

CANA GELEN ZARARLAR NEDENİYLE MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT

ÇELİK AHMET ÇELİK

GENEL BÖLÜM

I- KONUYA GENEL BAKIŞ

Hukuk toplumun temeli olduğuna göre, yasaların öncelikli olarak kişilerin “yaşama hakları”nı güvence altına alacak biçimde düzenlenmesi ve yasaları uygulayacak olanların da bu hakkı titizlikle korumaları gerektiğini kabul etmeliyiz. Yaşama hakkı, siyasal amaçlı “İnsan hakları” söylemlerinden çok daha önemlidir. Çünkü bireylerin can güvenliğini yeterince sağlayamıyorsa, soyut “insan hakları” kavramının bir anlamı ve önemi kalmaz.

Yaşama hakkının ayrılmaz parçası “sağlıklı yaşama” hakkıdır. Bu evrensel bir konudur. Bunun içinde çözüm bekleyen çevre sorunları, havanın, suyun, toprağın kirletilmesi, ormanların yok edilmesi, besinlerin doğal yapılarının değiştirilmesi, aşırı kazanç hırsıyla insan sağlığını bozan yiyecek, giyecek ve aygıtlar üretilmesi ve satılması, gelirin ve kaynakların paylaşımındaki dengesizlik, ekonomik eşitsizlikler, üretim ve tüketim savurganlığı ile yaşam kaynaklarının tüketilmesi ve bazı türlerin geri dönülmez biçimde yok edilmesi, sömürü gibi konular vardır.

Biz burada bu kadar geniş ve kapsamlı konuları ele alacak değiliz. Konumuz, “yaşama hakkı” temelinde haksız eylem veya hukuka aykırı bir olay sonucu ölüm/öldürme veya bedensel zarara uğratma nedeniyle ödenecek tazminatın ne olması, nasıl hesaplanması gerektiği ile sınırlıdır. Uygulamada neler yapıldığını veya neler yapılması gerektiğini anlatmaya başlamadan önce, bu konuya bakış açımızı ve temel ilkelerimizi açıklama gereğini duyuyoruz. Sırasıyla:

1) Haksız eylem veya hukuka aykırı bir olay sonucu öldürülen veya ölümüne neden olunan kişinin yakınlarına ya da bedensel zarara uğratılanlara **kesinlikle bir tazminat ödenmeli**; kişileri haksızlığa uğratacak ve zarar sorumlularını tazminat ödemekten kurtaracak yorum, uygulama ve yasal düzenlemelerden kaçınılmalıdır.

2) Her kişinin hukukça korunması gereken bir “yaşama hakkı” olduğuna göre, ödenecek tazminatın miktarı konusunda kişiler arasında **eşitlik** sağlamanın yolları aranmalı; varlıklı-yoksul ayrımı yapılmaksızın ve zara,ra uğrayanların toplumdaki yerleri ile iş ve kazançlarına bakılmaksızın **ortak bir (taban) tazminat ölçüsü** bulunmalıdır.

3) Ödenecek tazminatın sorumluluk ölçüsü “**toplumsal tehlike-sosyal risk**” ağırlıklı olmalı; kusur sorumluluğundan daha fazla “**objektif tehlike sorumluluğu**” ilkesine göre değerlendirme yapılmalıdır.

4) **Sigorta güvenceleri** de “**sosyal risk**” ilkesine uygun olmalı; “**sorumluluk sigortaları**” belirsiz, tartışmalı, yetersiz bir takım hesap formüllerine dayalı olduğundan, önceden belirlenmiş miktara (meblâğa) dayalı “**can sigortaları**” yaygınlaştırılmalı; hemen tüm iş kollarında, işyerlerinde ve çalışma alanlarında **can sigortası (kaza sigortası)** yaptırılması “**zorunlu**” hale getirilmelidir.

5) Zarar gören kişilerin “zararı” ne ise, haksız ve hukuka aykırı olay sonucu neyi kaybetmişlerse, neleri eksilmişse, nelerden ve kimlerden yoksun kalmışlarsa onun karşılığı (ortak bir ölçü çerçevesinde) tazminat olarak ödenmeli; sorumluluk (zarar) sigortalarında, eğer zarar görenlerin kusura katılımları (kusurları) yoksa, tazminattan indirim yapılması asla düşünülmemelidir. Özellikle, haksız eylemin yol açtığı zarar ile “nedensellik bağı” kurulamayacak olan (miras, miras gelirleri, şirket kâr payları, sosyal güvenlik gelirleri, kaza ve yaşam sigortalarından alınan paralar gibi) kazanım ve edinimler tazminattan indirim nedeni olmamalı; kişilerin kendi olanaklarıyla veya yakınlarının yardımlarıyla zararı gidermiş bulunmaları, tazminatın reddi sonucunu doğurmamalıdır. Zaten, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun 55.maddesiyle bu konuda kesin bir çizgi ve sağlam bir ölçü ortaya konulmuştur.

Aşağıda, savunduğumuz bu ilkeler doğrultusunda, tazminat ve sigorta konularının ayrıntılarına gireceğiz.

II- GENEL OLARAK ZARAR VE TAZMİNAT

1- Tazminat ve zarar kavramları

a) **Tazminat**, haksız eylem veya hukuka aykırı bir olay sonucu, isteyerek (kasıtlı) veya istemeyerek (taksirli) verilen maddi ve manevi zararların karşılığının “ödenmesi” veya “ödetilmesi”dir.

Zarar, öğretide dar ve geniş anlamda olmak üzere iki türlü tanımlanmaktadır.

Geniş anlamda zarar, kişinin hukukça korunan maddi ve manevi varlıklarında istenci dışında meydana gelen olumsuz değişiklikler, eksilmeler ve yitiklerdir.

Dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında istenci dışında meydana gelen eksilmedir. Buna kısaca “maddi zarar” denilmektedir.

Maddi zarar, genellikle fark kuramına dayandırılmakta ve “malvarlığının aktifinin azalması ve pasifinin artması veya kazanç kaybına uğranılması; zarar verici eylem veya olay olmasa idi, malvarlığının alacağı durum ile eylem sonucu aldığı durum arasındaki fark” olarak tanımlanmaktadır.¹

Fark kuramı daha sonra yumuşatılarak, geleneksel malvarlığı anlayışına bağlı zarar kavramının kapsamı “normatif zarar” kuramıyla genişletilmiş; parayla ölçülebilen bazı değerlerin eksilmesi veya yitirilmesi de maddi zarar kabul edilmiştir.² Örneğin, haksız eylem sonucu beden gücü eksilen kişinin henüz bir işi ve kazancı bulunmasa bile çalışma ve kazanç

¹ Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, sf.63 vd. - Prof.Dr.Salahattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku, 1979, sf.455-456 - Prof.Dr.M.Kemal Oğuzman/ Prof.Dr. M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2000, sf.497 - Prof.Dr.Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, 1976, C.I., sf.446-447 - Prof.Dr.Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1998, C.I., sf.488-495 - Prof.Dr.Ahmet M.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2002, sf.190-193--Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 1993, sf.548-566 - Andreas von Tuhr, Borçlar Hukuku, sf.76’da: “Zarar mamelekin bir azalmasıdır. Şahsi menfaatlere tecavüz, mameleke tesir etmedikçe, kanuni manada bir zarar değildir; bazı hallerde bu sebeple ödenen para bir tazminat teşkil etmez, bu, manevi bir tatmin ve telafidir.” açıklaması yapıldıktan sonra, sf. 77’de “Zarar, zarara uğrayanın halen mevcut mameleki ile zararlı hadise vaki olmasaydı bu mamelekin bulunacağı hal arasındaki farktan ibarettir. Bundan dolayıdır ki ekseriya zarara “mali zarar” veya daha kısaca “zarar görenin zararı” denir.” tanımlaması yapılmıştır. (Yargıtay Yayını, 1983, Çev.Cevat Edege) - 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun hazırlık aşamasında, ilk Tasarı’nın 50.maddesi 3.fıkrası ile yeni bir “zarar” tanımı yapılarak “Hayata, bedensel ya da ruhsal bütünlüğe ve diğer kişisel değerlere yönelik fiillerin, malvarlığında yol açtığı eksilmeler de maddi zarardır” denilmiş; ancak sonradan bu tür tanımlar Tasarı’dan çıkarıldığı için 6098 sayılı yeni yasada yer almamıştır.

² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 1993, sf.548

elde etme yeteneğini belli bir oranda veya tümüyle yitirmiş olması ya da çalışan kişinin kazancı azalmasa bile aynı kazancı elde ederken sakatlığı oranında daha fazla güç harcayacak olması, tazminat isteminin haklı nedeni kabul olunmuştur. Bu konuyu ilerde can zararlarına ilişkin bölümlerde geniş biçimde ele alacağız ve başka örnekler vereceğiz.

b) **Zarar**, sorumluluk hukukunda “tazminat” borcu doğuran koşulların en önemlisidir. Bir eylem veya olay, hukuka aykırı olmasına karşın, bir “zarar” doğurmamışsa, tazminat da söz konusu olmaz. Bir zarar doğmuş olup da, haksız eylem veya hukuka aykırı olay ile zarar arasında “neden-sonuç” ilişkisi kurulamıyorsa ya da zarar görenin ağır kusuru veya önlenemez doğa olayı (mücbir sebep) gibi nedenlerle sorumluluk yönünden “nedensellik bağı” kesilmişse, gene tazminat istenemeyecektir.

2- Zarardan sorumluluk ve sorumlular

Zarar sorumluları ve zarardan sorumluluk, öğretilerdeki bölümlendirmelere koşut olarak, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nda da “kusur sorumluluğu ve kusursuz sorumluluk” olarak iki ana bölüme ayrıldıktan sonra, kusursuz sorumluluk 1.Hakkaniyet sorumluluğu, 2. Özen sorumluluğu, 3.Tehlike sorumluluğu olarak üçe ayrılmıştır.

3- Zarar türleri

Öğretilerde zarar türleri değişik biçimlerde bölümlendirilmekte olup,³ bize göre şöyle bir ayırım yapılabilir:

- Maddi zarar - Manevi zarar,
- Kişilere ilişkin zararlar - Nesnelere ilişkin zararlar
- Doğrudan zarar - Dolaylı zarar (bağlantılı zarar)
- Doğrudan etkilenenin zararı - Dolayısıyla etkilenenin zararı (Yansıma zarar)
- Gerçekleşmiş zarar - Gerçekleşecek zarar
- Olumlu zarar- Olumsuz zarar
- Somut zarar - Soyut zarar
- Biz, bu türlere bir yenisini ekliyoruz ve “**can zararı - mal zararı**” ayırımına yer veriyoruz.

4- Zarar türlerine ilişkin bazı açıklamalar

Yukardaki zarar türlerini, ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat konularıyla ilişkilendirerek şu açıklamaları yapabiliriz:

a) **Maddi zarar**, hem kişilere hem nesnelere ilişkin zararlar söz konusu ise de, **manevi zarar**, yalnızca kişi varlığı zararları içindir.

b) **Kişilere ilişkin zarar** ile **nesnelere ilişkin zarar** ayırımında, “**nesnelere**” ilişkin zararlar, “taşınır taşınmaz mallara, eşyaya ve benzeri şeylere gelen zararlar” anlamında olup; bu tür zararlar ile zararın değerlendirmesinde söz konusu “malvarlığında eksilme” kavramı birbirine karıştırılmamalıdır. Bu ayırım özellikle, yaygın ve yanlış bir biçimde “can” zararlarının “malvarlığı zararı” olarak değerlendirilmesinde önem taşımaktadır. Aşağıda can zararları konusunda görüşlerimizi açıklarken bu konu üzerinde çokça duracağız.

c) **Doğrudan zarar**, haksız eylemin ilk ve yakın sonucu olan zarardır. **Dolaylı zarar** ise, ilk zarara bağlı ve ondan yansıyan zarardır.⁴ Dolaylı zarar, bize göre yansıma zarar değil, asıl zarardan kaynaklanan ve onunla bağlantılı olan “ek zarar”dır. Örneğin, trafik kazasında bir organını yitiren kişinin bu zararı doğrudan zarardır. Eğer bu kaza, kişinin çektiği sıkıntılar

³ Tandoğan,age,sf.69-70 - Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, age.,sf.559 vd. - Eren, age.,sf.491 vd. - Oğuzman/Öz.,age,sf. 498 vd.- Ahmit M.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,2002,sf.190-193

⁴ Tandoğan,age,sf.69-70

nedeniyle ruh sağlığını bozmuşsa, diyabet veya kalp hastalığını tetiklemişse, bunlar dolaylı zarardır ve asıl zararlar birlikte tazminat olarak değerlendirilmesi gerekir.

ç) Haksız eylemden veya hukuka aykırı olaydan zarar gören “**doğrudan etkilenen**” kişidir. Bu kişinin uğradığı zarardan “**dolayısıyla etkilenen**” üçüncü kişiler de olabilir. Buna öğretilerde “**yansımaya zarar**” denilmektedir. Örneğin, trafik kazasında yaralanarak aylarca sahneye çıkamayan şarkıcı yüzünden, konser düzenleyicisi kazanç kaybına uğramışsa, bu kişinin zararı “yansımaya zarar”dır. Bunun gibi, işverenin ölümüyle işyeri kapanmışsa işsiz kalan işçilerin, tiyatro sanatçısının ölümüyle kapalı gişe oyunun sona ermesi yüzünden kazanç kaybına uğrayan tiyatro sahibinin, sinema oyuncusunun ölümüyle filmi yarıda kalan yapımcının, yıldız futbolcunun beden gücü kaybına uğramasıyla spor kulübünün, üst düzey yöneticinin ölümüyle kazancı azalan şirketin zararları “yansımaya zarar”dır. Doğrudan zarar görenlerden yansıyan bu dolayısıyla zararlar nedeniyle “üçüncü kişi” konumundaki kişilerin tazminat isteme hakları yoktur.

Öğretilerdeki kimi görüşler, yukardaki örneklerde "dolayısıyla zarar" gören ve tazminat isteyemeyecek olan kişiler gibi, ölenin desteğinden yoksun kalan (eşi, çocukları, annesi, babası vb.) yakınlarını da "üçüncü kişi" olarak nitelemekte; bu kişilerin doğrudan değil dolaylı zarar gördüklerini, dolaylı zararın bir alt kavramının "**yansımaya zarar**" olduğunu, her ne kadar yansımaya yoluyla zarar görenlerin tazminat isteme hakları bulunmamakta ise de, ölenin desteğinden yoksun kalan yakınlarla yasal düzenlemeyle bu hakkın tanındığını; yakınların tazminat isteme haklarının yansımaya zararın ayrı bir durumu olduğunu ileri sürmekte iseler de, bizce, bu görüşler son derece yanlıştır. Çünkü ölen kişi, ölüm yüzünden zarara uğramadığına göre, bunun yansımaya da olmaz. Hem ölen kişinin zarara uğradığından söz etmek doğa yasalarına aykırıdır; onun malvarlığı üzerindeki tasarrufu ölümle sona ermiştir. Zarar kavramı ve zarara uğrama olgusu, yaşamda var olan ve yaşayan kişiler (sağlar) için söz konusudur. Ölen için yaşam sona ermiş, kâr-zarar hesabı bitmiştir. Halk deyişiyse, dünya malı dünyada kalmıştır.

Öte yandan, "destekten yoksun kalma tazminatının doğrudan doğruya hayatta kalanların kişiliklerinde doğan bağımsız bir hak (**doğrudan zarar**) olduğu, bu hakkın onlara öleden geçmediği" tanımı ile "yansımaya zarar" görüşü çelişmektedir.

Zararı, hem destekten yoksun kalan kişilerin “malvarlığının eksilmesi” olarak tanımlayacaksınız, hem de ölenin zararından söz edeceksiniz. Oysa, öldürülen kişi bir zarara uğramamış, malvarlığı eksilmemiş, yalnızca bu dünyadaki varlığı sona ermiştir. Ölenin malvarlığı, mirası (ki varsa) yerinde durmaktadır, eksilmemiştir. Eğer eksilecek veya ortadan kalkacaksa, bunu mirasçılar veya üçüncü kişiler gerçekleştireceklerdir.

Mantıksal ve ekonomik açıdan bakıldığında “yararlanma” olgusunda, hem nesnelere hem kişiler vardır. Bir kimse “yararlandığı” bir nesneyi, bir eşyasını, bir malvarlığını yitirmişse bu bir “doğrudan zarar”dır. Aynı kişi ekonomik yönden “yararlandığı”, kendisine ekonomik yönden destek olan, yardımını gördüğü kişiyi yitirmişse, tıpkı yitirdiği nesne (eşya, para, mal gibi) “doğrudan zarar” görür. Buna yansımaya zarar demek yanlıştır. Hem, zarar kavramı, “malvarlığında azalma, ekonomik yönden aktifin azalması pasifin artması” biçiminde tanımlanmıyor mu? O halde ölenin ekonomik katkısından yoksun kalınması neden yansımaya zarar olsun? Parasal destekliğin dışında, yardım ve hizmet ederek desteklikte bile bir “doğrudan yoksun kalınma” olgusu vardır.

Özetle, yararlanan bir nesnenin yitirilmesi ile yararlanan bir kişinin yitirilmesi arasında ekonomik ve mantıksal açıdan hiçbir fark yoktur. İkisi de “doğrudan zarar”dır.

Yargıtay, ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının manevi tazminat isteme haklarını bile “yansıma zarar” değil, “doğrudan zarar” olarak nitelemekte; onların olaydan doğrudan etkilendiklerini kabul etmektedir. Bu nitelemeye bakarak ve destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkının, mirasçılık sıfatından bağımsız, ölümle intikal etmeyen, destekten yoksun kalanların kişiliklerinde oluşan bağımsız bir hak” olduğu tanımını da anımsayarak, bunun “yansıma zarar” olarak görülmesinin asla doğru olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

Şunu da ekleyelim ki, destekten yoksun kalma tazminatının "yansıma zarar" olarak nitelenmesinin vardığı sonuç "yansıma kusur" olunca, bir yanı sıra daha düşülmektedir ki o da şudur: Ölen destek belli bir oranda kusurlu ise tazminatın kusura göre indirilmesi veya tam kusurlu ise davanın reddedilmesi, ölen kusurlu olduğu için değil, davalı kusursuz veya az kusurlu olduğu içindir. Karşı taraf, elbette, kusuru kadar tazminat ödeyecektir. Burada söz konusu olan indirim değil, karşı tarafın kusur oranına göre tazminat yükümlülüğüdür.⁵

Bu konuda bazılarının anlamamakta direndiği bir başka husus da, 2918 sayılı KTK'nun 92.maddesi (b) bendindeki işleyen ve sürücü yakınlarının Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası'ndan yararlanma hakları konusundadır. Yasa'nın açık hükmüne karşın, “yansıma zarar” savunucuları, “kimse kendi kusurundan yararlanamaz” ilkesini öne sürerek işleyen ve sürücünün “kusurlarını” destekten yoksun kalanlara “yansıtmışlar” ve böylece “yansıma kusur-yansıma suç” icat etmişlerdir ki, böyle bir sonuç, bilindiği gibi, suçların ve cezaların kişiselliği temel ilkesine aykırıdır. (5237/TCK.m.20)

d) **Gerçekleşmiş zarar -Gerçekleşecek zarar** nitelemesi, tazminat hesaplarında son derece önemli bir değerlendirme ölçüsüdür. Haksız eylem sonucu bedensel zarara uğrayan kişinin veya destekten yoksun kalanların dava tarihine kadar belirlenen (görünen) zararları “gerçekleşmiş zarar”dır. Buna tazminat hesaplarında “işlemiş dönem zararları” da denilmektedir. Bedensel zarara uğrayanın yaşam süresine ve destekten yoksun kalanların destek sürelerine göre “işleyecek dönem” zararları da geleceğe yönelik olmasına karşın “gerçekleşecek” değil, “gerçekleşmiş zarar” kabul edilmektedir. O halde, “gerçekleşecek” zarar nedir ?

Gerçekleşecek zarar, bedensel zararlarda söz konusu olup, henüz belirlenmesi olanaksız, ileride yapılması olası bir takım tedavi ve ameliyat masraflarıdır. Örneğin, yüzdeki kalıcı izler için henüz tıbbi düzeltme yapılamıyorsa, ileride yapılacak ameliyat masrafları, yaşam boyu alınacak ilaçlar “gerçekleşecek zararlar”dır. Yargıtay kimi kararlarında bu tür zararları da “gerçekleşmiş zarar” olarak nitelemektedir.

e) Yukardaki zarar türleri arasında yer alan olumlu-olumsuz zararları, ölüm ve bedensel zararlarla doğrudan ilgili görmediğimiz için bu konuda açıklamaya yer vermiyoruz.

f) **Somut zarar - Soyut zarar** ayrımında, somut zararın “maddi zarar” ve soyut zararın “manevi zarar” karşılığı olduğunu söyleyebiliriz. Manevi zarar, her ne kadar soyut bir değerlendirmeyle belirlenmekte ise de, onu olabildiğince somutlaştırmak ve maddi tazminat benzeri bir hesaplamayla saptamak gerektiği düşüncesindeyiz.

5- Can zararı-mal zararı ayrımının gerekliliği

Ölüm nedeniyle destekten yoksunluğu ve beden gücü kayıplarını “malvarlığı zararı” olarak nitelemenin ve bu zararı “malvarlığının aktifinin azalması, pasifinin artması; zarar verici olay öncesi ile sonrası arasındaki malvarlığı farkı” olarak açıklamanın ne kadar gerçekçi olduğu üzerinde pek az durulmuştur. Sorumluluk hukukundaki gelişmelerle bazı değişiklikler yapılmış ve daha gerçekçi çözümler üretilmiş ise de, bunlar yeterli olmayıp, cana

⁵ Yansıma zarar ve yansıma kusur söz konusu olamayacağı içindir ki, Yargıtay'ın bir kararında:"Babanın kusurundan dolayı çocukların tazminatından indirim yapılamaz" denilmiştir. (11.HD.17.06.1988, E.1988/4590-K.1988/4049)

gelen (insana verilen) zararları, fark kuramına bağlı malvarlığı zararı ve kazanç kayıpları olarak değerlendirmekten kesin vazgeçilmelidir. Tarihsel gelişim, insanın doğası ve yaşam gerçekleri bunu gerektirmekte; “can” zararlarının farklı bir biçimde değerlendirilmesinde kesin zorunluluk bulunmaktadır. En başta dediğimiz gibi, “yaşama hakkı” ve onun ayrılmaz parçası olan “sağlıklı yaşama” hakkı, hakların en kutsalıdır. Hukukun öncelikle bu hakları en doğru ve adaletli biçimde koruması, güvence altına alması gerekir.

Aşağıda, ölüm ve bedensel zararların nasıl değerlendirilmesi gerektiği konularını geniş biçimde işleyeceğiz ve buna ilişkin tazminat hesaplarına bir ölçü arayacağız.

III- İNSAN ZARARLARI VE TAZMİNAT ÖLÇÜSÜ

1- Geçmişten bugüne can zararları

Yukarda kısaca belirttiğimiz gibi, tazminat ödenmesini gerektiren “zarar” kavramı konusunda ne yazık ki, öğretilerde **mal** ve **can** zararı ayrımı yapılmamış; **zararın**, genel olarak “malvarlığında eksilme, malvarlığının aktifinin azalması, pasifinin artması, kazanç kaybına uğranılması” biçiminde tanımlanmasından öteye geçilememiştir. Bu, son derece katı, maddeci insanın değerini ve yaşama hakkını gözardı eden, insanı bir mal gibi, eski çağlarda pazarda satılan bir köle ya da rant sağlayan bir makine gibi gören, her şeyi para ile ölçen anamalcı (kapitalist) bir anlayıştır.

Bu anlayıştakilere göre, “zarar”dan anlaşılması gereken eksilen beden veya yitirilen can değildir; canların ve bedenlerin ekonomik verimliliklerinin ortadan kalkması veya azalmasıdır; kazanç sağlama olanaklarının tükenmesi veya eksilmesidir. Bunlar yıllarca, haksız eylem sonucu öldürülen/ ölümüne neden olunan kişilerin yakınlarının isteyebilecekleri tazminatın, yiten canın bedeli değil, ölen kişinin “parasal” desteğinin ortadan kalkması yüzünden uğranılan maddi zararın karşılığı olduğunu; eğer ölenin sağlığında “bakım gücü” yoksa, bir işi, kazancı, parasal olanakları bulunmuyorsa, yakınlar için maddi tazminatın söz konusu olamayacağını; bunun gibi, yakınların ölenin destekliğine gereksinimleri bulunmadığı sonucuna varılmışsa, varlıklı kişilerse, ölenden, hatta üçüncü kişilerden bir miras kalmışsa, kendileri çalışıp kazanç elde ediyorlarsa, gene tazminat isteyemeyeceklerini; destek tazminatı diye adlandırılan bu tazminat türünün iki koşulundan birincisinin “ölenin bakım gücü”, ikincisinin yakınların “bakım ihtiyacı” olması gerektiğini; ödenecek tazminatın konusunun “malvarlığındaki eksilmenin ve yaşam düzeyindeki parasal düşüşün ortaya çıkardığı maddi zararın” giderilmesi olduğunu savunmuşlardır. Onlar için, hiçbir zaman yitirilen can veya eksilen, sakat bırakılan beden başlıbaşına bir tazminat isteğinin haklı nedeni olmamıştır.

Uzun yıllar boyunca yargıdaki uygulamalarda insana verilen zararlar, öğretiden gelen ve yukarda açıklanan etkilerle “can” zararı olarak değil “mal” zararı olarak değerlendirilmiş; haksız eylemden zarar gören kişilerin açtıkları davalarda tazminatın ölçüsü “malvarlığı eksilmesi” veya “kazanç kaybı” olmuş; yiten can veya eksilen sakat kalan beden, olay öncesinde eğer çalışıp kazanç elde etmiyorsa, parasal bir değer üretmiyorsa ya da ilerde çalışıp para kazanma olasılığı yoksa, **maddi tazminat** söz konusu olamayacağı türünden zarar sorumlularını tazminat ödemekten kurtaran sonuçlar yaratılmış; öte yandan her kişinin kazanç düzeyine göre tazminat tutarları farklı olmuş; kazancı yüksek olan fazla, kazancı düşük olan az tazminat almıştır.

Maddi tazminatı “malvarlığı eksilmesi” ya da “kazanç kaybı” koşuluna bağlayan, bir işi ve kazancı olmayanlar, geliri ve parasal gücü bulunmayanlar yönünden “maddi zararı” kabul etmeyen anlayışın yarattığı adaletsizlik, geniş anlamda zarar tanımı içerisinde yer alan “**kişi varlığı haklarında eksilme**” kavramına dayandırılarak “**manevi tazminat**” ile giderilmek istenmiş ise de, uygulamada mahkemeler manevi tazminata karar vermeden önce “ tarafların sosyal ve ekonomik düzeylerini” hiç de sağlıklı olmayan bir biçimde araştırdıktan sonra, manevi tazminatın miktarını belirlerken kişilerin malvarlığını, parasal gücünü, kazanç düzeyini gözönünde tuttuklarından, burada da etkin ölçü “can bedeli” değil, “malvarlığı değeri” olmuştur.

Zamanla bazı duyarlı hukukçuların çabalarıyla bu kalıplaşmış görüşler oldukça yumuşatılarak insancıl ve hakça çözümler üretilmiş; uygulamadaki katılıkları gidermek, adaletli bir çözüme ulaşmak amacıyla “mal” zararı kavramına esneklik kazandıran bazı kuramlar ortaya atılmış ve bunlar yargı kararlarına da yansımış ise de, gene de “mal zararı” anlayışından fazla uzaklaşmamıştır.

Örneğin “kazanç kaybı” kavramına eklenen “**güç kaybı**” değerlendirmesi bu tür yaklaşımlardan biridir. Buna göre, haksız eylem sonucu bedensel zarara uğrayan kişinin **kazançlarında bir azalma olmasa bile**, aynı kazancı elde etmek için sakatlığı oranında **daha fazla güç (efor) harcayacağından**, bunun, yani beden gücü kaybının karşılığının “tazminat” olarak ödenmesi gerektiği kabul olunmuştur. Sonraki yıllarda daha insancıl ve hakça çözümler üretilmiş olup, bunları ilerde açıklayacağız.

Ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatında da, geçmiş yılların bakım gücü ve bakım ihtiyacı kavramları, yansıma zarar ve fark kuramı gibi yaşam gerçeklerine aykırı görüşler terkedilmiş veya hafifletilmiş, bazı olaylarda büsbütün etkisiz kılınmış; örneğin, parasal desteklikten daha çok “yardım ve hizmet” ederek desteklige ağırlık verilmiş; kişilerin bir işleri ve kazançları olmasa bile yakınlarına yardım ve hizmet ederek destek olabilecekleri; destekten yoksun kalanlar varlıklı kimseler olsalar bile, ölümlerinden onlara yüklü bir miras, türlü malvarlıkları kalmış ve sosyal güvenlik kurumlarından gelir bağlanmış olsa dahi, tazminat isteme hakları bulunduğu; elde ettikleri (miras, sigorta gibi) türlü kazanımların tazminattan indirim nedeni olamayacağı kabul olunmuş ise de, sorumluluk hukukundaki bu gelişmeleri, Yargıtay kararlarındaki bu olumlu değişimleri göremeyen, kavrayamayan kimi hukukçu ve yargıçların yanı sıra ısrar etmelerini kaygıyla izlemekteyiz.

Bize göre, insana verilen zararlar bir “**mal zararı**” gibi değil, bir “**can zararı**” olarak değerlendirilmeli; ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle ödenecek **tazminatın ölçüsü** “insanın değeri” kavramına, yaşam gerçeklerine uygun ve “**yaşama hakkı**”nı koruyup kollayacak nitelikte olmalıdır. Bunun nasıl ve hangi yöntemlerle yapılacağına, nasıl gerçekleştirileceğine ilişkin görüşlerimiz aşağıdaki bölümlerde sırası geldikçe açıklayacağız.

2- İnsan zararları konusunda tarihsel gelişim ve insanın doğası gözardı edilemez.

Bütün bilim ve sanat dallarında çalışanlar, insanlığın gelişimini, düşüncede, bilimde, inançta, toplumların siyasal ve ekonomik gelişiminde ya da değişiminde neler olup bittiğini, kısaca uygarlık tarihini bilmek zorundadırlar. Geçmişte olanları bilmeyenler, öğrenemeyenler çağa ve değişen toplumların gereksinimlerine uygun çözümler ortaya koyamazlar; bilimin gelişmesine, yeni yasaların oluşmasına katkıda bulunamazlar.

Tüm toplum bilimlerinde olduğu gibi, hukukta da tarihsel evrim ve yaşam gerçekleri ile insanın “doğal yapısı” gözardı edilmemek gerekir. Aksi takdirde toplum duyuncunu rahatlatarak, hukuktan ve yargıdan bekleneni gerçekleştirecek doğru bir çözüme ulaşamaz. Bu nedenle hukukçular da, geçmişten bugüne adalet anlayışının ve uygulamanın gelişimini tarihsel süreç içinde ele almak ve bu süreci izlemek zorundadırlar.

İnsan zararları (ölüm ve bedensel zararlar) konusunda geçmişten bugüne neler olup bittiğini, ne gibi görüşler ileri sürüldüğünü, uygulamada neler yapıldığını kısaca gözden geçirelim:

Adalet Tarihine bir göz atarsak, cana verilen zararlar kişisel “**öç alma**” ile başlamış, araya klan ve aile girince kişisel öç alma “**kan gütme**”ye dönüşmüş; zamanla ve toplum yaşamının gelişmesiyle barış ve huzuru sağlamak için “**kıyas**” uygulamasına geçilmiş; daha sonra da “kıyas”ın yerini “**diyet**” almıştır. Diyet, “mal veya para” olarak verilen bir “bedel”dir, bir “can” borcudur. Kimi zaman zarar görenin “hizmetine girme” biçiminde uygulandığı da olmuştur

Kişisel öçten kamu adaletine geçişte kısas ve diyet, kaynağını din kitaplarından almakta iken, zamanla ailenin ve klanın yerini devletin almasıyla belli kurallar konulmaya başlanmıştır. Bu konuda bilinen en eski kaynaklar Sumer, Asur, Babil yasaları ve ünlü Hamurabi yasalarıdır. Roma Hukuku'nda başlangıçta "kan gütmeye" biçimindeki kişisel öç almaya izin verilmiş iken, Oniki Levha Kanunu'nda (Tevrat'ın üçüncü kitabı Levitique'de olduğu gibi) kısasa kısas, göze göz, dişe diş (talio esto) yanı sıra, tarafların aralarında anlaşmaları koşuluyla (fractum) sakatlanan organ yerine yasayla belirlenen bir "diyet" istenmesi kuralı konulmuştur. Cermen ve Frank hukuklarında da "para vererek uzlaşma" yolu önce isteğe bırakılıp, daha sonra zorunlu kılınmış, kesin kurallar konulmuştur. İslam Hukuku'nda kısas ve diyet birlikte görülür. Kasıtlı eylemler ile beden bütünlüğünün bozulması ya da öldürme durumunda "kısas" uygulanır iken daha sonra kısasın yerini "diyet" almıştır. Diyet ödenmezse, kısas zorunlu tutulmuştur. Diyet ödenemiyorsa ve buna karşılık kısas da olanaksız ise, ölenin akrabalarına veya yaralanan kişinin kendisine bir "**can borcu**" olacağı kabul edilmiştir. Bu borç yerine getirilirken, diyet ödeyemeyenin "hizmet ederek" borcunu ödediği bilinmektedir.

Yukarda da belirttiğimiz gibi, **diyet**, "mal olarak" verilen bir "**bedel**"dir. Kuşkusuz her tazminat gibi, "**can borcu**"nun da parasal bir değerlendirmesi yapılacak ve hesaplanan bedel "tazminat" olarak ödenecektir. Tarihsel gelişim içinde dikkati çeken husus, "**can borcu**" söz konusu olduğunda bunun **kesinlikle ödenmesi** gerektiğidir.⁶

Bu tarihsel gelişim gözardı edilemez ve çağımızda bunun gerisine düşülemez. Aksi takdirde toplumun tepkisi ile karşılaşılır ve hukuka olan güven sarsılır. Bu nedenle, ölenin yakınlarına **kesinlikle bir tazminat ödenmelidir**.

Ancak ne var ki, kaynağını Roma Hukukundan alan ve sanayinin gelişmesiyle anamalcı bir anlayışla biçimlendirilen Avrupa Hukukuna ve hemen hemen tüm anamalcı ülkelerin hukukçularına egemen olan bazı görüşler, haksız ölüm ve öldürmenin yakınlar için başlı başına bir tazminat isteme nedeni olmayacağı; ölüm yüzünden "malvarlıklarında" bir eksilme olmamışsa, ölenin bakım gücü ve yakınlarının bakım ihtiyaçları yoksa tazminat isteyemeyecekleri yönünde olup, bu anlayışla, insanın doğası, insanın insana gereksinimi ve birbirine yakın kişilerin dayanışması biçimindeki **yaşam gerçekleri** gözardı edilerek, ilk çağların "diyet"inin de gerisine düşülmüştür. Bu tür görüşleri, uygarlık tarihi içinde bir gerileme, çağımızda özenle korunmak istenen "**insan hakları**" ve en yüce hak olan "**yaşama hakkı**" kavramlarına aykırı buluyoruz.

Nedense, insanın yüzyıllardır değişmeyen doğal yapısını ve yaşam gerçeklerini gözardı eden kimi hukukçular, "can bedeli-can zararı" nitelemesini kabul etmemekte; bir kimsenin yakınıni yitirmesini bir "mal zararı" olarak görüp öyle değerlendirmeyi uygun bulmaktadırlar. Oysa, ölüm nedeniyle istenen maddi ve manevi tazminat, bir bütün halinde ele alındığında bunun bir "**can zararı**" olduğu, "mal zararı" olarak değerlendirilmesinin bir hesaplama zorunluluğundan kaynaklandığı; "mal zararı" olarak nitelenmesi durumunda dahi

⁶ Adalet Tarihi, Marcel Rousset, Çev.Adnan Cemgil, Remzi Kitabevi, 1963) - Sumer, Babil, Asur Kanunları, Prof.Dr.Mebrure Tosun-Doç.Dr.Kadriye Yalvaç, Türk Tarih Kurumu Yayını,1975) - Prof.Dr.Andreas B. Schwarz, Roma Hukuku, 1963; Prof.Dr.Türkan Rado,Roma Borçlar Hukuku, 1980; Salvatore Di Marzo,Roma Hukuku,1954, Çev.Prof.Dr.Ziya Umur)- - İslam Hukuku'nda diyetin ölçüsü "deve" idi; çünkü deve ticaret kervanına katılarak "irat" getiriyordu. Erkeğin bilinen kural diyeti 100 adet deve idi. Adam öldürmenin diyeti 100 deveydi. (Turabi Tural, Tazminat ve Hesaplanması,1999 sf.7-9) – Günümüzde az da olsa diyet benzeri uygulamalara rastlanmaktadır. Örneğin, İngiliz Hukukunda bazı durumlarda ve özellikle küçük yaşta öldürülen çocukların anne ve babalarına önceden belirlenmiş bir miktar üzerinden (10.000 Sterlin) tazminat ödenmektedir. (K.Emre Gökyayla, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı,2004,sf.36) – İtalya'daki biyolojik zarar uygulamasının da az çok diyetle bir benzerliği olduğu söylenebilir. (Levent Akın, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, 2001,sf.263)

gerçekte yitirilenin ölenin maddi ve manevi “varlığı” ve yakınlarına “beden ve beyin gücü” ile sağladığı desteklik olduğu; ölenen bir miras (taşınır-taşınmaz mal, şirket, işletme, işyeri vb.) kalmış olsa bile bu malvarlığı değerini üreten kişinin “beden ve beyin” gücünden yoksun kaldığı; yoksun kalan kişiler varlıklı olsalar dahi, ölenin gerek yardım ve hizmet ederek, gerek parasal olanaklarını artırarak onlara “beden ve beyin” gücüyle sağladığı destekliğin ölümle son bulduğu gerçekleri bilinmeli, görülmelidir.

Öldürülen kişinin yakınlarının tazminat isteme hakları, bilindiği gibi, maddi ve manevi olmak üzere iki tür olup, uygulamada her ikisinde de sorunlar yaşanmaktadır. Destekten yoksun kalma olarak adlandırılan maddi tazminatın katı, dar, sınırlı koşulları, hesaplama yöntemlerindeki ve hukuksal değerlendirmelerdeki belirsizlikler; manevi tazminatın ortak ve kesin bir ölçüsünün bulunamaması uygulamadaki sorunların en başında gelmektedir.

Yargıdaki ve uygulamadaki sorunların aşılabilmesi için, bu konuda kitap ve özellikle bilimsel makale yazan hukukçuların, yabancı hukukçulardan ve birbirlerinden alıntılarla yetinmeyip, kalıplaşmış yorumları ve tekerleme gibi ezberlenmiş tanımları bir yana bırakarak, ülke ve yaşam gerçeklerini, içinde yaşadığımız toplumun zaman içinde değişen yapısını ve özellikle yargıya yansıyan çok sayıda somut olayları inceleyerek kapsamlı bir **araştırma** evresinden sonra, yoğun tartışmalar yaparak ortak çözüm arayışlarına girmeleri gerekir.

Yargıdaki uygulamalarda da, öldürülen kişinin yakınlarının tazminat isteme hakları konusunda maddi ve manevi tazminat ayrımı yapılmamalı; her iki tazminat türü bir bütün halinde ele alınıp, biri ötekini tamamlar biçimde bir değerlendirme ile sonuca varılmalıdır.

Böylece, maddi tazminatın dar kalıpları içinde sıkışıp kalmış, katı ve biçimsel kurallar yüzünden bazı durumlarda yeteri kadar hesaplanamayan maddi tazminatın eksikleri, yargıç tarafından adaletli bir biçimde belirlenecek manevi tazminatla tamamlanmış olacaktır. Ölüm ve yaralanma nedeniyle açılan davalarda, çoğu kez maddi ve manevi tazminat birlikte istendiğine göre, yargıç, kusur ve sorumluluğun ağırlığına ya da hafifliğine, ölen ile davacılar arasındaki ilişkilerin özelliklerine, uğranılan zararın (yoksunluğun) derecesine, tazminat hesabı ile ortaya çıkan maddi tazminatın hakça ve yeterli olup olmadığına bakarak, manevi tazminat tutarını belirlemelidir.⁷

Manevi tazminatın ölçüsü ve ne miktarda hükmedilmesi gerektiği konusunda süregelen belirsizliğe mutlaka bir çözüm bulunmalı; bu arayış sırasında yukarıda açıkladığımız tarihsel gelişim ve insanın doğası asla gözardı edilmemelidir. İnsan, ilk çağdan beri değişmeyen ve değişmesi olanaksız doğal yapısıyla, haksız eylemi işleyenlerin (öldüren veya yaralayan, ölümden ve bedensel zarardan sorumlu olan kişilerin) **cezalandırılmalarını** istemekte, maddi zararının yanı sıra, acı ve üzüntüsünü, öfkesini, “**öç alma duygusunu**” yatıştırarak miktarda manevi tazminat ödetilmesini istemekte, beklemektedir. İnsanın değişmeyen bu doğal yapısı dikkate alınarak, **manevi tazminatın miktarı belirlenirken**, zarar vereni “**cezalandırma işlevi**” ile “**acıyı, üzüntüyü, öfkeyi ve öç alma duygusunu**” yatıştırıcı işlevi gözardı edilmemelidir.

Manevi tazminatın **cezalandırıcı** ve **önleyici** bir niteliği bulunduğu, bir anlamda “**özel hukuk cezası**” olup, devlet yararına değil, mağdur yararına bir cezalandırmanın söz konusu olduğu⁸ görüşünün uygulamada sağladığı bir kolaylık vardır ki, o da, acı ve üzüntüyü

⁷ Manevi tazminatın işlevi konusunda bkz: Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Kazanç Kavramı adlı kitabımızın “Manevi Tazminatın Ölçüsü” başlıklı bölümü, Legal Yayını, 2006, sf.49-76 – Ayrıca “6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre Tazminat ve Alacak Davaları” adlı kitabımız, Bilge Yayınevi, 2012., sf. 42-49

⁸ Roma Hukukunda haksız fiil (delictum) sonucu zarar gören kişi, zararın tazminini değil, failin cezalandırılmasını isteyebiliyordu. Bu ceza (poena) genellikle bir para cezası idi. Ceza olarak ödenen para, her ne kadar zararı giderme karşılığı sayılmamakta ve suçluyu cezalandırma olarak nitelenmekte ise de, devlete değil de, doğrudan doğruya zarar görene ödendiği için, sonuçta onun zararı giderilmiş oluyordu. (Prof.Dr.Türkân Rado, Roma Hukuku, 1980, sayfa: 180-181)

ölçmek olanaksız iken, kusurun ve sorumluluğun ölçülebilmesidir.⁹ Unutulmasın ki, tehlike sorumluluklarında (kusursuz sorumluluklarda) bile, tazminat belirlenirken bir kusur (sorumluluk) derecesi saptanmaktadır.

İlerde manevi tazminatın ölçüsü konusunu ayrı bir bölümde ele alacağız.

3- Makine-insan anlayışı sona erdirilmelidir

İnsanları gelir (rant) sağlayan bir “makine” olarak gören anlayış, ilk çağdaki kişisel ölç ve kıyas’ın yerini alan “diyet”in çok gerisinde çağımıza yakışmayan bir uygulamadır. Çünkü ilk çağın “diyet”inde haksız eylemden zarar gören kişi, kazanç getiriyor olmasa bile, ona “insan” olarak bir değer biçilmekte; eksilen, sakatlanan her bir organın (önceden belirlenmiş) bir bedeli, bir “eder”i bulunmakta idi. Kişiler, zengin-yoksul, çalışan-çalışmayan, yaşlı-çocuk ayrımı yapılmaksızın ve toplum içindeki yerleri ve konumları ne olursa olsun “eşit” değerlendiriliyordu. Şu farkla ki, yurttaş ile kölenin değeri aynı değildi; köle pazarda kaçta alınıp satılıyorsa, eksilen organın “eder”i ona göre belirleniyordu. Bazı toplumlarda da kadının değeri erkeğin değerinden daha azdı. Bu iki ayrık durum dışında, diyetin ölçüsü yiten “can” ile “eksilen organ”ın önceden belirlenmiş “eder”i idi. Diyetin gerisindeki bugünkü “malvarlığı ve kazanç eksilmesi” ölçüsüne bağlı “tazminat” anlayışının bir türlü aşılamamış olması düşündürücü değil midir?

İş kazalarına ilişkin işgöremezlik çizelgeleri (maluliyet baremleri), yalnızca çalışan kimseyi, yani “**makine-adamı**” göz önünde tutmaktadır. 22.06.1972 gün 14223 sayılı RG’de yayınlanarak yürürlüğe konulan ve uzun yıllardan beri uygulanmak olan Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğünde ve 5510 sayılı Yasaya bağlı olarak 11.10.2008 gün 27021 sayılı RG’de yayınlanan Çalışma ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğinde az çok birbirinin benzeri düzenlemelerle, beden gücü kaybına uğrayan işçinin yaşına, zarar gören organına, yaptığı işe, meslek grubuna göre işgöremezlik (sakatlık) oranları belirlenmekte; işçinin kaza tarihindeki ücreti, prim ödeme gün sayısı ve kıdemi bağlanacak gelirin miktarını etkilemekte; SSK.tarafından gelir bağlanmasından sonra geriye (kazanç düzeyine göre) bir zarar tutarı kalmışsa, işverenden istenebilmektedir. İşçinin kazancı yüksek değilse, örneğin asgari ücret düzeyinde ise, işverene karşı veya başka kişilere karşı açılan davalarda hesaplanan maddi tazminat tutarı, kimi zaman sigorta gelirlerinin peşin değerini aşmadığından dava ret ile sonuçlanabilmektedir.

Eğer işçide organ yitimi veya organ zayıflaması biçiminde bir durum söz konusu olmayıp, yüzde veya bedende kalıcı izler oluşmuşsa, buna “meslekte kazanma” gücü kaybı oranı verilmemektedir. Çünkü, yukarıda belirtilen tüzük ve yönetmelik hükümlerinde buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun anlamı şudur ki, makine adamın boyaları dökülmüş, demirleri paslanmış olmasına karşın, makine çalışır durumda ise, bir zarar olmadığı sonucuna varılmaktadır.

Görselliğin büyük önem taşıdığı günümüzde yüzde veya bedende kalıcı izler ve biçim bozuklukları için sakatlık derecesi verilmemesi büyük bir eksikliklerdir. Oysa 818 sayılı BK.46.maddesinde ve yeni 6098 sayılı TBK.54.maddesinde yer alan “ekonomik geleceğin sarsılması” olgusu estetik zararları da kapsamaktadır. Bu konuda Türk Ceza Kanunu daha duyarlıdır. Önceki 765 sayılı TCK. 456. maddesi 2. fıkrasına göre “çehrede sabit eser” için beş yıl ve 3. fıkraya göre “çehrenin kalıcı değişikliği” için on yıl ağır hapis cezası verilmekte idi. Daha sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK. 87 ve 89 maddelerinde de süresi daha az olmakla birlikte yüzde kalıcı iz ve yüzün sürekli değişikliği için çeşitli hapis cezalarına yer verilmiştir.

Bugün birkaç ayrık durum dışında, yüzde veya bedende kalıcı izler için bir oran belirlenmemekte; maddi tazminat istenmişse ameliyat giderlerinden söz edilmekte, kişinin bu

⁹ Prof.Dr. Ahmet M.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2002, sf.287

tehlikeyi göze alıp alamayacağı veya ameliyatın olumlu sonuç verip veremeyeceği üzerinde durulmamaktadır.¹⁰

Yüzde veya bedende kalıcı izler için maddi tazminat (kazanç kaybı) yolunu açmayan ve bu tür bedensel zararlar için “işgöremezlik oranı” belirlemeyen uygulama da, “**makine-insan**” anlayışının sonucudur. Yukarda de dediğimiz gibi, boyası dökülen ve ötesi berisi paslanmış olan “makine” eğer çalışır durumdaysa ve kazanç elde ediyorsa, bir zarar yok demektir. Oysa, bugün tüm iş alanlarında güzel, bakımlı ve gösterişli insanlar daha kolay iş bulmakta, yaptıkları işlerde daha çok ilgi görmekte ve daha fazla başarı elde etmektedirler. Bu nedenlerle, kalıcı izler ve biçim bozuklukları için (tedavi ve ameliyat giderleri dışında) maddi tazminat verilmemesi, üzerinde durulup düşünülmesi gereken önemli bir konudur. Beden gücü kayıp oranlarına ilişkin işgöremezlik çizelgelerinin çağın gereklerine uygun biçimde yenilenmesi zorunlu olmakla birlikte, mahkemelerce, bu çizelgelere bağlı kalınmayıp, uzman bilirkişi kurulları aracılığı ile yüz ve bedendeki (estetik) bozuklukların kişilerin çalışma yaşamını ve kazançlarını ne ölçüde etkilediği saptanmalı ve buna göre bir sonuca varılmalıdır.

4- Can zararlarında tazminatın ölçüsü ne olmalıdır ?

Tarihsel süreci ve insanın doğal yapısını gözardı edemeyeceğimiz görüşüyle, ölenin yakınlarının veya bedensel zarara uğrayanların kesinlikle bir “**can bedeli**” isteme hakları bulunduğu, öldüren veya yaralayan kişilerin de kesinlikle bir “**bedel**” ödemeleri gerektiği; bunun kalıplaşmış ve çağın gerisinde kalmış bazı hukuk kuramlarıyla, bir takım ekonomik ve sosyal denge hesaplarıyla hiçbir biçimde ortadan kaldırılamayacağı veya hakkaniyet adı altında keyfi indirimlerle azaltılamayacağı kabul olunmalıdır. Bu konuda, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu 55.maddesinde kesin bir ölçü konularak:

"Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar ve tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılmaz" denilmiştir.

Bundan böyle yeni yasanın bu hükmü doğrultusunda kararlar verilmesi gerekeceği gibi, Yargıtay'ın bazı olumlu kararlarıyla bugüne kadar oluşturulan ve geliştirilen hakça çözümler de öğrenilmek ve dikkate alınmak suretiyle, can zararlarının (ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma ve beden gücü kayıplarının) nasıl değerlendirilmesi gerektiği, bir başka anlatımla, can zararlarında tazminatın ölçüsü konusunda, ilerde bağımsız bölümlerinde ayrıntılara girmek üzere, burada özet açıklamalar yapmak istiyoruz:

a) **Ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatında**, bugün artık bakım gücü-bakım ihtiyacı gibi kavramlar geçerli olmayıp, kişilerin (bazı ayırık durumlar dışında) her zaman, her durumda ve her yaşta birbirlerine destek oldukları ve olacakları; destekliğin parasal olmanın ötesinde ve daha çok “yardım ve hizmet” ederek gerçekleştiği; destek hangi yaşta olursa olsun, bir işi ve kazancı bulunmasa bile yakınlarına yardım ve hizmet ederek, bakıp gözeterek, koruyup kollayarak destek olduğu; örneğin, ev kadınının ev hizmetlerini yaparak yaşam boyu eşine ve çocuklarına destek sağladığı, yaşlılık ve emeklilik günlerini yaşayan kişilerin kadın olsun, erkek olsun yaşlılık günlerinde birbirlerine yardım ve hizmet ederek destek oldukları, çocukların da küçük yaşlardan başlayarak anne ve babalarına hizmet ettikleri, ev işlerinde ve başka işlerde çalışarak kendilerine yapılan yetiştirme ve eğitim masraflarının karşılığını ödemiş oldukları;

¹⁰ Oysa, Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 19.09.1980 gün 3979-4046 sayılı kararında denildiği gibi “Her ameliyatta her zaman belli bir oranda ölüm tehlikesi vardır. Hukuk düzeni ödence tutarını azaltmak amacıyla da olsa mağduru ameliyat olmaya ve kendisini ölüm tehlikesine atmaya zorlayamaz. Bu nedenle davacının, ameliyat olmamakla zararı artırıcı bir davranışta bulunduğu gerekçesiyle ödenceden indirim yapılamaz.” (YKD.1982/2-207)

Destekten yoksunlukta yoksun kalınanın, ölen kişinin “bedensel ve düşünsel” etkinliğiyle yarattığı “ekonomik” ve “eylemsel” değer olduğu; bu nedenle, ölen kişiden kalan miras ve benzeri kazanımların destekten yoksun kalma tazminatıyla ilişkilendirilemeyeceği, bu tür kazanımların bakım ihtiyacını karşıladığı ölçüde tazminatın reddedileceği türünden çok eski yıllara ait görüşlerin bugün bir geçerliği kalmadığı;

Daha ayrıntılı bir açıklama ile, ölenin mirası ile miras gelirleri ve malvarlığından kaynaklanan gelirlerin (kira gelirleri, işyeri gelirleri, şirket kâr payları, banka faizleri, değerli kâğıtların getirileri vb) tazminat hesabına katılmayacağı, yani tazminat hesabının ölçüsü olmayacağı, dolayısıyla bunların tazminattan indirimleri gerekmeyeceği; çünkü, yoksun kalınanın ölenin malvarlıkları değil, bunlara desteğin “**bedensel ve düşünsel**” katkısı olduğu, ölümle onun yarattığı “ekonomik” değerden yoksun kaldığı;

Sosyal Güvenlik Kurumu'nca, yeterli miktarda prim ödemiş olmanın karşılığı olarak ölüm dalından eş ve çocuklara bağlanan dul ve yetim aylıkları ile gene ölüm dalından ana ve babaya bağlanan gelirlerin tazminattan indirilmeyeceği; ayrıca gene prim ödenerek yaptırılan ferdi kaza, hayat sigortası gibi can sigortalarından alınan paraların destekten yoksun kalma tazminatından indirilmeyeceği;

Bir Yargıtay kararında denildiği gibi “Hukuka aykırı olarak gerçekleşen zararın, zarar görenin kendi imkanlarıyla giderilmesinin, sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı; aksi görüşün, zarar gören yerine, hukuka aykırı eylemle zarar veren kişinin korunması sonucunu doğuracağı, bunun ise hak ve adalet ölçülerine ters düşeceği”;¹¹ gibi görüşler Yargıtay’ın çeşitli kararlarıyla kabul olunmuş; böylece, sorumluluk hukukundaki yeni gelişmelere koşut kararlarla, destekten yoksun kalma tazminatı, kalıplaşmış malvarlığı zararından uzaklaştırılıp “can zararı” kavramına oldukça yaklaştırılmıştır.

b) **Bedensel zararlarda** da, haksız eylem sonucu beden gücü eksilen kişinin kazançlarında bir azalma olmasa bile aynı kazancı elde ederken sakatlığı oranında daha fazla güç (efor) harcayacak olması tazminat isteminin haklı nedeni kabul olunmuş; böylece kalıplaşmış kazanç kaybı anlayışının yerini “güç kaybı” anlayışı almış; buna “güç kaybı tazminatı” denilmiştir.

Güç kaybı tazminatı anlayışı çerçevesinde, kişilerin bir işleri ve kazançları olmasa bile, örneğin yaşlı ve emekliye ayrılmış kişiler, günlük yaşamlarını sürdürürlerken, ev kadınları ev hizmetlerini yaparlarken sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları nedeniyle tazminat isteme hakları bulunduğu kabul olunmuştur. Bu konuda bir adım daha gidilerek, küçük yaşta sakat bırakılan çocukların günlük yaşamlarını sürdürürlerken, okullarına gidip gelirlerken sakatlıkları oranında zorluk çekecekleri dikkate alınarak, onların tazminatının da buldukları yaştan (olay tarihinden) hesaplanması gerekmektedir.

Yargıtay’ın iş kazalarını inceleyen Özel Dairesi, önceleri pasif dönem zararının hesaplanmayacağı görüşünü benimsemiş iken, bu yanılsından dönerek, “işçi yaşlılık aylığını elde etmek için sakatlığı oranında fazla güç (efor) sarfedeğinden pasif dönem zararının da hesaplanması gerektiği” yönünde kararlar vermeye başlamıştır.

c) **Tazminatın parasal değerlendirmesinde**, ölen desteğin veya bedensel zarara uğrayan kişilerin bir iş ve kazançları varsa, ücret bordroları ve vergi bildirimleri gibi belgelere bağlı kalınmayacak, onların yaptıkları işe göre “**gerçek kazançları**” araştırılacak, bunun için her yola başvurulacaktır. İlgili meslek kuruluşlarından veya işyerlerinden eşdeğer kazançlar

¹¹ Yargıtay 4.HD..19.04.1982 gün E.1982/3059 K.1982/3938 sayılı kararı.

sorulacak, gerektiğinde tanık dinlenecek veya uzman bilirkişi tarafından eldeki verilere göre değerlendirme yapılacaktır.

Ölen desteğin veya bedensel zarara uğrayan kişilerin bir iş ve kazançları yoksa, örneğin, kendi ev hizmetlerini yapan ev kadınları, yaşlılar ve emekliler, çocuklar söz konusu ise, tazminat hesabının ölçüsü **yasal asgari ücretler** olacaktır.

d) **Tazminat hesaplama yöntemleri**, kesinlikle yargıda geçerli ve Yargıtay ilke kararlarıyla belirlenmiş ve benimsenmiş yöntemler olmalıdır. Kurumlar arasında uyum sağlanmadan, sigorta şirketlerinin Hazine Müsteşarlığı genelgesiyle dayattığı formüller, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun kimseye danışmadan ve kurumlar arası uyum sağlamadan hazırlattığı ve uygulamaya koyduğu yaşam tabloları geçerli kabul olunmamalı; yargıda geçerli olmayan ve Yargıtayca benimsenmeyen formüllere göre yapılan tazminat hesapları hükme esas tutulmamalıdır.

Ayrıca, bilinmesi gereken şudur ki, ölüm nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı veya bedensel zararlar nedeniyle güç kaybı tazminatı hesaplanırken, dikkat edilmesi gereken ve önemli olan hesap formülleri değil, doğru yapılmış "**hukuksal değerlendirmeler**"dir. Bu tür değerlendirmeleri yapabilecek olanlar, sigorta şirketleri aracılığı ile Hazine Müsteşarlığı genelgesinde önerilen ve hukuk bilgisi olmayan aktüerler değil, tazminat hukuku alanında uzmanlaşmış hukukçu bilirkişilerdir.

Yeri gelmişken şunu da ekleyelim ki, 6100 sayılı yeni Hukuk Yargılama Yasası'nın 266.maddesi yanlış anlaşılakta, yanlış algılanmaktadır. Kimileri o maddedeki, yargıcın "özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurabileceği" hükmündeki "çözümü hukuk dışında" açıklamasını, hukukçu bilirkişi atanamayacağı biçiminde yorumlamakta iseler de, bu asla doğru değildir. Çünkü, maddenin ikinci cümlesinde "Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz" denilerek, konuya açıklık getirilmiştir. Buna göre, ölüm ve bedensel zararlar nedeniyle tazminat hesaplarını, yargıç, "genel hukuk bilgisiyle" yapamayacağına göre, kesinlikle bir "**uzman**" bilirkişiye başvuracaktır. Bu uzmanın, aynı zamanda bir hukukçu olmasının, bilirkişiliğe engel sayılması mantık dışı olur ve yasakoyucunun yukarda açıklanan maddedeki amacına aykırı düşer.

Şunu da ekleyelim ki, insan zararları apayrı, özel uzmanlığı gerektiren bir konu olup, bu konuda yargıcın genel ve olağan hukuk bilgisiyle sonuca ulaşılması olanaksızdır. Bu konuda seçilecek bilirkişilerin mutlaka "Tazminat ve Sorumluluk Hukuk Uzmanı" olmaları gerekmektedir. Gerek 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Yasası'nda (m.55) ve gerekse 6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası'nda (m.107) insan zararlarına özel bir önem verilmiş; özel maddeler konulmuştur. İnsan yaşamının söz konusu olduğu durumlarda, rasgele kişilere tazminat hesap raporları düzenlenmesinin zararları bugüne kadar görülmüş; özellikle sigorta şirketlerinin direnimi yüzünden pek çok kişi haksızlığa uğratılmıştır. Bu nedenlerle, kurumlar arası ortak bir çalışmayla ülkenin toplum yapısına uygun tablolar düzenleninceye ve ortak yöntemlerde anlaşma sağlanıncaya kadar, bugüne kadar yargıda kimler bilirkişi atanıyorsa ve nasıl bir hesaplama biçimi belirlenmişse, buna aynen devam olunmalıdır.

BİRİNCİ BÖLÜM

DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI (Yoksun Kalınan Nedir, Ne Değildir?)

I- KONUYA GENEL BAKIŞ

1- Öldürülen kişinin yakınlarının tazminat isteme hakları

Haksız ve hukuka aykırı biçimde öldüren ve ölümden sorumlu olan kişilerin devlet (toplum) tarafından cezalandırılmalarının yanı sıra, ölenin **yakınlarının**, öldüren veya ölümden sorumlu olanlardan bir **bedel (tazminat) isteme hakları** bulunduğu, ilk çağlardan beri tüm toplumlarca kabul edilmiş tarihsel bir olgudur. Bu tazminatın ağırlıklı olarak bir “**can bedeli**” niteliği taşıdığı; bilim ve uygarlık bunca gelişmiş olmasına karşın, geçmişte olduğu gibi bugün de, kişiler ister eğitilmiş ister eğitimsiz, ister varlıklı ister yoksul olsunlar, öldürülen veya ölümden sorumlu olanlara bir bedel (tazminat) ödeterek, uğradıkları maddi zararların yanı sıra, insanın doğal yapısından kaynaklanan “öfke, kin, öç alma” duygularını da yatıştırmayı amaçladıkları yadsınamaz bir gerçekliktir.¹²

Ama nedense, insanın yüzyıllardır değişmeyen doğal yapısını ve yaşam gerçeklerini gözardı eden kimi hukukçular, “can bedeli-can zararı” nitelemesini kabul etmemekte; bir kimsenin yakınıni yitirmesini bir “mal zararı” olarak görüp öyle değerlendirmeyi uygun bulmaktadırlar. Oysa, ölüm nedeniyle istenen maddi ve manevi tazminat, bir bütün halinde ele alındığında bunun bir “**can zararı**” olduğu, “mal zararı” olarak değerlendirilmesinin bir hesaplama zorunluluğundan kaynaklandığı; “mal zararı” olarak nitelenmesi durumunda dahi gerçekte yitirilenin ölenin maddi ve manevi “varlığı” ve yakınlarına “beden ve beyin gücü” ile sağladığı desteklik olduğu; ölenin bir miras (taşınır-taşınmaz mal, şirket, işletme, işyeri vb.) kalmış olsa bile bu malvarlığı değerini üreten kişinin “beden ve beyin” gücünden yoksun kalındığı; yoksun kalan kişiler varlıklı olsalar dahi, ölenin gerek yardım ve hizmet ederek, gerek parasal olanaklarını artırarak onlara “beden ve beyin” gücüyle sağladığı destekliğin ölümle son bulduğu gerçekleri bilinmeli, görülmelidir.

Tüm toplum bilimlerinde olduğu gibi, hukukta da tarihsel evrim ve yaşam gerçekleri ile insanın “doğal yapısı” gözardı edilmemek gerekir. Aksi takdirde toplum duyuncunu rahatlatarak, hukuktan ve yargıdan bekleneni gerçekleştirecek doğru bir çözüme ulaşılamaz.

Öldürülen kişinin yakınlarının tazminat isteme hakları, bilindiği gibi, maddi ve manevi olmak üzere iki tür olup, uygulamada her ikisinde de sorunlar yaşanmaktadır. Destekten yoksun kalma olarak adlandırılan maddi tazminatın katı, dar, sınırlı koşulları, hesaplama yöntemlerindeki ve hukuksal değerlendirmelerdeki belirsizlikler; manevi tazminatın ortak ve kesin bir ölçüsünün bulunamaması uygulamadaki sorunların en başında gelmektedir.

Yargıdaki ve uygulamadaki sorunların aşılabilmesi için, bu konuda kitap ve özellikle bilimsel makale yazan hukukçuların, yabancı hukukçulardan ve birbirlerinden alıntılarla yetinmeyip, kalıplaşmış yorumları ve tekerleme gibi ezberlenmiş tanımları bir yana bırakarak, ülke ve yaşam gerçeklerini, içinde yaşadığımız toplumun zaman içinde değişen yapısını ve özellikle yargıya yansayan çok sayıda somut olayları inceleyerek kapsamlı bir **araştırma** evresinden sonra, yoğun tartışmalar yaparak ortak çözüm arayışlarına girmeleri gerekir.

¹² Yukarda “Giriş” bölümünde ilk çağdan bugüne Uygarlık Tarihi boyunca öç almadan diyete kadar ne gibi aşamalardan geçildiğini anlatmıştk. Bakınız: Dip not: 6 ile bağlantılı açıklamalar.

Yargıdaki uygulamalarda da, öldürülen kişinin yakınlarının tazminat isteme hakları konusunda maddi ve manevi tazminat ayrımı yapılmamalı; her iki tazminat türü bir bütün halinde ele alınıp, biri ötekini tamamlar biçimde bir değerlendirme ile sonuca varılmalıdır.

Böylece, maddi tazminatın dar kalıpları içinde sıkışıp kalmış, katı ve biçimsel kurallar yüzünden bazı durumlarda yeteri kadar hesaplanamayan maddi tazminatın eksikleri, yargıç tarafından adaletli bir biçimde belirlenecek manevi tazminatla tamamlanmış olacaktır. Ölüm ve yaralanma nedeniyle açılan davalarda, çoğu kez maddi ve manevi tazminat birlikte istendiğine göre, yargıç, kusur ve sorumluluğun ağırlığına ya da hafifliğine, ölen ile davacılar arasındaki ilişkilerin özelliklerine, uğranılan zararın (yoksunluğun) derecesine, tazminat hesabı ile ortaya çıkan maddi tazminatın hakça ve yeterli olup olmadığına bakarak, manevi tazminat tutarını belirlemelidir.¹³

2- Yaşam gerçekleri ve insanın doğası gözardı edilmemelidir.

a) Yanlış görüşler

Destekten yoksun kalma tazminatı konusunda yazılıp söylenenlerin büyük bir bölümünün uygulamada ve yargıda yeri ve etkinliği bulunmamaktadır. Zaten çoğu uzun yıllar öncesine ait olup, yabancı hukukçuların veya onlardan etkilenen bizim hukukçularımızın, uygulamadan kopuk, yaşam gerçekleriyle bağdaşmayan, hiçbir araştırmaya dayanmayan, birbirinden alıntılarla yinelenip duran, biraz da insafın ölçüsü kaçırılmış görüşleridir.

Bugün bunların yargıda ve Yargıtay kararlarında pek sözü edilmemekte ve etkinliği kalmamış bulunmakta ise de, konunun ayrıntılarını bilmeyen ve henüz tazminat hukukunun inceliklerine erişememiş (yargıç, avukat) kimi uygulayıcıların, bilimsel görüşler oldukları düşüncesiyle etkisinde kalarak yanlışa düşmeleri, düşürülmeleri yüzünden, uygulamada zaman zaman sıkıntılar yaşanmakta, sonuçta doğruya ulaşılmış olsa da davaların gereksiz yere uzamasına neden olunmaktadır.¹⁴

İleri sürülen görüşler arasında öyleleri var ki, bu kadarı da olmaz demekten kendinizi alamıyor; bu ne biçim bir hukuk anlayışıdır diyerek isyan ediyorsunuz. Destekten yoksunluğu, genel zarar kavramına bağlayıp “malvarlığında eksilme” olarak niteledikten sonra, nasıl ve neye göre saptanacağı belirsiz “bakım gücü-bakım ihtiyacı” kavramlarını temel ölçü alan anamalcı (kapitalist) ülkelerin koşullanmış hukukçuları:

"Yakınlarını yitirenler varlıklı iseler ya da ölen destekten (hattâ üçüncü kişiden) bir miras kalmışsa davanın reddedilmesi veya bakım ihtiyaçları giderildiği ölçüde tazminattan indirim yapılması gerekeceğini;

Desteğin ölümüne rağmen, davacı mevcut yaşam seviyesini sürdürecektir güce sahipse davanın reddedileceğini; çünkü, destekten yoksun kalma tazminatının kâr sağlama aracı olmadığını;

Desteğin ölümüyle davacı elde ettiği miras sayesinde, ne derece ihtiyaçtan kurtuluyorsa, o nispette zararının azalacağını; miras gelirleri, destek görenin hayat seviyesini yükseltmişse, herhangi bir zarardan söz edilemeyeceğini;

¹³ Manevi tazminatın işlevi konusunda bkz: Cana Gelen Zararlarda Tazminatın Ölçüsü ve Küzanaç Kavramı adlı kitabımızın “Manevi Tazminatın Ölçüsü” başlıklı bölümü, Legal Yayını, 2006, sf.49-76 – Ayrıca “6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasasına Göre Tazminat ve Alacak Davaları” adlı kitabımız, Bilge Yayınevi, 2012., sf. 42-49

¹⁴ Örneğin, davalı vekillerinin ısrarı ve dayatmasıyla, destekten davacılar kalan miras araştırılmakta, bunun için tapudan kayıtlar getirilmekte; sosyal güvenlik kurumlarının ölüm dalından bağladığı dul ve yetim aylıkları ile ölenin primlerini ödeyerek yaptırdığı hayat ve ferdi kaza sigortalarının tazminattan düşülmeyeceği yasaların açık hükmü olmasına, bu konuda Yargıtay’ın yerleşik ve içtihadı birleştirme kararları bulunmasına karşın bütün bunlar ilgili yerlerden sorulmakta; iş ve zaman kaybına, davaların uzamasına neden olunmaktadır.

Mirasın erken kazanılmasıyla elde edilebilecek gelirlerin haksahiplerini bakım ihtiyaçlarından kurtardığı ölçüde tazminattan indirim yapılması veya davanın tünden reddedilmesi gerektiğini;¹⁵

Giderek, dava devam ederken, davacılar destek dışındaki üçüncü kişilerden bir miras kalmışsa bakım ihtiyaçlarını giderdiği ölçüde zarardan indirim yapılacağını;

Diğer destekler tarafından yapılan yardım, destek görenin bakım ihtiyacını büyük ölçüde ve tamamen kaldırıyorsa, tazminata hükmedilmemesi ya da daha az miktara hükmedilmesi gerektiğini;

Miras gelirleri destek görenin hayat seviyesine uygun olarak yaşamaya devam etmesine imkân veriyorsa, herhangi bir zarardan söz edilemeyeceğini;

Miras bırakanın vakitsiz ölümüyle mirasçı daireyi iktisap edeceğinden, kira gelirlerinin denkleştirilmesi, yani tazminattan indirim yapılması gerektiğini;

Elde edilecek miras menfaatlerinin yüksekliği ölçüsünde bakım ihtiyacı sona ereceğinden, aksine bir çözümün kabulünün, yani tazminata hükmedilmesinin, yasa hükmünün taşıdığı fikir ve ruha (?) aykırı olacağını;

Miras menfaatlerinin yasal bir hak olduğu düşüncesiyle nazara alınmamasının, sosyal anlayış (!) ve adalet ilkeleri (!) bakımından da bir tezat oluşturacağını" savunmaktadırlar.¹⁶

Görüldüğü gibi, akıllamaz bir mantıkla, **zarar görenler değil, haksız eylemi işleyenler ve zarar sorumluları korunup kollanmakta, tazminat ödemekten kurtulmaları sonucunu doğuran bir anlayış sergilenmektedir.** Bütün bunlara karşı, haksızlığın ve insafsızlığın bu derecesi de olmaz demekten kendimizi alamıyoruz. Bu, düpedüz mağdur düşmanlığı değil midir ?

Haksız ve insafsız görüşler bunlarla sınırlı değildir. Nedense dul kalan kadının tazminat hakkı konusundaki görüşler de son derece katı, acımasız ve hukuk adına ürkütücüdür. Bakın bu konuda neler denilmiş:

Dul eş, kendi kazancıyla yaşam seviyesini sürdürebiliyorsa, bakım ihtiyacı şartı gerçekleşmeyeceğinden, tazminata hükmedilememeli imiş. Dul kalan kadın çalışmaya başlamışsa, destek tazminatı işe başladığı tarihe kadar hesaplanmalıymış. Kocasının sağlığında büro işlerinde çalışmakta olan bir kadının çalışmayı sürdürmesi beklenmeliymiş. Çocuğu olduğu halde, çocuğun yaşı ve kendi yetenekleri gereği çalışabilecek dul kadın, yarım

¹⁵ Öleden veya üçüncü kişiden bir miras kalmışsa, destekten yoksun kalanların bakım ihtiyaçları giderildiği ölçüde tazminattan indirim yapılacağına, giderek davanın tünüyle reddedilmesi gerekeceğine ilişkin görüşler için söyleyecek söz bulamıyoruz ve "kara mizah" denilen bir yola başvurmadan kendimizi alamıyoruz. Eh diyoruz, desteğin ölümüyle erken mirasa kavuşan mirasçılar gazetelere ilân verip "murislerini öldürerek kendilerini erken mirasa kavuşturdıkları için" haksız eylemi işleyenlere alenen teşekkür etsinler. Haksız eylem sorumluları da "yükü bir miras bırakarak kendilerini tazminat ödemekten kurtaran" merhuma Tanrıdan rahmet, kalanlara başsağlığı dilesinler. Böyle diyoruz.

¹⁶ Oysa uzun yıllardan beri Yargıtay kararlarına egemen olan görüşler, mirasın ve miras gelirlerinin destekten yoksun kalma tazminatı ile ilişkilendirilmeyeceği, bunların tazminat hesabının kazanç unsuruna katılmayacağı; çünkü ölümle miras ve miras gelirleri davacılar kaldığından bu yönden bir kayıpları olmadığı; yoksun kalmanın miras ve miras gelirleri değil, bunlara murisin "bedeni ve fikri" katkısı olduğu; bu nedenle tazminat hesabının bu "bedeni ve fikri" katkının karşılığı "emsâl ücretler" olması gerektiği; tazminat hesabı böyle yapılırca da mirasın ve miras gelirlerinin tazminattan indirilmeyeceği yönünde olup, bu konuda pek çok karar örnekleri bulunmaktadır. (Birkaç örnek: 4.HD.14.02.2002, E.2001/10851-K.2002/1841 sayılı, 06.12.2001, 11942-12312 sayılı, 29.04.2004, E.2003/16064 - K.2004/5720 sayılı, 28.09.2007,13086-7984 sayılı, 18.09.2008,7836-10517 sayılı vb. kararları. - Özel Daire 12.02.2009 gün E.2008/6610 K.2009/2010 sayılı kararında da "Muristen kalan kira ve diğer miras gelirlerinin destekten yoksun kalma tazminatından düşülmesinin doğru olmadığını; miras ve kira gelirleri katılmaksızın yapılacak hesaplama göre hüküm kurulması gerektiğini" açıklamıştır. Aynı Özel Dairenin daha eskiye ait 05.06.2001 gün 3647-5965 sayılı kararında da "Ölen desteğin ortak olduğu şirketteki payı ölümle davacılar geçeceğinden, bu payın destek kaybı olarak düşünülmesi yanlıştır" denilmiş; desteğin yalnızca bedensel faaliyetinden elde ettiği kazançta göre tazminat hesaplanması istenmiştir.

gün de olsa çalışmalıymış. Dul kadının çalışması zararı azaltma yükümlülüğünün bir gereği imiş. Kadının evlenmeden önce çalışmış olması, bir işte uzmanlığının bulunması, yaşının, çocuk sayısının çalışmaya elverişliliği gibi etkenler nedeniyle çalışmasının beklenmesi, dürüstlük kuralının (!) bir sonucu imiş.”¹⁷

Bütün bu akıllamaz görüşlerin, bilimsellik adına da olsa kitaplara alınmasını doğru bulmuyoruz. Çünkü, kimi zaman bu yanlış, haksız, insafsız görüşler her nasılsa uygulayıcıyı yanıltmakta; yanlış, haksız, adaletsiz kararlar verilmesine neden olmaktadır.¹⁸

Yargıtay’ın son otuz yılda oluşturduğu kararlara baktığımızda yukardaki görüşlerin hemen hiç birine değer verilmediğini, çok seyrek yanıltmalar dışında, kararların büyük çoğunluğunun içinde yaşadığımız toplumun yapısına, halkımızın eğilimlerine ve davranış alışkanlıklarına, ülke ve yaşam gerçeklerine uygun bulunduğunu gözlemliyoruz. Arada yanlış kararlar verilmesi ve yerleşik kararlara ters düşülmesi, daha çok hiç bir araştırma yapmadan alıntılarla yetinen, öteden beri söylenenleri yineleyen ve kendilerini yenilemeyen bilim çevrelerinin eskimiş kitaplarındaki tanımların ve yukarda örnekleri verilen yanlış görüşlerin etkisinde kalınması yüzündendir.¹⁹

Yeri gelmişken belirtelim ki, Yargıtay’ın uzun yıllardan beri baskın görüşleri, mirasın ve miras gelirlerinin destek tazminatı ile ilişkilendirilmeyeceği ve bunların tazminatın kazanç unsuruna da katılmayacağı; tazminatın, yalnızca ölen desteğin malvarlıklarına “bedeni ve fikri” katkısının karşılığı olan “emsâl kazançlar” üzerinden hesaplanması gerektiği yönündedir. Çünkü, ölümlü (taşınır taşınmaz malları, şirket, işletme, çiftlik, şirket kâr payları, banka hesapları vb gibi) miras ve miras gelirleri haksahiplerine kaldığından, onların bu yönden bir kayıpları bulunmamaktadır. **Yoksun kalman yalnızca ölenin beden gücü (bedensel ve düşünsel etkinliği) ile yarattığı ekonomik değerdir.** O halde tazminatın ölçüsü yalnızca ölenin “bedensel ve düşünsel” katkısı olmalıdır.

¹⁷ Dul kalan kadına bunca haksız ve acımasız görüşlerin erkek egemenliğinin ürünü olduğu kuşkusuzdur. Yargıtay kararlarında kadınlar hakkındaki bu kısıtlayıcı görüşlere bugüne kadar rastlamadık. Karı-koca ikisi de çalışıyor olsalar bile, kocanın ölümüyle kadına destek tazminatı verilmektedir. Elimize geçen kararlardan birinde ikisi de tıp doktoru olan eşlerden erkeğin ölümüyle kadının açtığı davada, davalı vekili “davacının doktor ve çok varlıklı olduğunu, bakım ihtiyacı bulunmadığını” ileri sürüp davanın reddini istemiş; yerel mahkeme ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu davalı vekilinin bu savunmasını dikkate almamış; davacı eşin (üstelik mirası da reddetmiş olmasına karşın) destekten yoksun kalma tazminat isteği kabul edilmiştir. (HGK.18.04.2007, E.2007/4-222 K.222)

¹⁸ Avrupalı hukukçuların ve onlardan etkilenen bazı hukukçularımızın bu görüşleri için bkz: Dr.K.Emre Gökyayla, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı,Seçkin,2004, (Miras konusunda sf.195-197, dul kadın konusunda sf.182-183, yazarın görüşleri sf.200-201) - Gaye Burcu Seratlı, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı,Yetkin 2003, (Miras konusunda sf.188-189, dul kadın konusunda sf.193) - Prof.Dr.S.S.Tekinay, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, sf. 169-173 - Prof.Dr.Necip Bilge, Yardımdan Mahrumiyet Sebebiyle Doğan Zararların Tazmini, AD.1944,sf.679-693 - Tekinay ayrıca, davacının elde ettiği miras menfaatlerini atıl halde bırakmakta ve aktif hale getirmemekte ise, zararın artmasına sebep olacağından, bunun BK.44/1'e göre tazminattan indirimi gerektireceğini savunmuştur.

¹⁹ Bu tür görüşlerin uygulamada yol açtığı tartışmaları ve olumsuzlukları da belirtmeliyiz. Şöyle ki: İncelediğimiz somut olayda, trafik kazasında kocasını yitiren ve üç buçuk yaşındaki çocuğuyla dul kalan 26 yaşındaki eş, tazminat davası devam ederken (geçim zorluğu çektiğinden) bir yakınımın yardımıyla Maltepe Belediyesi’nde asgari ücretle işe girip çalışmaya başlamış; bunu öğrenen davalı vekili, “kadın çalışmaya başlamışsa tazminat hesabının işe girdiği güne kadar hesaplanacağına” ilişkin açıklamaların yer aldığı “bilimsel” kitaplardan çektiği fotokopileri dilekçesine ekleyerek, tazminat hesabının buna göre yapılmasını istemiş; üç saygın hukukçunun kitabında yer alan bu açıklamalar karşısında mahkemenin yargıcı, bilirkişiden ek rapor istemek durumunda kalmış; bu konuda uzayan tartışmalar ve duraksamalar yüzünden dava gereksiz yere uzamış; yargıç, sonunda aklını, mantığını ve vicdanını kullanarak davalı vekilinin isteğini reddetmiştir. (Kadıköy 1.Asliye Hukuk Mahkemesi dosyası)

Miras ve miras gelirleri konusunda Şu söylenenler en doğrusudur:

"Mirasçılık kanundan doğan bir haktır. Bu nedenle, mirasçının kanun gereği nasıl olsa bir gün iktisap edeceği mirası "yarar" saymak mümkün değildir. Kaldı ki, zarar verenin haksız ve hukuka aykırı olarak ldrdği bir kimsenin servetinden denkleştirme yoluyla yararlanması, hukuk duygusunu incitecek niteliktedir. Diğer taraftan, mirasçılık, zarar verici olayın sonucu değil, ölüm olayının bir sonucudur. Kanun, mirasın miras bırakanın ölümüyle açılacağını öngörmüştür. Bu nedenle zarar veren Kanunda ngrlen bu hükme dayanamaz. Ayrıca, mirasçı kavramı ile desteklenen (yardım gören) kavramları da birbiriyle eş kavramlar değildir. Desteklenen kişinin mutlaka mirasçı olması Şart değildir. Nihayet, sorumlunun zarar verici öldürme olayı, miras bırakan desteğin, daha önce ölümüne sebep olmakla, onun malvarlığının ve dolayısıyla terekesinin artma olasılığını da önlemiş bulunmaktadır. Destek, zarar verici olay sonucu lmeseydi belki daha uzun yıllar yaşayacak ve miras mallarını arttıracaktı. Erken lm sonucu bu imkân nlenmiŐtir."²⁰

b) Yaşam gerçekleri

Kişilerin, hangi yaşta olurlarsa olsunlar, bir kazançları ve malvarlıkları bulunmasa da, beden güçleriyle, her zaman ve her durumda birbirlerine **yardım ve hizmet ederek** destek oldukları bir "**yaşam gerçeği**"dir. Hukuk, toplumbilim kurallarına ve özellikle uygulandığı ülke halkının gelenek, görenek ve inançlarına göre biimlenmek zorundadır. Aksi takdirde, toplumdan ayrı düşer, işe yaramayan soyut bir kavram olur.

Birlikte yaşayan ve birbirine yakın kişiler arasında, yaşamları boyunca, sürekli dayanışma, yardımlaşma, koruyup kollama bir yaşam gerçeğidir. Varsıl veya yoksul, büyük küçük tüm yakınlar arasında ister aynı çatı altında yaŐıyor olsunlar, ister ayrı yerlerde bulunsunlar, dayanışma, yardımlaşma, gelirlerini ve olanaklarını paylaŐma, türlü gereksinimlerini karşılama, birbirlerinin yaşamlarını kolaylaŐtırma hep vardır. Destek kavramının öncelikle bu toplumsal olgu çerçevesinde değerlendirilmesi ve böyle algılanması gerekmektedir.

Gene bir yaşam gerçeği olarak desteklik, parasal olabileceği gibi, **yardım ve hizmet** ederek, bakıp gözetererek, yiyecek, elbise, mesken sağlayarak, eğitim masraflarını karşılayarak, öğüt vererek, yol göstererek, bilgi ve deneyimlerinden yararlandırarak da olabilmektedir. Bu nedenle, "**bedensel ve düşünsel**" varlığıyla yakınlarına yardım eden kişi "**destek**" olarak ve ölenin "**bedensel ve düşünsel**" yardımını yitiren kişiler de **destekten yoksun kalanlar** olarak kavranmalı ve tanımlanmalıdır.

Bu **yaşam gerçekleri** Yargıtay'ın çoğu kararlarında kabul edilmiş, benimsenmiştir. Ancak ne var ki, gerek bilim çevreleri ve gerekse kimi uygulayıcılar bu kararların farkında olmadıkları için, geçmişin kalıplaşmış kavramlarına saplanıp kalmışlardır. Yargıtay, bu konuda son derece gerçekçi ve toplum kurallarına saygılıdır.

Bir kararda "Anne ve babanın ihtiyaçları olmasa bile, evlâdın her türlü hastalık ve sıkıntılarında onların yardımına koŐması, bayram günlerinde ziyaret etmesi ve evde ailesine yardımcı olması maddi desteklik kapsamında kabul edilmelidir" denilmiş;²¹

²⁰ Prof.Dr.F. Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.bası, 1998 , sf.729-730 - H.Tandoğan, Türk Mesuliyet Hukuku, 1961,sf.271 – Bu görüşler, Sosyal Güvenlik Kurumlarının lm sigortasından bağladığı dul ve yetim aylıklarının tazminattan indirilmeyeceğine ilişkin 06.03.1978 gün 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile de uyumludur. Orada da "Haksız eylem sonucu ölen kişi, yaşamı süresince çalışmış ve maaşından düzenli olarak belirli bir miktar para kesilerek sandığa yatırılmıştır. Zarar verenin bu paradan yararlanması söz konusu olamaz. O halde zarar veren, verdiği zararın tamamını açılan davada ödemelidir" denilmiştir.

²¹ Yarg. 19.HD. 06.10.1992, 2629-473 (YKD.1993/2-249)

Bir başka kararda da “**Geçim sıkıntısı olmayan bir kimsenin, bir yakını kaybetmesinden dolayı destekten yoksun kalma tazminatı isteyemeyeceğinin kabulü, Borçlar Kanunu’nun 45’inci maddesi 2’nci fıkrası hükmünün amacına aykırı düşer**” denilerek, özellikle “zarar” tanımını “malvarlığında eksilme” olarak sınırlayan ve destek ile destekten yoksun kalmayı “bakım gücü-bakım ihtiyacı” türünden belirsiz, görece, katı ve anamalcı kavramlarla açıklamaya ve sınırlamaya çalışan görüşlere karşı çıkmıştır.²²

Bize göre, (akıl hastalığı ve başkasının sürekli bakımını gerektirecek derecede sakatlık gibi) çok ayırık durumlar dışında, aynı çatı altında yaşayan veya ayrı yerde olsalar aile bireyi olan kişilerin (parasal güçleri olmasa bile) **bedensel ve düşünsel güçleriyle birbirlerine yardım ve hizmet** yoluyla destekliklerinin ve dayanışmalarının bir yaşam gerçeği olduğu; bu yoldan birbirlerinin yaşamlarının kolaylaştırdıkları; haksız ve hukuka aykırı ölüm sonucu bu yardım ve dayanışmadan yoksun kalınmasının başlı başına maddi tazminat (destekten yoksun kalma tazminatı) isteğinin haklı bir gerekçesi olduğu kabul olunmalıdır. Bu, insanca, hakça bir çözüm olacak; yargıya olan güven artacak, toplumun duyuncu rahatlayacaktır.

Yargıtay’ın son otuz yılda oluşan ve gelişen kararlarına bakıldığında “**yardım ve hizmet**” ederek destekliğin kalıcı bir biçimde benimsendiği, parasal destekliğin ayırık bir duruma dönüştüğü; bakım gücü-bakım ihtiyacı gibi görece ve kesinliği bulunmayan ya da malvarlığında azalma-çoğalma türünden katı anamalcı anlayışı yansıtan görüşlere artık yer verilmediği, bazı sapmalar dışında insanın değeri kavramına yakışır bir anlayışın yerleşmekte olduğu görülecektir. İlerde bu kararlardan genişçe söz edeceğiz ve örnekler vereceğiz.

3- Ülkemizin toplum yapısı ve yaşam biçimleri

Bir hukuk sistemi, kaynağı ne olursa olsun, uygulandığı ülkenin toplumsal ve ekonomik koşullarına göre biçimlendirilmek ve yasa hükümleri o doğrultuda yorumlanmak gerekir. Yasanın başka bir ülkeden alınmış olması, o ülkenin yaşam koşullarına, ekonomik ve toplumsal yapısına göre yapılan yorumları benimsemeyi gerektirmez. O ülkenin hukukçuları gibi düşünmek, onların düşüncelerini ve kuramlarını hiçbir araştırma yapmadan öylece benimsemek doğru değildir. Ülkemizin toplum yapısını incelemek, bilmek, halkın eğilimlerini iyi kavramak gerekir. Ancak ondan sonradır ki, ülke gerçeklerine uygun bir değerlendirme ile hakça bir sonuca ulaşılabilir.

Kişilerin birbirlerine destekliği konusunda, ülkemizin toplum yapısını inceleyerek vardığımız sonuçlar şunlardır:

Özellikle vurgulayalım ki, hiçbir dilde bizdeki kadar akraba adı yoktur. Örneğin, başka dillerde amca ve dayı, hala ve teyze tek sözcükle adlandırılırken, bizde adlandırmalar çok ve çeşitlidir. Elti, yenge, gelin, görümce, kaynana, kayınbaba, baldız, kayınço, ini, ede, emmi, bibi, dünür gibi bir yığın adlandırılmaların yanı sıra, bir de akraba olmayanların dayanışmasına ilişkin kirve, karındaş, kankardeşi, ahiretlik, can yoldaşı gibi yakınlıklar da vardır. Çağdaş aile, modern aile, küçülen aile eğilimlerine karşın, **ülkemizde akraba ve dost dayanışması olanca sıcaklığıyla süregelmektedir.** Bu toplumsal yapı, doğal olarak parasal destekliğin ötesinde ve daha sıklıkla “**yardım ve hizmet ederek**” destekliği öne çıkarmakta;

²² Yarg. 11.HD. 06.12.1974, 3301-3477 (YKD.1976/3-346) – Bir başka kararda da: “ Ana ve babanın ihtiyaçları olmasa dahi, evladın onlara yardım etmesi, yaşamın alışılmış gereklerine göre doğal ve ahlaki bir ödevdir. Bu yardımın mutlaka geçimlerini sağlamaya yönelik olması da gerekmez. Yoksun kalınan yardım miktarının belirlenmesinde, davacıların yalnız içinde buldukları hayat standardına göre değil, yardım yapacak olanın kazancının artması ve ödeme olanağının fazlalaşması unsurları da dikkate alınmalıdır” denilmiştir. (11.HD.18.05.1974, 1820-1686, YKD.1975/12-53)-Aynı konuda 4.HD.29.11.2007, E.2007/13191-K.2007/15103 ve 01.04.2003, E.2002/13497-K.2003/3904 sayılı, HGK.12.12.1989, E.1989/11-1233 - K.1989/2757 ve 17.10.1973, E.1973/899 - K.1973/798 sayılı, 11.HD.11.10.2005, E.2004/10735 - K.2005/9566 sayılı, 19.HD. 22.12.1995,E.1995/7680-K.1995/11614 sayılı, 4.HD.20.03.1986, E.1986/1585-K.1986/2553 sayılı kararları,

destekten yoksunluğun ölçüsü, özellikle kişilerin “bedensel varlıklarıyla” birbirlerine **yardımlı ve dayanışması** olmaktadır.²³

Ülkemizin çoğu yörelerindeki komşuluk ilişkileri de, her ne kadar ve kural olarak destek tazminatının konusu olamazsa da, komşular arası yardımlaşma ve dayanışmanın sıklığı, dostluk ve arkadaşlıkların sıcaklığı ve içtenliği, destek tazminatı konusunda yapılacak yorum ve değerlendirmelere kaynaklık edecek nitelikler taşımaktadır. Bugün kalabalıklaşan kentlerde kişilerin en büyük özlemleri geçmişteki komşuluk ilişkileri olduğu içindir ki, bu konuda çekilmiş filimler, yayınlanmakta olan televizyon dizileri büyük ilgi görmektedir.

Bütün bunlara bakarak diyebiliriz ki, ülkemiz koşullarında ve toplum yapısına uygun bir biçimde destekliğin ve destekten yoksunluğun değerlendirilmesi, halkın yargıya olan güvenini güçlendirmek ve duyuncunu (vicdanını) rahatlatmak için gerekli ve zorunludur.

II- ÖLÜMÜN YOLAÇTIĞI ZARAR KAVRAMI

1- Genel olarak zarar kavramı (Yerleşik görüş)

Yerleşik görüşe göre, ölenin yakınlarının “zararı” ne tür bir zarardır ? Bunu açıklığa kavuşturabilmek için önce “zarar” kavramı üzerinde durmamız gerekmektedir.

Öğretide yapılan tanımlara göre, genel anlamda **zarar**, bir olayın, bir eylemin ya da bir durumun yol açtığı kötü sonuç ya da çıkar yitimidir; can veya mal varlığının eksilmesi veya yokolmasıdır.

Ancak ne var ki, genel anlamda zarar kavramının bu geniş ve kapsamlı tanımı, Borçlar Yasası'nın ölüm ve bedensel zararlara ilişkin hükümleri yönünden dar yorumlanmış; “**can**” zararı olarak değil, “**mal**” zararı olarak değerlendirilmiş; böylece insanın yaşama hakkı ve insanın değeri kavramı gözardı edilmiştir. Genel kabule göre “**zarar**, bir kimsenin malvarlığında istenci dışında meydana gelen azalmadır. Malvarlığının, zarar verici eylem olmasa idi, alacağı durum ile eylem sonucu aldığı durum arasındaki farktır. Zarar, malvarlığının aktifinin azalmasından, yoksun kalınan kazançtan veya pasifinin artmasından ileri gelebilir.”²⁴

Bu tanıma göre, ölüm ve yaralanmanın yol açtığı “**zarar**”dan anlaşılması gereken “**malvarlığı eksilmesi**”dir. İnsanın sırf “insan” olarak canına gelen zararlar “**can zararı**” olarak değil, “**malvarlığı zararı**” olarak ele alınmış, uzun yıllar boyunca öyle değerlendirilmiştir. Ancak, ilerde açıklanacağı üzere, “malvarlığı” kavramı ile “can zararı-mal zararı” ayırımındaki (hesaplamanın zorunlu kıldığı) “**mal zararı**” kavramı birbiriyle karıştırılmamalıdır.

2- Ölümün yolaçtığı zarar nedir ve kimlerin zararlıdır ?

Haksız eylem veya hukuka aykırı bir olay sonucu ölümden kim veya kimler zarar görür, bu zarar ne tür bir zarardır ?

²³ Feyza Hepçilingirler, Türkçe Günlükleri, Cumhuriyet Kitap Eki, 09.04.2009

²⁴ Prof. Dr. Salâhattin Sulhi Tekinay, Borçlar Hukuku, 1979, sf. 455-456 - Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman/Prof. Dr. M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2000, sf. 497 - Prof. Dr. Kenan Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, 1976, C. I., sf. 446-447 - Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1998, C. I., sf. 488-495 - Prof. Dr. Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2002, sf. 190-193 - Prof. Dr. Haluk Tandoğan, Mesuliyet Hukuku, sf. 63 - Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 1993, sf. 548-566 - Andreas von Tuhr, Borçlar Hukuku, sf. 76'da: “Zarar mamelekin bir azalmasıdır. Şahsi menfaatlere tecavüz, mameleke tesir etmedikçe, kanuni manada bir zarar değildir; bazı hallerde bu sebeple ödenen para bir tazminat teşkil etmez, bu, manevi bir tatmin ve telafidir.” açıklaması yapıldıktan sonra, sf. 77'de “Zarar, zarara uğrayanın halen mevcut mameleki ile zararlı hadise vaki olmasaydı bu mamelekin bulunacağı hal arasındaki farktan ibarettir. Bundan dolayıdır ki ekseriya zarara “mali zarar” veya daha kısaca “zarar görenin zararı” denir.” tanımlaması yapılmıştır. (Yargıtay Yayını, 1983, Çev. Cevat Edege) - Borçlar Kanunu Tasarısı'nın ilk şeklinde yer alan 50. madde 3.fıkra da yeni bir “zarar” tanımını yapılarak “Hayata, bedensel ya da ruhsal bütünlüğe ve diğer kişisel değerlere yönelik fiillerin, malvarlığında yol açtığı eksilmeler de, maddi zarardır” denilmiş iken, son düzenlemede tüm tanımlar gibi bu tanım da Tasarı'dan çıkarılmıştır.

Bu konuda yapılan tanımlar ile ileri sürülen görüşler birbiriyle çelişmekte; ortaya mantık süzgecine takılan bir tablo çıkmaktadır. Özellikle, **ölümün yolaçtığı zarar, ölenin değil, destekten yoksun kalanların zararıdır**, denildikten sonra, destekten yoksun kalma zararının “yansıma zarar” olarak nitelendirilmesi anlaşılır gibi değildir. Oysa, zarar, sağılar arası bir olgudur. **Ölenin/öldürülenin yaşamı artık sona ermiştir; onun zarara uğradığından söz etmek doğa yasalarına aykırıdır**; çünkü malvarlığı üzerinde tasarrufu ölümle sona ermiştir. Artık ölen kişi bir etkinlikte bulunamayacağına, bir işlem ve eylemi gerçekleştiremeyeceğine göre, malvarlığı üzerinde tasarrufta bulunması, onu eksiltmesi veya artırması söz konusu olamaz.

Zararı, hem destekten yoksun kalan kişilerin “malvarlığının eksilmesi” olarak tanımlayacaksınız, hem de ölenin zararından söz edeceksiniz. Oysa, **ölümle, ölen bir zarara uğramamış, malvarlığı eksilmemiş, yalnızca bu dünyadaki varlığı sona ermiştir**. Ölenin malvarlığı, mirası (ki varsa) yerinde durmaktadır, eksilmemiştir. Eğer eksilecek veya ortadan kalkacaksa, bunu mirasçılar gerçekleştireceklerdir.

Bu nedenlerle, öğretide bir kısım hukukçuların, ölümü, ölenin “doğrudan zarara uğraması” olarak niteleyen ve ölenin yardım ve desteğinden yoksun kalanların zararını “yansıma zarar” olarak tanımlayan görüşlerine şiddetle karşı çıkıyoruz. Bunun hem çağdaş mantığa aykırı olduğunu, hem de gerçek anlamda “yansıma zarar” kavramı ile karıştırıldığını, yargıda bir takım anlaşmazlıklara ve duraksamalara neden olduğunu, gözlemlerimize dayanarak söylüyoruz.

Şunu da ekleyelim ki, üretim-tüketim ilişkileri ve yaşam gereksinimleri içinde yer alan **her türlü ekonomik çıkarlarda, kişilerin bir nesneden (eşyadan, aygıttan) yararlanmaları ile yakını oldukları kişilerden yararlanmaları arasında nitelikçe bir fark yoktur**. Bu bağlamda, bir kimsenin eşyasına, evine, arabasına verilen zarar nasıl ki “yansıma zarar” değil, “doğrudan zarar”sa, aynı biçimde “ekonomik” anlamda bir eşyadan yararlanıldığı gibi, maddi destekliğinden, beden ve beyin gücünden, **yardım ve hizmetinden yararlanan insanın yitirilmesi** de “yansıma zarar” değil, “doğrudan zarar” olarak nitelenmek gerekir. Kısaca şöyle de diyebiliriz: **Yararlanan eşyanın yitirilmesi ile yararlanan kişinin yitirilmesi arasında “ekonomik” yönden bir fark olamaz; her ikisi de “dolaylı-yansıma” değil, “doğrudan zarar”dır**.

Bir başka çelişki de, destekten yoksun kalma tazminatına ilişkin ortak ve herkesçe benimsenmiş tanıma aykırı yorumlarda ortaya çıkmaktadır. İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda destekten yoksun kalma tazminatının (ölenden) bağımsız niteliği şöyle tanımlanmakta:

“Destekten yoksun kalma tazminatı, doğrudan doğruya hayatta kalanların kişiliklerinde doğan bir haktır; bu hak onlara öleden geçmiş değildir. Çünkü, ölenin, haksız fiil işleyene karşı bu nitelikte bir dava açması düşünülemez. Böyle olunca da, destekten yoksun kalma tazminatı ile ölenin malvarlığı arasında herhangi bir ilişki kurulamaz” denilmektedir.²⁵

Bu tanıma göre :

- Ölümün yolaçtığı zarar, **ölenin değil**, destekten yoksun kalanların zararıdır.
- Zarar, **ölümün kendisi değil**, ölenin yakınlarının “yardımdan ve destekten yoksun kalma” biçiminde ortaya çıkan zararlarıdır.
- Bu zarar, öleden kalan bir miras değildir.
- Tazminat isteme hakkı, öleden geçen bir hak değil, doğrudan doğruya hayatta kalanların kişiliklerinde doğan “**bağımsız**” bir haktır.
- Bu hak** öleden miras kalmadığı için, **ölenin terekesine katılamaz ve alacaklıları tarafından haczedilemez**.

²⁵ S.S.Tekinay, Ölüm Sebebiyle Destekten yoksun Kalma Tazminatı,1963,sf.66 - Yargıtay 4.HD.12.12.1957, 7163-7371 sayılı, HGK.25.05.1984, E.1982/9-301 K.1984/619 sayılı, kararları ve başka kararlar..

Sonuç olarak, ölümün yolaçtığı zarar:

- 1) Ölenin değil, yakınlarının “yardımdan ve destekten yoksun kalma” biçiminde gerçekleşen zararlarıdır.
- 2) Ölen/öldürülen kişinin yaşamı sona ermekle, onun zararından söz edilemez. Çünkü “zarar-zarara uğrama” sağ kalanlara özgüdür.
- 3) Zarar görenler, ölenin sağlığında “yardım ve hizmetinden veya maddi desteğinden” yoksun kaldıklarını kanıtlayabilen kişilerdir.

3- Yargıtay kararlarına göre destekten yoksun kalanların zararı

Ölüm sonucu yakınların zararı önceleri “malvarlığında eksilme, ölenin parasal destekliğini yitirme” olarak değerlendirilmekte iken, zamanla genişletilip yumuşatılarak “**ölenin destekliğinin yalnız parasal olmayacağı, yardım ve hizmet ederek, yiyecek ve eşya vererek, bakıp gözeterek de destek olunabileceği**” kabul olunmuş; böylece, bir yaşam gerçeği olarak, birlikte yaşayan veya birbirine yakın kişilerin ve özellikle aile bireylerinin **her zaman, her durumda ve her biçimde birbirlerine maddi destek olacakları** gerçeği uygulamada az çok yerini almıştır.

Maddi tazminat hesabında da, kişilerin birbirlerine “**yardım ve hizmet**” ederek destekliği ile ölenin “**bedensel ve düşünsel**” etkinliğiyle sağladığı desteklik “tazminatın ölçüsü” olarak alınmaya başlanmış olup, Yargıtay’ın son dönem kararları ile geçmişten gelen pek çok kararları bu yöndedir. Örneğin:

Yardım ve hizmet ederek desteklik konusunda: “**Desteğin yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir. Hizmet edimlerinden yoksun kalma durumunda, bunun karşılığı olarak maddi tazminatın ödetilmesi, Borçlar Yasası’nın 45. maddesine uygun düşer**” denilmiştir;²⁶

Ölenin “**bedensel ve düşünsel etkinliğiyle sağladığı desteklik**” ise tazminatın tek ölçüsü kabul edilmiş; ölenin (miras, miras gelirleri, şirket kâr payları, banka hesapları türünden) yüklü bir malvarlığı kalmış ve yakınlar bu yüzden zenginleşmiş ya da onlar zaten bakım ihtiyacı bulunmayan varlıklı kişiler olsalar dahi, ölenin “**çalışarak, yardım ve hizmet ederek**” sağladığı desteklikten yoksun kalınması, başlı başına tazminat istemek için yeterli bulunmuştur. Bu konuda Yargıtay kararlarında “Desteğin ölümüyle malvarlığını (şirketi, ticarethaneyi, çiftliği, tarım işletmesini, kira getiren mülkleri) **yönetenden**, desteğin “**bedeni ve fikri faaliyetiyle**” sağladığı “**kişisel katkısından**” yoksun kalınması ve destek yerine başka bir kişinin işleri üstlenmesi durumları değerlendirilerek bir “kazanç” unsuru saptanması ve buna göre tazminat hesabı yapılması” öngörülmüştür.²⁷

²⁶ Yarg. 15. HD. 26.12.1975 gün 4177-5185 sayılı kararı. (YKD. 1976/7-2029) – Aynı konuda başka kararlar: Desteğin yardımının yalnız parasal nitelikte olmasında zorunluk yoktur. Çünkü ölenin “hizmet edebilme” güç ve yeteneği de para ile ifadesi mümkün olan bir mali imkan teşkil eder. (4.HD. 20.03.1986, 1585-2553, YKD. 1986/7-959) - Yalnızca maddi yardım değil, aynı zamanda hizmet etmek suretiyle de destek olunabilir. Yardımların, mutlaka para veya eşya vererek değil, hizmet etmek suretiyle gerçekleşebileceği gözetilmelidir. (4.HD. 02.12.1988, 6744-10354, Yasa HD. 1989/1-79, no:33) - Yerleşmiş içtihatlar göre, bedelsiz olarak başkasının bakımını sağlayan ya da ona yardım eden kimse destek sayılmıştır. Destek, yalnız başkasına yaşamak için gerekli ihtiyaçları sağlayan ya da bunların temini için para veren kimse değildir. Bu hizmetleri görmek suretiyle çalışmasını doğrudan doğruya başkalarına tahsis eden kimse de destek sayılır. (11. HD. 13.09.1999, 4689-6755) - Desteğin yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir. Kız çocuklarının ölümü nedeniyle destekten yoksun kalan anne ve babanın tazminatı, kızlarının evleneceği yaşa kadar hesaplanmış olup, kız evlâdın anne ve babasına yaşamları boyunca yardım ve hizmet ederek destek olacağı kabulü ve hesaplamasının buna göre yapılması gerekir. (4. HD. 18.04.2002, 757-5015)

²⁷ Bu konuda karar örnekleri: 4.HD.29.04.2004, E.2003/16064 K.2004/5720; 4.HD.14.02.2002, 2001/10851-2002/1841; 4.HD.15.01.2002, 12625-364; 4.HD.13.06.2002, 4903-7347; 4.HD.06.12.2001, 11942-12312;

Uygulamada ve Yargıtay kararlarında uzun yıllardan beri “destekliğin yalnızca parasal olmayacağı, **“yardım ve hizmet ederek de, gözetip kollayarak da destek olunabileceği”** benimsendiğine göre, kesinlikle diyebiliriz ki, **yoksun kalınan** ölenin **“bedensel ve düşünsel etkinliğiyle”** sağladığı **her türlü destekliktir.** İşte ölenin yakınlarının zararı, malvarlığı eksilmesinin ötesinde ve öncelikle böyle bir zarardır.

Yargıtay’ın artık yerleşik, düzenli ve tutarlı nitelik kazanmış kararlarına göre, ölenen mirasçılara yüklü bir miras kalmış olsa bile, **ölenin bedensel ve düşünsel etkinliğinden yoksun kalınması** başlı başına bir zarardır ve bu zarar destekten yoksun kalma tazminatının ölçüsü olarak alınmak ve değerlendirilmek gerekmektedir. Örneğin, Yargıtay kararlarında “ölenen gelir getiren malvarlıkları, bir işletme, bir şirket, bir çiftlik kalmış olsa ve bunların gelirleri yakınların geçimini sağlayacak yeterlikte bulunsa bile, bu malvarlıklarını **işleten ve yönetenden yoksun kalınmış olması** nedeniyle tazminata hükmedilmek gerekeceği” açıklanmıştır. Bunu yukarıda da bir başka biçimde belirttik.²⁸

III-TEMEL KAVRAMLAR VE TANIMLAR

Destekten yoksun kalma tazminatı konusunda benimsediğimiz ve savunduğumuz görüşleri açıkça belirtmek ve saptamak amacıyla, belli başlı kavramları, başlangıçta, kısaca tanımlamak istiyoruz.

1) Destek: Yaşadığı sürece yakınlarına maddi ve manevi destek olan, **“parasal, bedensel ve düşünsel etkinliğiyle”** yardım ve hizmet eden kişidir.

2) Desteklik: Para vererek, yardım ve hizmet ederek, yiyecek, elbise, mesken sağlayarak, eğitim masraflarını karşılayarak, koruyup kollayarak, yol göstererek, bilgi ve deneyimlerinden yararlandırarak yapılabilir.

3) Destekten yoksunluk: Ölenin parasal, bedensel ve düşünsel etkinliğiyle sağladığı yardımlardan, hizmetlerinden, bakım ve gözetiminden, koruyup kollamasından, bilgi ve deneyimleriyle yol göstermesinden yoksun kalınmasıdır.

4.HD.01.06.2000, 3098-5316 ; HGK.25.05.1984, E.1982/9-301 K.1984/619; 11.HD.25.01.2007, E.2005/13878 K.2007/785

²⁸ Bu konuda Yargıtay kararlarında şu türden açıklamalar yapılmıştır: **“Destegin ölümü ile aile şirketi niteliğindeki servis şirketinin işleyişinde onun bedeni ve fikri katkısı ile sağladığı gelir (kazanç) ortadan kalkmış, servis şirketi faaliyetine devam ettiğinden kazanç tamamen ortadan kalkmamıştır. Bu nedenle şirketin işleyişine destegin fikri ve bedeni katkısı gözetilerek destegin kazancının belirlenmesi gerekir.”** (4.HD.14.02.2002, 2001/10851-2002/1841) - **“Destegin, bir şirkette pay sahibi bulunmasına göre, destek yerine başka bir kişinin çalıştırılması durumunda elde edilebilecek gelire göre destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanmalıdır.”** (4.HD.06.12.2001, 11942-12312) - **“Çiftçilik ve besicilik yapan destegin bu işlerden elde ettiği gelirlere göre değil, onun salt bu işleri yapmasından dolayı kişisel katkısı belirlenip tazminat hesabının bunun üzerinden yapılması gerekir.”** (4.HD.15.01.2002, 12625-364) - **“Nakliyeci destegin çalışabilir durumda olan kamyonunun geliri ayrıca hesaba katılmaz. Destegin bedeni ve fikri çalışması sonucu elde ettiği geliri kuşkuyla yer bırakmayacak biçimde belirlenerek destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanmalıdır.”** (4.HD.13.06.2002, 4903-7347) - **“Davacıların yoksun kaldıkları destekten yoksun kalma tazminatı, destegin ölümü nedeniyle bu arazi ve hayvanlardan benzer şekilde gelir elde etmenin davacılara getireceği yük, diğer bir anlatımla, bu geliri elde etmek için destegin yaptığı işlerin bir başkası tarafından yapılmasının davacılara neye mal olacağı uzman bilirkişiye hesaplatılmalı, bulunacak miktar destek geliri kabul edilerek, buna göre destekten yoksun kalma tazminatı belirlenmelidir. Yerel mahkemece, destegin hayvancılık ve araziden elde ettiği gelirin tümünün destek geliri olarak kabul edilmesi suretiyle destekten yoksun kalma zararının hesaplanmış olması usul ve yasaya uygun olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.”** (4.HD.01.06.2000, 3098-5316) - **“Destekten yoksun kalma ödencesi, destegini yitiren kimse ile destegin yaşamaları olası süre içerisinde, ölen destegin çalışarak sağlayabileceği kazancından ayrılarak yapabileceği yardım tutarının peşin ve toptan ödetilmesidir.”** (HGK.25.05.1984, E.1982/9-301 K.1984/619) - **“Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanmasında temel alınacak gelir, destegin çiftçilik ve hayvancılık yaparak elde ettiği gelir olmayıp, bu gelirin elde edilmesi için destegin “bedensel ve fikri” katkısı belirlenerek o miktarın hesaplamaya esas alınması gerekir.”** (4.HD.29.04.2004, E.2003/16064 K.2004/5720)

4) Destek tazminatı: Ölenin ekonomik gücüyle, bedensel ve düşünsel varlığıyla, yardım ve hizmetleriyle, yoksun kalanların yaşamını kolaylaştırıcı her türlü etkinliğiyle sağladığı destekliğin parasal değerlendirmesidir.

5) Kimler destek sayılacaktır: Eş, çocuk, anne, baba gibi aile bireyleri ile çok özel durumlarda kardeşler birbirlerinin desteği olup, bunların dışındakiler ayrıntı ve çok uzak olasılıklardır.

6) Kimler destekten yoksun kalmış olacaktır: Yukarıda sayılan kişilerden birinin ölümüyle, yardım, desteklik, dayanışma, bakıp gözetme, koruyup kollama sona ereceğinden, ötekiler destekten yoksun kalmış olacaktırlar. Yasa'da, öğretide ve yargısal inançlarda "destekten yoksun kalma tazminatı" isteyebilecek olanlar sınırlandırılmamış olup, bunlardan başlıcalarını şöyle sıralayabiliriz:

a) Eşler birbirlerinin desteğinden yoksun kalırlar. Aralarında evlilik bağı olmayanlar birlikteliklerini kanıtlamak koşuluyla destekten yoksun kalmış sayılırlar. Kesin evlilik hazırlığı içinde olup da ölümle evlilikleri gerçekleşmeyen nişanlılardan sağ kalan da destekten yoksun kalmış sayılabilir.

b) Çocuklar, ana babalarının desteğinden yoksun kalırlar. Ancak bu yoksunluk, ayırık durumlar dışında, belli yaşlarla sınırlıdır. Evlilik dışı çocuklar ile evlatlık hakkında da uygulama aynıdır.

c) Ana ve baba, çocuklarının destekliğinden yoksun kalırlar. Bu konuda küçük yaşta ki çocuklarla yetişkin evlatlar arasında uygulama farkı vardır.

ç) Kardeşler, çok özel durumlarda ve eylemli desteklik kanıtlanmak koşuluyla birbirlerinin desteği olabilirler. Bunun için Medeni Yasa'nın 364.maddesindeki nafaka yükümlüsü olmak ve refah içinde bulunmak koşul değildir.

d) Aynı çatı altında, aynı evde yaşayan kişilerin (aralarında kan bağı ve akrabalık ilişkisi olmasa bile) birbirlerine yardım ve hizmet ederek destekliği de kabul edilmelidir,

e) Ölenin düzenli yardımını gören kişiler de (örneğin burs alan öğrenciler) destekten yoksun kalmış sayılırlar.

7) Tazminatın ölçüsü:

Parasal desteklikte tazminatın ölçüsü öncelikle "**gerçek kazançlar**" olup; gerçek kazanç kesinlikle saptanamıyorsa türlü yöntemlerle araştırılacaktır.

Yardım ve hizmet ederek desteklikte "**asgari ücretler**" birim alınacaktır.

Varsayımsal desteklikte, desteğin ilerde seçeceği meslek belli ise, bu mesleğin sağlayacağı kazançlar üzerinden, meslek henüz belli değilse asgari ücretler üzerinden tazminat hesaplanacaktır.

Ev hizmetleri ile emeklilik dönemindeki kişilerin yardım ve hizmet ederek destekliği söz konusu ise, tazminatın ölçüsü yine "**asgari ücretler**" olacaktır.

Parasal gücü olan kişilerin desteğinden yoksun kalanlar, aynı zamanda mirasçı iseler, tazminat hesabının ölçüsü, ölenin "**bedensel ve düşünsel etkinliğiyle**" malvarlığına sağladığı katkı olacağından, aşağıda açıklanacağı gibi, miras kazanımları tazminat hesabı ile ilişkilendirilmeyecek ve tazminat hesabının ölçüsü olmayacaktır.

IV-TAZMİNAT HESABINA KATILMAYACAK OLAN KAZANIMLAR

Tazminatın parasal değerlendirmesinde ölçü alınacak olan yalnızca ölenin “**bedensel ve düşünsel üretimi**” ile “**yardım ve hizmet ederek**” sağladığı desteklik olup, bu hesaba:

1) Ölenin mirası ile miras gelirleri ve malvarlığından kaynaklanan gelirler (kira gelirleri, işyeri gelirleri, şirket kâr payları, banka faizleri, değerli kâğıtların getirileri vb) **katılmayacaktır. Bunlar** tazminat hesabına katılmayacağı, yani **tazminat hesabının ölçüsü olmayacağı için, tazminattan indirimleri de söz konusu olmayacaktır.** Çünkü, yukarıda Yargıtay kararlarından örneklerde görüldüğü gibi, **tazminat hesabının ölçüsü**, miras ve kira gibi miras gelirleri, işyeri (ticarethane, fabrika, işletme) kazançları, şirket kâr payları, kısaca **miras ve miras gelirleri değil**, bütün bunlara **ölen desteğin “bedensel ve düşünsel katkısı”** olacaktır. Böyle olduğu için de, destekten yoksun kalanlar, aynı zamanda mirasçı konumunda iseler, muristen kalan tüm malvarlıkları ve kazanımlar, destekten yoksun kalma tazminatı ile ilişkilendirilmeyecek ve tazminattan indirim nedeni olmayacaktır.

Uygulamada neler olup bittiğini izlemeyenler, tazminat hesaplarının nasıl ve hangi ölçülere göre yapıldığını bilmeyenler, araştırma zahmetine katlanmayıp, geçmiş zamanların yerli ve özellikle yabancı hukukçularından alıntılarla yetindikleri için, ölümle elde edilen yararlar adı altında mutlaka bir “denkleştirme” yapılacağı yanlışını sürdürmekte; tazminat hukukunun inceliklerini, özelliklerini bilmeyen kimi uygulayıcıları yanlışta sürüklemektedirler.

2) Destek tazminatı ile ilişkilendirilmeyecek ve tazminat hesabına katılmayacak kazanımlardan biri de, **Sosyal Güvenlik Kurumu'nun ölüm dalından eş ve çocuklara bağladığı dul ve yetim aylıkları** ile gene **ölüm dalından ana ve babaya bağlanan gelirler** olup, bunlar tazminatın ölçüsü olmayacak ve hesaplanan **tazminattan indirilmeyecektir.** Bu konuda Yargıtay 06.03.1978 gün 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında “**Ölüm sigortasından bağlanan aylıklar, belirli bir süre sigortalı olmanın ve prim ödemiş bulunmanın bir sonucudur. Zarar verenin bu paradan yararlanması söz konusu olamaz.** O halde zarar veren, verdiği zararın tamamını açılan davada ödemelidir. Bu nedenle, **tazminat ödemekle yükümlü olan kişi (ölüm dalından bağlanan aylıkların) destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesini isteyemez**” denilmiş; buna bağlı olarak aynı doğrultuda Hukuk Genel Kurulu ve Özel Dairelerce benzer kararlar oluşturulmuştur

3) Aynı biçimde Sosyal Güvenlik Kurumu'nun “**iş kazası ve meslek hastalığı sigortası**” dalından bağladığı gelirlerin, sorumlu işveren ise “ilk peşin değeri”nden fazlası, sorumlu üçüncü kişi ise “ilk peşin değerinin yarısı”ndan fazlası; bir başka anlatımla Kurum'un rücu edebileceği miktardan fazlası tazminattan indirilmeyecektir. (5510 sayılı Yasa m.21)

4) **Yaşam sigortasından ve kişisel kaza (can) sigortasından** ödenen tazminat tutarları ile yolcu taşıma kazalarında bir can sigortası türü olan zorunlu koltuk sigortasından alınan paralar da tazminat hesabıyla **ilişkilendirilmeyecek ve tazminattan indirilmeyecektir.**

5) Destekten yoksun kalanların kendi kazançları, malvarlıkları, her türlü gelirleri, başka kişilerden kalan miras ve miras gelirleri (bakım ihtiyaçlarını karşıladığı ve bu yüzden destekten yoksun kalmadıkları veya bakım ihtiyaçlarını karşıladığı ölçüde tazminattan indirim gerekeceği türünden, Yasa'nın anlam ve amacına aykırı yanlış görüşler destek tazminatı ile ilişkilendirilmemeli; tazminattan indirim ya da tazminat istemini red nedeni kabul olunmamalıdır. Bu tür yanlış görüşleri ilerde eleştireceğiz ve neden yanlış olduklarını kanıtlayacağız.

Özetle, yukarıda sayılan malvarlığı değerleri ve gelirler (**uygulamada**) tazminatın **kazanç ögesine katılmadıkları** için, bunların **tazminattan indirilmesi de sözkonusu olmamaktadır**.

6) İndirimler konusunda 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren **6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 55.maddesinde**: "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. **Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler**, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; **zarar ve tazminattan indirilemez**" denilerek, bugüne kadar süregelen yanılığlar, duraksamalar,ve yanlış uygulamalar sona erdirilmiştir.

V- DESTEK TAZMİNATININ HUKUKSAL NİTELİĞİ

1-Yasa hükmü

Tam seksenaltı yıl sekiz ay yürürlükte kalan 818 sayılı Borçlar Yasası'nın 45. maddesi 2.fıkrasında: "**Ölüm sonucu başka kimseler ölenin yardımından yoksun kalmışlarsa, onların bu zararlarını ödemek gerekir**" denilmiştir.

Madde metninde geçen "**yardım**" sözcüğünün bir çeviri hatası olduğu, İsviçre Borçlar Kanunu'nda "**destek**" kavramının yer aldığı, buna göre maddenin "**Ölüm yüzünden başka kimseler desteklerini yitirmişlerse bu zarar için de tazminat vermek gerekir**" biçiminde düzeltilmesi gerektiği bilim çevrelerince savunulmuş; böylece ölüm nedeniyle tazminat isteklerinin adı "**destekten yoksunluk tazminatı**" olarak öğretiye ve yargı kararlarına yerleşmiştir.²⁹

6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 53.maddesinde "**Ölenin desteğinden yoksun kalanların bu sebeple uğradıkları kayıplar**" denilerek daha soyut bir anlatım yeğlenmiştir. Kanımızca yeni yasadaki bu açıklama biçimi "destek" ve "destekten yoksunluk" kavramlarını daha geniş yorumlamaya elverişli olacaktır.

Gözlemlerimize göre, 818 sayılı Yasa'nın 45'inci maddesindeki çeviri hatası olarak nitelenen "**yardım**" sözcüğü, ülkemizdeki uygulamada destekliğin, parasal olmanın ötesinde daha çok "**yardım ve hizmet**" biçiminde gerçekleşmesi nedeniyle daha fazla benimsenir olmuş; "destek" sözcüğünün önüne geçmiştir. Bu yüzdendir ki, destekten yoksun kalma tazminatının hukuksal niteliği konusunda öğretilerde görüşler, destekliğin "yardım ve hizmet" biçimini gözardı ettiğinden, uygulamanın çok gerisinde kalmış; yaşam gerçeklerinin dışında kalınca da öğretinin uygulamaya katkısı ülkemizde oldukça azalmış, giderek öğreti ve yargı âdeta birbirlerinden kopmuşlardır.

Bize göre, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 45.maddesindeki "**yardımdan yoksun kalma**" deyimini, çeviri hatasından daha çok, bir uyarılma niteliği taşımakta; bu ise ülkemiz insanının, yasanın alındığı ülke insanlarından daha fazla ve daha sıkı bir biçimde "yardımlaşma ve dayanışma" ilişkisi içinde olduğu gerçeğinin, yasayı dilimize çeviren hukukçulara bir yansıması gibi görünmektedir.

Aynı biçimde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 332/2.maddesinde, ölen işçinin "**yardımından**" yoksun kalanların ve 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 806/2 maddesinde, yolcunun ölmesi halinde onun "**yardımından**" yoksun kalanların tazminat

²⁹ S.S.Tekinay, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı,1963,sf.66 - Arkun Kudat, Cismani Kazalardan Doğan Zararlar,1966, sf.72 – İsviçre metinlerinde (Fr.) Soutien, (Alm.) Versorge: Destek, dayanak; Sözlük (Fr.): Soutenir: Paraca destek olmak, beslemek, bakmak.

isteme haklarından söz edilmesinin; ayrıca 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu Tasarısı 914.maddesi 2.fikrasında da **“yardımdan yoksun kalma”** deyiminin kullanılmış bulunmasının bir rastlantı olmadığı; ülkemizde kişilerin birbirlerine **“destekliğinin” parasal olmanın çok ötesinde** ve **“malvarlığı zararı”** kavramından da uzak, genellikle ve çoğu kez **“yardım ve hizmet”** biçiminde gerçekleşmesinin, **“destek”** sözü yerine **“yardım”** sözünün yeğlenmesi sonucunu doğurduğu kanısındayız.

Nitekim, geçmiş yıllarda yabancı hukukçuların ve onların görüşlerini paylaşan hukukçularımızın etkisinde kalarak, **“malvarlığı”** ağırlıklı ve **“bakım gücü-bakım ihtiyacı”** türünden belirsiz kavramların yolaçtığı yanlışlara düşen, mirasın bakım ihtiyacını karşılamış sayılıp sayılmayacağı, miras veya miras gelirlerinin tazminattan düşülüp düşülmeyeceği gibi konularda uzun süre bocalayan, kesin bir sonuca varamayan, birbiriyle çelişkili kararlar veren Yargıtay’ımız, Borçlar Yasası’nın ülkemiz koşullarına uyum göstermeye başlamasından sonra Yargı’nın önüne gelen somut olaylara bakarak, halkımızın eğilimlerine, yaşayış biçimlerine uygun kararlar vermeye başlamış; bunun sonucu **“malvarlığı zararı”** kavramı ile kişilerin **“bakım gücü- bakım ihtiyacı”** var mı - yok mu türünden belirsiz ve saptanması neredeyse olanaksız yanlış değer ölçüleri bir yana bırakılarak; ölen destekten yüklü bir miras, bir işletme, şirket, çiftlik kalmış olsa bile, desteğin **“bedeni ve fikri”** çalışmasından yoksun kalınmasının başlı başına tazminat istemini haklı kılacağı, tazminatın ölçüsünün de desteğin **“bedeni ve fikri”** etkinliği olacağı; kişilerin çoğunlukla birbirlerine bedensel varlıklarıyla **“yardım ve hizmet”** ederek destek sağlamakta oldukları görüşleri giderek yerleşmiştir.

Sonuç olarak, 818 sayılı Borçlar Kanunu’muzun İsviçre metninden çevirisi sırasında **“destek”** deymi yerine **“yardım”** sözcüğünün kullanılmış olmasının, bir çeviri yanlışı değil, ülkemiz insanların anlayış ve algılayışını yansıtan bir uyarılma olduğu; ülkemiz insanların birbirlerine destekliğinin, parasal olmaktan çok **“yardımlaşma ve dayanışma”** biçiminde gerçekleştiği;

Nitekim Yargıtay’ın son otuz yıldan bu yana oluşan ve artık yerleşik duruma gelen kararlarında, ölenin yakınlarına miras kalıp kalmadığı, ölenin bakım gücü ve kalanların bakım ihtiyacı bulunup bulunmadığı gibi destekliğin parasal yönleri üzerinde durulmadığı; buna karşılık desteğin **“bedensel ve düşünsel”** etkinliğinden ve kişilerin birbirlerine **“yardım ve hizmetinden”** yoksunluğun tazminatın ölçüsü kabul edildiği düşüncesindeyiz. Yasa metnini de böyle anlıyoruz. Yargıtay’ın tâ 1975 yılında verdiği bir kararında **“Hizmet edimlerinden yoksun kalma durumunda, bunun karşılığı olarak maddi tazminatın ödetilmesi, Borçlar Yasası’nın 45. maddesine uygun düşer”** denilmiş olmasının, bizim gözlemlerimizi doğruladığı kanısındayız.³⁰

Yasa metnindeki **“yardım”** sözcüğünün yanlış ve doğrusunun **“destek”** sözcüğü olduğu, nitekim 6098 sayılı yeni Borçlar Yasasında da **“destek”** sözcüğü kullanılmakla doğru bir deyim benimsendiği kabul olunsa bile, ister **“yardım”** denilsin, ister **“destek”** denilsin, bu söz ve kavramlardan nasıl olup da **“malvarlığı”** zararına, bakım gücü-bakım ihtiyacı ölçütüne ulaşıldığını; kişilerin yardımlaşması, dayanışması, birbirine destekliği gerçeğinin neden görmezden geldiğini bir türlü anlayamıyoruz.

Oysa, Yasa metninde yalnızca **“ölenin yardımından yoksun kalınması”**ndan söz edilmiş olup, Medeni Yasa’nın 1.maddesine göre, yasalar öncelikle **“sözülle ve özüyle”** uygulanmak zorundadır. (MK.m.1, f.1) Yasa hükmü, tartışılmayacak kadar açık, anlaşılır ve net ise yorum yapılamaz. Yorumla açık ise, yargıç karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargısal inançlardan yararlanır. (MK.m.1,f.3)

Yasa metni açık ve anlaşılır olmasına karşın, ülkemizdeki bilim çevrelerince yabancı ülke hukukçularının etkisinde kalınarak, destekten yoksun kalma tazminatının bir **“malvarlığı zararı”** olarak nitelenmesini, buradan hareketle, destekten yoksun kalanların malvarlıklarında

³⁰ Yarg. 15. HD. 26.12.1975 gün 4177-5185 sayılı kararı.

bir eksilme olmamışsa, “bakım ihtiyaçları” bulunmuyorsa, yani kendileri varlıklı iseler tazminat isteyemeyecekleri; daha da ötesi öleden ya da üçüncü kişiden yüklü bir miras kalmışsa, “ihtiyaçları” giderildiği ölçüde tazminattan indirim yapılacağı biçiminde bir sonuca varılmasını anlamakta güçlük çekiyoruz.

Aslında, “malvarlığı zararı” deyimiyle **kişilerin taşınır taşınmaz mallarına verilen zararlardan sözedilmediğini**, bu deyimle (konumuz bakımından) destekten yoksun kalma zararının bir “can” zararı olarak değil, “mal” zararı olarak nitelenmesi ve öyle değerlendirilmesi gerektiğinin anlatılmak istendiğini biliyoruz. Ancak ne var ki, sorumluluk hukukundaki “can zararı-mal zararı” ayrımının ve “kaza sigortası-sorumluluk sigortası” kavramlarının ve bu bağlamda destekten yoksun kalma tazminatının önceden belirlenmiş bir “tutar” olmayıp, Sorumluluk Hukuku ilkelerine göre hesaplanan bir “maddi zarar” olduğunun ayırında varamayanlar, “malvarlığı zararını” gerçek anlamda “mal-mülk” olarak algılayıp, kişilerin malvarlığında bir azalma olmamışsa, malvarlıkları artmışsa ya da varlıklı, malca paraca zengin kişiler iseler, öleden ya da üçüncü kişiden bir miras kalmışsa, bakım ihtiyaçları ortadan kalkacağından tazminat isteyemeyecekleri biçiminde yanlış bir sonuca varmışlar; bu yanlış düşünce giderek yaygınlaşmış, yargıda bir süre haksız uygulamaların kaynağı olmuştur.

Destekten yoksunluğu, bir “malvarlığı zararı” olarak niteleyenlerin, sorumluluk hukuku yönünden söz konusu “mal zararı” kavramını, “mal-mülk,zenginlik” olarak algılayanların, ölümle kişilerin “malvarlığının eksildiğini” söyleyenlerin, çoğunluğu yoksul (malvarlıksız) halkımızdan ne kadar kopuk oldukları, yaşam gerçeklerine ne kadar uzak kaldıkları ortadadır. Öte yandan, bu düşüncedekiler, yakınlarını yitiren varlıklı kişilerin tazminat isteyemeyeceklerini savunmakla, haksız eylem sorumlularını ödüllendirmiş ve onları tazminat ödemekten kurtarmış olacaklarının ayırında değiller midir, diye sormaktan kendimizi alamıyoruz.

Aşağıda bunları ayrıntılarıyla ele alıp eleştireceğiz.

2- Öleden geçmeyen bağımsız bir hak olması

Haksız ölüm/öldürme sonucu yakınını yitiren ve onun desteğinden yoksun kalan kişilerin, öldüren veya ölümden sorumlu olanlardan tazminat isteme haklarının, ölenle ve ölenin malvarlığıyla ilgisi olmadığını belirtmek için, destekten yoksunluk zararı ve tazminat isteme hakkı “**bağımsız bir hak**” olarak nitelenir.

Destekten yoksun kalma tazminatı, doğrudan doğruya hayatta kalanların kişiliklerinde doğan bir haktır; bu hak onlara öleden geçmiş değildir. Çünkü, ölenin, haksız fiil işleyene karşı bu nitelikte bir dava açması düşünülemez. Böyle olunca da, destekten yoksun kalma tazminatı ile ölenin malvarlığı (mirası) arasında herhangi bir ilişki kurulamaz.³¹

818 sayılı Borçlar Kanunu 45. (yeni 6098/TBK.53.) hükmünün açıklığı karşısında, destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilmek için mirasçı olmak gerekmediğine göre, destekten yoksun kalan kişiler, ölenin mirasçısı olup da, mirası reddetmiş olsalar bile, sorumlulara karşı dava açabilirler ve tazminat isteyebilirler. Çünkü, destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkı, öleden mirasçılara geçen bir hak değil, destekten yoksun kalanların kendi kişiliklerinde oluşan “bağımsız” bir haktır.

3- Bağımsız bir hak olmasının sonuçları

Destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkının, ölen desteğin her türlü hak ve yükümlülüklerinden, alacak ve borçlarından “bağımsız bir hak” olmasının sonuçları konusunda şunları söyleyebiliriz:

³¹ Tekinay,a.g.e.,1963,sf.66 - Yargıtay 4.HD.12.12.1957, 7163-7371 sayılı, HGK.25.05.1984, E.1982/9-301 K.1984/619 sayılı, kararları ve başka kararlar..

a) Ölenin sağlığında yaptığı sözleşmeler, borçlanmalar, bazı hak ve alacaklardan vazgeçmiş bulunması, destekten yoksun kalanları bağlamaz

Destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkı, ölenin geçmeyen bağımsız bir hak olduğu içindir ki, desteğin sağlığında yaptığı haklarını sınırlayıcı, ekonomik faaliyetlerini kısıtlayıcı her türlü anlaşmalar, borçlanmalar, hak ve alacaklarından vazgeçmeler destekten yoksun kalanları bağlamaz; tazminat isteme haklarını ortadan kaldırmaz. Destekten yoksun kalanların aynı zamanda mirasçı olmaları durumunda, mirasçılar, miras bırakanın ardılı olarak, onun borçlarından, yükümlülüklerinden, yaptığı sözleşmelerden sorumlu ve onlarla bağlı iseler de, mirası reddederlerse, bu yükümlülüklerinden kurtulurlar ve bağımsız olarak destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler.

b) Mirasın reddedilmesi, tazminat isteme hakkını ortadan kaldırmaz.

Yukarda belirttiğimiz gibi, destekten yoksun kalanlar aynı zamanda mirasçı olup da **mirası reddetmişlerse**, bu durum destekten yoksun kalma tazminatı istemelerine engel değildir. Yargıtay'ın yerleşik kararları da bu yöndedir.³²

c) Terekenin borca batık olması destek tazminatı istenmesine engel değildir.

Ölen desteğin iflâs etmiş olması ve terekenin borca batık bulunması da destek tazminatı istenmesine engel değildir. Çünkü, destek eğer yaşasaydı, iflâs etmiş olmasına karşın bir biçimde çalışarak ya da **bedensel varlığıyla** yardım ve hizmet ederek yakınlarına destek olacaktı.

Bazı hukukçular, iflâs eden ve terekesi borca batık olan bir kimsenin, artık yakınlarına maddi destek sağlayamayacağı (onların deyimiyle, iflâsla geliri ve buna bağlı olarak bakım gücü kalmayacağı) için, ölümü halinde yakınlarının destekten yoksun kalma tazminatı isteyemeyeceklerini ileri sürmüşler ise de, bu görüş asla doğru değildir. Yukarda belirttiğimiz gibi, iflâsla ticari faaliyeti sona eren kimse, yaşamını sürdürmek ve en azından geçimini sağlamak için, bir biçimde başka yoldan ve başka işler yaparak geçimini sağlamak zorunda olacak; kendini, ailesini aç ve açığa bırakmayacaktır. Giderek, çalışma yaşamından büsbütün çekilmiş ve eve kapanmış olsa bile, eşine yardım ve hizmet ederek destek olacaktır.

ç) Destek tazminatına, ölenin borçlarından dolayı "haciz" konulamaz

Destek tazminatı bağımsız bir hak olduğu içindir ki, aynı zamanda mirasçı konumundaki tazminat alacaklılarının, dava sonucu kazandıkları tazminatı tutarları üzerine, ölen desteğin borçlarından dolayı alacaklıları tarafından **"haciz" konulamaz.**

İcra ve İflas Yasası'nın 82.maddesi 11.bendine göre : "Vücut veya sıhhat üzerine ika edilen zararlar için tazminat olarak mutazarrırın kendisine veya ailesine toptan veya irat şeklinde verilen veya verilmesi lâzım gelen paralar" hacedilemez.

d) Tazminat alacakları "iflas masasına" kaydedilemez

Aynı biçimde, bu tazminat tutarları, murisin iflası nedeniyle **masaya kaydedilemez.** (İ.İf.K.m.211)

e) Tazminattan Veraset ve İntikal Vergisi alınmaz.

Destekten yoksun kalanların aynı zamanda miras olmaları durumunda, zarar sorumlularından alacakları tazminat tutarlarından "veraset ve intikal vergisi" kesilmez. (Veraset ve İntikal Vergisi Kanunu m.2/d)

³² HGK.18.04.2007,E.2007/4-222 K.2007/222 sayılı, 4.HD.21.05.1992, E.1991/3944 K.1992/6778 sayılı, 4.HD.18.10.1973, 10302-8845 sayılı kararlarına göre ""Destekten yoksun kalma tazminatı niteliği itibari ile bağımsız bir hak olduğundan, mirasın reddedilmiş olması bu tazminatın talep edilmesine engel değildir."

f) Ölenin vergi borçlarından dolayı tazminata haciz konulamaz

Ölen desteğin vergi borçlarından dolayı da Vergi Daireleri, mirasçılarının hakettikleri tazminatı haczedemez ve bu paradan vergi tahsil edemezler. (GVK m.25/1)

g) Desteğin sağlığında yaptığı "sorumluluk" anlaşmaları, destekten yoksun kalanları bağlamaz

aa)Bağımsızlığın bir sonucu da, ölenin sağlığında yaptığı işle ilgili olarak, iş sahibi veya işverenle yaptığı “kaza ve ölüm halinde tazminat istenmeyeceğine” ilişkin “sulh, feragat, ibra ve sorumsuzluk” anlaşmalarının, destekten yoksun kalanların tazminat isteme haklarını, hiçbir biçimde ve hiçbir koşulda ortadan kaldırmamasıdır.

Her ne kadar Borçlar Kanunu 99.maddesi 2.fıkrasında (6098 sayılı TBK.115,maddesi 3.fıkrasında) “hafif ihmalden doğan zararlardan dolayı sorumsuzluk anlaşmalarının bazı durumlarda geçerli olacağı” hükmü yer almış ise de, destek tazminatı hakkının bağımsızlığı nedeniyle, ölen destek böyle bir anlaşma yapmış ise bu anlaşma geçerli olmayacaktır.

Ayrıca, yaşam ve kişilik haklarını sınırlayıcı veya bu haklardan tümüyle vazgeçme sonucunu doğuran sözleşmeler, Medeni Yasa'nın 23-24 ve Borçlar Yasası'nın (818/BK.19/2) ve 6098/TBK.27) maddelerine göre hükümsüzdür. Ölen desteği bağlamayacak olan bu tür sözleşmeler, destekten yoksun kalanları da bağlamaz.

bb)Aynı konuda başka yasalarda da hükümler olup, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 111.maddesine, 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu'nun 20.maddesine ve 6762 sayılı 766.maddesine göre “Hukuki sorumluluğunun kaldırılması, daraltılması ve hafifletilmesi sonucu doğuran sözleşmeler geçerli değildir.”

Bu tür sözleşmeler, bedensel zarara uğrama durumunda desteği bağlamayacağı gibi, ölümü halinde destekten yoksun kalanları da bağlamaz.

cc)Tıp alanında da ameliyat öncesi, hasta ve yakınları aydınlatıldıktan, ameliyatın ve tedavinin olası sonuçları konusunda uyarılarda bulunulduktan sonra, hastaya, (hasta yaşlı veya çocuk ise ölümü halinde destekten yoksun kalabilecek) yakınlarına imzalatılan "aydınlatılmış onama" belgeleri, hekimin ve onu çalıştıran hastanenin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre, hastasına karşı yüksek özen göstermekle yükümlü olan hekim, en hafif ihmal ve kusurundan dolayı tam kusurlu kabul edildiğinden, ameliyat sırasında veya tedavi sonrasında hasta ölmüş olup da hekim kusurlu ve onu çalıştıran hastane sorumlu bulunmuşsa, hastanın veya yakınlarının imzalı onama belgeleri onları sorumluluktan kurtarmaz; destekten yoksun kalan yakınlarla tazminat ödemekle yükümlü olurlar.

h) Bağımsızlığın bir sonucu olarak, önce yaralanıp, daha sonra ölen desteğin, bedensel zararı nedeniyle aldığı tazminatın, destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesi istenemez.

aa)Yukardaki açıklamalarımıza ek olarak bir kez daha belirtelim ki, önce yaralanıp bir süre yaşayan desteğin, beden gücü kaybı nedeniyle, sorumlularla yaptığı “feragat, ibra, sulh” sözleşmeleri, aynı olayın etkisiyle ölmesinden sonra, destekten yoksun kalan haksahiplerini bağlamaz ve (kural olarak) onların haklarını etkilemez.

bb)Önce yaralanıp daha sonra ölen destek, bedensel zararı nedeniyle sorumlulardan bir miktar tazminat almışsa ya da dava açıp mahkeme kararı uyarınca tazminatı tahsil ettikten sonra ölmüşse, desteğin beden gücü kaybı nedeniyle aldığı tazminat, destekten yoksun kalan haksahiplerinin tazminatından indirilecek midir?

Bu konuda Yargıtay kararlarına egemen olan görüş, destekten yoksun kalanların tazminatından indirim yapılmayacağı yönündedir. Kararlarda:

“Destekten yoksun kalma tazminatı, mirasçılık sıfatından ayrı ve bağımsız bir hak olduğundan, desteğin sağlığında beden gücü kaybına karşılık olarak işverenden almış olduğu tazminat, destekten yoksun kalma tazminatından indirilmez” denilmiştir.³³

cc)Ancak, destekten yoksun kalanlar aynı zamanda "mirasçı" iseler, bazı özel durumları dikkate almak hakkaniyete uygun düşecektir. Bunu aşağıda açıklayacağız ve türlü olasılıklar üzerinde duracağız.

i) Önce yaralanma sonra ölüm olayının "mirasçılar" yönünden değerlendirilmesi

Destekten yoksun kalanlar aynı zamanda "mirasçı" iseler, onların durumları, mirasçı olmayan destek tazminatı alacaklılarından farklı olacak; ölenin ardılı olarak bazı hakları kullanabilecekler, buna karşılık hakkaniyet gereği değişik bir uygulama gerekebilecektir.

Mirasçıların bu hak ve yükümlülükleri, aşağıda türlü olasılıklara göre ele alınıp bazı açıklamalar yapılacaktır.

aa) Destek, bedensel zararı nedeniyle açtığı dava sonuçlanmadan ölmüşse

İş kazası veya meslek hastalığı sonucu beden gücü kaybına uğrayan destek, sorumlular hakkında tazminat davası açmış olup da, dava henüz sonuçlanmadan ölmüşse:

aaa)Mirasçılar, miras bırakanın açtığı tazminat davasını sürdürebilirler.³⁴

bbb)Ancak, desteğin güç kaybı tazminatı ölüm gününe kadar hesaplanır.³⁵

ccc) Ölüm gününe kadar hesaplanan güç kaybı tazminatının, mahkemece hüküm altına alınıp sorumlulardan tahsil edilmesinden sonra, mirasçıların malvarlığına geçen bu para, destekten yoksun kalma tazminatından indirilmez. Çünkü, beden gücü kaybı nedeniyle (ölen desteğin) tazminat hakkı (818/BK.46 ve 6098/TBK.m.54) ile ölümüyle onun desteğinden yoksun kalanların tazminat hakları (818/BK.45 ve 6098/TBK.m.53) ayrı hukuksal nedenlere dayanmaktadır. Her hak ötekenden ayrı ve ötekenden bağımsızdır.

bb)Destek, dava bittikten sonra, ancak parayı alamadan ölmüşse

Destek, beden gücü kaybı nedeniyle açtığı dava hükme bağlandıktan sonra, ancak parayı tahsil etmeden önce ölmüşse; elde bir "kesin hüküm" bulunmasına göre, mirasçılar ilâmı icraya koyup parayı tahsil edebilecekler; bu para; Yargıtay kararlarına göre, "mirasçı" konumundaki kişilerin destekten yoksun kalma tazminatından indirilmeyecektir.

Böyle bir durumda, güç kaybı tazminatının tamamının veya bir bölümünün aynı zamanda mirasçı olan davacıların destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesinin hakkaniyete uygun düşeceği kanısındayız. Özellikle her iki tazminat toplamı çok yüksekse ve

³³ Yargıtay HGK.25.05.1984, E.1982/9-301-K.1984/619 sayılı, (YKD.1986/5-629), 21.HD.22.02.2000, E.2000/1050 - K.2000/1381 sayılı, HGK.24.06.1977, E.1976/10-1999 K.1977/656 sayılı kararları (YKD.1978/7-1087) Bunlardan 21.Hukuk Dairesi'nin 22.02.2000 gün 1050-1381 sayılı kararına göre, özetle: "İşçinin, meslek hastalığından kaynaklanan sürekli işgöremezlik nedeniyle tazminat davası açıp lehine hüküm almış olması, aynı bedensel rahatsızlığın etkisiyle ölümü üzerine, desteğinden yoksun kalanların BK.45.maddesine dayanarak tazminat davası açmalarına engel değildir. Çünkü her iki davanın yasal dayanakları farklıdır.

³⁴ Yargıtay HGK.11.05.1977 gün E.1976/10-187 K.1977/461 sayılı kararına göre: "Bir iş kazası veya meslek hastalığı sonucu çalışma gücü kaybına uğrayan işçinin maddi tazminat davası, ölümü halinde mirasçılara geçer. Mirasçılar olay gününden ölüm gününe kadar beden gücü kayıp nedenine dayanan maddi tazminat davasını takip edebilirler. Ölüm gününden sonraki süre için ise, destekten yoksun kalmaları nedeniyle maddi tazminat davası söz konusu olur." (YKD.1978/8-1252)

³⁵ Meslek hastalığından doğan maddi tazminat alacağı, işçinin ölümü gününe kadar tahakkuk edecek miktara ilişkin olmak üzere mirasçılara geçer. Ölümünden sonraki süre için, destekten yoksun kalma nedeniyle haksahipleri, maddi tazminat davası açabilirler."HGK.24.06.1977, E.1976/10-1999 K.1977/656 (YKD.1978/7-1087) - Murisin, ölmeden önce, yaralanması nedeniyle açtığı tazminat davası, miras yoluyla mirasçılara geçer. (4.HD.23.10.2008, E.2008/2920 K.2008/12633) - İşçinin ölümü halinde, beden gücü kaybına ilişkin tazminatın ölüm gününe kadar hesaplanması gerekir. (21.HD.14.11.2000, E.2000/8089 K.2000/7972)

sorumluların ödeme gücünü aşıyorsa, aynı olaydan kaynaklanan iki zarar türü bir bütün kabul edilip uygun bir indirim yapılmalıdır.³⁶

cc) Destek, parayı tahsil ettikten uzun bir süre sonra ölmüşse

Destek sağlığında, beden gücü kaybı nedeniyle bir dava açmış, bu dava sonuçlanıp tazminat tahsil edildikten uzunca bir süre sonra ölmüşse, desteğin malvarlığına geçen bu paranın, aynı zamanda mirasçı konumundaki destekten yoksun kalanların tazminatından indirilmesi söz konusu olamayacağı kanısındayız. Çünkü, aradan geçen uzun zaman içerisinde destek bu parayı harcamış veya ayırt edilemez biçimde malvarlığına katmış olabilir. Ayrıca bedensel zarara neden olan aynı olayın etkisiyle gerçekleşmiş olsa da, yıllar sonra gelen ölüm, artık öncekinden bağımsız bir zarar türü kabul edilmelidir.

Bu tür olaylara genellikle meslek hastalıklarında rastlanmaktadır. İşyerlerinde meslek hastalığına yakalanan kişiler, bu nedenle açtıkları dava sonuçlandıktan ve tazminatlarını aldıktan sonra uzun yıllar yaşamakta, paralarını harcamaktadırlar. Eğer iyileşmeyen veya sonradan artan hastalıklarının etkisiyle ölürlerse, yakınlarının, öleden bağımsız olarak destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakları doğmaktadır. Artık burada desteğin yıllar önce aldığı tazminat ile yakınların destekten yoksun kalma tazminatı, ayrı hukuksal nedenleri, ayrı yasal dayanakları olan iki ayrı zarar türüdür.

Nasıl ki, bedensel zararlarda tazminat alındıktan sonra, eğer gelişen ve değişen bir durum (beden gücü kaybında artış) olmuşsa, artış oranı üzerinden hem maddi ve hem manevi tazminat istenebiliyorsa, desteğin aynı olayın etkisiyle yıllar sonra ölümü halinde de, yakınların tazminat isteme hakkı aynı biçimde değerlendirilmelidir.

çç) Destek, bedensel zarara uğradıktan çok kısa bir süre sonra ölmüşse

Desteğin, bedensel zararına ilişkin tazminatını henüz alamadan kısa bir süre sonra ölümü halinde, destekten yoksun kalan kişiler, aynı zamanda "**mirasçı**" iseler, sorumlulara karşı açacakları davada destekten yoksun kalma tazminatı isteklerinin yanı sıra, ayrıca "**olay günü ile ölüm günü**" arasındaki sürede desteğin "beden gücü kaybı ile tedavi giderlerini" isteyebilirler. Böyle bir durumda, yani olay ve ölüm günü arasındaki zararın yasal dayanağı, artık BK.46 (TBK.54) maddesi değil, BK.45/1 (TBK.53/2) maddesi olacaktır. Çünkü anılan maddeye göre "**Ölüm hemen gerçekleşmemişse, tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan zararlar**" söz konusu olur ve mirasçıların bunu isteme hakları vardır. Eğer destekten yoksun kalanlar mirasçı değillerse, onlar bu tür zararları isteyemeyip, yalnızca destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilirler.

dd) Desteğin bedensel zararı ile yakınların destekten yoksunluk zararı arasındaki farklar

Yeri gelmişken, 6098 sayılı TBK'nun 53.maddesi 2'ci ve 3'üncü fıkraları arasındaki (818 sayılı BK.'nun 45.maddesi 1'inci ve 2'nci fıkraları arasındaki) fark üzerinde duralım:

TBK'nun .53.maddesi 2.fıkrasındaki (BK'nun 45.maddesi 1.fıkrasındaki) zararlar, **ölen desteğin** olay tarihi ile ölüm tarihi arasında "sağ" kaldığı süredeki "**kendi zararı**" olup,

³⁶ Tekinay, bu konuda çeşitli olasılıklar üzerinde durmaktadır. Bunlardan ikisi bize ilginç gelmiştir.

Birincisi, kasıtlı öldüren veya anında ölüme sebebiyet veren kişi, yalnızca destekten yoksun kalma tazminatı ödemekle yükümlü iken, kastı olmaksızın ihmal ve tedbirsizlik sonucu yaralanmaya sebebiyet veren kişinin, sonradan ölüm halinde hem beden zararını ve hem de destekten yoksunluk tazminatını ödemek zorunda kalması, üzerinde durulup düşünülmesi gereken bir eşitsizlik ve dengesizlik örneğidir.

İkincisi, örneğin (30) yıl yaşayacağı varsayılarak beden gücü kaybı hesaplanan ve tazminatı hükme bağlanan kişinin, bir yıl sonra ölmesi halinde, tazminatın fazladan (29) yıllık bölümü (mahkeme ilâmına dayanılarak) mirasçılar tarafından tahsil edilebilecek; mirasçıların bir de destekten yoksun kalma tazminatı almaları durumunda, gerçek zararı fazlasıyla aşan tazminat ödenmiş olacaktır ki, bunun hakkaniyete uygun düşmeyeceği açıktır. Bizce, Tekinay'ın bu uyarıları dikkate alınmalı; bu gibi durumlarda destekten yoksun kalma tazminatından indirim düşünülmalıdır. (Tekinay, a.g.e.,1963,sf.67-71)

bu hak ölümle mirasçılara geçtiğinden, yalnızca onlar, sorumlulardan bu zararları isteyebilirler. Mirasçı olmayan destekten yoksun kalanların böyle bir hakları yoktur.

Buna karşılık, TBK.53.maddesi 3.fikrasında (BK.45.maddesi 2.fikrasında) sözü edilen zararlar ise, “ölenin zararı” değil, doğrudan doğruya “**destekten yoksun kalanların zararı**”dır. Bu yüzden destekten yoksunluk zararının “yansıma zarar” olarak nitelenmesini yanlış buluyoruz. Çünkü, ölümler zarar görmez; zarar “sağlara” özgüdür.

VI-DESTEK TAZMİNATI KONUSUNDA ÇEŞİTLİ GÖRÜŞLER VE BUNLARIN ELEŞTİRİSİ

Bu konuda yazılıp söylenenlerin büyük bir bölümünün uygulamada ve yargıda yeri ve etkinliği bulunmamaktadır. Zaten çoğu uzun yıllar öncesine ait olup yabancı hukukçuların veya onlardan etkilenen bizim hukukçularımızın, uygulamadan kopuk, yaşam gerçekleriyle bağdaşmayan, hiçbir araştırmaya dayanmayan, birbirinden alıntılarla yinelenip duran, biraz da insafin ölçüsü kaçırılmış görüşleridir.

Bugün bunların yargıda ve Yargıtay kararlarında pek sözü edilmemekte ve etkinliği kalmamış bulunmakta ise de, konunun ayrıntılarına yabancı ve henüz tazminat hukukunun inceliklerine erişememiş (yargıç, avukat) kimi uygulayıcıların zaman zaman, bilimsel görüşler oldukları düşüncesiyle, etkisinde kalarak yanılıya düştükleri; yanlış kararlar verildiği, her nasılsa Yargıtay incelemesi sırasında gözden kaçırılmışsa, haksız sonuçlar doğduğu ve kişilerin dava kaybederek haksızlığa uğratıldıkları seyrek de olsa arada bir görülmektedir.

Aşağıda bunları birer birer ele alıp eleştireceğiz.

1- “Bakım gücü - Bakım ihtiyacı” kavramları görece, belirsiz, yanıltıcıdır; yaşam gerçeklerine ve Yargıtay’ın yerleşik kararlarına aykırıdır.

Destek tazminatı konusunda yanlış ve yanıltıcı görüşlerin en başında “bakım gücü - bakım ihtiyacı” kavramlarıyla yapılan açıklamalar gelmektedir. Oysa bunlar görece, belirsiz, öznel (subjektif), kesin olmayan, tartışmaya açık kavramlardır. Bakım gücünün parasal desteklikle sınırlandırılması doğru olmadığı gibi, bakım ihtiyacının ölçüsü de kişilerin sosyal ve ekonomik düzeyine, zemine ve zamana göre değiştiğinden, bugün varlıklı olanların ve desteğe ihtiyacı bulunmayanların ilerde ne duruma düşeceklerinin önceden kestirilmesi mümkün olamamaktadır.

Bugün artık uygulamada pek sözü edilmeyen ve destekten yoksun kalma nedeniyle açılan davalarda tazminatın ölçüsü olarak benimsenmediği açıkça belli olan bu kavramlarla yapılan değerlendirmelerin neden yanlış olduğunu, aşağıda Yargıtay kararlarından örneklerle açıklayacağız.

a) Bu kavramlara sıkı sıkıya bağlı kişiler, destekten yoksun kalma zararını “malvarlığı zararı” olarak anladıkları ve algıladıkları için, “bakım gücü” kavramını “parasal güç”le, varlıklı oluşla, zenginlikle sınırlandırmışlar; kişilerin birbirlerine "yardım ve hizmet ederek" dayanışmasını, toplum yapısını, aile içi ilişkileri, kişilerin "bedensel ve düşünsel varlıklarıyla" yarattıkları ekonomik ve toplumsal değerleri görmezden gelmişlerdir. Ya da yeterince araştırma yapmadan kuram ürettikleri; belki de anamalcı (kapitalist) düzen içinde başka türlü düşünemedikleri için yaşam gerçeklerinin ayırdına varamamışlardır.

b) Önce bakım gücünün parasal desteklikle sınırlandırılması yanlıştır. Yargıtay’ın çoğu kararlarında ve ağırlıklı olarak destekliğin, parasal olmaktan daha çok “**yardım ve hizmet**” ederek gerçekleşeceği görüşü ağırlık kazanmıştır. **Kişiler** (akıl hastası ve ileri derecede sakat olmadıkça) **beden güçleriyle her zaman, her yaşta, her durumda birbirlerine destek, birbirlerine yardımcıdırlar.** Yargıtay kararlarında, yaş ve cinsiyet ayrımı yapılmaksızın hiçbir işi ve kazancı olmayan, emekliye ayrılmış ve köşesine çekilmiş yaşlı kişilerin ev içinde ve günlük yaşamlarında (özellikle yaşlı eşlerin) birbirlerine “**yardım ve hizmet**” ederek

destek olacakları kabul edilerek “bakım gücü” kavramının bir anlamı olmadığı ortaya konulmuştur.³⁷

c) Bakım ihtiyacı kavramı ise, tazminat hesaplarının geleceğe yönelik bir değerlendirme olması nedeniyle daha da yanlıcıdır. Üstelik Yargıtay’ın, gene yerleşik hale gelmiş ve uzun yıllardan beri süre gelen kararlarında “**kişilerin varlıklı olmaları, destekten yoksun kalma tazminatı istemelerine engel değildir; bugün varlıklı olan kişilerin ilerde yoksulluğa düşmeyeceklerini bugünden söylemek olanaksızdır. Öte yandan varlıklı olsalar bile, ölen kişinin yardım ve hizmet yoluyla sağlayacağı desteklikten yoksun kalmışlardır. Bu nedenle her durumda tazminat isteme hakları vardır**” denilmektedir.³⁸

Ancak ne varki, "bakım gücü-bakım ihtiyacı" anlayışını değışmez din kuralları gibi benimsemiş uygulamadan habersiz bazı kişiler, Yargıtay’ın yaşam gerçeklerini gözönünde tutarak en az kırk yıldan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürdüğü (yukarda açıklanan) kararlarına karşın, ısrarla ve inatla "ölen kişi paralı ve varlıklı değilse ya da çalışıp kazanç elde etmiyorsa, kısaca parasal yönden “bakım gücü” yoksa destek olamayacağını; öte yandan, desteklerini yitirenler varlıklı, paralı kişiler iseler “bakım gereksinimleri” bulunmadığından tazminat isteyemeyeceklerini; her iki durumda da, haksız eylem ve hukuka aykırı davranış sonucu ölüme neden olanların (zarar sorumlularının), belirtilen durumlarda maddi tazminat ödemelerinin sözkonusu olamayacağını” yineleyip durmaktadırlar.

ç) “Bakım gücü-bakım ihtiyacı” kavramlarından yola çıkılarak, ölenin **bakım gücü yoksa** veya yakınların **bakım ihtiyacı bulunmuyorsa** “destek tazminatı” istenemeyeceği görüşü yaşam gerçeklerine de aykırıdır. Çünkü, **yoksun kalman yalnızca ölenin “bedensel ve düşünsel” varlığıyla sağladığı desteklik** olup, kişiler hangi yaşta olurlarsa olsunlar, bir kazançları ve malvarlıkları bulunmasa da, beden güçleriyle, her zaman ve her durumda birbirlerine yardım ve hizmet ederek destek oldukları bir “**yaşam gerçeği**”dir. Hukuk, toplumbilim kurallarına ve özellikle uygulandığı ülke halkının gelenek, görenek ve inançları ile aile yapısına göre biçimlenmek zorundadır. Aksi takdirde, toplumdan ayrı düşer, işe yaramayan soyut bir kavram olur.

d) “Bakım gücü-bakım ihtiyacı” kavramlarıyla yapılan değerlendirmeler şu bakımlardan da yanlıştır:

Ölen yönünden, bakım gücünün yalnızca parasal değil, yardım ve hizmet ederek de desteklik olduğu, birarada yaşayan kişilerin, özellikle aynı çatı altındaki aile bireylerinin

³⁷ Yargıtay 4.Hukuk Dairesi’nin son dönem kararlarından birinde: “79 yaşında ölen destek olay tarihinde gelir getiren bir işte çalışmasa bile, eşine vereceği desteğin asgari ücret üzerinden hesaplanması gerekir” denilerek bir yaşam gerçeği ortaya konulmuştur. (4.HD.17.04.2008, E.2007/8981-K.2008/5368 – Gene yeni sayılacak bir başka kararda: “Eşe, emekli maaşı dışında, ancak asgari ücret düzeyinde bir destek sağlayabileceğinin kabulü gerekir” denilmiştir. (4.HD.16.10.2008, 11467-11898) - Daha da yeni bir kararda: "Emekli iken yaşamını yitiren desteğin, emekli de olsa, kalan ömrü süresinde, ev ve çarşı pazar işleri gibi günlük işleri yaparak, aile bütçesine asgari ücret düzeyinde katkı sağlayacağı göz önüne alınıp net asgari ücret üzerinden davacı eş yararına destekten yoksun kalma tazminatı hesaplattırılması gerekir" denilmiştir. (4.HD.17.06.2010, E.2009/10653 K.2010/7338) Bu görüşler uzun yıllardan beri sürdürüldüğü için yerleşik hale gelmiştir. Örneğin 1999 yılında verilen kararda “1932 d.lu (olay tarihinde 68 yaşında) olan desteğin eşine “yardım ve hizmet” yoluyla destekliği kabul olunmuştur. (11.HD.13.09.1999, 4689-6755)

³⁸ Yargıtay’ın bu konudaki kararları çok eski yıllardan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürülmektedir. Bizim bulabildiğimiz en eski karar 1973 yılına ve en yenisi 2012 yılına aittir. Bunlardan HGK.17.10.1973 gün E.1973/899 K.1973/798 sayılı kararda: " Ana babanın maddi durumları iyi olsa bile,ilerde çocuklarının maddi desteğine muhtaç olabileceklerinin kabulü, hayatın olağan akışına uygun olur.Gelecekleri,Sosyal Güvenlik Kurumlarınca güvence altına alınmış bile olsa, bir gün zarurete düşüp düşmeyecekleri, çocuklarına muhtaç olmayacakları önceden kestirilemez." ve 4.HD.15.03.2012 gün E.2011/1496 K.2012/4208 sayılı kararda: "Davacıların belirli bir gelirinin olması ölenin desteğinden yoksun kalmadıkları sonucunu doğurmaz. Destek, mutlaka para veya maddi katkı biçiminde olmayabilir. Bunun dışında çeşitli hizmet ve yardımlar ile de destek olunabilir" denilmiştir.

birbirlerine yardım ve hizmet ederek destek sağladıkları bir yaşam gerçeği olduğuna göre, (akıl hastalığı ve yüzde yüz sakatlık gibi ayırık durumlar dışında) her bireyin yaşadığı sürece yakınlarına “bakma gücü” vardır. Yargıtay kararlarında açıklandığı gibi “Destegın yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir”³⁹

Destekten yoksun kalanlar yönünden, ölüm anında “bakım ihtiyaçları” bulunmasa ve **varlıklı kimseler olsalar bile**, ilerde yoksulluğa düşmeyeceklerini söylemek olanaksızdır. Yaşam belirsizliklerle doludur. Ayrıca, sıkça yinelediğimiz gibi, **yoksun kalman** “ölenin **bedensel ve düşünsel** varlığıyla sağladığı” her türlü destekliktir. Bunu yukarıda açıkladık ve Yargıtay kararlarından örnekler verdik.

e) En büyük yanılgılardan biri de, destekten yoksun kalma zararının “malvarlığı zararı” olarak, genel zarar kavramı içinde görülmesi; tazminat hukukunun değerlendirme ölçüleri içinde yer alan “mal” zararı kavramı ile kişilerin (mal-mülk) taşınır taşınmaz varlıklarının birbirine karıştırılması; kişilerin varlıklı-yoksul diye bir ayrıma tutulup, varlıklı iseler tazminat isteyemeyecekleri ya da ölen destekten yüklü bir miras kalmışsa bunun “bakım ihtiyaçlarını” giderdiği ölçüde tazminattan indirileceği (zarar ile yararın denkleştirileceği) ya da davanın büsbütün reddedilmesi gerekeceği, yani zarar sorumlularının tazminat ödemekten kurtulacakları veya daha az tazminat ödeyecekleri gibi adaletsiz bir sonuca varılmasıdır.

Oysa, Yargıtay uzun yıllardan beri miras veya miras gelirlerini tazminat hesaplarıyla ilişkilendirmemekte; indirim veya ret konusu yapmamaktadır. Destek tazminatı tutarları belirlenirken de, mirasçılara kalan malvarlığı, para, sigorta gelirleri hiç hesaba katılmamakta; ölenin beden ve beyin gücüyle çalışarak yarattığı “işgücü-emek” değerine göre tazminat hesaplanmakta; buna ilişkin kararlarda: “Ölenden bir şirket, işletme, işyeri, çiftlik, kira getiren mülk vs. kalmışsa, bunların gelirleri zaten davacılar kalacağından, bu gelirlerin tazminatla ilişkilendirilmemesi; bütün bu malvarlıklarını yöneten muristen yoksun kaldığından, onun yerine aynı işleri yapacak başka birine ödenmesi gereken ücret üzerinden tazminat hesaplanması; değişik bir anlatımla, desteğin “**bedeni ve fikri**” faaliyetiyle sağladığı “**kişisel katkısından**” yoksun kalınması ve destek yerine başka bir kişinin işleri üstlenmesi durumları değerlendirilerek bir “kazanç” unsuru saptanması ve buna göre tazminat hesabı yapılması” uygun görülmektedir⁴⁰

2- Destekten yoksunluğun bir “yansıma zarar” olarak nitelenmesi yanlıştır.

a) Öğretideki kimi görüşler, destekten yoksun kalma tazminatının bir “yansıma zarar” olduğu; ölen kişinin desteğinden yoksun kalanların üçüncü kişi konumunda oldukları, bu kişilerin doğrudan değil dolaylı zarar gördükleri, dolaylı zararın bir alt kavramının “yansıma zarar” olduğu, her ne kadar yansıma yoluyla zarar görenlerin tazminat isteme hakları

³⁹ 15.HD.26.12.1975, 4177-5185 (YKD.1976/7-1029) - 4.HD.20.03.1986, 1585-2553 (YKD.1986/7-959) - 4.HD.02.12.1988, 6744-10354 (Yasa HD. 1989/1-79, no:33)-11.HD.13.09.1999, 4689-6755 - 4.HD.18.04.2002, 757-5015 - 4.HD.14.05.1998, 323-3373 (Yasa HD.,1996/1-61, no:23) - 4.HD.22.09.1987, 5458-6726 - 19.HD.31.05.1995, 9854-4744 - 4.HD.13.04.1976, 3029-3914 - 4.HD.26.06.2001, 4162-6826 - 4.HD.06.04.2000, 1095-3151 - 4.HD.27.03.2008, E.2007/5604 K.2008/4057 - 4.HD.15.03.2012, E.2011/496 K.2012/4208

⁴⁰ Bu konuda karar örnekleri: 4.HD.29.04.2004, E.2003/16064 K.2004/5720; 4.HD.14.02.2002, 2001/10851-2002/1841; 4.HD.15.01.2002, 12625-364 ; 4.HD.13.06.2002, 4903-7347 ; 4.HD.06.12.2001, 11942-12312 ; 4.HD.01.06.2000, 3098-5316 ; HGK.25.05.1984, E.1982/9-301 K.1984/619; 11.HD.25.01.2007, E.2005/13878 K.2007/785 - Örneğin, 4.HD.09.11.2010 gün E.2009/14285 K.2010/11605 sayılı kararında: "Ticari bir alanda çalışan kişinin tazminata esas alınacak geliri, işletmenin gelirine göre değil, kişinin kişisel yetenek ve emeğinin işletme gelirine katkısı belirlenerek, bu katkının parasal değeri üzerinden destekten yoksun kalma zararının belirlenmesi gerekir" ve 4.HD.28.09.2007 gün E.2007/13086 K.2008/7984 sayılı kararında: "Destekten yoksun kalma tazminatı, nakliyecilik yapan desteğin bu işinden elde ettiği gelire göre değil, yapılan işe “kişisel katkısı” esas alınarak hesaplanmalıdır" denilmiştir.

bulunmamakta ise de, ölenin desteğinden yoksun kalan yakınlar yasal düzenlemeyle bu hakkın tanındığı; yakınların tazminat isteme hakkının yansıma zararın ayırık bir durumu olduğu ileri sürülmektedir.

b) Bize göre “yansıma zarar” görüşü yanlıştır. Çünkü ölen kişi, ölüm yüzünden zarara uğramadığına göre, bunun yansıması da olmaz. Hem ölen kişinin zarara uğradığından sözetmek doğa yasalarına aykırıdır; onun malvarlığı üzerindeki tasarrufu ölümle sona ermiştir.

Zarar kavramı ve zarara uğrama olgusu, yaşamda var olan ve yaşayan kişiler (sağlar) için söz konusudur. Ölen için yaşam sona ermiş, kâr-zarar hesabı bitmiştir. Halk deyişyle, dünya malı dünyada kalmıştır.

c) Öte yandan, "destekten yoksun kalma tazminatının doğrudan doğruya hayatta kalanların kişiliklerinde doğan bağımsız bir hak (**doğrudan zarar**) olduğu, bu hakkın onlara öleden geçmediği" tanımı ile "yansıma zarar" görüşü çelişmektedir.

Zararı, hem destekten yoksun kalan kişilerin “malvarlığının eksilmesi” olarak tanımlayacaksınız, hem de ölenin zararından söz edeceksiniz. Oysa, öldürülen kişi bir zarara uğramamış, malvarlığı eksilmemiş, yalnızca bu dünyadaki varlığı sona ermiştir. Ölenin malvarlığı, mirası (ki varsa) yerinde durmaktadır, eksilmemiştir. Eğer eksilecek veya ortadan kalkacaksa, bunu mirasçılar veya üçüncü kişiler gerçekleştireceklerdir.

ç) Mantıksal ve ekonomik açıdan bakıldığında “yararlanma” olgusunda, hem nesnelere hem kişiler vardır. Bir kimse “yararlandığı” bir nesneyi, bir eşyasını, bir malvarlığını yitirmişse bu bir “doğrudan zarar”dır. Aynı kişi ekonomik yönden “yararlandığı”, kendisine ekonomik yönden destek olan, yardımını gördüğü kişiyi yitirmişse, tıpkı yitirdiği nesne (eşya, para, mal gibi) “doğrudan zarar” görür. Buna yansıma zarar demek yanlıştır. Hem, zarar kavramı, “malvarlığında azalma, ekonomik yönden aktifin azalıp pasifin artması” biçiminde tanımlanmıyor mu ? O halde ölenin ekonomik katkısından yoksun kalınması neden yansıma zarar olsun? Parasal destekliğin dışında, yardım ve hizmet ederek desteklikte bile bir “doğrudan yoksun kalınma” olgusu vardır.

Özetle, **yararlanılan bir nesnenin yitirilmesi ile yararlanılan bir kişinin yitirilmesi arasında ekonomik ve mantıksal açıdan hiçbir fark yoktur.** İkisi de “doğrudan zarar”dır.

d) Yargıtay, ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının manevi tazminat isteme haklarını bile “yansıma zarar” değil, “doğrudan zarar” olarak nitelemekte; onların olaydan doğrudan etkilendiklerini kabul etmektedir. Bu nitelemeye bakarak ve destekten yoksun kalma tazminatı isteme hakkının, mirasçılık sıfatından bağımsız, ölümle intikal etmeyen, destekten yoksun kalanların kişiliklerinde oluşan bağımsız bir hak” olduğu tanımını da anımsayarak, bunun “yansıma zarar” olarak görülmesinin asla doğru olmadığını rahatlıkla söyleyebiliriz.

e) Eğer bir yansıma zarardan sözedilecekse (ki bu kavramın doğrusu "dolaylı zarar" olmak gerekir) bu konuda şu örnekleri verebiliriz: Bir şirketi çekip çeviren başarılı yöneticinin ölümüyle şirketin işleri bozulmuş ve kâr kaybı olmuşsa, bundan dolayı şirket sahipleri zarara uğradıklarını ileri sürerek yöneticinin ölümünden sorumlu olanlardan tazminat isteyemezler. Bunun gibi, işverenin ölümüyle işyeri kapanmışsa işsiz kalan işçiler, tiyatro sanatçısının ölümüyle kapalı gişe oyunun sona ermesi yüzünden kazanç kaybına uğrayan tiyatro sahibi, sinema oyuncusunun ölümüyle filmi yarıda kalan yapımcı, müzik sanatçısının ölümüyle işleri bozulan gazino sahibi, yıldız futbolcunun ölümüyle ödediği yüksek transfer ücreti boşa giden ve takımının başarısı azalan spor kulüp yöneticileri, haksız ve hukuka aykırı olarak ölüme neden olanlardan tazminat isteyemezler. Çünkü bütün bunlar dolaylı (yansıma) zarardır ve Borçlar Yasası'ndaki düzenlemede bunların yeri yoktur.

f) Yukardaki örneklerde "dolaylı zarar" gören ve tazminat isteyemeyecek olan kişiler gibi, ölenin desteğinden yoksun kalan (eşi, çocukları, annesi, babası vb.) yakınlar da "üçüncü kişi" olarak nitelenmekte ise de, onlar sosyal güvenlik yasalarındaki tanımıyla "haksahibi" ve "doğrudan" zarar görenlerdir. Onların bu "doğrudan" zararlarını "yansıma zarar" kuramına bağlayanlar, yargıda yüzlerce kişinin zarara uğramasına neden olmuşlardır. Önemi nedeniyle olayı anlatalım:

2918 sayılı KTK'nun 92.maddesi (b) bendine göre, işleyen ve sürücünün "üçüncü kişi" konumundaki (eşi, çocukları, annesi, babası gibi) yakınları, "can" zararları sözkonusu olduğunda (işleyen ve sürücü yüzde yüz kusurlu olsalar bile) trafik sigortasından tazminat isteme hakkına sahiptirler. Yasanın bu açık hükmüne karşın, sigorta şirketlerinin isteğiyle iki öğretim üyesi tarafından verilen "hukuki mütalaa"da, destekten yoksunluğun bir "yansıma" zarar olduğu açıklandıktan sonra, işleyen ve sürücünün kusurları, destekten yoksun kalan hak sahiplerine yansıtılarak bir "yansıma kusur-yansıma suç" kavramı yaratılmış; sonra da "kimse kendi kusurundan yararlanamaz" ilkesine dayanılarak, işleyen ve sürücü yakınlarının sigorta tazminatından yararlanamayacakları sonucuna ulaşılmıştır.

Yerel mahkemeler bu "hukuki mütalaa"yı dikkate almayıp 2918 sayılı KTK'nun emredici nitelikteki 92/b maddesi uyarınca tazminata hükmetmişler ise de, davalı sigorta şirketlerinin temyizi üzerine Yargıtay Özel Dairesi, yirmi yıllık yerleşik içtihadı aykırı olarak art arda bozma kararları vermeye başlamış; böylece 2008-2012 yılları arasında yüzlerce kişi haksızlığa uğramış, uğratılmıştır.

Neyse ki, bir kaç duyarlı yargıcın direnmesi sonucu, Hukuk Genel Kurulu'nca verilen uzun gerekçeli onama kararlarıyla yanlıştan dönülmüş; haksızlıklar son bulmuştur.⁴¹

g) Destekten yoksun kalma tazminatının "yansıma zarar" olarak nitelenmesinin vardığı sonuç "yansıma kusur" olunca, bir yanlışta daha düşülmektedir ki o da şudur:

Ölen destek belli bir oranda kusurlu ise tazminatın kusura göre indirilmesi veya tam kusurlu ise davanın reddedilmesi, ölen kusurlu olduğu için değil, davalı kusursuz veya az kusurlu olduğu içindir. Karşı taraf, elbette, kusuru kadar tazminat ödeyecektir. Burada söz konusu olan indirim değil, karşı tarafın kusur oranına göre tazminat yükümlülüğüdür.⁴²

3- Malvarlığı zararı olarak nitelenmenin yanlışlığı ve sakıncaları

a) "Destekten yoksun kalma zararının, bir "malvarlığı" zararı olduğu ve bu yönüyle genel zarar kavramından ayrılmadığı; tazminat ödenmekle, destekten yoksun kalanın "malvarlığı"ndaki ölüm öncesi ile sonrası arasındaki farkın giderilmesinin amaçlandığı" biçimindeki açıklama ve tanımlarda genelde bir yanlışlık bulunmadığı söylenebilir.

Ancak, burada destekten yoksun kalma tazminatı bir "malvarlığı zararı" olarak nitelenirken, kişilerin (taşınır taşınmaz mallarından ve parasal birikimlerinden oluşan) malvarlığının⁴³ kastedilmediği; bununla, bu tazminat türünün önceden tutarı belirlenmiş bir "can" zararı olmayıp, sorumluluk hukukunun "zarar" kavramına bağlı bir "mal" zararı olduğunun anlatılmak istendiği kanısındayız. Sorumluluk ve Sigorta Hukukunda "mal zararı - can zararı" ayrımında, "can zararı" destekten yoksunluk söz konusu olmaksızın ve hiçbir hesaplama yapılmaksızın tutarı önceden belirlenmiş kesin bir rakam üzerinden ödenmekte iken, haksız eylemden ve hukuka aykırı sorumluluktan doğan "zarar"larda bir tazminat hesabı yapılması gerekmekte; bu hesaplamada (desteklik yardım ve hizmet biçiminde de olsa) parasal bir değerlendirme zorunlu bulunduğu için, buna "mal zararı" denilmektedir.⁴⁴

⁴¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.02.2012 gün E.2011/17-787 K,2012/92 sayılı ve 15.06.2011 gün E. 2011/17-141 K,2011/411 sayılı kararları - Direnme kararlarında, "İşleyen ve Sürücü Yakınlarının Trafik Sigortasından Yararlanmaları" konusunda İstanbul Barosu Dergisi'nin 2008/6 sayısı 2861-2900 sayfalarında ve 2009/6 sayısı 3099-3106 sayfalarında yayınlanan yazılarımızdan yararlanılması bizi çok mutlu etmiştir. '

⁴² Yansıma zarar ve yansıma kusur söz konusu olamayacağı içindir ki, Yargıtay'ın bir kararında:"Babanın kusurundan dolayı çocukların tazminatından indirim yapılamaz" denilmiştir. (11.HD.17.06.1988, E.1988/4590-K.1988/4049)

⁴³ Eski dilde: Mâmelek, Fr.Patrimoine (Patrimuvan), Alm.Vermögen

⁴⁴ Sigortacılıkta, bireysel kaza sigortaları bir "can" sigortası türü olup, sigorta poliçesinde ödenecek sigorta bedeli, belli bir tutar (meblâğ) olarak önceden belirlenmiştir. Ölüm halinde, herhangi bir tazminat hesabı

Sorumluluk ve sigorta hukukuna özgü “mal zararı” kavramı ile kişilerin (taşınır taşınmaz) malvarlığının birbiriyle karıştırılmaması gerekirken, destekten yoksunluğun bir “malvarlığı” zararı olduğu biçimindeki tanımlama, kişilerin malvarlığı zararına dönüştürülüp, buna bakım gücü-bakım ihtiyacı biçimindeki belirsiz ve görece kavramlar da eklenerek, haksız eylemden zarar görenlerin tazminat alamamaları ve haksız eylem sorumlularının tazminat ödemekten kurtulmaları sonucunu doğuran bir anlayış ortaya çıkmıştır.

Bu yanlış yorum ve anlayışın yarattığı haksızlıklara örnekler pek çoktur. Örneğin,

“Destekten yoksun kalanlar aynı zamanda mirasçı iseler, **desteğin vakitsiz ölümüyle erken mirasa kavuşacaklarından** ve malvarlıklarında artma olacağından, herhangi bir zarardan söz edilemeyeceği, bu nedenle tazminat davasının reddi gerekeceği” ileri sürülmüş;

Hattâ insafın ölçüsü iyice kaçırılarak, “eğer destekten yoksun kalanlara **üçüncü kişilerden bir miras kalmışsa** ve bu miras bakım ihtiyaçlarını karşılamakta ise ya da yaşam düzeylerini yükseltmişse, bunun zarardan indirim nedeni olacağı veya duruma göre tazminat isteminin büsbütün reddi gerekebileceği” söylenebilmiştir.

Bu görüşleri savunanların ortak düşünceleri, “Borçlar Kanunu 45/2 maddesinin her zaman ve her durumda uygulanamayacağı, her haksız ölümün destek tazminatı isteme hakkı vermeyeceği, bunun için destekten yoksun kaldıklarını ileri sürenlerin, ölüm olayından sonra, yaşam düzeylerinde bir değişiklik olmamışsa, herhangi bir zarardan söz edilemeyeceğinden tazminat isteklerinin reddedilmesi gerekeceği” biçimindedir.

Haksız, adaletsiz, bütünüyle akla-mantığa, tarihsel gelişime ve yaşam gerçeklerine aykırı bulduğumuz bu görüşleri, yukarda bir başka biçimde “bakım gücü-bakım ihtiyacı” kavramlarını ele alarak eleştirmiştik. Şimdilik ve kısaca şu kadarını söyleyelim ki, öldürülen kişinin veya yakınlarının malvarlıkları ile haksız eylemin yolaçtığı zarar arasında bir bağ kurmak son derece yanlış olup, haksız ölüm olayı olmadan da edinilebilecek kazanımlardan haksız eylem sorumlularının yararlandırılmaları biçiminde bir anlayışın hukukta yeri olmamalıdır.

Türk Hukukunda savunulan doğru görüşlere ve Yargıtay’ın geçmişin yanlışlarından arınmış kararlarına göre: “Mirasçılık yasadan doğan bir hak olduğundan, haksız eylemi işleyen veya ölüme neden olanlar bundan yararlanamaz ve mirasçıların elde ettikleri yararlar tazminattan indirilemez. Çünkü, tedbirli olup, ailesinin geleceğini düşünen murisin biriktirdiği servetten haksız eylem sorumlularının yararlanması hak ve insaf duygusuyla bağdaşmaz.”⁴⁵

Sosyal Güvenlik Kurumlarının ölüm dalından bağladığı gelirler ile destekten yoksun kalma tazminatı arasında bir ilişki kurulamayacağına ve bu gelirlerin tazminattan indiriminin söz konusu olamayacağına ilişkin Yargıtay 06.03.1978 gün 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında da aynı düşünce yer almış ve şöyle denilmiştir:

“Haksız eylem sonucu ölen kişi, yaşamı süresince çalışmış ve maaşından düzenli olarak belirli bir miktar para kesilerek sandığa yatırılmıştır. Zarar verenin bu paradan yararlanması söz konusu olamaz. O halde zarar veren, verdiği zararın tamamını açılan davada ödemelidir.”

yapılmaksızın poliçedeki meblâğın tamamı ölenin “mirasçılara” ödenir. Bunun için kazanın kanıtlanması ve mirasçılık belgesi yeterlidir, başka bir belgeye gerek yoktur. - Sorumluluk sigortaları ise bir “mal” sigortası niteliğindedir; can sigortasından farklı olarak, zararın ve kusurun kanıtlanması, ölen ile desteğinden yoksun kalanların yaşına, bakiye ömür sürelerine, destekle ilişkilerine, desteğin işi ve kazancına göre bir tazminat hesabı yapılması gerekmektedir. Can sigortalarında sigorta bedelini yalnızca mirasçılar alabilirler iken, sorumluluk (mal) sigortalarında, mirasçılık koşul olmayıp, destekten yoksun kalındığının kanıtlanması gerekmektedir. Trafik Sigortası, Taşıma Sigortası, Tüpgaz Sigortası birer “sorumluluk-zarar” sigortası, başka deyişle “mal” sigortası türleridir. Buna karşılık, yolcular için yaptırılan Koltuk Sigortası bir ferdi kaza (can) sigortası türüdür. Otobüs sürücüsü ve taşımacı kusursuz olsalar bile, ölen yolcunun mirasçılara poliçedeki meblâğın tamamı (bir tazminat hesabı yapılmaksızın) ödenmek zorundadır.

⁴⁵ Eren, age., sf.729

b) Konuyu bir başka açıdan ele alırsak, bir “sorumluluk” ve “mal” zararı olarak nitelenebilen destekten yoksun kalma tazminatını, kişilerin “malvarlıkları” anlamına dönüştürüp, malvarlıklarında bir eksilme olmuşsa tazminat isteyebilecekleri, eksilme olmamışsa ve üstelik miras ve benzeri yollarla malvarlıkları artmışsa (zenginleşmişlerse) tazminat isteyemeyecekleri anlayışını, malvarlığı olmayanlara, yoksullara uygularsak şöyle tablolar ortaya çıkar:

Örneğin, iş kazasında ölen ve emeğinden başka bir malvarlığı bulunmayan işçinin eşi ve çocuklarının neyi eksilmiş olacaktır? Malvarlıkları bulunmadığına göre, eksilen, daha doğrusu yoksun kalınan ölen işçinin emeği, alınteri, beden gücüdür. Emek, bir malvarlığı değil, bir “ekonomik değer”dir. İşçi, emeği karşılığı aldığı ücretle kendisini ve ailesini geçindirdiği için, ölümüyle (kendisi değil) eşi ve çocukları bu “ekonomik değer”den yoksun kalmışlardır. Bunu “emek kuramı” diye de adlandırabilirsiniz.

Bir başka örnek, ev kadınlarının kendi ev hizmetlerini yaparak sağladığı desteklidir. Ev kadınının ölümüyle onun ev hizmetleriyle yarattığı “ekonomik değer”den ya da beden gücüyle ürettiği “emek”ten yoksun kalınmış olur. Burada da bir “malvarlığı” zararından söz etmek olanaksızdır. Her ne kadar, kadının beden gücü ve emeğinin parasal değerlendirilmesi yapılarak tazminat hesaplanmakta ise de, gene de destekten yoksun kalma tazminatını mal zararı olarak nitelemek yanlış olur.

Küçük yaşta ölen çocukların ana ve babalarına destekliğinde de malvarlıklarında bir eksilmeden ya da çoğalmadan söz edilemez. Geleceğe yönelik varsayımsal hesaplamada çocuğun, eğer yaşasaydı, çalışarak “beden gücüyle” yaratacağı ekonomik değer, ana ve babanın destekten yoksun kalma tazminatının ölçüsü olmaktadır. Burada dahi, tazminat olarak hesaplanan mal zararı değil, yoksun kalınan beden gücünün yarattığı değerdir.

Sonuç olarak, destekten yoksun kalma tazminatının hukuksal nitelemesi yapılırken, genel zarar kavramına bağlı kalınmamalı; malvarlığının azalması-çoğalması biçimindeki tanımlamalardan vazgeçilmeli; özellikle:

- 1) Desteklik ve destekten yoksunluk ile kişilerin malvarlıkları arasında bir bağ kurulmamalı;
- 2) Yalnızca, ölenin beden ve beyin gücüyle sağladığı yarar üzerinden destek tazminatı hesaplanmalı;
- 3) Yoksun kalınmayan yararlar hiç hesaba katılmamalı; yoksun kalınan ne ise onun hesabı yapılmalıdır.

4- Malvarlığı nitelemesine bağlı “fark kuramı” da yanlıtıdır.

Destekten yoksun kalmayı bir “malvarlığı zararı” olarak niteleyenler, bu zararı, “yoksun kalan kişilerin malvarlıklarında, ölüm öncesi ile sonrası arasında oluşan fark” olarak tanımlamakta ve böylece bir “fark kuramı” ortaya atmaktadırlar. Bedensel zararlar da kalıcı sakatlıklar için benimsediğimiz bu kuramın, destek tazminatı için uygun olmadığını düşünüyoruz. Her ne kadar destekten yoksun kalanların ölüm öncesi ile sonrası arasında yaşamları arasında bir fark meydana gelmekte ise de, biz bunu “fark” olarak değil, yaşamlarında “değişiklik” olarak görüyoruz.

Destekten yoksun kalma zararının, bir malvarlığı zararı olarak kabul edilmesi; yoksunluğun, desteğin ölümünden önceki ve sonraki malvarlığı arasındaki fark olarak (**fark kuramı**) değerlendirilmesi iki yönden **yanlıştır**.

Birincisi, ölüm ve yaralanmaların “**can zararı**” olarak değil de “**mal zararı**” olarak değerlendirilmesi, günümüzde yeniden tanımlanan “insan hakları” ve “yaşam hakkı” kavramlarına ters düşmektedir.

İkincisi, yukarda belirttiğimiz gibi, **yoksun kalınan**, ölenin **bedensel varlığıdır; onun bedensel ve düşünsel etkinliğiyle sağladığı desteklidir**. Bu desteklik, yukarda açıklandığı gibi (yinelersen), para vererek olabileceği gibi, yardım ve hizmet ederek, koruyup kollayarak, akıl vererek, yol göstererek, bilgi ve deneyimlerinden yararlandırarak da olabilir. Yoksun kalınan belli olduğuna ve uygulamada **tazminat hesabı yalnızca ölenin emeği (bedensel etkinliği) üzerinden yapıldığına göre**, burada fark kuramına yer yoktur.

5- Ölümün, yakınlarla “yarar” sağlayacağı görüşü de son derece katı ve maddeci bir anlayıştır.

Haksız eylemin, zarar gören kişilere kimi zaman “**yarar**” sağlayacağı görüşü son derece maddeci, anamalcı, acımasız, hak ve hukuk kavramlarını dışlayan bir anlayıştır. **Haksız ölüm (öldürme)**, ölen kişinin yakınlarına hiçbir zaman ve hiçbir biçimde “**yarar**” sağlamaz. **Doğal ölümle elde edilebilecek** (miras, miras gelirleri, dul ve yetim aylıkları, yaşam ve kaza sigortaları gibi) **kazanımların**, hukuka aykırı ölüm/öldürme ile ilişkilendirilmesi hem sakıncalı ve hem de hukuka aykırı bir düşüncedir. Çünkü, hukuka aykırı ölüm/öldürme ile doğal ölümün kazanımları arasında “**nedensellik bağı**” kurulamaz.

6- Öleden kalan miras ve miras geliri nedeniyle tazminat istenemeyeceği görüşü de yanlıştır. Çünkü haksız eylemin yol açtığı yoksunlukla, yasal bir hak olan miras arasında “nedensellik bağı” kurulamaz.

a) Ölenin **mirasçılarına** (yasa gereği) kalan malvarlığının, destekten yoksunluklarını giderdiği ölçüde tazminattan indirileceği ya da davanın büsbütün reddedilmesi gerekeceği düşüncesi yanlıştır.

Destekten yoksun kalanlar, aynı zamanda mirasçı olup da ölümle malvarlıklarında bir artma olmuşsa ve böylece erken ölümle vaktinden önce mirasa kavuşmuşlarsa “bakım gereksinimleri” karşılandığı ölçüde tazminattan indirim yapılması gerekeceği; hattâ miras gelirleri yaşam düzeylerini yükseltiyorsa hiç tazminat isteyemeyeceği görüşleri asla doğru değildir. Bu tür görüşlerin benimsenmesi ve uygulanmasının, haksız eylemi işleyenleri tazminat ödemekten kurtaracağı veya daha az tazminat ödemiş olacakları gözardı edilmektedir.

b) Bunun gibi, ölümle mirasın **erken** elde edilmiş olacağı, böylece mirasçılarının malvarlıklarında **beklenmedik artışın** dikkate alınması gerekeceği; giderek ölüm sonucu **destek gören** mali açıdan **daha iyi bir duruma gelmişse** tazminat isteyemeyeceği görüşleri de son derece yanlıştır, haksız ve insafsızdır.⁴⁶

Bu görüşleri ileri sürenler, zarar sorumlularını haksız biçimde ödüllendirmekte, tazminat ödemekten kurtarmaktadırlar. Öte yandan, miras ve miras gelirleri destek zararını karşılamış olsa dahi, **destek eğer yaşasaydı**, bilgi, beceri ve deneyimleriyle ilerde **malvarlığını arttırabileceği** de hesaba katılmalıdır. Bu dahi tazminat isteğini haklı kılmaktadır.

Kaldı ki, uygulamada tazminat hesaplanırken, ne miras ve ne de miras gelirleri hesap unsurları arasında yer almamakta, yalnızca **ölenin malvarlığını yönetirken harcadığı emek**, başka bir anlatımla, ölenin **bedensel ve düşünsel varlığıyla sağladığı etkinlik** dikkate alınmaktadır. Şöyle de denebilir: Ölenin yerine malvarlığını yönetecek olan kişinin **harcayacağı zaman ve emeğin karşılığı olan ücret, tazminatın ölçüsü** olmaktadır. Yargıtay’ın son kararları da bu yöndedir.

⁴⁶ Bu tür görüşleri birer "kara mizah" örneği olarak niteliyoruz ve diyoruz ki:“Eh, mademki murisin öldürülmesiyle erken mirasa kavuşulmuştur, o halde mirasçılar gazetelere “teşekkür” ilânı verip, kendilerini erken mirasa kavuşturdıkları için, öldüren kişiye şükranlarını bildirsinler.” Ayrıca zarar sorumluları da ilân verip “Yüklü bir miras bırakarak kendilerini tazminat ödemekten kurtaran” merhuma Tanrıdan rahmet, kalanlara başsağlığı dilesinler.”

c) Miras konusunda, anamalcı görüşler, insafın ölçüsünü iyice kaçırarak daha da ileri gitmişler; eğer destekten yoksun kalanlara **üçüncü kişilerden bir miras kalmışsa** ve bu miras bakım ihtiyaçlarını karşılamakta ise ya da yaşam düzeylerini yükseltmişse, bunun zarardan indirim nedeni olacağını, hattâ davanın ve tazminat isteminin reddi gerekebileceğini dahi ileri sürebilmişlerdir.⁴⁷

Bu görüşler birkaç yönden yanlıştır: Önce, **mirasçılık** zarar verici olayın sonucu olmayıp, **yasadan doğan bir hak**tır. Murisin biriktirdiği servetten zarar sorumlusunu yararlandırmak hak ve adalet duygusu ile bağdaşmaz. Tazminat sorumlusu, zarar görenin erken mirasa kavuştuğunu, böylece bakım gereksinimi kalmadığını ileri sürerek yarar elde edemez. Çünkü, miras ve miras gelirleri ile haksız eylemin yol açtığı zarar arasında "**nedensellik bağı**" kurulamaz. Ayrıca, zarar verenin, terekenin artma olasılığını önlemiş olabileceği de düşünülmalıdır.⁴⁸

Miras veya miras gelirleri tazminattan indirim nedeni de olamaz. Çünkü, uygulamada destek tazminatı hesaplanırken, miras ve miras gelirleri hesap unsurları arasında yer almamakta; hesaplama, ölenin "bedensel ve düşünsel" etkinliğiyle elde ettiği gerçek veya varsayımsal kazançlar üzerinden yapılmakta; eğer "yardım ve hizmet ederek" desteklik söz konusu ise, bunun "görece" değeri tazminatın ölçüsü olmaktadır. İşte, uygulamada, miras ve miras gelirleri hesap unsurlarına katılmadığı için, bir indirim de gerekmemektedir.

7- Ölen kişinin primlerini ödeyerek kendisine ve yakınlarına sağladığı sigorta güvencelerinin tazminattan indirileceği görüşü de yanlıştır.

Ölen kişinin primlerini ödeyerek kendisine ve yakınlarına sağladığı **sigorta güvencelerinin** (ardıllığın ve dönme hakkının söz konusu olmadığı durumlarda dahi) tazminattan indirileceği görüşü ise büsbütün yanlış ve bunlardan haksız eylem sorumlularının yararlandırılmaları da haksızlıktır.

Kişinin primlerini ödeyerek yaptırdığı yaşam sigortası ve kaza sigortalarının haksız eylemin yol açtığı zarardan indirilmesi söz konusu olamaz. Yaşam ve Kişisel Kaza Sigortalarından ödenen tazminatın kaynağı, haksız eylem olmayıp, daha önceden sigorta şirketi ile yapılan sözleşme olduğundan, haksız eylemden sorumlu kişilere karşı açılan davada hesaplanan tazminattan indirim söz konusu değildir. Çünkü, ödenen tazminat ile haksız eylem arasında bir "nedensellik bağı" yoktur. Sigortacı ile sözleşme yaparak sigorta primlerini ödeyen kişi, bu sözleşmeyi haksız eylemi işleyen yararına değil, kendisinin veya yakınlarının yararına yapmıştır. Bu yüzden ölenin, yakınlarının yararlanması amacıyla aldığı önlemlerden, sigorta sözleşmesiyle ilgisi bulunmayan haksız eylem sorumluları yararlanamaz. Bunun gibi, kaza sonucu bedensel zarara uğrayan kişi, eğer önceden bir kaza sigortası yaptırmışsa, sigortadan tazminat alması, onun üçüncü kişilere başvurma ve zararın tamamını isteme hakkını ortadan kaldırmaz. Öte yandan, can sigortaları bir "meblâğ" sigortası olduğundan,

⁴⁷ Yabancı hukukçulardan (bilimsel görünme kaygısıyla) alıntılanarak kitaplara konulan bu tür görüşler yargıda gereksiz tartışmalara ve zaman kaybına neden olmaktadır.

⁴⁸ Bir hukukçumuzun dediği gibi: "Zarar verici olay gerçekleşmeseydi bile, destek er veya geç nasıl olsa bir gün ölecek ve zarar gören, mirasçı veya vasiyet alacaklısı sıfatıyla miras veya vasiyet alacağına sahip olacaktı. Öte yandan, mirasçılık kanundan doğan bir hak'tır. Bu nedenle, mirasçının kanun gereği nasıl olsa bir gün iktisap edeceği mirası, yarar saymak mümkün değildir. Kaldı ki, zarar verenin, haksız bir eylemle öldürdüğü bir kimsenin mirasçısına kalan servetinden denkleştirme yoluyla yararlanması, hukuk duygusunu da incitecek niteliktedir. Diğer taraftan, mirasçılık, zarar verici olayın sonucu değil, ölüm olayının bir sonucudur. Kanun, mirasın miras bırakanın ölümüyle açılacağını öngörmüştür. (MK.517/I) Bu itibarla zarar veren, Kanunda öngörülen bu hükme dayanamaz. Ayrıca, mirasçı kavramıyla desteklenen, yardım gören kavramları da birbirleriyle eş kavramlar değildir. BK.m.45, mirasçı deyimini değil, ölenin yardımından yoksun kalanlar deyimini kullanmıştır. Görülüyor ki, desteklenen kişinin mutlaka mirasçı olması şart değildir. Nihayet, sorumlunun zarar verici öldürme olayı, miras bırakan desteğin daha önce ölümüne sebep olmakla onun malvarlığının ve dolayısıyla terekesinin artma ihtimalini de önlemiş bulunmaktadır. Destek, zarar verici olay sonucu ölmeseydi belki daha uzun yıllar yaşayacak ve miras mallarını arttıracaktı. Erken ölüm sonucu bu imkan önlenmiştir." (Prof.Dr.Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1998 Beta, 6.Bası, Cilt:1,sf.729)

sigortacının da ödediği tazminattan dolayı, haksız eylem sorumlularına dönme (rücu) hakkı yoktur. Çünkü sigortacının da haksız eylemle bir bağlantısı bulunmamaktadır. Kazaya uğrayan kişinin, hem Kişisel Kaza Sigortası'ndan ve hem de haksız eylem sorumlularından tazminat alması haksız zenginleşme ve malvarlığında nedensiz çoğalma değildir. Çünkü o kazalara karşı önlemini almış ve bunun için bir bedel (prim) ödeyerek kendine (veya yakınlarına) güvence sağlamıştır.

Bu konuda Türk Ticaret Kanunu m.1338'de: "Üçüncü kişinin kusuru sonucu meydana gelen kazalardan dolayı, sigorta ettirenin sigortacıdan tazminat alması, sigorta ettirenin üçüncü kişiye başvurma hakkını ortadan kaldırmaz. Üçüncü kişi, sigorta ettirenin sigortası dikkate alınmaksızın bütün zarar ve ziyasını ödemekle yükümlü tutulur" denilmiştir.

8- Sosyal Güvenlik Kurumlarının ölüm dalından bağladığı gelirler de indirim konusu olamaz.

a) Sosyal Güvenlik Kurumlarının ölüm dalından bağladığı dul ve yetim aylıkları ile anaya ve babaya bağlanan gelirler, destek tazminatı ile ilişkilendirilemez ve tazminattan indirim nedeni olamaz. Özellikle trafik kazalarında, davacılar sosyal güvenlik kurumlarından gelir bağlanıp bağlanmadığının veya kendilerinin yaşlılık aylığı alıp almadıklarının araştırılması gereksiz bir zaman kaybıdır. Zorunlu sigortaları yapan ve başvuru gününden başlayarak sekiz gün içinde sigorta tazminatını ödemekle yükümlü olan sigorta şirketlerinin de, haksahiplerine sosyal güvenlik kurumlarından gelir bağlanıp bağlanmadığını araştırma hak ve yetkileri yoktur.

Bu konuda Yargıtay 06.03.1978 gün 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında "**Ölüm sigortasından** bağlanan aylıklar, **belirli bir süre sigortalı olmanın ve prim ödemiş bulunmanın** bir sonucudur. **Zarar verenin bu paradan yararlanması söz konusu olamaz.** O halde zarar veren, verdiği zararın tamamını açılan davada ödemelidir. Bu nedenle, **tazminat ödemekle yükümlü olan kişi (ölüm dalından bağlanan aylıkların) destekten yoksun kalma tazminatından indirilmesini isteyemez**" denilmiş; buna bağlı olarak aynı doğrultuda Hukuk Genel Kurulu ve Özel Dairelerce benzer kararlar oluşturulmuştur.⁴⁹

b) Aynı biçimde Sosyal Güvenlik Kurumu'nun "**iş kazası ve meslek hastalığı sigortası**" dalından bağladığı gelirlerin, sorumlu işveren ise "ilk peşin değeri"nden fazlası, sorumlu üçüncü kişi ise "ilk peşin değerinin yarısı"ndan fazlası; bir başka anlatımla Kurum'un rücu edebileceği miktardan fazlası tazminattan indirilmeyecektir. (5510 sayılı Yasa m.21)

c) Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına ve buna bağlı olarak uzun yıllardan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürülen yerleşik kararlara karşın, bazı kişilerin ve özellikle sigorta şirketlerinin, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun bağladığı gelirlerle destekten yoksun kalanların "bakım ihtiyaçları" kalmadığını ileri sürerek tazminat ödemeyi reddettiklerini, bu tür dayatmalar yüzünden yıllarca çok sayıda davalar açıldığını ve yargının iş yükünün gereksiz yere artırılmasına neden olduğunu; ayrıca mahkemelerin hiç gereği yokken, Sosyal Güvenlik Kurumu'ndan haksahiplerine bağlanan gelirleri sordurduklarını anımsatalım.

⁴⁹ Yargıtay BGK. 06.03.1978 gün 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ve Daire Kararları: 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 66. maddesi hükmünce ölüm sigortasından bağlanan aylıklar tazminattan indirilmez. (9.HD.28.11.1989, 10192-10368) (YKD.1990/5-677) - Ölenin eş ve çocuklarına bağlanan dul ve yetim aylıkları tazminattan indirilmez. (11.HD. 27.04.1982, 1762-1988) (YKD.1982/7-954) - Ölüm sigortasından bağlanan dul aylığı tazminattan indirilmez. (HGK.28.11.1979, 77/4-1110 E.79/1395 K.) (YKD.1980/7-938) - Ölüm sigortasından bağlanan dul ve yetim aylıkları maddi tazminattan indirilmez. (4.HD.30.01.1980, 10479-1018) - Ölüm sigortasından bağlanan aylıklar için 506 sayılı Yasa'nın 26.maddesine göre Kurum'un rücu hakkı bulunmadığından, işverenin iki kez ödemedede bulunması gibi bir durum olmaz. Bu nedenle, ölüm sigortasından bağlanan dul ve yetim aylıkları tazminattan indirilmez. (HGK. 31.01.1986, E.1985/9-853 K.1986/67) - SSK. emeklisi iken trafik kazasında ölen kişinin eş ve çocuklarına bağlanan aylıklar tazminattan indirilmez. Çünkü her iki olgu arasında yasal bağlantı bulunmadığı gibi nedensellik bağı da yoktur. (4.HD. 23.05.1989, 1308-4696) (Yasa H.D. 1989/9-1232,no:522) - SSK'dan alınan emekli aylığı destek hesabına esas alınamaz. (4.HD.26.04.1999, 2011-3705)

d) Bugün artık, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, Sosyal Güvenlik gelirlerinin araştırılması ve sorulması gereği kalmamıştır. Çünkü, yeni Yasa'nın 55.maddesine göre: "Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu Kanun hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. **Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler**, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; **zarar ve tazminattan indirilemez**"

9- Destekten yoksun kalan kişinin çalışıyor olması veya çalışmaya başlamasının davanın reddi sonucunu doğuracağı ya da tazminattan indirim nedeni olacağı veya tazminatın çalışmaya başladığı tarihe kadar hesaplanacağı görüşlerinin tümü haksız, insafsız ve hukuka aykırıdır.

Destek tazminatı konusunda haksız (hukuka aykırı) ve yanlış görüşlerin en ürpertici olanları, zarar görenlere neredeyse hiçbir hak tanımama eğilimindekilerdir. Bunlara "**haksız eylem savunucuları**" demek daha doğru olur.

Bu görüştekiler, **destekten yoksun kalan kişinin**, bir işe girip çalışmaya ve kazanç elde etmeye başlaması durumunda "bakım gereksinimi" kalmayacağından maddi **tazminat hesabının işe girdiği güne kadar hesaplanması** gerektiğini; dahası, **dul kadının**, eşinin ölümünden sonra **bir iş bulup çalışmaya başlaması** ve kendi ihtiyaçlarını elde ettiği kazançla karşılayabilmesi durumunda, artık bu kimse yararına destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmemesi gerektiğini ileri sürmüşler; daha dahası, acımasızlığın ve haksızlığın sınırlarının iyice aşıldığı bir noktaya gelinerek "**dul eşin, çalışma olanağı varken**, sırf tazminat borçlusunu zarara uğratmak **kastıyla** dürüstlük kurallarına aykırı şekilde **çalışmaya başlamaması durumunda** haksız sayılması gerektiğini" ve bu durumda davanın reddedilmesi gerekeceğini söyleyebilmişlerdir. Bu tür akla, mantığa, hukuka aykırı görüşleri kınamaktan kendimizi alamıyoruz.⁵⁰

Uygulamada, yargıda ve Yargıtay kararlarında bu tür görüşlere kesinlikle değer verilmemektedir. Bir Yargıtay kararında: "**Hukuka aykırı olarak gerçekleşen zararın, zarar görenin kendi imkanlarıyla giderilmesi, sorumluluğu ortadan kaldırmaz.**" denilmiştir.⁵¹

VII- DESTEK VE DESTEKLİK

1- Destek

Birlikte yaşadığı kişilere ve yakınlarına sürekli ve düzenli olarak türlü yollardan ve türlü biçimlerde **yardım eden**, onlarla sürekli yardımlaşma ve dayanışma içinde bulunan, koruyup kollayan, eğer ölmeseydi **ilerde yardım etmesi beklenen** veya büyük bir olasılıkla yardım edecek olan kişidir.

2- Desteklik

Destek sayılabilmek için ölenin mutlaka ölüm zamanında bir kimseye yardımda bulunmasına gerek yoktur; ilerde kurulacak olan yardım ve gözetim ilişkisi de B.K. m.45/2'nin (TBK.m.53/3'ün) uygulanması için yeterlidir. Başka bir deyişle, ölüm olmasaydı ilerde kurulacak ilişkinin bir destek ilişkisi olacağı kesin ise, destekten yoksunluk tazminatı istenebilir.

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere, iki tür desteklik söz konusudur: 1) Gerçek destek, 2) Varsayımsal destek.

a) **Gerçek destek**, öldüğü güne kadar başkasına sürekli ve düzenli bir biçimde bakıp gözetilen ve çeşitli yardımlarda bulunan kişidir. Bugünkü görüş artık parasal desteklikle sınırlı

⁵⁰ Bakınız: Yukarda 7 no.lu dipnotta belirtilen kaynaklar. - Bu konuda somut örnek 8 no.lu dipnotta verilmiştir.

⁵¹ Yargıtay 4.HD.19.04.1982, E.1982/3059 K.1982/3938 sayılı kararı.

tutulmadığına göre, **kişiler hangi yaşta olurlarsa olsunlar, bir kazançları ve malvarlıkları bulunmasa da beden güçleriyle birbirlerine hizmet ederek destek olurlar.** Örneğin, hizmet etmek (örneğin, ev kadınlarının ev işlerini görmeleri, emeklilik günlerini yaşayan erkeklerin alışveriş işlerini üstlenmeleri, evde eşlerine yardım etmeleri, kız çocuklarının küçük yaşlardan başlayarak mutfak işlerinde ve ev temizliğinde annelerine yardımcı olmaları, erkek çocukların babalarına yardım etmeleri) maddi destek sayıldığına göre, çocuk-yaşlı, kadın-erkek ayrımı yapılmaksızın en azından asgari ücretler düzeyinde destek tazminatı hesaplanmalıdır. Bunun gibi, ileri yaştaki ve emeklilik çağındaki kimselerin de, ayrıca kazançları ve malvarlıkları olmasa bile **bedensel varlıklarıyla, birikimleri, deneyimleri, görgü ve bilgileriyle** yakınlarına destekliği kabul edilmelidir.⁵²

b) **Varsayımsal destek**, ölüm olmasaydı, yaşamın ve olayların olağan akışı içerisinde ilerde kurulacak bakma (yardım) ilişkisi uyarınca destek olması beklenen kimsedir. Küçük yaştaki çocukların ana ve babalarına destekliği buna örnek gösterilmektedir. Ancak biz, uygulamada çocukların varsayımsal destekliğinin (18) yaşına veya yüksek öğrenimini tamamladığı yıla kadar uzatılmasını doğru bulmuyoruz. Çünkü, toplum yapısı ve aile bağlarıyla ilgili araştırmalara göre, çocuklar (6) yaşından başlayarak ailelerine "yardım ve hizmet" ederek destek olmaktadırlar

Ülkemizin toplum ve aile yapısı incelendiğinde, çocukların çok küçük yaşlardan başlayarak bedensel varlıklarıyla anne ve babalarına "yardım ve hizmet" ederek destek oldukları görülecektir. Çocuklar, pek az ayrık durumlar dışında, kız olsun erkek olsun, ev işlerinde çalışırlar, mutfakta ve temizlik işlerinde annelerine yardım ederler, çarşı pazar alışverişine giderler, küçük kardeşlerine bakarlar. Köyde yaşıyorlarsa tarım ve hayvancılık işlerinde çalışırlar. Kızlar halı, kilim, bez dokurlar. Özetle, çocuklar küçük yaşlardan başlayarak beden güçleriyle "yardım ve hizmet" ederek ailelerine maddi destek olurlar.

Türkiye İstatistik Kurumu'nun (TÜİK) 2006 yılı çocuk işgücü araştırma sonuçlarına göre, çocukların "**ev işlerinde**" çalışmaları **altı yaşından** başlamaktadır. Raporda, **6-17 yaş** grubundaki bütün kız çocukların %53'ünün ve erkek çocukların %33'ünün yemek yapma, çamaşır yıkama, temizlik, alışveriş ve küçük kardeşlere bakma gibi ev işleri yaptıkları; 15 -17 yaş grubundaki kız çocukların hemen hemen dörtte üçünün gerek kırsal, gerekse kentsel yerleşimlerde ev işleri yaparak ailelerine yardımcı oldukları açıklanmıştır. Daha önce 1994 ve 1999 yıllarında yapılan araştırmalarda da aynı sonuçlar alınmıştır.⁵³

DİSK-AR'ın araştırmasına göre de, "**ev işlerinde**" **çalışan çocukların sayısı** 1999 yılında 4 milyon civarında iken, 2006 yılında bu sayının 7 milyona ulaştığı saptanmıştır.⁵⁴

Ayrıca ülkemizde pek çok çocuk çalışarak aile bütçesine katkı sağlamaktadırlar. Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) çocuk işçiliği uluslararası programı (IPEC) desteğiyle Türkiye İstatistik Kurumu'nun gerçekleştirdiği 2006 yılı "Çocuk İşgücü Anketi" sonuçlarına göre, Türkiye'de çalışan her 100 kişiden 5'inin 6-14 yaş grubu çocuklar, her 100 kişiden 14'ünün 15-19 yaş grubu gençler olduğu; 6-14 yaş grubu çocuk nüfusunun yüzde 32'sinin işyerlerinde ve ev işlerinde çalıştığı; 6-17 yaş grubunda çalışan çocukların % 47.7 sinin

⁵² Yargıtay 15.HD.26.12.1975 gün 4177-5185 sayılı kararında: "Destegin yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir" denilmesine ve Yargıtay'ın bir çok kararlarında ev kadınlarının ev hizmetleriyle kocalarına destekliği kabul edilmesine göre, emeklilik çağındaki yaşlı erkeklerin de ev hizmetlerine bedensel katkıları olduğu kabul edilip maddi destek hesabında bu husus gözetilmelidir. Böyle bir kabul, yeni Medeni Kanun 186/3 ve 196/2 maddelerine de uygun olacaktır.

⁵³ TÜİK 2006 yılı çocuk işgücü araştırması

⁵⁴ DİSK-AR Araştırması, SOL - Haber Merkezi İnternet sayfası (12.06.2012)

kentlerde % 52.4 ünün kırsal yerlerde yaşamakta oldukları; genel olarak çalıştırılan çocukların % 66 sının erkek, % 34'ünün kız çocuklar olduğu saptanmıştır.

Yasalarımızdaki hükümler de, çocukların küçük yaşlardan başlayarak ailelerine "yardım ve hizmet" yoluyla destek olduklarını göstermektedir. Medeni Yasamızın hükümleri çocukların küçük yaşlardan başlayarak anne ve babalarına "**varsayımsal destek**" değil "**gerçek destek**" olduklarını kabule elverişlidir. Medeni Yasa'nın "karşılıklı yükümlülükler" başlıklı 322.maddesinde "Ana baba ve çocuk, ailenin huzuru ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler" denilmiştir. Önceki Medeni Yasamızın "karşılıklı vazifeler" başlıklı 260.maddesinde de günümüz diliyle söylersek "Ana baba ve çocuk, birbirlerine karşı aile yararlarının gerektirdiği yardımı yapmak ve uyum sağlamak zorundadırlar" denilmekteydi. Benzer bir hüküm daha açık bir biçimde Alman Medeni Kanunu'nun 1619.maddesinde bulunmaktadır. Buna göre, çocuklar ev işlerinde güçleri oranında ana ve babalarına yardım etmekle yükümlüdürler.

Yukardan beri yaptığımız açıklamalara, araştırma sonuçlarına ve yasa hükümlerine göre, çocukların "**varsayımsal**" destekliğinin (TÜİK ve öteki kurumların araştırma sonuçlarına bakarak) 0-6 yaş ile sınırlandırılması; "**gerçek**" destekliğin (6) yaşından başlatılması gerektiği sonucuna varıyoruz.

Önemi nedeniyle çocukların destekliğini ilerde geniş biçimde ele alacağız.

3- Destekliği gerçekleştirme biçimleri

Yardım ve desteklik türlü biçimlerde olabilir:

- Para vererek,
- Yardım ve hizmet ederek,
- Koruyup kollayarak,
- Akıl vererek ve yol göstererek,
- Bilgi ve deneyimlerinden yararlandırarak,
- Yiyecek, elbise, mesken sağlayarak,
- Eğitim masraflarını karşılayarak.

Şimdi bunların bir bölümünü ayrı, bir bölümünü birarada inceleyeceğiz.

a) Parasal desteklik

Ülkemizin toplum ve aile yapısı nedeniyle "parasal" desteklik hemen hemen hiç söz konusu olmamaktadır. Para, tazminat hesabında yalnızca bir değer ölçüsüdür. Desteklik ve destekten yoksunluk, çok ayırık durumlar dışında, aile bireyleri arasında gerçekleşen bir olgudur. Aile içi desteklikte, örneğin baba, eşine ve çocuklarına olağan harçlıkları dışında (işçiye ücret, memura maaş öder gibi) her ay veya belli dönemlerde bir para ödemez. Kazandığı paraları evinin ihtiyaçlarına, eşinin ve çocuklarının geçimine, okul masraflarına harcaması onun destekliğidir. Anne de, bir mesleği ve kazancı olmayıp da yalnızca evinin işlerini yapıyorsa, onun da destekliği bu biçimde gerçekleşmiş olmaktadır. Çocuklar da belli bir yaşa geldikten sonra, nafaka yükümlülüğü dışında, anne ve babalarına düzenli bir para ödememez; daha çok "yardım ve hizmet" ederek destek olurlar.

Özetlersek, ülkemiz koşullarında sürekli ve düzenli olarak belli zamanlarda bir "para" ödeme biçiminde desteklik söz konusu değildir. Hayırsever ve varlıklı kimselerin aile bireyleri dışındaki kişilere (burs vermek, eğitim masraflarını karşılamak gibi) düzenli para ödemeleri ise pek az rastlanan çok ayırık durumlardandır.

Desteklikte para, yukarda belirttiğimiz gibi, tazminat hesabı için gerekli olan bir değer ölçüsüdür. Bu ölçünün uygulanması sırasında belirlenen destek payları ise, tazminat ilkeleri çerçevesinde saptanan bir hesap unsuru olup, aile bireyleri arasında böyle bir paylaştırmadan söz edilemez.

b)Yardım ve hizmet ederek desteklik

Yargıtay kararlarında benimsendiği üzere, yalnız para vererek değil, **hizmet ederek** de destek olunabilir. Yukarıda açıkladığımız gibi, ülkemiz koşullarında parasal desteklik ve kazancın paylaşılması söz konusu olmayıp, aile bireyleri ve yakın akrabalar arasında asıl desteklik "**yardım ve hizmet ederek**" gerçekleşmektedir. Birlikte yaşayan kişiler, özellikle aile bireyleri, hangi yaşta olurlarsa olsunlar, bir kazançları ve malvarlıkları bulunmasa da, her zaman ve her durumda birbirlerine yardım ve hizmet ederek destek olurlar. Bu, yadsınmaz bir "yaşam gerçeği"dir. Bu konuda Yargıtay kararlarında şu görüşlere yer verilmiştir:

aa)Genel olarak

Destekten yoksun kalma, yalnız parasal yardım olarak düşünülemez. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir.

Destek kavramının yalnızca parasal katkı şeklinde anlaşılması gerekmez. Yaşlılık veya hastalıkta ya da ihtiyaç duyulan diğer durumlarda yapılan ev işleri, bakım gibi hizmet ve yardımlar da destek kavramı içerisinde sayılır.⁵⁵

Yerleşmiş içtihadı göre, bedelsiz olarak başkasının bakımını sağlayan ya da ona yardım eden kimse de destek sayılmıştır. Destek, yalnızca yaşamak için gerekli ihtiyaçları sağlayan ya da para veren kimse değildir.Doğrudan doğruya hizmet eden kimse de destektir. Yardım ve hizmet de "ekonomik" bir değer ölçüsüdür.

bb)Yaşlılar ve emekliler

Emekli iken yaşamını yitiren desteğin, emekli de olsa, kalan ömrü süresinde, ev ve çarşı pazar işleri gibi günlük işleri yaparak, aile bütçesine katkı sağlayacağı göz önüne alınıp asgari ücret üzerinden destekten yoksun kalma tazminatı hesaplatılmalıdır.

4.HD.17.06.2010, E.2009/10653 K.2010/7338

Ölen desteğin emekli öğretmen veya emekli eşi olması; hiçbir işte çalışmayıp emekli veya dul maaşı ile geçimini sağlamakta oluşu, destek tazminatı isteminin reddini gerektirmez. Desteğin destekliği asgari ücret düzeyinde değerlendirilmelidir.

4.HD.06.04.2000, 1095-3151

Yetmiş dokuz yaşında ölen destek olay tarihinde gelir getiren bir işte çalışmasa bile, eşine vereceği desteğin asgari ücret üzerinden hesaplanması gerekir.

4.HD.17.04.2008, E.2007/8981 - K.2008/5368

Desteğin emeklilik dönemindeyken yaşamını yitirdiği anlaşıldığına göre, ev işlerine yapacağı katkı (hizmet) gözetilerek net asgari ücret esas alınmak suretiyle hesaplanacak destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmelidir.

4.HD. 24.06.2008 E. 2007/11168 K. 2008/8629

⁵⁵ Bu konuda karar örnekleri pek çoktur. En yeni kararlar: Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 15.03.2012, E.2011/1496 K.2012/4208 sayılı, 01.02.2011, E.2009/14007 K.2011/932 sayılı, 21.10.2010, E.2009/13638 K.2010/10663 sayılı, 13.05.2010, E.2009/10317 K.2010/5922 sayılı, 17.04.2008, E.2007/8981 K.2008/5368 sayılı, 27.03.2008 E.2007/5604 K.2008/4057 sayılı, 29.11.2007, E.2007/13191 K.2007/15103 sayılı kararları olup, bu tür kararlar 1970 yıllarına kadar uzanmakta ve düzenli bir biçimde sürüp gelmektedir. Örneğin, 15.Hukuk Dairesi'nin .02.07.1975, E.1975/2313 - K.1975/3366 sayılı ve 26.12.1975, 4177-5185 sayılı, 4.Hukuk Dairesi'nin 20.03.1986, E.1986/1585 K.1986/2553 ve 02.12.1988, 6744-10354 sayılı, 19.Hukuk Dairesi'nin 06.10.1992, 2629-4737 ve 09.12.1993, E.1993/1310 K.1993/8420 sayılı, 11.Hukuk Dairesi'nin 13.09.1999, E.1999/4689 K.1999/6755 sayılı kararları. -Kitabımızın son bölümünde bu Yargıtay kararlarına yer verilecektir.

cc)Ev kadınları

Yargıtay'ın kırk yılı aşan ve düzenli bir biçimde sürdürülen kararlarına göre: " Bir işi ve kazancı bulunmayan ev kadınları kendi ev hizmetlerini yaparak eş ve çocuklarına maddi destek sağlarlar. Ev kadını olan destek ev hizmetleriyle diğer aile bireylerinin yaşamını kolaylaştıracağından ve onlara katkı yapacağından bundan yoksun kalan hak sahiplerinin tazminat isteme hakları vardır. (4.HD.14.05.1998, 323-3373) Hiçbir işte çalışmasa bile ev kadını aileye destek sağlar. O halde kadının ölümü ile ailenin yoksun kaldığı ev işlerinin parasal karşılığı değerlendirilmelidir. (4.HD.22.09.1987, 5458-6726) Davacıların desteği ev kadını olup, ayrı bir geliri bulunmamaktadır. Bu durumda davacıların yoksun kaldıkları destek tazminatı hesaplanırken aylık net asgari ücret esas alınmalıdır. (4.HD.26.06.2001, 4162-6826) Kadının ev hizmetlerini yapması nedeniyle,ölümü halinde koca bu hizmetlerden yoksun kaldığından; tazminat isteme hakkı vardır. (4.HD. 03.10.1966,4939-8581) Olay tarihinde altmış yaşında bulunan desteğin, davacılar destek olamayacağına ilişkin bilirkişi raporu gerçeğe aykırı olup, ev kadını olarak destekliği asgari ücret düzeyinde değerlendirilmeli; bu miktar üzerinden destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanmalıdır. (4.HD.06.04.2000, 1095-3151)

çç)Çocukların yardım ve hizmet ederek destekliği

Yukarda "gerçek ve varsayımsal" desteklikle ilgili bölümde, TÜİK ve öteki kurumların araştırma sonuçlarına göre, çocukların çok küçük yaşlardan başlayarak anne ve babalarına "yardım ve hizmet" ederek destek olduklarının saptandığını; ayrıca gözlemlerimize dayanarak, kız çocukların ev işlerinde annelerinin yardımcısı olduklarını, ayrıca küçük kardeşleri varsa onlara baktıklarını; erkek çocukların da daha çok evin dışardaki işlerini yaptıklarını, babalarına yardım ettiklerini; kırsal kesimlerde çocukların çok küçük yaşlardan başlayarak tarım işlerinde çalıştıklarını, hayvanlara baktıklarını açıklamıştık. İlerde çocukların destekliğine geniş yer vereceğimizden değinmekle yetiniyoruz.

Şunu da ekleyeli ki, çocuklar belli bir yaşa gelip "yuva"dan ayrıldıktan sonra da anne ve babalarına "yardım ve hizmet" etmeyi sürdürürler. Hele kızlar, evlendikten, çocuk sahibi olduktan sonra da sık sık baba evine gelirler; anneleri onlara, onlar annelerine yardım ederler. Anne ve babadan biri hastalanmaya görsün, çocukların tümü koşar gelirler. Yargıtay'ın bir çok kararlarında aynı biçimde ve sıkça yinelenildiği üzere: " Genel yaşam deneyimleri ve hayatın olağan akışı, yetişkin bir insanın anne ve babasına her durumda ve belirli bir düzeyde destek olacağını gösterir. Her türlü hastalık ve sair sıkıntılarında yardıma koşmaları, sık sık veya arada bir gelip gitmeleri, hattâ bayram günlerinde ziyaret etmeleri bile destek sayılmaları için yeterlidir" denilmektedir.⁵⁶

⁵⁶ Yargıtay 11.Hukuk Dairesi'nin 11.10.2005, E.2004/10735-K.2005/9566 sayılı ve 18.05.1974, E.1974/1820-K.1974/1686 (YKD.1975/12-53 sayılı; 19.Hukuk Dairesi'nin .06.10.1992, E.1992/ 2629-K.1992/4737 (YKD.1993/2-249 sayılı; Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 13.05.2010,E.2009/10317-K.2010/5922 sayılı, 21.10.2010, E.2009/13638-K.2010/10663 sayılı, 15.03.2012, E.2011/1496-K.2012/4208 sayılı ve başka kararları. - Yargıtay 4.HD.18.04.2002, E.2002/757 - K.2002/5015 sayılı kararında: "Kız evladı olan desteğin, anne ve baba olan davacılar muhtemel yaşamları boyunca hizmet şeklinde destek olacağını kabulü ile hesaplanın buna göre yapılması gerekir" denilmiştir. - 4.HD.02.12.1988, E.1988/6744 - K.1988/10354 sayılı kararında: "Davacıların öldürülen çocuğunun ev ve tarla işlerinde çalışarak düzenli ve devamlı bir şekilde davacılar yardım ettiği tanık beyanlarıyla sabit olmuştur. Yardımların, mutlaka para veya eşya vererek değil, hizmet etmek suretiyle gerçekleşebileceği gözetilmelidir" denilmiştir. (Yasa H.D.1989/1-79,no:33) (Yasa H.D.1989/1-79,no:33) -Aynı biçimde "Onyediy yaşında trafik kazasında ölen çocuğun anne ve babasına yardım ve hizmet ederek destek olacağı kabul edilmelidir." (4.HD.29.11.2007, E.2007/13191 - K.2007/15103) ve " Destek sayılabilmek için yardımın yalnızca parasal nitelikte olması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılabilmesi için yeterlidir. Davacıların, oğullarının ölümü nedeniyle destekten yoksun kaldıklarının kabulü gerekir." (4.HD.27.03.2008, E.2007/5604 - K.2008/4057) denilmiştir.

dd) Bir işi kazancı olmayanların destekliği

Destekten yoksun kalma tazminatına hükmolunması için, ölenin bir işi ve gelirin bulunması ve bunun ispatlanması şart değildir. Ölen kişi işsiz veya yaşı küçük olsa bile yakınlarının desteğidir. (4.HD.06.03.2000, E.1999/11287 K.2000/2046) Desteğin yardımının yalnızca parasal nitelikte bulunması zorunlu değildir. Eylemli ve düzenli olarak yapılan hizmet edimleri de bir kimsenin destek sayılması için yeterlidir. (15.HD.26.12.1975, 4177-5185) Destek mutlaka para veya maddi katkı şeklinde olmayabilir. Bunun dışında çeşitli hizmet ve yardımlar ile de destek olunabilir. 4.HD.01.02.2011, E.2009/14007 - K.2011/932)

c) Değişik biçimlerde desteklik

aa) Bir kaç ev veya apartman dairesi olan varlıklı bir kimsenin, geçim sıkıntısı olan bir yakını (kardeşini, teyzesini, dayısını, amcasını vb.) kira parası almaksızın konutunda oturtması ya da düzenli olarak giyim ve yiyecek yardımı yapması.

bb) Bir öğrencinin eğitim masraflarının karşılanması, her ay düzenli olarak burs verilmesi.

cc) Nafaka, her ne kadar yasal bir zorunluluk ise de, boşandığı eşinden yoksulluk nafakası alan eski eşin, onun ölümüyle artık nafaka alamayacak olması.

İKİNCİ BÖLÜM

BEDENSEL ZARARLAR NEDENİYLE TAZMİNAT**I- BEDENSEL ZARARLAR**

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 54.maddesine ve ondan önceki 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 46.maddesine göre,⁵⁷ tazminat istemeyi gerektirecek bir olay sonucu yaralanan kişinin maddi zararları, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 18-19 maddelerindeki ve ondan önce 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 16-20.maddelerindeki tanımlardan da yararlanılarak şöyle bölümlendirilecektir:

- 1) **Geçici işgöremezlik** nedeniyle iş ve kazanç kaybı
- 2) **Sürekli işgöremezlik** (kalıcı sakatlık) nedeniyle çalışma gücü ve kazanç kaybı
- 3) **Tedavi giderleri** ve tüm iyileşme sürecinde yapılan her türlü masraflar.
- 4) **Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar**

Şimdi bunları ayrı ayrı gözden geçirelim:

1- Geçici işgöremezlik durumu

a) Kaza geçiren kişinin, kalıcı sakatlık durumu söz konusu olmayıp, bir süre tedavi görmesi, iyileşinceye kadar çalışmaması ve bu yüzden iş ve kazanç kaybına uğramış bulunması "**geçici işgöremezlik**"tir. Yargıtay kararlarında buna "**mesleki işten kalma süresi**" veya "**çalışılmayan süre**" denilmektedir.

Yalnızca meslek sahipleri ve çalışıp kazanç elde etmekte olanlar değil, tedavi ve iyileşme süresince günlük işlerini yapamayanlar, örneğin kaza sonucu yaralanma nedeniyle kendi ev hizmetlerini bir süre yapamayan ev kadınları da "**geçici işgöremezlik tazminatı**" isteyebilirler.⁵⁸ Hattâ, trafik kazasında yaralanıp bir süre okuluna gidemeyen ve bu yüzden yıl kaybına uğrayan öğrenci de, çalışma yaşamına bir yıl geç atılacak olması nedeniyle gelecekteki kazanç kaybını tazminat olarak isteyebilir.⁵⁹

⁵⁷ 818 sayılı BK. 46.maddesi: "Bedensel zarara uğrayan kimse büsbütün veya kısmen çalışmamasından ve ilerde ekonomik yönden uğrayacağı yoksunluktan kaynaklanan zarar ve ziyanı ile bütün masraflarını isteyebilir"

6098 sayılı TBK. 54.maddesine göre bedensel zararlar özellikle şunlardır: 1) Tedavi giderleri, 2) Kazanç kaybı, 3) Çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar,4) Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar

⁵⁸ Ev kadınlarının ev hizmetlerini yapamadığı süredeki iş kayıpları için tazminat isteme hakkı bulunduğu ilişkin karar örnekleri: 15.HD.20.10.1975, 3787-4103 (YKD.1976/6-879) - 19.HD.14.10.1993, 7605-6582 (İBD.2001/3-939) - 11.HD. 27.06.1996, 3356-4735 - 19.HD.03.10.1995, 1076-7783 - 4.HD.29.05.1979, 2093-7151 – Sonucu kararda şöyle denilmiştir: "Davalının kusurlu davranışı sonucu zarara uğrayan ve boynundan arızalanan, bu nedenle uzun süre bir serrikal boyunluk kullanmak zorunda kalan iki küçük çocuklu bir **ev kadını**, bu haliyle, mutad olan bütün ev işlerini tek başına yarımcısız yürütmesinin mümkün olup olmadığı yönünün tesbiti (mevcut rapora rağmen) bu davada büyük önem taşımaktadır. Mahkemenin gerek bu olguyu ve gerekse bu konuda ibraz edilen sarf belgelerini gözönünde bulundurarak, ödetilmesi istenen hizmetçi giderlerinin yapılmasında gerçekten zorunluk bulunup bulunmadığını; zorunluk varsa, bunun **süresi ve kapsamının** ne olacağını doğrudan araştırmayı ve gerekirse uzman bilirkişi görüşüne başvurularak belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir." (Yasa HD. 1979/9-1369, no:533)

⁵⁹ Bu konuda Yargıtay karar örnekleri:Trafik kazası sonucu yaralanan çocuğun okula gidememesi ve o yıl sınıfta kalıp yaşama bir yıl geç atılacağı okul müdürlüğü yazısı ile anlaşılması durumunda sonucuna uygun bir karar verilmelidir. (19.HD.20.05.1996, 3702 – 4494) - Trafik olayı sonucu yaralanma, bir yıl okula gidememe ve bu nedenle yaşama iki yıl geç atılmaktan dolayı maddi tazminat isteği değerlendirilmelidir. (4.HD.03.06.1996, 4529-4890) - Kazadan dolayı okulun geç bitirilmesine dayalı tazminat istemi incelenmelidir. Davacı, trafik

b) Geçici işgöremezlik süresi, yalnızca tıbbi tedavi süresi ile sınırlı değildir. Ayrıca iyileşme (yeniden çalışmaya başlama) süresi sözkonusudur ve bu süre tedavi süresinden daha uzun olabilir. Örneğin, hastaneden taburcu olduktan sonra, bir süre evde dinlenme gerekli görülebilir. İyileşme süresi, yapılan işe, mesleğe ve bedensel zararın türüne göre farklı olabilir. Bacağı kırılan bir kimse masa başı işler yapıyorsa onun iyileşme süresi kısa olacak; bedenini kullanarak çalışma durumunda olan kişinin iyileşme süresi uzayacaktır. Hele ağır işlerde çalışma durumu varsa iyileşme süresi daha da uzun olacaktır.

Geçici işgöremezlik nedeniyle hukuk mahkemelerinde açılan davalarda çoğu kez bir hususa dikkat edilmemekte, ceza davasında Adli Tabip tarafından verilen “**iş ve güçten kalma**” raporları işgöremezlik süresine esas tutulmak istenmektedir. Oysa, Yargıtay’ın yerleşik kararlarına ve Adli Tıp Kurumu uygulamasına göre, ceza davasında alınan “iş ve güçten kalma” raporları ceza uygulaması yönünden geçerli ve “**Adli Şifa**” süresini belirleyen bir raporlardır. Oysa, hukuk mahkemesinde açılan tazminat davalarında söz konusu süre “Adli Şifa” süresi, bir başka deyişle olağan “iş ve güçten kalma” süresi değil, “**Tıbbi Şifa**” süresi, bir başka deyişle “**tam iyileşme**” veya “**mesleki işten kalma**” süresi ya da “**çalışılmayan süre**”dir.⁶⁰ İşte bu sürenin farklı bir yöntemle belirlenmesi, yaralanan kişinin mesleği, yaptığı işin özellikleri, bu işi yaparken daha çok hangi organını kullandığı, işyeri ile evi arasındaki uzaklık ve buna göre gidip gelme zorlukları gibi durumlar yöntemince araştırıldıktan, gerekiyorsa tanık da dinlendikten sonra, uzman bilirkişilerden görüş alınmak suretiyle ne kadar sürede yeniden işe başlayabileceği belirlenmek ve buna göre sonuca ulaşmak gerekmektedir.⁶¹

c) Geçici işgöremezlik durumunun, sigorta kapsamında olmadığı gibi yaygın bir kanı olup, bu tür zararlar, araç hasarlarında söz konusu “kazanç kaybı” ile karıştırılmakta; mesleki işten kalma süresindeki kazanç kayıplarına ilişkin istekler sigorta şirketlerince geri çevrilmektedir. Oysa bu yanlıştır.

kazasında yaralanma sonucu iki yıl tedavi gördüğünü, bu yüzden üniversiteyi bitirmesinin geciktiğini ileri sürerek, çalışma yaşamına iki yıl geç atılacak olmasından dolayı kazanç kayıplarını istemiş olup, davacının öğrenimine ara verdiği dosyadaki delillerle sabit olmasına göre, üniversiteyi bitirdiği takdirde ne kadar maaş alabileceği bilirkişiye hesaplatılmak ve sonucuna göre bir karar verilmek gerekir. (4.HD.17.01.2002, 2001/9326 - 2002/447) - Davacının olaydan dolayı maluliyeti doğmamış ise de, dokuz ay mesleğini yapamayacağı Adli Tıp raporuyla belirlenmiştir. Davacı olay sırasında Muğla Meslek Yüksek Okulu’nda öğrenci olup, henüz düzenli bir işi bulunmamakta ise de, çalışmadığı dönem dikkate alınmak suretiyle maddi zararının uzman bilirkişiye tespit ettirilerek sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir.(11.HD.15.01.2002, 2001/8226 - 2002/170) Bir yıl okula gidemediği, yetişmesi için ailesinin daha çok harcama yapması gerekeceği, trafik olayı nedeniyle ekonomik geleceğinin sarsıldığı ve maddi kayıplara uğranıldığı ileri sürülerek açılan davada, maddi ödencenin hesaplatılması için konusunda uzman doktor, eğitmen ve hukukçu gibi kimselerden oluşturulan bilirkişi kurulundan rapor alınması gerekir. (19.HD.06.05.1994 gün 6250 - 4625)

⁶⁰ Bu konuda Yargıtay kararlarından örnekler: Ceza davalarında söz konusu iştigale engel sürelerle tazminat hukuku açısından işgöremezlik süreleri içerik ve nitelikçe farklı olup, hukuk yargıcı bunu gözetmek durumundadır. (4.HD.14.5.1990, 1989/9435 E. 1990/4101 K.) - İşten kalma ile çalışma gücü kaybı ayrı kavramlardır. (4.HD.30.3.1987, 1220 E. 2315 K.) - Tazminatın belirlenmesinde ceza hukuku bakımından işten kalma süresi değil, **mesleki işten kalma süresi** esas alınmalıdır. - (4.HD.14.11.1985, 8125 E.9368 K.) - Kazanç kaybının hesabında ceza hukuku bakımından verilmiş **iş ve güç kaybı** değil, bu olay nedeniyle **çalışılmayan süre**’yi belirleyen rapor esas alınmalıdır. (4.HD.4.2.1988, 87/8498 E. 88/1135.K.) - Meslekte kazanma gücünden kayıp ile iş ve güçten kalma farklı şeylerdir (11.HD.31.1.1995, 6577 E. 682. K.)- Kazanç kaybının hesaplanmasında iyileşme süresinin, bir başka deyişle fiilen çalışmama süresinin esas alınarak tazminat hesabının yapılması gerekir. (19.HD.21.3.1996, 8808 E -2672. K.) - Yaralanmada, fiilen mesleğin kaç gün icra edilemeyeceği usulen araştırılmadan karar verilemez. (19.HD.4.4.1996, 10399 E. 3360 K.)

⁶¹ Geçici işgöremezlik süresini belirleyecek bilirkişiler konusunda Yargıtay kararlarında şöyle bir yöntem önerilmiş: “Birisi **konusunda uzman doktor**, birisi **tazminat hesabı konusunda uzman** ve diğeri de **davacının mesleğinden olan** üç kişilik Kuruluna inceleme yaptırılarak davacıların maddi istekleri hakkında gerekçeli rapor alınıp, oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir” denilmiştir. (Yarg.19.HD.02.10.1995, 901-7750 ve 19.HD.06.05.1994, 6250-4625 sayılı kararları.)

Yargıtay'ın bu konudaki görüşleri kesindir. Taşımacı veya işleyen “geçici işgöremezlik” zararlarından sorumlu olduklarına ve sigortacı da bu sorumluluğu belli bir oranda üzerine almış bulunduğu göre, kaza geçiren kişinin iyileşme süresi içerisindeki “kazanç kayıplarından” veya her türlü maddi zararlarından sigortacı da sorumludur ve bu tür tazminat isteklerinin yerine getirilmesi zorunludur.

Yargıtay'ın doğrudan sorumluluk sigortalarıyla ilgili bir kararında “Trafik kazası sonucu uğranılan maddi zarar sebebiyle, **kişinin işinden ve gücünden kaldığı süre içinde oluşan gelir kaybından** zorunlu mali sorumluluk sigortacısı sorumludur” denilerek bu konuya, sigortacı yönünden, açıklık getirilmiştir.⁶²

2- Sürekli işgöremezlik (kalıcı sakatlık) durumu

a) İş Hukukunda ve Sosyal Güvenlik Yasası'nda “**sürekli işgöremezlik**” olarak adlandırılan bedensel zararlara “**kalıcı sakatlık**” denildiği gibi, Yargıtay kararlarında ve Adli Tıp Kurumu raporlarında “**beden gücü kaybı**” veya “**çalışma gücü kaybı**” ya da “**meslekte kazanma gücü kaybı**” da denilmektedir.

b) Adli Tıp dilinde, “**kalıcı**” bedensel zararlar, iki ana bölüme ayrılmaktadır: 1) Organ yitimi , 2) Organ zayıflaması.

Organ yitimi, genellikle el, ayak, kol, bacak, göz gibi organlardan birinin ya da bir kaçının yitirilmesidir. Ayrıca iç organlar ile beş duyu da (görme, işitme, tatma, koklama, dokunma) organ sayılmaktadır.

Organ zayıflaması, kişinin bedensel yapısını oluşturan organlardan birinin veya bir kaçının işlevinin azalması veya büsbütün işlevsiz kalmasıdır.

Bunların dışında, kişiyi geçirdiği kaza veya uğradığı saldırı sonucu aklını ve belleğini yitirmesi, ya da ruhsal ve sinirsel dengesinin bozulması, yüzünde kalıcı iz oluşması veya yüz biçiminin değişmesi (estetik zararlar) ayrı bir derecelendirme ve değerlendirmeyi gerektirmektedir.

c) Sürekli işgöremezlik zararları, beden gücü kayıp oranlarına göre de ikiye ayrılmakta, bunlar: 1) Sürekli kısmi işgöremezlik , 2) Sürekli tam işgöremezlik olarak adlandırılmaktadır.

Sürekli kısmi işgöremezlik, organ eksilmesi veya organ zayıflaması sonucu beden gücünün **belli bir oranda** azalması durumudur. Bu durumdaki kişi çalışmasını sürdürebilir ise de, yaşlılarına ve aynı işi yapanlara göre (**sakatlığı oranında**) daha fazla güç ve çaba harcayacağından, kazançlarında bir azalma olmasa bile (sakatlığı oranında) tazminat isteme hakkı bulunduğu kabul edilmekte; buna öğretide ve Yargıtay kararlarında “güç kaybı-efor kaybı” kavramı denilmektedir.

Sürekli tam işgöremezlik, beden gücünün bütünüyle yitilmesi durumudur. Bu durumdaki kişi artık çalışamayacak ve kazanç elde edemeyecektir. Bu nedenle tazminatı yüzde yüz oranı üzerinden hesaplanacak, giderek başkasının yardımıyla yaşamını sürdürmesi zorunluluğu varsa, ayrıca tazminat tutarına **bakıcı giderleri** de eklenecektir.

⁶² Yargıtay 11.HD. 13.07.2006 gün E.2005/7645 K.2006/8319 sayılı kararı. (İBD.2007/1-290)

II-UYGULAMADA BEDEN GÜCÜ KAYIPLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

1- Malvarlığı eksilmesi ve kazanç kaybı anlayışı

Haksız eylem veya herhangi bir kaza sonucu yaralanmalar nedeniyle açılan tazminat davalarında, zararın ölçüsü, ölüm nedeniyle destek tazminatında olduğu gibi, **geçmişte** katı maddeci bir anlayışla “**malvarlığı eksilmesi**” veya “**kazanç kaybı**” olarak değerlendirilmekte; yiten can veya eksilen ya da sakat kalan beden, eğer çalışıp kazanç sağlamıyorsa, parasal bir değer üretmiyorsa “tazminat” söz konusu olamayacağı biçiminde idi. Borçlar Yasası 46. maddesindeki: “Bedensel bir zarara uğrayan kimse, çalışma gücünün tamamını veya bir kısmını yitirmekten ve ileride iktisadi yönden karşılaşacağı yoksulluktan doğan zararını ve bütün masraflarını isteyebilir” hükmünün, geniş bir yorumu yapılarak “can” zararlarına ağırlık verilmesi olanağı varken, her nedense “malvarlığı eksilmesi ve kazanç kaybı” anlayışına saplanıp kalınmıştı. Bu görüştekiler: “Bir kimsenin yalnızca yaralanması veya sakat kalmasının “**zarar**” olarak kabul edilemeyeceğini, eğer yaralanma ve sakatlanma yüzünden **malvarlığında ve kazancında bir azalma olmuşsa**, ancak o zaman bir “**zarar**” dan söz açılabileceğini; malvarlığında azalmadan ve kazanç kaybından söz edilebilmek için de, haksız eylemden zarar gören kimsenin “**çalışma gücü**” olması gerektiğini, çalışma gücünden anlaşılması gerekenin ise, bir kimsenin bedensel gücüne ve düşünsel yeteneklerine bağlı “**ekonomik verimliliği**” olduğunu; yargıcın maddi tazminata karar verebilmesi için arayacağı şeyin, davacıda bedensel bir eksilmenin veya sakatlanmanın bulunup bulunmadığı ile sınırlı tutulamayacağını, davacının bu yüzden maddi bir zarara uğradığının (kazançlarının ve malvarlığının eksildiğinin) saptanması gerektiğini” savunuyorlardı.⁶³ Kısaca söylemek gerekirse, bu görüştekilerin tanımladığı insan, etiyle kanıyla canlı bir varlık değil, gelir (rant) getiren “**makine adam**” idi.

Daha sonra bu maddeci ve biçimci anlayış yumuşatılmış; (gene kazanç kaybı ve malvarlığı eksilmesi temel ölçü olarak alınmakla birlikte) **güç (efor) kaybının** başlı başına bir tazminat istemeyi haklı kılacağı, çünkü sakat kalan kişinin kazançlarında bir azalma olmasa bile, **aynı işi yapıp aynı kazancı elde ederken daha fazla güç (efor) harcayacağı**, salt bu nedenle tazminat istenebileceği anlayışına gelinmiştir. Öte yandan, uygulama alanı genişletilip, bir kimse çalışan ve kazanç sağlayan biri olmasa bile **günlük işlerini yaparken sakatlığı oranında zorlanacağı** gözetilerek, onlar için de tazminat hesaplanacağı kabul edilmiştir. Örneğin, kaza sonucu sakat kalan ev kadınının kendi ev işlerini yaparken sakatlığı oranında zorlanacak olmasının tazminat isteğini haklı kılacağı görüşü benimsenmiş; son yıllarda daha da ileri gidilip **emeklilik çağını sürdüren kişilerin günlük yaşamlarını sürdürürlerken sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları** da bir tazminat nedeni sayılmıştır. Aşağıda bu son uygulamaların ayrıntılarına girilmiştir.

2- Güç (efor) kaybı görüşü

Haksız eylemden zarar gören kişi, (eğer) çalışıp kazanç elde etmekte olan biri ise ve ayrıca malvarlığında (kazancında) bir eksilme olmuşsa, ancak bu koşullar oluştuğunda tazminat istenebileceği biçimindeki dar görüşler, bedensel zarara uğranıldığı sırada bir işi ve kazancı olmasa ya da kazancı azalmasa bile “**güç kaybı**” nedeniyle tazminat ödenmesi gerekeceği biçiminde yumuşatılmış; gene “malvarlığı eksilmesi ve kazanç kaybı” anlayışına bağlı kalınmakla birlikte, çalışma gücünün yitirme oranına göre bir değer biçilip bunun tazminat olarak ödetilmesi gerektiği savunulmuştur. Bu görüşte olanlara göre “çalışma gücü, zarar görenin iş gücünün, yani beden ve fikir gücünün (emeğinin), gelir (kazanç) getirici şekilde kullanılması demektir. Burada aslolan kazanç kaybı veya azalması değil, kazanma (çalışma) gücünün kaybı veya azalmasıdır. Bu kayıp ve azalmadan doğan olumsuz ekonomik sonuçlar, zararı oluşturur.” denilerek “can” zararlarına doğru bir açılım sağlanmıştır.⁶⁴

⁶³ S.S.Tekinay, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 1977, sf.480-481

⁶⁴ Prof.Dr.Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2000, Cilt:I., sf.740

Ancak ne var ki, burada da “kazanç” unsuru ağır basmaktadır. Aradaki fark, bedensel zarara uğrayan kişinin çalışma koşullarının ağırlaştığı, “kişinin kalıcı sakatlığı nedeniyle oluşan **beden gücü kaybı sonucu gelirinde ve dolayısıyla malvarlığında bir eksilme olmasa dahi tazminat ödeneceği**” anlayışına varılmış olmasıdır. Buna göre, beden gücünün belli oranda yitirilmesi durumunda, kişi, **yaşıtlarına oranla daha fazla güç (efor)** harcamak durumundadır. İşte harcanan bu fazla **güç (efor) kaybı** yüzünden haksız eylemden zarar gören kişinin tazminat isteme hakkı bulunmaktadır.

Bu konuda bir Yargıtay kararında şöyle denilmiştir :

“Yaralanmalar nedeniyle kişilerin beden bütünlüğünde kalıcı olarak gerçekleşen sakatlıkların beden gücü kaybına neden olduğu ve bunun sonucu kişinin mal varlığında eylemli olarak eksilme meydana gelmiş ise, bunun tazmin ettirileceği tartışmasızdır. Sorun, olayımızda olduğu gibi beden gücü kaybına rağmen kişinin gelirinde (mal varlığında) bir eksilme olmamış ise ortaya çıkmaktadır. Bu gün uygulamada, kalıcı sakatlıklar nedeniyle oluşan beden gücü kaybı yüzünden, kişinin gelirinde ve dolayısıyla malvarlığında bir eksilme meydana gelmemiş olsa dahi, tazminatın gerekeceği kabul edilmekte ve bu, “**güç (efor) kaybı tazminatı**” diye adlandırılmaktadır. Bu kabulün, ilk bakışta sorumluluk hukukunun zarar kavramına ters düştüğü ileri sürülebilir. Ancak, burada beden gücü kaybına uğrayan kişinin aynı işi zarardan önceki durumuna ve diğer kişilere göre daha **fazla bir güç (efor) sarfıyla** yaptığı gerçeğinden hareket edilerek bir anlamda zararı, bu fazladan sarf edilen gücün oluşturduğu kabul edilmektedir. Bu kabul tarzının ortaya çıkardığı sonuç, tazminat hukuku kavram ve kurallarına uygundur. Bilindiği gibi, hukuka aykırı olarak gerçekleşen zararın, zarar görenin kendi imkanlarıyla giderilmesi, sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Kişinin oluşan beden gücü kaybı sonucu meydana gelmesi kaçınılmaz zararı (gelir azalması), bizzat kendisinin **daha fazla bir güç harcayarak** gidermesi sorumluluktan kurtarma aracı olarak kullanılmamalıdır. Aksi görüş, zarar gören yerine, hukuka aykırı eylemle zarar veren kişinin korunmasını ortaya çıkarır ki, bu da hak ve adalet ölçülerine ters düşer.”

4. HD.19.04.1982, 3059-3938 (YKD.1982/12-1646)

Yargıtay’ın tüm dairelerinin ortak görüşü: “Beden gücü eksilen kişinin kazançlarında bir azalma olmasa bile, sakatlığı oranında harcayacağı fazla çabanın (güç,efor) tazminat olarak ödenmesi gerekeceği” biçimindedir.⁶⁵

3- Varsayımsal kazanç kayıpları

Haksız eylemden zarar gördüğü sırada çalışma yaşına gelmemiş çocukların veya henüz bir işi ve kazancı bulunmayan kişilerin, ilerde çalışıp kazanç elde etmelerine kesin

⁶⁵ Bu konuda Yargıtay kararlarından seçtiğimiz örneklerin özeti: Beden gücünün belli oranda yitirilmesi durumunda, fazla efor yüzünden tazminat gerekir. (4.HD.18.12.1974, 5619-17011) – Davacının olay sonunda beden gücünü kaybetmesine karşılık gelirinde bir azalma olmamışsa da, fazla bir gayret, güç (efor) göstereceğine göre öteki itirazların reddi gerekir. (4.HD.10.04.1980, 2305-4710) - “Beden gücünün eksilmesi nedeniyle, davacının aynı işi yürütmesi için daha fazla çaba sarfedip etmeyeceğinin incelenmesi gerekir.” (HGK.03.05.1974, 1972/9-165 E. 480 K.) - Meslek hastalığına yakalanan işçi aynı işte çalışsa bile, öbür işçilerden daha çok çaba harcayacağı asıldır. (HGK.27.03.1974, 1972/9-620 E. 1974/280 K.) – Davacının maluliyet oranına göre sarfına mecbur olduğu fazla çabasını isteme hakkı vardır. (9.HD.09.12.1971, 19946-24125) – İşçi, yitirilen beden gücü oranında fazla bir efor sarfedip gücünü zorlayarak işini fazla çaba ile görebileceğinden, bu yolda beliren zararını dahi isteyebilir. (10.HD.04.02.1977, 5614-730) –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. 30.05.1974, 4736-2900) - Davacının, yaşadığı sürece maluliyeti nedeniyle daha fazla güç sarf edeceği açıktır. Bu nedenle yaşı ve yaşam tarzı itibarıyla ne miktar gelir elde edebileceği belirlenmeli, buna göre çalışma gücü kaybından doğan zarar hesaplanmalıdır. (11.HD.26.09.2006, 4787-7723) – Haksız eylem sonucu yaralanan kişinin meslekte kazanma gücü kaybı, işini yapmasına engel olmasa bile, o kişinin aynı işi yapan meslektaşlarına oranla daha fazla efor sarf ederek işini yapmak zorunda kalması halinde zarar gerçekleşmiş olur. (11:HD.11.05.2006, E.2005/3415 – K.2006/5510)

gözüyle bakılıyorsa, bunların beden gücü kayıpları için “varsayımsal” bir tazminat hesabı yapılmaktadır. Burada da ödetilmek istenen zarar, “can” zararı değil, “mal” zararıdır. Başka bir deyişle, ilerde edinilecek kazançlarla biriktirilecek malvarlığındaki eksilmenin veya güç kaybının karşılığının ödetilmesidir.

Bu tür varsayımsal zarar hesaplarında da “güç kaybı” nedeniyle tazminat söz konusudur. Küçük bir çocuğun bedensel zarara uğrayıp yaşam boyu sakat kalması durumunda, ilerde çalışma yaşamına atıldığında sakatlığı oranında fazla güç harcayacağı görüşüyle, genellikle, onsekiz ile altmış yaş arası bir tazminat hesabı yapılmaktadır. Ancak ne var ki, çocuğun gelecekteki kazanç kayıpları ya da beden gücü kaybının karşılığı olan tazminat tutarları, olay günü ile onsekiz yaş arasındaki yıl süresi kadar iskonto edildiğinden, ortaya çıkan rakamlar yitirilen veya zayıflayan organın (beden gücü kaybının) tam karşılığı olamamaktadır.

Bizce doğru olan, emeklilik çağındaki yaşlı kişilerin sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları nedeniyle tazminat hesaplanması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararlarındaki gerekçe, kaza sonucu sakat bırakılan çocuklara da uygulanmalı, onların da günlük yaşamlarının sürdürürlerken ve özellikle okula giderlerken sakatlıkları oranında zorlanacakları kabul edilmeli ve bu nedenle tazminat istenebilmelidir.

4- Beden gücündeki eksilmenin günlük işlere etkisi

Daha çok, ayrıca bir işi ve kazancı bulunmayan **ev kadınları** yönünden söz konusu olan bu uygulamada, ev kadınlarının kendi ev hizmetlerini yaparak aile bütçesinde tasarruf sağladıkları, bunun eksilmesi veya yitilmesi durumunda bir maddi zarar doğacağı kabul edilmektedir. Burada da, güç kaybı söyleminde olduğu gibi, ev kadınlarının kendi ev işlerini yaparlarken **sakatlıkları oranında zorlanacakları** ve daha fazla güç (efor) harcayacakları, beden gücündeki bu eksilmenin tazminat ödenmesini gerektireceği görüşü benimsenmiş; bu konuda bir çok kararlar oluşturulmuştur. Bunlardan birinde şöyle denilmiştir:“Davacının, normal yaşama süresince, ev işlerini ve hizmetlerini yürütürken, beden gücündeki eksilme nedeniyle fazla efor sarfetmesi karşılığı olarak maddi tazminat ödetilmesine hak kazandığı kabul edilmelidir.”⁶⁶

Ev kadınları yönünden benimsenen bu zarar hesabının, **ileri yaştaki ve emeklilik çağındaki erkekler** yönünden de kabul edilmesinin Yeni Medeni Yasa'nın 186/2. ve 196/2. maddelerinin anlam ve amacı ile konuluş nedenlerine uygun olacağını, giderek yeni yasa karşısında böyle bir zorunluluk bulunduğunu savunuyoruz. Artık ev hizmetleri ve aile bireylerinin birbirlerine yardımcı olmaları yönünden yeni yasada kadın-erkek ayrımı ortadan kalkmıştır. Tıpkı ev kadınları gibi, emeklilik çağındaki yaşlı erkekler de ev hizmetleri için koşturacaklar; çarşı-pazar alışverişine gidecekler, bazı ufak tefek ev içi onarımlarını yapacaklar, elektrik, su, doğalgaz, telefon faturalarını ödemeye gidecekler, arabaları varsa ailenin şoförlüğünü yapacaklar, eşleri hastalandığında ona hizmet edeceklerdir. Bütün bu işleri yaparken de, eğer haksız eylem sonucu bedensel zarara uğramışlarsa, sakatlıkları oranında zorlanacak, daha fazla güç (efor) harcayacaklardır. İşte bu nedenlerle emeklilik

⁶⁶ Yarg. 15.HD. 20.10.1975 gün 3787-4103 sayılı kararı. (YKD.1976/6-879) – Ayrıca şu kararlarda da kendi ev hizmetlerini yapan kadınların güç kaybına uğramaları durumunda tazminat isteyebilecekleri kabul edilmiştir.

19.HD. 14.10.1993 gün 605-6582 sayılı kararı : “Ev kadını yönünden zararın saptanmasında yaşam süresi gözönüne alınmalıdır. Evinin hizmeti yönünden çalışma gücündeki kaybın yaşam süresince devam edeceğinin kabulü gerekir. (İBD.2001/Eylül, sayı :3, sf.939)

11. HD. 27.06.1996 gün 3356-4735 sayılı kararı : “Ev kadını trafik olayı nedeniyle yaralanmıştır. Bu yaralanma sonucu istenen tazminat, ev kadınının ölüm tarihine kadar çalışacağı kabul edilerek hesaplanmalıdır. (Gönen Eriş, Kara Taşıma Hukuku, 1996, sf.722, no:253)

19.HD.03.10.1995 gün 1076-7783 sayılı kararı : “Davacının emeklilik yaşından başlayarak yaşam süresi sonuna kadar geçecek pasif dönem içinde “ev kadını” olarak yaşamını sürdüreceği ve sakatlığı oranında fazla güç harcayacağı kabul edilerek, asgari ücret baz alınmak suretiyle pasif dönem zararının uzman bilirkişiye hesaplatılması gerekir.”

çağındaki yaşlı erkekler için de tazminat isteminin haklı nedenleri bulunduğu kabul edilmek gerekmektedir.⁶⁷

İleri yaştaki ve emeklilik çağındaki erkeklerin sakat kalmaları durumunda tazminat isteyebileceklerine ilişkin bu görüşlerimizin Yargıtay'ın son kararlarıyla uygulama alanına girdiğini, artık onlar için de, **günlük işlerini yaparlarken sakatlıkları oranında zorlanacak olmalarının bir tazminat nedeni kabul edildiğini** gözlemlemekteyiz. Buna ilişkin Yargıtay kararlarında: “Davacı beden gücü kaybı nedeniyle pasif dönemde de daha fazla efor sarf ederek yaşamını sürdürecektir. Bu nedenle, pasif dönemin de hesaplamada gözetilmesi gerekir” denilmektedir.⁶⁸

5- Kalıcı izler ve biçim bozukluklarının kazanç kaybına neden olup olmadığı

Haksız eylem ve kaza sonucu yaralanan kişilerde kalıcı sakatlık oluşup oluşmadığının saptanmasında, başta Adli Tıp Kurumu ve Sosyal Sigortalar Kurumu olmak üzere tüm sağlık kurulları Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü (SSİT) eki işgöremezlik çizelgelerinden yararlanmaktadırlar. Bizce bu çizelgeler son derece yetersiz olup, günümüzün koşullarına uygun değildir. Örneğin, görselliğin büyük önem taşıdığı günümüzde yüzde ve bedende kalıcı izler ve biçim bozuklukları (**estetik zararlar**) için işgöremezlik (işgücü kaybı) derecesi verilmemektedir. Çünkü SSİT. Eki çizelgede estetik zararlar için bir bölüm yoktur. Oysa, 818 sayılı BK.46.maddesinde ve 6098 TBK. 54.maddesi 4.fıkrasında yer alan “**ekonomik geleceğin sarsılması**” olgusu estetik zararları da kapsamaktadır. Bu konuda Türk Ceza Kanunu daha duyarlıdır. Çünkü, önceki 765 sayılı TCK'nun 456. maddesi 2. ve 3. fıkraları ile yeni 5237 sayılı TCK. 87 ve 89. maddelerinde bu konuda uzun süreli hapis cezalarına yer verilmiştir.

Yüzde veya bedende kalıcı izler için maddi tazminat (kazanç kaybı) yolunu açmayan ve bu tür bedensel zararlar için “işgöremezlik oranı” belirlemeyen uygulama, “makine-insan” anlayışının bir ürünüdür. Bu anlayışa göre, boyası dökülen ve ötesi berisi paslanmış olan “makine” eğer çalışır durumdaysa ve kazanç elde ediyorsa, bir zarar yok demektir. Oysa, bugün tüm iş alanlarında güzel, bakımlı ve gösterişli insanlar daha kolay iş bulmakta, yaptıkları işlerde daha çok ilgi görmekte ve daha fazla başarı elde etmektedirler. Bu nedenlerle, kalıcı izler ve biçim bozuklukları için (tedavi ve ameliyat giderleri dışında) maddi tazminat verilmemesi, üzerinde durulup düşünülmesi gereken önemli bir konudur. İşgöremezlik çizelgelerinin çağın gereklerine uygun biçimde yenilenmesi zorunlu olmakla birlikte, buna bağlı kalınmayıp, uzman bilirkişi kurulları aracılığı ile yüz ve bedendeki (estetik) bozuklukların kişilerin çalışma yaşamını ve kazançlarını ne ölçüde etkilediği saptanmalı ve buna göre bir sonuca varılmalıdır.

⁶⁷ Bu görüşler çerçevesinde, ev kadınları eşlerine nasıl destek olabiliyorlarsa, emeklilik çağındaki erkeklerin de aynı biçimde destekliği kabul olunmalıdır.

⁶⁸ İleri yaşta ve emeklilik çağındaki kişilerin günlük yaşamlarını sürdürürlerken sakatlıkları oranında zorlanacak olmaları nedeniyle bir tazminat hesabı yapılmak gerekeceğine ilişkin karar örnekleri: Davacı yaşadığı sürece maluliyeti nedeniyle daha fazla güç (efor) sarf edecektir. (4.HD.28.12.1998, 7858 E. 10906 K.) - Beden gücü kaybına uğrayan davacı, emeklilik döneminde de daha fazla güç sarfederek yaşamını sürdüreceğinden, pasif dönem için de zarar hesabı yapılmalıdır. (4.HD.14.02.2002, 2001/10857 E. 2002/1844 K.) (4.HD.14.02.2002, 2001/10857 E. 2002/1844 K.) - Davacının beden gücü kaybı nedeniyle tazminatı hesaplanırken emeklilik (pasif) dönem zararı üzerinde de durulmak gerekir. (11.HD.19.02.2001, 2000/10331 E. 2001/1305 K.) - Davacı beden gücü kaybı nedeniyle pasif dönemde de daha fazla efor sarf ederek yaşamını sürdürecektir. Bu nedenle, pasif dönemin de hesaplamada gözetilmesi gerekir. (21.HD. 07.07.2004, 6281 E. 6772 K.)

III-TEDAVİ VE İYİLEŞME GİDERLERİ

1- Tanım ve kapsam

Haksız eylem veya kaza sonucu yaralanan kişi, tümüyle iyileşip eski sağlığına kavuşuncaya kadar yaptığı ve ilerde yapacağı tüm masraflarını isteyebilir. Bunun tıbbi tedavi ile sınırlı bölümüne “**tedavi giderleri**” ve eski sağlığına kavuşup yeniden çalışmaya ve günlük işlerini sürdürebilecek duruma gelinceye kadar yaptığı ve yapacağı tüm masraflara “**iyileşme giderleri**” denilmektedir.

818 sayılı Borçlar Kanunu’nun 46.maddesi 1.fıkrasında, zarar görene, kapsamını belirtmeksizin “**bütün masraflarını**” isteme hakkı tanınmıştır. 6098 sayılı yeni TBK. 54.maddesinde bir tanımlama yapılmaksızın kısaca “tedavi giderleri” denilmekle yetinilmiş ise de, maddenin yorumu bugüne kadar oluşturulan Yargıtay kararlarında açıklandığı gibi olacaktır. Buna göre, bütün masraflar kapsamına, zarar görenin, beden bütünlüğünü eski haline getirmeye, yani iyileşmeyi sağlamaya veya hastalık ya da sakatlığın artmasını önlemeye yönelik harcamak durumunda olduğu ve ilerde harcaması olası bütün masraflar girecektir.

Yargıtay’ın artık yerleşik hale gelmiş kararlarında açıklandığı üzere, yaralanan kişi, olay gününden başlayarak tümüyle iyileşip yeniden çalışmaya ve günlük işlerini sürdürebilecek duruma gelinceye kadar yaptığı tüm tedavi ve iyileşme giderlerini zarar sorumlularından isteyebilecektir. Bunun için masrafların dava ve hatta hüküm gününe kadar yapılmış olması koşul değildir; gelecekte yapılması olası tedavi ve iyileşme harcamalarını da isteyebilir. Örneğin, tıbbi tedavi sonrasında, belli bir süre veya yaşam boyu bazı ilaçları kullanmayı ve bazı sağlık önlemleri almayı sürdüreceksin ya da ilerde bir veya birkaç kez daha ameliyat olması gerekiyorsa, gelecekte yapacağı tüm masrafları da hesaplatıp hüküm altına alılabilecektir. Çünkü tedavi ve iyileşme giderlerinin istenebilmesi için harcama yapılmış olması koşul olmayıp, gelecekte yapılacak masraflar da zarar kapsamındadır.⁶⁹

Gene Yargıtay’ın yerleşik kararlarına göre, tedavi ve iyileşme için yapılan masrafların dışında, kişinin iyileşmesi için ilerde yapılması zorunlu tedaviler ve henüz yapılmayan ameliyat masrafları, yaşam boyu kullanılacak ilaçlar, protez ve benzeri aygıtlar için yapılacak masraflar “gerçekleşmiş zarar” olarak nitelenmekte, uzman bilirkişi aracılığıyla

⁶⁹ Tedavi giderlerinin türü ve kapsamıyla ilgili Yargıtay kararlarından örnekler: B.K. m.46/1’deki “bütün masraflar” deyimini çok kapsamlıdır. Zarar görenin kurtarılması, sağlığının ve çalışma gücünün geri gelmesi v.b. için yapılan, yapılması gerekli olan bütün giderler zarar tutarının belirlenmesinde gözönünde bulundurulur. (15.HD. 13.05.1975, 2639-2571) - B.K. 46. maddesi, cismani tamamıyetin ihlalinden doğan zararları düzenlemiş bulunmaktadır. Aynı maddenin 1. fıkrasında öngörülen “bütün masraflar” deyimini çok kapsamlıdır. Bu giderlere, zarara uğrayanın katlanmak zorunda kaldığı bütün giderler dahildir. Bu bakımdan (gerçekleşmesi koşulu ile) zarara uğrayan, işlerini görememesi nedeniyle tutmak zorunda kaldığı bir yardımcı ya da hizmetçi için ödediği giderleri de isteyebilir.(4.HD. 29.05.1979, 2093-7151) - Mağdurun durumu, yanında refakatçi bulundurulmasını gerektiriyorsa, bu refakatçi kim olursa olsun, bu masrafları sorumlu kişinin tazmin etmesi gerekir. (3.HD. 26.06.1961, 5210-4181) - Borçlar Kanunu’nun 46. maddesinde cismani bütünlüğü bozularak zarar gören kişinin tedavi giderlerini (bütün masrafları) isteyebileceği kabul edilmiştir. (...) Çünkü zarar, malvarlığında eksilmeyi ifade eder; bir haksız eylem sonucu yaralanan kişinin, yapmak zorunda kaldığı her türlü tedavi giderleri malvarlığında bir eksilme oluşturur ve zarar olarak bunun karşılanması zorunludur. Yeter ki, gereksiz yere bir takım aşırı giderler yapılmış olmasın; bu takdirde Borçlar Kanununun 44. maddesinin tartışılması gerekir. (4.HD. 30.03.1985, 604-2504) - B.K.nun 46/1 hükmüne göre, cismani zarar halinde zarara uğrayan, bütün masraflarını talep edebilir ise de, aynı yasanın 43/1 hükmünce bu masrafların hal ve mevkiin icabına uygun yapılmış olması gerekir. Normal şartlarda tedavi masrafı yapılması ve bunun istenmesi mümkün iken, lüks özel sağlık kuruluşlarında yaptırılan tedavi nedeniyle oluşan masrafların karşı taraftan istenmesi suretiyle tazminat sorumluluğunun ağırlaştırılması yukarıda anılan yasa hükümlerinin amacına ve adalete uygun düşmez. (19.HD. 22.10.1993, 11522-6888) - Bakıcı giderleri, tedavi giderleri kapsamında olup, bundan ötürü limitler çerçevesinde Trafik Sigortacısı bakıcı giderlerinden de sorumludur.” (11.HD. 12.02.2004, E.2003/6318 - K.2004/1185)

bütün bunların hesaplatılıp hüküm altına alınması öngörülmekte; harcama yapılmadan da tedavi gideri istenebileceği kabul edilmektedir.⁷⁰

Bütün bunların dışında, geçirilen kaza ve yaralanma, kişinin bir başka hastalığını tetiklemişse, örneğin kalp krizi geçirmesine, şeker düzeyinin artmasına, tansiyon yükselmesine, hemofili (kan durmazlığı) hastasının kan kaybının durdurulmasında güçlük çekilmesine neden olmuşsa, hastalığın normal seyri ve normal tedavisi dışında, kaza ile ilişkilendirilmek koşuluyla, fazladan yapılan tedavi masraflarının da istenebileceği, gerek öğretide ve gerekse Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Bu konuda bir Yargıtay kararında “Yaralanma hafif olmasına karşın, başka bir hastalığın artmasına neden olmuşsa, haksız eylem sorumluları, belli bir oranda tazminat ödemekle yükümlü olurlar” denilmiştir.⁷¹

2- Masraf türleri

818 sayılı BK.46/1.maddesindeki “bütün masraflar” deyiminin bilim çevrelerince yapılan geniş yorumuna ve Yargıtay kararlarında yer alan somut örneklere dayanarak, tedavi ve iyileşme giderlerini şöyle bölümlendirebiliriz :⁷²

a) Doğrudan tedavi giderleri

Hastane, klinik, sağlık yurdu dispanser gibi hasta bakım yerlerine ödenen paralar; hekim, hemşire, hastabakıcı, iğneci, pansumancı fizyoterapist, psikoterapist gibi tedavi edenlere ve yardımcılara ödenen ücretler; ilaç, serum, kan, iğne ve çeşitli tahlil giderleri;

⁷⁰ Bu konuda Yargıtay kararlarından örnekler: Yaşam boyu kullanılacak ilaç giderleri istenebilir. (4.HD.21.02.1980, 1979/12840 - 1980/2233) - İlerde yapılacak iyileştirme giderlerinin önceden istenmesi olanaklıdır. Kişiyi sağlık açısından eski durumuna getirecek giderlerin neler olduğu saptanmalı ve buna göre bir sonuca varılmalıdır. (4.HD.26.05.1986,3535-4223) - İlerde yapılması zorunlu tedavi (estetik gibi) giderlerinin de önceden istenmesi mümkündür. Bunun için uzman bir bilirkişiye hesaplatılarak hüküm altına alınması gerekirken, mahkemece tedavi gider belgesi olmadığı gerekçesiyle istemin reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. (4. HD. 13.09.1999, 5030-7088) - İlerde yapılması zorunlu bulunan ameliyat giderleri, gerçekleşmiş zarar niteliğindedir. Yapılacak iş, ameliyat giderinin davacı tarafa açıklatılması ve ondan sonra bilirkişi eliyle gerçek tutarının tespiti ve bulunacak gerçek giderin alınmasına karar verilmesidir. (4. HD. 14.07.1967, 7693) - Harcama yapılmadan da tedavi gideri istenebilir. (4. HD. 02.10.1986, 6103-6707) - Dava tarihinden sonraki tedavi giderleri de istenebilir (4.HD.12.04.1999, 1337-3161)

⁷¹ Bu konuda bir karar örneği şöyledir: “Davacı, trafik kazasında hafif yaralanmış ise de, hemofili (kan durmazlığı) hastası olması ve kan kaybının önlenmesinde güçlük çekilmesi nedeniyle, uzun bir tedavi sürecinden geçtiğini ileri sürerek, tedavi giderlerinin tamamını istemiştir. Davalı, yaralanmanın hafif olduğunu, hemofili hastalığı ile ilgili tedavi giderlerinden sorumlu tutulamayacaklarını, eylem ile zarar arasında uygun neden-sonuç bağı bulunmadığını savunmuştur. Bir kişinin hafif yaralanması, fazla ve külfetli bir tedaviyi gerektirmez ise de, hemofili hastalığı ve kan kaybının önlenmesindeki güçlük nedeniyle çoğu kez ekonomik külfeti fazla ve uzun bir tedaviyi zorunlu kılar. Bilimsel alanda objektif-expost düşünce biçimi olarak tanımlanan kurala göre,eylemin oluşu anında mevcut olup, o anda veya olayların gelişmesi sonucu sonradan ortaya çıkacak ya da öğrenilecek her şart “nedensellik bağı”nda hesaba katılmalıdır. Bunlar sonucun meydana gelmesinden sonra bilinebilecek şartlardır. Haksız eylem sorumlusu, olayların normal akışına göre beklenebilen olağan sonuç yanında,sorumluluğu doğuran olayla özel surette kolaylaştırılmış olarak sonradan meydana gelen bütün olaylardan, olağanüstü sonuçtan da sorumludur. Başka bir anlatımla, aslında hafif olan bir eylem, zarar görenin vücut yapısındaki anormallikler nedeniyle çok ağır sonuçlar doğurduğu takdirde, bu ağır sonuçların da haksız eylem sorumlusuna yükletilmesi gerekir” (4. HD. 05.11.1984, 6092-8184) (YKD.1985/4-489) Ancak zararın tümünün davalıya ödetilmesi de adalete uygun düşmez. Zarar görenin hemofili hastası olması, tazminatın netleştirilmesinde bir indirim sebebi olarak kabul edilmek gerekir. Zarar görenin dış etkilere duyarlı vücut yapısı ve hemofili hastalığı, BK.43. maddesi uyarınca özel durum sayılarak tazminatta indirim nedeni kabul edilmelidir. Tazminatla sorumlu kişinin önceden göremeyeceği sebeplerin ortaya çıkmasıyla zararın artması halinde BK.43. maddesi uyarınca indirim yapılacağı ilkesi öteden beri Yargıtay’ın uygulandığı bir kuraldır. (HGK.24.06.1964, 1964/4-508 E. 481 K.)

⁷² Arkun Kutad, Cismani Kazalardan Doğan Zararlar, 1966, sf.30 vd.K. Oğuzman/T.Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2000, sf. 539-540 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, 1993, sf.603-604, F.Eren, B.H.Gn.H., 1998, sf.739-740, M.R.Karahan, Maddi ve Manevi Tazminat, 1996, sf.144 v.d., S.Güleç Uçakhan, Maddi Tazminat Esasları ve Hesapları 1994, sf.268, Ö. Ekmekçi, Özel Hukukta Vücut Bütünlüğünün İhlali, 1996 Toplantısı, sf.93

röntgen, ultrason, tomografi gibi görüntüleme aygıtları ile, elektro ve benzeri denetleme aygıtlarına ve diyaliz makinesine ödenen paralar; her türlü ameliyat, yoğun bakım, ambulans ve ilkyardım giderleri; ortopedik aygıtlar, protez, takma organ bedelleri ve bunların yenilenmesi için yapılan harcamalar; tekerlekli sandalye, havalı yatak, koltuk değneği , baston gibi kullanılması zorunlu nesnelere ödenen paralar ve benzerleridir.

b) Tedavi sırasında yapılan zorunlu harcamalar

Refakatçi, özel bakıcı⁷³ ve özel beslenme giderleri; hastanın ve yakınlarının hastanelere, sağlık kurumlarına,doktor muayenehanelerine, fizik tedavi yerlerine gidip gelme yol giderleri; hastanın başka bir şehirde veya yurt dışında tedavisi gerekiyorsa, kendisinin ve yakınlarının otomobil, otobüs, tren uçak gibi taşıt ve her türlü yol giderleri; tedavi için gidilen yerde hastanın ve yakınlarının otel, lokanta, ulaşım gibi barınma ve beslenme giderleri; hekimlerce gerekli görülmesi durumunda kaplıca, ılıca, dağ veya deniz kıyısı gibi hava değişim yerlerine ödenen paralar.

c) Tedavi sonrasında yapılması zorunlu dolaylı harcamalar

Hastaneden taburcu olduktan sonra bir süre evde bakılması gerekiyorsa buna ilişkin bakıcı veya yardımcı giderleri, bir süre özel beslenme gerekiyorsa buna ilişkin masraflar, tedavisi sonuçlanmasına karşın, bir süre toplu taşıma araçlarına binemeyecekse veya kendi otomobilini kullanamayacaksa, işe gidiş geliş taksi ücretlerinden, toplu taşıma ücretlerinin veya kendi aracının benzin paralarının indiriminden sonra aradaki farktan oluşan harcamalar.

d) İlerde yapılacak tedavi masrafları

İlerde yapılması zorunlu tedaviler ve henüz yapılmayan ameliyat masrafları, yaşam boyu kullanılacak ilaçlar, protez ve benzeri aygıtlar için yapılacak masraflar “gerçekleşmiş zarar” olarak nitelenmekte, uzman bilirkişi aracılığıyla bütün bunların hesaplatılıp hüküm altına alınması öngörülmekte; harcama yapılmadan da tedavi gideri istenebileceği kabul edilmektedir.

3- Tedavi giderlerinin kanıtlanması

Haksız eylem veya kaza sonucu yaralanan bir kimsenin, olay sırasında ve onu izleyen günlerde can kaygısından başka bir düşüncesi olamayacağından, ondan ve yakınlarından yaptıkları masraflar için fatura toplamaları beklenmemelidir. Yaralanan kişinin, olay yerinden alınıp ambulansla veya taksikle hastaneye getirilmesinden başlayarak taşıt ücretleri, ilk yardım, ilaç ,serum, kan, iğne, tahlil, röntgen bedelleri için belge toplaması, olayın etkisi, çektiği acı ve can korkusu içerisinde pek akla gelmemektedir. Yaralanan kişinin yakınları da korku, üzüntü, şaşkınlık ve ne yaptıklarını bilmeyen bir ruhsal kargaşa içerisinde hastaneye ve hekime koşturmaktalar iken, ya da ameliyat öncesi ve sonrası kaygılı bekleyişin üzüntülerini ve sıkıntılarını yaşadıkları sırada, yaptıkları harcamaların çoğunu belgeye bağlamak zaman, fırsat ve olanağını bulamamaktadırlar; bilsalar bile, bilinen nedenlerle, fatura veya makbuz elde etmeleri çoğu kez zor olmaktadır.

Ülkemiz koşullarında fatura ,makbuz ve benzeri belgeleri elde edebilmenin zorlukları herkesçe bilinen bir gerçektir. Pek çok alanda olduğu gibi, sağlık kesiminde de kayıt dışı kazançlardan söz etmek olasıdır. Bunun başlıca nedeni, vergilendirmedeki adaletsiz ve tutarsız uygulamalar ve vergi politikalarındaki yanlışlıklardır. Bu yüzden, kişiler belge vermekten, makbuz ve fatura düzenlemekten kaçınmaktadırlar. Kamu düzeni ile ilgili bu yanlış uygulamalardan, haksız eylemden zarar görenlerin etkilenmemesi gerektiği görüşü, Yargıtay kararlarına yansımış; harcama belgesi (makbuz, fatura) aranmaksızın, tedavi (iyileştirme) giderleri için kanıtlama kolaylıkları getirilmiştir.

⁷³ Yarg.11.HD. 12.02.2004 gün E.2003/6318 K.2004/1185 sayılı kararına göre “Bakıcı giderleri, tedavi giderleri kapsamında olup, bundan ötürü limitler çerçevesinde, sigortacı, bakıcı giderlerinden de sorumludur.”

Bütün bu durumları ve yaşam gerçeklerini iyi gözlemleyen Yargıtay'ımız, uzun yıllara yayılan ve tutarlı bir biçimde sürdürülen kararlarında, haksız eylemden zarar görenleri koruyup kollayıcı ilkeler geliştirmiş; kararlarda tedavi ve iyileştirme giderlerinin zarar sorumlularından kolayca alınabilmesinin yolları gösterilmiş; harcamaların belgeye bağlanamaması, kanıtlamada zorluklarla karşılaşılması durumunda, yargıcın, B.K.m.42/2 gereği zararı ve kapsamını doğrudan araştırmakla ve hüküm altına almakla yükümlü olacağı kuralına açıklık getirilmiş; bilirkişi incelemesinin nasıl yapılacağı ve hangi uzmanlardan yararlanılacağı konularında dahi ayrıntılı açıklamalar yapılmıştır

Tedavi giderlerinin araştırılması, kanıtlanması ve değerlendirilmesine ilişkin Yargıtay'ca benimsenen ilkeleri şu başlıklar altında toplayabiliriz:

- a) Tedavi giderlerinin belgeye bağlanması koşul değildir.
- b) Tedavi giderleri her biçimde, her yola başvurularak kanıtlanabilir.
- c) Tedavi giderleri tarifelerle sınırlı değildir.
- d) Özel hastanelere ödenen tedavi giderleri, resmi tarifelerle sınırlandırılmaz.
- e) Tedavi giderlerinin resmi bir kurum tarafından ödenmesi, ek zararın istenmesine engel değildir.
- f) İlerde yapılacak tedavi giderlerinin hesaplatılıp hüküm altına alınması istenebilir.
- g) Yargıç, 818 sayılı BK.42/2.maddesi ve 6098 sayılı TBK.50/2.maddesi çerçevesinde zararın kapsamını doğrudan araştırmakla yükümlüdür.
- h) Hiçbir belge sunulmasa bile, yargıç, görevlendireceği uzman bilirkişilere tedavi ve tüm iyileşme giderlerini hesaplatmakla ve hüküm altına almakla yükümlüdür.

Aşağıda, Yargıtay kararlarından örneklerle, bu ilkelerin kısa açıklamaları yapılacaktır.

a) Tedavi giderlerinin belgeye bağlanması koşul değildir

Kişinin haksız eylemden zarar gördüğünün ve bedensel zarara uğradığının kanıtlanması yeterli olup, ayrıca tedavi giderleri için fatura ve makbuz gibi belgeler bulup getirmesi koşul değildir.818 sayılı B.K.42.maddesi 1.fikrasına (6098 sayılı TBK.50.maddesi 1.fikrasına) göre, zararın gerçek tutarının kanıtlanamaması durumunda, yargıç, 2.fikra gereği bedensel zararın özelliğine, uygulanan tedavinin şekline ve iyileşme süresine göre zararı ve kapsamını doğrudan araştırmakla ve uzman bilirkişi aracılığı ile tutarını hesaplatmakla yükümlüdür.

Karar örnekleri:

Davacı, tedavi giderleri için belge ibraz etmese bile, uğradığı cismani zararın nitelik ve içeriğine göre (...) tedavi giderleri araştırılıp saptanmalıdır.

19.HD.18.10.1993 , 11827 - 6752

Tedavi giderleri için belge ibraz edilemeyen hallerde, yaraların tedavisi bakımından ne miktar bir gider yapılması gerektiği konusunda bilirkişi raporu alınmalı ve gerektiğinde B.K.nun 42.nci maddesi gözetilmelidir.

4.HD.30.5.1996, 4332 - 4798

Davacının iyileştirme giderleri için belge vermemiş olması, tutar ve kapsamının araştırılmasına engel değildir. Öyle ki, iyileştirme giderlerinin yapılmasında zorunluk olduğu olayların normal akışına ve görgülerine uygun düşünüyorsa, yaralanmanın niteliği, iyileşme süresi, davacının sosyal ve ekonomik durumu gözönünde bulundurulup, böyle bir yaralanmaya bağlı olarak davacının iyileşmesini sağlayacak "tıbbi tedavi"nin gerektirdiği giderlerin tutar ve kapsamının bu işlerden anlayan uzman bilirkişi eliyle saptanması gerekir.

15.HD.21.4.1975, 2093 - 2228

Bedensel zarar durumunda tedavi giderlerinin mutlaka belgelendirilmesi zorunlu değildir. Bu giderlerle ilgili iddia kanıtlanamasa bile, yaralanmanın derecesi ve doktor raporları ile hastane kayıtları incelenerek, yaralanma nedeniyle yapılması zorunlu tedavi giderlerinin ne kadar olabileceği konusunda hekim bilirkişiden görüş alınmalıdır. Buna karşın zararın miktarı tam olarak belirlenemezse, BK. 42/2. maddesi gereğince, yargıç tarafından somut olayın özelliği ve kapsamı da gözetilerek tedavi gideri yönünden uygun bir tazminata hükmedilecektir. Yerel mahkemece bu yönler gözetilmeden tedavi giderine ilişkin dava bölümünün reddedilmesi bozma nedenidir.

4.HD.11.02.2002, 2001/10735-2002/1543

Tedavi için davacıların yaptığı giderlerin davalı tarafından karşılanması gerekir. Ancak yerel mahkeme bu hususta yeterli belge ve kanıt sunulmadığından davacıların bu yoldaki istemlerini reddetmiştir. Oysa BK.42/2. maddesi hükmünce yargıç, halin olağan cereyanına ve zarar gören tarafın aldığı önlemlere göre uygun bir tazminat takdir etmek zorundadır. Tedavi giderlerinin kanıtlanamadığı nedeniyle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır. 4.HD.21.09.1999, 5378-7375

Davacı, olay nedeniyle yaptığı tedavi harcamalarının ödetilmesini istemiş, mahkemece, bu konudaki istemin belge ile ispatlanamadığı gerekçesiyle istek reddedilmiştir. Dosya içerisindeki delillerden davacının tedavi olmasını gerektirecek şekilde yaralandığı tartışmasızdır. Tedavi konusunda belge sunulmamış olmasına rağmen, bilirkişi görüşüne başvurularak tedavi giderleri belirlenebileceği gibi BK.nun 42. maddesi gözetilerek uygun bir miktar tazminata hükmedilebilir.

4.HD.20.02.1997, 1966/11919-1997/912

Davalının haksız eylemi sonucu davacının ön dişi kırılmıştır. Davacı, dişinin muayenesi ve protezi için davalıdan maddi tazminat alınmasını istemiştir. Mahkemece, bu yönden henüz bir masraf yapılmadığı ve "masraf belgesi" bulunmadığı gerekçesiyle istek reddedilmiştir. Oysa zarar, kişinin isteği dışında oluşan eksikliklerdir. Eksilmenin giderilmesi bir harcamayı gerektirecek nitelikte bulunduğu zaman maddi zarar oluşmuş olur; harcamanın yapılmış bulunması koşulu yoktur. Somut olayda, diş tedavisi için bir harcama yapılması gerektiği benimsendiğine göre zarar oluşmuştur. Öyleyse ödetme kararı verilmelidir.

4.HD. 02.10.1986, 6103-6707

Belgelenemeyen tedavi giderlerine de hükmedilebilir.

Davacının istek kalemleri arasında tedavi giderleri de bulunmaktadır. Mahkemece sadece belgeye bağlanmış olan tedavi giderleri için hesaplama yapıp hüküm altına alınmış, diğer bölümü reddedilmiştir. Ne var ki, somut olaydaki özellik itibarıyla tüm tedavi giderlerinin belgelenmesi olanaksızdır. Bu gibi durumlarda yaralanmanın derecesi, iyileşme süresi ve bu yaralanma için gereken tedavinin ne miktar bir giderle yapılabileceği konularında bu işten anlayan uzman bir bilirkişiden düşünce alınmalı, buna karşın zarar belirlenemiyorsa BK.42. maddesi uyarınca hakim, tüm olguları gözeterek bu kalem istek için adalete uygun bir miktarda tazminata hükmetmelidir. Bu yön gözetilmeden sadece belgeye dayalı tedavi giderine hükmedilmesi bozma nedenidir. 4.HD. 01.02.2001, 9793-692

Tedavi giderleri konusunda belge ibraz edilememesi halinde, yapılan giderlerin bilirkişi görüşü alınarak ve **takdire**n belirlenmesi mümkündür. Yerel mahkemece bu konuda bir araştırma yapılmadan talebin tümünden reddedilmesi hatalıdır.

4.HD. 21.11.2005, E.2004/16001 K.2005/12450

b) Tedavi giderleri her biçimde kanıtlanabilir

Tedavi giderleri için fatura ve makbuz gibi kesin harcama belgeleri istenmediğine göre, zararın kanıtlanması için her yola başvurulabilir. Usul yasasındaki biçime bağlı koşullar dışında, kanıtlama olanaklarının sınırsız olduğu durumlarda akla gelebilen her yol denenebilir.

Örneğin, tanık dinletilebilir. Tanıklar tedaviyi yapan hekim ile hemşire, hastabakıcı, laborant gibi yardımcıları olabilir. Hastanın yakınları, arkadaşları da dinlenebilir. Hastaneye giriş çıkış kayıtlarından, tahlil raporların, röntgen, ultrason, tomografi çekimlerinden, doktor reçetelerinden yararlanılabilir; bunların üzerinde bir rakam bulunmasa bile tedavinin şeklini ve süresini gösterdikleri için, uzman bilirkişi tarafından yapılacak değerlendirmelerde işe yarayacaktır. Yargıtay kararlarına göre:

Kural olarak, tedavi giderlerinin her tür kanıtla ispatlanması olanaklıdır.
19.HD.18.10.1993, 11827-6752

Tazminat davalarında, tedavi ve bununla ilgili yol giderleri, iş kaybı zararı, ceza dosyasındaki delillerle ve her türlü delille ispat edilebilir. Mahkemece, bilirkişi raporundaki görüş benimsenerek maddi zararın ispat edilemediği gerekçesiyle davanın reddedilmiş olması yasaya aykırıdır. Tedavi giderlerinin bu konuda uzman doktor bilirkişiye tespit ettirilmesi mümkündür. Hakim gerektiğinde B.K. 42.maddesi uyarınca maddi tazminat miktarını takdir edebilir. 4.HD.2.6.1994, 1898-5093

Bu giderlerin ispatlanması için her türlü delile başvurulabilir. Özellikle bu konuda bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle de zararın hesabı mümkündür. Mahkemece, davacının gerçekten hangi tür ilaçları ne oranda ve ne kadar süre ile kullanması gerektiği hususunda bu işlerden anlayan bir bilirkişi kuruluna inceleme yaptırılmak suretiyle, ilaçla ilgili giderlerin tutarı ve kapsamı tespit edilmek ve sonucuna göre bir karar verilmek gerekir.

4.HD. 08.07.1980, 6794-9112

Trafik kazasında yaralanan ve bir süre toplu taşıma araçlarına binemeyecek olan davacının yolculuk giderlerinin kanıtlanması için, bindiği taksilerin sürücülerinin tanıklığı ile ispatı zorunlu değildir. Davacının çalıştığı yer ile evinin bulunduğu yer bellidir. İşten kalma süresi geçtikten sonra binebileceği veya kendi arabasını kullanabileceği güne kadar ne kadar yolculuk yapacağı ve bu yolculukta ne miktar taksi ücreti ödeyeceği, ayrıca genel taşıta binmemek veya kendi arabasını kullanmamak suretiyle mahsubu yoluna gidilecek olan tasarruf ettiği miktar, bilirkişi eliyle tespit edilebilir. 4.HD.25.09.1986, 5934-6538

c) Tedavi giderleri tarifelerle sınırlı değildir

Tedavi giderleri tarifelerle sınırlı değildir. Zarar gören kimse bütün giderleri isteyebilir. Bu nedenle tedavi giderleri zararının objektif değil subjektif olarak değerlendirilmesi gerekir.

İnsan sağlığı ve yaşamı gerek kişiler gerekse toplum için önem taşır. Bu nedenledir ki, bugün çağdaş hukuk, insan yaşam ve sağlığını kollama, koruma ve ona saygı duyma yükümlülüğünü kurallandırmıştır. Medeni Kanun (m.23-24) ve 8/8 sayılı Borçlar Kanunu 45-46-47. maddelerindeki (6098 sayılı TBK.53-54-55-56. maddelerindeki) düzenlemeler bu amaçtan kaynaklanmıştır. Bu nedenle bedensel sakatlıklar ve rahatsızlıklar için yapılan tedavi giderlerinin mala verilen zararlardan ayrı değerlendirilmesi gerekir. Bugün ülkemizde insan sağlığının korunması ve yardım için resmi kurumların yanında özel hastaneler ve doktorlar da görev yapmaktadır. Kişi daha iyi ve özenli bakım için bu tür özel yerlere başvurabilir. Kişinin daha iyi tedavi kurumlarına gitmesi, yalnız kendisi için değil, sorumlunun da yararınadır; çünkü ilgisiz ve özensiz yerlerde yapılacak tedavinin zarar miktarını daha da artırabileceği olasılığı unutulmamalıdır. Bu nedenlerle, mahkemenin, tedavi giderlerini resmi kurum tarifeleri ile sınırlı olarak değerlendiren bilirkişi raporunu benimseyerek hüküm kurması usul ve yasaya aykırıdır.

(4. HD.30.3.1985, 604-2504)

Davacı özel sağlık kurumunda yatmak suretiyle tedavi gördüğü için, bu kuruma ödenen giderler istenmiş; ancak yerel mahkeme, devlet sağlık kurumlarında uygulanan ücret tarifesine göre hüküm kurmuştur. Yaşam hakkı kişinin vazgeçilmez en önemli haklarından biridir.

Ağır yaralanma nedeniyle kişinin sosyal durumuna uygun özel bir sağlık kuruluşunda tedavi görmesini olağan karşılamak gerekir. Hayati tehlike geçiren bir kişinin mutlak surette devlet sağlık kurumlarında tedavi görmeye zorlanması, onun yaşam hakkının sınırlandırılması ve bu konuda seçim yapmasını engellemek sonucunu doğurur. Bu nedenlerle, davacının tedavi gördüğü özel sağlık kurumunca düzenlenen ödeme belgelerine göre hüküm kurulması gerekir. Davacının davalıyı zararlandırma kastıyla, kötü niyetle özel sağlık kurumunda tedavi gördüğü iddia ve ispat edilmemiştir. Yapılan tedavi giderleri yönünden BK.44 ve 43. maddelerinin uygulanmasını gerektiren bir yön yoktur. Yerel mahkemenin, devlet sağlık kurumlarında uygulanan ücret tarifesine göre karar vermesi bozma nedenidir.

HGK.29.09.1999, 1994/4-619 E. 1999/737 K.

Davacı sigortalının, ani ve yaşamsal tehlike nedeniyle, özel bir sağlık kuruluşunda tedavi edilmesi durumunda, davalı S.S.Kurumu, özel sağlık kuruluşuna ödenen tedavi giderlerinin tamamından sorumlu olur. Dava, davacı sigortalının hastalığı nedeniyle özel sağlık kuruluşlarında yaptırdığı tedavi giderlerinin faizi ile birlikte Kurum'dan tahsili istemine ilişkindir. Davacının ani, acil ve hayati tehlike arz eden hastalığı nedeniyle Kurum sağlık kuruluşları dışında özel sağlık tesislerinde tedavi görmesi, Kurumun sağlık hizmetlerini gereğince ve özenle yerine getirmemesi sonucudur. Bu durum karşısında davalı Kurum, davacı sigortalının özel sağlık tesisinde yaptırdığı tedavi masraflarından sorumludur. Kurumun sevki olmadan, Kurum hastanesi dışında tedavisi mümkün bir hastalıktan özel sağlık tesisinde tedavi yaptırılması halinde, yapılan giderlerin Kurumca ödeneceğine dair hüküm bulunmadığı ileri sürülemez. (İlgili mevzuat : 5065 K. madde 32,33,34)

10.HD. 17.10.2000, 6072-6339

İvedi durumlarda, başka sağlık kuruluşunda tedavi görmüş olanların masrafları, raporla belgelenmek koşuluyla, tedaviyi yapan sağlık kuruluşunun normal ücret tarifesi üzerinden S.S. Kurumu tarafından ödenmek zorundadır. Somut olayda, hastalığın aniden ortaya çıktığı, S.S.Kurumu hastanesinin uzaklığı nedeniyle hastanın oraya götürülmesi durumunda yaşamsal tehlikeye uğrayabileceği; bu yüzden Tıp Fakültesi Hastanesine götürülmek zorunda kalındığı ileri sürülmüştür. İnsan yaşamının kutsallığı ilkesi gereği olarak, ivedilik söz konusu ise hastanın en yakın hastaneye başvurma hakkına sahip olduğu gerçeği kabul edilmelidir. Nitekim Sosyal Sigorta İşlemleri Tüzüğü'nün 57. maddesi hükmü buna olanak sağlamakta, sağlık yardımlarından yararlanma koşullarını taşıyanların ani ve acil hastalığı nedeniyle Kuruma ait Sağlık Kuruluşları dışında başka bir sağlık kuruluşuna yatırılacakları öngörülmektedir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, resmi sağlık kurumlarında özel surette tedavi görmüş olanların masrafları, raporla belgelenmek koşuluyla, o sağlık kuruluşunun normal ücret tarifesi üzerinden Kurum tarafından ödenmek zorundadır.

10.HD.11.09.2001, 4972-5582

d) Tedavi giderlerinin resmi bir kurum tarafından ödenmiş olması, ek zararın istenmesine engel değildir

Tedavi giderlerinin sosyal güvenlik kurumlarından biri tarafından (T.C. Emekli Sandığı, SSK., Bağ-Kur) ödenmiş olması veya kişinin devlet ve üniversite hastanelerinde ücretsiz tedavi görmesi, fazladan yapılması olası (belgeli-belgesiz) bir takım ek harcamaların tazminat sorumlularından istenmesine engel değildir. Bağ-Kur tarafından yapılan ödemelerin dışında bir harcama yapıp yapılmadığı, bunlara gereksinim olup olmadığı, hastane dışı alınan ilaçların neler olduğu, ne miktar yol masrafı yapıldığı araştırılıp, bu giderlerin bilirkişilerce incelenmesi ve değerlendirilmesi gerekir.

19.HD. 02.10.1995, 901-7750

Ek harcamalar şunlar olabilir :

- 1)Hastanın ve yakınlarının yol giderleri,
- 2)Hastane dışından alınan ilaç bedelleri,
- 3)Döner sermayeye veya yardım vakfına ödetilen paralar,

- 4)Tedavi görülen hastanede yapılamayan ve hasta yakınları tarafından ivedi yerine getirilen bir takım tahliller için ödenen ücretler,
 5)Başka bir şehirden gelen (ana,baba, eş, çocuk gibi) hasta yakınlarının yol, barınma ve beslenme giderleri,
 6)Bir yaşam gerçeği olarak bahşişler.

Bunların dışında, kurumların tedavi yönetmeliklerinde yer almayan bazı tedavi giderlerinin hastaya veya yakınlarına ödetildiği bilinmektedir.

Ek harcamaların çoğunun belgelenmesi olanaksızdır. Bunun sorun yaratmadığını, Yargıtay'ın yerleşik kararlarına göre, tedavi giderlerinin belgelenmesinin koşul olmadığını ve her biçimde kanıtlanabileceğini yukarıda çok sayıda karar örnekleriyle açıklamıştık. BK.42. maddesindeki düzenlemeyle de, yeterli kanıt gösterilememesi durumunda, yargıcın zararı ve kapsamını doğrudan araştırma yükümlülüğü getirilmiş; araştırmanın nasıl yapılacağı konusunda, Yargıtay kararlarında, uzman bilirkişiden görüş alınması öngörülmüştür. Buna göre, davacının bildirdiği ek harcamalar bilirkişi tarafından değerlendirilecek ve olağan bulunanlar hüküm altına alınıp tazminat sorumlularından istenebilecektir.

e) Sosyal Güvenlik Kurumlarınca karşılanmayan “fark giderler” istenebilir

Bir Yargıtay kararında değinildiği üzere, resmi kurumlarda tedavi hakkını kullanmak istemeyen ve özel sağlık kuruluşlarında kendini daha güvencede gören kişinin sosyal durumuna uygun özel bir sağlık kuruluşunda tedavi görmesini olağan karşılamak gerekir. Yaşamsal tehlike geçiren ve ivedi hastaneye kaldırılan kişinin mutlak surette devlet sağlık kurumlarında tedavi görmeye zorlanması, onun yaşam hakkının sınırlandırılması ve bu konuda seçim yapma hakkının engellenmesi sonucunu doğurur.

Genellikle, yaşamsal tehlikenin söz konusu olduğu ani ve ivedi durumlarda, sigortalı kişi, bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kurumunun hastaneleri yerine, en yakın ve en güvenli resmi veya özel bir hastaneye götürülmekte ve orada tedavi edilmektedir. Bu gibi durumlarda, eğer, ani ve yaşamsal tehlikenin varlığı kabul olunursa, ilgili sosyal güvenlik kurumu tedavi giderlerinin tamamını ödemekte, yok eğer “yaşamsal tehlike ve ivedilik” durumu kabul olunmazsa, o zaman, **tedavi, Kurum hastanelerinde yapılmış olsaydı kaç mal olacak idiyse, o kadar miktar** sigortalıya ödenmekte; **aradaki fark** için tazminat sorumlularına başvurmak ve onlara karşı dava açmak gerekmektedir.

Bu konuda Yargıtay kararlarından örnekler şöyledir :

Ani ve ivedi hastalık savıyla Kurum dışında başka bir sağlık kuruluşunda tedavi görenlerin masrafları, raporla belgelenmek ve Kurumca kabul olunmak koşuluyla, tedaviyi yapan sağlık kuruluşunun normal ücret tarifesi üzerinden Kurum tarafından ödenmek zorundadır. Ancak, ani ve ivedi hastalık savının Kurumca kabul edilmemesi durumunda, tedavi, Sosyal Sigortalar Kurumu Hastanesinde yapılsaydı kaç mal olacak idiyse, o kadar miktarın Kurum'dan tahsiline karar verilmek gerekir.

10.HD.11.09.2001, 4972-5582

Kamu kurumunda çalışan davacının sosyal güvenlik sistemince karşılanmamış olan bir zararı varsa, bu konuda göstereceği delillerin toplanmasından sonra, gerekirse bilirkişi görüşüne başvurularak varılacak uygun sonuca göre bir karar verilmelidir. Bu yolla bir sonuca ulaşılamaması halinde, B.K.42 maddesinin tanıdığı yetkiye dayanılarak doğrudan bir miktar belirlenip ona göre karar verilmelidir.

4.HD.10.04.2000, 1115-3259

f) Özel hastanelerin faturaları, tedavinin zorunlu kıldığı sınırları aşmamalıdır

Haksız eylemden zarar gören kişilerin, daha iyi ve özenli bakılacakları inancı ile devlet hastaneleri yerine özel hastaneleri yeğlemeleri Yargıtay'ca haklı görülmemekte; "resmi kurumlara ait hastanelerin kamuoyuna mal olmuş bilinen davranış ve tutumlarının haklı olarak özel tedavi kurumlarına ilgiyi artırdığı" görüşüne yer verilerek "insanın hukuki kişiliğine dahil ve kendisinin dahi asla vazgeçemeyeceği yaşamı ve sağlığını korumak için, kendine göre daha özenli, daha güçlü ilgi gördüğü yer ve ellerde tedavi görmesi tazminat isteğinde bir indirim nedeni olmamalıdır. Kişinin daha iyi tedavi kurumlarına gitmesi yalnız kendisi için değil sorumlunun da yararına; çünkü ilgisiz ve özensiz yerlerde yapılacak bir tedavinin zararı daha da artırabileceği ihtimali unutulmamalıdır"denilmektedir.

4.HD.30.03.1985, 604-2504

Bu karardan ondört yıl sonra verilen benzer bir kararda da "özel sağlık kurumunda tedavi gören davacının yaptığı harcamaların, yerel mahkemece devlet sağlık kurumlarınca uygulanan ücret tarifesine göre değerlendirilmesi" doğru bulunmamış; "davacının tedavi gördüğü özel sağlık kurumunca düzenlenen sarf belgesine göre hüküm kurulması gerektiği" görüşüyle karar bozulmuştur.

4.HD.15.10.1998, 4109-7796

(Direnme üzerine HGK.29.09.1999, E. 4-619 K. 737)

Bu sonuncu kararlara "karşı oy" yazan üyelerin görüşleri üzerinde durup düşünülmesi gerekmektedir. Çünkü, sayıları her geçen gün artan özel hastanelerin faturaları üzerinde yaptığımız inceleme ve araştırmalar sonucu, özel hastane ücretlerinin "ticari" boyutlarının gittikçe artmakta olduğunu ve abartılı rakamlara yer verildiğini gözlemlemiş bulunuyoruz. Ne yazık ki, Sağlık Bakanlığı bu konuda denetim işlevini yerine getirmemekte, bir sınır konulması yönünde girişimde bulunmamaktadır.

Karşı oy yazan üyelerden biri "Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinde, özel sağlık kuruluşunda yapılan tedavi masrafı ile bu tedavinin üniversite hastanesi gibi bir hastanede yapılması halinde, yapılacak masraf arasında on mislinin üzerinde fark olduğunu" saptamıştır.⁷⁴

Hukuk Genel Kurulu kararına eklenen ve daha ayrıntılı olan karşıoy yazısında ise "Tedavi giderleri zarar görenin malvarlığında bir eksilmedir. Zarar veren bunu gidermelidir. Ancak bu giderlerin karara yansıtılması adaletsiz bir durum yaratıyorsa, yargıç, takdir yetkisini kullanır. Bunu yaparken objektif durumları gözönünde bulundurur. Somut olayda yargıç, özel sağlık kurumundaki tedavi giderlerini aşırı bulmuş, Tıp Fakültesi değerlerini ölçüt almıştır. Alınan ölçütün doğru olup olmadığı tartışılabilir. Bu tartışma yapılmadan lüks bir hastane olduğu bilinen özel kuruluşun sarf değerleri hükme esas alınamaz. Yabancı öğretide lüks masraflar red edilmektedir. Somut olayda tıp fakültesinde yapılacak tedavi masrafları objektif ölçüttür. Bu nedenle yerel mahkeme kararı doğrudur." demiştir.⁷⁵

Karşıoy yazıları ile uyumlu bir Yargıtay kararında "Tedavi giderleri, lüks özel sağlık giderleri değil, hal ve mevkiin gereğine uygun giderler olmalıdır"denilmiştir.

19.HD. 22.10.1993, 11522-6888 ⁷⁶

Gerek bu karardaki ve gerekse karşı oy yazılarındaki görüş ve uyarıları haklı bulmakla birlikte, çözüm önerilerine katılmıyoruz. Bizce, hakkaniyet ölçüsü zarar görenin sırtına vurulmamalıdır. Zarar gören kişi, bedensel zarara uğrayan ve can kaygısıyla güvenli bulunduğu yerde tedavi olmak isteyen kişidir; onu, can kaygısından dolayı haklı bulmak gerekir.

⁷⁴ 4. HD. 15.10.1998 gün 4109-7796 sayılı kararı altında üye Salim Öztuna'nın karşı oy yazısı. (YKD.1999/3-325)

⁷⁵ HGK. 29.09.1999 gün E.4-619 K.737 sayılı kararı altında üye Mustafa Kılıçoğlu'nun karşı oy yazısı. (Yargı D., 2000/6-28)

⁷⁶ G.Eriş, Kara Taşıma Hukukuk,1996, sf. 629, no: 51

Buna karşılık özel hastanelerin şişkin ve abartılı faturaları karşısında, tazminat sorumlularını da korumak ve kollamak gerekmektedir. O halde ne yapılacaktır?

Bizce yapılması gereken, zarar görenin ödemek zorunda kaldığı faturayı aynen hüküm altına almak ve bu faturayı ödeyen tazminat sorumlularına “dönme hakkı” tanımaktır.⁷⁷

g) İlerde yapılması zorunlu tedavi giderleri “gerçekleşmiş zarar” niteliğinde olup, uzman bilirkişiye hesaplatılarak hüküm altına alınmalıdır

Kural olarak, ilerde yapılması zorunlu tedavi giderlerinin önceden istenmesi olanaklıdır. Ne uygulamada ve ne de öğretilerde aksine bir görüş bulunmamaktadır. Yeter ki tedavi zorunlu olsun. Bu gibi durumlarda asıl olan beden bütünlüğünde bir zararın gerçekleşmiş olmasıdır. Kişiyi sağlık açısından eski durumuna getirecek giderlerin istenmesi için, bu yolda harcama yapılmış olması koşulu aranmaz; beden bütünlüğünde oluşan eksiklik veya bozukluk zarar kavramı için yeterlidir. Kaldı ki, beden bütünlüğündeki bozuklukların giderilmesi girişimi zarar veren yararınadır. Çünkü, zarar gören, bu yolda yapılacak tedavilere katlanmaya razı olmakla, zarar verenin tazminat ödeme yükümlülüğünü azaltabilecektir.

4.HD.26.05.1986, 3535-4223

İlerde yapılmasında zorunluk bulunan ameliyat giderleri “gerçekleşmiş zarar” niteliğindedir. Bu giderlerin, ameliyat yapıldıktan sonra isteneceği şeklindeki görüş BK.46/1. maddesine aykırıdır. Yapılacak iş, ameliyat giderleri davacıya açıklattırılıp, bilirkişi aracılığı ile gerçek tutarı tespit ettirilmeli ve bulunacak gerçek giderin davalıdan alınmasına karar verilmelidir. 4.HD. 14.07.1967, 7693

Davacının yüzündeki değişikliğin, çirkinliğin düzeltilmesi için yapılması gerekli estetik ya da benzeri ameliyatlara ilişkin giderler “gerçekleşmiş” zarar niteliğindedir. O halde, bu giderlerin ancak yapılmasından sonra istenebileceği şeklindeki görüş yasaya aykırıdır.

4.HD.27.03.1979, 1978/13013-1979/4136

h) Yaşam boyu kullanılacak ilaç giderleri istenebilir

Zarara uğrayan, yitirdiği sağlığını ve çalışma gücünü tekrar kazanmak için katlanmak zorunda kaldığı ya da kalacağı bütün giderleri isteyebilir. Çünkü BK.46. maddesindeki “bütün masraflar” deyiimi çok kapsamlıdır. Bu masraflar kapsamına, zarara uğrayanın dava tarihine kadar yapmış olduğu ve dava tarihinden ölüncüye kadar yapması gereken tüm giderler de girer. Hatta mağdurun yapmış olduğu ya da yapması gereken bu giderlerin zorunlu olması da şart değildir. İyileşme olanağı olmasa dahi yine bu giderler istenebilir. Mahkemece yapılacak iş, bilirkişi incelemesi yaptırılarak, davacının yaşam boyu katlanması gereken hijyenik ve ortopedik tedavisi için gerekli giderlerin tespiti ile sonucuna göre bir karar vermektir.

4.HD.21.02.1980, 1979/2840-1980/2233 (YKD.1981/4-430)

i) Harcama yapılmadan da tedavi gideri istenebilir.

Davalının haksız eylemi sonucu davacının ön dişinin kırıldığı ve diş tedavisi için bir harcama yapılması gerektiği saptanmasına göre, mahkemece, henüz bir harcama yapılmadığı

⁷⁷ Örneğin, trafik kazasında ağır yaralanıp bir devlet hastanesine yatırılan kişiye, orada gereken ilgi ve özenin gösterilmemesi veya iyi bakılacağı güvencesinin duyumsatılmaması karşısında ya da iyi bakılıyor olsa dahi (toplumdaki) resmi hastanelere olan güvensizliğin etkisiyle, hastanın, (ne kadar bir borç yükü altında kalınacağı düşünülmeden) bir özel hastaneye götürülmesi olağan karşılanmalıdır. Biliyoruz ve duyuyoruz ki, özel hastanelerin aşırı pahalı ücretlerini ve yüksek faturalarını ödemeyen pek çok kişi, borçlanarak veya malını mülkünü satarak tedavi parasını ödemektedir. Şimdi bu kişilerin, (kuramsal) objektif ölçü ve hakkaniyet anlayışıyla, zarara sokmak ne derece adaletli bir çözüm olur, bilemiyoruz. Bu nedenlerle de, özel hastane faturaları aynen tazminat sorumlularına ödetilmeli, onlar da (zarar görenlerin ardılı olarak) özel hastaneye karşı dava açıp haksız zenginleşme savıyla geri alma ve dönme (rücu) davası açmalıydılar, diyoruz.

ve masraf belgesi bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddedilmesi doğru olmayıp, oluşan zararın ödetilmesine karar verilmelidir.

4.HD.02.10.1986, 6103-6707 (Yasa HD. 1987/3-391, no:151)

ı) Tedavinin sürmekte oluşu ve ilerde de sürecinin anlaşılması durumunda, yapılmış ve yapılacak tüm tedavi harcamaları uzman bilirkişiye hesaplatılıp hüküm altına alınmalıdır.

Davacılar birlikte seyahat ettikleri sırada sekiz aylık oğullarının çok ağır bir şekilde yaralandığı, hastanede iki aylık tedavisi sırasında iki defa ameliyat edilmesine rağmen iyileşemediği, üç-dört yıl sonra yeniden ameliyatının gerektiği (dosyadaki belgelerden ve fotoğraflardan) anlaşılmaktadır.

Mahkemece görüşüne başvurulmuş adli tabip bilirkişi, verdiği raporlarda, yaralananın çocuk olması nedeniyle sürekli bakıma muhtaç olduğunu, iyileşmesinin bir yılın üzerine çıkabileceğini ve oldukça masraflı bir tedaviyi gerektirebileceğini vurguladıktan sonra, bakiye ve karşılanmayan tedavi giderleri bulunduğunu ve bunların yerinde ve olaya uygun istekler olduğunu raporunda belirtmiştir.

Haksız eylemde zararı ispat etmek bu zararı ileri sürene düşer ise de, BK.42 maddesine göre, zararın gerçek miktarının ispatı mümkün olmadığı takdirde, hakim, halin olağan gelişimini ve zarara uğrayan tarafın aldığı tedbirleri nazara alarak, onu adalete uygun bir şekilde tayin etmek zorundadır. Mağdurun iki ameliyatla iyileşmemiş olması, üçüncü ameliyata gerek duyulması, bu süre içerisinde yeni ve artan masrafların yapılmasının olağan olması karşısında, davanın ispat edilmediği görüşü ile reddedilmesi isabetsizdir. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.

HGK.26.04.1995, E.1995/11-122, K.1995/430 (YKD.1995/10-1520)

IV- YARGICIN ZARARI VE KAPSAMINI ARAŞTIRMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Genel olarak

Kural olarak, zararı kanıtlamak davacıya düşer. (BK. m.42/1 ve TBK.m.50/1) Ancak, zararın gerçek tutarını kanıtlamak mümkün olmadığı takdirde, yargıç, olayın özelliğini, oluş biçimini ve zarar görenin aldığı önlemleri ve diğer olguları gözetererek, uygun göreceği bir miktar tazminata hükmedebilir. (BK.m.42/2,TBK.m.50/2,MK.m.4)Burada, yargıç bakımından bir yetkinin kullanılmasının ötesinde bir **görevin** söz konusu olduğu gözönünde tutulmalıdır.⁷⁸

818 sayılı BK. 42/2. maddesiyle (6098 sayılı TBK.50/2.maddesiyle) yargıca tanınan bu yetki ve görev, yargılama hukuku bakımından da 1086 sayılı HMUK 240.maddesinin (yeni 6100 sayılı HMK.198.maddesinin) uygulanmasını ön plana çıkarmaktadır. Zarar görenin yeterli kanıt bulamaması durumunda, HMUK.240.maddesinin (yeni HMK.198.maddesinin) verdiği yetkiyle “delilleri serbestçe değerlendirme” hakkını kullanacak olan yargıç, BK.42/2. maddesinin (TBK.50/2.maddesinin) tanıdığı yetkiyle de “zararı ve kapsamını” adalete uygun bir biçimde belirleme görevini yerine getirecektir.⁷⁹

Ancak yargıç, zararı ve kapsamını doğrudan belirleme noktasına gelinceye kadar bütün olanaklarını denemiş ve yargılamanın tüm aşamalarını tamamlamış bulunmalıdır. Bu aşamalardan ilki davacının yeterli kanıt sunamamış olması, ikincisi yargıcın doğrudan araştırma işlevini yerine getirmesi ve üçüncü aşama bilirkişi incelemesidir. En son, bilirkişi görüşünden kesin bir sonuç alınamaması durumunda yargıç, zararı doğrudan belirleme yetkisini kullanacaktır. Bunun için bilirkişi veya bilirkişiler “gerçek zararın saptanmasının olanaksız olduğu” sonucuna varmış bulunmalıdırlar. Giderek yargıç, ilk görevlendirdiği bilirkişinin raporunu doyurucu bulmazsa, bir ikincisini görevlendirecek ya da üç kişilik bir kurul oluşturacaktır. Bilirkişilerin seçiminde gereken özen gösterilmeli, konunun uzmanları

⁷⁸ 4. HD. 06.11.2002 gün 7810-12411 sayılı kararı. (YKD.2003/4-528)

⁷⁹ Yargıtay 08.10.1999 gün 97/2 E. 99/1 sayılı İçtihadı Birleştirme kararının konu ile ilgili bölümü.

aranıp bulunmalı ve olabildiğince çözüm sağlayıcı bir rapor elde edilmeye çalışılmalıdır. Bütün bunlar yerine getirilmeden, istek tutarı üzerinden soyut bir değerlendirme yapılarak, bunun biraz altında bir rakam belirlenip hüküm altına alınması doğru olmasa gerektir.⁸⁰

2- Tedavi giderleri yönünden yargıcın zararı ve kapsamını araştırma görevi

818 sayılı BK.42.ve 6098 sayılı TBK. 50.maddelerindeki genel kural, tedavi giderleri için de geçerlidir. Buna göre, haksız eylemden zarar gören kişiler iyileşmek için yaptıkları tedavi masraflarını belgeleyemiyorlarsa, dahası, haksız eylem sonucu bedensel zarara uğradıkları açıkça belli olmasına karşın, tedavileri ile ilgili yeterli derecede kanıt ortaya koyamıyorlarsa (BK.42/1 ve TBK.50/1), bu gibi durumlarda yargıç, tedavi giderlerinin kanıtlanamadığı gerekçesiyle davayı reddedemeyip, zararı ve kapsamını doğrudan araştırmakla ve hüküm altına almakla yükümlü olacaktır. (BK.42/2 ve TBK.50/2)

3- Yargıcın tedavi giderlerini değerlendirmesi ile ilgili Yargıtay kararlarından örnekler

Kural olarak zararın ve kapsamının davacı tarafından kanıtlanması gerekir. (BK. m.42/1) Ancak, zararın gerçek tutarının kanıtlanamadığı durumlarda, işlerin olağan gidişi ve zarar görenin aldığı önlemler de gözönünde tutularak, zarar kapsamı hakim tarafından belirlenir. (BK.m.42/2) Mahkemece yapılacak iş, yaralanmanın niteliğine göre, benzer olaylardaki olağan **tedavi ve iyileştirme giderlerinin** bir uzman bilirkişi görüşü ile saptanmasından sonra gerçek zarara hükmetmektir.

4.HD.14.04.2003, 2002/14353 - 2003/4658 (YKD.2003/8-1191)

Haksız eylemde zararı ispat etmek, bu zararı iddia edene düşeceği konusunda kuşku yoksa da, BK.42. maddesine göre, zararın gerçek miktarının ispatı mümkün olmadığı takdirde, hakim, halin olağan gelişimine ve zarara uğrayan tarafın yaptığı tedbirleri nazara alarak onu adalete uygun bir şekilde tayin etmek zorundadır. Mağdurun iki ameliyatla iyileşmemiş olması, üçüncü ameliyata gerek duyulması, bu süre içerisinde yeni ve artan masrafların yapılmasının olağan olması karşısında, davanın ispat edilmediği görüşüyle reddedilmesi isabetsizdir.

HGK.26.04.1995, E. 1995/11-122 K.1995/430 (YKD. 1995/10-1524)

Hakim zararın kapsamını araştırmak zorundadır. Tazminat davalarında, tedavi ve bununla ilgili yol giderleri, iş kaybı, ceza dosyasındaki delillerle ve her türlü delille ispatlanabilir.Mahkemece, bilirkişi raporundaki görüş benimsenerek “maddi zararın ispat edilemediği” gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Oysa, davacı, maddi tazminat olarak (tedavi giderlerini, hastaneye gidip gelme masraflarını, çalışmadığı günler için iş kaybından doğan zararlarını) talep etmiştir.Tedavi ve bununla ilgili yol giderleri her türlü delille ispat edilebilir. İş kaybı zararı da aynı niteliktedir. Davacı da delil olarak ceza dosyasına dayanmıştır. Davacının tedavi giderlerinin bu konuda uzman doktor bilirkişiye tespit ettirilmesi mümkündür. Sayıştay uzman deneticisi olan bilirkişi bu konuda mahkemenin zarar belirlemesine yardımcı olamaz. Zararın kapsamını hakim resen araştırma durumundadır. Bu kalem zararlarla ilgili olarak hakim, Usulün 75/3. maddesi uyarınca davacı taraftan ayrıca delil isteyebilir. Hakim, gerektiğinde Borçlar Kanununun 42. maddesi uyarınca maddi tazminat miktarını takdir edebilir. Açıklanan maddi ve hukuki esaslar gözetilmeden maddi tazminat isteminin reddedilmiş olması yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.

4.HD.02.06.1994, 1898-5093 (YKD.1994/9-1427)

⁸⁰ Yargıtay 4. HD. 22.09.1980 gün 7675-9922 sayılı kararında şöyle denilmiştir : “Herşeyden önce zararın gerçek kapsamının doğrudan araştırılıp belirlenmesi zorunludur. Bu yöne başvurulmadan, bu hususta yetenekli bilirkişilerden oluşturulacak bilirkişiler kuruluna görev verilip gerçek zararın tespitine girilmeden ve bilirkişiden “gerçek zararın tespitine imkan yoktur.” yanıtı alınmadan, mahkemece BK. 42. madde hükmüne dayanılarak, talep edilen miktar esas alınıp, bundan bir miktar indirim yapılmak suretiyle tazminatın belirlenmesi mümkün değildir.” (Yasa H.D. 1981/11-1604, no: 604)

Borçlar Yasasının 42. maddesine göre, hakime, zararın tutar ve kapsamını doğrudan doğruya (resen) araştırmak ve belirlemek ödevi yükletilmiştir. Davacının iyileştirme giderleri için belge verememiş olması, tutar ve kapsamının araştırılmasına engel değildir. Öyle ki, böyle bir yaralanmanın gerektirdiği iyileştirme giderlerinin yapılmasında zorunluk olduğu, olayların normal akışına ve de yaşam görgülerine (hayat tecrübelerine) uygun düşer. Bu nedenle, yaralanmanın mahiyeti, iyileşme süresi, davacının sosyal ve ekonomik durumu gözönünde bulundurulup böyle bir yaralanmaya bağlı olarak davacının iyileşmesini sağlayacak “tıbbi tedavinin” gerektirdiği giderlerin tutar ve kapsamının, bu işlerden anlayan uzman bilirkişi eliyle tespit edilmesi yerine, 2.3.1974 günlü bilirkişi raporundaki yeterli olmayan “Tedavi masraflarına ilişkin davalarda yazılı delile istinat edilmesi icab eder...” sözlerine dayanılarak, isteğin bu bölümünün reddi yoluna gidilmesi doğru değildir.

15.HD.21.04.1975, 2093-2228 (YKD.1996/6-871)

Yargıç, tazminat tutarının belirlenmesinde doğrudan hareket etme yetkisine sahiptir.

Davacı, dava dilekçesinde ameliyat, ilaç ve bakım gideri, ayrıca İstanbul’a gidiş ve oradan dönüş için yol parası istemiştir. Davalı taraf, yapıldığı ileri sürülen masrafların hem tutarına ve hem de gereksiz yapıldığı hususlarına itiraz etmiştir. O halde mahkemece yapılacak iş, davacı mağdurun hastalık durumuna göre yapılan masrafların gerekli olup olmadığını, tedavinin daha az masrafla yapılması mümkün iken davacının bunu artırıcı bir davranışta bulunup bulunmadığını, bu işlerden anlar bir bilirkişi kuruluna inceletmek ve ortaya çıkacak sonuca göre hüküm kurmaktan ibarettir. Mahkemenin bu yönler üzerinde durmadan, eksik inceleme ile karar vermesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

4.HD.19.10.1978, 1977/13068-1978/11610 (Yasa.HD. 1981/1-72, no:9)

Tedavi için davacıların yaptığı giderlerin davalı tarafından karşılanması gerekir. Ancak yerel mahkeme bu hususta yeterli belge ve kanıt sunulmadığından davacıların bu yoldaki istemlerini reddetmiştir. Oysa, BK.42. maddesi hükmünce hakim, olayların olağan gelişimine ve zarar gören tarafın aldığı önlemlere uygun bir tazminat takdir etmek zorundadır. Tedavi giderlerinin kanıtlanamadığı görüşüyle davanın reddi usul ve yasaya aykırıdır.

4.HD.21.09.1999, 5378-7375 (Yasa. HD.2000/8-1095, no:469)

Bedensel zarar durumunda tedavi giderlerinin mutlaka belgelendirilmesi zorunlu değildir. Bu giderlerle ilgili iddia kanıtlanamasa bile, yaralanmanın derecesi ve doktor raporları ile hastane kayıtları incelenerek uzman bir doktordan yaralanma nedeniyle yapılması zorunlu tedavi giderlerinin ne kadar olabileceği konusunda bilirkişiden görüş alınmalıdır. Buna karşın zararın miktarı tam olarak belirlenemezse. BK.nun 42. maddesi gereğince hakim tarafından somut olayın özelliği ve kapsamı da gözetilerek tedavi gideri yönünden uygun bir tazminata hükmedilebilecektir. Yerel mahkemece bu yön gözetilmeden tedavi giderine ilişkin dava bölümünün reddedilmesi ayrıca bozma nedenidir.

4.HD.11.02.2002, 2001/10735 - 2002/1543 (YKD.2002/8-1169)

V-BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ

Tedavi ve tüm iyileştirme giderleriyle ilgili kanıtların toplanmasından sonra, mahkemece hüküm altına alınacak miktarın hesaplanmasına sıra gelecek; kuşkusuz, hesaplamada Yargıtay’ın yukarıda açıklanan ilke kararlarının gözetilmesi gerekecektir.

Hesaplamayı kim yapacaktır?

Yargıtay kararlarında tedavi giderlerinin “hekim bilirkişi” tarafından hesaplanması öngörülmüş ise de, bunun bir yanılgı olduğunu düşünüyoruz. Bizce, hekim bilirkişinin yapacağı iş “hesaplama” değil, “değerlendirme” olmalı; uzman hekimin görüşü alındıktan sonra, hesaplamayı “tazminat hesaplarında uzman” bilirkişi yapmalıdır.

En iyisi, tedavi giderlerinin ve geçici işgöremezlik zararlarının ayrı ayrı hesaplatılması yerine, bir defada görevlendirilecek üç kişilik “Bilirkişi Kurulu”ndan rapor alınmalı; Yargıtay’ın bazı kararlarında belirtildiği gibi, bilirkişilerden biri **uzman doktor**, ikincisi **davacının mesleğinden** olan bir bilirkişi, üçüncüsü **tazminat hesabı uzmanı** olmalı; doktor bilirkişi tek başına “tedavi giderlerini” değerlendirmeli, daha sonra meslek sahibi bilirkişi ile tazminat uzmanının katılımıyla “işgöremezlik süresi” belirlenmeli ve en son üç bilirkişinin ortak görüşleri çerçevesinde **hesap uzmanı bilirkişi tarafından** hem tedavi giderleri, hem kazanç kayıpları ve varsa başka zararlar hesaplanmalıdır.

Bu konuda iki Yargıtay kararında şöyle denilmiştir:

Mahkemece eksik yönler araştırıldıktan sonra, önceki bilirkişiler dışında, birisi **konusunda uzman doktor**, birisi **tazminat hesabı konusunda uzman** ve diğeri de **davacının mesleğinden olan** üç kişilik Kuruluna inceleme yaptırılarak davacıların maddi istekleri hakkında gerekçeli rapor alınıp, oluşacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir.

19.HD.02.10.1995,901-7750

Trafik olayı sonucu yaralanan çocuğun, beden ve ruh tamlığının bozulması biçimi ve derecesi ile çalışma gücünde ve öğrenim yaşamında yapmış olduğu etki, gelişme ve ilerlemesinde ne oranda tehlike oluşturduğu, sosyal ve ekonomik durum ve koşulların özelliği gibi ölçütler gözönünde tutularak maddi ödencenin hesaplatılması yönünden, konusunda **uzman doktor, eğitimci ve hukukçu** gibi kimselerden oluşturulan bilirkişi kurulundan rapor alınması gerekir.

19.HD.06.05.1994, 6250-4625

VI- BEDENSEL ZARARLARDA ZAMANAŞIMININ BAŞLANGICI

1- Zararı öğrenme ve zamanaşımının başlangıcı

Haksız eylemlerde zamanaşımının başlangıcı konusunda genel kural, zarar görenin “zararı ve sorumlusunu” kesin biçimde öğrenmesidir. Öğretide kimileri, zararın kesin olarak ortaya çıkmasının beklenmeyeceğini, az çok bilmenin dava açmak için yeterli olacağını ileri sürmüşler ise de, son yılların baskın görüşü, zararın bilinmesi yeterli olmayıp “dava edilebilir nitelik kazanması” gerektiği yönündedir.

Bedensel zararlarda zamanaşımının başlangıcı konusunda durum daha da farklı ve özeldir. Yargıtay’ın 1959 yılından beri, yani elli yıldan beri düzenli ve tutarlı bir biçimde sürdürülen kararlarına göre :

“Bedensel zararlarda zamanaşımının başlangıcı, beden gücü kaybına ilişkin Sağlık Kurulu Raporunun öğrenildiği tarihtir.” Bu öğrenme olgusu, ya duruşmada kesin raporun taraflara verilmesiyle ya da raporun usulüne uygun tebliğiyle gerçekleşir.

Burada bir ayırım yapmak gerekir :

a) **Tedavi kesin biçimde sonuçlanmışsa** ve artık yapacak bir şey kalmamışsa, bedendeki eksiklik (organ yitimi ya da organ zayıflaması) kesin durumunu almışsa, beden gücü kayıp oranı (sakatlık derecesi) Sağlık Kurulu tarafından belirlenecek ve bu kesin rapor mahkeme dosyasına gelip taraflarca öğrenildikten sonra zamanaşımı işlemeye başlayacaktır.

b) **Tedavi sürmekte iken alınan sakatlık raporları “kesin rapor” olarak algılanmamalıdır.** Örneğin, herhangi bir Sağlık Kurulundan alınan “özürlü” raporları, sigorta şirketinden tazminat almak için ivedi düzenlenmiş raporlar “kesin rapor” değildir. Bu tür raporlar ileri sürülerek “öğrenme” olgusunun gerçekleştiği ve bu raporlarla zamanaşımının

işlemeye başladığı ileri sürülemez. Kesin rapor için, tedavi sonuçlanmış ve artık tıbbi yönden yapacak bir şey kalmamış olmalıdır.

c) **Sürekli işgöremezlik oranında her artış ayrı ve yeni bir olgudur.** Her birinin öğrenme gününden başlayarak yeni bir zamanaşımı işlemeye başlayacaktır. Her yeni olgu, yeni bir (maddi ve manevi) dava konusudur. Kimi zaman, tedavi sonuçlanıp sakatlık derecesi belirlendikten sonra, kişinin bedeninde “gelişen ve değişen” durumlar ortaya çıkabilir. O zaman yeni bir inceleme ve değerlendirme gerekli olacak ve sakatlık derecesi yeniden belirlenecektir. Eğer artış olmuşsa, bu artış yeni bir durum, yeni bir “olgu”dur. Bu artış için yeni bir (maddi ve manevi) dava hakkı doğmuş olacak ve bu yeni davada zamanaşımının başlangıcı, sakatlık derecesindeki artışa ilişkin Sağlık Kurulu raporunun öğrenildiği tarih olacaktır.

d) **Sonradan ortaya çıkan (beklenmeyen ve önceden kestirilemeyen) durumlar** da yeni bir davanın ve yeni bir zamanaşımının başlangıcı olabilir.

Beden gücü kayıplarındaki artışlar, daha önce sağlık kurulu raporuyla saptanan ve artık bedeninin neresinde ve ne olduğu bilinen rahatsızlığın zamanla artarak, işgöremezlik derecesinin (beden gücü kayıp oranının) yükselmesi biçiminde ortaya çıkmakta iken, tedavi sırasında ve sonrasında görülemeyen, tanımlanamayan (teşhis edilemeyen) ve sonradan beklenmedik biçimde, belki de aylar ve yıllar sonra ortaya çıkabilen ve (neden sonuç ilişkisi kurulabilen) bedensel zararlar da söz konusu olabilir. Örneğin, meslek hastalığına yakalanan ve işgöremezlik derecesi belirlenip buna göre açtığı tazminat davası sonuçlandıktan sonra aynı meslek hastalığından işçinin ölmesi, trafik kazasında bacağı sakatlanan ya da kesilen kişide sonradan dolaşım bozukluğu görülmesi, radyasyondan etkilenen kişinin yıllar sonra kanser hastalığına yakalanması, geçirilen kazadan uzun süre sonra omurga, böbrek, kalp rahatsızlıklarının ortaya çıkması v.b. Bütün bu ve benzeri durumlarda, zararın ortaya çıkıp kesin tanı (teşhis) konulduktan, daha doğrusu kesin rapor verildikten sonra yeni bir dava hakkı doğacak ve yeni bir zamanaşımı işlemeye başlayacaktır.

2- Bedensel zararlarda zamanaşımının başlangıcına ilişkin Yargıtay kararlarından örnekler :

a) Zarar kesin raporla öğrenilir.

Borçlar Kanunu 60.maddesinin uygulanmasında zamanaşımının, sürekli işgücü kaybının öğrenildiği, yani “**kesin raporun alındığı**” tarihten başlatılması gerekir. Zararın niteliği ve kapsamı anlaşılmadan mutlaka kazanın olduğu tarihten bir yıl içinde dava açılması gerektiği yolundaki görüş, BK 60. maddesinin “**zararı öğrenme kavramı**”na uygun düşmez. Aynı kanununun 46. maddesi, zarar göreni kollayan hükümleri içerir. Bu maddeden, zarar göreni korumayan bir anlam çıkarılarak, zarar görenin zararının nitelik ve kapsamını öğrenmeden dahi dava açmak olanağı bulunduğunu ileri sürmek ve zamanaşımının gerçekleştiğini söylemek doğru değildir.

HGK.28.10.1959, E.1959/4-62 K.1959/49

Davacının sağlık kurulu raporunu almadan önce bir tazminat davası açması mümkün değildir. Çünkü, davacıda tespit olunan cismani zararın niteliği ile gerçek kapsamının öğrenildiği (rapor tarihi) zamanaşımının başlangıcına esas tutulması gereken bir tarihtir.

4.HD.13.5.1980, 3493 - 6206

Sağlık Kurulu tarafından verilen raporla bedensel zarar belirlenmiş olup, kesin rapor tarihinden başlayarak yasal süre geçmeden açılan davada zamanaşımından söz edilemez.

4.HD.27.03.1981, 996-4000

İnsana verilen zararlarda, zararı öğrenmenin anlamı üzerinde durulmalı; davacı, zarar verici olayın sonuçlarını ve kesinleşen durumu değerlendirebilecek bilgiye sahip olmalıdır. Buna göre, zararı öğrenme tarihinin, Adil Tıp Kurumu'nun işgöremezlik oranına ilişkin raporun düzenlendiği tarih olması, zamanaşımının buna göre hesaplanması gerekir.

HGK.21.3.2001, E.2001/4-258 K.2001/276

Vücut bütünlüğünün ihlalden doğan zararlarda zamanaşımı süresi kesin teşhisten, özellikle sürekli sakatlığa ilişkin kesin raporun öğrenilmesinden sonra işlemeye başlar.

4.HD.07.02.1989, 11103-1026

Bedensel bütünlüğün bozulmasına ilişkin dava konusu zarar, Adli Tıp Kurumu kesin raporunun okunduğu oturum gününde öğrenilmiş olacağından, zamanaşımı süresi de bu tarihten başlayacaktır. 13.HD.2.3.1998, 10172-1882

b) Tedavi sonuçlanmadan, zararı öğrenme olgusu gerçekleşmez.

Davacının yaralanması sonucu geçirdiği tedavi aşamaları süresince uğradığı zararın belirgin hale gelmediği, bu bakımdan davacının zararını öğrendiğinin kabulünün uygun olmayacağı, zararın ancak Adli Tıp Kurumu'nca verilen raporla öğrenildiği, bu tarihten itibaren bir yıllık zamanaşımı süresinin başlamış olacağına kabulü gerekir.

4.HD.10.11.1998, 6613-8698

Zararı öğrenme, zararın kesin şekilde belli olduğu tarihtir. Kontrol şartı ile taburcu olunan tarih, zamanaşımı süresini başlatmaz.

HGK.24.11.1999, E. 1999/4-983 K. 995

Henüz kesin rapor alınmadan çalışma gücünün kaybı ya da azalmasına ilişkin istem saklı tutularak açılan davada davanın içeriğine aykırı bir yorum yoluyla hüküm kurulamaz.

4.HD.15.09.1987, 2459-6366

Vücut bütünlüğünün ihlalden doğan bedensel zararın gelişim gösterdiği durumlarda zamanaşımı süresi kesin teşhisten özellikle sürekli sakatlığa ilişkin kesin raporun öğrenilmesinden sonra işlemeye başlar.

4.HD.29.11.1999, 10034-10440

Dava, trafik kazası nedeniyle uğranılan beden gücü kaybından doğan tazminat istemidir. Davacının cismani zararında gelişen bir durum olduğundan zamanaşımı, bu gelişmenin son bulunduğu günden başlar.

HGK 07.02.1990, E.1989/4-654 K. 1990/65 K. :

Davacının zararının henüz belli olmaması ve gelişen bir durumun varlığı karşısında, son raporun göz önünde tutulması gerekir.

4.HD.04.02.1991, 1008-685

Gelişen bir durumdan sözedilebilmesi için tedavinin zaman içinde devam etmesi ve tedavi tamamlandıktan sonra rapor alınması gerekir ise de, rapor zararın o tarihte bilinebilir durumda olduğu anlamına da gelmez.

4 HD.22.4.1999, 2679-3555

Kontrol kaydı bulunması durumunda, işgöremezlik oranının yeniden saptanması gerekir. 21.HD.08.06.1999, 1990-4045

c) **Sürekli işgöremezlik oranında her artış ayrı bir olgudur. Her birinin öğrenme gününden başlayarak yeni bir zamanaşımı işlemeye başlar. Her yeni olgu, yeni bir dava konusudur.**

Meslek hastalığı nedeniyle maluliyet derecesinin her artış kaydedişi, zararların istenmesine ilişkin yeni bir zamanaşımı süresine tabi, yeni bir olgudur. Her maluliyet derecesinin zamanaşımı, bu derecenin kesinleştiği tarihten başlar.

HGK 21.09.1977, E.1976/10-2004 K.1977/739 K.

Maluliyet artışı nedeniyle açılan tazminat davasına ilişkin zamanaşımı, bu maluliyetin artışının öğrenilmesiyle başlar.

11.HD.21.02.1994, 1993/6410 -1994/1301

Daha önce tazminat davasına konu edilip kesinleşen maluliyet oranının, giderek yükselmesinden dolayı artan maluliyet nedeniyle manevi tazminat istenmesi halinde, meslekte kazanma gücü kayıp oranının ulaştığı tarihin belirlenmesi ve sonucuna göre bir karar verilmesi gerekir. 21.HD. 02.10.1997, 5684-5979

Sürekli işgöremezlik oranında her artış ayrı bir olgudur. Anılan olguların oluştuğu günden zamanaşımının işlemeye başlayacağı Yargıtay'ın oturmuş ve yerleşmiş görüşlerindedir. 21.HD.23.03.1999, 1998/9048 - 1999/1982

İşgöremezlik derecesinde her artış yeni bir zamanaşımının başlangıcıdır.

HGK.18.10.1970 , E.1970/9-26 K. 635 K.

Sürekli işgöremezliğe ilişkin maddi ve manevi tazminat hakkı hüküm altına alındıktan sonra, artan işgöremezlik derecesi için yeniden manevi tazminat istenebilir.

9.HD.20.10.1970, 6410-10871

Artan işgöremezlik nedeniyle açılan davada 10 yıllık zamanaşımının başlangıcı işgöremezlik artışının hekim raporu ile tespit edildiği tarihtir.

9.HD.30.06.1969, 2336-7539

İş kazası sonucu malul kalmış bir işçi, işverene karşı açtığı davada tazminat kararı aldıktan sonra maluliyet derecesinin artması halinde, artan kısım için yeniden tazminat davası açılabilir. 9.HD.30.01.1967, 11434-670

İş kazası ya da meslek hastalığı nedeniyle belirlenen maluliyet oranında bir artma olduğu takdirde, bu durum yeni bir olgu olup, artan miktar için ayrı bir dava açılabilir. Bu durumda zamanaşımı on yıldır. İşgöremezlik oranındaki artış farkı için ayrıca manevi tazminat da istenebilir. HGK. 12.03.2008, E.2008/21-245 K.2008/249

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM ÖLÜM VE BEDENSEL ZARARLAR NEDENİYLE MANEVİ TAZMİNAT

I- KONUYA GİRİŞ

1- Genel olarak tazminat

Tazminat, haksız ve hukuka aykırı bir eylem veya işlem sonucu uğranılan zararın ödetilmesidir. **Zarar** ise, geniş anlamda, bir kimsenin isteği ve istenci dışında, malvarlığında eksilme ve kişi varlığında incinme, üzülmeye, acı çekme, yıpranmadır. Malvarlığının eksilmesine “maddi zarar” ve kişi varlığının etkilenmesine “manevi zarar” denilmektedir.

Maddi zarar, görülebilen ve hesaplanabilen somut bir olgudur. Eğer doğru ve kesin bir hesaplama yapılabilirse, maddi tazminat olarak ortaya çıkar ve hüküm altına alınması kolay olur.

Manevi zarar ise, maddi zarar gibi hesaplanamaz. Çünkü kesin hesap unsurları yoktur. Kişi varlığının haksız ve hukuka aykırı eylemden **etkilenme derecesini** saptamak olanaksızdır. Ayrıca etkilenme derecesi kişiden kişiye değişir. Kimi çok etkilenir, kimi az. Ama kimse ne derece etkilendiğini (ne kadar üzüldüğünü, acı çektiğini) kanıtlayamaz. Bu konuda tanık da dinlenemez. Dinlense de inandırıcı olmaz ve tanık sözlerine dayanılarak yeterli sayılabilecek bir manevi tazminat tutarı belirlenmesi de olanaksızdır.

2- Manevi tazminat değerlendirmesinde ölçsüzlük

Manevi zararın, maddi zarar gibi hesaplanmasının olanaksızlığı nedeniyledir ki, başlangıçtan beri yargıda bir ölçsüzlük, bir belirsizlik süregelmekte; benzer olaylar ve benzer davalarda hükme bağlanan tazminat miktarları arasında derin uçurumlar bulunmaktadır.

Bunun hemen görünen nedenlerinin en başında, dava açanların ne miktar manevi tazminat isteyeceklerini bilememeleri, istek tutarlarının hiçbir hesaba ve hiçbir ölçüye dayanmamakta oluşu gelmektedir. Kimileri yüksek harç ödemeyi göze alarak son derece abartılı rakamlar üzerinden dava açarlarken, kimileri de nasıl olsa en aza indirileceğini düşünerek çok düşük miktarda manevi tazminat istemektedirler.

Yargıçlar da, bir zorunluluk varmış gibi, öteden beri gelenekleşmiş biçimde, dava dilekçelerinde istenenin mutlaka bir miktar altında, hatta çok daha düşük miktarda manevi tazminata hükmetmektedirler. Savcılık ve karakollar aracılığıyla yaptırılan “trafların sosyal ve ekonomik” düzeylerinin araştırılması biçimindeki uygulamanın hiçbir yararı olmadığı gibi, bunun dışında yasada öngörülen “özel durumların” (818/BK.m.47) ve “olayın özelliklerinin” (6098/TBK.m.56) gözetildiği, bunların araştırılıp değerlendirildiği de söylenemez.

Yargıçların, deneyimli olsunlar veya olmasınlar, takdir yetkilerini kullanırlarken ne derece yerinde ve tutarlı bir karar verebildiklerini söylemek olası değildir. Şunun için ki, en başta davacı istekleri ölçsüz ve tutarsızdır; ikincisi yargı düzenimizde manevi tazminata ilişkin bir ilkeler dizisi ve başvurulabilecek bir değerlendirme ölçütü oluşturulamamıştır. Çoğu Yargıtay kararlarında sıkça değinilen 22.06.1966 gün 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme kararı, bugün çok gerilerde kaldığı gibi, içerdiği soyut tanımlamalar yol gösterici nitelikte değildir. Benzer olayları karşılaştırdığımızda, kararlar arasında önemli farklar bulunduğu, giderek aynı yargıcın aynı dönem içerisinde benzer dosyalardan birine yüksek, ötekine düşük miktarda tazminat “takdir” ettiği gözlemlenmektedir. Bu konuda Yargıtay kararları arasında da derin ayrılıklar görülmektedir. Birbirine yakın tazminat tutarlarını Yargıtay’ın kimi

daireleri çok görürken, bir başkası az bulmaktadır. Bunun örnekleri çoktur.⁸¹ Kararlarda tek ortak nokta, İçtihadı Birleştirme Kararındaki bazı sözlerin yinelenmesidir; bunlar, manevi tazminatın elem ve ızdırabı dindirecek ve zarar görende bir tatmin duygusu yaratacak miktarda takdir edilmesi gerektiği biçimindeki bugün artık az çok geçerliliğini yitirmiş, manevi tazminatın anlam ve işlevini ortaya koymakta yetersiz kalan tanımlamalardır. Son derece soyut bu tanımlamada, acı ve üzüntüyü ölçmenin olanaksızlığının yanı sıra, tatmin sözcüğü, ilk çağın oç alma isteğini, kısası ya da diyeti çağrıştırmaktadır. Aşağıda ayrıntılı olarak ele alacağımız üzere, günümüzde gelişen ve değişen düşüncelerle bu görüşler açılmış, manevi tazminata toplumsal içerikli başka işlevler yüklenmiştir.

Uygulamada görülen bütün bu rasgelelikler, bir anlamda keyfilikler ve eşitsizlikler karşısında, ortak ve somut bir ölçü bulmak gerektiği kabul olunmalıdır. Bizce, manevi tazminat, maddi tazminat benzeri bir yöntemle, bir değer birimi üzerinden hesaplanmalı; bu hesaplamada Borçlar Yasası'nın ilgili maddelerindeki indirim nedenleri gözetilmeli; (818/BK.43-44/1 ve 6098/TBK.51-52) yargıçlar, hesap sonucuna bakarak ve yasalarda öngörülen "özel durumları" da dikkate alarak manevi tazminata hükmetmelidirler. (MK.4, BK.42/2-44/2, TBK.50/2-52)

Manevi tazminat, malvarlığı eksilmesini veya kazanç yoksunluğunu giderme aracı olmamakla birlikte, örneğin, bedensel zararın derecesine göre değişen yüzdelerle bağlı sigorta tazminatları benzeri bir manevi tazminat hesabı yapılması olanaklıdır. Ölümlü olaylarda da destek payları üzerinden bir değerlendirme yapılabilir. Manevi zararın maddi zarar kadar kolay paraya çevrilememesi, matematik cetvellerle hesaplanıp kesinlikle saptanamaması, onun parasal maddi denkleştirme işleminin bir parçası sayılmasına engel olmamalıdır. "Maddi zarar hesaplanır, manevi zarar takdir edilir" özdeyişi günümüzde geçerliliğini yitirmiştir.⁸²

Manevi tazminatın, maddi tazminat benzeri hesaplanması sırasında, hangi değer ölçüsünün (para biriminin) esas alınmasının uygun olacağı hususu aşağıda ilgili bölümünde açıklanacak; daha doğrusu önerilecektir.

Önerilerimizde, bazı yasalardaki manevi tazminat benzeri "ödünceler" örnek alınmış, o tür yasal düzenlemeler esin kaynağımız olmuştur. Örneğin, İş Yasası'ndaki "kötüniyet tazminatı" (4857 sy.İş K.m.17/6), haksız fesih tazminatı (m.21/1), sendikal tazminat (2821 sy. Sendikalar K.m.31/6) Borçlar Yasası'ndaki "alacaklı hiçbir zarara uğramamış olsa bile, borçlunun kararlaştırılan ceza parasını ödeyeceği" hükmü (BK.m.159 ve TBK.m.180), FSEK 68.maddesine göre eser sahibinin tazminat isteme hakkı bunlardandır.

⁸¹ Manevi tazminat kararları arasındaki derin farklılıklar şu kararlarda belirgindir: Yargıtay 21.HD.07.03.2000 gün 621-2002 günlü kararında 10.01.1997 tarihinde meydana gelen ve sürekli işgöremezlikle sonuçlanan bir iş kazası nedeniyle yerel mahkemenin hükmettiği 1.000.000.000 TL. manevi tazminat az bulunmuş ve 10.000.000.000 TL. olarak düzeltilip onanmıştır. Gene 21. HD. 28.11.2000 gün 8539-8520 sayılı kararında % 23.2 maluliyete ve işverenin %40 kusur oranına göre takdir edilen 500.000.000 TL. manevi tazminat az bulunmuştur. Gene 21.HD. 21.06.2004 gün 5428-6031 sayılı kararında, olayın oluş şekline, tarafların kusur oranlarına göre iş kazası geçiren işçiye takdir olunan 10.000.000.000 TL. manevi tazminat az bulunmuştur. 21.HD. 20.11.2003 gün 10314-9646 sayılı kararında, iş kazası sonucu sürekli işgöremezlik kaybına uğrayan işçiye verilen 10.000.000.000 TL.manevi tazminat 20.000.000.000 TL olarak düzeltilmiştir. – Buna karşılık 11. HD. 15.12.2003 gün 4759-11892 sayılı kararında, 14.08.1991 günü tren kazasında bacağını kaybeden davacıya, davalı işletmenin %25 kusur oranına göre yerel mahkemenin verdiği 1.000.000.000 TL. manevi tazminat çok bulunmuştur. – Gene 11.HD.17.06.2004 gün 2003/10943-2004/6803 sayılı kararında, davacıların Askeri Tıp Fakültesi 5.sınıf öğrencisi oğullarının otobüs kazasında ölümü nedeniyle verilen 80.000.000.000 TL. manevi tazminat çok bulunmuştur. - HGK. 23.06.2004 gün 2004/13-291 E. 370 K. sayılı kararıyla, doktor hatası sonucu ameliyat masasında yaşamını yitiren 60 yaşındaki kadının haksahiplerine toplam 64.000.000.000 TL. manevi tazminat takdir eden yerel mahkemenin direnme kararı onanmıştır. – Yargıtay 4.HD. 01.10.2003 gün 5517-10939 sayılı kararıyla, trafik kazasında aynı anda hem annelerini ve hem babalarını kaybeden davacıların 5'er milyar lira manevi tazminat isteklerine karşılık, sadece 300'er milyon manevi tazminata hükmeden yerel mahkeme kararı, tazminat miktarları az bulunarak bozulmuştur. – Görüldüğü gibi, mahkemelerin elinde yararlanabilecekleri bir ölçü yoktur; her şey rasgeledir.

⁸² Prof.Dr. Rona Serozan, Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım (Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara, 1990, sf.67-101) Bu yazıda Sn.Serozan'ın son derece değerli bu yazısından geniş ölçüde yararlanılmış; görüşleri benimsenmiştir.

II-MANEVİ TAZMİNATIN ANLAMI, AMACI VE İŞLEVİ

Manevi tazminatın bir tanımı yapılmamıştır. Kuşkusuz bu da maddi tazminat gibi “zarar” kavramı içerisinde yer alması gereken bir tazminat türüdür. Maddi zarar genellikle “malvarlığında eksilme” olarak tanımlandığına göre, manevi zararı “kişi varlığında eksilme” (BK.47, TBK.56) ve “kişi haklarına zarar verme” (BK.49, TBK.58) olarak niteleyebiliriz. Manevi tazminatın işlevi konusu aşağıda incelenecek ve değerlendirilecektir.

Manevi tazminatın anlamı, amacı ve işlevi öğretide tartışmalıdır. Bu konuda şu görüşler ileri sürülmüştür:

1- Tatmin görüşü

Kimilerine göre, manevi tazminat, **acı ve üzüntüyü giderme ve öfkeyi yatıştırma** parasıdır. Zarar görene manevi tazminat adı altında ödenecek bir miktar para, belirli bir oranda da olsa onun acı ve üzüntülerini azaltıp dindirecek, **huzur ve rahatlama duygusu** yaratacaktır. Her ne kadar, kişi varlığındaki eksilmenin para ile ölçülmesi olanaksız ise de, eksiltelen veya yokedilen değerın yerine yeni bir değer konularak kişi varlığındaki azalma, onun malvarlığı çoğaltılarak ve zarar verenin malvarlığı eksiltilerek bir denge sağlanmış olacaktır.

Yargıtay 22.06.1966 gün 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında benimsenen ve Yargıtay’ın çoğu kararlarında yinelenen bu görüş (**acı ve üzüntüyü giderme, bir huzur ve tatmin duygusu yaratma görüşü**), yukarıda da belirttiğimiz gibi, eski çağların öç almayı önlemek ve toplum barışını sağlamak için konulan kısas (göze göz, dişe diş) kuralını ve kısasın yerini alan “diyet” uygulamasını çağrıştırmaktadır. Şu farkla ki, diyetle önceden saptanmış bir bedel çizelgesine göre tazminat ödenmekte iken, bugünkü uygulamadaki belirsizlik ve ölçüsüzlük, diyetin gerisinde kalmaktadır. Ayrıca, İçtihadı Birleştirme Kararındaki “hükmedilecek manevi tazminatın bir sadaka niteliği taşımasından sakınılması ve buna karşılık da tatmin işlevini yerine getirip zarara uğrayanda **bir huzur hissi, bir tatmin duygusu yaratması** gerektiği” biçimindeki açıklamaların da uygulamada hiçbir yararı ve yol gösterici yanı bulunmamakta; bu türden soyut açıklamalar uygulayıcılara belirli bir ölçü verememektedir.

Manevi tazminatı, acı ve üzüntüyü dindirme, duyguları yatıştırma aracı olarak niteleyen görüşlere, öğretide, bir kaç yönden karşı çıkmaktadır:

Birincisi, ayırtım gücünden yoksun olanların, bilinçlerini yitirenlerin ve tüzel kişilerin de manevi tazminat isteme hakları bulunmasına göre, bunların acı ve üzüntülerinden söz edilemeyeceği, bu nedenle manevi tazminatın işlevinin “tatmin” duygusu ile açıklanmasının yanlış olduğu ileri sürülmektedir.

İkincisi, sebep sorumluluklarında, zarar veren kusursuz olsa bile manevi tazminat ödemek zorunda kalabileceğinden, tatmin görüşünün burada da yetersiz kaldığı söylenmektedir.⁸³

Üçüncüsü, acı ve üzüntü duygusunun kişiden kişiye değişeceği, bunun şiddet ve derecesinin ölçülemeyeceği; bazıları acı ve öfkelerini kolayca bastırabilirlerken, kimilerinin de yaşam boyu acı çekecekleri, bunun en yüksek tazminatla bile giderilemeyeceği düşüncesindedirler.⁸⁴

⁸³ Prof.Dr.Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler,1998, Cilt:I., sf.776-784

⁸⁴ Prof.Dr.Rona Serozan’a göre: “Dünyada hiçbir aygıtın dozunu saptayamayacağı bir acının, üzüntünün, bunalımın ve sıkıntının manevi tazminatın dayanağı ve ölçüsü sayılması yalnız akıl dışı değil, aynı zamanda sakıncalıdır. Açılacak keyfîlik çığırının nerede biteceği belli olmaz.(...) Bir kimsenin kaybından duyulan acının

Biz, manevi tazminatın acıyı dindirme ve öfkeyi yatıştırma parası olduğu, (manevi tatmin ihtiyacını giderdiği ve huzur duygusu yarattığı) görüşlerini eksik ve yetersiz bulmakla birlikte, yaşam gerçeklerine bakarak büsbütün yanlış da bulmuyoruz. Çünkü biliyoruz ki, en paraya önem vermez görünenlerin bile, acıları ne kadar derin olursa olsun, bir miktar para ile **avunduklarını** görüyoruz, duyuyoruz.

Özellikle cana gelen zararlarda, manevi tazminatın acı ve üzüntüyü giderme ve öfkeyi yatıştırma parası olarak görülmesini, eski çağların “**diyēt**” uygulamasına benzetiyoruz. Uygarlık tarihi içinde yer alan geçmişin törelerini, hukuk kurallarını dışlamıyoruz; bugün de gözardı edilemeyecek yararlı yönleri bulunduğunu düşünüyoruz. Bu bağlamda, **kişilerin** hukuka aykırı eylem sonucu **yaralanmaları ve sakatlanmaları ile yakınlarının öldürülmesi yüzünden acı ve üzüntü duymalarının ötesinde, öfkeye kapılıp öç alma duygusuyla dolup taşmalarını olağan karşıyoruz.** Beşbin yıllık bilinen uygarlık tarihinde insanın davranış ve düşüncülerinde fazla bir değişiklik olmadığı inancındayız. Acı ve üzüntünün etkisiyle öfke, kin, öç alma duygusu, en seçkin ve kültürlü kişilerde bile asla eksik değildir; şu farkla ki, onlar eğitimsiz kişilere oranla daha ılımlı ve sakinlerdir. Burada eksik olan, **acı ve üzüntüyü ölçmenin olanaksızlığının** düşünülmemiş olması ve manevi tazminatın miktarını belirlemede bir ölçüt (kriter) ortaya konulmamış bulunmasıdır. Bir de manevi tazminatın **toplumsal dengeleme işlevinin** gözardı edilmesidir.

2- Ceza görüşü

Manevi tazminat konusunda bir başka görüş “**ceza**” görüşüdür. Buna göre, manevi tazminatın zarar vereni “**cezalandırma işlevi**” gözardı edilmemelidir. Zarar görene manevi tazminat ödenmekle, onun “**öç alma duygusu**” yatıştırılmakta; zarar verenin malvarlığının (tazminat ödemesi nedeniyle) azalması, zarar göreni ruhsal yönden rahatlatmaktadır. Bu görüştekilere göre, **manevi tazminat cezalandırıcı ve önleyici bir niteliğe sahiptir.** Bir anlamda “**özel hukuk cezası**”dır. Burada devlet yararına değil, mağdur yararına bir cezalandırma söz konusudur.⁸⁵ Bu görüşün uygulamada sağladığı bir kolaylık vardır ki, o da, acı ve üzüntüyü ölçmek olanaksız iken, kusurun ve sorumluluğun ölçülebilmesidir.⁸⁶ Unutulmasın ki, tehlike sorumluluklarında (kusursuz sorumluluklarda) bile, tazminat belirlenirken bir kusur (sorumluluk) derecesi saptanmaktadır.

Karşı görüştekiler, manevi tazminatın özel hukuk nitelikli bir yaptırım olduğunu, ayrıca olağan sebep sorumluluğu ile ceza kavramının bağdaştırılamayacağını ileri sürmekte iseler de, biz ceza görüşünü “**caydırıcılık**” kavramına bağlayarak bir çok yönlerden benimsiyoruz. Bu nedenle, ünlü İçtihadı Birleştirme Kararındaki “manevi tazminat, ne bir ceza, ne de gerçek anlamda bir tazminattır” açıklamasına katılmıyoruz.⁸⁷ Yıllardan beri neredeyse tüm Yargıtay kararlarında yinelenen bu anlayış, öyle sanıyorum ki, aşağıda

saptanmasında, manevi tazminat isteyen kişi ile yitirilen kişi arasındaki duygusal bağlılığın ve sevginin yoğunluğu araştırması kişilik haklarına ters düşer.” (agm., sf.82) -

⁸⁵ Roma Hukukunda haksız fiil (delictum) sonucu zarar gören kişi, zararın tazminini değil, failin cezalandırılmasını isteyebiliyordu. Bu ceza (poena) genellikle bir para cezası idi. Ceza olarak ödenen para, her ne kadar zararı giderme karşılığı sayılmamakta ve suçluyu cezalandırma olarak nitelenmekte ise de, devlete değil de, doğrudan doğruya zarar görene ödendiği için, sonuçta onun zararı giderilmiş oluyordu. (Prof.Dr.Türkân Rado, Roma Hukuku,1980,sayfa:180-181)

⁸⁶ Prof.Dr. Ahmet M.Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2002, sf.287

⁸⁷ 22.06.1966 gün 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararındaki bu tanımlamanın yanlış olduğunu düşünüyoruz. Önce, manevi tazminatın “caydırıcılık” işlevi nedeniyle özel hukuka özgü bir tür ceza olduğu kanısındayız. (Punitive damage) İkincisi, gerçek anlamda tazminat olmadığı görüşüne de katılmıyoruz. Çünkü, manevi zarar da bir zarar türüdür. (Dommage immateriel-Dommage moral). Malvarlığında değil de, kişi varlığında bir eksilmeye neden olduğundan, her zarar gibi manevi zararın da giderilmesi istenebilir. Giderim ise tazminat demektir. Hem, para olarak ödendiğine göre tazminat değil de nedir ? Tazminat benzeri bir işlevi olduğu açıklaması da onun tazminat olma niteliğini ortadan kaldırmaz.

değınilecek Hukuk Genel Kurulu'nun yeni bir kararıyla terkedilmiş ve manevi tazminatın “caydırıcılık” ögesi öne çıkarılmıştır.⁸⁸ Bu karara göre, “**aslolan insan yaşamıdır** ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ıztırabı hiçbir değerin gidermesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan, sadece zarar görene bir parça olsun rahatlama duygusu vermek değil, aynı zamanda zarar verene daha dikkatli ve özenli davranması, bundan böyle zarar verici eylemlerden sakınması için **caydırıcı** etki sağlayacak bir bedel ödetilmesidir.

Kavram “**caydırıcılık**” olunca, ceza görüşüne karşı çıkmamanın bir anlamı yoktur. Kusursuz sorumlu sayılan işleyenler, işverenler, çalıştıranlar ve tüm tehlike sorumluları yönünden de bu görüşü benimsemenin bir sakıncası bulunmamaktadır. Çünkü, manevi tazminatın önleyici ve caydırıcı niteliğı onları daha dikkatli ve özenli davranmaya zorlayacak ve yönlendirecektir.

3- Telafi görüşü

Buna, manevi tazminatın, **maddi tazminatı tamamlayıcı denkleştirme işlevi** de denilmektedir. Manevi tazminat konusunda, bizce, en tutarlı ve yaşam gerçeklerine uygun olan zararı **onarım, giderim ve denkleştirme** görüşüdür. Genel anlamda tazminat, bir zarar giderme aracı olduğuna göre, maddi tazminatta olduğu gibi, manevi tazminatta da bir “**onarım ve giderim**” söz konusudur. Ancak ne var ki, maddi zararın giderimindeki somutluk ve açıklık, manevi zararın gideriminde soyut ve belirsiz kalmıştır. Bu belirsizlik, manevi tazminata, **maddi tazminatı tamamlayıp düzeltici** veya maddi tazminatın eksikliğini giderici sosyal yardım benzeri bir **denkleştirme işlevi** yüklenmesiyle belirgin hale gelecektir. Hele **manevi tazminatta da, maddi tazminat benzeri bir hesaplama yöntemi** benimsenirse, yargı kararları arasındaki derin uçurumlar ortadan kalkacak, bir eşitlik ve uyum sağlanmış olacaktır.

Manevi tazminatın, maddi tazminatı tamamlama işlevinin yanı sıra, iki tazminat türünü birbirinden ayıran önemli bir fark da, maddi tazminat için belirlenen kesin, katı ve sınırlı koşullar yüzünden, **maddi tazminat isteyemeyecek durumda olan bazı kişilerin manevi tazminat isteyebilmeleridir**. Örneğın, ölen/öldürölen kişinin (çok özel durumlar dışında) yetişkin çocukları, kardeşleri maddi tazminat isteyememekte; bu haksız durum, bu eksiklik manevi tazminatla giderilebilmektedir. Bedensel bir zarara uğramamakla birlikte, kazanın ve eylemin etkisiyle ruhsal sarsıntı geçiren, sınırları bozulan bir kimse haksız eylem sorumlusundan manevi tazminat isteyebilmektedir.

Manevi tazminatın hangi durumlarda, **maddi tazminatı tamamlayıcı işlevler** üstleneceğine ilişkin şu örnekleri verebiliriz: Maddi tazminat hesapları, önceden belirlenmiş ve bazı kesin kurallara bağlanmış olduğundan, kimi zaman çok düşük miktarlarda bir hesap sonucu ortaya çıkmakta, bu ise zarar görenlerde “haksızlığa uğramışlık duygusu” yaratmaktadır. Bunun en tipik örneğı, çocuk ölümlerinde ana ve babaya hesaplanan tazminat tutarlarında görölmektedir. Hesaplamanın, çocukların çalışıp kazanç elde edebilecekleri onsekiz yaşından başlatılması, haksahiplerinin bu tazminatı yıllar öncesinden alacak olmalarından dolayı iskonto yapıp peşin değeri belirlenmesi ve çocuğun ölümüyle ana babanın tasarruf ettikleri varsayılan yetiştirme giderlerinin zarar tutarından indirilmesi gibi uygulamalar sonucu “çocuğun değeri bu kadar mı?” dedirtecek ve adeta isyan ettirecek miktarda (çok düşük) tazminat tutarları ortaya çıkmaktadır. Oysa, bütün anne babaların dillerinden düşürmedikleri bir söz vardır: “Acıların en büyüğü evlat acısıdır” denir. İşte bu gibi durumlarda, yetersiz kalan maddi tazminatın eksikliğı, uygun miktarda bir manevi tazminatla giderilecektir. Küçük yaşta kaza geçirip sakat kalan çocukların da işgöremezlik hesabı, gerek asgari ücretten yapılması ve gerekse peşin değeri nedeniyle çok düşük çıkmaktadır. Bunun açığının dahi manevi tazminatla kapatılması yargıya güven ve güç katacaktır.

⁸⁸ Yarg.HGK. 23.06.2004 gün 2004/13-291 E. 2004/370 K. (Legal, 2004/Ekim, sayı: 22, sf. 2876-2881)

Gene, maddi tazminat hesaplarına ilişkin kesin kurallar yüzünden anne veya babalarını yitiren onsekiz yaşından büyük erkek ve yirmiiki yaşından büyük kız evlatlar maddi tazminat alamamaktadırlar. Kardeşlerin maddi tazminat isteyebilmeleri, bazı özel durumlar dışında, neredeyse olanaksızdır. Emekli aylığından başka bir iş ve kazancı bulunmayan ileri yaştaki kişilerin sakat kalmaları veya ölmeleri durumunda maddi tazminat çok düşük miktarda hesaplanmaktadır. İş kazalarında, zararın tamamının sosyal güvenlik kurumlarınca giderilmesi durumunda, işverenden başkaca maddi tazminat istenememektedir. Bütün bu örneklerde, kesin ve katı kurallar ve bir türlü değiştirilmek istenmeyen yaş sınırlamaları yüzünden, ödenemeyen maddi tazminatın bıraktığı boşluğu, manevi tazminat kapatacak; böylece manevi tazminat, haksız uygulamaları önleyici ve adaleti gerçekleştiren bir tür toplumsal nitelik kazanacak ve denkleştirme işlevi görecektir.

Manevi tazminatın, maddi tazminat ödenmesinin olanaksızlığı durumunda tamamlayıcı ve denkleştirici işlevini Yargıtay da benimsemiş ve bu konuda çok çarpıcı kararlar vermiştir. Bunlar arasında en ilginç bulduklarımız **“Hiç maluliyeti olmasa bile, bedensel zarara uğrayan kişinin manevi tazminat isteyebileceğine;** bunun için olaydan dolayı acı ve üzüntü duymasının yeterli olacağına” ilişkin kararlardır.⁸⁹

Estetik zarar olarak nitelenen ve genellikle yüzde veya bedenin görünen yerlerinde kalıcı izler bırakan beden zararları, maluliyet cetvellerinde yer almadığı ve iş gücü kaybı olarak görülmediği için maddi tazminatın konusu olamamaktadır. Buradaki boşluğu manevi tazminat dolduracaktır.

Ruhsal ve sinirsel bozukluklar da manevi tazminat konusu olabilmektedir. Haksız eylemin malvarlığında ve kazançlarda bir eksilmeye yol açmamış, tedavi giderlerini dahi gerektirmemiş olması nedeniyle maddi tazminat istenemeyecek durumlarda, manevi tazminat, maddi unsurların yokluğunu giderici bir işlev görecektir, bir tür denkleştirme sağlayacaktır. Bu konuda pek çok karar örnekleri vardır ve şöyle denilmektedir: “Borçlar Kanunu 47. maddesindeki bedensel zarar kavramına ruhi bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı (ruhi ve asabi sağlık bütünlüğü) gibi hallerin girdiği kabul olunmaktadır.”⁹⁰

Kaza geçiren veya saldırıya uğrayan kişilerin **yakınlarına manevi tazminat ödenmesi** de, maddi tazminatın boşluğunu doldurucu bir işlev niteliğindedir. Bu tür kararlarda da, bedensel zarara uğrayan kişinin (anne, baba, eş, çocuk gibi) çok yakınındaki kişilerin olaydan etkilenerek ruh sağlıklarının ve sinirlerinin bozulabileceği ve buna dayanarak manevi tazminat isteyebilecekleri kabul olunmaktadır.⁹¹

⁸⁹ Bu konuda birkaç karar örneği verelim: 9.HD. 16.03.1989 gün 1988/12884 E. 1989/2409 sayılı kararı: “Manevi ödenceye karar verilebilmesi için, bir kimsenin mutlaka meslekte kazanma gücünde bir kaybın meydana gelmesi gerekmez; acı ve elem (ızdırıp) çekmesi, manevi ödence verilmesi için yeterlidir.” - 21.HD. 05.11.1998 gün 7006-7419 sayılı kararı: “Davacının maluliyet oranı olmasa bile, üzüntü ve elem duyması, ruh bütünlüğünün ihlali, sinir bozukluğu da bedensel zarar kavramına dahil bulunduğu için, oluşan koşullara göre uygun bir miktar manevi tazminata hükmedilmesi gerekir.” - 4.HD. 02.12.1986 gün 7516-8152 sayılı kararı: “Trafik kazasında yaralanan davacının, yüzünde sabit eser kalmamış olsa dahi manevi tazminata hükmetmek gerekir.”

⁹⁰ Yarg.HGK. 26.04.1995, E. 95/11-122 K.430 (YKD.1995/10-1522) – Ayrıca HGK. 02.12.1987, E. 87/4-214 K.894 (YKD.1988/4-464); 21.HD. 07.11.2000, 7228 - 7652 (YKD.2001/7-1067) ; 4.HD. 29.03.1983, 2065-3423 (Yasa HD. 1983/5-735,no: 157)

⁹¹ Bu konuda da Yargıtay kararlarından şu örnekleri verebiliriz: 21.HD.07.11.2000, 7228-7652 “Bir kişinin bedensel zarara uğraması durumunda, onun çok yakınlarından birinin de aynı eylem nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü bozulmuşsa, onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir.” (YKD.2001/7-1066) - 4.HD.14.05.1998, 9223-3428 “Trafik kazasında ağır yaralanan ve yüzünde sabit esen niteliğinde iz kalan kız çocuğunun durumu, tüm yaşamı boyunca aile içinde bunu izlemek zorunda kalacak olan babanın duygusal kişilik değerlerine saldırı oluşturur. (BK.47,49) Aile içinde babanın çocuğunun yüzüne her bakışında üzüntü duyması kaçınılmazdır. Açıklanan bu duruma göre, mahkemenin sorunu çözmede, Borçlar Kanunu'nun 47.maddesini aşarak genel bir nitelik taşıyan BK.49.maddesine göre uygulama yapması gerekirken, bunun aksi bir düşünce ile “manevi tazminat” isteğinin reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir.” (YKD.1998/8-1146) -

Yukardaki örneklerden başka, maddi tazminatın söz konusu olmadığı durumlarda, manevi tazminatın adaleti dengeleyici işleviyle ilgili şu örnekleri verebiliriz: Yolcu taşıma sözleşmelerinde taşıyıcının yükümlülüklerini yerine getirmemesi, her hangi bir kaza olmasa bile yolculuğun tehlikeli ve kötü geçmesi ve bunun sinir bozukluğuna yol açması; gezi düzenleyicisinin tanıtım broşürlerinde açıklanan yol ve konaklama olanaklarını sağlamaması, bu yüzden gezinin beklenen ve umulan biçimde gerçekleşmeyip tatil keyfinin kaçırılması ve bunun sinir bozukluğu yaratması gibi durumlarda da, maddi bir zarar olmasa bile, manevi tazminat istenebilecektir.⁹²

4- Caydırıcılık görüşü

Manevi tazminatın **caydırıcılık işlevi**, bizce, maddi tazminatı tamamlayıcı denkleştirme işlevi kadar önemli, üzerinde durulması gereken önemli bir konudur. Yukarıda **caydırıcılık** ögesi ile **cezalandırma** işlevi arasında bir benzerlik kurmaktan çekinmedik.

21.HD. 07.10.1997, 6111-6174 “Cismani zarar, vücut bütünlüğüne karşı ıka edilen zarar olup, bu kavrama ruhsal bütünlük de dahil olmakla, doğrudan zarara uğrayanın eş ve çocuklarının ruhsal sağlığını çok geçirecek derecede ağır biçimde bozulup tedavi olmak zorunda kalmaları durumunda, nedensellik bağı gerçekleşmiş sayılacağından, BK.47.maddesine dayanılarak manevi tazminat istenebilir.” (YKD.1998/5-733) - HGK. 26.04.1995, 11-122 E. 430 K. “Cismani zarar kavramına, ruh bütünlüğünün ihlali, sinir bozukluğu ve hastalığı gibi haller de girdiğinden, henüz sekiz aylık çocuklarının trafik kazası sonucu yaralanması üzerine, ana ve babanın, uygun nedensellik bağı ve hukuka aykırılık koşulları gerçekleşmiş olduğu için manevi tazminat davası açabilmeleri gerekir. (YKD.1995/10-1520) - HGK. 02.12.1987, 4-214 E. 894 K. “Yaralanarak bedensel zarara uğrayan oğlu yüzünden ruh sağlığı bozulup tedavi olmak zorunda kalan baba, aradaki nedensellik bağı nedeniyle manevi ödenme isteyebilir.” (YKD.1988/4-463) - 4.HD.30.04.1987, 3075-3367 “Ağır kusurla bir gözü kör edilen küçük çocuk için, anne ve baba yararına manevi tazminat ödenmesine ilişkin karar doğrudur.” (Yasa HD: 1987/10-1438, no:599) - 4.HD. 29.03.1983, 2065-3423 “Çocuğa karşı işlenmiş haksız eylem, aynı zamanda bedensel bütünlüğü bozulan kişinin yakınlarının da doğrudan doğruya zarara uğramalarına neden olmuşsa, o takdirde yakınlarının da manevi tazminat istemeleri mümkündür.” (Yasa HD. 1983/5-735, no: 157)

⁹² Yarg.11.HD.11.02.1982 gün 148-544 sayılı kararı: “Davacı deniz yolculuğu için bilet almış ve fakat davacıya kamarada yer ayrılmamıştır. Davacı bu nedenle seyahatini yarım bırakmak zorunda kalmıştır. TTK.nun 801/1,b.2 maddesi uyarınca , davacı bu yolculuk için yaptığı giderler ile ayrıca MANEVİ TAZMİNAT isteyebilir.” (G.Eriş, age.,sf.576, no:2) - TTK.806.maddesi 3.fıkrasına göre:”Taşıyıcı, bilete tayin edilen yerin başka bir kimseye verilmiş olması veya bilete tayin edilen vasita yerine onun aynı olmayan başka bir vasitanın sefere konulmuş bulunması veyahut vasitanın belli saatten önce hareketi sebebiyle yolcunun yetişememesi nedenleriyle sorumlu olur.” Maddede tanımlanan durumlarla karşılaşan kişilerin nasıl bir ruh hali içine girdiklerini ve sınırlarının ne derecede bozulduğunu , bu gibi olaylarla karşılaşanlar iyi bilirler. Kuşkusuz sinir bozukluğu kişiden kişiye değişir; kimileri fazla etkilenir, kimileri çabuk geçitirir. Eğer başına bu tür olaylar gelen kişi, ayrıca kalb veya şeker hastası ise, ruh ve sinir bozukluğu hastalığı tetikleyecek, sağlığı daha fazla zarar görecektir.- BK.m.98/III'e göre “Haksız eylemlerden doğan sorumluluğa ilişkin hükümler, kıyasen sözleşmeye aykırı davranışlara da uygulanır.” Öğretide bu maddenin yalnızca BK.m.49'a yollamada bulunduğu görüşü yer almış ise de, bizce, seyahatin kötü geçmesinden dolayı sınırları ve ruh sağlığı bozulan kişinin BK.m.47 anlamında “bedensel zararı” da söz konusudur; bu nedenle manevi tazminat istenebileceği kanısındayız. Öğretiden yapılan çeşitli derlemelerden çıkarılan sonuca göre: “Tatil keyfi kaçırılan kişinin bu nedenle uğradığı zarar “manevi zarar”dır. Kaybedilen zaman sıkıcı, sinir bozucudur ama, ne olursa olsun zamandır; insanın yaşam süresinin bir parçası para ile giderilemez, para karşılığı satın alınmaz, kişiye sıkı sıkıya bağlı manevi bir değerdir.” (Tekinay Borçlar Hukuku,1993,sf.558, dip not:40-42) - Seyahatin beklenenden kötü geçmesinden doğan zararlar ile ilgili Alman Federal Mahkemesi'nin kararlarını dikkate alan Alman kanunkoyucusu, tazminat ödenmesi gerektiğine ilişkin bir hükmü (BGB & 651/II) seyahat sözleşmesini düzenleyen hükümler arasına koymuştur. Öğretide bazı yazarlar, bu hükmün manevi zararların tazminini kabul etmeyen BGB & 253 hükmüne getirilen bir istisna olduğu görüşünü savunmuşlardır. Başka bir deyişle, seyahatten beklenen keyfin alınamaması, getirilen hüküm ile, tazmini mümkün olan manevi zararlar kapsamına alınmıştır.” (Doç.Dr. Haluk N.Nomer, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, 1996, sf.30-31) - Ahmet Zeyneloğlu'na göre: “Manevi zararın doğması için mutlaka yolcunun cismani bir zarara uğramış olması gerekmez. Taşımada söz konusu olan manevi zarar (kuşkusuz) şeref ve haysiyetin ihlalinden doğan bir zarar değildir. Taşıma sözleşmesinin ihlalden doğan ve BK. 98.maddesinin yollamasıyla 47. ve 49. maddelerinde öngörölmüş olan yolculuk nedeniyle meydana gelen kazada cismani zarara uğrayan yolcunun uğradığı zarar manevi zarardır. Bununla birlikte, manevi zararın doğması için mutlaka yolcunun cismani zarara uğramış olması gerekmez.” (A.Zeyneloğlu, age.,323)

Çünkü cezaların da temel işlevi suç işleyenleri tutsak almak değil, onları **uslandırmak, caydırmak**, yeniden topluma kazandırmaktır.

Nasıl ki, trafik kurallarını çiğnediği için yüksek bir para cezası ödeyen sürücü, yeniden ceza vermemek ya da ehliyetini yitirmemek için daha dikkatli ve özenli davranmak gereğini duyacaksa, yüksek bir miktar üzerinden manevi tazminat ödeyen kişi de aynı sakınganlığı göstermeye çalışacaktır.

Bu bağlamda, işveren, yeni bir iş kazası olmaması için işyerinde daha sıkı önlemler alacaktır. Araç işleten, sürücü seçiminde daha özenli davranacak, aracının bakımını düzenli yaptıracaktır. Bina veya tesis sahibi, çevreye ve kişilere zarar vermemek için alınması gerekli tüm önlemleri almaya çalışacaktır. Çevreyi kirletenlere, eğer onları caydıracak miktarda bir manevi tazminat ödetilirse, bu huylarından vazgeçeceklerdir.

Artık, 22.06.1966 gün 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararındaki acıyı üzüntüyü, öfkeyi yatıştırma anlayışından uzaklaşma eğilimine girildiğini gözlemlediğimiz Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında belirtildiği gibi: “Manevi tazminat, gelişmiş ülkelerde artık eski kalıplarından çıkarılarak **caydırıcılık** unsuruna da ağırlık verilmektedir. Gelişen hukukta bu yaklaşım, kişilerin bedenine ve ruhuna karşı yöneltilen haksız eylemlerde veya taksirli davranışlarda tatmin duygusu yanında **caydırıcılık** uyandıran oranlarda manevi tazminat takdir edilmesi gereğini ortaya koymakta; kişi haklarının her şeyin önünde geldiğini önemle vurgulamaktadır. Bu ilkeler gözetildiğinde, aslolan insan yaşamıdır ve bu yaşamın yitirilmesinin yakınlarında açtığı derin ızdırabı hiçbir değer gidermesi olanaklı değildir. Burada amaçlanan sadece bir parça olsun rahatlama duygusu vermek; öte yandan da zarar veren yanı da dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla **caydırıcı** olabilmektir.” (HGK.23.06.2004, E.2004/13-291 – K. 2004/370)⁹³

Caydırıcılık ögesinin ne kadar etkili olduğu, bazı yasalardaki idari para cezalarının uygulanmasında görülmekte; cezayı ödeyen daha dikkatli ve özenli davranma, yasalara uyma gereğini duymaktadır.

III- ÇEŞİTLİ GÖRÜŞLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

1- Tatmin görüşü (acı ve üzüntüyü giderme, öfkeyi yatıştırma, huzur ve tatmin duygusu yaratma) işlevi hakkında

Hukuka aykırı bir eylem veya olay sonucu bedensel zarara uğrayan, yakınlarını yitiren, ruhsal sarsıntı geçiren, herhangi bir biçimde kişilik haklarına zarar verilen kişilerin acı ve üzüntü duymaları, öfkelenmeleri, giderek bilinç altında ya da açıkça öç alma isteği duymaları en eski çağlardan beri ve bugün de **insanın doğasında** var olan yadsınamaz gerçekler ise de, manevi tazminatın işlevinin, 22.06.1966 gün 7/7 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararında olduğu gibi “elem ve ızdırabı dindirme, huzur ve tatmin duygusu yaratma” amacına bağlanması (ayırım gücünden yoksun olanlar, tüzelkişiler ve kusursuz sorumluluklar düşünüldüğünde) bir çok yönlerden doğru olmadığı gibi, acı, üzüntü, öfke gibi duyguların kişiden kişiye değişmesi ve ölçülmesinin olanaksızlığı karşısında, bu tür görüşlerin uygulamada bir yeri ve yararı olmadığı sonucuna varılmaktadır. Nitekim, bu görüşler yüzündendir ki, bugüne kadar manevi tazminatın ortalama bir ölçüsü bulunamamış; yargıçların benzer kararlarda “takdir ettikleri” manevi tazminat tutarları arasında derin farklılıklar olduğu gibi, Yargıtay kararlarında da ortak bir değer ölçüsü oluşamamıştır.

Manevi tazminatın, acı ve üzüntüyü dindirme (hazcı), öfkeyi ve öç alma duygusunu yatıştırıp “manevi tatmin duygusu” yaratma (misillemeci) bir anlayışla değerlendirilmesi bugün artık çağdışı görüşler olarak nitelenmektedir.

⁹³ Legal Hukuk Dergisi, 2004/Ekim, sayı:22, sf.2876-2881

2- Ceza etkisi yaratma işlevi hakkında

Her ne kadar Yargıtay kararlarında manevi tazminatın bir “ceza” olmadığı sıkça yinelenmekte ise de, caydırıcı etkisi yönünden “ceza görüşü”ne katılıyoruz. Çünkü, bazı yasalardaki “idari para cezalarının” özellikle işyerleri ve araç işletenler üzerindeki etkisini sıkça görüyoruz. Yüksek miktarda para cezası ödeyenler, daha sakin ve daha dikkatli davranma, kurallara uyma gereğini duyuyorlar. Örneğin, işverenler art arda birkaç teftişten sonra, gerek sigorta bildirgeleri konusunda ve gerekse işçi sağlığı ve iş güvenliği hükümlerini uygulamada hata yapmaktan kaçınmaya ve daha sıkı önlemler almaya başlıyorlar; böylece iş kazaları azalıyor. Alkollü araç kullanmayı alışkanlık haline getiren sürücü, birkaç kez cezaya uğradıktan sonra, bu huyundan vazgeçiyor; böylece olası kazalar önlenmiş oluyor.

Bu örneklere bakarak diyebiliriz ki, ölüm ve bedensel zarar sorumlularının yüksek bir tazminat ödemek zorunda bırakılmaları, onlar üzerinde hem bir caydırıcı etki sağlayacak, hem de bir “ceza işlevi” görecektir.

3- Maddi tazminatı tamamlama ve denkleştirme işlevi hakkında

Manevi tazminatın (acı,üzüntü,öfke, kin gibi) insan doğasının ayrılmaz ve yadsınmaz bir özelliği olan duygusal gereksinimlerini giderme işlevinin yanı sıra, maddi tazminatın yetersiz kaldığı durumlarda onun eksikliğini ve açığını kapatıcı, zararı **denkleştirici** somut, gerçekçi ve **toplumsal bir işlevi** olduğu düşüncesindeyiz.⁹⁴

Yukardaki bölümlerde belirttiğimiz gibi, maddi tazminat hesaplarına egemen olan katı ve sınırlayıcı kurallar ile can zararlarının “malvarlığı zararı” olarak nitelenmesindeki saplantılar yüzünden, yeterli miktarda tazminat alamayan kişilerin uğradıkları haksızlık ya da maddi tazminattaki yetersizlik manevi tazminatla giderilecektir. Ayrıca, gene maddi tazminatın geliştirilemeyen, çağın ve yaşam gerçeklerinin gerisinde kalan kalıplaşmış ilkeleri nedeniyle hiç maddi tazminat alamayan kişilerin “görünür” zararları da manevi tazminatla karşılanacaktır. Bütün bunlar manevi tazminatın tamamlayıcı (telafi edici) işlevinin önemini ortaya koymaktadır.

4- Manevi tazminatın caydırıcı etkisi hakkında

Manevi tazminatın, acı ve üzüntüyü giderme, öfkeyi yatıştırma, huzur ve tatmin duygusu yaratma ve maddi tazminatın eksikliğini ve açığını kapatma işlevlerinin yanı sıra “ceza etkisi” ile birlikte, hukuka aykırı eylemleri önleyici ve **caydırıcı** bir işlev göreceği inancındayız.⁹⁵

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun yukarda anılan son kararında “caydırıcılık” ögesine ağırlık verilmesine göre, artık ünlü İctihadı Birleştirme Kararındaki duygusal içerikli görüşlerin terk edilmekte olduğu; gerçekçi, nesnel, somut anlayış ve değerlendirilmelere yöneldiği izlenimini edinmiş bulunuyoruz.⁹⁶

⁹⁴ “Manevi tazminat istemine çağdışı “hazcı” (hedonist) ve “misillemeci” (talionist) “keyif ve acı çıkarma” işlevi yerine, alacaklısı için maddi tazminatı tamamlayan bir “sosyal yardım ve rehabilitasyon” sağlama işlevi kazandırılmalıdır. Manevi tazminatın öznal, deruni gönül acısı çekenin keyif ve acı çıkarma parası sayılmayıp, maddi tazminatın bir sosyal tamamlayıcısı ve düzelticisi olarak değerlendirilmesinin bir yararı da, duygusal kökenli acı çıkarma (manevi tatmin) işlevinden arındırılmış manevi tazminata kusursuz risk sorumluluklarında da hiç duraksamasız yer verilebilmesi olacaktır. Bunun gibi, manevi tazminat, aynı kararlılıkla, sorumluluk sigortalarının kapsamına da alınabilecektir.” (Serozan, agm., sf.92,94,95)

⁹⁵ Manevi tazminatın, tıpkı maddi tazminat gibi, ondan ne eksik ne fazla, birincil sosyal denkleştirme işlevinin ardında, ikincil bir işlevi, bir yan etki olarak caydırıcı, önleyici (prevantif) bir işlevi ve etkisi de olabilir. (punitive damage). Manevi tazminatın birincil nesnel denkleştirme işlevi gibi, bu ikincil önleme (caydırma) işlevi de sosyal bir boyutla zenginleştirilmelidir. – Manevi tazminatın maddi tazminatı tamamlayıcı birincil denkleştirme işlevi açısından olsun, caydırıcı ve önleyici ikincil işlevi açısından olsun, göz önünde tutulması gerekli hukuki pusula tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate alan “sosyal bir pusula” olmalıdır. (Serozan, agm., sf. 88-89)

⁹⁶ Bakınız: Yukarda II-4’de özetlenen Hukuk Genel Kurulu kararı.

5- Sonuç olarak,

Manevi tazminatın, (belli bir ölçüde acıyı, üzüntüyü, öfkeyi yatıştırma işlevi de olabileceği gözardı edilmeden, ancak bunların ölçülemezliği yüzünden, uygulamada tazminat tutarını belirlemede bir işe yaramayacağı da görülerek, manevi tazminata bir değer ölçüsü aranırken özellikle iki işlev üzerinde yoğunlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz

Bunlardan birincisi **maddi tazminatı tamamlayıcı denkleştirme işlevi**;
İkincisi **caydırıcılık ve önleyicilik işlevi** olmalıdır.

Bu iki işlevin uygulamada ve hesaplamada nasıl değerlendirileceği ve tazminat tutarının belirlenmesinde ne derece tutarlı ve doğru sonuç vereceği, aşağıda örneklerle açıklanacaktır.

III- MANEVİ TAZMİNAT İSTEĞİNİN YASAL DAYANAKLARI VE KOŞULLARI

1- Yasa hükümleri

Manevi tazminat, Borçlar Yasası'nda iki ayrı maddede düzenlenmiş olup, bunlardan birinde cana gelen zararlar (BK.47,TBK.56) ve ötekinde kişilik haklarına verilen zararlar (BK.49, TBK.58). yer almıştır. Bizim konumuz ve ilgi alanımız cana gelen zararlar olduğundan, aşağıda yalnızca bunun üzerinde durulacaktır.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47.maddesi metni, yalın bir dille, şöyledir:

Madde 47-Hâkim, özel durumları gözeterek, bedensel zarara uğrayan kimseye veya ölüm durumunda ölenin yakınlarına manevi zarar adıyla adalete uygun bir tazminat ödenmesine karar verebilir.

6098 sayılı yen Türk Borçlar Kanunu'nun 56.maddesi de şöyledir:

Madde 56- Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.

2- Manevi tazminat isteyebilmenin koşulları

Her iki madde metnine bakarak, manevi tazminat isteyebilmenin koşullarını şöyle sıralayabiliriz:

- Hukuka aykırı bir biçimde bedensel zarara veya ölüme neden olunmalıdır.
- Zarar ile eylem arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir.
- Zarar veren, az çok kusurlu olmalı, sorumluluğu gerektiren koşullar oluşmalıdır.
- Maddi tazminattan farklı olarak, zarar gören, bedensel zarara uğramasa bile, fiziksel kişilik değerleri etkilenmiş; eylem veya olay, ruhsal sarsıntı ve sinir bozukluğu yaratmış olmalıdır.
- Beden bütünlüğü bozulan veya ölümden etkilenen bazı kişiler, zarar gördükleri kesin olmakla birlikte, (bir takım katı kurallar ve hesaplama yöntemleri yüzünden) hiç maddi tazminat alamamış veya aldıkları maddi tazminat yetersiz kalmış olmalıdır.⁹⁷

3- Yakınların manevi tazminat isteyebilmeleri

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat isteyebilmeleri uzun yıllar tartışılmış; zamanla benimsenip Yargıtay'ın

⁹⁷ "Manevi tazminat, maddi tazminatın sınırlarına çarpıp tökezlendiği ya da tükendiği yerde, onun denkleştirme işlevini, bir sosyal gereksinimi karşılama amacıyla üstlenir. (Serozan,agm.,sf.86)

kökleşmiş kararları haline gelmiştir. Bu gelişmenin bir sonucu olsa gerek, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nun "manevi tazminat" başlıklı 56.maddesine (önceki Yasa'da bulunmayan) ikinci fıkra eklenerek "Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir" denilmiştir.

IV- MANEVİ TAZMİNATIN ÖLÇÜSÜ

Manevi tazminat, maddi tazminat benzeri bir hesaplama yöntemiyle belirlenebilir mi? Başka bir deyişle, manevi zarar ölçülebilir mi? Çağdaş görüşler, artık manevi tazminatın "takdir" edilmek yerine bir ölçüsü bulunması gerektiği yönündedir. Yinelerseniz: **"Maddi zarar hesaplanır, manevi zarar takdir edilir, özdeyişi günümüzde geçerliğini yitirmiştir."**⁹⁸

Manevi tazminat nasıl hesaplanacak, ölçüsü ne olacaktır? Bu sorunun yanıtı, manevi zararın ne anlama geldiği ve işlevi konusundaki görüşler çerçevesinde belirlenmelidir. Bu görüşlerden hangilerinin somut ve elle tutulur olduğunu yukarıda açıklamış ve manevi tazminatın, **"maddi tazminatı tamamlayıcı denkleştirme işlevi"** ile **"caydırıcılık işlevi"** nin en doğru görüşler olduğu sonucuna varmıştık. Şunun için ki, yukarıdaki bölümlerde yer alan değerlendirmelerde, acı ve üzüntünün ölçülemeyeceği, huzur (tatmin) duygusuna bir sınır konulamayacağı, insan doğası içinde varlığını yadsımadığımız bu duygularla bir yere varılamayacağı belli olmuş, kanıtlanmıştır. Uzun yıllardan beri ve bugün de mahkemelerce "takdir" olunan ve Yargıtay'ca değerlendirilen manevi tazminat tutarları arasındaki derin farklılıklar, duygusal çözümün yanlışlığını ortaya koymuştur. Hukuktaki gelişmeler ve çağdaş görüşler de buna karşıdır. Denildiği gibi "Dünyada hiçbir aygıtın dozunu saptayamayacağı bir acının, üzüntünün, bunalımın ve sıkıntının manevi tazminatın dayanağı ve ölçüsü sayılması yalnız akıl dışı değil, aynı zamanda sakıncalıdır. Açılacak keyfilik çığırının nerede biteceği belli olmaz."⁹⁹

Manevi tazminat, duygusal doyum (tatmin) kuramından arındırıldıktan sonra, ona bir ölçü bulmak zor olmayacaktır. Yukarıda geniş açıklamalarını yaptığımız ve benimsediğimiz iki temel işlevden ilki olan manevi tazminatın "maddi tazminatı tamamlayıcı denkleştirme işlevi" ile ikincisi olan "caydırıcılık işlevi" öyle sanıyoruz ki, maddi tazminat benzeri manevi tazminat hesabında bize kolaylıklar sağlayacaktır. Aşağıda bunları ele alıp bir yol bulmaya çalışacağız.

1- Manevi tazminatın, maddi tazminatı tamamlayıcı denkleştirme işlevi ve bunun uygulanması

Manevi tazminatın, maddi tazminatın eksikliğini gediğini kapama işlevi, maddi tazminat hesabından farksız bir hesaplama yöntemiyle gerçekleştirilecektir. Bu hesaplamada tek fark, maddi tazminatın kazanç ögesi ile çalışma yaşı sınırlarının bir yana bırakılması olacak; kişiler ne iş yaparlarsa yapsınlar, ne kadar kazanç elde ederlerse etsinler veya hiç kazanç elde etmesinler, hangi yaşta olurlarsa olsunlar, herkes için eşit, tek ve ortak bir para ölçüsüyle (aşgari ücretler üzerinden) manevi tazminat (maddi tazminat hesaplanır gibi) hesaplanacak; böylece patronla işçinin, zenginle yoksulun, köydeki ağayla dağdaki çobanın yaşam hakları arasında (manevi tazminat yönünden) bir fark kalmayacaktır. Hesaplanan manevi tazminat tutarı, önce, zarar gören kişinin maddi tazminat tutarıyla (azlık, çokluk ya da yokluk durumuna göre) denkleştirilecek; daha sonra yasalarda belirtildiği gibi (BK.47,TBK.56) "olayın özellikleri gözetilerek" ikinci bir değerlendirme yapılacak; en son yargıç, yasada kendisine tanınan yetkileri kullanarak (TMK.m.4; BK.42/2-44/2; TBK.50/2-52) ve yasalardaki hükümlerin anlam ve amacına uygun biçimde, hesap sonucunun biraz altında veya biraz üstünde, ama ondan pek fazla da uzaklaşmayarak, hükme esas olacak manevi tazminat tutarını belirleyecektir. Bizce, yargıcın "takdir" yetkisi bununla sınırlı kalmalı, ölçü kaçırılmamalıdır.

⁹⁸ Serozan, agm.,sf.86

⁹⁹ Serozan, agm.,sf.82

Bu soyut açıklamaları somutlaştırmak gerekir diyerek, şu örnekleri veriyoruz:

Örnek:1- Haksız eylem veya hukuka aykırı durumlar sonucu ölümüne neden olunan veya öldürülen çocukların desteğinden yoksun kalan anne ve babanın maddi tazminatı, uygulanmakta olan katı ve acımasız yöntemler yüzünden çok düşük hesaplanmaktadır. İşte bu haksızlık, uygun miktarda manevi tazminatla giderilmelidir.

Örnek:2-Ülkemizde uygulanmakta olan sakatlık cetvellerinde (SSİT), estetik zarar olarak nitelenen, genellikle yüzdeki ve bedendeki kalıcı izler, işgücü kaybı olarak görülmemekte, bunlar için bir işgücü kayıp oranı belirlenmemektedir. Oysa görselliğin ağır bastığı günümüzde, güzel yüzlü, bakımlı, gösterişli insanların daha kolay iş buldukları, iş ve kazanma olanaklarının çok daha fazla olduğu bilinmektedir. Burada yapılması gereken şu olmalı: Birisi konusunda uzman hekim, ikincisi davacının mesleğinden bir meslek bilirkişisi, üçüncüsü tazminat hesap uzmanı olmak üzere üç kişilik bilirkişi kurulu aracılığı ile ¹⁰⁰ davacıdaki kalıcı izlerin iş ve çalışma yaşamına etkileme oranı belirlenmeli; bu oran üzerinden (maddi tazminat yöntemleriyle) hesaplanacak tazminat tutarı, yargıcın hüküm altına alacağı manevi tazminatın temelini oluşturmalıdır.

Örnek:3- Ölen kişinin, destek tazminatı alamayan yetişkin çocuklarının veya kardeşlerinin ya da başka yakınlarının tazminat istekleri manevi tazminatla karşılanacaktır. Burada da maddi tazminat benzeri (asgari ücretler üzerinden) manevi tazminat hesabında, yaşam süreleri, destek payları, varsa ölenin kusur oranı dikkate alınacak; belirlenen rakamlar, özel durumları gözeterek takdir yetkisini kullanması için yargıcın önüne konulacaktır.

Örnek:4- Yargıtay kararlarında benimsendiği üzere, hukuka aykırı bir eylem veya olay sonucu bedensel zarar meydana gelmese, bir sakatlık oluşmasa bile, ruhsal sarsıntı ve sinir bozukluğu manevi tazminat isteğini haklı kılmakta; bedensel zarara uğrayan kişinin yakınları dahi benzer bir etkilenme yüzünden aynı hakka sahip bulunmaktadırlar. Bu gibi durumlarda dahi, maddi tazminat benzeri manevi tazminat hesabı yapılabileceği kanısındayız. Her ne kadar, bu tür etkilenmelerde işgücü kayıp oranı, yaşam süresi, destek payı gibi hesap unsurları bulunmamakta ise de, bizce yasal asgari ücretin yıllık tutarı (taban) alınarak, bunun üzerinden yargıç tarafından bir değerlendirme yapılması olanaklıdır. Zaten asgari ücretin yıllık tutarının altında bir manevi tazminat düşünülmesi de, bu tür tazminattan beklenen yararı ve etkiyi sağlayamayacaktır.

2- Yargıcın gözönünde bulundurması gereken özel durumlar

BK 47. maddesindeki yargıcın, “**özel durumları gözeterek**”, TBK.56.maddesindeki “**olayın özelliklerini gözönünde tutarak**” manevi zarar adıyla adalete uygun bir tazminat ödenmesine karar verebileceğine ilişkin açıklamada, gözetilecek “**özel durumlar**” ya da “**olayın özellikleri**” neler olacaktır?

Uygulamada, uzun yıllar araştırma niteliğinde yapılan tek iş, yalnızca, Savcılık ve Karakol aracılığı ile “**trafların sosyal ve ekonomik durumlarının soruşturulması**” olmuş; bu ise hiçbir yarar sağlamadığı gibi, pek çok sakıncalar da doğurmuştur. Çünkü, incelediğimiz yüzlerce dosyada gördüğümüz odur ki, kişiler kapılarına gelen polisten ürktükleri gibi, daha fazla tazminat ödeneceği inancıyla “yoksul ve muhtaç durumda olduklarını, olaydan sonra çalışmadıklarını, halen işsiz olduklarını” tutanağa yazdırmışlar, bundan yarar ummuşlardır. Daha kültürlü ve seçkin kişiler bile, türlü nedenlerle (özellikle vergi denetiminden kaygı duyarak) gerçek kazançlarını düşük göstermek gibi bir davranış içine girmişlerdir. Bu

¹⁰⁰ Bilirkişi kurulu oluşturulmasına ilişkin bu görüşümüz, Yargıtay 19.HD.02.10.1995 gün 901-7750 sayılı ve 06.05.1994 gün 6250-4625 sayılı kararlarından alınmıştır. Ayrıntılar için bakınız: Geçici İşgöremezlik Zararları ve Tedavi Giderleri adlı kitabımızın 38-39 ve 94. sayfaları. (Legal,2004)

nedenlerle, polis tutanaklarının, hatta muhtarlıktan alınan bilgilerin hiçbir değeri yoktur. Mahkemeler böyle Savcılık kanalıyla soruşturma yaptıracaklarına, tapudan, vergi dairelerinden bilgi isteseler; bu tür araştırmaların anlam ve amacını taraflara anlatıp, belge sunmalarını, tanık dinletmelerini isteseler, daha sağlıklı sonuca varılacağı kanısındayız.

Öte yandan, “sosyal ve ekonomik durum ölçütü”, zengine daha çok, yoksula daha az manevi tazminat ödenmesini amaçlayan bir yönlendirme izlenimi vermektedir. Bu konuda 818 sayılı Borçlar Yasası’nın 49.maddesine 3444 sayılı yasa ile eklenen 2’nci fıkradaki “Yargıç, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate alır” hükmü çok eleştirilmiş, son derece sakıncalı bulunmuş; bu yüzden 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nda böyle bir hükme yer verilmemiştir. Yeni Yasa’nın, önceki Yasa’nın 49.maddesinin karşılığı olan 58.maddesi çok yalın biçimde ve şöyle düzenlenmiştir:

Madde:58-Kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören, uğradığı manevi zarara karşılık manevi tazminat adı altında bir miktar para ödenmesini isteyebilir.

Hâkim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir giderim biçimi kararlaştırabilir veya bu tazminata ekleyebilir; özellikle saldırıyı kınayan bir karar verebilir ve bu kararın yayımlanmasına hükmedebilir.

Artık, 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu’nun yukardaki hükmüne göre, mahkemelerce, savcılık ve karakol aracılığıyla “sosyal ve ekonomik durum soruşturması” yaptırılmasının bir gereği kalmamıştır. Bu tür yararsız yazışmalarla iş ve zaman kaybına neden olunmamalıdır.

Hem kişilerin onuru, saygınlığı, kişilik ve yaşam hakları, bedensel bütünlükleri, onların varlıklı veya yoksul, mevki ve makam sahibi, işveren-işçi, kentli-köylü, eğitimli-eğitimsiz, sıradan yurttaş oluşlarına bakılmaksızın; maddi zararın azlığına çokluğuna, haksız eylemin ve hukuka aykırılığın niteliğine, kusurun ve sorumluluğun derecesine göre değerlendirme yapılarak, hüküm altına alınacak **manevi tazminat, maddi tazminatı tamamlayıcı ve zarar vereni caydırıcı bir işlev görebilmelidir.**

Bir başka değerlendirme yanlışı da “tazminatın bir zenginleşme aracı olmaması gerektiği” biçimindeki (adeta mağdura karşı olan) anlayıştır. Hep söylediğimiz gibi, suyu bulandıran mağdur değil, suç işleyen veya hukuka aykırı eylemiyle zarar verendir. Zararı, malvarlığı eksilmesi tanımıyla sınırlandıran bu anlayıştakiler, biraz da insanı, insanın değerini, yaşamın kutsallığını gözönünde bulundurmalıdırlar. Mağdur, zarar görmüşse, bir de yargı eliyle haksızlığa uğratılmamalıdır. Terazinin kefesine biraz mağdurdan yana ağırlık koymak, sosyal hukuk devleti olmanın gereğidir.

Bizce, yasalardaki yargıcın “özel durumları” veya “olayın özellikleri” araştırma işlevi, tarafların ekonomik ve sosyal durumlarıyla sınırlı kalmamalı; başka özellikler üzerinde durulmalıdır.¹⁰¹

¹⁰¹ Yargıtay’ın bir çok kararlarında, yargıcın, manevi tazminat miktarını nesnel (objektif) ölçülerle belirlemesi ve “her olayın özelliğini” dikkate alması gerektiği açıklanmış bulunmasına karşın, nedense “sosyal ve ekonomik durum” araştırmasına sapanıp kalınmıştır. Şu kararlarda öngörülen ölçüler bizce doğru olandır. Örneğin, 4.HD. 03.10.1996 gün 7764-8806 sayılı kararına göre: “Manevi tazminat miktarının belirlenmesinde, ona etkili olan nedenler nesnel ölçülere göre isabetli biçimde karar yerinde gösterilmelidir.” (Yasa HD.1997/11-1428,no: 591) – HGK.23.10.2002 gün 2002/4-912 E.846 K. sayılı kararına göre:”Yargıç, manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde, her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağını da gözeterek, takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. (Kazancı Yazılım) - 4.HD.24.10.1996 gün 8351-10437 sayılı kararında da benzer açıklamalar yapılmıştır. (Yasa HD.1997/2-92, no:20)

3- Manevi tazminatın belirlenmesinde gözönünde bulundurulacak hususlar

Bize göre, manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel durumlar şunlar olmalıdır:

a) Suçun ve eylemin niteliği

Suç ve eylemin kasıtlı veya taksirli oluşuna, işleniş biçimine, eylemcinin sabıkası ve daha önce benzer suç ve eylemleri olup olmadığına, ceza uygulanırken ağırlaştırıcı veya hafifletici nedenlerin dikkate alınıp alınmadığına bakılarak, suç ve eylemin toplumda yarattığı tepkinin derecesine göre bir değerlendirme yapılmalı; hükmedilecek tazminatın caydırıcı etkisi gözönünde bulundurulmalıdır.

b) Olayın ve eylemin ağırlığı

Kusur ve sorumluluk oranları tazminatın tutarını belirlemede temel unsurlardan biri olmakla birlikte, bizim burada sözünü edeceğimiz “özellik”, eylemin ve olayın kişileri etkileme derecesi ile toplumda algılanış ve yankılanış biçimidir. Örneğin, bazı trafik kazaları “cinayet gibi kaza” olarak nitelenmekte, sürücüye verilen yüzde yüz kusur oranı kişilerin ve toplumun öfkesini yatıştırmaya yetmemektedir. Gerçekten, kentten en kalabalık caddelerinde otomobil yarışı yaparak insanları ezip geçen, alkolün etkisiyle kaldırıma çıkıp durakta bekleyenlerin canına kıyan, trafik ışıklarına aldırmandan aracını insanların üzerine süren şımarık ve sorumsuz sürücülere verilen yüzde yüz (ya da sekizde sekiz) kusur oranı, manevi tazminatın ölçüsünü belirlemede yeterli olamamaktadır. Bu tür olaylarda, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına bakmanın, davalının ödeme gücünü araştırmanın, bu ödemenin onu yoksullaştıracağı ve davacıyı zenginleştireceği gibi kaygılara düşmenin bir anlamı ve gereği yoktur.

Gene öyle suç ve eylemler vardır ki, ceza yasaları yetersiz kalmakta, zarar gören kişileri yatıştırmak ve toplum vicdanını rahatlatmak için bir şeyler yapmak gerekmektedir. O bir şeyler, suçlular ve haksız eylem sorumluları üzerinde önleyici ve caydırıcı bir işlev görecektir olan yüksek tutarlı manevi tazminattır. Örneğin, aşırı kazanç hırsıyla zararlı yiyecekler ve tehlike yaratan aygıtlar üreterek ve satarak insanların sağlığıyla oynayan kişileri, demirden ve çimentodan çalarak eksik gereçlerle çürük binalar yapan inşaatçıları ve onlara onay verenleri, denetleme görevini yerine getirmeyenleri koruyup kollamanın bir anlamı yoktur. Artık, yargıçlar, böyle durumlarda tarafların sosyal ve ekonomik düzeylerine, ödeme güçleri bulunup bulunmadığına bakmayıp, en yüksek manevi tazminata hükmetmelidirler.

c) Zarar görenin ve zarar verenin kişilikleri

Zarar göreni yatıştırmak ve zarar vereni caydırıcı bir manevi tazminat tutarı, sosyal ve ekonomik durumlara göre değil, onların kişisel özelliklerine, eğitim ve kültür düzeylerine, davranış biçimlerine, özyapılarına göre belirlenmelidir. Burada anlatmak istediğimiz, asla “mevki ve makam, ad ve unvan” değildir. Yukardaki bölümlerde açıkladığımız gibi, bizim manevi tazminattan beklediğimiz yarar, **maddi tazminatı tamamlayıcı** bir unsur olması ve zarar veren üzerinde etkisini gösterecek **caydırıcı işlev görmesidir**.

Manevi tazminatın, maddi tazminatı tamamlayıcı işlevini yerine getirdiğinin söylenebilmesi için, zarar görende, zararın tam ve eksiksiz giderildiği duygusunun da yaratılması gerektiği düşüncesindeyiz. Her ne kadar (acıyı dindirme, huzur yaratma gibi) duygusal ölçülere karşı ise de, bu duyguları gözardı edemeyeceğimizi, bunları da dikkate almamız gerektiğini yukardaki bölümlerde birkaç kez yineledik. Burada şunu eklemek istiyoruz: Acı ve üzüntünün, öfkenin ve öç alma duygusunun derecesi kişiden kişiye değişir. Bu, genellikle eğitim ve kültür düzeyi ile bağlantılıdır; kişilik yapısının, yaş, cinsiyet, yaşam biçimi gibi özelliklerin de etkisi vardır. Manevi tazminat tutarını belirlerken, yargıç, bunları da gözönünde tutmalıdır.

Manevi tazminatın, zarar verende ve tazminat sorumluları üzerinde “**caydırıcı**” bir etki yaratabilmesi de, davalı durumundaki kişilerin eğitim ve kültür düzeyleriyle, yetiştikleri toplum ve aile çevresiyle, davranış özellikleriyle bağlantılıdır. Yargıcın, sağlıklı ve doğru bir değerlendirme yapabilmesi için, tüm bilgilerin dosyaya yansımış olması, her türlü araştırmanın yapıp, kanıtların tam toplanmış bulunması gerekir.

d) Meslek yaşamının sona ermesi ve ekonomik geleceğin sarsılmasında ölçü

Haksız eylem sonucu bedensel zarara uğrayan kişinin, zarar gören organı yüzünden meslek yaşamı sona ermişse veya o kişi meslek değiştirmek zorunda kalmışsa, manevi tazminat tutarı belirlenirken, yargıç, bu gibi özel durumları ayrıca dikkate almalıdır. Örneğin, parmağı kopan operatör veya piyanist, kolu kesilen torna ustası, meslek hastalığına yakalanan işçi, yüzünde veya bedeninde kalıcı izler oluşan ya da yüz şekli değişen sinema ve tiyatro oyuncusu, televizyon sunucusu, manken gibi kişiler meslek değiştirmek zorunda kalmışlarsa, onların bu zararlarını, ileriye yönelik varsayıma dayalı maddi tazminat hesapları ile gidermek yeterli olmayacak; gelecekteki beklentilerini, meslek yaşamında ilerleme tutku ve özlemlerini ayrı bir ölçüye vurmak ve manevi tazminata böyle bir işlev yüklemek, böylece bir denkleştirme yapmak gerekecektir.

Ekonomik geleceğini sarsılması durumu, yalnız meslek yaşamı sona erenler veya meslek değiştirmek zorunda kalanlar için değil, bir işi ve kazancı olmayanlar ya da henüz çalışma yaşamına atılmamış bulunanlar için de söz konusudur. Örneğin, kaza sonucu sakat kalan küçük bir çocuğun ileride seçeceği meslek önceden bilinemeyeceğinden, maddi tazminat hesabı, zorunlu olarak varsayımlara dayanacak; böyle bir hesapta yanılığın payı yüksek olacaktır. İşte bu yanılığın yarattığı eksiklik uygun bir manevi tazminatla giderilecektir. Bir başka örnekte, bir işi, mesleği, kazancı olmayıp, evde oturarak evlendirilmeyi bekleyen bir genç kızın estetik zararı veya sakatlığı, bir sinema oyuncusu kadar olmasa bile, onun da ekonomik geleceğini sarsacak, belki de çok iyi bir evlilik yapma şansını azaltacaktır. Bu gibi durumlarda da maddi tazminatla zararı gidermeye çalışmak, hesap unsurlarının azlığı ve yetersizliği nedeniyle hemen hemen olanaksızdır. İşte bu eksikliği giderecek olan da, bedensel zararın türüne ve zarar görenin kişisel özelliklerine uygun bir miktar manevi tazminattır.¹⁰²

¹⁰² Belirli bir mesleği ve kazancı olmayan kişilerin de ekonomik geleceklerinin sarsılabileceğine, bu gibi durumlarda manevi tazminatın ölçüsünün farklı olacağına ilişkin, biri eski ve ikisi yeni üç karar örneği şöyledir: 10.HD.20.05.1976 gün 1975/8355 E. 1976/3924 K. sayılı kararına göre: “Evlenme çağındaki bir genç kızın estetik zararı, onun evlenme şansını ağır biçimde etkileyecek, büyük olasılıkla ve en azından gelecekteki yaşamında onu bir kocanın desteğinden yoksun kılacaktır.” (YKD.1977/1-69) - Bu karardan yirmibeş yıl sonra verilen 11.Hukuk Dairesi’nin 12.11.2001 gün 5841-9240 sayılı kararında da: “Kaza tarihinde 18 yaşında olan ve sadece %3.3 oranında sakat kalan davacının yaşı, evlenme çağındaki bir genç kız olması, evlenme ve iş bulma olanaklarını önemli ölçüde yitirmiş olabileceği gözetildiğinde mahkemece hükmedilen manevi tazminat az bulunmuş; daha yüksek bir manevi tazminat hükmedilmesi gerekeceği” görüşüyle karar bozulmuştur. (Yayınlanmamıştır.) - Başka bir karar da 4.Hukuk Dairesi’nin 20.09.2004 gün 9196-10137 sayılı kararı olup, bu kararda: “Henüz ergenlik yaşına erişmeden önce davalı tarafından alıkonularak ırzına geçilmiş olan davacının, davalının haksız eylemi sonucu uygun bir evlilik yapabileceği şansının azalacağı kabul edilse bile, bu durum maddi anlamda kazanç kaybı olarak kabul edilemez. Bu nedenle davacının varsayıma dayalı destekten yoksunluk niteliğindeki maddi tazminat isteğinin reddine karar verilmelidir.” denilmiştir. (YKD.2005/1-26) Bu karar, maddi tazminat istenip istenemeyeceği yönünden tartışılabilir. Ancak, şurası kesindir ki, olayın özelliğine ve ülkemizdeki ahlak ve değer yargılarına göre, ırzına geçilen kızın evlenme şansı ya da iyi bir evlilik yapma olanağı azalmış, bir anlamda ekonomik geleceği sarsılmıştır. Halkımız bekarete önem vermekten asla vazgeçmiş değildir; bu kırsal kesimde olduğu kadar kentlerde ve varlıklı ailelerin çoğunda da böyledir. Eğer, bu gibi kişilik zararlarının, maddi tazminat konusu olamayacağı düşüncesi ağır basıyorsa, o zaman halkımızın değer yargıları, ırz ve namus anlayışı ile bekarete verilen önem dikkate alınmalı; bunun iyi bir evlilik yapma şansını azaltacağı kabul olunmalı; maddi tazminatın bıraktığı boşluk (ırza geçen ekonomik durumu hiç gözetilmeden) maddi tazminat benzeri bir hesaplama ile giderilmeli; toplum vicdanını tatmin edecek yüksek bir manevi tazminata hükmedilmelidir.

4- Manevi tazminatın “caydırıcı” etkisi nasıl sağlanabilir?

Yargıç, ne miktar manevi tazminata hükmetmeli ki, zarar verende caydırıcı bir etki yaratabilsin. Bunun yanıtını öncelikle “caydırma” sözünde aramalıyız. Her ne kadar sözlüklerdeki anlamı “kararından döndürmek, vazgeçirmek” ise de, burada kastedilen “uslandırmak, sakındırmak, daha dikkatli davranmaya, önlem almaya, kurallara uymaya özendirmek, suç işleme alışkanlığından vazgeçirmek, suça eğilimli kişilere gözdağı vermek”tir. Cezalandırmadan beklenen de bu değil midir? O yüzden biz, caydırıcı etkiyi bir tür özel hukuk cezası olarak nitelemekte bir sakınca görmüyoruz. Şu farkla ki, cezalar yasalarda yazılı sürelerle bağlı iken, caydırma işlevinin bir süresi ve ölçüsü yoktur. O yüzden ki, caydırıcı etki yaratsın diye manevi tazminata bir ölçü arıyoruz. Ancak bizim aradığımız ölçü, kişiden kişiye değişen içsel ve duygusal bir algılama ve etkilenme değil, nesnel (objektif) bir ölçüdür. Tıpkı acı ve üzüntüyü ölçmenin olanaksızlığı gibi, caydırıcılığın da kişiler üzerindeki etkisini saptamak olanaksızdır. Şu halde duygusal yaklaşım yanlıştır.

Öte yandan, bir cezanın veya tazminatın kişiler üzerindeki etkisi, onların kişilik yapılarına, eğitilmiş-eğitimsiz, varlıklı-yoksul oluşlarına, yetiştikleri ve yaşadıkları toplum kesimine, kurallara uyma-uymama alışkanlıklarına, sorumluluk duygularının gelişmiş-gelişmemiş bulunmasına, suç işleme eğilimlerine göre farklı olacaktır. Bunları da ölçüye vurmak olanaksız ise de, en azından yasada öngörülen “özel durumlar” kapsamında değerlendirilmelidir.

Bize göre, manevi tazminatın kişiler üzerindeki **caydırıcı etkisi**, duygusal yaklaşımlarla değil, **maddi tazminat benzeri nesnel ölçülerle** sağlanabilir. Yukarıda, manevi tazminatın öncelikle “maddi tazminatı tamamlayıcı” bir denkleştirme işlevi görmesi gerektiğini savunmuş; maddi tazminatın yetersiz kaldığı veya hiç ödenemeyeceği durumlarda manevi tazminatın onun açığına kapatacağını söylemiştik. İşte, maddi tazminatın parasal tutarı, zarar veren kişide ve öteki sorumlularda caydırıcı bir etki yaratamayacak kadar az ise, bu açığı (maddi tazminat benzeri bir hesaplamayla) manevi tazminat kapatacaktır. Bunun gibi, hesap unsurlarının yetersizliği yüzünden zarar gören kişiler hiç maddi tazminat alamıyorlarsa, (gene maddi tazminat benzeri bir hesaplamayla) manevi tazminat bu boşluğu dolduracaktır. Bu konuda yukarıda dört ayrı örnek verilmiş ve somut çözümler önerilmiştir.¹⁰³

5- Manevi tazminatın, maddi tazminat gibi hesaplanması

Manevi tazminatın maddi tazminat gibi hesaplanması olanaklı mıdır? Maddi tazminat benzeri bir hesaplamada hangi öğeler ve ölçüler kullanılacaktır? Aşağıda bu konudaki önerilerimizi açıklayacağız.

a) Önce, manevi tazminat için parasal birim olarak “**yasal asgari ücretler**” alınabilir ve bununla bir “**taban ölçü**” belirlenir. Kişilerin sosyal ve ekonomik düzeyleri ve kazanç durumları ne olursa olsun, maddi tazminat hesabında hangi kazanç unsuru kullanılırsa kullanılsın, manevi tazminatın hesap birimi “yasal asgari ücretler” olacak; asgari ücretlerin bir yıllık tutarı “**taban**” kabul edilecek, manevi tazminata hükmedilirken bu “taban”ın altına inilmeyecektir.

b) Asgari ücretlerin bir yıllık tutarı “taban” olarak alındıktan sonra, (maddi tazminatın eksik bıraktığı) yaşam süreleri ile yıllık asgari ücret tutarı çarpılacak; çıkan rakam, (kusur, işgöremezlik oranı, destek payı gibi) denkleştirme öğeleri ile netleştirildikten sonra, karar vermek üzere yargıcın değerlendirmesine sunulacaktır.

6- Maddi tazminat ile denkleştirme

Bunun için çok sayıda somut örnek hazırlamak, ayrı ayrı tablolar düzenlemek ve karşılaştırmalar yapmak gerekecektir. Bu ise uzun ve kapsamlı bir çalışmayla gerçekleştirilebilir. Şimdilik nasıl bir “denkleştirme” düşündüğümüzü açıklamakla yetineceğiz.

¹⁰³ Bakınız yukarıda, IV-1’de “Manevi tazminatın, maddi tazminatı tamamlayıcı denkleştirme işlevi ve bunun uygulanması” başlıklı bölümde (4) ayrı örnek.

a) Madde tazminat hesaplarında yüksek kazanç, benzer olaylar arasında eşitsizlik yarattığından; örneğin, kazancı düşük olan karşısında kusuru fazla olan “az tazminat” öderken, kazancı yüksek olan karşısında kusuru az olan “çok fazla tazminat” ödediğinden, bu dengesizlik maddi tazminat ile manevi tazminatın denkleştirilmesi yoluyla giderilmeye çalışılacaktır.

b) Bu denkleştirme, 6100 sayılı Yasa'nın 107.maddesine göre açılacak tazminat davalarında, “zarar ve kapsamı” belli olduktan ve maddi tazminat hesaplandıktan sonra, manevi tazminat miktarlarının açıklanması biçiminde bir uygulamaya olanak tanınırsa, daha kolay olacaktır.Yargıç dahi, zarar ve kapsamı belli olduktan (kusur ve hesap raporları verildikten) sonraki aşamada, uygun miktarlarda manevi tazminata hükmedebilecektir.

Bütün bunlar birer örnek ve öneridir. Elbette üzerinde düşünülüp tartışılacak, kurallar ve ortak dizgeler oluşturulmak gerekecektir.

V- BELİRSİZ ALACAK DAVASINDA MANEVİ TAZMİNAT NASIL VE HANGİ AŞAMADA İSTENMELİ

6100 sayılı yeni Hukuk Yargılama Yasası'nın 107.maddesindeki “Belirsiz alacak ve tespit davası”nda manevi tazminat istenecekse, ne zaman, nasıl ve hangi aşamada isteneceği, yasa yeni olduğu için, ancak tartışılarak, ortak bir görüşte birleşilerek saptanacaktır.

Bu konuda bizim görüşlerimiz şöyledir:

1- Manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi korunmalıdır

En başta belirtelim ki, bazı ayırık durumlar dışında, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesinin korunması gerektiği düşüncesindeyiz.

2- Zarar ve kapsamı belli olduktan sonra, karar aşamasında istenmesi önerisi

Belirsiz alacak davasında kısmi istek söz konusu olmayıp,dilekçelere konulacak olan “harca esas değer” aslında bir “kısmi istek” değil, davanın türü ve niteliği gereği “edaya dönük bir tespit davası” olduğunun simgesidir. Çünkü, bu dava, Yasa'nın 109.maddesinde ayrıca yer alan bir “kısmi dava” değil, “belirsiz alacak davası”dır. Bu yüzden, harca esas değer, “geçici istek sonucu” ya da “asgari istek tutarı” olarak algılanması yanlış olur. Yasa'nın 107.maddesi 1.fikrasında “...alacaklı, hukuki ilişkiyi ve asgari bir miktar ya da değeri belirtmek suretiyle belirsiz alacak davası açabilir” açıklamasında, asgari miktar denilmekle yetinilmeyip “değer”den sözedilmiş olması, harca esas rakamın bir “kısmi istek tutarı” olmayıp,“**simgesel**” bir nitelik taşıdığına göstergesidir.

O halde, “belirsiz alacak davası” açılırken dilekçeye konulması zorunlu “harca esas değer”in içinde “manevi tazminat” unsuru bulunmamaktadır. Hem, harca esas değer “kısmi istek tutarı” olarak nitelenirse, bunun ne kadarının maddi tazminat ve ne kadarının manevi tazminat karşılığı olduğunun belirtilmesi gerekecektir ki, bu, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesine aykırı düşer.

Peki, “belirsiz alacak davası” dilekçesi, **manevi tazminat** isteğini de içermekte midir? Bilineceği üzere, yargılama sonucu toplanacak kanıtlara, kusur ve hesap bilirkişilerinin raporlarına göre belirlenecek tazminat tutarı “maddi tazminata” ilişkindir. O halde **manevi tazminat** nerededir?

Şöyle de soralım: Belirsiz alacak davasının karar aşaması öncesinde, davacı yargılama sonucu belirlenen “maddi tazminat” tutarı için harç yatırırken, “**manevi tazminat**” istek tutarlarını da açıklayıp harcını yatırbilecek midir ve böylece hem maddi hem manevi tazminatın hüküm altına alınmasını isteyebilecek midir ?

Biz buna olumlu yanıt veriyoruz ve başlangıçta dava dilekçesinde maddi tazminatla birlikte “**manevi tazminat**” da istendiğinin belirtilmesi koşuluyla, “belirsiz alacak davasının” **karar aşaması öncesinde** davacı, toplanan delillere, kusur ve sorumluluk derecelerine bakarak ve son aşamada belli olan “**zarar ve kapsamını**” dikkate alarak ne kadar “**manevi tazminat**” istediğini açıklamalı, harcını yatırmalı; mahkemenin yargıcı da takdir yetkisini kullanarak, (BK.m.42/2,TBK.m.50/2) maddi tazminat ile birlikte manevi tazminat hakkında da karar vermelidir, diyoruz.

2- Manevi tazminat için ayrı bir dava açılması usul ekonomisine aykırı olacaktır.

Burada, “kısmi istek”te bulunulmadığı, belirsiz alacak davasının manevi tazminatı içermediği ileri sürülerek, ayrı bir “manevi tazminat” davası açılması ve bu davanın önceki dava ile birleştirilmesi ya da bağımsız olarak sürdürülüp sonuçlandırılması gerektiği savunulabilir. Ancak bunun **usul ekonomisine aykırı** olacağı, gereksiz iş ve zaman kaybına yol açacağı düşünülmelidir. **107.maddenin gerekçesinde** belirtildiği gibi “*miktar ya da değeri belirsiz bir alacak için dava açılması gerektiğinde birtakım sınırlamalar getirmek, dava içinde yeni taleplere veya o davanın dışında yeni davalara yol açmak, usûl ekonomisine aykırı bir durum yaratacaktır.*”

Sonuç olarak, dava dilekçesinde maddi tazminatla birlikte “**manevi tazminat**” da istendiğinin belirtilmesi koşuluyla, “belirsiz alacak davasının” karar aşaması öncesinde davacının “**manevi tazminat**” istek tutarlarını açıklayıp, harcını da yatırmasından sonra, yargıcın takdir yetkisini kullanarak ((MK.4, BK.42/2-44/2, TBK.50/2-52) maddi tazminatla birlikte “**manevi tazminat**” hakkında da karar vermesinin en doğru uygulama olacağı düşüncesindeyiz.

3- Manevi tazminat miktarı başlangıçta açıklanırsa ölçüsüz bir istek olur

Manevi tazminat konusunda şunu da açıklığa kavuşturalım :

Manevi tazminat, başlangıçta dava açılırken miktar belirtilerek istenemez mi ?

Elbette istenebilir. Ama bu, ölçüsüz ve rasgele bir istek olur. Oysa, “belirsiz alacak davası”nın sağladığı geniş olanaklarla deliller toplandıktan, olayın boyutları, kusurun derecesi ve sorumluluğun ağırlığı saptandıktan, bilirkişi incelemesi yapıldıktan, **zarar ve kapsamı kesin belli olduktan sonra**, ne miktar manevi tazminat istenebileceği konusunda az çok bir fikir edinilmiş, bir ölçü belirlenmiş olacaktır.

Bu yüzden diyoruz ki, başlangıçta ölçüsüz bir manevi tazminat isteği yerine, belirsiz alacak davasının sağladığı geniş olanaklardan yararlanılmalı ve **manevi tazminat miktarları karar aşamasına gelindikten sonra açıklanmalı**; karar öncesinde maddi ve manevi tazminatın harçları birlikte yatırılmalıdır.

VI-YARGITAY KARARLARINDA MANEVİ TAZMİNAT

Yargıtay kararlarında,yıllardan beri hep manevi tazminatın azlığı çokluğu üzerinde durulur; ama bir çözüm üretilmez. Kararların çoğunda kalıp halinde şu görüşler yinelenir:

Manevi tazminat ne bir ceza, ne de gerçek manasında bir tazminattır. Ceza değildir; çünkü, davacının menfaati düşünülmez, sorumlu olana hukukun ihlalinden dolayı yapılan bir kötülük değildir. Hakim manevi tazminata hükmederken **para değerini** de düşünmelidir. Hükmettiği meblağ, bir **sadaka niteliği taşınmamalı**, kısmen de olsa bir manevi tatmin fonksiyonu ifa etmeli; diğer tarafın **müzayaka haline düşmesine**, onun **mahvına** da meydan vermemelidir. (22.06.1966 gün 7/7 sayılı İct.Bir K.)

Hakimin özel halleri göz önüne alarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği para tutarı **adalete uygun olmalıdır**. Bu para tutarı, asıl olarak ne tazminat ne de bir cezadır. Amacı, zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmak ve ruhi ızdırabını dindirmek olması nedeniyle, tazminata benzer bir fonksiyonu vardır.

(17.HD.10.03.2009, E.2008/3265 K.2009/1293)

Manevi tazminat, kişinin çekmiş olduğu fiziksel ve manevi acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçlar. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığıdır. Bu tazminat türü, kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemin giderilmesini amaçladığı için, **zarar gören kişi, öngördüğü miktarı belirleyerek istemde bulunabilir**.

(HGK.25.11.2009, E.2009/21-484 K.2009/572)

Manevi tazminatın takdiri yapılırken tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilmeli; **manevi tazminatın miktarı bir taraf için zenginleşme aracı, diğer taraf için de yıkım olmamalıdır**. Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde her olaya göre değişen özel hal ve şartlar gözetilmelidir.

(13.HD.23.05.2003, E.2003/3392 K.2003/6425)

Hakimin özel halleri gözönünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir **para tutarı adalete uygun olmalıdır**. Hükmedilerek bu para zarara uğrayandan manevi huzuru gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Manevi tazminat bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir.

(11.HD. 1.5.2000 E. 2000/2761 K. 2000/3717)

Manevi tazminatın tutarını belirlemede, hakim, takdir hakkını kullanırken, **ülkenin ekonomik koşullarını, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını, paranın satın alma gücünü, tarafların kusur durumunu, olayın ağırlığını, davacının sürekli iş görmezlik oranını, yaşını, olay tarihi gibi özellikleri göz önünde tutmalı; hükmedilecek tutar, manevi tatmin duygusu yanında caydırıcılık uyandıran oranla olmalıdır**.

21.HD.03.05.2010, E.2009/4872 K.2010/4791

Takdir edilecek manevi tazminat, tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerektiği kadar olmalıdır. 22.6.1966 gün 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde manevi tazminatın tutarını etkileyecek **özel hal ve şartlar açıkça gösterilmiştir**. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden, hakim takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

4.HD.05.02.2009, E.2008/6660 K.2009/1730

Hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı **adalete uygun olmalıdır**. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda **manevi huzuru** doğurmayı gerçekleştirecek **tazminata benzer bir fonksiyonu** olan özgün bir nitelik taşır. **Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir**. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.6.1966 günlü ve 7/7 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir.

4.HD.05.10.2005, E.2004/14130 K.2005/10238

VII-YARGITAY KARARLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Yukardaki kararlarda yer alan görüşleri özetlersek:

- 1) Manevi tazminat ne bir ceza, ne de gerçek anlamda bir tazminattır, denilmektedir.
- 2) Manevi tazminatın, para değerine göre belirleneceği, sadaka niteliği taşımayacağı, davalının da müzayakaya düşmesine (mahvına) neden olmaması gerektiği söylenmektedir.
- 3) Adalete (?) uygun olacağı söylenmekte, ama bu açıklama somutlaştırılmamaktadır.
- 4) Bir taraf için zenginleşme aracı, diğer taraf için de yıkım olmaması hususunda özen gösterilmesi istenmektedir.
- 5) Manevi tazminatın, yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu, bir huzur ve tatmin hissi yaratacak miktarda takdir olunması gerektiği uyarısında bulunmaktadır.
- 6) İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde, takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar açıkça gösterilmiştir, denilmesine karşın, buradan az çok bir değer ölçüsü belirleme olanağı bulunmamaktadır.

Görüldüğü gibi, **bu kararlardan bir ilke oluşturmak, bir pusula elde etmek olanaksızdır.** Üstelik Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında "Bu tazminat türü, kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemin giderilmesini amaçladığı için, **zarar gören kişi, öngördüğü miktarı belirleyerek istemde bulunabilir**" denilip işin içinden çıkılmıştır. Ama çoğu kez davacıların istekleri **fazla bulunup** sıkça bozma kararları verilmiştir.

Yargıçlar da, sıkça verilen bu bozma kararları karşısında, istenen manevi tazminat miktarının azlığına çokluğuna bakmadan, **mutlaka istek tutarının bir miktar altında** manevi tazminata hükmetmeyi (istek tutarını törpülemeyi) alışkanlık ya da kural haline getirmişlerdir.

Özetle, yargıda **azlık çokluk tartışması** hep süregelmiş; manevi tazminatın başka yönleri ve işlevleri üzerinde hiç durulmamış, çözümler üretilmemiştir. Yargıdaki bu uygulama hep sürecektir. Ta ki, bir çözüm üretilip benimsetilene kadar.

VIII- SONUÇ

Manevi tazminatı belirsizlikten, rasgelelikten, keyfilikten kurtarmak; benzer olaylar arasında bir denklik kurmak, kişiler arasındaki sosyal ve ekonomik eşitsizliği bir yana bırakıp, her insanın beden varlığının aynı ve eşit değerde olduğunu kabul etmenin gerçek anlamda insan haklarını savunmak olduğunu anımsatmak amacıyla ve bir öneri niteliğinde yukardaki çalışmayı yaptık ve manevi tazminata ortak bir ölçü aradık. Özetlersek, önerilerimiz şunlardır:

- 1) Manevi tazminatın ölçüsü, her kişiye göre değişen acı ve üzüntünün veya huzur duygusunun karşılığı olmamalı; duygusal yaklaşım yerine, daha somut değerler ölçü alınmalıdır.
- 2) Bize göre, manevi tazminatın iki işlevi olmalıdır. Biri, maddi tazminatın eksikliğini kapatmak ve onu tamamlamak, diğeri haksız eylem ve zarar sorumluları üzerinde caydırıcı etki yaratmaktır.
- 3) Manevi tazminata bir (taban) sınır konulmalı; bu taban, herkes için eşit, yasal asgari ücretlerin yıllık tutarı olmalı, yargıç manevi tazminata hükmederken bunun altına inmemelidir.

4) Her olay ve her eylem için bulunacak ortak ölçülerle “maddi tazminat gibi” hesaplanacak manevi tazminat tutarları, yargıç tarafından ayrıca değerlendirilmelidir.

5) Tazminatın azlığı çokluğu sorununa en iyi çözüm, can sigortası niteliğinde zorunlu sigortalarda, artık, manevi tazminatın da yer almasıdır.

Sonuç olarak, yukardaki önerilerimiz tartışılıp ortak kurallar bulunabilirse, her yargıcın kendi anlayışına göre rasgele belirlediği rakamların yerini, ortak bir ölçü çerçevesinde saptanmış manevi tazminat tutarları alacaktır.