

# TAZMİNAT DAVALARINDA KAZANÇ KAVRAMI

## I- TAZMİNATIN ÖLÇÜSÜ OLAN “KAZANÇ” NEDİR ?

Ölüm ve yaralanma nedeniyle maddi tazminatın “parasal” değerlendirmesi, ölen veya yaralanan kişilerin “kazanç”ları üzerinden yapılmaktadır. Maddi tazminatın ölçüsü olan bu kazançlar ne tür kazançlardır? Malvarlığı eksilmesi olarak tanımlanan maddi zararda eksilen nedir? Haksız eylem neyi ne kadar eksiltmektedir?

Öncelikle şunu belirtelim ki, haksız eylem ile eksilen malvarlığı ve kazanç arasında nedensellik bağı kurulamıyorsa, daha açık bir deyişle, kişilerin malvarlıklarındaki ve kazançlarındaki eksilme haksız eylemin sonucu değilse, ya da haksız eylem malvarlıklarında ve kazançlarda bir eksilmeye neden olmamışsa, bir tazminattan söz edilemeyecektir. Örneğin, kişilerin önceden biriktirilip gelire dönüşmüş malvarlıkları, miras, faiz, sigorta gelirleri, emekli aylıkları haksız eylemden etkilenmemiş ve eksilmemişse, bunlar tazminat hesabının konusu ve ölçüsü olamayacaklardır.

Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı ve tanımlanacağı üzere, **tazminat hesabının ölçüsü olan kazançlar, kişilerin beden ve beyin gücüyle elde etmekte oldukları veya ilerde elde edecekleri kazançlardır.** Tazminat hukukunda kazanç kavramının ne anlama geldiği konusuna girmeden önce, **kazanç, ücret, gelir** kavramlarını tanımlamaya ve aralarındaki farkları belirtmeye çalışacağız.

## II-KAVRAMLAR VE TANIMLAR

Çoğu Yargıtay kararlarında, öğretide ve sorumluluk hukukuna ilişkin tüm kitaplarda “kazanç” yerine “gelir” denilmesinin yanlış bir söyleyiş olduğu kanısındayız. Kimi yerde kullanılan “ücret” bir işverene bağlı olarak çalışanların emeklerinin karşılığı olup, anlamı dar ve sınırlıdır. Oysa “kazanç” tüm meslek dallarını kapsadığı gibi, durağan edinimin değil, etkin çalışma gücünün ürünüdür. Daha açık deyişle, **kazanç, oturarak değil, beyin ve beden gücüyle iş üretilerek elde edilen parasal bir değerdir.**

Konuyu açıklığa kavuşturmak ve doğru kavramı seçmek için işe sözlük anlamlarından başlamak istiyoruz.

**GELİR :** Bir kimseye belli zamanlarda belli yerlerden süreli olarak gelen para (irat, varidat, akar, rant). Eski dilde kullanılan “İrat: Gelir getiren yapı, durağan gelir” demektir. “Varidat” iradın çoğulu olup “gelirler” anlamındadır. “Akar: Kiraya verilerek gelir getiren ev, dükkan gibi mülk, mallar” demektir. Batı dillerinden dilimize girip yerleşen “Rant (rente): Gelir, düzenli gelir, irat” karşılığıdır. Rantiye (rentier) ise “gelirleri olan kimse, geliriyle geçinen kimse”dir.

Gelir türleri şunlar olabilir: 1.Kira gelirleri,2.Faizler,3.Anonim şirket kar payları,4.Hazine bonusu,tahvil,yatırım fonu ve benzeri değerli kağıtların getirileri, 5.Yaşam sigortası gelirleri, 6.Emekli aylıkları...Bunların hemen tamamı çalışmadan (beyin ve beden gücü harcamadan) kişinin malvarlığına eklendiğinden, haksız eylem ve kaza sonrasında da kesilmeyecek; kişi iş görememe (mesleğini sürdürememe) durumuna girdikten sonra da bu gelirlerden yararlanabilecek; ölümlü olaylarda bunlar mirasçılara geçecektir. Bu nedenlerle, yukarıda sayılan gelirlerin maddi tazminat hesabı dışında tutulmaları ve bunun sonucu olarak zarardan indirim konusu yapılmamaları gerekir. Mirasçı olmayan kişilerin bu tür gelirlerden yoksun kalmaları ayrıık durumları oluşturur ve “kazanç” ögesine katılmaları uzak olasılıklardandır.

Öte yandan destekten yoksunluk tazminatı, mirasçılık sıfatından ayrı ve bağımsız bir hak olup, haksız eylemle ölenin bedensel varlığından yoksun kalınması ile mirasçılara ölenin mal ve gelir kalması arasında nedensellik bağı bulunmadığından, miras gelirlerinin tazminat hesabında gözetilmesi ve zarar tutarından indirilmesi düşüncesi son derece yanlış ve haksız bir uygulamadır.

Görüldüğü gibi, çalışmadan ve emek harcamadan elde edilebilme özellikleri nedeniyle “gelir”lerin haksız eylem ve kaza sonrası “maddi zarar”ın oluşmasına hemen hiç katkıları bulunmamakta; bu yüzden (kural olarak ve genellikle) “kazanç” ögesine katılmayıp, maddi tazminat hesaplamalarında dikkate alınmaması gerekmektedir.

**ÜCRET :** Emeğe karşı verilen para, gündelik, aylık, maaş; bir işverene, bir kuruma, bir tüzelkişiye bağlı olarak çalışanların günlük, haftalık, aylık biçiminde aldıkları paradır. Kimi zaman bağımsız olarak yapılan işin bedeli de “ücret” olarak adlandırılmaktadır. Hekimin, avukatın, mimarın, ressamın, müzisyenin ve her türlü eser sahibinin ücretleri gibi.

Ücret, bedensel veya beyinsel çalışmanın ürünü olmakla maddi zararın asıl ve temel ögesi ise de, daha geniş anlamda kullanılan “kazanç”ın bir parçasıdır; ancak tüm meslek dallarını kapsamamaktadır. Bu nedenle, aşağıda tanımlanacak olan “kazanç” kavramını yeğliyoruz ve tazminat hukukunda bu kavramın benimsenmesini ve kullanılmasını öneriyoruz.

**KAZANÇ:** Çalışılarak elde edilen parasal değerdir. Sözlük anlamı kısaca bu ise de, her türlü meslek dalını ve her tür çalışmayı içine alan bir yönü vardır. Örneğin, uğraş alanı ne olursa olsun her türden bağımsız girişimcinin aklını ve bedenini kullanarak elde ettiği parasal değerler “gelir” ve “ücret” ten daha geniş bir anlamı içeren “kazanç”tır, kazanılmış şeydir. Paranın çoğaltılması, malvarlığının artırılması düzenli ya da aralıklı bir çabanın ürünü ise ve bu çaba kaza veya haksız eylem türünden bir olayla kesintiye uğratılıyorsa, kazanç yoksunluğu “maddi zararı” oluşturacak, böylece kişinin veya ölenin haksahiplerinin tazminat isteme hakları doğacaktır.

Yukarda açıkladığımız gibi “gelir”lerde çoğu kez olay sonrası kesintiye uğrama sözü konusu olmadığından, “ücret”in ise bağımlı çalışanların kazanımlarını belirtmek gibi dar bir anlamı bulunduğundan, tüm uğraş alanlarını ve tüm meslek dallarını kapsayan “kazanç” kavramı, tazminat hukukundaki zarar ögesinin en doğru söylenişi olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu genel açıklamalardan sonra, tazminat hukukunda “kazanç” kavramını tanımlamaya çalışacağız.

### III-TAZMİNAT HUKUKUNDA KAZANÇ <sup>1</sup>

#### A) TANIM

**Tazminat hukuku yönünden kazanç,** çalışılarak beyin ve beden gücü ile elde edilen parasal değerdir; yapılan bir işin, harcanan bir emeğin, üretilen bir malın, yaratılan bir değer karşılığıdır. Bu yönü ile “gelir”den farklıdır. Gelir (irat,akar,rant) malvarlığından, birikmiş paradan, sigortadan, sosyal güvenlik kurumlarından ya da herhangi bir nedenle üçüncü kişi veya kurumlardan düzenli aralıklarla ya da belli belirsiz zamanlarda gelen paradır. Gelir, geçmişte emek karşılığı edinilmiş bir değer olsa bile, artık kazanç kavramının dışına

<sup>1</sup> Bize göre “kazanç” tazminatın “parasal” değerlendirmesinde yalnızca bir ölçü olup, haksız eylemden zarar görenlerin bir kazançları olmasa dahi mutlaka bir zarar hesabı yapılmalıdır. İlerde ayrıntılı olarak değineceğimiz üzere, tazminat olarak ödenecek para, “kazanç kaybı” veya “malvarlığı eksilmesi”nin karşılığı olarak düşünülmemeli; ölümlü yitirilen ve yaralanma ile beden gücü eksiltelen “insan” için, ülkenin içinde bulunduğu ekonomik koşulların ve ulusal gelir düzeyinin elverdiği ölçüde ve en azından asgari ücret ölçü alınarak saptanmış bir “bedel” olarak algılanmalıdır. (Turabi Tural, Tazminat ve Hesaplanması,1999)

çıkması, çalışılmadan kazanılan bir para olmuştur. Kazanç ise sürekli çalışmanın, eylemsel (aktif) çabanın, harcanan gücün ürünü olup, kişinin bedensel varlığına sıkı sıkıya bağlı ve bu varlığın ortadan kalkması ya da işgöremez duruma düşmesi ile büsbütün kesintiye uğrayan, duran ya da işgöremezlik oranına göre daha fazla çaba (güç, efor) harcanarak elde edilebilen bir değerdir.

## B) KAZANÇ KAYBI KAVRAMI

Haksız eylem sonucu ölen veya beden gücü eksiltelen bir kimsenin “parasal değer üretme” işlevinin durdurulması veya azaltılması tazminat hukuku yönünden **“kazanç kaybı”**dır.

Kazanç kaybı kavramı, yalnızca haksız eylem öncesinde elde edilmekte olan “parasal değer”le sınırlı değildir. Yakın veya uzak gelecekte elde edilmesi beklenen kazançlar da zarar hesabında gözetilecek parasal değerlerdendir. Öğretideki tanımlamalara göre de, yalnız kazanç kaybı değil, **“kazanç olasılığının kaybı”** da zarar kapsamındadır.<sup>2</sup> Haksız eylemden önce kazanç getirici bir çalışması olmasa bile kişisel nitelikleri, özel yetenekleri, toplum içindeki işlevi ve aile içi ilişkileri çerçevesinde **bir kimsenin yakınlarına yardım ve hizmet ederek sağladığı yararlar** bir “kazanç kaybı” gibi değerlendirilecek ve bu yararların eksilmesi oranında bir “zarar” hesabı ortaya çıkarılacaktır. Bunun gibi, kişinin, başkalarının yardımına gereksinmeden **kendine hizmet edebilme, kendi kendine yetme, günlük yaşamını kolayca sürdürebilme gücünün** haksız eylemle geçici veya kalıcı biçimde eksilmesi de bir “kazanç kaybı” gibi ele alınıp bir “zarar” hesabı yapılacaktır.

Öte yandan bedensel zarara uğrayan (beden gücü eksiltelen) bir kimsenin **kazançlarında bir azalma olmasa bile**, Yargıtay kararlarıyla benimsendiği üzere, aynı kazancı elde etmek için **sakatlığı oranında daha fazla güç (efor) harcayacağı görüşüyle**, bu dahi “kazanç kaybı” olarak nitelenmekte; gerçek veya varsayımsal (gelecekte elde edilmesi olası) kazanç kayıpları sakatlık oranı üzerinden hesaplanıp tazminat olarak ödenmektedir.<sup>3</sup> Bu uygulama çerçevesinde, henüz çalışma yaşına gelmemiş çocukların gelecekte elde etmeleri olası (**varsayımsal**) **kazançlar**, ölüm halinde (genellikle) anne babalarının destek tazminatının hesabında ve bedensel zarara uğramaları durumunda işgöremezlik tazminatının hesabında ölçü olabilmektedirler.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Deschenaux/Tercier, Sorumluluk Hukuku, sf.191

<sup>3</sup> Yarg. 4:HD. 19.04.1982 gün 3059 sayılı kararına göre: “Kişinin kalıcı sakatlığı nedeniyle oluşan beden gücü kaybı sonucu gelirinde ve dolayısıyla malvarlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi tazminat gerekir. (YKD. 1982/12-1646 – Bu konuda Yargıtay kararlarından seçtiğimiz başka örnekler : 4. HD. 18.12.1974 gün 5619-17011 sayılı kararı : Beden gücünün belli oranda yitirilmesi durumunda, fazla efor yüzünden tazminat gerekir. - HGK.03.05.1974 gün 1972/9-165 E. 480 K.: Beden gücünün eksilmesi nedeniyle, davacının aynı işi yürütmesi için daha fazla çaba sarfedip etmeyeceğinin incelenmesi gerekir.- HGK.27.03.1974 gün 1972/9-620 E. 1974/280 K.: Meslek hastalığına yakalanan işçi aynı işte çalışsa bile, öbür işçilerden daha çok çaba harcayacağı asıldır. - 9.HD.09.12.1971 gün 19946-24125 sayılı kararı : Davacının maluliyet oranına göre sarfına mecbur olduğu fazla çabasını isteme hakkı vardır. - 10.HD. 04.02.1977 gün 5614-730 sayılı kararı :İşçi, yitirilen beden gücü oranında fazla bir efor sarfedip gücünü zorlayarak işini fazla çaba ile görebileceğinden, bu yolda beliren zararını dahi isteyebilir. - 4.HD.30.05.1974 gün 4736-2900 sayılı kararı :Davacının eski görevinde kalsa dahi bu görevini yaparken, olaydan önce sarfettiği beden gücüne göre, kaybı oranında daha fazla bir güç harcayarak eski işini yürütebilmesinin sözkonusu olduğu durumlarda tazminat isteme hakkı vardır. - 4.HD.10.04.1980 gün 2305-4710 sayılı kararı :Davacının olay sonunda beden gücünü kaybetmesine karşılık gelirinde bir azalma olmamışsa da, fazla bir gayret, güç (efor) göstereceğine göre öteki itirazların reddi gerekir. - (Kararların büyük bölümü M.R. Karahasan, Maddi ve Manevi Tazminat, 1996, sf. 673-677’den alınmış olup, sonuncu karar YKD. 1981/1-35’de yayınlanmıştır.)

<sup>4</sup> Küçük çocukların ilerde anne ve babalarına maddi destek sağlayacakları varsayımına dayanılarak tazminat hesabı yapılmak gerekeceğine ilişkin karar örnekleri: 4.HD. 2.2.1999, 98/7177-99/501 (YKD.1999/6-773); 19.HD. 06.10.1992, 2629-4737 (YKD.1993/2-249); 4.HD.11.10.2002, 9479-9393 (İBD.2003/2- 443)

Şunu önemle vurgulayalım ki, aslında tazminat olarak ödenen para, sanıldığı veya söylendiği gibi “malvarlığı eksilmesinin veya kazanç kaybının” karşılığı olmayıp, ölümlle yitirilen “insan”ın yakınlarına veya yaralanma ile beden gücü eksiltelen “insan”ın kendisine (hukukun ve koşulların elverdiğince, tarafların sosyal ve ekonomik düzeyleri de gözetilerek) bir “bedel” ödenmesidir. Bunun “kazanç” ve “kazanç kaybı” adı altında “parasal” değerlendirmesi, “zarar” hesabına bir çözüm ve bir ölçü bulma zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Başka bir deyişle, tazminat davalarında kazanç, “zarar” hesabının yalnızca unsurlarından biridir. Bu hesaplamanın bir formüle bağlanması ve parasal bir değer olarak ortaya çıkarılması gerektiğinden “kazanç kaybı” veya “kazanç eksilmesi” ya da “kazanç olasılığının kaybı” adları altında bir değerlendirme yapılmaktadır.<sup>5</sup>

Son zamanlarda gelişen ve değişen görüşler, belli bir işi ve kazancı olmayan kişiler için de (**kazanç elde ediyorlarmış gibi**) maddi zarar hesabı yapılabileceği yönündedir. Bu yaklaşımla, can zararlarının değerlendirilmesinde, “malvarlığı eksilmesi” anlayışının bırakılmakta olduğu ve “insanın değeri” kavramının öne çıkarılmaya çalışıldığı söylenebilir. Örneğin, Yargıtay’ın çeşitli kararlarında belirtildiği üzere, ev kadınları, ayrıca bir iş ve kazançları olmasa bile, kendi ev işlerini yaparak aile bütçesine katkıda bulunurlar, aile bütçesinde tasarruf (birikim) sağlarlar; bu tür işleri yaşam boyu yaparlar. Eğer bir kadın haksız eylem sonucu ölmüşse, onun yakınları ev hizmetlerinden yoksun kaldıklarından destek tazminatı isteyebilirler. Ev kadını bedensel zarara uğramışsa, günlük işlerini yaparken sakatlığı oranında zorlanacağından, fazladan harcayacağı beden gücünün karşılığı olarak tazminat isteme hakkı bulunduğu kabul edilmektedir.<sup>6</sup>

Ev kadınları yönünden Yargıtay kararlarıyla benimsenen tazminat isteme hakkının, Yeni Medeni Yasa’nın 186/3 ve 196/2. maddeleri gereği emeklilik çağındaki yaşlı erkekler için de geçerli olacağı, onlar yönünden de (kendilerine ve yakınlarına beden ve beyin gücüyle katkıları dikkate alınarak) destek veya işgöremezlik tazminatı hesaplanması gerekeceği görüşüdeyiz.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Turabi Tural, Tazminat ve Hesaplanması, sf.14 “Tazminat olarak ödetilen şey, yitirilen ve yerine konulamayan beden parçasının “ederi”dir. Kazanç, bu “eder”in saptanması sırasında kullanılan hesap unsurlarından sadece biridir.”

<sup>6</sup> Ev kadınlarının kendi ev hizmetlerini yaşam boyu yapacaklarına; haksız eylem sonucu sakat kalmaları durumunda, ev işlerini yaparken sakatlıkları oranında daha fazla güç (efor) harcayacaklarından, bunun karşılığı bir maddi tazminat ödenmesi gerekeceğine; ev kadını ölmüşse, eşinin onun ev hizmetlerinden yoksun kalacak olması nedeniyle asgari ücretten destek tazminatı hesaplanacağına ilişkin Yargıtay kararlarından örnekler: 19.HD. 14.10.1993, 605-6582 (İBD.2001/Eylül,sayı:3,sf.939); 11.HD. 27.06.1996, 3356-4735 ve 19.HD.31.05.1995, 9854-4744 (G.Eriş, Kara Taşıma Hukuku,1996,sf.722,no:253 ve sf.677,no:145); 4.HD.22.09.1987, 5548-6726; 4.HD. 13.04.1976, 3029-3914; 4.HD. 03.10.1966, 4939-8581 (M.R.Karahasan, Maddi ve Manevi Tazminat, sf. 719-726-727) ; 4.HD.14.05.1998, 323-3373 (Yasa Hukuk Der. 1996/1-61,no:23); 15.HD. 20.10.1975, 3787-4103 (YKD. 1976/6-879)

<sup>7</sup> İleri yaş değerlendirmesinin gerçekçi bir uygulaması olan “ev kadınlarının kendi ev hizmetlerini yaşam boyu yapacaklarına” ve buna bağlı olarak geçici veya sürekli işgücü kaybına uğrayan “ev kadınları” yönünden “yaşam boyu” maddi zarar hesabı yapılacağına ilişkin Yargıtay kararlarının yasal dayanağı, eski Medeni Kanun’un 152-153. maddeleri idi. Bunlardan 153. maddede “Eve kadın bakar.” denilmekteydi. 152. maddede ise “Evin geçimini ve her türlü gereksinimlerini sağlamak kocanın görevidir.” denilmesine karşın, kadının ev hizmetlerinin yaşam boyu süreceğini kabul eden Yargıtay, her nedense, erkekler yönünden böyle bir değerlendirmeyi benimsememişti. Bugün Yeni Medeni Yasa ile durum değişmiş, kadın ve erkek eşitliği kabul edilmiştir. Yeni Medeni Yasa’nın 186. maddesi 3. fıkrasında “Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.” denilmiş; 196. maddesi 2. fıkrasında “Eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması” konularında cinsiyet farkı gözetilmemiştir. Yeni yasanın bu hükümlerine göre, ailenin “ev hizmetleri” yönünden kadın-erkek ayrımı ortadan kalkmış bulunmakla, Yargıtay’ın yukarıda belirtilen kararlarındaki “ev hizmetlerinin yaşam boyu yapılacağı” görüşünün yalnız kadınlar için değil, erkekler için de uygulanması Yeni Medeni Yasa’nın eşitlik ilkesine uygun düşecektir. Yeni Yasanın eşitlik ilkesi, çağdaş yaşam koşullarına ve gerçeklere de uygun düşmektedir. Kadın nasıl ki yaşam boyu ev hizmetlerini yapıyorsa, emeklilik dönemindeki bir erkek de çarşı-pazar alışverişine giderek, ev içi onarımlarını yaparak, elektrik, su, telefon, emlak vergisi faturalarını ilgili yerlere ödemeye

Bu konuda daha da ileri giderek diyoruz ki, başta okul çağındaki çocuklar olmak üzere, her aile bireyinin birbirlerine bedensel desteği kabul olunmalı; yaş sınırlaması bir yana bırakılarak, işgörebilirlik çağında olsun olmasın **haksız eyleme uğrayan her “insan” için (eğer bir işi ve kazancı yoksa asgari ücretten) maddi tazminat hesaplanmalıdır.** <sup>8</sup>

### C) KAZANÇ TÜRLERİ

Tazminat davalarında ölüm nedeniyle destek tazminatının ve bedensel zararlarda geçici veya sürekli işgöremezlik tazminatının hesaplanmasında “kazanç” ögesinin nasıl araştırılıp saptanacağına ilişkin açıklamalara girmeden önce, kazanç türlerini konularına göre şöyle bölümlendireceğiz.

#### 1- Gerçek kazanç

Tazminat davalarında zarar hesabı yapılırken belgelere yansıyan ve ücret bordrolarında ya da vergi bildirimlerinde düşük gösterilen kazançlar değil, gerçek kazançlar dikkate alınacaktır. Çünkü :

a) Gerçek zarar, yoksun kalınan gerçek kazançtır. Belgelerde eksik ya da düşük gösterilen kazançların tazminat hesabına esas alınması, haksız eylemi yapan veya tazminat sorumlusu olan kişileri ödüllendirmek olur ki, bu, zarar ve tazminat kavramları ile bağdaşmaz.

b) Tazminat davalarında yargıç, tarafların yeterli derecede kanıt gösterememesi durumunda (BK.42/1), zararı ve kapsamını doğrudan araştırmakla yükümlü olduğundan (BK.42/2), işverenlerin gerçek ücretleri bordrolara yansıtılmaları veya vergi yükümlülerinin gelirlerini düşük göstermeleri ya da vergisiz kayıt dışı kazanç elde edilmesi yargıyı ilgilendirmez, yargıyı bağlamaz.

c) Yıllardan beri ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik dengesizlikler, para değerinde önlenemeyen düşüşler, ani batıp çıkışlar, her an işlerin bozulması kaygısı ve tedirgin bir bekleyiş içinde işlerini sürdürmeye çalışan sanayi ve ticaret çevreleri, önlem alma gereği duyarak kazançlarının önemli bir bölümünü gizlemekte ve yedek akça olarak saklamakta; öte yandan kayıt dışı haksız kazançları izlemek yerine, yanlış ve haksız vergi politikalarıyla yükümlülerin sırtına binen, onları yıldırان ve bezdiren hükümetler yüzünden “gerçek kazançlar” defter ve kayıtlara ve vergi bildirimlerine yansımamaktadır.

d) Vergi yükümlülerinin içinde buldukları koşulları doğru değerlendiren Yargıtay, tazminat hesabına esas kazançların belirlenmesinde vergi bildirimlerini ve ticari defterleri geçerli belgelerden saymamaktadır. <sup>9</sup>

---

giderek, arabası varsa ailenin şoförlüğünü yaparak, eşi hastalandığında ona hizmet ederek; kısaca söylemek gerekirse bedensel faaliyetleriyle erkek, karısının maddi desteği olabilmektedir. İşte, aile bütçesine yapılan bu maddi katkılar nedeniyledir ki, geçici veya sürekli işgücü kaybına uğrayan **“ileri yaştaki” erkekler için de (asgari ücretten) yaşam boyu maddi zarar (işgöremezlik zararı) hesaplanmalıdır.** Bunun gibi, yaşlı kişi ölürse, onun ev hizmetlerine bedensel katkısından yoksun kalanlar **“destek zararı”** isteyebilmelidirler.

<sup>8</sup> Bu konudaki görüşlerimizi destekler nitelikte, yıllar önce verilmiş şu iki Yargıtay kararındaki ilkeler, dileriz ki günümüzde de sürdürülsün. Kararlar özetle şöyledir: 15. HD.26.12.1975 gün 4177-5185 sayılı kararında: “Destegin yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunmasında zorunluk yoktur. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir.” (YKD.1976/7-1029) denilmesi ve 4.HD. 02.12.1988 gün 6744-10354 sayılı kararında: “Yalnızca maddi yardım değil, aynı zamanda hizmet etmek suretiyle de destek olunabilir. (Yasa HD. 1989/1-79, no:33) açıklamaları yapılması karşısında, **Ev hizmetlerine “bedensel” katkısı olan her aile bireyi için de ev kadınımnkilere benzer maddi tazminat hesabı yapılması gerektiğini savunmanın “ içtihadı” uygun olduğunu düşünüyorum.**

e) Bir işverene bağlı olarak çalışan ücretlilerin “gerçek kazançları” da genellikle bordrolara yansımadığından, önkoşulsuz imzalanırsa dahi, eğer nitelikli işçi ise, Yargıtay kararlarına göre, gerçek ücretinin ne olabileceğinin araştırılması gerekmektedir.<sup>10</sup>

### **Gerçek kazançların araştırılacağına ilişkin Yargıtay kararlarından örnekler:**

(Özet)Tazminatının hesaplanmasında, **gerçek ücretin esas alınması koşuldur.** Öte yandan, gerçek ücretin ise, işçinin kıdemi ve yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödenmesi gereken ücret olduğu, işyeri veya sigorta kayıtlarına geçmiş ücret olmadığı Yargıtay’ın yerleşmiş görüşlerindedir.

(21.HD.27.06.2000, 3995-5128) (YKD.2001/3-413)

(Özet) Davacının **ücretiyle ilgili gerçek durumun** ortaya çıkarılabilmesi için ilgili meslek örgütünden davacının kıdemi, eğitimi, çalışma tarihleri ve görevinin muhasebe müdürlüğü olduğu bildirilerek ücret araştırması yapılmalıdır.

(9.HD.24.02.2004, 2003/11432-2004/3116) (Legal, 2004/3-1042)

(Özet) **İmzalı bordrolar gerçeği yansıtmıyorsa, meslek kuruluşundan gerçek ücret araştırılmalıdır.** Davacı tarafından imzalanan ve imzası inkar edilmeyen bordrolarda davacının ücreti asgari ücret olarak gösterilmiştir. İşyerinde inşaat ustası olarak çalışan davacının çalışma süresi, yaptığı iş tanık beyanları ile birlikte değerlendirildiğinde **boardroların gerçeği yansıtmadığı** kuşkusudur. Bu nedenle davacının çalışma süresi , yaptığı iş, çalışma tarihleri açıklanarak meslek kuruluşundan alabileceği ücret sorulmalı ve sonucuna göre hüküm kurulmalıdır.

(9.HD.27.10.2004, 8503-24277)

(Özet)**Ücret bordrolarının önkoşulsuz imzalanmış olması, bordrolardaki ücretin gerçek ödenen ücret olduğunu kabul etmek için yeterli değildir.** İşçinin yaptığı işin niteliğini, hizmet süresini, iş deneyimini ve işyerinin özelliklerini göz önünde tutan bir incelemeyle gerçek ücretinin saptanması gerekir.

(9.HD.14.03.1988, 873-2968) (YKD.1989/2-221)

(Özet) **İşçi ücretlerinin bordrolarda gösterilen ücretler olmadığı** ve daha yüksek miktarlar olarak ödendiği saptanmışsa, işçilik alacaklarının **gerçek ücret üzerinden** hesaplanıp ödettirilmesine karar verilmesi gerekir.

(HGK. 25.12.1987, 9-523 E. 1106 K.)<sup>11</sup>

(Özet) Davacı işçi uzun süreden beri aynı işyerinde **ustabaşı** olarak çalıştığına göre, ücret ve tazminat hesaplarının asgari ücret üzerinden yapılması isabetsizdir. Asgari ücret üzerinden düzenlenen **boardrolarda davacının imzasının bulunmasının, nitelikli işçiler açısından bağlayıcılığı söz konusu olamaz.**

(9.HD.03.10.2000, 8614-13106) (Yasa H.D.2001/1-163,no:71)

(Özet) Ustalık isteyen bir işde asgari ücretin üstünde bir ücretle çalışan işçinin tazminatı ve ücret alacağının asgari ücret üzerinden değil, **gerçek ücreti üzerinden** hesaplanması gerekir.

(9.HD.22.10.1987, 8912-9447) (İş ve Hukuk,1988/189-24,no:1983)

<sup>9</sup> Bu konuda Yargıtay kararlarından birkaç örnek : 11. HD. 27.06.1986, 3111-3213 ( Yasa HD. 1986/8-1106, no:374) -11.HD.09.02.1984, 306-653 (İKİD1984/7-2723) – 4.HD.29.05.1989, 662-4892 (YKD.1989/11-1554)

<sup>10</sup> Bu konuda Yargıtay kararları sayılamayacak kadar çoktur. İlerde bunlara geniş yer ayıracağız. Şimdilik birkaç örnek verelim : 9.HD. 28.01.1999, 98/17509-99/1065 ( İBD. 1999/3-777) – 9.HD.14.03.1988, 873-2968 (YKD.1989/11-1554) - 9.HD.14.05.1997 , 4925-8984 (YKD.1998/7-999) - 21.HD.27.06.2000, 3995-5128 ( YKD.2001/3-413)

<sup>11</sup> Temiz/Egemen,age.,sf.322

(Özet) **Vasıflı işçinin yaşı, yaptığı işin niteliği ve kıdemi nazara alındığında,** asgari ücretle çalışması hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun olmayacağından, **bordrodaki ücretin gerçek ücreti yansıttığı söylenemez.** Emsalinin aldığı ücretin ilgili meslek kuruluşlarından saptanarak buna göre tazminatın hesaplanması gerekir.

(21.HD.29.09.1998, 5889-6025)<sup>12</sup>

(Özet) **İşçinin gerçek ücretinin bordrolara yansımadağı anlaşıldığı takdirde,** gerçek ücretinin tespiti yoluna gidilerek, işçinin hakları buna göre hesap edilmelidir.

(9.HD.17.09.1987, 7164-8103)<sup>13</sup>

(Özet) Ustabaşı gibi **nitelikli bir işçinin** asgari ücretle çalıştığı kabulü Yargıtay uygulamaları yönünden doğru değildir. İmzalı bordroların genelde davacıyı bağlayacağı tartışmasızdır. Ancak, somut olayda olduğu gibi, her zaman kabulü de gerçeklere aykırılık oluşturur.

(9.HD.28.01.1999, 17509-1065) (İBD.1999/3-777)

(Özet) İşyerinde vasıflı işçi olarak çalıştığı anlaşılan davacının ücreti saptanırken, yaş ve kıdem olguları da gözetilerek, aynı işyerinde çalışan **vasıflı işçilerin ücretlerine göre** değerlendirme yapılmalıdır.

(21.HD.23.03.1999, 170-1983) (İBD.1999/2-503)

(Özet) Davacının otuzaltı yaşında ve usta enjeksiyon işçisi olmasına karşın, yaşamın olağan akışına ters düşecek **şekilde asgari ücretten hesaplama yapılması usul ve yasaya aykırıdır.**

(21.HD.20.04.2000, 2793-3117)<sup>14</sup>

(Özet) **Vergi** kamu düzeni ile ilgili olup, **davacının gelirini düşük göstermesi veya gerçeğe aykırı beyanname vermesi** vergi mevzuatını ilgilendirir; **kazanç kaybının hesaplanmasında esas alınmaz.** Davacının kazanç kaybı yönünden **gerçek zararı saptanarak** ona göre hüküm kurulması gerekir.

(11.HD.27.06.1986, 3111-3213) (Yasa H.D.1986/8-1106,no:374)

(Özet) Davacıların vergi yükümlüsü olarak tuttıkları defterler ve vergi beyannamelerinde gösterdikleri kazançların zarar hesabında esas alınması ve davacıların oradaki beyanlarıyla bağlı sayılarak zararın hesabı, tazminat hukuku ilkeleriyle bağdaştırılmaz. Mahkemece yapılacak iş, davacıların **gerçek kazançlarına** ait delillerini toplayıp sonucuna göre bir karar vermektir.

(HGK.21.03.1990, 4-67 E. 197 K.)<sup>15</sup>

(Özet) Vergi mevzuatını ilgilendiren belgelerdeki açıklamalar, zarar hesabında gözetilebilecek kanıt olabilir, ancak bağlayıcı nitelikte kabul edilemez. Mahkemece yapılacak iş, davacıların **gerçek kazanç kayıplarına ait delillerini toplayıp** sonucuna göre karar vermektir.

(4.HD.29.05.1989, 662-4892) (YKD.1989/11-1554)

(Özet) **Kazanç kaybının tespitinde, davacının vergi beyannamesi esas alınmaz.** İşten kalma nedeniyle **gerçek zararın** neden ibaret olduğu araştırılarak, kusurlu olan kişinin gerçek zarardan sorumlu tutulması gerekir.

(11.HD.09.02.1984, 306-653) (İKİD.1984/7-2723)

<sup>12</sup> Ankara 9.İş Mah.1998/1050-396

<sup>13</sup> S.Temiz/E.Egemen,İş Hukuku Örnek Kararlar, sf.308

<sup>14</sup> B.Çekmece As.Huk.(İş) Mah.1999/499-1318

<sup>15</sup> T.Uygur,Borçlar Hukuku, C.I,sf.362-363

(Özet) **Mahkemece zararın hesaplanmasında gözönünde tutulacak kazanç, vergi kayıtlarıyla bağlı kalmaksızın, tanık ifadeleri de gözönünde tutularak tayin ve tespit edilmelidir.**

Mahkemece, asgari ücret üzerinden yapılan gelir hesabı dikkate alınarak, davacıların destekten yoksun kaldıkları zarara hükmedildiği anlaşılmaktadır. Oysa dinlenen tanıklar ölenin sağlığında seyyar satıcılık yaptığını belirterek gerçeğe yakın geliri hususunda beyanda bulunmuşlardır. Mahkemece bu yönler dikkate alınarak, davacıların destek zararları konusunda bilirkişiden ek rapor alınması gerekirken, bu yönün düşünülmemiş olması doğru görülmemiştir.

(19.HD.09.03.1995, 94/7459-95/2055) <sup>16</sup>

(Özet) **Vizite kağıdında usta olduğu yazılı olan işçinin gerçek ücreti saptanmalıdır.** Usta olan vasıflı işçinin asgari ücretten çalışması hayatın olağan akışına uygun olmayacağından, **gerçek ücretinin** saptanması ve buna göre karar verilmesi gerekir.

(21.HD. 29.09.1998, 6320-6032) <sup>17</sup>

(Özet) Yaş, kıdem ve yapılan işe göre **gerçek ücret** saptanmalıdır. Davacının olay tarihindeki yaşı, mesleki kıdemi ve özellikle yaptığı iş dikkate alındığında **bordrolardaki ücretin** günün koşullarına uygun olduğunun kabulüne olanak yoktur.

(21.HD.19.11.1996,5673-6384) (Yargı Dünyası,1997/4-92)

(Özet) **Gerçeği yansıtmayan ücret bordroları geçerli sayılamaz.** Garson olarak çalıştığı işyerinin niteliği, hizmet süresi ve dinlenen tanıkların birbirini tamamlayan ifadeleri karşısında, davacının asgari ücretle çalıştığını gösteren **ücret bordrolarının gerçeği yansıtmadığının** kabulü ile ona göre hüküm kurulması gerekirken aksine karar verilmesi doğru değildir.

(9.HD.04.05.1993, 559-7462) (İş ve Hukuk, 1993/237-29,no:2539)

(Özet) Davacının olay tarihindeki yaşı, mesleki kıdemi, yaptığı işin niteliği dikkate alındığında **bordrodaki ücretin günün koşullarına uygun olmadığı**, asgari ücret karşılığında işyerinde çalışmasının hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşmediğinin kabulü gerekir.

(21.HD.29.02.2000, 577-1678)

(Özet) **Tazminatın hesaplanmasında gerçek ücretin esas alınması koşuldur.** Gerçek ücretin ise, işçinin kıdemi, yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödenmesi gereken ücret olduğu, işyeri veya sigorta kayıtlarına geçmiş ücret olmadığı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir.

(21.HD.26.09.2000, 5270-6115)

(Özet) Sigortalının tazminatının hesaplanmasında, **gerçek ücretin** esas alınması koşuldur. Gerçek ücretin ise, işçinin kıdemi, yaptığı işin özelliği ve niteliğine göre işçiye ödenmesi gereken ücret olduğu, işyeri veya sigorta kayıtlarına geçmiş ücret olmadığı Yargıtay'ın yerleşmiş görüşlerindedir. Davacı işçinin inşaat ustası olduğu, inşaat ustasının da asgari ücretle çalışmasının hayatın olağan akışına ve yaşam deneyimlerine uygun düşmeyeceği, giderek, sigorta müfettişinin asgari ücret üzerinden yapmış olduğu saptamanın gerçeği yansıtmadığı açık seçiktir. Yapılacak iş, inşaat ustası için meslek kuruluşundan bildirilen ücret esas alınarak tazminatı hesaplamak ve sonucuna göre bir karar vermektir.

(21.HD.06.10.2003, 7157-7456) (Yargı Dünyası, Kararlar,2004/1-255)

<sup>16</sup> İzmir 1.As.Huk.Mah.1995/447

<sup>17</sup> Ankara 6.İş Mah. 1998/3881-539



## 2- Varsayımsal kazanç

Geleceğe yönelik tazminat hesapları varsayıma dayanır; olasılıklara göre bir sonuca varmaya çalışılır. Haksız eylemden zarar gördüğü sırada bir işi, mesleği ve kazancı bulunmayanların maddi kayıpları olasılıklara ve varsayımlara dayanılarak hesaplanır. Bunun için yaşam deneyimlerinden yararlanılır. Ekonomik değişimler, yıllar içinde paranın alım gücündeki düşüş ya da artışlar, toplumdaki gelir düzeyleri, meslekler arasında ulusal gelirin paylaşım oranları gözlemlenir. Böylece gelecekteki ücret ve kazanç artışlarının ne olabileceği kestirilmeye çalışılır ve belirlenecek ortalama bir artış oranı üzerinden, hesaplama tarihinde bilinen ve belli olan ücret (kazanç) unsurlarının gelecek yıllardaki artışları (varsayımsal olarak) hesaplanır.<sup>18</sup>

Örneğin, küçük yaştaki ve okul çağındaki çocukların olay sırasındaki durumlarına, öğrenim düzeylerine, ilerde katılmaları olası meslek dalına, kanıtlanabilen veya görünen yeteneklerine, toplum içindeki konumlarına göre gelecekte elde etmeleri olası kazançlar “varsayımsal” kazançlardır.<sup>19</sup>

## 3- Benzer (eşdeğer) kazançlar

Haksız eyleme uğrayan kişinin gerçek kazancı belgelerle veya tanık anlatımlarıyla saptanamıyorsa, ücret bordroları veya yasal defterler ya da vergi kayıtları gerçeği yansıtmıyorsa, tanıkların anlatımları birbirini tutmuyorsa, o zaman aynı işi yapan ve aynı deneyim düzeyinde olan kişilerin ve meslek dallarının kazançları örnek alınacak; tazminat hesapları bu benzer (eşdeğer) kazançlara göre yapılacaktır.<sup>20</sup>

Benzer kazançların belirlenmesinde, önce en yakın kaynaklara başvurulacaktır. Örneğin, çalışılan işyerinden veya benzer işyerlerinden aynı işi yapan işçilere ne kadar bir ücret ödendiği sorulacak; eğer bildirilen ücretler gerçek anlamda işçinin emeğinin ve

<sup>18</sup> Geleceğe yönelik hesaplamalarda zorunlu olarak varsayımlara dayanmak gerekmektedir. Bunun için, hüküm tarihine en yakın tarihte bilinen ücret (kazanç) unsurları birim alınarak, her yıl için belli bir oranda artırım ve peşin ödeme nedeniyle iskonto yapılacaktır. Artırım veya iskonto oranları konusunda ortak bir görüş oluşturulması zorunludur. Geçmiş yıllarda bu oran %5 iken, 1984 yılından sonra Yargıtay kararlarıyla %10 oranı uygulanmaya başlanmıştır. Bunun ne derece doğru olduğu tartışılmamış ve gerekçelendirilmemiştir. O dönem Yargıtay kararlarında yer alan açıklamalara göre “Ücret artışlarıyla iskonto ayrı kavramlardır ve birbirleriyle kesin bağlantılı değildir. Ne var ki, her ikisinin de enflasyon miktarıyla ilgili olduğu bilimsel bir gerçektir. Hesaplamalar varsayımlara dayansa dahi, gerçeğe en yakın olması, gerçek olguların göz önünde tutulması gerekir (...) Bunun için yapılacak iş, Türkiye genelinde gerek geçmiş, gerek şimdiki, gerekse gelecekteki ücret artışları ve iskonto haddi hususunda bu konuda yetkili mercilerden (örneğin Devlet İstatistik Enstitüsü, T.C. Merkez Bankası, Devlet Planlama Teşkilatı gibi) gerekli bilgileri aldıktan sonra ve iskonto haddinin ücret artışını hiçbir zaman geçmeyeceği hususu da dikkate alınarak, bu verilerle birlikte (hesaplama yaptırılarak) sonucuna göre bir karar vermektir.” (Y. 4. HD. 27.11.1984, 7883-8795, YKD. 1985/3-347) – Gelecek yıllardaki kazancın hesaplanmasında, işçi ücretleri yönünden “ekonomik konjonktür, iş hayatındaki toplu sözleşme ve pazarlık düzeni, işçinin zamanla uzmanlaşma ve meslekte ilerleme olasılığı, işçi ücretlerinin henüz uluslararası normların altında olması, ülke gerçekleri, ulusal gelirdeki artışlar ve bu artışlardan çalışanlara ayrılabilen pay oranları gibi unsurlar göz önünde tutulmalıdır.” (Y. 10. HD. 01.12.1987, 6344-6665)

<sup>19</sup> Halen uygulama şöyledir : Örneğin, kaza tarihinde (8) yaşında çalışma yaşamına atılacağı ve en az asgari ücret düzeyinde ücret alacağı varsayılan çocuğun, kaza tarihinden (10) yıl sonra ve geleceğe yönelik kazanç kayıpları hesaplanırken, hüküm tarihine en yakın ve bilirkişi hesap raporunun düzenlendiği tarihte belli olan ve yürürlükte bulunan asgari ücret her yıl için %10 oranında artırılarak (10) yıl sonraki ulaşım değeri bulunmakta; bu varsayımsal kazanç unsuru üzerinden hesaplanan maddi tazminat tutarı (on yıl önceden alınacak olması nedeniyle), bu kez geriye doğru her yıl için %10 iskonto edilmekte, böylece tazminatın peşin değeri bulunmaktadır.

<sup>20</sup> Benzer kazançlar konusunda birkaç karar örneği: 9.HD.27.02.1990 gün 11551-2008 sayılı kararına göre: “İş kazasında maluliyeti tespit edilen davacının maddi zararı, benzer işyerlerinde çalışan aynı nitelikteki bir işçinin almakta olduğu ücretler, yıllara göre ve gerçeğe uygun bir şekilde saptanarak hesaplanmalıdır.” - 9.HD. 29.12.1987 gün 10968-11916 sayılı kararına göre: “Davalıya ait işyerinde veya benzer başka işyerlerinde çalışan ve aynı işi yapan bir işçinin almakta olduğu veya alabileceği ücret tespit edilmek ve buna kıyasen davacının ücreti belirlenmek ve rapor tarihine kadar kesinleşen ücret üzerinden, rapor tarihinden sonrası için de belirlenecek ücret esas alınmak suretiyle hesaplama yapılmalıdır. – 21.HD. 23.03.1999 gün 170-1983 sayılı kararında da: İşyerinde vasıflı işçi olarak çalıştığı anlaşılan davacının ücreti saptanırken yaşı, kıdemi ve yaptığı iş dikkate alınarak, aynı işyerinde vasıflı işçilere ödenen emsal ücret saptanmalı, buna göre gerçek ücretin belirlenmesinden sonra tazminat hesaplanmalıdır.” denilmiştir. (İBD.1999/503)

ustalığının karşılığı olmayıp da bordrolara yansıyan ücretler ise, bunlar geçersiz sayılacaktır. Benzer (eşdeğer) ücretler hiçbir türlü saptanamıyorsa, o zaman ticaret veya esnaf odalarından ya da meslek kuruluşlarından bilgi istenecek; haksız eylemden zarar gören kişinin meslekteki eskilik süresi, yaşı, öğrenim düzeyi ve tüm nitelikleri belirtilerek olay tarihinde ve ondan sonraki yıllarda alabileceği ücretlerin (elde edebileceği kazançların) ne miktar olabileceği sorulacaktır.<sup>21</sup>

#### 4- Tasarruf edilen (biriktirilen) kazançlar

Ev kadınları ev hizmetlerini yaparak aile bütçesinde tasarruf sağlarlar. Emeklilik çağında ve ileri yaştaki erkekler de, ek kazançları olmasa bile, çarşı-pazar alışverişlerine giderek, ev içi onarımlarını yaparak, elektrik, su, telefon, emlak vergisi faturalarını ilgili yerlere ödemeye giderek, arabası varsa ailenin şoförlüğünü yaparak, eşi hastalandığında ona hizmet ederek ya da ev işlerinin bir bölümünü paylaşarak aile bütçesine katkıda bulunurlar; onlar da giderlerden tasarruf sağlarlar. Böyle bir değerlendirme, Yeni Medeni Yasa'nın 186. maddesinin 3. fıkrasındaki "Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında **emek** ve malvarlıkları ile katılırlar" hükmüne, 196. maddenin 2. fıkrasındaki eşitlik ilkesine uygun düşmektedir.

İşte ev kadınlarının ve ileri yaştaki erkeklerin bedensel faaliyetleriyle aile bütçesine sağladıkları bu katkılar "tasarruf edilen kazanç" niteliğinde olup, haksız eylem ve kaza sonucu ölümlerinde sağ kalan eşin destekten yoksunluğu "tasarruf edilen kazanç"tan yoksunluk olarak değerlendirilecektir. Eğer bu kişiler yaralanmışlarsa, bir süre günlük işlerini yapamamaları ya da sakatlık durumunda beden gücü kayıpları nedeniyle maddi zarara uğradıkları kabul edilerek "tasarruf edilen" kazançlarda eksilmenin karşılığı olarak maddi tazminat ödenecektir.<sup>22</sup>

Bizce, yalnız ev kadınları ve bir işi olmayan yaşlı erkekler değil, ailenin tüm bireyleri bedensel faaliyetleriyle birbirlerine maddi destek olurlar. Ayrıca bütün insanlar (bir iş ve uğraşları olmasa dahi) kendi günlük yaşamlarında beden gücü kayıpları oranında zarar görürler. Bu zararın, kazanç getiren "makine insan" la sınırlı tutulması yanlıştır. Haksız eylemden zarar gören kişinin bir işi ve kazancı olmadığı gerekçesiyle tazminat almaktan yoksun bırakılması ve sırf bu yüzden haksız eylem sorumlularının tazminat ödemekten kurtarılması hukuk mantığına ve adalet anlayışına aykırıdır. Yalnızca haksız eylemden zarar görmüş olmak tazminat ödenmesi için yeterli bir neden sayılmalıdır. Giderilmesi gereken zarar ve ödenmesi gereken tazminat "malvarlığı" ya da "kazanç" eksilmesinin giderilmesi olarak düşünülmemelidir. Böyle bir anlayış, çağdaş "insanın değeri-insan hakları" kavramlarına ters düşmektedir. Artık eski görüşler, eski ilkeler bir yana bırakılmalı; yargı, çağın gereklerine uygun biçimde kendini yenilemelidir.

Bu bağlamda, aile bireylerinin birbirlerine destekliklerini ve bedensel zarara uğrayan kişilerin günlük yaşamlarında kendi gereksinmelerini gidermede karşılaştıkları zorlukları maddi zarar olarak değerlendirmenin gerekliliğine inanıyoruz. Yargıtay'ın yeni kararlarından birinde "Küçük çocuğuna kaza sonucunda ölen annesinin baktığını ve ölüm sebebiyle destek kaybına uğradığını ileri süren evlâdın tazminat talebi kabul edilmelidir." denilmesine göre, tüm aile bireylerinin ayırım gözetilmeksizin birbirlerine destek sağladıkları yönündeki görüşlerimizin doğruluğu bu kararla onaylanmış sayılmalıdır. Kararda açıklandığı biçimde, yaşlı kişilerin torunlarına bakmaları da "tasarruf edilen kazanç" niteliğinde kabul edilmeli ve bir zarar hesabının konusu olabilmelidir.<sup>23</sup> Bunun gibi, henüz çalışma yaşına gelmemiş küçük

<sup>21</sup> Ticaret odasından veya meslek kuruluşlarından "benzer" veya "eşdeğer" kazançların sorulacağına ilişkin karar örnekleri ise pek çoktur. Örneğin 9. HD. 14.05.1997, 4925-8984 (YKD.1998/7-999) - 9.HD.15.09.1998, 10223-13047 ( İBİD.1998/1021) – 9.HD.01.02.1999, 98/18841-99/1158 (İBİD.1999/463) - 21.HD.21.01.1997, 162-86 ( Yargı Dünyası 1997/4-94)– 9.HD.23.03.1999, 170-1983 (İBİD.1999/503)- 21 .HD.27.06.2000, 3995-5128 ( YKD. 2001/3-413) - 21.HD.19.11.1996, 5673-6384 (Yargı Dünyası 1997/4-92)

<sup>22</sup> Bakınız: Yukarıda Birinci Bölüm I/4-d'deki örnekleri verilen Yargıtay kararları.

<sup>23</sup> Yarg. 4. HD. 18.04.2000 gün 1691-3562 sayılı kararı (İBİD.2001/Haziran, sf.580) - Bundan yirmibeş yıl önce de 15.HD.nin 02.07.1975 gün 2313-3366 sayılı kararında aynı görüş yer almış ve torununa bakan annenin

yaştaki ve okul çağındaki çocukların da anne ve babalarına yardımcı oldukları ve bu yardımlarıyla aile bütçesinde “tasarruf” sağladıkları kabul edilmeli; gerek ölümlerinde ve gerekse beden gücü kayıplarında bu tür faaliyetler (yaş sınırına bağlı kalınmaksızın) maddi tazminatın konusu olabilmelidirler.<sup>24</sup>

### 5- Beklenen, ancak elde edilemeyen kazançlar

Kuşkusuz ölüm ve tam işgöremezlik durumlarında yitirilen kazanç sözkonusu ise de, burada anlatılmak ve tanımlanmak istenen daha başka şeylerdir. Örneğin, kıdem tazminatından ya da emeklilik ikramiyesinden yoksun kalınması; bedensel eksilme veya bellek yitimi gibi nedenlerle mesleğin yapılamaması ya da meslekte ilerleme olanaklarının ortadan kalkması, aynı nedenlerle okulun yarıda bırakılması; sakatlık derecesi saptanamamakla birlikte bazı özel yeteneklerin geriye gelememesi, örneğin bir sporcunun futbol oynama becerisini bir daha tutturamayıp bu tür kazanç ve transfer ücreti olanaklarını yitirmesi; bunun gibi güzel sanatlarla uğraşan kimselerin resim yapma, müzikle uğraşma, şarkı söyleme yeteneklerini yitirmeleri; yüz ve vücut güzelliği gerektiren mankenlik, balerinlik, dansözlük, sinema veya tiyatro oyunculuğu, televizyon sunuculuğu gibi mesleklerin bedensel bozukluklar, yüzde ve bedende kalıcı izler sonucu bir daha yapılamayacak veya eskisi kadar verim alnamayacak olması gibi durumlarda ekonomik gelecek sarsılmış ve ileride elde edilmesi olası yüksek kazançlardan yoksun kalınmış olunacaktır.

Beklenen, ancak elde edilemeyen kazanç konusunda şu türden somut örnekler verilebilir:

a) Geçirdiği kaza nedeniyle ihaleye katılmayan iş adamının veya meslek sınavına giremeyen bir gencin uğradıkları kayıplar;

b) Bedensel zarara uğradıktan sonra, büsbütün iyileşse ve kalıcı bir sakatlığı oluşmasa bile, futbol yaşamı sona eren profesyonel oyuncunun transfer ücretlerinden yoksun kalması;<sup>25</sup>

c) Gene beden gücünde bir eksilme olmasa bile, geçirdiği kaza sonrasında erken emekliye sevk edilen bir subayın veya polislin daha fazla ikramiye ve daha fazla emekli aylığından yoksun kalmaları;<sup>26</sup>

ölümü üzerine evli kızının destek tazminatı isteyebileceği kabul edilerek “Ölenin, davacının çocuğuna bakması yoluyla yaptığı hizmet edimleri destek sayılmasını gerektirir” denilmiştir. (YKD.1976/9-1346

<sup>24</sup> Bu konuda Yargıtay’ın şu iki kararı görüşlerimizi destekler niteliktedir: 15.HD.26.12.1975 gün 4177-5185 sayılı kararına göre: “Destegin yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunmasında zorunluk yoktur. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir. (YKD.1976/7-1029) - 4.HD.02.12.1988 gün 6744-10354 sayılı kararına göre de: “Yalnızca maddi yardım değil, aynı zamanda hizmet etmek suretiyle de destek olunabilir.” (Yasa H.D.1989/1-79,no:33)

<sup>25</sup> Yargıya yansıyan somut bir olayda, ayağından yaralanan futbol oyuncusu genç için Adli Tıp Kurumu tarafından verilen raporda : “Ayağındaki rahatsızlığın tama yakın iyileştiği, yürüme fonksiyonlarını engelleyecek bir durumu bulunmadığından sürekli maluliyet derecesi belirlenmesine gerek olmadığı; ancak çok seri ve koordineli hareketler gerektiren futbol oyununu oynamasında engel oluşturacağı” sonucuna varılmış; Mahkemece görüşüne başvurulana Türkiye Futbol Federasyonu Başkanlığı’ndan gönderilen yazıtta: “ Ortalama bir futbolcunun profesyonel olarak on yıl futbol oynayabileceği, birer yıllık sözleşme imzalaması durumunda on kez, ikişer yıllık sözleşme imzalaması durumunda ise beş kez transfer yapma şansı bulunduğu; transfer ücretlerinin kulüp ile futbolcu arasında serbestçe kararlaştırıldığı; ancak Profesyonel Futbol Talimatı’nın 8/a maddesi gereğince, bütün profesyonellik sözleşmelerinde belirlenecek olan transfer ücretlerinin asgari ücretin brüt tutarından az olmayacağı, ayrıca bütün profesyonel futbolcuların sözleşmeleri süresince en az asgari ücret üzerinden olmak üzere aylık olarak maaşlarını almaları gerektiği” açıklaması yapılmış; Bu bilgilere göre, futbol yaşamı sona eren davacı için, gelecekte elde etmesi olası kazançlarını yitirmekten dolayı bir zarar hesabı yapılması gerekmiştir. (Kadıköy 4. Asliye Hukuk Mah. 1994/259 esas no.lu dosyasından alınan bu örnekte, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu’nun raporu 10.07.1995 gün 5349 sayılıdır. Türkiye Futbol Federasyonu’nun yazısı 22.03.1996 gün 354-3650 sayılıdır. Davacı olay tarihinde (22) yaşında olup, (10) yıl süre ile (32) yaşına kadar futbol oynayabileceği varsayılmıştır. Futbolculuk mesleğinden kazançları ile normal yaşam süresince elde edeceği kazançlar ayrı tutulmuştur.)

d) Bir iş anlaşması yapmak üzere iken, geçirdiği kaza sonucu yüzünde veya bedeninde kalıcı iz oluşan bir mankenin, televizyon sunucusunun, sinema veya tiyatro oyuncusunun ya da dansçının iş olanaklarını yitirmeleri yüzünden kazanç kaybına uğramaları.

Bütün bu örneklerde beklenen, ancak haksız eylemle bedensel zarara uğrama nedeniyle kaçırılan fırsatlar, elde edilemeyen (yitirilen) kazançlar söz konusudur.

### 6- Yabancı para türünden kazançlar

Son çeyrek yüzyılda ülkemize gelen yabancı şirketlerin sayısındaki artışlar, ülkemiz girişimcilerinin yurt dışında aldıkları işler, ard arda kurulan çok uluslu ortaklıklar, alacak borç ilişkilerinde ve çalışanlara ödenen ücretlerde “**yabancı para**” kullanımını yaygınlaştırmış; değişen koşullara ve gereksinimlere uyum sağlamak amacıyla yeni yasal düzenlemeler yapılması zorunlu hale gelmiş; bu konuda iki yasa değişikliği yapılmıştır:

a) Borçlar Kanunu 83. maddesi 2. fıkrasında “ Sözleşme, ödeme yerinde yasal sürüm değeri saptanmamış (yabancı) bir para üzerinden yapılmışsa, sözleşmenin aynen yerine getirilmesi kararlaştırılmamışsa, borç, ödeme günündeki sürüm değeri üzerinden memleket parası ile ödenebilir” denilmiş iken, yaygınlaşan yabancı para kullanımına kolaylık sağlamak ve anlaşmazlıklara çözüm bulmak amacıyla, 14.11.1990 gün 3678 sayılı yasa ile B.K.83. maddesine eklenen 3.fıkra ile “**Yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde, alacaklı, bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir**” hükmü getirilmiştir.

Borçlar Kanunu 83.maddesine 3.fıkra eklenmeden önce de, 1983 yılından sonra Türk Parasının Kıymetini Koruma Kanunu’ndaki düzenlemelerle yabancı para ile alış verişi yapmanın serbest bırakılmış olması nedeniyle , işçi ücretleri de yabancı para olarak ödenmeye başlanmış; buna koşut olarak mahkemelerin yabancı para üzerinden verdikleri kararlar Yargıtay’ca onanmakla değişime uyum sağlanmıştır.

b) 1475 sayılı (eski) İş Kanunu 26. maddesinin 2.fıkrasında “İşçi ücreti Türk parası ile ödenir.” biçimindeki kesin emredici hükme karşın, Yargıtay 9.Hukuk Dairesi’nce verilen kararlarda, işçi ücretlerinin “**yabancı para**” olarak ödenmesi kararlaştırılmışsa, dava konusu alacakların yabancı para olarak “**aynen**” veya fiili ödeme günündeki efektif kur üzerinden Türk parası karşılığının ödeneceği görüşü benimsenmiştir.<sup>27</sup>

<sup>26</sup> Yargıtay 4.HD. 29.9.1977 gün 7403-8952 sayılı kararına göre : “Bedensel ve ruhsal tamlığın bozulması sonucu erken emekliye sevk edilen kişi, ekonomik geleceğinin sarsılması nedeniyle, bu erken emeklilikten dolayı yoksun kaldığı yararlarını isteyebilir. (...) Erken emeklilik nedeniyle emekli maaşı ve ikramiye farkının hesaplanmasında o döneme ilişkin ödentiler gözönünde bulundurulmalıdır. (YKD. 1979/3-339)

<sup>27</sup> Yarg.9.HD. 03.04.1995, 1994/19016-1995/10963 (YKD.1995/9-1400 – Ayrıca Kazancı Yazılım’dan aldığımız şu kararlar:

9.HD.09.07.1998, 10203-12403 “Davacı, dava dilekçesindeki açıklamalardan “yabancı para” üzerinden hüküm kurulmasını istemiş olmasına karşın, mahkeme Türk lirası üzerinden ve dava tarihindeki kura göre karar vermiştir. Dava Borçlar Yasası 83. Maddesinin 14.11.1990 gün 3678 sayılı yasayla değiştirilmesinden sonra açılmış olduğuna göre “yabancı para” üzerinden hüküm kurulup, yabancı paraya uygulanan faiz ile birlikte tahsiline karar verilmelidir.” - 9.HD.26.01.1999, 1998/18387-1999/632 “Davacının icra takibine giriştiği tarihteki Alman Markı’nın efektif satış kuru araştırılarak bu miktarın karşılığı DM.nın gerçekleşen ücret alacağı olan 16.915 DM.’dan mahsubu ile kalan miktara karar verilmelidir.” - 9.HD. 20.04.1999, 3420-7476 “Davacı işçinin Tır şoförü olarak ayda ya da belli bir sürede ne kadar yani kaç sefer yurt dışına çıkış yaptığı ve her bir seferide ne kadar Alman Markı ödeme yapıldığı belirlenerek, bunun günlük ve saat başına düşen miktarı bulunmak suretiyle sonuca gidilmelidir.” - 9.HD. 22.03.2000, 503-3196 “Hüküm altına alınan alacak Amerikan Doları üzerinden kabul edildiğine göre, bu dövize uygulanacak faizin 3095 sayılı yasa hükümleri dikkate alınarak, döviz üzerinden faiz yürütülmesi gerekir.” – 9.HD.24.04.1995, 1994/564-1995/13960 “Taraflar arasında bağtlanan hizmet sözleşmesinde çalışma karşılığının Libya Dinarı olarak ödeneceği kararlaştırılmış olmasına göre, davacı sözleşmede kararlaştırılan Libya Dinarı yabancı para borcu olarak isteyebilir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, davacının isteğinin Libya Dinarı olduğu kabul edilerek buna göre alacak miktarını

4857 sayılı (yeni) İş Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 10.06.2003 tarihinden önce oluşturulan Yargıtay kararları, ülkenin değişen koşullarına çözüm getiren öncü işlevi görmüş; yeni yasanın 32. maddesi hükmü ile sorunlar ve duraksamalar ortadan kalkmıştır. 4857 sayılı İş Kanunu'nun 32.maddesi 2.fıkrası aynen şöyledir:

**“Ücret, kural olarak, Türk parası ile işyerinde veya özel olarak açılan bir banka hesabına ödenir. Ücret yabancı para olarak kararlaştırılmış ise, ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenebilir.”**

Buradaki “ödenebilir” sözcüğü ile önceki yasadaki emredici hüküm ortadan kalkmış, işçi ile işveren arasındaki sözleşmelere özgürlük tanınmıştır. Buna göre, taraflar işçinin ücretini **“yabancı para”** olarak kararlaştırmışlarsa, ya da ödemeler **“yabancı para”** olarak yapılıyorsa, bir dava açıldığında işçinin ücret alacağı, istek halinde Türk parası olarak değil, yabancı para olarak **“aynen”** hüküm altına alınabilecektir.

Konuyu, tazminat davaları yönünden ele aldığımızda uygulama şöyle olacaktır: Yerli veya yabancı işverenden **“yabancı para”** türünden ücret alan bir işçi veya yaptığı işlerin karşılığını **“yabancı para”** olarak alan bir girişimci, tüccar veya sanayici ya da bağımsız çalışan herhangi bir meslek veya eser sahibi, eğer hukuka aykırı bir eylemden zarar görmüşlerse, açtıkları davada tazminatın **“kazanç”** ögesi **“yabancı para”** türünden hesaplanabilecek; yabancı para olarak **“aynen”** hüküm altına alınabilecektir.<sup>28</sup>

#### **7- Yasa dışı ve ahlaka aykırı kazançlar**

Borçlar Yasası'nın 19/2. ve 20/1. maddelerine göre, yasanın emredici hükümlerine, kamu düzenine ve ahlaka aykırı sözleşmeler geçersiz ise de, **tazminat hukuku yönünden**, yasa dışı yollardan ve ahlaka aykırı biçimde elde edilen kazançların destek tazminatı veya işgöremezlik tazminatı hesabında dikkate alınıp alınamayacağını tartışılması gerektiğini düşünüyoruz.

Kaçakçılık, tetikçilik, hırsızlık, dolandırıcılık, kadın ve uyuşturucu ticareti gibi işler yaparak kazanç elde edip eşinin, çocuklarının, kendisinin ve başka yakınlarının geçimini sağlayan kişilerin yaptıkları bütün bu işler yasalara ve ahlaka aykırı ise de, bu gibi kimselerin hukuka aykırı bir eylem ve kaza sonucu ölümlerinde destekten yoksun kalan yakınlarının, yaralanıp sakat kalmışlarsa kendilerinin, haksız eylem sorumlularından tazminat isteyemeyecekleri gibi bir sonuca varılması da doğru değildir. Ancak şu var ki, destek tazminatı veya işgöremezlik tazminatı hesaplanırken, **yasa dışı ve ahlaka aykırı yollardan sağlanan kazançlar tazminatın ölçüsü olamaz.** Bu gibi durumlarda **yasal asgari ücretler üzerinden** tazminat hesaplamakla yetinilmelidir.

---

saptamak ve hak edilen alacaklara Libya Dinarı olarak “aynen” veya fiili ödeme günündeki efektif kur üzerinden Türk lirası karşılığının davalıdan tahsiline karar vermektir.”

<sup>28</sup> Yarg. 4.HD. 01.11.1999, 8908-9223 “Trafik kazası yaralanarak % 50 sakat kalan davacı, Almanya’da çalışmakta olup bu kaza nedeniyle kazanç kaybına uğramıştır. Davacı Almanya’da çalışıp ücretini Alman Markı olarak aldığına göre, zarar da bu para birimine göre oluşmuştur. O halde davacının Alman Markı olarak gerçekleşen zararının ödeme günündeki kur üzerinden Türk parası karşılığına hükmedilmesi ve ayrıca bu para birimine devlet bankalarınca uygulanan oranda faiz yürütülmesi gerekir.” (Yasa H.D.2000/2-256,no:092) - 21.HD.25.01.2001, 2000/9420-2001/220 “Davacıların murisinin yurt dışında elektrik nakil hattı montaj işinde çalışırken elektrik akımına kapılarak yaşamını yitirdiği ve bundan dolayı haksahiplerinin destekten yoksun kalma tazminatı isteminde buldukları, davacıların miras bırakanının yurt dışına giderken imzaladığı sözleşmedeki ücretinin 400 ABD. Doları olduğu uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, gerçek ücretin tespitine yöneliktir. (...) Yapılacak iş, işçinin yurt dışında kalacağı ve çalışacağı süre, emsal işçilerin durumuna ve yabancı ülkede iş alan işverenin taahhüt ettiği işi bitirme süresi gibi unsurlardan yararlanarak tespit etmek ve tespit edilen süredeki kazanç kaybının, yurt dışında aldığı ücret gözönünde tutularak hesaplamak, yurt içindeki kazanç kaybının ise yurt içinde emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret, ilgili kuruluşlardan sorulmak suretiyle belirlemek ve buna göre aktif dönem zararını hesaplamaktan ibarettir.” (İntegra Yazılım)

Yasa dışı yollardan elde edilen kazançların tazminat hesabının ölçüsü olamayacağına ilişkin görüşlerimiz kesin ise de, salt “**ahlaka aykırılık**” kavramı üzerinde biraz durmak gerektiğini düşünüyoruz. Şöyle ki: Ahlaka aykırılık her çağa ve her topluma göre değişen bir değer yargısıdır. Bir dönemde ahlaka aykırı sayılan bir davranış veya kazanç getirici iş, bir başka dönemde toplumun hoşgördüğü ve yaşam koşullarına uygun bulunduğu bir anlayışa dönüşebilir. Örneğin, bir dönemde eskilerin deyimiyle müstehcen (açık saçık) sayılan dergi, kitap gibi yayınlar, resim ve fotoğraflar, sinema filmleri, bir dönem sonra ahlaka aykırı bulunmaz olmuştur. Eskiden ayıplanan mankenlik ve dansözlük gibi meslekler, bir zaman sonra, ahlaka aykırı sayılmak şöyle dursun, toplumun gözbebeği ve özenilir mesleklerle dönüşmüştür.

Kadınlığını satarak kazanç elde edenlere gelince: Bunları devletin izni ve denetimi altında çalışan “**genelev kadınları**” ve “**izinsiz çalışan fahişeler**” olarak ikiye ayırmak gerekmektedir.

506 sayılı Sosyal Sigortalar Yasası’na 29.06.1978 gün 2167 sayılı yasa ile eklenen Ek Madde:13’e göre “1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu’nda belirtilen genel kadınlar bu kanun hükümlerine tabidirler.” Yani sigorta kapsamında işçidirler.

Ek madde:13’ün 2. fıkrasına göre de, genel kadınları çalıştıran “genelev patronları” bu kanuna göre işveren sayılırlar.

Her ne kadar toplumun kimi kesimlerince genelev patronluğu ve genelev kadınlığı genel ahlaka ve insan onuruna aykırı bulunmakta ise de, kimi çevreler, bir çok tehlikeli hastalıklara yol açan gizli fuhuş yerine, devletin gözetimi ve sağlık denetimi altında erkekleri cinsel yaşama alıştırdığına ve haksız cinsel saldırıları önlediğine inandıkları genelevleri topluma yararlı kurumlar olarak görmektedirler. İnsanlık tarihinin çok eski dönemlerinden beri genelevler ve genelev kadınları, devletin izni ve denetimi altında çalışmalarını koşuluyla hoşgörü ile karşılanmış ve yasalara, toplum düzenine uygun bir meslek sayılmıştır. Hatta en eski çağlarda tapınaklarda bu tür gereksinimleri gideren kadınlara kutsal bir nitelik verilmiş, saygı duyulmuştur. Genelev kadınlığına dünyanın en eski mesleği denilmesi de bu yüzdendir.

Bilim çevrelerine göre de, genelev kadınları devletin izniyle ve onun denetimi altında bir mesleği sürdürdükleri için, faaliyetleri ahlaka aykırı sayılamaz. Çünkü hukuka uygunluk koşulunun gerçekleştiği durumlarda ahlaka aykırılığın tartışma konusu yapılmaması gerekir. Genelev kadını ile genelev işleteni arasında yapılan hizmet sözleşmesi geçerli olup, bunların sigorta kapsamına da alınmalarıyla kendine özgü bir iş ve kazanç alanının varlığı kabul olunmuştur.<sup>29</sup> Yargıtay’ın 14.01.1948 gün 30/2 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında, genelev olarak kullanılmak üzere taşınmaz kiralanmasına ilişkin sözleşme, genelev açmak için hükümetten izin alınmışsa geçerli sayılmıştır. Yargıtay 4.Hukuk Dairesi’nin 28.12.1959 gün 1957/10681-1959/1331 sayılı kararında “genelev işletme ortaklığına ilişkin sözleşme” ahlaka aykırı görülüp geçersiz sayılmış iken, Yargıtay 13.Hukuk Dairesi’nin 13.12.1976 gün 2884-8294 sayılı kararında “hükümetin izni ile genelev işletilebileceğine göre, eğer bu izin varsa, genelev ortaklığından doğan hakların istenmesine bir engel bulunmadığı ve bu durumda ahlaka aykırılığın ileri sürülemeyeceği” sonucuna varılmıştır. (YKD.1977/8-1118)

Yukardaki açıklamaları tazminat hukuku açısından ele alarak diyebiliriz ki, eğer bir genelev kadını bir haksız eylem sonucu sakat kalmışsa ve hele cinsel organını kullanmaktan yoksun bırakılmışsa, sakatlığı oranında tazminat isteyebilecektir ve bu tazminatın ölçüsü, genelevdeki çalışmalarından elde ettiği aylık veya yıllık “**gerçek kazançlar**” olacaktır. Eğer genelev kadını haksız eylem sonucu ölmüş olup da, kazançlarından pay ayırarak maddi destek sağladığı kişiler varsa, onlar da destek tazminatı isterken yoksun kaldıkları bu gerçek kazançlara dayanacaklardır. Bunun gibi, bir genelev patronu ölmüşse, onun desteğinden

<sup>29</sup> Prof.Dr.Kenan Tunçomağ, Sosyal Sigortalar, 1987,sf.123-125

yoksun kalanların tazminatının hesaplanmasında genelev işletmeciliğine bedensel katkısından elde ettiği kazançlar ölçü alınabilecektir.

Devletin izni, denetimi ve gözetimi altında çalışan genel kadınların ve genelev işletmecilerinin (yasal) kazançları hakkındaki bu açıklamalardan sonra, bir parça da izinsiz ve gizlice para karşılığı cinsel ilişkiye giren, fuhuş yapan, halkımızın deyimiyle orospuluk eden kadınlardan ve onları pazarlayan kişilerden (kadın tellallarından) söz etmek istiyoruz. Eğer bu gibi kişiler bir haksız eylem sonucu sakat kalmışlarsa kendileri, ölmüşlerse yakınları bir tazminat davası açarlarsa, yasa dışı yoldan ve ahlaka aykırı biçimde elde ettikleri kazançlar tazminat hesabında dikkate alınacak mıdır ? Bu soruya elbette ki hayır yanıtını vereceğiz. Ancak, bu kişilerin haksız eylemden zarar görmeleri nedeniyle dava açamayacakları ve sorumlulardan tazminat isteyemeyecekleri anlamı çıkarılmamalıdır. Bunlar da, bunların desteğinden yoksun kalanlar da herkes gibi dava açabileceklerdir. Ne var ki, tazminat hesabı, yasa dışı ve ahlaka aykırı kazançlarına göre değil, yasal asgari ücretlere göre yapılacaktır.<sup>30</sup>

### 8- Kayıtdışı (vergisiz) kazançlar

Evlere temizliğe giden ya da çocuk veya hasta bakıcılığı yapan kadınların, bir işverene bağlı olmaksızın çeşitli yerlerde ayaküstü işler yapanların, çarşı-pazar hamallarının, ayakkabı boyacılarının, taksi ve dolmuş duraklarında kahya denilen çığırkanların, otomobillerin park ettiği yerlerde (değnekçilik) gözetleyicilik yapanların, belediyeden ruhsat almaksızın ve vergi kaydı yaptırmaksızın işportacılık, gezgin pazarlamacılık, el arabası ile sebze ve meyve satıcılığı gibi işler yapanların, eskicilerin ve hurdacıların, çöp toplayıcılarının kazançlarını “kayıtdışı” olarak adlandırıyoruz.

Bu gibi kişilerin vergi kaydı yaptırmamaları, vergi vermemeleri, bir meslek odasına üye olmamaları ve çalışma izni almamaları kamu düzeni ile ilgili olup, tazminat davalarında “gerçek” kazançlarının araştırılmasına engel değildir.<sup>31</sup> Gerçek kazanç, yukarda sayılan benzer işlerde, yıllara ve yöre koşullarına göre elde edilmesi olası kazançlardır. Bunların saptanmasında, herhangi bir kayıt da bulunmadığına göre, tanık anlatımlarından ve meslek odalarının görüşlerinden yararlanılacaktır. Bir Yargıtay kararında denildiği gibi: “Haksız eylem sonucu ölen kişinin pazarlarda çorap, çatal kaşık gibi şeyler sattığı tanıklarca açıklanmış bulunmakla, gerek yerel esnaf derneğinden ve ilgili meslek kuruluşlarından bilgi alınması, gerekse mahkemece uygun görülecek yöntemlerle ölenin günlük gelirin gerçeğe uygun biçimde araştırılması, bu yoldan gerçeğe yakın bir miktar saptanamaması durumunda asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekir.”<sup>32</sup>

Bugün ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik koşullar ve işsizlik sorunları dikkate alındığında, geçinmek için sağda solda çeşitli işler yapan, ancak çalışma izni olmayan ve vergi vermeyen kişileri, bir yaşam gerçeği olarak, anlayışla karşılamak zorundayız. Bunların kazançlarını, vergi ödemiyorlar diyerek, yasa dışı veya ahlaka aykırı sayamayız. Bir tazminat

<sup>30</sup> İncelediğimiz bir olayda, iki ve dört yaşında iki kız çocuğu olan dul kadın, çocuklarına bakabilmek ve geçimini sağlayabilmek için gizlice erkeklerle buluşmaya başlamış; bu buluşmalardan birinde trafik kazası geçirerek yaşamını yitirmiştir. Desteğinden yoksun kalan iki küçük çocuk adına açılan davada, ölen annenin fuhuş yaptığı (yasa dışı ve ahlaka aykırı kazanç elde ettiği) ceza dosyasındaki belgelerle açıkça belli olmasına karşın, çocukları için destek tazminatı istemi kabul olunmuştur. Ancak ne var ki, tazminat hesabı fuhuştan elde ettiği kazançlara göre değil, asgari ücretler üzerinden yapılmıştır. (Kadıköy 1.Asliye Hukuk Mah.2003/1470 esas no.lu dosyası)

<sup>31</sup> Yarg.19.HD.09.03.1995 gün 94/7459-95/2055 sayılı kararında denildiği gibi “Mahkemece zararın hesaplanmasında göz önünde tutulacak kazanç, vergi kayıtlarıyla bağlı kalmaksızın, tanık ifadeleri de gözetilerek tayin ve tespit edilmelidir. Asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması doğru değildir.” (Ergun Orhunöz,Tazminat Davalarında Uygulama Sorunları,1996, sf.150, İzmir 1.A.Huk.Mah.1995/447 esas no.lu dosyasından alınmıştır.) - Yarg.11.HD.27.06.1986 gün 3111-3213 sayılı kararına göre de” Vergi kamu düzeni ile ilgili olup, kazanç kaybı yönünden gerçek zararın araştırılması gerekir.” (Yasa H.D.1986/8-1106,no:374)

<sup>32</sup> Yarg.11.HD.16.11.1992 gün 4952-10585 sayılı kararı.(Ankara 1.As.Tic.Mah.90/365-92/358) - Gene 11.HD.15.09.1997 gün 5250-5758 sayılı kararında da: “Kaza sonucu sakatlandıktan sonra seyyar satıcılık yaptığı ve olay tarihinde de bu işle uğraştığı anlaşılan davacının istemi ile ilgili tazminat hesabının, seyyar satıcılık esaslarına göre belirlenmesinin yerinde olacağı, seyyar satıcıların zaman zaman farklı ürünler satmalarının durumu değiştirmeyeceği” açıklaması yapılmıştır.

davasında, haksız eylem sonucu yaralanan veya ölen kişilerle ilgili kazançların belirlenmesinde yargıdan vergi denetmenliği yapması istenemez, beklenemez.

Açıkladığımız bu nedenlerle, haksız eylemden zarar gören kişilerin açtıkları tazminat davalarında, kayıt dışı kazanç elde edenlerin “gerçek kazançları” yöntemince araştırılmalıdır. Bu tür kazançları belirsiz ,düzensiz ve süreksiz sayarak asgari ücretten hesaplama yapılması doğru değildir. Örneğin, evlere temizliğe giden kadınların asgari ücretlerin bir hayli üzerinde kazanç elde ettikleri bilinmektedir. Temizlikçi (gündelikçi) ücreti denilen bu tür kazançların yörelere ve yıllara göre miktarları az çok herkesçe bilinir. Burada tanık anlatımlarıyla açıklığa kavuşturulması gereken husus, kazancı araştırılacak kişinin haftada kaç gün evlere temizliğe gittiğinin belirlenmesidir.

Gezgin satıcılar, işportacılar, dolmuş çığırkanları, eskiciler ve benzerlerinin gerçek kazançlarının saptanmasında da öncelikle tanık anlatımlarından, yöre koşullarıyla ilgili bilgilerden ve ilgili meslek odalarının görüşlerinden yararlanılacak; en son uzman bilirkişinin değerlendirmeleriyle bir sonuca varılmaya çalışılacak; bütün bunlar yapılmadan asgari ücretler üzerinden hesaplama yapılması doğru olmayacaktır.

### 9- Artırımlı kazanç belirlenmesi

Olay tarihinde belli olan kazancın, rapor (hüküm) tarihine kadar olan dönemdeki tutarları ya da eşdeğerleri (benzer kazançlar) saptanamıyorsa; olay tarihinde bilinen kazanç, aynı tarihte yürürlükte olan yasal asgari ücrete bölünerek bulunacak katsayı, rapor (hüküm) tarihine kadar belli olan yasal asgari ücretlerle çarpılarak tazminat hesabına esas bilinen (işlemiş) dönem kazançları ortaya çıkarılacaktır. Buna “artırımlı kazanç hesabı” ya da “asgari ücret karşılaştırması “ denilmektedir. Tazminat hesaplarında bu yöntem sıkça başvurulmaktadır.<sup>33</sup> Bu konuda Yargıtay kararlarında şu türden açıklamalar yapılmıştır:

Tazminatın saptanmasında işçinin belli olan net ücreti ile asgari ücret kıyaslanarak, asgari ücretin üzerindeki oran belirlenmek suretiyle zarar ve tazminat hesabı yapılmalıdır.

(21.HD.09.12.1996, 6011-6822) (Yargı Dünyası, 1997/2-134)

Sigortalının, olay tarihinde yürürlükte bulunan asgari ücretin üzerinde kazancı olduğu anlaşılmasına göre, hüküm tarihine kadar yürürlükte bulunan asgari ücret miktarlarının da “artırımlı” olarak alınması (kaza tarihindeki ücretin o tarihte yürürlükte bulunan asgari ücretten fazlalığı oranında artırılması) gerekir.

(10.HD.07.03.1989, 385-2104)

<sup>33</sup> Bu konuda şöyle bir hesaplama örneği verebiliriz: Diyelim ki, iş veya trafik kazasının meydana geldiği 26.04.2001 tarihinde zarar gören kişinin kesin olarak saptanabilen (gerçek) kazancı aylık net 250.000.000 TL.olsun. Aynı tarihte yürürlükte olan yasal asgari ücretin brüt tutarı 167.940.000 TL. ve net tutarı 122.186.000 TL.dir. Buna göre, zarar görenin olay tarihindeki net ücreti, aynı tarihte yürürlükte bulunan asgari ücretin net tutarına bölünerek bulunacak katsayı, rapor (hüküm) tarihine kadar yürürlüğe giren tüm asgari ücretlere uygulanacaktır. Bu uygulama, Yargıtay’ın yerleşik kararlarında sıkça vurgulanan “gerçek belli iken varsayımlara dayanılmaz” ilkesinin de bir gereğidir. Bu açıklamalara göre işlem şöyle olacaktır: 250.000.000 / 122.186.000 = 2.046 katsayısı, bilirkişi hesap raporunun düzenlenmekte olduğu tarihe kadar yürürlüğe girmiş bulunan tüm asgari ücretlerin net tutarlarına uygulanacak, böylece tazminat hesabına esas işlemiş dönem kazançları belirlenecek; en son yürürlüğe giren asgari ücretin net tutarının 2.046 katı da işleyecek dönem başındaki (gelecekteki) olası kazanç artışlarının hesabında birim olarak alınacaktır. Diyelim ki, bilirkişi hesap raporunun düzenlendiği tarih 26.12.2003 olsun. Bu tarihe kadar yürürlüğe girmiş olan tüm asgari ücretlerin net tutarları 2.046 oranında artırılıp işlemiş dönem kazançları hesaplandıktan sonra, 26.12.2003 tarihinde 306.000.000 TL. brüt ve 225.999.000 TL. net olan en son bilinen asgari ücretin 2.046 katı alınarak işleyecek dönem başındaki kazanç unsuru bulunacak ve bunun yıllık tutarı üzerinden (halen Yargıtay’ca benimsenen) %10 oranı üzerinden artırım ve iskonto işlemiyle işleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar saptanacaktır. Verdiğimiz somut örneğe göre: 225.999.000 x 2.046 = 462.394.000 TL. en son aylık kazanç birimi olacak; bunun yıllık tutarı olan 462.394.000 x 12 = 5.548.728.000 TL. her yıl için ayrı ayrı % 10 oranında artırılarak ve aynı oranda iskonto edilerek işleyecek dönem zarar hesabına esas kazançlar belirlenecektir.



Sigortalı işçinin kaza tarihindeki ücreti, hiçbir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde belirlendikten sonra, o tarihte yürürlükte bulunan asgari ücrete fazlalığı oranında, hüküm tarihinden önce yürürlüğe girmiş tüm asgari ücretlerin “artırımlı” olarak alınması gerekir.

(10.HD.04.03.1997, 1759-1644)

Zararın tespiti aşamasında, sigortalının iş kazasının vuku bulduğu tarihteki fiili ücretinin, yine o tarihte yürürlükte bulunan asgari ücrete fazlalığı oranında, hüküm tarihinden önce yürürlüğe giren tüm asgari ücretlerin de aynı oranda “artırımlı” olarak alınması gerekir.

(10.HD.09.03.1999, 1341-1636) (YKD.1995/7-1064)

Sigortalının olay tarihindeki kazancının işyeri kayıtlarına göre belirlenmesi ve yürürlükteki “asgari ücretten fazlalığı oranında”, hüküm tarihinden önce yürürlüğe giren tüm asgari ücretlerin de aynı oranda “artırılması” gerekir.

(10.HD.31.01.1995, 94/14853-95/795)

Zararın tespiti aşamasında, sigortalının kaza tarihindeki kazancının, yürürlükteki asgari ücretin üzerinde bulunması karşısında, karar tarihinden önce yürürlüğe giren tüm asgari ücretlerin de “aynı oranda artırımlı” biçimde alınması gerekir.

(10.HD.10.10.1995, 5368-7988)

Davacının ücreti, ikramiyesi ve diğer hakları ücret bordrosunda belli olduğuna göre, belli olan bu ücret ile asgari ücret “kıyaslanarak” asgari ücretin üzerindeki “oran” belirlenmek suretiyle zarar ve tazminat hesabı yaptırılmalıdır.

(21.HD.09.12.1996, 6011-6822)<sup>34</sup>

### **10-İşlemiş - işleyecek kazançlar ayrımı**

Tazminat hesapları, Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre, hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan “kazanç”unsurlarına göre yapılır. Bunun için “gerçek belli iken varsayımlara dayanılmaz.” denilir.<sup>35</sup>

Bu hesaplama yönteminde şöyle bir ayırım yapılır:

#### a) İşlemiş (bilinen) dönem kazançları:

Olay tarihi ile rapor (hüküm) tarihi arasında belirlenebilen kazançlar bilinen (işlemiş) dönem kazançlarıdır. Bunlar için artırım ve iskonto söz konusu olmaz.

#### b) İşleyecek (bilinmeyen) dönem kazançları:

Rapor (hüküm) tarihinden sonraki dönem için bilinen en son “kazanç” unsuru birim alınarak, belli bir oranda, geleceğe yönelik ve zarar süresine göre artırım ve iskonto işlemi yapılır. Bu işlemle, gelecekteki (işleyecek dönemdeki) zararın önceden ödenecek olması nedeniyle tazminatın peşin değeri ortaya çıkarılmaya çalışılır.

Geleceğe yönelik hesaplar, zorunlu olarak varsayımlara dayandırılmaktadır. Ülkenin içinde bulunduğu koşullar, ulusal gelirdeki artış ve düşüşler, ekonomik değişimler, üretim ve

<sup>34</sup> İstanbul 7.İş Mah.1996/361-536

<sup>35</sup> Tazminat hesaplarında, rapor (hüküm) tarihindeki en son verilerin gözetileceği konusunda karar örnekleri: 21.HD.03.07.2000, 5242-5294 “Tazminat miktarı, en son veriler nazara alınarak hesaplanmalıdır.” - 21.HD.27.10.1998, 7035-7155 “Tazminat, hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan veriler nazara alınarak hesaplanmalıdır.” - 21.HD.27.01.2000, 9453-251 “Tazminatın,hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan veriler nazara alınmak suretiyle hesaplanması gerektiği Yargıtay’ın yerleşik görüşlerindedir.” - 4.HD.18.04.1996, 2280-3274 “Destek tazminatında gerçek gelir, yani zarar, hüküm gününe en yakın günde olması gereken değere göre saptanır.” - 21.HD.14.05.2002, 2446-4368 “ Hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan veriler gözönünde tutularak davacının zararını belirlemek gerekir.” - 4.HD.31.10.1983, 7133-9037 “Destekten yoksun kalma tazminatı ileriye dönük bir hesaplama olduğu için, zorunlu olarak bazı varsayımlara dayanmak gerekmektedir. Ne var ki, gerçekler belli iken varsayım gidilemeyeceği, varsayımların ise gerçeğe en yakın olması gerektiği hukukun ana kurallarındandır.”

tüketim ilişkileri, iç-dış alım satım dengeleri, iş yaşamındaki dalgalanmalar, ulusal paranın yabancı paralar karşısında değer yitirışı, çalışanların kazanç düzeyleri bugünden yarına kesinlikle bilinemeyeceğinden, bilim çevrelerinin ve uzmanların geleceğe yönelik kestirimlerine (tahminlerine) göre, az-çok gerçeğe yakın saptanabilen bir oran üzerinden geleceğe yönelik (varsayımsal) değerlendirmeler yapmak zorunda kalınmaktadır. Öte yandan, haksız eylemden zarar gören kişinin yaptığı işe, yaşına, öğrenim düzeyine, meslekteki eskiliğine veya meslekte ilerleme olasılığına, bağlı bulunduğu iş koluna, çalıştığı yerleşim bölgesinin ekonomik koşullarına göre almakta olduğu ücretin veya henüz çalışma yaşamına atılmamışsa ya da olay sırasında bir işi ve kazancı yoksa çalışmaya başladığında alabileceği ücretin; bağımsız çalışan bir kimse ise, iş yapma-yaratma koşullarına göre ilerde elde edebileceği kazançların ne kadar ve hangi düzeyde olacağı bugünden bilinemeyeceğinden, bu yönden de varsayımlara dayanılması gerekmektedir.

İşte bütün bu nedenlerle, **olay tarihinden rapor (hüküm) tarihine kadar olan ücretler (kazançlar)** gerçeğe en yakın biçimde saptanarak **“bilinen dönem kazançları”** hesaplandıktan sonra, rapor **(hüküm) tarihine göre belirlenen en son ücret (kazanç)** unsuru birim alınarak, bilimsel verilerle saptanan veya ortak bir görüş çerçevesinde kabul edilen bir "kazanç artış oranı" üzerinden geleceğe yönelik **“bilinmeyen dönem kazançları”** hesaplanmakta; belirlenen bu kazançlara göre, o güne kadar **“işlemiş dönem”** zararları **“bilinen”** dönem kazançları üzerinden ve **“işleyecek dönem”** zararları geleceğe yönelik olarak belli bir oranda artırılan **“bilinmeyen dönem kazançları”** üzerinden hesaplanmaktadır.<sup>36</sup>

Bu konuda Yargıtay kararlarındaki tanımlamalardan birkaç örnek vermek istiyoruz:

İşçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak artırma ve iskonto işlemi yapılmadan hesaplanacağı; bilinmeyen dönemdeki kazancının ise her yıl için ayrı ayrı %10 artırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir.

(21.HD.28.03.1995, 905-1093) (YKD.1995/6-948)

Maddi zarar hesaplarının rapor tarihine kadar bilinen ücretlere göre, rapor tarihinden itibaren bilinmeyen dönemler için ise, bilinen ücretin yıllık %10 artırımını suretiyle yapılması gerekir.

(9.HD.12.06.1990, 5321-7204)

Rapor tanzim tarihine kadar gerçekleşen zararın bilinen veriler nazara alınarak ve iskontoya tabi tutulmadan belirlenmesi, rapor tanzim tarihinden sonraki zararın da bilinen en son gelir nazara alınıp her yıl %10 oranında artırılmak ve %10 oranında iskonto edilmek suretiyle hesaplanması gerekir.

(4.HD.19.09.1999, 4701-8714)

Destekten yoksun kalma veya işgücü kaybı tazminatlarının hesabında bilirkişi raporunun düzenlendiği tarihe en yakın bilinen ücretlerin (veya emsal ücretlerin) esas alınması gerekir. Hesap bilirkişisi raporunda, bilinmeyen dönem için %10 artış uygulanmalıdır.

(4.HD. 20.10.1997, 5737-9861) (İBD.1999, sf.1065)

Yapılacak iş, hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan ücretteki artış miktarı nazara alınarak yeniden haksahiplerinin tazminatını belirlemek ve belirlenen bu zarardan en son

<sup>36</sup> Geleceğe yönelik hesaplamalarda, kazanç artış oranı, önceleri SSK. Peşin değer hesaplamalarına koşut olarak %5 iken, 1980'li yıllarda Yargıtay kararlarıyla %10 yapılmıştır. Halen %10 oranı üzerinden kazanç artırımını ve gene %10 oranı üzerinden iskonto (peşin değer) hesabı yapılmaktadır. Askeri Yüksek İdare Mahkemesi %5 artırım değerini değiştirmemiştir.

katsayı ile hak sahiplerinin gelirlerinde yapılan artışlar indirilmek ve bozma ilamı öncesi hesap raporunda belirlenen ve hükmedilen miktarı geçmemek üzere karar vermekten ibarettir.

(21.HD.26.05.1998, 3699-3860)

Haksahiplerinin işverenden isteyebileceği tazminat miktarı en son veriler nazara alınmak suretiyle hesaplanmalı ve bu hesap sonucundan hak sahiplerine bağlanan gelirlerin peşin sermaye değeri indirilmelidir.

(21.HD.03.07.2000, 5242-5294)

İşçinin tazminatının belirlenmesinde esas alınacak ücretin hüküm tarihine en yakın tarihte belli olan verilerin esas alınması suretiyle hesaplanması gerektiği Yargıtay'ın yerleşik görüşleri gereğidir.

(21.HD.24.01.2000, 1999/9461-2000/33)

Bedensel zarar, hüküm tarihine en yakın veriler gözetilerek hesaplanmalıdır.

Gerek ölümler nedeniyle destek kaybı zararı ve gerekse beden gücü kaybı zararının hesaplanmasında rapor düzenleme tarihine kadar gerçekleşen zararın bilinen veriler gözetilerek ve iskontoya tabi tutulmadan somut olarak, rapor düzenleme tarihinden sonraki zararın da bilinen son gelir esas alınıp her yıl %10 oranında artırılmak ve iskonto edilmek suretiyle hesaplanması gerekir.

(HGK.01.11.1995, E.1995/9-679 K.1995/898) (Yasa,1996/7-1097,no:404)

Dava, iş kazası sonucu ölen işçinin haksahiplerinin uğramış olduğu zararların giderilmesi istemine ilişkindir, Davada uyuşmazlık tazminatın belirlenmesi noktasında toplanmaktadır. Tazminatın miktarı ise işçinin olay tarihindeki bakiye ömrü esas alınarak aktif ve pasif dönemde elde edeceği kazançlar toplamından oluştuğu söz götürmez. Başka bir anlatımla, işçinin günlük net geliri tespit edilerek bilinen dönemdeki kazancı mevcut veriler nazara alınarak iskontolama ve artırma işlemi yapılmadan hesaplanacağı, bilinmeyen dönemdeki kazancının ise, yıllık ak %10 artırılıp %10 iskontoya tabi tutulacağı Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir.

(21.HD.14.10.1997, 5076-6413)