

**HAKSIZ FİİLDE BEDENSEL ZARARIN İSPATINA  
VE  
BEDENSEL ZARARDAN SORUMLULUĞA İLİŞKİN  
BİR YARGITAY KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ**

*Review of a Decision of the Turkish Supreme Court of Appeal Concerning  
the Question of Proof and Liability in Case of Bodily Harm*

**Cihan AVCI BRAUN\***

**ÖZET**

Haksız fiile uğrayan mağdurun çalışma gücünü kullanarak elde ettiği bir geliri varsa ve haksız fiilden kaynaklanan geçici iş göremezliği sebebiyle bu gelirden bir azalma olursa, bu azalma maddî zararı oluşturur. Bu zararın miktarı, mağdurun yıllık kazancı esas alınarak hesaplanır. Mağdur, uğradığı haksız fiil sebebiyle birtakım ekonomik yararlar da sağlamışsa, kural olarak bu yararlar tespit edilen zarar miktarına mahsup edilir. Denkleştirmenin yapılabilmesi için zarar veren fiille yarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasının yanı sıra denkleştirmenin hakkaniyete uygun olarak yapılması gerekmektedir. Buna göre çalışma gücünü kısmen yitiren mağdur, fazla efor sarf ederek kazancında bir azalma olmamasını sağlarsa, bu fazla efor sarf edilerek elde edilen yararın mahsubu, failin sorumluluğunu azaltacağından hakkaniyete aykırı olur. Doktrinde savunulanın aksine, mağdurun fazla efor sarf ederek kazancında bir azalma olmamasını sağlaması “efor zararı” adı verilen yeni bir maddî zararı doğurmamaktadır. Burada mağdur çalışma gücü kaybına uğradığı için doğmuş olan zarardan, fazla efor sarf edilerek elde edilen yarar indirilmemekte; yani denkleştirme yapılmamaktadır. Bu nedenle

---

\* Yrd. Doç. Dr., Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

zarar miktarını da, sarf edilen fazladan efora konu iş için piyasada talep edilen ücret miktarı değil, mağdurun yıllık kazancı üzerinden hesaplanacak gerçek kazanç kaybı oluşturacaktır.

**Anahtar Sözcükler:** Haksız fiil sorumluluğu, bedensel zarar, efor zararı, geçici iş göremezlik zararı, denkleştirme

### **ABSTRACT**

If a person suffers inability to work as a result of a tort which was directed to him, a decrease of income causes material loss. The amount of damages is calculated on the basis of his annual income multiplied by the grade of incapacity. If the injured person, however, achieves financial benefits, such as saved expenses, in principle these benefits are to be deducted from the damages. Nevertheless, the principle of good faith requires that the full amount of damages is to be paid, if the person injured and, thus, partially unable to work makes extraordinary efforts to compensate the loss of income. As a consequence, in contrast to the view expressed in academia, there is no need for an additional “effort loss” establishing a new category of material loss.

**Keywords:** Tort liability, bodily harm, effort-loss, (partial) inability to work

### **A. Giriş**

Bilindiği üzere, çoğu kez haksız fiil sonucu ortaya çıkan zararın tazmini konusunda taraflar anlaşamamakta, mağdur haksız fiil sorumlusuna dava açmak zorunda kalmaktadır. Bu davalardaki maddî zararın tazmini taleplerini değerlendirmede, mahkemeler zararın ispatı konusunda Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesini (eski BK m. 42) her zaman doğru uygulayamamaktadırlar. Çalışmamıza konu olan karardan yola çıkarak, haksız fiilde zarar ve cismanî zarar kavramları, cismanî zarar kapsamında tazmini mümkün zarar kalemleri ve zararın ispatı konularında açıklamalarda bulunacağız.

### **B. Karar Metni**

*“Davacı H. T. vekili tarafından, davalı E. Y. vd. aleyhine 30/10/2002 gününde verilen dilekçe ile kasten yaralama eylemine dayalı maddî ve manevî tazminat istenmesi üzerine mahkemece yapılan yargılama sonunda;*

*maddî tazminat isteminin reddine, manevî tazminat isteminin kabulüne dair verilen 23/12/2011 günlü kararın Yargıtay'ca incelenmesi davacı ile davalılar vekillerince süresi içinde istenilmekle temyiz dilekçelerinin kabulüne karar verildikten sonra tetkik hâkimi tarafından hazırlanan rapor ile dosya içerisindeki kağıtlar incelenerek gereği görüldü:*

*KARAR: 1- ) Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere, özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davalıların tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları reddedilmelidir.*

*2- ) Davacının diğer temyiz itirazlarına gelince;*

*Dava, kasten yaralama eylemine dayalı maddî ve manevî tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece, maddî tazminat isteminin reddine, manevî tazminat isteminin ise kabulüne karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.*

*Mahkemece, davacının tedavi gideri ve işgücü kaybına ilişkin maddî tazminat isteminin davacının çalıştığını ve masraflarını ispatlayamadığı gerekçesi ile reddine karar verilmiştir.*

*Dosya kapsamından davacının hayatî tehlike geçirecek ve 45 gün iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde davalılar tarafından yaralandığı ve ameliyat geçirdiği anlaşılmaktadır. Şu durumda, davacının iyileşme süresine ilişkin rapor alınarak ve bu sürede asgarî ücret düzeyinde gelir elde edeceği de kabul edilerek geçici işgöremezlik zararı belirlenmeli, yine tedavi belgeleri getirtilerek bu kalem zararının tespiti için bilirkişi incelemesi yapılmalı, bu hâlde dahi bir sonuca ulaşamaması durumunda ise, BK' nun 42. maddesi uyarınca zararın kapsamı tayin edilerek hüküm altına alınmalıdır. Belirtilen bu hususlar gözönüne alınmaksızın maddî tazminat isteminin ispatlanamadığı gerekçesi ile reddine karar verilmiş olması doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir.*

*SONUÇ: Temyiz edilen kararın yukarıda (2) numaralı bentte açıklanan nedenlerle davacı yararına BOZULMASINA, davalıların tüm, davacının diğer temyiz itirazlarının ilk bentte açıklanan nedenlerle reddine ve temyiz eden davacıdan peşin alınan harcın istek hâlinde geri verilmesine, 22.05.2013 gününde oybirliğiyle karar verildi."*

### C. Karara Konu Teşkil Eden Somut Olay ve Yargı Mercilerinin Çözümü

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 22.05.2013 tarih ve E. 2012/10712, K. 2013/9325 sayılı kararının yayınlanmış metninden<sup>1</sup> anlaşılabilirdiği kadarıyla, uyuşmazlık konusu olayda davacı H. T. vekili, davacının hayatî tehlike geçirecek ve 45 gün iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde davalılar tarafından yaralandığı ve ameliyat geçirdiği gerekçesiyle, davalı E. Y. vd. aleyhine 30/10/2002 gününde verilen dilekçe ile kasten yaralama eylemine dayalı maddî ve manevî tazminat davası açmıştır.

İlk derece mahkemesi, yapılan yargılama sonunda; davacının tedavi gideri ve işgücü kaybına ilişkin maddî tazminat isteminin davacının çalıştığını ve masraflarını ispatlayamadığı gerekçesi ile reddine, manevî tazminat isteminin ise kabulüne karar vermiştir.

Davacı ve davalı vekilleri, ilk derece mahkemesi kararını temyiz etmiş olup, Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, kararı şu gerekçeyle davacı yararına bozmuştur:

Dosya kapsamından davacının hayatî tehlike geçirecek ve 45 gün iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde davalılar tarafından yaralandığı ve ameliyat geçirdiği anlaşılmaktadır. Şu durumda, davacının iyileşme süresine ilişkin rapor alınarak ve bu sürede asgarî ücret düzeyinde gelir elde edeceği de kabul edilerek geçici işgöremezlik<sup>2</sup> zararı belirlenmeli, yine tedavi belgeleri getirtilerek bu kalem zararının tespiti için bilirkişi incelemesi

<sup>1</sup> Karar, "Legal Hukuk" dergisinin 132. (Aralık 2013) sayısının 197-198. sayfelerinde yayınlanmıştır.

<sup>2</sup> "Çalışma gücünden, çalışma kuvvetinin fayda getirici bir şekilde kullanılması anlaşılır", Tandoğan, Halûk. (2010). Türk Mes'uliyet Hukuku. İstanbul, s. 285; "Çalışma gücünden maksat, bir kimsenin bedenî, ruhî veya zihnî kabiliyetlerine bağlı olan ekonomik verimliliğidir", Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla. (1993). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Bası). İstanbul, s. 604. Yarg. 11. HD., 21.03.2005, E. 2004/6063, K. 2005/2500 (Legalbank): "Çalışmakta iken sakat kalan davacının uğradığı maddî zararın hesaplanmasında, uğradığı sakatlık oranı değil, bu sakatlık nedeniyle ortaya çıkan iş göremezlik, diğer anlatımla, çalışma ve kazanma gücündeki kayıp oranı esas alınmalıdır". Sosyal Güvenlik Hukuku açısından geçici iş göremezlik, sigortalının geçirdiği iş kazası veya meslek hastalığı nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu'nca yetkilendirilen hekim veya sağlık kurullarından alınan istirahat raporlarında belirtilen istirahat süresince geçici olarak çalışmama hâlidir. Bkz. Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer. (2013). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (16. Bası). İstanbul, s. 358, 359.

yapılmalı, bu hâlde dahi bir sonuca ulaşılabilmesi durumunda ise, BK m. 42. maddesi uyarınca zararın kapsamı tayin edilerek hüküm altına alınmalıdır.

#### **D. Çözümlemesi Gereken Hukukî Problemler**

Uyuşmazlık konusu olayda haksız fiil sonucu bir bedensel zararın oluşup oluşmadığı, bedensel zarar oluştuysa hangi zarar kalemlerinin tazmininin mümkün olduğu, bu zarar kalemlerinin varlığını ve miktarını kimin ne şekilde ispatla yükümlü olduğu konuları, çözümlenmesi gereken problemlerdir.

#### **E. Soruna İlişkin Görüş ve Kararın Değerlendirilmesi**

##### **I. Hukukta Zarar Kavramı**

Haksız fiil sonucu bir tazminat yükümlülüğünün doğabilmesi için, hukuka aykırı fiilin bir zarara sebep olması gerekir.<sup>3</sup> Haksız fiil sonucu herhangi bir zarar doğmamışsa, failin cezaî sorumluluğu gündeme gelse bile, hukukî sorumluluğundan söz edilemez<sup>4</sup>

Zarar<sup>5</sup> ise, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmayı ifade eder.<sup>6</sup> Malvarlığı eksilmesi iradî olarak yapılıyorsa, bu gider veya tüketimdir.<sup>7</sup> Haksız fiil sonucunda malvarlığında bir eksilme gerçekleşmişse, bu fiilin malvarlığı ya da şahıs varlığı değerlerine yönelik

<sup>3</sup> Tunçomağ, Kenan. (1976). Türk Borçlar Hukuku Cilt I, Genel Hükümler (6. Bası). İstanbul, s. 446; Reisoğlu, Safa. (2014). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Bası). İstanbul, s. 170; Eren, Fikret. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Bası). Ankara, s. 520; Karahasan, Mustafa Reşit. (2003). Sorumluluk Hukuku (6. Bası) C. I-II, İstanbul, s. 175; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 545, 546; Yarg. HGK., 05.05.2010, E. 2010/4-249, K. 2010/257 (Legalbank).

<sup>4</sup> Oftinger, Karl/Stark, Emil W. (1995). Schweizerisches Haftpflichtrecht – Band I: Allgemeiner Teil (5. Auflage). Zürich, s. 90; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (11. Bası) Cilt-2. İstanbul, s. 38; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 546; Reisoğlu, s. 170; Eren, s. 520.

<sup>5</sup> Manevî zarar kavramı her ne kadar geniş anlamda zarar kavramı içinde yer alsada, gerçek anlamda zarar niteliğinde olmayıp, bir kimsenin kişiliğine yapılan tecavüzdən dolayı duyduğu elem ve üzüntüyü ifade ettiği için çalışmamızda ele alınmayacaktır.

<sup>6</sup> Kılıçoğlu, Ahmet M. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (18. Bası). Ankara, s. 300; Tunçomağ, I, s. 446; Reisoğlu, s. 170; Karahasan, s. 81, 175; Yarg. HGK., 17.03.2010, E. 2010/4.130, K. 2010/161 (Legalbank).

Yarg. TD., 17.11.1959, 1694/2849 (Karahasan, s. 82): “Umumî mânasında zarar, mâmelek sahibinin iradesi hilâfına veya hiç olmazsa rızası bulunmaksızın mâmelekinde husule gelen azalmadır”.

<sup>7</sup> Tunçomağ, I, s. 446.

olması, doğan zararın niteliğinde bir değişiklik yaratmaz; ortaya çıkan zarar maddî zarardır.<sup>8</sup> Bir kimsenin malının hasara uğratılması, *malvarlığına yönelik* bir haksız fiilden doğan maddî zararı oluştururken, bir kimsenin beden bütünlüğünün ihlâli sonucunda yapılan tedavi masrafları ise *şahıs varlığına* yönelik haksız fiilden doğan maddî zararı oluşturur.<sup>9</sup>

Zarar, malvarlığının aktifinin azalması veya pasifinin artması şeklinde “fiilî zarar” olarak karşımıza çıkabileceği gibi; malvarlığının aktifinin artmasının veya pasifinin azalmasının engellenmesi şeklinde “mahrum kalınan kâr” olarak da karşımıza çıkabilir.<sup>10</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da bir kararında zararın tanımını şu şekilde yapmaktadır: “Zarar, belli bir olay dolayısıyla bir kimsenin malvarlığında bir azalmanın meydana gelmesi yahut o kimsenin malvarlığında meydana gelecek çoğalmanın önlenmiş olmasıdır.”<sup>11</sup>

Fiilî zarar, ya malvarlığının aktifini oluşturan hakların yitirilmesi veya değerinin azalması ya da malvarlığının pasifini oluşturan borçlara yeni birinin eklenmesi veya mevcut bir borcun miktarının artması şeklinde gerçekleşir.<sup>12</sup> Bir trafik kazası sonucunda kazaya karışan aracın hasara uğraması nedeniyle yapılan tamir masrafları, malvarlığının aktifini oluşturan hakların yitirilmesine; bu aracın piyasa değerinin düşmesi,<sup>13</sup> malvarlığının aktifini oluşturan hakların değerinin azalmasına; mağdurun sakatlanması sebebiyle sipariş edilen ancak bedeli henüz ödenmeyen tekerlekli sandalyenin bedel borcu, malvarlığının pasifini oluşturan borçlara yeni birinin eklenmesine ve yaralandığı için vadesi gelmiş borcunu 10 gün daha geç ifa etmesi sebebiyle temerrüt faizi borcunun 10 gün fazladan işlenmesi de mevcut bir borcun artmasına örnek verilebilir.

<sup>8</sup> Kılıçoğlu, s. 300. Yargıtay’ın kişilik haklarına yapılan saldırı nedeniyle şerefın sarsılması ve alıcıların yitirilmesinin mal varlığında zarar meydana getirdiğine ilişkin bir kararı olarak bkz. Yarg. TD., 26.04.1961, 1161/2943 (Karahasan, s. 180).

<sup>9</sup> Bu konudaki farklı örnekler için bkz. Kılıçoğlu, s. 300.

<sup>10</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 561; Tunçomağ, I, s. 447; Karahasan, s. 81 vd; kökeni Roma Hukuku’na dayanan bu ayırım, 19. yüzyılda Ortak Hukuk döneminde önemini yitirmiştir. Günümüzde Alman Hukuku’nda bu ayırımın çok az bir pratik anlamı vardır, Lange, Hermann. (1979). Handbuch des Schuldrechts, Bd. I: Schadensersatz. Tübingen, s. 39.

<sup>11</sup> Yarg. HGK., 14.02.1968, E. 1/403, K. 76 (Karahasan, s. 176).

<sup>12</sup> Karahasan, s. 82, 83; Yarg. 4. HD., 30.12.1964, 869/6358 (Karahasan, s. 82): “Mâmelekin borç altına sokulması zarar niteliğindedir”.

<sup>13</sup> Yarg. 4. HD., 19.11.1990, 762/8642 (Karahasan, 514).

Mahrum kalınan kâr, haksız fiil sebebiyle mağdurun, malvarlığının aktifinin çoğalması ya da pasifinin azalması olanağının yitirilmiş olmasıdır.<sup>14</sup> Bu durumda, malvarlığının haksız fiilden önceki ve sonraki durumu arasında bir fark yoktur; haksız fiil meydana gelmese idi malvarlığında çoğalma gerçekleşeceği için zararın varlığı kabul edilir.<sup>15</sup> Örneğin, taksi işleten bir kimse haksız fiil sebebiyle bir süre mesleğini yapamamışsa, malvarlığının aktifinde bir artışın meydana gelmesi engellenmiştir. Buna karşılık, bu kişi alacaklısına olan borcunu, alacaklıya ait taksiyi çalıştırmak suretiyle ödüyor idiye ve haksız fiil sebebiyle taksiyi çalıştıramamışsa, malvarlığının pasifinin azalması engellenmiş ve dolayısıyla zarar meydana gelmiştir.

Zararın hesabı ise, hukukumuzda hâkim görüş olan “fark teorisi” kullanılarak yapılmaktadır. Buna göre, haksız fiil işlenmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı durum ile haksız fiil işlendikten sonra malvarlığının içinde bulunduğu durum arasındaki fark, zararı ifade eder.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 559; Oğuzman/Öz, II, s. 40; Eren, s. 526; Karahasan, s. 83, 84; Yarg. 4. HD., 11.05.1982, E. 1982/3574, K. 1982/4844 (Legalbank).

<sup>15</sup> Yarg. 4. HD., 18.12.1984, 9369/9456 (Karahasan, s. 183): “*Bilindiği gibi dar anlamda zarar, “mal varlığının zararlandırıcı eylem sonucu düştüğü durum ile, bu eylem olmasa idi bulunacağı durum arasındaki fark” olarak tanımlanır. Bu tanıma giren zararlar fiili (eylemli-efektif) zararlardır. Oysa Borçlar Kanununun 41. maddesinde ifadesini bulan zarar, haksız eylem sonucu mal varlığında meydana gelen azalma (fiili-efektif zarar) ile birlikte, o haksız eylem sebebiyle malvarlığında meydana gelmesi engellenen çoğalmayı da kapsar. Haksız eylem ile engellenen bu çoğalma ise, malvarlığının zararlandırıcı davranış (eylem, olay olgu) dan sonraki durumu ile çoğalma ihtimali gerçekleşseydi ulaşacağı var sayılan (farazi) durum arasındaki farktan oluşan kârı ifade eder”.*

<sup>16</sup> von Tuhr, Andreas/Peter, Hans. (1979). Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (3. Auflage). Zürich, s. 84; Becker, Hermann. (1941). Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR (2. Auflage). Bern, Art. 41, Nr. 6; Schwenger, Ingeborg. (2000). Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. Auflage). Bern, s. 64; Heierli, Christian/Schnyder, Anton K. (2011). Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR (5. Auflage). Basel, Art. 43, Nr. 3; Oftinger/Stark, I, s. 72, 73; Akunal, Teoman. (1977). Haksız Fiilden Doğan Zararda Denkleştirme Sorunu. İstanbul, s. 52, 53; Nomer, Halûk N. (1996). Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi. İstanbul, s. 6; Tandoğan, s. 65; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 548; Oğuzman/Öz, II, s. 38; Tunçomağ, I, s. 446; Reisoğlu, s. 170; Eren, s. 522, 523; Karahasan, s. 82; Yarg. TD., 17.11.1959, 1694/2849 (Karahasan, s. 82): “*Umumî mânasında zarar, [...] mâmelekin, zarar verici hâdiseden sonraki durumu ile bu hâdisenin ademî vukuu hâlinde arzetmesi lâzım gelen durumu arasındaki farktan ibarettir*”; aynı yönde: Yarg. 4. HD., 23.12.1982, E. 1982/7190, K. 1982/11637 (Kazancı).

Zararın varlığından bahsedebilmek için, malvarlığındaki irade dışı eksilmenin dava tarihinde gerçekleşmiş olması zorunlu değildir.<sup>17</sup> Hayatın olağan akışına göre, gelecekte gerçekleşeceği normal olarak beklenen malvarlığı eksilmesi de, yani gelecekteki (müstakbel) zarar da, tazminat talebine konu teşkil edebilir.<sup>18</sup> Gelecekteki zarar için giderim istenebilmesi, zararlandırıcı olayın meydana gelmiş ve sona ermiş bulunmasına bağlıdır.<sup>19</sup>

Kural olarak zarar miktarı, hükmedilecek tazminatın üst sınırını teşkil eder.<sup>20</sup> Olayların çoğunluğunda tazminat borcunun miktarı, doğan zarar miktarının altında kalır. Haksız fiil sonucu bir zarar doğmasına rağmen, TBK m. 52 (eski BK m. 44) uyarınca tazminattan indirim sebepleri mevcut ise, mağdur zararın tamamı için değil, indirim sebeplerinin neden olduğu miktar düşüldükten sonra kalan miktar için sorumlu tutulabilecektir.<sup>21</sup>

Eğer davacı uğradığı haksız fiil sebebiyle birtakım ekonomik yararlar sağlamışsa, bu yararlar da, tespit edilen zarar miktarından düşülecektir.<sup>22</sup> Denkleştirme adı verilen bu işlem sonucunda, yararın zarara mahsup edilmesiyle, net zarar miktarı tespit edilmiş olacaktır.<sup>23</sup> Bu işlemin amacı, mağdurun haksız fiil sayesinde zenginleşmesini engellemektir.<sup>24</sup> Zarara yol açan fiille yarar arasında sadece mantıkî nedensellik bağının varlığı, denkleştirmeye sebebiyet vermez. Denkleştirmenin yapılabilmesi için, zarar veren fiille yarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir.<sup>25</sup> Ancak zarar veren fiille yarar arasında uygun illiyet bağının bulunması da, denkleştirmenin yapılması için her zaman yeterli değildir.<sup>26</sup> Örneğin, işverenin veya diğer 3. kişilerin mağdura yaptığı ve faile rücu edemeyeceği karşılıksız kazandırmalar, yarar ile zarar arasında uygun illiyet bağı

<sup>17</sup> Yarg. 4. HD., 02.10.1986, 6103/6707 (Karahasan, s. 83).

<sup>18</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 559; Oğuzman/Öz, II, s. 43.

<sup>19</sup> Karahasan, s. 507.

<sup>20</sup> Tandoğan, s. 315; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 583; Oğuzman/Öz, II, s. 84; Tunçomağ, I, s. 457; Eren, s. 724; Kılıçoğlu, s. 298; Yarg. HGK., 17.03.2010, E. 2010/4.130, K. 2010/161 (Legalbank).

<sup>21</sup> Kılıçoğlu, s. 298, 299; Yarg. HGK., 17.03.2010, E. 2010/4130, K. 2010/161 (Legalbank).

<sup>22</sup> Tunçomağ, I, s. 463; Yarg. 4. HD., 26.11.1987, 6294/8640 (Karahasan, s. 517, 518).

<sup>23</sup> Oftinger, Karl. (1975). Schweizerisches Haftpflichtrecht – Band I: Allgemeiner Teil (4. Auflage). Zürich, s. 178; Oğuzman/Öz, II, s. 87; Tunçomağ, I, s. 463; Eren, 729.

<sup>24</sup> Oftinger, I, s. 178; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 43, Nr. 6; Tandoğan, s. 267; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 586; Oğuzman/Öz, II, s. 87; Eren, s. 729; ayrıca bkz. Akünal, s. 19, 20.

<sup>25</sup> Oftinger, I, s. 179; Oftinger/Stark, I, s. 267; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 587, 588; Oğuzman/Öz, II, s. 88; Tunçomağ, I, s. 463; Eren, s. 733; Akünal, s. 126, 127.

<sup>26</sup> Oftinger, I, s. 180; Tunçomağ, I, s. 463.



bulunmasına rağmen, denkleştirmede değerlendirmeye alınamazlar.<sup>27</sup> Bu sonuç, eski Borçlar Kanunu yürürlükteyken, sözü geçen kazandırmaların, failin değil, mağdurun durumunu iyileştirmeyi amaçlamalarından çıkarılmaktaydı.<sup>28</sup> 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu, hakkaniyete uygun olan bu sonucu, 55. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesinde şu şekilde düzenlenmiştir:

*“Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez.”*

Bu hüküm Borçlar Kanununun ikinci tasarısının Adalet Komisyonu’nda görüşülmesi sırasında kanuna ilave edilmiş olup, şu şekilde gerekçelendirilmektedir:

*“Bu nevi ödemelerin denkleştirilmesi, zarar vereni ödüllendirme anlamına gelir. Rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemelerinin, sorumluluk hukuku ile koruma altına alınan tazminatı ikame veya telafi fonksiyonları bulunmamaktadır. Tazminata, rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile yahut ifa amacı taşımayan diğer ödemelerle karşılanmayan zarar biçiminde bir yaklaşım, ne onun kaynağı ile ve ne de onun işlevi ile bağdaşmaz.”<sup>29</sup>*

Denkleştirmenin yapılması gerekliliği, ne eski BK’da ne de TBK’da açıkça düzenlenmiştir. BK yürürlükteyken, bu gereklilik, genel hükümlerden çıkarılmaktaydı.<sup>30</sup> Kanımızca TBK m. 55/f. 1 hangi zararların zarardan indirilemeyeceğini düzenleyerek, aslında denkleştirmenin yapılması gerekliliğine de hükmetmiş bulunmaktadır.

<sup>27</sup> Brehm, Roland. (2006). Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR (3. Auflage). Bern, OR 46, Nr. 44; Müller, Christoph. (2012). Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR (2. Auflage). Zürich, OR 46, Nr. 5; Oftinger, I, s. 181, 182; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 9d; Tunçomağ, I, s. 463; Kılıçoğlu, s. 430; Akünal, s. 124, 125; BGE 58 II 249, 254 (bger.ch).

<sup>28</sup> Oftinger, I, s. 180 vd.; Oftinger/Stark, I, s. 271; Tunçomağ, I, s. 463; Eren, s. 734.

<sup>29</sup> T.C. Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporu, Esas No: 1/499, Karar No: 21, 12/1/ 2009.

<sup>30</sup> Denkleştirme kurumunun gerekliliğini zarar kavramına ve bu kavramdan çıkarılan tazminatın zarar görenin zenginleşmesine yol açmaması gerekliliği prensibine dayandıran Oftinger/Stark, I, s. 265; Tandoğan, s. 267; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 586, 587; Tunçomağ, I, s. 463; bu kurumun hukukî dayanağının zarar kavramı konusunda benimsenmiş fark teorisinde aranmasını savunan Akünal, s. 18 vd.

## II. Bedensel Zarar Kavramı

Beden bütünlüğünün ihlâli durumunda ise maddî zararın kapsamını, TBK m. 54 (eski BK m. 46/f. 1) uyarınca mağdurun malvarlığında beden bütünlüğünün ihlâli yüzünden meydana gelen eksilme oluşturur. Beden bütünlüğünün ihlâli, bir kişinin fizikî varlığının veya ruh sağlığının ihlâl edilmesi anlamına gelmektedir.<sup>31</sup> Beden bütünlüğünün ihlâli, mekanik bir etki veya güç – ateş edilerek mağdurun yaralanması – sonucu meydana gelebileceği gibi, psişik bir etki – mağdurun korkutma sonucu panik atak hastası olması – sonucu da meydana gelebilir.<sup>32</sup> Ancak salt beden bütünlüğünün ihlâli; bir kimsenin haksız fiil sonucu yaralanması, sakatlanması, hafızasını kaybetmesi gibi durumlar, TBK m. 54 (eski BK m. 46/f. 1) anlamında bir zarar teşkil etmez.<sup>33</sup> Zararın varlığından bahsedebilmek için, beden bütünlüğünün ihlâli yüzünden malvarlığında bir azalma gerçekleşmelidir.<sup>34</sup> Mağdur, malvarlığındaki bu azalmayı, bedensel zarar adı altında talep edebilir.

## III. Bedensel Zarar Kapsamında Tazmini Mümkün Kalemler

TBK m. 54 (eski BK m. 46/f. 1) uyarınca beden bütünlüğünün ihlâli durumunda maddî zararın kapsamını; tedavi masrafları, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlar oluşturur. Ancak bu sayım hükmün lâfzından da (“özellikle”) anlaşıldığı üzere tahdidi değildir.

<sup>31</sup> Oftinger, I, s. 186; Oftinger/Stark, I, s. 275; Becker, Berner Kommentar, Art. 46, Nr. 1; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 2; Tandoğan, s. 283; Oğuzman/Öz, II, s. 92; Eren, s. 744; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 603; Yarg. 4. HD., 27.03.1979, E. 1978/13013, K. 1979/4136 (Legalbank).

<sup>32</sup> Oftinger, I, s. 186, 187; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 2; Tandoğan, s. 283; Eren, s. 744, 745; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 603; Oğuzman/Öz, II, s. 92.

<sup>33</sup> Oftinger, I, s. 189; Oftinger/Stark, I, s. 274, 275; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 604; Yargıtay yer yer bu konuda hatalı ifadeler kullanmaktadır, Yarg. 4. HD., 27.03.1979, E. 1978/13013, K. 1979/4136 (Legalbank): “*Bu itibarla davacının yüzündeki değişikliğin, çirkinliğin 46. madde anlamında gerçekleşmiş bir zarar olduğundan kuşku yoktur*”.

<sup>34</sup> Oftinger, I, s. 192, 193; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 2; Tunçomağ, I, s. 446; Yarg. HGK., 14.04.2005, E. 2004/4-200, K. 2005/227 (Legalbank): “*Somut olay bakımından zarar, vücut bütünlüğünün ihlâli olmayıp, bu ihlâl sonucunda meydana gelen ekonomik sonuçlar, maddî ve manevî eksilmelerdir. Vücut bütünlüğünün ihlâli zararın sebebinin oluşturmaktadır*”.

### 1. Masraflar:

Beden bütünlüğünün ihlâli durumunda maddî zarar kapsamına, öncelikle beden bütünlüğünü eski hâline getirmeye yani iyileştirmeyi sağlamaya veya hastalık ya da sakatlığın ilerlemesini önlemeye yönelik masraflar; yani tedavi masrafları girer.<sup>35</sup> Bunlar ambulans, hastane, doktor, ilaç, ameliyat, röntgen, protez, psikoterapi için yapılan masraflar gibi giderleri ifade eder. Tedavi masrafı olarak nitelendirilmeyen, hastaneye gidip gelmek için yapılan yol masrafları veya evde tedavi gördüğü sürece zorunlu olarak yapılan bakıcı masrafı gibi haksız fiilin yol açtığı diğer masraflar da zarar kapsamına girer.<sup>36</sup>

Zararın miktarının belirlenmesinde mağdurun hüküm tarihine kadar yaptığı masrafların; yani mevcut zararın yanı sıra, tespiti mümkün olan gelecekteki masraflar da dikkate alınacaktır.<sup>37</sup> Gelecekteki zarar, hüküm tarihine kadar gerçekleşmiş olmayan fakat başka bir unsurun eklenmesine gerek olmaksızın normal şartlar altında gerçekleşmesi beklenen zarardır.<sup>38</sup> Ancak hükmün verileceği tarihte bu masrafları belirlemek mümkün değilse (örneğin mağdurun, haksız fiil sonucu geçirdiği sakatlığı atlatılmak için bir dizi ameliyat geçirmesi gerekiyorsa), hâkim TBK m. 75 (eski BK m. 46/f. 2) uyarınca hükmün tefhiminden itibaren iki yıl içinde konuyu inceleme ve tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.

Hâkimin tazminata hükmederken göz önünde bulunduracağı masraflar, durumun gerektirdiği masraflardır.<sup>39</sup> Durumun gerektirmediği bir masraf,

<sup>35</sup> Oftinger, I, s. 191, 192; Oftinger/Stark, I, s. 281, 282; von Tuhr/Peter, s. 414; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 3; Tandoğan, s. 284; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 603; Oğuzman/Öz, II, s. 93; Eren, s. 745, 746; Kılıçoğlu, s. 417.

<sup>36</sup> Oftinger, I, s. 191, 192; Oftinger/Stark, I, s. 282; von Tuhr/Peter, s. 414; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. (1976). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2. Bası) C. I. İstanbul, s. 597; Oğuzman/Öz, II, s. 91; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 603; Kılıçoğlu, s. 418; Yarg. 4. HD. 17.12.1998, 7521/10425 (Uygur, Turgut. (2003). Açıklamalı ve İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Cilt II. Ankara, s. 2147, 2148); BGE 33 II 582, 584 (bger.ch).

<sup>37</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 603; Oğuzman/Öz, II, s. 93.

<sup>38</sup> Oğuzman/Öz, II, s. 43; Yargıtay'ın müstakbel zararı "gerçekleşmiş zarar" olarak nitelendirdiği kararı için bkz. Yarg. 4. HD., 27.03.1979, E. 1978/13013, K. 1979/4136 (Legalbank).

<sup>39</sup> Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 604; Oğuzman/Öz, II, s. 94.

fiilen yapılmış olsa bile TBK m. 54 (eski BK m. 46/f. 1) anlamında zarar teşkil etmez.<sup>40</sup> Bu demek değildir ki, tedavi masrafları, resmi hastane tarifesinden fazla olamaz. Durumun gerektirdiği masraf olmak koşuluyla, özel hastane masrafı, hatta yurt içinde tedavi mümkün değilse, yurt dışında yapılan tedavi masrafları da zararın tespitinde hesaba katılır.<sup>41</sup>

## 2. Kazanç Kaybı:

Beden bütünlüğünü ihlâl eden haksız fiil sonucunda çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybeden mağdur, bundan doğan zararın tazminini failden isteyebilir (TBK m. 54/b. 2; eski BK m. 46/f. 1).

Bu zarar, BK m. 46/f. 1'in düzenlemesinden farklı olarak sadece hükmün verileceği tarihe kadar olan kazanç kaybını içerir. Gelecekteki bir zarar kalemi olan çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybının gelecekte sebep olacağı kazanç kaybını ise TBK m. 54/b. 3 ayrı bir bent olarak düzenlemiştir.

Hüküm tarihine kadar olan kazanç kaybına ücret veya maaşla çalışanlarda, ücret ve maaşın yanı sıra mağdurun çalışabilmiş olsaydı yararlanabileceği ücret ve maaş artışları ile prim vb. gibi yan ödemeler de girer.<sup>42</sup> Mağdur, bedensel zarara uğramış olması sebebiyle yasa dışı faaliyetlerde (uyuşturucu madde ticareti vb.) bulunmadığı için mahrum kaldığı gayrimeşru kazanç kayıplarını talep edemez.<sup>43</sup>

Eğer mağdur normalde ücret karşılığı yapılan bir işi herhangi bir ücret almadan yapıyorsa, bu işi ücret karşılığında yapmış olsaydı ne kadar gelir elde edecek idiyse, bu miktar da TBK m. 54/b. 2 anlamında kazanç kaybı olarak nazara alınmalıdır.<sup>44</sup>

<sup>40</sup> Oğuzman/Öz, II, s. 94; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 604.

<sup>41</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 604; Reisoğlu, s. 225; Yarg. 4. HD. 11.03.1981, 1247/3013 (Uygur, II, s. 2144, 2145).

<sup>42</sup> Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 7; Oğuzman/Öz, II, s. 94.

<sup>43</sup> Oftinger, I, s. 57; Oftinger/Stark, I, s. 292; Oğuzman/Öz, II, s. 94; BGE 20 I 105, 109. Her ne kadar doktrinde hukuka aykırı faaliyetler dışında, ahlâka aykırı faaliyetlerden elde edilen kazanç kaybının da talep edilemeyeceği savunulsa da, hukuka uygun olarak genelevde çalışan kadınların yaptığı iş ahlâka aykırı olduğu hâlde haksız fiil sebebiyle uğradığı kazanç kaybını talep edebilecekleri hakkındaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 111 II 295.

<sup>44</sup> Mağdurun (ev kadınının), bu işi başkasına gördürseydi yapacağı masrafı talep edebileceği, ancak her somut olayda bunun değişkenlik gösterebileceği konusunda bkz. Oftinger, I, s. 207.

Mağdur, haksız fiil gerçekleştiği sırada çalışma gücünün karşılığında bir gelir elde etmiyor ancak hayatın olağan akışına göre bir gelir sahibi olabilecek idiyse, bu durumda bu geliri elde etmeye başlayabileceği andan hüküm anına kadar elde edebileceği olası gelir miktarı üzerinden kazanç kaybı hesabının yapılması gerekir.<sup>45</sup>

Maddî zarar kavramı, daha çok yargı organlarınca benimsenen ve öğretide de taraftar bulan bir görüşe göre, adalete daha uygun sonuçlar doğurabilmesi bakımından mevcut ve gelecekteki kazanç kaybı ve ekonomik gelecek kaybının yanı sıra efor kaybını da içine alacak şekilde geniş yorumlanmaktadır.<sup>46</sup> Buna göre, çalışma gücünün kısmen veya tamamen yitirilmesi mağdurun malvarlığında bir eksilme meydana getirmemekle birlikte, onun daha fazla efor sarf etmesini gerektiriyorsa “efor zararı” adı verilen bir maddî zararın gerçekleştiği kabul edilmektedir.<sup>47</sup> Örneğin, çalışma gücünü kısmen yitiren mağdur, iş yerinde haksız fiilden önceki gibi tam zamanlı olarak çalışsa ve mahrum kaldığı bir kazanç olmasa bile, onun bu işi çalışma gücü kaybına uğradığı oranda fazla efor sarf ederek yapacağı ve bu “efor zararının” da haksız fiilden sorumlu olan kimse tarafından giderilmesi kabul edilmektedir.<sup>48</sup> Zararın haksız fiil sorumlusu tarafından değil de, mağdur tarafından fazla güç harcanarak giderilmesinin, haksız fiil sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı savunulmaktadır.<sup>49</sup> Burada varlığı kabul edilen zarar için sarf edilen fazladan efora konu iş için piyasada talep edilen ücret miktarı esas alınmaktadır.<sup>50</sup>

<sup>45</sup> Oftinger, I, s. 203; Oftinger/Stark, I, s. 288, 289, 302.

<sup>46</sup> Ayrıntılı bilgi ve bu görüşteki diğer yazarlar için bkz. Büyüksağış, Erdem. (2007). Maddî Zarar Kavramı. İstanbul, s. 163 vd.

<sup>47</sup> Roberto, Vito. (1997). Schadensrecht. Basel/Frankfurt am Main, s. 216, 217; Yarg. 4. HD., 13.10.2005, E. 2004/14559, K. 2005/10881 (Legalbank); Yarg. 11. HD., 21.03.2005, E. 2004/6063, K. 2005/2500 (Legalbank).

<sup>48</sup> Yarg. 4. HD. 11.06.1984, 5049/5511 (Uygur, II, s. 2148): “Çünkü davacı çalışma gücünü % 15 nispetinde kaybetmekle, eski işini önceden olduğu gibi yürütebilmesi için daha fazla efor sarf etmek zorundadır ve bu sebeple kendisini fazla efor sarfına mecbur bırakanlardan maddî tazminat istemesi tabii hakkıdır”.

<sup>49</sup> Bunu gibi, işveren, zarar gören işçi işyerinde çalışmadığı hâlde ona ücretini ödemeye devam ediyorsa, her ne kadar haksız fiil sonrası mağdurun malvarlığında bir azalma meydana gelmemiş de olsa, işverenin yardım olarak yaptığı ücret ödemesinin zararı oluşturacağı görüşü için bkz. Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 9d.

<sup>50</sup> Büyüksağış, s. 191; Yarg. 11. HD., 29.06.2006, E. 2006/4787, K. 2006/7723 (Legalbank).

Daha çok Alman Hukukunda<sup>51</sup> savunulan ve Türk Hukukunda da savunulmasında hiçbir sakınca olmayan ve bizim de katıldığımız diğer bir görüş ise, benzer sonuca farklı bir yolla ulaşmaktadır. Yukarıda da belirtildiği üzere davacı kural olarak, uğradığı haksız fiil sebebiyle birtakım ekonomik yararlar sağlamışsa, bu yararlar tespit edilen zarar miktarına mahsup edilir.<sup>52</sup> Denkleştirmenin yapılabilmesi için aranan en önemli şart ise, zarar veren fiille yarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır.<sup>53</sup> Ancak zarar veren fiille yarar arasında uygun illiyet bağının bulunması, denkleştirmenin yapılması için her zaman yeterli değildir.<sup>54</sup> Eski Borçlar Kanununda yer almayan TBK m. 55/f. 1, c. 2'deki düzenleme, uygun illiyet bağının varlığının, denkleştirmenin yapılması için kesin bir ölçü olmadığına verilebilecek en güzel örnektir.<sup>55</sup> Uygun illiyet bağının yanı sıra denkleştirmenin hakkaniyete uygun olarak yapılması; yani denkleştirmenin tazminat talebinin amacına uygun olması, faili haksız bir şekilde tazminat sorumluluğundan kurtarıyor olmaması ve mağdurun denkleştirmeye katlanmasının beklenebilir olması da gerekmektedir.<sup>56</sup> Buna göre çalışma gücünü kısmen yitiren mağdur, fazla efor sarf ederek kazancında bir azalma olmamasını sağlarsa, bu fazla efor sarf edilerek elde edilen yararın mahsubu, failin sorumluluğunu azaltacağından hakkaniyete aykırı olur.<sup>57</sup> Bu nedenle yukarıda açıkladığımız ilk görüşün aksine, mağdur fazla efor sarf ederek kazancında bir azalma olmamasını sağlarsa “efor zararı” adı verilen yeni bir maddî zarar doğmamaktadır. Burada mağdur çalışma gücü kaybına uğradığı için doğmuş olan zarardan, fazla efor sarf edilerek elde edilen yarar indirilmemekte; yani denkleştirme yapılmamaktadır<sup>58</sup>. Bu nedenle zarar

<sup>51</sup> Schubert, Claudia. (2014). Beck'scher Online-Kommentar BGB (Hrsg. Bamberger, Georg/Roth, Herbert) (30. Auflage). München, § 249, Nr. 108 (www.beck-online.beck.de); BGH, NJW 1982, 32, 33; BGH, NJW 1984, 2457, 2458; BGH, NJW 1971, 836, 838.

<sup>52</sup> Denkleştirme detaylı olarak yukarıda E, I'de ele alınmaktadır.

<sup>53</sup> Oftinger/Stark, I, s. 267; Schubert, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 249, Nr. 108; Eren, s. 733; Akünal, s. 126, 127; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 587, 588; BGH, NJW 1953, 1346; BGH, NJW 1959, 1078; BGH, NJW 2004, 2526, 2528.

<sup>54</sup> Lange, s. 305; Tunçomağ, I, s. 463.

<sup>55</sup> Bu konu detaylı olarak yukarıda E, I'de ele alınmaktadır.

<sup>56</sup> Schubert, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 249, Nr. 108; Lange, s. 305, 306; BGH, NJW 1982, 32, 33; BGH, NJW 1984, 2457, 2458; BGH, NJW 1971, 836, 838.

<sup>57</sup> Schubert, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 249, Nr. 117, § 252, N. 24, 25; BGH, NJW 1974, 602, 603; BGH, NJW 1971, 836, 838.

<sup>58</sup> Alman Hukukundaki sonuca genel olarak hakkaniyet prensibini kullanarak ulaşan görüş için İsviçre doktrininde bkz. Oftinger, I, s. 204; Oftinger/Stark, I, s. 298, 299.

miktarını da, sarf edilen fazladan efora konu iş için piyasada talep edilen ücret miktarı değil, mağdurun yıllık kazancı üzerinden hesaplanacak gerçek kazanç kaybı oluşturacaktır. Bu sonuç şüphesiz, hakkaniyete daha uygundur.

Bu zararın varlığı için mağdurun mutlaka bir kazanç elde ediyor olması ve beden bütünlüğü ihlâl edildiği için bu kazançtan mahrum kalmış olması gerekmez. Eğer mağdur normalde ücret karşılığı yapılan bir işi, karşılığında ücret almadan yapıyorsa ve beden bütünlüğündeki ihlâl sebebiyle aynı işi yapabilmek için daha çok efor sarf ediyorsa, yine zararın varlığı kabul edilir.<sup>59</sup> Burada mağdur çalışma gücünü kısmen yitirmesi sebebiyle piyasada parayla ölçülebilir bir değeri olan bu faaliyeti, çalışma gücü kaybı oranında yerine getiremeyecek duruma düşmüştür.<sup>60</sup> Mağdur, çalışma gücünün kaybı oranında yapamayacağı işi, bir ücret karşılığında görmüş olsaydı ne kadar kazanç elde edecek idiyse, bu oranda zarara uğramış olur ve bu miktarı failden talep edebilmelidir. Mağdur, eski hâle iade için yapılması gereken bu masrafı, ya kendisinin daha fazla efor sarf etmesi ya da yakınlarının hiçbir karşılık almadan onun artık göremeyeceği işi görmesi<sup>61</sup> sebebiyle yapmaktan kurtuluyorsa, bu yararın yukarıda belirttiğimiz sebeplerle denkleştirmeye konu olmaması hakkaniyet prensibi gereğidir. Örneğin, mağdur haksız fiil işlenmeden önce aile ekonomisine katkıda bulunmak için aile şirketinde ücret almadan çalışıyorsa veya ev kadını<sup>62</sup> olan mağdur, evde ev işlerini yapıyorsa ve haksız fiil sonrasında aynı işi yapabilmek için fazladan efor sarf etmesi gerekiyorsa, hakkaniyet gereği bu zararının tazminini talep edebilmelidir. Alman doktrininde zararı, mağdurun bu işi başkasına gördürmüş olması durumunda, malvarlığında meydana gelecek olan

---

<sup>59</sup> Mağdurun (ev kadınının), bu işi başkasına gördürseydi yapacağı masrafı talep edebileceği, ancak her somut olayda bunun değişkenlik gösterebileceği konusunda bkz. Oftinger, I, s. 207.

<sup>60</sup> Becker, Berner Kommentar, Art. 46, Nr. 3.

<sup>61</sup> Aksi görüşü savunan *Kılıçoğlu*, bu durumda bakıcı giderlerinin zarar olarak hesaba katılmayacağını "... haksız eylem sonucu kişi sakat kalmış, fakat çalışmayan ve zaten yasa gereği kendisine bakmakla yükümlü eşi mevcut ise, bakım gideri istemi red edilebileceği gibi, bu husus göz önünde tutulmak suretiyle bakım giderlerinden bu oranda bir indirim yapılabilir." şeklinde ifade etmiştir. Bkz. *Kılıçoğlu*, s. 418; benzer içerikteki karar için bkz. Yarg. 4. HD., 13.03.2007, E. 2006/4654, K. 2007/3161 (Legalbank).

<sup>62</sup> *Oftinger*'e göre, ev kadını da ekonomik anlamda önemli bir faaliyette bulunması gerekçesiyle, bedensel zarara uğraması sonucu çalışma gücü kaybından kaynaklanan zararının tazminini isteyebilecektir. Bkz. *Oftinger*, I, s. 207; benzer içerikteki karar için bkz. Yarg. 4. HD. 10.04.2000, 1001/3210 (Uygur, II, 2147).

azalmanın oluşturacağı savunulmaktadır.<sup>63</sup> Bize göre buradaki zararın da ücret karşılığında çalışan kimsenin uğradığı zararın hesabında dikkate alınan kriterlere göre hesaplanması gerekmektedir. Buna göre, zararı, mağdurun çalışma gücünün kaybı oranında yapamayacağı işi, bir ücret karşılığında görmüş olsaydı elde edeceği kazanç miktarı oluşturmaktadır. Çünkü burada, mağdurun kişisel yetenekleri de dikkate alınarak gerçek zararın tazmini sağlanmaktadır.

### 3. Çalışma Gücünün Azalmasından Ya Da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar:

Çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybeden mağdurun, gelecekte uğrayacağı kazanç kaybı TBK m. 54/b. 3'te düzenlenmektedir. Bu zarar gelecekteki bir zarar olup, kesin miktarını belirlemek neredeyse imkânsızdır; bu nedenle bu zarar varsayımlara dayanılarak tespit edilir.<sup>64</sup>

Mahrum kalınan kazancı hesaplayabilmek için, öncelikle çalışma gücü kaybının geçici mi, yoksa kalıcı mı olduğunu tespit etmek gerekir. Çalışma gücünün geçici kaybında, çalışma gücünün muhtemel kayıp süresi; çalışma gücünün devamlı kaybında ise, mağdurun kayba uğramasa idi çalışabileceği süre hesaplanmalıdır.<sup>65</sup> Daha sonra çalışma gücündeki kayıp oranı belirlenmelidir. Çalışma gücündeki kayıp oranını belirlemek uzmanlık gerektirdiği için bunun tespitinin yapılmasında uzman bilirkişiler görevlendirilmelidir.<sup>66</sup> Örneğin, bir kimsenin araba çarpması sonucunda bacaklarını kaybetmesinin çalışma gücüne olan etkisi o kimsenin güvenlik görevlisi olarak çalışıyor olmasında farklı, masa başı bir iş yapıyor olmasında farklıdır. Son olarak da mağdurun haksız fiile maruz kaldığı

<sup>63</sup> Müller, s. OR 46, Nr. 18; Schubert, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 252, Nr. 31.

<sup>64</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 605; Karahasan, s. 180. Yarg. 4. HD. 11.05.1982, 3574/4844 (Karahasan, s. 181, 182): "Burada zararı, malvarlığının olaydan sonraki durumuyla, çoğalma ihtimali tahakkuk etseydi arz edeceği farazî durum arasındaki fark teşkil eder.[...]Bu bakımdan davacının kâr mahrumiyetine dayanılarak gösterdiği olgular bir bir tespit olunmalı, bunlara ilişkin deliller ve karşı deliller sorulup toplanmalı, bunların gerçekleşme ihtimali üzerinde titizlikle durulmalı,[...] ve gerektiğinde bilirkişi görüşü de alınarak sonuca göre karar verilmelidir". Mahrum kalınan kârın somut zarar hesabına göre mi, yoksa soyut zarar hesabına göre mi belirlendiği konusunda Alman Hukuku'ndaki tartışma için bkz. Lange, s. 214 vd.

<sup>65</sup> Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 9; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 605 vd.; Oğuzman/Öz, II, s. 95; BGE 104 II 307, 309 (bger.ch).

<sup>66</sup> Oftinger, I, s. 195, 196; Oftinger/Stark, I, s. 287; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 608; Kılıçoğlu, s. 418.



sıradaki yıllık kazancı, bu kazançtaki artma ihtimalleri de göz önünde bulundurularak mağdurun kazanç kaybı hesaplanmalıdır.<sup>67</sup> Eğer çalışma gücünü devamlı kaybeden kimse bir küçük ise, onun ailevî durumu, sosyal çevresi, yetenekleri ve çalışma gücü kaybında rol oynayan uzuvları göz önünde tutularak ileride nasıl bir mesleğe sahip olacağı ve ne miktarda kazanç sağlayacağı takdir edilecektir.<sup>68</sup> Mağdur haksız fiile uğradığı sırada bir kazanç elde etmiyor ise, onun da yetenekleri ve piyasa durumu göz önünde bulundurularak, haksız fiile uğramasaydı bir gelir elde edip edemeyeceği araştırılarak, tazminat miktarı belirlenmelidir.<sup>69</sup>

Hâkim, tazminat miktarının hesaplanmasında, çalışma gücündeki eksilmenin, mağdurdan katlanması beklenebilir başka bir yolla giderilmesinin veya azaltılmasının mümkün olup olmadığını da araştıracaktır.<sup>70</sup> Örneğin, mağdura uygulanacak bir tedavi ile çalışma gücündeki eksilme azalacaksa ve taşıdığı riskler bakımından bu tedaviye rıza göstermesi mağdurdan beklenebilir nitelikteyse ve haksız fiil sorumlusu tedavi masraflarını karşılamaya hazırsa, mağdurdan bu tedaviye razı olması istenir.<sup>71</sup> Mağdur tedaviye razı olmazsa ve bu durum zarar görenin birlikte kusuru olarak değerlendirilirse, hâkim, tedavi yapılmış olsaydı çalışma gücündeki kayıp hangi orana düşecek idiyse, bu oran üzerinden tazminat hesabı yapılmalıdır.<sup>72</sup> Bunun gibi, haksız fiile uğramadan önce yaptığı mesleğe, beden bütünlüğünün ihlâli sebebiyle devam edemeyecek olan mağdurun, eğitim, zekâ, sağlık ve yaş durumuna uygun olan başka bir işte çalışması mümkünse ve bu durum onun kazancını arttıracaksa, mağdurdan iş değişikliğine razı olması istenir.<sup>73</sup> Mağdur iş değiştirmeye razı olmazsa, hâkim, tazminat hesabı yaparken bu hususu da zarar görenin birlikte kusuru olarak göz önüne alarak, tazminatta indirim yapabilmelidir.<sup>74</sup>

<sup>67</sup> Oftinger, I, s. 205; Oftinger/Stark, I, s. 297; Feyzioğlu, I, s. 598, 599; Oğuzman/Öz, II, s. 96; Tunçomağ, I, s. 470; Eren, s. 748, 749. Failin tazminat sorumluluğunun doğması için salt çalışma gücü kaybı yetmez; mağdurun da haksız fiil yüzünden maddî bir zararının olması aranır. Bkz. Lange, s. 229; BGE 111 II 295, 299 (bger.ch).

<sup>68</sup> Oftinger, I, s. 196, 197, 203; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 9; BGE 60 II 38, 45 (bger.ch).

<sup>69</sup> Oftinger/Stark, I, s. 288, 289.

<sup>70</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 609; Oğuzman/Öz, II, s. 97.

<sup>71</sup> Oftinger, I, s. 201, 202; Oğuzman/Öz, II, s. 97.

<sup>72</sup> Oftinger, I, s. 202; Oğuzman/Öz, II, s. 97; Tunçomağ, I, s. 470; Eren, s. 750.

<sup>73</sup> Oftinger, I, s. 197; Oftinger/Stark, I, s. 291; Feyzioğlu, I, s. 599.

<sup>74</sup> Oftinger, I, s. 198, 199; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 609; Oğuzman/Öz, II, s. 97; Eren, s. 748; BGE 89 II 222, 230, 231; BGE 111 II 295, 302 (bger.ch).

Ancak hükmün verileceği tarihte bu masrafları belirlemek mümkün değilse, hâkim TBK m. 75 (eski BK m. 46/f. 2) uyarınca hükmün tefhiminden itibaren iki yıl içinde konuyu inceleme ve tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir.

#### 4. Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Zararlar:

Bazı hâllerde beden bütünlüğünün ihlali, dar anlamda çalışma gücünde bir azalma meydana getirmemesine rağmen, mağdur için birtakım ekonomik zorluklar yaratır.<sup>75</sup> Bu gibi durumlarda mağdur, çalışma gücünü korusa bile, yeni bir iş bulmakta, eski işinde aynı şartlarla istihdam edilmeye devam etmekte, müşteri kitlesini korumaya devam etmekte sorun yaşayabilir.<sup>76</sup> Mağdur bir küçükse, istediğinden farklı, öğrenilmesi zor ve pahalı bir mesleği seçmek zorunda kalabilir.<sup>77</sup> Burada, gelecekteki bir zarar türü olan ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlardan bahsedilir (TBK m. 54/b. 4; eski BK m. 46/f. 1). Örneğin bir mankenin yüzünde meydana gelen bir yaralanma izi, onun çalışma gücünü azaltmasa bile, onun ileride iş bulmasını güçleştirebilir ve hatta imkânsızlaştırabilir<sup>78</sup>. İşte bu durumda zararı, mağdurun ekonomik geleceği sarsılmasaydı elde edeceği kazançla, haksız fiil sonrası elde edeceği muhtemel kazanç arasındaki fark oluşturur<sup>79</sup>.

Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararların, çalışma gücünün kaybindan doğan zararlardan ayrılması çoğu zaman mümkün olmamaktadır<sup>80</sup>. Bu gibi durumlarda hâkim her iki zarar için tek bir zarar miktarı saptamaya yetkilidir<sup>81</sup>. Eğer hâkim her iki zararın birbirinden ayrılabilirliği kanaatinde ise, aynı zarara birden çok hükmetmemeye özen göstermelidir.<sup>82</sup>

<sup>75</sup> Oftinger I, s. 211; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 10a; Tandoğan, s. 292, 293; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 612, 613; Oğuzman/Öz, II, s. 98; Tunçomağ, I, s. 472; Reisoğlu, s. 227; Eren, s. 750, 751; Yarg. 4. HD., 27.03.1979, E. 1978/13013, K. 1979/4136 (Legalbank).

<sup>76</sup> Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 1; Eren, s. 750.

<sup>77</sup> Oftinger, I, s. 212; Tandoğan, s. 293; Eren, s. 751; BGE 81 II 512, 516 (bger.ch).

<sup>78</sup> Tandoğan, s. 293; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 612; Oğuzman/Öz, II, s. 98; Eren, s. 750, 751.

<sup>79</sup> Eren, s. 751.

<sup>80</sup> Oftinger, I, s. 212; Tandoğan, s. 294; Tunçomağ, I, s. 472.

<sup>81</sup> Oftinger, I, s. 212; Tandoğan, s. 294; Tunçomağ, I, s. 472; BGE 82 II 25, 34 (bger.ch). Aksi görüş için bkz. Eren, s. 751: “Kanaatimizce, bu hâli, ayrı ve bağımsız bir zarar ve kaynak türü olarak görmekte zorunluluk vardır”.

<sup>82</sup> Oftinger, I, s. 212; Tandoğan, s. 294; Tunçomağ, I, s. 472.

#### IV. Zararın İspatı ve Zarar Miktarının Saptanmasında Esas Alınacak An

Haksız fiilden dolayı tazminat davası açan davacı, davalının hukuka aykırı bir fiiliyle zarara uğradığını ispat etmekle yükümlüdür (TBK m. 50/f. 1; eski BK m. 42). Kural olarak davacı, hem zararın varlığını, hem de zararın miktarını ispatla yükümlüdür.<sup>83</sup> Genelde zararın varlık ve miktarını ispat herhangi bir zorluk arz etmez. Zararın varlığının ispatı için, davacının zarara uğradığı konusunda hâkime kanaat verici delilleri sunması yeterli sayılmaktadır.<sup>84</sup> Bazı hâllerde ise, zararın miktarının ispatı ya mağdurdan beklenemez ya da imkânsızdır.<sup>85</sup> Özellikle beden bütünlüğünün ihlâli durumunda, yoksun kalınan kârın kesin miktarının ispatı imkânsızdır. Bunun gibi değerli bir eşyası tamamen tahrip edilen bir kimse, hasara uğrayan eşyasının değerini takribî olarak ispatlayabilecektir.<sup>86</sup> Davacının, zararın varlığını veya gerçek miktarını ispat etmesinin mümkün olmadığı hâllerde, TBK m. 50/f. 2 (eski BK m. 42)'ye göre hâkim takdir yetkisini kullanacaktır. Ancak bunun için mağdurun, hâkime zararın varlığının ve miktarının tespitini kolaylaştıran olgu ve olayları ispat etmesi gerekir.<sup>87</sup> Örneğin, zararın varlığının kabulü için soyut bir iddia yeterli olmayacaktır. Zararın miktarını ise hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri de nazara alarak, hakkaniyete uygun olarak tayin etmekle yükümlüdür.<sup>88</sup> Hâkim, özel bilgi ve uzmanlığı gerektiren durumlarda bilirkişiye başvurabilir.<sup>89</sup>

Eğer davacı uğradığı haksız fiil sebebiyle birtakım ekonomik yararlar sağlamışsa, bu yararlar da tespit edilen zarar miktarından düşülecektir. Ancak bu yararların varlığını ve miktarını ispat yükü davalıdadır.<sup>90</sup>

<sup>83</sup> Oftinger, I, s. 175; Tandoğan, s. 262; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 578; Oğuzman/Öz, II, s. 84; Eren, s. 724; Akünal, s. 136.

<sup>84</sup> Oftinger/Stark, I, s. 259, 260; Tandoğan, s. 262 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 578, 579; Oğuzman/Öz, II, s. 79, 80; Eren, s. 725.

<sup>85</sup> Oftinger, I, s. 175; Oftinger/Stark, I, s. 259; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 578; Tunçomağ, I, s. 457; Eren, s. 724, 725.

<sup>86</sup> Tunçomağ, I, s. 457.

<sup>87</sup> Oftinger, I, s. 177; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 579; Eren, s. 725.

<sup>88</sup> Tandoğan, s. 263, 264; Oğuzman/Öz, II, s. 84, 85; Eren, s. 725; Akünal, s. 136; Yarg. HGK., 19.10.1966, E. 4/783, K. 269 (Karahasan, s. 523, 524); Yarg. 4. HD., 05.02.2009, E. 2008/7804, K. 2009/3254 (Legalbank).

<sup>89</sup> Feyzioğlu, I, s. 599; Oğuzman/Öz, II, s. 85; Eren, s. 725, 726; Kılıçoğlu, s. 414; Yarg. 4. HD., 05.02.2009, E. 2008/7804, K. 2009/3254 (Legalbank).

<sup>90</sup> Oğuzman/Öz, II, s. 84; Eren, s. 731; Akünal, s. 135.

Zarar miktarının saptanmasında hangi anın esas alınacağı tartışmalı bir konudur. Burada haksız fiilin işlenme anı esas alınabileceği gibi, dava açma anı veya hüküm anı da esas alınabilir.<sup>91</sup> Zarar miktarının hesaplanmasında esas alınacak ana göre ortaya çıkacak zarar miktarı farklılıklar gösterir. Örneğin, hasara uğratılan eşyanın haksız fiil işlendiği sıradaki değeri, dava tarihindeki değerinden fazla iken, hüküm anındaki değerinden az olabilir. Doktrinde baskın olan ve bizim de katıldığımız görüş, TBK m. 75'e (eski BK m. 46/f. 2'ye) paralel olarak zarar miktarının tayininde hüküm anının esas alınmasını uygun görmektedir.<sup>92</sup> Uygulamada ise, zarar miktarının tayininde kural olarak zarar verici olayın gerçekleştiği tarih göz önünde tutulmaktadır.<sup>93</sup>

Zararın miktarının saptanmasında zararın gerçekleşme anı göz önüne alındığında, mağdurun talep etmesi durumunda, zararın gerçekleştiği andan itibaren hüküm anına kadar faiz yürütülür.<sup>94</sup> Eski BK döneminde bu faizin niteliği tartışmalıydı. Bir görüş, bu faizin eski BK m. 103 (TBK m. 120) uyarınca temerrüt faizi<sup>95</sup> olduğunu savunurken, Yargıtay'ın da katıldığı baskın görüş, bu faizin eski BK m. 72 (TBK m. 88) uyarınca tazminat faizi<sup>96</sup> olduğunu savunmaktaydı. Bu görüşe göre, tazminat faizini temerrüt faizinden ayıran en önemli unsur, doğmakla muaccel olan tazminat borcuna faiz işlemesi için temerrüt faizinden farklı olarak alacaklının ihtarda bulunmasına gerek olmamasıydı. Ancak bu fark, tazminat faizi adı altında

<sup>91</sup> Feyzioğlu, I, s. 559; Tunçomağ, I, s. 459; Eren, s. 726.

<sup>92</sup> Oftinger, I, s. 173, 174; Heierli/Schnyder, Basler Kommentar, Art. 46, Nr. 8; Feyzioğlu, I, s. 560; Tunçomağ, I, s. 459; Eren, s. 727; BGE 125 III 14, 17. Kural olarak zararın hesabında haksız fiilin işlendiği anın esas alınmamasını savunmakla birlikte, zararın hasara uğrayan malın en yüksek değerine ulaştığı tarihe göre hesaplanması konusunda görüş için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 602. Yargıtay'ın zararın saptanmasında haksız fiilin işlendiği anı esas aldığı kararı için bkz. Tunçomağ, I, s. 460.

<sup>93</sup> YİBK, 12.11.1930, E. 1930/6, K. 1930/27 (Kazancı); Yarg. 4. HD., 23.12.1982, E. 1982/7190, K. 1982/11637 (Kazancı).

<sup>94</sup> Oftinger/Stark, I, s. 259; Eren, s. 728; Yarg. HGK, 15.11.1961, E. 1961/36, K. 1961/38 (Legalbank); BGE 70 II 85, 95. Faizin haksız fiilin işlendiği gün başlayacağını ileri süren görüş ve içtihat için bkz. Tunçomağ, I, s. 460 vd.; BGE 34 II 606, 612 (bger.ch); BGE 82 II 25, 36 (bger.ch).

<sup>95</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 790, dn. 27; Barlas, Nami. (1992). Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrütü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar. İstanbul, s. 130-131.

<sup>96</sup> Oftinger, I, s. 175; Oftinger/Stark, I, s. 256; Becker, Berner Kommentar, Art. 46, Nr. 1; Tunçomağ, I, s. 462; Eren, s. 728; Yarg. 11. HD., 17.03.1989, E. 1988/5744, K. 1989/1723 (Legalbank); BGE 34 II 606, 612 (bger.ch).

yeni bir faiz türü yaratılması için yeterli bir gerekçe olamazdı.<sup>97</sup> Doğduğu anda muaccel olan tazminat borcuna temerrüt faizinin işletilmesi için ihtarın gerekmediği dürüstlük kuralı gereğidir.<sup>98</sup> Bu nedenle de eski BK döneminde tazminat miktarına uygulanacak faiz temerrüt faiziydi. TBK m. 117/f. 2'nin açık düzenlemesi bu tartışmaya bir son vermiştir. Yeni kanun haksız fiilin işlendiği tarihte borçluyu temerrüde düşmüş saymakta ve haksız fiil tazminatına uygulanacak faizin de bundan böyle tartışmasız temerrüt faizi olacağını ifade etmektedir.

#### V. Kararın Eleştirilmesi

Karara konu olan olayda, kasten yaralama eylemine maruz kaldığını iddia eden davacı, maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuştur. İlk derece mahkemesi, maddî tazminat isteminin reddine, manevî tazminat isteminin ise kabulüne karar vermiştir. Davacı ve davalılar, mahkemenin kararını temyiz etmiştir. Yargıtay davalıların tüm itirazlarını reddetmiş, davacının da sadece maddî tazminat isteminin reddi konusundaki itirazını değerlendirmeye almıştır. Yargıtay, dosya kapsamından davacının hayatı tehlike geçirecek ve 45 gün iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde davalılar tarafından yaralandığı ve ameliyat geçirdiği anlaşıldığı hâlde, ilk derece mahkemesinin maddî tazminat talebini davacının çalıştığını ve masraflarını ispatlayamadığı gerekçesiyle reddini doğru görmemiş ve kararı bu gerekçeyle bozmuştur.

Dolayısıyla davadaki uyuşmazlık, maddî tazminata hükmedilebilmesi için mağdurun, sadece zararının *varlığını* mı yoksa *miktarını* da mı ispat etmesi gerektiği ve ispatı mümkün olmayan zararın nasıl tespit edileceği noktasında toplanmaktadır.

Somut olayda davacı, uğradığını iddia ettiği haksız fiil sebebiyle maddî ve manevî tazminat talebinde bulunmuştur. Haksız fiil sebebiyle açılan bu davada, davacının, davalının sorumluluğu için aranan şartların varlığını ispat

<sup>97</sup> Barlas, s. 131.

<sup>98</sup> Oftinger, I, s. 174; Tandoğan, s. 478; Barlas, s. 131. Haksız fiil sebebiyle tazminat ödemekle yükümlü olan kimsenin ihtara gerek olmadan mütemerrit olması gerektiğini Müşterek Hukuk kaynaklı "*gasbeden daima temerrüt hâlinedir*" (fur semper in mora) prensibine dayandıran yazarlar için bkz. von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold. (1974). Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II (3. Auflage). Zürich, s. 140, 141; Feyzioğlu Feyzi Necmeddin. (1977). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2. Bası) C. II. İstanbul, s. 239.

etmesi gerekmektedir. Davacının öncelikle ispat etmesi gereken, davalının hukuka aykırı bir fiiliyle zarara uğramış olduğudur (TBK m. 50/f. 1; eski BK m. 42). Davacının bu yükümlülüğünü yerine getirmesi, zararın gerçek miktarını ispat etmesinin mümkün olmadığı hâllerde, yukarıda belirtildiği üzere zarara uğradığı konusunda hâkime kanaat verici delilleri sunmasıyla sağlanır.<sup>99</sup> Ancak bunun için davacının, zarara uğradığı konusunda soyut bir iddiada bulunması yeterli değildir. Davacının, zararın varlığını gerçeğe çok yakın bir ihtimal olarak gösterecek hususları ispat etmesi durumunda, hâkim zararın kapsam ve miktarını belirlemek üzere harekete geçecektir.<sup>100</sup> Zararın gerçek miktarını ispat etmek mümkün değilse, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri de nazara alarak, zararın miktarını hâkim belirleyecektir (TBK m. 50/f. 2; eski BK m. 42).

Somut olayda davacının hayatı tehlike geçirecek ve 45 gün iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde davalılar tarafından yaralandığı ve ameliyat geçirdiği, dosya kapsamından anlaşıldığına göre davacı, davalının hukuka aykırı bir fiiliyle zarara uğradığını ispatlamıştır. İkinci aşamada, maddî zarar miktarının tespit edilmesi gerekir.

Mahkeme, davacının tedavi gideri ve işgücü kaybına ilişkin maddî tazminat istemini, davacının çalıştığını ve masraflarını ispatlayamadığı gerekçesi ile reddetmiştir. Hâlbuki haksız fiilin şartları açıklanırken de belirtildiği üzere, mağdurun zararın miktarını ispat etmesi mümkün değilse, zararın miktarını hâkim, TBK m. 50/f. 2 (eski BK m. 42) uyarınca takdir yetkisini kullanarak belirleyecektir. Davacı, hayatı tehlike geçirecek ve 45 gün iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde davalılar tarafından yaralandığını ve ameliyat geçirdiğini ispatlayarak, zararın varlığını ispat yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Bu aşamadan sonra ispatı mümkün olmayan zararın miktarını belirlemekle, hâkim yetkili ve görevlidir. Olaydaki zararın miktarının belirlenmesi özel bilgi ve uzmanlığı gerektiren bir durum olduğu için hâkimin bilirkişiye başvurması gerekir. Burada ameliyat masrafları dışında, mağdurun beden bütünlüğünü eski hâline getirmeye yönelik olmak üzere başkaca masraflar da yapmış ve bunların varlığını kabule esas olan olguları da ispat etmişse, bunlar maddî zarar kalemi olarak tazmin borcunun konusunu oluşturacaktır.

<sup>99</sup> Oftinger/Stark, I, s. 259, 260; Tandoğan, s. 262 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 579; Eren, s. 725; Oğuzman/Öz, II, s. 79, 80.

<sup>100</sup> Oğuzman/Öz, II, s. 80, dn. 235.

Mağdur yaptığı masraflar dışında, haksız fiil sonucunda çalışma gücünü kaybetmesi sebebiyle maruz kaldığı kazanç kaybını da failden talep edebilir (TBK m. 54/b.2; eski BK m. 46/f.1). Olayda mağdurun beden bütünlüğünün ihlali sonucunda çalışma gücünü geçici olarak kaybettiği, “*Dosya kapsamından davacının... 45 gün iş ve gücüne engel teşkil edecek şekilde davalılar tarafından yaralandığı... anlaşılmaktadır*” ifadesinden çıkmaktadır. Ancak bu 45 günlük sürenin neye göre tespit edildiği Yargıtay kararından anlaşılamamaktadır. Dosyada bahsedilen 45 günlük süre, davacının ne kadar sürede tıbbî şifa bulacağına ilişkin verilen raporla tespit edilen bir süre ise, bu süre; ceza dosyasından alınan raporda belirtilen bir süre ise, iyileşme süresine ilişkin alınacak yeni raporda belirtilen süre dikkate alınarak mağdurun geçici iş göremezlik zararı hesaplanacaktır.<sup>101</sup> Yine karardan, mağdurun çalışma gücünü tamamen mi, kısmen mi kaybettiği ve eğer kısmen kaybettiyse, kayıp oranının ne kadar olduğu da anlaşılamamaktadır. Geçici iş göremezlik zararının hesaplanabilmesi için aranan ikinci husus, çalışma gücündeki kayıp oranıdır. Bu oranın tespiti de uzman bilirkişiler tarafından yapılacaktır. Son olarak da mağdurun haksız fiile maruz kaldığı sıradaki kazancı, bu kazançtaki artma ihtimalleri de göz önünde bulundurularak hesaplanmalıdır.<sup>102</sup>

Somut olayda mağdurun çalışıp çalışmadığı net olarak anlaşılamamaktadır. Zararın miktarını hesaplayabilmek için mağdurun, haksız fiil gerçekleştiği sırada bir kazanç elde ediyor olup olmadığını araştırmak gerekir.

Eğer mağdurun çalışma gücünü kullanarak elde ettiği bir geliri varsa ve haksız fiilden kaynaklanan geçici iş göremezliği sebebiyle bu gelirden bir azalma olursa, bu azalma maddî zararı oluşturur. Bu zararın miktarı, mağdurun yıllık kazancı esas alınarak hesaplanır.<sup>103</sup> Dolayısıyla somut

<sup>101</sup> Akın, Levent. (2001). İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat. Ankara, s. 109; Yargıtay bir kararında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: Yarg. 4. HD., 11.06.2012, E. 2011/6877, K. 2012/10084 (Legalbank): “*Mahkemece, davacının geçici iş göremezlik zararının tespiti açısından, tedavi evraklarının getirtilip davacının ne kadar sürede tıbbî şifa bulacağı yönünde bir üniversite hastanesinden rapor alınarak geçici iş gücü kaybı belirlenip oluşacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, ceza dosyasında alınan rapora göre geçici iş gücü kaybı hesabı yapılması doğru değildir*”.

<sup>102</sup> Feyzioğlu, I, s. 598, 599; Oğuzman/Öz, II, s. 96; Eren, s. 748, 749.

<sup>103</sup> Oftinger, I, s. 204, 205, 207; Büyüksağış, s. 202; Yarg. 11. HD., 29.06.2006, E. 2006/4787, K. 2006/7723 (Legalbank); BGE 77 II 308, 314 (bger.ch).

olayda, Yargıtay'ın mağdurun kazanç kaybını asgarî ücret üzerinden hesaplaması yerinde değildir.

Eğer mağdur karşılığında kazanç elde ettiği bir iş yapıyor ve beden bütünlüğündeki ihlâl sebebiyle aynı işi yapabilmek için daha çok efor sarf ediyor, böylece kazancında azalma olmamasını sağlıyorsa, yine zararın varlığı kabul edilir. Burada mağdurun fazla efor sarf ederek elde ettiği yararın zarara mahsubu hakkaniyete aykırı olacağından denkleştirme yapılmaz. Dolayısıyla mağdurun zararı, fazladan efor sarf etmeyip çalışmasaydı mahrum kalacağı kazanç miktarı kadardır.

Eğer mağdur dava konusu olayda, normalde ücret karşılığı yapılan bir işi, karşılığında ücret almadan yapıyorsa ve beden bütünlüğündeki ihlâl sebebiyle aynı işi yapabilmek için daha çok efor sarf ediyorsa, yine denkleştirme yapılmaz. Mağdur, çalışma gücü kaybı sebebiyle yapamayacağı işi ücret karşılığında yapıyor olsaydı ne kadar ücret alacak idiyse, bu oranda zarara uğramış olur ve bu miktarı failden talep edebilmelidir.

Somut olayda mağdur çalışmıyor idiyse, kazanç kaybının varlığından bahsedebilmek için, iş gücü kaybına uğradığı süre içinde iş bulabilir miydi sorusunu cevaplandırmak gerekir. Mağdurun yaşı, ne kadar süredir işsiz olduğu, eğitim düzeyi ve piyasa koşulları da dikkate alınarak yapılacak değerlendirmede, normal şartlar altında bu süre içinde iş bulamayacağı sonucuna varılıyorsa, mağdurun kazanç kaybı adı altında herhangi bir talebi olamayacaktır.<sup>104</sup> Zira bu durumda hukukî anlamda maddî bir zarar doğmamıştır.<sup>105</sup> Mağdur, günlük hayatını idame ettirebilmek için haksız fiil sonrası daha fazla efor sarf ediyorsa, bu herhangi bir maddî zarar olmadığı için TBK m. 54' ün (eski BK m. 46'nın) kapsamına girmez.<sup>106</sup> Salt biyolojik nitelikli kayıplara mağdur kendisi katlanmak zorundadır.<sup>107</sup> Mağdur, şartları gerçekleştiyse ancak manevî tazminat talebinde bulunabilir.<sup>108</sup> Ancak somut olayda mağdurun normal şartlar altında bu süre içinde iş bulabileceği

<sup>104</sup> BGE 99 II 221, 226, 227 (bger.ch); aksi görüş için bkz. Büyüksağış, s. 299 vd.; Yarg. 4. HD., 13.10.2005, E. 2004/14559, K. 2005/10881 (Legalbank).

<sup>105</sup> Oftinger/Stark, I, s. 274; Müller, OR 46, Nr. 6.

<sup>106</sup> Aksi görüş için bkz. Büyüksağış, s. 331 vd.; Yarg. 4. HD., 13.10.2005, E. 2004/14559, K. 2005/10881 (Legalbank).

<sup>107</sup> Oftinger/Stark, I, s. 274, 275; Müller, OR 46, Nr. 1; BGE 27 II 427, 434 (bger.ch).

<sup>108</sup> Oftinger/Stark, I, s. 274.



sonucuna varılabiliyorsa, mağdurun bulabileceği işten elde edebileceği gelirin de farazî bir hesaplama ile kazanç kaybı adı altında talep edilebileceği kabul edilmektedir.<sup>109</sup>

Sonuç olarak, ilk derece mahkemesi Yargıtay'ın bozma kararına uyarak, varlığı dosyadan anlaşılan maddî zararın miktarını yukarıda açıklanan hususları da göz önüne alarak TBK m. 50/f. 2 (eski BK m. 42) uyarınca tayin etmelidir.

---

<sup>109</sup> Schubert, Beck'scher Online-Kommentar BGB, § 252, Nr. 30.

**KAYNAKÇA**

- Akın, Levent. (2001). İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat. Ankara.
- Akünel, Teoman. (1977). Haksız Fiilden Doğan Zararda Denkleştirme Sorunu. İstanbul.
- Barlas, Nami. (1992). Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar. İstanbul.
- Becker, Hermann. (1941). Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abteilung: Allgemeine Bestimmungen, Art.1-183 OR (2. Auflage). Bern.
- Brehm, Roland. (2006). Berner Kommentar - Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI/1/3/1, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Art. 41-61 OR (3. Auflage). Bern.
- Büyüksağış, Erdem. (2007). Maddi Zarar Kavramı. İstanbul.
- Eren, Fikret. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (16. Bası). Ankara.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin. (1976). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2. Bası) C. I. İstanbul.
- Feyzioğlu Feyzi Necmeddin. (1977). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (2. Bası) C. II. İstanbul.
- Heierli, Christian/Schnyder, Anton K. (2011). Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR (5. Auflage). Basel.
- Karahasan, Mustafa Reşit. (2003). Sorumluluk Hukuku (6. Bası) C. I-II, İstanbul.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (18. Bası). Ankara.
- Lange, Hermann. (1979). Handbuch des Schuldrechts, Bd. I: Schadensersatz. Tübingen.

- Müller, Christoph. (2012). Handkommentar zum Schweizer Privatrecht - Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR (2. Auflage). Zürich.
- Nomer, Halûk N. (1996). Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddî Tazminatın Belirlenmesi. İstanbul.
- Oftinger, Karl. (1975). Schweizerisches Haftpflichtrecht – Band I: Allgemeiner Teil (4. Auflage). Zürich.
- Oftinger, Karl/Stark, Emil W. (1995). Schweizerisches Haftpflichtrecht – Band I: Allgemeiner Teil (5. Auflage). Zürich.
- Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut. (2014). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (11. Bası) Cilt-2. İstanbul.
- Reisoğlu, Safa. (2014). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler (25. Bası). İstanbul.
- Roberto, Vito. (1997). Schadensrecht. Basel/Frankfurt am Main.
- Schubert, Claudia. (2014). Beck'scher Online-Kommentar BGB (Hrsg. Bamberger, Georg/Roth, Herbert) (30. Auflage). München.
- Schwenzer, Ingeborg. (2000). Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil (2. Auflage). Bern.
- Tandoğan, Halûk. (2010). Türk Mes'uliyet Hukuku. İstanbul.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Halûk/Altop, Atilla. (1993). Borçlar Hukuku Genel Hükümler (7. Bası). İstanbul.
- Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer. (2013). Sosyal Güvenlik Hukuku Dersleri (16. Bası). İstanbul.
- Tunçomağ, Kenan. (1976). Türk Borçlar Hukuku Cilt I, Genel Hükümler (6. Bası). İstanbul.
- Uygur, Turgut. (2003). Açıklamalı ve İctihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Cilt II. Ankara.
- von Tuhr, Andreas/Peter, Hans. (1979). Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I (3. Auflage). Zürich.

von Tuhr, Andreas/Escher, Arnold. (1974). Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II (3. Auflage). Zürich.

[www.beck-online.beck.de](http://www.beck-online.beck.de).

[www.bger.ch](http://www.bger.ch) (bger.ch).

[www.legalbank.net](http://www.legalbank.net) (Legalbank).

[www.kazancihukuk.com](http://www.kazancihukuk.com) (Kazancı).