturduğu fikrine dayandığını ifade etmektedir<sup>160</sup>. Yazar bir aracın hasar görmesi halinde değeri azalacağından dolayı araç sahibinin malvarlığında gerçek (fark teorisiyle kavranabilen) bir eksilme meydana gelirken<sup>161</sup>, bunun yanında kullanım olanağından yoksunluğun da ayrı bir zarar olarak kabulünün gerektiğini ifade eder<sup>162</sup>. Yazar bu şekilde giderim alanının genişleyeceğini, kullanım olanağının para ile belirlenmesinin bazı nesnel için büyük güçlük arz edeceğini, bu yeni eğilimin de bazı boşluk ve eksiklikler içerdiğinin kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu görüş iş hayatında somutlaşan ihtiyaca yanıt vermekten başka yazara göre hakkaniyete ve adalete de uygundur. Şöyle ki, kullanım kaybı başlı başına bir zarar olarak kabul edilmeseydi, otomobili hasar gören ve bunun yerine başka bir otomobil kiralayan kişiye kira bedeli verilirken, araç kiralayamayan toplu taşıma araçları için yaptığı masraflar

---

Hukuku Alanında Sorumluluk - Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu Ankara 12 – 13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 173.

<sup>159</sup> SEROZAN, s. 173–174; SEROZAN, Rona: Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan (1925- 1988), s. 73. Yazar ifade edilen bu son eserinde aynı yerde, amacına ulaşması engellenmiş karşılığı elde edilememiş (frustriert) birtakım giderlerin (vergi, sigorta primi, faiz, amortisman giderlerinin) kabuğu altında “kabuk değiştirmiş atipik bir manevi tazminatın” yattığını belirtmekte; bu giderlerinin bir ayağının maddi tazminata diğer ayağının ise manevi tazminata bastığını vurgulamaktadır.

<sup>160</sup> TEKİNAY / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 548.

<sup>161</sup> TEKİNAY / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 550.

<sup>162</sup> TEKİNAY / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 551 vd.

verileceğinden ekonomik açıdan üstün olana tazminat hukuku bakımından prim verilmiş olacaktır<sup>163</sup>.

BÜYÜKSAĞIŞ ise bir hizmet veya eşyayı ancak bir insanın değerli hale getirebileceğini ifade ederek, bu değer in ya piyasaya sunulmak için ya da kişinin kendisinin kullanması için ürettiğini ifade etmektedir. Yazar geleneksel anlayışta sadece piyasaya sunduğu değerlerin (değişim değeri yaratma kapasitesi) bir malvarlığı eksikliğine sebep olup; kişinin kendisine veya karşılıksız olarak üçüncü kişinin kullanımına sunduğu değerlerin ihlalinin (kullanım değeri yaratma kapasitesi) malvarlığında bir eksilmeye sebep oluşturmayışını eleştirmektedir. Normatif zararın bu anlamda sadece değişim değeri yaratma kapasitesinin kullanımı sonucu üretilen çıktılar değil, kullanım değeri yaratma kapasitesinin kullanımı sonucu üretilen çıktılar da dikkate aldığını ve malvarlığında eksilme meydana getiren bazı kayıpların (ör: yaşam kalitesinin düşmesi) tazmin edilebilir zarar kalemlerinden sayılmasını sağladığını belirtmektedir. Bunu benimseyen yargı kararları ise zarar kavramını genişletmekle birlikte yeniden tanımlamamakta; bu şekilde gerçekte menfaatlerinden yoksun bireylere değil yoksun kaldığı piyasa değerini haiz menfaatlere odaklandığını belirtmektedir. Yazar aynı zamanda normatif zararda zararın piyasa değeri bulunan menfaat kaybı olarak tanımlandığını fakat bazı değerlerin piyاسasının bulunmadığını bu nedenle normatif zararın bu konuda somut adaleti sağlamaya yetmeyeceğini belirtmektedir. Buna örnek olarak ise kazanç getiren bir işte çalışmayan zarar görenin bedensel bütünlüğünün ihlalini göstermektedir. Bu şekilde onun ekonomik değeri belirlenemeyen menfaatlerinin ihlalinin göz ardı edildiğini ifade etmektedir<sup>164</sup>.

### C) Değerlendirme

Hukukumuzda zarar kavramını tanımlamaya yönelik görüşlerden fark teorisi benimsenmiştir. Nitekim Yargıtay 4. HD. kararında<sup>165</sup> belirtildiği gibi “...zarar diğer bir deyimle mal varlığındaki eksilme, gerek Alman ve gerekse Türk, İsviçre

<sup>163</sup> TEKİNAY / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 553–554.

<sup>164</sup> BÜYÜKSAĞIŞ, s. 299-305.

<sup>165</sup> Yargıtay 4. HD. 12.01.1982 T., 13394 E., 274 K. ve benzer şekilde Yargıtay 4. HD., 12.12.1979 T., 9779 E., 13899 K. sayılı kararları için bkz. UYGUR, Turgut: Açıklamalı- İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 2, Ankara 2003, s. 1375 vd; benzer şekilde Yargıtay HGK 03.12.1986 T., 4-740 E., 1014 K. sayılı kararı için bkz. UYGUR, s. 1411-1412.

*hukuklarındaki baskın görüşe göre mal varlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay meydana gelme idi mevcut olacak durumu arasındaki farktan ibarettir. Hukuk literatüründe (fark teorisi) adı ile anılan bu görüş zararı matematiksel açıdan ele almakta ve soyut biçimde değerlendirmektedir. Fark teorisi, zararı bir bütün olarak almakta (fiili zarar), (yoksun kalınan kar) gibi alt ayırmalara gerek bırakmamakta ve bunların tümünü kapsamaktadır. Bu suretle zarar verici olayın mal varlığı üzerindeki tüm olumsuz etkileri zarar kavramına katıldığı gibi aynı zamanda bu olayın malvarlığı üzerindeki olumlu etkileri de mal varlığının hesap işlemine esas alınan iki farklı andaki durumuna yansıdığı ölçüde sonuca etkili olmaktadır.”*

Bunun karşısı olarak nitelendirilebilecek normatif zarar görüşünde esasen fark teorisi anlamında zarar olarak nitelendirilmeyen bazı değer kayıplarını zarar olarak değerlendirip, tazmin edilebilirliğini sağlamaktır. Fark teorisi açıkladığımız gibi hem fiili zararın hem de yoksun kalınan kârın talebine olanak sağlamaktadır. Normatif zarar kavramıyla ne fiili zarar ne de yoksun kalınan kâr olarak değerlendirilebilen, esasında manevi nitelik taşıyan bazı değerlerin maddi tazminata konu edilmesi amaçlanmaktadır. Alman Hukukunda öne sürülen bu görüşün bir sebebi manevi tazminatı düzenleyen BGB §253'te sadece belli kanunda belirtilen hallerde manevi tazminata imkân tanınmasıdır. Bu şekilde manevi tazminat olarak kabul edilemeyecek bazı manevi değerlerin maddi zarar adı altında tazminata konu edilmesi amaçlanmaktadır.

Gerçekten de bir aracın kullanım imkânından geçici olarak yoksunluk, tatil imkânının haksız fiil neticesinde kaçırılması gibi hallerde aslında manevi olarak nitelendirebileceğimiz tatil veya boş zamanın haksız fiil neticesinde heba olması veya haksız fiil sebebiyle tamir süresince aracını kullanamama nedeniyle uğradığı zarar manevi nitelik taşımaktadır. Zira belirtildiği üzere zarar gören aracının tamiri sırasında daha tutumlu olup başka bir araba kiralsaydı bu araç için yaptığı masrafları zarar verenden talep edebilecekti; fakat zarar gören böyle yapmayıp tutumlu davranması halinde ortaya çıkan durumdan zarar verenin yararlanmaması amaçlanmaktadır. Aynı zamanda bu şekilde zarar gören kişilerden araç kiralayacak durumda olan ile olmayan arasında sosyal eşitsizliğin büyümesinin önlenmesi amaçlanır. Bu görüş kanaatimizce tazminatın asıl amacını gölgeleyecek derecede duygusal bir yaklaşımdır. Maddi zararın temeli olan zarar görenin malvarlığı



kavramından ve bunun karşılaştırılmasından uzaklaşmaktadır. Bu, olsa olsa manevi zarar olarak nitelendirilebilecek bir durumun zorla maddi zarar haline getirme çabasıdır.

Bununla beraber örneğin tatil zamanı için otel, paket tur, uçak gibi tatil zamanını planlayan bazı harcamalar yapılmış ve bunlar zarar veren olay nedeniyle boşa çıkmışsa veya tamir sırasında kullanamadığı aracı yerine başka bir araç kiralamışsa bu durumda maddi zararın varlığı açıktır.

Sonuç olarak normatif zarar kavramıyla ulaşılmak istenen sonuca hukukumuzda geleneksel maddi zarar anlayışı (fark teorisi) ile birlikte manevi tazminatla ulaşılabilir. Bunun dışında bu manevi haz ve rahatlık verici olanaklardan yoksunluğa ayrıca maddi tazminat tanımının tazminata cezalandırıcı nitelik kazandırmaktan başka bir işlevi olmayacağı kanaatindeyiz.

## İKİNCİ BÖLÜM

### AKİT DIŞI SORUMLULUKTA MADDİ ZARAR

#### § 1. GENEL ANLAMDA MADDİ ZARAR

Maddi zararın kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilme olduğunu birinci bölümde belirtmiştik<sup>166</sup>. Buna göre malvarlığının aktifinde azalma veya pasifinde artmaya yol açan, zarara uğrayanın iradesi dışında gerçekleşen her olayın maddi zarar oluşturduğunu söyleyebiliriz. Malvarlığı zararından, para veya parayla ölçülen malların kaybı veya toplam malvarlığı değerinin parasal toplamında azalma anlaşılmalıdır<sup>167</sup>.

#### § 2. ZARAR TÜRLERİ

Doktrinde zarar kavramı gerçekleşme şekline, üzerinde gerçekleştiği şeye göre farklı ayrımlara tabi tutulmuştur.

##### I. Fiili Zarar (Damnum Emergens) - Yoksun Kalınan Kâr (Lucrum Cessans)

Fiili zarar ya malvarlığının aktifinde fiili bir azalma ya da malvarlığının pasifinde fiili bir çoğalma şeklinde görülür. Fiili zarar, bir malın tahribi halinde malvarlığının aktifinde bir azalma şeklinde görülürken; üçüncü kişinin yaptığı hile sonucu yüklenilen borçta ise malvarlığının pasifinde fiili bir çoğalma olarak karşımıza çıkar<sup>168</sup>.

Yoksun kalınan kâr ise gelecekteki bir kazanç veya kazanma olasılığının kaybedilmesidir. Bu kayıp aktifinin çoğalma ihtimalinin veya pasifinin azalma ihtimalinin gerçekleşmemesi şeklinde gerçekleşebilir. Bu kayba zarar verici fiil

---

<sup>166</sup> Bkz. Birinci Bölüm, §2, II, A.

<sup>167</sup> LARENZ, s. 480. KARAKAŞ / SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN malvarlığı zararının maddi zarardan daha dar bir kavram olduğunu belirtip, şahısvarlığı değerlerinin ihlalinde işgücü kaybı gibi ortaya çıkan maddi zararın malvarlığı zararı olmadığını malvarlığını dolayısıyla etkilediğini belirtmiştir. Bkz. KARAKAŞ / SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, s.153, dn. 1.

<sup>168</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s. 515; İNAN, s. 287; KARAHASAN, s. 77; EREN, s. 493; TUNÇOMAĞ, s. 269; DESCHENAUX/TERCIER, s. 21; KELLER/GABI-BOLLINGER, s. 10.

neden olmaktadır. Buna göre yoksun kalınan kâr zarar verici fiilden sonraki durumla malvarlığının artması durumu gerçekleşseydi arz edeceği farazi durum arasındaki farktır. Örneğin yaralanan şahsın veya atölyesi yakılan kişinin çalışmadığı günlerdeki gelir kaybı mahrum kalınan kârdır<sup>169</sup>.

Zarar görenin mahrum kalınan kâr çerçevesinde istisnai bir kazancı talep etmesi için bu kazancın elde edilmesinin çok muhtemel olması gerekmektedir. Bu nedenle zarar gören öncelikle zarar verici fiil olmasaydı bir kazanç elde edeceğini sonra da söz konusu eylemin bunu engellediğini ispat etmelidir. Elde edilecek kazançla zarar verici olay arasında uygun illiyet bağının varlığı yeterlidir<sup>170</sup>.

## II. Şahsa Verilen Zarar- Eşyaya Verilen Zarar – Diğer Zararlar

Şahsa verilen zarar kişinin hayatına bedensel bütünlüğüne yapılan saldırıdan ileri gelen zarardır. BK m. 45'te düzenlenen adam ölmesinden doğan zararlar ile yine BK m. 46'da yer alan bedensel bütünlüğe karşı yapılan saldırılar bu zarar türüne örnektir<sup>171</sup>.

Eşyaya verilen zarar ise malvarlığına dâhil olan taşınır, taşınmaz malların kaybı, tahribi veya hasara uğratılması neticesinde ortaya çıkan zarardır<sup>172</sup>.

---

<sup>169</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s. 515; İNAN, s. 287; KARAHASAN, s. 79; EREN, s. 493; TUNÇOMAĞ, s. 269; KELLER/GABI- BOLLINGER, s. 11. Bu ayrımın zarar kavramının kapsamının belirlenmesine yarayacağına ilişkin bkz. DESCHENAUX / TERCIER, s. 21. Yargıtay da birçok kararında kâr yoksunluğu hesabının kural olarak varsayım dayandığını belirtmektedir. Yargıtay 4. HD., 17.10.1977 T., 8891E., 9687 K. sayılı kararında aynen “Ancak hakim yoksun kalınan kazancı saptarken ne dar bir görüşle hareket edip sadece zarar verici olay meydana gelmeseydi muhakkak surette elde edilebilecek olan kazancı ve ne de davacının ileri sürdüğü mübalağalı rakamları göz önüne almamalıdır. Hâkim, davacının dayandığı olguları, bunların ihtimal derecesini göz önüne almalı ve BK'nun 42/II. Madde hükmünden de yararlanarak kuvvetle muhtemel kazancı saptamalıdır” ifadelerine yer verilmiştir. Bu karar ve aynı yönde olan Yargıtay 4. HD., 16.12.1979 T., 261 E., 2046 K.; Yargıtay 4. HD., 11.05.1982 T., 3574 E., 4844 K. sayılı kararları için bkz. KARAHASAN, s. 81-82.

<sup>170</sup> EREN, s. 494.

<sup>171</sup> DESCHENAUX / TERCIER, s. 21; İNAN, s. 288; EREN, s. 495; KILIÇOĞLU, A.M., s. 209.

<sup>172</sup> DESCHENAUX / TERCIER, s. 21; İNAN, s. 288; EREN, s. 495; KILIÇOĞLU, A.M., s. 209. TBK Ön tasarısının eşyaya ilişkin zarar kenar başlıklı 54. maddesi ise şöyleydi: “ (1) Zarar eşya tamamen yok olmuş veya kullanılmaz hale gelmişse, aynı değerdeki şeyin yeniden edinilmesi bedelini; kısmen kullanılmaz hale gelmişse, özellikle onarım giderlerini ve değer kaybını kapsar. (2) Eşya, zarar gören için gerekli veya yararlı ve özellikle zarar gören tarafından mesleki amaçla kullanılıyor idiyse, eşyanın onarılmasının veya eşdeğer bir şeyin edinilmesinin zorunlu kıldığı sürede ödenen kira bedeli yahut yoksun kalınan kazanç da zarar kapsamındadır.”

Diğer zararlar ise kişinin bedensel ve maddi olmayan, ticari itibarının ihlali, sınaî ve fikri hakların ihlali veya haksız rekabet gibi diğer şahsi varlıkların ihlalinden doğan zarardır<sup>173</sup>.

### III. Doğrudan Doğruya Zarar- Dolaylı Zarar

Hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kişinin bu fiil nedeniyle araya herhangi bir sebep girmeksizin uğradığı zarar doğrudan zarardır. Bu zarar verici fiil ile uygun illiyet bağı bulunan diğer zararlar ise dolaylı zarar ( takip eden / refakat eden zarar)dır. Örneğin, (A)'nın (B)'nin bacağına kırması halinde (B)'nin hastane masrafları doğrudan zarardır. (B) tedavi görürken yürümesi sırasında ikinci bacağına da kırarsa bu ilk olayla uygun illiyet bağı çerçevesinde gerçekleştiğinden bu zarar dolaylı zarardır<sup>174</sup>.

Yansıma zarar ise bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kişiden başka bir şahsın da bu fiil yüzünden uğradığı zarardır. Yansıma zararlarda zarar verenin sorumlu olabilmesi için hem fiille zarar arasında uygun illiyet bağı olmalı, hem de hukuka aykırılık bağı bulunmalıdır. Ayrıca BK m. 46'da açıkça ölüm nedeniyle destekten yoksun kalanların tazminat isteme hakkı, m. 47'de ise ölüm nedeniyle ölenin ailesine manevi tazminat talep hakkı tanınmıştır. Bu çerçevede bir ses sanatçısının öldürülmesi halinde destekten yoksun kalacak eşi ve çocuklarının bu zararı yansıma zarar olup tazmin edilirken, çalıştığı gazino sahibinin uğradığı kazanç kaybının her ne kadar zarar veren fiille illiyet bağı olsa da, hukuka aykırılık bağı olmadığı için bu yansıma zararın tazmini mümkün değildir<sup>175</sup>.

---

<sup>173</sup> **DESCHENAUX / TERCIER**, s. 21; **İNAN**, s. 288; **EREN**, s. 495. TBK Ön Tasarısının Diğer Zararlar kenar başlıklı 55. maddesinde ise “ (1) Zarar, bir kişinin pek yakın bir saldırıyı önlemek veya gerçekleşen bir saldırının sonuçlarını azaltmak üzere, dürüstlük kurallarına göre almış olduğu önlemlerin yol açtığı giderleri de kapsar. (2) Zarar görenin haksız fiilden doğan istemlerini ileri sürmek için dürüstlük kuralları çerçevesinde yaptığı giderler de zarar kapsamındadır.” düzenlemesi yer alıyordu.

<sup>174</sup> **TANDOĞAN**, s. 70; **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 517; **İNAN**, s. 289; **FEYZİOĞLU**, s. 474 – 475; **KILIÇOĞLU**, A.M., s. 211; **EREN**, s. 496. Son yazar dolaylı zararda da fiille arada uygun illiyet bağı bulunduğundan bunun da doğrudan doğruya zarar olduğunu belirtiyor. **DESCHENAUX / TERCIER** ise dolaylı zarar tabirini yansıma zararlar için kullanmakla birlikte, bizim burada kullandığımız anlamda dolaylı zarar yerine sonradan meydana gelen zarar kavramını kullanmaktadır. Bkz. **DESCHENAUX / TERCIER**, s. 22.

<sup>175</sup> **OĞUZMAN / ÖZ**, s. 517. Benzer örnekler için bkz. **KILIÇOĞLU**, A.M., s. 212. Yansıma zarar ve bunun tazminine ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. **ÖZEL**, Çağlar: Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFD, C. 50, S. 4, 2001, s. 81-106.

### § 3. ZARARIN İSPATI VE HESAPLANMASI

#### I. Zararın İspatı Ve Denkleştirme Sorunu

##### A) Zararın İspatı

Akit dışı sorumluluk hallerini birinci bölümde incelemiştik. Peki, bu akit dışı sorumluluğa neden olan zararların tazmini istendiğinde nasıl bir yol izlenmelidir? Bunun için şüphesiz ortada tazmini gereken bir zararın varlığı ve miktarı ispatlanmalıdır. Zira tazminat cezalandırıcı bir fonksiyon üstlenmeyip sadece zararın karşılanmasını amaçladığından tazminat hiçbir zaman için zarardan fazla olamaz<sup>176</sup>. Borçlar Kanunumuzun zararın tayini kenar başlığını taşıyan 42. maddesi burada bize yol göstermektedir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasına göre zararın ispatı davacıya aittir. Fakat her zaman zarar miktarının tam olarak ispatlanması mümkün olmayabilir; hatta bazen miktarı bile tam olarak bilinemeyebilir. Örneğin ticaret yapan bir kişinin işi hakkında asılsız ithamlarda bulunulması sonucu tacirin müşterileri azalmıştır. Böyle bir durumda davacının müşterilerinin ne kadar azaldığını ispatlaması mümkün değildir. İşte bu sebeple BK m. 42/II'de<sup>177</sup> zararın gerçek miktarını ispatlamak mümkün olmadığında hâkimin işlerin olağan gidişi ve zarar görenin aldığı tedbirler çerçevesinde zararı saptayacağı düzenlenmiştir<sup>178</sup>.

Hâkimin BK m. 42/II'ye göre zararı kendisinin saptaması için öncelikle zararın ispatının mümkün olmaması gerekmektedir. Böyle bir durumda hâkim öncelikle işin olağan akışını göz önünde tutacaktır. Bu çerçevede fiilin gerçekleştiği yer ve çevre şartları davacının önceki mali durumu vs. hususlarını inceleyecektir. Hâkim ayrıca zarar görenin aldığı tedbirleri de değerlendirecektir. Zarar verici fiil

<sup>176</sup> OĞUZMAN /ÖZ, s. 551; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 583.

<sup>177</sup> TBKT m. 50'te yer alan bu düzenleme aynen "(1)Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. (2) Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler." şeklindedir.

<sup>178</sup> Yargıtay 4. HD., 25.09.1986 T., 5934E., 6538 K. sayılı kararı için bkz. KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 2004, s. 1064; UYGUR, s. 2016-2017. Aynı doğrultuda Yargıtay 4. HD., 04.06.1984 T., 4932 E., 5361 K. sayılı karar için UYGUR, s. 2016. Bu çerçevede kanımızca BK m. 42/I hükmüyle ispat yüküne ait TMK m. 6'da yer alan temel düzenlemenin ispat güçlüğü dışında uygulanacağı vurgulanmak istenmiştir. Aynı doğrultuda bkz. EREN, s. 718; FEYZİOĞLU, s. 544; BİRSEN, s. 274; TANDOĞAN, s. 262. Ayrıca örnekte belirttiğimiz gibi kâr mahrumiyeti hallerinde davacının zararını ispatlaması mümkün olamamaktadır.

olmasaydı malvarlığının artması için gereken şartlar ve davacının almış olduğu tedbirlerin<sup>179</sup> ispatlanması gerekmektedir<sup>180</sup>.

### B) Zararın Hesaplanacağı Tarih Ve Faiz

Zararın miktarının ne zaman belirlenmesi gerektiği doktrinde tartışmalıdır. BK m. 46/II'de bedensel zararların hükmün verildiği tarihe göre belirlenebileceği ifade olunmakla birlikte şeye ilişkin zararlara ilişkin bir açıklama yer almamaktadır. Doktrinde baskın görüşe göre bedensel zararlara ilişkin bu kural diğer zararlar bakımından da uygulanmalıdır<sup>181</sup>. Fakat Yargıtay birçok kararında zararın haksız fiilin işlendiği zaman esas alınarak tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir<sup>182</sup>. Fakat böyle bir durumda zararın gerçekleştiği ana göre hesaplanan zarar miktarı tazminatın ödeneceği zamanki şartları, başka bir ifadeyle tazminatın esas amacı olan zararı karşılama amacından uzaklaşmaya neden olabilir. Doktrinde bu nedenle hükmün verildiği tarihin zarar hesabında dikkate alınması gerektiği öne sürülmüştür.

Fakat burada şöyle bir sorun daha ortaya çıkmaktadır. Örneğin, zarara uğrayan malın değeri zarardan sonra arada yükselmiş, hüküm tarihinde ise düşmüşse

<sup>179</sup> TANDOĞAN bu tedbirlerin zararın çoğalmasını önleyecek değil; kâr elde etmek için alınan tedbirler olduğunu belirtmektedir. Bkz. TANDOĞAN, s. 264

<sup>180</sup> TEKİNAY / AKMAN/ BURCUOĞLU / ALTOP, s. 580; TUNÇOMAĞ, s. 278; KAYNAR, s. 245-246; BECKER, H. : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler VI. Cilt Fasikül II, (Çeviren: Kemal Reisoğlu), Ankara 1968, s. 261; REİSOĞLU, s. 182-183. Burada da hâkim aslında TMK m. 4'te yer alan takdir yetkisini kullanacaktır. Bu doğrultuda bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 552 Hâkimin bu takdir yetkisinin zararın hem varlığı hem de miktarına ilişkin olup, mevcut veya ilerde gerçekleşecek zararlar için de geçerli olduğuna ilişkin bkz. EREN, s. 719. Aksi yönde hâkimin zararın varlığına ilişkin inceleme yapamayacağı sadece zararın miktarını değerlendirebileceğine ilişkin görüş için bkz. FEYZİOĞLU, s. 545.

<sup>181</sup> EREN, s. 720; TUNÇOMAĞ, s. 279; İNAN, s. 331; TANDOĞAN, s. 265. Sadece Türk Hukuku bakımından değil Alman Hukuku bakımından da son sözlü yargılamanın yapıldığı ana göre zararın hesaplanması gerektiği, zira hâkimin sadece taraflarca son sözlü yargılamaya kadar getirilen dava malzemeleri çerçevesinde bilinen olaylara dayanarak karar vereceği, zarar hesabında bilinen bir kısım olay bilgisinin göz ardı edilemeyeceği ifade olunmuştur. Bkz. HANSEN, s. 37-38; HIRSCH, N. 607. Aynı doğrultuda ESCHER-WEINGART da teorik olarak zararın hesaplanması için uygun zamanın zarar görenin o bedele sahip olabileceği, başka bir deyişle paranın ödendiği an olması gerekirken bunun pratikte mümkün olmadığını belirtmektedir. Bkz. ESCHER- WEINGART, Christina: Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz, Frankfurt am Main 1993, s. 49.

<sup>182</sup> Yargıtay 13. HD., 27.12.1988 T., 6846 E. 6479 K. sayılı kararında zararın “davanın açıldığı 08.12.1985 tarihine göre değil, davacının malvarlığının eksildiği ve zararın gerçekleştiği 08.11.1985 tarhine göre” belirlenmesi gerektiği kabul edilmiştir. Aynı yönde Yargıtay 4. HD., 08.03.1988 T., 9431 E., 2203 K., Yargıtay 4. HD., 19.11.1979 T., 10740 E., 12706 K. sayılı kararları için bkz. KARAHASAN, C. 3, s. 1061 vd. benzer şekilde şeyin eski hale getirilmesi mümkün olmayan hallerde, şeyin olay tarihindeki değerinin esas alınacağına ilişkin Yargıtay 4. HD., 11.04.1986 T., 1384 E., 3982 K. sayılı kararı için bkz. UYGUR, s. 1387; Yargıtay kararlarıyla aynı doğrultuda bkz. REİSOĞLU, s. 185; KILIÇOĞLU, A. M., s. 303.

zararın hüküm tarihine göre hesaplanması adaletsiz sonuçlar verebilir. İşte bu durumda doktrinde malikin malı paraya çevirip yükselişten yararlanma olanağının olduğu göz önünde tutulup, zararın hasara uğrayan malın en yüksek değere ulaştığı tarihe göre hesaplanması gerektiği öne sürülmüştür<sup>183</sup>.

Hâkim kural olarak hüküm anında gerçekleşmiş olan zararın tazminine karar verir. Fakat zarara uğrayan araç sebebiyle yoksun kalınan kârın müstakbel zarar olarak yeter derecede ispatlanmasıyla tazmini mümkün olabileceği gibi zarar gören ilerde doğacak zarara ilişkin haklarını saklı da tutabilir<sup>184</sup>.

Son olarak zarar gören zarar miktarı ile birlikte zararın ortaya çıktığı tarihten itibaren faizini de talep edebilir. Fakat talep etmemişse hâkim kendiliğinden faize karar veremez<sup>185</sup>. Bu faiz 3095 sayılı kanuna göre kanuni faizdir. Davalı bunu ödemezse karardan sonra anılan kanuna göre temerrüt faizi işlemeye başlayacaktır.

## C) Denkleştirme Sorunu

### 1) Denkleştirme Kurumu ve Önemi

Zarar görenin, zarar veren olaydan sonra malvarlığında bir eksilme olacağı gibi; bu olay nedeniyle zarar gören bazı yararlar da elde etmiş olabilir. Örneğin arabası zarar gören kişi işine arabası yerine otobüsle gitmesi halinde aracının hasarlı olduğu süre boyunca benzin parası masrafından kurtulmuş olacaktır. Böylece zarar görenin malvarlığının pasifinde meydana gelecek olan bu artış zarar veren olay nedeniyle önlenmiş olacaktır. İşte bu nedenle sorumlu kişinin ödeyeceği tazminatın dayanağı olan zarar, tespit edilirken; sağlanan bu yararların da zarardan indirimi gerekmektedir. Doktrinde zararın belirlenmesinde elde edilen yararların zarardan çıkarılmasına denkleştirme (compensatio lucri cum damno – kazançla zararın denkleştirilmesi) denilmektedir. Denkleştirme tazminatın hesaplanmasına değil, zararın tespitine ilişkin bir husus olduğundan, zarar hangi anda tespit edilecekse denkleştirmede de o ana kadar doğan yararlar veya gerçekleşmemekle beraber

---

<sup>183</sup> **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 602; **TANDOĞAN**, s. 265. **OĞUZMAN / ÖZ** de bu görüşe katılmakla birlikte davalının da, zarar gören davacının malı bu en yüksek değere ulaştığı zaman paraya çeviremeyeceğini ispatlayıp bu en yüksek değer için esas alınmasını engelleyebileceğini belirtmektedir. Bkz. **OĞUZMAN / ÖZ**, s. s. 553, dn. 233.

<sup>184</sup> **EREN**, s. 721

<sup>185</sup> **TUNÇOMAĞ**, s. 279.

normal olarak gerçekleşmesi beklenen yararlar esas alınır<sup>186</sup>. Bu yararlar zarar gören aracın, binanın hurda değeri ile ölen hayvanın eti derisi örnek gösterilebilir<sup>187</sup>.

Hâkim eğer dosyadan zarardan düşülmesi gereken bir yarar görürse bunu kendiliğinden göz önüne alır. Fakat bir yararın bulunup bulunmadığını hâkim re'sen araştıramaz. Ayrıca zarar veren bunu mahkemeye itiraz olarak da öne sürebilir. Denkleştirmeye konu olacak yararı, zarar veren ispatlar; fakat ispat gücüğü halinde BK m. 42/II hükmü uygulanabilir<sup>188</sup>.

## 2) Denkleştirmenin Şartları

Bir olayda denkleştirmenin söz konusu olması için öncelikle ortada denkleştirmenin söz konusu olabileceği maddi bir zarar olmalıdır<sup>189</sup>. Aynı zamanda bu zararla denkleştirilebilecek bir yararın da varlığı gerekmektedir. Bu yarar da maddi bir yarar olmalıdır, zira maddi bir zarar ile manevi bir yararın denkleştirilmesi farklı iki değer aynı hesap işlemine dâhil edilmesine neden olacağından, böyle bir sonucu mantıken açıklamak mümkün değildir<sup>190</sup>. Maddi zararlar denkleştirilecek

<sup>186</sup> AKÜNAL, s. 147 vd.; OĞUZMAN / ÖZ, s. 554 vd. AKÜNAL İsviçre- Türk Hukukunda denkleştirmeye ilişkin genel bir hüküm olmamakla birlikte (Bu konuda adi ortaklığa ilişkin BK m. 528 vardır.) sanki böyle bir hüküm varmış gibi yorumlandığını belirtip, denkleştirmenin hukuki dayanağının fark teorisi olduğunu zira bu teoride sadece olumsuz etkiler değil aynı zamanda olumlu etkilerinde göz önünde tutulduğunu belirtmektedir. Bkz. AKÜNAL, s. 19–20. Fakat doktrinde denkleştirmenin hukuki dayanağının tazminatın zarar görenin zenginleşmesine yol açmayacağı prensibi olduğu ifade olunmuştur. Bkz. OĞUZMAN / ÖZ, s. 554; İNAN, s. 332; TUNÇOMAĞ, s. 280; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 586. Son yazar aynı zamanda fark teorisine dayanmaktadır. Bu yönde Yargıtay 4. HD. 23.05.1973 T., 5699 E. 6860 K. ile 4. HD., 25.02.1988 T., 589 E., 1834 K. sayılı kararları için bkz. KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku Birinci Kitap Maddi Tazminat, İstanbul 1996, s. 123.

<sup>187</sup> Yargıtay 4. HD. 19.04.1982 T., 3284 E., 3922 K. sayılı kararında aynen “Mahkemenin öldürülen ineğin etinden ve derisinden yararlanma olanağı bulunup bulunmadığı varsa bunun haksız fiil tarihindeki değerinin tespitiyle sürüm değerinden düşülmesine karar vermemesi, diğer deyişle davacının elde ettiği yararları zararıyla denkleştirme yoluna gitmemesinde isabet yoktur. Mahkeme bu suretle tazminatın hiçbir zaman zarar miktarını aşmayacağı ilkesini çiğnemiş davacıya zararının üstünde bir yarar sağlamış bulunmaktadır.” ifadesine yer verilmiştir. Bkz. KARAHASAN, Tazminat, s. 125. Benzer şekilde Yargıtay 4. HD., 31.10.1984 T., 6987 E., 8032 K. sayılı kararı ve aracın hurda değerine ilişkin Yargıtay 4. HD., 22.12.1982 T., 11056 E., 11611 K.; Yargıtay 4. HD., 15.04.1986 T., 1322 E., 3306 K. sayılı kararları, binanın hurda değerine ilişkin Yargıtay 4. HD., 16.07.1986 T., 4929 E., 5702 K. sayılı kararları için bkz. UYGUR, s. 1413-1416.

<sup>188</sup> EREN, s. 725; İNAN, s. 332–333; OĞUZMAN / ÖZ, s. 557.

<sup>189</sup> Manevi zararlar da gerçek anlamda bir denkleştirme uygulanmadığına dair bkz. AKÜNAL, s. 48 vd.

<sup>190</sup> AKÜNAL, s. 61. Yazar aynı zamanda bu yararın zarar görenin malvarlığında geçici değil, kesin ve nihai şekilde bulunması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. AKÜNAL, s. 62.



maddi yarar, zarar görenin malvarlığının aktifinde bulunabilir veya zarar görenin yapması gereken bir masraftan kurtulması şeklinde olabilir<sup>191</sup>.

Denkleştirmenin diğer bir şartı, zararlar yarar arasında uygun illiyet bağı bulunmasıdır<sup>192</sup>. Başka bir ifadeyle yaşam deneyimlerine göre bu zararın normal sonucu olmalıdır. Yoksa zarar sonucu ortaya çıkan tamamen rastlantısal bir yarar ile zararın denkleştirilmesi mümkün değildir. Örneğin yakılan bir evin demir ve boru tesisatının satılmasından elde edilen kazanç yangınla uygun illiyet bağı içinde olduğundan denkleştirmeye tabi olurken, bu evin duvarları içinde bir definenin bulunmasının evin yanmasıyla uygun illiyet bağı bulunmadığından bu definenin değeri denkleştirmeye esas alınamaz. Zira hayatın olağan akışında her yanan evin duvarlarında define bulmak mümkün değildir<sup>193</sup>.

Son olarak tarafların iradeleriyle meydana gelen, kanun hükmü veya işin mahiyeti icabı yararın zarardan düşülmesine engel bir halin bulunmaması gerekmektedir. Örneğin kazaya uğrayan kişiye yardım olsun diye toplanan paralar denkleştirmeye tabi değildir. Zira işin mahiyeti icabı burada zarar görene yapılan bir yardım söz konusudur. Aynı şekilde emekli, dul yetim maaşları da denkleştirmeye tabi yararlar arasında değildir<sup>194</sup>.

Kaza ve mal sigortalarında, sigortacı zarar görenin zararını ödediği ölçüde onun haklarına halef olacaktır<sup>195</sup>. Bu nedenle zarar gören ancak sigortacının

---

<sup>191</sup> **TEKİNAY / AKMAN/ BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 587; **KARAHASAN**, Tazminat, s. 124-125.

<sup>192</sup> **TANDOĞAN**, s. 268. Nitekim Yargıtay 4. HD. 05.06.1985 T. 4596/ 5702 sayılı kararında “Zarara uğrayanın zarar veren olay nedeniyle sağladığı yararlar, tazminattan indirilerek zararın denkleştirilmesi gerekir. Davacılar kaza nedeniyle otobüsü çalıştıramamaktan dolayı akaryakıt masrafından kurtulmuş olup, akaryakıt masrafının toplam zarardan tenzili gerektiği halde bir denkleştirme yapılmadan fazlaya karar verilmesi bozma nedenidir.” şeklinde hüküm kurulmuştur. Bkz. **GÖKCAN**, Hasan Tahsin: Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003, s. 238. Yargıtay HGK 03.12.1986 T., 4-740 E., 1014 K. sayılı kararında da illiyet bağına ilişkin şu ifadeler yer verilmiştir: “Uygun illiyet bağı sırf sorumluluğu tayin ve sınırlamakta kullanılan bir teori olmayıp denkleştirme sorununda da göz önünde tutulmalıdır...Bir yararın denkleştirmede nazara alınabilmesi için o yararın zarar verici fiilin uygun ve normal bir sonucu olması gerekir. Bir üçüncü kişinin davacı ile aralarındaki ilişkinin niteliğine göre zararın giderilmesini gönüllü olarak yüklenmiş olması haksız eylemle uygun sebep sonuç bağı olan bir ödeme değildir. Haksız eylem sonucu malvarlığında meydana gelen fazlalaşma zararı oluşturan haksız eylemin uygun nedeni ve sonucu değilse zarardan indirilemez.” Bu karar için bkz. **UYGUR**, s. 1411-1413.

<sup>193</sup> **EREN**, s. 727; **TUNÇOMAĞ**, s. 280; **TEKİNAY / AKMAN/ BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 588; **İNAN**, s. 332; **TANDOĞAN**, s. 269.

<sup>194</sup> **İNAN**, s. 332; **TUNÇOMAĞ**, s. 280; **TANDOĞAN**, s. 269.

<sup>195</sup> Can sigortalarında ise kanuni halefiyet söz konusu olmadığından bu tür sigorta tazminatlarında denkleştirme söz konusu olamaz. Zarar gören bu sigorta türlerinde hem sigorta şirketinden sigorta tazminatı hem de zarar verenden zararın tazminini ayrı ayrı talep edebilir. (TTK m. 1338) Burada

alamadığı miktarda zararı için zarar verene başvurabilir. Bu durum ise denkleştirme ile ilgili değildir. Zira burada sigortacı zarar verenin zararını karşılamakta, bunun dışında ayrıca bir yarar sağlamamaktadır. Fakat mağdur sigortacıya başvurmadan tüm zararı için zarar verene karşı dava açmışsa sigorta alacağı zarara mahsup edilmelidir<sup>196</sup>. Başka bir ifadeyle zarar görene sigorta tarafından yapılan ödeme yarar değil, aslında zarar görenin zarar verenden olan alacağından başka bir şey değildir<sup>197</sup>. Fakat bu zararın yerine göre kısmen veya tamamen karşılanmasına göre zarar görenin zenginleşmemesi için zarar verenin yapması gereken ödemenin sigortanın yaptığı ödemeye göre tahsili gerekir.( TTK m.1301/I)

Destekten yoksun kalma tazminatı bakımından zarar görenin mirasçı veya vasiyet alacaklısı olması halinde elde edilen miras yarar sayılacak mıdır? Bu konu doktrinde tartışmalı olmakla birlikte EREN mirasın kanundan doğan bir hak olduğunu, zarar nedeniyle mirasçının bu hakkının denkleştirmeye esas alınmaması gerektiğini; ancak zarar verenin desteğin erken ölümüne yol açtığından mirasın kendisinden değil fakat erken elde edilmesinden doğan gelirin küçük bir kısmını yarar sayıp denkleştirmeye esas alabileceğini belirtir<sup>198</sup>. OĞUZMAN /ÖZ ve TANDOĞAN ise bunun destek ihtiyacını ortadan kaldırdığı oranda dikkate alınacağını, burada mahsuplaşmanın değil zarar şartının gerçekleştiğine işaret etmiştir<sup>199</sup>.

Bir haksız fiilden doğan zarardan sorumlu olan kişinin verdiği zararı ve bunun miktarını kural olarak ispatlaması gerektiğine değinmiştik. Bu arada zarar miktarının tespitinin yapıldığı ana kadar bu zarardan zarar gören bir yarar elde etmişse bunu zarar veren ispatlayacağını, zarardan yararın çıkarılması yoluyla zararın hesaplanacağını inceledik. Şimdi ise zararın bu şekilde nasıl hesaplanacağı, zarar kapsamına hangi kalemlerin nasıl dâhil olacağı konusu incelenecektir. Zarar türlerini

---

taleplerin yığılması söz konusudur. Bkz. EREN, s. 731–732; ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. AKÜNAL, s. 76 vd.; aynı doğrultuda bkz. DESCHENAUX / TERCIER, s. 182.

<sup>196</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s. 555; AKÜNAL, s. 65. Son yazar burada taleplerin yığılmasının değil, taleplerinin yarışmasının söz konusu olduğuna dikkat çekmektedir.

<sup>197</sup> Aynı görüşte bkz. EREN, s. 731. Yargıtay da böyle bir ödemenin varlığını hâkimin re'sen değerlendirep zararı ona göre tespit edeceğini kabul etmektedir. Bkz. Yargıtay 4. HD., 14.06.1983 T., 4114 E., 6187 K.; Yargıtay 4. HD., 21.02.1084 T., 464 E., 1577 K. sayılı kararları için UYGUR, s. 1413-1414.

<sup>198</sup> EREN, s. 729–730.

<sup>199</sup> OĞUZMAN / ÖZ, s. 556; TANDOĞAN, s. 272. Bkz. aksi görüşte destekten yoksun olan kişinin ölenin bıraktığı servetten elde ettiği gelirlerin denkleştirmeye tabi olacağına ilişkin DESCHENAUX / TERCIER, s. 181.

incelerken yapmış olduğumuz şahsa ilişkin zarar, şeye ilişkin zarar ve diğer zararlar ayırımına uygun olarak konuyu kişiye ve eşyaya verilen maddi zararları olarak ayrı ayrı değerlendirerek incelemenin faydalı olacağı kanısındayız.

## **II. Eşyaya Verilen Zararlar**

### **A) Genel Olarak**

Eşyaya verilen zarar, taşınır, taşınmaz nesnelere yapılan saldırı sonucu meydana gelen zarardır<sup>200</sup>. Bu zarar belirtmiş olduğumuz zarar ayırımlarına göre doğrudan zarar veya dolaylı zarar şeklinde karşımıza çıkabilir. Bir arabanın hasar görmesi halinde bunun tamir masrafları zarar veren olay sonucunda doğan doğrudan zarar kalemini oluştururken, bunun dışında zarar veren olayın dolaylı sonucu olarak ortaya çıkan ticari aracın kullanılmamasından doğan kazanç kaybı gibi zararlar da dolaylı zarar kalemini oluşturur<sup>201</sup>. Bu zarar kalemlerini ortaya çıkaran fiil, eşyanın tamamen yok olmasına veya kısmen ortadan kalkmasına neden olabilir. Bu konuyu incelemeden önce haksız fiil sonucu tazminata esas alınacak zararın nasıl hesaplanacağına dair doktrinde öne sürülen görüşlere değinmenin yararlı olacağı kanaatindeyiz.

### **B) Eşyaya Verilen Zararların Hesaplanma Yöntemleri**

Haksız fiil sonucunda malvarlığında meydana gelen zararın malvarlığının zarar verici fiilden sonraki haliyle böyle bir olay meydana gelmeseydi içinde olacağı farazi durum arasındaki fark olduğuna ve bu fark teorisinin hukukumuz tarafından da kabul edildiğine daha önce değinmiştik. Bu konuda ayrıca somut malvarlığında yer alan bir eşyanın zarara uğraması halinde bütün malvarlığı değerinin hesaplanmasının pratik bir anlamı olmadığı, zarara uğrayan malın içinde bulunacağı durumun değerlendirilmesi gerektiği ifade olunmuştu<sup>202</sup>. Bu çerçevede haksız fiil sonucunda arabası hasar gören kişinin arabasının değerinin neye göre değerlendirilip tazminata

---

<sup>200</sup> DESCHENAUX / TERCIER, s. 21.

<sup>201</sup> Bkz. yukarıda İkinci Bölüm, §2, III. Ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, M.: Sorumluluk Hukuku, C. 1, Ankara 2002, s. 106.

<sup>202</sup> Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, §2, III, A, 2.

esas olan zararın hesaplanacağı konusunda Borçlar Kanunumuzda bir açıklık yoktur. Bu nedenle doktrinde bu konuyla ilgili zarar gören malın objektif değerinin veya sübjektif değerinin esas alınmasını öngören iki temel farklı görüş öne sürülmüştür.

### 1) Objektif (Soyut) Hesaplama Yöntemi

Soyutlama somut bir şeyin (Concretum) bütün genel unsurlarının dışında kalan faktörlerin hariç bırakılarak toplanması demektir. Başka bir deyişle soyutlamadan somutun (kelime anlamıyla iç içe kaynaşmışın) kendi unsurlarına ayrılma anlaşılmalıdır<sup>203</sup>.

Soyut (objektif) hesaplama yönteminde zarar gören zararın ortadan kaldırılması için kendinin tam olarak ne tutarda harcama yapmak durumunda kaldığını ispatlaması gerekmez. Daha ziyade zarar görenin zararının genel olarak ortadan kaldırılması için ne kadar tutacağını ortaya koyması yeterlidir<sup>204</sup>.

Objektif hesaplama yönteminde eşyanın piyasadaki ortalama değeri esas alınır. Burada zarar görenin, eşyaya attığı değer ile zarar görenle arasındaki özel ilişki dikkate alınmaksızın aynı tür, miktar ve nitelikteki eşyanın zararın meydana geldiği andaki piyasadaki objektif satım değeri esas alınır<sup>205</sup>. Malın sabit bir pazar veya borsa değeri varsa malın değerinin hesaplanmasında bu dikkate alınır<sup>206</sup>. Bu yöntem özellikle piyasa ve borsa değeri olan mallar bakımından uygulanmaya elverişli bir yöntem olmasına rağmen özellikle malın zarar görenin malvarlığı içinde özel bir öneme sahip olması diğer mallarıyla ilişki içinde bir anlam ifade etmesi halinde ihtiyaca cevap verememektedir<sup>207</sup>. Bu nedenle hukukumuzda ancak istisnai

---

<sup>203</sup> HANSEN, s. 23. yazar aynı zamanda bunu zıddı olan somut zarar hesaplama yönteminde somut şeyin her unsurunun inceleneceği anlamının çıkarılmaması gerektiğini sadece zarar hesabında bireyselleşen unsurların dikkate alınacağını vurgulamaktadır. Bkz. HANSEN, s. 24.

<sup>204</sup> ESCHER-WEINGART, s. 50. Yazar aynı yerde, soyut zarar hesaplanmasının, zararın kendi kendine oluşmasıyla değil, somut oluşan zararın soyut hesaplanmasıyla ilgili olduğunu belirtip, soyut zararda zararın kendiliğinden düzenlendiğini bu nedenle soyut zararlar soyut zarar hesaplanmasının birbirinden ayrıldığını öne sürmüştür.

<sup>205</sup> İNAN, s. 333; TUNÇOMAĞ, s. 281; KARAHASAN, Tazminat, s. 137; TANDOĞAN, s. 273. Soyut (objektif) zarar hesabının zarar veren olayın genel sonuçlarına, yani çoğu kez aynı konumdaki olaylarda tespit edilebilen unsurlara uygun olduğuna ilişkin bkz. HANSEN, s. 24.

<sup>206</sup> EREN, s. 733; TUNÇOMAĞ, s. 281; TANDOĞAN, s. 274.

<sup>207</sup> EREN, s. 733. Örneğin sirkte beraber çalışmak üzere yetiştirilen iki sirk köpeğinden birinin ölmesi halinde diğerinin de değeri azalmaktadır. Burada zarar sağ kalan köpeğin maruz kaldığı değer kaybı ile ölen köpeğin objektif değerinin toplamından oluşur. Bu örnek için bkz. DESCHENAUX / TERCIER, s. 185; TUNÇOMAĞ, s. 281; KARAHASAN, Tazminat, s. 138.

hallerde uygulanmaktadır. Bunlara TTK m. 785 ile TTK 1112 -1113. maddeleri örnek gösterilebilir.

## 2) Sübjektif (Somut) Hesaplama Yöntemi

Sübjektif (somut) zarar hesaplama somut olayda gelişen zararın saptanmasıdır<sup>208</sup>. Türk- İsviçre Hukukunda hâkim görüş olan sübjektif hesaplama yöntemi ile eşyanın zarar görenin malvarlığındaki değeri yani somut şartlar ve zarara uğrayan kimseyle eşya arasındaki özel ilişkiler dikkate alınarak eşyaya ilişkin zararın tespiti amaçlanır<sup>209</sup>.

Sübjektif yöntem hukukumuzda da kabul edilen fark teorisinin bir sonucudur. Zira zarar görenin malvarlığının bir bütün olarak değerlendirilip sadece zarara uğrayan nesnenin bağımsız değeri değil, zarar görenle ve onun diğer mallarıyla ilişkileri göz önünde tutulur. Bu nedenle zarar hesabı somut- bireyseldir<sup>210</sup>. Bu çerçevede zarar görenin sadece doğrudan doğruya değil dolaylı zararlarının da tazmini mümkün olur<sup>211</sup>.

Hemen belirtelim ki, eşyanın malikinin malvarlığı içinde ifade ettiği değer ile kastedilen o eşyanın kişi için taşıdığı manevi değer değildir. Örneğin bir aile hatırasının zarar görmesi halinde bunun maddi değerinin dışında onun manevi değerinin tazmini ancak manevi tazminata konu olabilir<sup>212</sup>. Fakat bu manevi kıymeti

---

<sup>208</sup> LANGE, s. 353.

<sup>209</sup> İNAN, s. 334; KARAHASAN, Tazminat, s. 138; TANDOĞAN, s. 275-276. Aynı şekilde Alman Hukuku bakımından da somut zarar hesabı benimsenmiştir. Alman Medeni Kanununun (BGB'nin) çıkış noktası (eski hale getirme) gereğince malvarlığı azalması tespitinde dış dünyanın gerçek değişimini mümkün olduğunca bütün ayrıntılara dayandırmanın da mantıklı olduğuna ilişkin bkz. HANSEN, s. 22.

<sup>210</sup> HANSEN, s. 23. Malın sübjektif değerinin objektif değerinden az olması halinde objektif değerinin esas alınması gerektiğine ilişkin bkz. TANDOĞAN, s. 275.

<sup>211</sup> EREN, s. 734; TUNÇOMAĞ, s. 281; BİRSEN, s. 293. Yukarıda 207 numaralı dipnotta yer alan örnekte olduğu gibi ölen köpeğin değeri doğrudan zararı ile diğer sağ kalan köpeğin de uğradığı değer kaybı ise dolaylı zararı oluşturur.

<sup>212</sup> İNAN, s. 334; TUNÇOMAĞ, s. 282; DESCHENAUX / TERCIER, s. 187; EREN, s. 736; OĞUZMAN / ÖZ, s. 571; KARAHASAN, Tazminat, s. 138. Belirtilen bu iki zarar hesabı dışında doktrinde tipikleşen zarar hesabı (typisierende Schadensberechnung) ve götürü zarar hesabı (Pauschale Schadensberechnung) olmak üzere iki ayrı zarar hesabının daha bulunduğu belirtilmiştir. Tipikleşen ile belli tipe özgü ve bu tipin özelliklerini içeren kastedilir. Tip bu nedenle hem genel hem de özeldir. Bu açıdan tip adeta somut varlıkla genel kavram arasında yer alır. Bu açıdan tipikleşen zarar hesaplanması somut ve soyut zarar hesaplanmasının arasındaki alandır. Somut zarar hesaplanmasından bütün bireyselleşen durumların değil, daha ziyade sadece spesifiklerin hesaba katılması yoluyla ayrılır. Bu karşılaştırma keza soyut zarar hesaplanmasından farkını da açıklar. Soyut zarar hesaplanması, somut olaydaki zarar sürecinin spesifik durumlarını değil, sadece genelleri hesaba

eğer başkaları da izafe ediyorsa manevi kıymet şeyin piyasa değerine etki edip maddi zararın hesaplanmasında göz önünde bulundurulabilir<sup>213</sup>.

### C) Eşyanın Tamamen Veya Kısmen Yok Olması

Zarar veren haksız fiil sonucunda eşya tamamen tahrip olup, yok olabileceği gibi kısmen tahrip de olabilir. Bu nedenle konuyu ayrı ayrı değerlendirmekte fayda görüyoruz.

#### 1) Eşyanın Tamamen Tahrip Olması

##### a) Kavram

Doktrinde belirtildiği üzere bir eşyanın yok olması veya tamir masrafının eşyanın kendi değerinden fazla olması<sup>214</sup> veya tamirinin mümkün olmaması hallerinde eşyanın tamamen tahrip olduğundan söz edilir<sup>215</sup>.

Eşyanın tamamen tahrip olmasında ortaya çıkan zararı belirleyen eşyanın sabit bir değere sahip olup olmamasıdır. Eğer eşya sabit bir değere sahipse zarar bu

---

katar. Götürü zarar hesaplamasında kullanılan götürü tabiri ile “her şeyin alınması, her şey hep beraber” anlaşılır. Bu ifade bütün ayrıntılarıyla bir incelemenin, yani somut fiili zorluklar karşısında ve pratiklik sebebiyle tam bir incelemenin gerekli olması halinde uygulama alanı bulur. Götürü zarar hesabının spesifikliği gerçek zarar sürecinin istisnai hallerde tam anlamıyla araştırılmasının zor olmasına ve bu durumun zararlı ilişkisi olmamasına rağmen bir masraf gerektirmesine dayanır. Bu açıklamalar için bkz. **HANSEN**, s. 24 vd.

<sup>213</sup> **TANDOĞAN**, s. 277. Yazar buna, tarihi bazı kişilere ait birtakım eşyaları örnek olarak göstermektedir. Yazar ayrıca aynı yerde, manevi bir menfaati tatmin için konser bileti alımı gibi bir masraf yapılmış ve buna hukuka aykırı olarak engel olunmuşsa bu durumda bir maddi zararın meydana geleceğini ifade etmektedir.

<sup>214</sup> Doktrinde zarar gören eşyanın tamirden sonra kullanılması beklenemeyecekse eşyanın zarar verene bırakılmasının bunun yerine zarar verenin zarar görenin yeni bir eşya alması için gereken bedeli vermesinin hakkaniyete uygun olduğu belirtilmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 281. Ayrıca aracın hurda olarak kabulü halinde yeni araç satın almak için gerekli süre dikkate alınarak araç mahrumiyet zararına hükümlenacağına ilişkin Yargıtay 19. HD'nin 04.06.1999 T. 3386/3924 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 289.

<sup>215</sup> **EREN**, s. 734; JdT 1963 I 397 (naklen **OĞUZMAN /ÖZ**, s. 533; **DESCHENAUX /TERCIER**, s. 186). Eğer eşya çalınmış ve hırsız tarafından üçüncü kişiye devredilmişse eşya kesin olarak yok olmadığı ve mülkiyet hakkının devamı için başvurabileceği hukuki yollar bulunduğundan ötürü, malik istihkak davasını açma hakkını hırsıza devretmediği sürece malın değerinin tazminini isteyemez. Hırsız yerine kiracı ve ariyet alan için de aynı esas geçerlidir. Bu tazminat alımı istihkak davası açma hakkı hırsıza, kiracı veya ariyet alana devredilmiş olsa bile bu kişiler eşyayı devralmadan eşya elde edilirse istihkak davası açma hakkı ortadan kalkıp, bu kişiler ödedikleri tazminat tutarında sebepsiz zenginleşme davası açarlar. Bu açıklamalar için bkz. **TANDOĞAN**, s. 280; **OĞUZMAN /ÖZ**, s. 553.

eşyanın piyasa değeri değil, o eşyaya eşdeğer bir başkasının alınması için gerekli olan miktardır<sup>216</sup>.

### b) “Eski için Yeni”

Eşyanın sabit bir değeri yoksa başka bir ifadeyle zamanla, kullanıma bağlı olarak eskiyor ve değeri düşüyorsa, zararın hesaplanmasında eşyanın önceden uğradığı değer kaybı nedeniyle azalmış olan ikame değeri esas alınır<sup>217</sup>. Örneğin bir kişinin eskimiş bir elbisesi haksız fiil sonucu yanmışsa kişinin zararını tazmin etmek için kişiye yeni bir elbise alınsa bu sefer zarar gören haksız fiil neticesinde zenginleşmiş olacaktır ki bu zarar görenin zenginleşmesi yasağı ilkesine<sup>218</sup> aykırıdır. Bu durumda kişiye benzer şekilde kullanılmış bir elbise vererek zararın tazmini yoluna gitmek de mümkün değildir, zira kimse kullanılmış bir elbiseyi giymeye zorlanamaz. İşte bu sebeple kullanma yoluyla değer kaybına uğrayan bu eşyaların telef olması halinde bu eşyanın yenisi için ödenmesi gereken bedelden eskiyle yenisi arasındaki farkın indirilmesi gerekmektedir<sup>219</sup>. Bu farkı özellikle amortisman tabii eşyalar bakımından belirlemek kolaydır, eşyanın amorti edildiği tutar yenisini almak için gereken tutardan düşülür<sup>220</sup>.

<sup>216</sup> **DESCHENAUX / TERCIER**, s. 185; **KARAHASAN**, Tazminat, s. 138. **EREN** de bu konuda zarara uğrayan eşyanın yerine başkasının temini için ayrıca örneğin ulaştırma gideri gibi malvarlığında bir değer kaybına neden oluyorsa bununla malın temin edilme değerinin toplanıp eşyanın yok olmasından doğan zarar olarak kabulünün gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **EREN**, s. 734.

<sup>217</sup> **DESCHENAUX / TERCIER**, s. 185.

<sup>218</sup> Zarar görenin bu zenginleşmesinin zarar sonucu değil, söz konusu zararın tazmini aşamasında olduğu unutulmamalıdır. Bkz. **LANGÉ**, s. 172. Yazar aynı yerde bu ilkenin tazminat talebinin iki amacından biri olduğuna ve bunun ilk amacı olan zarar görene tam tazmin ilkesini sağlamaya yönelik olduğunu belirtmiştir.

<sup>219</sup> **STAUDINGERS/ MEDICUS**, §249 N. 176; **BAŞTUĞ**, s. 247-248 ile 13 numaralı dipnot. Eğer tazmin olan eşya zarar gören için yenisiyle aynı değerdeseyse tam tazminat talep edilir. Buna göre çok az kullanılan bir araba için yenisinin fiyatını talep edilip, kalan yararı aracın yeni kazanımıyla ilgili olan masraflara mahsup edileceğine ilişkin bkz. **LANGÉ**, s. 173.

<sup>220</sup> **KARAHASAN**, Tazminat, s. 138–139; **EREN**, s. 735; **TANDOĞAN**, s. 279. Yargıtay 4. HD. 13.06.1957 T. 1569 E. 3941 K. Sayılı kararında “Tazminden esas eski hali meydana getirmedi. Davalının kanuna aykırı hareketi neticesinde yıkılan duvarın eski olmasının imkânsızlığı göz önünde tutularak eski ile yeni arasında farka karşılık 7.000 liralık tazminattan hakkaniyete uygun olduğu hiçbir tereddüde yer bırakmayacak derecede, kesin derecede anlaşılacak olan bir miktarın düşülmesi gerekmektedir.” şeklinde hüküm kurulmuştur. Aynı şekilde Yargıtay 13. HD 02.11.1981 T. 6086 E. 6781 K. Sayılı kararında da sözleşmeden doğan sorumluluk için de eski yeni farkının indirime neden olacağını kabul etmiş ve bunun BK m. 43 gereği olduğunu vurgulamıştır. Bu iki Yargıtay kararı için bkz. **KARAHASAN**, Tazminat, s. 139–140. **TUNÇOMAĞ**’a göre eğer zarara uğrayan eşya zarar gören tarafından çok az kullanılmışsa eski yeni farkını indirme güçlüğünden ve kişinin belki de ömrü

Hemen belirtelim ki, zarar ayrımları hususunda da değinildiği gibi eşyaya verilen zarar fiili zararın yanı sıra yoksun kalınan kâr şeklinde de karşımıza çıkabilir. Örneğin kullanılmayacak derecede hasar gören ve tamiri çok masraflı olan bir araba ile kişi taksicilik yapıp para kazanıyorsa, haksız fiil neticesinde aracını kullanmadığı için bir kazanç kaybına uğrayacaktır. Bunun gibi zarar gören eşyanın tamamen yok olması nedeniyle bazı ek masraflar yapmışsa bunların da tazmini gerekecektir<sup>221</sup>.

## 2) Eşyanın Kısmen Yok Olması

Hasara uğrayan her eşya kısmen yok olmaktadır. Tahsis edildiği amacı zarar verici olay yüzünden tam olarak yerine getiremeyen bunu ancak belli bir tamir sonunda gerçekleştirebilen şey hasara uğramış maldır<sup>222</sup>.

Hasara uğrayan eşya ile ilgili ortaya iki zarar kalemi çıkmaktadır.

### a) Onarım masrafları

Eşyanın hasar görmesi yani kısmen yok olması halinde öncelikle bu eşyanın eski haline dönmesi için onarılması gerekmektedir. Şüphesiz bunu zarar gören kendisi tamir edebileceği gibi zarar görenin sonradan masraflarını da karşılayabilir<sup>223</sup>. Eşyanın onarım masraflarını alan zarar görenin eşyayı tamir ettirmesi, başka bir ifadeyle zarar verenden aldığı bedeli onarım masrafları için kullanma zorunluluğu yoktur<sup>224</sup>. Zira zarar veren sadece zarar görenin toplam malvarlığının uğradığı değer kaybını tazmin etmeyi amaçlar.

---

boyunca kullanacağı bir eşya olmasından dolayı eski yeni farkının düşülmemesi gerektiğini öne sürmektedir. Bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 283.

<sup>221</sup> **EREN**, s. 735. Örneğin ticari taksi olarak kullanılan aracın tamiri süresince taksicinin aracını kullanamayıp kazanç kaybına uğraması veya zarar gören kişinin aracının tamiri sırasında başka bir araç kiralaması gibi masraflar da zarara dâhildir. Bunun dışında meydana gelen zararın artmasını önlemeye yönelik çalışmalar ile kaybolan veya çalınan malın bulunması için verilen ödüller de zarar hesabından göz önünde tutulur. Bkz. **EREN**, s. 736, **İNAN**, s. 335; **OĞUZMAN /ÖZ**, s. 554; **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 560; **TANDOĞAN**, s. 282.

<sup>222</sup> **EREN**, s. 735.

<sup>223</sup> Bu konuya üçüncü bölümde aynen ve nakden tazmin kısmında değinilecektir.

<sup>224</sup> Aynı doğrultuda **KARAHASAN**, Tazminat, s. 140; **TANDOĞAN**, s. 281. Aynı doğrultuda Yargıtay 4. HD 02.10.1986 T. 6103 E. 6707 K. sayılı kararında da malvarlığında ortaya çıkan eksilmeye ilişkin henüz bir harcama yapılmamış olmasına rağmen zararın meydana gelmesinin tazmini için yeterli olduğunu kabul etmiştir. Bkz. **KARAHASAN**, Tazminat, s. 141 dn. 63 b). Bu durumda zarar görenin tasarruf özgürlüğünün olduğuna ilişkin bkz. **HIRSCH**, N. 646.



Onarım masraflarının karşılanması aynı zamanda İsviçre- Türk hukukunda ve Alman Medeni Kanununda (BGB § 249) kabul edilen fark faraziyesine dayanır. Fakat özellikle ticari alanda önceden hasara uğramış bir nesnenin değerinin hasara uğramamış başka bir nesneye kıyasla daha az değerlendirileceği için eşyanın onarımı için gerekli olan giderleri karşılamakla fark faraziyesine göre “zarar olmamış olsaydı nesnenin sahip olacağı farazi değer” elde edilemeyecektir. Bu nedenle onarım masraflarının yanında ticari değer (sürüm değeri) kaybı da ayrı bir zarar kalemini teşkil eder.

### **b) Nesnenin Ticari (Sürüm) Değerinin Azalması (Merkantiler Minderwert)**

Nesnenin ticari değerinin azalması alıcının bir kez hasar görmüş eşyanın rizikolarından, gizli ayıp ve azalan kullanım süresinden çekinmesine dayanır<sup>225</sup>. Gerçekten de zarar gören eşyanın onarım masrafları karşılanmış olsa dahi değeri ikinci el piyasasında hasara uğramayana oranla azalmaktadır. Bu durumun somut örneği özellikle ikinci el otomobil pazarlarında kaza yapmış aracın, onunla eş değerdeki kazasız araçtan daha düşük değerde görülmesidir<sup>226</sup>.

Zarar görenin nesnenin ticari değerinin kaza nedeniyle eksilmesine dayanarak tazminat alabilmesi için bu eşyayı satma niyetinde olması gerekmez<sup>227</sup>. Zira zarar görenin malvarlığında yer alan eşya tamir edilmiş de olsa zarar veren olay nedeniyle değerinde bir eksilme meydana gelmiştir.

---

<sup>225</sup> LANGE, s. 174-175.

<sup>226</sup> Aynı doğrultuda Yarg. 4.HD'nin 25.11.1999 T. 1998/8302 E., 1998/117 K. sayılı kararında “...sözü edilen aracın onarıldıktan sonra mübadele (rayiç) değerinin olaydan önceki mübadele değerinden az olacağı kabulü gerekir. Çünkü tamamen onarılmış olsa bile bu araba tahribatın izlerini taşımaktadır. Onarılmış durumdaki değeri, ne kadar iyi onarılmış olursa olsun, kural olarak aynı nitelikteki hiç zarara uğramayan araç değerinden düşüktür ve bu da cari değerinden kaybettirmektedir.” ifadesine yer verilmiştir. Bu karar için bkz. KILIÇOĞLU, s. 117.

<sup>227</sup> LARENZ, s. 473; EREN, s. 736.

### 3) Eşyanın Kullanım İmkânından Yoksunluk

#### a) Genel Olarak

Haksız fiil neticesinde tamamen veya kısmen hasara uğrayan eşyanın tamiri veya yenisinin alınması için geçecek süre içinde maliki bu eşyayı kullanamadığı için bir ekonomik zararı doğabilir. Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi ticari amaçlı kullanılan taksilerde veya yanan iş yerinde bu durum söz konusudur. Haksız fiil burada fiili zararın yanı sıra yoksun kalınan kâra sebebiyet vermiştir. Fakat eğer zarar gören eşya herhangi bir şekilde kazanç getirmiyor, sadece o malvarlığında maddi bir değer arz edip, zarar görenin kullanımına sunulmuşsa tamiri süresince bunu kullanma hakkından yoksun kalması sebebiyle zarar gören maddi tazminat talep edebilir mi? Alman Federal Mahkemesi istikrarlı olarak vermiş olduğu birçok kararında bu soruya olumlu yanıt vermektedir<sup>228</sup>.

#### b) Alman Hukukundaki Durum

Alman Federal Mahkemesi ilk kez motorlu bir aracın kullanım imkânının geçici kaybının maddi bir zarar oluşturduğunu 30.09.1963 tarihli kararında kabul etmiştir. Söz konusu davada davacı aracının tamir edildiği zaman içinde yedek bir araç kullanmadığı halde kaza olmasaydı, aracı özel veya mesleki amaçlarla kullanacağını bu nedenle kullanma hakkı geçici olarak elinden alındığı için maddi tazminat ödenmesini talep etmiştir. Davacı tamir süresince boşa giden sigorta, vergi ve garaj parası gibi masrafların tazminini talep etmediğini açıklamıştır<sup>229</sup>.

Alman Federal Mahkemesi, günümüzde bir kişi bir araca sahip olmak için önemli miktarda para harcadığına göre araç kullanma konforu sayesinde her şeyden önce toplu taşımadan bağımsız ve hızlı bir şekilde işe gidip gelme, dinlenme imkânı sağlayarak, kendi zamanını daha rasyonel değerlendirme, özellikle işgücünü daha etkili düzenleyebilme amacını gerçekleştirdiğini ifade etmiştir. Aracın kapının önünde veya garajda durup her an kullanma imkânının bulunması günümüzde genel

---

<sup>228</sup> Alman Hukukunda bu konuya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. **ESCHER- WEINGART**, s. 72 vd.

<sup>229</sup> BGHZ 40, 346.

olarak ticari kabul edilip, aracın ne sıklıkla kullanıldığı ve kullanılıp kullanılmadığı önemsizdir<sup>230</sup>. Ayrıca kararda geçici olarak kullanılmamanın hayat tecrübelerine göre aracın fiyatını etkilediğine, kullanmama süresince aracın kiralama imkânının da ortadan kalktığına, yedek araç kiralınması veya tramvay, demiryolu gibi diğer ulaşım araçlarından yararlanmanın da masrafa neden olduğuna da yer verilmiştir<sup>231</sup>. Kararda aynı zamanda tamir sırasında zarar görenin yoksunluk hissedebileceği, öfkeli ve isteksiz olabileceği ifade edilip bunun manevi zarar olarak kabul edilebileceğini, fakat bu durumun aynı zamanda var olması yoksun kalınan kullanım imkânının maddi zarara sebep olmasına engel olmadığı da ifade edilmiştir<sup>232</sup>.

Doktrinde de kullanım değerinin maddi değere sahip olup olmadığına diğer bütün mal ve haklarda olduğu gibi genel olarak kabul edilmeyip, somut eşyanın kullanım değeri sayesinde belirlenmesi gerektiği; bunun kriterinin de mevcut kullanım değerinin hâlihazırda piyasada satın alınabilmesi olduğu ifade edilmiştir. Bu ilgili kullanım değerinin önceden bir gelir objesi olması gerekmemektedir<sup>233</sup>.

Alman Federal Mahkemesine göre bir aracın kullanım imkânının ihlalinin ilgilinin ticari dezavantajından aracı kâr amacıyla kullanıp kullanmamasından bağımsız görmek gerekmektedir<sup>234</sup>. Buna rağmen kullanılmamış ikinci aracın varlığı halinde tazminat talebi reddedilmektedir<sup>235</sup>.

---

<sup>230</sup> BGHZ 40, 349. Bu nedenle isteyerek veya zorunlu olarak yedek bir araç kiralamamış olsa da zarar görenin tazminata hak kazandığı kabul edilmiştir. Bkz. BGHZ, 40, 345; 56, 215; 45, 212, 217; NJW 1958, 627.

<sup>231</sup> BGHZ 40, 348. Doktrinde geçici kullanım kaybı aracın değerini olumsuz etkiler görüşüne dayanarak tazminata olanak sağlanmasının araç satılmayıp kullanılmaya devam edilmesi halinde zarar görenin sebepsiz zenginleşmesine yol açacağı belirtilmiştir. Ayrıca aracın objektif olarak kiralabilirliğinden bahsedilmesinin de BGB §252'ye aykırılık teşkil edeceği, bu durumun sorumluluk hukukunun aşırı genişlemesine yol açacağı ve her tür mal için söz konusu olabileceği belirtilerek eleştirilmiştir. Bu eleştiriler için bkz. ZEYTİN, Zafer: Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – I Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı, BATİDER Aralık 1999, C. XX, S. 2, s. 85-86.

<sup>232</sup> BGHZ 40, 350. Aynı şekilde Federal Mahkemenin tazmin edilen zararın fazladan zaman harcanması gibi ortaya çıkan rahatsızlıklara, aracı sürme keyfinin ortadan kalkmasına değil, aracın kendi malvarlığı değeri olan geçici kullanım imkânının kaybına dayandığı ifade edilmiştir. Bkz. LARENZ, s. 497.

<sup>233</sup> ESCHER- WEINGART, s. 89. Yazar aynı zamanda kullanım değerinin maddi bir değere sahip olmasının ticarileştirme görüşüne dayanmadığını, zira ticarileştirme zevklerin paraya dönüşmesini sağlarken, burada bir eşya veya hakka her zaman erişim imkânının kaybedilmesi yoluyla kullanım kaybı zararı vardır. Kullanım değeri için piyasa fiyatının varlığı halinde bu zarar parayla tazmin edilecek malvarlığı zararını oluşturur. Zevk kullanımının sonucu olabilir, ancak ona tekabül etmez. Bu açıklamalar için bkz. ESCHER-WEINGART, s. 90.

<sup>234</sup> BGHZ, 45, 215.

<sup>235</sup> BGH NJW 1976, 286. Fakat daha eski tarihli bir kararında üçüncü kişiden yedek aracın ücretsiz alınması halinde kullanım tazminatının varlığını kabul etmiştir. Bkz. BGH NJW 1970, 1120. Her iki aracın da kendine ait kullanım değeri olduğundan yedek araç olsa da yine de tazminat hakkı

Federal Mahkemeye göre kullanım imkânından yoksunluğa dayanarak tazminat talep edebilmek için öncelikle bir motorlu aracın<sup>236</sup> zarar görmesi gerekmektedir. Bunun yanında zarar görenin kural olarak aracı tamir süresince kendisinin kullanmak istemesi ve kullanabilmesi gerekmektedir. Eğer zarar gören zaten aracı kullanamayacak derecede yaralanmışsa veya ehliyeti alınmışsa tazmin edilecek bir zarar doğmamıştır. Fakat bu durumda zarar gören kullanamasa da aracı kullanabilecek bir akrabası veya nişanlısı varsa o zaman kullanım kaybından doğan zararın tazmin edileceği ifade edilir<sup>237</sup>.

Kullanım imkânından geçici yoksunluk durumunda ortaya çıkan zarar hesaplanırken ise benzer bir araç kiralamak için yapılan giderler esas alınmaz, zira bu durumda gerçekte bir araç kiralanmadığı için bu bedelden işletme kazancı, genel işletme giderleri, araç kiralayanın işletme risklerinin düşülmesi gerekmektedir<sup>238</sup>.

### c) Türk Hukukundaki Görüşler

Hukukumuzda, kazaya uğrayan araç ticari bir araç ise tamiri süresince zarar gören aracı kullanamadığı için kazanç kaybına uğrayacağından bunun tazminini talep edebilir<sup>239</sup>. Bunun dışında aracı kullanamadığı süre içinde otobüs, dolmuş parası gibi

---

doğacağına ilişkin bkz. **MÜNCHENER/ GRUNSKY**, Vor §249, N. 19; **TEKİNAY / AKMAN /BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 554.

<sup>236</sup> Alman Federal Mahkemesi kararlarında ağırlıklı motorlu araçlar yer almakla birlikte şüphesiz bazı diğer eşyaların da tamiri süresince kullanma imkânından yoksunluğa dayanarak tazminata imkân tanımıştır. Haksız fiil sonucu evin kullanılamaması sonucu kişinin kullanım kaybından doğan tazminata hak kazandığına ilişkin karar için bkz. BGH NJW 1986, 2037, BGHZ 98, 212. Alman Federal Mahkemesi aynı şekilde bir yüzme salonunun, nehir teknesinin bir teybin kullanım imkânından geçici yoksunluğa ilişkin tazminat taleplerini kabul ederken; kürk manto ( BGHZ 63, 393) ve motorbot (BGHZ 89, 60) için kabul etmemiştir. Bkz. **LANGE**, s. 190; **LARENZ**, s. 498.

<sup>237</sup> **MÜNCHENER / GRUNSKY**, Vor § 249, N. 18; **LANGE**, s. 188. Son yazar bu son durum için aynı yerde Alman Federal Mahkemesinin tazminatın söz konusu olabilmesi için, aracın ortak kullanıma mahsus edilmesi ve aile bireyleri veya nişanlısı tarafından fiili olarak kullanılmış olmasını aradığına dikkat çekmiştir. Alman Federal Mahkemesinin bu kararı için bkz. OLG Köln VersR 1977, 937.

<sup>238</sup> **LANGE**, s. 191. Bu doğrultuda olan bir kararda kullanımdan bağımsız bu genel giderlerin dışında kalan bedel tazminat için yeterlidir. Bkz. BGHZ 56, 214. Bu sonucun beklentinin akamete uğraması görüşünün tazminine uygun olduğuna ilişkin bkz. **LANGE**, s. 191; **MEDICUS**, Dieter: Bürgerliches Recht, 21. neu bearbeitete Auflage, München 2007, s. 526. Ayrıca hasara uğrayan aracından daha düşük değerinde bir araç kiralayan kişiye hesaplanan kullanım hakkından doğan tazminat ile fiilen ödediği miktar arasında seçim yapacağına ilişkin açıklamalar için bkz. **TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 551.

<sup>239</sup> Ticari kamyonda meydana gelen zarar miktarının yanı sıra 30 günlük tamir süresince uğranılan kazanç kaybının da tahsili gerektiğine ilişkin Yarg. 19. HD 08.03.1998 T. 6959/1418 sayılı kararı ile kazanç kaybında aracın tamir ve zarar görenin de tedavi sürelerinin toplamının dikkate alınması gerektiğine ilişkin Yarg. 4. HD. 27.04.2000 T. 1757/ 4082 sayılı kararı için bkz. **GÖKCAN**, s. 268.

bazı ek masraflar yapmışsa bunların da tazminini talep edebilir<sup>240</sup>. Fakat bu durumlar haricinde Alman Hukuk uygulamasındaki kişinin malvarlığında bulunan bir malı kullanma imkânının geçici olarak ortadan kalkması Türk Hukuku bakımından maddi zarar olarak benimsenmemiştir.

NOMER, zarara uğrayan şeyin veya hakkın maddi değerinin yanında ayrıca kullanım değerinin bulunmadığını; bu nedenle aracın kullanılmaz hale gelmesi veya belli bir süre kullanılamaması halinde kullanma hakkından mahrumiyet sebebiyle tazminata hükmedilmesi zarar görenin zenginleşmesine yol açacağını belirtmiştir. Yazar aynı zamanda Alman hukukunda önemli istisnaları bulunmasına rağmen kural olarak manevi zararların tazmin edilmesi kabul edilmemişken ( BGB § 253) Türk Hukukunda kural manevi zararların tazmin edilmesi yönünde olduğunu ifade etmiştir. Bu çerçevede Türk Hukukunda bir aracı kullanma imkânından yoksunluğun tek başına manevi zarar oluşturmayacağını, zira manevi tazminat talep etme hakkının esas itibarıyla kişilik haklarına yönelik tecavüzler için tanındığını ifade etmiştir. Aynı zamanda kısa süreli ve fazla rahatsızlık verici olmayan durumlarda içine düşülen sıkıntının bir yandan manevi zarar derecesine ulaşması pek inandırıcı gelmemektedir. Normatif zararın olması gereken hukuk bakımından değerlendirilmesi gerektiğini ifade eden yazar, aynı zamanda kişilerin günlük hayatta karşılaştıkları her durumun tazmin edilmesi gerekmediğini bazılarının kendilerinin katlanması gerektiğini ileri sürmüştür<sup>241</sup>.

BURCUOĞLU kullanım imkânının kaybı tazminatına ilişkin kötüniyetli zilyedin iade yükümlülüğünü düzenleyen Medeni Yasanın 908. maddesinden (TMK m. 995) yola çıkmaktadır. Şöyle ki söz konusu maddeye göre kötüniyetli zilyet, hak sahibine malı ve maldan elde ettiği semereleri hak sahibinin malı elinde bulundurmaması nedeniyle uğradığı zararı, mala verdiği zararı gidermek ve nihayet

---

<sup>240</sup> Yarg. 4. HD. 31.01.1991 T. 805/581 sayılı kararında: “Davacı yurtiçinde meydana gelen trafik kazası sonucu aracını gümrüğe terk etmek mecburiyetinde kaldığını ve yurtdışındaki işine dönebilmesi için araç kiraladığını öne sürerek yaptığı bu ödemenin de davalıdan tahsilini istemiştir. Gerçekten davalının eylemi sonucu arabası kullanılmaz hale gelen davacı munzam bir ulaşım masrafı yapmak zorunda kaldığı için bunu davalıdan isteme hakkına sahiptir. Bu nedenle Türkiye’den Almanya’ya mutad mesafe ücretinin araştırılması, davacının yapmaktan kurtulduğu benzin masrafının zararın denkleştirilmesi kuralı gereği bundan tenzil edilerek bakiyenin tahsiline karar verilmesi icap eder.” şeklinde hüküm kurulmuştur. Yargıtay 19. HD. 04.06.1999 T. 3386/3924 sayılı kararında ise tamiri ekonomik olmayacağından hurda olarak kabulü uygun olan araç için tamir süresince ulaşım giderlerine hükmolunmayıp yeni araç satın almak için gerekli süre dikkate alınarak araç mahrumiyet zararına hükmolunacağına karar vermiştir. Bu kararlar için bkz. **GÖKCAN**, s. 238, 289.

<sup>241</sup> **NOMER**, s. 22-23. Aynı doğrultuda bunun ancak şartları varsa manevi tazminat oluşturabileceğine ilişkin bkz. **OĞUZMAN /ÖZ**, s. 500.

elde etmeyi ihmal ettiği semereler için tazminat ödemekle yükümlüdür. Zilyedin yükümlülükleri arasında en son sayılan tazmin yükümlülüğü için hak sahibinin gerçek anlamda zarara uğraması veya uğrayacak olması aranmadığı, hak sahibinin elinde olsa bile, hak sahibinin zilyedin elde etmeyi ihmal ettiği semereleri elde edebilecek olması gerekmemektedir<sup>242</sup>.

BÜYÜKSAGİŞ'a göre kullanım imkânından yoksun kalınması nedeniyle maddi tazminat talep etmek yerine, nesnenin paraya çevrilme imkânının yitirilmesinden hareket ederek maddi tazminat talep etmenin, ticari değer ve beklenti kuramları ile uygulamada karşılaşılan sorunları önlenebileceğine dikkat çekmiştir. Yazar bu çerçevede nesnenin ikamesi veya tamiri için geçen süre içinde nesneyi paraya çevirmekten yoksun kalan kişinin uğradığı zararın, hasar nedeniyle yapılacak masraflardan ayrı olarak tazmini gerektiğini belirtmektedir<sup>243</sup>.

Bir eşyayı kullanma imkânından yoksun kalınan sürede tazminat talep etmesine kanaatimizce ancak bu süre içinde zarar görenin aracını paraya çevirme olasılığı içinde olduğunu ispatlaması halinde mümkün olabilir<sup>244</sup>. Örneğin aracını üçüncü kişilere kiralayan araç sahibinin aracının kiralamadan bir gün önce ciddi bir hasar görmesi sonucu tamir süresince aracını paraya çevirme imkânından yoksun kalması halinde tazminat talebi kabul edilmelidir. Fakat bu durum da geleneksel zarar anlayışına göre yoksun kalınan kârdan başka bir şey değildir.

Kullanım imkânından geçici olarak yoksun kalmanın hukukumuzda maddi zarar olarak görülmemesinin sebebi kanaatimizce Alman Hukukunda manevi tazminatların parasal olarak tazmininin ancak kanunun açıkça öngördüğü hallerde mahsus olduğunu düzenleyen BGB § 253 hükmünün Türk hukukunda yer almamasından kaynaklanmaktadır. Başka bir ifadeyle Türk Hukukunda bir eşyayı geçici olarak kullanmaktan yoksun kalan kişi bu nedenle kişilik haklarının hukuka

---

<sup>242</sup> TEKİNAY / AKMAN/ BURCUOĞLU / ALTOP, s. 554-555.

<sup>243</sup> BÜYÜKSAGİŞ, s. 329. Fakat zarar gören, aracını tamir için geçen sürede paraya çevirme amacı yoksa, bu durumda paraya çevirme adı altında tazminat istemek zarar görenin zarar veren olaydan faydalanması anlamına gelecektir. Başka bir deyişle zarar veren olay zarar görenin zenginleşmesine sebep olacaktır. Bu nedenle kanaatimizce bu şekilde bir tazminat talep edilmesi kabul edilecekse zarar verici olay olmasaydı zarar görenin bu aracı paraya çevirme imkânından yararlanıp yararlanmayacağını önceden belirlenmesi daha adilane sonuçların doğmasını sağlayacaktır. Yazar ise aksi görüşte paraya çevirme amacının olup olmamasından bağımsız olarak tazminatın talep edilebileceğini kabul etmektedir. Bkz. BÜYÜKSAGİŞ, s. 332-333. Yazar burada aracın paraya çevrilme olanağından yoksun kalmanın yoksun kalınan kâr anlamında tazmin edilebileceğini kanaatimizce gözden kaçırmıştır.

<sup>244</sup> Bununla ilgili açıklamalar için bkz. aşağıda İkinci Bölüm, § 3, II, C, 3, c.

aykırı olarak zarara uğradığını ispatlamak suretiyle manevi tazminat talep edebileceği için bu maddi zarar olarak kabul görmemiştir. Şüphesiz bunun dışında, toplumların neyin maddi bir değer ifade edip neyin etmediği konusunda sosyal ve kültürel birikimiyle de ilgili bir husus olduğu da göz ardı edilmemidir.

### **III. Kişiyeye Verilen Zararların Hesaplanması**

#### **A) Genel Olarak**

Kişiyeye verilen zararları Borçlar Kanunumuzun 45 ve 46. maddelerinde yapılmış olan ayırım çerçevesinde vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zararlar ile ölüm nedeniyle doğan zararlar olmak üzere iki başlık altında inceleyeceğiz.

#### **B) Vücut Bütünlüğünün İhlali Halinde Ortaya Çıkan Zararlar**

##### **1) Genel Olarak**

Borçlar Kanunu m. 46'da cismani zarar halinde meydana gelen zararın tazmin edileceği belirtilmiştir. Burada bedensel zararlarla kastedilen vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zararlardır<sup>245</sup>. Vücut bütünlüğünün ihlalinden beden bütünlüğüne veya ruh bütünlüğüne yönelik maddi veya manevi zarar doğurmaya elverişli zararlar anlaşılır<sup>246</sup>. Biz burada sadece vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan maddi zararları inceleyeceğiz.

Borçlar Kanunu m. 46'ya göre vücut bütünlüğü ihlal edilen, örneğin haksız fiil neticesinde kolu kırılan kişinin maddi zarar kalemleri şöyle sıralanabilir<sup>247</sup>: kolunun tedavisi için yapılan masraflar (fiili zarar), çalışma gücünden yoksunluğa dayalı zararlar (yoksun kalınan kâr) ve ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle ortaya çıkacak zararları. Sırasıyla bu zarar kalemleri incelendikten sonra Türk Hukuku bakımından hâkim görüşe göre kabul edilmeyen, fakat Alman Hukukunda

<sup>245</sup> Cismani zarar yerine "cismani tamamıyetin ihlalinden mütevellit zarar" tabirinin olması gerektiğine ilişkin bkz. TANDOĞAN, s. 283.

<sup>246</sup> TANDOĞAN, s. 283; EREN, s. 737.

<sup>247</sup> TBKT m. 54'te ise bu sıralamaya alt alta maddeler halinde şöyle yer verilmiştir. "Bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1. Tedavi giderleri. 2. Kazanç kaybı. 3. Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirmesinden doğan kayıplar. 4. Ekonomik geleceğın sarsılmasından doğan kayıplar."

ağırlıklı olarak kabul edilen bedensel bütünlüğün ihlalinin kaynaklı boş zaman ve tatil zevkinden mahrum kalmanın maddi zarar olarak değerlendirilmesi hususu incelenecektir.

## 2) Vücut Bütünlüğünün İhlali Nedeniyle Yapılan Masraflar

Zarar görenin hastane, doktor, hasta bakıcı, hemşire, tahlil, teşhis, röntgen, radyoterapi, ambulans veya diğer ulaşım giderleri ile ameliyat, ilaç, bakım, fizik tedavi gibi eski haline kavuşması için yaptığı giderlerin tazmini istenebilir. Bu giderler arasında sadece ihlalin olumsuz sonuçlarını gidermek için yapılan giderler değil iyileşmesi mümkün olmayan bir sakatlık veya hastalığın artmasını önlemek için yapılması zorunlu giderler de yer alır<sup>248</sup>.

Zarar gören ayrıca böyle bir zarara maruz kalmamış olsaydı yapmak zorunda olmayacağı, avukat ve bilirkişi ücretleri gibi masrafların tazminini de talep edebilir<sup>249</sup>. Borçlar Kanunu m. 46'da zararın hükmün verildiği anda sonuçları tam olarak saptanamıyorsa hâkim kararın bildirilmesinden itibaren iki yıl içinde inceleme yetkisini saklı tutabileceği düzenlenmiştir. Bu yetki talep edilen tazminat miktarıyla sınırlı olmakla birlikte davacı müstakbel masrafları talep hakkını saklı tutmuşsa zamanaşımı süresi içinde bu masraflar için ayrı dava açabilir<sup>250</sup>.

---

<sup>248</sup> **TANDOĞAN**, s. 284; **EREN**, s. 739; **DESCHENAUX /TERCIER**, s. 188; **TEKİNAY/ AKMAN / BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 603; **TUNÇOMAĞ**, s. 283; **İNAN**, s. 336. Yargıtay 21. HD'nin 24.3.2003 T., 2003/2429 E., 2003/2446 K. sayılı kararında “Kural olarak, ileride yapılması zorunlu tedavi giderlerinin önceden istenmesi mümkündür. Ne uygulamada ve ne de öğretilerde aksine bir görüş mevcut değildir. Yeter ki, tedavi zorunlu olsun. Bu gibi durumlarda asıl olan beden bütünlüğünde bir zararın gerçekleşmiş olmasıdır. Somut olayda, davacının kemik kaybı ve yumuşak doku kaybı ile operasyon işlerinin mevcut olduğu, dolayısıyla bir zararın oluştuğu açıktır. Kişiyi sağlık açısından eski duruma getirecek giderlerin istenmesi için bu yolda giderlere katlanılması gerekmez, meydana gelen eksiklik veya bozukluk zarar kavramı için yeterlidir.” ifadesi yer almaktadır. Bkz. <http://www.kazanci.com>. (Erişim Tarihi: 07.04.2009). Benzer şekilde bkz. Yargıtay 4. HD., 13.09.1999 T., 5030 E., 7088 K. sayılı karar için **GÖKCAN**, s. 278. Yargıtay 4. HD de başka bir kararda, yapılan tedavi giderlerinin karşılanması için belgelenmesi gerekmediğini; yaralanmanın derecesi iyileşme süresi ve tedavi masraflarının uzman bir bilirkişi tarafından tespit edilebileceğini; fakat tespit edilemiyorsa BK m. 42'ye göre hâkimin adalete uygun tazminata karar vereceğini kabul edilmiştir. Bkz. Yargıtay 4. HD., 01.02.2001 T., 9793 E., 692 K. sayılı karar için **GÖKCAN**, s. 277.

<sup>249</sup> **DESCHENAUX /TERCIER**, s. 188.

<sup>250</sup> **OĞUZMAN /ÖZ**, s. 540.



Yapılan masrafların durumun icabına uygun olması gerekmektedir; gereksiz masraflar yapılmış olsa da tazmin edilmez<sup>251</sup>. Ancak tedavinin devlet hastanesi yerine özel hastanede tedavi gören kişinin masrafları da karşılanmalıdır<sup>252</sup>.

### 3) Çalışma Gücünün Kaybı veya Azalmasından Doğan Zararlar

Çalışma gücü bir kimsenin bedeni, ruhi veya zihni kabiliyetlerine bağlı olan ekonomik verimlilik<sup>253</sup>. Kişi bu ekonomik verimliliğini haksız fiil neticesinde bir süreliğine veya tamamen kaybeder ve bu kaybindan dolayı maddi zarara uğrarsa bu durumda BK m. 46'daki zarar gerçekleşmiş olur. Zira BK m. 46'da "*Cismani bir zarara düşen kimse külliye veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından...tevellüt eden zarar ve ziyana... isteyebilir*" hükmü yer almaktadır. Çalışma gücünden yoksunluk geçici, başka bir ifadeyle hüküm anına kadar veya hükümden sonra da devam edebilir.

<sup>251</sup>TEKİNAY /AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 604; EREN, s. 739; OĞUZMAN/ÖZ, s. 540; REİSOĞLU, s. 192. Masrafın gereksiz olması olumlu sonuç vermemesi demek değildir. Olumsuz sonuç verse de yapılan masraf tazmin edilir. Bkz. İNAN, s. 336; TUNÇOMAĞ, s. 283; KARAHASAN, Tazminat, s. 146; von TUHR, s. 367. Yargıtay 19. HD'nin kabul ettiği üzere "normal şartlarda tedavi masrafı yapılması ve ancak bunun talep edilmesi mümkün iken lüks sağlık kuruluşunda yaptırılan tedavi nedeniyle oluşan masrafların karşıdan istenmesi... adalete uygun düşmez." Yargıtay 19.HD., 22.10.1993 T., 11522 E., 6888K. sayılı bu karar için bkz. GÖKCAN, s. 281.

<sup>252</sup> Yargıtay 4. HD'nin 20.03.1985 T. 604/2504 sayılı kararında yerel mahkemenin davacı tarafından yapıldığı belgelendirilen tedavi giderleri yerine resmi tarifeleri esas alarak kurduğu hükmü bozmuştur. Bozma kararında "...tedavi giderlerinin tarifelerle sınırlı olduğuna dair bir hüküm mevcut değildir; özellikle resmi hastanelerin ücretlerinin esas alınarak zararın belirlenmesi olanağı yoktur....Bugün ülkemizde insan sağlığının korunması ve yardım için resmi kurumların yanında özel hastaneler ve doktorlar da görev yapmaktadır. Kişi için arz ettiği yüksek düzeydeki önem nedeniyle bu yerlerden birinin tercihi tamamen hastaya aittir... Özel hastane ve doktorların yasal izinle çalıştıkları bunların ekonomik ve sosyal uygulamalar içinde yaygınlaştığı olgusu unutulmamalıdır. Diğer taraftan şu veya bu nedenle resmi kurumlara ait hastane ve ilk yardım merkezlerinde, kamuoyuna mal olmuş bilinen davranış ve tutumlar haklı olarak bu tedavi yollarına olan ilgiyi arttırmıştır O halde insanın hukuki kişiliğine dâhil ve kendisinin dahi vazgeçemeyeceği yaşam sağlığını korumak için kendisine göre daha özenli daha güçlü ilgi gördüğü yer ve ellerde tedavi görmesi tazminat isteğinde bir indirim nedeni olmamalıdır." Yargıtay 4. HD 11.03.1981 T. 1247/3013 sayılı kararında ise Yüksek Sağlık Şurasının kararında zarar gören çocuğun yurtdışına tedavi için gönderilmesinin yararlı olacağı bildirilmiş olup bu çerçevede çocuğun anne ve babasının dürüstlük kurallarına aykırı zarar vereni zarara uğratmak maksadıyla hareket etmediklerinden yurtdışındaki tedavi giderlerini istemeye hakları olduğu kabul edilmiştir. Bu iki Yargıtay kararı için bkz. KARAHASAN, Tazminat, s. 148-150; GÖKCAN, s. 281-282.

<sup>253</sup>TEKİNAY /AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP, s. 604.

### a) Hüküm Anına Kadar Çalışma Gücünün Kaybı

Haksız fiil neticesinde tedavi süresince çalışamayan ve iş gücünden geçici olarak yoksun kalıp hüküm anına kadar iyileşen kişinin zararı, çalışmadığı günlerde kaybettiği kazançtır<sup>254</sup>. Örneğin bedensel bütünlüğü ihlal edilmiş bir taksici on gün hastanede kalmıştır. Bu durumda günlük ortalama kazancı on ile çarpılarak yoksun kaldığı kazancın tazminini isteyebilir.

### b) Hüküm Anına Kadar Çalışma Gücünü Kaybeden İşçinin Ücret Almaya Devam Etmesi

Alman hukukunda işçinin ücretinin işvereni tarafından ödenmeye devam edilmesi sonucunda işçi bakımından kazanç kaybı ortaya çıkmadığı halde, zarar verenin hakkaniyete aykırı olarak aklanacağı, zira işverenin ücreti ödemeye devam etmesinin zarar verenin yararına olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Tatil günlerinde ve Hastalık Halinde Ücretin Ödenmesi Hakkında Kanuna göre (EntgFG § 3, § 6) bu durumda zarar gören işçinin hakkı, ödediği ücret dolayısıyla, işverene geçer. Burada da denkleştirme tam anlamıyla sağlanamadığı için, başka ifadeyle aslında ortada fark faraziyesine göre maddi bir zarar olmamasına rağmen hakkaniyet ve zarar verenin zarardan yararlanmaması gibi fikirler gereğince Alman Hukukunda bu durumda da normatif zararın ortaya çıktığı kabul olunmuştur<sup>255</sup>.

Borçlar Hukukumuz bakımından ise işçinin işverenle uzun süreli hizmet akdinin varlığı halinde haksız fiil neticesinde geçici olarak çalışmadığı süre için ücret istemeye hakkı olduğu kabul edilmiştir. (BK m. 328) İşveren işçiyle beraber

<sup>254</sup> **TEKİL**, s. 148. Bu konudaki örnek için bkz. **TEKİNAY /AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 605. Bu kazanç kaybı sadece yapılan iş karşılığı alınan ücret değildir, bunun yanında alınan bahşiş gelirinden yoksunluğun da bu bağlamda değerlendirilmesi gerekir. Bu konudaki Yargıtay 4. HD 25.09.2003 T. 2003/5084E., 2003/10626 K.sayılı kararında “*Dava dilekçesindeki açıklama ve yargılama sırasında toplanan delillerden davacının İstanbul T... Otelinde resepsiyon memuru olduğu ve kolunun kırılması nedeniyle çalışmadığı süre içinde bahşiş gelirinden yoksun kaldığı anlaşılmaktadır. Tanık ve bilirkişi beyanlarından bahşiş geliri tutarı ortalama miktarı dosyada ispatlanmıştır. Kazanç kaybı kişinin tüm gelirlerini kapsar. Bahşiş yoluyla davacının sağladığı gelirlerden olay nedeniyle yaralı kaldığı süre içinde yoksun kaldığının düşünülmemesi ve anılan konu yeterince araştırılıp tartışılmadan bu kalem istek ile ilgili davanın reddedilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.*” şeklinde hüküm kurulmuştur. Bu karar için bkz. <http://www.legalbank.net/default.asp>, (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

<sup>255</sup> Bkz. **MEDICUS**, Dieter: Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 17. neu bearbeitete Auflage, München 2006, N. 645; ayrıca bu konudaki örnek için bkz. **HÜTTE/ HELBRON**, N. 873.

oturuyorsa kısa bir süre çalışmadığı takdirde ona bakıp gereken tedaviyi uygulamak ve bakmakla yükümlüdür (BK m. 337). İşte kanunda düzenlenen bu hallerde işçi çalışma gücünden yoksun olsa da ücretini alacaktır. Bu durumun ise zarar verenin yararına kalmaması için ücreti ödeyen işverenin BK m. 51'e göre rücu hakkının olduğu kabul edilmektedir<sup>256</sup>.

İş Kanununa tabi çalışan işçi iş kazasına maruz kalmışsa bu durumda 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanununun 18. maddesine göre geçici iş göremezlik ödeneği alacaktır. Bu durumda da geçici iş göremezlik ödeneğini ödeyen Sosyal Güvenlik Kurumunun üçüncü kişiye rücu edebileceği kabul edilmiştir (SSGSSK m. 21/3).

Bu nedenle Borçlar Hukukumuz ve sosyal güvenlik mevzuatı çerçevesinde sorunun rücu mekanizması sayesinde çözülebileceği için normatif zarar gibi değişik arayışlara gitmek de gereksiz olacaktır.

### c) **Hükümden Sonra Devam Eden Çalışma Gücü Kaybı veya Azalması**

Çalışma gücünün hüküm anına kadar kaybı, belirttiğimiz istisnai hal dışında, kural olarak günlük elde edilecek ücretin çalışma gücünden yoksun kalınan gün sayısı ile çarpılmasıyla bulunurken, hükümden sonra devam eden çalışma gücü kaybının kişiye nasıl bir zarar verdiği, birçok açıdan ayrıntılı olarak değerlendirilmelidir.

Öncelikle kayıp oranının tespiti, ihlal edilen organ veya vücut kısmının türü göz önünde tutularak belirli tıbbi kurallara göre tespit olunur<sup>257</sup>. Zira her meslek grubunda organların kullanım dereceleri farklıdır. Örneğin bir orkestra şefinin işitme gücünü kaybetmesi çalışma gücünü tamamen kaybettiğini söyleyebilirken, bir heykeltıraş için işitme kaybını iş gücünden yoksunluk olarak

---

<sup>256</sup> Bkz. bu görüş için **NOMER**, s. 26. İşçinin ücretini almasına rağmen aynı işi daha zor yapacağından dolayı tazminat isteyebileceğine ilişkin Yargıtay HGK kararında "Asıl olan tabiatıyla arıza veya sakatlık değil, bu arıza veya sakatlığın tazminat alacaklısını zarara maruz bırakmasıdır. Zarar gerçekleştiği takdirde tazminata hükmedilecektir. Ancak İş Hukukunun bir özelliği olarak, işçi iş kazası sonucu olarak bedeni bir arıza veya sakatlığı müteakip iş yerinde kazadan önceki ücret ve sair haklarında bir azalma söz konusu olmadan çalışmaya devam etse dahi, işçi, aynı işi yapmak için öncekine oranla daha fazla bir çaba ( efor ) sarf edeceğinden tazminat isteyebilecektir." ifadesine yer verilmiştir. Bkz. Yargıtay HGK 06.05.1983 T., 1983/9-237 E., 1983/478 sayılı karar için <http://www.kazanci.com>. (Erişim Tarihi: 07.04.2009)

<sup>257</sup> EREN, s. 740.

değerlendiremeyebiliriz<sup>258</sup>. Bunun tespiti için hâkim şüphesiz bilirkişiden yararlanacaktır. Eğer zarar gören böyle bir durumda mesleğini değiştirmesi söz konusu olursa tazminat hesabında bu durum göz önünde tutulacaktır. Bunun beklenip beklenmeyeceği belirlenirken zarar görenin kişiliği, yetenekleri, intibak kabiliyeti, zekâsı ve yaşı göz önünde tutulması gerekmektedir. Hâkim bu imkânın varlığını da incelemelidir<sup>259</sup>.

Kişinin değiştirdiği bu yeni mesleği şüphesiz ihlalin neticelerini azaltmaya yönelik olmalıdır. Zarar görenin ilk mesleği ile son mesleği arasındaki fark zarar olarak kabul edilmelidir. Aynı şekilde yeni mesleğe uyum süresince yoksun kaldığı kazanç, yeni mesleği öğrenmek için yaptığı masraflar da zarar kapsamındadır. Eğer zarar görenden mesleğini değiştirmesi beklenebilirken değiştirmekten kaçınırsa bu hareketi kusur sayılarak tazminattan indirim söz konusu olur<sup>260</sup>.

Çalışma gücünden sürekli yoksun olan kişinin maddi tazminat olabilmesi için hâlihazırda çalışıyor olması gerekmez; bu kişi işsiz olabileceği gibi bir çocuk da olabilir<sup>261</sup>. Bir kimse ne kadar küçük veya genç yaşta sakatlanırsa yeni durumlara o kadar çabuk ve kolay adapte olacağı ve sakatlığın ortaya çıkarabileceği ekonomik güçlükleri mümkün olduğu kadar aşmakta başarı sağlayacağı düşüncesine dayanarak küçük yaşta sakatlananların çalışma güçlerini büyüklere oranla daha az kaybetmiş sayılacakları kabul olunur<sup>262</sup>. Buna rağmen ihlalin etkilerini çocuklarda tespit etmek çoğu kez faraziyelere dayanmaktadır. Bunun çocuğun zekâsı, karakteri, ailesinin sosyal ekonomik durumuna göre tespiti gerekir<sup>263</sup>.

Çalışma gücünün kaybı tespit edilirken belirlenmesi gereken en önemli hususlardan biri de zarar görenin normal şartlarda ortalama kaç sene daha

---

<sup>258</sup> **TEKİNAY /AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 608.

<sup>259</sup> **TANDOĞAN**, s. 287; **EREN**, s. 741; **TEKİNAY /AKMAN/ BURCUOĞLU/ ALTOP**, s. 609; **TUNÇOMAĞ**, s. 284; **İNAN**, s. 337; **von TUHR**, s. 368; **REİSOĞLU**, s. 192.

<sup>260</sup> **DESCHENAUX/ TERCIER**, s. 192; **EREN**, s. 741; **TANDOĞAN**, s. 287-288.

<sup>261</sup> Fakat çalışma gücünden geçici yoksun olan bir çocuk veya işsiz iyileşinceye kadar geçen sürede zaten çalışmayacağından bir kazanç kaybı olmayacaktır. Bu nedenle tazminat talep edemez.

<sup>262</sup> **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 609.

<sup>263</sup> **TANDOĞAN**, s. 288; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 605; **REİSOĞLU**, s. 193. Yargıtay 19. HD 14.10.1993 tarihli kararında “Halen reşit bulunmayan ve belli bir meslek edinmemiş olan küçük Z.Ö.’nin bilirkişi incelemesinin yapıldığı tarihe kadar gerçek ve bu tarihten sonra ileriye yönelik olarak muhtemel zararının bilirkişi incelemesinin yapılacağı tarih itibarıyla geçerli asgari ücret üzerinden hesaplanması Yargıtay’ın yerleşmiş kuralıdır.....Küçük Z’nin ömür sürecinin PMF tablosu gözetilerek saptanmalı, raporda kabul edildiği şekilde 18 yaşından itibaren ömür boyunca devam edecek çalışma gücü kaybindan doğan zararı hesaplanmalıdır.” şeklinde hüküm kurulmuştur. Bkz. Yargıtay 19. HD. 14.10.1993 T., 1993/605 E., 1993/6582 K. sayılı kararı için İBD. 2001, C. 75, S. 7-8-9, s. 939.

çalışabileceğidir. Bu konuda ülkemizde herhangi bir istatistikî tablo yapılmamıştır<sup>264</sup>. Yargıtay ise bu konudaki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yurdumuzdaki koşullara göre bir insanın iş görebilirlik çağının sonunun kural olarak 60 yaş olduğunu istisnai hallerde 60 yaşın üstüne çıkabileceği veya altında kalabileceği kabul olunmuştur<sup>265</sup>. Aynı şekilde eğer bir çocuk zarar görmüşse bunun ne zamandan itibaren iş gücünden yoksun kalmış olduğunun belirlenmesi de gereklidir. Bu durumda şüphesiz çocuğun ailesine, yürüteceği mesleğe göre 16, 18, 20 yaşlarından itibaren olabileceği, yüksek öğretim yapanlar için bu yaş sınırlarının yükseltilebileceği belirtilmektedir<sup>266</sup>.

Zarar görenin zarara uğradığı andaki geliri de zararın belirlenmesinde önem taşır. Eğer kişi henüz kazanç getiren bir işte çalışmıyorsa, seçebileceği meslekte kazanabilecekleri meblağ esas alınır<sup>267</sup>. Zarar görenin geliri yakında artması kuvvetle muhtemel ise bu husus da dikkate alınır<sup>268</sup>. Gelir kavramına fazla mesai, ikramiye, prim gibi yan gelirler de dâhildir<sup>269</sup>.

Zararın tayininde ayrıca zarar görenin çalışma gücünden yoksunluğunu azaltacak ameliyat veya tedaviye rıza gösterip göstermediği de önem taşır. Zira bu şekilde zarar gören çalışma gücünü tekrar kazanma olasılığını engelleyip zararın artmasına sebebiyet vermiş olabilir (BK m. 44/I). Fakat zarar görenin içinde bulunduğu durum ve ameliyatın niteliği ve ameliyat sonrası ortaya çıkabilecek

---

<sup>264</sup> Fakat İsviçre’de 1960’a kadar Piccard cetveli kullanılmakla birlikte bu cetvel, insan ömrüyle çalışma ömrünü bir tutmasından ötürü değiştirilip Stauffer ve Schaetzle cetvelleri kullanılmıştır. Bu cetveller için bkz. **EREN**, s. 742; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 606-607; **TANDOĞAN**, s. 291, dn. 35. Bu konuda 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun Fransa’daki P.M.F cetvelini esas aldığına ilişkin bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 607. Ayrıca bkz. yukarıda dn. 94.

<sup>265</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında yerel mahkemenin çalışma yaşı ile ömür uzunluğunu birbirine karıştırdığını, bu sürenin doğal olarak ömür uzunluğundan kısa olacağını belirtmiştir. Bu nedenle yerel mahkemenin davacının ömrünün sonuna kadar çalışacağı kabul ederek kurduğu hükmü bozmuştur. Yargıtay HGK 24.03.1976 T. 1974/9-660 E. 1976/1157 K. sayılı bu kararı için bkz. YKD. 1977, S. 5, s. 607-608.

<sup>266</sup> **EREN**, s. 743.

<sup>267</sup> **DESCHENAUX / TERCIER**, s. 191. Zarar görenin çalışma ihtiyacı bulunmayacak kadar zengin olmasının durumu değiştirmeyeceğine ilişkin bkz. **TEKİL**, s. 149; **von TUHR**, s. 367 özellikle 51 numaralı dipnot.

<sup>268</sup> Nitekim Yargıtay 4. HD. de maddi zararın “..eğer bu kazaya maruz kalmasa idi, gelecekte artacak olan miktar da öngörülerek 33 senede temin edilebilecek bir anaparaya dönüştürülmesi suretiyle tayini” gerektiğine karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 4. HD. 28.12.1940 T. 2218/2877 sayılı karar için **ÇALKIN**, Fahri / **TUĞSAVUL**, Muhsin: Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, İstanbul 1948, s. 88.

<sup>269</sup> **EREN**, s. 742; **TANDOĞAN**, s. 289; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 542; **İNAN**, s. 337; **DESCHENAUX/ TERCIER**, s. 190-191. Zarar görenin henüz bir geliri yoksa kendisi ile aynı meslek veya eğitim seviyesine sahip ortalama bir kişinin gelirinin esas alınarak zararın tespit edileceğine ilişkin bkz. **TANDOĞAN**, s. 290; **TUNÇOMAĞ**, s. 284.

komplifikasyonlar olaydan olaya farklılaşacaktır. Şüphesiz zarar görenden bulunduğu durumdan kendine daha çok ıstırap verecek veya hayatını ve sağlığını tehlikeye sokacak bir ameliyata veya rıza göstermesi beklenemez<sup>270</sup>.

Türk İsviçre hukuk uygulamasında zarar görenin aşağıdaki şartlar altında ameliyata rıza göstermesi gerektiği, aksi halde bu durumda zarar görenin kusurlu olduğu, kabul edilmektedir<sup>271</sup>.

- Ameliyat hayati bir tehlike arz etmemelidir.
- Ameliyat dayanılması güç ağrı ve acı getirmemelidir.
- Ameliyatın normal şartlarda zarar görenin durumunu belli oranda iyileştireceği kuvvetle beklenmelidir.
- Sorumlu kişi ameliyat için gerekli masrafları önceden zarar görene vermiş olmalıdır<sup>272</sup>.

Ameliyat umulan iyileşmeyi sağlamaz, aksine zarar göreni kötüleştirirse illiyet bağı çerçevesinde zarar veren sorumlu olur<sup>273</sup>.

#### d) Çalışma Gücünü Kaybeden Evli Kadının Zararı

Çalışma gücünün sürekli kayıp eden kişi gelecekte dahi hiçbir şekilde ekonomik bir kazancı olmayacak bir ev kadını ise, yine de maddi tazminat talep

<sup>270</sup> FEYZİOĞLU, s. 540; TİFTİK, s. 121; OFTINGER, s. 267. Yargıtay 11. HD de bir kararında “Hiçbir hukuk düzeni tazminat miktarını azaltmak amacıyla da olsa, mağduru ameliyat olmaya ve kendisini ölüm tehlikesine atmaya zorlayamaz. Bu durumda davacının ameliyat olmaması nedeniyle kendisinin zararı artırıcı bir davranışta bulunduğu kabulü ile indirim yapılması hukuk ve yasaya aykırı” olduğunu belirtmektedir. Bkz. Yargıtay 11.HD 19.09.1980 T., 3979/4046 sayılı karar için KARAHASAN, Tazminat, s. 157, dn. 89. Ameliyatın ne zaman tehlikeli sayılıp ne zaman sayılmayacağına ilişkin ise somut durum ve koşullar, özellikle zarara uğrayanın yaşı, beden yapısının göz önünde tutulacağı ifade olunmaktadır. Bkz. KARAHASAN, Tazminat, s. 158; TİFTİK, s. 121.

<sup>271</sup> OFTINGER, s. 201-202; NOMER, s. 112; TİFTİK, s. 121. Yargıtay 4 HD’nin 18.9.1979 T. 5840/9818 sayılı kararında da bu şartlar belirtilmiştir. Bkz. KARAHASAN, Tazminat, s. 157. Bu şartların yukarıda 270 numaralı dipnotta belirtildiği üzere zarar görenin somut özelliklerine göre değerlendirilmesi ve bu çerçevede zarar görenin kusurlu olarak nitelendirilip, bunun indirim sebebi olması istisnaidir. Bkz. bu yönde FEYZİOĞLU, s. 540; TİFTİK, s. 122.

<sup>272</sup> NOMER Federal Mahkeme kararları doğrultusunda bu son şartın özellikle mali durumu iyi olan zarar görenin önceden gereken masrafların ödenmediğinden bahisle rıza göstermeye yanaşmaması halinde aranmayacağını; ancak mali durumu ameliyat masraflarını karşılamaya yetmeyecek kişiler bakımından bu son şartın aranacağını ifade etmektedir. Bkz. NOMER, s. 112.

<sup>273</sup> DESCHENAUX/ TERCIER, s. 191-192; TANDOĞAN, s. 288-289; EREN, s. 743; TANDOĞAN, s. 284; İNAN, s. 337.

edebilir mi? Doktrinde bu konu çok fazla incelenmemiş olmasına rağmen, Yargıtay Kararlarında önemli ölçüde yer almaktadır<sup>274</sup>.

ÖĞUZMAN / ÖZ kocasını hizmetçi tutmaktan kurtaran ev kadının vücut bütünlüğünün ihlali halinde kazanç mahrumiyeti olduğunu belirtmektedir<sup>275</sup>.

NOMER vücut bütünlüğü ihlal edilen kadın ev işlerinin görülmesi için masraf yapıp yapılmamasına göre ayrı değerlendirmiştir. Masrafı ister kadın yapmış olsun, ister kocası bu masrafın zarar verenden istenilebileceğini, zira koca kendisi masraf yapmış olsa da TMK m. 185/III gereği eşlerin birbirine yardım yükümlülüğü olduğunu bu çerçevede kocanın yaptığı masrafı BK m. 51/II'ye göre talep edebileceğini belirtmektedir. Yazar masraf yapılmamışsa malvarlığında eksilme meydana gelmediği için zarara uğranılmadığını belirtmektedir<sup>276</sup>.

KARAKAŞ ise Yargıtay uygulamalarından yola çıkarak çalışma gücünün genel olarak bir malvarlığı değeri olduğunu bu nedenle “ev işleri bir başkası tarafından yapılmış olsaydı bu kişiye bir karşılık ödenecekti” şeklinde bir varsayım gerekliliğinden tazminata karar verilebileceği görüşündedir. Aksine bir düşüncenin bireyin kişisel gelişimine, yani özgürce kişiliğini geliştirebilme ve hareket edebilme olanaklarına zarar vereceğini belirtmektedir<sup>277</sup>.

Yargıtay ise vücut bütünlüğü ihlal edilen ev kadının ev işlerini gördürmek için masraf yapıp yapmamasından bağımsız olarak çalışma gücünden yoksun kaldığı süre için maddi tazminat alabileceğini kabul etmektedir. Bu doğrultuda Yargıtay 11. HD'nin 18.01.1979 tarihli bir kararında “*davacı çalışmadığı günler için istediği maddi tazminat yönünden, kendisinin sosyal durumuna ev işlerindeki beceri derecesine ve ev işlerine yükümlü bulunduğu aile efradı sayısına göre bilirkişi marifetiyle bu işlerin bir başkası tarafından yapılması halinde ne gibi bir ücret ödemek zorunda kalacağı tespit olunarak hâsıl olacak sonuca göre hüküm tesisi gerekir.*” şeklinde karar vermiştir<sup>278</sup>.

---

<sup>274</sup> Bu konuyla ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **KARAKAŞ**, Fatma Tülay: Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-02/AUHF-2006-55-02-Karakas.pdf>, Erişim Tarihi: 18.04.2008, s. 143 vd; **KARAKAŞ**, s. 91 vd.

<sup>275</sup> **ÖĞUZMAN / ÖZ**, s. 559.

<sup>276</sup> **NOMER**, s. 29.

<sup>277</sup> **KARAKAŞ**, Ev Kadını, s. 154.

<sup>278</sup> Yargıtay 11.HD. 18.01.1979 T., 1978/ 5550 E., 1979/93 K. sayılı karar için bkz. <http://www.kazanci.com>. (Erişim Tarihi: 07.04.2009).

Yargıtay ev kadının çalışma gücünün süresine ilişkin vermiş olduğu bir kararda ise “*ev kadını olarak hesaplanan muhtemel zarar yönünden faal çalışma süresi 55 yaş üzerinden hesaplanmıştır. Oysa evinin hizmeti yönünden çalışma gücündeki kaybın yaşam süresince devam edeceğinin kabulü gerekir.*” şeklinde hüküm kurmuştur<sup>279</sup>.

Yargıtay’ın ev kadının çalışma gücünün kaybının masraf yapılıp yapılmamasından bağımsız olarak maddi tazminine imkân tanınması, çalışma gücünün kendisini bir malvarlığı değeri olarak kabul ettiğini göstermektedir<sup>280</sup>. Yargıtay aslında bu kararları önceki Medeni Kanunumuz zamanında vermiş olmasına rağmen bu kararlar TMK m. 186/III’te yer alan “Eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.” hükmüne uygundur. Gerçekten de Önceki Medeni Kanundan farklı olarak aileyi geçindirme yükümlülüğünün sadece kocaya değil, her iki eşe de emek ve malvarlıkları oranında ait olacağı kabul edilmiştir. Bu nedenle evli ve ev işleri ile ilgilenen kadının çalışma gücünden yoksunluğu halinde ev işlerini yerine getiremeyeceğinden evlilik birliğinin giderlerine de katkıda bulunamayacaktır. Başka bir ifadeyle bu durumda, emeği ile evlilik birliği giderlerine katılan evli kadının bu katkıda bulunamadığı zaman için ortaya tazmini gereken maddi bir zarar çıkacaktır.

Alman Hukukunda “Cinsler Arasında Eşit Haklar Yasası” kabul edilinceye kadar kadın kocasına ev işlerinde hizmet etmekle yükümlü olduğu kabul ediliyordu. Kocanın da bu konuda BGB § 845’ten doğan yasal talep hakkı vardı. Başka bir ifadeyle kadının çalışma gücü erkeğin malvarlığına dâhil olduğu kabul edilip,

<sup>279</sup> Yargıtay 19. HD. 14.10.1993 T. 1993/ 605 E., 1993/ 6582 K. sayılı karar için bkz. İBD. 2001, C. 75, S. 7-8-9, s. 939. Yargıtay 15. HD’nin 20.10.1975 tarihli başka bir kararında “*Evlenen ve evine çekilen davacının ev işleri ve hizmetlerini yürütürken bu beden gücündeki eksilme nedeniyle fazla efor sarf etmesi karşılığı olarak maddi tazminatın ödetilmesine hak kazandığı kabul edilebilir ki, yerel mahkemece dayanılan bilirkişi raporunda, 26 yaşından 60 yaşına değin yılda 5.769,62 lira “gelir kaybına” uğradığından hareketle 90.698 lira maddi tazminatın belirlenmesi ve bu tutarın benimsenmesi, davacının evlenip evine çekilmesi gerçeği ile bağdaşmamıştır. Öyleyse mahkemece yapılacak iş sol gözdeki görmemenin genel beden gücünde yaratacağı eksilmeyi usulüne göre saptamak ve davacının normal yaşama süresince ev işlerini ve hizmetlerini yürütürken be beden gücündeki eksilme nedeniyle sarf edeceği fazla efor karşılığını hesap ettirip peşin sermaye değerine indirilmesi yoluyla bulunacak maddi tazminatın ödetilmesidir*” şeklinde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 15. HD. 20.10.1975 T., 1975/3787 E., 1975/4103 K. sayılı kararı için YKD. 1976, S. 6, C. 2, s. 879.

<sup>280</sup> **KARAKAŞ**, Ev Kadını, s. 153. Yazar aynı yerde bu nedenle Yargıtay’ın Alman ve İsviçre hukukundaki uygulamadan daha ileride olduğunu belirtmektedir.



kadının çalışma gücünden yoksun kalmasından zarar görenin koca olduğu kabul ediliyordu<sup>281</sup>.

Koca sadece alacaklı değil, ifa alıcısı olarak da kabul edildiğinden iş gücünün kaybıyla hukuken kural olarak kadın değil koca zarar görür. İş gücünün ortadan kalkmasıyla zarar kendiliğinden ortaya çıkar. Bunun yanında bu kaybın yedek iş gücüne ücret ödenmesi gibi bir masrafa neden olup olmaması önem taşımaz. Zarar kavramı o zamanlar da normatif olarak algılanıyordu. Sonraları eşit haklar yasasının yürürlüğe girmesinden sonra § 845'in temeli ortadan kalkmıştır. Bundan sonra evli kadın ev idaresi için sadece kocasına değil, idare edimi olarak bütün aileye ifa etmelidir. Bu bakımdan evli kadının ev idaresi, kocanın işi ile eşit haklara sahiptir. Bu kabul ile bu kayıptan sadece veya ilk sırada kocanın zarar görmüş olması bağlaşmaz<sup>282</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi de ev kadının, somut bir yardımcı ayarlanmasından bağımsız olarak tazminat talebini, malvarlığı kaybı sorunu ile uğraşmaksızın, kabul etmektedir<sup>283</sup>. Nitekim çalışma gücü ihlali sonucunda tamamen veya kısmen yerine getirebildiği işlerde diğer aile üyeleri ev kadınına yardım ederse de Federal mahkeme ev kadınının tazminat talep edeceğini kabul etmiştir<sup>284</sup>. Böylece Federal Mahkeme ev kadının iş gücünden yoksunluktan kaynaklı bu zararının Alman Hukukunda olduğu gibi normatif zarar olduğunu kabul etmektedir<sup>285</sup>.

#### 4) Ekonomik Geleceğin Sarsılması

Beden bütünlüğü ihlal edilen kişi iş gücü kaybına maruz kalmasa da ekonomik geleceğini sarsabilir. Bedensel bütünlüğün ihlali sonucu kişinin çirkinleşmesi veya sakatlanması, kişide akıl hastalığı veya akıl zayıflığının görülmesi, görme işitme duyularında azalmanın veya bozukluğun halinde, iş piyasasında sağlıklı ve dış güzelliği yerinde olan kişiler tercih edildiği için, bu

<sup>281</sup> LANGE, s. 209; MEDICUS, N. 651; KARAKAŞ, Ev Kadını, s. 147-148; NOMER, s. 27.

<sup>282</sup> BGHZ 50, 305-306. Bu nedenle bu kararda kadının iş gücü kaybindan dolayı kendisinin talep hakkı olduğu kabul edilmiştir. Kadının şimdiki talebi için de önceden kocanın talebinde tanınan (BGB § 845) normatif zarar geçerli olduğu kabul edilmiştir. Bu nedenle yedek iş gücü nedeniyle masraf yapılıp yapılmadığından bağımsız olarak tazminat talep edebileceği; zararı tespitite ise bu türde muhtemel masrafların yol gösterebileceği belirtilmiştir.

<sup>283</sup> ROBERTO, s. 213.

<sup>284</sup> BGE 99/II, 221.

<sup>285</sup> BGE 99/II, 221 vd; BGE 127/III, 406; BGE 113/II, 345 vd.

kişilerin iş bulması zorlaşacaktır<sup>286</sup>. Özellikle sahne sanatçıları, mankenler, şirketlerin halkla ilişkiler ve müşteri hizmetlerinde çalışan görevliler için dış görünüş çok önemlidir<sup>287</sup>.

Ekonomik geleceğin sarsılması her ne kadar Borçlar Kanununun 46. maddesinde çalışma gücünün tamamen veya kısmen yoksunluktan bağımsız bir zarar kalemi olarak gösterilmiş olmasına rağmen çoğu kez bu ikisini birbirinden ayırmak zordur. Bu hususa dikkat çeken Yargıtay da bu takdirde her iki nedenden doğan zararın tek bir kalem halinde tayin olunması gerektiğini kabul etmektedir<sup>288</sup>.

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan maddi zarar talep eden zarar gören ayrıca söz konusu haksız fiil nedeniyle duyduğu ıstırap nedeniyle manevi tazminat da isteyebilir.

##### 5) Vücut bütünlüğü ihlali nedeniyle kaybolan Tatil İmkânı

Alman Federal Mahkeme kararlarına sıklıkla konu olan boşa geçen tatil zamanının ticarileştirme görüşü çerçevesinde maddi bir değere sahip olduğu kabul edilen tatil zamanının kaybının da maddi bir zarar oluşturduğu benimsenmiştir<sup>289</sup>.

---

<sup>286</sup> Yargıtay da bu hususu birçok kararında belirtmiştir. Yargıtay 4. HD'nin 27.03.1979 T. 13013 E. 4136 K. sayılı kararı şöyledir: "Gerçekten, yüzü çirkinleşen kimselerin mutad uğraşları konusunda mevcut çalışma güçlerinden yararlanmaları, sağlıklı kişilerle rekabet etmeleri daha güçtür. Zira iş piyasasında, bedensel (fiziksel) yapısı tam olanın, sakat çirkin olanlara nazaran iş bulma ve kazanç sağlama olanakları daha fazladır. Bundan başka bazı mesleklerde güzelliğin yüz ifadesinin önemi büyüktür. O halde olayımızda olduğu gibi terzi olan davacının yüzünü bozan bir yara nedeniyle aslında çalışma gücü azalmamış, aynı mesleği yine de devam ettirmiş (yani mesleğin icrasına doğrudan doğruya engel olmamış) bulunmakla beraber, bu izler mesleğinde ilerlemesine engel ve dolayısıyla ekonomik geleceğinin sarsılmasına neden olmuş ise, yarayı meydana getiren davalılar bu yüzden doğacak olan zarardan sorumlu olacaktır. Hatta bir Federal Mahkeme kararında da vurgulandığı gibi, mağdur çirkinleşme bile, eskiden tanınmış olan yüz şeklinin değişmesi yüzünden ekonomik geleceği sarsılabilir ver bu sebepten ötürü tazminat isteyebilir (Tandoğan, a.g. e., 293, dipnot 371)." Bu karar için bkz. **KARAHASAN**, Tazminat, s. 234. Yargıtay 10. HD'nin 20.05.1976 T. 1975/8355 E. 1976/3924 K. sayılı kararında da iş kazası nedeniyle saçlarını kaybeden genç kızın evlenme şansını yitireceği ve bazı işlere giremeyeceğinden bahisle ekonomik geleceğinin ihlalinden doğan maddi tazminat isteyebileceğini kabul etmiştir. Bkz. YKD 1977, S. 1, C. 3, s. 69-71.

<sup>287</sup> Aynı doğrultuda bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 612; **TUNÇOMAĞ**, s. 285; **İNAN**, s. 337; **TANDOĞAN**, s. 293; **KAYNAR**, s. 94; **REİSOĞLU**, s. 193. Hemen belirtelim ki zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan maddi zarar talep etmesi, duyduğu ıstırap nedeniyle manevi tazminat istemesine engel değildir. Aynı doğrultuda bkz. **TANDOĞAN**, s. 294; **REİSOĞLU**, s. 193.

<sup>288</sup> Bkz. Yargıtay 4. HD 18.09.1979 T. 5480 E. 9818 K. sayılı kararı için **KARAHASAN**, Tazminat, s. 234-235. Doktrinde de bu doğrultuda bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 285; **TANDOĞAN**, s. 294; **TEKİNAY / AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 612.

<sup>289</sup> Bkz. yukarıda Birinci Bölüm, § 2, III, B, 5.

Kişinin tatil zamanını dilediği gibi geçirememesine, bir turizm şirketiyle yaptığı sözleşmeye şirketin aykırı davranışları sebep olabileceği gibi, bu durum malına veya şahsına yönelen bir haksız fiilden de kaynaklanabilir. Eğer turizm şirketi edimini sözleşmede kararlaştırıldığı gibi yerine getirmezse bu durumda zarar gören tatil için yaptığı masrafları isteyebilecektir<sup>290</sup>. Bunun dışında Alman Federal Mahkemesinin 10.10.1974 tarihli ilke kararında tatil zamanının ticarileştiği, bunun sadece işçi için değil, aynı zamanda serbest çalışanlar için de geçerli olduğu kabul edilmektedir<sup>291</sup>. Zira tatil zamanı gelirden vazgeçme veya yedek iş gücü istihdamı sayesinde elde edileceğinden, bu fedakârlıkla talep edilen dinlenmenin tamamen veya kısmen ortadan kaldırılan şekilde kaçırıldığında ihlal edilen tatil için de bir tazminat ödenmesi gerektiğini vurgulamaktadır<sup>292</sup>.

Kanuni düzenlemelerle de desteklenen sözleşmeye aykırılığın sebep olduğu tatil imkânının ihlalinin yanı sıra Federal Mahkeme haksız fiilden doğan taleplerde daha farklı bir yol izlemektedir<sup>293</sup>. Bu konuda Federal Mahkemenin karar konusu

---

<sup>290</sup> Bu konuda Almanya'da 01.10.1979'dan beri seyahat sözleşmeleri için BGB § 651a1 maddesine göre seyahat eden seyahatinin engellenmesinde veya önemli ölçüde ihlalinde boşa geçen tatil zamanı için uygun bir tazminat talep edebileceği kabul edilir. Türk Hukuku bakımından sözleşme paket tur sözleşmesi niteliğindeyse 13.06.2003 tarihli 25137 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Paket Tur Sözleşmeleri Uygulama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'e göre sorun çözümlenebilir. İnceleme konumuz haksız fiil hukukundan doğan maddi zararlarla sınırlı olduğu için sözleşmeye aykırılıktan doğan tatil zamanının kaybolması veya kötü geçmesi nedeniyle doğan maddi zararlara değinmeyeceğiz. Bkz. bu hususlarda ayrıntılı bilgi için **KARAKAŞ**, s. 80 vd.; **BÜYÜKSAĞIŞ**, Erdem: Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olmasının Hukuki Niteliği Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım, GÜHFD 2004/1, Y.3, S.1, s. 203 vd.; **NOMER**, s. 30 vd. Ayrıca seyahat sözleşmesinden doğan uyumsuzluklar için bkz. **YURT**, Bülent: Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, Ankara 2000, s. 132 vd; **OKTAY**, Saibe: Gezi Sözleşmesi, İstanbul 1997, s. 106 vd.

<sup>291</sup> BGHZ 63, 98 vd. Hatta bir öğrenciye dahi tatilinin ihlali dolayısıyla tazminat hakkı tanınmıştır. Bkz. BGHZ 85, 168.

<sup>292</sup> Alman Federal Mahkemesi 10.10.1974 tarihinde verdiği kararında bu hususu belirtip açıkça tatil zamanının kendisinin ticarileştiğini zira para ile elde edilebilir olduğu belirtilmiştir. Her ne kadar davaya konu olan olay seyahat hizmetlerinin ifasına ilişkin olup seyahati düzenleyen ağır kusurlu olmasına rağmen Federal Mahkeme zarar görene, sadece işletmeye ödediği ücrette bir azalma tanımayıp, tatil zamanının ticarileştiğini kabul etmiştir. Kararda aynen "*Hâkim görüşüne göre iş edimi yoluyla kazanılan veya diğer maddi harcamalar yoluyla sağlanan tatil bir malvarlığı değeridir. Bunun engellenmesi veya ihlali yoluyla zarar gören aracın kullanım kaybında olduğu gibi malvarlığı zararına neden olunur. İlgili çalışarak elde ettiği veya başka türlü parayla elde ettiği tatil zamanını, her ne kadar bu imkan ve isteği olmasına rağmen, amacına uygun olarak kullanamayacaktır.*" Bkz. BGHZ 63, 104. Ayrıca bu karara ilişkin bkz. **MEDICUS**, BGB, s. 528-529; **MÜNCHENER/ GRUNSKY**, Vor § 249, N. 29.

<sup>293</sup> BGHZ 86, 212. Ancak Federal Mahkemenin 22.02.1973 tarihli kararından da anlaşılacağı üzere haksız fiil halinde dahi bu zararın kişilik haklarına yönelik olması gerekmektedir. Oysa bu karara konu olayda kişi, arabasının hasar görmesi sonucu ailesiyle birlikte tatil yapmayı düşündüğü yerin dışında başka bir yerde tatil yapmış olması nedeniyle, tatil hakkının ihlal edildiğini öne sürüp, maddi tazminat talep etmiştir. Federal mahkeme önceden tatil nedeniyle masraf yapılmışsa, ancak bunların aracın hasar görmesi sonucu boşa gittiği ispatlanırsa tazminat talep edilebileceğini kabul etmektedir.

olay, tatildeyken bir yayaya kamyon çarpması sonucu 21 tatil gününün kaybolmasına yol açtığından maddi tazminat istemine ilişkindir. Federal Mahkeme 10.10.1974 tarihinde verdiği ilke kararını belirtilip (BGHZ 63, 98) bunun haksız fillere uyarlanmasının uygun olmadığını, burada BGB §253'e göre manevi zararın söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Ancak sözleşmeden doğan mal veya hizmet ediminin sağlanması veya aracılığına ilişkin ihlale ilişkin olursa boşa geçen tatil için maddi zarar talep edilebileceğini kabul etmiştir<sup>294</sup>.

Kararda bunun gerekçesi şöyle açıklanmıştır<sup>295</sup>: *“Doğrudan doğruya veya dolaylı bir sözleşme edimi yapılmış ve bu edim yükümlülüğü ihlal edilmişse tatil zevkinin ticarileştiğinden yola çıkılabilir. Bu açıdan sözleşmesel davranış yükümü ile tatil zevki menfaati arasında çok sıkı, fark edilebilen bir ilişki vardır. Sözleşmenin tarafına vicdani anlamda güvenilmiştir. Bu, sözleşmenin kabulünden etkilenmiş, tatil zevkinin ticarileşmesinden yola çıkmayı haklı gösterir... Fakat bir şeyden yararlanma yoksunluğu (burada tatil zamanı çerçevesinde) sadece bir başka hukuki değer ihlali ( beden bütünlüğünün ihlali veya tatil seyahati için gerekli olan otomobil gibi bir eşyaya zarar verme) yoluyla gerçekleşiyorsa, başka kanuni düzenlemenin yokluğu halinde §253 hükmünün amacına uyulmalıdır. ”*

Federal Mahkemenin bu kararından sonra bazı alt mahkemelerin tatildeki dinlenme olanağının malvarlığı değerine sahip olduğunu kabul eden birçok kararı bulunmaktadır<sup>296</sup>.

Türk Hukukundaki hâkim görüşe göre ise, seyahat amacıyla bir seyahat şirketiyle anlaşılmışsa veya otel vb. için masraf yapılmışsa, üçüncü kişinin eylemi nedeniyle planlanan tatilin yapılamadığı için ödemesi gereken bedelin üçüncü kişiden tazmini talep edilebilir. Keza kişi, tatilinin ortasında da yine benzer şekilde yaralanması halinde üçüncü kişiden tazminat talep edebilecektir. Bunun dışında tatil süresinin bağımsız malvarlıksal değer olarak kabul edilmez. Dolayısıyla haksız eylem nedeniyle tatil süresinden yararlanamama yüzünden çalışma verimliliğinde bir

---

Başka bir ifadeyle olayda olduğu gibi planlanmış olan tatil nedeniyle masraf yapılmamışsa malvarlığı zararı doğmayacağı ifade edilmiştir. Bkz. BGHZ 60, 214 vd.

<sup>294</sup> BGHZ, 86, 213.

<sup>295</sup> BGHZ, 86, 216-217. Kararda aynı yerde böylece zararın sınırsızlığı sorununun, ihlal edilen sözleşme yükümlülüğünün tatilden yararlanma ile doğrudan doğruya tespit edilen bağlantıda olması halinde, ortadan kalkacağı ifade olunmuştur.

<sup>296</sup> Bu kararlar için bkz. **KARAKAŞ**, s. 88.

azalma ve bu azalmaya bağılı bir gelir veya kazanç azalması gerçekleşmedikçe tazminat isteminin reddedilmesi gerektiği belirtilmektedir<sup>297</sup>.

İsviçre-Türk Hukukunda bu nedenle tatil imkânının haksız fiil neticesinde ortadan kalkması veya tatilden beklenen yararın sağlanamaması nedeniyle manevi tazminat istenebileceği belirtilmektedir<sup>298</sup>. Fakat bunun için şüphesiz BK m. 49'a göre kişilik haklarının ihlali gerekmektedir. Aynı şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da davacıların davalı havayolu şirketiyle Prag'a kültürel ağırlıklı seyahat için gitmelerine rağmen bavullarının seyahatin başında kaybolması nedeniyle tatilin kâbusa dönüşüp, sıkıntı, elem, üzüntü ve psikolojik bozuklukla geçtiğinden bahisle manevi tazminat istemlerini kabul etmiştir<sup>299</sup>.

Kanaatimizce tatil için herhangi bir masraf yapılmamışsa o zaman sadece tatil zamanının boşa geçmesi nedeniyle maddi zararın doğduğu söylenemeyecek, şartları varsa manevi tazminat söz konusu olacaktır. Bu nedenle yukarıdaki Yargıtay Kararında yer alan temel düşünce ile Alman Federal Mahkemesinin 11.01.1983

---

<sup>297</sup> **TEKİNAY / AKMAN/ BURCUOĞLU / ALTOP**, s. 558.

<sup>298</sup> Bkz. **BÜYÜKSAĞIŞ**, Tatil, s. 231; **NOMER**, s. 31; **KELLER/GABI- BOLLINGER**, s. 9. Aksi görüşte **OKTAY**'a göre ise tatilin beklenildiği gibi geçirilememesi her durumda manevi zarara yol açmaz; balayı tatili gibi sadece istisnai hallerde manevi zarar söz konusu olur. Bkz. **OKTAY**, s. 182. Aksi görüşte olan **ERTEN** ise serbest zaman ve tatil zevkinden mahrum kalmanın ticarileştiğini ve bir malvarlığı değeri oluşturduğunu ifade eder. Yazar bu görüşünü yıllık izin çalışma sonunda elde edilen bir ivaz olduğuna ve bunun sadece manevi bir nitelikte olmayıp bir takım mameleki harcamalar sonucunda elde edildiğine dayandırmaktadır. Son duruma dinlenmek için bir deniz seyahatine çıkmak amacıyla rezervasyon yaptıran kişinin uğradığı haksız fiil nedeniyle bu seyahate gidememesini örnek göstermektedir. **ERTEN** kaybedilen izin günlerinden dolayı ortaya çıkan zararın hesabında zarar görenin kendisinin ilave ücretsiz izin alması halinde yapacağı masraflar ve yoksun kalacağı ücret miktarının esas alınacağını belirtir. Yazar aynı zamanda boş zaman veya tatil imkânından haksız fiil nedeniyle mahrum kalan kişinin bu zarar haksız fiil sınırları içinde kişisel zarar doğurmuşsa BK m. 46'ya dayanabileceğini belirtmektedir. Kişisel zarar doğurmayıp sadece maddi zarar meydana gelmesi halinde ise, bunun geniş anlamda kişinin cismani bütünlüğüne yönelmiş bir davranış olduğundan bahisle yine BK m. 46'nın uygulanabileceği yönündeki Alman doktrininde öne sürülen görüşe katılmaktadır. Bkz. **ERTEN**, M. Ali: Serbest Zaman, Tatil veya Seyahat Zevkinden Yoksun Kalma Nedeniyle Zarar Kavramı Üzerinde Bir İnceleme, YD Ekim 1980, C. 6, S. 4, s. 532 vd.

<sup>299</sup> Söz konusu kararda aynen "...davacıların gezi boyunca giymeyi planladıkları giysi ve kullanmayı planladıkları eşyaların kaybindan davalının sorumlu olduğu, mahkeme huzurundaki açık kabulü ile de bellidir. Manevi tazminatın unsurları açısından bakıldığında ise, davacıların dinlenme, gezi, kültürel etkinlik amacıyla gidilen yabancı bir ülkede daha ilk günden üzerlerindeki giysilerle kalmalarının onları ne denli moral çöküntüsüne uğratacağında kuşku bulunmamalıdır. Dahası geziden amaçladıkları faaliyetlere bakıldığında opera, bale gibi gösterilen özel kıyafetler gerektirdiği de düşünüldüğünde bu çöküntünün giderek elem ve ıstıraba dönüşmesi hayatın olağan akışına uygundur. Bu bakımdan davacıların zararı mal varlığına ilişkin zarar olmaktan çıkmış, artık kişisel yararların haleldar olması olarak kendisini göstermiştir... Burada manevi tazminatı gerektiren nokta eşyaların kaybindan doğan üzüntünün ötesinde bu eşyaların kullanılmaması nedeniyle bir daha tekrarlanmayacak ve kişisel öneme sahip anların kaybıdır. Bunun insanın ruh dünyasında yaratacağı sarsıntıdır." ifadesi yer almaktadır. Bkz. Yargıtay HGK 12.12.2001 T. 2001/11-1161 E., 2001/1152 K. sayılı karar için <http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=22453>, (Erişim Tarihi: 20.04.2009)

tarihli kararının (BGHZ, 86, 213 vd.) hukukumuzda haksız fiil sorumluluğu bakımından uygulanabileceği kanaatindeyiz. Zira her iki kararda da yapılan masrafların yanı sıra, sadece tatilden yararlanma imkânının haksız fiil ile ortadan kalkması halinde manevi tazminatın söz konusu olabileceği belirtilmektedir.

## **C) Ölüm Ve Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**

### **1) Genel Olarak**

Kişinin vücut bütünlüğünün ihlalinin ötesinde haksız fiil bu kişinin ölümüne sebebiyet vermişse zarar verenin tazminle yükümlü olduğu zarar kalemleri BK m. 45'te düzenlenmiştir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin hemen veya bir süre sonra ölmesine bağlı olarak değişen zarar kalemlerinin karşılanması gerektiği belirtilmiştir. İkinci fıkrada ise, ölen kişinin hayattayken yardım ettiği kişilerin, öldükten sonra bu yardımdan yoksun kalacaklarından bahisle doktrinde destekten yoksun kalma tazminatı olarak kabul edilen tazminatı zarar verenden isteyebilecekleri düzenlenmiştir<sup>300</sup>. Bu nedenle biz de öncelikle zarar görenin ölüm anına göre zarar kalemlerini inceledikten sonra destekten yoksun kalma tazminatına değineceğiz.

### **2) Ölüm Anına Göre Zarar Kalemleri**

#### **a) Ölümün Hemen Gerçekleşmesi Halinde**

Haksız fiille vücut bütünlüğü ihlal edilen kişi bunun neticesinde hemen ölürse zarar veren ölüm nedeniyle yapılan masrafları özellikle defin giderlerini karşılamak zorundadır. Defin giderleri, cesedi yıkama, kefenleme, taşıma, tabut, otopsi, yemek davetiye ve ilan giderleri ile gömme, mezarlık ve mezar taşı vb. gibi diğer giderleri

---

<sup>300</sup> BK m. 45'te yer alan bu sayımın İsviçre Hukukundaki hâkim görüş çerçevesinde Türk Hukukunda da sınırlayıcı nitelikte olduğunun kabulü gerektiği; bu nedenle ölüm nedeniyle kişinin uğradığı sinir buhranlarının tedavisinin bu madde kapsamında yer almadığına ilişkin bkz. **TUNÇOMAĞ**, s. 285-286. Nitekim TBKT m. 53'te de maddeler halinde zarar kalemlerine şöyle yer verilmiştir: “*Ölüm hâlinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır: 1. Cenaze giderleri. 2. Ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar. 3. Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.*”

de kapsar. Bu giderler şüphesiz ölenin dini inancına, sosyal ve ekonomik durumuna uygun olan ve ölüme doğrudan doğruya ilişkisi bulunan masraflardır<sup>301</sup>.

### **b) Ölümün Hemen Gerçekleşmemesi Halinde**

Eğer ölüm hemen gerçekleşmezse zarar verenden zarar görenin defin ve cenaze giderleri dışında, ölüncüye kadar uygulanan tedavi giderleri ile çalışmadığı zaman için yoksun kaldığı kazancı da talep edilebilir. Ölenin mirasçılarının sonradan bütün bu kalemleri zarar görenden talep etme hakları vardır<sup>302</sup>.

### **3) Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**

#### **a) Genel Olarak**

Haksız fiil sonucu ölen kişinin ekonomik bakımdan yardım ettiği kişiler, ölüm nedeniyle maddi bir kayba uğrayacaklardır. Aslında daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi ölen kişinin mali bakımdan destek olduğu kişiler için bu ölüm yansıma zarardır. Fakat kanun koyucu BK m. 45/II'de açıkça bu maddi zararın, zarar veren tarafından karşılanacağını belirttiği için hukuka aykırılık bağının varlığı açıktır. Bu nedenle üçüncü kişinin tazminat hakkına olanak tanıyan özel bir düzenleme olduğu kabul edilir<sup>303</sup>.

#### **b) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Hukuki Niteliği**

Destekten yoksun kalma tazminatı, haksız fiil sonucu kendisine destek olan kişinin ölümü ile maddi zarara uğrayan kişilerin bu zararlarını zarar verenden talep

---

<sup>301</sup> FEYZİOĞLU, s. 571; EREN, s. 745; İNAN, s. 298; TUNÇOMAĞ, s. 286; BİRSEN, s. 286; BECKER, s. 275-276; von TUHR, s. 383; REİSOĞLU, s. 189; OĞUZMAN/ÖZ, s. 545. Son yazar, EREN ve TUNÇOMAĞ'ın, defin masrafları kural olarak terekeden karşılanacağından mirasçıların zarar verenden bu masrafları almaya hakkı olduğu yönündeki görüşünü eleştirmektedir. Yazar aynı yerde, eğer defin giderleri terekeden karşılanmamışsa bu giderleri zarar verenden talep hakkının mirasçılara ait olmasının isabetli olmayacağını, bunun sadece masrafları yapan kişiye ait olması gerektiğini ifade etmektedir.

<sup>302</sup> FEYZİOĞLU, s. 571; EREN, s. 746; İNAN, s. 298-299; TUNÇOMAĞ, s. 286; OĞUZMAN/ÖZ, s. 545; KAYNAR, s. 92-93; REİSOĞLU, s. 189.

<sup>303</sup> Bu yönde bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 546; EREN, s. 746.

etmeleridir. Bu nedenle, bu tazminat destekten yoksun kalan kişide doğrudan doğruya doğan asli, bağımsız bir talep hakkıdır<sup>304</sup>. Bu talep hakkı mirasçılara değil, destekten yoksun kalanlara ait olduğu için miras hakkından tamamen bağımsız bir tazminat hakkıdır<sup>305, 306</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkı, desteğin ölmeden önceki tasarrufları ile engellenemez. Ancak destek, ölümüne yol açan fiilin kusurlu olmaması şartıyla buna rıza gösterirse, örneğin ameliyat olmak için izin vermesi halinde olduğu gibi, destekten yoksun kalma tazminatı talep edilemez<sup>307</sup>.

Destekten yoksun kalanın destekten maddi bir beklentisi olduğu için bu müstakbel zarara neden olan tazminat hakkı niteliği itibariyle maddi bir tazminattır<sup>308</sup>. Bu tazminat, İİK m. 82 b. 11 kapsamına girdiği için haczi mümkün değildir. Zira kanunda yer alan “*Vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lazım gelen paralar*” ifadesindeki aile kavramının geniş yorumlanması sonucu hısımlık olmasa da onunla birlikte yaşayan veya onun tarafından bakılan kişiler anlaşılmaktadır<sup>309</sup>.

<sup>304</sup> **EREN**, s. 746; **TANDOĞAN**, s. 299; **GÖKYAYLA**, K. Emre: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004, s. 45; **TUNÇOMAĞ**, s. 300.

<sup>305</sup> **EREN**, s. 746; **TUNÇOMAĞ**, s. 300; **REİSOĞLU**, s. 189; **GÖKYAYLA**, s. 46. Son yazar aynı yerde, desteğin mirasçısı olan veya olmayan kişide, mirasçılıktan çıkarma veya mirastan yoksunluk sebeplerinin varlığı halinde ölenin bakma iradesi ve kanuni bakma yükümlülüğü ortadan kalkacağından, desteğin kendisini affettiğini ispatlamadığı takdirde, tazminat hakkının bulunmadığını belirtmektedir.

<sup>306</sup> Yargıtay HGK da yeni tarihli bir kararında bu hususları şöyle ifade etmiştir: “*Yasa metninden de anlaşıldığı üzere; destekten yoksun kalma tazminatının konusu, desteğin yitirilmesi nedeniyle yoksun kalman yardımdır. Bu tazminatın amacı, ölüm olayı olmasaydı ölenin yardımda bulunduğu kimselere yardımda bulunmaya devam edeceğinin düşünülmesi ve ölüm olayının bu süreci kesmesi sonucu destekten yararlanan kimselerin uğradıkları zararın peşin ve toptan şekilde tazmin edilmesi, bu kimselerin ölüm olayından önceki durumlarına kavuşturulmasıdır. Eş söyleyişle amaç, destekten yoksun kalanların desteğin ölümünden önceki yaşamlarındaki sosyal ve ekonomik durumlarının korunmasıdır. Şu hale göre; “destek” sayılabilmek için, yardımın eylemli olması ve ölümden sonra da düzenli bir biçimde devam edeceğinin anlaşılması yeterlidir. Destek kavramının dayanağı hukuksal bir ilişki değil eylemli bir durum olduğundan, akrabalığa ve yasanın nafaka ile miras ilişkisi hakkındaki hükümlerine dayanmaz. O halde, destekten yoksun kalma tazminatı ölüm ile ortaya çıkmasına rağmen, miras bırakanın şahsından doğan ve mirasçılara geçen bir hak değil, doğrudan bu kimselerin kendisinden doğan bağımsız bir haktır.*” Yargıtay HGK 18.04.2007 T., 2007/4-222 E., 2007/222 K., [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net) (Erişim Tarihi: 30.04.2009).

<sup>307</sup> **GÖKYAYLA**, s. 49; **TANDOĞAN**, s. 300.

<sup>308</sup> Alman doktrininde DEUTSCH genel anlamda, MEDICUS ise ev kadınının ölümüne ilişkin olarak bu durumda normatif zarar oluşacağını belirtilmekteyse de (bkz. **DEUTSCH**, N. 811; **MEDICUS**, Normativer, s. 233) Türk hukuku bakımından bunun klasik bir malvarlığı zararı oluşturduğu açıktır. Bkz. **GÖKYAYLA**, s. 57-58.

<sup>309</sup> **GÖKYAYLA**, s. 74.



Borçlar Kanununun 123. maddesinde alacaklının rızası olmaksızın takas edilemeyecek alacaklar sayılmıştır. Burada yer alan nafaka alacaklarının doktrinde alacaklının geçimini sağlayan talep hakları olarak geniş yorumlanması sonucu destekten yoksun kalma tazminatının da destek görenin rızası dışında kanunen takasının mümkün olmadığı söylenebilir. Ayrıca bu tazminat talebi nafaka gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir talep hakkı olmadığı için alacağın temliki hükümlerine göre temliki mümkündür<sup>310</sup>.

Zarar veren tazminatı ödemediği takdirde ölürse mirasçılara karşı davaya devam olunabilir. Eğer destekten yoksun kalan, tazminatını alamadan ölürse onun mirasçuları bu tazminatı alabilirler mi? Eğer destekten yoksun kalan, dava açmadan ölürse mirasçuları mirasın içine düştüğü andan ölüm anına kadar ki süre için tazminat talep edebilir. Fakat davacı destekten yoksun duruma düşmeden ölmüşse mirasçuları bu davayı açamazlar. Davacı destekten yoksun kalma davasını açtıktan sonra fakat tazminatı alamadan ölürse mirasçuları, desteğin ölüm anı ile davacının ölüm anı arasındaki süre için hesaplanacak zarar için, tazminat davasına devam edebilirler<sup>311</sup>.

### **c) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Şartları**

Destekten yoksun kalma tazminatının ortaya çıkması için öncelikle hukuka aykırı kusurlu bir fiilin desteğin ölümüne sebebiyet vermesi gerekmektedir. Daha önce değinmiş olduğumuz haksız fiilin bu şartlarının yanında burada, tazminatın niteliğini belirleyen destek ile destek gören arasında destek olma ve bakım ilişkisinin varlığı gerekmektedir.

#### **aa) Destek İlişkisinin Varlığı**

Destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmek için öncelikli şart ölenin tazminat talep eden kişinin desteği olmasıdır. Destek, tazminat talebinde bulunana fiilen ve düzenli olarak bakım veya ilerde ona bakması kuvvetle muhtemel kişidir. Başka bir ifadeyle, kişinin geçimini düzenli olarak kısmen veya tamamen sağlayan ve olayların normal akışına göre ölüm olmasaydı az çok yakın bir gelecekte bu

<sup>310</sup> EREN, s. 747; GÖKYAYLA, s. 77; TANDOĞAN, s. 300.

<sup>311</sup> EREN, s. 748; GÖKYAYLA, s. 76.

yardımı sağlayacak olan kişidir. Destekle bakılan kişi arasındaki ilişkinin mutlaka akrabalık ilişkisi olması şart değildir; fiili olarak da bu ilişki kurulabilir<sup>312</sup>.

Doktrinde destek kavramı gerçek (fiili) destek ve farazi destek olmak üzere ikiye ayrılarak incelenmektedir.

### aaa) Gerçek Destek

Ölüm anına kadar başkasına fiilen ve düzenli olarak yardım edip, yardım alanın geçimini kısmen veya tamamen sağlayan kişiye gerçek destek denir. Desteğin bu yardımları geçici olmamalı, yardım alan kişinin devamlı olarak zaruretten korunması amacıyla sürekli olması gerekmektedir. Bu yardım aynı, nakdi veya çalışma şeklinde olabilir<sup>313</sup>.

Anne ve babanın çocuklarına, çalışan çocuğun anne ve babasına, eşlerin, kardeşlerin birbirlerine destek olması hallerinin hepsinde gerçek destek ilişkisi vardır.

743 sayılı Türk Kanunu Medenisinin 152.maddesinde yer alan kadının ve çocukların bakımının kocaya ait olduğuna ilişkin hükmün 4721 sayılı Türk Medeni Kanunumuzda yer almayıp evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında beraberce katılacakları düzenlemesiyle karı koca arasında eşitlik sağlanmaya çalışılmıştır<sup>314</sup>. Bu nedenle evlilik birliği devamı süresince ayrı yaşasalar bile her iki eş de destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir.

Çocuklar için anne ve babanın ölmesi halinde her ne kadar kural olarak 18 yaşına kadar anne ve babanın desteğine muhtaç olacakları kabul edilse de ülkemizde 18 yaşını doldurmasına rağmen birçok çocuğun hâlâ anne ve babalarının desteğine ihtiyaç duyduğu görülmektedir. Bu nedenle iş sahibi olana veya evlenene kadar bakım ihtiyacının varlığı kabul edilmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu düzgün olan, olmayan soybağı ayırımına son verdiği için tazminat talep edecek çocuklar arasındaki fark ortadan kalkmıştır<sup>315</sup>.

<sup>312</sup> FEYZİOĞLU, s. 572;TANDOĞAN, s. 300; EREN, s. 748; OĞUZMAN/ÖZ, s. 546; von TUHR, s. 383-384.

<sup>313</sup> TANDOĞAN, s. 300-301; EREN, s. 748-749; GÖKYAYLA, s. 99-100.

<sup>314</sup> GÖKYAYLA, s. 109.

<sup>315</sup> TANDOĞAN, s. 301; GÖKYAYLA, s. 110-111. Son yazar aynı yerde evlenmeyle reşit olsa bile çocuğun reşit olmasının her zaman destek ihtiyacını ortadan kaldıran bir husus olmadığını TMK m.

Çocuk da eğer anne ve babasına parasal veya emeği yoluyla yardımcı oluyorsa ölümü halinde anne ve babasının destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceğine şüphe yoktur.

Kardeşlerin birbirlerinin desteği sayılmasını kardeşlerin birbirlerine fiili ve devamlı bir yardımda bulunup bulunmadıklarına göre ayrı ayrı değerlendirmek gerekir. Eğer kişi düzenli olarak ölen kardeşinden yardım alıyorsa TMK m. 364/II'de yer alan özel şartı ispatlaması gerekmez. Fakat ölen kardeş ölmeden önce diğer kardeşe yardımda bulunmuyorsa, diğer kardeşin, TMK m. 364/II'ye göre ölen kardeşin refah içinde olduğunu veya refaha ulaşmasının çok muhtemel olduğunu, kendisine de yardım edilmediği takdirde zarurete düşeceğini ispatlamış olması gerekmektedir<sup>316</sup>.

Destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmek için mutlaka destek ile desteğin yardımından yararlanan arasında hukuki bir bağ olması gerekmeyip fiili bağın varlığının da yeterli olduğunu kabul ettiğimize göre acaba evlilik dışı ilişki kuran kadın ve erkek birbirlerine destek olabilir mi? Öncelikle bu durum genel ahlak anlayışına aykırıdır. Bu nedenle her ne kadar hukuki bir bağ olması gerekmesede, hukuk düzeninin ahlaka aykırı bir durumu koruması söz konusu olamayacağından bu kişilerin birbirlerine destek olamayacaklarını söyleyebiliriz. Fakat ülkemizde yaygın olarak görülen imam nikâhı da evlilik dışı ilişki olarak kabul edilmektedir. İmam nikâhlı eşler resmi nikâhlı gibi gerçek bir karı koca olma düşüncesi ve duyguları içinde yaşadıkları için bunun diğer evlilik dışı ilişkilerle bir tutmak hakkaniyete uygun değildir. Bu nedenle doktrinde de imam nikâhlı birlikteliklerin diğer evlilik dışı birlikteliklerden ayrı tutulup bu durumda eşlerden birinin ölmesi halinde diğerinin destekten yoksun kalma tazminatı talep edebileceği kabul edilmektedir<sup>317</sup>.

---

364'e göre herkesin yardım edilmediğinde yoksulluğa düşecek altsoy, üstsoy ve kardeşlerine yardımla yükümlü olduğuna dikkat çekmektedir.

<sup>316</sup> FEYZİOĞLU, s. 576-577; GÖKYAYLA, s. 119.

<sup>317</sup> GÖKYAYLA, s. 114 vd.; FEYZİOĞLU, s. 573 vd.; EREN, s. 750; TANDOĞAN, s. 302-303; TUNÇOMAĞ, s. 300; OĞUZMAN/ÖZ, s. 547. Yargıtay 21. HD de istikrarlı olarak vermiş olduğu birçok kararda bu hususu yinelemiştir. Yargıtay 21. HD'nin 14.04.2005 tarihli kararında aynen şöyle yer almaktadır. : "Gerçekten, toplumumuzda yasa dışı nitelendirilen, gayri resmi evliliklerin bulunduğu sosyal bir gerçektir. Türk Medeni Kanunu uyarınca, evlilik bağı kurulmasa bile, karı koca diye birleşen, bu amaç ve duygu ile yaşamlarını sürdüren kadınlar için bakım yükümlülüğünü yerine getiren erkeğin destek sayılması gerektiği, doktrinde ve Yargıtay'ın yerleşmiş uygulamaları ile kabul edilmiş bir olgu olduğu gibi, Dairemizin uygulamaları da bu yöndedir. Borçlar Kanunu'nun 45. maddesinde de belirttiği üzere "destek" kavramı hukuki bir ilişkiyi değil, eylemlerle bir durumu içerir. Türk Medeni Kanunu uyarınca evlilik bağı kurulmasa dahi fiili evlilik birliğinde olan davacı M. K.'in destekten yoksun kalma tazminatı isteyebileceği açıktır." Bkz. Yargıtay 21. HD. 14.04.2005 T.

### **bbb) Farazi Destek**

Farazi destek ölmeseydi gelecekte başkasına bakması kuvvetle muhtemel kişidir<sup>318</sup>. Bu husus bir faraziyeyle dayandığı için kapsamının dar tutulmasının uygun olacağı kabul edilir<sup>319</sup>.

Küçük ve henüz çalışmayan çocuklar anne ve babaları için farazi destektir. Fakat eğer ana babanın ilerde kısmen dahi olsa yardıma muhtaç olmayacakları görülüyorsa veya çocuğun beceriksizliği veya karakteri yüzünden yardımda bulunmayacağı anlaşılıyorsa çocuğa destek sıfatı tanınmaz. Hâkim bunu tespit ederken kesin ispat değil yaklaşık ispatla yetinecektir<sup>320</sup>.

Nişanlılar birbirleri için, anne baba henüz doğmayan çocuklarının, damat kayınvalide ve kayınbabasının farazi desteği sayılır. Her ne kadar nişanlanma bir şekle veya merasime tabi olmasa da sağ kalan nişanlının tazminat alabilmesi için nişanlılığın varlığını ispatlaması gerekmektedir. Nişanlanma mutlaka evliliği gerektirmedikten, ayrıca aile ve kişiler arasındaki sosyal ilişkiler değiştiği için hâkim nişanlanma dâhil bütün farazi destek hallerini titizlikle inceleyip değerlendirmesi gerekmektedir<sup>321</sup>.

### **bb) Bakım İhtiyacı ve Bakım Gücü**

Destekten yoksun kalma tazminatı isteyen, hâlihazırda veya gelecekte destek olarak nitelendirdiği kişinin bakımına muhtaç olması gerekir. Şüphesiz desteğin de o kişiye bakabilecek durumda olması, başka bir ifadeyle, bakım gücüne sahip olması gerekir. Her iki durumun da ispatı davacıya aittir<sup>322</sup>.

Tazminat talep eden kişinin desteğe ihtiyaç duyması, desteğin yardımı olmaksızın yoksulluğa düşeceği anlamına gelmemektedir. Burada söz konusu bakım ihtiyacı kişinin mevcut sosyal ve ekonomik seviyesinde yaşamını sürdürmesini

---

2004/12140 E., 2005/3779 K. sayılı kararı ve aynı doğrultuda olan Yargıtay 21. HD'nin 11.10.2001 T., 2001/6819 E., 2001/6640 K. sayılı kararları için [www.legalbank.net](http://www.legalbank.net), (Erişim Tarihi: 02.05.2009).

<sup>318</sup> TANDOĞAN, s. 303; EREN, s. 751; İNAN, s. 340; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 621; GÖKYAYLA, s. 100; TUNÇOMAĞ, s. 300; OĞUZMAN/ÖZ, s. 548.

<sup>319</sup> TANDOĞAN, s. 303; TUNÇOMAĞ, s. 300; OĞUZMAN/ÖZ, s. 548.

<sup>320</sup> TANDOĞAN, s. 303; EREN, s. 751; GÖKYAYLA, s. 127 vd.

<sup>321</sup> TANDOĞAN, s. 303-304; EREN, s. 751; İNAN, s. 341; GÖKYAYLA, s. 112 vd.

<sup>322</sup> EREN, s. 751; TANDOĞAN, s. 304; GÖKYAYLA, s. 131-132; TEKİNAY / AKMAN / BURCUOĞLU / ALTOP, s. 628-629.

sağlamaktır. Desteğin ölümü ondan yardım görenlerin sürdürdükleri hayat seviyesinin olumsuz yönde değişmesine neden oluyorsa yardım görenlerin bakım ihtiyacı içinde oldukları söylenebilir<sup>323</sup>.

Desteğin ölümü halinde sigortadan alınan meblağ veya desteğin mirası sayesinde artık yardıma muhtaç kalınmamışsa destekten yoksun kalma tazminatı talep edilemeyecektir. Burada söz konusu olan denkleştirme değil; bakılan kişinin bakılma ihtiyacının ortadan kalkmasıdır<sup>324</sup>.

Destekten yararlanan kişinin, diğer hısımlarından nafaka talep etmesi halinde yine de destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilir mi? TANDOĞAN<sup>325</sup> başkasının nafakayla yükümlü olması halinde tazminat talebinin bundan etkilenmeyeceğini, sadece dul kadının yeniden evlenmesi halinde bir istisna tanınması gerektiğini ifade etmektedir. GÖKYAYLA ise<sup>326</sup> nafaka ile yükümlü olmayan kişinin destek görene insani, dini inançlar sebebiyle yardım etmesi halinde bakım ihtiyacının azaldığı oranda destek görenin tazminat talebinin azalacağını; nafaka verenin ise, yardımı hukuki bir nedene dayanmadığı için bunun için zarar verene rücu edemeyeceğini belirtmektedir. TUNÇOMAĞ da<sup>327</sup> benzer şekilde destek görenin başkalarına karşı nafaka hakkı elde etmesinin bu tazminat hakkına engel olmayacağını belirtmektedir.

#### **d) Destekten Yoksun Kalma Tazminatının Tespitinde Göz önüne Alınacak Hususlar**

Destekten yoksun kalma zararı tespit edilirken desteğin gelir durumu, desteğin yardım miktarı ve süresi ve ölüm olayının davacıya sağladığı menfaatlere dikkat edilir<sup>328</sup>.

---

<sup>323</sup> EREN, s. 752; TANDOĞAN, s. 304; GÖKYAYLA, s. 130; TEKİNAY / AKMAN/ BURCUOĞLU /ALTOP, s. 629; OĞUZMAN/ÖZ, s. 549.

<sup>324</sup> TANDOĞAN, s. 304; GÖKYAYLA, s. 201; OĞUZMAN/ÖZ, s. 548.

<sup>325</sup> TANDOĞAN, s. 304-305.

<sup>326</sup> GÖKYAYLA, s. 134.

<sup>327</sup> TUNÇOMAĞ, s. 302.

<sup>328</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 636-637; EREN, s. 752. Ölüm olayının davacıya sağladığı menfaatlerin başında yukarıda belirtmiş olduğumuz miras ve sigorta tazminatı gelmektedir. Bu faydalar destek ihtiyacını ortadan kaldırdığı oranda destekten yoksun kalma tazminatı talep edilemeyeceğini belirttiğimiz için burada ayrıca inceleme gereği duymuyoruz. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÖKYAYLA, s. 139 vd.

### **aa) Ölenin Mali Durumu**

Ölen desteğin sahip olduğu mali kaynaklar ve bunlardan elde ettiği veya elde edecek olduğu süreklilik arz eden net geliri tespit edilmelidir. Desteğin yardımları süreklilik arz ettiği için sadece mevcut mali durumunun değil bunun yanında ölüm olayı olmasaydı gelecekte kuvvetle muhtemel elde edeceği gelirler de göz önünde tutulur. Eğer destek gerçek değil de farazi ise bu durumda kişilerin ailevi durumuna, zekâsına, yeteneklerine göre farazi bir değerlendirme yapılacaktır<sup>329</sup>.

### **bb) Yardım Miktarı**

Destek eğer her ay belli bir miktarda yardımda bulunuyorsa o zaman yardım miktarının hesaplanmasında bir sorun yoktur. Fakat bu şekilde sabit bir miktarda yardımda bulunmuyorsa o zaman desteğin gelir durumu tespit edilip bunun kaçta kaçını destek alana verdiği saptanmalıdır. Aynı zamanda bu miktarın gelecekteki artma ve azalması da göz önünde tutulur. Yardım miktarı yeterli delille ispat edilemediğinde hâkim ölenin sağladığı veya sağlayabileceği kazanca, davacı ile arasındaki yakınlık derecesine, bakılanın yaşı, cinsiyeti, ihtiyaçları, hayat tarzına göre miktarı tespit etmeye çalışacaktır<sup>330</sup>.

### **cc) Yardımın Süresi**

Yardım süresi öldürülen desteğin öldürülmeseydi muhtemelen yaşayacağı ve çalışabileceği süre ve yardımdan mahrum kalanın muhtemel yaşama ve yardıma muhtaç olma süresi dikkate alınarak hesaplanır<sup>331</sup>. Desteğin yardım edebileceği süre çalıştığı süreyle sınırlıdır. Bu nedenle destek ölmeseydi ne kadar daha çalışabileceği tespit edilmelidir. Aynı şekilde destek alanın da ortalama yaşam süresi belirlenmelidir. Bunların nasıl tespit edileceğine vücut bütünlüğünün ihlalinde çalışma gücünden yoksunluk bahsinde değinmiştik<sup>332</sup>.

<sup>329</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 636-637; EREN, s. 752.

<sup>330</sup> TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 637; EREN, s. 752; TANDOĞAN, s. 305; OĞUZMAN/ÖZ, s. 550.

<sup>331</sup> TANDOĞAN, s. 305; İNAN, s. 341.

<sup>332</sup> Bkz. İkinci Bölüm, § 3, III, B, 3, c.

Destek alan çocuksa çalışmaya başlayana kadar desteğe muhtaç olacaktır. Farazi destekte ise yardımın başlangıç anı desteğin kazanç sağlayabileceği yaştır. Kazanç sağlama yaşı ise çocuğun eğitim ve gelir durumuna göre tespit edilir<sup>333</sup>.

Destek alan dul kalan kadın ise bunun yeniden evlenme ihtimali de yardım süresinin tespiti bakımından önem taşır. Zira dul kadının ilerde yapacağı yeni bir evlilik ile destek ihtiyacı karşılanmış olur. Dava sonuçlanmadan önce kadın evlenirse, dul kalınan dönem için tazminat talep edebilecektir. Eğer yeni evlilik ile kazandığı iktisadi durum öncekinden düşükse bu aradaki farkı talep edebilir. Hüküm anında evlenmemişse yaşı, ölüye bağlılığı, fiziksel görünümü, sosyal, kültürel, ailesel durumu, karakteri, çocuk sayısı, ekonomik durumuna göre yeniden evlenip evlenmeme durumu değerlendirilir. Tazminat sermaye şeklinde verilecekse bundan bu hususlar göz önünde tutularak indirime gidilmesi gerekmektedir. Bu nedenle dul kalan kadına verilecek tazminatın irat şeklinde olmasının daha yerinde olacağı öne sürülmüştür<sup>334</sup>.

---

<sup>333</sup> TANDOĞAN, s. 306; EREN, s. 753.

<sup>334</sup> TANDOĞAN, s. 307; EREN, s. 753-754; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 641 vd; GÖKYAYLA, s. 221 vd; TUNÇOMAĞ, s. 301.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### MADDİ ZARARIN TAZMİNİ

#### Ş1. MADDİ TAZMİNAT KAVRAMI VE AMACI

##### I. Maddi Tazminat Kavramı

Akit dışı sorumluluk bakımından maddi zararın tazmini, haksız fiil sonucu ortaya çıkan zararın giderilmesidir. Bu giderimin amacı bir kişinin uğradığı zararın başkası tarafından telafisinin sağlanmasıdır. Bu nedenle tazminat ile zarar görenin zararından fazlasına hükmedilemez. Aksi takdirde tazminat ile zarar gören zenginleşmiş olur<sup>335</sup>.

Fakat bu durum, tazminatın zarar miktarına eşit olacağı şeklinde anlaşılmalıdır. Burada zarar miktarı sadece üst sınırı belirlemektedir. Zira zarar, zarar veren, zarar gören ve şayet varsa zararın oluşmasına etki eden üçüncü kişi arasında kusurları oranında paylaşılabilir. Bunun dışında zarar gören ile zarar verenin sosyal ekonomik nitelikleri, zarar görenin yapısal yatkınlığı veya umulmayan bir halin varlığı gibi hallerde hakkaniyet gereği tazminattan indirim yapılmaktadır. Hâkim bu şekilde tazminatı belirlerken TMK m. 4'teki takdir yetkisini kullanacaktır<sup>336</sup>.

BK m. 43/I'te hâkimin tazminatın türünü ve kapsamını belirleme yetkisi düzenlenmiştir. Tazminatın türü ile tespit edilen zararın nasıl ve hangi yolla tazmin edileceği, tazminatın kapsamıyla da tespit edilen zararın ne kadarının zarar veren üzerinde kalması gerektiği anlatılmak istenir. Bu nedenle zarar miktarı belirlendikten sonra öncelikle bu zararın nasıl tazmin edileceği belirlenecek; ikinci olarak ise zararın tamamının zarar verenden istenip istenemeyeceği tespit edilecektir<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> **OFTINGER**, s. 66; **TANDOĞAN**, s. 315; **TEKİNAY /AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 583; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 573; **EREN**, s. 755; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 202; **NOMER**, s. 33; **LANGE**, s. 9-10; **BAŞTUĞ**, s. 247.

<sup>336</sup> **KILIÇOĞLU**, A.M., s. 308-309. Bu nedenle hâkim tazminata hükmetmek mecburiyetinde değildir. Bkz. **EDGÜ**, s. 96.

<sup>337</sup> Zarar miktarının belirlenmesinde, zarar verenin kusur miktarının, zarar görenin kendi kusurunun, beklenmeyen hallerin veya zarar verenin ekonomik durumunun hiçbir etkisi olmamaktadır. Zira zarar hesabı tamamen matematiksel bir işlemdir. Bu açıklamalar için bkz. **OFTINGER**, s. 66-67. Ayrıca tazminatın her halükarda zarar miktarını aşamayacağına göre aslında tazminatın belirlenmesi işleminin zarar veren lehine olduğuna ilişkin bkz. **NOMER**, s. 67.



## II. Maddi Tazminatın Amacı

Tazminatın temel amacının ortaya çıkan zararın telafisi olduğuna yukarıda değinmiştik. Fakat tazminatın bunun dışında başka amaçlarının da bulunduğu doktrinde öne sürülmüştür.

Kanunda kural olarak tazmin yükümlülüğünün varlığı için kusurun aranması, kusurlu davranışın tazminatla cezalandırılmasının amaçlanıp amaçlanmadığı tartışmasını doğurmuştur. Başka bir ifadeyle, tazminatın cezalandırma amacının varlığı sorgulanmıştır. Fakat kusurun aranmadığı tehlike sorumluluğu veya olağan sebep sorumluluğu hallerinde cezalandırma amacının varlığından bahsedilemeyecektir. Ayrıca ceza hukukundan farklı olarak tazminat hukukunda davranış ne kadar kınanacak olursa olsun zararın meydana gelmesi aranır. Bundan sonra ise bu zararın zarar görene verilmesi amaçlanır. Oysaki ceza hukuku toplum düzenini korumak, suçu önlemek, suçluyu ıslah etmek gibi amaçları çerçevesinde zarar meydana gelmese de zarar veren cezalandırılabilir. Bundan dolayı tazminatın cezalandırma amacının varlığından söz edilemez<sup>338</sup>.

Doktrinde ayrıca tazminatın önleme amacının da bulunduğu bahsedilmektedir. Bu görüşe göre; hukuk düzeninin istemediği, zarara neden olan davranış şeklinden, korkutma yoluyla vazgeçirerek mümkün olduğunca bu tarz zararları önlemek için tazminat yükümlülüğüne zarar bağlanmıştır. Normun muhatabının başka şekilde davranma imkânı varsa, tazmin yükümlülüğü korkusu, zarardan kaçınmayı sağlayabilir. Bu itibarla kusur sorumluluğu ve tehlike sorumluluğunda uygulama alanı bulan bu görüş tazminatın esas amacı olmasa da birçok olayda yan amacı olarak ortaya çıkar. Özellikle tehlike sorumluluklarında zorunlu veya kanuni sigortaların varlığı bu görüşü ortadan kaldırmamakla birlikte daraltmıştır<sup>339</sup>.

Tazminatta hakkın devam ettirilmesi amacının olduğu doktrinde öne sürülmüştür. Burada tazminatın ihlal edilen hak veya ifa edilmeyen edimin yerine geçeceği kabul edilmektedir. Bu görüşe göre ihlal edilen hakkın veya hukuki değerinin ifa edilmeyen veya artık ifa edilemeyecek edim talebinin tazminat alacağına içinde

<sup>338</sup> Bkz. **LARENZ**, s. 423; **LANGE**, s. 12 vd; **NOMER**, s. 34-35; **FEYZİOĞLU**, s. 443; **BECKER**, s. 263; **REİSOĞLU**, s. 184.

<sup>339</sup> **LARENZ**, s. 423-424; **LANGE**, s. 11; **DEUTSCH**, N. 18.

devam ettiği kabul edilmektedir. Fakat kanunda tazminat yükümlülüğü için sadece hak ihlalinin varlığı yeterli değildir; ayrıca bu hak ihlali yoluyla bir zararın meydana gelmesi gerekmektedir. Aynı zamanda her hak ihlali sonucu da ortaya bir zarar çıkmayabilir. Bu nedenlerle Borçlar Kanunumuza göre tazminatın böyle bir amaç taşıdığından bahsedilemez<sup>340</sup>.

Son olarak tazminatın Borçlar Hukukumuz bakımından kabul edilen telafi amacına göre tazminat, uğranan zararın karşılanması ve zarar veren olay olmasaydı oluşacak olan durumun aynen veya nakden tesisini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu amaç tazminat yükümlüsünün davranışına değil, zarar görenin menfaatine yönelmiştir. Bu çerçevede zarar görenin zarar veren olaydan mağdur olması engellenirken, aynı zamanda bu olay sayesinde daha iyi konuma geçmesi de önlenir<sup>341</sup>.

## §2. MADDİ TAZMİNATIN TÜRLERİ

### I. Genel Olarak

Tazminat ile zarar veren olay meydana gelmemiş olsaydı zarar görenin malvarlığı hangi durumda olacak idiyse, kısmen veya tamamen o durum sağlanır<sup>342</sup>. Peki, hâkim bunu nasıl sağlayacaktır? Örneğin bir kişi haksız fiil sonucu evinin camının kırılması yoluyla zarara uğramıştır. Bu durumda hâkim eski durumu sağlamak, yani zararı telafi etmek için zarar verenin ya pencere camını değiştirmesine veya pencere camı için gereken meblağı para olarak ödenmesine karar verebilir. İşte zarara uğrayan şeyin yerine konması veya tamiri suretiyle zararının tazmin edilmesine aynen tazmin; zarar gören şey nedeniyle malvarlığının uğradığı zararın parasal olarak tazmin edilmesine ise nakden tazmin denilmektedir<sup>343</sup>.

<sup>340</sup> LARENZ, s. 425; LANGE, s. 12; DEUTSCH, N. 19.

<sup>341</sup> LARENZ, s. 424; LANGE, s. 9-10.

<sup>342</sup> OFTINGER, s. 63. Bkz. ayrıca Birinci Bölüm, § 2, III, A, 2.

<sup>343</sup> Bkz. TANDOĞAN, s. 253; İNAN, s. 329; OĞUZMAN/ÖZ, s. 554-555. NOMER, ise doktrinde öne sürülen bu görüşten farklı olarak aynen tazmin, nakden tazmin ayrımının doğrudan doğruya zararın ne şekilde tazmin edileceğini belirlemediğini; aynen tazmini seçen hâkimin de tazminat olarak bir miktar paranın ödenmesine karar verebileceğini kabul etmektedir. Yazara göre aynen tazmin - nakden tazmin ayrımı zararın, zarar gören şeyin fiili durumuna göre mi yoksa malvarlığı içinde arz ettiği duruma göre mi tazminatın ödeneceği ayrımına dayanır. Bu kapsamda yazar zarara uğrayan şeyin, malvarlığı içinde arz ettiği değerinin değil, kendi maddi değerinin para ile tazmininin aynen tazmin içinde nakdi tazminat olacağını; fakat nakden tazminat olmayacağını belirtmektedir. Bkz.

İsviçre Türk Hukukunda Alman Hukukundan farklı olarak tazminatın türüne karar verme işlemi tamamen hâkimin TMK m. 4'te yer alan takdir yetkisi dâhilindedir (BK m. 43/I). Başka bir deyişle, hâkim somut olayın özelliğini zararın niteliğini, tarafların ilişkilerini, adalet ve hakkaniyet, doğruluk ve dürüstlük genel ahlak ilke ve kurallarını ve mümkünse zarar görenin arzusunu göz önünde tutarak aynen veya nakden tazmin şekillerinden hangisinin amaca uygun olduğuna karar verir<sup>344</sup>. Bu çerçevede zarar gören nakden tazmin talep etmiş olsa da hâkim aynen tazmine karar verebilecektir<sup>345</sup>.

Gerçekten de Alman Medeni Kanunu (BGB) § 249/2'de aynen *“Bir kişinin yaralanması veya bir eşyanın zarar görmesi nedeniyle tazminatla yükümlü olduğunda zarar gören eski hale iade yerine bunun için gereken parasal bedeli talep edebilir.”* hükmü yer almaktadır<sup>346</sup>. Benzer şekilde BGB § 250'de *“Zarar gören tazminle yükümlü olana eski hale getirmesi için uygun bir süre açıklayıp, bu süreden sonra yapılan eski hale iadeyi reddedeceğini belirtebilir. Eski hale getirmenin (aynen tazmin) zamanında gerçekleşmemesi halinde eski hale getirme kabul edilmez; zarar gören bu süreden sonra nakden tazmin talep edebilir.”* Aynı şekilde böyle bir kesin süreye gerek olmaksızın *“Eski hale getirme mümkün değilse veya zarar görenin zararını karşılamıyorsa, tazmin yükümlüsünün zarar görene nakden tazmini zorunludur.”* ifadesine BGB § 251/1'de yer verilmiştir. Bu nedenle Alman Medeni Kanununun açıkça aynen tazminin kural nakden tazminin ise istisna olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz.

---

**NOMER**, s. 38-39. Yazar, aynı yerde ifade ettiği üzere bu görüşünü Alman Medeni Kanundaki eski hale getirmek için nakdi tazminata hükmedilebileceği düzenlemesiyle (BGB § 249/2), yine aynı kanunun malvarlığını değer itibarıyla eski hale getirmeyi sağlayan hükümlerin (BGB § 250/ c. 2, § 251) ayrı ayrı düzenlenmesine dayandırmıştır.

<sup>344</sup> **EREN**, s. 768; **OFTINGER**, s. 68; **BÜYÜKSAĞIŞ**, s. 330; **REİSOĞLU**, s. 183.

<sup>345</sup> **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 581; **BÜYÜKSAĞIŞ**, s. 330; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 555. Son yazar bu durumda hâkimin farklı olarak kabul ettiği çözümün gerekçesini haklı olarak açıklaması gerektiğini belirtmektedir. Yazar aynı zamanda tarafların tazminatın türü konusunda anlaşmaları halinde, buna hâkimin uymak zorunda olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 555, dn. 338; aynı doğrultuda **FEYZİOĞLU**, s. 552.

<sup>346</sup> Zarar gören BGB §249/2'ye göre yaptığı seçimiyle bağlı olup sonradan bunu değiştiremez. Ancak §250 c.2'deki halin varlığında aynen tazmin yerine nakden tazmin talep edebilir. Bkz. **HÜTTE/HELLBRON**, s. 356. İsviçre Türk hukukunda ise belirttiğimiz gibi hâkim zarar görenin talebi ne olursa olsun, hal ve şartlara göre tazminatın türüne karar verecektir.

## II. Aynen Tazmin

Zararın aynen tazmini, zarar veren olayla ihlal edilen hak veya hukuki değerlerin bu olaydan önceki haline para dışı tazmin şekilleriyle ulaştırılmasıdır<sup>347</sup>. Bu, zarara uğrayan eşyanın iadesi şeklinde olabileceği gibi zarara uğrayan şeyin düzeltilmesi veya benzerinin verilmesi şeklinde de olabilir. Buna göre aynen tazmin iki şekilde gerçekleşebilir.

Birincisinde ortaya çıkan fiili durum gözle görülür şekilde eski hale getirilir. Örneğin çalınan bir malın zarar görene aynen iadesinde yok olan eşya aynen yerine konulmaktadır. Aynen tazminin ikinci şekli ise, zarara uğrayan eşyanın düzeltilmesi, tamiri veya aynı cinsten malın verilmesi yoluyla, zarar gören malvarlığı eski haline getirilir. Buna göre örneğin, zarar gören aracın tamir edilmesi, kırılan gözlüğün yerine aynı marka bir gözlüğün alınması veya zarar görenin kırılan ayağının zarar veren doktor tarafından tedavi edilmesi halinde zarar aynen tazmin edilmiş olacaktır<sup>348</sup>.

Doktrinde belirtilen başlıca aynen tazmin şekilleri şöyle sıralanabilir<sup>349</sup>:

---

<sup>347</sup> **EREN**, s. 767. Bu şekilde zarar gören eşya veya hukuki değerlerin, zarar veren olaydan önceki haline dönmesi sağlandığı için aynen tazmin için Alman ve İsviçre Hukukunda eski hale iade anlamına gelen “*Naturalrestitution*”, “*Naturalherstellung*” veya “*Wiedergutmachung*” tabirleri kullanılmaktadır. Bkz. **OFTINGER**, s. 67; **LARENZ**, s. 467. Fakat Alman Hukukunda İsviçre - Türk Hukukundan farklı olarak aynen tazminin BGB §249 vd. gereği bir miktar paranın ödenmesi şeklinde de gerçekleşebileceği kabul edilmektedir. Bkz. **LARENZ**, s. 467.

<sup>348</sup> **EREN**, s. 768; **REİSOĞLU**, s. 183. Aynen tazminde, tazminatta indirim sebeplerinin varlığında indirimin uygulanamayacak olması ve icrasındaki zorluklardan dolayı hâkimin aynen tazminin şeklini açıkça belirtmesi, sınırlandırması ve ifa edilmemesi hali için önceden maddi tazminatın miktarını belirlemesi tavsiye edilmektedir. Bkz. **OFTINGER**, s. 68.

<sup>349</sup> Bu sıralama ve yapılan açıklamalar için bkz. **TANDOĞAN**, s. 253-255; **TİFTİK**, s. 64-65; **NOMER**, s. 43 vd.; **TUNÇOMAĞ**, s. 289. Ayrıca zarar verenin tazminata mahkûm edildiğine dair verilen kararın yayınlanması da **EREN** ve **TİFTİK**'in belirttiği üzere özellikle ticari itibara tecavüz ve haksız rekabet hallerinde (TTK m. 61) aynen tazmin niteliğindedir. Bkz. **EREN**, s. 769; **TİFTİK**, s. 65; benzer şekilde **BECKER**, s. 264. **TANDOĞAN**, **AYBAY** ve **NOMER** ise aksi görüştedir. **TANDOĞAN** ilanının manevi nitelik taşıdığını bu nedenle maddi tazminata konu olamayacağı belirtilmektedir. Bkz. **TANDOĞAN**, s. 255. Benzer şekilde bunun manevi tazmin yöntemi olduğuna ilişkin bkz. **AYBAY**, s. 95. **NOMER** ise ilanının sadece hukuka aykırı tecavüzün devam eden etkisini bertaraf etmek için yapıldığını bunun ne nakden ne de aynen tazmin olduğunu belirtmektedir. Bkz. **NOMER**, s. 42.

### **A) Haksız Olarak Üçüncü Kişiyeye Devreden Şeyin Tekrar Asıl Malike İade Edilmesi**

Bir kişinin malını haksız olarak üçüncü kişiyeye devreden zarar verenin bu malı üçüncü kişiden satın alıp zarar görene iade etmesi bir aynen tazmin halidir. Fakat bunun için zarar gören malikin, üçüncü kişiyeye karşı aynı hakkına veya zilyetliğine dayanarak dava açma hakkının bulunmaması gerekmektedir. Bu kapsamda tapuda yapılan yolsuz tescile güvenerek iyiniyetli taşınmazın mülkiyetini kazanan üçüncü kişiden bu taşınmazın satın alınıp zarar gören malike iadesi halinde aynen tazmin söz konusu olacaktır.

### **B) Aynı Cinsten Başka Şeyler Verilmesi**

Zarara uğrayan eşya misli bir mal ise, zarar veren o malın aynı cinsinden zarar görene vererek zararı aynen tazmin etmiş olur. Daha önce belirtmiş olduğumuz gibi kırılan gözlük yerine aynı marka ve modelde başka bir gözlük alınması hali buna örnektir.

### **C) Zarara Uğrayan Şeyin Tamir Edilmesi veya Ettirilmesi**

Zarar gören eşya, zarar verenin uzmanlık alanına giriyorsa zarar veren bunu tamir etmek yoluyla zararı eski hale iade (aynen tazmin) eder. Örneğin bir araba tamircisinin birinin arabasına çarpması sonucu ortaya çıkan zarar, aracın tamiri yoluyla giderilir. Fakat bunun için sorumlu kişinin tamir konusunda ehliyetli, tamirata yapmaya hazır ve zarar görenin de buna rıza göstermesi gerekmektedir. Zira zarar görenin rızası hilafına zararın bu şekilde tazmini onun zararını gidermeyip ona ruhsal anlamda daha çok zarar verebilir.

Sorumlu kişi, zarar gören eşyayı kendisi tamir etmek yerine bunu üçüncü kişiyeye tamir ettirmeyi üstlenebilir. Bu durumda sorumlu kişi eşyanın tamir edilmemesinden dolayı zarar görene karşı sorumlu olacaktır (BK m. 111/II).

## **D) Sorumlu Kişinin Zarar Göreni Tedavi Etmesi veya Ettirmesi**

Haksız fiil sonucu bedensel bütünlüğü ihlal edilen zarar görene zarardan önceki haline kavuşabilmesi için gereken tedavi uygulanacaktır. Bu tedavi sorumlu kişinin uzmanlık alanına giriyorsa bu kişinin zarar göreni tedavi etmesi aynen tazminin başka bir görünüş şeklidir.

Sorumlu kişinin bu tedaviyi kendisi yapmayı da tanıdığı bir doktora veya hastanede yaptırabilir. Bu durumda da üçüncü kişi yararına bir hukuki ilişki vardır (BK m. 111/II).

## **III. Nakden Tazmin Ve Türleri**

### **A) Nakden Tazmin**

Zarar görenin uğradığı zararın bazı hallerde aynen tazmini mümkün olmayabilir veya çok masraflı olabilir. Örneğin kişi haksız fiil sonucu görme yeteneğini tamamen kaybetmesi halinde bu zararın aynen tazmini mümkün değildir. Bazı hallerde ise aynen tazmin yetersiz gelebilir. Örneğin bedensel bütünlüğün ihlali sonucu kişinin zarar veren doktor tarafından tedavi edilmesi yanı sıra, bu süre zarfında çalışma gücünden yoksun olacağından kazanç kaybına maruz kalacaktır. Bu durumlarda zararın tamamen veya kısmen para ile tazmin edilmesi gerekir. Bunun dışında indirim sebeplerinin varlığı, zarar veren olaydan elde edilen yararların mahsubunun söz konusu olması halinde veya kolay icra veya hesaplanma şeklinden dolayı da zararın nakden tazmini yoluna gidilmektedir. Uygulamada nakden tazmin bu kolaylıklarından ötürü aynen tazminden daha geniş uygulama alanına sahiptir<sup>350</sup>.

Maddi zararın nakden tazmini ile meydana gelen zararın ortadan kaldırılması için yapılan veya yapılması gereken masrafların karşılanması amaçlanır. Başka bir ifadeyle, zarar gören mal veya hukuki değer yerine konması amaçlanmaz. Bu nedenle de nakden tazmin olarak verilen meblağın zararı karşılamak için kullanılması gerekmez<sup>351</sup>.

<sup>350</sup> EREN, s. 768-769; OĞUZMAN/ÖZ, s. 555-556; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 581-582; TİFTİK, s. 67; TANDOĞAN, s. 256-257; OFTINGER, s. 68; KAYNAR, s. 108.

<sup>351</sup> LARENZ, s. 473-474; MEDICUS, N. 588; TİFTİK, s. 65.

Nakden tazminin uygulandığı belli başlı halleri şöyle sıralayabiliriz<sup>352</sup>:

1) Bir kişinin ölümünden veya bedensel bütünlüğünün ihlalden doğan zararlar<sup>353</sup> nakden tazminle giderilebilir. Örneğin zarar görenin haksız fiil sonucu kırılan kolu için yapacağı tedavi giderleri, bu giderlerin yapılması şartı aranmaksızın, zarar verenden talep edilebilir. Bunun dışında zarar gören tedavi süresince çalışma gücünden yoksun kalmışsa bu da ancak nakden tazminle giderilir. Benzer şekilde desteklerinin ölmesi nedeniyle destekten yoksun kalan kişiler destekten yoksun kalma tazminatı adı altında nakdi tazminat talep edebilirler.

2) Eşyaya ilişkin zararlarda ise zarara uğrayan eşya misli bir mal değilse, zarar aynı cinsten mal verilmesi suretiyle, aynen tazmin edilemeyecektir. Örneğin bir ressamın çok değerli bir tablosunun yırtılması halinde aynen tazmin mümkün olmayacağından o tablonun parasal değeri tazmin edilir.

3) Zarar gören eşyanın eski hale getirilmesi çok masraflı veya külfetli olacaksa zarar nakden tazmin edilir.

4) Zararın zarar veren tarafından aynen tazmininde daha önce ifade ettiğimiz üzere zarar görenin rızasının bulunması, zarar verenin bunu düzeltmeye yetkili ve hazır olması gerekmektedir. Eşyaya ve bedensel bütünlüğe yönelik zararlarda bu şartların bulunmaması halinde zarar gören zararının nakden tazminini isteyecektir.

5) Hasarlı eşyayı zarar gören üçüncü kişiye tamir ettirirse<sup>354</sup> yapılan masraflar nakden tazmin edilecektir. Bunun dışında tamir edilen bir eşya tamirden sonra sürüm değeri düşerse bu sürüm değerinin aynen tazmini mümkün olamayacağı için uğradığı değer kaybı nakden tazmin edilir. Benzer şekilde söz konusu otomobil eğer ticari taksi olarak işletiliyorsa zarar gören yoksun kaldığı kârın da tazminini nakden isteyebilir.

---

<sup>352</sup> Bu sıralama ve bu konudaki açıklamalar için bkz. **TANDOĞAN**, s. 255-256; **TİFTİK**, s. 66; **NOMER**, s. 46 vd.

<sup>353</sup> Bedensel bütünlüğü ihlal edilen zarar görenin tedavisi aynen tazmin kısmında belirttiğimiz gibi zarar veren tarafından yapılıyor veya zarar veren başkasına ücretsiz olarak yaptırıyorsa bu durumda istisnai olarak aynen tazmin söz konusu olur. Bunun dışında bedensel bütünlüğü ihlal edilen zarar gören uzmanlık alanına giren bir tedaviye ihtiyaç duyuyorsa ve bu tedaviyi kendi kendine uygulayabilirse zarar verenden tedavi nedeniyle yapmış olduğu masrafları isteyebileceği fakat bunun dışında zarar görenin doktor olarak hastalarından aldığı ücreti isteyemeyeceği belirtilmektedir. Aynı husus hasarlı eşyanın zarar gören tarafından tamiri halinde de geçerlidir. Bu son iki cümle için bkz. **NOMER**, s. 46-48.

<sup>354</sup> Zarar gören tamiri bir tanıdığına ücretsiz olarak yaptırmışsa ortada tazminata konu olabilecek bir zarar olmayacağından zararın tazminden bahsedilemez. Bkz. **NOMER**, s. 47, dn. 46.

## B) Nakden Tazminin Türleri

Nakden tazminde hesaplanan tazminat bir bütün olarak toptan sermaye yoluyla veya belli aralıklarla irat şeklinde ödenebilir. Tazminatın ne zaman irat şeklinde ne zaman sermaye şeklinde ödeneceğine hâkim somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak karar verecektir<sup>355</sup>. Örneğin bir otomobilin tamir edildikten sonra sürüm değerindeki eksilme sermaye şeklinde tazmin olabilirken, destekten yoksun kalmaktan doğan zarar gibi geleceğe ait zararların irat şeklinde tazmin edilmesi niteliğine uygun düşer. Zira destek de bir seferlik belli bir miktarın ödenmesi şeklinde değil, düzenli olarak belli aralıklarla yardımda bulunmaktadır<sup>356</sup>. Benzer şekilde çalışma gücünden yoksunluk halinde de genellikle irat şeklinde tazminata hükmedilmektedir. Eşyaya ilişkin zararların ise irat şeklinde tazmini engellenmemiş olmasına rağmen uygulamada daha çok sermaye şeklinde tazmin edildiği görülmektedir<sup>357</sup>.

İrat şeklinde tazminin bazı yararları da bulunmaktadır. Mesela destekten yoksun kalma zararında irat şeklinde tazmin edilmesi yoluyla tazminatı alanların toplu parayı iyi değerlendiremeyip sonra yine yardıma muhtaç kalmaları önlenmiş olur<sup>358</sup>. İrat şeklinde tazminde zarar veren tazminatı birden ödemeyip taksitler halinde daha düşük miktarlarda ödeyeceğinden zarar verene ödeme kolaylığı da sağlar<sup>359</sup>.

Uygulamada daha ziyade zarar sermaye şeklinde tazmin edilmektedir. Bunun nedeni irat şeklinde ödemenin bir takım sıkıntıları da beraberinde getirmesidir.

Öncelikle enflasyonist baskıların fazla olduğu ülkelerde irat şeklindeki ödemeler ilerde zarar görenin ihtiyaçlarını karşılamaya yetmeyecektir. Bu durumda iradın paranın alım gücüne göre endekslenmesi yoluyla bu zararın aşılacağı öne sürülse de bu yöntemin pratik olmayacağı onun yerine zarar görenin eline toplu para

<sup>355</sup> **OFTINGER**, s. 67-68; **TİFTİK**, s. 69; **EREN**, s. 770. **NOMER** ise hâkimin tarafların nakdi tazminatın türü konusunda anlaşmalarıyla bağlı olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **NOMER**, s. 204.

<sup>356</sup> **OFTINGER**, s. 217; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. ; **EREN**, s. 770. Yargıtay 4. HD 13.02.1986 T., 1986/296 E., 1986/1316 K. <http://www.legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 08.07.2009).

<sup>357</sup> **OFTINGER**, s. 67-68. Örneğin bir kaynağın kirletilmesi gibi devamlı olarak bir gelirden yoksun kalma sonucunu veren eşyaya ilişkin zararlarda irat şeklinde tazmine hükmedilebilecektir. Bkz. **TİFTİK**, s. 70, dn. 58; **EREN**, s. 772; **TANDOĞAN**, s. 258.

<sup>358</sup> Bu konuya ilişkin bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 582-583; **OFTINGER**, s. 217; **EREN**, s. 770; **NOMER**, s. 213.

<sup>359</sup> **TİFTİK**, s. 70-71; **NOMER**, s. 213.



geçmesi halinde bunu daha yararlı şekilde yatırıma dönüştürebileceği bir ev veya iş yeri alabileceği belirtilmektedir<sup>360</sup>.

Gerçekten de tazminat alacaklısı tazminat ile kendine sürekli gelir sağlayacak bir iş kurması mümkündür. Özellikle zarar verici olay sonucu meslek değiştirmek durumunda kalan zarar görenin toplu paraya ihtiyacı vardır. Aynı şekilde zarar veren olaydan sakatlanan çocuğa toplu parayla daha iyi bir eğitim imkânı sağlanabilir<sup>361</sup>.

Zarar veren olay zarar görende ruhsal hastalıklara yol açmışsa, zararın sermaye şeklinde ödenmesi hastalığın iyileşmesini kolaylaştırır. Gerçekten de zarar gören irat şeklindeki ödemeyi her alışımda, hukuka aykırı fiili hatırlayacağı için ruh sağlığı bundan olumsuz etkilenecektir<sup>362</sup>.

Tazminatın irat şeklinde ödenmesi zarar gören ve zarar veren tarafı uzun süre birbirine bağlayacaktır. Sigortacının iradı ödediği durumlar dışında taraflar birbirine bağlanacaklar ve istemedikleri bir ilişkiyi sürdürmek zorunda bırakılacaklardır<sup>363</sup>.

Hâkimin irat şeklinde tazminata karar verebilmesi için borçludan gereken teminatın alınması gerekmektedir (BK m. 43/II). Söz konusu düzenleme emredici nitelikte olduğundan hâkim borçlunun teminat verebilecek durumda olup olmadığını resen araştırmalıdır. Aynı zamanda teminat hâkimin tespit ettiği süre içinde verilmeli ve sonraki uyumsuzlukları önlemek için türü, kararda belirtilmelidir. İrat şeklinde tazminata karar verilmesi halinde uzun yıllar boyunca zarar veren zarar görene ödeme yapacağından, bu ödemenin önceden teminat altına alınması gerekir. Zira ilerde zarar verenin iflas etmesi veya ekonomik sıkıntıya düşmesi halinde zarar gören bir kez daha mağdur olmamalıdır. Bu teminatın şahsi teminattan ziyade taşınır rehini, ipotek gibi aynı teminat olması gerekmektedir. Eğer sorumlu kişi Devlet veya bir kamu kuruluşu ise teminat şartından vazgeçilebilir<sup>364</sup>.

---

<sup>360</sup> **OFTINGER**, s. 218; **EREN**, s. 770-771; **TİFTİK**, s. 71-72; **NOMER**, s. 212.

<sup>361</sup> **OFTINGER**, s. 218; **EREN**, s. 771; **TİFTİK**, s. 71; **NOMER**, s. 212-213; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 184.

<sup>362</sup> **OFTINGER**, s. 218; **EREN**, s. 770-771; **TİFTİK**, s. 73; **NOMER**, s. 212.

<sup>363</sup> **OFTINGER**, s. 218; **TİFTİK**, s. 73; **NOMER**, s. 212.

<sup>364</sup> **OFTINGER**, s. 214, dn. 241; **TİFTİK**, s. 72; **NOMER**, s. 208-209; **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 582; **EREN**, s. 771-772. Son yazar aynı yerde zarar gören, zarar verenin teminat gösteremeyecek durumda olduğunu bilmesine rağmen irat şeklinde tazminat ödenmesini talep ediyorsa hâkimin teminatsız irada, aksi halde sermayeye hükmedeceğini belirtmektedir. Benzer şekilde **NOMER** de hâkimin teminat konusunda tarafların anlaşmasıyla bağlı olduğunu belirtmektedir. Bkz. **NOMER**, s. 209.

Zarar veren olay nedeniyle zarar görenin hayat beklentisi azalmışsa tazminata sermaye şeklinde hükmedilmesi yerinde olacaktır<sup>365</sup>. Gerçekten de maruz kaldığı zarar sonucu en fazla on yıl daha yaşayabileceği tahmin edilen genç bir kişiye irat şeklinde tazminata karar vermek hakkaniyete uygun olmayacaktır.

Son olarak haksız fiil sonucu meydana gelen zararın tazmini için kısmen irat kısmen de sermaye şeklinde tazminata karar verilmesi mümkündür<sup>366</sup>. Ayrıca zararın sermaye şeklinde ödenmesine karar veren hâkim borçlunun ödeme güçlüğüne düşmemesi için tazminatı birkaç taksite bölebilmelidir<sup>367</sup>.

Sonuç olarak hâkim sermaye şeklinde veya irat şeklinde tazminata karar verirken bu tazmin türlerinin belirtilen olumlu ve olumsuz yanlarını göz önünde tutarak somut olayın gerektirdiği nakdi tazmin şeklini belirleyecektir.

### Ş3. TAZMİNATTA İNDİRİM SEBEPLERİ

#### I. Genel Olarak

Borçlar Kanunumuzun 43. maddesinin birinci fıkrasında tazminatın nasıl belirlenmesi gerektiği açıklanmıştır. Buna göre hâkim durum ve şartlara ve kusurun ağırlığına göre tazminatı belirleyecektir<sup>368</sup>. Borçlar Kanunu m. 44/I'de ise hâkimin zarar görenin rızası, zararın meydana gelmesine veya artmasına katkısı, zarar verenin sosyal ekonomik durumu gibi nedenlerle tazminatı indirilebileceği veya tazminata hiç karar vermeyeceği düzenlenmiştir. Daha genel bir ifadeyle zarar verenin sebep olduğu zararın, ne kadarını karşılanıp ne kadarının zarar gören üzerinde kalması gerektiği hususu, tazminatın kapsamının belirlenmesi sorunudur.

<sup>365</sup> OFTINGER, s. 218; TİFTİK, s. 73.

<sup>366</sup> TİFTİK, s. 70; EREN, s. 772; İNAN, s. 330.

<sup>367</sup> Bunun kanuni temeli TANDOĞAN ve NOMER'in de ifade ettiği gibi BK m. 44/II'dir. Aksi görüşte OĞUZMAN/ÖZ ise bunun BK m. 43/1'e dayandığını öne sürmektedir. Bkz. TANDOĞAN, s. 258; NOMER, s. 201; OĞUZMAN/ÖZ, s. 556.

<sup>368</sup> Her ne kadar maddenin aslında "hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre" tabiri yer alsa da bunun yanlışlık eseri olduğu belirtilmektedir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 583, dn. 1c; OĞUZMAN/ÖZ, s. 577; İNAN, s. 344. Gerçekten de Mehaz İsviçre Borçlar Kanununda madde 43/1'de hâkimin tazminatın türü ve kapsamını, hal ve şartlar anlamına gelen "Umstaende" ve kusurun miktarı anlamında olan "Größe des Verschuldens" tabirleri kullanılarak, tazminatın bunlara göre belirleneceği ifade edilmektedir.

Şüphesiz hâkim önce tazminatı BK m. 43'e göre tespit edip, sonradan bunu BK m. 44'e göre indirmez<sup>369</sup>. Bu iki madde birlikte değerlendirilerek tazminat miktarı tespit edilir. Hâkim tazminat miktarında indirim yapıp yapmayacağına ve ne kadar indirim yapacağına TMK m. 4'te düzenlenen takdir yetkisi çerçevesinde karar verecektir<sup>370</sup>.

Borçlar Kanunumuzun 43 ve 44. maddelerinde yer alan tazminat miktarının belirlenmesine etki eden faktörleri zarar verenin kusurunun ağırlığı, zarar görenden kaynaklandığı öne sürülebilen sebepler ile diğer faktörler olarak temel üç başlık altında incelemeyi uygun buluyoruz.

## II. Zarar Veren Kusurunun Ağırlığı

Türk- İsviçre Hukukunda tazminatın miktarının zarar verenin kusurunun ağırlığına göre belirleneceği kabul edilmiştir (BK m. 43/1). Buna göre Alman hukukundan farklı olarak tazminat kusurunun ağırlığına göre kademelendirilmiştir<sup>371</sup>. Her ne kadar bu durum tazminatın esas amacıyla çelişiyormuş gibi görünse de hakkaniyetin sağlanması için kusurun derecesine göre tazminatın kademelendirilmesi haklı gözükmemektedir.

Doktrinde buna ilişkin özellikle zarar verenin ihmali sonucunda kendisinin de zarar görmesi halinde tazminatın cezadan daha fazla bir etki göstereceği ve kusur

---

<sup>369</sup> **NOMER**, s. 67. Bu nedenle doktrinde kenar başlığı her ne kadar tazminatın tayini olsa da 43. maddede düzenlenen kusurun ağırlığı ve hal ve mevkiin icabının da birer indirim sebebi olduğu belirtilmektedir. Bkz. **NOMER**, s. 66; **TİFTİK**, s. 84. Hatta son yazar aynı yerde, 44. maddenin 43. maddenin özel bir hali olduğunu görüşünü belirtmiştir. Nitekim Yargıtay da BK m. 44'ün m. 43'ü bir anlamda tanımladığını ifade etmektedir. Yargıtay 4. HD., 09.12.1986 T., 5929 E., 8273 K. sayılı kararı için bkz. **UYGUR**, s. 2043.

<sup>370</sup> **TİFTİK**, s. 85; **BİRSEN**, s. 281.

<sup>371</sup> Alman hukukunda “*Ya hep ya hiç prensibi (Alles oder Nichts Prinzip)*” gereği kural olarak zarar veren, zarar verici olay nedeniyle ortaya çıkan zararların hepsini tazmin eder. Buna “*tam tazmin (Totalreparation)*” denir. Bu ilke, ancak zarar görenin zararın ortaya çıkmasında etkisi olmuşsa, yumuşayabilir. Zararın hepsinden zarar verenin sorumlu olması çok ağır olabilir. Özellikle otobanda çok ufak bir dikkatsizlikle yapılan zincirleme kaza sonucu birçok kişinin ölümüne veya yaralanmasına yol açıp, büyük maddi zararlara da sebebiyet verilmesi halinde ortaya çıkan toplam zarar normal kazanan bir kişinin karşılayamayacağı tutarlara ulaşır. Bunun için özellikle Karayolu Trafik Kanunu (StVG § 12) ve Ürün Sorumluluğu Kanununda (ProdHaftG §10) istisnalara yer verilmiştir. Alman Medeni Kanununa Türk- İsviçre Borçlar Kanununun 43. maddesinde olduğu gibi bir indirim şartı eklenmek teklif edildiyse de, bu kabul edilmemiştir. Ayrıca zarar verenin yaşam boyu finansal ihtiyaçları karşılanması gerektiği için tam tazminin anayasaya aykırılığı öne sürülmüştür. Bkz. bu açıklamalar için **MEDICUS**, N. 585; **HIRSCH**, N. 608-609; **HÜTTE/HELLBRON**, s. 340. Karş. **AYBAY**, s. 94. **BAŞTUĞ** ise bu farklılığı belirterek tazminatın kusura bağlanmasını tazminatı cezaya dönüştürdüğünü bu nedenle haklı tenkitlere uğradığını ifade etmektedir. Bkz. **BAŞTUĞ**, s. 247.

sorumluluğunda kusurla tazminatın orantılı olmasının adalet hissine uygun geleceği belirtilmiştir. Aynı doğrultuda kusursuzluk ile hafif kusur arasındaki sınırın ve illiyet bağının çoğu kez belirlenemeyeceğinden, zarar verenin kusuru oranında tazminattan indirim yapılmasının yerinde olduğu ifade edilmektedir<sup>372</sup>.

Bu durumda zarar veren, ağır kusurluysa ve başka bir indirim sebebi de yoksa hesaplanan zarar miktarının hepsini tazmin etmesi gerekirken; hafif kusurlu olması halinde, hakkaniyet gerektiriyorsa, zararın kusur oranına göre hesaplanan kısmını tazmin etmesi gerekir. Fakat hemen belirtelim ki, buradan matematiksel bir orantı anlaşılmalıdır. Zira tazminatı sadece kusur belirlemez. Kusurun yanı sıra hâkim olayın bütün unsurlarını, özellikle tarafların ekonomik durumlarını göz önünde tutmalıdır<sup>373</sup>. Bütün bunlar bir araya getirildiğinde hâlâ zarar verenin hafif kusurlu<sup>374</sup> olması tazminattan indirime gidilmesini gerektiriyorsa o zaman hâkim tazminatı ona göre belirleyecektir. Söz gelimi zarar veren varlıklı, zarar gören ekonomik bakımdan güçsüz ise zarar veren hafif kusurlu da olsa hakkaniyet, zararın tamamının karşılanmasını gerektirir<sup>375</sup>.

Kusura dayanmayan sorumluluk halinde ise, yardımcı kişi veya sorumlu olan kusurluysa bunun ağırlık derecesine göre tazminattan indirim yapılmaz; zira kusuru olsa da olmasa da kişi sorumludur. Fakat burada sorumlu olanın veya yardımcı kişinin kusurlu olması, zarar görenin zararın doğmasında kusurunun varlığı halinde veya beklenmeyen bir halin varlığında etkili olur. Zira zarar verenin kusuru ile zarar görenin kusuru birbirlerini nötralize edeceklerinden, zarar veren, zarar görenin

<sup>372</sup> TANDOĞAN, s. 316-317; TİFTİK, s. 89; BECKER, s. 265; İNAN, s. 344. Kusurun var olup olmadığı tartışmasında hâkime tazminatı düşük tutma imkânı verilmeseydi, hâkimin tazminata hiç karar vermeme olasılığının bulunduğu, bu şekilde söz konusu durumun engellendiğine ilişkin bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s. 578.

<sup>373</sup> TİFTİK, s. 90; EREN, s. 757; NOMER, s. 73. Tazminatın bu şekilde belirlenmesinde hâkim tam anlamıyla takdir hakkını kullanacaktır. Bkz. bu doğrultuda TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 591.

<sup>374</sup> Doktrinde hafif kusur-ağır kusur ayrımının yanı sıra orta kusur kategorisinin de varlığı belirtilip hal ve şartların uygun olması halinde bu durumda da tazminattan indirim yapılabileceği, yalnız ağır kusurun indirimi engellediğini belirten bir görüş öne sürülmüştür. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 592. Kanaatimizce, hafif kusur halinde bile hâkim hal ve şartlara ve özellikle zarar veren ve zarar görenin durumuna göre karar verdiğine göre hafif ve ağır kusurun yanında orta kusurun varlığını savunmak teorik olmaktan öteye gitmemektedir. Zira uygulamada kusurun derecesi ne olursa olsun hâkim tazminatı belirlerken kusuru diğer unsurlarla beraber değerlendirip ona göre zarardan az bir tazminata hükmedip etmeyeceğine karar verecektir.

<sup>375</sup> BECKER, s. 265; TİFTİK, s. 90; NOMER, s. 74. Tam tersine zarar verenin ağır kusurlu olmasına rağmen diğer şartlar tazminatta indirim yapmayı haklı gösteriyorsa tazminattan indirim yapılacağına ilişkin bkz. NOMER, s. 73. Özellikle temyiz kudretine sahip olan küçük çocuklar için bu uygulanabilir. Bkz. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 591; DESCHENAUX/TERCIER, s. 205.

kusuru indirim sebebinden yararlanamayacaktır. Aynı şekilde beklenmeyen hal nedeniyle yapılan indirim sorumlu kişi aleyhine dikkate alınır<sup>376</sup>.

### III. Zarar Görenden Kaynaklandığı Öne Sürülebilen Sebepler

#### A) Zarar Görenin Rızası

Borçlar Kanunu m. 44/1'de zarar görenin zarara rıza göstermesinin bir indirim sebebi olduğu düzenlenmiştir. Kural olarak zarar görenin rızası hukuka aykırılığı ortadan kaldırdığı için zarar gören tazminat talep edemez. Bunun sebebi kişinin tasarrufta bulunabileceği bir değerın zarara uğramasının bilincinde olması ve bunu onaylamasıdır. Zarar görenin bu durumda tazminat talep edemeyeceği açıktır. Fakat zarar gören üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği bir değerının zarar görmesinin bilincindeyse bunu istiyor veya onaylıyorsa, ne olacaktır? Hukuk düzenince yasaklanan bir durumun hukuka aykırılığı ortadan kaldırması mümkün olmayacağından, bu rıza BK m. 20/I'e göre hukuka ve ahlaka aykırı olduğundan geçersizdir. Aynı şekilde rızasının hukuka uygun olması için gereken şekil şartlarına uyulmamışsa<sup>377</sup>, razı olunan sınır aşılmışsa<sup>378</sup>, kişi rıza vermeye ehil değilse (TMK m. 15, 16) veya hata, hile veya ikrah nedeniyle bu rıza beyanı iptal edilmişse rıza hukuka aykırı hale gelecektir<sup>379</sup>. Bu durumda zarar görenin davranışı, hukuka aykırı bir eylem olarak zararın doğmasına katkıda bulunma olacağından, ortak kusur oluşturur<sup>380</sup>. Bu nedenle hâkimin hal ve şartlara göre tazminatı tamamen kaldırabileceği gibi indirebileceği düzenlenmiştir<sup>381</sup>.

<sup>376</sup> **TANDOĞAN**, s. 317-318; **EREN**, s. 757; **NOMER**, s. 77; **TEKİNAY/ AKMAN/ BURCUOĞLU /ALTOP**, s. 592.

<sup>377</sup> Bu konuda BURCUOĞLU 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkındaki Kanunun 6. maddesini örnek göstermektedir. Söz konusu maddede 18 yaşını doldurmuş yaşayan birinden organ veya doku alınabilmesi için vericinin en az iki tanık huzurunda açık, bilinçli ve tesirden uzak olarak önceden verilmiş yazılı ve imzalı veya en az iki tanık önünde sözlü olarak beyan edip imzaladığı tutanağın bir hekim tarafından onaylanmasının zorunlu olduğu belirtilmiştir. Yazar rızanın aranan bu şekil şartlarına uymaması halinde hâkimin tazminatı BK. m. 44/I'e göre azaltmak veya kaldırmak yetkisine sahip olduğunu belirtmektedir. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 593 dn. 11.

<sup>378</sup> **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 579.

<sup>379</sup> **NOMER**, s. 104. Hukuka aykırı olan rıza beyanına göre tazminatın indirilebilmesi için bu beyanın zarar verene ulaşması gerekmektedir. Bkz. **NOMER**, s. 106.

<sup>380</sup> Buna rağmen TİFTİK'in de ifade ettiği gibi rıza tek taraflı bir irade beyanı iken, kusur kural olarak olumlu veya olumsuz bir davranışa dayanmaktadır. Bu nedenle rızada fiil ehliyeti, geçerlilik şartı gibi hukuki işleme ilişkin şartlar dikkate alınırken zarar görenin kusurunda kusurla ilgili hususlar göz

Zarar görenin üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği değerlerinin başında yaşam hakkı ve vücut bütünlüğü gelmektedir. Bu nedenle zarar görenin rızası özellikle tıbbi müdahaleler ve sportif faaliyetlerde önem taşır. Sportif faaliyetin kendi kuralları içinde icrası sırasında kişinin zarara uğraması halinde bu meslek veya faaliyetin icrasından doğan hukuka uygunluk sebebidir, tazminat talep edilemez. Fakat sportif faaliyetin sınırlarını aşan durumlarda zarar verenden tazminat talep edilebilir, hâkim burada gerekiyorsa tazminatta indirim öngörebilir. Tıbbi müdahalelerde de zarar görenden hukuka uygun olarak rıza alınmışsa<sup>382</sup> tazminat talep edilemezken, rıza eğer geçersizse zarar verenin ödeyeceği tazminattan indirim yapılabilir. Rızanın hukuka uygun olarak alınmasından kasıt doktorun hastayı yapılacak işlemin sonuçları, riskleri ve faydaları bakımından yeterince aydınlatmasıdır<sup>383</sup>.

Rızanın mutlaka açık bir irade beyanına dayanması gerekmemektedir. Zarar gören, sarhoş olan kişinin arabasına binmesi halinde olduğu gibi kapalı olarak da rızasını gösterebilir<sup>384</sup>.

## B) Zarar Görenin Kusuru

### 1) Genel Olarak

Borçlar Kanunumuzda madde 44/1'e göre zarar görenin eylemi zararın doğumuna veya çoğalmasına yardım etmişse hâkim tazminatı indirebileceği gibi tazminata hiç hükmetmeyebilir. Zarar görenin kusuru, kusur sorumluluğunda ortak

---

önünde tutulacaktır. Bkz. **TİFTİK**, s. 99, dn. 103. Bu nedenle biz de kanundaki düzenlemeye uygun olarak zarar görenin kusuru ile rızasını ayrı ayrı başlıklarda ele almayı uygun buluyoruz.

381 **EREN**, s. 758; **BECKER**, s. 269; **AYBAY**, s. 96.

<sup>382</sup> 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının İcrası Tarzı İcrasına Dair Kanunun tıbbi müdahalelerde rıza şartına ilişkin 70 maddesinde aynen “*Tabipler, dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)*” ifadesi yer almaktadır.

383 **EREN**, s. 758; **BECKER**, s. 269; **TİFTİK**, s. 100 vd; **BİRSEN**, s. 253. . Örneğin hastanın kendisine öldürücü dozda ilaç verilmesine rıza göstermesi halinde doktorun ödeyeceği tazminat indirilecektir. Bkz. bu örnek için **TANDOĞAN**, s. 321.

384 **EREN**, s. 758; **BECKER**, s. 269; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 579, dn. 361; **TUNÇOMAĞ**, s. 291. Bu, İsviçre hukukunda “*Handeln auf eigene Gefahr*” olarak adlandırılan “*kendini tehlikeye atmak*” şeklinde tercüme edebileceğimiz durumu oluşturmaktadır. Bu konuya ilişkin açıklamalar için bkz. aşağıda Üçüncü Bölüm, § 1, III, B, 4.

kusur olarak adlandırılırken, kusursuz sorumlulukta buna “zarar görenin kendi kusuru” denilmektedir<sup>385</sup>.

Bir kişinin uğrayacağı zarara karşı kendi menfaatlerini koruyabilecek durumdayken aksine zararın doğmasına veya çoğalmasına yardım etmesi halinde zarar verenden tam tazminat alması hakkaniyete ve dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırı olacaktır<sup>386</sup>. Bu nedenle yasa koyucu zarar görenin eyleminin zarara ilişkin etkisine göre tazminatın indirilebileceğini veya ortadan kaldırılabileceğini<sup>387</sup> kabul etmiştir. Gerçekten de aksi halde zarar görenin durumu, “kimsenin kendi kusurundan yararlanmaması” ilkesiyle çelişecektir<sup>388 389</sup>.

---

385 **EREN**, s. 759; **FEYZİOĞLU**, s. 533-534. Gerçekten de kusursuz sorumlulukta zarar görenin kusuru aranmadığı için zarar görenin zarar verenle ortaklık oluşturacak bir kusurunun varlığından söz edilemez. Doktrinde bu nedenle **TİFTİK** ve **NOMER** zarar görenin kusuru terimini kullanmaktadır. Bkz. **TİFTİK**, s. 109, dn. 148; **NOMER**, s. 86. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP** ise zarara uğrayanın kusuru için “zarar görmeye kusur” tabirini kullanmaktadır. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 594. Yargıtay ise birçok kararında zarar görenin kusuru için “bölüşük kusur” tabirini kullanmaktadır. Bkz. Yargıtay 4. HD. 11.07.2000 T., 2000/4822 E., 2000/6844 K.; Yargıtay 4. HD., 22.11.2001 T., 2001/7197 E., 2001/11401 K. sayılı kararlar için <http://www.legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 06.06.2009) Çalışmamızda biz akit dışı sorumluluk anlamında maddi zarar konusunu ele aldığımızdan terim karışıklığı olmaması için her iki durum için de zarar görenin kusuru tabirini kullanacağız.

386 **TANDOĞAN**, s. 319; **TİFTİK**, s. 108; **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 57; **REİSOĞLU**, s. 186.

387 Bu şekilde zarar görenin kusurunda “*Culpa-Compensation= Kusur-Takası*” ilkesinin geçerli olduğu ifade edilmektedir. Buna göre zarar görenin daha ağır basan ortak kusuru tazminat yükümünü kaldırırken; aynı derecedeki kusurun varlığında bütün zarar taraflara yarı yarıya yükletilir. Bkz. **BECKER**, s. 271 vd. Uygulamada zarar görenin kusuru nedeniyle tazminatın ortadan kaldırılmasının istisnai olduğu kabul edilmektedir. Kanaatimizce bunun için zarar görenin kusurunun illiyet bağıni kesecek düzeye ulaşması gerekmektedir. Bkz. **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 57. Yargıtay da zarar görenin sarhoş olduğu için aracını kullanan davalıya hızlı gitmesi yönündeki müdahalesinin davalının tazminat yükümünü tamamen ortadan kaldırmayıp indirilmesine neden olduğunu kabule etmiştir. Bkz. Yargıtay 4. HD., 30.4.1984 T., 1984/3198 E., 1984/3471 K. Aynı yönde Yargıtay HGK 08.10.2008 T., 2008/3-573 E., 2008/611 K. sayılı kararı ve Yargıtay HGK 18.04.1986 T., 1984/4767 E., 1986/437 K. sayılı kararı için <http://www.legalbank.net/>, (Erişim Tarihi: 04.06.2008).

388 Yargıtay HGK 18.04.1986 T., 1984/4767 E., 1986/437 K. sayılı kararında aynen “...zarar görenin zarardan kaçınma görevini yerine getirmemesi ile ortaya çıkan davranışının objektif ölçütlerle (kusurun objektifleştirilmesi) bir kusur sayılıp sayılamayacağı ve bu kusurun zararın meydana gelip gelmemesinde bir payı (illiyet bağı) olup olmadığı açıklığa kavuşmalıdır... Türk pozitif hukukunda Borçlar Kanununun 44/1. maddesinin (hiç bir kimse kendi kusurundan yararlanamaz) ilkesine dayandığı kabul edilmektedir... İşte maddenin belirlenen bu amacı altında bir değerlendirme yapılırken, zarar verenin ve zarar görenin olay içindeki ortak kusurlu davranışlarının nedeni, çeşidi (kast-ihmal) ve zararlı sonuç ile birbirlerinin kusurlarına etki dereceleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu şekilde yapılacak bir değerlendirme sonucu olayda ortak kusurun etki ağırlığı o derece olmalıdır ki, zarar verenin hukuka aykırı davranışını (illiyet bağıni) tamamen kesmemekle beraber, ikinci plana itsin, istisnai amaç (tazminat hükmünden tamamen sarfınazar edilmesi) hak ve adalete uygun hale gelsin.” ifadesi yer almaktadır. Bkz. <http://www.legalbank.net/>, (Erişim Tarihi: 04.06.2008). Bkz. **EREN**, Fikret: Sorumluluk Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975, s. 190. **NOMER** de “venire contra factum proprium= çelişkili davranma yasağına” işaret ederek zarar görenin tam tazminat istemesinin dürüstlikle bağdaşmayacağını belirtmektedir. Bkz. **NOMER**, s. 87. Ayrıca kamu yararı malın elden geldiğince zarardan korunmasını gerektirdiği için bu düzenlemenin dürüstlük kuralının yanı sıra sosyal düşünceye ve kamu yararına uygun düştüğüne ilişkin bkz. **TİFTİK**, s. 109.

Her ne kadar kusur tabiri kullanılsa da zarar görenin kusuru teknik anlamda bir kusur değildir<sup>390</sup>. Zira kusur kişinin, başkasına farklı davranma olanağı varken, toplumca kınanacak veya ayıplanacak bir davranış göstermesidir. Burada ise zarar görenin eyleminden etkilenen yine kendisidir. Bu nedenle zarar görenin kusurundan başkasına zarar veren iradi veya ahlaki bir kötülüğünü veya zayıflığını değil, kendi menfaatlerini korumak için gerekli özeni ve çabayı göstermemesi veya tamamen aksi yönde hareket etmesi anlaşılmalıdır. Fakat buna rağmen failin kusuruna ilişkin esaslar kıyasen zarar görenin kusurunda uygulanacaktır; zira zarar gören zarar veren rolünde olsaydı hareketi gerçek anlamda kusurlu sayılacaktı. Bu nedenle zarar verenin kusur derecesi ve türleri hakkında yapılan açıklamalar zarar görenin kusuru için de geçerlidir<sup>391</sup>.

Zarar görenin kusuru kast veya ihmal şeklinde görülebilir. Zarar görenin intihar amacıyla kendini yolda hızla seyreden bir aracın altına atması halinde kusuru kast şeklinde iken, sağa sola bakmadan karşıdan karşıya geçmek isterken bir aracın altında kalması halinde ise bu davranışı ihmalidir<sup>392</sup>. Zarar görenin ihmali, zarar verenin ihmali olduğu gibi hafif ihmal ve ağır ihmal olarak ikiye ayrılır. Bunun belirlenmesinde de yine objektif kıstaslara göre hareket edilmesi gerekmektedir. Bu çerçevede olaydaki somut zarar görenin davranışlarının değil, normal zekâ düzeyine sahip ortalama bir kişinin göz önünde bulunduracağı tedbirlere göre ihmal derecesi tayin olunur<sup>393</sup>.

---

<sup>389</sup> Zarar görenin kusuruyla zarara sebebiyet vermesi veya artmasına neden olması halinde zarar verenden tam tazminat talep etmesi, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Türk Medeni Kanunumuzun 2. maddesinde düzenlenen bu durumu hâkim re'sen göz önünde bulunduracaktır. Aynı zamanda dürüstlük kuralının kanun hükümlerinin katı bir şekilde uygulanmasını önlemek gibi bir işlevi de vardır. Bundan dolayı kanaatimizce Borçlar Kanunumuzun 44. maddesinin 1. fıkrasında zarar görenin kusurunun bir indirim sebebi olarak düzenlenmesine yer verilmemiş olsaydı, hâkim yine de 43/1. madde ve dürüstlük kuralı gereği tazminatın indirilmesine re'sen karar verebilecekti.

<sup>390</sup> **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 594; **EREN**, Uygun İlliyet, s. 189-190; **NOMER**, s. 86; **TUNÇOMAĞ**, s. 291. Ayrıca bu durum kural olarak hukuka aykırı değildir. Bkz. **NOMER**, s. 84 vd, özellikle dn. 109.

<sup>391</sup> **KANETİ**, Selim: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu Ankara 21-22 Ekim 1977, s. 40; **OFTINGER**, s. 160; **TİFTİK**, s. 107; **TANDOĞAN**, s. 319-320.

<sup>392</sup> Zarar veren kasıtlı iken zarar görenin hafif kusurlu hareket etmesi halinde tüm zararın tazmin edileceği; fakat kusur dereceleri aynı ise ve zarar veren kasden hareket etmemişse tazminatın indirileceğine dair bkz. **BAŞTUĞ**, s. 249.

<sup>393</sup> **TANDOĞAN**, s. 320; **EREN**, s. 759. Aksi görüşte olan **NOMER**'e göre sorumluluğun kurulmasında geçerli olan objektifleştirilmiş ihmal, tazminatın belirlenmesinde yerini zarar görenin şahsi özelliklerine bırakacaktır. Bkz. **NOMER**, s. 88-89. Ayrıca bu konuda zarar verenin kusuruna ilişkin yapılan açıklamalar için bkz. Birinci Bölüm, §1, III, A, 1, b, cc.



Zarar gören mesleği nedeniyle bu tarz bir tehlikeye alışık veya ani karar vermek durumundaysa kusuru daha az oranda değerlendirilir<sup>394</sup>. Örneğin vagonları bağlayan demiryolu görevlisinin vagonların arasında gezinmesi sırasında veya kendisini tehlikeden kurtarmak için yürüyen otomobilden atlayan kişinin zarara uğraması halinde zarar gören daha az kusurlu kabul edilir<sup>395</sup>. Bununla birlikte bir hareketin zarar görenin kusuru olduğunu söyleyebilmek için zarar görenin hareketinin zararlı sonucunu önceden görmesi gerektiğinden korkutulan kişinin hareketi ona kusur olarak isnat edilemez<sup>396</sup>.

Borçlar Kanunu m. 44/T'de zarar görenin kusurunun iki şekilde gerçekleşebileceği açıklanmıştır. Bunlardan ilkinde zarar gören zararın doğmasına, diğerinde ise doğmuş olan zararın artmasına yardım etmektedir. Bu iki halin dışında doktrinde zarar görenin kendisini tehlikeye atması olarak ifade edilen üçüncü bir duruma da aşağıda yer verilecektir.

## 2) Zarar Görenin Zararın Doğmasına Sebebiyet Vermesi veya İştirak Etmesi

Zarar gören hareketiyle zarar verici olayın oluşumunu kolaylaştırması veya diğer tarafın fiilinin zararlı neticelerini önleyici tedbirler almaması durumunda zararın doğmasına sebebiyet vermiş veya iştirak etmiş sayılır<sup>397</sup>. Zarar görenin bu hareketi haksız fiil işlenmesinden önce olabileceği gibi haksız fiille aynı anda da olabilir<sup>398</sup>. Örneğin zarar görenin hamala taşıdığı şeyin içinde çok kıymetli ve

<sup>394</sup> **OFTINGER**, s. 162.

<sup>395</sup> **OFTINGER**, s. 162; **TİFTİK**, s. 111; **TANDOĞAN**, s. 320. Son yazar aynı yerde ayrıca belli bir çevrede laubali birtakım davranışların yapıla gelmesi halinde buna uygun hareket etmenin zarar görenin kusurunu ortadan kaldırmayacağına işaret etmektedir. Karş. Yargıtay 10. HD. 25.02.2008 T., 2007/4896 E., 2008/2365 K. sayılı kararı, <http://www.legalbank.net/>, (Erişim Tarihi: 06.06.2009).

<sup>396</sup> **BECKER**, s. 270; **OFTINGER**, s. 163.

<sup>397</sup> **TANDOĞAN**, s. 321; **FEYZİOĞLU**, s. 541-542. Bu çerçevede Yargıtay sarhoş olduğunu bildiği kişinin arabasına binen zarar görenin trafik kazası nedeniyle ölmesi sonucu yakınlarının talep ettikleri destekten yoksun kalma tazminatının BK m. 44/T'e göre indirileceğine karar vermiştir. Bkz. Yargıtay 4. HD., 20.10.2005 T., 2004/14537 E., 2005/11221 K. sayılı kararı ve aynı şekilde zarar görenin maddi manevi tazminat talepleri için Yargıtay 4. HD., 10.12.1998 T., 1998/7110 E., 1998/10054 K. sayılı kararı için <http://www.legalbank.net/>, (Erişim Tarihi: 06.06.2009). Fakat Yargıtay HGK'nun 21.12.1960 T., 4/253 E., 302 K. sayılı kararında "Başkalarının çıkardığı yangında ölen Hüseyin'in yangının başladığı binadan dışarı çıktıktan sonra, yangını söndürmeye çalışmak için tekrar içeri girmesi, kendisi için zarara sebebiyet verme sayılmaz" şeklinde hüküm kurmuştur. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/AKMAN**, s. 599, dn. 17.

<sup>398</sup> **TİFTİK**, s. 113; **NOMER**, s. 82.

kırılacak bir şey olduğunu bildirmemesi sonucu içindekinin kırılması<sup>399</sup> veya bir hokey maçını pistin hemen yanından izleyen kadının bunun tehlikeli olacağını düşünmemesi<sup>400</sup> hallerinde zarar gören zararın doğmasına yardımcı olmaktadır<sup>401</sup>. Zira söz konusu hallerde zarar gören ortalama bir kişinin almakla yükümlü olduğu tedbirleri almadığı için kusuru oranında zarara katlanması gerekmektedir.

### 3) Zarar Görenin Zararın Artmasına Sebebiyet Vermesi

Zarar meydana geldikten sonra zarar görenin çok masraflı ve tehlikeli olmamak kaydıyla ortaya çıkan zararı azaltma imkânı varsa, bunu azaltmakla yükümlüdür<sup>402</sup>. Bu yükümlülük kişiye dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenen ölçüler çerçevesinde gereken önlemi almaktan ibarettir. Başka bir ifadeyle bu tedbirler, zarar görenin kendi sağlığını ve hayatını tehlikeye sokmayacak her makul insanın başvurabileceği türdendir. Bu çerçevede yangının başlangıcında itfaiyeye haber verme ödevi, yaralananın vaktinde tedavi olma ve tedaviye uygun hareket etme ödevinin varlığı kabul edilir<sup>403</sup>.

### 4) Zarar Görenin Kendisini Tehlikeye Atması

Zarar görenin bir tehlikeden kaçması mümkün iken tehlikeye atılması halinde de ortaya çıkan tazminat yükümlülüğü BK m. 44/I'e göre indirilir; hatta duruma göre hâkim tazminata karar vermekten tamamen kaçınabilir. Daha önce belirttiğimiz gibi zarar görenin kendini tehlikeye atması İsviçre Hukukunda “Handeln auf eigene Gefahr” olarak adlandırılır<sup>404</sup>. Bu durumda da zarar görenin kendini gönüllü olarak tehlikeye atıp, tazminat talep etmesi, doğruluk ve güven ilkesinden türetilen “*venire contra factum proprium = çelişkili davranış yasağına*” aykırılık oluşturması halinde

<sup>399</sup> TANDOĞAN, s. 321; benzer örnekler için bkz. EREN, s. 762; BİRSEN, s. 251-252.

<sup>400</sup> DESCHENAUX/TERCIER, s. 59.

<sup>401</sup> İNAN, s. 346.

<sup>402</sup> Bu çerçevede zarar görenin bir ameliyata rıza gösterip göstermemesinin ona kusur olarak addedilip tazminatın bu çerçevede indirilip indirilmeyeceği hususuna ilişkin açıklamalar için bkz yukarıda İkinci Bölüm, §3, III, B, 3, c.

<sup>403</sup> BECKER, s. 271; EREN, s. 762; TİFTİK, s. 116 vd; TANDOĞAN, s. 322; FEYZİOĞLU, s. 538; BİRSEN, s. 252.

<sup>404</sup> Doktrinde bu durumu NOMER “tehlikeye atılmak” başlığı altında incelemekte iken TİFTİK ise burada “zarar tehlikesini göze alma” tabirini kullanmaktadır. Bkz. NOMER, s. 106 vd; TİFTİK, s. 105vd.

BK m. 44/I'in hedeflediği sonucun olası bir uygulaması elde edilir<sup>405</sup>. Bu nedenle kendisini tehlikeye atan kişinin kusurlu olması gerekir, zira sorumluluk hukuku kusurun gerekliliğine dayanır<sup>406</sup>. Örneğin ehliyetsiz veya sarhoş bir kişinin kullandığı arabaya binen zarar gören kendisini tehlikeye atmakta, olası zararı öncesinde göze almaktadır<sup>407</sup>. Zarar gören bu durumda hareketi sonucunda zarara uğrayacağını görmesine rağmen o hareketten vazgeçmemesi zararın doğması tehlikesini göze aldığı anlamına gelir<sup>408</sup>.

Özellikle spor kazalarında tehlikenin üstlenilmesiyle çok karşılaşılır. Zira zarar gören belli bir spor dalını icra ederken onun olağan tehlikelerini de önceden kabul etmiş olmaktadır. Örneğin bir karateci karatenin kuralları çerçevesinde maruz kalacağı yaralanmalara daha önceden rıza göstermiş sayılacağı için bu, hukuka aykırılığı ortadan kaldırır; böylece tazminatın indirilmesi ve kalkması söz konusu olmaz. Söz konusu indirim veya tazminatın kalkmasını sağlayan sebep spor kurallarına aykırı davranışla zarar görülmesi halidir. Gerçekten de zarar görenin rızası sadece spor karşılaşmasının kuralları çerçevesinde uğrayacağı zararlara ilişkindir, aksine o spor karşılaşması sırasında meydana gelen her duruma rıza gösterdiği anlamına gelmez. Dürüst oyun kurallarına aykırı davranan zarar veren BK m. 41'e göre sorumlu olacaktır. Fakat bu durumda zarar görenin karşılaşmaya katılarak, diğer oyuncunun oyun kurallarını ihlal edebileceğini hesaba katması gerektiği için kendi tehlikesini de üstlendiği itirazı öne sürülebileceğinden tazminat 44/I'e göre indirilir<sup>409</sup>.

### 5) Zarar Görenin Kusuru Halinde Tazminatın Belirlenmesi

Kusur sorumluluğunda zarar verenin kusuru ile zarar görenin kusurunun zararın meydana gelmesindeki etkileri değerlendirilerek zarar gören zarara hangi oranda sebebiyet vermiş veya artmasını sağlamışsa hâkim o oranda tazminatı indirecektir. Örneğin zararın meydana gelmesinde zarar veren  $\frac{3}{4}$  oranında, zarar gören ise  $\frac{1}{4}$  oranında kusurlu ise zarar gören toplam zarara göre hesaplanan

<sup>405</sup> OFTINGER, s. 161.

<sup>406</sup> OFTINGER, s. 161.

<sup>407</sup> NOMER, s. 107. Ayrıca bkz. 387 ve 397 numaralı dipnotlar.

<sup>408</sup> NOMER, s. 108.

<sup>409</sup> STARK, Emil W. : Ausservertragliches Haftpflichtrecht Skriptum, Zürich 1982, N. 322; NOMER, s. 109; TİFTİK, s. 105-106.

tazminatın ¼ 'üne kendisi katlanacaktır. Eğer zarar veren kasıtlıysa zarar görenin hafif kusuru halinde tazminat indirilmeyecektir. İki tarafın da kastı varsa tazminat indirilecektir<sup>410</sup>.

Zarar gören temyiz kudretine sahip olmamasına rağmen kendi davranışı zararın meydana gelmesine veya artmasına sebebiyet vermişse yine tazminat indirilecek midir? Bir kişinin kusurlu olduğunu söyleyebilmemiz için öncelikle ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir<sup>411</sup>. Zira neyin doğru neyin yanlış olduğunu bilmeyen bir kişinin yaptığı eylemden ötürü sorumlu tutmak mümkün değildir (TMK m. 15). Buna rağmen Borçlar Kanunumuzun m. 54/I'de yer alan düzenlemeyle istisnai olarak hakkaniyetin gerektirdiği hallerde ayırt etme gücüne sahip olmayan zarar verenin zarardan sorumlu olduğuna ilişkin düzenlemeye yer verilmiştir. Zarar görenin de ayırt etme gücüne sahip biri olmaması halinde hakkaniyet gerektiriyorsa bu hükmün kıyasen uygulanması kanaatimizce de düzenlemenin amacına uygun düşmektedir<sup>412</sup>.

Zarar verenin kusursuz sorumlu olmasında ise, kusur sorumluluğundaki zarar verenin kusuru yerini, zarar verenin özen yükümü ihlali veya yarattığı tipik tehlikeye bırakmaktadır. Başka bir ifadeyle tazminatın tayininde zarar verenin kusurunun zarara ne derece sebep olduğu incelemesi yerine bu özen yükümü veya tipik tehlikenin zarara ne derece sebebiyet verdiği değerlendirilir<sup>413</sup>. Zarar verenin ayrıca munzam kusuru varsa bu da tazminatın tayininde göz önünde bulundurulur. Bu munzam kusur zarar görenin hafif kusurunu ortadan kaldıracağından zarar görenin kusuru nedeniyle tazminattan indirim söz konusu olmaz<sup>414</sup>. Bilindiği gibi kusursuz

---

<sup>410</sup> **TANDOĞAN**, s. 323; **TİFTİK**, s. 136. Hemen belirtelim ki, zarar görenin kusuru ile zararın doğması veya artması arasında uygun illiyet bağının olması gerektiği tartışmasızdır. Bkz **EREN**, *Uygun İlliyet*, s. 192; **TİFTİK**, s. 132.

<sup>411</sup> Doktrinde ayırt etme gücüne sahip olmayanların davranışlarının illiyet bağımlı kesip kesmeyeceği konusunda üç görüş öne sürülmüştür. Birinci görüşe göre zarar görenin kusuru halinde de temyiz kudretinin bulunması gerekmektedir. Eğer zarar görenin ayırt etme gücü yoksa o zaman onun kusuru değil davranışı söz konusu olacaktır. Bu davranış da sorumluluktan kurtulma sebebi olamaz. İkinci görüşe göre zararlı sonuca zarar verenin davranışı sebep olmuşsa kusurlu olmasa da zarar gören buna katlanmalı sorumlu kişi sorumluluktan kurtulmalıdır. **EREN**'in de katıldığı son görüşe göre zarar görenin kusuru ancak temyiz kudretinin olduğu hallerde kabul edilir. Kusur, bir anlamda şahıstaki irade eksikliği olarak tanımlandığına göre, zarar görenin kusurundan söz edebilmek için, onun temyiz kudretine sahip olması gerekir. Bu son görüş kanaatimizce de Türk Medeni Kanunumuzun 15. maddesi ile de uyumludur. Bu görüşlerle ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. **EREN**, *Uygun İlliyet*, s. 194 vd.

<sup>412</sup> Bu yönde bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, s. 598; **TİFTİK**, s. 124.

<sup>413</sup> Bkz. **NOMER**, s. 97 vd.

<sup>414</sup> **TANDOĞAN**, s. 324. **DESCHENAUX/TERCIER** ise federal mahkemenin kararı doğrultusunda zarar verenle zarar görenin karşılıklı kusurların etkisizleşmesi kuramının tehlike sorumluluğunda

sorumlulukta zarar veren, zarar görenin illiyet bağımlı keşecek düzeve ulaşan kusurunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabilir. Nitekim bir tehlike sorumluluğunu düzenleyen olan Karayolları Trafik Kanununun 86. maddesinin birinci fıkrasında bu esas vurgulanmıştır. Aynı maddenin ikinci fıkrasında sorumluluktan kurtulamayan zarar verenin, zarar görenin kusurunun ispatlaması halinde tazminatın indirilebileceğine yer verilmiştir.

### C) Üçüncü Kişinin Kusuru

Zarar gören ile zarar veren ve bunların davranışlarından sorumlu oldukları yardımcı kişiler dışında kalan kişiler üçüncü kişidir<sup>415</sup>. Kural olarak birden fazla kişi zarara birlikte veya ayrı ayrı sebeplerden dolayı kısmen de olsa kusuruyla sebebiyet vermişse, zarar veren kişilerden her biri zararın tamamından müteselsilen sorumludur (BK m. 50-51). Böylece zararı tazmin eden kişi diğerlerine rücu edeceğinden söz konusu paylaşım dış ilişkisi olmaktan çıkmış iç ilişkiye dönüşmüştür<sup>416</sup>. Bu genel ilke kusursuz sorumluluk hallerinde istisnasız uygulanmakla birlikte kusur sorumluluğunda durum biraz farklıdır.

Kusur sorumluluğunda bazen zarara iştirak edenlerden birinin kusurunun diğerinden daha hafif olduğu görülür. Uygulamada bu duruma bir istisna tanınır kusuru daha hafif kalan kişinin tazmin edeceği miktar indirilir<sup>417</sup>. İşte zarar görenin uğradığı zararda eğer üçüncü kişinin kusurlu hareketi veya ona izafe edilen bir olay nedeniyle zarar verenin kusuru daha hafif değerlendiriliyorsa zarar verenin tazminat yükümlülüğü indirilir. Nitekim BK m. 43/I, hâkime, kusur ve tazmin yükümlülüğü

---

uygulanmayacağını belirtmektedir. Bkz. **DESCHENAUX/ TERCIER**, s. 206. **NOMER** ise munzam kusurun zarar görenin kusurunu ortadan kaldırmadığını, fakat zarar görenin hafif kusurlu olması halinde bu kusurun dikkate alınmayabileceğini belirtmektedir. Bkz. **NOMER**, s. 100.

<sup>415</sup> **EREN**, Uygun İlliyet, s. 204; **NOMER**, s. 114; **STARK**, N. 343. Zira kusursuz sorumluluk hallerinde zarar gören veya zarar verenin yardımcı kişileri veya bakım ve gözetimi altındaki kişilerin kusurlu sayılabilecek hareketleri de zarar veren veya zarar görenin kendi kusuru gibi değerlendirilir. Bkz. ayrıntılı açıklamalar için **NOMER**, s. 109 vd.

<sup>416</sup> **OFTINGER**, s. 99.

<sup>417</sup> **OFTINGER**, s. 99. Eğer zarara sebebiyet veren üçüncü kişi kusursuzsa o zaman üçüncü kişinin davranışı bir indirim sebebi oluşturacak mıdır? Özellikle ayırt etme gücü olmayan üçüncü kişinin davranışı bu konuda önem taşımaktadır. Hemen belirtelim ki, üçüncü kişi davranışı nedeniyle BK m. 54/I'e göre sorumlu tutulabiliyorsa bu indirim sebebi oluşturmaz; tazminatı ödeyen sorumlu kişi üçüncü kişiye rücu eder. Eğer üçüncü kişinin davranışı illiyet bağımlı keşecek yoğunluğa ulaşmışsa zarar veren sorumluluktan kurtulur. Fakat o yoğunluğa ulaşmamışsa üçüncü kişinin davranışı bu durumda **NOMER**'e göre sorumlu kişi, olağan sebep sorumluluğu ile sorumluysa üçüncü kişinin hareketi nedeniyle tazminat yükümlülüğü indirilirken tehlike sorumluluğu halinde sorumlu kişi üçüncü kişinin davranışından da sorumlu olur. Bu açıklamalar için bkz. **NOMER**, s. 148-149.

arasında oranlılık ilkesinin uygulanmasıyla, zarar verenin indirilen sorumluluğa karar verme imkânını tanımaktadır<sup>418</sup>. Örneğin, iki bisiklet sürücüsü olan A ile B, yaya olan C'ye zarar verirse bu durumda tazmin için C A'ya başvurduğunda B'nin üçüncü kişi olarak kusurlu olduğuna dayanılıp tazminattan indirim yapılmazken; tehlikeli bir duruma sebebiyet veren bir bisiklet sürücüsü yüzünden hatalı tepki veren başka bir bisiklet sürücüsünün zarara yol açması halinde tazminat indirilecektir<sup>419</sup>.

Üçüncü kişi ağır kusurluysa bu, illiyet bağının kesilmesine yol açabilir. Örneğin başkası tarafından yaralanan kişiyi taşıyan ambulansın kaza yapması sonucu yaralının ölmesi halinde illiyet bağı kesilmiştir. Bu durumda yaralayan sadece yaralama fiilinden sorumlu olacak, yaralının ölümünden sorumlu olmayacaktır.

#### **IV. Diğer Faktörler**

##### **A) Genel Olarak**

Şimdiye kadar kanun koyucunun Borçlar Kanunu m. 44/T'de belirtilen tazminattan indirim sebeplerini ve BK m. 43'te yer alan zarar verenin kusurunu inceledik. Borçlar Kanununun 43. maddesinde ayrıca hâkimin tazminatı durumun gereğine göre belirleyeceğine yer verilmiştir. Bu çerçevede zararı etkileyen diğer sebepler doktrinde beklenmeyen haller, zarar görenin bedensel yatkınlığı, zarar görenin yüksek bir gelire sahip olması ve zararın zarar veren tarafından zarar görenin yararına bir işin yapılması sırasında gerçekleşmesi (hatır işi) olarak belirtilmektedir.

##### **B) Beklenmeyen Hal**

###### **1) Genel Olarak**

Zarara her zaman doğrudan zarar verenin davranışı sebebiyet vermeyebilir. Başka bir ifadeyle, zarar verenin de zarar görenin de düşünemeyeceği dış faktörler zararın oluşumunda etkili olabilir. İşte bu şekilde sorumlu şahsın irade veya davranışından bağımsız olarak, herkese ödev yükleyen genel bir davranış kuralının

<sup>418</sup> STARK, N. 347; OFTINGER, s. 281-282; NOMER, s. 117.

<sup>419</sup> OFTINGER, s. 281.

veya sözleşmeden doğan bir borcun kaçınılmaz surette ihlâli sonucunu doğuran olaya, beklenmeyen hal veya umulmayan hal denilmektedir<sup>420</sup>. Gerçekten de beklenmeyen hal, sorumluluğu kuran olay ile zarar arasındaki nedensellik bağının içinde bulunmaz, buna dışarıdan etki eder<sup>421</sup>.

Beklenmeyen hal bir kişinin buzda kayıp bacağı kırması halinde olduğu gibi bir doğa olayından, siyasal sosyolojik olaylardan olabileceği gibi, bir hayvanın içgüdüsel hareketinden veya zarar görenin bedensel durumunun zararın artmasına yatkınlığından da kaynaklanabilir<sup>422</sup>. Bu belirtilen olayların beklenmeyen hal olarak kabulü için bunların genel bir davranış normunu veya sözleşmeden doğan borcu ihlal etmesi ve beklenmeyen hali oluşturan olayla bu ihlaller arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Ayrıca bu beklenmeyen olay kaçınılmaz bir şekilde söz konusu ihlalin doğmasına sebebiyet vermelidir. Bu kaçınılmazlık objektif ve nispidir<sup>423</sup>. Beklenmeyen halden daha yoğun olan ve bu sebeple illiyet bağının kesilmesine yol açan mücbir sebep ile de farkı tam bu noktadadır. Zira mücbir sebep halinde kaçınılmazlık objektif ve mutlakır<sup>424</sup>. Başka bir deyişle, mücbir sebep nedeniyle zararın meydana gelmemesini sağlamak mümkün değildir. Bu nedenle mücbir sebep umulmayan halin aksine illiyet bağını kesmektedir.

## 2) Beklenmeyen Halin İndirim Sebebi Olması

Borçlar Kanunumuzun 43 ve 44. maddelerinde her ne kadar bir indirim sebebi olarak sayılmasa da 43. maddedeki hâkimin durum ve şartlara göre tazminata karar vereceğine ilişkin düzenlemeden yola çıkılarak beklenmeyen hal indirim sebebi olarak değerlendirilir. Bunun sebebi kanaatimizce zarardan sorumlu olanın dışında ve onun imkânları çerçevesinde engellenemeyecek bir zararın tamamından bu kişiyi

---

<sup>420</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 139.

<sup>421</sup> STARK, N. 351.

<sup>422</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 140 vd.

<sup>423</sup> Önemli olan beklenmeyen olayın kaçınılmazlığı değil, beklenmeyen olay sonucu ortaya çıkan zarardan kaçınılmazlıktır. Bu kaçınılmazlık kişiye göre subjektif değil objektif bir değerlendirmeye, en azından soyut ve tedbirli ortalama bir kişinin alması gereken tedbirler alındığında beklenmeyen olayın bu zarara kaçınılmaz olarak neden olacağı söylenemiyorsa beklenmeyen halin kaçınılmazlık şartı gerçekleşmemiştir. Diğer taraftan kaçınılmazlığın nispi olması, başka bir ifadeyle sorumlu kişinin alacağı tedbirlerin kendi sosyal ekonomik durumuyla orantılı olması gerekmektedir. Bu açıklamalar için bkz. EREN, Uygun İlliyet, s. 144-145.

<sup>424</sup> EREN, Uygun İlliyet, s. 182.

sorumlu tutmanın hakkaniyete aykırı sayılacağıdır<sup>425</sup>. Konuyu kusur ve sebep sorumlulukları bakımından ayrı ayrı değerlendirmenin daha uygun olacağı düşüncesindeyiz.

#### a) Kusur Sorumluluğunda Beklenmeyen Hal

Kusur sorumluluğunda zarar verenin kusurlu hareketinin yanı sıra meydana gelen beklenmeyen hal BK m. 43'e göre kusur zarar ilişkisinde göz önünde bulundurulmalıdır. Zira beklenmeyen olay sonucu zarar verenin kusuru daha hafif gözükebilir. Ayrıca zarar veren beklenmeyen halin yol açtığı zararı da önceden göremeyeceğinden kusuru daha az değerlendirilebilir. Bu nedenle hâkimin zarar verenin kusuru ile beklenmeyen halin olaya neden olmasını karşılıklı olarak değerlendirip hakkaniyetin gerektirdiği oranda indirim gidebilecektir<sup>426</sup>.

Örneğin bir bisiklet sürücüsü yolda giderken aniden buzlu ve kaygan bir yere gelip fren yapamayıp kayarak bir yayaya çarpması halinde, tazminat yolun buzlanması beklenmeyen halinin yoğunluğu ile bisiklet sürücüsünün kusur oranına göre belirlenecek, hakkaniyetin gerektiği indirimi hâkim yapabilecektir.

Hemen belirtelim ki, beklenmeyen olay nedeniyle kusurunun daha az olacağına dayanarak yapılan beklenmeyen hal indiriminin yanı sıra zarar verenin kusurunun hafifliğinden ötürü ayrıca bir indirim yapılmayacaktır. Aksi takdirde zarar verene hafif kusurlu olduğundan dolayı iki kez indirim uygulanmış olacaktır<sup>427</sup>.

#### b) Kusursuz Sorumlulukta Beklenmeyen Hal

Kusursuz sorumlulukta daha önce de belirttiğimiz gibi kanun koyucu aslında gereken özen, tedbir, nimet-külfet veya tehlike ilişkisi çerçevesinde sorumlu kişinin sorumlu olduğu alanı çizmektedir. Bu sorumluluk türünde özen, denetim, bakım eksikliği veya belli bir işletme veya faaliyetin tipik tehlike yaratması ile bağlantısız bir umulmayan hal gerçekleşmelidir ki; bu, bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilsin. Zira ancak bu durumda sorumlu kişinin sorumluluk alanı dışında

<sup>425</sup> Karş. EREN, s. 764.

<sup>426</sup> EREN, s. 764; TİFTİK, s. 151.

<sup>427</sup> NOMER, s. 141; STARK, N. 353; TİFTİK, s. 151.



bir umulmayan halin gerçekleştiğinden bahisle tazminatın indirilmesi mümkün olur<sup>428</sup>.

Örneğin bir kamyonun buzda kayıp başka bir araca çarpması halinde, buradaki beklenmeyen hal olan buzlanma işletme tehlikesi olarak kabul edildiğinden (KTK m. 85/I) tazminattan indirim söz konusu olmaz<sup>429</sup>. Aynı şekilde kışın bir evin çatısındaki kar, aşağıda evin önünde durmakta olan ve yolcusu yakındaki bir dükkândan sigara almaya gitmiş, arabanın üstüne düşüp arabanın tavanını ezip bekleyen sürücüyü yaralayabilir. Bu durumda ev sahibi evin bakımında kusurluysa bu beklenmeyen halden de BK m. 58'e göre sorumlu olacaktır<sup>430</sup>.

Örneklere de görüldüğü gibi kusursuz sorumluluk hallerinde zarar görenin bedensel yatkınlığı dışında beklenmeyen hal pek bir rol oynamaz. Bu nedenle kusursuz sorumluluk hallerinde beklenmeyen halin indirim sebebi olması istisnaidir<sup>431</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi beklenmeyen halin varlığında, tazminattan yapılacak indirimin zarara sebebiyet verme oranına göre değil, illiyet bağı çerçevesinde zarar verenin ortaya çıkabileceğini düşündüğü sonuçlardan sorumlu olacağını kabul etmektedir. Yargıtay ise eski tarihli kararlarında indirimin neye göre yapılacağı konusunda bir açıklamaya yer vermemekte iken yeni tarihli kararlarında zarara sebebiyetteki payın esas alındığı görülmektedir<sup>432</sup>.

### C) Zarar Görenin Yapısal Yatkınlığı

Zarar görenin zarar verici olaylardan anormal derecede etkilenen bir bünyeye sahip olması olarak tanımlanabilen<sup>433</sup> zarar görenin yapısal yatkınlığı da bir beklenmeyen haldir<sup>434</sup>. Bu nedenle hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz

<sup>428</sup> STARK, N. 355; TİFTİK, s. 151; EREN, s. 765; TANDOĞAN, s. 328; DESCHENAUX/TERCIER, s. 207.

<sup>429</sup> EREN, s. 765; TİFTİK, s. 152.

<sup>430</sup> STARK, N. 356.

<sup>431</sup> STARK, N. 357-358; TİFTİK, s. 152.

<sup>432</sup> TİFTİK, s. 153. Bkz. Yargıtay 9. HD., 31.10.1983 T., 1983/6805 E., 1983/8720 K; Yargıtay 10. HD., 11.05.1981 T., 1981/2465 E., 1981/3038 K.; Yargıtay HGK, 03.04.2002 T., 2002/10-247 E., 2002/224 K.; Yargıtay HGK 27.09.2006 T., 2006/10-627 E., 2006/599 K. sayılı kararları için <http://www.legalbank.net/default.asp>, (Erişim Tarihi: 20.06.2009).

<sup>433</sup> TANDOĞAN, s. 327; STARK, N. 364.

<sup>434</sup> STARK bu nedenle zarar görenin yapısal yatkınlığının BK m. 43/T'e göre değerlendirileceğini burada İsviçre Borçlar Kanununun 44/I maddesindeki "zarar görenin sorumlu olacağı" bir durumun

sorumlulukta indirim sebebi olarak uygulanır<sup>435</sup>. Bu, zarar görenin bir davranışı veya kusuru olmamakla birlikte hakkaniyet gereği tazminatın indirilmesinde göz önüne alınır<sup>436</sup>. Örneğin sağlıklı bir hastanın ölümüne yol açmayacak bir yaralanma hemofili hastası için ölümcül olabilir<sup>437</sup>. Zarar görenin yapısal yatkınlığı sadece fizyolojik olarak gözlenmez; zarar görende mevcut olan ruhsal bazı bozukluklar da aynı şekilde zararın artmasına neden olabilir<sup>438</sup>.

Hemen belirtelim ki, zarar görenin yatkınlığının tazminatın indirilmesini sağlaması için devam eden çalışma gücünden yoksunluk, ekonomik geleceğin sarsılması veya destekten yoksun kalma zararı hesaplanırken ölen veya yaralanan zarar görenin ömür tahminine dayandırılacağından bünyevi yatkınlık buna etki edebilir. Bu durumda bünyevi yatkınlık hesaba zararın tespitinde tayin edildiği için tazminatın tayininde bu yüzden bir kez daha indirim yapılmaz<sup>439</sup>.

Zarar görenin yapısal yatkınlığının dışında, acaba bir nesnenin zarardan önce zaten kısmen bozuk, çatlak veya özürlü olması zarar gören nesnedeki zararın artmasına sebebiyet vermişse, bu bir indirim sebebi olarak değerlendirilebilir mi? OFTINGER<sup>440</sup> bunu İsviçre Borçlar Kanununun 44. maddesine göre zarar görenin üstleneceği bir durum olduğunu belirtip gereken indirimin bu madde üzerinden yapılacağını belirtmektedir. TANDOĞAN<sup>441</sup> ise İsviçre Borçlar Kanununun 44. maddesi ile Borçlar Kanunumuzun 44. maddesindeki terim farklılığına işaret ederek, bu durumun bünyevi yatkınlık gibi olağanüstü bir hal oluşturmadığı takdirde indirim sebebi oluşturmasının zor olduğunu belirtmektedir. Fakat kanaatimizce eşyada önceden bulunan eksikliklerin de zararın çoğalmasına katkıda bulunduğu oranda tazminatta indirim yapılması BK m. 43'e aykırı değildir. Zira eşyada önceden

---

söz konusu olmadığı belirtilmektedir. Bkz. **STARK**, N. 366. Borçlar Kanunumuzun 44. maddesinde ise mehz düzenlemenin aksine "kendisinin fiili" tabirine yer verildiği için kanaatimizce hukukumuz bakımından da bu durumun 43. madde kapsamına gireceği açıktır. Bkz. aynı yönde **TİFTİK**, s. 155; **NOMER**, s. 144.

<sup>435</sup> **OFTINGER**, s. 280; **TİFTİK**, s. 155; **NOMER**, s. 144.

<sup>436</sup> **EREN**, s. 765; **TİFTİK**, s. 156. FEYZİOĞLU ise bu durumda yapılacak indirimin zarar görenin ruhsal veya bedensel arızalarından dolayı kınanması anlamına geleceğini belirterek bu nedenle zararın çoğalmış bulunmasının indirim sebebi oluşturamayacağı kanaatindedir. Bkz. **FEYZİOĞLU**, s. 540. Oysaki burada indirimin uygulanmasının amacı zarar göreni kınamak değil; zarar veren kişinin bilemeyeceği bir durumdan dolayı zararın artışına kendisinin katlanmasının hakkaniyete aykırı oluşudur. Bkz. aynı yönde **TİFTİK**, s. 156. Ayrıca bkz. yukarıda 388 numaralı dipnot.

<sup>437</sup> **TANDOĞAN**, s. 327-328; **EREN**, s. 765.

<sup>438</sup> **TİFTİK**, s. 154.

<sup>439</sup> **OFTINGER**, s. 280; **STARK**, N. 371.

<sup>440</sup> **OFTINGER**, s. 281.

<sup>441</sup> **TANDOĞAN**, s. 329.

mevcut olan ve zarar verenin önceden öngöremeyeceği eksiklikler zararın artmasına neden olacağından ortaya çıkacak zararın hepsinin zarar verence karşılanması hakkaniyete uygun değildir. Bu nedenle EREN'in de belirttiği gibi aynen bünyevi yatkınlıkta olduğu gibi zarar gören eşyada önceden bulunan eksikliklerin de BK m. 43'e göre bir indirim sebebi oluşturacağı kanaatindeyiz<sup>442</sup>.

## D) Tarafların Sosyal Ekonomik Durumları

### 1) Genel Olarak Zarar Veren ve Zarar Görenin Ekonomik Durumları

Kural olarak zarar veren veya zarar gören taraflardan birinin zengin veya fakir olması tazminatın tayininde herhangi bir rol oynamaz. Fakat bazı istisnai hallerde kanun koyucu buna imkân tanımıştır. Örneğin BK m. 54/I'de hâkimin temyiz kudretinden yoksun kişilerin hakkaniyetin gerektirdiği hallerde verdikleri zararın tamamının veya bir kısmının tazminine karar verebileceği düzenlenmiştir. Benzer şekilde BK m. 44/II'de kasten veya ağır ihmal veya tedbirsizlikle yapılmayan bir zarar borçluyu zor duruma düşürecekse hâkimin hakkaniyete göre tazminatı indirebileceğine yer verilmiştir. Buna göre zarar verenin ekonomik bakımdan zor duruma düşeceğinden bahisle tazminatının indirilmesi ancak hafif kusurla zarar vermesi halinde söz konusu olacaktır<sup>443</sup>.

Zarar verenin ekonomik durumu zarar görenden daha iyi ise hafif kusurlu da olsa BK m. 44/II'ye göre indirim yapılmayacaktır; ancak hâkim bu kusurun hafifliğini BK m. 43'e göre bir indirim sebebi olarak değerlendirebilir. Böyle bir durumda eğer zarar gören çok düşük bir gelire sahipse hâkim BK m. 43'e göre zarar verenin hafif kusurundan ötürü tazminatı indirmeyebilir<sup>444</sup>.

Esasen bu düzenlemelerde İsviçre Borçlar Kanunu parlamentoda hazırlanması sırasında belirtilen “*bir talihsizlik başka bir talihsizlikle düzeltilmez*” anlayışının izleri gözlenmektedir<sup>445</sup>. Zira kimse bir şanssızlık eseri verdiği zararın ağır yükü

<sup>442</sup> Bkz. EREN, s. 766.

<sup>443</sup> OĞUZMAN/ÖZ, s. 582-583; NOMER, s. 150-151; TİFTİK, s. 144 vd; OFTINGER, s. 273.

<sup>444</sup> TİFTİK, s. 146.

<sup>445</sup> OFTINGER, s. 271; TANDOĞAN, s. 326.

altında ezilmemelidir<sup>446</sup>. Zarar verenin kusurunun hafifliğinden bahisle BK m. 43/I'e göre önceden tazminattan indirim yapılmış olması, BK m. 44/II'ye göre indirim yapılmasına engel değildir<sup>447</sup>. Fakat zarar veren ile birlikte zarar görenin de ekonomik durumu iyi değilse zarar veren hafif kusurlu da olsa zarar verenin ekonomik durumunun kötüleşeceğinden bahisle tazminat indirilemeyecektir<sup>448</sup>.

## 2) Zarar Verenin Müzayakaya Düşmesi Sebebiyle Tazminatın İndirilmesinin Şartları

Öncelikle zarar verenin BK m. 44/II'de belirtildiği üzere kast veya ağır ihmalle zarar vermemesi gerekmektedir. Bu nedenle zarar verenin hafif kusurlu olması aranır<sup>449</sup>.

Zarar verenin hafif kusurlu olmasının yanı sıra tazminatı ödemenin onu müzayakaya düşürmesi aranmaktadır<sup>450</sup>. Şüphesiz hâkim zarar görenin ne zaman müzayakaya düşüp ne zaman düşmediğini TMK m. 4'te yer alan takdir yetkisine göre belirleyecektir. Doktrinde bu konuda hâkime TMK m. 365/I'in yol göstereceği belirtilmektedir<sup>451</sup>. Nafaka yükümlülüğüne ilişkin bu maddeye göre “*Herkes yardım*

---

<sup>446</sup> **NOMER**, s. 152 Bu doğrultuda Yargıtay 19. HD. tarafından verilen bir kararın gerekçesinde “*Maddi tazminatın hiçbir zaman zenginleştirme aracı olmadığı ve özendirici nitelik göstermemesi gereği göz ardı edilmemeli ve bu arada sözü edilen tazminatın bir tarafın zararını karşılarken diğer tarafın ekonomik ve ticari hayattan silinmesini gerektirecek boyutlara ulaşması önlenmelidir...Kısaca tazminat belirlenirken bunun toplumda yaratacağı olumsuz durumlar göz ardı edilmemeli ve toplumsal denge ve çıkarlar da korunmalıdır.*” ifadeleri yer almaktadır. Yargıtay 19. HD., 17.03.1998 T., 815 E., 1867 K. sayılı karar için bkz. **UYGUR**, s. 2036.

<sup>447</sup> **NOMER**, s. 152; **OĞUZMAN/ÖZ**, s. 583. Bu düzenlemenin özellikle sebep sorumluluğu gibi kusurun hafifliğinin bir indirim sebebi olarak değerlendirilemediği hallerde uygulanacağına ilişkin bkz. **TİFTİK**, s. 93.

<sup>448</sup> **BECKER**, s. 272; **NOMER**, s. 152; **TİFTİK**, s. 145. Borçlar Kanunu m. 44/I'de tazminatın indirilmesinin yanı sıra tamamen ortadan kaldırılmasına da imkân tanırken, 44/II'de sadece indirim tabirine yer verilmesine ilişkin **BECKER** ve **TİFTİK** ikinci fıkrada yer alan ekonomik bakımdan güçlüğü düşmenin daha sınırlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunurken, **NOMER** ise hâkimin burada da tazminata karar vermekten tamamen vazgeçebileceğini belirtmektedir. Bkz. **BECKER**, s. 266; **TİFTİK**, s. 97; **NOMER**, s. 152. Aksi görüşte bkz. **BAŞTUĞ**, s. 249.

<sup>449</sup> Kusurun hafif, orta ve ağır şeklinde üçe ayrılması halinde, orta kusurdan da indirim yapılabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **TİFTİK**, s. 94; **NOMER**, s. 153.

<sup>450</sup> Zarar veren zaten müzayaka halindeyse bu durumda tazminattan indirim yapılmasının haklı olarak doğru olmayacağı belirtilmektedir. Bkz. **TİFTİK**, s. 96. Bunun dışında zarar verenin müzayakaya düşeceğinden bahisle tazminattan indirim yapılması zarar göreni müzayakaya düşürecek olması halinde BK m. 44/II uygulanmaz. Bkz. **STARK**, N. 378.

<sup>451</sup> **OFTINGER**, s. 272; **TİFTİK**, s. 95; **NOMER**, s. 154; **TANDOĞAN**, s. 326. 743 sayılı önceki Medeni Kanunumuzun 315. maddesinde ise yoksulluk tabiri yerine zarurete düşme ifadesi yer almaktadır. Yazarlar, müzayaka ile zarurete düşme kelimelerinin aynı anlamda kullanıldığını ifade ettikleri için bu yorumdan yararlanılacağını belirtmişlerdir. Kanaatimizce “yoksulluğa düşme” tabiri de aynı şekilde müzayakayı açıklamaya yardımcı olacaktır. **DESCHENAUX/TERCIER** ise kişinin

*etmediği takdirde yoksulluğa düşecek olan üstsoy, altsoy ile kardeşlerine nafaka vermekle yükümlüdür.”*

Son olarak, hakkaniyet tazminattan indirim yapılmasını gerektirmelidir. Burada zarar verenin sigortacı veya başka bir üçüncü kişiye rücu etme ihtimalinin olup olmadığı ve zarar görenin durumu göz önünde tutularak hakkaniyetin bu indirimi gerektirip gerektirmediği incelenecektir. Bu çerçevede zarardan sigortacı veya başka bir üçüncü kişi de sorumluyorsa zarara zarar veren tek başına katlanması gerekmediğinden müzayakaya düştüğü ileri sürülemez<sup>452</sup>.

Tazminatın tamamını ödemesi halinde müzayakaya düşeceği kabul edilen zarar verenin sonradan ekonomik durumu iyileşirse bu durumda ne yapılması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. BECKER bu durumda ek tazminata karar verilmesinde bir aykırılık olmadığını belirtmektedir<sup>453</sup>. OFTINGER, TANDOĞAN, TİFTİK ve NOMER ise zarar görenin sonradan dava açamayacağını zira bunun için hukuki temelin olmadığını, ancak bedensel zararlara ilişkin BK m. 46/II hükmü gereği hâkimin durumu yeniden inceleme yetkisine sahip olduğuna ilişkin düzenlemenin bulunduğu belirtilmektedir. Bu hükmün ise istisnai bir düzenleme olduğundan bahisle kıyasen uygulanamayacağından hâkimin zarar verenin durumunun iyileşmesi ihtimalinin varlığı halinde tazminatı indirmekten kaçınması tavsiye edilmektedir<sup>454</sup>.

## **E) Hatır İşlemi**

Hatır işlemi kişinin karşılıksız olarak veya çok cüzi bir ücretle başkasına nezaket gereği veya yardım etmek amacıyla onun yararına bir iş veya eylem yapmasıdır<sup>455</sup>. Örneğin kişinin aracıyla seyir halindeyken yolda otostop yapan bir yolcuyu arabasına almasında olduğu gibi, yapılan eylem sonucunda yolcu bir yarar

---

haczedilecek malı olduğu sürece kişinin müzayakaya düştüğünden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Bkz. **DESCHENAUX/TERCIER**, s. 208.

<sup>452</sup> **OFTINGER**, s. 272; **NOMER**, s. 153. Hemen belirtelim ki, esasen bir kişinin ne zaman başkalarının yardımına muhtaç olup ne zaman olmayacağı konusu maddi hukuktan ziyade şekli hukukun inceleme alanıdır. Zira kişinin yaşamı ve işi için gerekli eşyaların haczedilemezliğine ilişkin düzenlemeler İcra İflas Kanunumuzun 82-83. maddelerinde düzenlenmiştir. Bkz. **OFTINGER**, s. 273; **NOMER**, s. 154; **TİFTİK**, s. 95.

<sup>453</sup> **BECKER**, s. 272.

<sup>454</sup> **OFTINGER**, s. 272; **TANDOĞAN**, s. 326-327; **TİFTİK**, s. 97-98; **NOMER**, s. 155.  
<sup>455</sup> Bkz. **NOMER**, s. 160 vd; **TİFTİK**, s. 146 vd; **EREN**, s. 767.

sağlarken, arabasına yolcu alan kişinin bu taşıma işinden hiçbir menfaati yoktur. Buna rağmen arabasına yolcu alan kişinin kaza yapması halinde hatır yolcusunun uğradığı zararı aracı kullanandan talep etmesi hakkaniyete uygun olamayacağı için, tazminat BK m. 43'te yer alan durum ve şartlara göre indirilecektir. Şüphesiz bunun için zararın hatır taşınması sırasında meydana gelmesi ve bu taşımanın tamamen zarar gören kişi yararına, ücret alınmaksızın yapılmış olması gerekmektedir<sup>456</sup>. Bunun yanında tazminatın indirilebilmesi için zarar verenin kasıtlı veya ağır ihmalli hareket etmemiş olması gerekir<sup>457</sup>. Zira bu durum hatır işlemiyle bağdaşmayacaktır<sup>458</sup>.

Hukuki niteliği itibariyle hatır işlemi hukuki sonuç doğuran bir irade beyanı olduğu için bir hukuki işlemidir. Fakat herhangi bir borç doğurmaz. Bu nedenle sözleşmenin aksine hatır işlemi yapmayı taahhüt edene karşı edimini yerine getirmediğinden bahisle tazminat davası açılmaz (BK m. 96 vd)<sup>459</sup>.

Bu çerçevede birinin evinde yanmayan bütün gazı ocağını yakmak için gelen fakat bu sırada çıkan yangında yardım ettiği kişinin zarar görmesine sebep olan kişinin tazminat borcu<sup>460</sup> ile mali konularda danışmanlık yapan bir kişinin ücretsiz olarak başkasına verdiği bilginin hatalı olması yüzünden yardım ettiği kişinin zarara uğraması halinde doğan tazminat borcu BK m. 43/I'e göre indirilecektir<sup>461</sup>.

---

456 **TİFTİK**, s. 147. Hatır işleminde, bağışlama vaadi veya ücretsiz vekâletten farklı olarak tarafların bir yükümlülük altına girmek veya bir borçlandırıcı işlem yapmak arzularının olmadığına ilişkin bkz. **NOMER**, s. 161.

457 **STARK**, N. 389.

458 **TİFTİK**, s. 147.

<sup>459</sup> **NOMER**, s. 161-162. Yazarın aynı yerde sözleşmelerin kapsamını hatır işlemleri aleyhine genişlettiği görülmektedir. Yazara göre normalde para karşılığı yapılacak bir işin hatır işi olarak yapılmasıyla yardım edilen, ekonomik bir kazanç sağlıyorsa ve taraflar bunun bilincinde hareket ediyorlarsa o zaman borç doğuran bir akdin olduğunu; aksi halde hatır işleminin varlığını kabul etmektedir. Kanaatimizce yazar tarafından belirtilen İsviçre Federal Mahkemesinin uyguladığı kıstas daha yerindedir. Buna göre bir mesleğin icrasına dayanmayan ve para karşılığı yapılmayan hatır işleri bir sözleşmeye dayanmazlar. Bu çerçevede Federal Mahkeme mevcut bir hukuki işleme dayanmadan bir bankadan bilgi alınmasını hatır işlemi olarak saymıştır. Bkz. **NOMER**, s. 162-163; BGE 116 II 699.

460 Yargıtay 4. HD., 16.05.1977 T., 1976/9856 E., 1977/5867 K. sayılı bu kararın gerekçesinde aynen "Hiç kuşku yoktur ki ücretsiz olarak yapılan bu nitelikteki yardımlarda taraflar arasında sözleşme ilişkisinden söz edilemez. Ancak, bu gibi durumlarda örneğin; hatır için taşımada olduğu gibi zararlı sonucu meydana getiren kişi BK.nun 41. maddesine dayanan haksız fiil nedeni ile sorumlu olacaktır. Ancak, bir komşunun nezaket gereği veya hatır için bir kimseye yardımda bulunması günlük yaşayışın olağan sayılan olaylarından. Bu bakımdan davalının sırf diğerkâm bir amaçla ve yalnız komşusunun yararını düşünerek ivazsız bir şekilde yaptığı yardım sonucu komşusunun zarara uğraması halinde kendisini tam bir sorumlulukla bağlı tutmak doktrinde de kabul edilen baskın görüşe göre mümkün değildir. Bu itibarla zarara uğrayana hatır için yapılan yardım sonunda doğan tazminat davalarında BK.nun 43. maddesinin 1. fıkrasında değimini bulan takdiri indirme sebebinin uygulanması gerekir". ifadesine yer verilmiştir. Bkz. <http://www.legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 28.06.2009).

<sup>461</sup> **TİFTİK**, s. 147.

Uygulamada ise hatır işlemi sıklıkla hatır yolcusu taşımacılığı ile karşımıza çıkmaktadır<sup>462</sup>. 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanununda da aracında hatır yolcusu taşıyan kişinin yolcuya karşı sorumluluğunun tehlike sorumluluğu olmasının hakkaniyete uygun olmayacağını görülmüş olacak ki bu konuda ayrı bir düzenlemeye gerek duyulmuştur. Karayolları Trafik Kanununun m. 87/I'de aynen “*Yaralanan veya ölen kişi, hatır için karşılıksız taşınmakta ise veya motorlu araç, yaralanan veya ölen kişiye hatır için karşılıksız verilmiş bulunuyorsa, işletenin veya araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibinin sorumluluğu... genel hükümlere tabidir*” düzenlemesi yer almaktadır<sup>463</sup>. Buna göre araca hatır yolcusu olarak alınan kişinin trafik kazası sonucu yaralanması veya ölmesi halinde araç işleticisi BK m. 41 vd. hükümlerine göre araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi varsa bu da BK m. 55'e göre sorumlu olacaktır. Şüphesiz bu durumda tazminat borcu BK m. 43/I'e göre hatır işlemi nedeniyle indirilecektir. Hâkim ne oranda indirim yapacağını takdir yetkisi çerçevesinde belirleyecektir (TMK m. 4)<sup>464</sup>.

#### **Ş4. TAZMİNAT DAVASI DEVAM EDERKEN DAVACIYA VERİLEN GEÇİCİ ÖDEME İMKÂNI**

##### **I. Genel Olarak Borçlar Kanunu Tasarısında Yer Alan Geçici Ödeme İmkânı Ve Amacı**

Borçlar Kanunu Tasarısının haksız fiillerden doğan borç ilişkilerini düzenleyen ikinci ayırımında haksız fiil yargılamasına ilişkin “Geçici Ödemeler”

---

<sup>462</sup> Yargıtay kararlarında hatır işlemi ile ilgili en sık rastlanılan örnek hatır taşımastır. Bkz. Yargıtay 4. HD., 27.06.2006 T., 2005/6603 E., 2006/7783 K.; Yargıtay 4. HD., 14.07.2005 T., 2004/13247 E., 2005/8190 K.; Yargıtay 4. HD., 17.02.2005 T., 2004/7484 E., 2005/1377 K.; Yargıtay 11. HD 10.07.2008 T., 2007/1682 E., 2008/9274 K. sayılı kararlarında hatır taşımastının varlığı halinde tazminatın BK m. 43/I gereği indirileceği kabul edilmiştir. Hemen belirtelim ki, Yargıtay'ın da bir kararında ifade ettiği üzere kişinin hatır yolcusu olması sebebiyle tazminatta indirim yapılması o kişinin ortak kusuru veya rızası nedeniyle ayrıca tazminatın indirilemeyeceği anlamına gelmez. Başka bir deyişle bir olayda BK m. 43'ün uygulanması m. 44'ün de uygulanmasına engel değildir. Bkz. Yargıtay HGK 14.04.2004 T., 2004/4-207 E., 2004/226 K., <http://www.legalbank.net>, (Erişim Tarihi: 28.06.2009).

<sup>463</sup> İsviçre Karayolları Kanununun (SVG) eski 59. maddesinin 3. fıkrasında da benzer düzenleme yer almaktaydı. Fakat bu hüküm 20.03.1975 tarihli değişiklikle ortadan kaldırılmıştır. Buna rağmen ücretsiz taşınan yolcunun zarar görmesi halinde BK m. 43'e göre hâkimin tazminatı indirebileceği belirtilmektedir. Bkz. **OFTINGER**, s. 275.

<sup>464</sup> **TİFTİK**, s. 149.

kenar başlıklı<sup>465</sup> 75. maddesinde yürürlükteki Borçlar Kanunumuzda bulunmayan yeni bir düzenlemeye yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemede aynen “(1) Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir. (2) Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hâkim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir.” hükmü yer almaktadır.

Bu düzenlemeyle 75. maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere esasen “hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için acilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır.” Örneğin, işsiz veya dar gelirli bir kişinin bedensel bütünlüğüne zarar verilmesi halinde, zarar görenin hastanede görmesi gereken zorunlu tedaviyi karşılamaya yetecek malvarlığı olmayabilir. Tazminat davası devam ederken bir yandan da tedavi olmaya çalışan zarar gören ancak bu dava sonuçlandıktan sonra tedavisi için yaptığı giderlerin zarar verence karşılanması mümkün olacaktır. İşte bu süre içinde zarar görenin sıkıntıya düşmesinin önlenmesi ve daha büyük zararların meydana gelmesini engellemek için hâkimin aleyhine inandırıcı kanıtlar bulunan zarar verenin geçici ödeme yapmasına karar verebileceği düzenlenmiştir.

Anılan düzenlemeye göre hâkimin zarar verenin geçici ödeme yapmasına karar verebilmesi için iki şartın birden bulunması gerekmektedir. Bunlar; zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı deliller sunması ve zarar görenin ekonomik durumunun bunu gerektirmesidir.

Söz konusu düzenlemeye göre davaya konu olan olayda bu iki şartın birden bulunması halinde hâkim kendiliğinden geçici ödeme yapılmasına karar veremez. Bunun için öncelikle zarar görenin bu konuda bir talebinin olması gerekir. Şüphesiz hâkim zarar görenin talebi karşısında belirtilen şartların varlığını TMK m. 4’te yer alan takdir yetkisi çerçevesinde değerlendirecektir.

---

<sup>465</sup> Tasarının 76. maddesinin kenar başlığının “geçici hukuki koruma tedbiri” olarak değiştirilmesi gerektiği öne sürülmüştür. Bkz. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Gelen Görüşler (15 Şubat-10 Haziran 2005), s. 99.



## II. Geçici Ödeme İmkânının Hukuki Niteliği

### A) İhtiyati Tedbir Niteliği

Tasarısının 76. maddesinde yer alan bu düzenleme devam eden yargılama sürecini sonlandırmamakta sadece belli şartların varlığında zarar verenin geçici olarak ödeme yapmasına olanak tanımaktadır. Yapılan ödeme, uyuşmazlığı sona erdiren kesin hüküm değildir; sadece yargılama sonunda haklı bulunan tarafın zararının telafi edilemez hale gelmesini önlemeye yönelik geçici hukuki korumadır. Medeni Yargılama Hukukumuzda göre geçici hukuki koruma halleri, ihtiyati tedbir (HUMK m. 101-113/A), ihtiyati haciz (İİK m. 257-268) ve delil tespittir (HUMK m. 368-374)<sup>466</sup>. Söz konusu düzenleme ile yargılamaya esas alınacak bir delilin önceden belirlenmesi söz konusu olmadığı gibi, HUMK m. 368'a göre para alacaklarının teminat altına alınması da amaçlanmamaktadır. Buna rağmen ihtiyati tedbir bakımından durum farklıdır.

İhtiyati tedbir, kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca davacı veya davalının, dava konusuyla ilgili olarak, hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen bir hukuki korumadır<sup>467</sup>. Gerçekten de yargılama sürecinin uzunluğu veya zarar verenin ihtilafli malı iyiniyetli bir başkasına temlik etme olasılığı yargılama sonunda verilecek hükmü işlevsiz hale getirebilir. Örneğin dava konusu mal bozulmaya elverişliyse davacı dava sonuna kadar beklemek yerine hakkını kendisi almaya çalışacaktır. Zira hüküm kendi lehine de olsa nasılsa bundan yararlanamayacaktır. İşte davacının davayı kazanması halinde dava konusuna kavuşmasını daha dava sırasında (hatta davadan önce) emniyet altına almaya yarayan tedbirlere ihtiyati tedbirler denilmektedir<sup>468</sup>. İhtiyati tedbir, esas hakkında davanın alacaklıya sağlayacağı

---

<sup>466</sup> PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004, s. 489 vd. İhtiyati haciz, kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde para alacaklarını teminat altına almayı sağlayan bir geçici hukuki korumadır. Delil tespiti ise açılmamış veya açılmış bir davada henüz inceleme sırası gelmemiş delillerin korunmasını sağlamaya, kaybolmasını önlemeye yöneliktir. Bkz. PEKCANITEZ/ ATALAY/ÖZEKES, s. 505 vd.

<sup>467</sup> PEKCANITEZ/ ATALAY/ÖZEKES, s. 492. Ayrıca geçici hukuki korumalara ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. YILMAZ, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001, s. 38 vd.

<sup>468</sup> KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. IV, Altıncı Baskı, İstanbul 2001, s. 4290; KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder: Medenî Usûl Hukuku, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara 2007, s. 611.

sonucu sağlamamakla birlikte; esas hakkındaki davanın sürüncemesiz takibine olanak sağlamayı amaçlar<sup>469</sup>.

İhtiyati tedbir istenebilecek haller HUMK m. 101’de tek tek sayıldıktan sonra 103. maddede bu hallerin dışında “*başka tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için hâkim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir.*” düzenlemesine yer verilerek sayılan ihtiyati tedbir hallerinin sınırlayıcı olmadığı ifade edilmiştir. Buna göre hâkim kesin karar verinceye kadar ertelenmesinde tehlike veya önemli bir zarar olan durumun varlığına kanaat getirirse talep üzerine ihtiyati tedbire karar verecektir.

Bu konuda hâkime verilen takdir hakkı sınırsız değildir; geçici hukuki korumanın amacı doğrultusunda hâkim uyuşmazlığın esasına ilişkin geçici olarak karar veremeyecektir. Örneğin 1000 liralık alacak davasında davalının ihtiyati tedbir olarak zarar görene 1000 lira vermesine veya boşanma davasında tarafların ihtiyati tedbir olarak boşanmalarına karar verilemez<sup>470</sup>. Aynı şekilde kira sözleşmesine dayanan tahliye davasında kural olarak kiracının ihtiyati tedbir yoluyla tahliyesine karar verilemez<sup>471</sup>.

İhtiyati tedbirde henüz yargılama sona ermediği ve kesin hüküm niteliği taşımadığı için yaklaşık ispat yeterlidir<sup>472</sup>. Tasarının 76. maddesinde de zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtları sunması gerektiğini ifade edildiğine göre kesin ispat aranmadığı açıktır. Zarar görenin ekonomik durumunun gerektirmesi ifadesiyle ise dava sonucunu bekleyemeyecek kadar zor durumda olduğu belirtilmek istenmiş; haksızlığı halinde geri iade etmek şartıyla belli bir miktarın ödenmesine karar verileceği ifadesiyle ise ihtiyati tedbirin amacı olan hukuki barış ve güvenlik hedeflenmiştir. Bu nedenlerle kanaatimizce Tasarının 76. maddesi haklı olduğu yönünde inandırıcı deliller bulunan taraf aleyhine, ortaya çıkabilecek zararları önlemeye yönelik bir düzenleme olup; burada geçici hukuki koruma olan bir ihtiyati tedbir hali düzenlenmiştir.

---

<sup>469</sup>ÜSTÜNDAĞ, Saim: İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981, s. 10.

<sup>470</sup>YILMAZ, s. 845-846; KURU, C. IV, s. 4312 vd.; KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 615.

<sup>471</sup>KURU, C. IV, s. 4311.

<sup>472</sup>Tarafların menfaatini kesin hükme kadar muhafaza etmeyi amaçladığı için olayın özelliğine göre mümkün olduğunca çabuk ve basit bir inceleme sonucunda karar verilmesi gerekir. Zira tam ispat aranması işin niteliğine aykırı düşecektir. Bkz. YILMAZ, s. 37-38.

## B) Eda Amaçlı İhtiyati Tedbir Olması Sorunu

İhtiyati tedbirler teminat, düzenleme veya eda amaçlı olabilir. Teminat amaçlı ihtiyati tedbirlerde ihtilaf konusu hakkın müstakbel icrası teminat altına alınmaya çalışılır. Çekişmeli malın muhafaza altına alınması buna örnektir. Düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirlerde ise hukuki barışın korunması için geçici olarak düzenleme yapılması söz konusudur. Bu duruma boşanma davası sırasında çocuğun taraflardan birine bırakılması hali örnek olarak gösterilebilir. Eda amaçlı ihtiyati tedbirde ise dava konusunun geçici olarak ifası mümkün olabilmektedir<sup>473</sup>.

İfade ettiğimiz gibi esasen ihtiyati tedbirde kesin hüküm sonucunun sağlanması amaçlanmaz. Fakat boşanma davası sırasında tedbir nafakası bağlanması gibi bazı hallerde durumun gereği olarak ifa zorunlu olabilir<sup>474</sup>.

Türk Borçlar Kanunu Tasarısının 76. maddesinin gerekçesinde de aynen *“Maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, fıkra yapılan düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmamaktadır.”* ifadesi yer almaktadır. Belirttiğimiz gibi eda amaçlı ihtiyati tedbirlerde zaten kesin hüküm sonucuna kadar hukuki barışı korumak ve tarafların bu süre zarfında mağdur olmasını önlemek için geçici ifa olanağı tanınmaktadır. Kanaatimizce tasarının gerekçesinde kastedilen bu düzenlemenin eda amaçlı bir ihtiyati tedbir olup olmaması değildir. Burada kesin hüküm sonucunu elde etme yöntemi olarak bu maddenin görülemeyeceği belirtilmektedir. Başka bir ifadeyle gerekçesinde söz konusu düzenlemenin kesin hüküm yerine geçmeyeceği, yani bir ihtiyati tedbir niteliğinde geçici ödeme imkânı sunulduğu açıklanmak istenmiştir. Fakat *“geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyati tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmamaktadır”* ifadesinden sanki kural olarak eda amaçlı ihtiyati

<sup>473</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 493; ÖZEKES, Muhammet: İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 56-57. İhtiyati tedbirin bu üçlü ayrımı esasen Alman Hukukuna dayanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 13 vd.

<sup>474</sup> PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 493.

tedbir ile önceden temin edilebilen hüküm sonucuna, bu madde ile ulaşmanın amaçlanmadığı gibi bir anlam çıkmaktadır.

Oysaki eda amaçlı ihtiyati tedbir kesin hüküm sonucuna kadar hukuki koruma sağlayan bir tedbir olup, alacaklının paraya hemen kavuşması gereken bir durumda olması halinde uygulama alanı bulacaktır<sup>475</sup>.

Eda amaçlı ihtiyati tedbir bir malın verilmesi veya belli bir paranın ödenmesi şeklinde olabilir. Önemle belirtelim ki, ihtiyati tedbirin genel amacına hizmet edebilmesi bakımından, bu ifanın, ertelenmesinde tehlike olan veya önemli bir zarar olacak hallerle sınırlı olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle ancak böyle bir ihtiyati tedbir ile çare bulunabilecek bir zaruret hali bulunmalıdır. Bu tarz bir zaruret hali her şeyden önce alacaklının ihtilafı meblağ yaşamını sürdürmesi için gerekli olması halinde mevcuttur. Bunun dışında sağlığın tekrar kazanılması için yapılan harcamalar veya önemli bir malvarlığı zararının önlenmesi gibi hallerde de bu söz konusu olur. Zarar görenin bu zararda kusurunun olup olmaması önemli değildir<sup>476</sup>.

Bu nedenle kanaatimizce gerekçedeki bu cümlenin, “*Ancak, fıkra yapılan düzenleme, eda amaçlı ihtiyati tedbir niteliğinde olup, kesin hüküm sonucunun geçici ödeme ile elde edilmesini amaçlamamaktadır.*” şeklinde düzeltilmesinin yararlı olacağı kanaatindeyiz. Zira bu şekilde yapılan ödemenin ihtiyati tedbir niteliği de vurgulanmış olacaktır.

### III. Düzenlemeye İlişkin Değerlendirme

Türk Borçlar Kanunu Tasarısına ilişkin 12.01.2009 tarihli TBMM Adalet Komisyonu Raporunda 76. maddeye ilişkin komisyonda öne sürülen görüşlere yer verilmiştir.

Öncelikle hükmün tazminat ve yargılama hukukunun gerekleri ile bağdaşmadığı öne sürülmüştür. Oysaki eda amaçlı ihtiyati tedbir tazminat hukukumuzun temel amacı olan zarardan önceki halin sağlanmasına hizmet eden bir yöntemdir. Zira maddi durumu yeterli olmayan ve gereken tıbbi tedavi uygulanmazsa durumu daha da kötüleşecek olan zarar görene tedbiren sadece tedavi giderlerini karşılamaya yetecek miktarın verilmesi eski halin iadesini kolaylaştıracaktır. Benzer

<sup>475</sup> ÜSTÜNDAĞ, s. 35 vd.

<sup>476</sup> STEIN/JONAS: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 19. Auf. Tübingen 1972, Vor § 935 IV, 2b.

şekilde ticari taksisi veya işyeri zarara uğrayan kişi, bu zarar nedeniyle uzun zaman çalışmamışsa, mağduriyetinin giderilmesini yargılamanın sonuna kadar beklemesi onu çok zor durumda bırakabilir. Bu durum aynı zamanda yargılama hukukuna hâkim olan adil yargılanma ilkesinin ve bunun içinde yer alan makul sürede yargılanma hakkını doğrular niteliktedir. Zira yargılamanın makul sürede bitmesi ilkesinin altında bir an evvel, sürüncemede kalmaksızın, dava konusu hakkın hakkaniyete uygun olarak akıbetinin belirlenmesi amaçlanmaktadır. Bu nedenlerle komisyonda ileri sürülen bu eleştiriye katılmıyoruz.

Söz konusu düzenleme ile takdir hakkının sınırlarının zorlanacağı, zira yasada ödemenin miktarı konusunda herhangi bir sınırlamanın yer almadığı belirtilmiştir. Türk Medeni Kanununda tedbir nafakasının da hukuki dayanağı olan 169. maddesinde yer alan boşanma davası sırasında alınması gereken geçici önlemlerin en azından kapsamı belirtilmiştir. Bu nedenle geçici ödemenin amacı ve miktarı konusunda söz konusu maddede “zarar görenin yargılama süresince mağduriyetinin önlenmesi için kendisine makul<sup>477</sup> miktarda” geçici ödeme yapılacağı belirtilmesinin hükmün mahiyetine uygun olacağı kanaatindeyiz. Bunun dışında belli bir miktar mesela dava konusunun belli bir oranına karar verilmesinin her somut olayın özelliğini yansıtamayacağından uygun olmadığı düşüncesindeyiz. Zira para ödenmesinin amacı o andaki zarureti gidermektir<sup>478</sup>.

Düzenlemeye ilişkin “*tazminatın tahsilini imkânsız kılacak borçlu davranışlarına karşı ihtiyati tedbir yolunun açık olduğunu*” belirten eleştiride ise bu hükümle tazminatın tahsilini teminat altına almaktan ziyade dava sırasında haklılığına ilişkin inandırıcı kanıtlar bulunan zarar görene ifa (eda) amaçlı bir ödeme yapılacağı hususunun gözden kaçırıldığı kanaatindeyiz.

Yürürlükteki mevzuat bakımından hâkim bu şekilde bir ihtiyati tedbire karar verebilir mi? HUMK m. 101’de sınırlayıcı şekilde ihtiyati tedbir istenebilecek haller sayılmasına rağmen HUMK m. 103’te “*gösterilen hallerden başka tehirinde tehlike olan veya mühim bir zarar olacağı anlaşılan hallerde tehlike veya zararı defî için hâkim icap eden ihtiyati tedbirlerin icrasına karar verebilir.*” hükmü yer almaktadır.

---

<sup>477</sup>Komisyon Raporunda da kabul edilen madde ile ilgili yapılacak ödemelerin cüzi miktarda olacağı ifade edilmiştir. Benzer şekilde doktrinde bu kararın miktarının önemli olduğu belirtilmekte; bunun maddi talep miktarından bağımsız olup, ihtiyati tedbir ile sadece zaruretin ortadan kaldırılması için gerekli meblağa karar verileceği ifade edilmektedir. Bkz. **STEIN/ JONAS**, vor §935 IV 2d.

<sup>478</sup>**STEIN/ JONAS**, vor §935 IV 2d.

Bu çerçevede hâkimin yürürlükteki düzenlemeye göre de ertelenmesinde tehlike veya önemli zarar olan hallerde ihtiyati tedbire karar verebileceği anlaşılmaktadır.

Geçici ödeme hakkında hâkimin karar vermesi hâkimi ihsası reye zorladığı ifade edilmiştir. Bu görüş kanaatimizce ihtiyati tedbirin amacıyla bağdaşmamaktadır. Hâkimin zarar verenin zor durumda kalan zarar görene bir miktar geçici ödeme yapmasına karar vermesi, davayı zarar veren aleyhine karara bağlayacağı şeklinde anlaşılabilir. Hâkim kesin ispatla bu kararı vermeyip; kural olarak yaklaşık ispat yeterli olacaktır<sup>479</sup>. Nitekim hâkimin yaklaşık ispatla hatalı karar verebileceğini göz önüne alan kanun koyucu, HUMK m. 110'da lehine ihtiyati tedbire karar verilen taraf, karşı tarafın veya üçüncü kişilerin bu tedbir nedeniyle zarar görme olasılığına karşı teminat göstermek zorunda olduğu; fakat hâkimin duruma göre bu zorunluluğu kaldırabileceği belirtilmiştir<sup>480</sup>.

Son olarak mukayeseli hukukta bunun bir örneğinin bulunmadığı öne sürülmüştür. Bu konuda HUMK m. 103'e benzer bir düzenleme ZPO §935 ve § 940'da yer almaktadır. Bu düzenlemede "*Dava konusuna ilişkin ihtiyati tedbirler mevcut durumun değişmesiyle taraflardan birinin hakkının gerçekleşmesi engellenir veya önemli şekilde zorlaşırsa bunu düzeltmek için geçerli olacaktır.*" "*İhtiyati tedbir, ihtilaflı hukuki ilişki ile ilgili geçici bir durumun düzenlenmesini de amaçlar, meğerki bu düzenleme özellikle devam eden hukuki ilişkilerde önemli zarar veya tehlikeyi engellemek için veya diğer nedenlerle gerekli görülsün.*" ifadelerine yer verilmiştir. Bu düzenlemelerden yola çıkılarak uygulamada haksız fiilde alacaklıya ihtiyati tedbir yoluyla nafaka verileceği kabul edilmiştir. Aynı zamanda zarar görenin bir kerelik doktor veya kür masrafına ihtiyaç duyması halinde borçlunun buna tedbir yoluyla mahkûm edileceği kabul edilmiştir<sup>481</sup>. Bu açıdan Alman uygulamasında haksız fiiller bakımından yer alan bir uygulama hukukumuz bakımından kanunla düzenlenmeye çalışıldığını söyleyebiliriz.

Sonuç olarak, yürürlükteki mevzuata göre de hâkim HUMK m. 103'e göre tazminat davasında bu maddedeki şartların varlığı halinde ihtiyati tedbire karar

<sup>479</sup> Buna rağmen tasarıda "*inandırıcı kanıtların*" varlığı halinde hâkimin karar vereceği ifade edilmiştir.

<sup>480</sup> Hâkimin geçici ödemeyi alan tarafın teminat göstermesine karar vermesi halinde tasarıya ilişkin "*Davanın reddi ve davacının geçici ödemeleri geri verememesi, subjektif ifa imkânsızlığı, hâlinde kanun bir çözüm (koruma normu) öngörmemektedir.*" şeklindeki eleştiriye de yer olmayacağı düşüncesindeyiz.

<sup>481</sup> Bkz. STEIN/JONAS, vor § 935 IV 2c.

verebilecektir. Fakat yine de tasarıda bu yönde bir düzenlemenin bulunması kanaatimizce yerinde olmuştur. Hemen belirtelim ki, hâkimin bu madde anlamında ihtiyati tedbire karar verirken somut olayda HUMK m. 103'te yer alan şartların bulunup bulunmadığını tespit etmesi gerekmeyecektir<sup>482</sup>. Aynı zamanda belirtmek istenen amaç ile bu geçici ödemenin miktarına açıklık getirmek için maddenin birinci fıkrasının “davalının” ifadesinden sonra “zarar görenin yargılama süresince mağduriyetinin önlenmesi için kendisine makul miktarda ödeme yapılmasına karar verebilir” şeklinde tamamlanmasını öneriyoruz.

---

<sup>482</sup> Zira HUMK dışındaki diğer kanunlarda düzenlenen ihtiyati tedbirler ile HUMK'ta düzenlenen ihtiyati tedbirler arasında genel hüküm özel hüküm ilişkisi bulunacağından özel hüküm bulunmayan hallerde HUMK hükümleri uygulanacaktır. Bkz. **ÖZEKES**, s. 57-58.

## SONUÇ

Sorumluluk hukuku Roma Hukukundan beri gelişme gösteren Borçlar Hukukumuzun en dinamik alanlarından biridir. Akit dışı sorumlulukta kusur sorumluluğunun yanı sıra kusursuz sorumluluk türlerindeki artış, bu gelişimin göstergesidir. Bu nedenle toplumun gereksinimlerine uygun yasal düzenlemelerin genel sorumluluk hukuku prensiplerine uygun olarak yapılması ve kural – istisna ilişkisini bozmaya mahal vermemesi gerekmektedir.

Akit dışı sorumlulukta kural, kusur sorumluluğudur. Bu ilke ile bireylerin hareket ederken dikkatli ve özenli olmalarını başka bir deyişle kural olarak hareket ederken ortalama bir kişinin göstereceği özeni göstermeleri beklendiği için sosyal barışın ve adaletin sağlanmasına hizmet etmektedir. Fakat zamanla gelişen ve değişen toplumsal ilişkiler ve faaliyetler çerçevesinde kişiler ortalama insanın göstereceği özeni gösterecekler de zararın otonya çıkmasına engel olamayabilirler. İşte bu durumda zararın zarar gören üzerinde kalması adalete uygun olmayacağından istisnai olarak tek tek kusursuz sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Bu sebeple şimdiye kadar kanun koyucunun yaptığı gibi genel bir düzenlemeye yer vermek yerine istisnanın dar anlaşılması bakımından Türk Borçlar Kanunu Tasarısı bakımından da özel düzenlemelere yer verilmesinin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

Sorumluluk hukukuna egemen olan zarar olmadan sorumluluk olmaz düşüncesi kapsamında, zararın belirlenmesi sorumluluğun tespiti bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira bir eylem ne kadar kusurlu ve hukuka aykırı olursa olsun ortaya zarar çıkmamışsa hukuki anlamda tazmini gereken bir husus yoktur. Zarar kişinin maddi değerlerine, başka bir ifadeyle malvarlığını etkileyen değerlerine, hem de manevi değerlerine yönelik olabilir. Bu çerçevede Mommsen tarafından öne sürülen fark teorisine göre maddi zarar, kişinin zarar veren olaydan sonraki malvarlığı durumu ile bu olay olmasaydı oluşacak farazi malvarlığı durumu arasındaki farktır. Doktrinde bu görüşün maddi zararı açıklamada yetersiz kaldığı öne sürülerek maddi zarar kavramını tanımlamaya ve tazmin edilebilecek değerlerin kapsamını genişletmeye yönelik birçok görüş ortaya atılmıştır. Bu görüşler genel olarak incelendiğinde kişiye manevi tatmin, rahatlık sunan bazı unsurların da maddi zararını gibi tazminine olanak tanımaya yönelik olduğu tespit edilmiştir. Bunun sebebi ise kanaatimizce, bu görüşlerin öne sürüldüğü Alman Hukukunda kanun



koyucunun sadece sınırlı hallerde manevi tazminat talep edilebileceği şeklindeki düzenlemenin (BGB § 253) dolanılmaya çalışılmasıdır. Aynı zamanda zarar veren olaydan zarar verenin yararlanmaması şeklinde öne sürülen görüş de kanaatimizce zarar vereni cezalandırma isteğinden başka bir şey değildir.

Maddi zararın belirlenmesinde tazminat hukukumuzda fark teorisi temel alınmaktadır. Zararın miktarının ispatı ise zarar görene aittir. BK m. 42/II ile kanaatimizce TMK m. 6'da yer alan esas vurgulanmıştır. Zarar görenin, zarara uğrayan hakkının hangi andaki değerine göre tazminat talep edeceği doktrinde tartışmalı olmakla birlikte doktrindeki hâkim görüşe göre bedensel zararlarda olduğu gibi eşyaya verilen zararlarda da hükmün verildiği tarih esas alınmalıdır (BK m. 46/II).

Tazminatın amacı zararın telafisi olduğuna göre zarar gören maruz kaldığı olumsuzlukların yanında zarar verici olay malvarlığında farazi de olsa bir artışa neden olduysa bunun denkleştirilmesi gerekir. Aksi takdirde zarar veren olay zarar görenin zenginleşmesine yol açacaktır. Bunun için öncelikle ortaya çıkan zarar ile denkleştirilecek yararın her ikisinin de maddi olması gerekmektedir. Bunun yanı sıra denkleştirilecek yarar ile zarar arasında uygun illiyet bağı bulunmalıdır. Destekten yoksun kalma tazminatının veya sigorta ödemesinin alınması zarar veren olay sonucu ortaya çıkan bir yarar olarak değerlendirilip denkleştirmeye tabi olmaz. Zira burada alınan ödemeler sonucu zarar şartının ortadan kalkıp kalkmadığı incelenir.

Maddi zarar, zarar gören kişinin malında veya bedensel bütünlüğünde gerçekleşmiş olabilir. Hukukumuzda eşyaya gelen zararlarda eşyanın objektif değeri olan piyasadaki ortalama değerinin değil; sübjektif değerinin, başka bir ifadeyle zarar görenle arasındaki özel ilişkiler dikkate alınarak onun malvarlığında ifade ettiği değerinin, tazmini amaçlanır. Burada zarar görenle arasındaki manevi ilişkiden ziyade zarar görenin malvarlığındaki eşyanın, diğer malvarlığı unsurları ile karşılıklı değerlendirilmesi sonucu ifade ettiği değer tespiti amaçlanır.

Zarar veren olay sonucu eşya tamamen veya kısmen yok olabilir. Eşya tamamen yok olmuşsa o eşyaya eşdeğer eşyanın alınması için gereken miktarın tazmini gerekir. Fakat bu durumda zarar görenin elindeki eşya kullanılmış olacağından yeni bir eşya alımı için verilen tazminat zarar görenin zenginleşmesine yol açacaktır. Bu nedenle eski ile yeni farkının denkleştirilmesi gerekmektedir. Eşya kısmen yok olmuşsa eşyanın eski hale iadesi için öncelikle onarım masraflarının

tazmini gereklidir. Fakat bazı eşyalar zarar gördükten sonra onarılmaları ile tam anlamıyla zarardan önceki durumu kazanamazlar. Başka bir deyişle benzeri zarar görmemiş bir eşya ile karşılaştırıldığında onarılmış eşyanın sürüm değerinin daha düşük takdir edilmesi nedeniyle aradaki bu farkın da tazmini gereklidir.

Bir eşyanın özellikle motorlu araçların kullanım imkânından yoksunluk Alman Hukukunda bir maddi zarar kalemi olarak değerlendirilmektedir. Hukukumuz bakımından zarara uğrayan araç bir ticari araçsa, kişi bunu kullanmadığı süre içinde yoksun kaldığı kazancı zarar verenden talep edebilir. Bunun dışında ulaşım için yaptığı masrafları da talep ederken yapmaktan kurtulduğu benzin masraflarının zarardan düşülmesi gerekir. Fakat bunun dışında sırf zarar gören eşyanın para ile elde edilebilir olması veya o süre içinde eşyanın paraya çevrilme olanağından yoksun kalınması nedeniyle maddi tazminat istenmesi mümkün değildir. Zira kişi malvarlığında yer alan bir değeri her zaman paraya çevirme ihtiyacı duymayabilir. Bu nedenle kullanım imkânına başlı başına maddi bir değer vermek yerine kişinin paraya çevirme ihtiyacının varlığının incelenmesi ve eğer zarar veren olay olmasaydı kişinin zarar gören aracı paraya çevirebileceğinin söylenmesi halinde tamir süresince aracını paraya çevirme imkânının ortadan kalkması nedeniyle maddi tazminat isteyebileceği kabul edilebilir. Fakat esasında burada kanaatimizce kullanım imkânından veya paraya çevirme imkânından yoksunluktan doğan bir zarar değil, sadece yoksun kalınan kâr söz konusudur. Yoksun kalınan kârın da zaten fark teorisi çerçevesinde tazmini mümkündür. Bu nedenle kişinin zarar veren olay olmasaydı paraya çevirmeyeceği sadece malvarlığında bulunacak olan bir eşyayı tamir süresince kullanmadığı için maddi zarar adı altında ayrıca bir tazminat talep edemeyeceği görüşünderiz.

Kişiyeye verilen maddi zararlar ise BK m.45 ve 46'da düzenlenmiştir. Zarar verici eylem sonucu bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin, iyileşmesine kadar geçecek süre içinde tedavi masrafları, çalışma gücünden yoksun kalma nedeniyle uğranılan zararlar ve ileride zarar veren olayın ekonomik olarak geleceğini etkilemesi nedeniyle uğranılan maddi zararların tazmini gereklidir. Kişi zarar veren olay sonucu ölmüşse ölümün zarar veren olaydan hemen sonra veya uygun illiyet bağı çerçevesinde bu olaydan bir süre sonra gerçekleşmesi hali bakımından zarar kalemleri değişiklik arz eder. Eğer zarar veren olaydan sonra bir süre kişi çalışmayıp tedavi görmüşse, ortaya çıkan masraflar ve kazanç kaybı tazmin

edildikten sonra, ölüm nedeniyle yapılması gereken masraflar ve destekten yoksun kalma zararı talep edilirken; zarar veren olaydan hemen sonra ölüm gerçekleşmişse sadece ölüm nedeniyle uğranılan zararlar talep edilir.

Bedensel zararlarda çalışma gücünün hüküm anına kadar kaybı kural olarak günlük elde edilecek ücretin çalışma gücünden yoksun kalınan gün sayısı ile çarpılmasıyla bulunur. Hüküm anından sonra devam eden çalışma gücü kaybı ise daha kapsamlı bir araştırmayı gerektirir. Bu kapsamda kişinin uğradığı zararın mesleğini yaptığı işi ne oranda etkileyeceği, eğer kişi mesleğini yapamayacak hale gelmişse meslek değiştirme olasılığı, bu yeni mesleğe intibak kabiliyeti zekâsı ve yaşı da göz önüne alınır. Kişinin çalışma gücünü kaybetmiş sayılması için hâlihazırda çalışıyor olması gerekmez. Benzer şekilde çalışma gücünü kaybeden kişi çocuk da olabilir. Bu durumda zarar, çocuğun zekâsına, sosyal ekonomik durumuna ve ailesine göre belirlenir. Bedensel zarara uğrayıp çalışma gücünden yoksun kalan kişi ev işlerini yürüten evli kadın ise, her ne kadar çalışmasını karşılığında bir gelir elde etmese de TMK m. 186/III'e göre aile birliğinin giderlerine katkıda bulunduğu için bu süre zarfında bu giderlere katılamayacağından ortaya maddi bir zarar çıkmaktadır. Son olarak bedensel zarara uğrayan kişi çalışma gücünden yoksunluğun yanı sıra bu zarar nedeniyle sakatlanması, çirkinleşmesi veya bir duyusunu kaybetmesi hallerinde zarar veren olayın kişide bıraktığı bu etkilerin onun ekonomik geleceğini olumsuz etkileyeceği hallerde ortaya çıkan zararın tazmini gereklidir.

Zarar gören maruz kaldığı bedensel zarar nedeniyle tatil zamanını değerlendiremediği için maddi zarar adı altında bir tazminat talep etmesi ancak tatil süresine ilişkin önceden yaptığı otel rezervasyonu, ulaşım gibi masraflarla sınırlıdır. Bunun dışında Alman Hukukunda olduğu gibi tatil zamanının ticarileştiğinden bahisle tatilden yoksun kalmanın başlı başına bir maddi zarar kalemi teşkil etmesi mümkün değildir. Bu durum olsa olsa manevi zarar oluşturur.

Zarar veren olay sonucu zarar gören kişi ölmüşse bu kişinin mali bakımdan desteği olan üçüncü kişiler zarar veren olay sonucunda desteklerini kaybettiklerinden bahisle destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler. Bunun amacı zarar veren olay sonucu desteğin ölümüyle, baktığı kişilere yapılan yardımların kesilmesinin önlenmesi ve ölümden önceki sosyal ekonomik durumlarının korunmasını sağlamaktır. Bunun için öncelikle zarar veren olay sonucunda ölen kişinin bir başkasının desteği olması gerekmektedir. Destek, yardım alan kişiye, gerçekten de

(fiili olarak) yardım edebileceği gibi; ölmeseydi ilerde yardım alacağını öne süren kişiye muhtemelen (farazi olarak) yardım edebilecek olan kişidir. Destekten yoksun kalma tazminatı talep etmenin başka bir şartı ise tazminat talep edenin bakım ihtiyacı içinde olması ve desteğin de bakım gücüne sahip olmasıdır. Yardım alan kişi, desteğin ölümü nedeniyle alacağı sigorta ödemeleri veya miras, bakım ihtiyacını kaldırdığı oranda destekten yoksun kalma tazminatı talep edemeyecektir. Destekten yoksun kalma tazminatı, desteğin mali durumu, yardımın miktarı ve süresi gibi hususlar göz önünde bulundurularak belirlenecektir.

Türk İsviçre Hukukunda Alman Hukukundan farklı olarak “tam tazmin” ilkesi geçerli değildir. Türk İsviçre Hukukunda da tazminatın esas amacı ortaya çıkan zararın telafisinin sağlanmasıdır. Fakat bu telafiyi sağlarken kanun koyucu hâkime somut olayın özellikleri, tarafların kusur oranlarını göz önünde bulundurarak tazminatı takdir etme yetkisi vermiştir. Bu açıdan bakıldığında BK m. 43-44’te yer alan bu düzenlemenin sosyal adalete ve hakkaniyete uygun bir yaklaşım olduğu gözden kaçmamaktadır. Hâkime hem tazminatın miktarını hem de türünü hal ve şartlara göre belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Hâkim aynen veya nakden tazminata karar verebilir. Aynen tazminde ortaya çıkan zarar para dışı yollardan tazmin edilirken; nakden tazminde ise zarar para ile tazmin edilir. Aynen tazminin mümkün olmadığı hallerde veya işin niteliği gereği ancak para ile tazmin olunabilecek zararlarda nakden tazmine karar verilir. Nakden tazmin bir seferde toplu paranın tazmini şeklinde sermaye olarak veya belirli aralıklarla irat şeklinde ödenebilir. Uygulamada daha ziyade sermaye şeklinde nakden tazmine karar verilmektedir. Nakden tazminin tercih edilmesinin başka bir sebebi ise denkleştirmeye elverişli oluşudur. Nakden tazmine genellikle sermaye şeklinde karar verilmesinin sebeplerinden biri özellikle enflasyonist baskılar altında irat şeklinde hükmedilen tazminatın bir süre sonra değersizleşmesidir. Ayrıca zarar verenin irat şeklinde tazminde teminat göstermesi gerekmektedir.

Hâkim tazminatın miktarını, zarar verenin kusurunun ağırlığına, zarar verenin zarara rıza gösterip göstermediğine, zarar görenin kendi kusuruyla zararın doğmasına veya artmasına sebebiyet verip vermediğine, üçüncü kişinin kusurlu hareketiyle zarara katkısının bulunup bulunmadığına göre belirleyecektir. Ayrıca bu haller dışında zararın ortaya çıkmasına veya artmasına beklenmeyen bir hal, zarar görenin yapısal yatkınlığı sebebiyet vermişse veya zarar bir hatır işi sırasında gerçekleşmişse

hâkim bu etkiler çerçevesinde tazminat miktarını zarardan daha düşük olarak belirleyecektir. Hâkim bunların yanı sıra somut olayda tarafların karşılıklı sosyal ekonomik durumlarını da tazminat miktarını belirlerken göz önünde tutacaktır. Her ne kadar ortaya bir zarar çıkmışsa da zarar veren bu zararın tamamını tazmin ettiği zaman zarar görenin uğramış olduğu zarardan daha büyük bir zarara maruz kalacaksa, bu durumda zararın tam tazmini hakkaniyete aykırı olacaktır. Bu çerçevede tazminatın belirlenme işinin zararın tespiti işleminden daha çok özen isteyen titiz bir çalışma olması gerektiğini söyleyebiliriz.

Kanaatimizce hakkaniyetin teminini sağlayan başka bir düzenlemeye de Türk Borçlar Kanunu Tasarısında yer verilmiştir. Tasarının 76. maddesinde yer alan hükümle hâkimin, taraflar arasındaki durumun değerlendirip kesin hüküm verinceye kadar geçen sürede hak kayıplarının olabileceği göz önünde bulundurularak, geçici olarak tedbiren ödeme yapılmasına karar verebileceğine yer verilmiştir. Hemen belirtelim ki bu düzenleme ile tazminatın tamamının geçici olarak ödenmesi değil, sadece yargılama sona erinceye kadar ki sürede mağduriyetin önlenmesine yetecek miktarın ödenmesi amaçlanmaktadır. Kanaatimizce bu düzenleme BK 43-44. maddelerde yer alan düzenlemenin tamamlayıcısı niteliğinde olacaktır. Önemle belirtelim ki, bu düzenlemenin yasalaşması halinde zaten uzayan yargılamaların daha da uzamasının engellenmesi için söz konusu maddeye çok titizlikle yaklaşılması gerekmektedir. Bu nedenle maddenin birinci fıkrasındaki “davalının” ifadesinden sonra “zarar görenin yargılama süresince mağduriyetinin önlenmesi için kendisine makul miktarda ödeme yapılmasına karar verebilir” ifadesinin eklenmesinin maddenin amacını ve ödemenin kapsamını belirleme bakımından uygulamaya ışık tutacağı kanaatindeyiz.

## **KAYNAKÇA**

**AKİPEK**, Jale G. / **AKINTÜRK**, Turgut: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1, 5. Baskı, İstanbul 2004.

**AKÜNAL**, Teoman: Haksız Fiillerden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977.

**ANTALYA**, Gökhan: Borçlar Kanunu Tasarısı “En önemli Yeniliklerden Biri de Haksız Fiiller Reformu”, HPD, S. 4, Ağustos 2005, s. 70-73.

**ATAAY**, Aytekin: Borçlar Hukukunun Genel Teorisi Birinci Ayırım, 3. Baskı, İstanbul 1981.

**ATAMER**, Yeşim M.: Revize Edilmiş Türk Borçlar Kanunu Tasarısına İlişkin Değerlendirme ve Teklifler, HPD, S. 6, Mayıs 2006, s. 8-37.

**AYBAY**, Aydın: Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul 1979.

**BAŞTUĞ**, İrfan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Manisa 1984.

**BECKER**, H. : İsviçre Medeni Kanunu Şerhi Borçlar Kanunu I. Kısım Genel Hükümler VI. Cilt Fasikül II, (Çeviren: Kemal Reisoğlu), Ankara 1968.

**BİRSEN**, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri Birinci Kitap Borçların Umumi Hükümleri, 3. Baskı, İstanbul 1954.

**BRINKER**, Jürgen: Die Dogmatik zum Vermögenschadensersatz, Berlin 1982.

**BÜYÜKSAĞIŞ**, Erdem: Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul 2007.

**BÜYÜKSAĞIŞ**, Erdem: Tatilden Beklenen Yararın Elde Edilememiş Olmasının Hukuki Niteliği Manevi Zarar Kavramına Değişik Bir Yaklaşım, GSÜHFD 2004/1, Y.3, S.1, s. 203-239. (Tatil)

**ÇALKIN**, Fahri / **TUĞSAVUL**, Muhsin: Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, İstanbul 1948.

**DESCHENAUX**, Henri / **TERCIER**, Pierre: Sorumluluk Hukuku, (Çeviren: Salim Özdemir) Ankara 1983.

**DEUTSCH**, Erwin: Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, München 1996.

**EDGÜ**, Ekrem: Borçlar Hukuku Umumi Hükümler, İstanbul 1978.

**EREN**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Tıpkı 7. Baskı, İstanbul 2001.

**EREN**, Fikret: Sorumluluk Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara 1975. (Uygun İlliyet)

**ERGÜNE**, Mehmet Serkan: Olumsuz Zarar, İstanbul 2008.

**ERTEN**, M. Ali: Serbest Zaman, Tatil veya Seyahat Zevkinden Yoksun Kalma Nedeniyle Zarar Kavramı Üzerinde Bir İnceleme, YD Ekim 1980, C. 6, S. 4, s. 529- 537.

**ESCHER- WEINGART**, Christina: Nutzungsausfall als Schaden und sein Ersatz, Frankfurt am Main 1993.

**ESSER**, Josef / **SCHMIDT**, Eike: Schuldrecht Band I Allgemeiner Teil Teilband 2, Heidelberg- Karlsruhe 1976.

**FEYZİOĞLU**, Feyzi Necmeddin: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1976.

**FIKENTSCHER**, Wolfgang / **HEINEMANN**, Adreas: 10. völlig neu bearbeitete Auflage, Berlin 2006.

**GÖKCAN**, Hasan Tahsin: Hukukumuzda Haksız Fiil Sorumluluğu ve Tazminat Davaları, Ankara 2003.

**GÖKYAYLA**, K. Emre: Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2004.

**HANSEN**, Wilhelm Matthias: Normativer Schadensbegriff und Schadensberechnung, Karlsruhe 1977.

**HAVUTÇU**, Ayşe: Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, S. 34, Ekim 2005, s. 3613-3628.

**HIRSCH**, Christoph: Einführungskurs Allgemeines Schuldrecht, 2. Auflage, Köln- Berlin-Bonn- München 1994.

**HÜTTE**, Felix / **HELBRON**, Marlena: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bremen 2005.

**İNAN**, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1979.

**KANETİ**, Selim: Haksız Fiil Sorumluluğunda Kusur Kavramının Görevi, Sorumluluk Hukukunun Güncel Sorunları - Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler I. Sempozyumu Ankara 21-22 Ekim 1977, s. 29-66.

**KARAHASAN**, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku Birinci Kitap Maddi Tazminat, İstanbul 1996. (Tazminat)



**KARAHASAN**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 7. Baskı, İstanbul 2003.

**KARAHASAN**, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 2004. (C.3)

**KARAKAŞ**, Fatma Tülay: Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı, Ankara 2004 (Yayımlanmamış Doktora Tezi)

**KARAKAŞ**, Fatma Tülay: Bedensel Bütünlüğü İhlal Edilen Ev Kadınının Çalışma Gücünün Kaybı Nedeniyle Tazmin Talebi, <http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2006-55-02/AUHF-2006-55-02-Karakas.pdf>, Erişim Tarihi: 18.04.2008. (Ev kadını)

**KARAKAŞ**, Fatma Tülay / **SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN**, Özlem: Tarihsel Açıdan Malvarlığı Zararı ve Bu Zararın Belirlenmesi, *BATİDER* Haziran 2006, C. XXIII, S. 3, s. 153-181.

**KAYNAR**, Reşat: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 1972.

**KELLER**, Max / **GABI/BOLLINGER**, Sonja: Das Schweizerische Schuldrecht Haftpflichtrecht, Band II, Basel und Frankfurt am Main 1985.

**KILIÇOĞLU**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007. (KILIÇOĞLU, A. M.)

**KILIÇOĞLU**, Ahmet, M.: Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Eleştiriler: Rapor, Ankara 2008. (KILIÇOĞLU, A. M., Tasarı)

**KILIÇOĞLU**, M.: Sorumluluk Hukuku, C. 1, Ankara 2002. (KILIÇOĞLU)

**KURU**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. IV, Altıncı Baskı, İstanbul 2001.

**KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder:** Medenî Usûl Hukuku, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara 2007.

**LANGE, Hermann:** Schadensersatz, Tübingen 1979.

**LANGE, Hermann / SCHIEMANN, Gottfried:** Handbuch des Schuldrechts Schadensersatz, 3. Auflage, Tübingen 2003.

**LARENZ, Karl:** Lehrbuch des Schuldrechts Erster Band Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987.

**MEDICUS, Dieter:** Bürgerliches Recht, 21. neu bearbeitete Auflage, München 2007. (BGB)

**MEDICUS, Dieter:** Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 17. neu bearbeitete Auflage, München 2006.

**MEDICUS, Dieter:** Normativer Schaden, JUS 1979, s. 233-239. (Normativer)

**MERZ, Hans:** Obligationenrecht Allgemeiner Teil Erster Teilband, Basel und Frankfurt am Main 1984.

**MÜNCHENER/ GRUNSKY:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 249- 432), München 1979.

**NOMER, Haluk N.:** Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.

**OFTINGER, Karl:** Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, vierte überarbeitete und vermehrte Auflage, Zürich 1975.

**OĞUZMAN**, M. Kemal / **ÖZ**, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2006.

**OKTAY**, Saibe: Gezi Sözleşmesi, İstanbul 1997.

**ÖZEKES**, Muhammet: İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.

**ÖZEL**, Çağlar: Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler, AÜHFD 2001, C. 50, S. 4, s. 81- 106.

**PEKCANITEZ**, Hakan/ **ATALAY**, Oğuz/ **ÖZEKES**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara 2004.

**REİSOĞLU**, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, İstanbul 2005.

**ROBERTO**, Vito: Schadensrecht, Basel und Frankfurt am Main 1997.

**SCHLECHTRIEM**, Peter / **SCHMIDT- KESSEL**, Martin: Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. neu bearbeitete Auflage, Tübingen 2005.

**SEROZAN**, Rona: Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım, Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan (1925- 1988), s. 67- 101. (Manevi Tazminat)

**SEROZAN**, Rona: Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler, İdare Hukuku Alanında Sorumluluk - Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu Ankara 12 – 13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, s. 171- 176.

**STARK**, Emil W. : Ausservertragliches Haftpflichtrecht Skriptum, Zürich 1982.

**von STAUDINGERS/ MEDICUS:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch Recht der Schuldverhältnisse § 243- 254, 12. neubearbeitete Auflage, Berlin 1983.

**von STAUDINGERS/ SCHIEMANN:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 249-254 (Schadensersatzrecht), Berlin neubearbeitung 2005.

**STEIN/JONAS:** Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Auf. Tübingen 1972.

**STRÖFER,** Joachim: Schadensersatz und Kommerzialisierung, Berlin 1982.

**TANDOĞAN,** Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981. (Kusura Dayanmayan)

**TANDOĞAN,** Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ankara 1961.

**TEKİL,** Fahiman: Borçlar Hukuku, İstanbul 1980.

**TEKİNAY,** Selahattin Sulhi / **AKMAN,** Sermet / **BURCUOĞLU,** Haluk / **ALTOP,** Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.

**TİFTİK,** Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994.

**von TUHR,** Andreas: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Band, Leipzig 1910 (Deutschen).

**von TUHR,** Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.1-2, (Çeviren: Cevat Edege), Ankara 1983.

**TUNÇOMAĞ**, Kenan: Borçlar Hukuku Dersleri Genel Hükümler, C. I, 2. Baskı, İstanbul 1965.

**ULUSAN**, İlhan: Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi, İstanbul 1977.

**UYGUR**, Turgut: Açıklamalı- İctihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 2, Ankara 2003.

**ÜSTÜNDAĞ**, Saim: İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981.

**YAVUZ**, Nihat: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme ve Öneriler, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 3, S. 20, Nisan 2008, s. 51- 60.

**YILMAZ**, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001.

**YILMAZ**, Ejder: Hukuk Sözlüğü, 6. Baskı, Ankara 2001.

**YURT**, Bülent: Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, Ankara 2000.

**ZEYTİN**, Zafer: Alman Hukukunda Zarar Kavramı ve Gelişimi – I Maddi Zarar Olarak Özel Kullanım Kaybı, BATİDER Aralık 1999, C. XX, S. 2, s. 73- 89.

T.C. Adalet Bakanlığı, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Hakkında Gelen Görüşler (15 Şubat- 10 Haziran 2005), 15 Haziran 2005.

<http://tdkterim.gov.tr>

<http://www.legalbank.net>

<http://www.kazanci.com>

<http://www.turkhukuksitesi.com>