

**ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS TEZİ**

YANSIMA YOLUYLA ZARAR

Kumru KILIÇOĞLU

Tez Danışmanı

Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR

Aralık, 2011

Kumru KILIÇOĞLU tarafından hazırlanan Yansıma Yoluyla Zarar adlı bu tez, tarafımdan incelenmiş olup ve Yüksek Lisans Tezi olarak uygun bulunmuştur.

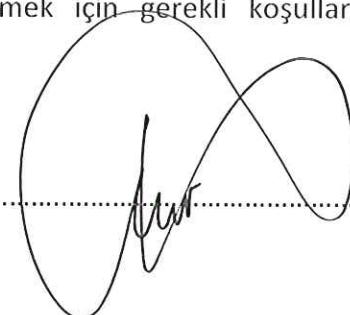
Yrd.Doç.Dr. Emel Badur

: 

Tez Danışmanı

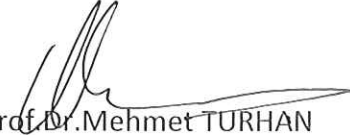
Bu tezin yüksek lisans derecesi elde etmek için gerekli koşulları sağladığını onaylarım.

Prof.Dr.Hamdi Mollamahmutoğlu

: 

Özel Hukuk Anabilim Dalı Başkanı

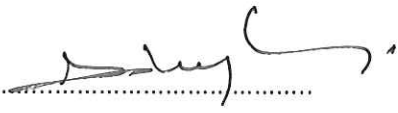
Sosyal Bilimler Enstitüsü Onayı


Prof.Dr.Mehmet TURHAN

Tez Sınav Tarihi : 14.12.2011

Tez Jüri Üyeleri :

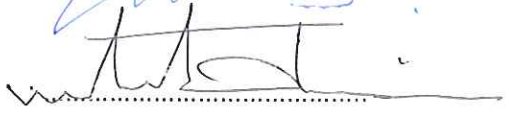
Prof. Dr. Erzan ERZURUMOĞLU (Çankaya Üniversitesi) :



Yrd. Doç. Dr. Emel BADUR (Çankaya Üniversitesi) :




Prof. Dr. Mehmet DEMİR (Ankara Üniversitesi)



ÇANKAYA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

Bu belge ile bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.

Adı, Soyadı : Kumru KILIÇOĞLU

İmza : 

Tarih : 14.12.2011

ÖZET

YANSIMA YOLUYLA ZARAR

KILIÇOĞLU,Kumru

Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı

Tez Danışmanı: Yrd. Doç.Dr.Emel BADUR

Aralık 2011, 95 sayfa

Zarar, en geniş tanımıyla, bir kimsenin mal ya da şahıs varlığında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Kişi, yalnızca maddi açıdan değil, manevi açıdan da gözle görülmeyen, soyut olarak duygusal bütünlüğünde meydana gelecek şekilde de zarara uğrayabilir.

Yansımaya yoluyla zarar; hukuka aykırı bir fiil nedeniyle zarar uğrayan kişi dışında kalan başka bir kişinin uğradığı zarardır. Yansımaya yoluyla zararda, haksız fiilin meydana getirdiği zarar, haksız fiile maruz kalan kişi dışında kalan ancak haksız fiil neticesinde zarar gören kişinin bu zararıyla bağlantılı olarak üçüncü kişilerin uğradığı zarardır.

TBK ile BK arasında destekten yoksun kalma halinde maddi ve manevi zararda farklılıklar mevcuttur. Tezimizde detaylı olarak inceleyeceğimiz bu farklar, destekten yoksun kalma nedeniyle tazminat talep edebilecek kişilerin sınırını genişletmiştir.

Yansımaya yoluyla zarar kavramı, genel olarak doğrudan zarar ve dolaylı zarar kavramlarıyla karıştırılmaktadır. Bu karışıklığın sebebi kavram karmaşasıdır. Doğrudan zararın mağduru doğrudan mağdur, dolaylı zararın mağduru ise dolaylı

mağdur olarak düşünölmekte olduğundan; bu kavram karmaşası ortaya çıkmaktadır. Halbuki; doğrudan mağdur, doğrudan ya da dolaylı zarardan etkilenen kişidir. Dolaylı mağdur ise, yansıma yoluyla zarar nedeniyle zarara uğrayan kişidir. Bu kavram karmaşası nedeniyle, doğrudan zarar ve dolaylı zarar ile yansıma yoluyla zarar sıkça ve en çok karıştırılan kavramlardır.

Bunun dışında, yansıma yoluyla zarar; birden fazla zarar görenler, müteselsil alacaklılık, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı, üçüncü kişi lehine sözleşme ve matufiyet kavramıyla da sıkça karıştırılmaktadır. Bu kavramlar arasında, en çok matufiyet kavramı, yansıma yoluyla zarar ile karıştırılan, yakın bağlantısı olan kavram olup; haksız fiilin mağdurunu belirleyici etkiye sahiptir.

Matufiyet genel olarak belirlilik anlamına gelmektedir. Yansıma yoluyla zarar kavramında, matufiyet, haksız fiilin mağdurunu dolayısıyla yansıma yoluyla zarara uğrayan kişinin belirlenmesinde önemli bir etkiye sahiptir.

Yansıma yoluyla zarar kavramı, kanunda düzenlenmiş haller dışında kullanılamaz, yorum yöntemiyle genişletilemez. Zira, yorum yöntemiyle genişletilmesi mümkün olan bu kavram, kötü niyetli kişiler tarafından haksız kazanç kapısı olarak görölebilir.

Tezimizde, yansıma yoluyla zarar kavramı, diğer benzer kavramlarla farkları, yansıma yoluyla zarara uğrayabilecek kişilerin TBK ve BK düzenlemeleriyle kimler olabileceği, TTK, TBK, BK, İBK, İMK, B.G.E., BGB ve Yargıtay kararları doğrultusunda yansıma yoluyla zarar kavramında zararın tazmini ve zamanaşımı detaylı olarak ele alınmış, kavram karmaşaları ve karışıklıkları irdelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Yansıma, Zarar, Tazminat, Destekten Yoksun Kalma

ABSTRACT

DAMAGE BY REFLECTION

KILIÇOĞLU, Kumru

Institute of Social Sciences, Department of Private Law

Advisor: Assist. Prof.Dr.Emel Badur

December 2011, 95 pages

In the widest term, damage means decrement in property or immaterial availability of a person. A person may get damage not only in terms of material aspect, but also moral aspect, which may affect emotional integrity of a person on intangible basis.

Damage by reflection means damage on any person except for person being affected by damage arising from an illegal act. In this case, damage caused by illegal act is the damage on a person who indirectly gets damage as a result of a person who gets damaged because of an illegal act.

In the event of being deprived of support between T.B.K and B.K, there are differences between material and moral damage. These differences, which we will discuss in detail in our thesis, have widened limits of persons who may claim compensation as a result of being deprived of support.

Damage by reflection is usually confused with the concepts of direct damage and indirect damage. Reason of this confusion is the conceptual confusion. This conceptual confusion occurs since sufferer of direct damage is considered as direct sufferer and sufferer of indirect damage is considered as indirect sufferer. However, direct sufferer means person affected by direct or indirect damage. On

the other hand, indirect sufferer means person affected by damage by reflection. Because of this conceptual confusion, direct damage, indirect damage and damage by reflection concepts are frequently confused with each other.

In addition, damage by reflection is also confused with the concepts of person who gets more than one damage, being joint receivable, efficient contract that protects third person, contract in favor of third party, and being oriented towards. Among these concepts, to be oriented towards is the concept which is most commonly confused with the concept of damage by reflection. To be oriented towards is also closely associated with damage by reflection and it helps determining sufferer of a damage.

In general, being oriented towards means certainty. In the concept of damage by reflection, being oriented towards has an important effect for determining sufferer of illegal act, therefore person who gets damage as a result of damage by reflection.

The concept of damage by reflection cannot be used for situations except for those regulated in the law. Furthermore, it shall not be extended by means of interpretation, since it can be misused by malicious people who may regard this concept as an illegal mean of revenue.

In our thesis, we discussed differences of the concept ‘damage by reflection’ compared to other similar concepts, persons that might be sufferers of damage by reflection as regulated in T.B.K and B.K, prescription and compensation of damage with regard to damage by reflection in line with the resolutions of T.T.K, T.B.K, B.K, İ.B.K, İ.M.K, B.G.E, B.G.B and High Court. We also discussed conceptual confusions and contradictions in detail.

Key Words: Reflection, Damage, Compensation, To Be Empty of Support

GİRİŞ

Haksız fiilin tazminat sorumluluğuna yol açması zarar koşuluna bağlıdır. Zararın değişik açılardan ayrımları yapılmaktadır. Bunlar arasında tezin konusunu ilgilendiren iki ayırım önem taşımakta olup, bunlardan birincisi maddi ve manevi zarar diğeri ise doğrudan doğruya dolaylı zarar ayırımıdır. Yansıma yoluyla zararın bu ayırım içindeki yeri oldukça önemlidir.

Yansıma yoluyla zarar, şahıs varlığına yönelik haksız fiillerde maddi olarak doğabilir. Bu durum destekten yoksun kalma zararı olarak karşımıza çıkmaktadır. Şahıs varlığına yönelik haksız eylem manevi zarara da yol açabilir. Bu durum ölüm halinde ölenin yakınlarının manevi zararı olarak karşımıza çıkmaktadır.

Yansıma yoluyla zararın en çok karıştırıldığı zarar ayırımı doğrudan doğruya-dolaylı zarar ayırımıdır. Bu ayırım ile yansıma yoluyla zararın farklı kavramlar olduğu ve tamamen farklı koşullara sahip olduğu açıklanacaktır.

Yansıma yoluyla zarar oldukça sık karşılan bir zarar türü olmasına rağmen Türk Hukuku'nda toplu olarak ele alınmış değildir. Öğretide ve Yargıtay Kararlarında bu kavrama sık sık değinilmesine rağmen, bunun anlamı, benzer kurumlarla farkı, koşulları konusunda yeterli inceleme yapılmamıştır.

Yansıma yoluyla zararın en yaygın uygulama bulduğu alan şahıs varlığına yönelik haksız eylemler nedeniyle yansıma yoluyla manevi zarardır. Türk-İsviçre Borçlar Kanunu'nda manevi zararlar ilgili iki temel md. mevcuttur. Bunlar BK md.47 (İBK md.47) ve BK md.49 (İBK md.4)'dur. BK md.47 ölüm halinde ölenin yakınları için yansıma yoluyla manevi zarara yer vermiştir. Ancak md. bunun açıkça ve kesin bir ifade ile sadece ölümle sınırlı tutmuştur. Bunun sonucu olarak ölümle sonuçlanmayan, diğer bedensel zararlar (yaralama, şiddet, darp, işkence gibi) zarara uğrayanların yakınlarına da manevi zararlarının tazmin edilmesine olanak tanınmamıştır. Bu eksiklik, İsviçre'de Federal Mahkeme'si kararlarında ve ülkemizde Yargıtay tarafından BK md.49 hükmü ile giderilmeye çalışılmakta ve

bedensel zarara uğrayanların yakınlarının doğrudan doğruya zarar gören kişi olarak BK md.49 hükmünden yararlanabileceği kabul edilmiştir.

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK olarak kısaltmasıyla belirtilecektir.) halen yürürlükte olan 818 sayılı BK md.47'nin yerini alan 56. maddesinde bu eksiklik zorlayıcı yorumlara ihtiyaç olmadan giderilmiştir. Bu md. ile ağır olması koşuluyla bedensel zararlarda zarar görenin yakınlarının da manevi zararlarının tazmin edilebileceğine yer verilmiştir.

Türk Hukuku'nda konunun toplu olarak ele alınıp incelenmemiş olması, TBK'nun 56. maddesinde ile getirilen yeni düzenleme, bu konuyu bir yüksek lisans tezi olarak ele alınmasına neden olmuştur.

Çalışma altı bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde zarar kavramı, tanımı ve türleri; ikinci bölümde tez konusunu oluşturan yansıma yoluyla zarar kavramı; üçüncü bölümde yansıma yoluyla zararın unsurları açıklanmış olup, dördüncü bölümde kanunda öngörülen yansıma yoluyla zarar konusuna değinilmiş; beşinci bölümde yansıma yoluyla zarar kavramının, başka diğer kavramlarla karıştırılması nedeniyle bir karşılaştırma yapılmış; son olarak altıncı bölümde ise, yansıma yoluyla zararın belirlenmesi, tazmini ve zamanaşımı konuları ele alınmıştır.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL BULUNMADIĞINA İLİŞKİN SAYFA.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	vi
GİRİŞ.....	viii
İÇİNDEKİLER.....	x
KISALTMALAR.....	xv

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ZARAR KAVRAMI- TANIMI VE TÜRLERİ.....	1
1.1. Zarar Kavramı.....	1
1.2. Tanım.....	2
1.3. Türleri.....	4
1.3.1. Mal Varlığı Zararı- Şahıs Varlığı Zararı.....	4
1.3.2. Maddi Zarar- Manevi Zarar.....	7
1.3.3. Fiili Zarar- Kazanç Kaybı (Yoksun Kalınan Kar) Zararı.....	12
1.3.4. Normatif Zarar.....	15
1.3.5. Doğrudan Doğruya Zarar- Dolaylı Zarar.....	16
1.3.6. Yansıma Yoluyla Zarar.....	19

İKİNCİ BÖLÜM

2. YANSIMA YOLUYLA ZARAR KAVRAMI.....	20
2.1. Kavram.....	20

2.2. Tanım.....	23
-----------------	----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. YANSIMA YOLUYLA ZARARIN UNSURLARI	25
3.1. Haksız Eylem Nedeniyle Yansima Yoluyla Zarar	25
3.2. Sözleşmeye Aykırılık Nedeniyle Yansima Yoluyla Zarar	26
3.3. Eylemin Yöneldiği Kişi Dışında Kalan ve Eyleme Bağlı Olarak Üçüncü Bir Kişinin Zarara Uğraması.....	27
3.3.1. Üçüncü Kişi Kavramı.....	27
3.3.2. Üçüncü Kişinin Tayininde Ölçüler (Yansimanın Kapsamı).....	28
3.3.3. Kanun Tarafından Zarardan Sorumluluğun Öngörölmüş Olması.....	29

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. KANUNDA ÖNGÖRÖLEN YANSIMA YOLUYLA ZARAR	35
4.1. Gerçek Kişilerde.....	35
4.1.1. Maddi Kişisel Varlıkların İhlali Halinde.....	35
4.1.1.1. Ölüm Halinde.....	35
4.1.1.1.1. Maddi Zarar (Destekten Yoksun Kalma Zararı) (Yansima Yoluyla Maddi Zarar): BK Md. 45f.2 (TBK md.53 b.2)	35
4.1.1.1.2. Manevi Zarar (Yansima Yoluyla Manevi Zarar) BK Md. 47(TBK md.56).....	38
4.1.1.1.2.1. Borçlar Kanunu'nda Manevi Zarar	38
4.1.1.1.2.2. Ölüm Halinde Manevi Zarar (Yansima Yoluyla Manevi Zarar).....	40
4.1.1.1.2.2.1. BK md.47 ile TBK md.56'nın Karşılaştırılması	40
4.1.1.1.2.2.2. Ölüm Halinde Yansima Yoluyla Zarar Nedeniyle Manevi Tazminat Talep Edebilecek Kişiler	41
4.1.1.1.2.2.3. Ölüm Nedeniyle Yansimaya Yoluyla Manevi Zarar- Ölümlere Saldırıları Nedeniyle Manevi Zarar	43

4.1.1.2. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesinde Zarar (Cismani Zararlarda).....	44
4.1.1.2.1. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesinde Maddi Zarar	44
4.1.1.2.2. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesi Halinde Manevi Zarar	46
4.1.1.2.2.1. Bedensel Bütünlüğü Zedelenen Kişinin Manevi Zararı.....	46
4.1.1.2.2.2. Ağır Bedensel İhlaller Nedeniyle Yansıma Yoluyla Manevi Zarar	47
4.1.1.2.2.2.1. TBK’ndan Önceki Dönemde Bedensel Zarara Uğrayanın Yakınlarının Manevi Zararlarının Tazmin Edilmesi	47
4.1.1.2.2.2.2. Getirilen Değişiklik ve Gerekçesi	51
4.1.1.2.2.3. Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Yansıma Yoluyla Manevi Tazminatın Koşulları.....	51
4.1.1.2.2.3.1. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesi	52
4.1.1.2.2.3.2. Bedensel Bütünlüğün Ağır Bir Şekilde Zedelenmesi.....	52
4.1.1.2.2.3.3. Bedensel Bütünlüğü Zedelenen Kişinin Bir Yakınının Tazminat Talebi	53
4.1.1.2.2.3.4. Haksız Eylemin Diğer Unsurlarının Bulunması.....	54
4.1.2. Maddi Nitelikte Olmayan Kişisel Varlıkların İhlali Halinde Manevi Zarar (BK md.49)	56
4.1.2.1. Maddi Nitelikte Olmayan Kişisel Varlıklar.....	56
4.1.2.2. Maddi Nitelikte Olmayan Varlıkların İhlalinde Yansıma Yoluyla Zarar.....	56
4.1.2.3. Ölülere Yönelik Saldırlarda Yansıma Yoluyla Zarar	59
4.1.2.3.1. Ölenin Yakınlarının Zararı	60
4.1.2.3.2. Ölmüş Liderlerle Manevi Bağları Olanların Zararı.....	61
4.1.2.3.3. Kişilerin Kutsal Saydığı Değerlere Yönelik Saldırlarda Zarar	63
4.2. Tüzel Kişilerde	64
4.2.1. Tüzel Kişilerin Zararları.....	64

4.2.2. Tüzel Kişilerde Yansima Yoluyla Zarar	64
4.2.2.1. Genel Olarak	64
4.2.2.1.1. Maddi Kişisel Varlıklara Saldırı Halinde	64
4.2.2.1.2. Maddi Nitelikte Olmayan Kişisel Varlıklarda	65
4.2.2.2. Özel Olarak	67

BEŞİNCİ BÖLÜM

5. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI	71
5.1. Birden Fazla Zarar Görenler- Yansima Yoluyla Zarar	71
5.2. Müteselsil Alacaklılık- Yansima Yoluyla Zarar	71
5.3. Doğrudan Zarar- Dolaylı Zarar- Yansima Yoluyla Zarar	72
5.4. Matufiyet (Yöneliklik, Yönelmiş Olmaklık) - Yansima Yoluyla Zarar	72
5.5. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Kavramı- Yansima Yoluyla Zarar	75
5.6. Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme-Yansima Yoluyla Zarar	76

ALTINCI BÖLÜM

6. YANSIMA YOLUYLA ZARARIN BELİRLENMESİ, TAZMİNİ, ZAMANAŞIMI	77
6.1. Yansima Yoluyla Zararın Belirlenmesi	77
6.1.1. Yansima Yoluyla Maddi Zararın Belirlenmesi	77
6.1.2. Yansima Yoluyla Manevi Zararın Belirlenmesi	78
6.1.2.1. Ölüm Halinde	78
6.1.2.2. Ağır Bedensel Zarar Halinde	79
6.1.2.3. Şirketlerde Pay Sahipleri ya da Şirket Alacaklılarının Yansima Yoluyla Zararlarında	79
6.2. Yansima Yoluyla Zararın Tazmini	80

6.2.1. Tazminatın Belirlenmesi	80
6.2.2. Tazminata Faiz Yürütülmesi	82
6.2.3. Zarar Görene Geçici Ödemeler	82
6.3. Yansıma Yoluyla Zarara İlişkin Tazminat Alacağında Zamanaşımı	83
6.3.1. Haksız Eylemden Doğan Yansıma Yoluyla Zararların Tazmininde	83
6.3.2. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Yansıma Yoluyla Zararların Tazmininde	84
SONUÇ	85
KAYNAKÇA	91
EK ÖZGEÇMİŞ	95

KISALTMALAR

a.g.e.	: Adı geçen eser
a.g.m.	: Adı geçen makale
art.	: Article (madde)
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
B.	: Bası
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
B.G.E.	: Bundesgerichtsentscheidung (İsviçre Federal Mahkeme Kararı)
BK	: Borçlar Kanunu (818 sayılı)
bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
E.	: Esas
f.	: Fıkra
H.D.	: Hukuk Dairesi
H.G.K.	: Hukuk Genel Kurulu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu

K.	: Karar
md.	: Madde
Nr.	: Nummer (numara)
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
TBK	:Türk Borçlar Kanunu (6098 sayılı)
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
v.d.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
Y.H.G.K.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Y.K.D.	: Yargıtay Kararları Dergisi
&	: Paragraf

BİRİNCİ BÖLÜM

1. ZARAR KAVRAMI- TANIMI VE TÜRLERİ

1.1. Zarar Kavramı

Bütün hukuk sistemlerinde zarar kavramı sorumluluk hukuku açısından önemli bir konudur. Kaynağı ne olursa olsun bir borç ilişkisi doğduğunda, borçlunun borca aykırı davranışı alacaklının zararına sebebiyet verebilir. Haksız fiillerde zarar gören ya da zarar görme tehlikesi ile karşılaşan kişi için başka hukuksal olanaklar tanınmış olabilir. Örneğin; TMK md. 24 ve 25 gereğince kişilik hakkına saldırılması ya da saldırı tehlikesi karşısında hak sahibi, saldırının önlenmesi, durdurulması gibi dava olanaklarına sahiptir. Ancak haksız fiil sonucu zarar doğmuşsa, bu durumda alacaklı için en önemli dava bunun tazmin edilmesine ilişkin davadır.

Sözleşmeler hukukunda borçlu sözleşmeye aykırı davranabilir. Bu durumda alacaklı borçludan sözleşmeye uygun davranmasını, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesini “aynen ifa davası” ile talep edebilir. Ya da alacaklı koşulları varsa sözleşmeden dönebilir ya da sözleşmeyi yerine göre feshedebilir. İster aynen ifanın istenmesi mümkün olsun, ister sözleşmeden dönülsün ya da sözleşme feshedilsin, alacaklı borçludan her durumda doğan zararının tazmin edilmesini talep edebilir. BK md.96 (TBK md.112) borçlunun borca aykırı davranışı yüzünden alacaklının uğradığı zararın tazmin edilmesini hükme bağlamıştır. Sözleşmeye aykırılık hallerinde doğan zarar ile haksız eylemler sonucu doğan zarar arasında zararın tanımı, türleri, kapsamı gibi konularda bir fark yoktur. Bu nedenledir ki, BK md.98 f.II (TBK md.114) haksız fiillere ilişkin hükümlerin sözleşmeye aykırılık hallerinde de uygulanabileceğini öngörmüştür. Madde bu hükmüyle zarar, zararın ispatı, hesaplanması ve tazminatın takdiri gibi konulara ilişkin olarak haksız eylemlere ilişkin BK md.42-49 hükümlerine yollamada bulunmuştur.

Sözleşmeye aykırılık geniş anlamda hukuka aykırılık kavramı içinde yer alır. Bu anlamda olmak üzere zarar kavramı her iki borç kaynağından doğan zararları kapsamaktadır. Bunun sonucu olarak yansıma yoluyla zarar da hem haksız eylemlerden hem de sözleşmeye aykırılıktan doğabilir. Ancak yansıma yoluyla zarar görenler sözleşme ilişkisi içinde olmayan kişilerdir. Bu nedenle doğrudan zarar görenler (doğrudan mağdurlar) sorumlu kişi ile sözleşme ilişkisi içinde olsa bile, yansıma yoluyla zarar görenler böyle bir ilişki içinde değildirler. Bundan şu sonuca varmak mümkündür: Yansıma yoluyla zarar daima haksız eyleme dayanan bir zarardır. Ancak bununla birlikte yansıma yoluyla zararın asıl kaynağı hem haksız eylem hem de asıl zarar gören açısından sözleşme ilişkisine dayanabilir. Bu nedenle, inceleme sırasında, zarar kavramını her iki borç kaynağını kapsayacak şekilde kullanmaktayız. İnceleme sırasında “haksız eylem” ifadesini hem dar anlamda yani BK md.41 (TBK md.55) anlamında haksız eylemi hem de geniş anlamda borca aykırılıkları da içine alacak kapsamda kullanmaktayız. Bu açıklamalarımız sorumluluk hukuku açısından zarar kavramının ne denli önemli olduğunu ortaya koymaktadır.

Zarar en genel anlamıyla eksilmeyi ifade eder. Dar ve teknik anlamı itibariyle ise “kişinin mal veya şahıs varlığında meydana gelen kayıp” olarak ifade edilebilir.¹ Buna göre hukuka aykırı eylem ister mal isterse şahıs varlığına yönelik olsun, kişinin maddi veya manevi açıdan uğradığı her kayıp zarar olarak değerlendirilecektir.

1.2. Tanım

Hukuk düzeni, korumaya değer gördüğü menfaatleri, çeşitli şekillerde muhafaza eder. Hukuk düzeninin “korunmaya değer gördüğü menfaatlere ilişkin koruması” iki şekilde karşımıza çıkar. Birincisinde, bir davranış yasaklanır veya belirli bir biçimde hareket edilmesi istenir. İkincisinde ise, korunacak menfaatler ortaya koyulur ve bu menfaatlerin zedelenmesi durumunda uygulanacak

¹ REİSOĞLU, Safa (2011), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, B.22, s.168. ; KILIÇOĞLU, Ahmet M.(2011), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, B.14, s.283.

müeyyideler belirtilir.² İkinci koruma şeklinde, menfaatin zedelenmesi durumunda uygulanacak müeyyideler genellikle tazminat sorumluluğuna yol açar.

Hukuk düzeninin ve sorumluluk hukukunun amacı, kişilerin mal veya şahıs varlığından oluşan hukuksal değerlerinde isteği dışında meydana gelen eksilmelerin giderilmesini sağlamaktır³. Bu eksilmeler, kişinin uğradığı zararı oluşturmaktadır. Doktrinde zarar kavramı farklı şekillerde tanımlanmaktadır.:

“Malvarlığının zarar verici fiilin gerçekleşmesinden önceki hali ile gerçekleşikten sonra ortaya çıkan hali arasındaki fark zarardır.”⁴

“Dar anlamda zarar, teknik anlamdaki zararı ifade etmektedir. Bir şahsın mal varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmedir. Geniş anlamda zarar, mal varlığı dışında kişinin şahıs varlığı haklarında meydana gelen zararları da kapsamaktadır.”⁵

Geniş anlamda zarar, hem maddi hem de manevi zararı içine alırken, dar anlamda zarar yalnızca maddi zararı kapsar. Zarar denilince genellikle akla maddi zarar gelir. Halbuki hukuka aykırı eylem sonucu sadece maddi kayıplar meydana gelmez. Kişinin bu eylem sonucunda manevi cephesinde de kayıplar oluşabilir. Bu durumda kişinin ruhsal dünyasında ortaya çıkan acı ve sarsıntılar da zarar olarak karşımıza çıkmaktadır.⁶

Bu anlamda olmak üzere hem maddi hem de manevi kayıplar ifade etmek üzere zararı, kişinin isteği dışında mal varlığı ile manevi varlığında meydana gelen bir eksilme olarak tanımlamak mümkündür.⁷

² **TOPUZ, Murat** (2010), “İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku’nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi”, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, s.10.

³ **KARAHASAN, Mustafa Reşit** (2001), Tazminat Hukuku Manevi Zarar, İstanbul, B.6, s.45.

⁴ **KAYIHAN, Şaban** (2008), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, s.171.

⁵ **GÖKCAN, Hasan Tahsin** (2008), Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları, Ankara, s.43.

⁶ **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP** (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, B.7, s.548.

⁷ **KARAHASAN, M.R.**, age., s.46.

Zarar her zaman fiilen gerçekleşen eksilmelerden ibaret değildir. Hukuka aykırı eylem sonucu fiilen gerçekleşmese bile, mal varlığında meydana gelecek artışın önlenmesi şeklindeki kayıplar da zarar kavramı içinde yer alır. Örneğin; bir trafik kazası sonucu kişinin yolcu taşımacılığında kullandığı motorlu aracının hasara uğraması halinde uğradığı zarar “fiili zarar” olduğu halde, aynı olayda kişinin motorlu aracının yolcu taşımacılığında kullanamaması nedeniyle uğradığı kayıplar ise “kar kaybı” olarak karşımıza çıkar. Birincisine “fiili zarar” ikincisine ise “kar ya da kazanç kaybı zararı” adı verilmektedir.⁸ Öğretideki değişik tanımlardan hareketle zararı şu şekilde tanımlanması mümkündür:

“Zarar, kişinin ister malvarlığı ister şahıs varlığında hukuka aykırı eylem sonucu fiilen uğradığı ya da elde etmesi muhtemel bir kazançtan mahrum kalması sonucu ortaya çıkan kayıplardır.”

1.3. Türleri

1.3.1. Mal Varlığı Zararı – Şahıs Varlığı Zararı

Mal varlığı ve şahıs varlığı zararı, haksız eylemin etkilerini gösterdiği varlığın türü açısından yapılan bir ayrımdır. Mal varlığı, ekonomik bir değer arz eden, para ile ölçülebilen hukuki değerlerin meydana getirdiği bir bütünlüktür.⁹ Haksız eylem sonucu, para ile ölçülmesi mümkün olan bir varlıkta kayıp doğmuşsa mal varlığı zararı söz konusudur. Haksız eylem sonucu para ile ölçülmesi mümkün olan kayıplar fiili kayıplar şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, muhtemel artışın önlenmesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Nitekim Yargıtay kararlarında da zararın mal varlığındaki eksilme dışında, mal varlığındaki muhtemel artışın engellenmesi şeklinde de ortaya çıkabileceği belirlenmiştir.¹⁰ Malvarlığı zararlarına örnek olarak; trafik kazası sonucundan otomobildeki zarar, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün ihlali (yaralama, sağlığının bozulması gibi) sonucu yaptığı sağlık giderleri; bir işyerine saldırı ya da su baskını sonucu hasar gören mallar gösterilebilir. Malvarlığı zarara fiili zarar şeklinde gerçekleştiğinde mal varlığındaki eksilmenin hesaplanması için zarar verici davranıştan sonra

⁸ KILIÇOĞLU,Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.289.

⁹ EREN,Fikret.(2008), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, B.:10, s.473

¹⁰ KARAHASAN,M.R., a.g.e, s.47.

meydana gelen durum ile, davranış yapılmasaydı gösterecek olduğu durumun karşılaştırılması gerekmektedir.¹¹

Şahıs varlığı zararları, haksız eylem sonucu kişinin malvarlığı cephesinde değil şahıs varlığı cephesinde uğradığı zararlardır. Şahıs varlıkları kişilik hakkını oluşturan varlıklardır. Bu varlıkları ikiye ayırmak gerekir:

-Maddi şahıs ya da kişilik varlıkları: Buraya kişinin bedensel bütünlüğü, organları girerler.

-Maddi nitelikte olmayan şahıs ya da kişilik varlıkları: Buraya kişinin şeref, haysiyet, özel yaşam, isim, resim, duygu ve his yaşamı üzerindeki varlıkları girer.

Şahıs varlığı hakları veya bu hakkı oluşturan varlıklar, mal varlığı kapsamına girmezler.¹² Bu nedenle kişilik hakkı ve onu oluşturan değerler, para ile ölçülemez, miras yoluyla intikal etmezler, başkalarına devir ve temlik edilemezler.

Kişilik hakkını oluşturan varlıkların ihlali halinde, şahıs varlığı zararından bahsedilir. BK haksız eylem sonucu malvarlığı zararlarının doğumunun bir özellik göstermediğini, bu konuda zararın ispatı ve hesaplanması konusunda duraksama yaşanmayacağını göz önünde tutarak bu konuda özel hükümlere yer vermemiştir. Buna karşılık haksız eylem sonucu şahıs varlığı zararlarının özellik göstermesi ve önem arz etmesi nedeniyle bu tür zararlar ve türleri ile ilgili olarak özel hükümler yer vermiştir. Bu anlamda olmak üzere BK 45 -49 maddeleri kapsayan “V. Hususi haller” kenar başlığı altında önce maddi kişisel varlıkların ihlal edilmesiyle ilgili olarak 45. maddesinde adam ölmesi halinde maddi zararı, daha sonra 46. maddesinde maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların ihlal edilmesiyle (cismani zarar) ilgili zararları, 47. maddesinde adam ölmesi veya cismani zarar halinde manevi zararı hükme bağlamıştır. Daha sonra 48. maddesinde haksız eylemin özel bir türü olan “haksız rekabet” halinde zararı, son olarak da 49. maddesinde maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların (şeref haysiyet, özel yaşam, isim, resim, duygu yaşamı vs. gibi) ihlal edilmesi nedeniyle manevi zararı düzenlemiştir.

¹¹ KARAHASAN,M.R., age., s.47.

¹² EREN,F., age., s.473.

BK md.45 (TBK md.53) ölüm halinde ölenin ölünceye kadarki maddi kayıpları ile ölüm sonucu onun yardımından yoksun kalanların zararlarını hükme bağlamıştır. Buna göre ölenin ölünceye kadarki tedavi giderleri, çalışma gücü kayıpları ile ölüm sonucu destekten yoksun kalanların zararları şahıs varlığına yönelik haksız eylem sonucu meydana gelen maddi zararlardır.

Haksız eylem sonucu ölüm meydana gelmemiş, kişinin bedensel bütünlüğü ihlal edilmişse (yaralanma, sağlığın bozulması, sakat kalma vs gibi) şahıs varlığı zararı söz konusudur.

BK md.46'da (TBK md.54) bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi halinde, kişinin uğradığı zararları hükme bağlamıştır. Bu anlamda olmak üzere buraya kişinin tedavi giderleri, çalışma gücü kayıpları ile ekonomik geleceğin sarsılması kayıpları girmektedir. Bunlar kişinin haksız eylem sonucu şahıs varlığında meydana gelen maddi kayıplarını oluştururlar.

Mal varlığı zararı ile şahıs varlığı zararlarını, maddi ve manevi zararlar karıştırmamak gerekir. Malvarlığı ve şahıs varlığı zararı haksız eylemin yöneldiği varlığın türü bakımından yapılan bir ayırım olduğu halde, maddi ve manevi zarar ayırımı ise, haksız eylemin sonucu ilgili bir ayırımdır.

Bir kimsenin uğradığı haksız eylem sonucu mal veya şahıs varlığı zararı, kişiyi manevi olduğu kadar maddi zarara da uğratabilir. Örneğin, bir gazete haberiyle bir kişinin gerçek dışı bir açıklama ile suç örgütünün mensubu, hırsızlık olayının faili, yağmalama suçunu işleyen kişi olarak tanıtılması halinde kişinin şahıs varlığı ihlal edilmiştir. Ancak haksız eylemin sonucu bu olayda kişi maddi veya manevi zarara uğrayabilir. Bu olayda kişinin şeref ve haysiyet değerleri ihlal edildiği için manevi zarar, ayrıca bu gerçek dışı haber nedeniyle bir işini kaybetmesi halinde ise maddi zararı söz konusu olabilecektir.

Aynı şekilde, haksız eylem malvarlığına yönelik olmasına bunun sonucu olarak maddi veya manevi zarar doğabilir. Örneğin, bir köpeğe araba çarpması neticesinde, köpek sahibi, köpeğini kaybetmesi ya da köpeğinin tedavi ettirmesi sonucu uğradığı zarar maddi, buna karşılık gözleri önünde köpeğinin ezilmesi, sakat kalması ya da ölümü nedeniyle uğradığı zarar manevi zarardır.

1.3.2. Maddi Zarar – Manevi Zarar

Maddi zarar, kişinin uğradığı haksız fiil neticesinde mal varlığında meydana gelen eksilmeler ve kayıplardır. Bir başka ifadeyle maddi zarar kişinin mal varlığında (patrimuanda) meydana gelen bir azalmayı ifade eder.¹³ Alman Hukukunda maddi zarar ”materiallen Schaden” manevi zarar ise “immateriellen Schaden” olarak adlandırılmaktadır.

Haksız eylemin maddi zarara yol açtığından söz edebilmesi için mal varlığında para ile ölçülebilen kıymetlerde eksilme veya kayıplara neden olması gerekir.¹⁴ Burada haksız eylem sonucu kişi malvarlıksal açıdan bir zarara uğramaktadır. Bu yönüyle maddi zararın manevi zarardan farklı olarak kanıtlanması kolaydır. Zira maddi zarar kişinin “dış dünyası” ile ilgili olup, bu alanda uğradığı kayıpları ve eksilmelerin her türlü delille kanıtlanması mümkündür.

Bir trafik kazası sonucunda, bir ay boyunca hastanede kalan, tedavi gören, ameliyatlara geçiren kişi, sorumlu kişi veya kişilerden BK md.46 (TBK md.54) uyarınca; bütün tedavi giderlerini, yapılan masrafları talep edebilir. Bu zararları tazmin edebilecek kişi, kural olarak yalnızca haksız eylemin doğrudan mağduru kişidir. Tedavi giderlerinin maddi zarar sayılabilmesi için, giderlerin fiilen yapılmış olması zorunlu olmayıp, tedavinin bir süre daha devam edecek olması, mağdurun belirli dönemlerde sağlık kontrolüne gidecek olması, gerçekleştirilmesi için ileri bir tarihe atılmış bir ameliyat için yapılacak masraflar gibi hüküm tarihinden sonra yapılacak giderler de maddi zarar kapsamında talep edilebilir.¹⁵ Bunun dışında, mağdur kişi, hastanede bulunduğu süre boyunca çalışmamasından doğan kazanç kaybı zararını yine failden maddi zarar nedeniyle talep edebilir. Kişinin uğradığı zarar, çalışma gücünü etkileyecek derecede ağır ise, yani mağdurun piyanist olması ve parmaklarını kaybetmesi halinde çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinin yanı sıra ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpları da maddi zarar olarak talep edilebilir.

¹³ GÜLEÇ, Selma (2008), Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, Ankara, B.5, s.148.

¹⁴ BÜYÜKSAĞIŞ, Erdem (2007), Maddi Zarar Kavramı, İstanbul, s.49.

¹⁵ BÜYÜKSAĞIŞ, E., age., s.44.

Ekonomik geleceğin sarsılması, kişinin artık hiçbir zaman çalışamayacak olmasından, iş gücünün azalmasından doğabileceği gibi, kişinin gelecek hayatındaki muhtemel fırsatlardan mahrum kalması şeklinde de söz konusu olabilir. Örneğin, yüzünde bir yara izi kalan kişinin manken olması durumunda, iş alanı azalmış, dolayısıyla ekonomik geleceği sarsılmış olabileceği gibi; evlenme olasılığının da azalması nedeniyle maddi zarara uğramış sayılır ve bu zararın tazmini gerekir.¹⁶

Kişi, işten yoksun kalma, yani kazanç kaybı zararını talep ederken; hangi organını iş yaparken daha çok kullandığına dikkat edilir. Zarar gören organ ile yapılan iş arasındaki ilişki, iş görememezlik süresinin belirlenmesinde önemli bir ölçüdür. Daha çok beyin gücünü kullanan kişi ile beden gücüyle kazanç elde eden arasında işe dönme yönünden kesin bir fark olacaktır. Yine masa başında çalışanın elinden, kolundan veya gözünden yaralanması ile bacağından yaralanmasının yeniden işe başlama süresinde değişime sebep olacaktır.¹⁷ Şöyle ki; masa başında çalışan kişinin bacağından yaralanması halinde, mesleğini bacağına kullanmak suretiyle yapmadığı için, işe dönme süresi kısılırken, bu kişinin kolundan yaralanması durumunda, işinin kolunu kullanmak suretiyle yapması nedeniyle, kolunun tam olarak iyileşmeden çalışması mümkün olmayacağından, işe dönme süresi uzar.

Çalışma gücünü kaybettiği için hayatının kalan kısmını bir başkasının sürekli bakımına muhtaç olarak geçirmek durumunda kalan kişinin bakım zararına uğradığı kabul edilir. 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 20. maddesinin 2. fıkrası, mağdurun yıllık kazancının %70'ine eşit bir gelir bağlanacağını, 4. fıkrasında haksız eylem sonucunda çalışma gücünü tamamen kaybedip başka birinin bakımına sürekli muhtaç hale gelen mağdurun gelirinin %50'si oranında fazladan zarara uğramış sayılacağı öngörülmektedir.¹⁸ Sosyal Sigorta Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nün 11. maddesinde, mağdurun başkalarının sürekli bakımına muhtaç sayılacağı haller sayılmıştır. İki elin kaybı, iki bacağın kaybı, tedavisi

¹⁶ KARAHASAN,M.R., age., s.76.

¹⁷ ÇELİK,Ahmet Çelik (2004), Geçici İş Görememezlik Zararları ve Tedavi Giderleri, İstanbul, s.38.

¹⁸ BÜYÜKSAĞIŞ, E.,age., s.59.

olanaksız akıl hastalıkları gibi hastalıklar neticesinde, mağdurun sürekli bakıma muhtaç olacağı düzenlenmiştir.¹⁹ Herhangi bir sosyal güvenlik kurumunda kaydı bulunmayan mağdurun bakım zararı, asgari ücret üzerinden belirlenir. Bu zararlar da maddi zararlar olup, tazmini mağdur tarafından talep edilebilir.

Mağdurun, failden talep edebileceği zararlar bunlar olmakla birlikte; mağdurun ölümü durumunda talep edilebilecek maddi zararlar daha farklıdır. Şöyle ki; ölenin ailesi, ölenin çalışarak kendi ailesinin geçimine destek olduğunu kanıtlaması durumunda, aile BK md. 45 (TBK md. 53) uyarınca; destekten yoksun kalma tazminatı adı altında maddi zararının tazminin talep edebileceği gibi; ölüm halinde cenaze giderlerini, ölüm hemen gerçekleşmemişse ölenin ölüncüye kadarki tedavi giderleri ve çalışamaması (çalışma gücünün azalması ya da yitilmesi) nedeniyle doğan kayıpları da talep edebilir.

Ölenin ailesinin destekten yoksun kalma tazminatında bulunabilmesi için, kişinin ölümü beklenmelidir. Ölüm gerçekleşmeden destekten yoksun kalma tazminatı talep edilemez.²⁰ Ölenin ailesinin (TBK'na göre yakınlarının) destekten yoksun kalma tazminatı talep etmesi durumunda, ölenin aileye bakım oranı ve miktarı konusu önemlidir.²¹ Ölen kişinin iyi bir tahsili olmaması, dolayısıyla iş bulamaması, ve çalışamaması durumunda, ölenin ailesinin talep edeceği destekten yoksun kalma tazminatı ile, ölenin yüksek tahsilli olması ve çok iyi bir işte çalışıp çok iyi gelir elde etmesi durumunda ailenin talep edeceği tazminat miktarı arasında şüphesiz ki fark olacaktır.

Kişinin basın yoluyla hakarete uğraması durumunda da maddi zarar söz konusu olabilir. Bu zararın kaynağını, kişinin manevi değerlerine saldırı neticesinde, kişinin iş yaptığı çevrede artık itibar görmeyerek, iş yoğunluğunun azalması nedeniyle uğradığı maddi zararlar oluşturur.²² Bu örnekten de anlaşılacağı üzere; maddi zararda eksilme ve kayıplar somuttur; zarar gözle görülebilir, elle tutulabilir, para ile ölçülebilir niteliktedir. Maddi zarar, fiili zarar

¹⁹ Detaylı bilgi için bkz: **BÜYÜKSAĞIŞ, E.**, age., s.60-61

²⁰ **KILIÇOĞLU, Mustafa** (2008), Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemi, Ankara, B.2.,s.162.

²¹ Detaylı bilgi için bkz: **KILIÇOĞLU, Mustafa**, age., s.166.

²² Detaylı bilgi için bkz: **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**(2008), Şeref,Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara, B.3, s.358.

ve kar kaybı şeklinde gerçekleşebilir. Önemi nedeniyle bunları aşağıda ayrı bir başlık altında ele almakta fayda vardır.

Manevi zarar, kişinin haksız eylem sonucu manevi cephesinde uğradığı eksilme ve kayıpları ifade eder. Burada haksız eylem, sonuçlarını kişinin bu cephesinde doğurmaktadır. Yukarıda açıklandığı gibi manevi zararı kişinin malvarlığı veya şahıs varlığı zararı ile karıştırmamak gerekir. Özellikle manevi zararın şahıs varlığı zararı ile karıştırıldığı görülmektedir. Dana önce belirtildiği gibi, malvarlığı ve şahıs varlığı zararı ayrımı, haksız eylemin yöneldiği ve etkilediği varlık ile ilgili bir ayrım olduğu halde, maddi ve manevi zarar ayrımı ise bu eylemin doğurduğu sonuçları ile ilgilidir. Haksız eylem ister malvarlığına isterse şahıs varlığına yönelsin, bunun sonucunda kişinin manevi cephesinde bir eksilme veya kayıp meydana getirmişse manevi zarardan söz edilir. Bu nedenle manevi zarar haksız eylemin sadece şahıs varlığına yönelmesi halinde değil, mal varlığına yönelmesi halinde de gündeme gelebilir. Önemli olan haksız eylemin hangi varlığa yöneldiği değil, hangi sonucu doğurduğudur. Örneğin, haksız eylem sonucu kişinin anı değeri yüksek olan bir malvarlığı (örneğin nişan, düğün fotoğrafları ya da ses ve görüntü kayıtları) yok edildiğinde, bunların maddi değeri nedeniyle doğan zarar maddi zarar iken, bunların yok edilmesi nedeniyle kişinin duyduğu acı ve üzüntü ise manevi zarardır.

Manevi zararın söz konusu olduğu hallerde kişi haksız eylem sonunda maddi değil manevi cephesinde kayba uğramıştır. Bu kayıp kişinin haksız eylem sonunda duyduğu acı ve ızdıraba dayanmakta, kişinin haksız eylem sonucu yaşama sevinci azalmaktadır.²³

Kişinin haksız eylem sonucunda duyduğu sıkıntı, çektiği acı gibi his cephesindeki kayıplar ve sarsıntılar, manevi zarara neden olmaktadır. Kişinin uğradığı bu eksilme ve kayıpların tazminat yoluyla telafi edilmesi ve zarar görenin mal varlığının çoğaltılması suretiyle acı ve ızdırabının giderilmesi öngörülmüştür.²⁴

²³ **AYAN, Mehmet** (2007), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Konya, B.5, s.205.

²⁴ **KARAHASAN, M.R.**, age., s.62.

Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi maddi zarar kişinin malvarlığında meydana gelen eksilme ve kayıplardır. Manevi zarar ise kişinin manevi cephesindeki kayıplar ve eksilmelerdir. Bu yönüyle maddi zarar kişinin dış dünyası ile ilgili olduğu halde, manevi zarar kişinin iç dünyası ile ilgilidir. Kişinin iç dünyasındaki bu tür kayıpların, maddi zarardan farklı olarak para ile ölçülmesi mümkün değildir. Bu yönüyle manevi zararın, maddi zarara nazaran “objektif ölçülere dayalı” olarak kanıtlanması ve hesaplanması güçlükler gösterir. Manevi zararın belirlenmesinde keyfiliğin önlenmesi için objektifleştirilmesi yönünde ölçüler getirilmeye çalışılmaktadır.

Türk-İsviçre Hukuk sistemlerinde manevi zarar ve tazmini ile ilgili olarak “kişilik haklarının ihlal edilmesi konusunda” TMK md.23-25 (İMK md.27-28) hükümleri ile genel olarak manevi tazminat konusunda ölüm ve bedensel bütünlüğün ihlali (cismani zarar) halinde BK md.47 (TBK md.56) ile maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların ihlali nedeniyle BK md.49 (TBK md.58) hükümleri yer almaktadır.

BK md.47, manevi zarar uğrayan kimseye veya ölüm halinde ölenin ailesine verilir şeklinde hüküm oluşturulmuşken; TBK md.56 uyarınca, “ Hakim bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerine göre, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Ağır bedensel zarar veya ölüm halinde zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.” şeklinde bir düzenleme yapılmıştır. BK md.47’de ölüm halinde “ölenin ailesine” manevi tazminat davası açma olanağı tanırken, TBK md. 56’da “ölenin ailesi” kavramı yerine öğreti ve yargı kararlarındaki görüşler yönünde “ölenin yakınları” kavramı kullanılmıştır.

BK’nun 47.maddesinde “bedensel zararlar” (cismani zararlar) halinde (yani ölümle sonuçlanmayan bedensel bütünlüğün ihlali hallerinde) doğan zararlar için sadece zarar gören kişiye manevi tazminat talep etme hakkı tanınmıştır. TBK’nun bu maddeyi karşılayan 56. maddesinde “ağır bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının da” manevi tazminat talebinde bulunabileceğini kabul etmiştir. Ancak dikkat edilmesi gereken husus, yeni 56. maddenin “her bedensel zarar nedeniyle bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarına manevi tazminat talep etme hakkını

tanımamış olması,bunun için bedensel zararın ağır olması koşuluna” yer verilmiş olmasındır. Örneğin, B tarafından A’ya bir tokat atılması halinde bir bedensel zarar vardır fakat ağır değildir. Bu nedenle A’nın ailesinin manevi tazminat talebinde bulunması söz konusu olamaz. Buna karşılık aynı olayda B, A’ya bıçakla saldırmış, müteaddit bıçak darbelerinde bulunmuş ise “bedensel zarar ağır”dır.

BK’nun sisteminde ölüm halinde iki tür manevi zarar ortaya çıkabilir. Birincisi ölen kişinin ölünceye kadarki manevi zararlarıdır. Kişinin ölümü halinde bu zararları talep etme hakkı mirasçılara intikal eder. Ancak ölenin mirasçılarının bu manevi zararın tazmin edilmesini talep edebilmeleri için TMK md.25 f.IV gereğince kişinin ölmeden önce dava açmış veya dava açma iradesini izhar etmiş olmalıdır. TMK md.25 f.IV şu şekildedir: “Manevi tazminat istemi karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez, miras bırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara geçmez.” Ölen kişi sağlığında manevi tazminat davası açmış ise mirasçılar açılmış davaya devam edebilir, daha önce dava açmamış fakat bu konuda iradesini açıklamış ise mirasçılar bizzat dava açabilirler.²⁵

1.3.3. Fiili Kazanç – Kazanç Kaybı (Yoksun Kalınan Kar) Zararı

Fiili zarar ile kazanç kaybı, maddi zarar kalemleridir. Fiili zarar (damnum emergens) malvarlığında fiilen meydana gelen azalmayı kapsadığı halde, kazanç kaybı malvarlığında meydana gelmesi muhtemel artma imkanının kaybını ifade eder.²⁶

Fiili zararda, zarar görenin malvarlığının aktifin azalması ya da pasifinin artması söz konusu olabilir. Örneğin: Bir trafik kazası sonucu hasar gören yolcu otobüsünün tamiri için yapılan harcamalar fiili zarardır; bunun yanında bu aracın tamir edildiği süre içinde yolcu taşımacılığı yapamaması nedeniyle sahibinin uğradığı kayıplar ise kazanç kaybıdır.

Bazı yazarlara göre olumlu zarara, müspet zarar (positiver Schaden) adı da verilmektedir. Ancak, Eren’e göre, müspet zarar kavramı genellikle sözleşme

²⁵ H.G.K. 3.4.1963 gün ve 4-80 Esas, 42 Karar sayılı kararı ; Yarg. 4.H.D. 17.9.1962 gün ve 5218/8846 sayılı kararı ; Yarg. 4. H.D. 7.11.1968 gün ve 3112-8654 sayılı kararı

²⁶ OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut(2010), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, B.8, s.515.

sorumluluğunda kullanıldığı için, sözleşme dışı sorumlulukta karışıklığa sebep olma ihtimali nedeniyle, kavramın burada kullanılması doğru değildir.²⁷ Keza, Oğuzman-Öz, fiili zararın hem müspet zarar hem de menfi zarar tarzında ortaya çıkabileceğini savunmaktadır.²⁸

Kazanç kaybı zararında olayların normal akışına, genel hayat tecrübelerine göre, malvarlığında meydana gelebilecek artışların, zarar verici fiil nedeniyle kısmen veya tamamen önlenmesi²⁹, malvarlığının aktifinde çoğalma veya pasifinde azalma imkanının kaybedilmiş olması söz konusudur.³⁰

Maddi zarar haksız eylem neticesinde, kişinin mal varlığının mevcut durumuyla, haksız eylem sonrasındaki durumu arasında farktır.³¹ Ortaya çıkan bu fark, fiili zarar denilen, ve bir malın çalınmasında, tedavi giderlerinin ödenmesinde olduğu gibi, malvarlığında fiili bir eksilme ortaya çıkaran zarar şeklinde doğabileceği gibi; kardan mahrumiyet denilen, trafik kazası sonucu bir ticari aracın tamire alınmasında, bu suretle piyasada çalıştırılmamasında veya bir kimsenin yaralanıp bir süre çalışamamasında olduğu biri malvarlığında meydana gelecek bir çoğalmanın engellenmesi şeklinde bir zararı da doğurabilir.³²

Yansıma yoluyla zarardan bahsedebilmek için de, her şeyden önce, ortada bir zararın olması gerekmektedir. Zira zarar, haksız fiilin asıl unsurudur. Fili zarar ve kazanç kaybı zararı ayrımı sadece haksız fiillerde değil, sözleşmeye aykırılık hallerinde de gündeme gelebilir. Örneğin, alıcının satın aldığı mal teslim edilse idi, bunu başkasına 100.000,00TL kar ile satabilecek ise, satıcının satım sözleşmesinden doğan teslim borcunu ifa etmemesi yüzünden alıcının üçüncü

²⁷ EREN,F., age., s.478.

²⁸ OĞUZMAN,K., ÖZ,T., age.(B.7), s.343.

²⁹ EREN,F., age., s.478.

³⁰ OĞUZMAN,K., ÖZ,T., age., s.515.

³¹ REİSOĞLU,S., age., s.168.

³² REİSOĞLU, S., age., s.165.

kişiyeye satma imkanını kaybetmesi neticesinde, kar edemediği 100.000,00TL, kazanç kaybı ya da yoksun kaldığı kardır.³³

Kazanç kaybı zararı, şahıs varlığına yönelik haksız eylemlerde de gündeme gelebilir. Örneğin; bir kimsenin bedensel bütünlüğüne yönelik haksız eylem sonunda ölüm derhal gerçekleşmemişse, yaralama ile ölüm arasındaki zaman zarfında, yaralanana yapılan bakım ve tedavi giderleri, fiili zararı; aynı kişinin bu süre zarfında çalışamamasından doğan kayıpları ise, kazanç kaybı zararını (BK md.45) (TBK md.54) oluşturur.³⁴

Kazanç kaybı zararının, hukuk ve ahlaka uygun bir kazançtan mahrumiyet şeklinde gerçekleşmesi gerekmektedir.³⁵ Hukuk düzenine aykırı olarak elde edilen kazanç kayıplarında, zarar tazmini söz konusu olmaz. Örneğin, trafik kazası sonucunda arabası çalışmayan kişi, aracının bozulması nedeniyle, başka bir şehre satmak üzere götürdüğü uyuşturucu maddeyi götürememesi, veya satın aldığı silahın tutukluk yapması neticesinde karlı bir soygunu gerçekleştirememesi³⁶ nedeniyle zararının tazminini isteyemez.

Kazanç kaybı zararında; kişinin malvarlığında meydana gelmesi muhtemel çoğalma önlenmektedir.³⁷ Bu açıklamalarımıza göre fiili zarar, zarar görenin haksız eylem sonucu fiilen uğradığı kayıplardır. Bu zararın belirlenmesinde bir ihtimal hesabı yapılmamaktadır. Buna karşılık kazanç kaybı zararlarında zarar görenin haksız eylem sonucu fiilen uğradığı bir kayıp söz konusu olmayıp, bu haksız eylem olmasaydı, zarar görenin malvarlığında artması muhtemel bir kayıp söz konusudur. Bu nedenle kazanç kaybı zararı, fiili zarardan farklı olarak bir ihtimal hesabına dayanır. Zarar görenin malvarlığında muhtemel bir artışın önlenmesi söz konusu olduğunda ve bunun kanıtlanması ile bu zararın tazmin edilmesi gündeme gelebilecektir.

³³ OĞUZMAN, K., ÖZ, T., age.(B.7), s.343.

³⁴ EREN, F., age., s.479.

³⁵ EREN, F., age., s.479., ayrıca bkz. GÖKCAN, H.T., age., s.44.

³⁶ OĞUZMAN, K., ÖZ, T., age.(B.7), s.344.

³⁷ REİSOĞLU, S., age., s.165.

1.3.4. Normatif Zarar

Normatif zarar, Alman Federal Mahkemesi tarafından benimsenmiş ve tazmin edilebilirliği karar vermede gerekçe olarak kullanılmış bir zarar türü olup, İsviçre ve Türk Hukuku'nda henüz tazminat hesabında uygulanmamaktadır.³⁸ Normatif zararı savunanlar “manevi yönü ağır basmakla beraber, parayla da ifade edilebilen “ticarileşmiş” bazı değerlerin malvarlığına dahil edilmesi ve bunların azalmaları ya da yitirilmeleri halinde, maddi bir zararın varlığının kabul edilmesi gerektiği” düşüncesindedirler. Bu anlamda olmak üzere bu zarara “nesnenin maddi varlığından bağımsız olarak sürüm değerinin azalması”; “nesnenin kullanım olanağından yoksun kalma”; “tatil süresinden ve boş zamandan yoksun kalma” gibi zararların girdiği kabul edilmektedir.³⁹

Normatif zarar kavramını savunanlar, günümüzde geçerli olan zarar anlayışını, tabii zarar anlayışı olarak değerlendirmekte ve bu zarar anlayışının hukuksal değerlendirmeler yoluyla düzeltilmesi gerektiğini ifade etmektedirler. Bu düzeltme ile birlikte, içinde hem maddi hem de manevi zarara ilişkin unsurlar taşıyan, ancak malvarlığında bir eksilmeye yol açmayan kayıplar tazmin edilebilecektir.⁴⁰

Hem maddi hem de manevi zarara ilişkin unsurlar taşıyan ancak malvarlığında bir eksilmeye yol açmayan türdeki zarar normatif zarar⁴¹ olup; alınan koltuğun ayıplı olması nedeniyle kullanıcının (alıcının) kusuru olmadan kendiliğinden kırılması durumunda, eşyanın(koltuğun) kullanma olanağından yoksun kalınması, iş gücünün zarar görmesi nedeniyle çalışma olanağından yoksun kalınması, zarar verici olaydan önce yapılan harcamalar gibi meydana gelen zararlar da normatif zarara örnek olarak gösterilebilir.

³⁸ OĞUZMAN, K., ÖZ, T., age., s.516.

³⁹ TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, age., s.548.

⁴⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet M.(2010), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, B.14, s.290.

⁴¹ Detaylı bilgi için bkz. KARAKAŞ, F.TÜLAY (2004), “Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara

1.3.5. Doğrudan Doğruya Zarar – Dolaylı Zarar

Zararın bu ayrımı tez konusuyla yakından ilgilidir. Yansıma yoluyla zarar ile doğrudan doğruya-dolaylı zarar ayrımı çoğu kez birbirine karıştırılmaktadır. Bu nedenle bu konu üzerinde hassasiyetle durmak gerekir.

Doğrudan doğruya zarar ve dolaylı zarar ayrımı, illiyet bağıyla⁴² yakından ilgili bir kavramlardır. Doğrudan doğruya zarar, haksız eylemin yöneldiği kişinin bu eylem nedeniyle doğrudan doğruya uğradığı zararları kapsar. Bunlar haksız eylemin doğrudan doğurduğu sonuçlardır. Örneğin; haksız eylem sonucu kişinin tedavi giderleri, sakat kalması sonucu çalışma gücü kaybı zararları doğrudan doğruya zararlarıdır.

Hukuka aykırı eylemler sonunda doğrudan doğruya zararların tazmin edileceği tartışmasız kabul edilmektedir. Dolaylı zararların ise kural olarak sorumluluk kapsamı dışında olduğu kabul edilmekteydi. Ancak sonraki yorumlarla bu tür zararların da istisna hallerde uygun illiyet bağı içinde bulunması koşuluyla tazmin edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.⁴³

Dolaylı zarar ise, haksız eylemin doğrudan sonucu olmayan, dolaylı olarak bu eylem nedeniyle ortaya çıkan zararlarıdır. Yukarıdaki örneğimizde haksız eylem sonucu yaralanan kişinin, bu eylem sonucu aynı gün imza etmek zorunda olduğu, haksız eylem tarihinde sözleşmeyi imza etmediği takdirde diğer bir kişinin bu sözleşmeyi imza edeceği söz konusu ise, kaçırılan bu sözleşme nedeniyle uğranılan zararlar dolaylı zarardır. Aynı şekilde, satılan bir malın ayıplı çıkması sonucu bedel nedeniyle uğranılan zarar doğrudan doğruya zarardır; alıcının satın aldığı ayıplı malı sattığı üçüncü kişilere bu nedenle tazminat ya da cezai şart ödemek zorunda kalması nedeniyle uğradığı zarar ise dolaylı zarardır. Öğretide bazı yazarlar, dolaylı zararın; hukuka aykırı fiilden doğrudan zarar gören kişi dışındaki kimselerin, bir başka ifadeyle üçüncü kişilerin uğradıkları zarar olduğunu⁴⁴ belirtse de; dolaylı zarar ile dolaylı zarar gören kavramı arasında

⁴² “İlliyet bağı, mağdurun zararının ,zarar doğurucu eylemi yapan failin eyleminin sonucu olarak meydana gelmiş olmasını ifade eder.” **GÖKCAN, Hasan Tahsin**, age., s.45.

⁴³ **TANDOĞAN, Haluk** (1963), Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara, s.9,10.

⁴⁴ **GÖKYAYLA, Emre** (2004), Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara, s.59.

fark olması nedeniyle, bu görüŖe katılmak mümkün değildir. Zira, dolaylı zarar, haksız fiilin doğrudan yöneldiği kişinin uğradığı zarar; dolaylı zarar gören, haksız fiilin yöneldiği kişi dışında kalan üçüncü kişiler, yani yansıma yoluyla zarara uğrayanlardır. Dolaylı zararın mağduru, dolaylı zarar gören demek değildir.

İllyet bağı açısından doğrudan zarar ile dolaylı zarara tek bir örnek verecek olursak; Z'nin, A'nın köpeğine çarpması neticesinde, köpeğin ameliyat olması durumunda, tedavi giderlerinin tazmini, doğrudan doğruya zarara bağlanırken; köpeğin ameliyat olduğu gün düzenlenen köpek yarışmasına -favori gösterilmesine rağmen- katılamaması neticesinde doğan zarar da dolaylı zarardır. Zira, gerek köpeğin yarışmaya katılamaması, gerekse köpeğin ameliyat olması ile Z'nin köpeğe çarpması arasında illiyet bağı vardır.

Hukukumuzda doğrudan doğruya ve dolaylı zarar ayırımına bazı yasa hükümlerinde açıkça yer verilmiŖtir. Bu anlamda olmak üzere satım sözleşmesinde malın ayıplı olması halinde BK md. 205 f.II (TBK md.299) gereğince alıcı sözleşmeyi fesih hakkına sahiptir. Alıcı sözleşmeyi feshettiğinde ödediği bedel ve yargılama giderleri dışında, doğrudan doğruya uğradığı zararların da tazmin edilmesini talep edebilir. Yasa bu hükmüyle alıcının ayıplı mal satın alması nedeniyle kural olarak sadece doğrudan doğruya zararlarının tazmin edilebileceğini hükme bağlamıŖtır. Satıcının bu zararlardan sorumlu tutulabilmesi kusurlu olup olmamasına bağlanmamıŖtır. Ancak aynı maddenin II. fıkrasında satıcının kusurlu olması halinde alıcının diğer zararlarını da yani dolaylı zararlarını da gidermekle yükümlü olduğunu hükme bağlamıŖtır.

Yasalardaki bu özel düzenlemeler dışında haksız eylemden dolayı sorumlu tutulan kişi veya kişilerin doğrudan doğruya doğan zarardan sorumlu tutulacaklarında kuŖku yoktur. Ancak aynı kişilerin dolaylı zarardan sorumlu tutulup tutulmayacakları illiyet bağı ile de yakından ilgili bir konudur.

Haksız eylemle uygun sebep sonuç bağı içinde olması kaydıyla, sorumlu kişilerin dolaylı zararı da gidermekle yükümlü olduğu kabul edilmektedir. Buna göre yaşam deneyimlerimize göre, sorumlular haksız eylemin uygun sonucu olduğu kabul edilebilen dolaylı zararlardan da sorumlu tutulabilirler. Bu nedenle

zarar verici olayın uygun sonucu olan her zarar doğrudan doğruya zarar, diğerleri ise dolaylı zarar olarak nitelendirilebilir.⁴⁵

Doğrudan doğruya zarar, haksız fiil neticesinde, doğrudan zarara uğrayan kişilerin uğradığı zararken; dolaylı zarar, kişinin haksız fiil neticesinde dolaylı olarak zarara uğramasıdır. Haksız fiil nedeniyle doğan zarar doğrudan doğruya bir kişi etkiliyorsa, doğrudan zarar, dolaylı olarak etkiliyorsa, dolaylı zarar söz konusudur. Başka bir deyişle; doğrudan doğruya zarar haksız fiilin ilk ve en yakın neticesi olan zarar, dolaylı zarar ise haksız fiilin ilk neticesi olarak meydana gelen zarara bağlı bulunan ve ilk zarar nedeniyle ortaya çıkan zarardır.⁴⁶ Ancak ister doğrudan ister dolaylı zarar olsun, her iki halde de haksız eylemin yöneldiği kişinin direk olarak bu eylemden etkilenmesi sonucu uğradığı zararlardır.

Doğrudan doğruya zararda, zararın tazminini isteme hakkı, zarar görene tanınmış bir haktır. Üçüncü kişilerin, örneğin zarar görenin ailesinin, bu zararların tazminini kural olarak talep etme hakkı yoktur.⁴⁷ Zira üçüncü kişiler haksız eylemin yöneldiği kişiler olmayıp, bu eylemden doğrudan (direkt) olarak değil, dolaylı olarak (indirekt) etkilenen kişilerdir.

Bu konuyla ilgili son olarak “doğrudan doğruya - dolaylı zarar” (unmittelbare Schaden-mittelbare Schaden) kavramı ile “doğrudan zarar gören-dolaylı zarar gören” (unmittelbare Geschaedigte-mittelbare Gescheadigte) kavramını birbirinden ayırt etmek gerektiğine işaret etmek gerekir.⁴⁸ Oğuzman-Öz, doğrudan doğruya dolaylı zarar ayrımını daha anlaşılır ifadelerle şu şekilde açıklamaktadırlar:

“Doğrudan zarar, bir hukuka aykırı fiile maruz kalan kimsenin bu fiil yüzünden kendisinin araya ilave bir sebep girmeden uğradığı zarardır. Dolaylı zarar, hukuka aykırı fiilin mağdura verdiği doğrudan zarara bağlı olarak ilave bir sebeple mağdurun uğradığı zarardır. A'nın B'nin kamyonunu yakması halinde,

⁴⁵ EREN,F., age., s.480.

⁴⁶ TANDOĞAN, Haluk.(2010), Türk Mesuliyet Hukuku, İstanbul, B.1.Basıdan Tıpkı Bası, s.70.

⁴⁷ EREN,F., age., s.481.

⁴⁸ TANDOĞAN, H., Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini , s.9.

kamyonun değerinin B'nin malvarlığından çıkması B'nin uğradığı doğrudan zarardır. Bu kamyonun taşıyacağı yükleri taşıyamaması yüzünden B'nin yk sahibine ödemek zorunda kalacağı tazminat, dolaylı zarardır.”⁴⁹

Doğrudan doğruya(unmittelbare Schaden) - dolaylı zarar (mittelbare Schaden) kavramları, haksız eylemin yöneldiği kişinin uğradığı zarar türüyle ilgili bir ayrımdır. Doğrudan zarar gören-dolaylı zarar gören kavramı ise haksız eylem nedeniyle zarara uğrayan kişi bakımından yapılan bir ayrımdır. Haksız eylem sonucu doğrudan zarar gören kişiler (direkt zarar görenler) haksız eylemin hedefi olan, bu eylemin yöneldiği kişilerdir. Bunlar doğrudan mağdurlardır. Buna karşılık dolaylı zarar gören (indirekt zarar görenler) kişiler haksız eylem nedeniyle dolaylı olarak zarara uğrayanlardır. Bunlar dolaylı mağdurlardır. Yansıma yoluyla zarar görenler dolaylı zarar görenler kapsamında yer alırlar. O halde yansıma yoluyla zarar görenler haksız eylemden dolaylı zarar gören kişilerdir. 6762 sayılı TTK'nun 309. maddesinin 1. fıkrasında (6102 sayılı TTK md.553) “dolayısıyla zarar gören pay sahipleri” ifadesi kullanılmıştır. Bu ifade yerindedir ve yansıma yoluyla zararı ifade etmektedir.

1.3.6. Yansıma Yoluyla Zarar

Çalışmanın başlığını oluşturan bu zarar türünü detaylı olarak aşağıda ele alacağız.

⁴⁹ OğUZMAN, K., Z, T., age., s.516,517.

İKİNCİ BÖLÜM

2. YANSIMA YOLUYLA ZARAR KAVRAMI

2.1. Kavram

Haksız eylem etkilerini her zaman sadece bunun yöneldiği kişilerde göstermez. Bu kişiler dışında kalanlar da eylemden etkilenebilir ve zarara uğrayabilirler. Örneğin, bir trafik kazası sonucu ağır yaralanan kişi iş ve gücünden olmuş, gelir kaybetmiş maddi zarara uğramış; kaza sırasında ve sonrasındaki tedavilerinde acı çekmiş, manevi zararı doğmuştur. Bunlar haksız eylemin yöneldiği bu kişinin uğradığı zararlardır. Bunun yanında bu kişinin yakınları (eşi, çocukları) da bu yüzden zararlara uğramış olabilirler. Ancak bunlar haksız eylemin yöneldiği kişiler olmayıp, bu eylemden yansima yoluyla etkilenen kişilerdir.

Aynı şekilde bir tiyatro oyuncusu bir trafik kazası sonucu yaralanmış; tiyatro işletmecisi bu yüzden oyunu iptal etmiş ve müşterilere bilet bedellerini iade etmiştir. Tiyatro binası içinde faaliyet gösteren restoran işletmecisi bu yüzden satış yapamamış ve gelir kaybına uğramıştır. Bu örnekte oyuncu haksız eylemin yöneldiği kişidir. Doğrudan ya da dolaylı zarar gören kişi olarak zararının giderilmesini talep edebilir. Tiyatro işletmecisi ile binasında restoran işleten kişi ise bu eylemin yöneldiği kişiler olmayıp, bu eylemden yansima yoluyla zarara uğrayan kişilerdir.¹ Yani bunlar haksız eylemden dolaylı olarak etkilenen kişilerdir.

Acaba haksız eylemden sorumlu tutulan kişiler sadece bunun yöneldiği kişilerin uğradığı zararlardan mı sorumlu tutulurlar? Yoksa bu kişiler dışında bu eylemin yansıdığı, eylemin dolaylı olarak etki alanında kalan kişilerin de dolaylı

¹ REY, Heinz (2003), Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 3. Aufl., s.80, nr. 355.

olarak uğradıkları zarardan sorumlu tutulurlar? Bu sorunun yanıtı “yansıma yoluyla zarar” kavramının doğumuna neden olmuştur.

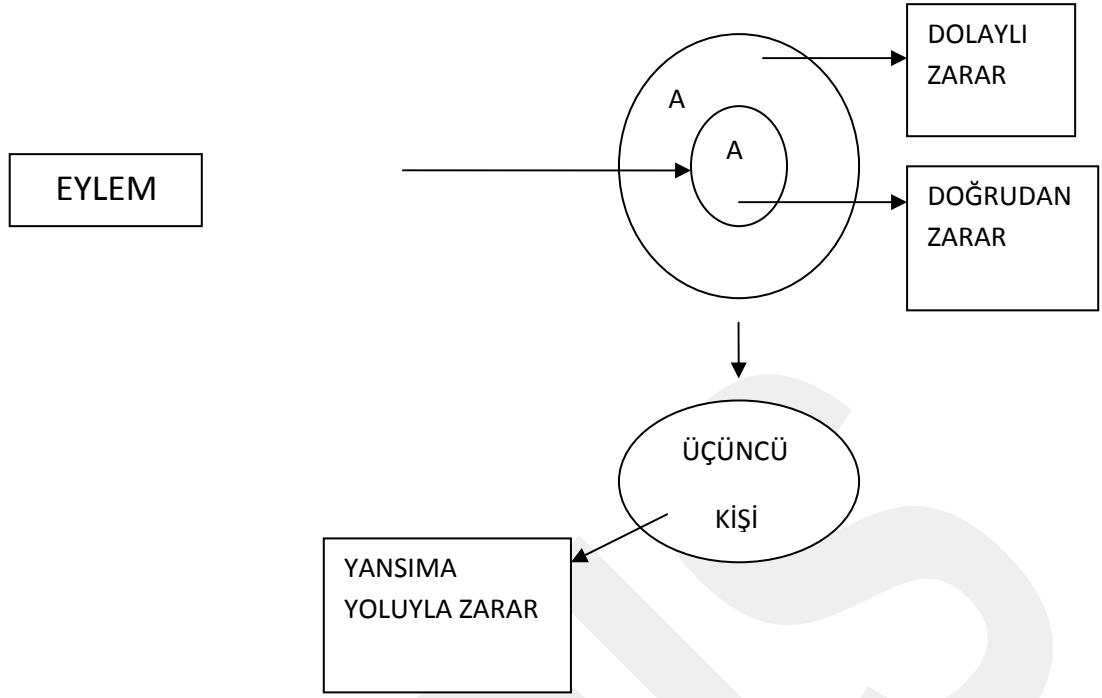
Yansıma yoluyla zarar kavramı iki sözcükten oluşmaktadır. Bunlar, yansıma ve zarar kavramlarıdır. Yansıma haksız eylemin bizzat yöneldiği kişi dışındaki kişilere taşmasını, başka kişileri de etkilemesini ifade eder. Bu kavram Alman Hukuku’ndaki “Reflexschaden”, İngiliz Hukuku’ndaki (Damage by Reflection) kavramını karşılamaktadır. Almanca kavramdaki “reflex” yansımayı, ”schaden” ise zararı ifade etmektedir. Buna göre yansıma sözcüğü, Almanca’daki “reflex” sözcüğünde olduğu gibi, haksız eylemin yöneldiği kişi dışındaki kişileri etkilemesi anlamında kullanılmaktadır. Zarar ise haksız eylemin, bizzat yöneldiği kişi dışındaki kişilerin kayıplarını ifade eder. Zarar kavramı ve türleri ile ilgili yaptığımız tüm açıklamalar buradaki zarar için de aynen geçerlidir.

Yansıma yoluyla zarar, haksız eylemin yöneldiği kişi ya da kişiler dışındaki üçüncü kişilerin uğradıkları zararlardır. Bu anlamda olmak üzere burada haksız eylemin doğrudan yöneldiği kişilere değil, dolaylı kişilere etkisi söz konusudur.

Bunun sonucu olarak yansıma yoluyla zarar, mal varlığı veya şahıs varlığında meydana gelebilir, maddi veya manevi zarar olarak ortaya çıkabilir; fiili veya kazanç kaybı ya da haksız eylemin dışında kalan ancak eylemin yansıdığı kişilerin doğrudan ya da dolaylı zararı şeklinde ortaya çıkabilir.

Yansıma yoluyla zarar gören kişiler, eylemin direk muhatabı olmadıkları halde, eylemden zarar gören kişilerdir.² Bunu bir tabloyla açıklayacak olursak;

² **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.286.



Yansımaya yoluyla zarar genellikle dolaylı zarar kavramı ile karıştırılmaktadır. Bu karışıklığı önlemek gerekir. Doğrudan dolaylı zarar haksız eylemin yöneldiği kişi çevresinde meydana gelen zararlar olduğu halde, yansımaya yoluyla zarar haksız eylemin yöneldiği kişi dışında kalanların uğradıkları zarardır.

Dolaylı zarar ile yansımaya yoluyla zarar kavramlarını birbirinden ayırt etmek için haksız eylemin yöneldiği kişilere “doğrudan mağdur”, bu eylemin yöneldiği kişi dışında kalanlara ise “dolaylı mağdur” ya da “dolayısıyla zarar gören denilmektedir.³ Doğrudan mağdur, haksız eylemin yöneldiği ve doğrudan ya da dolaylı zarar gören kişilerdir. Dolaylı mağdur ise haksız eylemin yönelmediği, hedef almadığı fakat bunun yansımaları sonucu zarar gören kişilerdir.

Yansımaya yoluyla zarar gören kişiyi “dolaylı zarar gören kişi” olarak da adlandırmak mümkündür. Ancak “dolaylı zarar gören kişi” kavramı ile “dolaylı zararı” birbiriye karıştırmamak gerekir. Doğrudan doğruya dolaylı zarar ayrımı, haksız eylemin yöneldiği kişinin uğradığı zarar kalemleri olduğu halde, “doğrudan zarar gören, dolaylı zarar gören kişi” kavramı ise haksız eylem hedef aldığı kişiyle ilgili bir ayrımdır. Bir başka ifadeyle doğrudan doğruya dolaylı zarar ayrımı eylemin yarattığı zarar bakımından, doğrudan doğruya zarar gören dolaylı zarar

³ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.287.

gören ayrımı ise eylemden zarar gören kişiler bakımından yapılan bir ayrımdır. Haksız eylemin yöneldiği yani hedef aldığı kişi doğrudan zarar gören kişi olduğu halde, bu eylemin hedef almadığı, yönelmediği, üçüncü kişi ise dolaylı zarar gören kişidir. İster sözleşmeye dayanan (akdi) sorumlulukta olsun ister haksız eylem (akit dışı) sorumlulukta olsun, eylemin etkilerinin yansması suretiyle başka şahısların hukuk çevrelerinde doğan zararda, dolaylı zarara uğrayan ya da yansıma yoluyla zarara uğrayan kişiler söz konusu olur.⁴

Gerek dolaylı zarar gerekse dolaylı zarar gören kişi, sorumlu kişinin eyleminin bütün sonuçlarından sorumlu tutulmasının çok ağır olacağı düşüncesi geliştirilmiş kavramlar olup, sorumluluğu sınırlandırmaya hizmet ederler. Haksız eylem failinin sadece doğrudan doğruya zararlardan sorumlu tutulacağı, dolayısıyla zarardan sorumlu olmaması gerektiği ileri sürülmüşse de, bu görüş artık terk edilmiş olup, her iki zarardan da sorumluluğun olacağı kabul edilmektedir.⁵ Buna karşılık haksız eylem faili dolaylı olarak zarara uğrayanların zararlarından kural olarak sorumlu tutulamaz, bunun ancak kanunda öngörülen istisnaları varsa sorumluluk söz konusu olabilir.

2.2. Tanım

Öğretide yansıma yoluyla zararın değişik tanımları verilmektedir.

Özel'e göre ; *“Bir ya da birden fazla kişinin, doğrudan zarar gören bir kişi ile özel bir ilişki nedeniyle, aynı zarar verici davranış yüzünden uğradığı, ancak bu kez dolaylı biçimde ortaya çıkan zarardır”*.⁶

Hatemi'ye göre; *“BK md. 41 veya 41/II anlamında hukuka veya ahlaka aykırı bir eylem dolayısı ile de olsa sonucu olmayan diğer bir deyişle, bu anlamda bir eylem mağdurunun malvarlığında meydana gelmeyen, bir kazanç kaybı (lucrum*

⁴ TANDOĞAN, H., Üçüncü Şahsın Zararını Tazmin, s.1,23 vd., ÇAMOĞLU, Ersin (2010): Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu(Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluk İle), İstanbul, B. 3, s.126 vd.

⁵ ÇAMOĞLU, E., age., s.127.

⁶ ÖZEL, Çağlar (2001), *“Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarara ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”*, AÜHF.D. C.50 S.4, Ankara, s.84.

cessans) veya “masraf” yapılması sonucunda ortaya çıkan bir “malvarlığı eksilmesi” (damnum emergens) zararıdır.⁷

Oğuzman-Öz’e göre; “Yansıma yoluyla zarar, hukuka aykırı bir fiile maruz kalan kimseden başka bir kişinin, aynı davranış yüzünden uğradığı zarardır”⁸

Bize göre haksız eylem ister şahıs ister malvarlığına yönelik olsun, yansıma yoluyla zarar da maddi veya manevi olabilir. Öte yandan yansıma yoluyla zarar, yasa koyucu tarafından özel olarak düzenlenmiştir.

Bu açıklamalarımızdan hareketle biz yansıma yoluyla zararı şu şekilde tanımlayabiliriz: Şahıs varlığının haksız eylem ya da sözleşmeye aykırılık sonucu ihlal edilmesi nedeniyle, bu eylemin yöneldiği kişiler dışında buna bağlı olarak üçüncü kişilerin uğradıkları kanunda sınırlı hallerde öngörülmüş olan zarardır.

⁷ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI (2007), Borçlar Hukuku Genel Bölüm , İkinci Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul, & 4, n.17.

⁸ OĞUZMAN, K., ÖZ, T., age., s.517.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

3. YANSIMA YOLUYLA ZARARIN UNSURLARI

Yaptığımız tanımdan hareketle yansıma yoluyla zararın unsurlarını ele alabiliriz.

3.1. Haksız Eylem Nedeniyle Yansıma Yoluyla Zarar

Yansıma yoluyla zarar haksız bir eylemin sonucu doğabilir. Böyle bir zarardan ve sorumluluktan söz edebilmek için haksız eylemin bütün unsurlarının gerçekleşmiş olması gerekir. Bu anlamda olmak üzere BK md.41 (TBK md.55) deki koşullar mevcut olmalıdır. Eylem, hukuka aykırılık, illiyet bağı ve kusur konusu bir özellik arz etmez. Burada önemli olan unsur zarar unsurudur.

Haksız eylem sonucu, bu eylemin yöneldiği, eylemden doğrudan etkilenen kişinin zarara uğraması gerekir. Eylem nedeniyle doğrudan doğruya (direkt) etkilenen yani zarara uğrayan bir kişi mevcut değilse yansıma yoluyla zarardan söz edilemez. Buna göre yansıma yoluyla zarar (dolaylı mağdur), ancak doğrudan zararın (doğrudan mağdurun) varlığına bağlı bir zarardır. Doğrudan mağdur olmadan dolaylı mağdurdan söz edilemez. Bu anlamda olmak üzere BK md.45 gereğince ölüm gerçekleşmeden (doğrudan mağdur) ölenin yakınlarının, ölenin desteğinden yoksun kalmaları ve zararlarının tazmini gündeme gelemez. Aynı şekilde ölen veya ağır bedensel zarara uğrayan bir kişi olmadan (doğrudan mağdur) onun yakınlarının manevi zararlarından söz edilemez.

Bu açıklamalarımıza göre yansıma yoluyla zararı doğrudan zararın fer'i niteliğinde bir zarar olduğu söylenebilir. Yansıma yoluyla zarar haksız eylemlerde bağımsız bir zarar olarak doğmaz. Bu zarar daima asıl zarar görenin varlığını gerektirir. Yansıma yoluyla zarar, ancak asıl zarar gören varsa ortaya çıkabilir. Buna göre yansıma yoluyla zarar “ilk saldırının mağduruna bağlı zarardır”. Bu

zarar, ancak, dolaylı mağdurun uğradığı zararların ortaya çıkmasından önce doğrudan mağdura herhangi bir şekilde bağlı olması halinde söz konusu olabilir.¹

3.2. Sözleşmeye Aykırılık Nedeniyle Yansıma Yoluyla Zarar

Yansıma yoluyla zarar, sözleşmeden doğan borçlarda borçlunun sözleşmeye aykırı eylemi sonucu da ortaya çıkabilir. Borçlunun sözleşmeye aykırı eylemi sonucu yansıma yoluyla zararın klasik örneğini işverenin işçi olan hizmet sözleşmesinde gerekli iş güvenliği önlemlerini almaması sonucu işçinin uğradıkları zarardan sorumluluğudur. Burada işçinin ölümü halinde desteğinden yoksun kalanlar hizmet sözleşmesi aykırılık sonucu işverenden BK md.98 f.II'nin yollaması nedeniyle, BK md.45 (TBK md.53 b.III) gereğince doğan yansıma yoluyla maddi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler. Aynı olayda işçi yaralanmış ya da sakat kalmışsa, ağır bedensel zarar nedeniyle işçinin yakınları da TBK md.56 f.II gereğince yansıma yoluyla manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler.

Sözleşmeye aykırılık nedeniyle yansıma yoluyla zarara başka örnekler de verilebilir. Gıda ürününü bozuk ve ayıplı olarak teslim eden satıcı, alıcının bu yüzden doğan zararlarını gidermekle yükümlüdür. Alıcı burada doğrudan mağdur yani sözleşmeye aykırı eylemin doğrudan yöneldiği kişidir. Alıcının bozuk gıda ürünleri nedeniyle ölümü halinde ölenin desteğinden yoksun kalan BK md.98 f.II'deki yollama sonucu BK md.45 (TBK md.53 b.III) gereğince yansıma yoluyla maddi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler. Aynı olayda bozuk gıda ürününü tüketen alıcı bu yüzden ağır bedensel zarara uğrarsa bunun yakınları TBK md.56 f.II gereğince yansıma yoluyla manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler.

Sözleşmeye aykırı eylem ile yansıma yoluyla zarar görenler sözleşme ilişkisi içinde değildirler. Ancak sözleşmeye aykırılık sonucu doğrudan zarar gören kişinin yakınları BK md.98 f.II'deki yollama nedeniyle haksız fiil hükümlerine dayanarak zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler

¹ ÖZEL, Ç., agm., s.87.

3.3. Eylemin Yöneldiği Kişi Dışında Kalan ve Eyleme Bağlı Olarak Üçüncü Bir Kişinin Zarara Uğraması

3.3.1. Üçüncü Kişi Kavramı

Yansıma yoluyla zarar, haksız eylemin yöneldiği kişi dışında kalan üçüncü bir kişinin uğradığı zarardır. Bu anlamda olmak üzere yansıma yoluyla zarardan söz edebilmek için haksız eylemden sorumlu kişi ile haksız eylemin yöneldiği kişi dışında bir üçüncü kişinin zarara uğraması gerekir.

O halde yansıma yoluyla zararın söz konusu olduğu hallerde daima üç kişi vardır. Bunlardan birincisi haksız eylemden sorumlu tutulan kişi, ikincisi bu eylemin hedef aldığı, yöneldiği kişi, üçüncüsü ise bu kişinin dışında kalan dolaylı zarar gören yani yansıma yoluyla zarar gören kişidir. Yansıma yoluyla zarar gören üçüncü kişi gerçek kişi veya tüzel kişi olabilir. Bu yönüyle kişi türü önem taşımamaktadır.

Bir haksız eylem sonucu birden fazla kişi zarara uğrayabilir. Bu durumda yansıma yoluyla bir zararın meydana gelip gelmediği konusunun belirlenmesinde, haksız eylemin birden fazla kişiye mi yöneldiği yani bu kişilerin haksız eylemden doğrudan zarar gören kişiler mi yoksa doğrudan zarar görenden etkilenerek, dolaylı zarar gören kişiler mi olduğuna bakmak gerekir. Örneğin, A'nın otomobilinin çarptığı karşı yönden gelen B'ye ait otomobil tarlaya savrulmuş ve tarlada çalışan C'ye zarar vermiştir. Bu örnekte, B ve C aynı haksız eylemden birlikte doğrudan zarar gören kişilerdir; B doğrudan zarar gören, C ise yansıma yoluyla (dolaylı) zarar gören kişiler değildir. Buna karşılık aynı örnekte C yaralanmış ve kurtarılamayarak ölmüş ise, C doğrudan zarar gören, desteğinden yoksun kalanlar ise yansıma yoluyla zarar gören kişilerdir. Aynı şekilde B'nin otomobilinin C'nin tarlasındaki ürünlerin yanmasına sebebiyet vermiş, C'nin bu ürünleri teslim edememesi nedeniyle D isimli restoran müşterilerine hizmet verememiş ise, C doğrudan zarar gören, D ise yansıma yoluyla zarar gören kişidir. Zira bu son durumda C'nin desteğinden yoksun kalanlar ile D, A ve B'nin haksız eylemlerinin yöneldiği kişiler olmayıp, doğrudan zarar gören kişi yanında üçüncü kişi konumundadırlar.

3.3.2. Üçüncü Kişinin Tayininde Ölçüler (Yansımanın Kapsamı)

Haksız eylemin doğrudan zarar gören dışında kalan birçok kişiyi etkilemesi mümkündür. Yukarıdaki örneğimize dönecek olursak. A ile B isimli otomobil sürücülerinin yol açtığı kazada, C'nin ölümü nedeniyle desteğinden yoksun kalanlar üçüncü kişidir; aynı şekilde D isimli kişinin restaurantında müşterilerine hizmet verememesi nedeniyle D üçüncü kişidir. Fakat restaurantın hizmet verememesi nedeniyle, aynı alanda bulunan E isimli petrol istasyonunu sahibinin müşteri kaybetmesi nedeniyle de üçüncü kişidir.

Acaba yansıma yoluyla zarar bu kadar geniş tutulabilir mi? Yansıma yoluyla zararı, haksız eylem sonucu doğrudan zarar gören kişi dışında kalan “her üçüncü kişinin uğradığı zarar” olarak kabul etmek sorumluluğun belirsiz bir şekilde genişletilmesi sonucunu doğurur. Bu durumda haksız eylemden sorumlu tutulan kişilerin sınırı belli olmayacak zararları tazmin etmek zorunda kalacaklardır. Bu nedenle yansıma yoluyla zarar görenleri yani üçüncü kişi kavramını sınırlandırmak mecburiyeti vardır.

Bu sorun büyük oranda illiyet bağı ile de ilgilidir. Sorunun çözümü amacıyla “yansıma yoluyla zarar gören üçüncü kişiler” çevresini ve sayısını sınırlandırmak için “doğrudan zarar görenle yakın ilişki içinde bulunma” koşuluna yer verilmektedir. Doğrudan zarar görenle yansıma yoluyla zarar gören arasındaki ilişki bir sözleşme ilişkisi, bir kan ya da sosyal diğer bir yakınlıktan kaynaklanan ilişki olabilir.

Buna göre yansıma yoluyla zarara uğradığını iddia eden kişi, yani dolaylı mağdur ile doğrudan zarar gören kişi (doğrudan mağdur) arasında “özel bir ilişki” olması gerekir. Örneğin; Ünlü bir sanatçının konser vermek üzere şehir dışına giderken, yolda trafik kazası geçirmesi nedeniyle konserine gidememesi, bilet alan seyirciye bilet paralarının iade edilmesi durumunda, konseri düzenleyen işletme zarara uğramıştır. Burada doğrudan zarar gören sanatçıdır. Dolaylı mağdur yani yansıma yoluyla zarar gören kişi ise konseri düzenleyen kişidir. Konseri düzenleyen kişi ile doğrudan zarar gören kişi arasındaki ilişki sözleşmeden kaynaklanmaktadır.

Bir haksız eylem sonucu ölüm halinde ölenin “yakınları” bu yüzden maddi (destekten yoksun kalma) ya da manevi zararlara uğrayabilirler. Burada haksız eylemin doğrudan mağduru (ölen kişi) ile onun desteğinden yoksun kalanlar ya da aile fertleri arasındaki “yakınlık” aile bağlarına dayanmaktadır.

3.3.3. Kanun Tarafından Zarardan Sorumluluğun Öngörölmüş Olması

Yansıma yoluyla zararın kanun tarafından öngörölmüş olmasının sebebi hukuka aykırı eylem nedeniyle sorumluluğun sınırları belirsiz bir sorumluluk haline gelmesini önlemektir. Bir kimsenin ancak “kendi haksız eyleminin sonuçlarından sorumlu olması” ilkesi, bu sorumluluğun sınırları belirsiz bir sorumluluk haline dönüşmesini önleme amacını taşır. Kişi haksız eylemin yöneldiği kişi dışında kalanların uğradıkları belirsiz zararlardan sorumlu tutulmamalıdır. Aksi halde “sorumluluk belirsiz” hale gelir. Yasa koyucu bu kuralın bir sonucu olarak “yansıma yoluyla zararın ne zaman söz konusu olabileceğini” hükme bağlamak suretiyle “sorumluluğun belirsiz hale gelmesini” önlemek istemiştir.

İlliyet bağına dayanan yansıma yoluyla zarar mümkün müdür? Kanunda öngörölmüş olan yansıma yoluyla zarar halleri dışında, haksız eylemle illiyet bağı içinde bulunan yansıma yoluyla zarar kabul edilebilir mi? Konu illiyet bağı kavramı ile yakından ilgilidir. Bir haksız eylem nedeniyle yansıma yoluyla zararın bütün unsurları bulunsa bile illiyet bağı unsuru eksik ise böyle bir zarardan sorumluluk gündeme gelmeyecektir.

İlliyet bağı haksız eylem ile zarar arasındaki sebep sonuç bağıını ifade eder. Zarar dediğimiz sonucu doğuran çok değişik nedenler vardır. Acaba zarar bu nedenlerden hangisinin sonucudur? Bu soruya verilecek sorumluluğun sınırlandırılması ile ilgilidir.

Zarar denilen sonucu yaratan çok sayıda sebeplerden hangisi ile sorumluluk bağı kurulacağı konusunda şart ve uygun illiyet bağı teorilerinden ikincisi hakim görüş olarak kabul edilmektedir.²

Uygun illiyet bağı teorisi, yaşam deneyimlerine göre bir eylemin uygun sonucu sorumluluğa neden olabilir. Bu nedenle yaşam deneyimlerimize göre bir eylemin uygun olmayan sonuçlarından sorumluluk kabul edilemez.

Acaba yansımaya yoluyla zarar, illiyet bağı kapsamı içinde değerlendirilip tazmin edilmesi talep edilebilir mi? Burada iki düşünce akla gelebilir. Birinci olarak; yasa koyucunun “yansımaya yoluyla zarar” hallerini sınırlı bir şekilde saymış olduğu, bu hallerin dışında böyle bir zarardan sorumluluğun kabul edilemeyeceği ileri sürülebilir. Öğretide hakim görüş bu yöndedir.³ Aşağıda kanunda öngörülmuş olan yansımaya yoluyla zarar hallerini tek tek alacağız. Bu görüş kabul edilecek olursa bu hallerin dışında illiyet bağından hareketle de yansımaya yoluyla zarardan söz edilemez. Zira bu görüşe göre “yansımaya yoluyla zarar halleri kanunda öngörülmuş hükümlerle sınırlıdır. Bu tür yasal istisnaların genişletilmesi yansımaya yoluyla zararın tazmini istemlerini kural haline getirir. Bu durum ise haksız fiili, failini sonu ve sınırı belirsiz bir sorumluluk alanıyla baş başa bırakmak gibi kabul edilemez bir sonuca götürür”.⁴

İkinci görüş tarzı olarak ise yasa koyucunun yansımaya yoluyla zarar hallerini sınırlı olarak saymadığı, yasa koyucunun bazı kişisel varlıkların önemi nedeniyle yansımaya yoluyla zarara yer verdiği, bu haller dışında da somut olayda koşulları varsa yansımaya yoluyla zararın kabul edilebileceği görüşüdür. Bu görüşün savunulması halinde yasa koyucunun BK45-49. maddelerinde “kişisel varlıkların ihlaline” büyük değer verdiği, bu varlıkların ihlali halinde ortaya çıkabilecek

² **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age., s.573. ; **REİSOĞLU, S.**, age., s.173.; **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.291. ; **KAYIHAN, Ş.**, age., s.173 v.d. ; **EREN, F.**, age., s.487 v.d.

³ **TANDOĞAN, H.**, Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, s.30,31. ; **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Sorumluluk, s.447.; **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age., s.562. ; **ÖZEL, Ç.**, agm., s.104.

⁴ **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Sorumluluk, s.477.

zararlar konusunda tereddütlerin yaşanmaması için ölüm halinde yakınları için destekten yoksun kalma, aile fertleri için manevi zararın tazmin edilmesini kabul ettiği ileri sürülebilir. Aşağıda ele alacağımız İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında “normun koruma amacı teorisinden” hareketle de yansıma yoluyla zarara yer vererek bu görüşü savunmaktadır.

İsviçre Hukuku’nda kural olarak yansıma yoluyla zarardan sorumluluğun söz konusu olamayacağı, haksız eylem nedeniyle ancak doğrudan zarar görenler için sorumluluğun gündeme gelebileceği ileri sürülmekte, yansıma yoluyla zararın bir istisna olduğu kabul edilmektedir.⁵

Bu istisnalardan birincisinin destekten yoksun kalma zararları ile ölüm halinde ölenin ailesinin manevi zararları için söz konusu olduğu; ikincisinin ise zarar verenin, amacı bu tür zararlara karşı kişiyi korumak olan özel bir davranış normunu ihlal etmesi halinde doğabileceği kabul edilmektedir. Buna örnek olarak Federal Mahkeme’ye intikal eden şu olay verilmektedir.

“Yer altında çalışan işçiler elektrik kablolarına zarar vermişlerdir. Elektriklerin kesilmesi sonucu bu elektrik hattında bulunan işletmenin üretimi durmuştur. Olayda elektrik kablolarının sahibi haksız eylemden dolayı, doğrudan zarar gören (doğrudan mağdur) kişidir. Federal Mahkeme üretimi duran işletmeyi yansıma yoluyla zarar gören kişi olarak değerlendirmiştir. Burada İsviçre Ceza Kanunu’nun 239. maddesinin herkese hizmet veren işletmelere zarar verilmesini cezalandırdığını, maddenin elektrik akımından yararlananları da koruma amacını taşımaktadır”⁶

Dikkat edilecek olursa İsviçre Hukuku’nda da yansıma yoluyla zararın kural değil bir istisna olduğu ifade edilmesine rağmen, bu istisnaya nelerin girdiği konusu somut olaya göre değerlendirilmektedir. Yukarıda verdiğimiz örnekte

⁵ **REY, H.**, s.82; **Oser-Schönenberger** (1936), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht, II, 2. Auflage, Zürich, Art.41,Nr. 52; Becker,H.(1941), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht,Obligationenrecht I. Abteilung, Bern, Art.41, Nr.78

⁶ BGE, 102 II 85 vd.

Federal Mahkeme “normun koruma amacından” hareketle de yansıma yoluyla zararın doğabileceğini kabul etmektedir.⁷

Bu vesile ile yansıma yoluyla zarar ile illiyet bağı unsurunun birbirinden farklı kavramlar olduğuna değinmemiz gerekir. İlliyet bağı ancak haksız eylem ile bu eylemden doğrudan doğruya etkilenen kişiler çevresini tayin edebilir. Haksız eylemlerde illiyet bağı unsuru da sorumluluğu sınırlandırma amacını taşır. Haksız eylemden sorumlu tutulacak kişilerin çevresini bu eylemle doğrudan sebep sonuç bağı içinde bulunanlarla sınırlı tutmak gerekir. Yasa koyucu illiyet bağından hareketle yansıma yoluyla zararların da sorumluluğa neden olmaması için bu tür zararların ne zaman sorumluluğa yol açacağını sınırlı bir şekilde belirlemiştir. BK md.45-46 hükümleri ile TBK md.56 f.II, TTK md.309 f.I (6102 sayılı TTK md.553) bu amaçla konulmuşlardır.

Sorumluluk hukukunda illiyet bağı teorisinin sorumlu kişileri belirlemede yetersiz olduğu kanısıyla “normun koruma amacı teorisi” ne ya da “hukuka aykırılık bağı teorisine”⁸ yer verilmeye başlanmıştır. Normun koruma amacı teorisi de yansıma yoluyla zarar kavramından farklıdır. Bu teori de haksız eylemin hangi tür zararlardan sorumluluğa neden olacağını sınırlandırma amacını taşımaktadır.

Öğreti’de⁹ bu teorinin kabul edilmesi ve açıklanması konusunda yargı kararlarından alınan şu örnek olay verilmektedir: Bir trafik kazası sonucu devrilen araç karayolunu kapatmıştır. Karayolu zarar görmüştür. Bu durumda Karayolları İdaresi (Karayolları Genel Müdürlüğü) doğrudan mağdurdur. Ancak karayolunun kapanması sonucu, yol üzerindeki bazı restoranlar iş yapamaz hale gelmişlerdir. Bunlar yansıma yoluyla zarar görenlerdir. Aynı şekilde karayolunun kapanması sonucu, araçların geçişini temin amacıyla Gerede Belediyesi’ne ait yollarda servis

⁷ **ÖZEL,Ç.**, agm., s.98.

⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz., **TANDOĞAN, Haluk** (1979), “*Hukuka Aykırılık Bağı*”, BATİDER, Haziran, c.X, s.1.; **BÜYÜKSAĞIÇ, Erdem** (2007), *Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı*, İstanbul, s.94. ; **EREN, Fikret** (1975), “*Hukuka Aykırılık Bağı veya Normun Koruma Amacı Kuramı*”, Prof.Dr.Mahmut Koloğlu’na 70 inci Yaş Armağanı, Ankara, s.461vd. ; **ABİK, Yıldız** (2010), “*Normun Koruma Amacı Teorisi*”, AÜHF C.59, S.3, s.345,448.

⁹ **TANDOĞAN, H.**, “*Hukuka Aykırılık Bağı*”, s.6.

yolu verilmiş, ağır tonajlı araçlar bu yolları tahrip etmiştir. Gerede Belediyesi burada yansına yoluyla zarar görmüştür.¹⁰

Hatemi-Gökyayla, yukarıdaki iki görüşten ayrılan farklı bir görüş savunmaktadırlar. Bu yazarlar yansına yoluyla zararın “hukuka aykırılık bağı” gibi yeni kuramlar icat etme yerine hakime “hakkaniyet ilkesinin haklı gösterdiği durumlarda” yansına yoluyla zararın tazmin edilmesine karar verme yetkisinin verilmesi gerektiğini, hakimin buna karar verirken “dar anlamda haksız fiil zararlarını ve dolayısı ile zararları” yansına zararlarından ayırt edebilmesi ve gerçek illiyet bağına tespit etmesi gerektiğini savunmaktadırlar.¹¹

Bu konuda yansına yoluyla zararın bir istisnai sorumluluk olduğu, bu istisnaların ancak kanunda öngörülen hallerde doğabileceği, bu istisnai sorumluluğun genişletilip kural haline getirilmesinin sorumluluk hukuku açısından tehlikeli olacağı kanısındayız. Normun koruma amacından hareketle, yansına yoluyla zararın bulunduğu hallerde de aslında “bir norm yani bir kanun hükmü olduğu için” yansına yoluyla zarar söz konusudur. Esasen yansına yoluyla zararın bir istisna olduğu, yasalarda bu tür istisnai hükümlere yer verilmemiş olması halinde, illiyet bağı unsurundan hareketle de yansına yoluyla zararın varlığı reddedilmelidir. Zira illiyet bağı unsuru, haksız eylem failinin eyleminin ancak hayat deneyimlerimize göre uygun sebep sonuç bağı içinde olan sonuçlarından sorumlu tutulmasını gerektirir. İlliyet bağı unsuru doğrudan doğruya dolaylı zarar ayırımında dolaylı zararı bile Biz bu konuda yansına yoluyla zararın bir istisnai sorumluluk olduğu, bu istisnaların ancak kanunda öngörülen hallerde doğabileceği, bu istisnai sorumluluğun genişletilip kural haline getirilmesinin sorumluluk hukuku açısından tehlikeli olacağı kanısındayız. Normun koruma amacından hareketle de yansına yoluyla zararın bulunduğu hallerde de aslında “bir norm yani bir kanun hükmü olduğu için” yansına yoluyla zarar söz konusudur. Esasen yansına yoluyla zararın bir istisna olduğu, yasalarda bu tür istisnai hükümlere yer verilmemiş olması halinde, illiyet bağı unsurundan

¹⁰ Bu olay Yarg. 4. H.D. 13.10.1976 tarih , E.975-9741, K. 8641 sayılı karara konu olmuştur. (TANDOĞAN, Hukuka Aykırılık Bağı Kavramı makalesinden naklen)

¹¹ **HATEMİ, GÖKYAYLA** (2011), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmıştır, İstanbul, s.135.

hareketle de yansıma yoluyla zararın varlığı reddedilmelidir. Zira illiyet bağı unsuru, haksız eylem failinin eyleminin ancak hayat deneyimlerimize göre uygun sebep sonuç bağı içinde olan sonuçlarından sorumlu tutulmasını gerektirir. İlliyet bağı unsuru doğrudan doğruya dolaylı zarar ayırımında dolaylı zararı bile reddetmektedir. Bununla beraber failin dolaylı zarardan sorumlu tutulacağı kabul edilmektedir.¹² Yansıma yoluyla zarar dolaylı zarar değil, doğrudan doğruya zarar görenin dışında kalan üçüncü bir kişinin uğradığı zarardır. Kanunda açık hüküm bulunmadıkça failin üçüncü kişilerin uğradığı zararlardan sorumlu tutulması uygun illiyet bağı teorisi ile bağdaşmaz.

Hatemi-Gökyayla'nın yansıma yoluyla zararı "hakkaniyet ilkesinin haklı görmesine" bağlı tutulması görüşünün ise doğru olmadığı düşüncesindeyiz. Bu görüş haksız eylemin hangi tür zararlardan sorumluluğa neden olacağı konusunda belirsizlik yaratır ve faili "hakkaniyetin gerekli kıldığı hal" gibi oldukça subjektif ölçülere göre tazminattan sorumlu tutulması sonucunu doğurur.

Normun koruma amacı teorisi sorumluluğun sınırlandırma konusunda illiyet bağı teorisinin yetersiz kalması sonucu savunulan bir teoridir. Bu teoriye göre bir haksız eylem nedeniyle zarardan sorumluluk konusunda "bu eylemi yasaklayan normun koruma amacına" bakmak gerekir. Normun koruma amacı dışında kalan zararlardan sorumluluk söz konusu olmamalıdır.

¹² TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP, age., s.565.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

4. KANUNDA ÖNGÖRÜLEN YANSIMA YOLUYLA ZARAR

Kanunda öngörülen yansima yoluyla zararlar değişik açılardan gruplandırılabilir. Bu anlamda olmak üzere gerçek kişiler ve tüzel kişiler açısından yansima yoluyla zarar ayrımı yapılabilir. Bu ayrım içinde “yansima yoluyla maddi” ve “yansima yoluyla manevi zarar” alt ayrımı yapılabilir.

4.1. Gerçek Kişilerde

4.1.1. Maddi Kişisel Varlıkların İhlali Halinde

4.1.1.1. Ölüm Halinde

4.1.1.1.1. Maddi Zarar (Destekten Yoksun Kalma Zararı) (Yansima Yoluyla Maddi Zarar) BK md.45 f.2 (TBK md.53 b.2)

BK md 45 hükmüne göre:“Bir adam öldüğü takdirde zarar ve ziyan, bilhassa defin masraflarını da ihtiva eder. Ölüm, derhal vukuu bulmamışsa zarar ve ziyan tedavi masraflarını ve çalışmaya muktedir olamamaktan mütevellit zararı ihtiva eder. Ölüm neticesi olarak diğer kimsel müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazım gelir”

TBK bu konuya 53. maddesinde daha kolay anlaşılmasını temin amacıyla 3 bent halinde ele almıştır. Maddeye göre, ölüm halinde uğranılan zararlar özellikle şunlardır: Cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları kayıplar.

BK'nun 45. maddesinin 1.fikrasında defin giderleri, tedavi giderleri ve çalışmamaktan doğan zararın tazmin edilmesi hükme bağlanmıştır. Md.de sözü

edilen tedavi giderleri ve çalışmamaktan doğan zararlar haksız eylemin yöneldiği doğrudan mağdurun (ölenin ölünceye kadarki) zararlarıdır.

Haksız eylem ile ölüm arasında geçen aşamada ortaya çıkan doğrudan mağdurun uğradığı zararlar, doğrudan mağdura hayatta iken tazmin edilmemişse, bunların tazmin edilmesini talep hakkı mirasçılara intikal edecektir. Mirasçılara intikal eden zarar yansıma yoluyla zarar değil, miras hukukundan kaynaklanan, ölenin haklarına halef olmaya dayanan alacaktır.

Ölüm hemen meydana gelmemişse, kişinin sağlığına kavuşması için son ana kadar yapılan tedavi giderleri gündeme gelecektir. Md. bu amaçla kaleme alınmıştır. Tedaviden sonuç alınıp alınmaması önemli değildir. Şahsın gerek evde, gerek hastanede yapılan, sosyal güvenlik kurumlarınca karşılanmamış olan doktor, ilaç, bakım ve ameliyat masraflarıyla, refakat masrafları, tedavi masraflarını oluşturur.¹

Maddede sözü edilen “def’in masrafları ölenin yaptığı masraflar olamaz. Zira def’in ölümden sonra gündeme gelebilir. Bunlar kim tarafından yapılmışsa ona ait olan doğrudan zararlarıdır ve bu kişiler tarafından tazmin edilmesi talep edilebilir.

BK md.45 f.II (TBK md.53 b.3) konumuzla ilgili olan “yansıma yoluyla zararı” düzenlemektedir. Burada yansıma yoluyla zararın yukarıda ele aldığımız bütün unsurları mevcuttur. Haksız eylemin yöneldiği kişi yani doğrudan zarar gören ya da doğrudan mağdur ölen kişidir. Ancak bu kişi dışında kalan üçüncü kişiler de bu haksız eylemin yansıması sonucu zarara uğramışlardır. Bunlar ölen kişinin BK md.45 anlamında “yardımından” mahrum kalan kişilerdir.

Bu maddede düzenlenen “yardımdan mahrumiyet zararı” yerine “destekten yoksun kalma zararı” bunun karşılığı olarak ödenen tazminatta “desten yoksun kalma tazminatı” olarak adlandırılmıştır.² TBK (md.53 b.III) hukukumuzda

¹ **TURGUT, Uygur** (2003), Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, Ankara, B.2, C.2, s.2061.

² Örnek olarak: **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age., s.635. ; **KILIÇOĞLU, Mustafa**, Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, s.170. ; **GÜLEÇ,S.**, age., s.447. ; **UYGUR, T.**, age., s.2065. ; **ORHUNÖZ, Ergun** (2000), Tazminat Davalarında (Ölüm ve Bedeni Zararlar) Uygulama Sorunları, Ankara, s.144 vd. ; Yarg. 11. H.D. 9.3.2009, E. 2007/14114, K.,

yerleşen bu kavramı tercih ederek,”yardımdan mahrum kalanlar” kavramı yerine “ölenin desteğinden yoksun kalan kişiler” kavramını tercih etmiştir.

Yasa “destekten yoksun kalanlar” çevresini tayin etmemiştir. Bunun sonucu olarak burada yansıma yoluyla zarar görenler sınırlandırılmamıştır. Ölenin sağlığında ondan destek alan her kişi buraya girebilir. Destek ilişkisi olayların tamamına yakın çoğunluğunda “aile, kan ya da evlatlık bağına” dayanır. Bu anlamda olmak üzere ölenin eşi, çocukları, onun bakım ve yardımına muhtaç anne babası, kardeşleri buraya girerler. Ancak destek ilişkisi bazı hallerde böyle bir bağa dayanmayabilir. Bu anlamda olmak üzere ölenin, her ay düzenli olarak karşılıksız burs verdiği bir öğrenci, her ay düzenli olarak yardım ettiği bir dernek ya da vakıf olabilir. O halde destekten yoksun kalma tazminatı yani yansıma yoluyla maddi zararı talep hakkı ölenle kan ya da evlilik bağının bulunmasını gerektirmez. Ölenden sağlığında sürekli ve düzenli yardım görenler, ölenin nişanlısı, karı koca gibi yaşadığı kişi de buraya girebilir.³

Bunlar ölene yönelik haksız eylemden yansıma yoluyla etkilenen üçüncü kişilerdir. Yasanın 45. maddesinin II. fıkrasındaki açık hüküm karşısında ölüm sonucu bunların uğradıkları zararların tazmin edilmesi gerekir.

Yansıma yoluyla maddi zarar sadece BK md.41 anlamında haksız eylemden doğmaz. BK md.98 f.II “Haksız fiillerden mütevellit mes’uliyete müteallik hükümler kıyasen akde muhalif hareketlere de tatbik olunur” demektedir. (TBK md.114 f.II). Md. bu hükmüyle sözleşmeye aykırılık hallerinde doğan zarar ve hükmedilecek tazminat konularında BK md.41-49 hükümlerine yollama yapmıştır.

Buna göre ölüm bir sözleşmeye aykırı davranış sonucu gerçekleşebilir. Bu durumda da ölenin desteğinden yoksun kalanlar, BK md.45 (TBK md.54 b.III) gereğince yansıma yoluyla maddi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler. Bunun yaygın örneğini iş kazası sonucu işverenin iş güvenliği önlemlerini almamasından kaynaklanan hizmet sözleşmesine aykırılığı nedeniyle ölümden

2009/2671; Buna karşılık Sayın REİSOĞLU, yasanın ifadesine bağlı kalarak “Yardımdan yoksun kalmaktan doğan zarar” kavramını kullanmaktadır (age., s.216.) ; Yarg. 4. H.D.13.05.2010, E.2009/10317, K.2010/5922 ; Y.K.D. C.37, S.7, Temmuz 2011, s.1194.

³ REİSOĞLU, S., age., s.216.

sorumlu tutulması oluşturabilir. İşveren iş kazası sonucu ölen işçinin yakınlarının yansına yoluyla maddi zararlarını da tazmin ile yükümlüdür.

Bu açıklamalarımıza göre yansına yoluyla maddi zarar, bir iş kazası sonucu da gündeme gelebilir. Bir işçinin iş kazası sonucunda ölmesi durumunda, işçinin ailesi Sosyal Güvenlik Kurumları'ndan yetim, dul aylığı gibi maddi zararlarının giderilmesini talep edebilir. Bu durumda Sosyal Güvenlik Kurumu, işçi ya da ailesinin zararını gidermek için ödediği tazminatı, işçinin ölümüne sebebiyet veren 3. kişiye (örneğin araç sahibine) rücu ederek talep edebilir. Sosyal Güvenlik Kurumları'nın yaptıkları bazı ödemeleri haksız eylemden sorumlu kişilerden rücu yoluyla talep etmesi bu kurumların yansına yoluyla zarara uğramasına dayanmaz. İş kazası sonucu ölüm halinde haksız eylemden doğrudan mağdur olan kişi işçidir. İşçinin desteğinden yoksun kalanlar yansına yoluyla zarara uğrayan kişilerdir. Yansına yoluyla zarar bir Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından tazmin edildiğinde, bu kurumlar “yansına yoluyla zarar uğrayan kişilerin alacak haklarını elde etmekte ve yasadan kaynaklanan rücu haklarını (506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu md.26) kullanmaktadırlar.

4.1.1.1.2. Manevi Zarar : (Yansına Yoluyla Manevi Zarar) BK Md. 47 (TBK md.56)

4.1.1.1.2.1. Borçlar Kanunu'nda Manevi Zarar

BK'nda manevi zararın tazmini konusunda iki önemli md. vardır. Bunlardan birincisi 47. ikincisi ise 49. maddedir. Bu iki maddenin manevi tazminat ile ilgili koşulları ve sonuçları birbirinden farklıdır.

TBK, bazı önemli değişiklikler yapmak suretiyle iki maddeyi de korumuştur. Yansına yoluyla manevi zarar konusuna girmeden önce, konumuzla yakından ilgisi olması nedeniyle iki md. arasındaki farkları TBK'nun getirdiği değişikliklerle birlikte ele almamız gerekir. Kılıçoğlu, bu karşılaştırmayı aşağıdaki şekilde ortaya koymaktadır.⁴

BK md.47 “Manevi tazminat” kenar başlığı altında bedensel bütünlüğün ihlali (cismani zarar) bedensel bütünlüğü ihlal edilen kişinin ve ölüm halinde

⁴ **KILIÇOĞLU,Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.429,430.

ölenin ailesinin manevi zararının tazmin edilmesini düzenlemektedir. Bir başka ifadeyle bu md. kişilik hakkını oluşturan maddi kişisel varlıkların ihlali halinde manevi zararın tazmin edilmesini hükme bağlamıştır.

BK md.49 ise kişilik hakkını oluşturan maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların ihlali halinde manevi zararın tazmin edilmesini düzenlemektedir. Bu maddenin 2 ve 3. fıkrasında 47. maddede bulunmayan şu hükümler yer almıştır. İki madde arasında BK'nun kabulünden TBK'nun kabul edilmiş tarihine kadar şu farklar mevcut olmuştur:

- Öncelikle yukarıda açıkladığımız gibi 47. madde kişilik hakkını oluşturan maddi kişisel değerlere (bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi yani yaralama veya ölüm) saldırı halinde manevi zararın tazmin edilmesini hükme bağladığı halde, 49.madde maddi nitelikte olmayan kişisel değerlere (şeref haysiyet, özel yaşam, isim, resim, özgürlükler gibi) saldırı halinde manevi zararın tazmin edilmesini hükme bağlamıştır.

- BK md.49, 1988 yılına kadar manevi zararın tazmin edilmesinin koşulları arasında "kusurun ağırlığı" koşuluna yer verdiği halde BK md.47'de böyle bir koşul yer almamıştır. BK md.49 manevi zararın tazmini konusunda 1. fıkra hükmü şu şekilde idi:"Şahsi menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı icap ettiği surette manevi zarar namıyla nakdi bir meblağ itasını dava edebilir".

Maddedeki "hatanın hususi ağırlığı" yani kusurun ağırlığı hükmü 3444 sayılı yasa ile 04.05.1988 tarihinde kaldırılmış ve böylece manevi zararın tazmininde kusur koşulu bakımından iki md. arasında fark sözü edilen tarihten itibaren kalmamıştır.

- BK md. 49'da md.47'den farklı olarak iki farklı hüküm yer almıştır. Bunlar; "Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alır. Hakim, bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir" şeklindedir.

- TBK'nda eski 47.maddenin yerini "manevi tazminat" kenar başlığı altında 56. madde, eski 49. maddenin yerini ise "kişilik hakkının zedelenmesi" kenar başlığı altında 58. madde almıştır. Yeni 58. maddeye eski 49. maddenin II. fıkra hükmündeki "Hakim, manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatını,işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alır" hükmünü almamıştır. Böylece yeni 56. md. ile 58. md. arasında sadece 58. maddenin III. fıkrası dışında bir fark kalmamıştır.

- BK md.47 maddi kişisel değerlerden ölüm halinde ölenin ailesine manevi tazminat talep edebilme yani yansıma yoluyla zararın tazmin edilmesini isteme hakkı tanımıştır. Ölüm dışında yaralama ve darp gibi bedensel bütünlüğü ihlal eden (cismani zarara neden olan) diğer hallerde ise manevi zararı talep etme hakkını sadece doğrudan zarar görene tanımış, bu kişinin ailesine ya da yakınlarına da manevi tazminat talep hakkına yani yansıma yoluyla zarara yer vermemiştir.

BK md.47'nin yerini alan yeni 56. md. ise ölüm dışında bedensel bütünlüğün ağır bir şekilde ihlali halinde de doğrudan zarar gören kişi dışında kalan yakınlarının da manevi zararlarının tazmin edilebilmesine olanak tanımıştır. Böylece yansıma yoluyla manevi zarar sadece ölüm ile değil, ağır bedensel zarar hallerinde de kabul edilmiştir.⁵

4.1.1.1.2.2. Ölüm Halinde Manevi Zarar (Yansıma Yoluyla Manevi Zarar)

4.1.1.1.2.2.1. BK md.47 ile TBK md.56'nın Karşılaştırılması

BK md 47 "Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir." hükmünü içermektedir. TBK'nun bu hükmü karşılayan 56. maddesinde bu maddeyi iki fıkra haline getirmiştir. Maddenin 1. fıkrasında bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin bizzat uğradığı manevi zararının tazmin edilmesini; 2. fıkrasında ise ölüm ve ağır bedensel zarar hallerinde yakınların manevi zararının tazmin edilmesini hükme bağlamıştır. Bu maddeye göre:

⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.425,426.

“Hakim, 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 halinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir”

TBK 56. maddesinde içerik itibariyle iki önemli değişiklik getirmiştir. Bunlardan birincisi BK'nun 47. maddede “ölenin ailesi” kavramı yerine “ölenin yakınları” kavramını kullanmıştır. İkincisi BK 47. maddesinde, yakınların manevi tazminat talep edebilmesine sadece ölüm hali için öngörmüş iken, TBK'nun 56. md. bunu ölüm dışında kalan diğer “ağır bedensel zarar” halleri için de kabul etmiştir. Bir başka ifadeyle TBK yansıma yoluyla manevi zararı ölüm halinde ölenin yakınları ile sınırlı tutmamış, aynı manevi zararın ağır bedensel zarar halinde bu kişinin yakınları için de genişletmiştir.

4.1.1.1.2.2. Ölüm Halinde Yansıma Yoluyla Manevi Tazminat Talep Edebilecek Kişiler

Yukarıda açıkladığımız gibi BK md.47'de “ölenin ailesine” denilmişken, TBK md.56'da “ölenin yakınları” kavramını kullanmıştır. BK md.47 de kullanılan “ölenin ailesi” kavramı öğretilerde eleştirilmekte idi. Bu anlamda olmak üzere bu kavramın ölüm halinde manevi tazminat talep edebilecek kişiler çevresini çok sınırladığı, ölenle aile bağı içinde olmadığı halde, bu nedenle manevi zarara uğrayabilecek kişiler olacağı, bu nedenle bu kavramın “ölenin yakınları” şeklinde anlaşılması gerektiği savunulmakta idi. Buna göre bir kimsenin eşi, çocukları, ana babası, kardeşleri gibi aile fertleri “ölenin ailesi” kavramına girdiği halde, nişanlısı,yakında evleneceği uzun yıllardan beri birlikte olduğu arkadaşı,iş arkadaşı gibi aileye mensup olmayan kişilerin buraya girmediği ifade edilmekte idi.

TBK bu eleştiriler yönünde maddedeki “aile” kavramı yerine “yakın” kavramını kullanmıştır. Maddenin gerekçesinde “.... 818 sayılı Borçlar Kanununda, ölüm hâlinde, “ölünün ailesi” yararına olmak üzere manevî tazminata karar verilebileceği öngörüldüğü hâlde, Tasarıda “ölenin yakınları” yararına olmak üzere manevî tazminata karar verilebileceği belirtilerek, hükmün kapsamı

genişletilmiştir” ifadeleri yer almıştır. Böylece TBK md.56 “ölenin yakınları” kavramını kullanarak, ölenle aile bağı dışında, başka duygusal yakınlık bağı olan kişilere de dava ve talep hakkı sağlamıştır. Örneğin, ölen kişiyi nişanlısı ölenin henüz ailesinden sayılmazken, ölenin nişanlısı, çok yakın iş ve ev arkadaşı da yeni 56. md. gereğince diğer koşulların da varlığı halinde manevi tazminat talep edebilecektir. Ölenin yakınları kavramı ölenle kan bağı bulunmayan ya da miras ilişkisi olmayan diğer kişileri de kapsayan bir geniş bir kavramdır.⁶

Bu açıklamalarımıza göre BK md.47 (TBK md.56) gereğince ölenin yakınları haksız eylem sonucu doğrudan değil dolaylı mağdur olan kişilerdir. Haksız eylem doğrudan mağdur olan ölen kişiye yönelmiştir. Bu kişinin yakınları bu eylemden etkilenen üçüncü kişilerdir. Bu nedenle bunların zararları yansıma yoluyla zarardır.

BK md.47 hükmünün uygulanabilmesi için ölümün mutlaka BK md.41 anlamında haksız bir eylemden doğması gerekmez. Ölüm yukarıda da açıklamış olduğumuz gibi sözleşmeye aykırılık sonucu da doğabilir.

BK md.98 f.II'nin (TBK md.114 f.II) yaptığı yollama karşısında sözleşmeye aykırılık nedeniyle doğan ölüm olaylarında da, borçlu taraf ölenin yakınlarının BK md.47 (TBK md.56 f.II) yansıma yoluyla manevi zararını tazmin ile yükümlüdürler.

O halde, ölüm, bir sözleşmeye aykırı davranış sonucu gerçekleşebilir. Bu durumda da ölenin yakınları BK md.47 (TBK md.56 f.II) gereğince yansıma yoluyla manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler. Bunun yaygın örneğini iş kazası sonucu işverenin iş güvenliği önlemlerini almamasından kaynaklanan hizmet sözleşmesine aykırılıktan sorumlu tutulması oluşturabilir. İşveren iş kazası sonucu ölen işçinin yakınlarının yansıma yoluyla manevi zararlarını da tazmin ile yükümlüdür.

Ölüm halinde kimlerin yansıma yoluyla manevi zarara uğrayacakları konusunda yukarıda “ölüm nedeniyle yansıma yoluyla maddi zarar” konusunda

⁶ İsviçre Borçlar Kanunu'nda da tazminat talep edebilecek kişilerin ölenin ailesi değil, ölenin yakınları olduğu ifadesi yer almaktadır.

yaptığımız açıklamalar aynen geçerlidir. Buna göre burada da yansıma yoluyla manevi zarar ölenin “yakınları” için gündeme gelebilir. Ölenin yakınları kavramı ölenle aile bağları içinde olanlar dışında diğer duygusal ilişki içinde olan herkesi kapsar. Bu kişilerin ölüm nedeniyle yansıma yoluyla manevi tazminat talebinde bulunabilmesi için, haksız eylem neticesinde, uğradıkları manevi zararı ispat etme zorunluluğu vardır. Örneğin, bir kişinin ölümü neticesinde, nişanlısı ya da kuzeni manevi zarara uğrayabilir, ancak yeni girdiği işteki iş arkadaşı ya da komşusunun manevi zarar iddiası inandırıcı olmayacaktır.

Yansıma yoluyla manevi zararın tazmininde de “ölenin yakını” kavramına kimlerin girdiği her somut olayın özelliğine göre değişir. Ölenle yakın duygusal ilişki içinde olan ve onun ölümü nedeniyle acı ızdırıp duyan, hayat deneyimlerimize göre böyle bir acı ve ızdırabın doğmasının kabul edildiği hallerde böyle bir zararın varlığı kabul edilecek ve tazminata karar verilecektir. Hakim takdir yetkisini kullanarak, kişinin uğradığını iddia ettiği manevi zararı değerlendirirken, kişinin gerçekten duygusal açıdan çöküntüye uğradığı, acı, ızdırıp ve elem duyup duymadığını araştırır. Nişanlının, ölüm neticesinde manevi zarara uğraması, evlilik planları yapıp, gelecek planları kurduğu kişiyi kaybetmesi neticesinde söz konusu olabilir. Ancak ölenin iş arkadaşı, iş ortamında, ölenin yokluğunu hissettiği ve üzüldüğü için manevi tazminat talebinde bulunamaz. Üzüntü ile, gerçekte uğranılan manevi zarar karıştırılmamalıdır. Aksi takdirde, manevi tazminat talebinde bulunacak olan” ölenin yakınları” kavramı, ucu bucağı belli olmayan bir grup kişiyi ifade eder. Kötü niyetli talepler söz konusu olabilir.

4.1.1.1.2.2.3. Ölüm Nedeniyle Yansıma Yoluyla Manevi Zarar- Ölülere Saldırıları Nedeniyle Manevi Zarar

Ölüm nedeniyle yansıma yoluyla manevi zarar ile ölüye yönelik saldırılar dolayısıyla manevi zarar kavramlarını birbirine karıştırmamak gerekir. Birincisinde ölüm nedeniyle kişinin yansıma yoluyla zararı söz konusudur, ikincisinde ise ölüm gerçekleştikten sonra ölen kişiye ya da cesede yönelik saldırılar nedeniyle manevi zararın tazmini söz konusudur. Birincisinde yansıma yoluyla zararın varlığı açıktır. BK md.47 (TBK md.56 f.II) bunu açıkça öngörmüştür. Md. ölümden sonra ölenin kişilik hakkına ya da cesede saldırıları

kapsamamaktadır. Bu ikinci halde ölenin yakınlarının manevi zarar talep etmelerinin mümkün olup olmadığını ve bunun niteliğini aşağıda ayrıca ele alacağız.

4.1.1.2. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesinde Zarar (Cismani Zararlarda)

4.1.1.2.1. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesinde Maddi Zarar

BK md.46 “cismani zarara uğrayan” kişiden söz etmiş ve tek fıkra halinde bu kişinin zarar kalemlerine nelerin girdiğini belirtmiştir. Bu maddenin yerini alan TBK md.54 ise “bedensel zarardan” ve 47. maddeyi karşılayan 56. maddesinde ise “bedensel bütünlüğün zedelenmesinden” söz etmiştir.

BK’nun 46. maddesinde bedensel bütünlüğü ihlal edilen, yasanın ifadesiyle “cismani zarara” uğrayan kişinin maddi zararlarının tazmin edilmesini hükme bağlamıştır. Maddede maddi zararlara nelerin girdiği belirtilmiştir. Buna göre maddi zarar içerisine çalışma gücünün kaybedilmesi nedeniyle doğan zararlar (külliyet veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından doğan zararları) ileride ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararlar (ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyet) ile yeniden sağlığına kavuşması için yaptığı tüm masraflar girerler. TBK md.54 ise BK md.46’dan farklı olarak maddi zarar kalemlerini bentler halinde saymış, bunların arasına kazanç kaybını da eklemiştir.

BK md.46 (TBK md.54) bedensel bütünlüğün zedelenmesi halinde maddi zararı talep yetkisini bizzat haksız eyleme uğrayan kişiye yani bedensel bütünlüğü zedelen kişiye tanımıştır. Burada ölümden farklı olarak onun yakınlarının da bu yüzden uğradıkları zararların tazmin edilmesine yer vermemiştir. Buna göre bedensel bütünlüğün zedelenmesi halinde yansıma yoluyla maddi zarar gündeme gelmeyecektir. Bunun sonucu olarak haksız eylem sonucu yaralanan bir kişinin bir yakını ulaşım, taşıma, sağlık gideri gibi kendi adına yaptığı harcamaları haksız eylem failinden talep edemeyecektir. Fakat bu harcamaları haksız eylemin doğrudan mağduru adına temsilci sıfatıyla yapmışsa onun adına yaptığını kanıtlayarak talep edebilecektir Bu anlamda olmak üzere velayet altındaki bir küçüğün uğradığı haksız eylem sonucu onun velisi tarafından yapılan harcamalar bu gerekçe ile talep edilebilecektir.

Bedensel bütünlüğün zedelenmesi nedeniyle haksız eylemin doğrudan mağduru olan kişi zararın tazmin edilmesini talep yetkisine sahip olduğuna göre BK md.42/1 uyarınca, maddi bir zarara uğradığını ve zararının miktarını ispat etmekle yükümlüdür.⁷ Maddede sayılan zarar kalemlerinden tedavi giderleri; ağır bedensel zarara uğrayan kişinin haksız eylemden önceki sağlığına kavuşması için yaptığı tüm masraflarından oluşur. Kazanç kaybı; kişinin tedavi olduğu süreç içerisinde elde etme fırsatını kaçırdığı kazançları içerir. Çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan zararlar, kişinin haksız eylem neticesinde tamamen veya kısmen çalışma gücünü kaybetmesi sonucu, haksız eylem tarihinden muhtemel çalışabileceği tarihe kadarki tüm zararlarını kapsar. Ekonomik geleceğin sarsılması zararlarına ise çalışma gücü kayıp olsun ya da olmasın haksız eylem sonucu kişinin ekonomik geleceğinin olumsuz etkilenmesi nedeniyle (örneğin, bir ses sanatçısının yüzündeki sabit iz sonucu çalışma gücünü kaybetmemesine rağmen sahne alamaması gibi) uğradığı kayıplar girer.

Bir örnek vererek tüm bu zarar türlerini açıklayacak olursak; haksız bir eylem sonucunda kolunu kaybeden ressamın bu eylem sonucu yaptığı tüm tedavi giderleri yanında, kolunu kaybetmesi dolayısıyla artık bu mesleğini icra edememesinden kaynaklanan çalışma gücü kaybı zararları; bizzat doğrudan mağdur sıfatıyla talep edebileceği zarar kalemleridir. Aynı örnekte ressam kolunu kaybettiği için artık bu sanatını yerine getirememesi nedeniyle ekonomik geleceği sarsıldığı için bu yüzden doğan zararlarını da talep edebilecektir.

Ekonomik geleceğin sarsılması, çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesi konusunda hakim; değerlendirmesini, kaybettiği ya da yitirdiği uzvunun çalışma gücüne ne gibi bir etki sağladığına göre yapmak zorundadır. Örneğin, bir ses sanatçısının kolunu kaybetmesi neticesinde, görsel olarak sahne aldığı yerlerde izleyici sayısı azalabilir, konserleri azalabilir, konsere rağbet azalabilir. Bu durumda, çalışma gücü kaybından bahsedilmez; ancak ekonomik geleceğin sarsılmasından bahsedilebilir. Ancak, ses sanatçısının ses tellerini kaybetmesi sonucunu doğuran bir haksız fiile uğraması durumunda, talep edebileceği maddi

⁷ REİSOĞLU, S., age., s.205.

tazminat şüphesiz daha yüksek olacaktır. Zira, ses tellerini kaybetmesi halinde, çalışma gücünü yitirmiş olur, bu kayba bağlı olarak da ekonomik geleceği sarsılır.

Bedensel bütünlüğü zedelenen kişi bu eylem sonucu sağlığına kavuşmuşsa bu zararlar kendisinin doğrudan mağdur sıfatıyla uğradığı zararlardır. Burada yansıma yoluyla bir maddi zarardan söz edilemeyecektir. Ancak bu kişinin ölümü halinde uğradığı bu zararları mirasçılara intikal edecektir. Mirasçılardan bu zararları talep etmeleri yansıma yoluyla bir zarar olmayıp, doğrudan zarara uğrayan kişinin zarar ile ilgili alacak haklarının mirasçılara halefiyet ilkesi gereğince intikal etmesidir. O halde yansıma yoluyla zarar ile tazminat alacaklısının alacak hakkının bir başkasına miras gibi bir sebeple kanundan dolayı ya da BK md.162 gereğince temlik edilmesini birbirinden ayırt etmek gerekir. Bu verdiğimiz örnekte yansıma yoluyla zarar ancak bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin ölümü halinde, onun desteğinden yoksun kalanları için yansıma yoluyla maddi zarar, yakınları için ise yansıma yoluyla manevi zarar gündeme gelebilir.

4.1.1.2.2. Bedensel Bütünlüğün Zedelenmesi Halinde Manevi Zarar

BK md. 47 Bedensel bütünlüğün ihlal edilmesi (cismani zarar halinde) kişinin aynı zamanda uğradığı manevi zararlarının tazmin edilmesini hükme bağlamıştır. Bu maddenin yerini alan TBK md.56 bu durumda bedensel bütünlüğü zedelenen kişi dışında aynen ölüme olduğu gibi bu kişinin yakınlarının da ağır bedensel zarar olması koşuluyla uğradıkları manevi zararlarının tazmin edilebilmesine olanak tanımıştır. Bu nedenle konuyu aşağıda bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin kendi manevi zararı ile bu kişinin yakınlarının yansıma yoluyla manevi zararları ayırımına tabi tutarak incelemek gerekir.

4.1.1.2.2.1. Bedensel Bütünlüğü Zedelenen Kişinin Manevi Zararı

Bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin bu yüzden aynı zamanda manevi zararı doğacaktır. Bu zararın da tazmin edilmesi gerekir. Bu zarar kişinin doğrudan mağdur sıfatıyla uğradığı zarardır. Bunun sonucu olarak kişi kendi manevi zararını kanıtlamak suretiyle bunun tazmin edilmesini talep edebilecektir.

BK md.47 anlamında cismani zarar, TBK md.56 anlamında bedensel bütünlüğün zedelenmesi, kişinin maddi kişisel varlığına yönelik haksız eylemler

sonucu gerçekleşen zararlar dır. Bu anlamda olmak üzere kiŝini darp edilmesi, işkence ve şiddete maruz bırakılması, tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu yaralanması gibi eylemler sonucu uğranılan manevi zararlar buraya girer.

Bedensel bütünlüğün zedelenmesi sonucu ki manevi zarar kişinin doğrudan mağdur sıfatıyla uğradığı zarardır. Kişi haksız eylem sonucu sağlığına kavuŝtuđunda bu zararı talep ve dava etme hakkı kendisine aittir. Kişi bu haksız eylem sonucu sağlığına kavuŝmamıŝ ölmüşse, haksız eylem tarihinden ölüm tarihine kadarki dönemde doğan manevi zarar kendi mirasçılarına intikal edebilecektir. Bunun için TMK md.25 f.IV gereğince bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin hayatta iken manevi tazminat talebini ileri sürmüŝ olması gerekir. Bu koşul gerçekleŝmiŝse mirasçıların bu zararın tazmin edilmesini talep etmeleri de “yansıma yoluyla manevi zarar” değildir. Burada mirasçılar ölene ait olan “manevi tazminat alacağını” halefiyet ilkesi gereğince onun yerine geçerek elde etmektedirler. Bir başka ifadeyle burada manevi tazminat alacağının kanundan doğan bir temliki söz konusudur. Bir zarara ilişkin tazminat alacağına temliki yoluyla devir alan kişi yansıma yoluyla zarara uğrayan kişi olmayıp, alacağı devir alan kişidir. Ancak mirasçıların alacakları bununla sınırlı değildir. Mirasçılar bu durumda ölüm nedeniyle BK md.47 (TBK md.56 f.II) gereğince yansıma yoluyla manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilecekleri gibi, aşağıda ele alacağımız, bedensel bütünlüğün ağır zedelenmesi koşulu varsa bu nedenle de doğan kendi yansıma yoluyla manevi zararlarının da tazmin edilmesini talep edebileceklerdir.

4.1.1.2.2.2. Ağır Bedensel İhlaller Nedeniyle Yansıma Yoluyla Manevi Zarar

4.1.1.2.2.2.1. TBK’ndan Önceki Dönemde Bedensel Zarara Uğrayanın Yakınlarının Manevi Zararlarının Tazmin Edilmesi

TBK md.56 f.II’deki hüküm deđiŝikliđinden önce Türk-İsviçre Hukukları BK md.47’de (İBK md.47) bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınları için de ölüm halinde olduğu gibi manevi zararlarının tazmin edilmesine ilişkin bir düzenlemeye yer vermemiştir.

Benzer düzenlemenin, Alman Medeni Kanunu (B.G.E. & 844-845) tarafından da benimsendiği, bedensel bütünlüğün ihlalinde sadece haksız eylemin doğrudan mağdurunun manevi tazminat talep edebileceğinin kabul edildiği görülmektedir.

İsviçre’de “Sorumluluk Hukuku’nda Revizyon” (Vorentwurf eines Bundesgest) adı altında Borçlar Kanunu’nda değişiklikler getirmek isteyen bir Ön Tasarı hazırlanmıştır. TBK’nu hazırlayan komisyon büyük oranda bu Ön Tasarı’nın etkisinde kalmıştır. İsviçre Ön Tasarısı BK’nun 47. md.sinde “ağır bedensel zarara uğrayanların yakınlarının da manevi zararlarının tazmin edilmesi” yönünde bir hüküm değişikli öngörmüştür. Bizim 47. maddemiz aynen bu hükümden alınmıştır. Ancak İsviçre’de bu Ön Tasarı yasalasmamış ve İsviçre Adalet Bakanlığı tarafından geri çekilmiştir.

İsviçre Federal Mahkemesi uzun yıllar ölüm gerçekleşmediği sürece, bedensel zarara uğrayan kişilerin bu yüzden kendi manevi zararlarının da tazmin edilmesine sıcak bakmamış ve bu tür tazminat taleplerini reddetmiştir. Bu anlamda olmak üzere İsviçre Federal Mahkemesi “haksız eylem nedeniyle tazminat talep etme hakkı kural olarak sadece bu yüzden doğrudan doğruya zarar görenlere aittir. Bu eylem nedeniyle haksız eylemin yansıması sonucu dolaylı zarar görenler böyle bir talep hakkına sahip değildir”⁸ şeklinde bir görüş bildirmiştir. Federal Mahkeme bu görüşünü sonraki kararlarında da⁹ devam ettirmiştir. Federal Mahkeme’nin bu görüşü İsviçre öğretisinde de kabul edilmiştir.¹⁰

İsviçre Federal Mahkemesi 1986’dan sonraki içtihatlarında “bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin yakınlarının uğradıkları manevi zararın tazminini” BK md.49 hükmüne dayandırmak suretiyle kabul etmeye başlamıştır.¹¹ Buna göre

⁸ BGE, 57 II 181.

⁹ BGE, 63 II 21; 71 II 228; 82 II 38; 85 II 129; 99 II 223 ; 101 I b 252.

¹⁰ **OFTINGER, Karl.**(1969), *Haftpflichtrecht* Bd.14.Auflage, Zurich, s.64; **KELLER, M.**, *Haftpflicht im Privatrecht*, 3 Auf. s.41; **LANDOLAT, Hardy.**: *Angehörigenschaden : Reflex- oder Direktschaden-oder sogar beides* Swisslex, (HAVEx2009x3) s.1/9.

¹¹ BGE, 112 II 118 E.6; 220 E.2 (Karara konu olayda, karısının sakat ve yardıma muhtaç hale gelmesine sebebiyet veren bir ağır kaza sonucu kocasının kişilik hakkının ihlal edildiği kabul edilmiştir)

bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin yakınları bu haksız eylem nedeniyle kendi manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebileceklerdir. Burada yakınlar, haksız eylemin doğrudan mağduru nedeniyle yansıma yoluyla zararlarını değil, bizzat kendilerinin doğrudan zarar gören kişiler olarak manevi zararlarını talep edebileceklerdir.¹² Bu içtihatlar göre BK md.49'a dayanan manevi zarar, yansıma yoluyla zarar değil, doğrudan doğruya zarar görmeye dayanan bir zarardır.

Bizde de uzun yıllar bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının manevi zararlarının BK md.47 hükmünde bir düzenleme bulunmaması nedeniyle tazmin edilemeyeceği kabul edilmiştir.¹³ Yargıtay da, Federal Mahkeme gibi, daha sonraki içtihatlarında bedensel bütünlüğü zedelenen kişilerin yakınlarının manevi zararlarının tazmin edilmesini BK md.49 hükmüne dayandırmaya başlamıştır. Yargıtay bu içtihatlarında, yakınların bu konudaki manevi zararlarının tazmin edilmesi gerekçesini “duygusal ve duygusal değerlerin ihlali”ne dayandırmaktadır. Yargıtay 4. H.D. bazı kararlarında çocuklarının ırzına geçilmesi nedeniyle anne ve babanın da manevi tazminat talep edebileceğini kabul etmiş, bunu küçüğün ırzına geçme eyleminin aile bütünlüğü aleyhine işlenen bir haksız eylem olarak yorumlamıştır.¹⁴ Bedensel saldırıya uğrayan kişilerin yakınlarının da BK md.49 hükmüne dayanarak manevi zararlarını talep edebilecekleri yönündeki bu görüşünü Yargıtay diğer kararlarında da tekrar etmiştir.¹⁵

Yargıtay H.G.K.'nda 16.02.2010 tarihli ilginç bir kararında bedensel bütünlüğü ihlal edilenlerin yakınlarının manevi zarara uğrayabileceklerini ve bu zararlarının BK md.49 hükmüne dayandırılabilirliğini kabul etmiştir. Bu karara konu olan olayda “Kangal cinsi bir köpeğin, misafirliğe gelen kişilerin 9 yaşındaki

¹² **ÖZEL, Ç.**, agm., s.103.

¹³ Yarg. 4. H.D. 4.5.1967, 3865 K ; 14.2.1966 1733 K ; 6.2.1974, K.486 ; Yarg. 4 H.D. 17.9.2001, E. 2001/4012 ; K. 2011/8028 ; Yarg. 21 H.D. 12.6.2003, E,2003/4754, K. 2003/5612 ; Yarg. 4 H.D. 16.9.2008, E.2007/11865, K. 2008/10369 ; Yarg. H.G.K.. 20.06.1973, E.971/4-243 K.523 ; **KARAHASAN, M.R.**, age., s.76., dip not: 23.

¹⁴ Yarg. 4. H.D. 14.11.1985, E.8730,K.9329 ; Yarg. 4.H.D. 16.10.1979, E.6924,K.11432 ; **UYGUR, T.**, age., s.2417,2418. ; Yarg. 4 H.D.21.12.1989 E.11538,K.9884; **UYGUR, T.**, age., s.2418,2919. (Olayda bir çocuğa karşı fiili livata sonucu anne ve babanın manevi tazminat talebi söz konusudur)

¹⁵ Yarg. 4. H.D. 31.3.2010, E.2009/7006, K.2010/3708 (YKD. C.36, S.9, Eylül 2010), Y.H.G.K.. 2.12.1987-4-214/894 (Y.K.D. 1988/4, S. 463) ; Y.H.G.K.. 26.4.1995,11-122/430 (Y.K.D. 1995/10, S. 1520).

çocuklarının yüzünde sabit iz kalacak şekilde yaraladığı, çocuğun bu olayda büyük acı çektiği, uyuyamadığı, anne ve babasının gerek hastanede gerekse evde bu acıya tanık oldukları bundan dolayı büyük üzüntü yaşadıkları sabittir.

Yargıtay anne ve babanın açtığı manevi zararlarının tazmini davasını mahkeme reddetmiştir. Bozma kararı üzerine Mahkeme'nin direnme kararı karşısında Yargıtay H.G.K. "Gerek BK md.47'deki cismani zarar kavramından, gerekse BK md.49'daki kişilik hakları kavramından yola çıkılsın, tüm bu olayların anne babada manevi zarar doğuracağı açık olduğundan, davacı anne ve baba da bir miktar manevi tazminata hak kazanacaktır" gerekçesiyle Mahkeme'nin direnme kararını bozmuştur.¹⁶

Öğretide de bedensel (vücut) bütünlüğünün ihlal edilmesinin zarar gören kişinin yakınlarının sinir ve ruh sağlığını bozmuş ve bu ihlal sonucunda bu kişilerin ruh sağlığında bir bozulma meydana gelmişse, meydana gelen bu zararın uygun illiyet bağı ve ihlal edilen normun koruma amacı çerçevesinde kalan zararların da doğrudan doğruya manevi zarar olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹⁷

Gerek Federal Mahkeme'nin gerekse Yargıtay'ımızın bu konudaki çözümlerinin zorlama yorumlara dayandığını kabul etmek gerekir.¹⁸.Gerçekten de BK md.49 hükmü maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların ihlali nedeniyle manevi tazminata ilişkindir. Bu anlamda olmak üzere bu maddenin uygulanabilmesi için kişinin maddi nitelikte olmayan şeref haysiyet, özel yaşam, isim, resim, özgürlükler gibi değerlerine bir saldırı gerekir. Bir kimsenin yakınının bedensel bütünlüğüne yönelik bir saldırı söz konusu olduğunda BK md.49'un uygulanması için, bu kişinin sözü edilen hangi kişisel değerleri ihlal edilmektedir?

¹⁶ Y.H.G.K. 17.02.2010 E.2010/4-77, K.2010/82, Ankara Barosu Dergisi, Yıl.68, Sayı 2010/2.

¹⁷ **ŞAHİN, Ayşenur** (2001), "*Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini*", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.XV, Sayı.2 ,s.149.; **KARAHASAN, M.R.**, age., s.69.

¹⁸ **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.425,426.

4.1.1.2.2.2.2. Getirilen Değişiklik ve Gerekçesi

Yukarıda açıklamış olduğumuz gibi BK’nda maddi kişisel varlıkların ihlaline neden olan haksız eylemlerde yansıma yoluyla zarara sadece ölüm halinde yer verilmiştir. Bu anlamda olmak üzere 45. madde ölüm halinde yansıma yoluyla maddi zararın (destekten yoksun kalma zararının), 47. madde ise ölenin ailesinin yansıma yoluyla manevi zararının tazmin edilmesine olanak tanımıştır. Madde “Ağır bedensel zarar halinde, zarar görenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir.” hükmünü getirmiştir.

Bu değişiklik Avrupa Birliği Avrupa Komisyonu’nun 1995 yılında almış olduğu tavsiye kararına uygundur. Bu kararda bedensel bütünlüğü ihlal eden haksız eylemlerde, bu kişilerin yakınlarının da manevi tazminat haklarının tanınması öngörülmüştür.

Yasanın böyle bir değişikliğe gitmesinin nedenleri md. gerekçesinde şu şekilde açıklanmaktadır: “Tasarının 55. maddesinin ikinci fıkrası, bedensel zararlara ilişkin olmak üzere, 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda yer verilmeyen, yeni bir hükümdür. Öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler göz önünde tutularak, hâkimin sadece ölüm hâlinde değil, ağır bedensel zararlarda da zarar görenin yakınlarına, manevî tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verebileceği kabul edilmiştir. Ayrıca, 818 sayılı Borçlar Kanununda, ölüm hâlinde, “ölünün ailesi” yararına olmak üzere manevî tazminata karar verilebileceği öngörüldüğü hâlde, Tasarıda “ölenin yakınları” yararına olmak üzere manevî tazminata karar verilebileceği belirtilerek, hükmün kapsamı genişletilmiştir”.

Yasa koyucu “ağır bedensel zarar halinde zarar görenin yakınlarının da manevi zararlarının tazmin edilmesi gerektiğini “öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmelerin göz önünde tutulması” olarak ifade etmiştir.

4.1.1.2.2.3. Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Yansıma Yoluyla Manevi Tazminatın Koşulları

TBK md.56 f.II hükmünden hareketle böyle bir tazminat talep edebilmenin koşullarını şu şekilde sıralamak mümkündür.

4.1.1.2.2.3.1. Bedensel Bütünlüğü Zedelenmesi

Haksız eylem sonucu kişinin maddi kişisel varlığını oluşturan beden ya da vücut bütünlüğüne bir saldırı olmalı TBK'nun ifadesi ile "bedensel bütünlük zedelenmelidir". Bedensel bütünlüğün zedelenmesi kişinin vücut bütünlüğünün kast ya da ihmale (tedbirsizlik veya dikkatsizlik sonucu) dayanan bir eylem sonucu saldırıya uğraması şeklinde gerçekleşir. Bu saldırının kişinin bedensel bütünlüğünde bir değişikliğe yol açması, bir iz bırakması şart değildir. Saldırı kişiye karşı şiddet uygulamak, yaralamak, darp etmek, hırpalamak, işkence yapmak gibi eylemler şeklinde olabilir.

Burada önemli olan kişinin maddi kişisel varlığı olan bedenine yönelik bir eylemin olmasıdır. Kişinin bedenine yönelik bir eylem yoksa bu durumda BK md.47 (TBK md.56) değil, BK md.49 (TBK md.58) hükmünün uygulanması gündeme gelebilir. Bu anlamda olmak üzere kişinin bedensel bütünlüğüne saldırı teşkil etmeyen şeref ve haysiyetine, özel yaşamına, ismine, resmine, özgürlüklerine yönelik haksız eylemler buraya girmezler.

4.1.1.2.2.3.2. Bedensel Bütünlüğün Ağır Bir Şekilde Zedelenmesi

Yasa bunu "ağır bedensel zarar" şeklinde ifade etmiştir. Aslında bununla ifade edilmek istenen husus "kişinin bedensel bütünlüğüne yönelik saldırının ağır" olmasıdır. Zarar bu eylemin sonucudur. Saldırı ağır ise zarar ağır olmasa dahi bu hüküm uygulanabilir.

Maddenin getirdiği bu koşul karşısında karşımıza önemli bir hukuksal sorun ortaya çıkmaktadır. Bu sorun da şudur. Acaba bedensel bütünlüğe yönelik hangi saldırılar ağırdır hangileri hafiftir? Bir kimsenin anne ve babasının gözlerinin önünde kolunun bükülerek yerlerde sürüklenmesi ağır bir saldırıdır. Aynı örnekte aynı kişiye bir tokat atılması ağır sayılmayacak mıdır? Bir bayanın sokak ortasında böyle bir eyleme uğraması birinci örnek kadar ağırdır kanısındayım.

Yasa koyucu bu düzenlemesi hafif yaralamalar ile ağır yaralamaları, işkence ile basit tokadı birbirinden ayırt etmek mi istemiştir? Maddenin gerekçesinden bu

soruların yanıtını bulmak mümkün değildir. Kılıçoğlu¹⁹ bu düzenlemenin gerekçesinin şu olabileceğini açıklamaktadır: “Yasa koyucu her bedensel bütünlüğe yönelik saldırı halinde onun yakınlarına manevi zararın tazmin edilmesini talep yetkisini vermemek, bunu bedensel saldırının “ağır” olması koşuluna bağlayarak sınırlandırmak veya bu anlamda zorlaştırmak istemiştir”

Madde bu haliyle yasanın yürürlüğe girmesinden sonra “hangi bedensel bütünlüğü zedeleyen eylemlerin ağır hangilerinin hafif olduğu” tartışmasını gündeme getirecektir. Ancak her durumda kişiyi öldürmeye teşebbüs, kişinin işkenceye tabi tutulması, kişinin sakat kalmasına sebebiyet verilmesi, kişinin sakat kalmamasına karşılık şeklinin değişmesi (çehrede sabit iz gibi); kişinin kaçırılması ve ırzına geçilmesi, tecavüze teşebbüs edilmesi gibi hallerde bu saldırın ağır olduğunu kabul etmek gerekir.²⁰

4.1.1.2.2.3.3. Bedensel Bütünlüğü Zedelenen Kişinin Bir Yakınının Tazminat Talebi

TBK md.56 gereğince manevi tazminat talep hakkı da ölümden olduğu gibi bedensel bütünlüğü zedelenen kişinin “yakınlarına” tanınmıştır. Yakın kavramı ile yukarıda yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. Bu anlamda olmak üzere buradaki yakın kavramına, bedensel bütünlüğü zedelenen kişi ile yakın duygusal ilişki içinde olanlar girebilir. Yakın duygusal ilişkinin varlığı kan bağına bağlı değildir. Kişinin çok yakın kan bağı ile bağlı olduğu fakat düşman olduğu, buna karşılık kan bağı bulunmadığı halde “uğruna her türlü fedakarlığı yapabilecek kadar duygusal” olduğu kişiler olabilir. Örneğin, evli oldukları halde karşılıklı olarak boşanma davası açmış olan ve açtıkları davada birbirlerine etmedik hakaretleri bırakmayan ya da senelerden beri yüzünü görmediği evladını bu yüzden mirasçılıktan çıkarma vasiyeti ile dışlayan baba örneğinde aile ve kan bağı ilişkisi “yakınlık” için ölçü olmamaktadır. Bu nedenle somut olayda bedensel bütünlüğü zedelenen kişi ile aile ya da kan bağı ölçüsünden hareket edilmemelidir. Bu anlamda olmak üzere bedensel bütünlüğü ağır şekilde zedelenen kişinin nüfus kayıt örneği tek başına bir ölçü olmamalı, bunun yanında bu kişi ile manevi zarara

¹⁹ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.426.

²⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.426.

uğradığını iddia eden davacı arasında dostluk, samimiyet ve yakın duygusallık bulunmalıdır.

4.1.1.2.2.3.4. Haksız Eylemin Diğer Unsurlarının Bulunması

Yukarıdaki koşullar özel koşullardır. Kuşkusuz bu özel koşullar yanında bu hükmün uygulanabilmesi için haksız eylemin genel unsurlarının da bulunması zorunludur. Zira TBK md.56, BK md.49 vd.da yer alan haksız eylem sorumluluğunun bir sonucudur.

Haksız eylemin genel unsurları BK md.41'den (TBK md.49) çıkartılabilir. Bunlar incelememizle ilgili genel konulardır. Bu nedenle aşağıda detaya girmeden kısaca özetlemek mümkündür.

-Eylem: Eylem olmadan sorumluluk doğmaz. Eylem kişinin bir aktif eylemi (olumlu eylem, icrai fiil) ya da pasif eylemi (olumsuz eylem, kaçınma) şeklinde gerçekleşebilir.²¹Trafik kazası sonucu ölüm ya da yaralama; hatalı tıbbi tedavi ve teşhiste bulunma sonucu hastaya zarar verme olaylarında aktif eylem söz konusudur. Buna karşılık bir işverenin gerekli iş güvenliği önlemlerini almaması (kaçınma) sonucu işçinin ölümü ya da yaralanmasında pasif eylem söz konusudur. Yansıma yoluyla zararda eylem, doğrudan mağdura yönelmiş, üçüncü kişi dolaylı zarar gören kişi olmalıdır. Eylem doğrudan üçüncü kişiye yönelmişse yansıma yoluyla zarar değil, doğrudan zarar gören söz konusudur. Eylem aynı zamanda doğrudan birden fazla kişiye yönelmişse bu durumda bu kişilerin tamamı doğrudan doğruya zarar görenlerdir. Örneğin, bozuk gıdayı satın alan birden fazla kişi bundan zehirlenmişse, bunların tamamı doğrudan doğruya zarar görenlerdir. Bunlar arasında ölenlerin desteğinden yoksun kalanlar yansıma yoluyla maddi zarara, yakınları ise yansıma yoluyla manevi zarara uğrayan kişilerdir.

-Hukuka Aykırılık: Yansıma yoluyla zarardan söz edebilmek için eylemin hukuka aykırı olması gerekir. BK md.41 bunu "haksız" TBK md.49 ise bunu "hukuka aykırı" sözcükleri ile ifade etmiştir. Buna göre eylem haklı ya da hukuka uygun ise sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Yansıma yoluyla zarar doğrudan zarar görenin zarar görmesi koşuluna bağlı bir zarar olduğundan, eylemde hukuka

²¹ **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.264. vd.

uygunluk sebebi varsa, doğrudan doğruya zarar gören olamayacağına göre yansıma yoluyla zarar gören kişi de olmayacaktır. O halde somut olayda eylemin hukuka uygunluk sebebinden yararlanıp yararlanmadığına bakmak gerekecektir. BK md.52 muz hukuka uygunluk sebeplerini hükme bağlamıştır. Burada meşru müdafaa, zaruret hali, hakkını korumak için kuvvet kullanma halleri hukuka uygunluk sebebi olarak sayılmıştır.

TBK'nun 64. maddesinde 52. maddesindeki hukuka uygunluk sebeplerine, TMK'nun 24. maddesinin II. fıkrasındaki hukuka uygunluk sebeplerini de alarak tekrar etmiştir. Buna göre yasal yetkinin kullanılması, rıza, üstün nitelikte özel yarar, kamu yararı zaten TMK'nda kişilik haklarının korunması açısından hukuka uygunluk sebepleri olarak sayılmışken, bunlar 64. maddeye alınmak suretiyle genel hukuka uygunluk sebebi haline getirilmiştir.

Bu açıklamalarımızın bir sonucu olarak eylemde yukarıdaki hukuka uygunluk sebeplerinden biri mevcut ise doğrudan zarar görenin dava hakkı olmayacağı gibi, yansıma yoluyla zarar görenin de böyle bir hakkı olmayacaktır.

-Kusur: Türk-İsviçre Hukuklarında sorumluluk hukukunda ana kural “kusur sorumluluğu” dur. Ancak bu kuralın istisnaları olan “kusursuz sorumluluk hallerine” de yer verilmiştir. Buna göre yansıma yoluyla zarar sadece kusur sorumluluğunda değil, kusursuz sorumluluk hallerinde de doğabilir. Bu anlamda olmak üzere adam çalıştıranın (BK md.55, TBK md.66); hayvan bulunduranın (BK md.56, TBK md.67); bina ve inşa eseri sahibinin (BK md.58, TBK md.69) ; 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu md. 85 gereğince motorlu araç işletenin kusursuz sorumluluğunun söz konusu olduğu hallerde de yansıma yoluyla zarar gündeme gelebilir.

-Zarar ve İlliyet Bağı: Bu konuları yukarıda ele aldığımızdan burada tekrar edilmeyecektir.

4.1.2. Maddi Nitelikte Olmayan Kişisel Varlıkların İhlali Halinde Manevi Zarar (BK md.49)

4.1.2.1. Maddi Nitelikte Olmayan Kişisel Varlıklar

Maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklar beden (vücut) bütünlüğü yani cismani varlık dışında kalan kişisel değerlerin tamamını ifade eder. Bunlar, beden bütünlüğünden farklı olarak elle tutulmayan, gözle görülmeyen kişisel varlıklar ya da değerlerdir. Bu nedenle bunlara manevi kişisel varlıklar ya da değerler de demek mümkündür.

Maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklar sınırlı sayıda değildir. BK md.49 “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı bir şekilde tecavüze uğrayan kişi” den söz etmektedir. Bunun yerini alan TBK md. 58 şahsiyet hakkı yerine “kişilik hakkı” kavramını kullanmış ve “kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören” kişiden söz etmiştir. Her iki halde de yani ister “şahsiyet hakkı” ister “kişilik hakkı” kavramı kullanılsın, bu hakkın kapsamına nelerin girdiği yasada belirlenmiş ve sayılmış değildir. Kişilik hakkını oluşturan tüm varlıklar (değerler) buraya girer. Bugün bu değerlere şeref haysiyet, özel yaşam, özgürlükler, isim, resim, sır yaşamı gibi değerlerin girdiği tartışmasıdır. Ancak zaman içinde bu değerlere başka yeni kişisel değerlerin girmesi de mümkündür.

4.1.2.2. Maddi Nitelikte Olmayan Varlıkların İhlalinde Yansıma Yoluyla

Zarar

BK md. 47 (TBK md.56) hükmünün aksine BK md.49’da (TBK md.58) kişilik hakkı ihlal edilenin “yakınlarının da” manevi zarara uğrayabileceği ve bunun tazmin edilmesini talep edebilecekleri yönünde bir hüküm mevcut değildir.

Yasada yansıma yoluyla zarara yer verilmemesi karşısında manevi kişisel varlıkları ihlal edilenin yakınlarının yansıma yoluyla zarar iddiasıyla manevi tazminat talep etmeleri mümkün olmayacaktır. Buna göre bir kişinin manevi kişisel değerlerine yönelik saldırı ne kadar ağır olursa olsun, yakınları bu yüzden yansıma yoluyla zarar iddiasıyla tazminat talebinde bulunamayacaktır.

Yukarıda BK md.47 de bedensel bütünlüğün ağır ihlali nedeniyle ancak doğrudan doğruya zarar görenlerin manevi tazminat talep edebileceklerine,

yakınları için maddenin böyle bir dava açma hakkına yer vermediğini açıklamış idik. İsviçre Federal Mahkemesi'nin uzun yıllar maddeyi bu şekilde yorumladığını ancak daha sonraki içtihatlarında bu sorunu BK md.49 hükmünden hareketle aşmaya başladığını belirttik. Buna göre İsviçre Federal Mahkemesi bir kimsenin ağır bedensel zarara uğraması halinde kendisinin BK md.47 gereğince onun yakınlarının ise BK md.49 gereğince manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebileceğini kabul etmektedir.

Biz de Yargıtay aynı yorumu ve yöntemi benimsemeye başlamıştır. Ancak TBK md.56 f.II hükmü ile bu sorun aşılmış ve bu önemli sorun bu tür yorumlara bırakılmamış, yasa açıkça “ağır bedensel zarar halinde zarar görenin yakınlarının da manevi zararlarını talep edebilmelerine” olanak tanımıştır.

BK md.47'yi karşılayan TBK md.56 f.II ile “ağır bedensel zarar görenlerin yakınları” için aşılın bu sorun BK md.49 için devam etmektedir. Bu anlamda olmak üzere bir kimsenin şeref haysiyet, özel yaşam, sır yaşamı, resmi ya da ismine tecavüz ne kadar ağır olursa olsun, bu nedenle zararın tazmin edilmesini talep yetkisi doğrudan zarar görene aittir. Bu kişinin yakınları bu saldırıdan ne kadar ağır etkilenirse etkilensinler “ yansıma yoluyla zarar” gerekçesine dayanamayacaklardır.

TBK md.56, eski 47.maddedeki bu sorunu çözümlerken, manevi kişisel varlıklara ağır saldırılar halinde “yakınların” manevi tazminat talebini çözümsüz bırakmıştır. Kılıçoğlu, yasa koyucunun iki madde arasında bu ayrımın yapılmasını eleştirmekte, bazen maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklara yönelik bir saldırı, saldırıya uğrayanın yakınları için, bedensel bütünlüğe yönelik saldırıdan daha ağır olabileceğini, bu nedenle yasa koyucunun TBK md.56 f.II deki “yakınlar için yansıma yoluyla zararlarını talep hakkının” TBK md.58'de de maddi nitelikte kişisel varlıkları ihlal edilen kişinin yakınları için de tanımak gerektiğini savunmakta ve bu konuda şu örnekleri vermektedir. “A isimli kişi hakkında medyada günlerce yüz kızartıcı bir suçun faili, başkasına tecavüz eden kişi, evli olduğu halde, başkaları ile gelişigüzel cinsel ilişkilere girdiği yönündeki

açıklamalar, bu kişiye yapılan işkence kadar onun yakınlarının manevi zararına neden olabilmektedir”²²

Bu açıklamalarımızla, TBK md.58 (BK md.49) ile TBK md.56 f.II arasındaki farkı ortaya koymuş bulunmaktayız. Buna göre BK md.49’da ve TBK md.58’de maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların ihlali nedeniyle yansıma yoluyla zarar kavramına ve bu zararın tazmini olanağına yer vermemiştir. Bu açıklamalarımızla maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklara yönelik ağır saldırılar halinde, saldırıya uğrayan kişinin yakınlarının BK md.49’daki koşullar mevcut ise bizzat kendilerinin doğrudan doğruya zararlarının tazmin edilmesini talep edemeyeceklerini ifade etmiyoruz. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay nasıl ki BK md.47’de hüküm bulunmaması karşısında, ağır bedensel zarar halinde saldırıya uğrayan kişilerin yakınlarının BK md.49 hükmüne dayanarak manevi zararlarının tazmin edilmesini kabul etmekte ise, aynı durumun maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklara ağır saldırılar için de kabul edilmesi gerekir. Bu anlamda olmak üzere bir kimsenin şeref haysiyet, özel yaşam, isim, resim, özgürlükler gibi kişisel varlıklarına ağır saldırılar olduğunda, bunların yakınlarının da kendi doğrudan doğruya manevi zararlarının tazmin edilmesini talep etmeleri mümkün olmalıdır.

Yargıtay 4 H.D. 1983/6461E., 1983/7681K. Sayılı kararında, bir babanın kızına yönelik aşağılayıcı açıklamalar nedeniyle açtığı davada “açıklamanın henüz kişilik hakkını bozucu niteliğe ulaşmadığı” gerekçesiyle manevi tazminat talebini reddetmiştir. Karara konu olan olayda davalı taraf, davacı babanın kızına “Aydın’a, Recep öğretmenle kırıştırmaya gittin” şeklinde ithamda bulunmuştur. Yargıtay bu ithamın “aile fertlerinin kişilik hakkını bozucu niteliğe ulaşmamıştır” gerekçesiyle tazminat talebini reddetmiştir.

Yargıtay’ın bu yorumundan kişilik hakkına saldırı “aile fertlerinin kişilik hakkını bozucu niteliğe ulaştığında” tazminat talep edilebilecektir. Bundan, Yargıtay’ın BK md.49 hükmüne dayanan saldırılarda saldırıya uğrayan kişinin aile fertlerinin de manevi tazminat talep edebileceğini, ancak bunun “aile

²² KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.426.

fertlerinin kişilik hakkını bozucu niteliğe” ulaşması gerektiği, yani saldırının ağır olması şartını aradığı sonucuna varılabilir.

O halde bir bayan hakkında günlerce basın yoluyla namusunu ve sır alanına ilişkin yapılan yayın karşısında anne ve babasının, hatta kardeşlerinin de bu eylem nedeniyle BK md.49 hükmünden yararlanarak tazminat talep etmelerini kabul etmek gerekir. Kuşkusuz bu çözüm tarzı zorlamaya dayanan ve karşımıza illiyet bağı sorununu getiren, haksız eylemin ancak yöneldiği kişiye karşı sorumluluğa neden olması gerektiğine ilişkin genel ilkeleri tartışmaya açan bir çözüm tarzıdır. Olması gereken hukuk bakımından bu sorunun çözümü Kılıçoğlu'nun önerdiği gibi TBK md.56 f.II'deki hükme benzer bir hükmün TBK md.58'de de kabul edilmesine bağlıdır.

4.1.2.3. Ölülere Yönelik Saldırılarda Yansıma Yoluyla Zarar

Ölümlere yönelik saldırı, cesede saldırı ve ölenin maddi nitelikte olmayan kişisel değerlerine saldırı şeklinde gerçekleşebilir. Her iki halde de ölen kişi açısından bir zarardan söz edilemez. Zira TMK md.28 f.I gereğince kişilik ölümle son bulmuştur.

İsviçreli hukukçu Riklin, Alman Hukuku'nda bazı yazarların savunduğu görüşü benimsemekte ve ölümle birlikte kişilik haklarının tamamen sona ermediğini, başkalarının değer yargılarına dayanan şeref haysiyet ve varlıklarının, ölümle birlikte sona ermeyen kişisel varlıklardan olduğunu savunmaktadır²³.

İster cesede, ölenin mezarına, fotoğraflarına, anıtına ya da heykeline fiili saldırı olsun ister ölenin sağlığındaki maddi nitelikte olmayan kişisel değerlerine ölümünden sonraki saldırılar olsun ölenin doğrudan doğruya zarar görmesinden söz edilemez. Bir başka ifadeyle bu durumda haksız eylem nedeniyle doğrudan mağdur söz konusu değildir. Bu durumda ancak ölenin yakınlarının ya da ölen liderlerle manevi bağları bulunan kişilerin maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarının ihlali gündeme gelebilir. Bir başka ifadeyle ölüye yönelik saldırılarda

²³ **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**(2008), Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılardan Hukuksal Sorumluluk, s.433

ölenin yakınları, ölünen zararının değil, kendi kişilik hakkına yönelik saldırıdan doğan zararlarının tazmin edilmesini talep ederler.²⁴

Ölene yönelik saldırılar nedeniyle zarar görenleri “ölenin yakınlarının zararı” ve “liderlerle manevi bağları olanların zararı” ayırımını yaparak ele almak gerekir.

4.1.2.3.1. Ölenin Yakınlarının Zararı

Bir kimsenin ölenin sağlığındaki kişisel değerlerine yönelik saldırılarda haksız eylem ölene yöneliktir. Ancak bu saldırı nedeniyle ölenin yakınlarının da zarar görmesi mümkündür. Ölenin yakınları, haksız eylemin dışında kalan fakat bundan etkilenen, bu eylemden dolayısıyla, yani yansıma yoluyla zarar gören kişilerdir. Örneğin, ölen kişinin “hırsız, sahtekar, yalancı, katil, namussuz” olduğu yönündeki açıklamalar, ölenin sağlığındaki kişisel değerlerine saldırı teşkil ederler. Bu saldırılar nedeniyle ölenin yakınları yansıma yoluyla saldırıya uğrar. Buna göre ölenin yakınlarının bu şekilde dolayısıyla uğradıkları zararlar için BK md.49 (TBK md.58) hükmünün uygulanması gündeme gelecektir.

Ölenin yakınlarının kimler olduğu her somut olaya göre değerlendirilir. Bunlara yakından bağlı kişiler konusunda 5237 sayılı TCK md.131/f.II’de belirlenen ve ölümlerin anısına yönelen saldırılardan dolayı şikayet hakkına sahip olan kişiler²⁵ ölçü alınabilir. TCK md.131 “Soruşturma ve kovuşturma koşulu” kenar başlığı altında şu hükümleri içermektedir:

“Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç, hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması mağdurun şikayetine bağlıdır.

Mağdur, şikayet etmeden önce ölürse, veya suç ölmüş olan kişinin hatırasına karşı işlenmiş ise, ölenin ikinci dereceye kadar üstsoy ve altsoyu,eş veya kardeşleri tarafından şikayette bulunulabilir”.

²⁴ **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, s.433. ; **BGE** 101 II 191; Yarg. 4 H.D.12.06.2003 E.2002/13802, K.2003/7704 (yayımlanmamıştır)

²⁵ **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk , s.445.

TCK'nun bu hükmü suç teşkil eden eylemlerde şikayet hakkı ile ilgilidir. Bu nedenle ölümlere karşı işlenen haksız eylemlerde, bu yüzden manevi tazminat talep eden kişinin "yakınlığının" tayininde TCK md.131 tek başına bir ölçü olamaz. Bu maddede sayılan kişilerin manevi tazminat talebi haklı bulunmayacağı gibi, bu maddede sayılmayan kişilerin manevi tazminat talebinde bulunması mümkündür.

Yukarıda BK md.49 açısından yansıma yoluyla zarar konusunda yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. BK md.49 TBK md.56 f.II'den farklı olarak saldırıya uğrayanın yakınlarının zararının tazmin edilmesi hükmüne yer vermemiştir. Bu durumda ölenin yakınlarının uğradıkları manevi zararın tazmin edilmesi konusunda ancak BK md.49 hükmüne dayanılmak suretiyle doğrudan doğruya zarar gören kişi olarak değerlendirilmesi gerekir. Buna göre ölene yönelik saldırı karşısında onunla yakınlığını ve duygusal bağlılığını kanıtlan yakınları BK md.49 gereğince manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilmelidir. Yargıtay uygulaması bu yöndedir.

4.1.2.3.2. Ölmüş Liderlerle Manevi Bağları Olanların Zararı

Ölmüş liderler, dinsel ve siyasi açıdan topluma ya da toplumlara mal olmuş kişiler olabileceği gibi, sanat, bilim, spor gibi alanlarda da lider sayılan kişiler olabilir. Bu anlamda, kişilerin dini ya da (peygamberine, ünlü din alimlerine gibi) siyasi (Atatürk'e; ölmüş olan siyasi parti liderine gibi) lider saydıkları ölümlere yönelik saldırılar buraya girebilir. Bu tür kişilerin sağığındaki kişisel değerlerine ve anılarına yönelik saldırılarda, ölmüş kişilerin yakınları olmayıp, ölmüş kişiyle arasında manevi bağları bulunan kişilerin manevi tazminat talepleri gündeme gelebilir.

Bu tür saldırılarda haksız eylem ölmüş olan topluma mal olmuş liderlere yöneliktir. Bu kişilerle tarihsel ve manevi bağları olan kişiler ise üçüncü kişilerdir. Bu nedenle de yansıma yoluyla zarar gören kişilerdir. Ancak BK md.49, TBK md.56 f.II'den farklı olarak yukarıda açıkladığımız gibi yansıma yoluyla zarara yer vermemiştir. Bu durumda bu kişilerin bu md. gereğince ancak doğrudan doğruya zarar gören olarak ele alınması ve bu koşullar varsa davacı olabilmeleri mümkündür.

BK md.49 gereğince böyle bir manevi zarardan söz edebilmek için ele alınması gereken öncelikli sorun ölmüş olan bu kişilerle manevi ve duygusal bağların olmasıdır. O halde her somut olaya göre manevi zarar iddiasında bulunan kişinin, saldırıya uğrayan kişiyle olan manevi ve duygusal bağlarına göre karar vermek gerekecektir.

Bu konuda Atatürk'e hakaret ile ilgili olarak Yargıtay 4. H.D.'sinin verdiği karar önem taşımaktadır. Karara konu olan olayda T.B.M.M.'ne bir önerge veren milletvekilinin Atatürk'e hakaret etmiştir. Bu nedenle eski öğretim üyesi ve Türkiye Barolar Birliği Başkanı sayın Prof.Dr.Eralp Özgen bu olaydan üzüntü duyduğunu belirterek manevi tazminat davası açmıştır. Mahkeme davayı davacının dava ehliyeti bulunmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Yargıtay 4. H.D. ise konuyu "matufiyet" açısından ele almış ve bu red kararını bozmuştur. Bozma gerekçesinde aşağıdaki ifadeler önem taşımaktadır:

"matufiyet iki yönle gerçekleşmiş olur. Birincisi, doğrudan kişilik haklarına saldırıdır, Atatürk'e söylenen sözler bakımından bireylerin dava açamamaları, o toplumun küme niteliyle ilgilidir. Olayda büyük Türk ulusu ve onun bireyi olma söz konusudur. İkincisi, Atatürk'e yönelik sözler dolayısıyla kişilik haklarına saldırıdır. Atatürk'ün doğum yerinin Selanik olması ve kendisini kanunla Ata ilan etmesi, küçültücü bir olgu olarak ele alınmıştır. Anayasa'nın 176. maddesinde gereğince başlangıç kısmı, Anayasa metni kapsamındadır. Başlangıç kısmının üç, on ve on birinci paragrafları şöyledir: Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılap ve ilkeleri doğrultusunda anlaşılacak, uygulanmak üzere ve sözüne ve ruhuna bu yönde saygı ve mutlak sadakatle yorumlanıp uygulanmak üzere, Türk Milleti tarafından demokrasiye aşık Türk evlatlarının vatan ve millet ve sevgisine emanet ve devdi olunur.

Anayasa, bayrakta olduğu gibi Atatürk'ün Türkiye Cumhuriyetindeki yerini belirlemiş, Türk evladı ile bağlantısını kurmuş ve O'na karşı görevlerini ise vatan ve millet sevgisine emanet etmiştir. Böylece, Anayasal bağlantıyla ve yukarıda

açıklanan nedenle davacı, Atatürk konusunda aktif husumet ehliyetine sahip olmaktadır²⁶

Yargıtay Atatürk gibi bilinen ve ünlü kişilerin kişilik hakkına yönelik saldırı nedeniyle bu kişilerle manevi bağları olan kişilerin manevi zarar taleplerini matufiyet açısından ele almıştır. Bu doğru değildir. Matufiyet kavramı aşağıda ele alacağımız gibi, bir haksız eylemin yöneldiği kişinin kimliğinin açıkça belli edilmediği halde, eylemin bu kişiyle ilgili olup olmadığı sorudur. İnceleme konusu olan olayda haksız eylemin yöneldiği kişi bellidir. Olayda bu kişi Atatürk'tür. Atatürk'e hakaret nedeniyle manevi tazminat talep eden kişilerin böyle bir davayı açmaya hakkı olup olmadığı sorunu ile yani bu tür topluma mal olmuş kişilerin bu nedenle doğrudan doğruya zarar gören yani doğrudan mağdur olup olmaması ile ilgilidir.

4.1.2.3.3. Kişilerin Kutsal Saydığı Değerlere Yönelik Saldırılarda Zarar

Kişilerin dinsel, siyasal, bilimsel, ırk, soy bağı gibi kutsal saydığı değerlerine ilişkin kurallara, sembollere, anıtlara vs saldırı nedeniyle manevi tazminat gündeme gelebilir. Bu durumlarda doğrudan doğruya zarar gören kişi yoktur. Zira burada saldırı bir kişiye yönelmemektedir. Saldırı kişinin inançlarıyla ilgili maddi veya manevi varlıklara yöneliktir. Örneğin, dinsel açıdan kutsal sayılan yerlere (Kabe'ye, Vatikan'a, Meryem Ana Türbesi'ne vs), mezarlarına saldırı; dini veya siyasi liderlerin heykellerine (Atatürk'ün heykeline, resimlerine saldırı gibi) tablolarına, anı değeri taşıyan eşyalarına saldırılar; kişinin bağlı olduğu ırka, milletine, devletine saldırılar buraya girer.

Haksız eylem, bir kişiye değil bir eşyaya ya da kişinin kutsal saydığı manevi değerlere yöneldiğinden burada yansıma yoluyla zarar tartışması gündeme gelmez. Bu saldırılar nedeniyle ancak doğrudan doğruya söz konusu olabilir. Bu konuda BK md.49 hükmünün koşullarının bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Somut olayda kişinin inançlarına yönelik saldırı doğrudan doğruya zararına neden olmuşsa tazminata karar verilebilecektir. Yargıtay bir gazetede yer alan bulmacadaki "Ehl-i sünnet dışı sapık bir mezhep" ifadesinin doğru yanıtı olarak "alevi" olarak verilmesi üzerine bir vatandaşın açtığı manevi tazminat davasında

²⁶ Yarg. 4. H.D. 23.05.1995, E.1994/6361, K. 1995/4352 (yayımlanmamıştır)

“Aleviliğin bir inanç meselesi olduğunu, yayının davacıya hedef almadığı” yönündeki davanın reddine ilişkin mahkeme kararını onamış; kararında “davacının ailesi nedeniyle sözü edilen kültür içerisinde olduğunu, bu kültürü benimseyenlere ya da bu kültürde belli bir mertebeye erişmiş olanlara dava hakkının tanınmasının yansıma yoluyla genişlemesine neden olacağını, manevi tazminat davasının ise ancak doğrudan doğruya zarara uğrayanlara tanınmış bir hak olduğunu” oyçokluğuyla kabul etmiştir.²⁷

Yargıtay’ın bu olayda yansıma yoluyla zarardan hareket etmesi doğru değildir. Burada yansıma yoluyla zarar değil, belirli bir inanca yönelik saldırı nedeniyle davacının BK md.49 gereğince doğrudan doğruya zarara uğrayan kişi olup olmadığı tartışmasının yapılması daha yerinde olacaktır.

4.2. Tüzel Kişilerde

4.2.1. Tüzel Kişilerin Zararları

Tüzel kişiler hukukun gerçek kişiler gibi hak ve fiil ehliyetine sahip olduğunu kabul ettiği varsayımsal olarak kişi kabul edilen mal veya şahıs topluluklarıdır.²⁸ TMK.’nin md. 48’de “Tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılışı gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler” hükmü yer almaktadır. Bu hüküm karşısında tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi, mal ve şahıs varlığına sahiptirler. Bu varlıklarına yönelik haksız eylemler nedeniyle zarara uğrayabilir ve bunların tazmin edilmesini talep edebilirler.

4.2.2. Tüzel Kişilerde Yansıma Yoluyla Zarar

Tüzel kişilerin yansıma yoluyla zarara uğrayıp uğradıkları konusunu genel ve özel ayırımına tabi tutarak ele almak gerekir.

²⁷ Yarg. 4 H.D. 11.02.1992, E 1990/12650, K 92/1742 (yayımlanmamıştır)

²⁸ ZEVKLİLER, Aydın, HAVUTÇU, Ayşe, GÜRPINAR, Damla (2008), Medeni Hukuk, Ankara, B.6, s.155.

4.2.2.1. Genel Olarak

4.2.2.1.1. Maddi Kişisel Varlıklara Saldırı Halinde

Kanunda öngörülen yansıma yoluyla zarar halleri; “ölüm halinde yansıma yoluyla maddi zarar” (destekten yoksun kalma zararı) (BK md.45; TBK md.53 b.3); “ölüm nedeniyle yansıma yoluyla manevi zarar” (BK md.47; TBK md.56 f.II) ve “ağır bedensel zarar nedeniyle yansıma yoluyla manevi zarar” (TBK md.56 f.II)dır.

Bunların arasından tüzel kişiler için ancak “ölüm nedeniyle yansıma yoluyla maddi zarar” gündeme gelebilir. Örneğin, düzenli olarak bir şirket, dernek ya da vakfa destek olan kişinin ölümü halinde, tüzel kişi mahrum kaldığı bu destek nedeniyle haksız eylemden sorumlu kişilerden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir.

Buna karşılık tüzel kişiler için “ölüm nedeniyle yansıma yoluyla manevi zarar” ya da “ağır bedensel ihlal nedeniyle yansıma yoluyla manevi zarar” gündeme gelemmez. Bu zararlar, ölen ya da ağır bedensel saldırıya uğrayan kişi ile yakın duygusal bağlar içinde olan (genellikle aile bağları içinde olan) yakınlar için söz konusu olabilir. Yukarıda ifade ettiğimiz gibi TMK. md.48 tüzel kişilerin “yaradılış gereği insana özgü olanlar” dışında kalan hak ve borçlara sahip olabilirler. Tüzel kişilerin yaradılışları gereği “bazı kişilere yakınlık içinde olması, duygusal bağlar taşıması, ailevi ya da kan bağı ilişkisi, arkadaşlık ilişkisi” içinde bulunması düşünülemez.

Tüzel kişiler canlı varlıklar olmadığı için, tüzel kişilerin maddi kişisel değerlerine yani bedensel bütünlüğüne saldırı, bunun sonucu ölümü ya da yaralanması gündeme gelemmez. Bu nedenle tüzel kişilere yönelik böyle bir saldırı nedeniyle onun yakınlarının (üyelerinin, kurucularının vs.) yansıma yoluyla zarara uğraması söz konusu olamaz.

4.2.2.1.2. Maddi Nitelikte Olmayan Kişisel Varlıklarda

Burada tüzel kişilerin maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkları vardır. Bu anlamda olmak üzere tüzel kişiler de gerçek kişiler gibi şeref, haysiyet ve özel

yaşam (özellikle sır yaşamı), isim (dernek ünvanı) ve resim (dernek logosu gibi) varlıklarına sahiptirler.²⁹ Tüzel kişiler bu varlıklarına yönelik saldırılar nedeniyle doğrudan mağdur olarak maddi ve manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler.³⁰

Burada ele alınması gereken sorun, tüzel kişilerin kişilik hakkına (maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarına) yönelik saldırılar nedeniyle yansıma yoluyla zararın doğup doğmayacağıdır.

Tüzel kişi ile manevi ve duygusal bağları olan kişiler vardır. Bunlar tüzel kişilerin “yakınları” olarak adlandırılabilir. Tüzel kişinin kişilik hakkına saldırı halinde tüzel kişinin doğrudan mağdur olarak doğan manevi zararının tazmin edilmesini talep etmesi açıktır. Bu koşul gerçekleştiğine göre, tüzel kişinin yakınları bu yüzden kendilerinin de zarara uğradıklarını yani manevi zararlarının tazmin edilmesini talep edebilirler mi? Örneğin, kamuoyunda çok saygın olan bir derneğin “kara para işleri ile uğraştığı, kanuna ve tüzüğüne aykırı amaçlar izlediği, suç örgütleri ile ilişkisi olduğu, bu örgütleri yardım ettiği” şeklinde ithamlar karşısında derneğin doğrudan mağdur olarak gerçek dışı olduğu anlaşılan bu açıklamalar nedeniyle şeref ve haysiyetinin ihlal edilmesi nedeniyle manevi tazminat talep edebileceği açıktır. Acaba aynı derneğin kurucuları, yönetim kurulu üyeleri ya da üyeleri de böyle bir talepte bulunabilirler mi? Böyle bir açıklama veya yayın nedeniyle başta Yönetim Kurulu üyeleri olmak üzere üyelerinin de üzüntü ve acı duyacakları açıktır.

Bu soruların yanıtı da BK md.49 hükmü ile (TBK md.58) ilgilidir. Zira burada haksız eylem tüzel kişinin maddi nitelikte olmayan kişisel varlığına yöneliktir. Maddi nitelikte olmayan kişisel varlıkların ihlali nedeniyle doğrudan mağdur ile dolaylı mağdur yani yansıma yoluyla zarar görenler BK md.49 hükmüne göre değerlendirilebilirler.

²⁹ **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, s.435.

³⁰ Tüzel kişilerin kişilik hakkının ihlal edilmesi halinde manevi tazminat talep edilebilip edemeyecekleri konusundaki tartışmalar için bkz.: **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**; Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, s.436. vd.

Yukarıda BK md.49 (TBK md.58) ile ilgili bu konuda yaptığımız açıklamalar burada da aynen geçerlidir. BK md.49, TBK md.56 f.II den farklı olarak “yakınların manevi zararlarının” tazmin edilmesine olanak vermediğini yukarıda açıklamış bulunuyoruz. Buna göre tüzel kişilerin kişilik hakkına (maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarına) yönelik saldırılar (kişilik haklarının zedelenmesi) nedeniyle, bunların yakınlarının yansıma yoluyla manevi zararlarının tazmin edilmesini talep etmeleri maddede öngörülmemiştir. Ancak yine yukarıda açıklamış olduğumuz gibi zorlayıcı yorumla tüzel kişilere yönelik ağır saldırılar nedeniyle, bunların yakınlarının (kurucular, yönetim kurulu üyeleri, üyeleri gibi) tüzel kişi ile yakın ilişkilerini, duygusal bağlarını kanıtlamak suretiyle kendi doğrudan doğruya zararlarının BK md.49 hükmüne göre talep etmeleri mümkün olabilir.

Bu konuda yaptığımız açıklamalar da BK md.49 (TBK md.58) hükmüne aynen TBK md.56 f.II’de olduğu gibi “yakınların manevi zararlarının tazmin edilmesine ilişkin” bir hükmün eklenmesinin ne denli önemli olduğu ortaya konulmaktadır.

4.2.2.2. Özel Olarak

Tüzel kişilerden şirketler için yansıma yoluyla zarara ilişkin özel bir düzenleme vardır. TTK. md.309 f.I şu hükmü içermektedir. “Şirketin 305,306,307 ve 308 inci maddelerde yazılı fiillerle ızzar edilmesi halinde bundan dolayısıyla zarar gören pay sahipleri ve şirket alacaklılarının dava hakları vardır.Ancak hükmolunacak tazminat şirkete verilir” Yeni TTK.muz bu hükmü 555. md.sinin 1. fıkrasında “Şirketin uğradığı zararın tazminini,şirket ve her bir pay sahibi isteyebilir. Pay sahipleri tazminatın ancak şirkete ödenmesini isteyebilirler” şeklinde ifade etmiştir.

Gerek eski 309 f.I gerekse yeni 555 f.I hükümleri incelendiğinde, burada şirket kurucuları, yöneticileri ve deneticilerinin şirkete zarar vermesi ve bu zararın tazmin edilmesinin hükme bağlandığı görülecektir. Burada yöneticilerin hukuka aykırı eylemleri sonucu şirketi zarara uğratmaları söz konusudur. Bu nedenle burada doğrudan doğruya zarar gören kişi şirkettir. Şirket pay sahipleri ve şirketten alacaklı olan kişiler şirket nedeniyle dolayısıyla zarar gören kişilerdir. Kuşkusuz

kurucuların, yöneticilerin ya da deneticilerin hukuka aykırı eylemleri sonucu pay sahipleri ya da şirket alacaklılarının doğrudan doğruya zarara uğramaları da mümkün olabilir. Bu tür doğrudan doğruya zararlar TTK.md.336 ve 341 hükümlerine tabidir.³¹

Şirket pay sahipleri ile şirket alacaklılarının yansıma yoluyla (dolayısıyla) zararları, yönetim kurulu üyelerinin hukuka aykırı eylemlerine dayanmakta ise, bu sorumluluğun hukuksal niteliğinin sözleşmeye aykırılığa dayandığı kabul edilmektedir.³²Bu nedenle burada “sözleşmeden kaynaklanan yansıma yoluyla zararın” söz konusu olduğu söylenebilir.

BK md.309 bu kişilerin doğrudan doğruya uğradıkları zararları değil, şirketin zarara uğratılması dolayısıyla uğradıkları zararı dava etme hakkını düzenlemektedir. Burada pay sahipleri ve şirket alacaklılar açısından tipik bir “yansıma yoluyla zarar” bir başka ifadeyle bunlar açısından “dolayısıyla zarar gören kişiler” söz konusudur. Zira zarar gören şirkettir. Pay sahipleri şirkete karşı haksız eylemde bulunanlar yönünden şirketle yakın ilişki içinde bulunan üçüncü kişi konumundadırlar. Ancak yasa bu kişilerin zararlarının şirket nedeniyle doğduğunu, kar ve zararın şirket tüzel kişiliğine ait olduğunu göz önünde tutarak pay sahiplerinin açtıkları tazminat davasında, tazminatın pay sahiplerine değil şirkete ödenmesini kabul etmiştir. Çamoğlu bu nedenle pay sahipleri ve şirket alacaklılarını “dolayısıyla zarar gören kişi” olarak değil, “dolayısıyla zarar gören kişilerin dava hakkından” söz etmek gerektiğini, zira burada bu kişilerin teknik anlamda uğradıkları bir zararın tazmin edilmesinin söz konusu olmadığını belirtmektedir.³³

Bu maddeye dayanan yansıma yoluyla zarar için dava açma hakkı pay sahiplerine ve şirkette alacaklı olan kişilere tanınmıştır. Buna göre burada dolaylı zarar gören kişiler pay sahipleridir. Dava tarihinde pay sahibi ya da şirketten

³¹ ÇAMOĞLU,E., age., s.147.

³² ÇAMOĞLU,E., age., s.144. ; TANDOĞAN,H., Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, s.115.

³³ ÇAMOĞLU, E., age., s.127,128.

alacaklı olmayan kişiler yansıma yoluyla zarar gören kişiler olarak değerlendirilemez; bu nedenle de dava hakları olamaz.³⁴

TTK. md.309 da şirketin uğratıldığı zarar nedeniyle dava hakkı pay sahiplerine tanınmıştır.³⁵Bunun sonucu olarak şirket genel kurulunda şirket yönetim kurulu üyelerinin şirketi zarara uğrattığı iddiası ile dava açma oylama sonucu reddedilse bile pay sahiplerinin şirkete ödenmek üzere tazminat davası açabilecekleri kabul edilmektedir.³⁶

TTK. md.309 f.I (Yeni TTK. md.555 f.I) pay sahipleri ya da şirket alacaklılarının açtıkları dava sonunda tazminatın şirket adına hükmedileceğini kabul etmiştir. Şirketin malvarlığını azaltan her haksız eylem, payları oranında pay sahiplerine zarar verir. Aynı şekilde haksız eylemler sonucunda şirket alacaklıları artık alacaklarını bu nedenle tam olarak alamıyorlarsa şirketin uğradığı zarardan dolayı bu kişiler de etkilenmektedir. Şirketin uğradığı bu doğrudan doğruya zarar pay sahiplerini ve şirket alacaklılarını yansıma yoluyla etkilemektedir. Bu kişiler şirket nedeniyle zarar gördüklerinden açtıkları dava sonunda tazminat şirkete verilecek, bu kişiler alacaklarını şirketten alabileceklerdir. Buna göre yasa burada bu kişilerin şirketten olan hak ve alacaklarını korumak amacıyla bu kişilere bu davayı bizzat açabilme olanağını tanımıştır.

Pay sahipleri ve alacaklılar, şirketin uğratıldığı zarar nedeniyle sadece kendi paylarına veya alacaklarına isabet eden miktar için değil, şirketin uğradığı zararın tamamı için dava açabileceği kabul edilmektedir.³⁷Alacaklıların açacakları dava sonunda tazminat şirket lehine hükmedildiğinden, bu davanın sonucundan diğer bütün alacaklılar da yararlanmaktadır. Bütün bunlar dışında alacaklıların şirketin uğratıldığı zarar dolayısıyla tazminat davası açabilmeleri için, İsviçre Borçlar

³⁴ **ÇAMOĞLU, E.**, age., s.137. ; Yarg. 11.H.D. 23.02.1989 E.4114, K.1057 ; **ERİŞ, Gönen**(2010) Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, Ankara, C.2, B.2, s.2121. ; Yarg. 11 H.D. 10.02.2005 E.2881,K.1009 ; **ERİŞ, G.**, age., s.2115.

³⁵ **ANSAY, Tuğrul** (1982), Anonim Şirketler Hukuku, Ankara, s.141. ; **DOĞANAY, İsmail** (2004), Türk Ticaret Kanunu Şerhi, İstanbul, B.3, C.1, md.1-419, s.799.

³⁶ Yarg. 11 H.D.,02.05.2002,E.1359,K 4293 ; **ERİŞ, G.**, age., s.2116.

³⁷ **ÇAMOĞLU,E.**, age., s.136.

Kanunu'nun 758. maddesinden farklı olarak şirketin iflas etmiş olması şartı aranmamaktadır.

GCCRIS

BEŞİNCİ BÖLÜM

5. BENZER KURUMLARLA KARŞILAŞTIRILMASI

5.1. Birden Fazla Zarar Görenler

Birden fazla zarar görenler haksız eylemden doğrudan doğruya zarar görenlerdir. Bunlar haksız eylemin doğrudan mağdurlarıdır. Bu anlamda olmak üzere bir trafik kazası sonucu birden fazla bedensel zarara uğrayan kişiler, bozuk gıda ürününü satın alıp rahatsızlanan kişiler birlikte zarar görenlerdir. Buna karşılık trafik kazasında, bozuk gıdayı tükettiği için ölenin desteğinden yoksun kalanlar ile ağır bedensel zarara uğrayanların yakınlarının zararı yansıma yoluyla zarardır.

Bir olayda birden fazla kişi doğrudan doğruya zarar gören yani birlikte zarar gören kişi olabileceği gibi, birden fazla yansıma yoluyla zarar gören kişi olabilir. Bunlardan her birinin zararı diğerinden farklı olabilir. Her birinin zararının hesaplanması ve tazmini farklı karara bağlanabilir. Örneğin: Birden fazla kişiden .bir kısmı ağır bir kısmı ise hafif bedensel zarara uğramış olabilir. Aynı şekilde ölüm nedeniyle yansıma yoluyla maddi zarar ile manevi zararın koşulları ve sonuçları birbirinden farklı olabilir.

5.2. Müteselsil Alacaklılık

Müteselsil alacakta birden fazla kişi borçlu karşısında alacağın tamamını talep yetkisine sahiptir. BK md. 148 (TBK md.169) bunu düzenlemektedir. Bu maddeye göre müteselsil alacaklılık ya borçlu ile yapılan sözleşmeden ya da bir kanun hükmünden kaynaklanabilir. Borçlu müteselsilen alacaklı olanlardan birisine ifade bulunmakla borcundan kurtulur.

Yansıma yoluyla zarar müteselsil alacaklılığa yol açmaz. Zira yansıma yoluyla zarar, zarar gören ile bundan sorumlu kişi arasında bir sözleşmeden doğmadığı gibi, yasalarımızda yansıma yoluyla birden fazla zarar görenin müteselsilen alacaklı olacağına ilişkin hüküm mevcut değildir. Bir olayda birden fazla yansıma yoluyla zarar gören olabilir. Fakat bunlardan her birinin zararı ve hesaplanması diğerinden farklıdır. Zarardan sorumlu kişi birden fazla yansıma yoluyla zarara uğrayanlardan birine hepsinin zararını ifa etme yetkisine sahip değildir. Bunu yaptığında diğerlerine karşı tazminat sorumluluğundan kurtulamaz.

5.3. Doğrudan Doğruya Zarar-Dolaylı Zarar

Bu konuyu “zarar kavramı ve türleri” ile ilgili kısımda ele almış bulunuyoruz. Burada özetlemekte fayda vardır. Doğrudan doğruya zarar - dolaylı zarar, zarar türü ile ilgili bir ayırmadır. Bunu doğrudan doğruya zarar gören ile dolaylı zarar gören kavramı ile karıştırmamak gerekir. Birincisinde zararın türü, ikincisinde zarar gören söz konusudur. İşte bu ikinci ayırım yansıma yoluyla zarar ile ilgilidir. Haksız eylemden dolayı zarar görenler yansıma yoluyla zarar kavramına girerler.

Doğrudan doğruya zarar gören ile yansıma yoluyla zarar göreni ayırt etmekte daha elverişli olduğu için birincisine “doğrudan mağdur” ikincisine ise “dolaylı mağdur” da denilmektedir.¹

5.4. Matufiyet (Yöneliklik-Yöneltmiş Olmak)

Matufiyet eski bir sözcük olup, Türkçe karşılığı “yöneliklik, yönelmiş olmaklık” şeklinde ifade edilmeye çalışılmaktadır.² Bunu “bağlantı kurma, ilişkilendirme” şeklinde adlandırmak da mümkündür. Haksız eylemlerde matufiyet

¹ “Doğrudan zarar,dolaylı zarar,yansıma yoluyla uğranılan zarar kavramları arasındaki karışıklığın sebeplerinden biri,Almanca terminolojiden kaynaklanmaktadır.Özellikle İsviçre Hukuku’nda zararın tasnifi yapılırken,’mittelbarer und unmittelbarer Schaden’ tasnifi dışında, ‘direkter Schaden und Reflexschaden’ ayrımı yapılmaktadır.Mittelbarer-unmittelbarer zarar kavramları, illiyet bağıyla ilgilidir.Direkt Schaden-Reflexschaden kavramları ise farklıdır.Bunun sonucu ayırım, daha çok zarar gören kişi bakımından yapılmaktadır. Türk Hukuku’nda yansıma yoluyla zararları, dolaylı zarar olarak ifade etmenin temelinde,Almanca’dan farklı olarak ‘unmittelbar’ ve ‘direk’ terimlerinin her ikisinin karşılığının da ‘doğrudan’ kelimesiyle ifade edilmesi yatmaktadır.” GÖKYAYLA, E., age., s.59.

² Türkçe Sözlük’te “Matuf=Yöneltmiş” olarak ifade edilmektedir.

“eylemle kişi arasında irtibat sağlama, bunları ilişkilendirme; eylemin kimi hedeflediğini belirleme” olarak ağıklayabiliriz. Bu açıklamalarımıza göre matufiyet ile yansıma yoluyla zarar kavramları birbirinden ayırt edilmelidir.

Matufiyette sorun haksız eylemin kişiye yönelip yönelmediği değildir. Haksız eylem bir kişiye yönelmiştir. Fakat kişinin kimliği açıkça verilmemiş, kimliği ele verecek başka açıklamalar yapılmıştır. Bu nedenle haksız eylem nedeniyle bu kişiye karşı sorumluluk doğup doğmayacağı belirsizdir. Kimlik açıkça ağıklanmamasına rağmen eylemin o kişiyi kast ettiği ya da tarif ettiği anlaşılıyorsa o kişi eylemin doğrudan mağduru yani eylemden doğrudan zarar gören kişidir. O halde matufiyette sorun bu kişinin zarara uğramış olup olmaması değil, haksız eylemin bu kişiye hedef almış olup olmamasıdır.

Yansıma yoluyla zararda ise haksız eylem doğrudan zarar görene yöneliktir. Üçüncü kişi bundan yansıma yoluyla zarara uğramaktadır. Burada sorun üçüncü kişinin kimliğinde değildir. Üçüncü kişinin kimliği bellidir. Sorun haksız eylem nedeniyle bu kişinin de zararının tazmin edilebilip edilmemesidir.

Haksız eylemin kimi hedef aldığı, hedef aldığı kişiyi yeterli bir şekilde ortaya koyup koymadığı sorunu genellikle bir kurula, bir heyete, bir komisyona, bir topluluğa yönelik olan açıklamalarda gündeme gelir. İsim vermeden bir özel veya kamu hukuku tüzel kişisinin yönetim kuruluna, genel kuruluna, denetim kuruluna; yine isim vermeden bu tür bir kurumda çalışanlara; oluşturulan bir çalışma komisyonuna yönelik ithamlar, sınırlarını açan ağır eleştiriler; kk düşürücü iddialarda bunları oluşturan kişilerin iddia ettikleri zararlarının tazmin edilmesi istemlerinde sorun, haksız eylemin bu kişilere yönelik olup olmadığına ilişkindir.

Haksız eylem nedeniyle sorumluluktan söz edebilmek için yapılan açıklamanın mutlaka ad, soyad gibi unsurlarla kimliği açıklanması gerekmez. Kişinin kimliğini ortaya koyacak başka açıklamalar da yeterli olabilir. Bu anlamda olmak üzere isim vermeden, kişinin fiziksel özelliklerinin, yaşının, doğum yerinin, nvanın ortaya konulması ile matufiyet gerçekleşebilir. nemli olan ortalama bir vatandaşın, okuyucunun, izleyicinin bu açıklamanın o kişiyi hedef aldığı sonucuna varabilmesidir.

Yargıtay Vakıf Meclisi üyelerine yayın yoluyla kişilik hakkına saldırı teşkil eden bir olayda, davacının isminin yanlış yazılmasına rağmen yayından davacının kast edildiğinin anlaşılması nedeniyle manevi tazminata hükmedilmesine karar verilmesi görüşünü dile getirmiştir.³Karara konu olan olayda davacını Sema Özsoy olan ismi “Sermet Özsoy” olarak yazılmıştır. Yargıtay “Vakıflar Meclisindeki üye sayısının azlığının da gözetilmesi suretiyle Meclis’te Sermet Özsoy isimli bir kişinin de bulunmaması nazara alındığında açıklamanın davacıyı hedef aldığına” karar vermiştir.

Topluluğa yönelik kişilik hakkını ihlal eden açıklamalarda, topluluğun çevresi belirgin bazı niteliklerle dar tutulur ve yakından nitelendirilirse açıklama bu topluluğun üyeleri açısından matufiyet koşulunu gerçekleştirir ve üyeler dava açma hakkını elde ederler. Bu anlamda olmak üzere “öğretim üyeleri” değil, “belirli bir Fakülte’nin “öğretim üyeleri”; “doktorlar” değil,”belirli bir hastanede çalışan doktorlar”; “öğrenciler” değil “belirli bir okulun öğrencileri” açıklamaya konu edilmişse, dava açma hakları olacaktır.

Yargıtay bir kararında bir köşe yazarının ANAP milletvekilleri hakkında “Turgut Bey onları ikide bir “erken seçim olur ha” ile tehdit ediyor.Onlar da Pavlof’un şartlanmış köpekleri gibi (teşbihte hata olmaz) kuyruk sallamaya başlıyorlar” ifadeleri nedeniyle 102 Milletvekili tarafından açılan tazminat davasını matufiyet unsurunun varlığı gerekçesiyle kabul etmiştir.⁴

Buna karşılık aynı Daire Türk Ceza Kanunu Tasarısı’nın hazırlanması aşamasında bir köşe yazarının “insanın elinde imkan olsa yeni Türk Ceza Kanunu hazırlayanların tümünü derhal psikolog kontrolüne alırdım,bununla da yetinmez tedavileri bitene kadar toplum içinde karışmalarına izin vermezdim.....söz edenler ruh hastasıdır” sözleri nedeniyle komisyon üyelerinin açtığı davayı “yazıda

³ Yarg. 4 H.D. 16.01.2001 E. 2000/8290, K. 2001/196 (yayımlanmamıştır); **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, s.429.

⁴ Yarg. 4. H.D. 11.06.1991, E. 990/5880, K.991/6179 (Yayımlanmamıştır); **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, s.441.

ilgililerin kimlikleri ve adlarından söz edilmediği” gerekçesiyle yerel Mahkeme’nin davayı kabul eden kararını bozmuştur.⁵

5.5. Üçüncü Kişiyi Etkili Koruyucu Sözleşme Kavramı

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kavramı son zamanlarda geliştirilen bir kavramdır.⁶ Sözleşmeler kural olarak taraflar arasında hüküm ve sonuç doğururlar. Taraflar arasındaki bir sözleşmenin konusu bir üçüncü kişiye zarar verse bile kural olarak üçüncü kişiler sözleşmeden yararlanamazlar. Bu anlamda olmak üzere haksız eylemlerde zamanaşımı süresi zararı ve faili öğrenme tarihinden itibaren bir (TBK’na göre iki) yıl iken, sözleşmelere ilişkin on yıllık (BK md.125) süreden yararlanamazlar.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme görüşü, sözleşmelerin nisbiliği (yani sadece taraflar için hüküm ve sonuç doğurması) ilkesinin bir istisnası olmaktadır. Bu teoriye göre alacaklı ile borçlu arasındaki sözleşmenin koruma alanına girebilen üçüncü kişilerin de, borçlunun sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle uğradıkları zararı, sözleşmeye dayanarak talep etmeleri mümkündür. Örneğin, kira sözleşmesi sadece kiracı ve kiralayan arasında hüküm ve sonuç doğurur. Kiralayan sözleşmeye aykırı olarak merdiven korkuluklarını uyarılara rağmen yapmamış, kiracının çocuğu boşluğa düşmüşse, bu yüzden doğan zararını çocuk kiralayandan kira sözleşmesine dayanarak talep edebilecektir. Bu durumda zarar gören çocuk için haksız eylemlere ilişkin bir yıllık (TBK’na göre iki yıllık) zamanaşımı süresi yerine BK md.125 ‘deki uzun on yıllık zamanaşımı süresinden yararlanacaktır.

Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmede, zarara doğrudan doğruya bizzat üçüncü kişi uğramaktadır. Bu kişi sözleşmenin tarafı olmadığı halde borçludan sözleşmeye dayanarak zararının giderilmesini talep edecektir. Yansıma yoluyla zarar da ise hukuka aykırı eylem nedeniyle doğrudan doğruya zarar gören kişi dışında bir üçüncü kişi de zarar görmektedir. Yani yansıma yoluyla zarar daima doğrudan doğruya zarar görenin varlığını gerektirir.

⁵ Yarg. 4 H.D. 14.09.2004, E. 2004/5729, K. 2004/10080 (yayımlanmamıştır); **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Şeref Haysiyet ve Özel Yaşama Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk, s.442.

⁶ Bu kavramla ilgili olarak bkz.: **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.11. ; **YAVUZ, Nihat** (2008), “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Bunun Kira Hukukundaki Bazı Yansıma Örnekleri”, Terazi Hukuk Dergisi, s.26., Ekim, s.27. vd.

Öte yandan üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme, sözleşmeden doğan borçlarda gündeme gelebilir. Yansıma yoluyla zarar ise sadece sözleşmeden değil haksız eylemlerden de doğmaktadır.

Yansıma yoluyla zarar sadece kanunda öngörülen hallerde kabul edilmektedir. Üçüncü kişiyi koruyucu sözleşme ise, kanunda öngörülmesine gerek olmadan, sözleşmenin koruma alanına girdiği anlaşılan üçüncü kişilerin zararının giderilmesini temin etmektedir.

5.6. Üçüncü Kişi Lehine Sözleşme

Üçüncü kişi lehine sözleşme BK md.111 de “üçüncü kişi lehine şart” kenar başlığı altında düzenlenmiştir. Bununla iki kişi arasında akdedilen sözleşmede, alacaklı borçlu tarafından borcun, sözleşmeye taraf olmayan bir üçüncü kişiye ifa etmesini şart koşturmaktadır. Örneğin, zorunlu sorumluluk sigortasında, sigorta ettiren kişi, sigorta sözleşmesini akdetmekte, primleri ödemekte, üçüncü bir kişiye zarar verdiği takdirde sigortacıdan bu üçüncü kişiye sözleşmedeki limitler içinde tazminat ödemesini şart koşturmaktadır.

Yansıma yoluyla zarar ile üçüncü kişi lehine sözleşme farklı kurumlardır. Üçüncü kişi lehine sözleşmede, üçüncü kişinin alacak hakkı, kendisinin taraf olmadığı kendisi lehine yapılan bir sözleşmeye dayanmaktadır. Yansıma yoluyla zararda, zarar gören kişi, kendisi dışında başkalarının yaptığı bir sözleşme nedeniyle tazminat talep etme hakkını elde etmemektedir.

Üçüncü kişi lehine sözleşmede, üçüncü kişinin talep hakkı sözleşmeye dayanmaktadır. Yansıma yoluyla zarar ise genellikle haksız eylemlerden kaynaklanmaktadır. Üçüncü kişi lehine sözleşmede, üçüncü kişinin alacağı sözleşmede kararlaştırılan miktarla sınırlıdır. Yansıma yoluyla zararda, zarar görenin talep hakkı uğradığı zarara bağlıdır; tazminat talebi sınırlı değildir.

ALTINCI BÖLÜM

6. YANSIMA YOLUYLA ZARARIN BELİRLENMESİ, TAZMİNİ, ZAMANAŞIMI

6.1. Yansima Yoluyla Zararın Belirlenmesi

6.1.1. Yansima Yoluyla Maddi Zararın Belirlenmesi

Yansima yoluyla maddi zarar, ölüm halinde destekten yoksun kalanlar için söz konusu olabilir. (BK md.45, TBK md.53 b.3) Burada bir ihtimal hesabı yapılmaktadır. “Kişi ölmeseydi, destek olduğu kişilere kendisinin veya destek olduğu kişilerin kaç yaşına kadar, yani ne kadar süreyle ve hangi miktarda bu desteğini sürdüreceği” ihtimalinden hareketle bu zarar belirlenecektir.

Bu açıklamalardan destekten yoksun kalma zararının belirlenmesinde aşağıdaki ölçülerin esas alınması gerektiği sonucuna varmaktayız:

- Ölenin gelir durumu
- Ölenin muhtemel yaşam süresi
- Destekten yoksun kalan kişinin gelir durumu ve ölenden alabileceği destek süresi
- Destekten yoksun kalan kişinin, ölüm nedeniyle sosyal ve ekonomik durumunun değişip değişmeyeceği (sağ kalan eşin evlenme şansı gibi) ve tazminatın toplu olarak alınması nedeniyle indirim.

Ölenin muhtemel yaşam süresi ile destek alan kişinin muhtemel yaşam süresi ve buna bağlı olarak destek süresi aktüeryal hesaplamalara¹ dayanmaktadır. Bu amaçla uygulamada PMF tablolarından yararlanılmaktadır.

Destekten yoksun kalan kişi sağ kalan eş ise bunun evlenme şansı göz önünde tutulmak suretiyle bu oranda bir indirim yapıldığı gibi²ölüm gerçekleşmeden belirli aralıklarla alınan destek, ölüm halinde toplu olarak bir tazminata dönüştüğünden “peşin sermaye” indirimi adı altında bir indirim de yapılmaktadır.

6.1.2. Yansıma Yoluyla Manevi Zararın Belirlenmesi

6.1.2.1. Ölüm Halinde

Ölüm halinde yansıma yoluyla manevi zarar da gündeme gelir. BK md.47 (TBK md.56 f.II) yukarıda kapsamlı olarak anlattığımız gibi bu zararın da tazmin edilmesini öngörmüştür. Ölenin ailesinin (TBK md.56 f.II gereğince yakınlarının) manevi zararı, ölen kişiye olan yakınlık derecesine göre değişir. Uzun süren bir evlilikte sağ kalan eşin bu yüzden duyduğu elem ile, kısa süreli bir evlilikte sağ kalan eşin duyduğu elem; aynı şekilde ölenin çocuklarının duyduğu elem ile kardeşlerinin duyduğu elem derecesi aynı değildir.

Manevi zarar maddi zarardan farklı kişinin belgelendirilemeyen, faturalandırılmayan, maddi olarak ispat edilemeyen zararlardır. Bunlar acı, elem ve ızdırabın karşılığıdır. Alman Hukukunda bu nedenle manevi tazminat acı parası (Schmerzensgeld) olarak adlandırılmaktadır. Ancak manevi zararın bu nitelikte olması belirlenmesinin tamamen subjektif olacağı sonucunu doğuramaz. Her somut olayda mahkeme kişinin ölene olan yakınlığını, onunla aynı çatıyı paylaşan bir kişi olup olmadığını, görüşme sıklığını, aralarında husumet bulunup bulunmadığını vs ölçüleri göz önünde tutacaktır. Bunun dışında BK md.43

¹ Aktüerya, PMF (beklenen ömrü tablosu) yaşama tablosu uyarınca, yaş ve bakiye ortalama ömrün değerleri esas alınarak, ölen ya da yaralanan yaşıyor olsa idi kazanacağı meblağın belirlenmesi yöntemidir.

² **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, ALTOP**, age., s.641. ; **ORHUNÖZ, E.**, age., s.152. vd.

gereğince kusurun ve saldırının ağırlığı da zararın belirlenmesinde göz önünde tutulmalıdır.

6.1.2.2. Ağır Bedensel Zarar Halinde

Ağır bedensel zararda, kişi ölmemiştir, hayattadır. Bu nedenle yakınlarının bu yüzden uğradıkları zararları ölüm halinde manevi zarar miktarı ile kural olarak eşdeğer tutulmamalıdır. Ancak bu mutlak bir kural değildir. Öyle bazı bedensel zararlar vardır ki, yakınları için ölümden daha ağır acılar doğurabilir. Örneğin; bir kimsenin çocuğuna hunharca şiddet uygulanmış, işkence yapılmış, bunların sonunda hareket etme yeteneğini kaybedecek bedensel zarara uğramasına sebebiyet verilmişse, anne ve baba için bu olay çocuklarının ölümü kadar ağır acı ve eleme sebebiyet verebilir.

Ağır bedensel zarar nedeniyle yansıma yoluyla zararın belirlenmesinde, haksız eyleme uğrayan bedensel zararın türü ve etkileri önem taşır. Bir kimsenin sakat kalmasına sebebiyet veren eylem ile buna sebebiyet vermeyip tedavi ile etkileri kaybolan bir eylem arasında bedensel zarara uğrayanların yakınlarının manevi zararları arasında fark vardır. Aynı şekilde haksız eylem bir kimsenin özellikle kız evladının namusuna yönelik olup, kaçırılma, şiddete maruz kalma ve bunların sonunda toplum içinde şeref ve onurlarının da zedelenmesi sonucu doğan eylem ile bu nitelikte olmayanları birbirinden ayırt etmek gerekir.

6.1.2.3. Şirketlerde Pay Sahipleri ya da Şirket Alacaklılarının Yansıma Yoluyla Zararlarında

TTK md.309 f.I (yeni TTK md.55) gereğince kurucuların, yöneticilerin ya da denetçilerin hukuka aykırı eylemleri ile şirkete verdiği zararlar nedeniyle şirket pay sahipleri ya da şirket alacaklılarının yansıma yoluyla zararlarını dava etmeleri mümkündür. Ancak yukarıda açıklamış olduğumuz gibi, mahkemece hükmedilecek olan tazminatın davacı olan pay sahibi ya da şirket alacaklılarına değil şirkete ödenmesine karar verilmektedir,

Burada da bir haksız eylem sorumluluğu söz konusudur. Zararın hesaplanmasında TTK'nun özel hükümleri göz önünde tutulacaktır. Şirkete verilen zarar her türlü delille kanıtlanabilir.

6.2. Yansıma Yoluyla Zararın Tazmini

6.2.1. Tazminatın Belirlenmesi

Tazminatın üst sınırı zarardır. Buna göre tazminat hiçbir zaman zararın üstünde olamaz. Ancak bundan tazminatın her zaman zarara eşit olacağı sonucuna varılmamalıdır.³Tazminattan indirim sebepleri bulunabilir.(BK md.44-TBK md.52) Bunlar arasında başta rıza ve zarar görenin ortak kusuru (müterafik kusur) gelir. BK md.44 bunu “Mutazarrır olan taraf razı olduğu yahut kendisinin fiili zararın ihdasına veya zararın tezayüdüne yardım ettiği ve zararı yapan şahsın hal ve mevkiini ağırlaştırdığı takdirde” şeklinde ifade etmiştir.

Gerek rıza gerekse ortak kusurun indirim sebebi olması ancak haksız eylemin yöneldiği doğrudan doğruya zarar gören ile ilgili olabilir. Zira yansıma yoluyla zarar gören, haksız eylemin dışında kalan bir üçüncü kişidir. Haksız eylem kendisine değil, yakınına yönelmiştir.

Buradaki rıza haksız eylemdeki hukuka uygunluk sebebi olan rıza değildir. Haksız eylemdeki hukuka uygunluk sebebi olan rıza TMK md.24 de TBK’nda ise md.62’de hükme bağlanmıştır. BK md.44’deki rıza eylemdeki hukuka uygunluk sebebi olmayan rızadır. Rıza eylemi hukuka uygun hale getiren bir rıza ise zaten sorumluluk yoktur ki tazminattan indirim söz konusu olsun.

Zarar görenin rızası eylemi hukuka uygun hale getirmemesine rağmen, bu durum bu kez tazminattan indirim sebebi sayılmıştır. Örneğin, bir estetik ameliyat için tehlikeli olmasına rağmen rıza gösteren kişi, bu ameliyat sonucu ölmüşse, ölenin yakınları yansıma yoluyla maddi ve manevi zararlarının ancak doktorun bu rızaya rağmen tıbbi hatası varsa talep edebilirler. Ancak olayda hasta uyarılmasına rağmen ameliyatı kabul etmişse, bu rıza tazminattan indirim sebebi olabilir.

Zarar görenin ortak kusuru da tazminattan indirim sebebi olabilir. Örneğin, kişi ölmüş fakat toplanan kanıtlardan öldüren kişiye hakaret etmiş ya da sövmüşse, bu oranda yansıma yoluyla maddi ve manevi tazminattan indirim yapılabilecektir.

³ KILIÇOĞLU, Ahmet M., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.407.

Burada son olarak BK md.47 (TBK md.56 f.II) hükmüne dayanan manevi tazminat ile BK md.49 (TBK md.58) hükmüne dayanan manevi tazminat arasında tazminattan özel indirim sebepleri ve tazminatın türü konusunda kısa açıklama yapmak istiyorum:

İki madde arasındaki farklara yukarıda değinmiştik. Orada belirttiğimiz gibi BK md.49 hükmüne dayanan manevi tazminat davalarında hakim “ tarafların sosyal ve ekonomik durumlarını” da miktarı tayin ederken göz önünde tutmak zorundadır. BK md.47’nin uygulandığı hallerde böyle bir ölçüye yer verilmemiştir. Bunun sonucu olarak BK md.47’nin uygulandığı hallerde zarardan sorumlu kişinin konumu ve ekonomik durumu ne olursa olsun ölüm söz konusu olduğunda ölenin yakınlarına, bedensel saldırı söz konusu olduğunda saldırıya uğrayanın bizzat kendisine tazminata karar verilecektir.

TBK md.49’u karşılayan BK md.58’inde “ tarafların sosyal ve ekonomik durumuna” göre manevi tazminata karar verme hükmünü kaldırmıştır.

Bunun sonucu olarak artık BK md.47’nin yerini alan TBK md.56 f.II’nin ve BK md.49’un yerini alan TBK md.49’un uygulandığı hallerde tarafların sosyal ve ekonomik durumuna göre farklı manevi tazminata karar verilemeyecektir.

Öte yandan BK md.49’un uygulandığı hallerde yasa “ Hakim bu tazminatın ödenmesi yerine, diğer bir tazmin sureti ikame veya ilave edebileceği gibi tecavüzü kınayan bir karar vermekle yetinebilir ve bu kararın basın yolu ile ilanına da hükmedebilir” hükmüne yer vermiştir. Buna göre BK md.49’un uygulandığı hallerde, BK md.47’den farklı olarak hakim davacıya para olarak bir tazminata karar verebilecek yerde “tecavüzü kınayan” bir karar vermekle yetinebileceği gibi, para yerine “diğer bir tazmin şekline ya da ilavesine” de karar verebilecektir. Bu hüküm 49. maddeyi karşılayan TBK md.58’de korunmuştur.

Manevi tazminat miktarının tayin ve takdirinde hem 47. maddenin hem de 49. maddenin uygulandığı hallerde yerleşik Yargı Kararlarında “manevi tazminatın bir zenginleşme aracı haline getirilmemesi” kabul edilmektedir. Bu anlamda olmak üzere “manevi tazminatın bir ceza olmadığı gibi, mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmediği” bu nedenle de hükmedilecek

tazminatın, zarar görende manevi huzuru gerçekleştirecek miktarda olması, haksız zenginleşmeye sebebiyet vermemesi⁴ manevi tazminatın “felaketi özlenir hale getirmemesi” gerektiği ifade edilmektedir.

Yansıma yoluyla zarar TTK md.309 (yeni TTK md.555) hükmüne dayandığı hallerde, tazminatın tayin ve takdirinde ticari hükümlere ilişkin kurallar uygulanacaktır.

6.2.2. Tazminata Faiz Yürütülmesi

Haksız eylem sonucu talep edilen yansıma yoluyla zararın tazmini alacağı bir para alacağıdır. Para alacaklarında alacaklı borçludan temerrüt faizi talep edebilir. BK md.101 borçlunun temerrüdü için alacağın muaccel olmasını ve borçluya ihtar çekilmesi şartlarını öngörmüştür.

Yansıma yoluyla zararda haksız eylemin işlendiği anda tazminat alacağı muacceldir. Acaba ayrıca ihtar da aranır mı? Öğreti ve yargı kararlarında haksız eylemlerde ihtar şartı aranmadan haksız fiilin işlendiği andan itibaren temerrüt faizi istenebileceği kabul edilmektedir.⁵ Öğreti ve Yargı kararlarında kabul edilen bu husus TBK'nun 117. maddesinde yasa hükmü haline getirilmiştir. Bu maddeye göre “.....haksız fiilin işlendiğitarihte borçlu temerrüde düşmüş olur”.

Temerrüt faiz oranı haksız eylemlerden doğan borçlarda yasalarda öngörülmüş olan orandır (BK md.103; TBK md.120).Bu konudaki özel yasa 3095 sayılı yasadır. Buna göre yansıma yoluyla zararların tazmininde bu yasa da öngörülen yasal temerrüt faiz oranları esas alınacaktır.

6.2.3. Zarar Görene Geçici Ödemeler

TBK eskisinden olmayan 76. maddesinde ile “Geçici ödemeler” kenar başlığı altında, belirli koşullar altında haksız eylem nedeniyle zarar gören kişiye bir tür avans niteliğinde ödeme yapılması olanağını getirmiştir. Maddeye göre:“Zarar gören, iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunduğu ve

⁴ Yarg. 4. H.D. 16.6.1977, E.1976/9690,K. 1977/7016 YKD 1978,c.4,s.6,sh.915 vd.; Yarg. 11. H.D. 17.02.2011, E.2009/12632,K.2011/1860 ; Y.K.D. c.37,s.7, Temmuz 2011, s.1232. vd.

⁵ **KILIÇOĞLU, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.417,663.

ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hakim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir,

Davalının yaptığı geçici ödemeler, hükmedilen tazminata mahsup edilir; tazminata hükmedilmezse hakim, davacının aldığı geçici ödemeleri, yasal faizi ile birlikte geri vermesine karar verir”,

Maddede öngörülen koşulların varlığı halinde, yansıma yoluyla zarar gören davacı lehine geçici ödemeye karar verilebilecektir.

6.3. Yansıma Yoluyla Zarara İlişkin Tazminat Alacağında Zamanaşımı

6.3.1. Haksız Eylemden Doğan Yansıma Yoluyla Zararların Tazmininde

Yansıma yoluyla zarar doğrudan doğruya zarara uğrayan kişiyle zarardan sorumlu kişi arasında bir sözleşme ilişkisine dayanmamakta ise haksız eylem söz konusudur. Bir kişinin bedensel bütünlüğüne saldırı sonucu ölümü veya yaralanması halinde haksız eyleme dayanan yansıma yoluyla zarar gündeme gelecektir. Bu durumda zamanaşımı süresi haksız eylemlere ilişkin BK md.60 hükmüne dayanacaktır. Bu maddeye göre üç zamanaşımı süresi söz konusudur

-Kısa zamanaşımı süresi: Bir yıldır. Zararı ve faili öğrenme tarihinden itibaren işlemeye başlar.

-Uzun zamanaşımı süresi: 10 yıldır. Olay tarihinden yani haksız eylemin işlendiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

-Uzun Ceza Zamanaşımı: Eylem aynı zamanda suç teşkil etmekte ve Ceza Yasaları bu suç için bir veya on yıldan daha uzun ceza davası zamanaşımı süresi öngörmekte ise, tazminat davasına da bu süreler uygulanacaktır.

TBK'nun 60. maddesi yerine 72. madde getirilmiştir. Yeni 72. madde kısa olan bir yıllık zamanaşımı süresini iki yıla çıkarmış uzun zamanaşımı süresi ile uzun ceza zamanaşımı süresine ilişkin hükümlerde bir değişiklik yapmamıştır.

TTK md.309 (yeni TTK md.555) hükmüne dayanan yansıma yoluyla zararın tazmininde aynı maddenin IV. fıkrasında öngörülen zamanaşımına ilişkin özel hükümler uygulama bulacaktır. TTK md.309 f.IV (yeni TTK md.560) hükmüne

göre:“Mesul olan kimselere karşı tazminat istemek hakkı davacının zararı ve mesul olan kimseyi öğrendiği tarihten itibaren iki yıl ve her halde zararı doğuran fiilin vukuu tarihinden itibaren beş yıl geçmekle müruruzamana uğrar. Şu kadar ki, bu fiil cezayı müstelzim olup Ceza Kanunu’na göre müddeti daha uzun müruruzamana tabi bulunuyorsa tazminat davasına da müruruzaman tatbik olunur”.

Madde bu düzenlemesiyle haksız eylemlerde zamanaşımı süresine paralel hükümler getirmiştir. Kısa zamanaşımı süresi TBK md.72 ile getirilen düzenleme ile paralellik sağlanmıştır. Uzun zamanaşımı süresi haksız eylemlerde on yıl olduğu halde, pay sahiplerinin yansima yoluyla tazminat alacaklarında bu süre yıla indirilmiştir. Uzun ceza zamanaşımı süresinin uygulanması açısından iki madde aynı düzenlemeyi getirmiştir.

6.3.2. Sözleşmeye Aykırılıktan Doğan Yansima Yoluyla Zararların Tazmininde

Haksız eylemin yöneldiği doğrudan doğruya zarar gören kişi ile sorumlu kişi arasındaki bir sözleşme ilişkisi varsa, zarar gören kişinin tazminat alacağı sözleşmelere ilişkin zamanaşımı süresine tabidir. Sözleşmelere ilişkin zamanaşımı süresi genel olarak BK md.125’de (TBK md.146) hükme bağlanmıştır. Bu hüküm haksız eylemlere ilişkin zamanaşımı hükmünden farklı olarak bir tek zamanaşımı süresi öngörmüştür. Bu süre on yıldır. Sürenin başlangıcı ise alacağın muaccel olduğu tarihtir. Örneğin, işçi, iş kazası sonucu ölmüş ya da ağır bedensel zarara uğramışsa, bunda işverenin iş güvenliği önlemlerini almaması etkili ise ölenin yakınlarının yansima yoluyla maddi ve manevi zararlarının ya da ağır bedensel zarar halinde yakınlarının yansima yoluyla manevi zararının tazmin edilmesinde BK md.125 (TBK md.146’daki) on yıllık zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Buna göre yansima yoluyla maddi ve manevi zararların tazmininde de doğrudan doğruya zarar görenle zarardan sorumlu kişi arasında sözleşme ilişkisi gündeme gelecek bu zararların tazmini için de BK md.125’deki on yıllık zamanaşımı uygulanacaktır. Bu on yıllık sürenin işlemeye başlama anı ise haksız eylemin gerçekleştiği yani doğrudan doğruya zarara gören kişinin zarara uğradığı olay anıdır.

SONUÇ

Yansıma yoluyla zarar kavramı özellikle “doğrudan doğruya zarar-dolaylı zarar” kavramları ile karıştırılmaya elverişlidir. İnceleme sırasında açıklandığı gibi yansıma yoluyla zarar kavramının ne olduğu dikkatlice ortaya konulduğunda bu karışıklık ortadan kalkmaktadır.

Doğrudan doğruya zarar, bizzat haksız eylemin yöneldiği kişinin çevresinde ve araya başka bir sebep girmeksizin ortaya çıkan zarardır. Örneğin; bir motorlu aracın haksız eylem sonucu hasara uğraması halinde, bunun yeniden işletilme haline getirilebilmesi için uğranılan zarar doğrudan doğruya zarardır.

Buna karşılık dolaylı zarar haksız eylemin yöneldiği kişinin çevresinde ve fakat araya giren bir başka sebep sonucu doğan zarardır. Yukarıdaki örnekte, aynı motorlu aracın taşımacılık işinde kullanılmaması sonucu uğranılan zarar dolaylı zarardır.

Gerek doğrudan doğruya gerekse dolaylı olarak zarar gören kişi doğrudan mağdur ya da doğrudan zarar gören kişi olarak adlandırılır.

Yansıma yoluyla zarar ise haksız eylemin yöneldiği kişinin dışında kalanların uğradıkları zararlardır. Bunlar, zarar gören kişi dışında kalan üçüncü kişiler olup, genellikle doğrudan zarar gören kişi ile belirli yakınlıkları olanlardır. Bu nedenle bunlara dolaylı zarar gören kişiler denilmektedir.

Bu kavramların ortaya atılmasının ve kullanılmasının sebebi haksız eylemden sorumluluğunun sınırlandırılması düşüncesi olmuştur. Bu anlamda olmak üzere haksız eylemin sadece doğrudan doğruya zarar nedeniyle sorumluluğa yol açabileceği, dolaylı zarar nedeniyle sorumluluğa yol açmayacağı uzun süre ileri sürülmüş bir düşünceydi. Ancak bugün bu düşünce terk edilmiş olup, haksız eylemin, hem doğrudan doğruya hem de dolaylı zarardan sorumluluğu kapsadığı

kabul edilmektedir. Buna karşılık yansıma yoluyla zarardan sorumluluk konusunda durum farklıdır.

Haksız eylem nedeniyle sadece doğrudan doğruya zarar görenin (ister doğrudan doğruya zarar olsun isterse dolaylı zarar olsun) zararından sorumluluğun söz konusu olduğu, bu kişi dışında kalanlar bu kişiye ne kadar yakın olursa olsun kural olarak bunların uğradıkları zarardan sorumluluğa yol açmayacağı kabul edilmektedir. O halde yansıma yoluyla zarar kavramı, haksız eylemden doğan sorumluluğu sınırlandıran bir kavramdır.

Haksız eylem nedeniyle yansıma yoluyla zarardan sorumluluğun kural olarak bulunmadığına değindik. Bundan çıkan sonuç şudur: Yansıma yoluyla zarardan sorumluluk da istisnai olarak gündeme gelebilir.

İnceleme sırasında bu konu özellikle vurgulanmıştır. Buna göre “yansıma yoluyla zarardan sorumluluk” istisnai hallerde gündeme gelebilir. Bu konuda “kanunilik ilkesi” yani yansıma yoluyla zararın ancak kanunlarda öngörüldüğü hallerde mümkün olabileceği kabul edilmektedir.

Türk ve İsviçre Hukuklarında yansıma yoluyla zarara yer veren kanun maddelerinin başında BK md.45 ve 47 maddeler vardır.

BK md.45 yansıma yoluyla maddi zarara yer vermiştir. Burada “ölüm halinde ölenin desteğinden yoksun kalanların zararından sorumluluk” söz konusudur. TBK bu maddeyi bazı kavramlarda değişiklik yapmak suretiyle aynen kabul etmiştir. Bu anlamda olmak üzere 45. maddede “ölenin yardımından yoksun kalanlar” söz edilmiş iken, bu maddeyi karşılayan yeni 54.md. “ölenin desteğinden yoksun kalanlar” kavramını kullanmıştır. Yeni 54. md. öğreti ve uygulamada kullanılan bu yaygın kavramı yasalaştırmıştır.

Ölenin desteğinden yoksun kalanların zararlarının hesaplanması ve tazminata hükmedilmesi geniş bir şekilde işlenmiştir. Bu konuda çok zengin öğreti ve yargı kararları vardır. Geniş bir şekilde işlenmiş bir konu olması nedeniyle, inceleme sırasında bilinen kuralları tekrar etmekten kaçınılmış olup, bu konuya, tez konusunu ilgilendirdiği ölçüde yer verilmiştir.

BK md.47 yansıma yoluyla manevi zararlarla ilgilidir. Bu durum ölüm haliyle sınırlı olarak gündeme gelebilir. Maddede ölüm halinde ölenin “ailesinin” uğradığı manevi zararının da tazmin edilmesi gerektiğini hükme bağlamıştır. TBK’nun 56. maddesinde bu maddeyi de bu konuyla ilgili olarak aynen korumuş, fakat maddede kullanılan “ölenin ailesi” kavramı yerine, öğreti ve yargı kararlarında kabul edildiği gibi “ölenin yakınları” kavramını kullanmıştır.

BK’nun 47. maddesinde “yakınların yansıma yoluyla manevi zararı” sadece “ölüm halinde” sınırlandırmış olması karşısında, “diğer bedensel zararlar” da zarar görenin “yakınlarının manevi zararının” bu maddeye göre tazmin edilmesi mümkün olamamıştır. BK’nun yürürlüğe girdiği 4 Ekim 1926 tarihinden bu yana hüküm bu şekilde anlaşılmıştır.

Hal böyle iken yargının önüne gelen olaylarda “bedensel zarara uğrayanların” yakınlarının da manevi zararlarının tazmin edilmesinin kabul edilmemesi haksızlıklara yol açmaktaydı. Bu anlamda olmak üzere bir kimsenin çocuğunun kaçırılması, cinsel istismara uğraması, yakınlarının ağır bedensel saldırıya uğraması hallerinde manevi zararın tazmin edilmesini talep etme yetkisinin sadece bu tür haksız eylemlere uğrayan kişilere tanınıp, bunların yakınlarının aynı nitelikteki manevi zararlarının tazmin edilmesine yer verilmemesi rahatsızlık yaratmaktaydı.

Bu rahatsızlığı hisseden İsviçre Federal Mahkemesi uzun yıllar süren görüşünü değiştirmek zorunda kalmıştır. Bu anlamda olmak üzere İsviçre Federal Mahkemesi “bedensel zarara uğrayanların yakınlarının manevi zararlarının tazmin edilmesine 47. maddenin yer vermemesine karşılık, koşulları varsa bu kişilerin manevi zararlarının BK49 hükmüne dayanılarak giderilmesi gerektiğini kabul etmiştir.

Yargıtay da, uzun yıllar benzer seyir izlemiştir. Ancak daha sonraki içtihatlarında bu görüşünü terk etmiş, belirli koşullar altında “ağır bedensel zarara uğrayan kişilerin yakınlarının da manevi zararlarının ancak BK md.49 hükmüne dayanmak suretiyle tazmin edilebileceğini” kabul etmeye başlamıştır.

Gerek İsviçre Federal Mahkemesi'nin, gerekse Yargıtay'ın bu konudaki görüşü BK md.47'de yer almayan bir düzenlemeden kaynaklanan boşluğun, BK md.49 hükmü üzerinde zorlayıcı yorumla aşılmasından ibarettir.

İsviçre'de bu zorluğu aşmak üzere BK md.47 hükmüne “ağır bedensel zarar halinde zarar görenin yakınlarının da manevi zararlarının tazmin edilmesi” gerektiği yönünde bir çalışma yapılmış ve İsviçre Borçlar Kanunu'nda Değişiklik Getirmek İsteyen Ön Tasarı'da bu hükme yer verilmiştir. Fakat İsviçre'de bu Ön Tasarı Yönünde değişiklik halen gerçekleşmemiştir.

Bizde ise yasa koyucu İsviçre Ön Tasarısı ile getirilmek istenen bu değişikliği TBK'nun 56. maddesinde ile kabul etmiştir.

Böylece bu sorun Türk Hukuku bakımından TBK'nun 1.Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmesi ile büyük oranda ortadan kalkacaktır. Zira yeni 56. maddenin metni ve mantığı karşısında 1 Temmuz 2012 den itibaren iki önemli sorun tartışılmaya başlayacaktır.

Bunlardan birincisi 56. maddenin ölüm dışında diğer bedensel zarar hallerinde yansımaya yoluyla manevi zararın tazmin edilebilmesi olanağını sadece “ağır bedensel zarar” halleri için öngörmesidir. Haksız eylem sonucu bedensel zarara uğrayan kişinin yakınlarının manevi zararlarını talep edebilmeleri için bu saldırının “ağır bedensel bir saldırı” oluşturması koşulu aranacaktır. Bedensel bütünlüğe yönelik saldırı ne zaman ağır ne zaman hafif olacaktır? Bu soru açık değildir. Örneğin; bir anne veya baba için, çocuklarına cinsel tacizde bulunulması bedensel bütünlüğe ağır bir saldırı sayılmazken, gözleri önünde trafik kazası geçiren aynı çocuklarının sakat kalmamasına rağmen yerlerde sürünüp hastanelik olması ağır saldırı sayılacaktır.

İkinci sorun ise yasa koyucunun 56. Madde ile ölüm ve ağır bedensel zararlarla sınırlı olarak yansımaya yoluyla manevi zararın tazmin edilebilmesini kabul etmesidir. Bundan çıkan sonuç; maddi kişisel varlıklara yönelik saldırılar yakınların yansımaya yoluyla manevi zararına yol açabileceği yönündedir. Buna karşılık maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklara yönelik saldırılar için benzer hüküm 58. maddede kabul edilmemiştir. Yani bir kimsenin şeref haysiyet, özel

yaşam, isim, resim, özgürlükler gibi maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklarına yönelik saldırı ne kadar ağır olursa olsun, hiçbir şekilde bu kişilerin yakınlarının yansımaya yoluyla manevi zararlarının tazmin edilmesi mümkün değildir.

Bu açıdan incelemede bu çözümün doğru olmadığını savunduk. Bu anlamda olmak üzere 56. madde yansımaya yoluyla manevi zararın “saldırının ağır bedensel zarara yol açması” koşuluna yer verilmesi doğru olmamıştır. Herhangi bir bedensel zarar da koşulları varsa yakınların yansımaya yoluyla manevi zararına yol açabilir ve tazmin edilmesi istenebilir. Bunun sonucu olarak 56. maddedeki “ağır bedensel zarar” ifadesi yerine “bedensel zarar” ifadesi kullanılmakla yetinilmeliydi.

Öte yandan yansımaya yoluyla manevi zarar maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklara yönelik saldırılarda 58. maddede de kabul edilmeliydi. Bir kimsenin yakınının manevi tazminat talep edebilmesi için yakınının bedensel bir zarara uğraması şart değildir. Bedensel bütünlüğe yönelmeyen, maddi nitelikte olmayan kişisel varlıklara yönelik bir saldırı da çok rahatlıkla bu kişinin yakınlarının yansımaya yoluyla manevi zararına yol açabilir. Örneğin: Bir anne veya babanın çocuğunun haksız yere günlerce tutuklu kalmasında “bedensel zarar” yoktur, fakat özgürlüğü haksız yere kısıtlanmıştır. Aynı şekilde bir anne ve babanın, kız çocuğunun namusu ile ilgili olarak gazetelerde yer alan haber veya yorumlar çocuğun bedensel zararına yol açmamıştır. Fakat şeref ve haysiyeti ihlal edilmiştir. Bu durumda da anne veya baba yansımaya yoluyla manevi zarar talep edebilmelidir. Bu açıdan TBK'nun 58. maddesinde de yansımaya yoluyla manevi zararın tazmin edilmesine imkan tanınmalıydı.

TBK'nun eski 47 ve 49. maddelerini 56 ve 58. maddesinde bazı değişikliklerle koruduğunu incelememizde ele almış, fakat yapılan değişiklikler sonucu iki md. arasında çok küçük bir farkın kaldığını belirtmiştik. Bu fark eski 49. maddenin yerini alan yeni 58. maddenin, eski 47. maddenin yerini alan 56. maddeden farklı olarak hakime para olarak manevi tazminat yerine, eylemin kınanması ya da mahkeme kararının yayımlanmasına karar vermesinden ibarettir.

Bu durumda bu iki madde, yani yeni 56 ve 58. madde birleştirilmeli ve her ikisinde de ister bedensel bütünlüğe yönelik olsun, ister maddi nitelikte olmayan diğer kişisel varlıklara yönelik olsun (şeref, haysiyet, özel yaşam, isim, resim,

özgürlükler gibi) bu saldırıya uğrayan kişilerin yakınlarının yansıma yoluyla manevi zararına yer verilmelidir.

İncelemede yansıma yoluyla zarara kanunda yer verilmeyen hallerde tanınamayacağını ifade edilmiştir. Bu anlamda olmak üzere uygun illiyet bağı teorisini yetersiz bulup, normun koruma amacı teorisi gibi yeni teorilerden hareketle yansıma yoluyla zarara yer verilemeyeceğini aksi halde haksız eylemlerde sorumluluğun sonu belirsiz bir şekilde genişletilmesi tehlikesi ortaya çıkacağını belirtilmiştir.

Yansıma yoluyla zarar haksız eylem nedeniyle ortaya çıkan bir zarardır. Bunun sonucu olarak yansıma yoluyla zararın hüküm ve sonuçları konusu, genel olarak haksız eylemlerin sonucu ile paralellik gösterir. Bu anlamda olmak üzere zararın hesaplanması, tazminatın belirlenmesi konusunda genel hükümler burada da aynen uygulama bulacaktır. İncelememizde “yansıma yoluyla zararın hüküm ve sonuçları” konusunu ele alırken genel olarak “haksız eylemin hüküm ve sonuçları” ile ilgili açıklamalara tezimizle ilgili, yani “yansıma yoluyla zararla ilgili oldukları oranda” yer verilmiştir.

KAYNAKÇA

- [1] **ABİK, Yıldız** (2010), Normun Koruma Amacı Teorisi , AÜHFD , C.59, S.3.
- [2] **ANSAY, Tuğrul** (1982), Anonim Şirketler Hukuku ,Ankara.
- [3] **AYAN, Mehmet** (2007), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.5, Konya.
- [4] **BECKER, H.** (1947), Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationrecht, Bern.
- [5] **BÜYÜKSAGIÇ, Erdem** (2007), Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı, İstanbul.
- [6] **ÇAMOĞLU, Ersin** (2010), Anonim Ortaklık Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu (Kamu Borçlarından Doğan Sorumluluk İle), B.3, İstanbul.
- [7] **ÇELİK, Ahmet Çelik** (2004), Geçici İş Görememezlik Zararları ve Tedavi Giderleri, İstanbul.
- [8] **DOĞANAY, İsmail** (2004), Türk Ticaret Kanunu Şerhi, B.3, İstanbul.
- [9] **EREN, Fikret** (2008), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.10, İstanbul.
- [10] **EREN, Fikret** (1975), “*Hukuka Aykırılık Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramı*”, Prof.Dr.Mahmut Koloğlu’na 70. Yaş Armağanı, Ankara.
- [11] **ERİŞ, Gönen** (2010), Açıklamalı İçtihatlı Türk Ticaret Kanunu, B.2,Ankara.
- [12] **GÖKCAN, Hasan Tahsin** (2008), Haksız Fiil Hukuku ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları, Ankara.

- [13] **GÖKYAYLA, Emre** (2004), Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara.
- [14] **GÜLEÇ, Selma** (2008), Maddi Tazminat Esasları ve Hesaplanması, B.5, Ankara.
- [15] **HATEMİ, GÖKYAYLA** (2011), Borçlar Hukuku Genel Bölüm,6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Hazırlanmış, İstanbul.
- [16] **KARAHASAN, Mustafa Reşit** (2001), Tazminat Hukuku- Manevi Zarar, B.6, İstanbul.
- [17] **KARAKAŞ, F.TÜLAY** (2004), “*Eleştirel Bakış Açısıyla Normatif Zarar Kuramı*”, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara.
- [18] **KAYIHAN, Şaban** (2008), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara.
- [19] **KILIÇOĞLU, Ahmet M.** (2011), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.14, Ankara.
- [20] **KILIÇOĞLU, Ahmet M.** (2011), Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Sorumluluk, B.3, Ankara.
- [21] **KILIÇOĞLU, Mustafa** (2008), Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemi, B.2, Ankara.
- [22] **KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, HATEMİ, SEROZAN, ARPACI** (2007), Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İkinci Cilt, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul.
- [23] **OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut** (2010), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.8, İstanbul.
- [24] **OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, Turgut** (2009), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul.
- [25] **ORHUNÖZ, Ergun** (2000), Tazminat Davalarında (Ölüm ve Bedeni Zararlar) Uygulama Sorunları , Ankara.

- [26] **OSER-SCHÖNENBERGER** (1936), Zürcher Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationrecht, 2.Auflage, Zurich.
- [27] **ÖZEL, Çağlar** (2001), “*Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarara ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler*”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50, S.4, Ankara.
- [28] **REİSOĞLU, Safa** (2001), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.22, İstanbul.
- [29] **REY, Heinz** (2003), Ausservertragliches Haftpflichtrecht ,3.Auflage, Zurich.
- [30] **ŞAHİN, Ayşenur** (2001), “*Vücut Bütünlüğünün İhlalinden Doğan Zarar ve Tazmini*” Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XV, S.2, Ankara.
- [31] **TANDOĞAN, Haluk** (1963), Üçüncü Şahsın Zararının Tazmini, Ankara.
- [32] **TANDOĞAN, Haluk** (2010), Türk Mesuliyet Hukuku, 1.Basıdan Tıpkı Bası, İstanbul.
- [33] **TANDOĞAN, Haluk** (1979), “Hukuka Aykırılık Bağı”, BATİDER, C. X, S.1, Ankara.
- [34] **TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU, AKTOP** (1993), Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul.
- [35] **TOPUZ, Murat** (2010), “*İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukuku’nda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi*”, Doktora Tezi, İstanbul.
- [36] **TURGUT, Uygur** (2003), Açıklamalı İçtihatlı Borçlar Kanunu, B.2, C.2, Ankara.
- [37] **YAVUZ, Nihat** (2008), “Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme ve Bunun Kira Hukukundaki Bazı Yansıma Örnekleri” Terazi Hukuk Dergisi, S.26, Ekim, Ankara.

[38] **ZEVKLİLER, Aydın, HAVUTÇU, Ayşe, GÜRPINAR, Damla** (2008),
Medeni Hukuk Temel Bilgiler, B.6, Ankara.

GCCRIS

ÖZGEÇMİŞ

KİŞİSEL BİLGİLER

Soyisim, İsim : Kılıçoğlu, Kumru

Uyruğu : T.C.

Doğum Tarihi ve Yeri : 02.01.1987, Ankara

Medeni Hali : Bekar

Telefon : 0.538.524.00.22

E posta : kumrukilicoglu@hotmail.com

EĞİTİM

Derece	Kurum	Mezuniyet Tarihi
Lisans	Atılım Üniversitesi	2008
Lise	Yüce Kolej	2004

İŞ DENEYİMİ

Yıl	Yer	Pozisyon
2009- Halen	Hukuk Bürosu	Avukat

YABANCI DİLLER

Çok iyi seviye İngilizce,başlangıç seviye Almanca

YAYINLAR

1. KILIÇOĞLU, Kumru “Borçlar Kanunu Tasarısında Düzenlenen Hayvani Etkisiz Hale Getirme”, Ankara Barosu Dergisi,Sayı:4 , 2010.
2. KILIÇOĞLU, Kumru “Üçüncü Kişinin Rehinden Kurtarma Hakkı”, Prof. Dr.Erzan Erzurumluoğlu’na Armağan, (yayımlanmak üzere teslim edilmiştir.)

HOBİLER

Sinema, yüzme, dalış