

“GERÇEK ZARAR” – “NORMATİF ZARAR”*

*Halûk Nami NOMER***

I. Zarar Kavramı

Zarar kavramı, sorumluluk hukukunun temel kavramlarından birisidir. Zarar sözü, kelime anlamı ile bir eksilmeyi ifade eder. Dolayısıyla zarar her zaman bir karşılaştırmayı gerektirir. İki durum karşılaştırılmakta ve aradaki fark zararı oluşturmaktadır. Tazminata konu olan zararın tespitinde, sorumluluğu doğuran olayın gerçekleşmesinden sonraki durum ile bu olay gerçekleşmesiyle içinde bulunulacak durum karşılaştırılır. Durumlardan ilki gerçek (fiili) durumdur, ikincisi ise farazi (fiktif) bir durumdur.

Karşılaştırılan durumların neye ilişkin olduğu hususu aslında tartışmalı bir konudur. Bugün baskın olan görüş, karşılaştırılan durumun değer itibarıyla malvarlığına ilişkin olduğudur. Buna göre maddi zarar, bir kimsenin malvarlığında, onun arzusu hilafına meydana gelen eksilmeyi ifade eder¹: Haksız fiil (sorumluluğu doğuran olay) hiç gerçekleşmeseydi malvarlığının değer itibarıyla içinde bulunacağı durumla şimdiki duru-

** Bu tebliğ aynı zamanda Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesinin 27-28 Nisan 2023 tarihlerinde düzenlediği Sorumluluk Hukuku Sempozyumu-II’de sunulmuştur.

* Prof. Dr., İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

¹ Yargıtay da bu görüşten hareket etmektedir: 17. HD, 28.03.2019, E. 2016/8879, K. 2019/3815 (YKD 2019/10, 2850); 10. HD, 12.11.2012, E. 2012/21455, K. 2012/21185 (YKD 2013/7, 1404); hak sahibinin rızasına dayanan eksilmelerin de tazminata konu olmasalar dahi, geniş anlamda zarar oldukları görüşü için bkz. **Haluk N. Nomer**, Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996, S.

mu arasındaki fark, zararı oluşturur (menfaat veya fark teorisi). Bu tanım, Mommsen'in 1855 tarihinde yayımlanan monografisine dayanır².

Şu var ki, zarar başka bir açıdan, sorumluluğu doğuran olay sonucunda hak konusu varlıkta meydana gelen değişikliği de ifade eder (tabii zarar teorisi)³. Örneğin trafik kazasında araç sahibinin malvarlığında meydana gelen eksilmenin yanı sıra, araçtaki hasarın kendisi de araç sahibi açısından zarardır. Tazminat davasında zararı iki açıdan da değerlendirmek gerekir. Tazminat davası, aslında bir eski hale getirme davasıdır. Buna göre tazminat olarak hem hasarlanan aracın eski hale getirilmesi, yani tamiri için gereken masrafın ödenmesine hükmedilir, hem de tamire rağmen aracın değerinde (dolayısıyla malvarlığında) meydana gelen eksilmenin giderilmesine hükmedilir.

İki teorinin birlikte dikkate alınmasının pratik sonucu şudur: Hak konusu varlıkta meydana gelen değişikliğin eski haline getirilmesi masrafı, onun değerinde meydana gelen eksilmeden daha fazla olabilir ve somut olayın durumuna göre hâkim tazminat olarak buna da hükmedebilir. Örneğin hasarlanan şeyin tamir masrafı, o şeyin değerini aşabilir. Buna rağmen somut olayın durumuna göre hâkim tamir masrafına da hükmedebilir. Örneğin zarar görenin hasarlanan şeye ihtiyacı varsa ve yenisinin yakın bir zamanda temin edilmesi imkânsızsa, hâkim tamir masrafına hükmedebilir. Keza tarihî veya zarar gören için özel bir öneme sahip eşyanın hasarlanması durumunda, değerinin üzerinde bir onarım masrafına hükmedilebilir. Yargıtay'a göre, trafik kazası sonucu hasarlanan aracın tamir masrafı, aracın değerini aşıyorsa tamir masrafına hükmedilemez: Aracın tamiri *ekonomik değilse*, zararın miktarı, aracın ikinci el piyasa değerinden sovtaj veya hurda değeri düşülmek suretiyle belirlenir⁴.

² **Friedrich Mommsen**, Zur Lehre von dem Interesse, Braunschweig 1855, 1.; menfaat veya fark teorisi hakkında ayrıca bkz. **Nomer**, 8 vd.

³ **Hans Albrecht Fischer**, Der Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des Deutschen Reiches, Elfter Band, Erstes Heft, Jena 1903, 1 vd.; tabii zarar teorisi hakkında ayrıca bkz. **Nomer**, 6 vd.

⁴ 17. HD, 25.10.2017, E. 2015/3348, K. 2017/9577 (YKD 2018/4, 843); 17. HD, 08.05.2017, E. 2016/10021, K. 2017/5161 (YKD 2017/9, 2123); 17. HD, 19.03.2012, E. 2011/9750, K. 2012/3311 (YKD 2012/5, 938).

Yargıtay’ın bunu kesin bir kuralmış gibi ifade etmesi kanaatimce yerinde değildir.

Nitekim değer eksilmesini aşan eski hale getirme masrafına hükmedilmesine açık kapı bırakılması, özellikle haksız fiil sonucu yaralanan evcil hayvanlar bakımından pratik bir fayda sağlayacaktır: Hayvanın tedavi masrafı, onun piyasa değerinin çok üzerinde olabilir. Başka bir ifadeyle hayvanı eski hale getirme masrafı, hayvanın değerinde meydana gelen eksilmenin çok üzerinde olabilir. Bu durumda zararın miktarı malvarlığındaki değer eksilmesine göre belirlenemez. Zararın miktarı hayvanı eski hale getirme (tedavi) masrafına göre belirlenir. Bu noktada İsviçre Borçlar Kanunu’nun 42. maddesinin üçüncü fıkrasında maddi ya da kazanç elde etme amacı güdülmeksizin ev ortamında bulundurulan hayvanlar bakımından özel bir düzenleme getirildiğine işaret etmek gerekir⁵. Bu hüküm, kanuna 4 Ekim 2002 tarihli Federal Kanun’la eklenmiş ve 1 Nisan 2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Ayrıca hak konusu varlıkta hak sahibinin arzusu hilafına meydana gelen her değişikliğin malvarlığında eksilmeye yol açacağını da söylemek mümkün değildir. Örneğin bir kimsenin aracının arzusu hilafına istemediği bir renge boyanması, malvarlığında değer eksilmesine yol açmasa dahi hak sahibi açısından bir zarardır ve hâkim aracın eski rengine boyanması için gerekli masrafın ödenmesine hükmedebilmelidir⁶.

II. Gerçek Zarar Kavramı

“Menfaat (veya fark)” veya “tabii zarar” teorilerine göre zarardan söz edebilmek için sorumluluğu doğuran olayın sonucunda malvarlığında veya hak konusu varlıkta bir eksilmenin/olumsuz yönde bir değişikliğin meydana gelmiş olması gerekir. Eksilme/olumsuz yönde değişiklik yoksa, zarar da yoktur. Menfaat teorisinden hareket eden Yargıtay, malvarlığında eksilme olmasını, gerçek zarar olarak nitelendirmekte ve birçok

⁵ “Bei Tieren, die im häuslichen Bereich und nicht zu Vermögens- oder Erwerbszwecken gehalten werden, können die Heilungskosten auch dann angemessen als Schaden geltend gemacht werden, wenn sie den Wert des Tieres übersteigen.”; ayrıca bkz. OR 43 1bis.

⁶ Nomer, 7.

kararında kalıp olarak, haksız fiil sorumluluğunda gerçek zararın varlığını aradığını dile getirmektedir:

*“Hukukumuzda gerçek zarar ilkesi geçerlidir. Zarar gören ancak haksız fiil nedeniyle uğradığı gerçek zararını haksız fiil sorumlularından isteyebilir.”*⁷

*“Kural olarak, gerçek zarar hüküm altına alınmalıdır (TBK. madde 50). Bu da, zararlandırıcı eylemden önceki durum ile sonrası arasındaki farktan ibarettir.”*⁸

*“Tapu kaydının iptali nedeniyle, tapu sahibinin oluşan gerçek zararı neyse, tazminatın miktarı da o kadar olmalıdır. Gerçek zarar; tapu kaydının iptali nedeniyle, tapu malikinin mal varlığında meydana gelen azalmadır. Tazminat miktarı, zarar verici eylem gerçekleşmemiş olsaydı, zarar görenin mal varlığı ne durumda olacak idiyse, aynı durumun tesis edilebileceği miktarda olmalıdır.”*⁹

Öncelikle şunu söylemek gerekir ki, kabul edilecek zarar tanımına göre bir eksikliğin olmasını gerçek zarar olarak nitelendirmek aslında çok da isabetli değildir. Zira başta da belirttiğim gibi, tanımlar bir varsayımdan hareket etmektedir: Sorumluluğu doğuran olay gerçekleşmeseydi... Örneğin depremde bir bina komşu binanın üzerine yıkılmış ve onun hasara uğramasına sebep olmuştur. Üzerine bina yıkılmasaydı dahi, o bina muhtemelen depremde yine hasar görecekti. Dolayısıyla binanın diğer binanın üzerine yıkılmasının yol açtığı zarar şu şekilde ifade edilecektir: Zarar, sorumluluğu doğuran olay (binanın diğerinin üzerine yıkılması) hiç gerçekleşmeseydi, deprem sonucu zarar görenin binasının içinde bulunacağı farazi durum ile, şimdiki durum arasındaki farktan ibarettir:

*“Deprem sonucu bir bina diğerinin üzerine yıkılmıştır. Yıkılma gerçekleşmeseydi dahi zarar görenin binası depremde hasar görecekti. Dolayısıyla zarar binanın şimdiki durumuyla binanın varsayımına dayanan hasarlı durumu arasındaki farka göre belirlenir.”*¹⁰

⁷ 7. HD, 09.02.2010, E. 2009/6980, K. 2010/547 (YKD 2010/7, 1221).

⁸ 4. HD, 12.05.2015, E. 2014/8717, K. 2015/6026 (YKD 2015/7, 1349).

⁹ 20. HD, 15.01.2020, E. 2017/7146, K. 2020/95 (YKD 2020/2, 437); 21. HD, 17.01.2019, E. 2018/3876, K. 2019/199 (YKD 2019/7, 1914); 21. HD, 22.03.2018, E. 2016/7030, K. 2018/2144 (YKD 2018/6, 1359); 20. HD, 25.06.2015, E. 2015/2573, K. 2015/6436 (YKD 2016/2, 350); 21. HD, 12.05.2015, E. 2015/2956, K. 2015/4093 (YKD 2016/1, 107).

¹⁰ 4. HD, 31.01.2005, E. 2004/6859, K. 2005/515 (YKD 2005/5, 681).

O binanın üzerine komşu bina yıkılmamış olsaydı, depremde ne kadar hasara uğrayacak olduğunu *gerçekte* tam olarak bilmek mümkün değildir. Bu örnek de açık şekilde göstermektedir gibi, gerçek zarar ifadesi çok yerinde bir ifade değildir. Aslında zarar hukuki bir kavramdır. Teorilere göre kabul edilecek zarar tanımına göre ortada bir zarar vardır veya yoktur.

Gelecekteki zararlar, özellikle bedensel zararlar ile destekten yoksun kalma zararlarında bu durum daha da açık olarak gözükmemektedir. Örneğin haksız fiil sonucu ölen veya işgöremez hale gelen küçük bir çocuğun, haksız fiil olmasaydı hangi seviyede öğrenim göreceği, iş hayatında ne kadar kazanç veya gelir elde edeceği varsayıma dayanır ve bunu gerçekte tam olarak bilmek/hesap etmek mümkün değildir. Malvarlığında eksilme olmasını “gerçek zarar” olarak nitelendiren Yargıtay, bedensel zarar ile destekten yoksun kalma zararlarının belirlenmesinde varsayıma dayalı bir hesaplamanın söz konusu olduğunu kabul etmek zorunda kalmış; bununla birlikte bu hesaplamada da gerçeğe en yakın verilerin kullanılması gerektiğini ifade etmiştir:

“Destekten yoksun kalma zararı, özü itibarıyla varsayımsal verilere dayanılarak hesaplanmakta ise de; bilirkişi raporunun ilgililerin gerçek maddi zararlarını göstermesi için raporda gerçeğe en yakın ve güncel verilerin kullanılması esastır.”¹¹

Oysa yukarıda verdiğimiz deprem örneğinde olduğu gibi, sadece gelecekteki zararlar bakımından değil, mevcut zararlar bakımından da zararın belirlenmesi bir varsayıma dayanır.

III. Normatif Zarar

Fark teorisinden hareket edildiğinde, malvarlığında değer itibarıyla eksilme olmamasına rağmen, bazı olaylarda zararın bulunmadığını kabul etmenin hakkaniyete uygun düşmeyeceği değerlendirilmektedir. Başka bir ifadeyle malvarlığında eksilme olmamasına rağmen, belirli olaylarda zararın varlığı kabul edilebilir. Zarar, hukuki bir kavram olduğuna göre

¹¹ HGK, 02.12.2021, E. 2017/(21)10-1179, K. 2021/1563 (YKD 2022/4, 755).

buna bir engel bulunmamaktadır. Malvarlığında eksilme olmadığı halde, varlığı kabul edilen zarara “normatif zarar” denmektedir. Normatif zarar, Alman mahkeme içtihatlarına dayandığı gibi, Alman öğretisinde de bunu temellendiren çeşitli teoriler bulunmaktadır¹². Ben burada teorilerden ziyade uygulamadaki örnekler üzerinde durmak istiyorum. Örneklerde haksız fiil sorumlusunun tazminat ödemekten kurtulması veya daha az miktarda tazminat ödemekle yükümlü olması hakkaniyete uygun düşmemektedir. Bu örneklerde farklı hukuki değerlendirmeler yapmak mümkündür:

Örnek 1: Bedensel zarara uğrayana aile içinde bakılması:

Haksız fiil sonucu bir kimse geçici olarak işgöremez hale gelmiş, bu zaman zarfında işleri akrabaları tarafından ücretsiz olarak görülmüştür. Yargıtay’a göre bu kimse, malvarlığında eksilme olmadığından çalışamadığı dönem için tazminat talebinde bulunamaz¹³. Keza haksız fiil sonucu bakıma muhtaç hale gelen bir kimseye bakıcı tutulmayacağı, onun yerine eşi veya akrabaları tarafından bakılacağı ihtimal dahilinde olduğundan, uygulamada, tazminatta indirim yapılmaktadır¹⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, Hukuk Genel Kurulu nispeten yeni bir kararında, TBK m. 55’teki, hakkaniyet düşüncesiyle indirime gidilemeyeceği hükmünden hareketle, aile içi bakım ve dayanışma nedeniyle bakıcı giderinden hakkaniyet indirimi yapılamayacağına karar vermiştir¹⁵. Kararda açıkça belirtilmemiş

¹² Bkz. **Nomer**, 17 vd.; **Halûk Burcuoğlu**, Haksız Eylem Sorumluluğu Çerçevesinde Bir Nesnenin Kullanım Olanağından Yoksun Kalınmasının Malvarlıksal Zarar Sayılması, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 1984, 163 vd.

¹³ 4. HD, 15.11.2012, E. 2012/11674, K. 2012/17068 (YKD 2013/10, 2055).

¹⁴ 10. HD, 01.03.2022, E. 2021/8739, K. 2022/2727 (YKD 2022/6, 1245); 4. HD, 23.11.2010, E. 2010/11226, K. 2010/11953 (**Mustafa Kıcalıoğlu**, Haksız Fiillerden Doğan Tazminat Davaları, Yetkin, Ankara 2015, 251); 4. HD, 13.03.2007, E. 2006/4654, K. 2007/3161 (YKD 2007/10, 1841).

¹⁵ HGK, 27.04.2021, E. 2018/(21)10-927, K. 2021/531 (YKD 2021/9, 1940); bakıcı giderlerinde indirim yapılmaması yönünde 17. Hukuk Dairesi’nin de kararlarının mevcut olduğu hususunda bkz. **Mine Kaya**, “Yargı Kararları Yönünden Bedensel Zararların Değerlendirilmesi”, Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini, Uluslararası Kongre, Cilt: I, Ankara 2016, 157; 17. HD, 25.11.2014, E. 2013/8717, K. 2014/16847; 05.05.2014, E. 2013/7373, K. 2014/7012.

olsa da, “normatif zarar” yönünde, “gerçek zarar” görüşünden bir sapma söz konusudur.

İlk örnekte bedensel zarara uğrayan kimsenin işleri akrabaları tarafından görülmüş veya kendisi eşi veya akrabaları tarafından bakılmıştır. Kanaatimce burada öncelikle ikili bir ayırım yapmak gerekir. Zarar görenin işlerini gören veya onun bakımını yapan kimse, bunu yapmakla yükümlü olabilir veya yükümlü olmayıp gönüllü olarak bunu yapmış olabilir:

A. Yardım Yükümlülüğünün Bulunması

Özellikle eşlerin, keza ana, baba ve çocukların birbirine yardım yükümlülükleri bulunmaktadır: TMK m. 185, f. 3: “Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.”; TMK m. 322: “Ana, baba ve çocuk, ailenin huzur ve bütünlüğünün gerektirdiği şekilde birbirlerine yardım etmek, saygı ve anlayış göstermek ve aile onurunu gözetmekle yükümlüdürler.” Yardımda bulunan, bunu yapmakla yükümlü ise, o da zarardan sorumlu demektir. Başka bir ifade ile aynı zarardan haksız fiil sorumlusu ile birlikte eş, ana, baba veya çocuk da kanun uyarınca sorumludur. Eş, ana, baba veya çocuğun yardımı, borcun ifası niteliğindedir ve dolayısıyla o oranda haksız fiil sorumlusunun tazminat borcu da sona erer. Diğer taraftan kendi borcunu ifa eden eş, ana, baba veya çocuk, birlikte sorumluluk hükümlerine göre (TBK m. 62) haksız fiil sorumlusuna rücu edebilirler¹⁶. Böylece sonuçta hem zarar görenin zararı telafi edilmiş, hem de zararın yükü, yükümlü olduğu için yardımda bulunanın üzerinde kalmamış olur.

¹⁶ Aynı şekilde ve önceki Borçlar Kanunu döneminde bu rücuun eBK m. 51, f. 2 hükmüne dayanacağı hususunda bkz. **Nomer**, 30. Bu konstrüksiyon yerine, eşin yardımının tazminattan indirilmeyip zararın bütün yükünün baştan haksız fiil sorumlusunun üzerinde bırakılması gerektiği görüşünde: **Emre Gökyayla**, “Kaza Sonucu Bakıma Muhtaç Duruma Düşen Kişinin Evli Olması Tazminattan İndirim Sebebi Midir?”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008/1, 211.

B. Yardım Yükümlülüğünün Bulunmaması

Eğer üçüncü kişi, herhangi bir yükümlülüğü olmadığı halde zararda bulunana yardımda bulunuyorsa, o takdirde de üçüncü kişiyi iradesine göre ikili bir ayırım yapmak gerekir¹⁷:

1. Üçüncü Kişinin İfası

İlk olarak üçüncü kişinin ifası söz konusu olabilir. Başka bir ifadeyle üçüncü kişi sorumlu kişinin tazminat borcunu ifa etmek kastıyla hareket edebilir. O takdirde sorumlu kişinin borcu, ifa edilen miktar kadar sona erer. Üçüncü kişinin ifası sorumlu kişi lehine bir bağışlama olabilir; değilse aralarındaki ilişkiye göre (sözleşme, vekâletsiz işgörme, sebepsiz zenginleşme) sorumlu kişiye rücu edebilir.

2. Zararın Denkleştirilmesi

Üçüncü kişi sorumlu kişinin borcunu ifa kastıyla hareket etmiyor, gönüllü olarak zarar görene yardımda bulunuyorsa, bu durum artık zararın giderilmesi/tazminat kapsamında değil, *zararın denkleştirilmesi* kapsamında değerlendirilir. Zararın denkleştirilmesinde, sorumluluğu doğuran olay sonucunda elde edilen yarar, zarar belirlenirken dikkate alınır. Sorumluluğu doğuran olayın malvarlığı üzerinde olumsuz yönde etkileri olabileceği gibi, olumlu yönde etkileri de olabilir. Buna yarar denmektedir. Olumlu yöndeki etkilerden hangilerinin yarar kapsamında zararın belirlenmesinde dikkate alınacağı hukuki bir değerlendirmeyi gerektirir. Öğretide gönüllü yapılan yardımların yarar kapsamında değerlendirilmeyeceği, yani zararın belirlenmesinde dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir¹⁸. Gerçekten de üçüncü kişi burada sorumlu kişiye değil, zarar görene yardımda bulunmak istemektedir. Eğer üçüncü kişinin yardımı zarar belirlenirken dikkate alınacak olursa, sonuçta yapılan

¹⁷ Halûk Tandoğan, Türk Mes'uliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara 1961, 269.

¹⁸ Teoman Akünal, Haksız Fiilden Doğan Zararlarda Denkleştirme Sorunu, İstanbul 1977, 181; Karl Oftinger / Emil W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Zurich 1995, § 6, N. 75.

yardım sorumlu kişi lehine yapılmış olacaktır. Zira sorumlu kişi artık tazminat ödeme borcundan kurtulacaktır. Son tahlilde bunun zarar görene de bir faydası olmayacaktır, zira kendisine bu yardım yapılmamış olsaydı dahi, zarar gören zaten sorumlu kişiden tazminat talebinde bulunabilecekti.

Nitekim, ölüm ve bedensel zararlara ilişkin TBK m. 55, f. 1, c. 2 hükmüne göre “*Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez.*” Buna göre üçüncü kişilerin ifa amacını taşımayan ödemeleri ne zararın belirlenmesi safhasında (zararın denkleştirilmesinde) dikkate alınabilir ne de tazminatın belirlenmesi safhasında tazminat miktarından düşülebilir. Fakat madde metninde “ödeme” ibaresinin yer alması yerinde olmamıştır. Nakdî ödeme dışında, aynı yardımlar, keza işgörme şeklinde gerçekleşen gönüllü yardımlar da ne zararın ne de tazminatın belirlenmesi safhasında dikkate alınabilir. Üçüncü kişinin zarar görene yardımı bağışlama olabilir; değilse duruma göre vekâletsiz işgörme (örneğin bir taksi yolda baygın şekilde yatan yaralıyı hastaneye götürmüştür) veya sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre zarar görenden talepte bulunabilir. Vekâletsiz işgörme söz konusu olduğunda, zarar görenin sorumlu kişiye başvurabilmesi, vekâletsiz iş görene ödemedede bulunmuş olmasına bağlı değildir¹⁹.

Yargıtay’ın aile üyelerinin yardımlarını, bunların yardım yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı yönünden bir ayrıma tâbi tutmaksızın, zararın belirlenmesi safhasında dikkate alması isabetli değildir. Bir kere eğer aile üyesinin yardım yükümlülüğü yoksa, yaptığı gönüllü yardımlar esasen hiç dikkate alınmaz. İkincisi eğer aile üyesinin yardım yükümlülüğü varsa, o takdirde de yapılan yardım ifa amacını taşır ve artık zararın belirlenmesi safhasında değil, yukarıda belirtildiği üzere tazminatın belirlenmesi safhasında dikkate alınabilir. Yukarıda işaret ettiğimiz bakıcı giderinde indirim yapılmayacağına dair Hukuk Genel Kurul kararı²⁰ gönüllü yardımlar bakımından sonuç itibarıyla yerindedir. Fakat bunun dayanağı TBK m. 55, f. 1, c. 3 hükmü (“*Hesaplanan tazminat, miktar esas*

¹⁹ BGE 97 II 265/266.

²⁰ Bkz. dn. 15.

alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz”) olmayıp TBK m. 55, f. 1, c. 2 hükmüdür. Zira burada indirim yapılacak olsaydı, bu indirim hakkaniyet düşüncesine değil, zararın denkleştirilmesine dayanırdı.

Örnek 2: Hasarlanan aracın zarar gören tarafından tamir edilmesi:

Trafik kazasında aracı hasarlanan bir kimse, kendi işyerinde aracını tamir ettirir. Zarar gören bu işi, özel olarak işçi tutmayıp kendi çalıştırdığı işçilere gördürür. Yargıtay’a göre zarar gören, haksız fiil gerçekleşmeseydi dahi işçilerine ödeyeceği ücreti haksız fiil sorumlusundan talep edemez. Zira malvarlığında haksız fiil sonucunda herhangi bir azalma gerçekleşmemiştir²¹.

“Hukukumuzda gerçek zarar ilkesi geçerlidir. Zarar gören ancak haksız fiil nedeniyle uğradığı gerçek zararını haksız fiil sorumlularından isteyebilir. Zarar görenin zararı giderebilmek için kendi çalıştırdığı işçilerine ve araç sürücülerine ödediği ücretler ile araç yakıt giderleri genel idare giderleri olup, haksız fiil meydana gelmese dahi ödenmesi gereken giderlerdir. Bunların zarar ile ilgisi bulunmamaktadır. Özel olarak adam tutulup çalıştırıldığı kanıtlanmadıkça haksız fiil meydana gelmeseydi dahi yapılacak bu nitelikteki giderler zarar kapsamına dâhil edilemez.”²²

İkinci örnekte aracı hasarlanan kimse, aracın tamirini üçüncü kişiye yaptırsaydı, masrafını sorumlu kişiden isteyebilecekti; tamiri üçüncü kişi değil kendisi bizzat yapıyorsa veya kendi işyerinde kendi işçisine yaptıırıyorsa, Yargıtay’a göre tazminat talebinde bulunamayacaktır. Oysa tabii zarar teorisinden hareketle farklı bir sonuca varmak mümkündür: Burada zarar, araçtaki hasarın kendisidir. Tamir ise, zararın giderilmesidir. Nasıl ki zararın giderilmesi yolunda üçüncü kişilerce yapılan gönüllü edalar TBK m. 55, f. 1, c. 2 uyarınca zararın ve tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmıyorsa, bu hükme kıyasen, zararın bizzat zarar gören tarafından giderilmesi de zararın ve tazminatın belirlenmesinde dikkate

²¹ 7. HD, 24.01.2012, E. 2011/2287, K.2012/296 (YKD 2012/5, 888); 7. HD, 11.10.2011, E. 2010/5932, K. 2011/5923 (YKD 2012/3, 458); 7. HD, 02.03.2010, E. 2009/7546, K. 2010/1046 (YKD 2010/10, 1816).

²² 7. HD, 09.02.2010, E. 2009/6980, K. 2010/547 (YKD 2010/7, 1221).

alınmamalıdır. Zarar gören zararı kendi yararına gidermiştir, sorumlu kişi yararına değil. Dolayısıyla zarar gören hasarı kendisi giderse dahi, bunun ücretini sorumlu kişiden isteyebilmelidir.

Örnek 3: Hasarlanan araç tamirdeyken araç sahibinin ikame araç kiralamaması:

Hasarlanan Trafik kazasında aracı hasarlanan kimse, tamir süresince araç kiralamayıp ulaşım için hiç veya az miktarda masraf yapmıştır; örneğin işine yürüyerek veya toplu ulaşım araçları ile gitmiştir. Bu kişinin malvarlığında azalma olmadığı gibi, tam aksine aracını kullansaydı yapacağı masraftan (yakıt bedeli, otopark ücreti, köprü ve otoyol geçiş ücreti gibi) tasarruf etmiş, belki de malvarlığında artış olmuştur. Böyle bir durumda, fark teorisinden hareket edildiğinde, zarar gören lehine, araç kiralasaydı yapacağı masrafa hükmedilemez. Bununla birlikte 4. Hukuk Dairesi, zararın ispatı bakımından dosyaya araç kiralandığına dair belge sunulmasını gerekli görmemiş; zararın TBK m. 50, f. 2 uyarınca hâkim tarafından belirleneceğini belirtmiştir. Burada da aslında sonuç itibarıyla “normatif zarar” yönünde, “gerçek zarar” görüşünden bir sapma söz konusudur:

“Kural olarak haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında gerçek zarar ilkesi geçerlidir. Zarar gören ancak haksız fiil sebebiyle uğradığı gerçek zararını haksız fiil sorumlularından isteyebilir. Olay tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanununun 50’nci maddesinin ikinci fıkrası uyarınca dava tarafından araç kiralandığına dair belge veya ödeme belgeleri sunulmasa da hakim zararı belirleyebilir. Bu durumda mahkemece, davacı aracında oluşan hasarın niteliğine göre makul tamir süresinin belirlenmesi, ihtiyaçları için aracı kullanmamaktan doğan ve bu süre içinde davacının (ikame araç) ödemesi gereken bedelin ne olacağı konularında alınan bilirkişi raporuna göre davacının araç mahrumiyet bedeli talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken...”²³.

Üçüncü örnekte aracı hasarlanan kimse, tamir süresince araç kiralamayıp ulaşım için hiç veya az miktarda masraf yapmıştı; işine yürüyerek veya toplu ulaşım araçları ile gitmişti. Bunun yerine araç kiralasaydı, ödediği kira bedelini sorumludan tazminat olarak isteyebilecekti. Zarar

²³ 4. HD, 29.09.2022, E. 2021/26777, K. 2022/11236 (RG 24.01.2023, Sayı: 32083).

gören, herhangi bir yükümlülüğü veya yapma külfeti (Obliegenheit) olmamasına rağmen, gelecekte doğması muhtemel zararın doğmasına (malvarlığının azalmasına) kendi iradesi ile engel olmuştur. Nasıl ki zarar doğduktan sonra üçüncü kişinin veya bizzat zarar görenin zararı giderme yolunda gönüllü olarak yaptıkları, zararın belirlenmesinde dikkate alınmıyorsa, onun gönüllü olarak zararın doğumuna engel olması da -yine TBK m. 55, f. 1, c. 2'ye kıyasen- dikkate alınmamalı; zarar (malvarlığında eksilme) meydana gelmiş gibi sorumlu kişiden tazminat talebinde bulunulabilmelidir. İspat bakımından TBK m. 50, f. 2 uyarınca araç kiralandığına dair belge aramayan 4. Hukuk Dairesi, pratikte aynı sonuca varmaktadır.

Sonuç

Zarar kavramı hukuki bir kavramdır. Bunu açıklayan çeşitli teoriler vardır. Bu teorilerden menfaat (veya fark) teorisine sadık kalan Yargıtay'ın, bu teoriye göre belirlenen zararı "gerçek zarar" olarak nitelendirmesi yerinde değildir. Her şeyden önce bu teoriye göre zarar, malvarlığının farazi durumuna göre belirlenmekte olup varsayıma dayalı bir hususun "gerçek" olarak nitelendirilmesi yanıltıcıdır.

Sadece menfaat teorisi veya buna ilave olarak tabii zarar teorisinden hareket etmek her olayda hakkaniyete uygun sonuç vermemektedir. Böyle durumlarda malvarlığında eksiklik olmasa dahi, zararın varlığı kabul edilebilir. Buna normatif zarar denmektedir.

Aslında gerek kanunun kendisi gerek Yargıtay kimi durumlarda adını koymasa normatif zarara yer vermektedir: TBK m. 55, f. 1, c. 2 hükmü, sonuçta malvarlığında eksilme gerçekleşmemiş olmasına rağmen, ifa amacı taşımayan ödemelerin zararın ve tazminatın belirlenmesinde dikkate alınmayacağını öngörmektedir. Keza bedensel zarara uğrayan kişi için hesaplanan bakıcı giderinde, o kişinin aile içinde bakılma ihtimali sebebiyle indirim yapılmaması gerektiğini belirten Hukuk Genel Kurulu kararı²⁴ ile trafik kazasında tamir süresince ikame araç kiralandığına dair herhangi bir belge ibraz edilmese dahi kira bedeline hükmedileceğine

²⁴ Bkz. dn. 15.

dair 4. Hukuk Dairesi’nin kararı²⁵ pratikte normatif zararın kabulü anlamına gelmektedir.

Bu örnekler de göstermektedir ki, normatif zarar teorisi bir ihtiyacı karşılamakta²⁶, TBK m. 55, f. 1, c. 2 hükmü de buna yasal bir temel oluşturmaktadır.

²⁵ Bkz. dn. 23.

²⁶ Getirilen eleştirileri kabul etmekle birlikte iktisadi hayattaki gelişmelerin normatif zarar görüşünden hareket etmeyi gerektirdiği görüşünde: **Selâhattin Sulhi Tekinay / Sermet Akman / Halûk Burcuoğlu / Atilla Altop**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, 553; **Burcuoğlu**, a.g.m., 163 vd.; normatif zarar gibi yeni eğilimlerden yana: **Rona Serozan**, Tazminat Hukukunda Yeni Eğilimler, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, Ankara, 12-13 Mayıs 1979, İstanbul 1980, 171 vd.; önceki Borçlar Kanunu dönemindeki görüşümüz farklı yöneydi: **Nomer**, 22 vd.; keza bkz. **M. Kemal Oğuzman / M. Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt: 2, 17. Bası, İstanbul 2022, n. 125.

