

## MANEVİ TAZMİNAT VE BU TAZMİNAT ÇEŞİDİNDE KUSURUN ROLÜ

Dr. Mehmet ÜNAL \*

### § 1. GİRİŞ \*\*

Tazminat kurumu, fertler arası menfaatler dengesinin korunmasında en çok ve en sık başvurulan müeyyidelerden biridir<sup>1</sup>. Hukuk düzenleri maddi zararların tazmininde olduğu kadar manevi üzüntü ve kayıpların telafisinde de bu etkin ve yaygın müeyyideden büyük ölçüde yararlanmışlardır. Nitekim, bizim hukukumuz da manevi tazminata ilişkin pek çok pozitif hukuk kuralı ihtivâ etmektedir.

Çoğu zaman, bir alacağın veya bir davanın konusunu bir zararın tazmini teşkil eder. Tazmin borçu bir akdin konusu olabileceği gibi, ekseri hallerde haksız fiil ve akde aykırılıktan doğar. Hukukumuzda ve diğer modern hukuk sistemlerinin çoğunda muayyen bazı hallerde kusursuz sorumluluk ilkesi kabul edilmiş olmakla beraber, esas itibariyle kusur ilkesi geçerlidir. Bu ilkenin gereği olarak kusur, gerek haksız fiile gerekse akde aykırılığa dayanan sorumluluğun ve tazminat yükümlülüğünün temelini teşkil eder<sup>2</sup>.

İşte biz, bu çalışmamızda kusurun, sözkonusu etkin vey yaygın hukuki müeyyide çeşidi olan manevi tazminattaki rolünü ve bu konudaki son gelişmeleri Türk Hukuku bakımından incelemeye çalıştık. Bu maksatla önce tazminat kavramı ve çeşitleri üzerinde durduk. Sonra, meselenin daha iyi aydınlanması ve bu alandaki gelişmelerin

\* A.Ü. Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk asistanı.

\*\* Dipnotlarda geçen bibliyografik kısaltmalar ilk yollamalarda parantez içinde gösterilmiştir. Bibliyografik kısaltmaları ayrıca gösterilmemiş olan eserler sadece müellifinin adıyla anılmıştır.

<sup>1</sup> BAYTOK, Nazmi / BAYTOK, Taner: Nazari ve Tatbiki Tazminat Hukuku Ank. 1960, s. 9.

<sup>2</sup> Von TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Esasları, C. I, II (çeviren: Cevat EDEGE), İst. 1952, C. I, s. 78; BC. II. S. 622. BAYTOK, s. 10, 245; TANDOĞAN, Haluk: Türk Mesuliyet Hukuku, Ank. 1961s. 8, 91; SAYMEN, Ferit Hakkı: Manevi Zarar ve Tazmin Sureti, Doktora Tezi, İst. 1940, s. 13; ÇALKIN, Fahri TUĞSAVUL, Muhsin: Haksız Fkiillerden Doğan Tazminat Davaları, İst. 1948, s. 5.

daha iyi takip edilebilmesi için sırasıyla manevi tazminatın tarihçesini, düzenleniş biçimini ve şartlarını ele aldık.

Daha sonra da kusurun manevi tazminat ve tazminat miktarının tayini üzerindeki etki ve rolünü ayrı ayrı ele alıp belirttik. Nihayet, bu alandaki gelişmeleri ilkeler halinde özetleyerek bu kısa çalışmamıza son verdik.

## I- TAZMİNAT KAVRAMI VE ÇEŞİTLERİ

Sözlük anlamı “zarar ve ziyarı ödeme”<sup>3</sup> olan tazminat terimi, hukuk dilinde, genellikle bir kimsenin şahıs veya mal varlığında iradesi dışı meydana gelen eksilmenin, yani zararın telafisi için bundan sorumlu olan kimsenin yerine getirmesi gereken edim anlamında kullanılmaktadır<sup>4</sup>.

Mevzuatta kesin ve genel bir tanımı yapılmamış olan tazminatın, yukardaki tanımından anlaşıldığı üzere, zarar kavramı ile sıkı sıkıya ilgili olduğu görülür. Bu bakımdan zararın mahiyeti, başka bir ifade ile zararın meydana geldiği hukuki (şahıs veya mal) varlık alanı tazminatın mahiyet ve vasfının tayin ve tesbitinde önemli rol oynar. Bu yüzdendir ki, müelliflerin bir çoğu<sup>5</sup>, tazminattan önce zararın mahiyet ve tanımı üzerinde durmuşlar, bu yolla tazminatı açıklamaya çalışmışlardır. Biz de aynı yolu izleyerek önce zarar, sonra tazminat kavramı üzerinde duracağız.

### a- Zarar ve Çeşitleri

Mamelekin mal ve şahıs varlığı ayırımına uygun olarak zarar kavramı da hukuk dilinde biri dar diğeri geniş olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır<sup>6</sup>. Dar anlamda zarar, bir kimsenin malvarlığında iradesi dışı meydana gelen, iktisadi bir kıymeti olan ve para ile ölçülebilen eksilmeyi, yani maddi zararı, ifade eder<sup>7</sup>. Maddî zarar, malvarlığının azaltılması “şeklinde olabileceği gibi çoğalmasına engel olunması şeklinde de gerçekleşebilir”<sup>8</sup>. Buna karşılık geniş anlamda zarar ise,

<sup>3</sup> ÖZÖN, M. Nihat: Osmanlıca-Türkçe Sözlük, Ank. 1955, s. 826.

<sup>4</sup> VELDET, Hıfzı: Umumi Bakımdan Zarar ve Tazminat, Ebul'Ulâ Mardin'e Armağan, İst. 1944., s. 747; SAYMEN, F. Hakkı / EILBİR, H. Kemâl: Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, İst. 1966, s. 490; TEKİNAY, S. Sulhi: Borçlar Hukuku, 3 bası, İst. 1974, s. 434; KARAHASAN, M. Reşit: Tazminat Davaları, 7 / 1 İst. 1976, S.23.

<sup>5</sup> Tandoğan, s. 63; Veldet s., 743; Saymen, s. 13 vd. Yücel, Turgay; La réparation du dommage moral en cas de rupture des fiançailles et en cas de livree, These, Lausanne 1968, s. 18.

<sup>6</sup> TERCİER, Pierre: Contribution a l'étude du tort moral et de sa réparation en droit suisse, Fribourg 1971, s. 18 vd.; Tandoğan, s. 63; Saymen, s. 13.

<sup>7</sup> Tercier, s. 20, Saymen, s. 14., Tandoğan, s. 63; Karahasan, s. 16 vd.; Yücel, s. 13.

<sup>8</sup> YHD. 20 / 10 / 1966-9278 / 9147 (Karahasan, s. 17 ve 106).

maddi zararlarla birlikte manevi zararları da içine alacak şekilde, mal ve şahıs varlığınma, bunlara yapılan bir tecavüzün vukuundan önce ve sonraki halleri arasındaki fark olarak tanımlanır<sup>9</sup>. Bu fark, bir kimsenin gerek maddi, gerekse manevi varlığında iradesi dışı meydana gelen bir eksilmedir<sup>10</sup>. Bu öyle bir eksilmedir ki, maddi olduğu zaman takdir ve tesbiti mümkün bir değer olarak, manevî olduğu zaman duyulan fiziki ve moral bir acı, elem ve ızdırıp, dolayısıyla yaşama zevkinde bir eksilme olarak ortaya çıkar<sup>11</sup>. Manevi zarar olarak ortaya çıkan bu fiziki ve moral acı, elem ve ızdırapların, mutlaka maddi olmayan bir şeye karşı yöneltilmiş haksız bir tecavüzün sonucu olması gerekmez. Aynı zamanda o, bir şahıs varlığını temsil eden maddî şeylerin zarara uğratılmasından da ileri gelebilir. Böylece bir kimsenin namus, şeref, şöret, haysiyet, sır, ailevi ve sevgi bağları gibi sırf manevi varlıklara olduğu kadar bunları temsil eden maddî şeylere veya vücut bütünlüğü, hayat, sıhhat gibi cismanî şeylere yönetilmiş tecavüzler söz konusu olduğu zaman da manevi zarar sözkonusudur<sup>12</sup>. Bundan dolayı manevi zarar olarak adlandırılan sözkonusu fiziki ve moral acı, elem ve ızdıraplar ayrıca ve müstakillen meydana gelebileceği gibi, maddî ve cismanî zararlarla birlikte de meydana gelebilir. Hiç değilse olayların çoğunda maddî bir zararın manevi bir zarara da yol açtığı söylenebilir<sup>13</sup>.

O yüzden ki, ika edilen zararın maddî mi, yoksa manevi mi olduğunu ayırdedebilmek için ihlâl edilen menfaatten ziyade, zararın niteliğine bakmak gerekir. Şayet zarar para ile ölçülebilen bir nitelik taşıyorsa maddî, aksi halde manevîdir<sup>14</sup>.

<sup>9</sup> Tandoğan, s. 633; Veldet, s. 743; Tekinay, s. 422.

<sup>10</sup> Tercier, s. 18, 46; Saymen / Elbir, s. 456; TUNÇOMAÇ, Kenan: Türk Borçlar Hukuku, C. I, İst. 1976, s. 446 vd.; FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. I, İst. 1976, s. 472; Karahasan, s. 16; Yücel 15.

<sup>11</sup> TANDOĞAN, Haluk: Réponses au questionnaire relatif à la réparation du préjudice moral, à présenter au colloque du droit Européen, AHFD 1969, C. XXVI, sy. 1-2, s. 135-164 (Tandoğan, réponses), s. 135; GÜRSOY, K. Tahir: Réparation du tort moral en matière de responsabilité causale en droit, Turc, Oğuzoğlu'na Armağan, Ank. 1972, s. 267; TERCİER, Pierre: La réparation du tort moral en cas d'inconscience total et definitive de la victim, RSJ 68 / 1972, (Tercier, La réparation, en cas d'inconscience), 247 vd.

<sup>12</sup> Tandoğan, Reponses, s. 135; Tercier, s. 21 vd.; Yalkın / Tuğsavul, s. 44; İNAN, A. Naim: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, I ve II. Kitap, Ank. 1973, s. 454; Yücel, s. 13; 15.

<sup>13</sup> YÜCE, T. Tufan: Yargıtay Ticaret Dairesinin bir Kararı Üzerine Tahlil ve Tenkitler, AD. Kasım, 1966, sy. 11, s. 785... (Yüce, Yargıtay Kararı), s. 785 vd.; Saymen, s. 15 cvd.

<sup>14</sup> Saymen, s. 14; Feyzioğlu, s. 473; KANIK, Tahir: Manevî Tazminat Davaları, AD. 1950, sy. 9, s. 1166; YÜCE, Turan: Medeni Hukukumuzda Manevî Tazminat, AD. 1952, sy. 3, s. 403.

Bu açıklamadan sonra geniş anlamda zarar ifade etmek gerekirse, denebilir ki, maddî ve manevî zarar ister birlikte, ister ayrı ayrı meydana gelmiş olsun, bir kimsenin maddî ve manevî varlığında haksız bir tecavüz sonunda meydana gelen bir eksilmedir. İşte maddî zararlarla manevî zarar arasındaki yegâne ortak nokta kendini burada gösterir. Her ikisinin de ortak yanı, hukuken himaye edilen varlıklara yönelmiş bir tecavüz sonucu meydana gelen bir eksilme olması ve bu sonuca hukukî bir sorumluluğun bağlanmasıdır<sup>15</sup>.

Maddî zararlarla manevî zarar arasında geniş manada böyle bir ortak yan olmasına rağmen, önemli mahiyet farkı vardır<sup>16</sup>. Her şeyden önce maddî zarar devir ve temlikî kabil, mirasçılara intikal edebilen, likiditesi bulunan, dolayısıyla miktar ve değer itibarıyla tayin ve tesbiti mümkün olan malvarlığında meydana gelen bir eksilme olmasına karşılık, manevî zarar bir kimsenin şahsî varlığına vaki haksız bir tecavüz sonucu duyduğu fizikî ve normal acı, elem ve ızdırap sebebiyle yaşama zevkinden meydana gelen bir azalmadan ibarettir<sup>17</sup>. Bundan dolayıdır ki, manevî zarara uğrayan bir kimsenin malvarlığında maddî bir kıymet eksilmesi olmamıştır. Ancak mağdur sosyal ve ruhi bakımlardan şahsiyetinden manevî kıymetler kaybederek fizikî ve moral sarsıntılara maruz kalmıştır<sup>18</sup>. Hemen belirtelim ki, sözkonusu fizikî ve moral sarsıntılar gerek nitelik gerekse süre yönünden önemli ve sürekli olmalıdır. Yoksa fizikî ve moral huzuru bozmayan, önemsiz ve geçici olan elem, ızdırap ve manevî acılar tazminata hak vermez<sup>19</sup>.

#### b- Manevi Tazminat Kavramı

İşte maddî zararlarla manevî zarar arasındaki bu mahiyet farkı onların telafisini öngören tazminatın şekline ve gayesine de etki etmektedir. Nitekim maddî zararların karşılanması her zaman için zorunlu ve mümkün iken çoğu hallerde manevî zararların telafi kabul etmez nitelikleri tesbit ve takdirleri yönünden arz ettikleri özellik ve güçlükler,

<sup>15</sup> Tandoğan, s. 63.

<sup>16</sup> Tandoğan, s. 63.

<sup>17</sup> Tandoğan s. 330; GÜRSOY, K. Tahir: Manevî Zarar ve Tazmini, AHFD. (Cumhuriyetin 50 yılı Armağanı), C. XXX, sy. 1-4, Ank. 1973 (Gürsoy Manevî ZararT), s.8.

<sup>18</sup> DESCHENAUX, Henri/TERCIER, Pierre: La responsabilité civile, Berne 1975, s. 244; Tercier, s. 56 vd. Saymen, s. 15; BERKİ, Şakir: Medenî Hukuk, Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku, Ank. 1969, s. 10; İnan, s. 454; Feyzioğlu, s. 473.

<sup>19</sup> OSER, H./SCHÖNENBERGER, W.: Borçlar Hukuku, II. Kısım çeviren: Recai SEÇKİN, Ank. 1950, m. 47, N. 13; BELGESAY, M. Reşit: Mahkeme İçtihatları ve Manevî Tazminat, İBD. 1940, C. XIV, N. 11 (Belgesay, Manevî Tazminat), s. 654; HGK. 25/5/1965-787/225 ve 25/6/1965-807/253 (Karahasan, s. 370 vd.): Y 15 HD 17/2/1977-247/353 (YKD. mayıs 1978, sy. 5, s. 776).

onların aynen tazminini imkansız kılmaktadır<sup>20</sup>. Bununla beraber paranın bugün sosyal ve ekonomik yönden ulaştığı ehemmiyet ve bir çok ihtiyaçlara cevap vermede oynadığı rol dikkate alınarak bozulan fiziki ve ruhi dengenin "kısmen ve imkan nisbetinde iadesini temin"<sup>21</sup>. zımında en iyi bir araç olduğu kabul edilmiş, bu amaçla birçok ülkelerde olduğu gibi, hatta onlardan da önce İsv-Türk Hukuk sistemlerinde "manevi tazminat" adı ile yeni bir tazminat çeşidi ihdas edilmiştir. Bunun la beraber manevi zararların para ile tazmin ve telafisi hiç bir zaman haksız kazançlara ve sebepsiz zenginleşmelere kaynak teşkil etmemelidir<sup>22</sup>. Onun içindir ki, hakim gerekli gördüğü takdirde manevi zararın telafisi için paradan başka bir tazmin şekline karar verebileceği, gibi, ona ilâveten paraya da hükmedebilir (BK. 49 / II). Kısaca manevi tazminata esas olan düşünce mümkün mertebe mağdurun tazmin ve teskinidir<sup>23</sup>.

İşte manevi tazminatın bu özelliğinden ötürü onu maddi tazminattan ayırdedebilmek için gerek kaynak İsviçre Borçlar ve Medeni kanunlarında gerekse İsviçre doktrininde farklı ifadeler kullanılmıştır<sup>24</sup>. Bizde de bazı müellifler manevi tazminatı ifade etmek üzere, İsviçre ve Alman Hukukundakine benzer şekilde "acı parası", "manevi tamirat", "taviz"<sup>25</sup>, "manevi üzüntü"<sup>26</sup>, "gönül alma"<sup>27</sup> ve "Tarziye"<sup>28</sup> gibi değişik terimlerin kullanılmasının faydalı olacağını ileri sürmüşlerdir. Bize göre gerek doktrinde, gerekse mevzuatta yerleşmiş ve tutunmuş bir ifade olan "manevi tazminat" deyimini, uğranılan zararın, duyulan elem, ızdırap ve acıdan da öte, insan şahsiyetinin hür ve müstakil varlığında meydana gelen manevî ve kutsal bir kayıp olduğunu belirtmesi bakımından yerinde bir ifade tarzıdır. Ayrıca Türkçe'nin dil kurallarına göre "maddi tazminat"ın karşıtı olması da onun isabetle kullanıldığı kanaatını kuvvetlendirmektedir.

<sup>20</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı (AMK). 11 / 2 / 1969-968 / 33 E. 12 K. (Karahasan. s. 876). Y 4 HD. 16 / 6 / 1977 9690 / 7016 (YKD. Haziran 1978, sy. 4, 6, s. 926).

<sup>21</sup> Y4 HD. 23 / 9 / 1966-6734 / 4349 (Karahasan s. 868 vd).

<sup>22</sup> Y4HD. 23 / 9 / 1966-6734 / 4349 (Karahazsan, s. 868).

<sup>23</sup> HGK, 25 / 5 / 1965 - 787 / 225 ve 25 / 6 / 1965 - 807 / 208 (Karahasan, s. 872); Oser / Schönen berbger, m. 47, N. 5; Deschnaux-Tercier, s. 244, 247; CENBERCİ, Mustafa: İşKanunu Şerhi, Ank. 1976, s. 801; Tandoğan, s. 330, 331; Von Tuhr, C. I, s. 121 vd.; ABDULRAHMAN-NAJİ, Gazi: Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse, Thèse de doctorat, Annemasse (France) 1970, s. 23 vd.

<sup>24</sup> Tercier, s. 9 vd. Genel olarak tazminat için "indemnité", maddî tazminat için "dommages-intérêts", manevî tazminat için "réparation morale" terimleri kullanılmaktadır. Bak. İsviçre Borçlar Kanunu (İBK)'un fransızca metnine, m. 43, 44, 46, 47, 49.

<sup>25</sup> Saymen, s. 19 vd.

<sup>26</sup> Tandoğan, s. 63.

<sup>27</sup> ATAAY, Aytekin / SUNGURBEY, İsmet: Açıklamalı Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu, 3. İst. 1968, BK. m. 49'un şerhi; Feyzioğlu, s. 473.

<sup>28</sup> Tunçomağ, s. 481; Bak. ayrıca Gürsoy, Manevi Zarar, s. 8.

## II. MANEVİ TAZMİNATIN TARİHÇESİ

Manevi tazminat kurumu, eski toplumlardan ziyade yeni ve modern toplumlarda gelişmiş ve uygulama alanı bulmuş bir kurumdur. Gerçekten gelişmiş toplumlarda bir yandan maddi zararların sayısı artarken bir yandan da manevi zararlar belirmeye başlar<sup>29</sup>. Beliren bu zararları karşılamak üzere manevi tazminat müessesesi kabul edilir. Ancak önceleri kabulünde müşkilât gösterilen ve kapsamı dar tutulan bu müessese, sonraları ekonomik hayatın akışına ve çağımızın inkişafına uyularak bütün modern hukuk düzenlerince benimsenir. Beylece zamanla kapsamı genişleyerek uygulanan çok önemli bir kurum haline gelir<sup>30</sup>.

Bununla beraber Roma, eski Fransız, Cermen, İslav hukuklarında manevi memlekin kabul eyle hukukken himaye edildiği görülür<sup>31</sup>.

Manevi tazminat kurumu ile ilgili ilk izlere Roma Hukukunda rastlamak mümkündür<sup>32</sup>. Nitekim Roma Hukukunda gayri maddi menfaatler "actio iniuria"larla korunuyordu<sup>33</sup>. "Iniuria"<sup>34</sup> bir başkasının şahsiyetini kasden kâle almamaktır<sup>35</sup>. Bu müessir fiille (iniuria realis) olabileceği gibi sözle (iniuria verbalis) de mümkündür. Ancak böylesine geniş ve ince anlamda iniuria kavramını tanımayan eski Roma Hukukunda sadece iniuria realis'in bazı münferit halleri düzenlenmiştir. Bunlar arasında 12 levha Kanununda düzenlenmiş olan 25 asses'lik hafif bir iniuria hali ile membrum ruptum (bir uzvun sakatlanması) ve Os fractum (kemik kırmak ve çıkarmak) halleri sayılabilir. Nibayet 12 levha kanunundaki bu münferit hükümler mağduru korumaya yetmediğinden preetor iniuria nakkındaki umumî eductum'a istinaden mağdura bir actio iniuriarum tanıyarak iniuria kavramını inkişaf ettirdi. Ancak gerek şahsiyetin, gerekse diğer manevi varlıkların bu suretle korunması, hiç bir zaman bugünkü anlamda manevi zararın tazmini, yani duyulan eklem, acı ve üzüntünün giderilmesi ama-

<sup>29</sup> Saymen, s. 13; Karahasan, s. 773;

<sup>30</sup> Saymen, s. 13, 61; TÖRE, Futuhi: Manevi Tazminat Davaları, AD. 1970, sy. 8, s. 531-546.

<sup>31</sup> Saymen, s. 67.

<sup>32</sup> MARQUERON, Jean: L'intéret moral ou d'affection dans les obligations delictuelles en droit romain, Etudes offertes a Andreés Audinet, s. 9-175, Paris 1968, s. 174, 177.

<sup>33</sup> Saymen, s. 32; TAHİROĞLU, Bülent: Roma Hukukunda Iniuria, İst. 1969, s. 20, 23; Von Tuhr, C. I, s. 121, dipnot, 1 a.

<sup>34</sup> Daha geniş bilgi için bak. Tahiroğlu, s. 20 vd.

<sup>35</sup> KOSCHAKER, Paul: Roma İHususi Hukukunun Ana Hatları (çeviren: Kudret AYİTER), Ank. 1971, s. 267; Tahiroğlu, s. 19.

ciyla olmamıştır. Ne varki, cezai nitelikleri ağır olan Actio iniuria'lar bu amaca hizmet etmişlerdi.<sup>36</sup> Bu suretle "hür bir kimsenin yararlanması fikrinden hareket eden" bu kavram, yalnız tahkire inhisarla kalmayıp fikri hakları da içine alacak şekilde inkişaf edip şahsiyetin korunmasını sağladı<sup>37</sup>. Ancak "Actio vindictum spirans olarak iniuria davasının failin ve mağdurun mirasçılara intikaline imkan yoktur. Şu kadar ki, dava başlamışsa mirasçılara intikal edebilir"<sup>38</sup>di.

Roma Hukuku'ndan önce Almanya'da mer'i olan eski Cermen Hukuku'nda maddi zararlar manevi zarar arasında herhangi bir ayırım gözetilmeksizin maddi mamelekle manevi mamelek bir arada fakat ayrı ayrı yollarla korunuyordu. XV. yüzyılda Roma Hukuku'nun: Almanya'da "reception"undan sonra, bu hukuk düzenindeki gayri maddi menfaatlerin korunmasına ilişkin davalar da, özellikle "actio iniuris"lar Pandekt Hukuku'na intikal etti. Ancak bu dönemde manevi menfaatlerin korunması istisnai bir durum arz etmekte idi. Pandekt Hukukunda menfaat kavramı hukukçuların tesiriyle yavaş yavaş değişerek yalnız maddi menfaate münhasır kaldı. O yüzden pandekt hukukçuları gayri maddi zararın tazminini asla kabul etmiyorlardı. Buna rağmen aynı dönemde Almanya'da gayri maddi menfaatleri koruyan iki kukukî Kurum vardı. Bunlar: Schmerzengeldklage ve Busse<sup>39</sup>.

"Acı parası davası" anlamına gelen bunlardan birincisi, mağdurun cismanî zararlar sebebiyle duymuş olduğu ızdıraplarına karşılık failden talep edeceği meblâğı ifade eder.

Pandekt Hukuku'nun manevi tazminat hakkındaki esas kaynağını teşkil eden bu kurum 1502 tarihli "Censtitutio Criminalis Carolina" adlı kanunun 20. maddesinde ifadesini bulur<sup>40</sup>.

"Schmarzengeld" yalnız cismanî zararlardan doğan ızdırapların tazminine ilişkin olmasına karşılık "Busse" hakâret ve cürüm isnadı sebebiyle meydana gelen manevi zararların tazminine ilişkin bulunmaktadır<sup>41</sup>.

Görülüyor ki, Pandekt Hukuku döneminde manevi tazminat ancak kanunda sayılan üç halde, yani hakâret, cürüm isnadı ve cizmanî zarar halinde mümkündür.

<sup>36</sup> Marqueron, s. 174 vd.

<sup>37</sup> Koschaker, s. 267, 268; Tahiroğlu, s. 25, 122; Marqueron, s. 175, 182.

<sup>38</sup> Koschaker, s. 268; Tahiroğlu, s. 176.

<sup>39</sup> Saymen, s. 30 vd.

<sup>40</sup> Saymen, s. 33.

<sup>41</sup> Saymen, s. 34.

Manevi zararın tazmini konusunda bu derece dar bir görüşün kabulündeki sakıncalar XIX. yüzyıl sonlarına doğru şiddetle hissedilmeye başlandı. Bundan dolayı Medenî Kanunun tedvininden önce de bazı manevi menfaatlere kanunî bir himaye tanınmıştı. Fakat bu alanda asıl hamlenin Alman Medenî Kanunu tarafından yapılacağı sanılırken, bu kanun da Cermen Hukuku'ndaki tahditkâr sisteme bağlı kalmıştır. Böylece bugünkü Alman Medenî Kanunu'nda manevi tazminat, vücut veya sıhhatte iras olunan zarar, hürriyetin selbi (S. 847 / 1), kadının cürüm veya kabahat teşkil eden bir hakreketle maruz kalması, yahut desise, tehdit veya mâduniyet münasebetinin suistimali ile evlilik dışı cinsi münasebetin kurulmasından sonra, kızın lehine olarak, nişanın bozulması (§. 11300) hallerine münhasır kalmıştır<sup>42</sup>.

Görülüyor ki, Alman Kanun Koyucusu Cermen ve Pandekt Hukukundaki sisteme sadık kalarak manevi zararların tazminini istisnaen muayyen bazı hallerde kabul etme yolunu seçmiştir.

Buna karşılık, manevi zararın tazmini esasî herhangi bir sınırlamaya maruz kalmadan Fransız Hukuku'nda gelişmiştir<sup>43</sup>. Nitekim gerek eski Fransız Hukuku<sup>44</sup>, gerekse intikal devresi Hukuku<sup>45</sup> manevi tazminat kurumunu her fırsatta ve geniş ölçüde uygulayarak kesin bir surette kabul ettiği gibi, bugünkü Fransız Medenî Kanunu da (Fr. M.K. 1382, 1383) bu kurumu herhangi bir sınırlamaya tabi tutmayarak maddî zararların tazmini ile birlikte ve aynı şartlar içinde benimsemiştir. Bu durumdan doğabilecek sakınca ve suistimaller Fransız Mahkemelerinin mutavassıt ve mutedil kararlarıyla giderilmektedir<sup>46</sup>.

Medenî ve Borçlar Kanunumuzun ülkesi olan İsviçre'de Medenî Hukuk federal bir kanunla tedvin edilmeden önce, bazı kanton kanunları manevi tazminat kurumuna yer vermiştir. Söz konusu kanton medenî kanunları arasında Bern (m. 966), Lucerne (md. 718), Zürich (md. 1844 ve 1845) kanton kanunları sayılabilir. Bu kanunlar ölüm ve cismanî zarar halinde mağdura manevî tazminat adıyla bir meblağ isteme hakkını vermekte idiler. Bunlardan Zürich Kanunu 1844 madde-sindeki "Bir kimsenin ölümüne sebebiyet verenin ağır kusuru veya hilesi bulunduğu takdirde, müteveffa tarafından bırakılan miras nazarı itibara alınmaksızın karısı, çocukları, anası, babası ve kardeş ve kız kardeşleri muinlerinden mahrum kalmış olmaları dolayısıyla tazminat talep edebilirler" hükmü, daha sonra hazırlanan 1 Temmuz 1875

<sup>42</sup> Saymen, 2s. 38-45.

<sup>43</sup> Veldet, s. 752; Tescier, s. 94.

<sup>44</sup> "1670 tarihli emirnameden-Büyük İhtilâl kadar" olan devre, bak. Saymen, s. 22.

<sup>45</sup> "Büyük İhtilâlden-1802'e kadar olan devre, bak. Saymen, s. 25.

<sup>46</sup> Saymen, s. 25 vd.



tarıhli "Buharlı gemileri ve Demir yolları Mütcaahhitlerinin mesuliyetlerine dair Kanun'un 7. maddesine modellik etmiştir. Sözkonusu maddede hükmü kendisine modellik etmiş olan Zürih Kanton Kanunundan bir adım ileri giderek "muin" tabiri yerine "aile" tabirini kullanmak suretiyle hem zatminat talep edebileceklerin sayısını çoğaltmış, hem de manevi tazminatı açık bir şekilde kabul etmiştir<sup>47</sup>.

İşte, 1881 de yürürlüğe giren eski İsviçre BK'nun 54. maddesi de<sup>48</sup> 1875 tarihli Kanunun 7. maddesinden esinlenerek hazırlanmıştır. Bu kanun, sözkonusu 54. maddesinde "Hakim hususi halleri ve ezcümle hile ve ağır kusuru nazarar alarak cismanî zarar halinde mağdura ve adam öldüğü takdirde ölünün ailesine, müşahade edilen zararın tazmininden başka adâlete muvafık bir tazminata da hükmedebilir" diyerek esinlendiği 1875 tarihli kanundan biraz daha ileri gitmiştir<sup>49</sup>.

Nihayet bu hüküm bugünkü İsviçre BK. m. 47'e intikal ederek hem cismanî zarar halinde manevi tazminat talebinin şartlarını hafifletmiş, hem de dava edebileceklerin sayısını çoğaltmıştır<sup>50</sup>.

1881 tarihli eski İsviçre BK'nun ilk taslaklarında yer almayan bugünkü BK. m. 49, daha sonra 54, maddenin bir tamamlayıcısı olarak beliriyor. Alman Schmerzengeld kurumundan ziyade Fransız hukukundan mülhem olduğı söylenen bu madde daha sonra BK.nun tadili sırasında yeniden ele alınmış arka arkaya Federal Meclis ve Komisyon tarafından yapılan değişikliklerden sonra bugünkü şeklini almıştır<sup>51</sup>.

Görülüyor ki, İsviçre Kanun Koyucusu manevi tazminat konusunda küçük bir noktadan hareket ederek geniş bir formüle ulaşmıştır. Bu suretle İsviçre Hukuku biribirine zıt olan Alman ve Fransız sistemleri arasında, bir taraftan "kanunun tayin ettiği halleri" çoğaltarak, diğer taraftan manevi tazminatı "kusur ve zararın hususî ağırlığı" ile sınırlayarak mutavassıt bir yol takip etmiştir<sup>52</sup>.

Bu konuya son vermeden bugünkü Medeni ve Borçlar Kanunlarımızdan önce ülkemizde yürürlükte olan İslam Hukukundaki duruma değinmek isteriz. Çünkü manevi tazminatın İslam Hukuku bakımından meçhul olduğı görüşü bazı yabancı<sup>53</sup> ve Türk hukukçuları<sup>54</sup>

<sup>47</sup> Saymen, I. 47, 48, 4 ; Tercier, s. 96; Abdulrahman-Maji, s. 39 vd.

<sup>48</sup> Daha sonra, bu maddenin yerini şimdiki İBK'nun 47. maddesini almıştır.

<sup>49</sup> Saymen, s. 49; Tercier, s. 96.

<sup>50</sup> Saymen, s. 50.

<sup>51</sup> Saymen, s. 51, 52; Tercier, s. 97, 110.

<sup>52</sup> Saymen, s. 54; Tercier, s. 206.

<sup>53</sup> CARDAHL, Choucri: Le projet du code des obligations du liban, Bultin de la Société de législation comparée 1931, s. 682.

<sup>54</sup> Çenberci, s. 802, dipnot, 99; GÜCÜN, C. Abdullah: Nazari ve Amali Hukuk Davaları, II. Kitap, İst. 1946, s. 281.

ve Yargıtay<sup>55</sup> tarafından benimsenmiştir<sup>56</sup>. Halbuki gerçekte İslam Hukuku, diğer hukuk sistemlerinden daha önce ve daha geniş bir şekilde bu kuruma yer vermiştir. İslam Hukukunda her türlü zararın kendine mahsus adilâne bir şekilde tazmin ve tedmini önemli bir kuraldır. Nitekim bunun en açık örneğini başta İslam Hukuku'nun iyi bilinen Kurumu "Diyet" teşkil eder. Diyet ile bir şahsın, cismani bütünlüğü korunmaktadır<sup>57</sup>. Diyet kısıtı gerektiren öldürme olayları hariç, haksız yere öldürülenin yakınlarına, vevki bunların yakınlık dereceleri uzak olsa bile, ödenecek bir meblağdan ibarettir. Diyet adı ile anılan bu tür tazminatın hesap ve takdirinde kullanılmak üzere İslâm hukukçuları bugünküne benzer Cetveller hazırlamışlardır. Bu cetvellere girmeyen hallerde tazminat tutarı bilirkişilerce tayin olunurdu<sup>57</sup>.

Bundan başka yiyecek ve içeceği muhtac bir kimse, muhtac olmayan birine müracaat edip de reddedildiği takdirde bu yüzden uğramış olduğu zarar o şahsa tazmin ettirilirdi<sup>58</sup>.

Bunun gibi, bir kimseyi tehlikede görüp de kurtarmayan veya bir başkasına korkutarak zarar veren veya hamile bir kadının herhangi bir suretle çocuk düşürmesine sebep olan bir kimse de tazminat vermekle mükellef idi.<sup>59</sup>

Ayrıca İslam hukukunda sıhhati geçici de olsa, bozan olaylardan ötürü nakdî tazminat itasına kail olmuş müctehitler (İmam-ı Malik) de bulunmakta idi<sup>60</sup>.

Yine yüz güzelliğinin ihlâli ve nişanın bozulma hallerinde de tazminat gerekirdi. Bunlardan başka Sultan Süleyman ve 1256 tarihli Ceza Kanunnamelerinde manevi tazminata ilişkin hükümlere de tesadüf edilmektedir<sup>61</sup>. Görülüyor ki, iddiaların aksine İslam Hukuku manevi tazminat konusunda ince ve etraflı hükümlere tanıktır.

### III. TÜRK HUKUKUNDA MANEVİ TAZMİNATIN DÜZENLENİŞ BİÇİMİ

Yukarda da<sup>62</sup> değinildiği üzere, tazminat prensibinin kökü Roma Hukuku'na kadar dayanmakla beraber manevi tazminat kurumunun

<sup>55</sup> HGK. 25 / 5 / 1965-787 / 225 ve 26 / 6 / 1965,- 807 / 228 (Karahasan, s. 871).

<sup>56</sup> Saymen, s. 99.

<sup>57</sup> BİLMEN, Ö. Nasuhi: İslam Hukukunda Manevi Zararların Tazmini, İHFM, 1940 C. VI, sy. 4, s. 798-812; Saymen, s. 99; ÖZBEK, M. Sabri: Taksirli Suçlar ve Haksız Fiillerden Doğan Tazminata ait Hükümler, Ank. 1968, s. 28.

<sup>58</sup> Bilmen, s. 803.

<sup>59</sup> Bilmen, s. 803.

<sup>60</sup> Bilmen, s. 803.

<sup>61</sup> Bilmen, s. 804; Saymen, s. 100.

<sup>62</sup> Bak. s 1, II, s. 9 vd.

esasını teşkil eden “şahsiyet hakkı” kavramı ve şahsiyetin kendi bütünlüğü içinde korunması kuralı bütün mevzuat içinde ilk defa İMK (İsviçre Medeni Kanunu)’unda bir genel hüküm olarak yer almış ve oradan da bize geçmiştir<sup>63</sup>. Manevi tazminat kurumunu genel ve özel hükümlerle tanzim ederek en geniş ölçüde benimsemiş olan İsv.-Türk Hukuk sistemleri, bu konudaki dar ve geniş düzenlemeleriyle ifrat ve tefriti temsil eden, dolayısıyla boşlukları kazaî içtihatlarla gidermeye çalışan Alman, Fransız ve İtalyan hukuk sistemlerine nazaran açık bir üstünlüğe sahiptir<sup>64</sup>.

Her şeyden önce genel hukuk sistemimiz içinde ihlalleri manevi tazminat talebine yol açan şahsiyet hakları 1961 Anayasamız’ın “Temel Hak ve Ödevler” (m. 10-13) bölümü ile “kişinin hakları ve ödevleri” (m. 14-34) bölümünde ele alınmış ve teminata bağlanmıştır. Bundan başka gerek Medeni ve Borçlar Kanunları ile gerekse bu iki kanunun dışında kalan diğer kanunlarda manevi tazminatla ilgili bir çok hükümler sevkedilmek suretiyle “şahsiyet hakları” korunmaya çalışılmıştır. Söz konusu hükümler arasında MK’nun 24 / II, 25 / II, 85, 126 / II, 143 / III, 305., BK. nun 47 ve 49. maddeleri ile TK. nun 58, TCK. nun 38, 424, 467., 5680 sayılı Kanunun 17. ve 6334 sayılı Kanununun 319. maddeleri sayılabilir. Ancak bütün bu dağıntık hükümleri bir arada ve birbirleri ile ilişkili bir şekilde ele alabilmek için genel ve özel karakterlerine göre bir sıralamaya tabi tutmak gerekir.

Nitekim bu hükümlerden bazıları genel ve bazıları özel niteliktedir.

Genel nitelikte olan hükümler MK. m. 24 / II ile BK.m. 49’dur. Bunlara MK. m. 85 / II’yi de eklemek gerekir. MK.m. 24 / II, maddi tazminat talebi gibi, manevi tazminat talebini de ancak kanunen muayyen olan hallerde hasretmiştir. Buna karşılık BK. m. 49, bu konuda herhangi bir sınırlama getirmeksizin “şahsi menfaatleri haleldâr olan kimseye manevi tazminat talep etmek hakkını tanımaktadır. Bu durum karşısında MK.m. 24 / II ile BK.m.49’un karşılıklı ilişkileri ne olmaktadır? Başka bir deyişle acaba BK.m. 49, MK.m. 24 / II’nin öngördüğü hallerden biri mi dir, yoksa, BK.m. 49, MK. m. 24 / II’yi pratik bakımdan hükümsüz mü kılmaktadır?. Bu konuda çeşitli görüşler var:

Bir görüşe göre<sup>65</sup>; BK.m. 49 MK.m.24 / II’nin öngördüğü hallerden biridir. Türk Yargıtay’ının benimsediği<sup>66</sup> bu görüşe nazaran BK.

<sup>63</sup> VELİDEDEOĞLU, H. Veldet: Türk Medeni Hukuku, 3. Bası, İst. 1963, s. 209.

<sup>64</sup> Tercier, s. 93 vd.; Karahasan, s. 757; Yüce, Yargıtay Kararı, s. 785.

<sup>65</sup> GÖNENSAY, A. Sanim: Borçlar Hukuku, İst. 1934, s. 172; ROSSEL, Virgile: Manuel du droit fédéral des obligations, 26 édition, Lausanne 1905, s. 124.

<sup>66</sup> HGK. 6 / 6 / 1951-E. 4-191-122 / K. 51 (Tunçomağ, s. 493 ve İçti-Kül C, IV, 1951, N. 2704); Y4 HD. 19 / 6 / 1975-4655 / 8053 (Tunçomağ, s. 496-497).

m. 49'un da doğruladığı MK. m. 24 / II'nin hükmü uyarınca kanunen muayyen olan haller dışında manevi tazminat talebinde bulunulamıyacaktır. Bu hallerden biri de BK.m. 49'dur. Buna yakın olan bir görüşe göre<sup>67</sup>, söz konusu her iki madde birbirleriyle çok yakından ilgili olup BK.m. 49, MK. m. 24 / II'yi tamamlamaktadır. Zira MK.m. 24 şahsiyet hakkının korunmasını genel olarak düzenlediği halde, BK. m.49 "şahsi menfaatlerin ihlâlinin neticesi olarak tazminat veya manevi tazminat istemek hakkının özel şartlarını vazedir". Bundan dolayı BK. m. 49'da, eski IBK. m. 55'in aksine, hukuka aykırılık şartının belirtilmesinden vazgeçilmiştir. Esasen bu şart MK. m. 24'ün hükmünden çıkmaktadır.

Bu iki görüşe karşıt olan bir başka görüşe göre<sup>68</sup> BK.m. 49'un açık hükmü karşısında MK.m. 24 / II'nin hiç bir pratik değeri kalmamıştır. Zira BK. m. 49 her hangi bir takyit tanımaksızın şahsi menfaatlere tecavüz halinde manevi tazminat talebine imkan vermektedir. Bundan dolayı bugün MK.m. 24 / II'nin yerine BK.m. 49'un hükmünü ikame etmek suretiyle ancak durum aydınlığa kavuşabilir.

Bir bakıma bu görüşlerin telifi olan ve en fazla rağbet görmüş bulunan, bizim de paylaştığımız son bir görüşe göre<sup>69</sup>, Manevi tazminat konusunda genel kuralı BK. m. 49 vazetmektedir. MK.m. 24 ise bu genel kurala bazı istisnalar getirmektedir. Zira BK. m. 49 hem zarar hem de tazminat kavramını her hangi bir sınır tanımaksızın kabul etmekte, dolayısıyla MK.m. 24 / II'nin atıfta bulunduğu bütün özel halleri de kapsamaktadır. Binaenaleyh BK.m. 49'da aranan şartlar tahakkuk ettiği takdirde, daha hafif şartları öngören diğer manevi tazminat hallerinde dahi, manevi tazminata hükmedilebilecek demektir. Bu yüzdendir ki, kanun koyucu bazı özel hallerde manevi tazminat talebini daha hafif şartlara bağlamıştır. Şuhalde göre BK. m. 49'un gerektirdiği şartlar (özellikle kusurun hususi ağırlığı) gerçekleşmediği zaman manevi zararın tazmini MK.m. 24 / II uyarınca ancak kanunen öngörülen hallerde mümkün olacaktır. Böylece MK.m. 24 / II'nin rolü istisnalara, yani BK.m. 49'un dışında kalan özel hallere atıf yapmaktan ibaret kalmaktadır.

<sup>67</sup> BECKER, H.: İsviçre Medeni Kanun Şerhi, Borçlar Kanunu (Çeviren: Kemal REİS-OĞLU, C. VI, I. Kısım, II. Fasikül, Ank. 1968, m. 49, N. 1; FUNCK, Fritz: Borçlar Kanunu Şerhi (Çeviren: Hıfzı VELDET-C.H. SELEK), İst. 1938, s. 86.

<sup>68</sup> SCHWARZ, A. B.: Borçlar Hukuku Dersleri, C. I. (Çeviren, Bülent DAVRAN) İst. 1948, s. 491; ARSEBÜK, Esat: Borçlar Hukuku, Umumi Esaslar, C.I-II, 3. Bası, Ank. 1950, s. 84; KARDİÇALİ, Mustafa: Le préjudice moral et sa réparation en droit suisse, Thése, Paris 1939, s. 50.

<sup>69</sup> Oser / Schönenberger, m. 49, N. 3,5; Tercier, s. 109 vd, 113 vd.; Saymen, s. 106; Saymen / Elbir, s. 459; Tandoğan, s. 332 ve Réponses, s. 138; Karahasan, s. 775; Tunçoğlu, s. 492; Yüce, s. 404; Gürsoy, Manevi Zarar, s. 9 vd.

Bizce, MK.m. 24 / II ile BK.m.49'un bu tür bir yoruma tabi tutulması hem manevi tazminat kurumunun bu iki kanunda düzenleniş biçimine, hem de kanun koyucunun maksadına daha uygun düşmektedir. Zira Eugen Huber tarafından hazırlanan ön tasarıda MK.m. 24 (İMK. m. 28)'un ilk metninde, BK.m. 49'a esas teşkil eden olayların tümünü kapsıyacak şekilde şahsi menfaatleri ihlâl edilenin "tazminat ve halin icabına göre manevi tazminat olarak bir para ödenmesini" talep edebileceği öngörülmüştü. Ne var ki, bu hüküm basın mensuplarının aleyhte tazyiki ile Millî Meclislerde görüşülmesi sırasında eşaslı değişikliğe uğradı ve bugünkü şeklini aldı. İşte daha sonra kaleme alınan BK.m. 49'un genel ifadesiyle bu ihtiyaç karşılanmak istenmiştir<sup>70</sup>. Nitekim bu hususu dikkate alan bir çok müellif<sup>71</sup>, esasen MK. m. 24 ile BK. m. 49'un aşağıdaki şekilde bir tek madde teşkil etmesi gerektiğini ileri sürerler:

"Şahsi menfaatlerinde haksız tecavüze uğrayan kimse tecavüzün men'inî ve kusur halinde bu tecavüzden doğan zararın tazminini dava edebilir.

Tecavüzün ve kusurun hususi ağırlığı gerektirdiği takdirde hakim, manevi tazminat olarak bir meblağ itasına ve bu meblağ yerine veya onun yanında başka bir tanzim suretine hükmedebilir.

Başka şartlar altında manevi tazminat davası, ancak kanunun derpiş ettiği hallerde ve bir meblağ itasına matuf olmak üzere caizdir<sup>72</sup>".

Biz manevi tazminat konusundaki bu iki genel hükme, gerek kanundaki düzenleniş biçiminden ötürü, gerekse ihtiyaçlara ve kanun yapma tekniğine daha uygun düştüğü için bir üçüncüsünü daha eklemeyi uygun bulmaktayız. O da, MK.m. 85 / II hükmüdür. Söz konusu hüküm "manevi tazminat davası"nın mirascılara intikali husususnu genel bir ifade ile düzenlemektedir. Ayrıca bu konuda gerek, Medeni Kanun gerekse Borçlar Kanunu başka bir hüküm ihtiva etmemektedir. Bundan başka kanun yapma tekniği bakımından benzer haller için ayrı hükümler sevk etmek hukuku zenginleştirmeden ziyade onu muğlaklaştırır. Aşlında sözkonusu hükmün bütün manevi tazminat hallerine şamil olmak üzere MK.'un 24. maddesi içinde yer alması daha isabetli olurdu<sup>73</sup>. Binaenaleyh, MK.m. 85 / II'yi bütün manevi

<sup>70</sup> Oser / Schöenberger, m. 49, N. 4; Tandoğan, S. 332; Tercier, s. 110

<sup>71</sup> Oser / Schöenberger m. 49, N. 3.; Saymen, s. 107, 108; Tandoğan, s. 333; Saymen / Elbir, s. 459.

<sup>72</sup> Tandoğan, s. 333.

<sup>73</sup> Von Tuhr. S. 123.

tazminat hallerine şamil bir hüküm olarak düşünmek yerinde bir hareket olur<sup>74</sup>. Nitekim uygulamada bu yolda gelişmiştir<sup>75</sup>.

Manevi Tazminat konusunda özel nitelikteki hükümlere gelince, bunlar MK.m. 24 / II ile BK. m. 49'un ve bizce MK.m. 85 / II'in dışında kalan, başlangıçta belirtilen çeşitli kanun ve maddeleridir. Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki, MK.m. 24 / II'deki atfı yalnız Medeni ve Borçlar Kanunları hükümleriyle sınırlı tutmamak, aksine bu iki kanunun dışındaki diğer kanunların manevi tazminatla ilgili hükümlerini de şamil kabul etmek gerekir. Bu suretledir ki, ancak TCK TK, BsK. ve diğer kanunların ilgili maddelerini MK.m. 24 / III'nin öngördüğü "kanunun tayin ettiği hallerden" biri olarak düşünmek mümkün olacaktır. Bu düşünçeye dayanarak, söz gelimi, TCK. m. 193'deki "konut dokunulmazlığı suçu" şeref ve haysiyeti ihlâl maksadıyla işlendiği takdirde aynı kanunun 38. maddesi uyarınca manevi tazminata hükmetmek mümkün olacaktır. Aksi görüş MK. m. 24 / II ve BK.m. 49'daki genel hükümleri daraltmak olur; bu da, kanun koyucunun mak sadına uygun düşmez<sup>76</sup>.

## § 2. MANEVİ TAZMİNATIN ŞARTLARI

Bu paragrafta manevi tazminatın şartlarını incelerken yukarıdaki ayırma paralel olarak ilgili hükümlerin genel ve özel karakterleri dik-kate alınarak yalnız bu hükümlerden çıkan şartlar ele alınmıştır. Yoksa, burada, maddî tazminat halinde de aranan, tecavüzün haksız olması ve fiil ile zarar arasında illiyet rabitası bulunması gibi, genel sorumluluk şartları<sup>77</sup> üzerinde durulmamıştır. Bununla beraber, hemen belirtelim ki, konumuzu teşkil eden "kusur" şartı hariç, diğer şartlara konunun aydınlanmasına ve daha kolay anlaşılmasına elverdiği ölçüde yer verilmiştir. Bundan başka manevi tazminatın bir şartı olarak bazan derece derece aranan, bazan hiç aranmayan "kusur" şartı üzerinde daha sonraki paragrafda durulmuş, onun manevi tazminattaki asıl rolü ve bu konudaki gelişmeler etraflı bir şekilde ele alınıp incelenmiştir.

<sup>74</sup> Tekinay, s. 446; İnan s.456, 457; Tunçomağ, s. 502; Ayrıca bak. Gürsoy, Manevi Zarar Zarar, s. 11 vd.; Descenux-Tercier, s. 246.

<sup>75</sup> Y9HD, 27 / 12 / 1968-10301 / 16083 (Karahasan, s. 86d.

<sup>76</sup> ALPASLAN, Reha: Manevi Tazminat Konusuna Genel Bakış, AD. Yıl, 1967, N. 7-10, s. 607-620; Ayrıca bak. ERTUĞRUL, Metin: TCK'nun Tatbikatında Manevi Tazminat, AD. 1972, s.y. 12, s. 890-894.

<sup>77</sup> Bak. Saymen. s. 109.

## I. GENEL KURAL OLAN MK.M 24 ve BK.M. 49'DAN ÇIKAN ŞARTLAR

Yukarıda genel kural olarak nitelediğimiz MK.m. 24 ile BK.m. 49'a göre manevi tazminata hükmedebilmek için genel sorumluluk şartlarından hukuka aykırılık ve illiyet bağından başka, ayrıca şu üç şartında gerçekleşmesi gerekir: Şahıs varlığına dahil bir hakkın ihlali, zarar ve kusurun özel ağırlığı.

### A. Şahıs Varlığına Dahil Bir Hakkın İhlali

Manevi tazminata hükmedebilmek için şahıs varlığına giren bir hakkın ihlali gerekir. İhlalleri manevi tazminata sebep olan haklar için ilgili maddelerde (MK.m. 24 ve BK. m. 49) "şahsi menfaatler" deyimini kullanılmıştır. Bu deyim kapsamı ve sınırı belli olmayan çok elestiki bir ifadedir. MK. ve BK.'nun söz konusu maddelerinde kullanılan "şahsi menfaatler" (Intérêts personnels) deyimini, Fransız Hukukunda kullanılan "Manevi Menfaatler" (Intérêts moraux) deyiminin sinonimi değildir. Gerçekten ekonomik olmayan bütün menfaatleri manevi tazminata sebep olan manevi menfaatin ciddi, şahsi ve gerçek olması gerekir. Fakat buna rağmen bu konuda pozitif ve müşahhas bir sınır yoktur. Zira bir kimse için değeri düşük ve manasız olan bir manevi menfaat bir başkası için ciddi ve önemli olabilir. Manevi menfaate ilişkin muayyen bir sınırın yokluğu, tabii olarak maddi zararlar manevi zararın birbirileriyle karışması sonucunu doğurmaktadır<sup>78</sup>.

Buna karşılık İsv-Türk hukukundaki "şahsi menfaatler" deyimini yukarıda ifade edildiği gibi, çok elestiki bir tabir olmasına rağmen nakdi olmayan bütün menfaatleri değil, sadece şahsiyet haklarını ifade eder. Zarara uğrayan menfaat / şahıs varlığına dahil haklardan birini temsil etmedikçe manevi tazminata hükmetmeye imkan olmayacaktır. Böylece Fransız Hukukunun aksine, manevi menfaat bir hakkı temsil etmedikçe ihlali manevi tazminata konu teşkil etmeyecektir. Bu farka işaret etmek önemlidir. Zira "burada ferdiyetten tecrit edilmiş şahsi kaprisler değil, fakat herkesçe değerli varlıklar (des biens d'une valeur general) sözkonusudur"<sup>79</sup>. İşte bu şahsi menfaatler hukuken onların temsil ettiği haklarla aynı karakterdedirler. Bundan dolayı nakdi veya ekonomik menfaatlerle karışmazlar. Netice itibariyle İsv-Türk Hukuk sisteminde manevi tazminat, sadece şahısvarlığına yönelmiş tecavüzler sözkonusu olduğu zaman vardır, aksi halde manevi tazminata yer yoktur<sup>80</sup>.

<sup>78</sup> Kardiçali, s. 51, 52; Tercier, s. 20 vd., 29; Abdulrahman Naji, s. 65.

<sup>79</sup> Kardiçali, s. 52, 53.

<sup>80</sup> Kardiçali, s. 53, 54.

İsv-Türk Hukukundaki “şahsi menfaatler” tabiri, Fransız Hukukundaki” manevi menfaatler” tabirine nisbetle ihlalleri manevi tazminata sebep olan hakları daha iyi ifade etmesine rağmen, bu kavramın da yerinde kullanıldığı söylenemez. Çünkü “şahsi menfaatler” bir kimsenin şahıs varlıklarına duyduğu ilginin ifadesidir. Gerçekte ise zarara uğratılan bu ilgi değil, bu ilginin konusunu teşkil eden şahıs varlığına dahil halklardır<sup>81</sup>.

İşte sözkonusu kavramla ifade ettiği muhteva arasındaki bu fark bilindiği içindir ki, müelliflerin bir çoğu “şahsi menfaatleri”n neler den ibaret olduğunu ifade ederken kapsamları birbirinden farklı ve çeşitli yorumlara sebebiyet verebilecek kişisel haklar<sup>82</sup> kişilik<sup>83</sup> veya şahsiyet<sup>84</sup> hakları, şahsi menfaatler<sup>85</sup>, şahsiyet menfaatleri<sup>86</sup>, manevi kıymetler<sup>87</sup> manevi varlıklar veya malvarlığı dışındaki hukuksal değerler<sup>88</sup> gibi, birbirinden farklı anlamlara gelen çok değişik terimler kullanılmıştır. Bu değişik ifade tarzlarını dikkate alarak biz bu incelememizde kapsamı daha belirgin olan “şahıs varlığı = les biens personnels” terimini kullanmayı tercih ettik<sup>89</sup>.

Kullanılan ifade tarzı ne olursa olsun, MK.m. 24 ile BK.m. 49’da sözü geçen” şahsi menfaatler” teriminden maksat, şahıs varlığına dahil hakların tümüdür. Bu hakların, tamamı İnsanın şahsiyetini meydana getirir; insan a hür ve müstakil bir hüviyet, ferdiyet, yeganelik ve onu başkalarından ayıran özellikleri verir. Artık burada şahsiyet tabiri hukukî bir statüden ziyade, tabii ve sosyal alemin bir parçasını ifade eder. Bundan dolayı bir kimsenin şahıs varlığına dahil hakları, karakterleri icabı, başkası tarafından iktisap edilemeyeceği gibi, şahsa bağlı oldukları için devir, ferağ veya miras yoluyla intikalleri de kaideten mümkün değildir<sup>90</sup>. Bunlar, insanın vücut, hayat, sıhhat, hürriyet, nesep, bedenî ve ruhî bütünlüğü gibi, ya doğuştan mevcut tabii varlıklardır;

<sup>81</sup> TANDOĞAN, Hukuk: Şahsiyetin Akit Dışı İhlallere Karşı Korunmasının İşleyiş Tarzı ve Bazın Yoluyla Olan İhlallere Karşı Özel Hayatın Korunması, AHFM. 1963, C. XX, sy. 1-2, s. 1-36 (Tandoğan, Şahsiyetin Korunması), s. 7.

<sup>82</sup> Y4HD. 3 / 6 / 1969-2909 / 5358 (Karahasan, s. 896.)

<sup>83</sup> Tunçomağ, s. 494.

<sup>84</sup> Tandoğan, s. 330; Gürsoy, Manevi Zarar, s. 23.

<sup>85</sup> Yüce, Yargıtay Kararı, s. 785 vd.

<sup>86</sup> Velidedeoğlu, s. 209.

<sup>87</sup> Berki, s. 9, 10.

<sup>88</sup> Karahasan, s. 22, 24.

<sup>89</sup> Bak. Tercier, s. 19 vd.

<sup>90</sup> Velidedeoğlu, s. 29, 72, 82, 205; Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s. 7, 8; SIMONİ-US, August: Şahsiyet Hakları (Çeviren: K. Fikret ARIK), SBFD. 1955, C. X., sy. 1, s. 186-198.; Saymen, s. 111; Abdulrahman-Naji, s. 60 vd. YHD. 3 / 6 / 1969-2909 / 5358 (Karahasan, s. 896).



ya da isim, şöhret, şeref, haysiyet, sır, muhabbet ve ailevi mahremiyet gibi, topluluk içinde yaşamasından doğan, sonradan kazanılmış sosyal varlıklardır<sup>91</sup>. Bu varlıklar tadadî olmayıp burada belirtilmeyen şahsî varlıklar bulunduğu gibi, yeni iktisadi ve teknik ilerlemeler, hayat şartlarının değişmesi yeni yeni şahsî varlıkların ortaya çıkmasına sebep olurlar<sup>92</sup>. Kısaca şahsiyet veya kanunun ifadesiyle "şahsi menfaatler" öyle bir bütündür ki, insanın fizyolojik psikolojik ve sosyal varlığını meydana getiren bütün unsurları içine alır<sup>93</sup>.

İşte manevî tazminata hükmedebilmek için bu varlıklardan birine hukuka aykırı bir tecavüzün vaki olması gerekir. Kaideten şahıs varlığına yapılan her tecavüz hukuka aykırıdır. İstisnaen kanun, bazı hallerde böyle bir tecavüzün bütün şartları gerçekleşmiş olsa bile, sözcüğü savunma dokunulmazlığında (TCK.m. 486) olduğu gibi, tazminata hükmedilmesine izin vermemiştir<sup>94</sup>.

Şahıs varlığı kavramının karşılığını mal varlığına dahil haklar teşkil eder. Bu tür haklara yönelmiş tecavüzler, genellikle maddî tazminat taleplerine konu teşkil eder. Ancak bazı hallerde mal varlığına yapılacak bir tecavüzü de, bu hak şahıs varlığını temsil ettiği ölçüde, manevî tazminat talebine yol açabilir<sup>95</sup>.

### B. Zararın Özel Ağırlığı

Bu şart BK.m. 49'un lafzından çıkmamaktadır. Sözkonusu maddede tercüme edilirken zararın özel ağırlığı (la gravité particulière du préjudice) deyimini unutulmuştur. Halbuki, yukarıda da değinildiği üzere, ihlalleri manevî tazminata konu teşkil eden şahıs varlıklarının sınırı kesin olarak belli değildir. Zira toplumsal hayat insanlara her zaman mutluluk gibi, üzüntü ve hayal kırıklıkları da verir. Bunlar insan var olduğu sürece beşerî ilişkilerin önlenemez sonuçlarıdır. O sebeptendir ki, zararın özel bir ağırlık arzettiği hallerde, mağdura duyduğu acı ve elemi dindirebilmesi için manevî tazminat adı altında muayyen

<sup>91</sup> Becker, m. 49, 4; Tandoğan, Şahsiyetin korunması, s. 8; Karahasan, s. 775 vd.; SAYMEN, F. Hakkı: İdare Hukuku ve Manevî Tazminat, İBM, 1939, sy. 8, s. 476-487 (Saymen, İdare Hukuku ve Manevî Tazminat), s. 479; FRANKO, Nesim İ.; Seref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevî Zararın Tazmini, Doktora Tezi, Ank. 1973, s. 1 vd.; Y4HD. 19 / 6 / 1975-4655 / 8053 (Tunçomağ, s. 497).

<sup>92</sup> Tandoğan, Şahsiyetin Korunması, s. 10; Saymen, s. 111; Gürsoy, Manevî Zarar, s. 23 vd.

<sup>93</sup> YÜCE, Turan: Medeni Hukukumuzda Manevî Tazminat, AD, 1952, sy. 3, s. 400-409.

<sup>94</sup> Tercier, s. 198; Tandoğan Şahsiyetin Korunması, s. 17; Tunçomağ, s. 495, 497; Gürsoy, Manevî Zarar, s. 25 vd. İBK, 22 / 6 / 1966-7 / 17 (Karahasan, 846); Y4HD. 8 / 7 / 1966-8647 / 7241 (Tunçomağ-s. 495 vd.) vex 27 / 90 / 1969-10953 / 7042 (Karahasan, 895-896).

<sup>95</sup> Gürsoy, Manevî Zarar, s. 24; Y4HD. 19 / 6 / 1977-4655 / 8053 (Tunçomağ, s. 497).

bir meblağın ödenmesini kabul etmek gerekir<sup>96</sup>. İşte bu toplumsal olgu ve gerçeği bilen kanun koyucu manevi tazminat taleplerinin alabildiğine çoğalmasını, dolayısıyla haksız bir kazanç ve spekülasyon aracı olmasını önlemek için manevi zararın ağırlığını da şart kılmıştır<sup>97</sup>. Bu şart "de minimis non curat praetor" ata sözünün basit bir sonucu değildir. Ondan öteye, manevi zararın ağırlığı tazminat talebinin âdil bir gerekçesini de teşkil eder. Zira bu kavram, bir kimsenin katlanabileceği veya katlanması gereken acı ve üzüntülerin ölçüsünü teşkil eder ve bu ölçüyü aşan manevi zararı ifade eder<sup>98</sup>.

Binaenaleyh Türk Hukukunda da BK.49'un aslına uygun olarak yorumlanması kanun koyucunun maksadına, daha uygun düşer. Nitekim tatbikat da bu istikamette gelişmiştir<sup>99</sup>. Şu hale göre, bu, şahsi menfaatlere vaki tecavüz hukuka aykırı olsa bile, eğer ağır bir manevi zarar husule getirmemişse hakim manevi tazminata hükmedemeyecek demektir.

Zararın özel ağırlığı ya tecavüze uğrayan şahsi varlığını özel kıymeti veya tecavüzün şiddeti ile ölçülür. Zararın özel ağırlığı tecavüz edilen şeydeki menfaatin büyüklüğü ile, tecavüzün şiddeti ise tecavüzde kullanılan aracın niteliği ve neticenin devamlılığı ile ölçülür<sup>100</sup>. Sözelimi, ihlâl edilen menfaat ne derece büyükse zarar da o nisbette ağırdır. Buna karşılık basit bir şeyin ihlâli MK.m.24 ve BK.m. 49 anlamında önemsizdir. Bunun gibi tecavüz fiilen işlendiği zaman ağır, sözle işlendiği zaman daha hafif, ırza geçme halinde daha ağır, ırza tasaddî halinde daha hafif, müsbet bir irade ile işlendiği zaman daha ağır ağır, şüphe ve şarta bağlı olarak işlendiği zaman daha hafiftir<sup>101</sup>. Ancak zararın özel ağırlığının tayini ve tesbiti MK. m. 4'ün şumulüne giren bir takdir meselesidir. Hakim bunu yaparken de ihlâl edilen şahsi varlığın özel kıymeti veya tecavüzün şiddeti yanında mağdurun yaşını, cinsiyetini, sosyal ve mesleki durumunu, fikri seviyesini de dikkate alır<sup>102</sup>.

<sup>96</sup> Tercier, s. 193.

<sup>97</sup> Kardiçaltı, s. 82, 104.

<sup>98</sup> Tercier, s. 193.

<sup>99</sup> Y4HD. 3 / 6 / 1969-2909 / 5358 (Karahasan, s.896 vd.).

<sup>100</sup> Oser / Schönenberger, m. 49, N. 9; Saymen, s. 111 vd.; TUNÇOMAĞ. Kenan, Manevi Tazminat, Y4HD. 30 / 12 / 1960 gün, 88667 / 7010, AD. 1961, sy. 5, s. 505 vd. (Tunçomağ, Manevi Tazminat), s. 505.

<sup>101</sup> Oser / Schönenberger, m. 49, N.9.

<sup>102</sup> Saymen, s. 112; Tandoğan, Réponses, s. 145; İBK. 22 / 6 / 1966-7 / 7 (Karahasan, s. 846).

## II. ÖZEL KURALLARIN ŞARTLARI (MK.M. 25, 85, 126 / II, 126 / II, 143, 350; BK.M. 47)

Manevi tazminata dayanarak teşkil eden özel nitelikteki hükümlerin uygulama şartlarına gelince, bunları belli kriterlere vurarak, bir tasnife tabi tutmak mümkün değildir. Çünkü her biri farklı şartlar ihtiva etmektedir. Bir bakıma bu durum, onların genel kuraldan ayrı birer özel kural olarak düzenlenmelerine sebep teşkil eder. Bundan dolayı ilerde "Kusurun manevi tazminattaki rolü" konusunda tartışmaların önemli bir mihrak noktasını teşkil edecek olan BK.M. 47 ile MK.'nin manevi tazminatla ilgili hükümleri burada ayrıca ele alınıp uygulama şartları üzerinde kısaca durulmuştur.

### A. BK.m. 47'nin Şartları

Bu maddede "cismanî zararla ölüm halinden doğan manevi zararın tazmini düzenlenmiştir. Söz konusu maddede, BK. m. 49'da olduğu gibi, artık zarar ve kusurun özel ağırlığından söz edilmemektedir. Esasen ölüm ve cismanî bütünlüğün ihlali halinde zararın ağırlığı şartı bizatihi gerçekleşmiş demektir. O sebeple, BK.m. 47'de bu şartın ayrıca ve açıkca belirtilmesine gerek duyulmamıştır. Aynı düşünce tarzı, diğer özel manevî tazminat halleri için de geçerlidir<sup>103</sup>.

BK.m. 47' gereğince, manevi tazminata hükmedebilmek için maddede belirtilen özel şartlardan önce kusur hariç fiil, zarar, illiyet bağı, hukuka aykırılık gibi genel şartların, yani maddi tazminata ilişkin şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bu genel şartlara ayrıca BK. 47'den doğan özel şartlarında eklenmesi gerekir. Bunlar ise:

1. Bir kimse ölmüş veya cismanî zarara uğramış olmalı,
2. Davayı, ölenin yakınları veya cismanî zarara uğrayanın bizzat kendisi açmalı,
3. Özel hal ve şartlar manevi tazminata hükmedilmesini gerektirmelidir<sup>104</sup>.

Birinci şart, kanunda da açık ve kesin bir şekilde ifade edildiği için burada sadece kapsamlarının tayini konusunda önemli münakaşaların cerayan ettiği son iki şart üzerinde durulmuştur.

Ölüm halinde manevi tazminat talep etmek hakkı kanunun ifadesiyle "ölünün ailesine" (MK.m. 47) aittir. Bu ifade İBK.'nin Fransızca metnine uygun düşmekle beraber Yargıtay bir çok kararında<sup>105</sup>,

<sup>103</sup> Tercier, s. 192; BÇE 89 II 400.

<sup>104</sup> İBK. 22 / 6 / 1966 7 / 7. (Karahasan, S. 846 vd.

HGK.25 / 11 / 1970-4-31 / 645 (Karahasan, s. 858) ;

<sup>105</sup> / Y4HD. 23 / 1 / 1965-8350 / 327 (Karahasan. s. 874).

kaynak kanununun Almanca metnindeki “mensup olanlar (Angehöringen)” tabirini esas alarak “manevi tazminata hak kazanabilmek için kan veya sıhrî hısımlığın şart” olmadığını ve nişanlı, evlâtlık gibi diğer yakınların da duydukları manevi ezadan ötürü dava açabileceklerini kabul etmiştir. Hatta, aynı Yüksek Mahkeme bir başka kararında<sup>106</sup>, zarar verici olayın vukun sırasında henüz hayatta olmayan kimselerin de “aile” kavramı içinde olduğuna hükmetmiştir. Doktrindeki temayül de aynı istikamettedir<sup>107</sup>. Şu halde, burada önemli olan davacı ile ölen arasındaki fiilî ve hisî yakınlıktır.

Son şart olarak belirtilen ve “özel hal ve şartlar” a gelince, bundan daha çok manevi tazminat talebine esas teşkil eden olayın meydana gelirken arzetmiş olduğu özellikler anlaşılmalıdır<sup>108</sup>. Şüphesiz feci bir olayla normal şartlar altında meydana gelmiş olan bir olay aynı değildir<sup>109</sup>. Hakimin burada MK.m. 4 gereğince geniş bir takdir yetkisi vardır. Bu yetkiye dayanarak hakim manevi zararın önemli olup olmadığını, olayın oluş şeklini, ilgililerin sosyal durumlarını gözönüne alarak “özel hal ve şartları” takdir etmesi gerekir<sup>110</sup>.

### B. MK'nun Manevi Tazminatla İlgili Özel Hükümleri

Bunların yukarda (§1, III. s. 22 ve §2. II, s. 30 Medeni Kanununun 25, 85, 126 / II, 143 / II, 305. maddeleri olduğunu belirtmiştir.

MK. m. 25'e göre ismin gasbindan ötürü manevi tazminata hükmedebilmek için, önce gasbın men'i için gerekli şartların gerçekleşmiş olması<sup>111</sup> ve buna ilaveten ayrıca “kusurun vücudu ve isme yapılan tecavüzün manevi tazminat talebini haklı göstermesi”<sup>112</sup> gerekir.

MK.m. 85'e göre nişanın bozulması ve 126. maddenin delâletiyle MK.m. 143 / 11'ye göre evliliğin feshi ve boşanma hallerinde manevi tazminata hükmetmek için manevi tazminat talebinde bulunan tarafın kabahatsiz (kusursuz) olması ve şahsi menfaatlerinde fahiş (ağır) bir zarara uğraması gerekir. Ancak nişanın bozulması halinde bu iki şarta bir de kaynak kanun tercüme edilirken MK. m. 85'e alınmamış

<sup>106</sup> Y9HD. 30 / 6 / 1970-2600 / 7353 (Karahasan, s. 859).

<sup>107</sup> Von Tuhr, s. 409 vd.; Saymen, s. 186; Tekinay, s. 487 vd; Tandoğan, s. 335; Çenberci, s. 804 vd; Karahasan, s. 76h; Tunçomağ, s. 503, 505.

<sup>108</sup> İBK. 22 / 6 / 1966-7 / 7 (Karahasan, s. 846 ); Becker, m. 47, N. 5; Gürsoy, s. 266 ve Manevi Zarar, s. 18; Karahasan, s. 767 vd. TEKİNAY, S. Sulhi: La réparation du tort moral en matière de responsabilité causale, Annales de la Faculté de droit d' Istanbul, Tome XXII, N. 38, İst. 1974, s. 141-145 (Tekinay, La réparation), s. 143.

<sup>109</sup> İBK. 22 / 6 / 1966-7 / 7 (Karahasan, s. 846).

<sup>110</sup> Saymen, s. 152. vd.

<sup>111</sup> Saymen, s. 152 vd.

<sup>112</sup> Velidedeoğlu, s. 215.

olan karşı tarafın kusurlu olması şartını da ilâve etmek icap eder: Hemen belirtelim ki, "nişanı bozan veya bozulmasına sebebiyet veren tarafın haklı bir sebebe dayanmaması manevi tazminat için kusur şartının gerçekleşmesine yeter"<sup>113</sup>.

MK. m. 305'de babalık davası münasebetiyle manevi tazminat talep edebilmek için hiç bir özel şart öngörülmemiştir. Ananın kanunda belirtilen hallerden biri ile manevi zarara uğratılmış olması yeterli görülmüştür. Binaenaleyh, bu hallerde zararın ağırlığı ve kusurun varlığı farzolanmıştır. Onun için ne zararın ağırlığının ve ne de kusurun varlığının isbatı şart olmayıp mücerret MK. md. 305'de sayılan hallerin gerçekleşmiş olması ve bunu nafakî olarak isbatı tazminata hükmetmek için yerettir. O sebeple cinsel ilişki sırasında babanın başkası ile evli olduğunun ana tarafından bilinmesi, Yargıtay'ın içtihadının<sup>114</sup> aksine, ne evlenme vaaadinin yapılmasına ne de manevi tazminata hükmedilmesine engel teşkil eder. Yeter ki, MK. m. 305'te belirtilen şartlar gerçekleşmiş olsun. Bu maddede belirtilen şartlar arasında ise, babanın cinsel ilişki sırasında evli bulunmaması gibi, olumsuz bir şart yer almamaktadır<sup>115</sup>. Binâenaleyh, evliliği diğer tarafça bilinen erkeğin de, bilinmeyen erkek gibi, MK. m. 305'te sayılan şartlar dahilinde kadını mücerret cinsel ilişkiye razı etmesi veya zorlaması olgusu, kanaatimizce, manevi tazminata hükmetmek için yeterli görülmelidir.

### § 3. KUSURUN MANEVİ TAZMİNATTA ROLÜ

Bundan önceki paragrafta manevi tazminat talebinin kusur dışında kalan öteki şartları üzerinde durulmuş idi. Burada ise kusurun rolü manevi tazminat talebi ve tazminat miktarınının tayin ve takdiri açısından ayrı ayrı ele alınıp incelenmiştir. Böyle bir tasnifi tercih edişimizin sebebi, kusurun manevi tazminatı düzenleyen kuralın genel veya özel olmasına, failde veya mağdurda yahut her ikisinde birlikte bulunmasına göre tazminata hükmetmede ve hükmedilen tazminatın miktarınının tayininde farklı rolünün bulunmasındadır.

#### I- KUSUR KAVRAMI.

Kanunda kesin veya genel bir tanımı yapılmamış olan kusurun "kast, ihmâl, teseyyüp ve tedbirsizlik" (BK. m. 41) gibi çeşitli şekilleri

<sup>113</sup> TEKİNAY, S. Suihi: Türk Aile Hukuku, İst. 1978 (Tekinay, Aile) s. 50. FEYZİOĞLU, F. Necmeddin: Aile Hukuku Dersleri, İst. 1971 (FeYZioğlu Aile), s. 70; Karahas-san, s. 819 vd.; SİRMEN, Lâle: Nişanın Bozulmasında Manevi Tazminat, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı, 1925-1975, C. I, s. 360-379, Ank. 1977.

<sup>114</sup> Y2HD. 230 / 2 / 1971-225 / 1169 (Karahas-an, s. 958).

<sup>115</sup> Saymen, s. 162 vd.; Karahas-an, s. 839 vd.; Tekinay, Aile, s. 527; FeYZioğlu, Aile, s. 527.

sayılmıştır. Her şeyden önce “kusur”, hukuka aykırı bir fiili işleyen failin belli bir zihin ve ruh halini ifade eder<sup>116</sup>. Bu zihin ve ruh hali kanun, ahlâk veya akitle men veya emredilen şey kast, ihmal, tedbirsizlik veya dikkatsizlikle yapmak veya yapmamak şeklinde tezahür eder. Onun için kusursuz sorumluluk halleri hariç, hukuki sorumluluğun esasını teşkil eden kusur iradeye taallük eden subjektif bir unsurdur. İradeyi oluşturan amil ise temyiz kudretidir. Temyiz kudreti bir kimsenin yaptığı işin iyi veya kötü olduğunu ayırt edebilme, sonucuna katlanabilme, yani, makul surette hareket edebilme yeteneğini ifade eder<sup>117</sup>.

Başka bir ifade ile, fail gerekli sıfat ve ehliyeti haiz olmadığını bilmesi gerektiğini düşünce kadar muhakemeye malikse temyiz kudretine sahip demektir<sup>118</sup>, Binâenaleyh, kusurun varlığından söz edebilmek için önce makul suretle hareket edebilme yeteneğini ifade eden temyiz kudretinin varlığından söz etmek gerekir. Ancak temyiz kudretinin fiilden önce veya sonra varlığı, onun mutlaka fiili işlendiği sırada da varlığını göstermez. Ayrıca temyiz kudretinin küçüklük, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk gibi (MK.m. 13) sebeplerden biriyle selbedilmemiş olması gerekir. Bununla beraber aslanan temyiz kudretinin varlığıdır; onun yokluğunu ileri süren iddiasını isbatla yükümlüdür. Bu bakımdan temyiz kudreti kavramı izafidir. Hakim her özel durumda onun varlığını veya yokluğunu araştırır ve takdir eder. Bunu yaparken de fiillin işlendiği anı dikkate alır<sup>119</sup>. İşte temyiz kudretinin bu özelliğinden dolayı kusur, aynı zamanda “haksız bir fiilin failine isnat ve izafe edilebilmesi”<sup>120</sup> olarak da tanımlanmaktadır.

Kusur, Roma Hukukun’dan gelen bir teâmülle, önce kast (dolus) ve ihmal (culpa) olmak üzere ikiye ayrılır<sup>121</sup>. Kast failin hukuka aykırı bir sonucu bilmesi ve istemesidir<sup>122</sup>. Başka bir deyişle failin iradesini hukuka, ahlâka veya akde aykırı bir sonuca bilerek ve isteyerek yöneltmesidir<sup>123</sup>. Çoğu durumlarda, bu yöneltmede hareketin hukuka aykırı olduğu şuuru vardır. Bununla beraber failin, fiilini hukuka, ah-

<sup>116</sup> Tekinay, s. 398.

<sup>117</sup> Von Tuhr, s. 403, 408; Çalkın / Tuğsavul, s. 356, 35; BELGESAY, M. Reşit: Kusur ve Hukukî Hata, Tahir Taner’e Armağan, İst. 1956, s. 1-13 (Belgesay, Kusur ve Hukukî Hata), s. 3; Saymen, s. 136; SAINT-JOURS, Yves: La faute dans le droit général de la sécurité sociale, Paris 1972, s. 10; Abdulrahman-Naji, s. 73; SAKA, Zaffer: Kusur Kavramı, AD. Mayıs-Haziran 1973, sy. 5-6, 441-451.

<sup>118</sup> Von Tuhr, s. 407.

<sup>119</sup> Abdulrahman-Naji, s. 73.

<sup>120</sup> Belgesay, Kusur ve Hukukî Hata, s.3.

<sup>121</sup> Saymen, s. 137; Koschaker, s. 184.

<sup>122</sup> Tandoğan, s. 45; Tekinay, s. 399; Saka s. 445 vd.

<sup>123</sup> Tandoğan, s. 45; Çalkın / Tuğsavul, s. 37.

lâka veya akde aykırı bir sonuca yöneltmiş olduğunu bilmediği ve kestiremediği hallerde kast mevcuttur<sup>124</sup>. İhmal ise, failin hukuka aykırı sonucu istemekle beraber, onun meydana gelmesini önleyecek gerekli tedbirleri almamasını, gerekli özen ve dikkati göstermemesini ifade eder<sup>125</sup>. Tedbirli ve basiretli kimsenin gösterebileceği önezen ve dikkatin gösterilmemesi “hafif ihmal”, aksine herkesin veya normal bir kimsenin göstermesi gereken özen ve dikkatin gösterilmemesi “ağır ihmal” olarak nitelenmektedir<sup>126</sup>. Borçlar Kanununda (BK.M 41) ihmalin çeşitli şekilleri, tahdidi olmamak üzere “ihmal”, “teseyyüp”, “tebdirsizlik” olarak belirtilmiştir.

Kusur şekillerine göre böylece kast ve ihmal olarak ikiye ayrıldığı gibi, ayrıca derecesine göre de ağır ve hafif olmak üzere ikiye ayrılır. Ağır kusur kast ve ağır ihmali, hafif kusur ise yalnız hafif ihmali içine alır<sup>127</sup>. Genel olarak kusurun ağırlığı ifade edilmek istenirse denilebilir ki, faailin hareket tarzının ortalama hareket tarzından uzaklaştığı ve hukuka aykırı sonucu önlemeye engel olan hususları bertaraf etme kolaylığının bulunduğu ölçüde kusur ağırdır<sup>128</sup>. Sorumluluğun şekil ve şumulünü kusurun ağırlık derecesine göre tayin ve takdir etmenin modern hukuk düşüncesine aykırı düştüğü<sup>129</sup> ileri sürülmekle beraber, İsv-Türk Hukuk Sisteminde bunun önemi hâlâ büyüktür. Zira BK.m. 43 / I uyarınca hakim “tazminatın suretini ve şumulünün derecesini tayin” ederken kusurun ağırlığını dikkate almak zorundadır. Ayrıca hakim hafif derecede kusurlu olan faili tazminata mahkum ettiği takdirde sıkıntıya düşecekse tazminatın miktarını indirebilir (BK. M. 44 / II. Bundan başka kusurun ağırlık derecesi konumuzu teşkil eden manevi tazminatta da önemli bir rol oynar.

## II- MANEVİ TAZMİNATIN BİR ŞARTI OLARAK KUSURUN ROLÜ

### A- BK.m.49'da Kusurun Rolü

#### 1- FAİLİN AĞIR KUSURU

Maddi tazminatla BK. m. 49'un dışında kalan özel nitelikteki diğer manevi tazminat hallerinde failin kusurunun derecesine bakılmamakta; tazminata hükmedebilmek için alelâde kusurun bulunması yeterli gö-

<sup>124</sup> Tandoğan, s. 45.

<sup>125</sup> Tandoğan, s. 48, 49; Tekinay, s. 400; saka s. 448.

<sup>126</sup> Tandoğan, s. 54, 55; Tekinay, S. 401; Saymen, s. 138; Saka s. 448.

<sup>127</sup> Tandoğan, s. 54; Tekinay, S. 401.

<sup>128</sup> Tandoğan, s. 55.

<sup>129</sup> Saymen, s. 136.

rülmektedir. Oysa, genel bir kural olan BK. m. 49'a göre manevi tazminata hükmedebilmek için, zararın yanında, failin kusurunun özellikle ağır olması şartı da aranmaktadır. Basının şiddetli tazyiki altında kalan İsviçre Kanun Koyucusu böyle bir şartı, uygulamayı sınırlamak amacıyla almıştır<sup>130</sup>. Artık bugün, süre gelen uzun ve zengin uygulamalar sonucunda eskiden duyulmuş olan endişeler dağılmış olduğuna göre, biz de, bundan böyle pek çok müellif<sup>131</sup>. gibi, bu sınırlayıcı şartın BK.m. 49'dan çıkartılmasından yanayız. Bununla beraber, söz konusu şart değiştirilmediği sürece de maddenin aslına ve ruhuna uygun bir şekilde yorumlanarak uygulanması gerekir.

Ancak bu şart, sözkonusu maddede kusurun (özel) ağırlığı yerine "hatanın hususi ağırlığı"ndan söz edilerek yanlış tercüme edilmiştir. Bu yanlış tercümeğe rağmen madde, gerek doktrinde gerekse ictihatta aslına uygun olarak yorumlanmıştır<sup>132</sup>.

Yukarda da belirtildiği üzere, kusur derece itibariyle ağır ve hafif olarak ikiye ayrılır: ağır kusur kast ve ağır ihmali, hafif kusur ise yalnız hafif ihmali kapsar<sup>133</sup>. Acaba kusurun özel ağırlığı kavramı ile kusurun bu tür ayrımı arasında ne gibi bir ilişki mevcuttur? Başka bir deyişle, kusurun özel ağırlığı yalnız ağır kusur anlamına mı gelmektedir, yoksa ondan da öteye, bazan hafif kusuru da içine alan özel bir kusur çeşidi mi dir? Bu konudaki görüşleri iki noktada toplamak mümkündür.

Bir görüşe göre<sup>134</sup>, BK.m. 49'daki kusurun özel ağırlığı kavramı Roma Hukukundaki kast (dolus) ve ağır ihmali (culpa lata), yani ağır kusur kavramından farklı olup "ehemmiyetli veya şiddetli kusur" anlamına gelir. Esasen kaynak kanununun ağır kusur karşılığı olan "faute lourde" değini değil de "ehemmiyetli veya şiddetli kusur" anlamına gelen "faute grave" değini kullanmış olması bunu açıkça göstermektedir<sup>135</sup>. Bu suretle kanun koyucu kusurun hususi ağırlığı kavramı ile başkasını izrar kast ve niyeti ile irtikap edilen kusuru kastedmediğini belirtmek istemiştir. Bundan dolayı ağır veya büyük bir ihmali gibi, alelade bir ihmali de manevi sorumluluğun meydana gel-

<sup>130</sup> Kardiçali, s. 99, 100; Abdulraman-Naji, s. 73 vd.; Saymen, s. 136; KARAYALÇIN, Yaşar: Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması, AHFD. 1962. C. XIX'dan ayrı bastı, Ank. 1963, s. 18.

<sup>131</sup> Tercier, s. 206.

<sup>132</sup> Tunçomağ, s. 498; IBK 28/11/1945-1/3 (Tunçomağ, s. 497) 29/9/1950-4/10 (Tunçomağ, s. 497), 27/3/1957-1/3 (Tunçomağsı 437) YTD. 23/5/1972-2452/2580 2580 (Tunçomağ, s. 498-499).

<sup>133</sup> Tandoğan, s. 54 ve Reponses, s. 35; Tekinay, s. 401.

<sup>134</sup> Saymen, s. 173-139; Kardiçali, s. 101; Abdulrahman-Naji, s. 77.

<sup>135</sup> Saymen, s. 137, 138.



mesi bakımından kusurun özel ağırlığını teşkil edebilir<sup>136</sup>. Binaenâ-leyh, BK. m. 49'daki "kusurun hususi ağırlığı" kavramı, "ahval ve şeraite göre takdiri lazım gelen" fiili bir haldir<sup>137</sup>.

Diğer bir görüşe göre ise, kusurun özel ağırlığı kavramı kast ve ağır ihmali kapsar<sup>138</sup>. BK. m. 49'a göre medenî hukuk sorumluluğunun meydana gelebilmesi için ağır bir kusurun, yani kast ve ağır ihmalin bulunup bulunmaması önemlidir. Bundan dolayı hafif kusur halinde manevi tazminata hükmedilemez<sup>139</sup>. Şayet zarara uğratma önemsiz derecede ise, kast dahil, manevi tazminata hükmetmeye yetmeyeceği<sup>140</sup> gibi, aksine şahıs varlığına dahil hakların ihlâlinin ağırlığına, rağmen, hafif bir kusurun bulunması da manevi tazminat talebine imkan vermez<sup>141</sup>. Zira "hususî" deyimini kanun koyucu tarafından manevî tazminat talebinini sınırlamak için kullanılmıştır. Fakat bununla beraber mahkemeler BK. m. 49'u istisnaen ağır olmayan ihmellere de uygulamaktadırlar<sup>142</sup>.

Biz bu görüşlerden birincisine katılıyoruz. Sebebine gelince; her şeyden önce, kanunda "ağır kusur" değil de "kusurun hususi ağırlığı" kavramının kullanılmış olması, manevi tazminata hükmedebilmek için ağır kusurdan farklı bir kusur çeşidinin arandığını açıkça göstermektedir. Ayrıca şahıs varlığı haklarının sınırı kesinlikle tayin edilemediği için manevi tazminat taleplerinin artmasından korkularak bunun, kanun koyucu tarafından "kusurun hususi ağırlığı" ile sınırlandırılmak istendiği<sup>143</sup> bilinmekle beraber "hususî ağırlık"tan yalnız ağır kusuru<sup>144</sup> veya "kusurun özel bir derecesini"<sup>145</sup> anlamak, korumak istenen hak ve menfaatlerin özüne ve niteliğine uygun düşmez. Çünkü "şahsi menfaatler" insanın hür ve müstakil varlığını meydana getiren, ona şahsiyet ve ferdiyet veren hak ve menfaatlerin tümünü ifade eder<sup>146</sup>. Bu hak ve menfaatlerin çağımızda son derece gelişen ulaşım, haberleşme, basın ve yayın araçları karşısında her zamankinden daha çok ve daha kolay bir şekilde, yani alelade bir kusurla dahi önemli, ölçüde ihlale uğrama tehlikesi belirmiştir. Beliren bu tehlike karşısında şahsiyeti gereği gibi koruyabilmek ancak MK. m. 49'daki

<sup>136</sup> Saymen, s. 137; Kardiçali, s. 101; Abdulrahman-Naji, s. 77; Tercier, s. 207.

<sup>137</sup> Saymen, s. 138; Terciér, s. 207.

<sup>138</sup> Tandoğan, Réponses, s. 35; Gürsoy, Manevi Zarar, s. 27.

<sup>139</sup> Becker, m. 49, N. 9.

<sup>140</sup> Oser / Schönerberger, m. 49, N. 10.

<sup>141</sup> Becker, m. 49, N. 9.

<sup>142</sup> Tandoğan, Réponses, s. 35; Gürsoy, Manevi Zarar, s. 27.

<sup>143</sup> Saymen, s. 136; Tandoğan, Réponses, s. 35.

<sup>144</sup> Tandoğan, Réponses, s. 35.

<sup>145</sup> Tekinay, s. 495.

<sup>146</sup> Karahasan, s. 22, 24.

“hususî ağırlık” kavramını faildeki ızzar kast ve niteyine bakılmaksızın<sup>147</sup> kusurun ağırlığı kavramından daha farklı, fakat onunla birlikte durum ve şartlara göre bazan hafif kusuru da içine alacak şekilde yorumlamakla mümkündür. Zaten “kast” ve “ağır ihmal” hallerinde çoğunlukla bu şart gerçekleşmiştir. Bununla birlikte sonuç her zaman böyle olmayabilir. Bazan kast ve ağır ihmal BK.m.49’da öngörülen “Kusurun hususî ağırlık” şartının gerçekleşmesine yetmiyebileceği gibi, aksine bazan da hafif bir kusur veya hafif bir davranış bu şartın gerçekleşmesi için yeterli sayılabilir<sup>148</sup>. Nitekim gerek İsviçre gerekse ülkemizdeki uygulama bu yönde gelişmiştir. Federal Mahkeme müstekâr bir ichtihadında<sup>149</sup> alelade bir ihmalin BK. m. 49 anlamında ağır bir kusur teşkil edebileceğine karar vermiştir. Yine aynı mahkeme diğer bir çok kararlarında<sup>150</sup> kusurun özel ağırlığı için kötü bir niyet aramaksızın “ihmal veya dikkatsizliğin özel ağırlığını yeterli ” görmüştür. Aynı şekilde Türk yargıtayı da<sup>151</sup> kusurun özel ağırlığını bu yolda yorumlayarak “failin hafifçe hareket etmiş olmasını, onun fiilinde tezahür eden zihniyetin alçaklığı ve bayalılığı kusurun ağırlığı” şartını meydana getirebileceğine hükmetmiştir.

Bundan başka kusurun ağırlığı ile uğranılan zararın ağırlığı arasında sıkı ve yakın bir bağ vardır. Bu bağın tabii bir sonucu olarak kusurun ağırlığı tecavüzün şiddeti, uğranılan zararın ağırlığı ile doğru orantılıdır. Tecavüz şiddetli veya zarar ağır olduğu ölçüde kusur da ağırdır<sup>152</sup>. Nitekim Yüksek Mahkememiz bir kararında<sup>153</sup> ölüm ilâmını, “karşılığı olan parayı aldığı halde, bu taahhüdünü yerine” getirmiyen gazetecinin sözkonusu davranışını “sözleşmeye aykırı ve alacaklıların ruhunda ayrıca manevî bir eza meydana getiren ağır bir davranış” olarak nitelenmiştir. Aynı şekilde bir başka kararında<sup>154</sup>, “iş muhitinde dürüst tanınan bir iş adamına kabul etmeme protestosu yerine ödeme protestosu” çekmeyi bir banka için ağır bir kusur olarak kabul etmiştir. Bunun gibi bir başka kararında<sup>155</sup> ise özel olarak ilgilenmesi gereken bir resmi kurumun gerek memleket, gerekse davacının ailesi bakımından değerli olan resmi bir belgeyi kaybetmesini ağır bir kusur

<sup>147</sup> JdT. 1909 I 172.

<sup>148</sup> Tercier, s. 207.

<sup>149</sup> JdT. 1935 I 209. Ro 60 II 399.

<sup>150</sup> Ayrıca bak. RO 66 II 14; RO 48 II 53-JdT 1922 I 209.

<sup>151</sup> HGK. 4 / 7 / 1956-4-83 / 179. İct. Kül. 11. N. 206.

<sup>152</sup> Saymen, s. 138; Kardiçali, s. 102; Abdulrahman Naji, s. 77; Oser / Schönerberger, M. 49, N. 10; Tercier, s. 207; RO 98 II 502; 63 II 184=JdT 1937 I 583; RO 60 399=JdT 1935 I 290; RO 42 II 587=JdT 1917 1136.

<sup>153</sup> Y4HD. 7 / 3 / 1967-1912 / 12070 (Karahasan, s. 899 vd).

<sup>154</sup> YTD, 19 / 11 / 1965-3487 / 3318 (Karahasan, s. 906).

<sup>155</sup> Y4HD, 10 / 5 / 1958-1235 / 3121 (Karahasan, s. 912).

olarak değerlendirmiştir. Bütün bu örneklerin gösterdiği üzere, “kusurun hususi ağırlığı” takdir edilirken yalnız kusur fikrine yani sübjektif kıstaslara değil, aynı zamanda objektif kıstaslara da itibar edilmektedir. Binâenaleyh halele uğratma önemsiz derecede ise, BK. m. 49 anlamında “kusurun hususi ağırlığı” şartının gerçekleşmesinde kast dahi yetersiz kalmaktadır<sup>156</sup>.

Gerçi BK.m. 49’da açıkça zararın ağırlığından söz edilmemiş ve bunu ifade eden kaynak kanunun (la gravité particulière de préjudice) değimi zuhulen alınmamış olmasına rağmen uygulamada<sup>157</sup> daima zararın ve kusurun ağırlığı birlikte aranmıştır.

Bütün bunların yanında “kusurun hususi ağırlığı” fiilin toplum ölçüsündeki ağırlığı, ahlâk ve âdâba aykırılığı ile de tezahür edebilir. Nitekim Yargıtay, isabetli olarak bir karakında<sup>158</sup> kızlık bozmanın ve sonradan evlenmeye yanaşmamanın “ahlâk ve âdâba aykırı” olduğunu, bu yüzden fiilin “toplum ölçüsündeki ağırlığı”nı göz önüne alarak mahallî mahkemenin vermiş olduğu tazminat kararını onaylamıştır.

Görülüyorki “kusurun hususi ağırlığı” kavramı kusur fikrine, yani sübjektif esaslara istinat etmekle beraber aynı zamanda fiilin toplum ölçüsündeki ağırlığı, ahlâk ve âdâba aykırılığı, tecavüzün şiddeti ve mağdurun şahıs varlığında meydana getirdiği zararın büyüklüğü gibi, objektif esaslara da istinat etmektedir. Ayrıca kusurun özel ağırlığından söz edebilmek için fiilin cezaya çarptırılmış olması da aranmaz. Tersine bir ifade ile, hakimin cezai müeyyidesine uğramış olan her kusur her zaman özellikle ağır kusur teşkil etmez<sup>159</sup>.

## 2. MAĞDURUN (MÜTERAFİK) KUSURU

Ancak buraya kadar ki açıklamalarla BK. m. 49 muvacehesinde kusurun fail yönünden ağırlığı üzerinde duruldu. Acaba failin kusuru özellikle ağır olmasına rağmen, mağdurda da kusurun bulunması, başka bir deyişle birlikte sebebiyet verme, müterafik kusur, tahrik gibi hallerde de manevi tazminat için gerekli ağır kusur şartı gerçekleşir

<sup>156</sup> Oser / Schönerberger, m 49. M. 10.

<sup>157</sup> İBK. 28 / 11 / 1945-1 / 3 (Tunçomağ, 497);

İBK. 29 / 9 / 1950, 4 / 10 (Tunçomağ S. 497) s.

İBK. 27 / 3 / 1957-1 / 3 (Tunçomağ , s 497); Y3HD. 30 / 12 / 1860-8667 / 7010 (AD. 1961, sy. 5. s. 505; İHFM. 1962, sy. 1, s. 272-273).

Y4HD. 9 / 7 / 1967-19058 / 316 (Karahasan, s. 839);

Y4HD. 8 / 7 / 1966-8647 / 7471 (Karahasan, 902), (RKD, 967-2).

<sup>158</sup> Y4HD, 17 / 12 / 1968-5227 / 10283 (Karahasan, s 892). Aynı yönde Y3HO. 3 / 12 / 1960 8667 / 7010 (İHFM. C. XXVIII, 1962, Sy. 1. s. 272 vd).

<sup>159</sup> Tetcier, s. 207.

mi? Kısaca, mağdurun kusuru manevi tazminata hükmedilmesine ne gibi etki eder?

Bu konudaki kural; gerek tahrikin, gerekse birlikte sebebiyet vermenin veya mücerret müterafik kusurun manevi tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmemesidir. Yeter ki, söz konusu hallerde, mağdurun kusuru, failin özellik arzeden ağır kusurunun bu niteliğini izale edecek yoğunluk ve oranda olmasın. Eğer böyle bir durum yoksa, şüphesiz mağdurun kusuru MK. m. 4 ve BK. m. 43 ve 44 uyarınca tazminat miktarının tayin ve tenkisinde nazarı dikkate almak gerekir<sup>160</sup>.

Kural bu olmakla beraber, kuralın aksini, yani tahrik, birlikte sebebiyet verme ve müterafik kusur hallerinde manevi tazminata hükmedilmemesi gerektiğini savunan müellifler de<sup>161</sup> olmuştur. Zira bunlara göre sözkonusu hallerde haksız fiile ilişkin sorumluluk şartı olan "kusurun hususi ağırlığı" yok farzedilir<sup>162</sup>.

Federal Mahkeme, önceleri kanunun maddi zarara nisbetle manevi zararı daha az himaye ettiği fikrinden hareketle müterafik kusurun varlığı halinde manevi tazminata hükmetmeyi haklı bulmadığını ileri sürmüş ise<sup>163</sup>, de, daha sonra bu görüşünden dönerek söz konusu kuralın tesisinde istikrar göstermeye başlamıştır. Nitekim eski İsviçre Borçlar Kanunu yürürlükte iken verdiği bir kararda "ilk mahkemenin yaptığı gibi genel bir biçimde, zarar görenin birlikte sorumlu olduğu her halukârda-, BK. m. 55 (bugünkü BK.m. 49) uyarınca manevi tazminata hükmedilmesine mahal bulunmadığı (fikri) hermazaman kabul edilemez ; şahsi itibara yönelmiş bir tecavüz sözkonusu olduğu zaman, zarargörenin kusurunu, kural olarak hakim tarafından hükmedilecek manevi tazminat miktarının tayininde esas olarak dikkate almak gerekir"<sup>164</sup> diyerek bu konudaki tutumunu belli etmiştir. Yeni Borçlar Kanunu döneminde de, yine aynı Yüksek Mahkeme mağdurun tahrik edici davranışını manevi tazminatı bertaraf eden değil, tazminat miktarının tenzil eden ciddi bir sebep olarak görerek<sup>165</sup> eski içtihadına sadık kalmıştır. Aynı şekilde Genève Hukuk Mahkemesi de bir kara-

<sup>160</sup> Saymen, s. 139, 140; Oser / Schönenberger, m. 49, N. 11 ve m. 47, N. 12; OFTINGER, Karl: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I., Zürich 1958 s. 269; Cenberci, 817-818; İBK. 22/6/1966-7/7 (Karahasan, s. 847).

<sup>161</sup> Bak. Saymen, s. 140'da belirtilenler.

<sup>162</sup> Von Tuhr, s. 121, dipnot, 2.

<sup>163</sup> Tercier, s. 202; RO 16/1890 s. 192; 31 II 623 vd. THILO, E De lereperation

<sup>164</sup> RO 32 II 487-JdT 1907 I. 2. Bak ayrıca, RO 34 II 447; 35 II 507; Abdulrahman-BNaji, 78; Kardiçali, s. 102; Tercier, s. 202.

<sup>165</sup> RO 48 II 53 -JdT 1922 I 209; Abdulrahman-Naji, s. 78; Kardiçali, s. 102.

<sup>166</sup> SJ 1946 s. 599; Abdulrahman-Naji, s. 78.

rında “kırıcı söz ve sövmeyi ihtiva eden hakâretâmiz bir isnadın haksız bir tecavüze karşı sert bir tepki teşkil ettiğine, fakat bunun faili sorumluluktan beri kılmağına”<sup>166</sup> hükmetmiştir. Görülüyor ki, bugünkü İsviçre uygulamasına göre, zarar görenin kusuru failin kusurundan az olduğu zaman hakim bunu nazara almaksızın hüküm verebileceği gibi tazminatı tenzil de edebilir<sup>167</sup>. Buna karşılık mağdurun kusuru failinkine eşit olduğu zaman, bu durum çoğunlukla tazminatın tenzilini gerektirir<sup>168</sup>. Nihayet, mağdurun kusuru daha ağır, baskın ve failinkinden zaman itibariyle daha önce ise, hakim artık uygun illiyet bağının bulunmaması sebebiyle davayı reddedebilecektir<sup>169</sup>.

Burada maddi tazminatla manevi tazminat arasında önemli bir fark beliriyor. O da: mağdurun birlikte kusuru bulunduğu zaman maddî tazminat halinde tarafların kusur derecesi dikkate alınarak ona göre sorumluluk aralarında kusurları oranında pay edildiği halde, manevi tazminat halinde mağdur aleyhine daha sert davranılarak, ancak mağdurun kusuru tahrik edici veya daha galip olmadığı durumlarda manevi sorumluluğun paylaşılması cihetine gidilmektedir. Bu fark, manevi sorumluluğun ancak kusurun özel ağırlığı şartına bağlı olmasının makul ve tabii bir sonucudur<sup>169a</sup>.

Bu konuda Türk Yargıtayı'nın tutumuna gelince birbiriyle çelişen bir çok kararların varlığı göze çarpar. Sözelimi eski bir kararında<sup>170</sup> manevi tazminata hükmedebilmek için diğer tarafın, yani mağdurun, kusursuz olması şartını aramıştır. Daha sonraki diğer iki kararında<sup>171</sup> ise, tahrikin TCK. m. 38'deki manevi tazminat hakkını ortadan kaldıran bir sebep olmadığına karar vermiştir. Buna karşılık 1953 tarihli bir başka kararında<sup>172</sup> ise, “mutazarrır tarafından, vevlki hakikat bile olsa, bir tahrikin vukuu halinde kusur asla ağır olmaz” diyerek aksine hükmetmiştir. Daha sonraki bir kararın da<sup>173</sup>, davanın davalıyı tahrik etmiş olması, manevi tazminat istenilmesine engel değildir. Ne var ki manevi tazminat tutarının takdirinde etkili olabilir” diyerek bu son kararını teyit etmiştir. Aynı şekilde müterafik

<sup>166</sup> RO S 3ü 95; 89 II 26; 88 II 469; 82 II 35; 72 II 266; 63II 346; 55 II 322.

<sup>167</sup> RO 84 II 392.

<sup>168</sup> RO 85 II 38; 79 II 399; 59 II 16h; 58 II 344; 57 II 472; Tercier., 202 vd; Abdulrahman-Naji, s. 79, 96.

<sup>169</sup> Kardeşçi, s. 103; Tercier, s. 203.

<sup>169a</sup> Y4HD. 29/1/1937-375/138 (Çalkın / TFGsavul, s. 94).

<sup>170</sup> Y4CD 1/7/1949-86 13/10011 ve Y 1 CD. 6/7/1949-1097/ 1353 ALPASLAN, Reha: Manevi Tazminat Konusu-na Genel Bakış, AU. 1967, M. 7-10, s. 618.

<sup>171</sup> Y3HD. 12/5/1953-4887/3395 (İct. Kùl. 8. N 1483).

<sup>172</sup> Y3HD. 13/11/1964-7627/5920 (Karahasan, 910).

<sup>173</sup> Y3HD. 13/11/1964-7627/5920 (Karahasan, 910).

kusur halinde de, önceleri<sup>174</sup> manevi tazminat talebini reddetmiştir. Bu konuya ilişkin daha sonraki başka bir kararında<sup>175</sup>, daha önceki tutumunun aksine, mağdurun mücerret müterafik kusurunu tazminata mani görmemiştir.

Nihayet 1966 tarihli bir ictihadi birleştirme kararı ile<sup>176</sup>, bu konudaki çelişik görüşleri belli bir esasa bağlamış, İsviçre'deki müstekâi tutuma uygun olarak "mücerret müterafik kusurun veya birlikte sebebiyet verme durumunun manevi tazminata hükmedilmesine engel...." teşkil etmeyeceğine, "...ancak bunların manevi tazminatı haksız ve "... ancak bunların manevi tazminatı haksız ve yersiz..." kılmaması gerektiğine hükmetmiştir. İşte bu ictheadına uygun olarak daha yeni bir kararında<sup>177</sup> "adı hakaret yoluyla kişisel hakların halele uğratılması... olaylar zincirinin sonunda gerçekleşmiştir." diyerek bu davranışın zararın ve kusurun ağırlığını ortadan kaldıran bir talep olmadığına, manevi tazminat miktarının tayininde dikkate alınacağına karar vermiştir.

Bundan böyle, başta belirtmiş olduğumuz kurala uygun olarak, hakim, mağdurun kusuru böyle bir tazminatı haklı göstermeyecek kadar ağır olduğu takdirde, tazminat talebini reddedebilir. Aksi halde tahriki, müterafik kusuru veya birlikte sebebiyet vermeyi bir tenzil sebebi olarak dikkate almalıdır<sup>178</sup>. Doktrinde bu hususun hakim, kaynağını MK.m.4 ve BK. m. 43 ve 44'den olan geniş takdir yetkisi içinde kaldığını ve bu sebeple söz konusu hallerin her zaman "kusurun hususi ağırlığı" niteliğini bertaraf etmediği görüşü hakimdir<sup>179</sup>.

Acaba tahrik, birlikte sedebiyet-verme veya müterafik kusurda olduğu gibi, mağdurun rızası veya affı da manevi tazminata hükmetmeye ne gibi etki eder?

Bu konuda bazı müellifler<sup>180</sup> affın veya rızanın ekseri kusuru kaldırdığı fikrindedirler. Gerçekte taraflar, bu suretle anlaştıktan sonra mevcudiyeye tikalkan manevi zararın ve netice itibariyle üzüntü sövündürülmüş demektir<sup>181</sup>.

Bu konuda bir başka sorun da, BK.m. 54 / 1 açısından BK. m.

<sup>174</sup> Y.4. HD. 24 / 5 / 1951-4073 / 2081 / 2081 olgı, N. 799 Tunçomağ, S. 52, dipnot: 22 Y4HD. 20 / 6 / 1961-6309 / 484a olgı, N. 753 Tandoğan, 343. dipnot 58 / 60.

<sup>175</sup> Y4HD. 17 / 12 / 1953-6742 / 5299 (İct. Kük. 9, No. 264 .

<sup>176</sup> 22 / 6 / 1a66-7 / 7 (Karahasan, 842 vd.).

<sup>177</sup> Y4HD. 27 / 9 / 1969-10953 / 7042 (Karahasan, s. 895-896).

<sup>178</sup> Tandoğan, Réponses, s. 146; Abdulrahman-Najî, s. 78.

<sup>179</sup> Tunçomağ, s. 319; Alpaslan, s. 613, 614.

<sup>180</sup> Tandoğan, Réponses, S. 147; G Çalkın / Tuğsavul, s. 60.

<sup>181</sup> Tandoğan, Réponses, s.147; Abdulrahman -Najî, s. 770.

49'un uygulama şansı nedir? Doktrinde tartışmalı olan bu konuda, iki görüş vardır :

Doktrinde baskın olan birinci görüşe göre, BK. m. 49'un mümayyiz olmayanların sorumluluğunu bir kusursuz sorumluluk hali<sup>182</sup> olarak düzenleyen BK. m. 54 / 1 açısından uygulanması düşünülemez. Zira temyiz kudretinin yokluğu kusurun yokluğu sonucunu doğurur. Oysa BK. m. 49'a göre bir kimseyi manevi tazminata mahkum edebilmek için onun yalnız kusurunun bulunması yetmez; bundan başka mevcut kusurunun ağırlık itibariyle bir özellik arzemesi de gerekir. Binâenalyh, bu durumda, kusurlu hareket etmek yeteneği olmayan bir kimseyi kusurun özel ağırlığının arandığı bir yerde sorumlu tutmak sözkonusu BK. m. 49'un hükmü ile açık bir çelişki teşkil eder<sup>183</sup>. Gerek Türk<sup>184</sup>, gerekse İsviçre<sup>185</sup> uygulamasındaki eğilimlerde bu yönde olup her iki uygulamada da "kusurun özel ağırlığı" terimi aşılması imkansız bir hukuki engel olarak görülmektedir<sup>186</sup>.

Doktrinde baskın olmamakla beraber daha yeni olan ikinci bir görüşe göre ise, BK. m. 49'un temyiz kudretinden mahrum olanlar hakkında uygulanma şansı BK. m. 54 / 1 ile tamamen bertaraf edilmiş değildir. Zira kusurun ağırlığı, kusurun özel bir derecesinden ibaret olup BK.m.41 de, BK. m. 49 gibi, haksız fiil sorumluluğu için kusuru şart koşturmaktadır. Fakat objektif sorumluluk hallerinde bu şart bir kenara bırakılmaktadır. Zaten BK. m. 41 ile 49 arasındaki yengâne fark kusurun niteliği bakımındandır. Binâenalyh, objektif sorumluluk hallerinde BK. m. 41'in aradığı kusur şartı nasıl bir tarafa bırakılabiliriyorsa, BK. m. 49'un aradığı kusurun özel ağırlığı şartı da öylece bir tarafa bırakılabilir. Objektif sorumluluk ilkesinin sadece genel kusur şartını etkisiz kılacağı, buna karşılık özel nitelikteki kusur şartını etkisiz kılmayacağı yolunda bir kural kabul edilemez. Objektif sorumluluk kurallarının, hangi derecede olursa olsun kusuru bir sorumluluk şartı kabul eden diğer bütün özel kuralların önüne geçmesi daha mantıklı görünmektedir<sup>187</sup>.

Bizimde katıldığımız bu son görüş, yorum kurallarına, beliren ihtiyaçlara ve sorumluluk hukuku alanındaki yeni gelişmelere daha

<sup>182</sup> ENGEL, Pierre: *Traité des obligations en droit suisse*, Neuchatel 1973, s. 10 ; Becker, m. 54, N. 2 ve ; TANDOĞAN, Haluk: *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk*, Ank. (teksir) 1978 (Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sorumluluk*), s. 7 ve Tandoğan, s. 99; Tekinay, s. 404 vd.

<sup>183</sup> Abdulrahman-Naji, s. 75; Becker, m 54, N. 13.

<sup>184</sup> İBK. 22 / 6 / 1966-7 / 7 (Karahasan, s. 843 vd).

<sup>185</sup> RO II 202-JdT 1949 I 524.

<sup>186</sup> Tekinay, s. 494 vd. ve *La réparation*, s. 144.

<sup>187</sup> Tekinay, 2s 494 vd. ve *la réparation*, s. 144.

uygun düşmektedir. Zira, herşeyden önce, BK. m. 54 / 1 “hakkaniyet iktiza ediyorsa, hakim, temyiz kudretini haiz olmayan bir kimseyi ika ettiği zararın tamamen veya kısmen tazminine mahkum eder” demektir. Bu maddede geçen “zarar-dommage” terimi ile hiç bir ayırım gözetilmeksizin irade dışı meydana gelen maddî ve maddî olmayan kayıpların tümü kastedilmiştir<sup>188</sup>. Buna göre manevî zararın tazminine ilişkin BK. m. 49’un hükmü temyiz kudretinden yoksun zarar failleri hakkında da geçerli demektir. Ayrıca BK. m. 54 / 1’deki sorumluluk kusura değil, hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. Hakkaniyetin tazmini gerektirdiği yerde hakimin, artık zararın maddî mi yoksa manevî mi olduğunu araştırmasına gerek yoktur. Aksi halin kabulü haksız sonuçlar doğurur. Meselâ, eline geçirdiği bir aletle genç ve güzel bir kızı yaralayarak yüz güzelliğini bozan zengin bir deli, uğranılan maddî zararların tazminine mahkum edilsin de, niçin bozulan yüz güzelliğinden ve evlenme şansını kaybetmesinden dolayı ömrü boyunca duyacağı acıyı hafifletmek düşüncesiyle hiç bir manevî tazminata mahkum edilmemesi? Temyiz kudretinden yoksun bir zengin, bir kimsenin aleyhinde son derece ağır iftiralar ihtiva eden kağıtlar bastırıp dağıtması halinde de durum aynıdır. Şayet BK. m. 54 / 1’in öngördüğü şartlar mevcutsa, BK. m. 49’a göre niçin manevî zararın tazminine hükmedilmesin<sup>189</sup>.

Kaldı ki, ulaşım ve haberleşme alanındaki teknik gelişmeler şahıs varlığına dahil hakların tecavüze uğrama ihtimallerini artırmıştır. Dolayısıyla artan bu ihtimal karşısında bugün insan şahsiyetini daha çok korumak bir zorunluluk ve ihtiyaç haline gelmiştir. O sebeptendir ki, kusurun özel ağırlığı şartının BK.m.49’dan çıkartılması istenmektedir<sup>190</sup>. Gene aynı sebeple, Borçlar kanunumuzun ülkesi olan İsviçtre’de de bu yönde değişiklikler ihtiva eden yeni tasarılar hazırlanmaktadır. Hazırlanan bu tasarılar, basın yoluyla işlenecek tecavüzlere karşı şahsiyetin korunabilmesi için artık kusur şartının aranmaması öngörülmektedir<sup>191</sup>.

BK.m. 49’un, aynı kanununun 54 / 1 açısından uygulanması kabul edilince, aynı şeyin BK. m. 55 ve MK. m. 320 / 1 için öncelikle kabul edilmesi gerekir. Zaten manevî zarara sebebiyet verilen çoğu hallerde, gerek istihdam edene veya istihdam edilene; gerekse aile reisi veya

<sup>188</sup> Aksi görüş için bak. Abdurrahman-Naji, s. 74.

<sup>189</sup> Tekinay, s. 144 vd. ve la réparation, s. 144.

<sup>190</sup> Karayalçın, s. 19, 24.

<sup>191</sup> Bak. Loi fédérale modifiant le code civil suisse et le code des obligations (protection de la personnalité), Avant-projet, Art. 28, 28 b CC et Art. 49, 49 bis CO. Tandoğan, Kusura Dayanmayan Sorumluluk, s. 7.



gözetimi atında bulunan kimseye isnat edilebilen özellikle ağır bir kusur bulunabilecektir<sup>192</sup>.

#### b. BK. m. 47'de Kusurun Rolü

BK.m. 47 uyarınca manevi tazminata hükmedebilmek için BK. m. 49'un tam aksine, failde herhangi bir kusur şartı aranmamıştır<sup>193</sup>. Söz konusu maddenin düzenlediği gerek ölüm gerek cismanî zarar halinde hakim "özel şartları dikkate alarak" hakkaniyete uygun bir manevi tazminata hükmeder<sup>194</sup>. Bu husus maddenin infazından açıkça anlaşıldığı gibi, ayrıca himaye gayesi güttüğü hayat ve vücut bütünlüğünün özü de bunu gerektirir. Zira "BK.m. 49'un şahsi menfaatlere, 47'nin hayat ve vücut bütünlüğüne ilişkin" bulunmaları meydana getirecekleri sonuçlara da uygun düşer<sup>195</sup>.

BK.m.47'den doğan sorumluluk için kusur şartı aranmamış olmakla beraber, bu maddenin iki hale uygulanması konusunda kusur açısından gerek doktrinde, gerekse uygulamada tartışma çıkmıştır. Bunlardan birincisi kusursuz sorumluluk hali, ikincisi mağdurun kusurlu bulunması halidir.

Kusursuz sorumluluk halinde; Kısaca Borçlar ve Medeni Kanunlarımız'da düzenlenen kusursuz sorumluluk halleri arasında, sırayla, MK.m. 48 / II, 320, 656 ile BK. m. 54,55,56, 58 sayılabilir.

Doktrinde bir kısım müellifler<sup>196</sup> BK.m. 47'nin kusursuz sorumluluk hallerine uygulanabilmesi için ya failin veya onun hareketinden sorumlu olanın kusurlu bulunması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Bunların görüşü aynı görüşü paylaşan müelliflerden birinin ifadesiyle şöyle özetlenebilir: "İstihdam edenin, ancak müstahdemin ağır kusuru varsa, hayvan ;vaziyledinin ve bina malikinin kusuru olmasa da BK.47'ye göre manevi tazminatla mükellef tutulabileceğini, yalnız bina malikinin ödeyeceği tazminat miktarının tesbitinde kusurun derecesinin nazara alınması gerektiği, gayri müneyyizlerin ise fiilleri müneyyiz oldukları takdirde kusurlu sayılacak idiyseler ve hakkaniyet gerektiriyorsa manevi tazminat ödemeye mahkum edilebileceklerdir"<sup>197</sup>.

<sup>192</sup> Abdulrahman-Naji, s. 79; Kardiçali, s. 99; Gürsoy, Manevi Zarar, s. 27 vd.

<sup>193</sup> Bak. Abdulrahman-Naji, s. 74; Tercier, s. 205.

<sup>194</sup> Bak. Tandoğan, R8ponses, s. 147.

<sup>195</sup> Bak İBK. 22 / 6 / 1966-7 / 7 (Karahasan, s. 845).

<sup>196</sup> Saymen, s. 167-170; Yalçın / TFğsavul, s. 4h; Ostinger, 262. s. 1.

<sup>197</sup> Saymen, s. 170 vd.

Bu görüşe karşı olanlar<sup>198</sup> ise, kusursuz sorumluluk hallerinde BK.m. 47'nin uygulanabilmesi için failin veya onun hareketinden sorumlu bulunanların kusurlu olmaları şartını aramazlar. Bunlara göre "manevi tazminatın gayesi, faili bir cezaya çarptırmaktan ziyade, mağduru tadmindir. Bu itibarla, kusur şartını tasrih etmeyen BK.m. 47'de derpiş olunan hallerde, kusursuz olan kimseler dahi manevi tazminat ödemelidirler. Zira mağdurun ızdırabı, bu gibi hallerde fail kusurlu olmasa bile yine mevcuttur. Kaldı ki, BK. m. 55 ve 56 daki "zarar" tabirinden kanun vazunun yalnız maddi zararı kasetmediği, BK. m. 50'de de "zarar" kelimesi kullanılmakla beraber, buradaki müteselsil mesuliyetin manevi zarar içinde bahis mevzu olmasından anlaşılmaktadır"<sup>199</sup>. Doktrinde bu son görüş baskındır.

Bu konuda doktrindeki paralel olarak uygulamada da görüş ayrılıkları belirmiştir. Nitekim Federal Mahkeme, bugünkü İBK. m. 47'in yerini aldığı eski İBK. m. 54 yürürlükte iken ilk görüşü benimsiyerek şartların arzettiği özellikler arasında hile ve ağır kusuru, özellikle gözönünde bulundurmuş ve buna göre manevi tazminata hükmetmiştir. Hâlen yürürlükte bulunan İBK.m. 47'nin kabulünden sonra da bu konuda uzun süren tereddütler geçirmiş ve nihayet eski içtihadından dönerek artık ölüm ve yaralama halinde manevi tazminatta hükmedebilmek için kusur şartını aramamıştır. Objektif sorumluluk hallerinde de İBK.m. 47 uyarınca manevi tazminat hükmetmek için ne failin ve ne de onun fiilinden sorumlu olanın kusuruna gerek duymuştur<sup>200</sup>. Daha sonra Federal Mahkeme bu içtihadını teyit eden pek çok karar vermiştir<sup>201</sup>.

Türk uygulaması bakımından da gelişme aynı şekilde olmuştur. Türk Yüksek Mahkemesi bir kararında<sup>202</sup>, BK.m. 55'e dayanılarak sorumlu kimseden cismanî bütünlüğün ihlali dolayısı ile manevi tazminat istenemeyeceğine hükmetmiştir. Bu hükmüne gerekçe olarak da, BK. m. 47 ve 49 'da "manevi zarar"dan söz edilmesini; buna karşılık BK. m. 41'de ise yalnız "zararın tazmini" ifadesinin, bu ifadeye paralel olarak BK. m. 55 ve 56'da sırasıyla "zararın tazmini" ve "zarardan mesul olma" terimlerinin kullanılmasını göstermiştir.

Karşı görüşü temsil eden, çoğunlukla alınmış olan daha sonraki bir içtihadı birleştirme kararında karşılıklı her iki görüş daha belirgin

<sup>198</sup> Becker, m. 47, N. d; Oser / Schönerberger, m. 47, N. 10, 12; Tandoğan, s. 339; Tunç omağ, s. 504, 554 vd., 571, 573; Gürsoy, s. 267 vd.; İBK. 22 / 6 / 1966-7 / 7 (Karahasan, s. 843).

<sup>199</sup> Tandoğan, s. 339.

<sup>200</sup> Tercier, s. 207-208; RO II 2020-JdT 1949 I 516.

<sup>201</sup> RO II 528; 81 II 518.

<sup>202</sup> Y4HD. 12 / 4 / 1960-5582 / 3648 (Tandoğan, s. 338).

hale gelir. Bunlardan azınlık görüşüne göre, BK.m. 47 kusurlu sorumluluk halini düzenleyen BK. m. 41 ile kusursuz sorumluluk hallerini düzenleyen BK. m. 54, 55, 56, 58. maddeleri arasında bulunmaktadır. Söz konusu maddenin (BK.m. 47) bu son maddeler meyanında bulunmaması, kanundaki yeri itibariyle onun kusura istinat eden bir hüküm olduğunu göstermeye yettiği gibi, madde metnindeki "hususî haller" değiminden maksadın da özellikle kusur olduğu tabiidir<sup>203</sup>.

Buna karşılık çoğunluk görüşü taraftarları bu yargının aksine BK. m.47 uyarınca istihdam edenin manevî tazminatla sorumlu tutulması için sözkonusu maddenin kusura veya kusursuzluğa istinat eden bir madde olmadığını belirterek, hükmün uygulama şartları arasında kusur şartının bulunmadığı ve esasen 1911 değişikliğinde "kast ve ağır ihmal" değiminin bu maddeden çıkarıldığını ileri sürmüşlerdir<sup>204</sup>. Daha sonra çoğunluk kararı olan bu son görüş istikametinde bir çok kararlar verilmiştir<sup>205</sup>. Bu kararlara göre "istihdam edenin BK. m. 47 gereğince sorumlu tutulabilmesi için ne kendisinin, ne de müstahdemnin kusuru" aranmadığı gibi, hakim "özel hal ve şartları takdir ederek" diğer kusursuz sorumluluk hallerinde de manevî tazminata hükmedebilecektir. Nitekim soruna bu acıdan bakıldığına İsviçre ve Türk Uygulamaları arasında tam bir paralellik görülür<sup>206</sup>. Ancak Bütün bu hallerde BK. m. 47'ye göre tazminata hükmedebilmek için daha önce sözkonusu maddelere göre sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi gerekir<sup>207</sup>.

Kanaatımızca doktrinde olduğu gibi uygulamada da baskın olan bu son görüş kanunun gerek lâfzına, gerekse ruhuna daha uygun düşmektedir. Çünkü BK.'un kusursuz sorumluluk hallerini düzenleyen hükümleri yalnız maddî tazminat veya maddî zarardan değil, sadece "tazminat veya zarar"dan söz etmişlerdir. Bineanaleyh bu değimleri manevî tazminatı ve zararı da içine alacak şekilde yorumlamaya herhangi bir engel yoktur. Ayrıca sözkonusu değimleri böyle kapsamlı bir yoruma tabi tutmak, çağımızda süratle gelişen ve yaygınlaşım vasıtaları ile sanayileşme, makineleşme ve şehirleşmenin beraberinde getirdiği tehlikelerden şahsın hayat ve vücut bütünlüğünü daha kolay korumak imkanı verecektir.

<sup>203</sup> İBK. 22/6/1966-7/7 (Karahasan, s. 843); Tekinay, La reparation, s. 142 vd.

<sup>204</sup> İBK. 22/6/1966-7/7 (Karahasan, s. 843); Tekinay, La reparation, s. 142.

<sup>205</sup> HGK. 14/6/1969-1230/619 (Karahasan, s. 860);  
Y9HD. 18/4/1969-1109/4527 (Karahasan, S. 861);  
Y9HD. 11/4/1969-13331/4030 (Karahasan, S. 861).

<sup>206</sup> Bak. RO 74 II 202; JdT 1949 II 516; RO 81 II 51d; JdT 1936 I 23; JdT 1963 I 453 vd;  
JdT 1968I 472.

<sup>207</sup> 22/6/1966-7/7 (Karahasan, 84h).

Kusurun mağdurda bulunması (müterafik kusur) haline gelince; bu konuda da kural, BK. m. 49'da olduğu gibi, müterafik kusurun, birlikte sebebiyet verme veya tahrikin manevi tazminata hükmedilmesini etkilememesidir<sup>208</sup>.

Ayrıca BK.m. 47'de manevi tazminat için kusur veya ağır kusur şartı öngörülmediğinden mağdurun kusurlu bulunması BK. m. 49'da olduğu gibi, kusuru veya onun ağırlığını bertaraf etmesi de sözkonusu değildir. Ancak mağdurun müterafik kusur, birlikte sebebiyet vermesi veya tahriki tazminat miktarının takdirinde menfi bir rol oynar. Yeter ki, mağdura isnat edilebilecek kusur oranı manevi tazminata hükmetmeyi haksız ve yersiz kılacak derecede ağır ve büyük olmasın<sup>209</sup>.

Ancak böyle bir görüşe ulaşılmadan önce, özellikle uygulamada, bir takım tereddütler geçirilmiştir. Nitekim Federal Mahkeme, uzun zaman, cismani zararın meydana gelmesinde mağdurun da kusurlu bulunması halinde manevi tazminatı reddetmiştir. Bu eski İBK. m.54'ün lafzının yanlış yorumlamasına dayanan bir uygulama şekli idi. Daha sonra sözkonusu maddenin yeri, bugünkü BK. m. 47 tarafından alınınca, bu uygulama şeklinden de vazgeçilmiştir. Federal Mahkeme, bu görüşünü yansıtan bir kararında mağdurun müterafik kusuru başlangıçtan beri mevcut , ağır ve faik olduğu takdirde bütün manevi tazminatı bertaraf edeceğine hükmetmiştir<sup>210</sup>.

Aynı şekilde, Türk Yargıtayı da bir çok kararlarında<sup>211</sup> bu yön-deki temayülünü açıkca belirtmiştir. Söz konusu kararlara dayanarak Yüksek Mahkememizin bu konudaki düşüncesi şöylece özetlenebilir: "BK.m. 47'de kusur şartı öngörülmemiştir"<sup>212</sup>. Ancak davacının yüzdeyüz kusurlu olması halinde manevi tazminata hükmedilmesi doğru değildir<sup>213</sup>. Onun için kural olarak "mücerret müterafik kusur veya birlikte sebebiyet verme durumu", "manevi tazminat hükmedilmesini haksız ve yersiz" kılmadıkça, "manevi tazminata hükmedilmesine engel değildir". Bununla beraber "sebebiyet verme nisbetlerinin veya karşılıklı kusurların manevi tazminata hükmedilmesinde ve mik-

<sup>208</sup> Oftinger, I, s: 263; Becker, m. 47, N. 2; Oser / Schönerberger, M. 47. M. 12.

<sup>209</sup> Oftinger, I, s. 263; I BK. 22 / 6 / 1966-7 / 7 (Karahasan, S. 846).

<sup>210</sup> Kardiçali, S. 103, 104; Bk. ayrıca, Çalkın / Tuğsavul, s. 94.

<sup>211</sup> İBK. 22 / 6 / 1966-7 / 7 (Karahasan, s. 847); HGK. 14 / 6 / 1969-1230 / 619 (Karahasan, 860); Y9HD. 27 / 1 / 1969-12087 / 303 (Karahasan, s. 861-86d); Y9HD? 9 / 12 / 1968-9203 / 15188 (Karahasan, s. s. 862).

<sup>212</sup> Y9HD. 11 / 4 / 1969-13331 / 4030 (Karahasan, s. 861).

<sup>213</sup> Y9HD. 27 / 1 / 1969-12087 / 303 (Karahasan, s. 861-862); YTD. 2 / 4 / 1971-4667 / 2613 (Karahasan, s. 852).

tarında nazara alınması icab eder"<sup>214</sup>. Binaenaleyh "ölenin veya cismani zarara uğrayanın müterafik kusurları" veya "birlikte sebebiyet verme nisbeti" BK. m. 47'de zikri geçen "özel hal ve şartlar" içinde değerlendirilmesi gereken hususlardır<sup>215</sup>.

### c. Manevi Tazminatla İlgili Diğer Özel Kurallarda Kusurun Rolü

BK. m. 47'nin dışında kalan diğer manevi tazminat halleri, yukarıda da değinildiği gibi, MK.'un 25, 85, 143, 305. maddeleridir. Bu hallerde de kusuru fail ve mağdur açısından ele alıp değerlendirmek gerekir.

Fail açısından; gerek ismin gasbında (MK.m.25), gerekse aslına uygun olarak nişanın bozulmasında (MK. m. 85) manevi tazminata hükmedebilmek için failin kusurlu olması gerekir. Ancak failin bu kusurunun ağır olması aranmaz; hafif bir kusur da ismi gazbedenin veya nişanı bozanın manevi tazminata mahkum edilmesi için yeterlidir. Şu halde bu iki maddede failin kusuru manevi tazminat için şart olup sadece bulunması yeterlidir. Bununla birlikte davalı taraf temyiz kudretinden yoksun ise, BK. m. 54 / 1'deki ilkeyi burada da uygulamak gerekir<sup>216</sup>. Oysa evliliğin feshi ve boşmana (MK. m. 143) halinde manevi tazminat için böyle bir şarta, yani failin kusurlu olması şartına gerek olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre<sup>217</sup>, nişanın boşulmasında olduğu gibi evliliğin sona ermesinde de davalının kusurlu olması gerekir. Ancak onun sadece kusurlu olması yeterli olup ayrıca kusurunun ağır olması aranmaz. Zira MK.m. 143 / 1'de geçen "kabahatli eş" ifadesini ikinci fıkra için de geçerli kabul etmek gerekir. Diğer bir görüşe göre<sup>218</sup> ise, manevi tazminata mahkum edilmesi için davalının kusurlu olmasına gerek yoktur. Zira MK. m.143 / 2 manevi tazminat talebinde bulunan tarafın evliliğin feshi veya boşanma sebebiyle "şahsi menfaatlerinde ağır bir surette hâleldâr" bulunan "kabahatsız karı veya koca"dan biri olmasını yeterli görmüştür. MK.m. 305'de öngörülen hallerde ise, manevi tazminata hükmedebilmek için maddede belirtilen özel hal ve şartların sadece gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir?. Ayrıca failin veya bir başkasının kusurunun aranmasına ihtiyaç

<sup>214</sup> İBK. 22 / 6 / 1966-7 / 7 (ÖKarahasan, s. 847).

<sup>215</sup> İBK. 22 / 6 / 1966-7 / 7 (Karahasan, s. 847); HGK. 14 / 6 / 1969-1230 / 619 (Karahasan, s. 860); Y9HD. 27 / 1 / 1969 - 12087 / 619 (Karahasan, s. 861-86d); Y9HD. 9 / 12 / 1968-19203 / 15188 (Karahasan, s. 862).

<sup>216</sup> Tercier, s. 204; Abdulrahman-Naji, s. 109; Sirmen, s. 369 vd.; Yücel, s. 64 vd.

<sup>217</sup> Tercier, s. 205.

<sup>218</sup> GILLARD, F.: Vers l'unification du droit de la responsabilité, RDS 86 / 1967, II, s. 247.

yoktur<sup>219</sup>. Biz de, evlilik hukuku ve manevi tazminat alanındaki son gelişmeleri dikkate alarak bu son görüşe katılıyoruz. Nitekim Türk yargıtayı'nın da aynı yönde verilmiş pek çok kararı<sup>220</sup> bulunmaktadır.

Mağdur açısından kusura gelince; özellikle nişanın bozulması (MK.m. 85) ile evliliğin feshi ve boşanma (MK. m. 143) hallerinde, manevi tazminat talebinde bulunan mağdurun kusursuz olması şarttır. Bu şart, sözkonusu her iki maddenin metninde açıkça ifadesini bulmuştur. Bu hallerde, kanunun yanlış değimi ile, mağdurun "kabahatsız" olması, BK.m. 47 ve 49'un aksine manevi tazminat talebinin kabulü için bir şart olarak öngörülmüştür. MK.m. 85 ve 133 uyarınca manevi tazminata hükmedebilmek için mağdurun nişanı veya evliliği sebep-siz yere bozmamış olması; yahut da karşı tarafa nişanı veya evliliği bozmayı haklı ve yeterli kılacak bir sebep bahsetmemesi gerekir. Aksi halde, hafif bile olsa, mağdurun mücerret müterafık kusuru veyahut nişanın veya evliliğin bozulmasına birlikte sebebiyet vermiş olması manevi tazminata hükmetmeye engel teşkil eder. Ancak manevi tazminat talebinin muhatabı olan davalı, davacı tarafın nişan veya evlilikten önce işlediği ve kendisinin de bildiği kusurları ileri sürerek manevi tazminata hükmedilmesini önleyemez<sup>221</sup>. Kural bu olmakla birlikte, doktrinde bu konuda yeni bir görüş belirmeye başlamıştır. Bu yeni görüşe göre, gerek nişanın bozulması halinde, gerekse evliliğin fesih ve boşanma ile sona ermesi halinde müterafık kusur ancak nişan ve evlilik ilişkisinin bozulmasında etkili olduğu takdirde manevi tazminat talebinin reddine sebep olmalıdır. Aksi halde, davacının kusuru ağır bile olsa, eğer sözkonusu ilişkilerin bozulmasında etkili olmamışsa, hakim bunu sadece tazminat miktarının tenzilinde nazarı itibare almakla yetinmelidir<sup>222</sup>.

### III. TAZMİNAT MİKTARININ TAYİNİNDE KUSURUN ROLÜ

Burada da yukardaki açıklamalara paralel bir sıranın izlenmesi konunun açıklanması bakımından şüphesiz yararlı olacaktır. Ancak konuya girmeden açıkça belirtilmesi gereken bir husus, burada incelenecek kusurun, manevi tazminatın uygulama şartı olan kusur olmayıp, ondan öteye, tazminata hükmedildikten sonra onun miktarının takdirine etki eden kusur olduğunun peşinen bilinmesidir.

<sup>219</sup> Tercier, s. 205.

<sup>220</sup> Y2HD. 24/4/1973-2050/2640 (Karahasan, S. 957); Y2HD. 12/5/1970-6926/2949 (Karahasan, s. 959); YS2HD. 8/7/1969 - 1202/3675 (Karahasan, s. 960).

<sup>221</sup> Abdulrahman-Naji, s. 109; RO 54 II 355-JdT 1929 I 112.

<sup>222</sup> Tercier, s. 203.

### a. Failin Kusurunun Etkisi

BK.m. 43 / 1'e göre "hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın ağırlığına göre tazminatın şuretinini ve şumulünün derecesini tayin eder". Bu hükmün öncelikle maddi zararların tazmininde uygulanacağında şüphe yoktur. Ancak kanunun genel ifadesi karşısında aynı hükmün manevi tazminat hallerinde de geçerliliğinden şüphe etmemek gerekir. Ayrıca sözkonusu maddenin kanunda işgal ettiği yer de bu yorumu güçlendirmektedir. Zira kanun koyucu bütün hukukî sorumluluk hallerine ilişkin genel ilkeleri bu faslın başında vaaz etmiştir. Nihayet, manevi tazminat kurumunun temelinde yatan anlayış da BK. m. 43 / 1'in daha geniş yorumlanmasını gerektirir. Zira kanun keyucu hukukî sorumluluğu hem maddî hem de manevi tazminatı icine alan bir bütün olarak ele alıp düzenlemiş, her iki zararın tazmini de benzer kurallara bağlanmıştır. Aksini savunmak hiç bir sağlam temele dayanmaz. Şu halde, BK. m. 43 / 1 kıyas yoluyla manevi tazminat halincede uygulanır. Böylece söz konusu madde aslına da uygun yorumlanmış olur<sup>223</sup>. Binâenaleyh hakim, manevi tazminat miktarını tayin ederken failin kusurunu gözönüne alması gerekir. Failin kusuru ne kadar ağır, zararverici olay ne kadar vahim ve üzücü şartlar altında meydana gelmiş ise hakimin takdir edeceği manevi tazminat miktarı da o ölçüde fazla olacaktır<sup>224</sup>. Böylece kusurun özel ağırlığının arandığı BK. m. 49'da göre hükmedilecek manevi tazminat miktarının tayininde failin kusur derecesi olumlu yönde etki eder.

BK. m. 47'ye göre de, failin veya onun hareketinden sorumlu olanın kusurlu bulunması, BK. m. 49'da olduğu gibi, tazminat miktarının tayininde de müsbet yönde rol oynar. Nitekim Yargıtay, bu konuda sık sık atıfta bulunduğumuz meşhur içtihadı birleştirme kararında<sup>225</sup> "failin veya onun hareketinden sorumlu olan şahsın kusuru varsa, bu kusurun.. manevi tazminata hükmedilmesinde ve miktarında nazara" alınacağını açıkça belirtmiştir.

Medeni Kanunun söz konusu manevi tazminata ilişkin hükümleri de uygulanırken failin kusur derecesi tazminat miktarının takdir ve tayininde müsbet şekilde rol oynaması da tabii bir sonuçtur.

<sup>223</sup> Tercier, s. 260 vd.

<sup>224</sup> Gürsoy, Manevi Zarar, s. 29; Sirmen, s. 396; HGK. 14 /10/ 1967-451 ( ); 4 / 7 / 1970-4-847 / 388 (Karahasan, 859); 7 / 3 / 1970-113 (İlmi ve Kazal İctihatlar, C. X, s.); 25 / 11 / 1970-649 (İlmi ve Kazal İctihatlar, C. XI, s. 38); RO 42 II 366; 54 II 34 II 1 ; 60 II 325.

<sup>225</sup> İBK. 22 / 6 / 1966 -7 / 7 (Karahasan, s. 846).

### b. Mağdurun (Müterafık) Kusurunun Etkisi

Mağdurun müterafık kusuru veya birlikte sebebiyet verme oranı BK. m. 49'da öngörülen kusurun özel ağırlığı niteliğini bertaraf edecek yoğunlukta olmadıkça, failin kusurunun aksine, manevî tazminat miktarının tayininde menfi rol oynar<sup>226</sup>. Nitekim, bu durum yukarıda anılan içtihadı birleştirme kararı ile onu teyid eden diğer kararlarda<sup>226</sup> açık bir şekilde ifadesini bulmuştur. Buna göre, eğer zarar görenin müterafık kusuru veya birlikte sebebiyet verme oranı failinkine nisbetle daha ağır veya illiyet bağıni kesecek yoğunlukta ise, artık manevi tazminata hükmetmeye mahal yoktur.

Aynı şeyler BK. m. 47'ye dayanan manevi tazminat talepleri için de geçerlidir.

Nişanın bozulması (MK.m. 85) ile evliliğin feshi ve boşanma hallerinde (MK. m. 143) manevi tazminat talebinde bulunan tarafın kusursuz olması şarttır. O sebeple mücerret müterafık kusurun bulunması veya nişan ve evlilik ilişkisine birlikte son verilmesi mağdurun manevi tazminat talebinin reddini gerektirir. Ancak bu şartın gerçekleşmesi için, mağdurun kusurlu davranışı ile nişanın bozulması veya evlilik ilişkisinin sona ermesi arasında illiyet bağıni bulunması zorunludur. Yoksa nişanlılık veya evlilik sırasında işlenip de karşı tarafça bilinen ve bu ilişkilerin bozulmasında etkili olmayan kusurlu davranışlar manevi tazminata hükmedilmesine engel değildir. Dolayısıyla tazminat miktarının tayininde de etkili olmaz. Buna karşılık, mağdurun sözkonusu ilişkilinin bozulmasına sebep olan her türlü kusuru ise tazminat talebinin reddi sonucunu doğurur<sup>228</sup>

## SONUÇ

Kusurun manevi tazminattaki rolü ve bu konudaki son gelişmeler şu üç noktada özetlenebilir:

1. Bu konudak gelişmelerin en önemlisi, şüphesiz, Yargıtay'ın, yukarıda sık sık anılan, BK. m. 47'nin istihdam edenin (kusursuz) sorumluluk hallerinde de uygulanacağına ilişkin 22 / 6 / 1966 tarih ve 7 / 7 sayılı isctihadı birleştirme kararıdır. Bu kararla "istihdam edenin BK.'un 47. maddesi gereğince manevi tazminatla sorumlu tutulabil-

<sup>226</sup> Gürsoy, Manevi Zarar, s. 29.

<sup>227</sup> Y4HD. 27 / 9 / 1969-10953 / 7042 (Karahasan, s. 894); Y9HD. 9 / 12 / 1968 9203 / 15188 (Karahasan, s. 862).

<sup>228</sup> Gürsoy, s. Manevi Zarar, s. 29; Sirmen, s. 370 vd.



mesi için ne kendisinin, ne de müstahdeminin kusurunun şart olmadığı..., ölenin veya cismani zarara uğrayanın birlikte sebebiyet verme nisbetinin yahut müterafik kusurunun özel hal ve şartlar içinde takdir edilmesi gerektiği" ictihada bağlanmıştır. Böylece bu konuda uygulamada beliren tereddütler izale edilmiştir.

2. Gerek BK. m. 47; gerekse BK.m.49'un uygulandığı manevi tazminat hallerinde mağdurun müterafik kusuru veya birlikte sebebiyet vermesi, kural olarak, manevi tazminat hükmedilmesine engel olmamalıdır. Yeter ki, mağdurun müterafik kusuru veya birlikte sebebiyet verme oranı BK. m. 49'daki kusurun özel ağırlığını bertaraf edecek veya BK.m. 47'ye göre manevi tazminata hükmedilmesini haksız ve yersiz kılacak ağırlık ve yoğunlukta olmasın. Bundan dolayı mağdurun kusuru "hal ve şartların icab" ettirdiği ölçüde dikkate alınarak karara, ya manevi tazminatın uygulama şartı olarak etki etmekte ya da manevi tazminat miktarının takdirinde etkili olmaktadır.

3. Bir de , gerek doktrinde gerekse uygulamada açık bir şekilde belirtilmemiş olmakla beraber, mağdurun müterafik kusuru veya birlikte sebebiyet verme oranı BK. md. 47'ye nazaran BK. m. 49'da daha önemlidir. Çünkü mağdurun müterafik kusurunun veya birlikte sebebiyet nisbetinin BK.m.49'da öngörülen "kusurun özel ağırlığı" şartını bertaraf etmesi, BK. m. 47 uyarınca hükmedilecek manevi tazminat "haksız ve yersiz" kılmasına nisbetle öncelikle varit görülmektedir. Onun için gelişen ulaşım ve haberleşme araçları ile saldırıya uğrama ihtimali artması karşısında şahsiyeti ya da şahıs varlığını, daha iyi koruyabilmek için kusurun özel ağırlığı şartını BK.m. 49'dan çıkarmak ve bu bakımdan BK.m. 47 ile ahengi sağlamak gerekir.