

## CİSMANİ ZARAR VE ÖLÜM HALLERİNDE MANEVİ ZARAR VE MANEVİ TAZMİNAT

Dr. Mustafa KILIÇOĞLU  
Yargıtay 9. Hukuk Dairesi Üyesi

### 1- ÖN BİLGİLER

#### A. Manevi Zararın Hukuki Niteliği ve Manevi Tazminatın İşlevi

Manevi tazminat manevi zararın giderim biçimidir. Herkese karşı korunan kişilik hakkının kapsamına giren değerlerden birinin ihmali halinde doğan *mutlak bir haktır* (Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 102). Zarar görenin kişilik değerlerinde iradesi dışında meydana gelen bir eksilmedir. Tazminat bu eksilmeyi giderir (Eren, Genel, I, s. 772). O halde tazminatın hareket noktası "manevi zarar ve gerçekleşmesi koşuludur" (Becker, Çev. Olcay ve ark. S. 285). Malvarlığında bir azalma meydana getirmediği için gerçek anlamda bir zarardan da söz edemeyiz (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 655). Bu nedenledir ki manevi tazminatı bedeni ve ruhi ızdıraplar için verilen taviz olarak değerlendiren yazarlar vardır (Funk, s. 83). O halde "zarar", kişinin iç huzuru ve manevi bütünlüğüne yapılan saldırının mecazi ifadesidir (Hatemi, Sözleşme Dışı Sorumluluk, s. 102). Bu tanıma yaşama zevkindeki azalmayı da ilave edebiliriz (Oğuzman, Borçlar Hukuku Dersleri, s. 281); örneğin:

"Dosya içindeki kanıtlara göre davalının bir yılı aşkın süreden bu yana evinde işçiler vasıtasıyla onarım yaptığı, işçilerin çıkardığı aşırı gürültü ve toz nedeniyle özellikle bu dairenin altında oturan davacının aşırı ve uzun süre devam eden onarım nedeniyle rahatsızlık ve sıkıntı duyduğu anlaşılmaktadır. Onarımın normal sürenin çok üstünde devam ettiği ve adeta hakkın kötüye kullanıldığı görülmüştür. Böylece davacının oturduğu evdeki, huzur ve sükununun bozulduğu, sinir sistemindeki dengenin sarsıldığı kabul edilmelidir. Bunun sonucu olarak da davacının *kişilik değerleri içinde yer alması gereken ruh bütünlüğü de* bozulmuş olacağı için, kişilik haklarına saldırının varlığı kabul edilmeli ve karar gösterilen ve açıklanan nedenlerle onanmalıdır" (Y. 4. H. D. 15.2.2001 T, 2000/10596 E, 2001/1501 K).

Doğaldır ki, manevi tazminat için *üzülme/elemin yoğunluk* arz etmesi gerekir. Aksi halde manevi tazminat kavramı işlevinden uzaklaşır:

“Dava, davalının aynı binada oturduğunu, bacasını temizletirken bacanın tıkanıp, bu yüzden davalı soba dumanının kendi dairesine sızarak dava dilekçesine ekli eşyalara zarar verdiğini, evin boyasını da yenilemek mecburiyetinde kaldığını ileri süren davacının maddi ve manevi istemlerine ilişkindir. Yerel mahkeme davayı kısmen kabul etmiş karar davalı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, eşyalara verilen duman zararı nedeniyle maddi tazminatın yanı sıra üzüldüğünü belirterek manevi tazminat da istemiş; mahkemece buna da karar verilmiştir. Eşya zararından dolayı ya da başka yerde birkaç gün kalmak zorunluluğu nedeniyle salt üzülmeye dayanılarak manevi tazminata hükmedilmesi de MK.nun 24, 24/a ve BK.nun 49 maddesine aykırıdır. Bu nedenle de karar bozulmalıdır” (Y. 4. H. D. 22.1.2001 T, 2000/9548 E, 2001/450 K).

*Manevi tazminatın hukuki niteliği* konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Genelde “ceza görüşü”, “tatmin görüşü”, “telafi görüşü” olmak üzere üç temel görüş bulunmaktadır (Eren, Genel, I, s. 776). *Oftinger, Von Buren ve Gilliard* manevi tazminatın *cezai nitelikte olduğu* görüşündedir (*Deschenaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 61). Kusur olmadan kişi sorumlu tutulabilmektedir. Bu durum ceza görüşünce karşılanamamaktadır. Çünkü manevi tazminat cezai nitelikte olsaydı sorumlu kusurlu olması gerekirdi (Eren, Genel, I, s. 778).

Manevi tazminatı *tatmin* görüşüne dayandıran *Oser/Schönenberger*; bozulmuş ruhi ve bedeni huzurun tam olarak değilse dahi, baltalanmış iyi bir durumun yerine haz duygusunu kısmen ve olanak dahilinde para ile tatmin edilmesinin uygun olduğunu ifade etmişlerdir (*Oser/Schönenberger*, Çev. Seçkin, s. 428). *Becker*, tazminatın zarara uğrayanda huzur hissi verme gereği üzerinde durmuştur (*Becker*, Çev. Olcay ve ark. s. 284). *Tandoğan*, cezai faktörün önemini ihmal etmemekle birlikte zarar görenin malvarlığında çoğalma sağlayarak tatmin işlevi üzerinde durmuştur (*Tandoğan*, Mesuliyet, s.330, 331). Tatmin görüşü, subjektif manevi zarar teorisi kabul edildiği zaman savunulabileceği yani parayı alanda tatmin olma yeteneği olması gerekeceği, tazmin gücünden yoksun olanların ve tüzel kişilerin bu konuma uymadıkları düşüncesiyle eleştirilmiştir. Öte yandan kusursuz sorumlulukta kusur olmadan da zarar ödenmektedir. Sigortacı, sorumlu kişi değildir. Kusurlu da değildir. Ancak manevi tazminat sözleşme bağlamında ödenmektedir (Eren, Genel, I, s. 777). Manevi tazminatın *telafi edici* niteliği üzerinde duran *Deschenaux/Tercier*, manevi tazminatı; yardım etmek amacı güden, daha iyisi bulunmadığı için başvuru beşeri adaletin sınır çizgisinde yer alan bir kurum olarak nitelemiştir (*Deschenaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 61). *Hatemi*, maddi tazminatın az tutulması durumunda manevi tazminatın bu eksikliği telafi

**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

edeceği gereğine işaret etmiştir (*Hatemi*, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 11). *Eren*, telafi edici niteliğini savunurken özellikle manevi tazminatın amacının uğranılan manevi zararın *aynen* veya *nakten* tazmini noktasından hareket etmiştir. *Objektif* bir görüş olduğu; zarar görenin zararı acı ve elem şeklinde hissedip hissetmemesine bakılmaksızın para ödenmesinin gerekeceğini vurgulamıştır (*Eren*, Genel, I, s. 779). *Yargıtayın* sözleşmeye aykırılığın ilişkin bir kararı:

"Davacı vekili, davalı bankanın yürüttüğü yurt dışına seyahat konusunda kampanya ve ilanlar neticesinde müvekkilinin hesap açmak suretiyle bu kampanyaya iştirak ettiğini, yapılan çekilişte de, çift kişilik bir haftalık Fransa tatil seyahatine hak kazandığını, davacının istenilen tüm belge ve işlemleri yaptığını, ancak davalı bankanın seyahate bir gün kala vize almaya kalkışması ve bunun da sağlanamaması üzerine seyahatin gerçekleşmediğini, esasen davacının kötüniyetli olup, Fransa'da dahi gerekli rezervasyonları yapmadığını, masraf yapan, tatil programı bozulan müvekkilinin maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürerek, şimdilik 500.000.000.-TL. maddi 1.000.000.000.-TL. manevi olmak üzere 1.500.000.000.-TL'nin faizi ile tahsilini talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, müvekkilinin seyahat konusunda kendine düşen edimleri yerine getirdiğini, ancak davacıya vize verilmemesi nedeniyle seyahatin gerçekleştirilemediğini, müvekkilinin kusurlu ve sorumlu olmadığını savunarak, davanın reddini istemiştir.

Mahkemece, iddia ve savunmaya, toplanan delillere nazaran, ilan yoluyla vaatte bulunan davalının bu taahhüdü ile bağlı olduğu, ancak taahhüdünü yerine getirmeyen davalının kampanya bedelinden sorumlu olduğu, kişilik haklarına tecavüz kanıtlanmadığından, manevi tazminat koşullarının bulunmadığı gerekçesi ile, davanın kısmen kabulüne, 161.274.750.-TL. maddi tazminatın yasal faizi ile davalıdan tahsiline, manevi tazminat isteminin ise reddine karar verilmiştir.

Karar, taraf vekillerince temyiz edilmiştir.

1- Dava dosyası içerisindeki bilgi ve belgelere, mahkeme kararının gerekçesinde dayanılan delillerin tartışılıp, değerlendirilmesinde usul ve yasaya aykırı bir yön bulunmamasına ve davalı banka ile davacı mudisi arasında seyahat-taşıma ilişkisi bakımından akdi ilişki teşekkül etmiş olup, sözleşmenin ifası davalının kusuru nedeniyle gerçekleşmemiş olmasına nazaran, dava konusu olayda BK'nun 8. Maddesinin uygulanma imkanı bulunmamasına ve kaldı ki davalının başlangıçtaki ücretsiz seyahat ödülünün dahi mameleki bir değer içermesine göre, davalı vekilinin yerinde görülmeyen tüm, davacı vekilinin ise aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan diğer temyiz itirazlarının reddine karar vermek gerekmiştir.

2- Ancak, dava bankaya hesap açacak müşteriler arasından kur'a ile belirlenecek müşterilere yurt dışında belli ülke ve sürede tatil taahhüdünün yerine getirilmediği iddiasına dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalı tarafından 30.7.1997 tarihli yazı ile 22-29 Ağustos 1997 tarihleri arasında çift kişilik Fransa tatili kazandığı müjdelenen davacının eşi ve belgeleri de teslim ederek beklentiye girdiği anlaşılmaktadır. Çalıştığı işyerinden buna göre izin talep eden ve yıllık izin ve tatil programı alt-üst olan davacının tatile gönderilmemesi ve dolayısı ile sözleşmeye aykırılık nedeniyle manen acı ve üzüntü duyacağı muhakkaktır. Mahkemece de esasen, olayda davalının kusurlu olduğu kabul olunarak maddi tazminata hükümlenmiştir. Bu durumda mahkemece, tarafların durumuna, olayın özelliğine nazaran üzüntüsünü kısmen hafifletecek, ancak, sebepsiz zenginleşmeye de yer vermeyecek ılımlı bir manevi tazminatın da taktir ve hüküm altına alınması gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır" (Y.11.HD., 23.11.2001 T., 2001/6520 E., 2001/8212 K).

*Kanaatimizce* tatmin görüşü esas olarak manevi tazminatın amacı ve özünü en yakın görüştür. Ancak yetersizdir. Manevi tazminatın hukuki niteliği tek bir görüşle sınırlanamamak daha uygundur. Çünkü tazminat isteminde bulunan kişinin subjektif düşüncesi olaya göre değişebilir. Örneğin cismani zararlarda telafi görüşü, kişilik hakkına yapılan saldırılarda tatmin görüşü, özellikle kasten adam öldürme vs durumlarda ise ceza görüşü ağır basar. Sonuç olarak manevi tazminata neden olan olaya ve istekte bulunanın iç dünyasına ve eğitimine koşullu bir nitelik taşır.

*Yargıtay*, nesneye/şeyaya verilen zararlarda manevi tazminat istemlerine ölçülü yaklaşmaktadır. Uygulamadan bir örnek:

"Davacılar, yangın olayı nedeniyle maddi zararlarının yanında manevi zarara da uğradıklarını belirterek talepte bulunmuşlardır. Mahkemece maddi tazminat isteği kısmen kabul edilirken, manevi tazminat talebi tümünden reddedilmiştir.

Davacılar yanan evin maliki olup, aynı zamanda burada oturmaktadırlar. Yangın nedeniyle büyük bir şok ve panik yaşamışlardır. Olay karşısında davacıların yaşadıkları bu korku, panik ve şok davacılar için acı ve üzüntü veren, onların gerek ruh gerekse vücut sağlığını etkileyen unsurlardır.

Kaldı ki davacı, manevi tazminat istemini bazı özel bir yeri olan eşyaların yanması nedeniyle de istediği anlaşılmaktadır.

Hukukumuzun yazılı kurallarına göre manevi tazminatın, kişilik haklarının, kişinin kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda hükmedileceği genel bir

kural olarak yer almıştır. Yasal dayanağı Medeni Kanununun 24, 24/a ve Borçlar Kanununun 49.maddesidir. Anılan yasa maddelerine göre, manevi tazminat istemi için, öncelikle kişinin vücut ve ruh bütünlüğünün saldırıya uğraması, toplum içindeki yerini belirleyen kişilik değerlerinin bozulmasıdır. Sorun bu ilkelerin somut olaya nasıl ve hangi durumlarda uygulanacağı noktasında toplanmaktadır. Öncelikle sorunun çözümü için, kişilik hakkının sınırlarının da belirlenmesi gerekir. Yasalarda kişilik hakkının bir tanımı yapılmadığına göre, bu hakların kişiye varolmak, gelişmek, özgür olmak, saygı ve hürmet görmek, gibi kişinin ruh bütünlüğünü koruyan, yaşama bağlayan üretici bir kimse olmasını sağlayan haklar olduğu söylenebilir. Açıklanan şu duruma göre kişilik haklarını fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri koruyan haklar olarak gruplandırmak olasıdır. Yine bu haklar, mali bir değer taşımamaları nedeniyle, saldırıya uğramaları durumunda, tazminatı gerektirmeyeceği sonucu çıkarılamaz. Hükmolunan tazminat, saldırıya uğrayan kişilik hakkının karşılanması, eski hale getirilmesi amacını değil, saldırı ile kişinin kişilik değerlerinde meydana gelen zararı gidermeye yönelik bulunmaktadır.

Somut olayda, davalının hukuka aykırı eylemi ile, davacıların oturduğu evin ve içindeki eşyanın yandığı tartışmasızdır. Tartışmalı olan yön, bu halde de zarar gören yararına manevi tazminata da karar verilip-verilemeyeceği noktasında toplanmaktadır. Yanan eşyalar arasında davacının kişisel ve özel eşyaları olduğu gibi, kendisi ve ailesi gibi sosyal çevresi için manevi değer taşıyan ve özellik arz eden eşyalarda bulunmaktadır. Bu bağlamda eşyalar arasında, *çeyiz olan işlentili yastık, dantel, iç çamaşırlar, vazo takımı, el örgüsü gümüşlük, el örgüsü sehpa takımı* gibi özelliği ve hatıra değeri olan eşyalar yer almaktadır. Bundan dolayıdır ki *kişinin bu ölçüde özel ve özellik arz eden eşyaların gözünün önünde yanarak yok olması, onun eşya ile onun gönül bağlılığının oluşturduğu ruh bütünlüğü ve rahatlığının sonucundaki mutluluğunun olumsuz yönde etkilenmemesi düşü- nülemez.*

Açıklanan şu duruma ve somut olaydaki olgulara göre, olayda hukukun genel ilkeleri ve bunun yanında Borçlar Kanununun 49.maddesinde öngörülen koşulların gerçekleştiğinin kabulü gerekir. Bu nedenle, yerel mahkemesinin davacıların kişilik değerlerinin zarar görmediği gerekçesi ile, manevi tazminat isteminin reddine ilişkin bulunan gerekçe, yukarıda yazılan nedenlerle, yerinde görülmediğinden kararın bu yönden de bozulması gerekmiştir" (Y. 4. HD, 14.12.1998 T, 1998/7259 E, 1998/10232 K),

### **B. Normatif Dayanakları**

Manevi tazminat Türk Medeni Kanununda 25, 26(eMK 25), 174/II(eMK 143/II), 158/II(eMK 126/II) maddelerinde düzenlenmiştir. Medeni Kanun 25(eMK 24/a)da manevi tazminat davası açma hakkı saklı tutulmuştur. Borçlar Kanununda 47. madde ile cismani zararlar, 49 madde ile kişilik hakkına yapılan saldırılara ilişkin genel bir hukuk normu düzenlenmiştir. Ayrıca Anayasanın 5, 12, 17, 20 ve

26. maddeleriyle kişilik değerlerine yapılan saldırılara karşı garanti altına alınmıştır.

## **2- MUKAYESELİ HUKUKTA MANEVİ TAZMİNAT**

Ekonomik olmayan kayıpların tazmininde A.B. üye ülkelerinde büyük farklılaşmalar görülür. Özel ve genel hasarlar belirleyici değildir. Duygular alanında olmayan kayıplar olarak düşünülebilir. Anlayış gereği parasal ifadelerle ölçülemez (*Pfennigstorf, Werner: s.199*).İngiliz Hukuku'nda kişiye verilen zararlar (personnal injury), ekonomik olmayan yani zararın manevi öğesine "non pecuniarylass"a önem verilir. Böylece zorda olsa farklı zarar tiplerinin belirlenmesine önem verilmiştir (*Comport, M.: s. 213*). Yapılan düzenlemeler ayrıntılı olarak kanun ve mevzuatlarla yapılmaktadır (*Mcintosh/Holmes, s. 5*).

İngiliz Hukuku'nda sinirsel şoklar ve psikolojik sendromlar acı ve elem (pain and suffering), duyularda, cinsel yaşamda, ilişkisel yaşamda uğranılan olumsuz durumlar ise yaşam zevkinin kaybı (loss of amenities) olarak nitelendirilmektedir (*Comport, M. s. 213*).

Ölenin geride kalanlarına ilişkin tazminat türü (damages for bereavement) dir. 1 Nisan 1991 tarihinde çıkarılan kanunla bu tazminat 7500 Paund'a yükseltildi. Bu konuda talep hakkı olanlar ölenin karısı ya da kocasıdır. Ölen 18 yaşının altındaki bekar bir çocuk ise tazminat çocuğun ana ve babasına verilir (*Cannar, Kenneth S./Collins, Frederick W.:"United Kingdom, Personal Injury Compensation, A Comparative Analysis Of The Major European Juristictions, Lloyd's Of London Press LTD. London, New York, Hamburg, Hong Kong, 1993. s. 16*).

Diğer bir zarar türü de kişinin kendisine verilen zararlardır (damages for the injury itself). Bu tür zararlardan zevk kaybını içermeyen fakat sadece acı ve elem zararının tazmini ile de giderilemeyen küçük çaptaki fiziksel(bedensel) zararlardır. Örneğin küçük çapta ve kişisel bedeni (cismanî) zararlar çehre bozuklukları vs (*Comport, M.: a.g.r., s. 213., Naklen, Markesinis, V.: Tort Law, 2. Ed., Oxford, 1989*).

*Fransız Hukuku'nda* ekonomik olmayan zarar başlığı altında adlandırılabilen Fransız kanunlarında "Préjudice moral" başlığı ile adlandırılan beş kategoride belirtilecek zarar türü vardır.

i) Acı ve elem parası (Souffrances physiques et morales = pain and suffering past and future).

ii) Estetik kayıplar (Préjudice esttiétique= sadness and humiliation caused by disfigurement)

**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

iii) Yaşam zevkinin kaybından doğan zararlar (Préjudice d'agrément= Loss of amenity)

iv) Seksüel kayıp(Préjudice sexuel= claimed separately).

v) Ölümden doğan manevi zararlar (Préjudice d'affection= including bereavement) (*D'Aigremont*, Giles Louis: "France" Personal Injury Awards In Ec Countries, An Industry Report, Prepared by *Mcintosh*, David/*Holmes*, Marjorie, Llyord's Of London Press, LTD. Davies Arnold Cooper, 1990, s. 78.).

Acı ve elem parası cismanî zararlarda psikolojik ve ruhi kayıpları kapsar. Ağırlığının yoğunluğu ve süresi "scale" halinde (0)'dan (7)'ye kadar derecelendirilmiştir. Buna göre:

0- Sıfır, hiç, 1-Çok hafif, 2-Hafif, 3-Etkisi azalmış, 4-Orta, 5-Biraz önemli, 6-Önemli, 7-Çok önemli olarak derecelendirilir.

Bu derecelendirme tıbbi olarak yapılır ve tazminat ona göre verilir (*Delpoux/Tomadını*: s. 41).

Ancak gelecekteki tıbbi masraflar genel zarar başlığı altında düzenlenir (*D'Aigremont*, Giles Louis, s. 78).

Estetik kayıplar insan fizyonomisinde meydana gelen hasarlardan (bozulmaların) doğan sonuçlardır. Kişisel niteliği itibariyle tazminat global bir temeldir. Değerlendirme yaparken yaş, cins, sex medeni hal ve sosyal durum dikkate alınır. Estetik kayıpların azaltılmasına yönelik cerrahi müdahalelerin tıbbi masrafları toplam zarara göre makul ise karşılanır (*Delpoux/Tomadını*, s. 42).

Yaşam zevkinin kaybı (préjudice d'agrément), yaşamını eğlendirici, hoş tutucu özelliğinin kaybı şekliyle ele alınır (*D'Aigremont*: Giles Louiss, 79).

Tıbbi değerlendirmelere gerek yoktur. Tazminat globaldir. Fransız Hukuku'nda bu tür zararın tam malüliyet halinde uygulanmasını isterler (*Delpoux/Tomadını*, s. 79).

Cismanî zararlarda diğer bir zarar kalemi ise seksüel kayıptır (préjudice sexuel).Zarara uğrayanlarda sex gücünün azalması şeklinde görülür (*D'Aigremont*, Giles Louis: s. 79).

(İPP) tazminatından bağımsızdır. Hakkaniyete uygun toplam bir rakama hükmedilir. Tıbbi bir araştırma yapılır. Psikolojik bir araştırma yapılmaz (*Delpoux/Tomadını*, s. 79).

Ölüm halinde hukuki bağdan ziyade özellikle eş ya da metres açısından yaşamın birlikte paylaşılması önemsenmektedir (*Le Roy/Joet*, s. 124).

Bu konudaki tazminat, sevilen kişinin kaybından doğan tazminattır (*Delpoux/Tomadini*, s. 43).

*Alman Hukuku'nda* ekonomik nitelikte olmayan kayıplar sadece ihmal durumunda tazmin edilir. Tazmin şekli hakkaniyete dayanır. Ağrı, estetik kayıplar, yaşam zevkinin telafisinde cezalandırıcı amaç taşımaz. Sorumlu kişinin ekonomik durumu dikkate alınarak hakkaniyet ölçüsünde bir değerlendirme yapılır. Tek bir muhtevası vardır (*Pfennigstorf, Werner, "Germany" s. 71*).

Yani pek çok ülkede olduğu gibi yaralanma, sakatlık, ızdırap, elem gibi unsurlar birlikte değerlendirilir. Kazadan önceki ve sonraki şartlar dikkate alınır. Alman Hukuku'nda, fakir bir mağdurun duyduğu acı karşılığı verilen tazminat zengininden çok fazla olmadığı gibi tersi de olmaz. Ancak olay sorumlunun umursamaz tavrı sonucunda olursa daha fazla tazminata hükmedilir (*Pfennigstorf, Werner, "General Report" s. 199*).

*İsveç Hukuku'nda* manevi tazminatlarla ilgili hukuki düzenlemeler özellik arz eder. Buna göre kişisel durumlarda acı ve elem paraları tek şekilde ödenmesi kuraldır. Ve tazminat yalnızca hastahane tedavisi gerektirmeyen olaylarda reddedilir. Mahkeme kararlarına göre sigorta şirketleri farklı durumlarda farklı faktörlerin relatif ağırlıkları değerlendirilerek bir model geliştirmiştir. Ve bunlar tablo haline getirilmiştir. Haksız fiil hukukuna göre acı ve ağrı için zararlar tazmin edildiği durumlarda rutin olarak bu tablolar uygulanır. Buna göre öncelikle cismanî zarar türleri belirlenir bunun hastanede kalma sürelerine göre tazminat miktarları belirlenir. Ayrıca yargıca yine zarar türüne göre %10'dan %50'ye varan arttırım hakkı tanınır (*Olderz, Carl, "Sweden", Personal Injury Compensation, A Comparative Analysis Of The Major European Juristictions, Ed. Pfennigstorf, Werner: Published Under The Auspices Of The Genova Association. Llyod's Of London Press LTD*).

Zira belirlenmeler asgaridir (*Pfennigstorf, Werner, "General Report", s. 200*).

A.B. üye ülkelerinin kimi uygulamalarında ekonomik olmayan kayıplar ile kişisel yaralanmalarla arasında ilinti kurulmaktadır. Örnek olarak "şoka girme" bazı durumlarda kişisel yaralanma gibi kabul edilmektedir (*Pfennigstorf, Werner, "General Report", s. 200*).

Bu konuda yoğun çaba göstermektedirler (Şok zararlar hakkında bkz. *Pearland, Simon/Head, Tracy, "The Future Of Damages Ilitigation Damages For Personal Injuries, A European Perspective, Edited by Holding, Frederick j./Kaye, Peter Sons. Ltd., London, New York, Chichester, Brisbaine, Toronto, Singapore,*



**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

1993, s. 46, Ayrıca bkz. *Keller*, Alfred: *Haftpflicht im Privatrecht*, Bd. II, s. 43, 44 ve orada gösterilen BGE 112 11 118, Federal Mahkeme İçtihadı).

Yine aynı ülkeler manevi tazminatın ortak bir kanun ile düzenlemenin yollarını araştırmışlar ancak iç hukuktaki farklı düzenlemeler nedeniyle bunun zorluğuna dikkat çekmişlerdir (*Napier*, Michael: "European Perspectives For Practitioners", *Demages For Personal Injuries, a European Perspective*, Edited by *Holding*, Frederick J./*Kaye*, Peter, Sons, Ltd., London. New York, Chichster, Brisbane, Toronto, Singapore, s. 17).

Bir kısım yazarlarca da manevi tazminatın belirlenmesinin bir hüner olduğu ifade edilmiştir (*Pearland*, Simon/*Head*, Tracy: s. 47).

### **3- CİSMANİ ZARAR HALLERİNDE MANEVİ TAZMİNAT**

#### **A. Cismani Zarara Uğrayanın Manevi Tazminat Hakkı**

Borçlar Kanunu m. 47 "Hakim hususi hallerde nazara alarak cismanî zarara duçar olan kimseye yahut adam öldürdüğü takdirde ölümün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir" ifadesiyle cismanî zarar ve ölüm halini birlikte tek bir madde düzenlemiştir.

Cismanî zarara uğrayanın, istihdam eden/işveren manevi tazminat alabilmesi için özellikle olayın haksız eylem, iş kazası veya meslek hastalığı gibi hukuki nitelik taşıması şarttır. Temel farklılık daha önce izah edilen manevi tazminatın hukuki mahiyetinde ve dolayısıyla da zararın kapsamındadır. Zarar maddi tazminata bedende görülecek iş göremezliğe bir anlamda maluliyete endekslenmiştir. Maluliyet sıfır ise maddi tazminat talep edilemez. Ancak maluliyetin sıfır olması halinde manevi tazminata hükmedilebilir. Zira manevi zararın kapsamında iç bütünlüğünün bozulması esastır. Manevi tazminata hükmedebilmek için duyulan manevi açının *büyük/yoğun* olması gerekir (*Scyboz/Gilleron*, C II).

Cismanî zarardan doğacak manevi tazminat için daha önceden de söz edildiği gibi kusur aranmaz. Ancak kusursuz sorumluluğun şartları aranır (*Oğuzman/Öz*, s. 183). *Federal Mahkeme*, kusursuz sorumluluk durumlarında kusur tazminatın koşulu bulunmadığını (ATF 113 II 323), zarar görenin kusuru baskın olsa dahi illiyet bağı kesilmedikçe manevi tazminat verilmesini engellenmeyeceğini fakat indirim etmeni (BK m 44) olabileceğini (ATF 116 II 733; ATF 123 II 110) kararlarına yansıtmıştır (*Scyboz/Gilleron*, C. II).

Cismanî zarar hallerinde "yansıma zarar" söz konusu değildir (*Hatemi*, Hüseyin: *Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, s. 107).

İlke olarak kişiye bağlı olup cismanî zarara uğrayandan başkası talepte bulunamaz. Hatemi'nin bu konudaki düşüncesi şudur:

“cismanî zarara uğrayan kimse ile manevi bütünlüğü, iç huzuru ağır şekilde zarara uğramış olan kimse arasındaki özel yakınlık, bu kişinin de iş bu eylem dolayısı ile iç huzurunun manevi bütünlük değerinin ağır şekilde ihlal edildiğini varit gösteriyorsa, bu takdirde de bu tedavi masrafları dolayısıyla maddi giderim isteyebilmelidir. Çünkü, onun da kişilik hakkının ihlal edildiğini söyleyebiliyorsak, bu doğrudan ihlalin yol açtığı tedavi masrafları da “dolayısı ile zarar” olarak tazmin edilebilir” (*Hatemi*, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk, hukuku s. 108). *Federal Mahkemeye* göre; manevi tazminat hakkının ileri sürülebilmesi için ölümden önce dava hakkı şu veya bu şekilde ileri sürülmüş olsun (ATF 81 II 385); keza hak devredilebilir (ATF 63 II 157) (Her iki karar için bkz. *Scyboz/Gilleron*, C.II).

*Yargıtay* HGK. bir kararında; manevi tazminatı isteyebilme koşullarını her olayın özelliği itibariyle belirlenmesi gereği vurgulamış; BK. m. 47'nin buna göre uygulanabilirliğinin araştırılması, illiyetinin varlığı halinde doğrudan zarar görme şartının aranmayacağı düşüncesiyle sözü edilen hükme genişlik kazandırmıştır (Bu karara göre “...burada 47. maddedeki hukuki esaslar açısından cismanî zarar kavramı üzerinde de olayın özelliği itibariyle durulması gerekir. Cismanî zarar vücut bütünlüğü denilince de kuşkusuz ruhsal bütünlüğü bu kavramın içerisinde mütala edilmelidir. O halde olay nedeniyle doğrudan doğruya cismanî zarara maruz kalan çocuğun babası ruhsal sağlığını ağır şekilde bozularak şok geçirip tedavi zorunda kalmışsa illiyet bağı gerçekleşmiş sayılacağından BK. m. 47 maddesine dayanarak manevi tazminat isteyebilir” (Yarg. HGKK. 2.12.1986 E. 4-214/K. 894).

*Federal Mahkeme*, başta bedensel bütünlüğünün ihlalinin ağırlığı ve bazı görünüşleri; sürekli özürsüzlük (maluliyeti), yaşama sevinci üzerinde etkiler, yaşam tarzının sınırlandırılması, güç kaybı (ATF 112 II 131); erken yaşlanma, özellikle uzun süreli ve eziyet verici olduğunda hastahanedeki yatmayı (ATF 89 II 49); mesleki yaşamın bozulması/allak bullak olmasını (ATF 102 II 33) manevi tazminat sebebi saymıştır (Kararlar için bkz. *Scyboz/Gilleron*, C.II).

*Yargıtay*'ın yaklaşımına bir örnek:

“1- Dava, trafik kazasından doğan yaralanma nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkindir.

Mahkemece, yaralanma çocuğun anne ve babasının manevi tazminat isteklerini reddetmiştir.

Dosyadaki delillere göre, davacıların kız çocuğu kamyon altında kalışı bunun sonucu olarak göbek altından pubis hizasına kadar uzanan kalıcı yara izi, pupiste doku kaybı, toraksta yaralanma olduğu, belden aşağı kısmının estetiğinin bozulduğu ve olay nedeniyle uzun süre tedavi gördüğü anlaşılmıştır.

Kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olduğu ve bunların fizik, duygusal ve sosyal kişilik değerleri içerdiği gözetildiğinde, somut olaydaki duruma göre, davacıların kız çocuğunun yaralanmasının, sosyal ve duygusal kişilik değerler kapsamında olup-olmadığı konusu üzerinde durulmak gerekir. *Sosyal ve duygusal kişilik değerleri, kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar kişinin bizzat kişiliğine bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir.* Bu bağlamda da Borçlar Kanunu'nun 49. maddesindeki düzenleme itibarıyla, kişinin bizzat değilde yakınlarının (karı-koca, ana-baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların kanıtlanması halinde sosyal ve duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu, böylece aile birliği içinde korunması gereken bağlılığın zarar gördüğünün kabulü gerekir.

Somut olayda, verilen raporlara göre, çocuğun yaşamsal tehlike olasılığına dikkat çekilmiş, çeşitli ameliyatlara geçiren çocuk uzun süre tedavi altında tutulmuştur. Ayrıca vücudunun belden aşağı kısmındaki deformasyon ve kalıcı yara izleri nedeniyle çocuğun ileride evlenme şansını ve cinsel yaşantısını etkileyecek boyutlarda olduğu anlaşılmaktadır. Böyle bir sonucun varlığı halinde, neslin devamınında önlenmiş olacağı doğaldır. Böylece davacıların da geleceğe yönelik istem ve beklentilerinin gerçekleşmemesi nedeniyle sosyal kişilik değerlerinin bu yönden de saldırıya uğradığı kabul edilmek gerekir. Mahkemece açıklanan bu yönler gözetilmeden yazılı gerekçe ile anne ve babanın manevi tazminat isteklerinin red edilmiş olması yukarıda anlatılan ilkelere aykırı olup bozmayı gerektirmiştir" (Y. 4. HD, 7.3.1999 T. 2000/416 E, 2000/2187 K).

Diğer bir eski kararda:

"Hukuk Genel Kurulunca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kâğıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Borçlar Kanununu 47. maddesinde aynen "Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşen kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar nedeniyle adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir" denilmiştir. Bu madde ile getirilen hukuki esaslara göre cismani zarar halinde manevi tazminatı ancak doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan kimse isteyebilecektir. Bunun sonucu olarak yansıma suretiyle bir zarardan söz edilerek cismani zarara maruz kalan kişi dışındakiler yararına yasanın 47. maddesine dayanılarak manevi tazminata hükmedilemeyeceğinin kabulü gerekir. Burada 47. maddedeki hukuki esaslar açısından cismani zarar kavramı üzerinde de olayın özelliği itibarıyla durulması gerekir. Cismani zarar vücut bütünlüğüne karşı ıka edilen zararları ifade eder; *vücut bütünlüğü denilince de kuşkusuz ruhsal*

*bütünlükte bu kavramın içerisinde mütalaa edilmelidir. O halde olay nedeniyle doğrudan doğruya cismani zarara maruz kalan çocuğun babası ruhsal sağlığı ağır şekilde bozularak şok geçirip tedavi olmak zorunda kalmışsa illiyet bağı gerçekleşmiş sayılacağından B.K.nun 47. maddesine dayanarak manevi tazminat isteyebilir. Olayda davacı, çocuğunun geçirdiği kaza dolayısıyla böyle bir zarara maruz kaldığı iddia ve isbat etmiş değildir. Bu nedenlerle mahkemece Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır (HGKK, 2.12.1986 T, 1987/4-214 E, 1987/894 K)*

### **B. Cismani Zarara Uğrayanın Yakınlarının Manevi Tazminat Hakkı**

*Yargıtay, Türk ve Yabancı öğretiyeye paralel ağır yaralanma gibi durumlarda zarar görenin yakınlarına manevi tazminat davası açma hakkı vermiştir:*

"Davacı (X)'nin temyizine gelince; dava, trafik kazasından kaynaklanan manevi tazminat istemine ilişkindir. Davalıya ait araç davacı (X)'nin 7 yaşındaki çocuğuna çarparak onu %100 malül bırakmıştır. Çocukta beyin hasarı ve felç oluşmuş, sürekli bakıma muhtaç hale gelmiştir.

Kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olduğu ve bunların fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri içerdiği gözetildiğinde, somut olaydaki duruma göre, davacının çocuğunun yaralanmasının, duygusal değerlere saldırı kapsamı içine girip girmediği konusu üzerinde durulmak gerekir. Duygusal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar, kişinin bizzat şahsına bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Bu bağlamda BK.nun 49.maddesindeki düzenleme itibarıyla kişinin bizzat değilde yakınlarının (karı-koca, ana-baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu, böylece aile birliği içinde korunması gereken gönül bağlılığının zarar gördüğünün kabulü gerekir.

Somut olayda, yukarıda açıklanan koşulların gerçekleştiği, davacı annenin, ağır surette yaralanan çocuğu nedeniyle BK.nun 49.maddesi uyarınca manevi zarara uğradığının kabulü gerekirken isteğin tümünden reddedilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, kararın bozulmasını gerektirmiştir (Y.4.HD, 21.9.1998 T, 1998/6744 E, 1998/6945 K).

Cismani zararın ağır olması halinde anne, baba, çocuk ya da birlikte kalanlar manevi tazminat isteyebilir. Normatif dayanağı BK m 49 dur. *Federal Mah-*

**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

*keme; bu hakkı ağır bedensel zararlar da, zarara uğrayan kişilerin yakınlarını da kapsar biçimde genişletmiştir (ATF II 50; Scyboz/Gilleron, C.II).*

**Yargıtayın**, çocukları yaralanan anne ve babanın manevi tazminat isteme kriterini şu şekilde koymuştur:

" (...1- Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı kanıtlarla yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik görülmemesine göre davacıardan (X) yönelen tüm temyiz itirazları ile (Y) ve (Z)'a yönelik aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan öteki temyiz itirazları reddedilmelidir.

2- Davacılar (Y) ve (Z) kalıcı sakatlık bırakmayan çocukları (X)'in elinden yaralanması dolayısıyla manevi tazminat istemişler ve mahkemece o yolda hüküm kurulmuştur. Borçlar Kanununun 47. Maddesi uyarınca ona olanak bulunmadığı gibi somut olayda 49. Maddesinin koşulları da gerçekleşmiş değildir. Yansıma yoluyla manevi tazminat verilmesine de yasal olanak bulunmadığından onların bu isteklerinin reddedilmesi gerekirken gerekçesiz olarak manevi tazminata karar verilmiş olması bozma nedenidir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmeyle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnmiştir.

Temyiz eden: Davalı vekili

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle, davacıların çocuğunun avuç içlerinde (7) gün iş ve gücünden kalacak derecede yaralandığı, hayati tehlike geçirmediği, kalıcı bir izde bırakmadığı anlaşılmaktadır. BK.nun 47.maddesinin anlatım ve amacı itibarıyla zarar görenin ancak ölümü halinde yakınlarına manevi tazminat ödenmesi öngörüldüğüne göre, anılan maddenin bu olayda uygulama alanı bulunmadığı açıktır. Şu durumda sorunun, çözümünde başkaca bir yasal dayanağın olup-olmadığı araştırılmak gerekir. Genel bir nitelik taşıyan BK.nun 49.maddesi kişilik haklarına saldırı halinde manevi tazminat hükmedilmesini hüküm altına almıştır.

Kişilik hakları, kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olduğu ve bunların fiziki, duygusal ve sosyal kişilik değerleri içerdiği gözetildiğinde, somut olaydaki duruma göre, davacıların çocuğunun yaralanmasının, duygusal değerlere saldırı kapsamı içine girip girmediği konu-

su üzerinde durulmak gerekir. Duygusal kişilik değerler, kişinin toplum içindeki yeri, birlikte yaşadığı ailesi ve yakınlarının değer alanı içine giren haklardır. Bu haklar, kişinin bizzat şahsına bağlı olmayıp özellikle aile hukuku içinde yer alan değerlerdir. Bu bağlamda BK.nun 49.maddesindeki düzenleme itibariyle, kişinin bizzat değilde, yakınlarının (karı-koca, ana-baba ve çocukları) ağır yaralanması gibi somut olayın kendisine özgü ağırlığının ve özelliğinin zorunlu kıldığı olguların ortaya çıkıp kanıtlanması halinde duygusal değerlerin ihlal edildiği ve bozulduğu böylece *Aile Birliği içinde korunması gereken gönül bağlılığının zarar gördüğünün kabulü gerekir.*

Somut olayda, az yukarıda açıklanan koşullar kanıtlanmadığı ile davacıların çocuklarının ağır biçimde yaralanmadığı, anlık bir heyecan ve üzüntüsünde, BK. 49.maddesinin koruduğu değerler bakımından kişilik haklarına saldırı teşkil edecek düzeye ulaşmadığı, böylece manevi tazminatın gerekmediği sonucuna varılmıştır. O nedenle Hukuk, Genel Kurulu'nca benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır" (Y. HGKK, 1.4.1998 T, 1998/4-251 E, 1998/265 K).

Bu karar başka bir anlatımla da BK m 47 ve 49 arasında ilişkiyi de vermektedir.

#### **4- ÖLÜM HALLERİNDE MANEVİ TAZMİNAT**

Ölüm hallerinde manevi tazminatın normatif dayanağı BK. m. 47'dir. Hukuka aykırı eylem veya eylemsizlik mağdurun ölümüne sebep olmuşsa ölenin ailesi (yakınları, taallûkatı) (familie, Angehörigen) dava açma hakkına sahiptir. Burada yansıma zararı söz konusudur (*Hatemi*, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 108).

Öğreti ailesi deyimini yakınları olarak yorumlamaktadır (JdT 1979 I, 459, JdT 1977 I 126; JdT 1964 I 451 *Oğuzman/Öz.* s. 184). *Federal Mahkemeye* göre, ölüm hallerinde ölen ile birlikte yaşıyor veya aralarında istisnai yoğunlukta duygusal bağ var ise erkek ve kız kardeş (ATF 89 II 396); aynı şekilde kayın baba-kaynana (ATF 88 II 455); nisanlı (ATF 114 II 144) hak sahibidir. Birlikte yaşayanları ise çözümsüz bırakmıştır (Kararlar için bkz. *Scyboz/Gilleron*, C. II).

*Yargıtay* kararları öğretiyeye paralellik arz eder (Nitekim yargıtay bir kararında "...ölenin arkasından maksat davacılar ile ölen arasında eylemli, gerçek bağlılık ile ilişkisi bulunan kişilerdir" diyerek BK m. 47 deki aile kavramından ne anlaşılacağını ifade etmiştir. Yarg. 4. HD. 30.3.1988 E 10916/K. 3254, *Uygur*, Turgut: C.I, S. 658. Diğer kararında; bir meslek hastalığından ölüm tesbit edildiği takdirde kardeşlere manevi tazminat takdiri için mirascı sıfatının aranmaması icap eder.

**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

Aradaki akrabalık ve duygusal ilişki yeterlidir" ifadesiyle mirasçılık sıfatının gerekmeceği vurgulanmıştır. Yarg. 9. HD. 1.12.1986, E. 99/87/10842 (Öz-Kartotex).

İşçinin ölümü halinde manevi tazminat talebi için, işverenin ölümden sorumlu olması gerekir. Burada ki sorumluluk akdi sorumluluktur. Ölüm sebebi iş kazası veya meslek hastalığı olmalıdır. Ayrıca işverenin sorumluluğunu gerektirir özellikleri taşıması gerekir. Bu nedenler içerisinde uygun sebep, sonuç ilişkisi yani illiyet olmalıdır. Kısaca destekten yoksun kalma tazminatının talep koşulları manevi tazminatta da aranır (Oğuzman'a göre "manevi zararın ölüm ile uygun illiyet bağı, hayatın normal akış şartları altında vardır. Ancak davalı, davacının ölenin aile ferdi(yakını) olmadığını veya gerçekte ölümden üzüntü duymadığını ispat ederse birinci halde hukuka aykırılık bağının ikinci halde manevi zararın bulunmadığı sonucuna varılır", *Oğuzman/Öz*, s. 185).

Ölene yakın olanlar. Ölümünden acı duyanlar manevi tazminat isteyebilir. Buna nikahsız eş ya da metres dahildir. Ölünün ailesi kavramı (BK m 47) duygusal bağı da içerecek genişliktedir. Federal Mahkeme, sağ kalan eş, ana-baba; çocuklar, erkek ve kızkardeş, ölen ile birlikte yaşayan istisnai yoğunlukta duygusal bağ var ise erkek ve kız kardeş, kayın baba-kaynana ve son olarak nişanlı ölüm halinde manevi tazminatı hak ederler (ATF 89 II 396; ATF 88 II 455; ATF 114 II 144; *Scyboz/Gilleron*).

*Yargıtayın* yaklaşımı aynı yöndedir; örnekler:

"Davacı kardeşlerinin temyizine gelince;

Davacılar trafik kazası sonucu ölen kardeşleri (X)'in ölümü sonucu duydukları acı ve elem nedeni ile kendilerine de manevi tazminat verilmesini istemişlerdir.

Mahkemece bu davacıların kardeşlerinin ölümü nedeni ile üzülmelerinin hayatın olağan akışına uygun olduğunu, ancak bunun davalılara tazminat olarak yansıtılmasının hakkaniyete ve hukuk vicdanına uygun olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir.

Borçlar Kanununun 47.maddesi ölenin ailesine dahil kişilerin manevi tazminat isteyebileceğini kabul etmiştir.

Ölenin ailesinden maksat "davacılar ile ölen arasında eylemli gerçek bir bağlılık ve ilişki bulunan kişilerdir".

Mahkemece tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve ölenle ilişkileri göz önünde tutularak manevi tazminatın amacı ve niteliğine uygun miktarlara hükme-

**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

dilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile isteklerin reddedilmiş olması bozma nedenidir" (Y. 4. HD, 17.9.1998 T, 1998/3241 E, 1998/6753 K).

"Davacı eş (X) yönünden;

Borçlar Kanununun 47.maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktarı mevcut halde elde edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır. 22.6.1996 günlü ve 7/7 sayılı *Yargıtay* İçtihadı Birleştirme Kararının gerekçesinde takdir olunacak manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli bir biçimde göstermelidir.

Davaya konu olan işte trafik kazası sonucu ölen (Y) davacı (X)'nin eşidir. Yukarıda gösterilen ilkeler gözetildiğinde mahkemece takdir edilen tazminat miktarı uygun değildir. Kaldı ki istek de ılımlıdır. Anılan bu ilkeler gözetilerek hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.

Diğer davacıların ölenin oğlu (Z)'in ve kızı (T)'in temyiz itirazlarına gelince; olayda desteğin çocukları olan davacılar babalarının ölümü nedeni ile manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır. Karar yerinde "desteğin 80 yaşında ve felçli durumda olup bakıma muhtaç olduğu, Anadolu da ki yaygın anlayışı ve inanış bu tür yaşlı insanların ölümünün onların düğünü bayramı şeklinde değerlendirilmektedir" gerekçesiyle istem reddedilmiştir.

Medeni Kanununun madde 1'e göre uyuşmazlıklarda öncelikle kanun uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir kural yok ise yargıç örf ve adete göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Öte yandan yargıç karar verirken mahkeme içtihatlarından ve bilimsel görüşlerden yararlanır.

Örf ve adet hukukunun hukukun kaynaklarından biri olduğu kuşkusuzdur. Ancak örf ve adetlerin öncelikle akla uygun olması gerekir. Süreklilik ve olması gereken bir düşünceyi taşıması diğer aranan koşullardandır. *Rastlantısal ve alelade düşünceler hukukun kaynağı olamaz.*



**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

Somut olayda öncelikle Borçlar Kanununun 47.maddesinin uygulanması gerekir. Anılan maddede ölenin yakınlarının manevi giderim isteyebileceği belirtilmiştir. Bilimsel içtihatlar ve öğretideki görüşler de aynı doğrultudadır. Davacılar ile ölen arasındaki yakınlık derecesi ve aralarındaki ilişki ancak tazminatın miktarında etkili olabilir. Yoksa bu durum davanın reddini gerektirmez. Belirtilen nedenlerle mahkemenin kararı normatif düzenlemeye ve çağdaş hukuka açıkça aykırı olduğundan bozmayı gerektirmiştir" (Y.4.HD,28.10.1998 T,1998/4687 E,1998/8278 K).

### **5- CENİNİN MANEVİ TAZMİNAT HAKKI**

**Cenin, sağ doğmak koşuluyla ölüm olaylarında manevi tazminat hakkına sahiptir. Çünkü ödenecek tazminat olay anının değil gelecekte duyulacak acı ve elemnin karşılığıdır.**

"Dava, trafik kazası sonucu ölüm nedeniyle oluşan maddi ve manevi zararın giderimine ilişkindir.

Mahkemece istekler kısmen hüküm altına alınmış, karar, davacı tarafça temyiz edilmiştir.

Ölüm hallerinde manevi tazminatın normatif dayanağı BK'nun 47. maddesidir. Hukuka aykırı eylem ve eylemsizlik kişinin ölümüne yol açmış ise; ailesi ve bu kavram içinde yer alacak olan yakınları dava açma hakkına sahiptirler. Manevi tazminatın bu türü terekeye intikal etmez. Maddenin Almanya metnindeki "yakınlar", "müteallikat" anlamını veren "die Angehörigen" terimi, Fransızca metnindeki "Aile" (famille)den daha geniştir (Bkz. Hatemi, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku) İstanbul 1998, s. 111.

BK m. 47 deki "ölümün ailesi" kavramını dar anlamda ele almamak gerekir. Zira "Aile Hukuku"nda dahi normlar arasında *hukuki örgüyü sağlamak için sosyolojik ve biyolojik anlayışa saptanmaktan kaçınılmıştır*. Bu nedenle ölen ile hak sahipleri arasında eylemli ve gerçek bağlılığı dikkate almak gerekir. Hatta aradaki *akrabalık ve duygusal ilişki yeterlidir*. Ölümün acısını derinden hissedecek bir yaşta olan her çocuğun manevi tazminat isteme hakkı vardır.

Somut olayda, ölen büyükanne için torunların manevi tazminat istekleri mahkemece mirascılık ilişkisi bulunmadığı gerekçe gösterilerek red edilmiştir. Varılan bu sonuç, yukarıda sözü edilen gerek öğretide ve gerekse yargısal inançlarda vurgulanan ilkelere aykırı olduğundan karar bozulmalıdır" (Y. 4. HD, 16.11.1998 T, 1998/5648 E, 1998/8925 K).

## 6- MANEVİ TAZMİNATIN BELİRLENMESİ

### A. Ön Bilgiler

Maddi zararın hesabı genelde ölçümlenebilir. Dayanakları somuttur. Sadece cismanî zararlara ilişkin tazminat hesaplamalarında işleyecek(bilinmeyen) dönem varsayımsaldır. Ancak bu döneme dahi hesaplama belirli formüllerle objektiflik sağlanmaya çalışılmıştır.

Manevi tazminatta somut verilere dayanılmaz. Tazminat miktarını belirlerken *titiz* davranmak gerekir.

Tazminatı belirleme yetkisi *en geniş* şekilde *yargıcın takdirine* bırakılmıştır (MK m 4). İkinci aşamada da gerekli indirim faktörlerini dikkate alır. Bu şekilde sonuca ulaşılır (*Deschenaux/Tercier*, Çev. Özdemir, s. 212-213).

Yargıç takdir yetkisini kullanırken aşırılığa düşmemelidir. Keyfiliğe düşmemelidir. Kişisel karakterine, inancına göre karar vermemelidir (*Akyol*, Medeni Hukuka Giriş, s. 344).

Manevi tazminatın belirlenmesi onun mahiyeti ile yakından ilgilidir. Öğretide bu konuya özenle yaklaşan Hatemi şu düşüncededir: "Kanaatimce bu alanda eşitlik ilkesi (eşitlik adaleti) gözden uzak tutulmamalı, maddi giderim, geleceğe yönelik kazanç kaybı hesapları dolayısı ile az tutulmuş ise, manevi giderim bu eksikliği telafi etmelidir. Yoksa, mesela asgari ücret alan bir işçiye yirmi milyon lira maddi giderim, bir piyaniste bir milyon maddi giderim belirlendikten sonra, manevi giderim alanında da mağdurun içtima durumu hesapları yapılarak işçiye beş milyon piyaniste yine bir milyon lira manevi giderim belirlenirse, burada manevi giderim eşitsizliğinin büsbütün belirginleşmesine yol açacaktır. Oysa Tabii Hukuk'a göre insan uzvu giderim bakımından insan uzvuna eşdeğer sayılmalıdır" (*Hatemi*, Hüseyin, Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 113. Hatemi'nin bu görüşü konuya ilişkin normatif düzenlemeler ve tatbikata aykırıdır. Ancak farklı bir bakış açısı gerektirdiği, için önemli ve tartışılması gereklidir).

Manevi tazminatın normatif düzenleme kaynağı olan BK. m. 47 de "Hakim hususi halleri nazara alarak cismanî zarara duçar olan kimseye ölünün ailesine manevi zarar adalete muvafık tazminat..."tan söz edilmiştir.

"Dava, trafik kazası nedeniyle tazminat istemine ilişkindir. Mahkemece dava kısmen kabul edilmiş olup, kararı davacılar temyiz etmiştir.

1- Davacılar olayda desteklerinin olduğunu belirterek destekten yoksun kalma tazminatı istemişlerdir. Mahkemece, ölen kadının davacılar, destek olduğunun ve bir işte çalıştığının ispatlanamadığını benimseyen bilirkişi görüşü doğrul-

tusunda bu istek reddedilmiştir. Oysa destekten yoksun kalma tazminatına hük-  
molunması için, ölenin bir işi ve gelirin bulunması veya bulunduğunun ispatlan-  
ması şart değildi. *Ölen kişi işsiz olsa veya yaşı küçük olsa bile bu durumun tüm  
yaşamı boyunca devam edeceği anlamına gelmez. Böyle bir sonuç hayatın olağan  
akışına da uygun düşmez.* Kaldı ki, olayımızda ölen kadının *ev hanımı* olduğu  
anlaşılmaktadır. *Herhangi bir gelir ve kazancı bulunmasa bile, ev hanımı olarak  
ailesine birçok yönden desteği bulunduğu, davacıların mahrum kaldıkları bir  
zararlarının olduğu hayatın olağan akışının doğal gereği olarak kabul edilmelidir.*  
Bu itibarla davacı eş ve çocukların, kadının ölümü nedeniyle uğradığı maddi  
zararları uzman olan bilirkişiye hesaplatılarak hüküm altına alınması gerekirken  
sorumluluk hukuku ilkelerine aykırı düşen bilirkişi görüşünün benimsenerek bu  
kalem isteğin reddedilmesi bozmayı gerektirmiştir.

2- Manevi tazminata ilişkin temyiz itirazlarına gelince;

Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi hükmüne göre hakimin özel halleri  
gözönünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesine karar vereceği  
bir para tutarı *adalete uygun* olmalıdır. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayandan  
*manevi huzuru* doğurmayı gerçekleştirecek *tazminata benzer* bir fonksiyonu olan  
*özgün bir nitelik* taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın  
karşılansını da amaç edinmemiştir. O halde bu *tazminatın sınırı amacına göre  
belirlenmelidir.* Takdir edilecek miktarı mevcut halde elde edilmek istenilen *tatmin  
duygusunun* etkisine ulaşmak için *gerekli olan kadar olmalıdır.* 22.6.1966 günlü ve  
7/7 sayılı *Yargıtay* İçtihadı Birleştirme kararının gerekçesinde takdir olunacak  
manevi tazminatın tutarını etkileyecek özel hal ve şartlar da açıkça gösterilmiştir.  
Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını  
kullanırken ona etkili olan nedenleride karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli  
bir biçimde göstermelidir.

Davaya konu olan bu işte yukarıdaki ilkeler ve somut olayın özellikleri  
gözetildiğinde hükmolunan manevi tazminat miktarları azdır. Daha üst düzeyde  
manevi tazminat takdir olunması için kararın bozulması gerekmiştir" (*Y.4.H.D.  
6.3.2000 T, 1999/11287 E, 2000/204 K*)

Maddenin bu düzenlemesinde "hususî haller" "adalete muvafık" ibareleri  
öne çıkmaktadır. Bu ibarelerin yorumu niteliğinin ele alışına göre biçim alır.  
*Oser/Schenenberger*; "Manevi tazminat olarak paranın tutarı sadece za-  
rarlandırmaya bakılarak değil, her isteği (her davadaki= tatmin edilme) ihtiyacına  
bakılarak tayin edilir... adam öldürmede acının ağırlığına rağmen yerine göre ufak  
bir para ile yetinildiği olur, çünkü bu durumda ileri derecede bir tatmin edilme  
ihtiyacı yoktur.. zaman geçmesi ve diğer şekilde tatmin) zararlandırılan kimsenin  
uslandırılması da manevi tazminatı azatabilir veya bütünü ortadan kaldırılabılır"  
diyerek bir anlamda tazminatın miktarını... belirlemede yol göstermektedir  
(*Oser/Schönenberger*, s. 431).

*Becker*, kişisel durumun olayın kendisinden fazla rol oynadığını ifade ediyorsa da yine bu kişisel durumdan dolayı ileri gitmemek gerektiğini vurgulamaktadır (*Becker*, Herman, (çev. Bülent *Olca* ve ark.) s. 286). *Federal Mahkeme*ye göre, ölüm halinde, hak sahibi ölenin ölüm anında ne kadar yanında (yanıbaşında) ise manevi acı o ölçüde büyük olur (ATF 93 I 586); yine ölen ne kadar ileri yaşta ise hissedilen manevi acı o kadar azdır (ATF 95 II 306). (Her iki karar için bkz. *Scyboz/Gilleron*, C II).

Değişmez payda yargıcın takdir yetkisidir. *Yargıtay*: "Hakimin manevi tazminat miktarını tayin ederken, Borçlar kanununun 43 ve 44'ncü maddelerindeki kurallar "özel hal ve şartları" takdir ederken kıyasen uygulanması kusursuz sorumluluk hallerinde ve olayda kusur bulunmadığı takdirde, kusurun dışında kalan amilleri, ...kusurun mevcudiyeti halinde ise kusurda dahil bütün faktörleri takdirine mesnet yapması gerekir" ifadesiyle sorumluluk ve takdirine yönelik ilkeleri belirlemiştir (Yarg. İBKK. 22.6.1996 E 6/K. 7. *Uygur*, Turgut: s. 663. *Yargıtay* 9. HD. çoğu kararlarında ayrıca hakkaniyete uygun bir miktarı olay tarihi, maluliyet karşı kusur ve manevi tazminatın amacı ve niteliği dikkate alınarak uygun bir miktara hükmedilmesi gerekliliğini vurgulamaktadır. Yarg. 9. HD. 31.10.1994, E. 11246/K. 15018, 24.3.1992, E. 17567/K. 3464 (Öz-Kartotex)).

Buna göre, bir kusursuz sorumluluk hali olan tehlike sorumluluğunda kusur aranmayacaktır. Esasen cismanî zarara uğrayan ya da ölen işçi için talep halinde kusuru olmasa dahi işveren manevi tazminat ile sorumlu kılınabilecektir. Ancak kusur ve karşı kusur manevi tazminatın yüksekliği için bir kriter olarak ele alınmaktadır. Mağdurun tam kusurlu olması halinde manevi tazminat illiyetin ortadan kalkması nedeniyle reddolmalıdır (*Oser/Schönenberger*, s. 430).

Görüleceği üzere maddi tazminata ilişkin hükümler kıyas yolu ile manevi tazminata da uygulanır (*Oser/Schönenberger*, s. 430).

Manevi tazminatın maddi tazminatı tamamlayıcı olduğu öğretide bir kısım yazarlarca ifade edilmektedir (Nitekim BK. m 42 "Zararın hakiki miktarını ispat etmek mümkün olmadığı takdirde, hakim, halin mutad cereyanını ve mutazarrın olan tarafın yaptığı tedbirleri; nazara alarak onu adalete tevfikane tayin eder" düzenlemesiyle "denkleştirme" işlevinin hareket noktasını oluşturur. Bu konuda fazla bilgi için bkz. *Hatemi*, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 110).

Bu yaklaşımın temel gerekçesi maddi tazminatın tahmine dayanan hesap yöntemidir. Varsayımlara dayanan tazminat hesapları çokça denkleştirici özellik gösteremez. Bu eksiklik manevi tazminat yoluyla giderilebilir. Borçlar Kanununun manevi tazminata yönelik diğer hükümlerinde bu özellik daha da açık görülür (*Hatemi*, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, s. 110).

Askeri Yüksek İdare Mahkemeleri (AYİM) kararlarında manevi tazminatın tayininde eşitliğe gidilmiştir. Bu nedenle gerek cismanî zarar gerek ölüm hallerinde yıl itibarıyla standart değerler belirlenerek uygulamaya konulmuştur (*Özgüldür*, Serdar: "İdare Hukukunda tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi: Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması", İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 Yılı Toplantısı, 12-13 Nisan 1996, s. 107).

### **B. Manevi zararın ağırlığı sorunu**

*İsviçre'de* ağırlık kazanan düşünceye göre manevi tazminat ihlal edilen kişilik değerinin türü, ihlal manevi zarar ve kusurun ağırlığı, özellikle adam öldürülmesi durumunda zarar gören ile ölen arasında yakın ilişki gözönünde tutularak maktu ücret ödenmektedir (*Eren*, Genel, I, s.790 vd 266 dn adı geçen *Hütte,Klausn* manevi tazminat tabloları).

Ayrıca *ihlalin ağırlığı ve türü* mağdurun kişiliğine *etkilerinin süresi (sürekli olup olmadığı ve yoğunluğu)* dikkate alınır (BGE 112 II 135 E. 4; BGE 108 II 432 E. 5; BGE 107 II 349 E. 6; *Rey*, s. 108). *Yaş*, ağır yaralanan kişiyle olan ilişkilerin yoğunluğu akrabalık derecesi de dikkate alınır (*Rey*, s. 108). Öğretide nişanlıya ödenecek manevi tazminat miktarının eşe ödenecek olan manevi tazminat miktarından daha az olması gerektiği hususunda görüş birliği vardır (Brehm, OR 47 N 160; Nak *Rey*, s. 108). Doğaldır ki ölüm halinde yakınlarla ödenecek manevi tazminat ağır yaralamaya göre daha fazla miktarda olacaktır (*Rey*, s. 108).

Türk hukukunda manevi tazminatı ele alan BK 47 ve 49 maddelerinde *manevi zararın ağırlığı koşulu aranmamaktadır*. Ancak, alelade bedeni acılar için manevi tazminata hükmedilmesi de doğru değildir (*Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 656).

### **C. Zarar görenin kişisel kusuru ve zarar verenin kusurunun ağırlığı**

Zarar görenin kişisel kusuru ortak kusurdur(Karşı kusur, müteraffik kusur). Yargıç zarar verenin ödeyeceği, tazminattan karşı kusur oranında indirimde bulunur (İşten, c. I, s. 791). Özellikle BK 43 ve 44'te öngörülen kıyasen uygulanır. Bu bağlamda kusur sorumluluğunda zarar verenin *kusurun ağırlığı ve hafifliği* sebep sorumluluğunda *sorumlunun kusuru* dikkate alınır (*Eren*, Genel, I, s. 791). (BGE 116 II 736 E. 4 G; BGE 93 II 95 E. 5; *Rey*, s. 109). Üçüncü kişinin kusuru zarar verenin sorumluluğunda herhangi bir indirim söz yapılmasına yol açmaz (BGE 117 II 60-61 E. 4a bb; BGE 112 II 143-144 E. 4a; *Rey*, s. 109).

Hatır taşınması, zarar görenin bedensel yatkınlığı zarar verenle zarar gören arasında kişisel ilişkiler manevi tazminatta indirim nedenidir (*Eren*, Genel, I, s. 791).

**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

*Hatır taşıması, dostluk, akrabalık* ilişkisinden farklı bir hukuki niteliğe sahiptir. Dolayısıyla *farklı* oranlarda indirim yapılır. Hatır taşımasında ahlaki bir ödevden söz edilemez.

#### **D. Acının dinme şansı**

Manevi tazminatın miktarının belirlenmesinde yapılacak nakdi ödemenin mağdurun cismani veya manevi acısının mağdur tarafından hissedilebilir dindirmek şansına sahip olması hususu dikkate alınır (BGE 118 II 408 E. 3 b. Aa. *Rey*, s. 109). *Hakim görüşe göre* mağdur bunaklık veya benzeri akıl zayıflığı sebebiyle manevi veya cismani acısının ölçüsünü kavrayacak durumda değilse kendisine indirilmiş bir manevi tazminat hakkı tanınmalıdır (*Rey*, s. 109).

#### **E. Manevi tazminat ve faizinin tayin ve belirlenmesinde ölçü olan tarih.**

Haksız fiillerde *manevi tazminatın başlangıç tarihi olay tarihidir*. Yargıç tazminatı takdir ederken olay tarihi ile hüküm tarihi arasındaki faizi de dikkate alması gerekir. Böylece bir nevi hüküm tarihindeki değerlere ulaşmaya çalışır.

*Kanaatimizce* bizim gibi enflasyonun devamlılığı olan ülkelerde hüküm tarihine göre tazminatın takdiri ve faizinde o tarihten başlatılması daha sağlıklı bir sonuç verir. Aksi halde manevi *tazminatın bölünmezliği* ilkesi ile tek bir dava açmak zorunda kalan zarar görene hükmedilecek tazminat, adaletli sonuç doğurmayacaktır.

#### **F. Manevi tazminatın bölünmezliği**

Manevi tazminat tek bir dava ile istenir. *Kısmı dava açılmaz*. Uygulamada ceza davasında atıye bırakılan tazminat miktarı hukuk mahkemesinde arttırılmaz.

Yargıtayın 2001 yılında vermiş olduğu bir kararında konu etraflı biçimde irdelenmiştir:

“ (...Dava meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücünü %12 oranında yitiren işçinin duymuş olduğu acı ve üzüntünün karşılığı bulunan manevi tazminat istemine ilişkindir.

Davacının, maddi ve manevi tazminattan fazla haklarını saklı tutmak suretiyle 300.000.000TL.lık manevi tazminat davası açtığı, yargılama sırasında Anayasa Mahkemesince HUMK.nun 87/son maddesinin iptal edildiğinden bahisle 2.2.2001 tarihli dilekçe ile dava dilekçesini ıslah ettiğinden bahisle manevi

**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

tazminat talebini 1.000.000.000 TL.na çıkardığı uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık manevi tazminatın bölünüp bölünemeyeceği noktasında toplanmaktadır.

Gerçekten hukuka aykırı bir eylem yüzünden çekilen elem ve üzüntüler o tarihte duyulan ve duyulması gereken bir haldir. Başka bir anlatımla, üzüntü ve acıyı zamana yaymak suretiyle manevi tazminatın bölünmesi bir kısmının dava konusu yapılması kalanın saklı tutulması olanağı yoktur. Niteliği itibariyle manevi tazminat bölünemez. Bir defada istenilmesi gerekir.

*Yargıtay* Hukuk Genel Kurulunun 25.9.1996 gün ve 1996/21-397-637 karar ile 13.10.1999 gün ve 1999/21-648-818 sayılı kararda bu doğrultudadır.

Mahkemece, bu maddi ve hukuki olgular gözönünde tutulmaksızın ve özellikle manevi tazminatın bölünmezliği nazara alınmadan yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekte, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz eden: Davalı işveren vekili

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

Davacı, davalı kurumun işyerindeki çalışması sonucu daimi işgücü kaybına uğradığını belirterek 300.000.000 TL. manevi tazminat isteminde bulunmuş ve davanın devamı sırasında mahkemeye verdiği 6.2.2001 havale tarihli dilekçe ile de, Anayasa Mahkemesinin H.U.M.K.nun 87. Maddesinin son cümlesini iptal etmekle, müddeabihin arttırılabileceği gerekçesi ile 300.000.000 TL. olan manevi tazminat miktarını 1.000.000.000 TL. yükselterek işlemi ıslah (değiştirdiğini) ettiğini bildirmiştir.

Mahkemece de, istemdeki gerekçeler yerinde görülerek 850.000.000 TL. manevi tazminata hükmedilmiş, kararın temyizi üzerine özel dairece yerel mahkeme kararı yukarıda açıklanan gerekçe ile bozulmuştur.

Manevi tazminat, zarar görenin kişilik değerlerinde, bedensel bütünlüğünün iradesi dışında ihlali hallerinde meydana gelen eksilmenin (manevi zararın) giderilmesi, tazmin ve telafi edilmesidir.

Anayasamız 5, 12, 17, 20 ve 26. Maddelerinde kişilik değerlerinin önemini esas alarak bunları ihlal edenlere karşı kişinin korunmasını garanti altına almıştır.

Kanun koyucu, manevi tazminat davası açılacak halleri M.K. 24a/II, 25, 85, 143/II, 126/II, 305 BK. 47 ve 49 ncu maddelerinde ayrı ayrı düzenlenmiştir. BK. 47 nci maddesi ise özel nitelikte bir hüküm olup, fiziki (maddi) kişilik değerlerinin, yani yaşama hakkı ile vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan hallerde manevi zararların tazminini düzenlemiştir. Zarar görene tanınmış olan manevi tazminat hakkı kişinin sosyal, fiziksel ve duygusal kişilik değerlerinin saldırıya uğraması durumunda öngörülen bir tazminat türüdür. Amacı ise kişinin, hukuka aykırı olan eylemden dolayı bozulan manevi dengesinin eski haline dönüşmesi, kişinin duygusal olarak tatmin edilmesi, zarar vereni bir daha böyle bir eylemde bulunmaktan alkoymas gibi olguları karşıladığı bir gerçektir. Manevi tazminat, kişinin çekmiş olduğu fiziksel ve manevi acıları dindirmeyi, hafifletmeyi amaçlar. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığıdır. Bu tazminat türü, kişinin haksız eylem sonucu duyduğu acı ve elemin giderilmesini amaçladığı için, zarar gören kişi, öngördüğü miktarı belirleyerek istemde bulunabilir. Maddi zararda olduğu gibi manevi tazminata kesin bir hesabın yapılması olanaksızdır. Bunun için miktarı, somut olayın özelliği, tarafların sosyal ve ekonomik durumları dikkate alınarak M.K.nun 4. Maddesi uyarınca hakim tarafından takdir ve tayin edilir. Hakim, manevi tazminatın miktarını belirlemede geniş bir yetkiye sahiptir. Zarar gören, uğradığı haksız eylemden kaynaklanan maddi tazminatının miktarını tayin edip, talep edebilir. Hatta zarar gören, maddi zararını kısmi dava olarak bir defada değil, zamanasını süresi içinde, birden fazla talepler halinde isteyebilir. Oysa manevi zarar, haksız eylemin sonucunda, uğranılan kişilik değerlerindeki azalmanın karşılığı olduğu ve zarar gören tarafından da takdir ve tayin edilebilir bulunduğu için birden fazla bölümler halinde istenemez. Bu tazminat bizzat yaşanan acı ve elemin karşılığı olduğu için, haksız eylemin meydana geldiği anda gerçekleşir. Acı ve elemin bölünerek bir kısmın açılacak kısmi dava ile kalanının açılacak başka bir davada talep edilmesi, manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırı düşer. Ödetmenin uzaması, para değerindeki düşüşler, enflasyon nedeniyle alım gücünün azalması gibi nedenlerle hükmedilecek miktarın faizi ile birlikte tahsil zararı karşılamaktan uzak olması, manevi tazminatın bölünerek istenmesini haklı göstermez. Şartları varsa faizi aşan zarar isteme olasılığı düşünülebilir.

Olayın özelliği itibarıyla, davacının isteminin, ıslahla ve bu bağlamda Anayasa Mahkemesi'nin Resmi Gazete'nin 04.11.2000 gün ve 24220 sayısında yayınlanan 20.07.1999 gün E. 1999/1, K: 1999/33 sayılı kararı ile bir bağlantısı bulunmamaktadır. *İstem değişikliği ve artırılması için, istekte bulunanın daha önceki isteminin dışında ve ondan daha fazla alacağı bulunması gerekir.* Manevi zararda, zarar görenin daha önce belirttiği istemi ile zararını açıkladığı ve belirttiği için artık geriye bir alacağı kalmadığı için gerek ayrı bir dava ve gerekse ıslah yoluyla bir istemde bulunamaz.

Öğretide ve kararlılık gösteren yargısal inançlarda da manevi tazminat davasının kısmi dava olarak açılmıyacağı, ıslah yolu ile de istemin arttırılmıyacağı



**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

benimsenmektedir. Buna gerekçe olarak da, manevi tazminat bir bütündür. Duyulan acı ve üzüntünün karşılığı dava yolu ile belirlenip, karşı tarafa bildirildikten sonra arttırılması veya yeni bir dava açılarak istenmesi mümkün değildir. Çünkü manevi tazminatın takdirinde hakime çok geniş takdir yetkisi verilmiştir. *Hakimin takdir yetkisi bölünemez* (Bkz. Prof. Dr. Baki Kuru-Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı Cilt: II-2001 sh: 1528 vd, Prof. Dr. Ejder Yılmaz Islah Yoluyla Dava Konusunun Arttırılması (Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 tarihli ve 1/33 sayılı kararının değerlendirilmesi, 11.05.2001 tarihli makale) sh: 10 vd, Y.9.HD. 12.02.1991 gün ve 10324/2244, Aynı Dairenin 26.12.1989 gün ve 10280/11438, 21. HD.nin 06.11.1997 gün ve 7074/7186 sayılı kararı, 4. HD.nin 14.05.1998 gün ve 9223/3428 sayılı, YHGK.nun 02.07.1980 gün ve E: 3/1477 K: 2113 sayılı, aynı kurulun 27.03.1981 gün ve E: 9/1481 K: 251 sayılı, Aynı Kurulun 25.09.1996 gün ve 1996/21-397-637 ve 13.10.1999 gün ve 1999/21-648 K: 818 sayılı İçtihatları).

Bu durumda yukarıda yazılı gerekçelere ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır" (Y. HGKK, 14.11.2001 T. 2001/21-993 K. 2001/1019 K).

**Karşı Oy Yazısı:**

"Hukuk Genel Kurulunun önüne gelen uyuşmazlık, manevi tazminatın bölünüp bölünmeyeceği HUMK.'nun 87. Maddesi son cümlesinin Anayasa Mahkemesince iptal edilmesi nedeniyle manevi tazminat davalarında günün koşullarına göre müddeabihin ıslahı yoluyla değiştirilip değiştirilemeyeceği noktalarında toplanmaktadır.

Manevi tazminatın bölünüp bölünemeyeceği sorununa öncelikle manevi tazminatın niteliği ve amacı yönüyle yaklaşmak gerekir. Manevi tazminat manevi zararın bir giderim biçimidir. Herkese karşı korunan kişilik hakkının kapsamına giren değerlerden (maddi-manevi) birinin ihlali halinde doğan mutlak bir haktır. Hareket noktası manevi zarardır. Manevi zarar kişinin iç huzuru ve manevi bütünlüğünün ihlal edilmesinin mecazi bir ifadesidir (Hatemi, Hüseyin: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku C II, 1994, s. 102).

Öğretide manevi tazminatın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu konuda "ceza görüşü", "tatmin görüşü", "telafi görüşü" şeklinde üç temel görüş vardır. Baskın görüş telafi görüşüdür. Deschenaux/Tercier, manevi tazminatı yardım etmek amacı güden, daha iyisi bulunmadığı için başvuru ve beşeri adaletin sınır çizgisinde yer alan bir kurum olarak nitelemiştir (Deschenaux, H, and P. Tercier: Sorumluluk Hukuku, Çev. Salim Özdemir, 1983, s. 61). Yine bu görüşe göre objektif nitelik taşır. Zarar çekenin acı ve elem hissedip hissetmemesine bakılmaksızın ödeme yapılır. (Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C I, B 6, 1998, s. 779)

başka bir anlatımla tamir edici bir nitelik vurgulanır. (Kılıçoğlu, Ahmet M: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C 1, 2001, s. 270).

Yabancı hukukta manevi tazminat çeşitli kalemlerde belirtilir. Örneğin Fransa'da "Prejudice moral" başlığıyla beş kategoride zarar türü vardır. Özellikle acı ve elem parası ve yaşam zevkinin kaybindan doğan zararlar önemlidir. Acı ve elem parasında -0-dan -7-ye kadar acının ağırlığı dikkate alınarak bir tablo düzenlenir. Bu değerlendirmeye göre tazminat ödenir. Yaşam zevkinin kaybı ise yaşamın eğlendirici, hoş tutucu özelliğinin kaybı durumlarında uygulanır (Bkz. Kılıçoğlu, Mustafa: Tazminat Esasları ve Hesap Yöntemleri, 1998 s. 154 ve orada adı geçen Delpoux/Tomadını ve Daigrement gibi yazarlar ve eserleri) İsviçre-Türk hukukunda ise manevi tazminat tek şekilde ve global olarak ödenir. Görüleceği üzere hukukumuzda analitik ve hassas bir değerlendirmeden söz edilemez.

Uygulamada manevi tazminatın, zarara uğrayanda bir huzur duygusu doğurmakta olduğu, aynı zamanda ruhi ızdırabın dindirilmesini amaç edindiği vurgulanmakta tazminata benzer bir fonksiyonu olduğu ifade edilmektedir (*Yargıtay* 4. HD, 24.1.1990-6049/257; Uygur, Turgut: Borçlar Kanunu C. 1, 1990, s. 666).

Yine *Yargıtay*'ın kökleşmiş içtihatlarına göre manevi tazminat bölünemez. Gerekece olarak, manevi tazminatın duyulan elem ve acının karşılığı olarak bütünlük arzettiği, sonradan elem ve acının arttığı söz konusu olamayacağı gösterilmiştir (*Yargıtay* 9. HD. 26.11.1991-13498/14738 Kılıçoğlu, Mustafa: s. 266). Ancak bu ve benzeri kararlarda *Yargıtay* görüşünün normatif dayanağına rastlanılamamaktadır. Borçlar Kanunu md. 47 de bu düşünceyi doğrulayan bir anlatıma rastlanılamaz. Öte yandan *Yargıtay* sağ doğmak koşulu ile ana rahmine düşen kişileri dahi tazminat isteyebileceği yolunda bir uygulamayı sürdürmektedir. Gerekece olarak da ölen kişiyi layıkı veçhile tanıyamamaktan ve gereği gibi hatırlayamamak sonucu ileride duyacakları üzüntü belirtilmiştir (*Yargıtay* 4. HD., 5.3.1979-9773/2900; Karahasan, Mustafa Reşit: Manevi tazminat, 2001, s. 355). *Yargıtay* bu görüşünü çeşitli kararlarıyla pekiştirmiştir (Örneğin *Yargıtay* 4. HD. 25.6.1984-5455/5969).

Şu durumda *Yargıtay*'ın benimsediği acı ve elem karşılığı olan manevi tazminatın (subjektif görüş tercihi) bütünlüğü ilkesi ile temyiz kudretine sahip olmayan çocukta acı ve elem olgusunu arama düşüncesi çelişki oluşturmaktadır.

Uygulamada davaların uzaması paranın satın alma değerinin düşmesi gibi sorunlar manevi tazminatı moral değerlerinin telafisi olan amacına ulaştırmaktan uzaktır. *Yargıtay* bir taraftan hükmedilecek tazminatın hakkaniyete uygun olması gerektiğini kararlarında vurgularken (Örneğin *Yargıtay* 9.HD., 17.10.1989-6402/8274, Uygur: s. 665). Öte yandan hakkaniyete ulaşacak yolları "manevi tazminatın bölünmezliği ilkesi" ile tıkamaktadır.

**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

İşte Anayasa Mahkemesi'nin 20.7.1999 tarih 1/33 sayılı kararı HUMK. m. 87'nin son cümlesini iptal ederek konumuza indirgendiğinde, manevi tazminatın bölünmezliği ilkesini ortadan kaldıran, dolayısıyla en üst norm olan hakkaniyeti yaşama geçiren muhteşem bir karardır.

Yüksek *Yargıtay* Hukuk Genel Kurulundaki tartışmalar sırasında kısmi olmayan davalarda, dava edilmeyen, yada davacının her ne sebeple olursa olsun sonradan fark ettiği hakkından zımnen feragat etmesi sebebiyle, ıslah yolu ile olsa dahi müddeabihin artırılmayacağı kabul edilmiştir.

Öncelikle kısmi olmayan davada başlangıçta dava dışı kalan bölümden davacının feragat edip etmediğini, zımni feragatın mümkün olup olmayacağını irdelemek gerekir.

"Feragat iki taraftan birinin netice-i talebinden vazgeçmesidir" (HUMK. md. 91) "Feragat...beyanı dilekçe ile veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır" (HUMK. md. 93) "Zabıtnamenin...iki tarafın ikrar, sulh ve feragatine tealik eden kısımları bunların huzurunda okunarak, kendilerine imza ettirilir" (HUMK. 151/5) "Feragat...kat'i bir hükmün hukuki neticelerini hasıl eder" (HUMK. md. 95) Bütün bu kurallar, özellikle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 95. maddesinde yer alan feragatın hüküm sonucu doğuracağı yönündeki amir düzenleme, feragatte de Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 388. maddesinde yer alan "taflara yüklenen borç ve tanınan hakların... şüphe ve tereddüt uyandırmayacak şekilde gösterilmesi gerekir." hükmün dikkate alınmasını zorunlu kılar. Başka bir ifade ile feragatin açık olması zorunludur. Zımni feragatten söz etmek bu kurallarla bağdaşmaz. Türk Ceza Kanununun 111. maddesi, Borçlar Kanununun 113. maddesinde gösterildiği gibi, kanunlarımızda bulunan bazı kuralları, zımni feragata delil olarak göstermek de doğru olmaz. Söz konusu kurallar feragatı değil, kanunda gösterilen öğelerin oluşması halinde, bazı hakların düşeceğini amirdir.

Tartışmalar sırasında kısmi olmayan davanın kesin hüküm oluşturması sebebiyle dava açılmayacağı, kısmi olmayan davaya ait dilekçenin (HUMK 87. maddesinin son cümlesinin iptal edilmesinden sonra da) ıslahı yolu ile müddeabihin artırılmayacağı ifade edilmiştir. Kısmi olmayan dava sonunda, henüz hüküm oluşmamış bulunduğundan bu düşüncenin olaya uygun olmadığını ifade etmekle yetineceğiz.

"İki taraftan her biri usule müteallik olarak yaptığı muameleyi tamamen veya kısmen ıslah edebilir." (HUMK. md. 83), "Islah, tahkikata tabi olan davalarda, tahkikat bitinceye kadar ve tabi olmayanlarda muhakemenin hitamına kadar yapılabilir" (HUMK. md. 84) "Islah, bunu yapan tarafın teşmil edeceği noktadan itibaren usule müteallik bilcümle muamelelerin yapılmamış addolunmasını müstelzimidir". (HUMK. md. 87). "Islah, eden taraf davanın kamilen

ıslah ettiği ve bunun tebliği tarihinden itibaren üç gün zarfında yeni bir dava ikame eylemediği halde davası iptal olunur." (HUMK. md. 88)

Görüldüğü üzere dava açılmasına müteallik işlemin her yönünü ıslah yolu ile düzeltmek değiştirmek mümkündür. Bu sebeptendir ki öğretide "ıslah, karşı tarafın iznine ve yargıcın onamına bağlı olmaksızın, bir tarafın usule ilişkin olarak yaptığı işlemleri, gerekli giderleri vermek koşuluyla, yasada belirtilen süre içinde usulüne uygun tamamen veya kısmen düzeltilmesini sağlayan bir hukuksal çaredir" biçiminde tarif edilmektedir. (Yılmaz, Ejder: Islah, 1982, s. 27)

Davada ıslah edilemeyecek iki öğeden biri Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 87. maddesinin son fıkrasında yer alan "Müddei ıslah suretiyle müddeabihî tezyit edemez" kuralı, diğeri de 04.05.1978 tarihli 4/5 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı ile belirlenen "ıslah yolu ile dahi davanın taraflarının değiştirilemeyeceği" kuralı idi. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 87. maddesinin son cümlesi Anayasa Mahkemesi'nin 20.07.1999 tarihli 1/33 sayılı karar ile iptal edilmiş, karar 04.11.2000 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak hukuk alanında etki yaratmaya başlamıştır. *Mer'i Hukuk açısından ıslah yolu ile taraf değiştirilemeyeceği kuralından başka, dava işlemlerinde düzeltilmeyecek bir yön kalmamıştır.* Şu halde her türlü davada (kısmi olmayan dava da dahil) ıslah yolu ile müddeabihin artırılmasını engelleyen bir kural yoktur. "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." (Anayasa Md. 36). "Temel hak ve hürriyetler... kanunla sınırlanabilir" (Anayasa md. 13). Şu halde hak arama temel hürriyetinin bir tezühürü olan dava dilekçesi düzenlenmesi ve bunun düzeltilmesi (ıslahı) hakkında açık kanun hükmü bulunmadan yorum yolu yapılan kısıtlamaları, Anayasanın sözü edilen kuralları ile bağdaştırmak mümkün olmaz. Hele usule ilişkin kuralların kapsamını yorum yolu ile genişletip hak arama özgürlüğü önüne setler koymak, yargılama usulüne dair kanunların oluşturulma amacına da uygun düşmediği gibi, Anayasa Mahkemesi Kararının etkisini yorum yolu ile daraltmak olur. Bu yorumu Anayasanın 138/4. ve 153/6. maddeleri hükümleri ile bağdaştırmak da mümkün değildir.

Davacının 06.02.2001 tarihli harçlı dilekçesi ile manevi tazminat isteğini 300.000.000 TL.'den 1.000.000.000 TL.'ye çıkarırken bazı gerekçeler göstermiş olması, dilekçenin ıslah dilekçesi olarak vasıflandırılmasına da engel değildir. Zira hakim tarafların tavsifi ile bağlı olmayıp "resen Türk Kanunları mucibince hüküm verir." (HUMK 76).

Hakim Medeni Kanununun 4 ve Borçlar Kanununun 49. maddesine uygun manevi tazminata hükmetmiştir. Sayın çoğunluğun bozma kararına bu sebeplerle katılmıyoruz." (Tahir Alp 2. HD. Başkanı Mustafa Kılıçoğlu 9. HD. Üyesi)

### KAYNAKÇA

- Akyol,ŞENER;** Medeni Hukuka Giriş,İstanbul, 1995
- Becker,Dr. H;**İsviçre Medeni Kanunu Şerhi,Ankara 1967(çev. Bülent Olcay/Kemal Reisoğlu/Osman Tolun/Saim Özkök)
- Cannar, K/Frederick, W.;**'United Kingdom',D. Machintosh, M. Holmes,Personel Injury Awards In Ec Contries, A Comparative Analysis Of The Major European,London,New York,Hamburg,Hong Kong,Lloyd's of London Press Ltd,1993
- Comporti, M.;**'Le Dommage Moral',Lévalution Du Projudice Corporel Dans Less Pays La CEE.Kappott Préliminoire Actes Du Colloque Du 1988
- Delpoux, C./Tomadini, A.;**'France', W. Pennigstorf(Ed), Personel Injury Compenration A Comperative Analysis Of The Major European Jurisdictions,London: Lloyd's Of London Press Ltd,1993
- Deschenaux, H./Tercier,P.;**Sorumluluk Hukuku,Ankara 1983,(çev. Salim Özdemir)
- Eren,Fikret;**Borçlar Hukuku,Genel Hükümler,C.I b.6 İstanbul 1998
- Hatemi,Hüseyin;**Sözleşme Dışı Sorumluluk, C.II,İstanbul 1993
- Keller,Alfred;**Haftpflicht im Privatrecht Bd.I4Auf,1979
- Le Roy,M./Carde,J;**J:Lévaluation Du Préjudice,Corporel 1993
- McIntosh,D./Holmes M.;Personal Injury Awards In Ec Countries,An Industry Report 1990
- Napier ,Michael;**'European Perspectives For Practitioners' F. Holding/P. Kaya(Ed) Damages For Personal Injures.Te Centre Of European Law and Practice University of East Anglia Norwich 1990
- Oğuzman,Kemal/Öz,Tutgut;**Borçlar Hukuku Genel Hükümler,B.3 istanbul 2000
- Olderz, Karl;**'Sweden',N.Pennigstorf (Ed) Personal Ijury Compensation,A. Comperative Analysis Of The Major European Jurisdictions,London:Llod's Of London Press Ltd 1990
- Oser,Dr.H/ Schöenberger,Dr.W.;**Borçlar Hukuku,Ankara 1947(çev. Recai Seçkin)
- Özgüldür,Serdar;**İdare Hukukunda Tazminat Hesabının Unsurları ve Hesaplama Yöntemi',Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Uygulaması,İş Hukukuna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri 1996 yılı Toplantısı, 12-13 Nisan 1996

**Kamu-İş; C: 7, S: 3/2004**

**Pennigstorf, W.;** 'General Report', W. Pfennigstorf (Ed), Personal Injury Compensation, A. Comparative Analysis Of The Major European Jurisdictions, London: Lloyd's Of London Press Ltd 1990

**Peraland, S./Hend, T.;** 'The Future Of Damages Litigation' F. Holding and P. Kaye (Ed) Damages For Personal Injuries, The Centre Of European Law Practice, University Of East Anglia Norwich 1993

**Rey, Heinz;** Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Auflage, Zürich 1998

**Scyboz, Georges/Gilléron, Robert;** Code civil suisse et Code des obligations annotés Sixième édition mise à jour Introduction de Jean Gauthier Lausanne 1999

**Tandoğan, Haluk;** Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961

**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop;** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B7, İstanbul 1993