

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
ÖZEL HUKUK PROGRAMI
DOKTORA TEZİ

MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA
BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLÂLİNDEN DOĞAN
TAZMİNAT DAVALARI

Büşra KAZMAZ TEPE

Danışman
Prof. Dr. Mine AKKAN

İZMİR – 2021

YEMİN METNİ

Doktora Tezi olarak sunduğum “Medenî Usûl Hukukunda Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davaları” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Tarih

....../....../.....

Büşra KAZMAZ TEPE

İmza

ÖZET
Doktora Tezi
Medenî Usûl Hukukunda
Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davaları
Büşra KAZMAZ TEPE

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Özel Hukuk Anabilim Dalı
Özel Hukuk Programı

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarını medenî usûl hukuku yönünden ele alan bu çalışmada, zararın niteliğine ve beden bütünlüğünün ihlâlinin ceza hukuku, sigorta hukuku, iş hukuku ve bazı durumlarda idare hukuku gibi farklı alanlarda sonuç doğurmasına bağlı usulî sorunlar incelenmiştir. Ayrıca tazminat davalarındaki ispat zorlukları ve bu zorlukların aşılmasında kullanılacak usûl hukuku araçları beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları özelinde ele alınmıştır.

Bu çalışmada ilk olarak beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında idarî ve adlî yargı arasındaki yargı yolu uyumsuzlukları, görev, yetki konuları, bu davalar için elverişli dava türleri ile taraflara ilişkin usûlî konular Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve diğer yabancı usûl kanunları karşılaştırılarak ele alınmıştır. İkinci bölümde tahkikata ilişkin özellik arz eden durumlardan bekletici mesele, davaların birleştirilmesi, ayrılması ve ispat sorunları incelenmiş; son bölümde ise mahkeme kararlarına ilişkin özellik arz eden durumlar, özellikle dava sonucu verilen hükmün sonradan değiştirilmesine imkân tanıyan değişiklik davası düzenlemesi ile bu davalarda talep edilebilecek geçici hukukî korumalara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: medenî usûl hukuku, beden bütünlüğünün ihlâli, bedensel zarar, tazminat davası prosedürü, bedensel zararın ispatı

ABSTRACT

Doctoral Thesis

Doctor of Philosophy(PhD)

Actions for Damages that Arise from Violation of Physical Integrity in Civil

Procedure Law

Büşra KAZMAZ TEPE

Dokuz Eylül University

Graduate School of Social Sciences

Department of Private Law

Private Law Doctorate Program

Procedural problems related to the nature of the damage and the consequences of violation of physical integrity in different areas, such as criminal law, insurance law, labor law, and in some cases administrative law are examined in this study, which deals with compensation cases arising from violation of body integrity, in terms of civil procedural law. Proof difficulties in actions for damages and procedural law tools to be used to overcome these difficulties are handled in the context of actions for damages that arise from violation of physical integrity.

In this study, competence conflicts between the administrative jurisdiction and civil jurisdiction, competent court, joinder of parties, intervention, a notice of proceeding issues in actions for damages that arise from the violation of physical integrity and the types of cases suitable for these actions are discussed by comparing the Code of Civil Procedure and other foreign procedure laws. In the last part, the specific situations regarding court decisions such as the amendment lawsuit which allows given verdict to be changed later and the temporary legal protections that can be requested in these cases are examined.

Key Words: Civil procedure law, violation of physical Integrity, bodily damages, the procedure of action for damages, proof of the bodily damage.

**MEDENÎ USÛL HUKUKUNDA BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLÂLİNDEN
DOĞAN TAZMİNAT DAVALARI**

İÇİNDEKİLER

TEZ ONAY SAYFASI	ii
YEMİN METNİ	iii
ÖZET	iv
ABSTRACT	v
İÇİNDEKİLER	vi
KISALTMALAR	xvi
EKLER LİSTESİ	xvii

GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLÂLİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER İLE
DAVANIN GÖRÜLECEĞİ MAHKEME, DAVA TÜRLERİ VE TARAFLAR**

I. BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLÂLİNE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER	4
A. Kavram ve Terim Sorunu	4
B. Beden Bütünlüğü Hakkı ve Bu Hakkın Yaşam ve Sağlık Hakkıyla İlişkisi	7
C. Beden Bütünlüğünün İhlâlinde Tazminat	8
1. Tazminatın Koşulları	8
a. Beden Bütünlüğünün İhlâli	8
b. Zarar	13
(1) Maddî Zarar	13
(2) Manevî Zarar	17
c. Kusur	18
(1) Genel Olarak	18

(2) Manevî Tazminat Bakımından	19
(3) Sözleşmeye Aykırılık Hâlinde	20
ç. Uygun İliyet Bağı	21
d. Manevî Tazminat Bakımından Ek Koşul: Olayın Özelliklerinin Manevî Tazminatı Gerektermesi	23
2. Tazminatın Belirlenmesi	23
a. Genel Olarak	23
b. Ölüm ve Bedensel Zarar Durumlarında	25
3. Tazminatın Şekli	30
a. Aynen-Nakden Tazmin	30
b. İrat – Sermaye Şeklinde Tazmin	31
Ç. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Beden Bütünlüğünün İhlâlinde Hakkaniyete Uygun Tatmin Kararları	33
1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Beden Bütünlüğünün İhlâli	33
2. Hakkaniyete Uygun Tatmin	36
II. DAVA TÜRLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	39
A. Genel Olarak	39
B. Belirsiz Alacak Davası	42
C. Kısmî Dava	51
Ç. Tespit Davası	53
D. Manevî Tazminat Talepleri Bakımından Değerlendirme	57
1. Belirsiz Alacak Davasına Konu Olması	57
2. Kısmî Davaya Konu Olması	61
III. DAVANIN GÖRÜLECEĞİ MAHKEME	66
A. Yargı Yolu Sorunu	66
1. Genel Olarak	66

2. Medenî Yargı ile İdarî Yargı Arasında Yargılama Usûlü Yönünden Farklılıklar	70
3. Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davalarında Medenî Yargı ile İdarî Yargı Arasındaki Yargı Yolu Uyuşmazlıkları	79
4. Değerlendirme	90
5. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Mülga 3. Maddesi ile Türk Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesinin 2. Fıkrasının Yargı Yolunun Belirlenmesine Etkisi	91
a. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Mülga 3. Maddesi	91
b. Türk Borçlar Kanunu'nun 55. Maddesinin 2. Fıkrası	94
6. Medenî Yargı Yolunda İnsan Zararları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi	96
a. Kanun Teklifinin Uygulama Alanı	96
b. Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi	97
B. Görevli Mahkeme	98
1. Genel Olarak	98
2. Trafik Kazasından Doğan Davalarda	100
3. Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Davalarda	109
a. Karayolu Taşımacılığından Kaynaklanan Davalarda	110
b. Demir Yolu Taşımacılığından Kaynaklanan Davalarda	113
c. Hava Yolu Taşımacılığından Kaynaklanan Davalarda	116
4. Özel Görevli Mahkeme Olarak İnsan Zararları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi	118
C. Yetkili Mahkeme	120
1. Genel Olarak	120
2. Uygulanabilecek Özel Yetki Kuralları	120
3. Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Yetki	122
4. Davalıların Birden Fazla Olması Durumunda Yetkili Mahkeme	123

IV. TARAFLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	127
A. Davacı ve Davalı Taraf	127
B. Dava Arkadaşlığı Bakımından Değerlendirme	129
1. Genel Olarak	129
2. İhtiyarî Dava Arkadaşlığı	130
a. Genel Olarak	130
b. Aktif Dava Arkadaşlığı	131
c. Pasif Dava Arkadaşlığı	132
ç. HMK m. 57/1-c Hükmüne göre İhtiyarî Dava Arkadaşlığı	133
V. MÜDAHALE VE İHBAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	136
A. Genel Olarak	136
B. Fer'i Müdahale	137
C. Davanın İhbarı	141

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİKATA VE İSPATA İLİŞKİN ÖZELLİK GÖSTEREN DURUMLAR

I. GENEL OLARAK	144
II. BEKLETİCİ SORUN	144
A. Ceza Mahkemesi Kararının Bekletici Sorun Yapılması	146
B. Sosyal Güvenlik Kurumu Kararının Bekletici Sorun Yapılması	150
C. Zarar Sorumlusu ile Birlikte Sigortacıya Başvurulması Durumunda Bekletici Sorun	151
III. DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ VE AYRILMASI	150
A. Davaların Birleştirilmesi	153
1. Davaların Aynı Sebepten Doğmuş Olması	153

2. Davaların Benzer Sebepden Doğmuş Olması	156
3. Davaların Biri Hakkında Verilecek Hükümün Diğerini Etkileyecek Olması	157
4. Görev Kuralları Bakımından Değerlendirme	157
B. Davaların Ayrılması	159
IV. TEMEL İSPAT KAVRAMLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	160
A. İspatın Konusu Bakımından Değerlendirme	160
1. Beden Bütünlüğü İhlâli	160
2. Zarar	163
3. Kusur	166
4. Uygun İlliyet Bağı	168
B. İddia ve Somutlaştırma Yükü Bakımından Değerlendirme	172
C. İspat Yükü Bakımından Değerlendirme	176
1. Genel Olarak	176
2. Norm Teorisine Karşı İleri Sürülen Görüşler Çerçevesinde Değerlendirme	178
a. İleri Sürülen Görüşler	178
b. Görüşlerin Değerlendirilmesi	182
3. İspat Zorluğu Yaşanan Unsur Vakıalarının İspat Yükü	184
4. Hatalı Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davalarının Özel Durumu	188
Ç. Delil İkame Yükü Bakımından Değerlendirme	190
D. İspat Ölçüsü Bakımından Değerlendirme	192
E. İspat Türleri Bakımından Değerlendirme	199
1. Genel Olarak	199
2. Zararın İspatında Dolaylı İspat	200

3. İlliyet Bağı ve Kusurun İspatında Dolaylı İspat	206
a. İlliyet Bağının İspatı Bakımından İnceleme	207
b. Kusurun İspatı Bakımından İnceleme	213
V. DELİLLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	215
A. Genel Olarak	215
B. Bilirkişilik	216
1. Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davalarında Bilirkişinin Fonksiyonu	216
2. Bedensel Zararlarda Tıbbî Bilirkişilik	220
a. Tıbbî Bilirkişilik Yapabilecek Kurumlar	220
(1) Adlî Tıp Kurumu	220
(2) Yüksek Sağlık Şurası	223
(3) Üniversiteler ve Hastaneler	225
b. Bilirkişi Raporunun İçeriği	226
c. Bilirkişi Raporunun Delil Değeri	228
C. Uzman Tanıklık	230
Ç. Delillerin Değerlendirilmesi	232

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAVADA VERİLECEK KARAR VE GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMALARIN ÖZELLİKLERİ

I. GENEL OLARAK	235
II. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NUN 60. MADDESİNİN USÛL HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKE ve KURALLAR IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ	236
A. Türk Borçlar Kanunu’nun 60. Maddesinin Uygulanması	236
1. Hükmün Uygulama Şartları	237

a. Bir Kişi için Birden Çok Sorumluluk Sebebi Bulunması	237
b. Olumsuz Şart Olarak Zarar Görenin Aksini İstemiş Olmaması ve Kanunda Aksinin Öngörülmemiş Olması	238
(1) Zarar Görenin Aksini İstemiş Olmaması	238
(2) Kanunda Aksinin Öngörülmesi Olmaması	239
2. Hükümün Hukukî Sonucu	240
B. Türk Borçlar Kanunu'nun 60. Maddesinin Usûl Hukuku İlke ve Kuralları Bakımından Değerlendirilmesi	243
1. Dava Dilekçesinde Hukukî Sebebin Zorunlu Unsur Olup Olmadığı Bakımından Değerlendirme	243
2. Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması (<i>Iura Novit Curia</i>) İlkesi Bakımından Değerlendirme	246
3. Tasarruf İlkesi ve Taraflarca Getirilme İlkesi Bakımından Değerlendirme	248
4. Silahların Eşitliği İlkesi Bakımından Değerlendirme	249
III. CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUK MAHKEMESİNE ETKİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	251
A. Genel Olarak	251
B. Mahkumiyet Kararının Bağlayıcı Etkisi	252
C. Beraat Kararının Bağlayıcı Etkisi	254
Ç. Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Mağdurun Zararının Tazminine Yönelik Düzenlemelerin Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davalarına Etkisi	255
1. Genel Olarak	255
2. Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenlemelerin Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davaları Bakımından Değerlendirilmesi	258

D. Suçtan Zarar Gören Kişinin Şikayetten ve Şahsî Haklarından Vazgeçmiş Olmasının Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davasına Etkisi	259
IV. KISMÎ DAVADA VEYA KISMÎ DAVA İLE BİRLİKTE AÇILAN TESPİT DAVASINDA VERİLEN HÜKMÜN EK DAVAYA ETKİSİ	260
A. Genel Olarak	260
B. Kısmî Davada Verilen Hükmün Etkisi	261
1. Kısmî Davanın Kabulü	261
2. Kısmî Davanın Reddi	263
3. Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davaları Bakımından Değerlendirme	264
C. Tespit Davasında Verilen Hükmün Etkisi	266
V. İŞ KAZALARINDAKİ İŞ GÖREMEZLİK ORANININ TESPİTİ DAVASININ SONRADAN AÇILACAK TAZMİNAT DAVASINA ETKİSİ	267
A. Genel Olarak İş Göremezlik Oranının Tespiti Davası	267
B. Tazminat Davasına Etkisi	269
VI. KISMÎ KARAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	269
VII. DEĞİŞİKLİK DAVASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME	273
A. Genel Olarak	273
B. Tazminat Hükmünün Değiştirilmesi	275
1. Genel Olarak	275
2. Değişiklik Davasının Şartları	278
a. Hâkimin Hükmü Değiştirme Yetkisini Saklı Tutmuş Olması	271
b. Hukukî Yarar Bulunması	278
c. Kesin Hüküm Etkisi Kazanmış Bir Hüküm Olması	279
ç. Elverişli Edim	281
d. Önemli Değişiklik Olması	281

e. Davanın Açılma Süresi	283
3. Değişiklik Davasında Yargılama	286
a. Görevli ve Yetkili Mahkeme	286
b. Değişiklik Davasında İspat	287
(1) İspat Yüğü	287
(2) Önemli Değişikliğin İspatı	287
4. Değişiklik Hükümünün Ne Zamandan İtibaren Uygulanacağı Sorunu	289
VIII. GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ	290
A. Genel Olarak	291
B. Geçici Ödeme	291
1. Hukukî Niteliği	291
2. Düzenlemenin Uygulama Alanı	293
3. Düzenlemenin Uygulama Şartları	294
4. Düzenlemenin Hukukî Sonucu	296
C. İhtiyatî Haciz	297
1. İhtiyatî Hacze Esas Olan Alacak Bakımından Değerlendirme	298
2. İhtiyatî Haciz Sebepleri Bakımından Değerlendirme	299
SONUÇ	301
KAYNAKÇA	310
EKLER	

KISALTMALAR

A.Ş.	Anonim Şirket
ABD	Ankara Barosu Dergisi
Abs.	Abschnitt
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AHRS	Arzthaftpflicht-Rechtsprechung
AIDS	Acquired Immune Deficiency Syndrome (Kazanılmış Bağışıklık Yetersizliği Sendromu)
AIHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AIHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AJP	Aktuelle juristische Praxis
AnwBl	Anwaltsblatt
Art.	Artikel
Av.K	Avukatlık Kanunu
AYM	Anayasa Mahkemesi
BAM	Bölge Adliye Mahkemesi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Bundesgerichtsentscheide
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bil.K	Bilirkişilik Kanunu
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
BK	818 sayılı Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
C.	Cilt
CbK.	Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi
CMK	Ceza Muhakemesi Kanunu
CSO	Commissioners Standard Ordinary Mortality Table
dn.	Dipnot
E.	Esas

FamRZ	Familienrechtzeitschrift
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
HIV	Human Immunodeficiency Virus (İnsan Bağışıklık Yetmezliği Virüsü)
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
HUAK	Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
İBK	İçtihadı Birleştirme Kararı
İYUK	İdari Yargılama Usulü Kanunu
JuS	Juristische Schulung
K.	Karar
Karş.	Karşılaştırınız
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
KTk	Karayolları Trafik Kanunu
m.	madde
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift)
N.	Note; Randnote
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungsreport
Nr.	Number
OLG	Oberlandesgericht
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)
PMF	Population Masculine Et – Feminine
RG.	Resmi Gazete
RGVZ	Reichsgericht – Vereinigte Zivilsenate
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RJN	Neuchatel İçtihatları Resmî Derlemesi
Rn.	Randnummer
Rz.	Randziffer/Randzahl
s.	sayfa no

S.	Sayı
SGK	Sosyal Güvenlik Kurumu
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
ss.	Sayfadan sayfaya
TBK	Türk Borçalar Kanunu
TCDD	Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
TCK	Türk Ceza Kanunu
TRH-2010	Türkiye Kadın Erkek Hayat Tablosu 2010
TSHK	Türk Sivil Havacılık Kanunu
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UYM	Uyuşmazlık Mahkemesi
v.	versus
Vd.	ve devamı
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VVG	Gesetz über den Versicherungsvertrag
Warn Rspr.	Rechtsprechung des Reichsgerichts
YKD.	Yargıtay Kararları Dergisi
yuk.	Yukarıda
ZPO	Zivilprozessordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

EKLER LİSTESİ

EK 1: PMF 1931 Yaşam Tablosuna Göre Ortalama Ömür

ek s. 1

EK 2: Türkiye Karşılaştırmalı Yaşam Tabloları

ek s. 2



GİRİŞ

Yaşam hakkı, beden bütünlüğü hakkı ve sağlık hakkı, temel insan hakkı olarak hem birçok uluslararası metne konu olmuş, hem de ulusal düzeyde iç hukuk düzenlenmeleri ile koruma altına alınmıştır. Kişinin sahip olduğu beden bütünlüğünün dokunulmazlığı hakkı insan hakları hukuku, ceza hukuku, borçlar hukuku ve iş hukuku alanlarında güvence altına alınmış, beden bütünlüğü ihlâl edildiğinde uygulanacak yaptırımlar ve zarar görenler için koruyucu hükümler öngörülmüştür. Beden bütünlüğünün ihlâli sonucunu doğurma ihtimali olan birçok iş ve eylem için de zarar görenleri korumak amacıyla sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir.

Anayasa'nın kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı başlıklı 17. maddesinde *“Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tâbi tutulamaz...”* hükmü yer almaktadır. Anayasa ve diğer alt mevzuatlarda şahıs varlığı değerleri açısından uluslararası düzenlemelere paralel hükümlere yer verilmiş; Türk Medenî Kanunu'nun 24. maddesinde ise insanın maddî ve manevî varlığını korumayı amaçlayan ilkesel bir düzenleme öngörülmüştür. Konu borçlar hukuku boyutuyla Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerden doğan borç ilişkileri ayrımında, özel durumlar başlığı altında ölüm (TBK m. 53) ve bedensel zararlar (TBK m. 54) ile bu zararlar nedeniyle ödenecek manevî tazminat (TBK m. 56); ayrıca kişilik hakkının zedelenmesi durumu (TBK m. 58) özel olarak hüküm altına alınmıştır.

Beden bütünlüğünün ihlâli, trafik kazaları, hatalı tıbbî müdahale, iş kazası ve meslek hastalığı, ayıplı mal satımı gibi sıklıkla karşılaşılan hayat olayları sonucu meydana gelmektedir. Maddî hukuk tarafından hakların düzenlenmesi tek başına kişilere hukukî koruma sağlayamaz. Kişinin hukukî koruma ihtiyacı maddî hukuk tarafından tanınan haklar ihlâl edildiğinde ortaya çıkar. Özel hukuka ilişkin uyuşmazlıklar bakımından işte bu aşamada devreye medenî usûl hukuku girer. Beden bütünlüğü ihlâl edildiğinde, maddî hukuk tarafından kişilere sağlanmış olan hakların gerçekleştirilmesi medenî usûl hukuku ile mümkün olur. Ancak bu davalarda, meydana gelen zararın niteliği, hukukî ilişkinin çok yönlülüğü ve karmaşıklığı

nedeniyle bir takım usûlî problemler ortaya çıkmaktadır. Bu sorunların çözümü ise hem beden bütünlüğünün dokunulmazlığı ilkesinin hem de adil yargılanma hakkının bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bedensel zararlar ve tazminat davaları esas itibarıyla Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiştir. Bu davalara ilişkin bir takım usûlî düzenlemeler de yine Türk Borçlar Kanunu'nda yer almaktadır. Çalışmamız şu ana kadar bu konunun sadece maddî hukukçular tarafından ele alınmış olması; bu davalarda yaşanan usûlî sorunların beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları özelinde usûl hukukçuları tarafından derinlemesine incelenmemiş olması bakımından önem arz etmektedir.

Beden bütünlüğünün ihlâli, hemen hemen her türlü hukukî ilişki neticesinde doğabileceğinden açılan davalar yargı yolunun belirlenmesine ilişkin kurallara göre adlî yargı ya da idarî yargı yolunda görülebilir. Özellikle trafik kazaları ve hatalı tıbbî müdahale nedeniyle doğan beden bütünlüğünün ihlâli durumları için en başta yargı yolunun belirlenmesi sorunu gündeme gelir.

Sorumluluk hukuku gereği aynı beden bütünlüğünün ihlâline ilişkin olarak birden fazla kişi aynı ya da farklı hukukî sebeplere göre sorumlu tutulabilir. Yine beden bütünlüğünün ihlâline yol açan eylemin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda, bu eylem ayrıca ceza yargılamasına konu olabilir. Bu kişilere açılacak davalarda görevli mahkemenin hangisi olacağı, birden fazla dava açılması durumunda, davaların birbiri için bekletici sorun teşkil edip etmeyeceği, hangi şartlar altında birleştirilmesi ya da ayrılması gerektiği, bir dava bakımından verilen hükmün diğeri için etkisinin ne olacağının ayrıca incelenmesi gerekir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararların davanın açıldığı esnada devam ediyor olması ve zararın gelecekte gerçekleşecek olması ispat ve kesin hükme ilişkin sorunlar ortaya çıkarabilir. Zararın davanın açıldığı sırada ve hükmün verildiği anda tam olarak belirlenemiyor olması, bu davaların medenî usûl hukukundaki dava türleri bakımından ayrıca incelenmesini gerekli kılar.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında özellik arz eden usûlî kurumlar çerçevesinde çalışmamız, üç temel bölümden oluşmaktadır. Çalışmamızın ilk bölümünde konu, genel hatlarıyla insan hakları ve borçlar hukuku yönünden ele alınmış; beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında

yaşanan idarî ve adlî yargı arasındaki yargı yolu uyuşmazlıkları, görev, yetki konuları, bu davalar için elverişli dava türleri ile taraflar konusu incelenmiştir. İkinci bölümde tahkikata ve ispata ilişkin özellik arz eden durumlardan bekletici mesele, davaların birleştirilmesi-ayrılması ve ispat sorunları üzerinde durulmuş; son bölümde ise mahkeme kararlarına ilişkin özellik arz eden durumlar, özellikle dava sonucu verilen hükmün sonradan değiştirilmesine imkân tanıyan değişiklik davası düzenlemesi ile bu davalarda talep edilebilecek geçici hukukî korumalar irdelenmiştir. Çalışmamızın kapsam ve sınırlarını tekrar ifade etmek gerekirse çalışmada maddî hukuk değerlendirilmesi yapılmamış olup maddî hukuk düzenlemeleri, usûl kurallarına ilişkin olduğu veya usûl kurallarını etkilediği ölçüde ele alınmıştır. Ayrıca beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları medenî usûl hukukuna ait tüm usûlî müesseseler bakımından değil, bu davalarda sıkça karşılaşılan veya bu davaların niteliği gereği özellik arz eden usûlî müesseseler bakımından incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLÂLINE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER, DAVA TÜRLERİ, DAVAYA BAKACAK MAHKEME VE TARAFLAR

I. BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLÂLINE İLİŞKİN GENEL BİLGİLER

A. Kavram ve Terim Sorunu

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlar kavramı ile hangi zararların ifade edilmek istendiği konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ayrıca gerek Türk Borçlar Kanunu'nda gerekse öğretilerde, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararları ifade etmek için farklı terimlerin kullanıldığı da görülür. Biz burada bu farklı görüş ve kullanılan terimlere değinerek tez konumuz açısından beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarının kapsamını belirlemeye çalışacağız.

Türk Borçlar Kanunu'nun 53. ve 54. maddesinde *ölüm halinde uğranılan zarar* ve *bedensel zarar* kavramlarına yer verilmiştir. Ayrıca Kanun sistematigi ve düzenlemelerin içeriğine bakıldığında, ölüm hâlinde uğranılan zarar ve bedensel zarar ifadeleri ile kişinin malvarlığı unsurlarındaki eksilmelerin; yani maddî zararın kastedildiği görülmektedir. Bu kavramlara fizikî varlığın kısmen kaybedilmesi nedeniyle şahıs varlığındaki eksilmeler, diğer bir ifadeyle manevî zarar dâhil değildir. Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde ise manevî tazminat ayrıca düzenlenerek bu ayrım teyit edilmiştir denilebilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin ikinci fıkrasındaki *ağır bedensel zarar* ifadesinden ne anlaşılması gerektiği konusunda Adalet Komisyonu Raporuna¹ bakıldığında, hem fizikî hem de ruhsal zararların ifade edilmek istendiği anlaşılmaktadır. Sonuç olarak Türk Borçlar Kanunu'nda bedensel zarar terimi, kimi düzenlemelerde sadece fizikî bütünlüğün kısmen ihlâli nedeniyle uğranılan maddî zararı ifade etmek amacıyla, kimi zaman da

¹ “Ağır bedensel zararın takdirinde, zarara uğrayan organların önemi, oluşan iş-görmezlik derecesinin oranı, uğranılan ruhsal zararın niteliği ve diğer durumlar gözetilecektir.” Adalet Komisyonu Raporu, <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, (Erişim Tarihi: 15.8.2018), s. 267.

ruhsal bütünlüğün ihlâli neticesinde uğranılan zararı da kapsar biçimde kullanılmıştır.

Bedensel zarar terimi dışında 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda kullanılan *cismanî zarar* terimi de uygulama ve öğretide ölüm haricinde beden bütünlüğünde meydana gelen hem fizikî hem de ruhsal zararları ifade etmek için kullanılmaktaydı. 818 sayılı Kanun döneminde de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu esas alınmış; ölüm hâlinde uğranılan zararlar ayrı düzenlenerek cismanî zarar kavramının dışında tutulmuştur. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda ise cismanî zarar ifadesinin kullanılmasından vazgeçilmiştir.

Beden bütünlüğünün ihlâli terimini Türk Borçlar Kanunu'ndaki düzenlemeye paralel olarak ölüm gerçekleşmeksizin zarar görenin vücut ve ruh bütünlüğündeki değişme ve bozulma hâli olarak tanımlayan Eren ve Karahasan, ölümden ve beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararları *kişiyeye ilişkin zarar*² terimi ile ifade etmektedirler.

Öğretide Savcı ise *beden bütünlüğünün dokunulmazlığı* terimini yaşam hakkını kapsayıcı şekilde kullanmıştır. Buna göre beden bütünlüğüne dokunulmazlık toplumun, üçüncü kişinin hatta insanın kendisinin bile bireyin yaşam hakkına müdahale edememesi, ayrıca bireyin yaşamını olumsuz açıdan etkileyebilecek olan maddî-manevî herhangi bir noksana uğratılmamasını, maddî ya da manevî işkenceye maruz bırakılamayacağını ifade eder³. Bu bağlamda beden bütünlüğüne dokunulmazlık öldürmeme, işkence etmeme, sakat bırakmama, bir uzuvdan yoksun bırakmamayı kapsar⁴. Aynı doğrultuda Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop da beden bütünlüğü kavramının yaşam ve sağlık kavramlarını içine aldığını ifade etmiştir⁵.

Bunlardan başka, insan zararları terimi de beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararları kapsayacak şekilde ölüm hâlini de ifade etmek için kullanılmaktadır.

² Mustafa Reşit Karahasan, **Sorumluluk Hukuku**, 6. Bası, Beta, Ankara, 2003, s. 331, Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017, s. 550; Fikret Eren, "Türk Borçlar Kanunu'nda Kişiyeye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar)", **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Türkiye Barolar Birliği**, Cilt: 1, Ankara, 2016, (Kişiyeye İlişkin Zarar), s. 57,

³ Bahri Savcı, **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980, s. 15, 16.

⁴ Savcı, s. 30.

⁵ Selahattin Sulhi Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 389.

İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi'nin genel gerekçesinde *insan zararı*, insanın varlığını ve vücudunu yitirmesinden doğan, manevî zararları da içeren zarar olarak tanımlanmıştır⁶. Ancak bu kavram insan bedenine verilen zararlardan öte insanın verdiği zararları çağrıştırmaktan dolayı öğretilde haklı olarak eleştirilmiştir⁷.

Beden bütünlüğü hem fizikî hem de ruhsal bütünlüğü ifade ettiği⁸ için *beden bütünlüğünün ihlali*, bir kişinin fizikî varlığına veya ruhsal bütünlüğüne müdahale edilmesi anlamına gelmektedir. Beden bütünlüğünün ihlali sonucu kişi fizikî varlığını ve ruh sağlığını kısmen ya da tamamen kaybedebilir. Beden bütünlüğünün ihlâline yönelik fiil neticesinde, malvarlığı unsurlarındaki eksilme maddî zararı, şahıs varlığı unsurlarındaki eksilme de manevî zararı oluşturur. Görüldüğü üzere beden bütünlüğünün ihlali terimi kişinin bedensel, ruhsal bütünlüğüne ve sağlığına yapılan her türlü müdahaleyi ifade eden üst bir terimdir. Anayasa, Türk Ceza Kanunu, Türk Borçlar Kanunu düzenlemelerinde yaşam hakkı ve beden bütünlüğü dokunulmazlığı ayrı olarak düzenlenmiştir⁹. Ancak beden bütünlüğü, yaşam hakkına son verecek şekilde de ihlâl edilebileceğinden kanımızca ölüm hâlini de kapsar. Bu sebeple biz çalışmamızda hem ölüm nedeniyle uğranılan hem de ölüm gerçekleşmeksizin uğranılan bedensel zararları ifade etmek için *beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zarar* terimini tercih ettik. Bu tercihimiz sonucu çalışmamızın başlığında yer alan *beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları* kavramı içinde ölüm, yaralanma, uzuv kaybı, bacak kırılması, saç dökülmesi gibi fizikî bütünlüğe kısmen ya da tamamen zarar veren eylemler ile hafıza kaybı, panik, psikolojik sarsıntılar gibi akıl ve ruh sağlığının kısmen ya da tamamen yitirilmesine yol açan eylemler sonucu oluşan maddî ve manevî zararların tazminine yönelik olarak açılan davalar yer almaktadır.

⁶ TBMM, <https://www.tbmm.gov.tr/d26/2/2-0147.pdf>, s. 2. (Erişim Tarihi: 15.11.2018).

⁷ Murat Atalı, “Özel Mahkemenin İnsan Zararları Bakımından Önemi”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre Türkiye Barolar Birliği**, Cilt: 2, Ankara, 2016, s. 271.

⁸ Eren, Kişiyi İlişkin Zarar, s. 57, 58; Fulya Erlüle, **Türk Borçlar Kanunu'na Göre Bedensel Bütünlüğünün İhlalinde Manevî Tazminat**, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 129.

⁹ Anayasanın 17. maddesinin ilk fıkrasında yaşam hakkı, ikinci fıkrasında ise beden bütünlüğü dokunulmazlığı düzenlemiştir. Türk Ceza Kanunu'nun Özel hükümlerinde ise Hayata Karşı Suçlar ile Vücut Dokunulmazlığına Karşı İşlenen Suçlar olarak Kişilere Karşı İşlenen Suçlar kısmı altında ayrı bölümlerde düzenlenmiştir.

B. Beden Bütünlüğü Hakkı ve Bu Hakkın Yaşam ve Sağlık Hakkıyla İlişkisi

Kişinin beden bütünlüğü üzerindeki hak, kişilik hakkının kapsamına giren kişisel değerlerdendir¹⁰. Bu değerler arasına hem fizikî hem de ruhsal değerler girer. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 5. maddesine göre *hiç kimse işkenceye, zalimâne, gayriinsanî, haysiyet kırıcı cezalara veya muamelelere tâbi tutulamaz*¹¹. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesinde yaşam hakkı belirtildikten sonra 3. maddesinde *hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tâbi tutulamaz* hükmüne yer verilmiştir¹². Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı başlıklı Anayasa'nın 17. maddesine göre:

Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tabi tutulamaz. Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.

İlk fıkrada herkesin yaşam hakkına sahip olduğu belirtildikten sonra ikinci fıkrada beden bütünlüğünün dokunulmazlığı ifade edilerek bunun temel insan hakkı olduğu vurgulanmıştır. Bu bağlamda yaşam hakkı, sağlık hakkı ve beden bütünlüğü hakkı birbiriyle iç içe giren, yakın ilişkili kişilik haklarındandır. İnsan haklarının evrensel, bölünmez, birbiriyle bağlı ve ilişkili olduğu 1993 yılında Viyana'da düzenlenen BM Dünya İnsan Hakları Konferansı sonucunda kabul edilen "Viyana Deklarasyonu ve Eylem Programı"nda da belirtilmiştir¹³. Yaşam hakkı¹⁴ kişinin beden ve ruh bütünlüğünü sürdürebilmesi ve bu bütünlüğün doğal etkenler dışında başka hiçbir önlem ve yaptırım ile sınırlandırılmaması, eksiltilmemesi ve yok edilmemesi şeklinde tanımlanmaktadır¹⁵. Hukukta kişi terimi ile ifade edilen

¹⁰ Karahasan, s. 126; Eren, ss. 553, 554; Erlüle, s. 106.

¹¹ TBMM, <https://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhaklari/pdf01/203-208.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.1.2019).

¹² Danıştay, <http://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf>, (Erişim Tarihi: 20.1.2019).

¹³ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx>, (Erişim Tarihi: 20.1.1990).

¹⁴ Savcı, yaşam hakkı ifade etmek için *insanın öldürülmezliği hakkı* terimini de kullanmıştır (Savcı, s. 16 vd.).

¹⁵ Savcı, s. 13, 14; İbrahim Kaboğlu, **Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)**, 6. Bası, İmge Kitabevi, İstanbul, 2002, ss. 271, 272; Erlüle, ss. 100, 101.

insanoğlu fizikî-biyolojik, moral-entelektüel yanları kapsamak üzere bir bütünlük oluşturur¹⁶. Beden bütünlüğü hakkı, maddî ve manevî yönleri ile doğan ve varlığını sürdüren insanın, bu bütünlüğünün noksana uğratılmaması ve yok edilmemesi anlamına gelir. Sağlık hakkı ise ilk kez temel bir insan hakkı olarak Dünya Sağlık Örgütü'nün kurucu antlaşmasının başlangıç kısmında yer almıştır¹⁷. Buna göre ulaşılabilecek en yüksek sağlık standardından yararlanmak ırk, din, siyasi düşünce, ekonomik ve sosyal koşullar yönünden ayırım yapılmaksızın her insanın temel haklarından biridir. Yaşam, beden bütünlüğü ve sağlık hakkı arasındaki ilişki birinin ihlâlinin diğeri üzerindeki etkilerinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, beden bütünlüğü hakkı kapsamında değerlendirilen işkence ve kötü muamele yasağı ihlâl edildiğinde bu durumun sağlık üzerinde de etkileri olacaktır.

C. Beden Bütünlüğünün İhlâlinde Tazminat

Beden bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarında, tazminata hükmedilebilmesi için maddî hukukta öngörülen koşulların somut olayda gerçekleşmiş olması gerekir. Buradaki tazminat koşulları maddî hukuk meselesi olup bu koşulların tüm ayrıntıları ile değerlendirilmesi başlı başına bir maddî hukuk çalışmasını gerekli kılar. Çalışmamızda esas itibarıyla konunun usûl hukuku yönü ele alındığından aşağıda tazminat koşullarına tüm ayrıntılarıyla yer verilmemiş; konuyla ilgili maddî hukuktaki tartışmalara ve kabul edilen sonuçlara kısaca değinilmiştir.

1. Tazminatın Koşulları

a. Beden Bütünlüğünün İhlâli

Kişinin fizikî ve ruhsal varlığına yönelik müdahaleler beden bütünlüğünün ihlâlini oluşturur. Ayrıca kişinin doğal ve yapısal bütünlüğünün düzenli şekilde işleyişini engelleyen her türlü rahatsızlık ya da hastalık sonucu doğuran müdahale,

¹⁶ Savcı, s. 10.

¹⁷ Dünya Sağlık Örgütü, <https://apps.who.int/gb/bd/PDF/bd47/EN/constitution-en.pdf?ua=1>, (Erişim Tarihi: 20.6.2020).

hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı sürece beden bütünlüğü hakkının ihlâli anlamına gelir. Türk-İsviçre hukukunda sağlık hakkı da beden bütünlüğü kapsamında değerlendirilir. Öte yandan beden bütünlüğünü ihlâl eden davranışın mutlaka bir tedaviyi gerektirmesi aranmaz. Bu sebeple gıda zehirlenmesi sonucu oluşmuş ve sonradan kendiliğinden iyileşmiş olan enfeksiyon da beden bütünlüğünün ihlâli olarak değerlendirilir¹⁸. Ancak Alman Medenî Kanunu'nun tazminat taleplerine ilişkin düzenlemelerinde yaşam, beden bütünlüğü ve sağlık hakkı ihlâli ayrı ayrı belirtilmiştir (BGB § 253/II; § 823/I). Bu sebeple Alman hukuk öğretisinde beden bütünlüğünden fizikî beden bütünlüğü anlaşılmakta, beden bütünlüğü hakkının ihlâl edilmiş sayılması için ayrıca hastalık sonucunu doğurması şartı aranmamaktadır. Sağlık hakkının ihlâlinde ise beden bütünlüğünün ihlâlinden farklı olarak ihlâl sonucunun hastalık niteliği taşıması gerekmektedir¹⁹. Beden bütünlüğünün ihlâlinde, beden ön plana çıkarken sağlığın ihlâlinde ise bedenin işleyişindeki aksaklık söz konusudur. Sağlık, bedenin fonksiyonlarına ilişkin olduğuna göre sağlık ihlâl edildiğinde beden bütünlüğü de ihlâl edilmiş olur; ancak beden bütünlüğünün ihlâl edildiği her durum sağlığın ihlâli anlamına gelmez. Bu ayrımın net olarak ortaya konması her somut olay bakımından kolay olmayacağı için Alman hukuk öğretisindeki genel eğilim, bu iki kavram arasındaki anlam farkını yok sayıp iki kavramı birbiri yerine kullanmak yönündedir²⁰. Buna karşılık Türk-İsviçre hukukunda, fizikî ve ruhsal bütünlüğün yanında sağlığın korunması da beden bütünlüğünün kapsamına girer. Bu sebeple iki kavram arasında ayrıca anlam farkı belirlenmesine gerek duyulmaz²¹. Türk-İsviçre hukukunda sağlık hakkının ihlâli ve beden bütünlüğünün ihlâli arasında ayrım yapılmazken yaşam hakkı ihlâli ve beden

¹⁸ Vito Roberto, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Schulthess, Zürich, 2002, N. 108, s. 31; Erlüle, s. 126.

¹⁹ Karl Larenz ve Claus Wilhelm Canaris, **Lehrbuch des Schuldrechts**, II. Band, Halbband 2 Besondere Teil, 13. Baskı, C. H. Beck, Münih, 1994, § 76 II 1 a, s. 377.

²⁰ Karl Larenz, **Lehrbuch des Schuldrechts**, Erster Band, 14. Bası, C. H. Beck, Münih, 1987, § 29 II e, s. 506; Ernst Karner, **Das Ersatz Ideeller Schaden der Körperverletzung**, Springer, Viyana ve New York, 1999, s. 65; Larenz/Canaris, § 76 II 1b, s. 378; Erlüle, s. 127.

²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 389; Ergun Özsunay, **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1974, s. 76; Heinrich Honsell, **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 4. Baskı, Schulthess, Zürich, 2005, § 4 N. 5, s. 48; Oftinger/Stark, § 6, N. 94, s. 275, Erlüle, s. 125, 126. *Bedensel bütünlük eş deyişle vücut bütünlüğü kavramının fizikî bütünlük yanında ruhsal bütünlüğü ve sağlığı da kapsadığı tartışmasıdır.* (HGK, 11.4.2018, 2015/21-966, 2018/76; 21.HD, 3.4.2018, 2016/15693, 2018/3266; 21.HD, 18.3.2014, 16869/5227), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 27.1.2019).

bütünlüğünün ihlâli arasında ayrım yapıldığı görülür²². Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda da mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi ölüm hâlinde uğranılan zararlar ve bedensel zararlar arasında ayrım yapılarak düzenleme yapılmıştır. Ancak öğretilde bizim de katıldığımız ve çalışmamızda esas aldığımız görüşe göre beden bütünlüğünün ihlâli kavramı hem yaşam hem de sağlık hakkı ihlâlini de kapsayıcı bir kavramdır²³. Buna göre her türlü ölüm, yaralanma, organ kaybı, duyu kaybı, kol ve diş kırılması, beyin sarsıntısı geçirilmesi fizikî bütünlüğe müdahale sonucu beden bütünlüğünün ihlâline örnek teşkil eder. Bunun yanında psikolojik bütünlüğe yapılan müdahaleler sonucunda da fizikî bütünlük zarar görebilir. Psikolojik bir travma sonrası saç dökülmesi ve sindirim sisteminin bozulması bu duruma örnek gösterilebilir.

Beden bütünlüğünün ihlâli, müdahale sonucunda fizikî acı duymaya bağlı değildir. Bu sebeple kişinin iradesi dışında saçlarının kesilmesi, iradesi dışında boyanması beden bütünlüğünün ihlâli kapsamında değerlendirilir. Aynı şekilde beden bütünlüğünün ihlâlinin dıştan görülebilir olması da gerekmez. Örneğin, sindirim sisteminde meydana gelen düzensizlik, iç yaşam fonksiyonunun normal işleyişini bozan bir müdahale olarak beden bütünlüğünün ihlâli kapsamında değerlendirilir²⁴.

Kirli havanın astım hastalığına, kirli suyun difteriye, aşırı gürültünün işitme kaybına sebep olması durumları da beden bütünlüğünün ihlâlini oluşturur²⁵.

Beden bütünlüğü, bir haksız fiil ile ihlâl edilebileceği gibi sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle de ihlâl edilebilir. Uygulamada daha çok trafik kazaları, işverenin işçiyi gözetim borcuna aykırı davranması nedeniyle meydana gelen iş kazası ve meslek hastalıkları ile hatalı tıbbî müdahaleler sebebiyle beden bütünlüğünün ihlâli gerçekleşmekte; bu sebeplere dayanılarak tazminat davaları açılmaktadır²⁶. Özellikle cerrahî müdahale sonucu hastanın bedeninde sabit iz kalması, üreme yeteneğinin

²² Eren, Kişiyi İlişkin Zarar, ss. 57, 58; Erlüle, s. 129.

²³ Savcı, s. 30; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s. 389.

²⁴ Honsell, § 4 N. 6, s. 49; Karner, ss. 69, 70; Erlüle, s. 130.

²⁵ Honsell, § 4 N. 7, s. 49; BGH, NJW 1993, s. 925-927.

²⁶ 17.HD, 3.2.2020, 2018/4135, 2020/329; 21.HD, 25.2.2020, 2019/5042, 2020/1136; 13.HD, 5.12.2019, 2016/26503, 2019/12163, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

kaybı, ameliyat sırasında verilen kanın HIV²⁷ taşıması nedeniyle hastanın AIDS hastalığına yakalanması gibi durumlarda beden bütünlüğü ihlâl edilmiş sayılır²⁸.

Beden bütünlüğü, fizikî bütünlük ve ruhsal bütünlükten oluşur. Bu sebeple fizikî bütünlüğün ihlâli gibi ruhsal bütünlüğe karşı yapılan bir müdahale ile de beden bütünlüğünün ihlâli meydana gelebilir. Genellikle ruhsal bütünlük ihlâl edildiğinde, kişinin fizikî bedeninde yapısal bir değişiklik meydana gelmez. Müdahale sonucunda zarar görenin irade, zekâ, duygu, karar alma gibi yeteneklerinde değişiklikler olur. Ağır kazalar neticesinde oluşan hafıza kaybı, ölüm korkusu, uyku bozuklukları, yalnız kalma korkusu, güvensizlik, panik gibi olgular ruhsal bütünlüğün ihlâline örnek gösterilebilir²⁹.

Ruhsal bütünlüğün ihlâli kişinin fizikî varlığına yapılan müdahaleler sonucu oluşabileceği gibi fizikî varlığına herhangi bir müdahale olmaksızın salt psikolojik müdahaleler sonucu da oluşabilir. Kişinin aylarca süren sessiz telefon aramaları sonucunda psikolojisinin bozulması son duruma örnek olarak gösterilebilir³⁰. Tıbbî olarak teşhis edilebilir psikolojik rahatsızlıklar ister fizikî varlığa yapılan bir müdahale sonucu, isterse de salt psikolojik nedenlerden kaynaklansın beden bütünlüğünün ihlâli niteliğindedir.

Beyin ve sinir sistemine ilişkin fonksiyonel bozukluklar, uyku ve kaygı bozuklukları, depresyon, psikoz, nevroz, şok gibi rahatsızlıklar beden bütünlüğünün ihlâli kapsamında değerlendirildiği gibi beyin sarsıntısına bağlı organik kökenli demans, psikolojik travmaya bağlı olarak kazaya ilişkin verilerin yeterince değerlendirilememesi durumları da beden bütünlüğünün ihlâli niteliğindedir³¹.

Ruhsal bütünlüğün ihlâli nedeniyle tazminata hükmedilebilmesi için tıbbî olarak teşhis edilebilir olması; yani hastalık boyutuna ulaşmış olması gerekir. Öğretide ruhsal bütünlüğün ihlâli sonucunun hangi durumlarda hastalık boyutuna ulaştığının hukuk bilimi tarafından tespit edilmesi; ancak hastalık kavramının hukukî olarak yorumlanmasında tıbbî hastalık kavramından yararlanılması gerektiği ifade

²⁷ AIDS hastalığı ilk aşamada ortaya çıkmamış olsa da HIV enfekte edilmesiyle beden bütünlüğü ihlâl edilmiş olur (BGH, NJW, 1989,s. 781-783).

²⁸ Honsell, § 4 N. 6, s. 49; Erlüle s. 130.

²⁹ Oftinger/Stark, § 6, N. 94, s. 275; Eren, s. 745; Erlüle, s. 131.

³⁰ Erlüle, s. 131.

³¹ Roberto, N.113, s. 33; Erlüle, s. 131.

edilmiştir³². Tıbbî hastalık tanımı hâkim için bir hareket noktası olabilirse de bağlayıcı değildir. İhlâlin hastalık boyutuna ulaşp ulaşmadığı, dolayısıyla tazminata karar verilmesi gerekip gerekmediği, hâkimin esaslı bir değerlendirmesini gerekli kılar. Bununla birlikte hâkim tıp bilimine ilişkin verilerin değerlendirilmesinde tıp uzmanı bilirkişilerden yararlanır. Burada bilirkişilerin işlevi tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceğinin belirlenmesinde değil, psikolojik rahatsızlık şeklinde oluşmuş zararı tıbbî olarak tanımlayıp analiz ederek hukukî meselenin aydınlatılmasına yardımcı olmak şeklinde kendini gösterir³³.

Alman Federal Mahkemesi psikolojik rahatsızlıkların tazmin edilecek boyuta ulaşp ulaşmadığını belirlerken toplumda hâkim olan genel anlayış kriterine de başvurmaktadır. Yas, üzüntü, moral bozukluğu, umutsuzluk gibi olağan duygu durumlarını tazminat hukukunun sınırsız bir şekilde genişlemesinin önüne geçmek amacıyla sağlığın bozulması kapsamında değerlendirmemektedir³⁴.

Hastalık boyutuna ulaşmış psikolojik rahatsızlıklar genelde kalp çarpıntısı, mide ağrısı, aşırı terleme, yüksek tansiyon gibi psikosomatik hastalıklara neden olurlar. Ancak ruhsal bütünlüğün ihlâl edilmiş sayılması için mutlaka psikosomatik semptomların ortaya çıkması gerekli değildir³⁵.

Sonuç olarak beden bütünlüğünün ihlâli kavramı kişinin hem fizikî varlığına hem de ruhsal varlığına yapılan her türlü müdahale olarak özetlenebilir. Bu müdahale fizikî varlığı tamamen yok edecek şekilde; diğer bir ifadeyle ölüm olayına yol açacak şekilde gerçekleşebileceği gibi kişinin iradesi dışında saç veya sakalının kesilmesi hâlinde olduğu gibi sağlığında hiçbir bozukluğa yol açmayacak şekilde de gerçekleşebilir.

³² Karner, s. 97; Erlüle, s. 132.

³³ Erlüle, s. 132.

³⁴ Karner, s. 98. BGHZ 56, ss. 163-165.

³⁵ Erlüle, s. 133.

b. Zarar

(1) Maddî Zarar

Dar anlamda zarar kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen azalmadır. Bu zarar maddî zararı ifade eder. Geniş anlamda zarar ise malvarlığındaki unsurlar yanında şahıs varlığında yer alan vücut, yaşam, kişilik, namus, kredi gibi unsurlarda irade dışında meydana gelen azalmayı da kapsar³⁶. Zararın hesabı ise Türk-İsviçre hukukunda hâkim görüş olan “fark (menfaat) teorisi³⁷” kullanılarak yapılmaktadır. Buna göre, zarar verici olay gerçekleşmeseydi malvarlığının içinde bulunacağı farazî durum ile zarar verici olay gerçekleştikten sonra sonra malvarlığının içinde bulunduğu durum arasındaki fark, zararı ifade eder³⁸. Fark teorisine göre zarar kabul edilmeyen bazı durumlar için Alman hukuk öğretisinde normatif zarar teorisinden hareketle zarar kavramı genişletilmiştir³⁹. Bir nesnenin kullanım ve sürüm değeri, boş zamanlar ve tatil süreleri, ekonomik nitelikli fırsatlar, soyut iş gücü ve kazanç yeteneği gibi önceleri malvarlığı değeri olarak kabul edilmeyen değerler normatif zarar kavramına göre maddî zarar olarak nitelendirilir⁴⁰.

³⁶ Oftinger/Stark, § 2 N. 5, s. 71; Haluk Tandoğan, **Türk Mesuliyet Hukuku (Akitdışı ve Akdi Mesuliyet)**, Ankara, 1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 43; Zahit İmre, “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri I”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 13, Sayı: 4, 1947, s. 1483; Ahmet M. Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, 2016, Ankara, s. 311; Karahasan, s. 81, 175; Cihan Avcı Braun, “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına Ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı: 1, 2015, s. 41; Seda İrem Çakırca, **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı Bir Kazanç Kaybı Türü**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 25; Erlüle, s. 31.

³⁷ Oftinger/Stark, § 2 N. 9, s. 72; Honsell, § 8 N. 11, s. 81; Fischer Willi, **Haftpflichtkommentar**, Dike, Zürich, 2016, Rz. 17, s. 89. Türk Tazminat Hukuku uygulamasında da fark teorisi benimsenmiştir. Bkz. 17.HD, 28.3.2016, 2015/17481 2016/3833; 7.HD, 25.4.2014, 2012/7348, 2014/8926; 3.HD, 3.10.2013, 10749/13816; 4.HD, 12.01.1982, 13394/274, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 4.2.2019).

³⁸ Oftinger/Sratk, § 2 N. 9, s. 72; Honsell, § 8 N. 11, s. 81; Teoman Akünal, **Haksız Fiilden Doğan Zararda Denkleştirme Sorunu**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977, ss. 52, 53; Haluk Nomer, **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, Beta, İstanbul, 1996, s. 6; Tandoğan, s. 65; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 548; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, (C. II), s. 38; Eren, ss. 522, 523; Karahasan, s. 82; Avcı Braun, s. 43; Çakırca, s. 15.

³⁹ Walter Selb, **Schadensbegriff und Regreßmethoden**, Verlag Winter, Heidelberg, 1963, ss. 53 vd.; Peter Detlefsen, **Schadensersatz für entgangene Gebrauchsvorteile**, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1969, s. 25; Larenz, § 29 II, ss. 491 vd.

⁴⁰ Nomer, s. 17; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, ss. 548, 549; Erdem Büyüksağış, **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007, ss. 163-164;

Bu değerlerin manevî yönü ağır basmakla birlikte ekonomik bir değer taşıdıkları da görülür. Normatif zarar kavramının kabul edilmesinde ticarileşme teorisi⁴¹ (Kommerzialisierungstheorie) ve beklentinin boşa çıkması teorisi⁴² (Frustrationstheorie) önemli rol oynamıştır⁴³. İsviçre Federal Mahkemesi sadece beden bütünlüğünün ev işlerini göremeyecek derecede ihlâl edildiği hâllerde meydana gelen zararlar⁴⁴ ile bakım zararlarını⁴⁵ normatif zarar teorisine göre zarar kavramına dâhil etmiştir.

Malvarlığındaki eksilme malvarlığı ya da şahıs varlığı değerlerine yönelik bir fiil sebebiyle gerçekleşmiş olabilir. Bir kimsenin malının hasara uğratılması, malvarlığına yönelik haksız fiilden doğan maddî zararı oluştururken bir kimsenin beden bütünlüğünün ihlâli sebebiyle yapılan tedavi masrafları ise şahıs varlığına yönelik haksız fiilden doğan maddî zararı oluşturur. Fiilin şahıs varlığına yönelik olması fiil sonucunda oluşan malvarlığı değerlerindeki eksilmenin niteliğinde bir değişiklik yaratmaz, ortaya çıkan zarar maddî zarardır⁴⁶.

Murat Topuz, **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, On İki Levha, İstanbul, 2011, ss. 32-33; Erlüle, s. 33.

⁴¹ Bu teoriye göre eğer bir şey piyasada para karşılığı elde edilebiliyorsa ticarileşmiştir ve bu sebeple malvarlığı unsurlarına dâhil olup onun ihlâli maddî zararı oluşturur. Oysa fark teorisine göre, örneğin; bir şeyin kullanım olanağından yoksun kalmanın maddî zarar olarak kabul edilebilmesi için malvarlığında bir eksilme meydana gelmelidir. Hasara uğramış taşıtın tamir süresince kullanılmadığı bir durumda araç sahibi başka bir araç kiralamaz ya da işine yürüyerek gidip gelirse fark teorine göre aracını kullanamaması sebebiyle malvarlığında bir eksilme meydana gelmediği için zarardan söz edilemezken, ticarileşme teorisi taşıtı kullanma olanağından yoksun kalmayı başlı başına bir maddî zarar olarak kabul eder (Nomer, s. 17; Büyüksağış, ss. 229 vd.; Topuz, s. 34; Erlüle, s. 34).

⁴² Bu teoriye göre ileride elde edilebilecek bir menfaat düşünerek ve belli bir amaç doğrultusunda yapılmış ancak amacın ulaşılmasına engel olduğu için karşılığı elde edilememiş, boşa giden harcamalar zarar kapsamına dâhildir (Nomer, s. 21; Büyüksağış, s. 232; Erlüle, s. 35).

⁴³ Zarar kavramını açıklamaya yönelik teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Brehm, Berner Kommentar, Art. 41, Rz. 84, ss. 80-82; Elif Aydın, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, Adalet, Ankara, 2017, ss. 25 vd.

⁴⁴ BGE, 129 III 135 S. 151, (<https://www.bger.ch/jurisdiction-recht>), (Erişim Tarihi: 3.2.2019).

⁴⁵ BGE, 127 III 403 S. 406; BGE, 26.3.2002 4C. 276/2001, (<https://www.bger.ch/index/jurisdiction.htm>), (Erişim Tarihi: 3.2.2019).

⁴⁶ Ünal, s. 399; Kemal Tahir Gürsoy, “Manevi Zarar ve Tazmini” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 1-4, 1973, ss. 7-9; Kılıçoğlu, s. 311; Avcı Braun, s. 42; Erlüle, s. 65.

Zarar malvarlığının aktifinin azalması ve pasifinin artması şeklinde *fiilî zarar* olarak ortaya çıkabileceği gibi malvarlığının aktifinin artmasının ve pasifinin azalmasının engellenmesi şeklinde *yoksun kalınan kâr* olarak da ortaya çıkabilir⁴⁷.

Zararın varlığından söz edebilmek için malvarlığındaki eksilmenin dava tarihine kadar gerçekleşmiş olması zorunlu değildir. Hayatın olağan akışına göre, gelecekte gerçekleşeceği normal olarak beklenen malvarlığı eksilmeleri olarak *müstakbel zararlar* da tazminat talebine konu teşkil edebilir. Tazminat talebi için zarara sebebiyet verecek fiilin meydana gelmiş olması yeterlidir⁴⁸. Öğretide *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop* ise tazminat talebi için bir zararın doğmasına gerek olmayıp belirmiş olmasının yeterli olduğunu ifade etmiştir. Diğer bir ifadeyle zarar gerçekleşmiş ya da hayat deneyimlerine göre gerçekleşeceği normal olarak kabul edilmiş olmalıdır. Özellikle beden bütünlüğünün ihlâlinde zarar verici etkiler çoğu zaman dava tarihinden sonra meydana gelir⁴⁹. Örneğin; çalışma gücünün kısmen yitirilmesi durumunda, zarar hesabının esas alındığı tarihten sonraki dönemde elde edilecek gelirdeki azalmalar müstakbel zarar olarak nitelendirilir. Müstakbel zararda, zararın gerçekleşmesi kuvvetle muhtemeldir. Ancak kesin değildir. Türk, Alman ve İsviçre hukukunda kabul edilen zararın birliği ilkesi (Schadenseinheit) gereği müstakbel zarar fiilen gerçekleşmeden önce gerçekleşmiş zarar ile birlikte talep edilebilir. Aynı fiilden doğan zararlar birbirinden bağımsız olarak değil, birlik olarak hesaplanır⁵⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 54. maddesi uyarınca bedensel zarar; özellikle tedavi masrafları, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlardan oluşur. Ancak, bu sayım hükmün lâfzından da anlaşıldığı üzere tahdidî değildir. Tedavi giderleri, zarara uğrayan mağdurun kendisini ölümden kurtarmak, acı ve ıstıraplarını dindirmek, olaydan daha büyük zararlara uğramamak için önlem almak amacıyla yapılan giderlerdir. Hastane, sağlık yurdu, ilk yardım, kaplıca gibi müesseselere

⁴⁷ Tandoğan, s. 63; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, ss. 559, 561; Karahasan, ss. 81 vd; Oğuzman/Öz, C. II, s. 40; Eren, s. 526; Avcı Braun, ss. 42, 43.

⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 559; Oğuzman/Öz, C. II, s. 43; Karahasan, s. 507; Avcı Braun, s. 44.

⁴⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 559.

⁵⁰ İbrahim Gül, "Zararın Birliği İlkesi ve Sonuçları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 140, 2019, ss. 223, 224.

yapılan ödemeler; doktor, hemşire, hastabakıcı, iğneci gibi tedavi ile uğraşanlara ve yardımcılara yapılan masraflar; muayene, tahlil, ameliyat v.b. hizmetlerin ücretleri ve masrafları; muayene, tahlil ve tedavi için taksi, ambulans gibi sağlık merkezlerine gidiş – geliş ücretleri; fizik tedavi ve rehabilitasyon giderleri; röntgen, radyoloji, ortopedi tedavisi, protez bedelleri, bunların tekrarlanması ve yenilenmesi için yapılan masraflar; her türlü ilaç ve munzam gıda bedelleri; yer değiştirme ve mağdurun yakınlarının gidiş – geliş ve ikamet giderleri beden bütünlüğünün ihlâli durumunda tazmin edilecek zararlardandır⁵¹. Bu masrafların talep edilebilmesi fiilen yapılmasına bağlı olmayıp ilerde yapılması gerektiğinin anlaşılması yeterlidir⁵².

Çalışma gücü bir kimsenin bedenî, ruhî ya da zihnî yeteneklerine bağlı ekonomik verimliliğidir. Bu yüzden bedende gözle görülebilir bir sakatlanma ya da eksiklik çalışma gücü kaybı için gerekli değildir. Eğer çalışma gücü geçici bir süreliğine kaybedilmişse bu yüzden yoksun kalınan kazanç, zararı oluşturur. Ancak, çalışma gücü kaybı devamlı ise zararı belirlemek için öncelikle, zarar gören kişinin zarar meydana gelmeden önceki elde ettiği kazanç miktarı, eğer henüz çalışmaya başlamamışsa ailevî durumu, çevresi ve kabiliyetleri göz önüne alınarak hangi mesleği icra edip ne kadar kazanacağı, zarar gören kişinin ne zamana kadar yaşayacağı, çalışma gücü kayıp oranı, çalışma gücü kaybı nedeniyle uğranan kazanç kaybının başka yollardan telafi edilip edilemeyeceği tespit edilmelidir⁵³.

Bazen beden bütünlüğünün ihlâli çalışma gücüne doğrudan etki etmese de zarar gören için gelecekte birtakım ekonomik zorluklara neden olabilir. Örneğin, bir tiyatro oyuncusunun yüzünü çirkinleştiren bir fiil, onun ileride iş bulmasını güçleştiren bir sebep olabilir⁵⁴.

Türk Borçlar Kanunu’nun 53. maddesinde ise ölüm hâlinde uğranılan zararlar kapsamında ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücü

⁵¹ Sema Güleç Uçakhan, **Ankara Barosu Ulusal Kongre Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usûlü Kongresi**, Ankara, 4-5-6 Nisan 2013, ss. 43, 44.

⁵² “Çocuğun yüzündeki değişikliğin düzeltilmesi için yapılacak estetik veya benzeri ameliyat gideri de gerçekleşmiş zarar niteliğindedir. O halde bu giderlerin yapılmasında sonra isteneceği şeklindeki görüş kanuna aykırıdır. Yapılacak iş ameliyat giderlerinin davacı tarafa açıklattırılması ve ondan sonra bilirkişi eliyle gerçek tutarın tesbiti ve bulunacak gerçek giderin alınmasına karar verilmekten ibarettir”. (4.HD, 14.7.1967, 7692 karar sayılı ilâm), (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 603, dn. 1a).

⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, ss. 604-612.

⁵⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 612.

kaybından doğan zararlara ek olarak cenaze giderleri ile ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin uğradıkları zararlar yer alır. Ölüm olayı sebebiyle gerçekleşen otopsi, ceset yıkama, kefenleme, taşıma, tabut, kabir yeri, mezar taşı, ölüm ilânı gibi giderler cenaze giderleri kapsamındadır⁵⁵. Ölen kişinin, desteğe muhtaç olup geçimini kısmen ya da tamamen karşıladığı veya gelecekte karşılayacağı kişilerin ölüm sebebiyle uğradıkları maddî zarar destek kaybından doğan zarar olarak adlandırılır. Ölenin desteğinden mahrum kalanların Türk Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi gereği özel ve bağımsız bir talep hakkı doğmaktadır⁵⁶.

(2) Manevî Zarar

Kişinin malvarlığı dışında şahıs varlığını oluşturan beden bütünlüğü, isim, şeref, haysiyet gibi kişilik değerlerinin ihlâl edilmesi sebebiyle şahıs varlığında meydana gelen eksilme manevî zararı oluşturur. Manevî zarar kavramı, geniş anlamda zarar tanımının içinde yer alır⁵⁷. Öğretide manevî zararın tanımı teorilere göre farklılık göstermektedir. Türk-İsviçre hukunda hâkim görüş olan subjektif teoriye göre kişilik hakkının ihlâli sonucunda manevî acı, ızdırıp, ruhsal dengenin bozulması, yaşama sevincinin azalması, huzur ve mutluluk kaybı durumlarında manevî zarar oluşur. Bu teoriye göre manevî zararın oluşabilmesi için kişilik hakkının ihlâli tek başına yeterli değildir. Ayrıca kişilik hakkında meydana gelen eksilmenin hissedilmesi⁵⁸ gerekir⁵⁹. Subjektif teorinin açık eleştirisi olan objektif teoriye göre ise kişinin hukukça korunan kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı

⁵⁵ Eren, s. 774.

⁵⁶ Brehm, Berner Kommentar, Art. 41 Rz. 19, s. 17; Eren, ss. 775 vd.

⁵⁷ Alman ve Avusturya hukukunda zarar kavramı ile geniş anlamda zarar ifade edilirken Türk-İsviçre hukukunda zarar kavramından daha çok maddî zarar anlaşılmaktadır. Gürsoy, s. 7; Mustafa Tiftik, **Akit Dışı Sorumlulukta Maddî Zararın Kapsamı**, Yetkin, Ankara, 1994, s. 51. Erlüle, ss. 32, 38.

⁵⁸ Hissetme yeteneği bulunmayan tüzel kişiler ve ayırt etme gücünden yoksun kişilerin subjektif teoriye göre manevî tazminat talep edip edemeyecekleri tartışmalıdır. Bu konudaki görüşler için bkz. Erlüle, ss. 39-43. İsviçre Federal Mahkemesi tüzel kişilerin ve sürekli ve kesin olarak ayırt etme gücünden yoksun kişilerin manevî tazminat talep edebileceklerini kabul etmiştir. Bkz. BGE, 188 II 422; BGE 116 II 519, (<https://www.bger.ch/jurisdiction-recht>), (Erişim Tarihi: 3.2.2019). Türk tazminat hukuku uygulamasında tüzel kişilerin manevî tazminat talep edebilecekleri tartışmasız kabul edilmektedir. Bkz. 4.HD, 18.11.2014, 2013/15239, 2014/15505; HGK, 19.2.1997, 1996/4-841, 1997/97; 4.HD, 22.5.1998, 2279/3819, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 4.2.2019).

⁵⁹ Oftinger/Stark, § 8 N. 11, s. 423; Oğuzman/Öz, C. II, s. 40; TekinayAkman/Burcuoğlu/Altıntop, s. 655; Tandoğan, s. 330; Karahasan, ss. 65 vd.; Ahmet Kılıçoğlu, **Şeref Haysiyet ve Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1993, (Basın), s. 244; Ünal, s. 399.

ihlâllerin şahıs varlığında meydana getirdiği objektif eksilme manevî zararı meydana getirir⁶⁰. Görüldüğü üzere bu teoriye göre manevî zararın oluşabilmesi için kişilik değerlerinin ihlâlî sonucunda kişinin iç dünyasında bir duygu zararı yaşaması gerekmez. Ancak ihlâl neticesinde hissedilen duygu zararı zararın “olmazsa olmaz” unsuru değilse de zarar miktarının belirlenmesinde rol oynayabilir⁶¹.

c. Kusur

(1) Genel Olarak

Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi, İngiltere ve ABD hukukları da dâhil olmak üzere, hemen bütün hukuk sistemlerinde hukukî sorumluluğun genel kuralı kusur prensibine dayanmaktadır. Roma hukukunda, keza İngiliz hukukunda (Common Law'da) ve ABD hukukunda kusur, hukukî sorumluluğun tek unsuru değil, sadece çeşitli haksız fiil türlerinin ortak bir unsurudur. Hukukî sorumluluğun esas unsuru olarak kusur ilkesi, 1804 tarihli Fransız Medenî Kanunu'nun 1382. maddesi ile genel bir kural olarak ortaya konmuştur. Bu ilke, 19 uncu yüzyıldaki liberal düşünce tarzına ve sisteme uygun bulunduğundan, bütün Avrupa'ya yayılmıştır⁶².

Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesine göre bir kimsenin başkasına zarar veren hukuka aykırı (akit dışı) bir fiil veya davranışından dolayı tazminatla yükümlü kılınabilmesi için onun kusurunun bulunması şarttır.

Kusur hukuk düzeninin kişiden makûl olarak beklediği gereken özeni kişinin göstermemiş olmasıdır⁶³. Kişiden beklenen makûl özenin ölçüsü konusunda öğretide

⁶⁰ Eren, s. 532; Rona Serozan, “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990, s. 83; Erlüle, ss. 56-67.

⁶¹ Erlüle, s. 63.

⁶² Zahit İmre, “Hukukî Mesuliyetin Esası Üzerine Bazı Düşünceler” Doğumunun 100. Yılında Atatürk'e Armağan, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1979-1981, (Hukukî Sorumluluk), s. 404.

⁶³ Bir takım yazarlar kusurlu davranışı hukuka aykırı davranışa konusundaki irade olarak tanımlar (Tandoğan, s. 318; Nomer, ss. 86, 87; Tiftik, s. 107; Oğuzman/Öz, C. II, s. 52; Fikret Eren, **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, (Uygun İlliyet), s. 189). Bazı yazarlar ise bir davranışın kusurlu sayılabilmesi için bir hakkın ya da hukuk kuralının ihlâl edilmiş olmasının gerekmediğini, kusurun hukuka aykırılıktan bağımsız olarak

objektif ve subjektif olmak üzere iki teori bulunmaktadır. Bunlardan Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan objektif teoriye göre bir kişinin hukuk düzeninin aradığı makûl özeni gösterip göstermediği, zarar verenle aynı zaman, mekân, yaş, cinsiyet, meslek ve fizikî koşullara sahip, normal ve makûl bir kişinin göstereceği özenle karşılaştırılarak belirlenir. Objektif görüşün karşısında yer alan subjektif görüşe göre ise kişinin şahsî özellikleri, yetenek ve meslekî becerileri dikkate alınarak kişinin özenli davranıp davranmadığı belirlenmelidir⁶⁴.

Objektif sorumluluk hâllerinde zarar verenin kusuru, sorumluluğun doğması için gerekli olmasa da zarar verenin ayrıca kusurlu bulunması ve bu kusurunun derecesi, zarar görenin müterâfik kusurunun göz önüne alınmasını engelleyici bir etki yaratabileceği gibi tazminat miktarının belirlenmesinde de rol oynar⁶⁵.

(2) Manevî Tazminat Bakımından

Türk Borçlar Kanunu'nun ölüm ve bedensel zarar hâllerinde manevî tazminatı düzenleyen 56. maddesinde (818 s. BK m. 47) özel olarak kusurdan bahsedilmemesi sebebiyle beden bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan manevî tazminat taleplerinde zarar verende kusur şartı aranıp aranmayacağı tartışılmıştır⁶⁶. Çelişkili kararlar verilmesi üzerine, Yargıtay 1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinin (TBK m. 56) uygulanmasında kusur şartı aranmadığını kabul etmişti. Oysa 818 sayılı Kanun döneminde olduğu gibi Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin (BK m. 47) sorumluluk şartlarını belirleyen bir kural olmaması sebebiyle kusurdan bahsetmemesi normaldir. Söz konusu sorumluluğun, kusur sorumluluğu ya da kusursuz sorumluluk olduğu Türk Borçlar Kanunu'nun 49 ve 65 ilâ 71. maddelerine göre belirlenir. Bu sebeple kusur

tanımlanması gerektiğini ileri sürmektedirler (Başak Baysal, **Zarar Görenin Kusuru (Müterâfik Kusur)**, On İki Levha, İstanbul, 2012, s. 104.

⁶⁴ Honsell, s. 57; Yeşim Atamer, **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması (Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları)**, Beta, İstanbul, 1996, s. 31; Zahit İmre, **Medenî Hukuka Giriş**, 3. Bası, İstanbul, 1980, (Medenî), s. 28; Baysal, ss. 107 vd. Objektif görüş teorisine göre ayırt etme gücünün olup olmadığının belirlenmesinde istisnâ olarak kişinin subjektif özellikleri dikkate alınmalıdır.

⁶⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 592.

⁶⁶ Tartışmalar hakkında bkz. Gürsoy, ss. 14-16; Mehmet Ünal, "Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 35, Sayı: 1-4, 1978, s. 429. Tandoğan, s. 339.

sorumluluğuna dayanarak, Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesi gereği manevî tazminat talep edildiğinde, zarar verenin aleyhine manevî tazminata hükmedilebilmesi için zarar verenin kastı ya da ihmali aranır⁶⁷. Kusursuz sorumluluk hâllerinde 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi (TBK m. 56) uyarınca tazminat talep edilip edilmeyeceği tartışılmış olsa da 1966 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararından sonra tazminat talep edilebileceği tartışmasız kabul edilmiştir.

Özetlemek gerekirse sorumluluk için aranan şartlar gerçekleşmişse hem kusur sorumluluğunda hem de kusursuz sorumlulukta Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine dayanarak manevî tazminat talep edilebilir. Tazminata hükmedilebilmesi için kusurun gerekli olup olmadığı talebin dayandığı sorumluluk türüne göre belirlenecektir.

(3) Sözleşmeye Aykırılık Hâlinde

Beden bütünlüğü sözleşmeye aykırı bir davranışla da ihlâl edilebilir⁶⁸. Bu durumda beden bütünlüğünün ihlâline bağlı zararlar sözleşme sorumluluğu hükümlerine göre tazmin edilir. Beden bütünlüğü sözleşmeye aykırı bir davranış sonucu ihlâl edilmişse sözleşme sorumluluğunun doğabilmesi için zararın borca aykırı ve kusurlu bir hareketle meydana gelmiş olması aranır. Ancak haksız fiil sorumluluğundan farklı olarak sözleşme sorumluluğunda kusurun karine olarak varlığı kabul edilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesine göre borçlu borca aykırı davranışında kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe zarardan sorumlu olur. Buna hafifletilmiş kusur sorumluluğu denilmektedir⁶⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesi ve devamında borcun hiç veya gereği gibi ifa edilmediğinde bundan doğan zararın tazmin edileceği ifade edilmiştir. Bu hükümlerde sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle oluşan manevî tazminat talepleri açıkça düzenlenmemiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin ikinci

⁶⁷ Şükran Taman, **Beden Tamlığının İhlallerinde ve Ölüm Halinde Manevi Tazminat**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1984, s. 33; Erlüle, s. 149.

⁶⁸ Örneğin, hekimlik sözleşmesine aykırı bir davranış sonucu kişinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanması, taşıma sözleşmesine aykırılık sebebiyle yolcunun yaralanması, satın alınan bir telefonun üretim hatası sebebiyle patlaması sonucu kişinin duyma kaybı yaşaması, işverenin işçiyi gözetim borcuna aykırı davranması sebebiyle işçinin iş kazasına uğraması (Erlüle, s. 153).

⁶⁹ Eren, s. 1082; Oğuzman/Öz, C. I, s. 406.

fikrasında haksız fiil sorumluluğuna ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerinde de uygulanacağı belirtilmiştir. Bu hükümden hareketle, sözleşmeye aykırı bir davranış sonucunda beden bütünlüğü ihlâl edilenler, manevî zararlarının tazmini için sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk kapsamında kıyasen Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin uygulanmasını talep edebilirler⁷⁰.

ç. Uygun İlliyet Bağı

Zarar verici davranış ile mantıkî olarak bağlantısı bulunan tüm zararlardan zarar görenin sorumlu tutulması adil olmayan sonuçlar doğurur⁷¹. Bu sebeple sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin çeşitli teoriler ileri sürülmüştür⁷². Bu teorilerden uygun illiyet bağı teorisi, Türk-İsviçre hukukunda hâkim olan teoridir⁷³. Bu teoriye göre zarar verici fiil, somut olaydaki sonucu olayların normal akışı ve hayat tecrübelerine göre meydana getirmeye genel olarak elverişli ise zarar verici fiil ile zarar arasında uygun illiyetin var olduğu kabul edilir⁷⁴. Sorumluluk için gerekli olan illiyet hakkında öğretide maddî ve hukukî olmak üzere iki şart belirlenmiştir. Bunlardan ilki mantıken fiil ile zarar arasındaki kavranabilinecek sebep - sonuç ilişkisine dayanan maddî bağ olarak tanımlanan maddî şarttır. Hukukî şart ise meydana gelen zarar genel hayat tecrübelerine göre belli bir fiilin uygun ve normal sonucu olarak kabul edildiğinde gerçekleşmiş olur. Örneğin; A'nın B'ye "budala" demesi üzerine B'nin kalp krizi geçirmesi durumunda nedensellik bağının maddî şartı gerçekleşmiş olsa da hukukî şartı gerçekleşmemiştir. Çünkü kalp krizi işlenen haksız fiilin normal ve olağan sonu olarak kabul edilemez⁷⁵. Ancak illiyetin uygun olduğunu kabul edebilmek için işlenen fiilin, oluşan sonucu düzenli bir şekilde veya sık sık meydana getirecek olmasına gerek yoktur. İlliyetin uygun olup olmadığı

⁷⁰ Erlüle, ss. 152, 153.

⁷¹ Eren, Uygun İlliyet, s. 21; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıntop, s. 568; Erlüle, s. 169.

⁷² Teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, Uygun İlliyet, ss. 21 vd.

⁷³ Oftinger/Stark, § 3 N. 14, s. 109; Brehm, Berner Kommentar, Art. 41 Rz. 121, s. 104; Eren, Uygun İlliyet, ss. 21 vd.; Eren, s. 540; Oğuzman/Öz, C. II, s. 44; Tandoğan, s. 76; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıntop, ss. 573-576.

⁷⁴ Brehm, Berner Kommentar, Art. 41 Rz. 120, s. 103; Eren, Uygun İlliyet, s. 59; Erlüle, s. 169.

⁷⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıntop, s. 574.

belirlenirken, geriye doğru giderek işlenen fiilin meydana gelen sonuçlar bakımından esaslı bir sebep teşkil edip etmediğini tespit etmek gerekir⁷⁶.

Manevî zararlar bakımından hâkim olan subjektif görüşe göre⁷⁷ kişisel değerlerin ihlâli, doğrudan manevî zararı meydana getirmediği için kişisel değerleri ihlâl eden davranış ile ihlâlden doğan manevî zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması gerekir. Objektif görüşte olanlar ise kişisel değerlerin ihlâli ile manevî zarar arasındaki uygun illiyet bağının araştırılmasına gerek olmadığını savunmaktadır. Çünkü kişisel değerlerin ihlâli tek başına manevî zararı meydana getirir. Kişisel değerlerin ihlâl edilmiş olması ayrıca ihlâl nedeniyle kişisel değerlerde oluşan eksilmenin hissedilmesine gerek olmaksızın manevî zararı meydana getireceğinden bu görüşe göre zararın varlığının tespiti için zarar verici davranış ile zarar arasındaki illiyet bağının araştırılmasına ve dolayısıyla ispatına gerek yoktur. Ancak zararın miktarı bakımından kişisel değerlerdeki objektif eksilme sebebiyle hissedilen subjektif duygular önem arz eder. Manevî zararın miktarı belirlenirken zararın ağırlığı kapsamında, ihlâl nedeniyle hissedilen acı, elem, üzüntü ve psikolojik sarsıntıların incelenmesi gerekir. Bu incelemede zarar verici davranış ile hissedilen duygu zararları arasında genel hayat tecrübeleri ve olayların olağan akışına göre aralarında uygun illiyet bağının bulup bulunmadığına bakılır. Zarar görenin kişisel değerlerindeki ihlâl nedeniyle uğradığı duygu zararları genel yaşam riski kapsamında değerlendirilemeyen türden bir zararsa ve kişisel değerleri ihlâl eden fiil, olayların olağan akışı ve hayat tecrübelerine göre söz konusu zararın meydana gelme ihtimalini önemli ölçüde artırmışsa fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı kabul edilir⁷⁸.

Sözleşmeye dayanan sorumlulukta meydana gelen zarar ile kusurlu eylem arasında olması gereken uygun illiyet bağının varlığına ise borç ilişkisi karine oluşturur⁷⁹.

⁷⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıntop, s. 576.

⁷⁷ Oftinger/Stark, § 8 N. 11, s. 423; Karahasan, ss. 65vd.; Oğuzman/Öz, C. II, s. 40; Tekinat/Akman/Burcuoğlu/Altıntop, s. 655; Tandoğan, s. 330; Kılıçoğlu, s. 244; Ünal, s. 399.

⁷⁸ Erlüle, ss. 170-171.

⁷⁹ Çakırca, s. 33.

d. Manevî Tazminat Bakımından Ek Koşul: Olayın Özelliklerinin Manevî Tazminatı Gerektirmesi

Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesinde kişilik haklarının ihlâl edilmesi durumunda manevî tazminat talep edilebileceği genel olarak düzenlenirken beden bütünlüğünün ihlâli hâlinde hükmedilecek manevî tazminat, Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, hâkim beden bütünlüğünün ihlâli hâlinde, olayın özelliklerini göz önünde tutarak manevî tazminata karar verebilir. Olayın özellikleri kriteri, hem manevî tazminata hükmedilip hükmedilemeyeceğinin belirlenmesinde hem de manevî tazminat miktarının tespitinde esas alınır. Kanun koyucu hangi durumların manevî tazminata karar verilmesini haklı kılacağını belirtmemiş; somut olay açısından bu değerlendirmeyi hâkimin takdirine bırakmıştır. Beden bütünlüğünün ihlâlinin ağırlığı, önemli zararlara sebep olması, kalıcılığı, sebep olduğu acılar, tedavi süresi, ihlâl sonucunda evlenme şansının azalması, zarar veren ve zarar görenin kusuru, zarar veren ile zarar gören arasındaki ilişki, zarar verenin zarar gören tarafından affedilmiş olması, olayın zarar veren taraf için de elem verici sonuçlarının olması, zarar görenin kişisel özellikleri gibi olguların *olayın özellikleri* kavramı içinde değerlendirilebileceği öğretisi ve yargı kararlarında⁸⁰ belirtilmiştir. Bu olgular manevî tazminat talebinin reddinin haklı kılacak nitelikte olmadıkları takdirde tazminat miktarının belirlenmesinde de dikkate alınır⁸¹.

2. Tazminatın Belirlenmesi

a. Genel Olarak

Tazminat, zarardan sorumluluğun kapsamını ifade eder. Kural olarak zarar miktarı, hükmedilecek tazminatın üst sınırını teşkil eder. Türk Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi (BK m. 44) uyarınca tazminattan indirim sebepleri mevcut ise mağdur

⁸⁰ 3.HD, 9.9.2019, 2019/3406, 2019/638; 4.HD, 8.10.2019, 2016/13762, 2019/4445; 13.HD, 23.10.2019, 2016/20094, 2019/10401, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 20.06.2020).

⁸¹ Erlüle, s. 171-180.

zararın tamamı için değil, indirim sebeplerinin neden olduğu miktar düşüldükten sonra kalan miktar için sorumlu tutulabilecektir⁸². Zarar verici olay gerçekleşmeseydi zarar görenin ekonomik durumu hangi durumda olacak ise tazminat o durumu sağlamaya yönelik olmalı; zarar göreni zenginleştirmemelidir⁸³. Eğer davacı, uğradığı haksız fiil sebebiyle birtakım ekonomik yararlar sağlamışsa bu yararlar tespit edilen zarar miktarından düşülecektir. Denkleştirme adı verilen bu işlem sonucunda, yararın zarara mahsup edilmesiyle net zarar miktarı tespit edilmiş olacaktır. Bu işlemin amacı, mağdurun haksız fiil sayesinde zenginleşmesini engellemektir⁸⁴. Maddî tazminat, maddî zararın giderilmesi için zarardan sorumlu kişi tarafından yerine getirilmesi gereken ve aynen ya da nakden ifa edilebilen bir edimdir⁸⁵. Tazminatın zararın meydana gelmesini mümkün olduğunca önleme ve zarar meydana geldikten sonra da bu zararı zarardan sorumlu kişiye telafi ettirme amacı vardır⁸⁶.

Türk-İsviçre Borçlar Hukuku sisteminde zararın tespiti ve tazminatın tâyini aşamaları ayırt edilmiştir. Zarar miktarı, tazminat miktarına her zaman eşit olmamakla birlikte tespit edilen zarar, tazminatın en üst sınırını oluşturur⁸⁷. Hâkim kanunda öngörülen sebeplere dayanarak zararın tamamını karşılayacak olan tazminattan indirim yapabilir (TBK m. 51, m. 52). Türk Borçlar Kanunu’nun 51. maddesinin 1. fıkrasına göre hâkim tazminatın kapsamını, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler.

Türk Borçlar Kanunu’nun 51. ve 52. maddelerinin kenar başlıkları, tazminatın belirlenmesi ve tazminatın indirilmesi olarak olarak ayırtdilmiş olsa da her iki hüküm de indirim sebeplerini göstermektedir. Türk Borçlar Kanunu’nun 51. maddesi, 52. maddeyi kapsar şekilde düzenlenmiştir. 52. maddede yer alan indirim sebepleri, 51. maddede belirtilen “*durumun gereği*” ifadesinin kapsamına girmektedir. Bu sebeple tazminatın belirlenmesinde, her iki hüküm de birlikte uygulanır. Kusurun hafifliği, zarar verenin zor durumda olması, zarar görenin rızası,

⁸² Tandoğan, s. 315; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 583; Oğuzman/Öz, C. II, s. 84; Eren, s. 724; Kılıçoğlu, ss. 298, 299; Avcı Braun, s. 44.

⁸³ Tiftik, s. 39.

⁸⁴ Oftinger/Stark, § 2 N. 79, ss. 97, 98; Oğuzman/Öz, C. II, s. 87; Eren, 729; Tandoğan, s. 267; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 586, Avcı Braun, s. 44.

⁸⁵ Tandoğan, s. 352; Tiftik, s. 39; Eren, s. 774.

⁸⁶ Tiftik, s. 41.

⁸⁷ Oftinger/Stark, § 2 N. 79, s. 97; Tandoğan, s. 261; Tiftik, s. 68.

zarar görenin müterâfik kusuru, illiyet bağıni kesecek nitelikte olmasa da zararın oluşmasında 3. kişi veya dışardan bir etkenin rol oynamış olması gibi durumun gereği ifadesi kapsamına giren diğer hâl ve şartlarda, hâkim tazminat miktarından indirim yapılmasına karar verebilir⁸⁸.

Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümler, kusur sorumluluğu yanında kusursuz sorumluluk hâlleri, özel kanunlarda düzenlenen sorumluluk hâlleri ile borca aykırılık sebebiyle akde dayanan sorumluluk hâllerinde de uygulanır.

Tazmin edilecek zararın hangi tarihteki değeri esas alınarak hesaplanması gerektiği konusunda zaman zaman öğreti ve yargı kararları arasında farklılıklar olmuştur⁸⁹. Şu anki eğilim zararın mümkün olduğunca hüküm tarihine en yakın değerine göre hesaplanmasıdır⁹⁰. Öğretide de haklı olarak bilirkişi incelemesinin mümkün olduğunca hüküm tarihine yakın bir zamanda yapılması gerektiği ileri sürülmüştür. Çünkü zararın yıllar öncesindeki ekonomik değerlere göre hesaplanması hükmedilecek tazminat tutarının yetersiz kalması sonucunu doğurabilir⁹¹. Ancak Yargıtay'ın eski kararları zararın hukuka aykırı fiilin işlendiği zamanki değerini esas almak yönündeydi⁹². Bu kararlar dava açıldıktan sonra zarar miktarında meydana gelen değişiklikleri göz ardı etmesi sebebiyle yerinde değildir.

b. Ölüm ve Bedensel Zarar Durumlarında

Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinde bedensel zararlarda ve ölüm hâlinde tazminatın nasıl belirleneceğine ilişkin özel bir düzenleme öngörülmüştür. Mehaz kanunda yer almayan bu düzenlemenin eşyaya verilen zarar ile insana verilen

⁸⁸ Tazminatın belirlenmesi ve indirim sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oftinger/Stark, § 7 N. 11-77, ss. 382-413; Tandoğan, s. 315 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 583-601; Eren, s. 784 vd.; Kılıçoğlu, s. 438 vd.

⁸⁹ Schnyder, Art. 42 N. 4, s. 353; Tandoğan, s. 265; Yargıtay eski kararlarında fiilin işlendiği zamanki değeri esas alırken şimdiki kararlarında hüküm tarihine en yakın değeri esas almaktadır. 4.HD, 23.12.1982, 7190/11637, (YKD., 1983, S. 4., s. 520 vd.), 14.HD, 10.3.2020, 2019/2397, 2020/2971, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 20.06.2020).

⁹⁰ 14.HD, 10.3.2020, 2019/2397, 2020/2971, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 20.06.2020).

⁹¹ Tandoğan, s. 265; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 602.

⁹² 4.HD, 23.12.1982, 7190/11637, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 20.06.2019); HGK, 2.6.1971, 1969/4-487, (YKD., 1983, S. 4, s. 520 vd.).

zarar arasındaki değer yargısı farkı sebebiyle getirildiği ileri sürülmüştür⁹³. Bu düzenlemede rücu edilmeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacı taşımayan ödemelerin denkleştirmeye tâbi tutulmayacağı, hesaplanan tazminatın hakkaniyet düşüncesi ile değiştirilemeyeceği ve idarenin sorumlu olduğu davalara hangi hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir.

Denkleştirmenin yapılabilmesi için elde edilen yararlar ortaya çıkan zarar arasında uygun illiyet bağı olmalıdır⁹⁴. İfa amacı taşımayan bir ödemenin haksız fiilin doğrudan sonucu olmaması sebebiyle denkleştirmeye tâbi tutulmayacağı söylenebilir⁹⁵. Ancak hükmün getirdiği asıl yenilik, destekten yoksun kalma tazminatları bakımındandır. Çünkü destekten yoksun kalma tazminatına hak kazanabilmek için zarar yeterli olmayıp ayrıca davacının hayat standardının düşmüş olması gerekir⁹⁶. Örneğin, üçüncü kişiler (ki bu üçüncü kişiler genelde zarar görenin yakınları olmaktadır) tarafından yapılan maddî yardımların destek ihtiyacını azaltması nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatına hükmedilmemesi yapılan yardımların zarar veren lehine olması sonucuna yol açar. Bu da yardımları yapanların istediği sonuç olmadığı gibi hakkaniyet düşüncesi ile de bağdaşmaz⁹⁷.

Ölüm hâlinde emekli sandığına ilişkin ödemelerin yukarıda belirttiğimiz gerekçelerle denkleştirmeye tâbi tutulmayacağına ilişkin olarak 6.3.1978 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı bulunmaktadır⁹⁸. Emekli Sandığı ödemeleri dışında, dul ve yetim aylıklarına ilişkin olarak da Yargıtay'ın benzer kararları bulunmaktaydı⁹⁹. Zarar verenin mükerrer ödemelerini engellemek amacıyla rücu edilen sosyal güvenlik ödemeleri denkleştirmeye tâbidir. Bu sebeple, Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi, Yargıtay içtihatlarını düzenlemeye kavuşturmak dışında

⁹³ Ahmet İyimaya, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Cilt: 2, Ankara, 1995, s. 2; Murat İnceoğlu ve Meliha Sermin Paksoy, "Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Tazminatın Belirlenmesi", **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: Özel, 2013, s. 1384.

⁹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 587.

⁹⁵ İnceoğlu/Paksoy, s. 1388.

⁹⁶ Akunal, s. 191; Selahattin Sulhi, Tekinay, **Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1963, s.125.

⁹⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 588; İnceoğlu/Paksoy, s. 1389.

⁹⁸ "...haksız eylem sonucu ölen kişi, yaşamı süresince çalışmış ve maaşından düzenli olarak belirli bir miktar para kesilerek sandığa yatırılmıştır. Zarar verenin bu paradan yararlanması söz konusu olamaz. O halde zarar veren, verdiği zararın tamamını açılan davada ödemelidir." İBK., 6.3.1978, 1/3 (Resmî Gazete, S. 16269).

⁹⁹ HGK, 28.11.1979, 4-110/1395, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 20.06.2019); 11.HD, 27.4.1982, 1762/1988, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 20.06.2019).

rücû edilmeyen sosyal güvenlik ödemeleri bakımından herhangi bir değişiklik getirmemiştir. Özellikle iş kazaları bakımından belli şartların varlığı hâlinde, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından işverene ya da işverenin iş kazası geçirmesinde kastı ya da kusuru bulunan 3. kişiye rücû edilebilir¹⁰⁰. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun rücû hakkı bulunduğu durumlarda Kurum tarafından ödenen miktarın tazminat tutarından indirilmesi gerekir.

Beden bütünlüğünün ihlâli durumunda özel sigorta sözleşmeleri gereği ödenen sigorta tazminatlarının tazminat tutarından indirilip indirilemeyeceğini belirlemek için ise sigortalı açısından zenginleşme yasağı olup olmadığı ile sigortacıya kanunî halefiyet hakkı tanınıp tanınmadığını belirlemek gerekir. Can sigortalarında, bu sigorta türünün bir meblağ sigortası olması nedeniyle sigortacıya halefiyet hakkı öngörülmediğinden, davacı hem sigorta şirketine hem de zarar veren 3. kişiye ayrı ayrı başvurabilir¹⁰¹. Bu sebeple can sigortaları kapsamında zarar görene ödenen meblağ, zarar verenin sorumlu olduğu tazminat miktarı hesaplanırken indirilmez. Ancak hastalık ve sağlık sigortası kapsamında sigortacı tarafından ödenen tedavi masrafları niteliği itibarı ile bir zarar sigortası olduğu için tedavi masrafları bakımından sigorta şirketinin zarar veren 3. kişiye rücû hakkı vardır. Bu sebeple zarar verene karşı açılan davalarda sigorta şirketi tarafından ödenen tedavi masraflarının tazminat tutarından indirilmesi gerekir¹⁰².

Beden bütünlüğünün ihlâli sonucu belli oranlarda engelli olanlara vergi mevzuatı uyarınca birtakım imtiyazlar tanınmaktadır¹⁰³. Bu nedenle oluşan menfaatin ekonomik miktarının hesaplanarak tazminat miktarından düşülmesi gerektiği Yargıtay tarafından kabul edilmektedir¹⁰⁴.

¹⁰⁰ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özgür Oğuz, “İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Kurumun İşverene Rücu Hakkı” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 140, 2019, s. 393 vd.

¹⁰¹ Ahmet Kılıçoğlu, “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 31, Sayı: 1, Ocak 1974, (Halefiyet), ss. 424, 425; Şaban Kayıhan, “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti” **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Özel Sayı, 2012, s. 1600.

¹⁰² Kılıçoğlu, Halefiyet, s. 406; Kayıhan, s. 1600; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 615.

¹⁰³ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Derya Yayman ve Ali Çıtman, “Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Sakat ve Özürlülere Yönelik Vergisel Ayrıcalıklar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 3, 2012, ss.297-321.

¹⁰⁴ 4.HD, 10.4.1980, 2305/4710; 4.HD, 26.2.1981, 12934/2013, (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 614).

Türk Borçlar Kanunu’nun 55. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde *“hesaplanan tazminatın miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmayacağı ve azaltılmayacağı”* ifade edilmiştir. Fıkranın ilk cümlesinde ise tazminatın Türk Borçlar Kanunu hükümlerine göre hesaplanacağı belirtilmiştir. Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesi ise zararın tam olarak ispat edilememesi durumunda hâkime geniş bir takdir yetkisi vermiştir. Beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle uğranılan zararların niteliği gereği çoğu durumda tam olarak ispat edilememesi sebebiyle zararın miktarını hâkimin hakkaniyete göre belirlemesi gerekecektir. Ancak fıkranın son cümlesi hakkaniyet düşüncesi ile artırım ya da azaltım yapılamayacağını belirttiği için ilk bakışta 55. maddenin birinci fıkrasının kendi içinde çeliştiği söylenebilir. Kanaatimizce burada yasaklanmak istenen, tazminatın belirlenmesi aşamasında hakkaniyete göre belirleme yapılması değildir. Hakkaniyete göre belirlenen tazminatın miktarının çok yüksek olmasından dolayı yine hakkaniyet düşüncesi ile indirim yapılmaması gerektiğidir. Yargıtay’ın *hakkaniyet indirimi* olarak adlandırdığı işverenin ekonomik koşulları nedeniyle işçiye ödeyeceği tazminattan indirim giden kararları vardır¹⁰⁵. Öğretide de zarar miktarının olağanüstü ölçüde büyük olması hâlinde somut olayın özellikleri gereğince hâkimin tazminat miktarından indirim yapabileceği belirtilmiştir¹⁰⁶. 55. maddeye ilişkin olarak Adalet Komisyonunda verilen değişiklik önergesinde *tazminatın hesaplama sonunda az ya da çok çıkmasının, yargının yahut yargıcın sorunu olmadığı* ifade edilerek tazminat miktarı baz alınarak yapılan değişikliklerin önüne geçilmek istendiği vurgulanmıştır. Bununla birlikte bu hükümle hâkimlerin bilirkişi raporlarındaki hesaplamalarla bağlı olduğu, tazminatın belirlenmesinde hiçbir takdir hakkının olmadığı sonucu çıkarılmamalıdır. Hiç şüphesiz bilirkişi incelemesi takdiri bir delil olduğu için hâkim bilirkişi raporunu gerekçelerini belirtmek suretiyle serbestçe değerlendirir (HMK m. 282).

Öğretide zararın *“öngörülemez derecede olağanüstü büyük olması”* somut olayın özelliklerinden sayılarak hâkime indirim yapma imkânı verdiği kabul ediliyordu. Türk Borçlar Kanunu’nun 55. maddesindeki bu düzenlemeden sonra

¹⁰⁵ 21.HD, 3.10.2002, 7378/7995, (<http://www.kazanci.com.tr>), (1.6.2019).

¹⁰⁶ Nomer, s. 156 vd. ; Tiftik, s. 162.

hâlen bu sebebe dayanarak indirim yapılıp yapılmayacağı ise öğretide tartışmalıdır¹⁰⁷.

Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasında Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin, idarenin sorumlu olduğu beden bütünlüğünün ihlâlüne yol açan eylem ve işlerden doğan zararların tazmini talebiyle açılacak davalarda da uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun hangi hükümlerinin uygulanacağı konusunda netlik olmayıp konu öğretide tartışmalıdır. İdare aleyhine açılan davalarda, Türk Borçlar Kanunu'nun sadece *tazminatın belirlenmesine* ilişkin hükümleri mi uygulanacak; yoksa *sorumluluk sebeplerine* ilişkin Türk Borçlar Kanunu hükümleri de uygulama alanı bulacak mıdır? Sadece tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümlerin uygulanacağı kabul edildiğinde, düzenlemenin kendisinden önceki uygulama açısından bir değişiklik yapmadığı söylenebilir. Zira tazminatın belirlenmesinde, idarî yargıya yol gösterecek başka bir düzenleme olmadığından, 818 sayılı Kanun döneminde de Borçlar Kanunu hükümlerine başvurulmaktaydı¹⁰⁸. Ancak idarenin sorumluluğunun belirlenmesinde de Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağının kabul edilmesi durumunda, sorumluluğun belirlenmesinde şu ana kadar içtihatlarla oluşmuş idare hukuku ilkelerinin bir kenara bırakılarak özel hukuktaki sorumluluk ilke ve sebeplerine göre karar verilmesi gerekecektir.

Bizim de katıldığımız görüşe göre Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin, hükmün getiriliş amacına göre dar yorumlanması ve buradaki atfın Türk Borçlar Kanunu'nun 51 ilâ 56. maddelerine yapıldığının kabulü gerekir. Aksi düşünce idarenin sorumluluğunun kapsamının daraltılması anlamına gelir. Çünkü idare hukukunda özel hukuktakine oranla daha kapsamlı bir kusursuz sorumluluk hâli mevcuttur. İdarenin öğreti ve içtihatlarla geliştirilen illiyet bağı yokluğuna rağmen sorumlu tutulmasının borçlar hukukunda karşılığı yoktur¹⁰⁹.

¹⁰⁷ Bu hâlde dahi indirim yapılmayacağı yönünde bkz. Oğuzman/Öz, C. II, s. 101; aksi görüş İnceoğlu/Paksoy. Yazarlara göre 55. maddede yasaklanan sadece keyfi indirimlerdir, genel hükümlere göre hâlen indirim yapılabilir.

¹⁰⁸ İnceoğlu/Paksoy, ss. 1400, 1401.

¹⁰⁹ İnceoğlu/Paksoy, ss. 1404-1407.

3. Tazminatın Şekli

a. Aynen-Nakden Tazmin

Aynen tazmin, malvarlığının zarar verici olaydan önceki hâlinin aynen iadesi veya benzer nitelikte bir durumun meydana getirilmesidir. Nakden tazmin ise malvarlığının zarar verici olaydan sonraki durumu ile bu olay meydana gelmeseydi malvarlığının durumu arasındaki değer farkının para ile telafi edilmesidir. Tazminatın amacı en iyi şekilde aynen tazmin ile gerçekleştirilebilir. Mecelle'nin 53. maddesinde “*aslın ifası kâbil olmadığı hâlde bedeli ifa olunur*” hükmüyle şeye ilişkin zararlarda aynen tazmin, tazminatın türü bakımından bir ilke olarak kabul edilmişti¹¹⁰. Alman hukukunda da aynen tazmin genel kuralı, nakden tazmin ise istisnayı teşkil etmektedir (BGB § 249/I).

Türk-İsviçre borçlar hukukunda tazminatın türünün belirlenmesi durumun özelliklerine göre hâkime bırakılmıştır (TBK m. 51/1). Hâkim, tarafların talebiyle bağlı olmayıp amaca en uygun olan tazminat türünü belirlemede takdir hakkına sahiptir¹¹¹. Ancak her iki tazminat türü de amaca uygunluk bakımından eşit değerde ise hâkimin zarar görenin talebini esas alması gerektiği söylenebilir¹¹². Çoğu zaman aynen tazmin, imkânsız veya amaca elverişsiz bulunduğundan uygulamada nakden tazmin sıklıkla tercih edilir. Nitekim destekten yoksun kalma ve beden bütünlüğünün ihlâlinde, zararın nakden giderilmesi tabii bir zorunluluktur¹¹³. Bunun dışında gerek kişiye ilişkin zararlarda gerekse şeye ilişkin zararlarda, zarar veren durumu eski hâle getirebilecek niteliğe sahip olsa da zarar gören daha önce özen göstermemiş olan bu kimse ile mümkün olduğu kadar ilişkisini kesmek isteyeceğinden aynen tazmine

¹¹⁰ İslam hukukunda adam öldürme ve beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararların tazmini “diyetler” başlığı altında “ukubat (ceza hukuku)” içinde incelenmektedir. Diyetlere ilişkin hükümler Mecelle’de yer almamakla birlikte çeşitli fıkıh kitaplarında diyet, gerek adam ölümünden gerekse bedensel yaralanmadan dolayı zarar görene, zarar veren tarafından def’aten ödenmesi gereken ve miktarı maktu olarak belirlenen bir meblağ olarak öngörülmüştür (Tiftik, dn. 48). Ayrıntılı bilgi için bkz. Ahmet Akgündüz, **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku Külliyyâtı**, Dicle Üniversitesi Basımevi, Diyarbakır, 1986, s. 918 vd.

¹¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 581.

¹¹² Tandoğan, s. 257; Tiftik, s. 49.

¹¹³ Tandoğan s. 255; Fikret Eren, “Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli”, **Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, (Tazminat Şekli), s. 167; Tiftik, s. 45; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 581.

gidilmez. Bu durum özellikle sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle doğan zararların tazmininde gündeme gelir. Örneğin, hekimin tıbbî hatası sonucu bir organın hareket yeteneğini kaybettiği durumda zarar veren hekim, yeni bir ameliyat ile hatasını giderebilecek nitelikte olsa da zarar verenin önceki acı tecrübesinden dolayı zarar veren hekimden bir edim beklenmemesi çoğunlukla tercih edilecektir¹¹⁴.

b. İrat – Sermaye Şeklinde Tazmin

Nakden tazmin şekli de kendi içinde irat (belli aralıklarla ödeme) şeklinde tazmin ve sermaye (bir defada ödeme) şeklinde tazmin olmak üzere ikiye ayrılır. Geçmişte kalmış sabit zararlar için sermaye şeklinde tazmin kabul edilirken zararın ileride devam edeceği ya da artacağı durumlarda irat şeklinde tazmin tercih edilir. Zarar gören, zarar nedeniyle sürekli ve dönemsel olarak yardıma muhtaç ise tazminata irat şeklinde hükmedilebilir. İrat şeklinde tazmin daha çok kişiye ilişkin zararlarda söz konusu olur. Şeye ilişkin zararlarda irat şeklinde tazmin yolu kapalı olmamakla birlikte uygulamada az rastlanan bir durumdur¹¹⁵.

Tazminat kararıyla, zarar verici olay gerçekleşmeseydi zarar görenin malvarlığı ne durumda olacak idiyse o durumun meydana getirilmesi amaçlandığından, özellikle çalışma gücü kaybı ve destekten yoksun kalma durumlarında irat şeklinde tazmine hükmedilmesi gerektiği öğretide ifade edilmiştir¹¹⁶. Ancak, zarar sermaye şeklinde tazmin edildiğinde, tazminat alacaklısının sermaye ile sürekli gelir sağlayabileceği bir iş kurması imkânı ve mahkemece hükmedilen iradın zamanla paranın değer kaybetmesi nedeniyle alım gücünün düşmesi, borçlunun ileride malî gücünün kötüleşmesi ihtimalleri göz önüne alındığında, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlarda sermaye şeklinde tazmine hükmetmenin zarar görenin daha lehine olacağı; bu sebeple bu türden

¹¹⁴ Tiftik, s. 46; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 582.

¹¹⁵ Oftinger/Stark, § 2 N. 95, s. 100 Tandoğan, s. 257; Tiftik, s. 50.

¹¹⁶ Oftinger/Stark, § 6 N. 351, s. 362; Tandoğan; 294; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 582; Tekinay, s. 21.

zararlarda sermaye şeklinde tazmine hükmetmenin daha uygun olacağı da ileri sürülmüştür¹¹⁷.

Tazminatın bir bölümünün sermaye diğer bölümünün ise irat şeklinde tazmin edilmesi mümkün olduğu gibi iratların sermayeleştirilmesi de mümkündür. Ancak öğretilerde *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, özellikle çalışma gücü kaybı durumunda irat şeklinde ödemenin daha yerinde olacağını, para değerindeki değişimlere karşı da diğer yatırım araçlarındaki değişimlere göre tazminat miktarının da artacağı şeklinde bir karar alınabileceğini ileri sürmüştür¹¹⁸. Kanımızca medenî usûl hukukundaki hâkim görüş uyarınca¹¹⁹ şarta bağlı hüküm verilemeyeceğinden “*yatırım araçlarındaki değişimlere göre tazminat miktarının artacağı*” şeklinde bir hüküm verilemez. Değer kaybı durumları için en uygun usûl hukuku enstrümanı ise değişiklik davasıdır. Fakat hukukumuzda değişiklik davası, ancak açıkça izin verilen hâllerde mümkün olduğundan irat şeklinde tazminata karar verilen hâllerde ekonomik değişikliklere göre değişiklik davası açabilme imkânı getirilmesi uygun olur.

Uygulamada beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında irat şeklinde tazminata hükmetmek yerine, iratların sermayeleştirildiği; vadesi gelmemiş bir borcun vadesinden önce ödenmiş olması ve alınan paranın vadeye kadar değerlendirme olanağı bulunduğundan tazminat tutarında ıskonto yapıldığı görülmektedir¹²⁰. İratların sermayeleştirilmesinde, çalışma gücü kaybı veya ölüm hâlinde uğranılan zararlarda olduğu gibi zararın gelecekteki dönemsel kayıplardan oluştuğu durumlarda toptan ödenecek para miktarının tespiti birtakım hesaplamaları gerekli kılmaktadır. Sermayeleştirme için uygun irat miktarı, iratların ödeneceği süre

¹¹⁷ Oftinger/Stark, § 6 N. 215; Eren, Tazminat Şekli, s. 175 vd.; RJN C. I, 1. Kısım, s. 127, (Bilge Umar, **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun Mehaz Neuchatel Kantonundaki Tatbikatı**, İstanbul, 1967, No. 104, s. 63).

¹¹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 583.

¹¹⁹ Saim Üstündağ, **Medenî Yargılama Hukukunun Esasları**, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000, ss. 803-804; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt: III, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Usûl C. III), s. 3073; Süha Tanrıver, “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 4, 1998, s. 49; Murat Atalı, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul 2017, (Pekcanıtez Usûl), ss. 1977 vd.; İBK., 20.6.1951, 13/5 (RG. 7,11,1951, S. 7950). Şarta bağlı hüküm konusunda düzenleme yapılması gerektiği hakkında ayrıca bkz. Muhammet Özokes, “İş Kanunu’nun 20 ve 21. Maddelerinin Medenî Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, ss. 497-498.

¹²⁰ 21.HD, 28.4.2015, 2014/23881, 2015/9272; 11.HD, 21.3.2005, 2004/6049, 2005/2492; HGK, 17.5.2000, 9-889/904, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 8.6.2021).

ve bunların toptan ödenmesi sebebiyle toplam tutardan indirilecek faiz miktarı belirlenmelidir. Çalışma gücü kaybı veya ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararlarda irat verilecek süre belirlenirken, zarar görenin ekonomik faaliyette bulunabilme süresi esas alınırken destekten yoksun kalma durumunda ise desteğin çalışabileceği muhtemel süre dikkate alınır. Bu sürelerin belirlenmesinde ortalama ömür ve çalışma süreleri cetvelleri kullanılır¹²¹.

Ç. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Beden Bütünlüğünün İhlâlinde Hakkaniyete Uygun Tatmin Kararları

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Beden Bütünlüğünün İhlâli

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı uyarınca sözleşmeye taraf devletler, hukuka aykırı olarak bir kimsenin hayatına son vermekten kaçınması gerektiği gibi kendi yargı yetkisi altında bulunan kişilerin yaşamlarını korumak için de gerekli tedbirlerin alınması konusunda yükümlüdür¹²². Mahkemece bir ihlâl tespitinin yapılabilmesi için, dava konusu hakka müdahalenin kamu gücünün kullanılmasından ya da kullanılmamasından kaynaklanmış olması yeterlidir. Devletin pozitif ya da negatif yükümlülüklerinden birini mutlaka ihlâl etmiş olması gerekir. Bireysel ve sosyal hakların tamamı için devletlerin birbiriyle karşılıklı ilişki içerisinde bulunan üç temel yükümlülüğü bulunmaktadır. İlki bir haktan yoksun bırakmaktan kaçınma görevi, ikincisi bir haktan yoksun kalınmasından koruma görevi, üçüncüsü ise bir haktan yoksun kalana yardım görevidir¹²³. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi taraf devletlerin Sözleşme ve Ek Protokollerde güvenceye alınan hak ve özgürlüklerden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini, herkesin öngörülen haklardan yararlanmasını sağlama ve koruma ödevini *teorik ve görünüşte değil, uygulamada ve etkin bir biçimde* olması gereğine

¹²¹ Oftinger, s. 248; Tekinay, s. 133; Tiftik, s. 56, 57; RJN C. I, 1. Kısım, s. 127, (Umar, No. 104, s. 63).

¹²² Selman Karakul, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı", **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, Güz 2016, s. 175.

¹²³ Henry Shue, **Basics Rights**, Second Edition, Princeton Üniversitesi Yayınları, Princeton, 1996, s. 52 vd.; Karakul, s. 171.

dayandırmaktadır¹²⁴. Bu bağlamda devlet, bireylerin haklarını etkin bir biçimde koruyan bir hukuk sistemi kurmak ve adil yargılanma hakkının gereklerini etkin bir biçimde yerine getirmeye olanak sağlayacak bir yargı teşkilatı kurulmasını sağlamakla yükümlüdür¹²⁵. Devlet, Anayasa ve uluslararası sözleşmelerde öngörülen haklara riayet etme yükümlülüğündedir. Bu yükümlülük devletin tüm erkleri için geçerlidir. Diğer bir ifadeyle, devlet insan haklarına yönelik herhangi bir organı aracılığıyla gerçekleşen ihlâlden dolayı sorumludur. Bu sebeple kamusal görevi çerçevesinde hareket eden kişilerin konumu ne olursa olsun devlete izafe edilebilir. Hatta Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, devletin eğitim hakkını garanti etme yükümlülüğüne dayanarak özel bir okulda gerçekleşen bedene yönelik ceza uygulamasında devletin sorumlu olduğu sonucuna varmıştır. Sonuç olarak, devlet insan haklarına riayet yükümlülüğünden delegasyon yoluyla özel bir organa veya kişiye yetki devretmek suretiyle kurtulamaz. Yine devlet gerektiğinde insan haklarını korumak için yasal düzenleme yapmakla yükümlüdür¹²⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, beden bütünlüğünün ihlâli ile ilgili önüne gelen uyuşmazlıkları Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Ek Protokollerde güvenceye alınan yaşam hakkı, işkence, insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı, kişi özgürlüğü ve güvenliği, adil yargılanma hakkı kapsamında değerlendirmiştir¹²⁷.

Calvelli/Ciglio v. İtalya davasında hastanede meydana gelen ölüm olaylarının nedenlerini ve bu ölüm olaylarında, ilgili sağlık çalışanlarının herhangi bir sorumluluğu bulunup bulunmadığını ortaya çıkarmak için etkili bir adlî sistemin oluşturulmasının devletin pozitif yükümlülükleri arasında olduğu ifade edilmiştir¹²⁸.

Alerjik reaksiyon tedavisi sonrası, hastanın durumunun kötüleşerek ölmesi sonucunda, ölüm nedeniyle sorumlu olanların tespitine ilişkin açılan ceza ve hukuk davalarının hızlı ve etkili şekilde sürdürülmediği gerekçesiyle *Silih v. Slovenya* davasında mahkeme, yaşam hakkının ihlâline karar vermiştir. Sağlık hizmetleri sırasında yapılan hataların bilinmesi, sağlık kurumu ve personelinin potansiyel

¹²⁴ Karakul, s. 174; Durmuş Tezcan, M. Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve R. Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Güncellenmiş 6. Baskı, Ankara, 2016, s. 69.

¹²⁵ Tezcan/ Erdem/Sancakdar/Önok, s. 69.

¹²⁶ Tezcan/ Erdem/Sancakdar/Önok, s. 67.

¹²⁷ Karakul, s. 177.

¹²⁸ *Calvelli and Ciglio v. Italy*, 17.1.2002, 32967/96, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-60329>), Erişim Tarihi: 20.1.2019).

hatalarının önlenmesi için gereklidir. Bu sebeple tıbbî ihmal ve hata nedeniyle açılan davaların derhâl incelenip sonuca bağlanması, sağlık hizmetlerinden yararlananların güvenliği açısından önem taşır¹²⁹.

Kaya v. Türkiye davasında mahkeme bir taraftan başvurunun kardeşinin hukuka aykırı bir şekilde öldürüldüğünün kanıtlanamadığına karar verirken bir taraftan davalı devlet makamlarının başvurunun kardeşinin ölümünü kuşatan koşullara ilişkin etkili bir soruşturma yürütmemiş olmaları açısından yaşam hakkının ihlâl edildiğine karar vermiştir¹³⁰.

Oyal v. Türkiye davasında, devlet hastanesinde prematüre olarak doğan bebeğe, doğum sonrasında ortaya konan teşhislerin tedavisi amacıyla Türk Kızılay'ından bir ünite kan hücresi ve sıvısı alınmıştır. Kan naklinden dört ay sonra edinilmiş bağışıklık yetmezlik sendromuna (AIDS) dönüşebilen HIV virüsü kapıldığı öğrenilmiştir. Kızılay aleyhinde adlî yargıda dava açılmış; Kızılay'ın kusurlu olduğu tespit edilip manevî tazminata hükmedilmiştir. Bu davadan sonra ayrıca Kızılay tarafından zarar görene burs verilmesi kararı alınmıştır. Sağlık Bakanlığı aleyhinde ise idarî yargıda dava açılmış; dokuz yıl süren dava sonucunda, sağlık personelinin görevlerini ihmal ettiği tespit edilip davacı lehine manevî tazminata hükmedilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararında olayda sorumluluğu bulunanlar hakkında etkili bir soruşturma yapılmadığı; açılan idarî davanın makûl bir sürede sonuçlanmadığı; hukuk ve idare davalarında hükmedilen tazminat miktarının tıbbî giderler için yeterli olmadığı ve ailenin içinde bulunduğu ekonomik güçlükler nedeniyle ilaç ve tedavi giderlerini karşılayamadığı belirtilmiştir. Bu sebeple Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, hükmedilen tazminat miktarlarının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesi kapsamında devletin pozitif yükümlülüklerini karşılamaktan uzak olduğunu tespit ederek yaşam hakkının esas yönünden ihlâl edildiği sonucuna varmıştır¹³¹.

¹²⁹ Šilih v. Slovenia, 9.4.2009, 71463/01, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-92142>), (Erişim Tarihi: 20.1.2019). Tıbbî ihmal iddialarının iç hukukta hızlı ve etkili şekilde incelenmediği, bu sebeple Šilih v. Slovenia davası ile aynı yönde verilen sözleşmenin 2. maddesinin usûlî yönden ihlâl kararı için bkz. Zafer Öztürk v. Türkiye, 21.7.2015, 25774/09, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-157634>), (Erişim Tarihi: 21.1.2019).

¹³⁰ Kaya v. Türkiye, 19.2.1998, 22729/1993, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-94362>), (Erişim Tarihi: 21.1.2019).

¹³¹ Oyal v. Türkiye, 23.6.2010, 4864/05, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162088>), (Erişim Tarihi: 21.1.2019).

2. Hakkaniyete Uygun Tatmin

Hakkaniyet kavramı adillik, belli durumlarda uygulanmakta olan kanunu düzeltmek ve desteklemek amacıyla adalet ilkelerine başvurma olarak tanımlanmıştır. *Ichim*'e göre hakkaniyet, keyfiyete dönüşebileceğinden bir hâkimin neyin makûl olduğuna ilişkin subjektif kanaati olmamalı; hukuk normlarının temelinde olmalıdır¹³².

Hakkaniyete Uygun Tatmin (Just Satisfaction) kavramı ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki bir kurum olarak çıkar. Bu terim, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında olan bir insan hakkı ihlâlinin giderimini sağlamak için kullanılır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, davalı devletin hukukunun, uygun telafiye sağlayamadığının anlaşılması hâlinde, o devlet aleyhindeki bir başvuru ile tespit edilen insan hakları ihlâlinin uygun şekilde telafi edilmesine yönelik bir karar verebilir. Bu karar çok sıklıkla parasal (tazminata ilişkin) bir karardır. Tazminat tatminin geniş bir alt kümesi olarak ortaya çıkmaktadır. Tazminat dışında mahkeme son derece istisnâî hâllerde hak ihlâline son verilmesine ve hak ihlâlinin telafi edilmesine yönelik yargısal emir verebilir. Tazminat dışındaki bu tip tatmin kararlarının en önemli özelliği davalı devlet için bağlayıcı olmasıdır. *Oyal v. Türkiye* davasında mahkeme, devlet hastanesinde doğum sırasındaki kan nakli esnasında HIV virüsü kapalı bebeğin yaşam hakkı ihlâline karar vermiş; anne, baba ve çocuk için toplam 300.000 avro tazminata ek yargısal emir olarak tedavi masraflarının ömür boyu devlet tarafından karşılanması gerektiğine hükmetmiştir¹³³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi zarar hesabı yaparken maddî zararı iki gruba ayırmaktadır. Bunlardan ilki ihlâl nedeniyle hâli hazırda gerçekleşmiş olan kayıplar (damnum emergens), ikincisi de kazançtaki azalma dâhil olmak üzere gelecekte gerçekleşmesi beklenen kayıplardır (lucrum cessans). Mahkeme henüz

¹³² Octavian Ichim, **Just Satisfaciton under the European Convention on Human Rights**, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Cambridge, 2105, s. 45; Recep Ersel Erge, **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin**, On İki Levha, İstanbul, 2016, s. 20.

¹³³ *Oyal v. Türkiye*, 23.6.2010, 4864/05, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-162088>), (Erişim Tarihi: 21.1.2019).

gerçekleşmemiş olsa da malvarlığında gerçek bir eksilme olasılığını da maddî zarar olarak değerlendirmektedir¹³⁴.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, gerçek zararın tam olarak hesaplanamadığı durumlarda elindeki verilere dayanan bir tahminde bulunmaktadır. Gelecekte gerçekleşmesi beklenen kâr kaybı, kazanç kaybı ve fırsat kaybı gibi zararların hesaplanması, hâli hazırda gerçekleşmiş olan zararların hesaplanmasından daha zordur. Kazanç kaybına ilişkin olarak en yaygın dava, çalışma gücünün kısmen yitirilmesi ile destekten yoksun kalma tazminatı taleplerine ilişkin olan davalardır. Bu tür davalarda ölenin kaç yaşına kadar yaşayabilecek olduğu, yaşasaydı ömrünün sonuna kadar çalışma gücüne sahip olup olamayacağı, çalışacağı süre boyunca hangi miktarda kazanç elde edeceği gibi hususların değerlendirilmesi kaçınılmaz olarak varsayımlara dayanmaktadır. Bu sebeple, ölüm olayı ile ihlâl arasında açık bir illiyet bağının varlığının kesin bir biçimde belirlendiği davalarda, kazanç kaybına ilişkin talepler yeteri kadar ispatlanamadığında dahi Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlâlin ağırlığına göre önceki benzer kararlarına dayanan bir miktarda tazminata hükmettiği görülmektedir. Aynı durum ölüm meydana gelmeksizin çalışma gücünün kısmen ya da tamamen yitirilmesine ilişkin davalarda da geçerlidir¹³⁵.

Bilgin v. Türkiye davasında başvuru kardeşinin ölümü nedeniyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuş; dul annesinin maddî açıdan tamamen kardeşine bağlı olduğunu, onun ölümü nedeniyle annesinin uğradığı kazanç kaybı için 2.000.000 frank talep etmiştir. Ancak mahkeme bu talebi kardeşinin ailesine verdiği desteğe, ailenin durumuna ve ilgili diğer bilgilere ilişkin **detayların yer almadığı gerekçesiyle** tamamıyla reddetmiştir¹³⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi literatüründe manevî zarar (moral damage/prejudice) ve maddî olmayan zarar (non-pecuniary) birbirini yerine kullanılan ifadelerdir. Manevî zarara örnek olarak acı, üzüntü, sıkıntı, eziyet, aşağılanma, mahcubiyet, korku, depresyon, normal hayat akışının kesintiye uğraması, travma, belirsizlik, endişe ve stres, adaletsizlik duygusu, engellenmişlik, yalıtılmışlık (isolation), çaresizlik, rahatsızlık, itibar kaybı, irtibat kaybı (lost of relationship)

¹³⁴ Tezcan/ Erdem/Sancakdar/ Önok, s. 123; Ergül, s. 134, Erge, s. 105, 106.

¹³⁵ Ichim, ss. 111, 112; Erge, ss. 175, 177.

¹³⁶ İrfan Bilgin v. Türkiye, 17.7.2001, 25659/94, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-59592>), (Erişim Tarihi: 17.1.2019).

sayılmıştır. Ancak insan duygularının spektrumu tüketici bir biçimde sayılamayacak kadar geniş olduğundan bu listeyi uzatmak mümkündür¹³⁷.

Manevî zararın varlığının başvuruçular tarafından ispatı her zaman aranmamaktadır. Mahkeme bazı davalarda manevî zararın gerçekleştiğini şüphesiz olarak varsaymakta, bazı davalarda ise ihlâlin gerçekleşmiş olmasını yeterli görmeyip ayrıca manevî zararın varlığının ispatını aramaktadır. Manevî zararın varlığı kabul edildikten sonra zararın miktarının ispatı konusunda mahkemenin geniş bir takdir yetkisi vardır. Çünkü manevî zararın ekonomik olarak ölçülmesi mümkün değildir¹³⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında meydana gelen zararın tazmini konusunda, zararın niteliği gereği zararın sonuçlarının aynen ortadan kaldırılmasına imkân olan hâller ile zararın niteliği gereği eski hâle getirmenin imkânsız olduğu hâller olarak ikili bir ayırım yapıldığı görülür¹³⁹. Ölümden doğan kayıplar ile bedensel zararlar zararın niteliği gereği eski hâle getirmenin imkânsız olduğu hâllerin en somut örneğidir.

Maddî zararın ispatlanmasının ya da tam olarak hesaplanmasının çok güç olduğu durumlarda ve manevî zararın takdirinde, tazminat miktarı hakkaniyete göre belirlenmektedir. Hakkaniyet hâkimlerin özgeçmişlerine dayanan subjektif adalet anlayışından ziyade esnekliğin keyfiyete dönüşmemesi için hukuk kurallarının uygulanması ile varılan adil sonucu ifade etmelidir. Hakkaniyete göre karar verecek hâkim kendini hukuk kurallarından çok fazla uzaklaştırmamalıdır¹⁴⁰.

İhlâlin ağırlığı manevî tazminatın takdirindeki ölçütlerden biridir. Yaşama hakkı ve işkence yasağı gibi haklara ilişkin ihlâl iddialarında daha yüksek manevî tazminatlara hükmedilmesi, aslında bu hakların daha önemli görülmesinden ziyade bu haklarla korunan menfaatlerin ihlâlinin niteliği gereği daha ağır zararlara yol açmaları olabilir.

Hakkaniyete uygun karar verebilmek her somut olayın içinde barındırdığı özel durumların dikkate alınmasını gerektirir. Bu sebeple her davada ayrı ayrı

¹³⁷ Ichim, s. 118; Erge, s. 110.

¹³⁸ Erge, s. 111.

¹³⁹ Erge, s. 127.

¹⁴⁰ Ichim, s. 52; Lapidoth Ruth, "Equity in International Law", **Israel Law Review**, Cilt: 22, Sayı: 2, 1987, s. 182; Erge, s. 159.

değerlendirilmesi gereken pek çok ölçüt gündeme gelir. Özellikle hesaplamaya elverişli olmayan manevî zararın takdirinde, hükmedilen tazminat tutarları somut olayın özelliklerine göre birbirinden farklı olabilmektedir. Buna rağmen her bir davanın kendine özgü koşulları dikkate alındığında benzer olaylara ilişkin olarak verilen kararlar arasında azamî tutarlılığın sağlanması gerekmektedir. Bu amaçla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kalemi içerisinde Hakkaniyete Uygun Tatmin Birimi (Just Satisfaction Division) oluşturulmuştur. Bu birim bünyesinde, karar verici birimlere yol göstermek amacıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin her maddesine ilişkin manevî zarar hesaplamasını sağlayan detaylı tablolar hazırlanarak benzer davalarda aynı miktarda tazminata hükmedilmesi amaçlanmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kural olarak *non ultra petita* ilkesi gereği talep edilenden daha fazla miktarda tazminata hükmetmemektedir. Ancak yaşam hakkı ve özgürlük hakkı gibi aslî nitelikteki (fundamental character) hakların ihlâl edilmesi durumunda, süresinde ileri sürülen bir *manevî tazminat* talebi bile olmaksızın tazminata hükmettiği kararları vardır¹⁴¹. Kanımızca tazminata karar verebilmek için zarar görenin tazminat miktarını kesin olarak belirtmesi gerekmeseydi de en azından bu konu hakkında bir talebinin bulunması gerekir.

II. DAVA TÜRLERİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Bedensel zararlara ilişkin tazminat davasının açılmasından önceki aşamada davacı veya vekilinin somut olaya elverişli dava türünü veya türlerini tespit etmesi gerekir. Bu amaçla somut olayda davacının taşıdığı riskler iyi analiz edilmelidir.

Bedensel zarar ve ölüm hâlinde uğranılan zarar kalemleri incelendiğinde, bu zararların mevcut zararlar ile birlikte müstakbel zararları da içerdiği görülür. Bacağı kesilen şahsın, ekonomik geleceğinin sarsılması sebebiyle uğrayacağı zararlar, ölen kişinin desteğinden yoksun kalan kişilerin maruz kalacağı zararlar, müstakbel zarara örnek olarak gösterilebilir. Ayrıca bedensel zararın gelişme hâlinde olması ve

¹⁴¹ Kats and Others v. Ukraine, 18.12.2008, 34082/02, (<http://hudoc.echr.coe.int/tur?i=001-90362>), (Erişim Tarihi: 17.1.2019).

iyileşme sürecindeki belirsizlik sebebiyle zararın sonuçlarının kesin olarak tespiti her zaman mümkün olmaz.

Daha önce de belirtildiği üzere Türk, Alman ve İsviçre tazminat hukukunda zararın birliği ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkenin kabul edilmesinin bir takım usûlî sonuçları vardır. Zararın birliği ilkesine göre zarar, ilerleyen dönemler için arttıkça her bir dönem için ayrı bir hesap yapılmaz. Tek fiilden doğan tüm zararlar, zararın hesap edildiği esnada gerçekleşmiş olsun ya da henüz gerçekleşmemiş olsun tek bir tazminat talep edilir ve tek bir tazminata hükmedilir¹⁴². Buna göre beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle tazminat talep edildiğinde hâkim, sadece mevcut zararlara göre tazminata hükmetmez, gerçekleşmesi beklenen zararlar hakkında hayatın olağan akışına göre tahmin yaparak karar verir. Örneğin; yüzünden yaralanan bir kişinin açtığı davada, yaranın sabit bir iz bırakıp bırakmayacağı konusunda hâkimin değerlendirme yapması gerekir. Hâkim Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrası gereği yapacağı değerlendirmede, yüzde sabit bir iz kalmayacağı yönünde bir çıkarımda bulunup tazminat miktarını bu çıkarıma göre belirlediğinde; bu belirleme, sonradan yüzde sabit bir iz oluşması nedeniyle dava açılmak istendiğinde, kesin hüküm nedeniyle davanın reddedilmesi sonucunu doğurur. Diğer bir ifadeyle hâkim, müstakbel zararın sonucuna ilişkin bir değerlendirmede bulunduyorsa bu değerlendirmenin daha sonradan yanlış çıkması, zarar görene yeni dava hakkı vermez. Ancak hâkim sabit iz kalma durumuna ilişkin hiçbir değerlendirme yapmamış ise bu durumda sonradan meydana gelen iz yeni bir vakıa olduğu için ek dava açılabilir. Fakat zarar gören herhangi bir sınırlama yapmadıkça hâkimin zararın birliği ilkesi gereği mevcut ve öngörülebilir bütün müstakbel zararlar hakkında değerlendirme yaparak tazminat miktarını belirlemesi gerekir.

Mevcut zararların ispatı ve hesaplanması, müstakbel zararlara göre hem daha kolay hem de daha fazla gerçek duruma yakındır. Zarar gören, bu sebeple sadece mevcut zararları talep etmek istediğinde ise müstakbel zararlar için zamanaşımı riski gündeme gelir. Her ne kadar gelişen zararlar için gelişme tamamlanmadıkça öğrenme olgusunun gerçekleşmiş sayılmayacağı kabul edilse de hâkim görüşe göre, bu

¹⁴² Karlman Geiß ve Hans-Peter Geiner, **Artzhaftpflichtrecht**, 7. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2014, Rn. 10; Gül, s. 226.

durumun olay tarihinden itibaren işlemeye başlayan üst zamanaşımı süresinin başlamasına engel olmadığı kabul edilmektedir¹⁴³. Beden bütünlüğünün ihlâli sonucu oluşan çalışma gücü kayıp oranının kesin olarak tespitindeki uzun prosedürler ve uzun bir süreye yayılan tedavi süreçleri düşünüldüğünde, bu durum beden bütünlüğü ihlâl edilen zarar gören için ciddi risk teşkil eder. Ayrıca zamanaşımı süresinin başlaması için aranan zararı öğrenme olgusu zararın kapsamının öğrenilmesi ile aynı anlama gelmez¹⁴⁴. Bu yüzden zamanaşımı süresinin başlaması için zararın öğrenilmesi yeterli olup ayrıca zararın miktar ve kapsamına dair kesin bilgi edinilmesi gerekmez. Beden bütünlüğünün ihlâlinden sonraki iyileşme sürecindeki belirsizlik zamanaşımının başlamasına etki eden bir durum olarak değerlendirilmemektedir¹⁴⁵. Ancak tıbbî olarak öngörülemeyen ve beklentilerin dışında gerçekleşen sonraki zararlar için öğrenme olgusuna bağlı olan zamanaşımı işlemeye başlamaz¹⁴⁶. Öngörülemeyen zararlar için zamanaşımı süresinin zarar görenin kendisinin somut zararın oluşma ihtimalini ve zarar verici fiil ile illiyet bağıını öğrenmesinden itibaren başlayacağı ifade edilmiştir¹⁴⁷.

Henüz gerçekleşmese de aynı fiilin sebep olduğu gelecekte oluşacak zararın gerçekleşme ihtimalinin ve fiil ile olan illiyet bağının, zarar gören tarafından öğrenilmesiyle birlikte, öngörülebilir gelecekteki zararlar için de zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Ancak, bunlar henüz gerçekleşmediği için zarar kapsamına dair

¹⁴³ Oğuzman/Öz, C. II, ss. 75, 76; Mehmet Erdem, **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 175; HGK, 12.3.2019, 2015/21-2925, 2019/277, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 8.6.2021). Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Erdem, ss. 184-193.

¹⁴⁴ Geiß/Geiner, Rn. 10; BGH, NJW, 2011, 1799; BGH, VersR 1983, 735. Yargıtay da trafik kazası sonucu bedensel zarara uğrayan davacının bakıcı giderleri için açtığı davada çalışma gücü kayıp oranının kesinleşme tarihini zararı öğrenme tarihi olarak kabul etmemiştir (17.HD, 3.12.2020, 2019/3361, 2020/886, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 8.6.2021)).

¹⁴⁵ “Sürekli İş Göremezlik Tespit Kararı”na göre davacının maluliyeti tıpkı aradan üç yıldan fazla süre geçtikten sonra tanzim edilen Adli Tıp Kurumu raporundaki gibi %35,2 olarak belirlenmiş ve kontrol muayenesinin gerekmediği açıklanmış olup, yukarıda da izah edildiği üzere iyileşme sürecinin zamanaşımının başlangıcının hesaplanmasına etki eden gelişen durum olarak kabul edilemeyeceğinin ve yine kısmi dava açılması hâlinde zamanaşımının ancak dava edilen değer yönünden kesileceğinin anlaşılmasına göre (HGK’nın 16.03.2016 tarih, 2014/4-896 E., 2016/332 K. sayılı kararı) ıslah tarihi itibarıyla 818 Sayılı BK’nın 125. maddesinde öngörülen on yıllık zamanaşımının gerçekleştiğinin kabulü gerekir” (HGK, 12.3.2019, 2015/21-2925, 2019/277, Aynı yönde: HGK, 5.2.2019, 2018/21-523, 2019/70, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 8.6.2021)).

¹⁴⁶ Geiß/Geigner, Rn. 10. BGH, Urt. v. 14. 2. 2006 – VI ZR 322/04 – NJW-RR 2006, 712; BGH, Urt. v. 16. 11. 1999 – VI ZR 37/99 – NJW 2000, 861; BGH, Urt. v. 3. 6. 1997 – VI ZR 71/96 – NJW 1997, 2448.

¹⁴⁷ Geiß/Geigner, Rn. 10.

sağlıklı bilgi elde edilemeyebilir. Bu zararların mevcut zararlarla birlikte talep edilmesi durumunda müstakbel zararlar açısından tazminat miktarı hakkaniyete uygun tatmini sağlamayabilir. Zarar gören bir yandan zamanaşımı tehdidi altındayken bir yandan da gelecekte oluşacak zararın kapsam ve miktarındaki belirsizlik nedeniyle uygun bir tazminat kararı elde edememe riski ile karşı karşıyadır. Alman hukuk öğretisinde zarar görenin usûl hukuku enstrümanlarını¹⁴⁸ kullanarak bu riskleri bertaraf edebileceği ifade edilmiştir¹⁴⁹.

Aşağıda beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan davalarda zararın niteliği nedeniyle davacı aleyhine oluşan risklerin hangi dava türleri ile bertaraf edilebileceği incelenecektir.

B. Belirsiz Alacak Davası

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında talep miktarındaki belirsizlik zarar unsurundan kaynaklanır. Zarar miktarındaki belirsizlik tazminat miktarının, diğer ifadeyle alacağın belirsiz olduğu anlamına gelir. Böyle durumlarda davacının hak kaybına uğramaması ve yüksek yargılama giderleri ile karşılaşmaması için Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde belirsiz alacak davası açma imkânı getirilmiştir. Bu imkân ile birlikte davacı, hak kaybına uğrama ve yüksek yargılama giderleri riskinden kurtulduğu gibi zamanaşımını tüm alacak için kesebilme ve ıslaha gerek olmaksızın talep sonucunu artırabilme olanağına kavuşmuştur.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlar, manevî zarar dışında tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ve ekonomik geleceğin sarsılmasından

¹⁴⁸ Bu enstrümanlar: Belirsiz alacak davası, kısmî dava ile birlikte açılan tespit davası, değişiklik davası ve kararın takdir yetkisine göre belirlendiği davalarda uygulanan yargılama giderlerine ilişkin özel düzenlemelerdir. Bu enstrümanlardan belirsiz alacak davası, kısmî dava ve tespit davasına aşağıda ayrıntılarıyla değinilecektir. Yine bu enstrümanlar arasında yer alan *kararın takdir yetkisine göre belirlendiği davalarda uygulanan yargılama giderlerine ilişkin özel düzenlemelere*, bu düzenlemelerin uygulanacağı davalardaki alacağın, davanın başında belirlenemez oluşu nedeniyle belirsiz alacak davası başlığı altında değinilmiştir. Değişiklik davasıyla ilk davada verilen hüküm değiştirildiği için bu enstrüman hakkındaki ayrıntılı açıklamalara çalışmanın üçüncü bölümünde yer verilmiştir. Bkz. aşağı. III. Bölüm, VII.

¹⁴⁹ Jürgen Stamm, "Die Geltendmachung Personenschäden im Deutschen Zivilprozessrecht", **Türkiye Barolar Birliği Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Uluslararası Kongre**, Cilt: 2, Ankara, 2016, ss. 193-215, s. 198.

doğan kayıplardan; ölüm hâlinde ise cenaze giderleri ve destekten yoksun kalma sebebiyle uğranılan zararlardan oluşur. Bu zarar kalemlerinden bir kısmı, ancak delillerin incelenmesinden sonra belirli hâle gelirken bir kısmı ise zararın belirlenmesindeki objektif imkânsızlık sebebiyle tahkikat sonunda dahi tam olarak belirli değildir. Örneğin, zarar görenin çalışma gücü kaybından doğan mevcut zararı, çalışma gücü kayıp oranına ilişkin bilirkişi raporundan sonra belirli hâle gelirken iş göremezliğin sürekli olması veya artarak devam etmesi durumunda zararın dava sırasında tam ve kesin olarak belirlenmesi mümkün değildir. Şöyle ki, zarar görenin çalışma gücü kayıp oranı, gelecekteki kazanç miktarı ve ne kadar süre daha çalışacağı hakkında kesin olarak bir tespit mümkün olmayıp ileriki dönem için bir tahminde bulunmak gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasında zarar miktarının tam ve kesin olarak ispat edilemediği bu gibi durumlarda hakkaniyete göre belirleneceği ifade edilmiştir. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının uygulandığı tipik davalardır. Bu hükmün Alman ve İsviçre kanunlarında da karşılığı bulunmaktadır¹⁵⁰. Belirttiğimiz hükümler, bu davalarda belirsiz alacak davası açılmasını sağlayan maddî dayanakları teşkil eder. Bu hükümlere göre tazminat alacağı, haksız fiilin unsurlarının meydana gelmesiyle beraber doğar; ancak tazminat alacağının miktarı, hâkimin takdirine ile belirlenir. Zararın miktarını ispatlayamayan davacının, hâkimin takdir yetkisini nasıl kullanacağını bilmesi ve talep sonucunu rakamsal olarak buna göre belirlemesi ise her zaman mümkün değildir¹⁵¹.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesine göre alacağın miktarının belirlenmesinin alacaklıdan beklenemeyeceği ve bu belirlemenin imkânsız olduğu durumlarda alacaklı, asgarî bir miktar ve hukukî ilişkiyi belirterek belirsiz alacak davası açabilir. Alacağın miktarının dava açıldıktan sonra karşı tarafın verdiği bilgi sonucunda ya da delillerin incelenmesinden sonra belirlenebileceği durumlarda alacak miktarı ancak yargılama sırasında belirlenebilir hâle geldiği için belirsiz alacak davası açılabilir¹⁵². Belirsiz alacak davasının düzenlendiği 107. maddede açık

¹⁵⁰ Bkz. Alman Usûl Kanunu (De. ZPO) § 287; İsviçre Borçlar Kanunu OR Art. 42/II

¹⁵¹ Adrian Staehelin, Daniel Staehelin ve Pascal Grolimund, **Zivilprozessrecht**, 2. Baskı, Schulthess, Zürich, 2013, Rn. 7, s. 213.

¹⁵² Hakan Pekcanitez, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017 (Pekcanitez Usûl), s. 1020 vd.; Cemil Simil, **Belirsiz Alacak Davası**, On İki Levha, İstanbul, 2013,

bir düzenleme bulunmasa da alacak miktarının hâkimin takdir yetkisine göre belirlendiği durumlar için de belirsiz alacak davası açılabilir ve bu davalara dar anlamda belirsiz alacak davası denilmektedir. Alacağın miktarının karşı tarafın verdiği bilgi, belge sonucunda ya da delillerin incelenmesinden sonra belirlendiği durumlarda açılan belirsiz alacak davası ise geniş anlamda belirsiz alacak davası olarak adlandırılır¹⁵³.

Bedensel zarar sürekli artıyor veya zarar miktarı dava sırasında sabit olmakla beraber zarar görenin iyileşme durumuna göre ileriki dönemde başka tedavilerin yapılması öngörülmüşse tazminat davasının dar anlamda belirsiz alacak davası şeklinde açılması gerekir. Belirsiz alacak davasına dair genel bilgi ve görüşler beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları için de geçerlidir. Ancak kanunda açıkça yer almayan dar anlamda belirsiz alacak davasına ilişkin görüş ve açıklamalara beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarındaki önemi nedeniyle yer vermek faydalı olacaktır.

Dar anlamda belirsiz alacak davası ile geniş anlamda belirsiz alacak davası arasındaki en önemli fark, dava başında belirtilen asgarî talep miktarının artırılmasına ilişkindir. Alacağın miktarı karşı tarafın verdiği bilgi, belge sonucunda ya da delillerin incelenmesinden sonra belirlenebiliyorsa asgarî talebin yargılama sırasında artırılması zorunludur. Ancak alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda delillerin incelenmesinden sonra da alacak belirlenemiyorsa asgarî talebin yargılama sırasında artırılması gerekmez¹⁵⁴. Çünkü bu durumlarda alacak, hâkim hükmünü verene kadar belirsizdir. İsviçre hukukunda asgarî talep miktarının artırılması konusunda sağlanan bu muafiyete rağmen davacının, görevli mahkemenin ve yargılama usûlünün belirlenebilmesi için mutlaka asgarî miktar göstermesi gerekir¹⁵⁵. Alman hukukunda herhangi bir pozitif düzenlemeye sahip

s. 175 vd.; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt: 1, Yetkin, Ankara, 2017, (C. 1), s. 737 vd.

¹⁵³ Isaak Meier, “Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos”, **HAVE Haftpflichtprozess 2010**, Schulthess, Zürich, 2010, s. 21; Peter Loosli, **Die unbezifferte Forderungsklage**, Schulthess, Zürich, 1978, s. 11; Lukas Bopp ve Balthasar Bessenich, **Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, 3. Baskı, Schulthess, Zürich, 2016, Art. 85, N. 3, s. 772; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1028; Simil, ss. 49, 149.

¹⁵⁴ Isaak Meier, “Belirsiz Alacak Davası ve Taraflarda Silâhların Eşitliği” çev. Nedim Meriç, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı X**, 1-2 Ekim, İzmir, 2012, (Toplantı), s. 82.

¹⁵⁵ Loosli, s. 69; Bopp/Bessenich, Art. 85, N. 7, s. 774; Meier, s. 23; Simil, s. 158, 166.

olmayıp çok eski zamana dayanan içtihatlarla¹⁵⁶ ve öğretide hâkim görüş tarafından¹⁵⁷ kabul edilen belirsiz alacak davası için Federal Mahkemenin önceki kararları, davacının asgarî miktar bile göstermek zorunda olmadığı yönündeydi¹⁵⁸. Ancak öğretide davacının somut olayın özelliğine göre tazminat alacağı için asgarî ve azamî alacak miktarını gösteren bir aralık ya da yaklaşık değer göstermesi gerektiği ifade edilmektedir¹⁵⁹.

Öğretide *Pekcanitez*, alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği hâllerde davacının en geç tahkikatın sonunda talep sonucunu artırması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü mahkemenin yargılama giderlerine hükmedebilmesi ve kanun yoluna başvuru için talep sonucunun kesin olarak belirlenmesi zorunludur. Yazara göre davacının talep sonucunu belirlememesi hâlinde hâkimin asgarî talep miktarını esas alarak karar vermesi gerekir¹⁶⁰.

Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanacağı beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında, delillerin

¹⁵⁶ RGZ 10, s. 356; RGZ 140, s. 213; RGZ 21, ss. 386, 387.

¹⁵⁷ Arwed Blomeyer, **Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren**, 2. Baskı, Duncker & Humblot, Berlin, 1985, s. 253; Edwin Allgaier: Nochmals, "Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen", **VersR** 1987, s. 31; Jürgen v. Gerlach, "Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen", **VersR** 2000, ss. 525-532; Reinhard Greger, **Zöller Zivilprozessordnung**, 32. Bası, Otto Schmidt, Köln, 2018, § 287 Rn. 2, s. 838; Johann Hermann Husmann, "Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen-Eine Kritik der Rechtsprechung des BGH", **VersR** 1985, ss. 715-719; Hans-Joachim Musielak ve Wolfgang Voit, **Grundkurs ZPO**, 13. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2016, Rn. 137, s. 44; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, **Zivilprozessrecht**, 16. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2004, § 94 Rn. 39, s. 633; Herbert Roth, **Stein/Jonas Kommentar zur ZPO**, 3. Cilt §§148-270, 23. Baskı, Tübingen, 2016, § 253 Rn. 45, s. 814; Ingo Saenger, **Saenger ZPO Hand Kommentar**, 5. Baskı, Nomos, Baden, 2013, § 253 Rn. 16, s. 632; Christian Seiler, **Zivilprozessordnung Kommentar Thomas/Putzo**, 40. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2019, § 253 Rn. 12, s. 550; Herbert Geisler, **Prütting/Gehrlein Zivilprozessordnung Kommentar**, 11. Baskı, Luchterhand, Münih, 2019, § 253 Rn. 40, s. 792.

¹⁵⁸ BGH, NJW 1999, ss. 1339, 1340; BGH, NJW 1996, ss. 2425-2427.

¹⁵⁹ Stefan Kaufmann, "Der praktische Fall - Zivilrecht: Schadensersatz im Rahmen des § 249 BGB", **JuS** 2003, ss. 1197-1204; Ekkehard Becker-Eberhard, **Münchener Kommentar Zivilprozessordnung**, 4. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2013, § 253 Rn. 121, s. 1458; Musielak/Voit, Rn. 138, ss. 44, 45; Greger, § 287 Rn. 2, ss. 838, 839; Roth, § 253 Rn. 45, ss. 814, 815; Walter Zimmermann, **Zivilprozessordnung**, 9. Baskı, C.F. Müller, Münster, 2011, § 253 Rn. 11, s. 397; Adolf Baumbach, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers ve Peter Hartmann, **Zivilprozessordnung**, Cilt: 1, 77. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2019, § 253 Rn. 58, s. 1068.

¹⁶⁰ Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1044; Hakan Pekcanitez, **Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107)**, Yetkin, Ankara, 2011, (Belirsiz Alacak). s. 52; Süha Tanrıver, "Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Olarak Açılabilir Olan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Öngördüğü Dava Tipolojisi Bağlamında İrdelenmesi" **Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usûlü Kongresi**, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara, 2013, (Dava Tipolojisi), s. 345.

incelenmesinden sonra da belirsizlik devam edebilir. Örneğin yüzde sabit bir iz kalması sebebiyle evlenme ihtimalinin azalmasından doğan zararın miktarı, hâkimin takdirine göre belirleneceğinden, zarar miktarındaki belirsizlik hâkim hükmünü verene kadar devam eder. Bu yüzden davacının yargılama sırasında davanın başında gösterdiği asgarî talebini artırmak zorunda olmaması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı ya da değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tâbi olmaksızın davanın başında belirtmiş olduğu talebini artırabileceği ifade edilmiştir. Tazminat miktarının hâkimin hükmünü verene kadar belirlenemediği durumlarda davacının yargılama sırasında talebini artırmaması, hâkimin takdir yetkisine göre karar vermesi kanımızca söz konusu maddeye aykırılık teşkil etmeyecektir. Çünkü alacak tahkikat sonunda da hâlâ belirli olmayıp hâkimin hükmü ile belirli hâle gelecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin ikinci fıkrasında ise talep artırımının, alacağın miktarının tam ve kesin olarak belirlenmesi mümkün olduktan sonra yapılacağı belirtilmiştir. Bu sebeple, alacağın miktarının tahkikat sonunda dahi tam ve kesin olarak belirlenmesinin mümkün olmadığı hâllerde asgarî talebin artırılmaması 107. maddenin ikinci fıkrasına aykırı değildir.

28.7.2020 tarih ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesi ile belirsiz alacak davası açan davacının, asgarî talebini ne zaman artıracığına yönelik bir değişiklik yapılmıştır. Mevcut durumda, geniş anlamda belirsiz alacak davası açan davacı, tahkikat aşaması sona ermeden karşı tarafın verdiği bilgi ya da bilirkişi raporundan sonra asgarî talebini artırabilmektedir. Değişiklikle, alacağın miktar veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anın hâkim tarafından belirlenerek davacıya talebini artırması için iki haftalık kesin süre verilmesi kabul edilmiştir. Değişiklik gerekçesi olarak, alacağın ne zaman belirli hâle geldiğini, tahkikatın ne zaman sonlanacağını bilmeyen davacının yaşadığı belirsizlik durumunun kaldırılması olduğu, alacağın ne zaman belirlenebilir hâle geldiğinin hâkim tarafından tespit edilmesinin hâkimin davayı aydınlatma ödevinin bir gereği olduğu ve bu düzenlemenin hâkimin tarafsızlığından kuşku duyulmasını gerektiren

bir düzenleme olmadığı ifade edilmiştir¹⁶¹. Bu değişiklik, hâkimin talep artırımı için davacıya süre vermesinin davacıya yol gösterme anlamına gelebileceği, kısmî davada talep artırımı için davacıya süre verilip hatırlatma yapılmazken belirsiz alacak davasında süre verilip hatırlatma yapılmasının çelişki yaratacağı ve taleple bağıllık ilkesine aykırılık teşkil edeceği gerekçeleriyle öğretide eleştirilmiştir. Ayrıca, değişiklikle çözülmesi umulan uygulamadaki sorunların, yargılama aşamalarının doğru ve kanuna uygun olarak uygulanmaması nedeniyle yaşandığı, mahkemelerin yargılama kesitlerine uygun davrandığı takdirde söz konusu sorunların yaşanmayacağı, sorunun kaynağının yanlış tespit edilerek yargılamaya yanlış bir hüküm sevk edilmek istendiği ifade edilmiştir¹⁶². Kanımızca yapılan değişiklik, alacağın miktarının tahkikat aşamasının sonuna kadar kesin olarak belirlenebildiği hâller için getirilmiş olup alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirleneceği durumlarda uygulama alanı bulmaz. Çünkü yukarıda da ifade ettiğimiz üzere alacağın miktarının takdir yetkisine göre belirlendiği durumlarda hâkim hükmünü verene kadar alacak belirsiz olmaya devam eder. Düzenlemede ise hâkimin, davacıya talebini artırması için süre vermesi her halükarda tahkikat tamamlanmadan gerçekleşir.

Öğretide asgarî talep dışında kesin talebin belirlenmediği bir belirsiz alacak davasında mahkeme, asgarî değerden daha fazlasına hükmettiyse hükmettiği miktarın kanun yolu başvurusunda esas alınması gerektiği ifade edilmiştir¹⁶³. Davacının asgarî talepten fazlasına hükmedildiği durumda da az bulduğu tazminat miktarı için kanun yoluna başvurma hakkı vardır. Davacının davasının başında belirttiği geçici talep onun sonraki taleplerini sabitleştirmediği gibi iddia edilen hak üzerinde bir tasarruf işlemi olarak da görülmez¹⁶⁴. Çünkü geçici talepte davacı asgarî bir miktar belirtmekte, ancak talebi için herhangi bir üst sınır belirlememektedir.

¹⁶¹ Selçuk Öztekin, Sema Taşpınar Ayvaz ve Serdar Kale, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 149, 2020, s. 103; Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası, **Medenî Usûl Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020, s. 295. Ayrıca bkz. Teklif Gerekçesi, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss216.pdf>, s. 10, (Erişim Tarihi: 3.11.2021).

¹⁶² Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay ve Muhammet Özkes, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi (2020)”, **Lexpera Blog**, blog.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 1.7.2020).

¹⁶³ Meier, s. 29; Meier, Toplantı, s. 87.

¹⁶⁴ Meier, s. 29. Aksi görüş için bkz. Simil, ss. 339, 340.

Yargılama sırasında davacının talebini artırma zorunluluğundan muafiyetin ilk sakıncası kendini kanun yolunda esas alınacak miktarın belirlenmesi konusunda gösterir. Yargılama sırasında davacının kesin bir değer belirtememesi, maddî tazminat davalarında istinaf ve temyiz kanun yoluna başvuruda, manevî tazminat davalarında ise sadece temyiz kanun yoluna başvuruda parasal sınırın belirlenmesinde ilk bakışta tereddüt yaratabilir. Ancak bu tereddüt sadece tazminat miktarını az bulan davacının kanun yoluna başvurmasında gündeme gelecek olup davalı bakımından bir tereddüt yaratmaz. Davanın tamamen reddedilmesini isteyen davalı için kesinlik sınırı, asıl istemin kabul edilmeyen bölümüne göre diğer bir ifadeyle, hâkimin tazminat hükmüne göre belirlenir (HMK m. 341/4). Örneğin, 5.000 TL asgarî taleple açılmış bir tazminat davasında, yukarıdaki görüşümüz uyarınca artırılmış bir talep olmaksızın hâkim tarafından tazminat olarak davalının 100.000 TL ödemesine karar verilirse davanın reddini isteyen davalı bakımından kesinlik sınırı, tazminat hükmü olan 100.000 TL esas alınarak belirlenir. Örnekteki davalının her iki kanun yoluna da başvurabileceği konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmaz¹⁶⁵. Fakat gerekçeli karara göre hâkimin takdir hakkını hatalı gören ve tazminat miktarını az bulan davacının kanun yoluna başvurusunda kesinlik sınırı için davacının kesin talebine ihtiyaç vardır. Bu durumda kanımızca kesinlik sınırı hükümle belirlenen miktar ile davacının gerekçeli kararı gördükten sonra belirlediği talebi arasındaki farka göre tespit edilebilir. Davacının davasını açarken gösterdiği geçici talep, asgarî alacak miktarı olup, alacak belirlenebilir hâle gelmedikçe sırf kanun yoluna başvurudaki kesinlik sınırını belirlemek için davacıdan talebini kesinleştirmesi beklenmemelidir. Böyle bir kabul, taleple bağıllık ilkesine de aykırılık teşkil etmez; çünkü davacı talebi için sadece alt sınır belirler, alt sınır üzerinde verilecek tüm kararlar taleple uyumlu olacaktır. Davacı talebi için bir üst sınır belirlemedikten sonra hâkimin asgarî miktarın üzerinde karar vermesi taleple bağıllık ilkesine aykırılık olarak nitelendirilemez¹⁶⁶.

¹⁶⁵ 2021 yılı için istinaf sınırı 5.880 TL temyiz sınırı ise 78.630 olarak belirlenmiştir. (<https://legalbank.net/belge/hmk-ve-iikda-yer-alan-parasal-sinirlar-2021-yili/3009245/>), (Erişim Tarihi: 31.8.2021).

¹⁶⁶ Max Guldener, **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 3. Baskı, Schulthess, Zürich, 1979, s. 193; Michael Terbille, "Die Schmerzensgeldsteilklage-anwaltliche Pflicht oder risikobehaftet?", **VersR** 2005, s. 42; Stamm, s. 205; Roth, § 253 Rn. 47, s. 816, 817; Seiler, § 253 Rn. 12, s. 550;

Yargılama sırasında davacının talebini artırma zorunluluğundan muafiyetin diğer bir sakıncası ise yargılama giderlerini belirleme konusunda gündeme gelir. Ancak kanımızca bu konuda İsviçre Usûl Kanunu'nda¹⁶⁷ olduğu gibi talep miktarının belirlenmesinin zor ya da alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda yargılama giderlerinin de dava sonucundan bağımsız olarak hâkim tarafından takdiren paylaştırılmasına ilişkin bir düzenleme getirilmelidir.

Davacı talebini rakamsal olarak ifade edemeyecek durumda olsa da talebinin tüm dayanaklarını, zarar miktarının tespitini kolaylaştıran tüm vakıa ve emareleri, talep miktarının hâkim ve bilirkişi tarafından belirlenmesini sağlayacak şekilde dilekçesinde belirtmelidir¹⁶⁸. Davacı, iddiasının temelini oluşturan hukukî ilişkiye ve maddî vakıalara ilişkin tüm delilleri mahkemeye sunmak zorundadır¹⁶⁹. Aksi durumda davalının savunma yapması, delil göstermesi ve karşı iddia ve ispat faaliyetinde bulunması mümkün olmayacağından davalı hukukî dinlenilme hakkını gereği gibi kullanamaz¹⁷⁰.

Zararlardan bir kısmının belirlenebilir bir kısmının ise belirlenemez olması durumunda, talep sonucunun, belirlenebilir zararlar için kesin miktarı, belirlenemeyen zararlar için ise asgarî miktarı içermesi gerekir. Bu durumda talep sonucu kesin ve asgarî talep olarak bölünür. Talep sonucunun kesin ve asgarî talep miktarı olarak bölünmesi birden çok zarar kaleminden oluşan beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat taleplerinde gündeme gelir. Örneğin, cenaze giderleri, mevcut tedavi giderleri ile mevcut kazanç kaybı belirlenebilir zarar kalemleri iken çalışma gücü kaybı, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan ve desteğin ölümü nedeniyle oluşan kayıplar, ancak bilirkişi incelemesinden ve hâkimin olayların

Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 253 Rn. 58, s. 1068; Simil, ss. 172, 173; BGH, **NJW 1996**, s. 2427.

¹⁶⁷ Schw. ZPO Art. 107/I-a. Benzer bir düzenleme Alman Usûl Kanunu'nda da mevcuttur. Buna göre alacak miktarının belirlenmesi hâkimin takdiri, bilirkişi incelemesi ya da karşılıklı hesaplaşmaya bağlıysa mahkeme yargılama giderlerinin toplu olarak bir tarafça ödenmesine karar verebilir. (De. ZPO § 92/II-2.)

¹⁶⁸ Loosli, s. 124; Abdurrahim Karslı, **Medenî Muhakeme Hukuku**, 3. Baskı, Alternatif, İstanbul, 2012, s. 396; Simil, s. 232 vd.

¹⁶⁹ Blomeyer, s. 252; Greger, § 287 Rn. 2, s. 839; Becker-Eberhard, § 253 Rn. 121, s. 1458; Roth, § 253, Rn. 45, s. 816; Seiler, § 253 Rn. 12, s. 550; Dorothea Assmann, **Wicczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, 4. Cilt, 4. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2015, s. 110.

¹⁷⁰ Muhammet Özkes, **Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2003, (Hukukî Dinlenilme Hakkı), s. 91; Simil, s. 137.

akışına göre zararı takdir etmesinden sonra belirlenebilir¹⁷¹. Bu sebeple dava açarken cenaze giderleri, mevcut tedavi giderleri ve mevcut kazanç kaybı için kesin talep miktarı; çalışma gücü kaybı, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan ve desteğin ölümü nedeniyle oluşan kayıpların asgarî talep miktarı belirtilmelidir.

Belirsiz alacak davasında, alacağın tümü hakkında karar verilmesi nedeniyle bu dava türü gelişmekte olan ve sonuçları hesap edilemeyen gelecekteki zararlar bakımından fayda sağlayamaz. Hâkim, tazminat hükmünü verirken mümkün olduğunca hüküm tarihine en yakın şartları esas alacak olsa da hüküm tarihinde dahi bu zararların tam olarak hesap edilmesi mümkün olmayabilir. Özellikle uzuv kaybı durumunda birden fazla ameliyatın yapılması gerektiği durumlar, HIV virüsü bulaşmış zarar görenin sağlık durumunun kademeli olarak kötüye gitmesi, kırılan kemiğin kaynayıp kaynamama durumuna göre ek tedavi gerektirmesi, uzun süren tedavi süreçleri gibi durumlarda belirsiz alacak davası ihtiyaca cevap vermez. Çünkü zarar tahkikat sonunda dahi belirli değildir. Hâkim, karar anında dahi tam olarak belirlenemeyen zararları reddetmeyip Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrası uyarınca olayların normal seyrine göre belirlenemeyen zararlar hakkında kararını verir¹⁷². Ancak bu tür durumlarda hâkimin Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesindeki imkânı kullanarak hükmü değiştirme hakkını saklı tutması gerekir. Bu hükme göre *“bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir”*. Hâkimin bedensel zararın âkîbetine ilişkin olarak belirsizlik durumlarında hükmü değiştirme hakkını kullanması adil yargılanma hakkı bakımından elzendir. Ancak dikkat edilirse hükmü değiştirme hakkı iki yıl ile sınırlandırılmıştır. Hükümdeki iki yıllık sürenin kısa zamanaşımı süresi esas alınarak belirlendiği düşünülse de bu süre kanaatimizce gelişen bedensel zararlar bakımından yeterli bir süre değildir. Çünkü gelişen zararlarda öğrenme olgusunun gelişme tamamlanmadıkça gerçekleşmediği dikkate alındığında, hükmü değiştirme hakkı için getirilen iki yıllık süre, her gelişen zarar için yeterli bir süre olmayacaktır. Ayrıca beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlarda, zarara yol açan eylem çoğu durumda suç olarak nitelendirildiği için öğrenme olgusuna bağlı iki

¹⁷¹ Meier, s. 30; Loosli, s. 111; Simil, s. 372.

¹⁷² Brehm, Berner Kommentar, Vorbemerkungen Art. 45-46, Rz. 10, s. 309.

yıllık zamanaşımı süresi yerine olay tarihinden itibaren işlemeye başlayan sekiz yıl, on iki yıl hatta kasten öldürme durumlarında otuz yıl gibi uzamış ceza zamanaşımı süreleri uygulanır¹⁷³. Hâkimin bu yetkisini kullanmama ihtimaline ve hükmü değiştirme yetkisi için kanunda öngörülen iki yıllık sürenin zararın belirlenmesinde yeterli olmamasına karşı kanımızca davacının kullanabileceği usûl hukuku enstrümanı kısmî dava ve tespit davası kombinasyonudur.

C. Kısmî Dava

Beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle tazminat davası açıldığında aksi davacı tarafından talep edilmiş olmadıkça zararın birliği ilkesi gereği, tüm zarar kalemleri hakkında tek bir tazminata hükmedilmesi gerekir. Tek ve aynı iddianın özel bir sebebi yokken tekrar dava konusu edilmesi yasaktır. Masraf ve zaman kaybı dikkate alındığında, belirli bir uyuşmazlıktan doğan bütün iddiaların ve taleplerin tek bir dava ve yargılama içinde halledilmesi arzu edilse de gerçek bir hayat olayı her zaman sayısız çeşitlilikte, uzak veya yakın ilgili kenar vakıalar ve doğrudan ya da dolaylı sonuçlarla çevrilidir. Bu sebeple tek bir uyuşmazlık için maddî anlamda kesin sınırlar çizmek her zaman mümkün değildir¹⁷⁴. Bedensel zararların kapsamı zamana bağlı olarak değişkenlik gösterebilir. Özellikle tedavi ve iyileşme süreci her durumda öngörüldüğü gibi gerçekleşmeyebilir. Ancak, hâkimden tüm zarar hakkında tek bir tazminata hükmetmesi beklenir ve bu durum kesin hüküm etkisi sebebiyle sonradan dava açılmasına engel olur. Davacı, tahkikat sonunda dahi tam olarak belirlenemeyen zararları olduğunda, gerçek duruma uygun karar elde etmek amacıyla bu zararlar hakkındaki hükmü daha sonraya bırakmak isteyebilir. Bu sebeple, tam dava açıldığında zararın birliği ilkesi gereği oluşacak kesin hüküm etkisini bertaraf etmek amacıyla kısmî dava açılabilirdir.

¹⁷³ Ceza zamanaşımı sürelerinin uygulanması hakkında bkz. Mehmet Akif Tutumlu, **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008, s. 57 vd.; Oğuzman/Öz, C. II, s. 77 vd.

¹⁷⁴ Ali Cem Budak, **Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medenî Usûl Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1991, s. 2.

Öğretide kısmî dava çeşitli ayrımlara¹⁷⁵ tâbi tutulsa da biz İsviçre öğretisinde ifade edilen gerçek-gerçek olmayan kısmî dava ayrımına konumuz açısından önemi nedeniyle değineceğiz. Bu ayrıma göre, gerçek kısmî davada talep edilen kısım, alacağın bütününe göre nicel ve soyut olarak belirlenmektedir. 5.000 liralık satış bedelinin şimdilik 1.000 lirasının talep edildiği bir dava gerçek kısmî davadır. Gerçek olmayan kısmî dava ise aynı hukukî ilişkiden kaynaklanan birden fazla alacak kaleminin sadece birinin dava edilmesidir. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında, zarar kalemlerinin hepsi yerine somut olarak belirtilmiş birkaçı için açılan dava, gerçek olmayan kısmî dava olacaktır. Tüm alacak içinde belli bir meblağ talep edilerek açılan gerçek olmayan kısmî davadaki talep ferdileştirilmiş, nitel ve somuttur¹⁷⁶. Bu ayrım kısmî davada verilen hükmün sonradan açılacak ek davaya etkisinde pratik öneme sahiptir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında, zararın birliği ilkesi gereği tazminat hesaplanırken öngörülebilir bütün mevcut ve müstakbel zararlar dikkate alınır. Ancak zararın birliği ilkesi, öngörülebilir ancak henüz sonuçları kestirilemeyen zararlar için bir risk teşkil eder. İşte bu riskin bertaraf edilmesi kısmî dava ile sağlanabilir. Diğer bir ifadeyle davacı davasını mevcut zararlar ile öngörülebilir ve sonuçları hesaplanabilir müstakbel zararlar için açmalıdır. Bu zararlar için öğrenme olgusuna bağlı zamanaşımı süresi de işlemeye başlamıştır¹⁷⁷. Davacının açtığı bu dava, kanımızca gerçek olmayan kısmî dava niteliğindedir. Henüz meydana gelmemiş; ancak gelecekte meydana geleceği öngörülen fakat yol açacağı sonuçlar henüz kestirilemeyen gelişen zararlar, tazminat hükmünün gerçeğe uygunluğunu sağlamak amacıyla talep dışında bırakılabilir. Talep dışı bırakılan, öngörülebilir, ancak sonuçları kestirilemeyen zararlar bakımından öğrenmeye bağlı zamanaşımı süresi gelişme tamamlanmadığı için işlemeye başlamasa da zarar verici eylemin gerçekleştiği tarihte işlemeye başlayan üst zamanaşımı süresinin bitme riskiyle karşılaşılabilir. Bu risk ise aşağıda açıklanacağı üzere başka bir usûl hukuku enstrümanı olan tespit davası ile aşılabilir.

¹⁷⁵ Kısmî dava türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Üstündağ, s. 327; Cenk Akil, **Kısmî Dava**, Yetkin, Ankara, 2013, ss. 106-112.

¹⁷⁶ Bopp/Bessenich, Art. 86, N. 5, s. 781; Frank Emmel, "Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungswiderklage" **BJM** 2012, ss. 64, 65.

¹⁷⁷ Birden çok zarar kaleminin olduğu durumlarda öğrenme olgusunun bu zararların nitelikleri gereği farklı zamanlarda gerçekleşebileceği görüşü hakkında bkz. Erdem, s. 179.

Ç. Tespit Davası

Beden bütünlüğünün ihlâlinde mevcut ve miktarı dava sırasında belirlenebilen müstakbel zararlar için kısmî eda davası açıldığında, kapsam dışı bırakılan gelişen zararlar için üst zamanaşımı süresi işlemeye devam eder (TBK m. 72; m. 149). Örneğin, mevcut tedavi giderleri ve mevcut kazanç kaybı için kısmî dava açılan bir durumda, çalışma gücü kaybından doğan zararlar, zarar görenin iyileşme sürecindeki gelişim ve değişimin devam etmesi nedeniyle talep dışı bırakıldığında, talep edilmeyen gelişen zararlar için üst zamanaşımının dolma riski vardır. Çünkü gelişen zararlarda gelişme tamamlanmadıkça öğrenmeye bağlı zamanaşımı süresi işlemeye başlamasa da fiilin meydana geldiği tarihe bağlı üst zamanaşımı ve varsa uzamış ceza zamanaşımı işlemeye devam eder. Bu risk ise kanımızca tespit davası ile bertaraf edilebilir.

Tespit davasının açılabilmesi için genel dava şartları dışında, hukukî ilişki ve hukukî yarar şartı olmak üzere iki özel dava şartına daha ihtiyaç vardır¹⁷⁸. Eda davaları ve inşâî davalarda hukukî yararın olduğu karine olarak kabul edilirken tespit davasında davacı, bu davayı açmakta hukukî yararı olduğunu iddia ve ispat etmek zorundadır¹⁷⁹. Davacının bir hakkının güncel bir tehlike ile tehdit edilmesi sebebiyle hukukî durumu tereddüt içinde olur ve tespit hükmü bu tereddüdü ortadan kaldırmaya elverişli ise davacının tespit davası açmasında hukukî yararının olduğu kabul edilir. Davacının hakkının güncel bir tehlike ile tehdidi çoğu zaman davalının hâl ve hareketleri ile meydana gelse de bazen bu tehlike davalıdan bağımsız olarak da meydana gelebilir. Zamanaşımının kesilmesi için açılan tespit davaları bu son

¹⁷⁸ Guldener, ss. 208-210; Bernhard Berger ve Andreas Güngerich, **Zivilprozessrecht**, Stämpfli, Bern, 2008, Rn. 666, 667, s. 208; Geisler, § 256 Rn. 3, 12, ss. 801, 803; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt: II, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Usûl C. II), s. 1418 vd.; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 99; Baki Kuru ve Ali Cem Budak, **Tespit Davaları**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2010, s. 80. Vakıa tespitine ilişkin tespit davası açılabilceği görüşü hakkında bkz. Bilge Umar, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, (Şerh), s. 314.

¹⁷⁹ Kuru/Budak, s. 88. Ancak tespit davasının özel olarak bir kanun hükmü ile düzenlendiği hâllerde hukukî yararın iddia ve ispatı gerekmez (Kuru/Budak, s. 88).

duruma örnek gösterilebilir¹⁸⁰. Zamanaşımı tehdidini bertaraf etmek amacı, her zaman tespit davası için bir hukukî yarar teşkil eder¹⁸¹.

Bedensel zarara ilişkin açılan tazminat davasında, belirli ya da dava sırasında belirlenebilen zararlar talep edilmişse bu davada gelişen zararlara yönelik bir karar verilmez. Kısmî eda davasının kapsamı dışında bırakılan gelişen zararlar nedeniyle zarar verenin sorumluluğunun tespitinin talep edilmesi gerekir. Dikkat edilirse burada, gelişen zararların miktarının tespitine yönelik değil, bu zararlardan zarar verenin sorumluluğunun tespitine yönelik bir tespit davası açılır¹⁸². Zira gelişen durum sebebiyle zarar miktarı karar anında dahi tam olarak belirlenemez. Aynı fiil sonucu oluşacak gelecekteki zarar nedeniyle zarar verenin sorumluluğunun tespitine ilişkin talep, davanın açılmasından sonra meydana gelecek gelişen zararları kapsar. Türk usûl hukuku öğretisinde de benzer olarak haksız fiillerden doğan zararların tam olarak tespit edilemediği durumlarda, zararın belirlenen kısmı bakımından eda davası açılabilmesine rağmen, özellikle zamanaşımını kesmek ve haksız fiilden doğan tazminat yükümlülüğünü tespit ettirmek için tespit davasının açılabilmesi kabul edilir¹⁸³. Ancak bunun için davacının bu konudaki özel menfaatini iddia ve ispat etmesi gerekir¹⁸⁴.

Kuru/Budak’a göre belirsiz alacak davası açılmasına izin verilen bir hukuk sisteminde belirlenemeyen talepler için de eda davası açılabilmesi sebebiyle ayrı bir tespit davası açılmasında kural olarak hukukî yarar yoktur¹⁸⁵. Yazarlara göre o zaman yürürlükte olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 107. maddesinin 3. fıkrasında yer alan “*kısmî eda davasının açılabilirdiği hâllerde tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukukî yararın var olduğu kabul edilir*” ifadesi yerinde değildir. 28.7.2020 tarih ve 7251 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Bazı

¹⁸⁰ Roth, § 256 Rn. 57, ss. 909, 910; Stamm, s. 181; Üstündağ, s. 332; Kuru/Budak, s. 96; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 947; Emel Hanağası, **Davada Menfaat**, Yetkin, Ankara, 2009, s. 250.

¹⁸¹ Stamm, s. 202; Greger, § 256 Rn. 9, ss. 756, 757; Becker-Eberhard, § 256 Rn. 40, s. 1503; Gerlach, s. 525; Seiler, § 256 Rn. 13, s. 557.

¹⁸² Geisler, § 256 Rn. 6, s. 802.

¹⁸³ Sabri Şakir Ansay, **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960, s. 230; Kuru/Budak, s. 146; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 90 Rn. 22, 23, ss. 603, 604; Max Kummer, **Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht**, Stämpfli, Bern, 1954, ss. 53, 73; Eberhard Wieser, **Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß**, Ernst und Werner Gieseking, Bielefeld, 1971, ss. 154, 155.

¹⁸⁴ Becker-Eberhard, § 256 Rn. 46, s. 1504; İlhan Ethem Postacıoğlu, **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975, ss. 258-260.

¹⁸⁵ Kuru/Budak, s. 148.

Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 7. maddesiyle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin 3. fıkrası yürürlükten kaldırılmıştır. Madde gerekçesinde 107. maddenin 3. fıkrasında düzenlenen tespit davasının tam olarak hangi alanı düzenlediği konusunda netlik olmadığı, uygulama ve öğretide birçok tartışmaya¹⁸⁶ yol açması nedeniyle fıkranın yürürlükten kaldırılmasında fayda görüldüğü ifade edilmiştir¹⁸⁷. Kısmî eda davası açılabilen her durumda, tespit davası açmakta hukukî yararın olduğuna dair genel kabulün yürürlükten kaldırılması kanımızca yerinde olmuştur. Kısmî eda davasının açılabilirdiği her durumda, tespit davasının açılabilirdiği şeklinde genel bir kural koymak ne kadar yerinde değilse kanımızca, kısmî eda davası ve tespit davası kombinasyonunu yasaklayıcı, genel bir kural koymak da o kadar yerinde değildir. Belirsiz alacak davasının kabul edildiği bir sistemde, alacağın belirlenebilir kısmı için kısmî eda davası ve *tüm alacak miktarının tespiti* şeklinde küllî tespit davası açılmışsa bu dava hukukî yarar yokluğundan reddedilmelidir; ancak, alacak miktarına ilişkin bir belirleme olmaksızın *sorumluluğun tespiti* şeklinde açılan bir tespit davası için yazarların belirttiği şekilde genel bir yasak koymak kanımızca uygun değildir. Kısmî dava ile birlikte kapsam dışı bırakılan zararlardan da davalının sorumlu olduğuna ilişkin tespit davası açan davacı, bu konuda özel bir menfaatinin olduğunu iddia ve ispat ettiğinde, böyle bir dava açmakta hukukî yararı olduğu kabul edilmelidir. Özellikle bedensel zararlarda, dava belirsiz alacak davası şeklinde açılmış olsa dahi hüküm tarihinde hâlâ belirlenemeyen ve sonuçları tam olarak tespit edilemeyecek durumda olan gelişen zararlar söz konusu olabilir. Örneğin, kafatasında meydana gelen kırığın süreç içerisinde kendi kendine kaynayabileceği düşüncesiyle ameliyat edilmeyen zarar gören, beden bütünlüğünü ihlâl eden eylem nedeniyle oluşan tüm zarar hakkında hüküm almak için belirsiz alacak davası açsa bile hüküm anında kemiğin kaynayıp kaynamayacağı, dolayısıyla ameliyat edilip edilmeyeceği belli olmayabilir. Bu durumda belirsiz alacak davası dahi davacının belirsizlik riskini ortadan kaldıramaz. Süreç içerisinde gelişim ve değişim göstermeyen diğer zarar kalemleri bakımından öğrenme olgusunun gerçekleşmesi sebebiyle zamanaşımı tehdidi altında olan zarar

¹⁸⁶ Konu hakkındaki tartışmalar için bkz. Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 105, 106.

¹⁸⁷ TBMM, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem27/yil01/ss216.pdf>, s. 10-11, (Erişim Tarihi: 1.7.2020).

gören dava açmak için gelişen zararın tamamlanmasını da bekleyemez. Bu sebeple, kapsamında değişiklik ve gelişim olmayan zarar kalemlerinin tazmini için kısmî eda davası açan zarar gören, gelişen zararları hakkında da bu zararların belirlenebilir olduğu sonraki bir tarihte, üst zamanaşımı tehdidiyle karşılaşmadan dava açabilmek amacıyla *gelişen zararlar bakımından davalının sorumlu olduğunun tespiti*nde hukukî yarara sahip olmalıdır.

Davacı yargılama sırasında belirli ve belirlenebilir zararları için kısmî eda davası, yargılama sırasında hesaplanamayan müstakbel gelişen zararlardan da davalının sorumlu olduğuna ilişkin kısmî tespit davası açabilir. Öğretide bazı yazarlar¹⁸⁸ tarafından hukukî ilişki için kısmî tespit davası şeklinde bir dava türü olmadığı ve hukukî ilişkinin her hâlde bir bütün hâlinde tespit edildiği belirtilmişse de kanımızca farklı zarar kalemlerinden oluşan bir tazminat davasında illiyet bağının tespiti her zarar kalemi için ayrıca incelemeyi zorunlu kılar. Bu incelemede beden bütünlüğünün ihlâlinin söz konusu zararı hayatın olağan akışına göre oluşturmaya elverişli olup olmadığına bakılır. Bu incelemenin talep edilen her bir zarar kalemi bakımından ayrı ayrı yapılması gerekir. Örneğin, bir trafik kazası neticesinde bir bacağı ağır yaralanan ve bacağını kaybetme ihtimali olan zarar gören, mevcut tedavi giderleri ile mevcut kazanç kaybı için kısmî dava, organ kaybı nedeniyle oluşacak öngörülebilir zararlardan da davalının sorumluluğunun tespitine yönelik kısmî tespit davası açabilir. Kısmî eda hükmünün kapsamına giren hukukî ilişkinin esası bakımından yapılacak tespit, bir bütün hâlinde değil, sadece talep edilen mevcut zararlar için olur.

Yukarıda açıkladığımız sebeplerle önerdiğimiz belirli ya da dava sırasında belirlenebilir zararlar için kısmî dava ve gelişen zararlardan da davalının sorumlu olduğuna ilişkin tespit davası kombinasyonu, belirsiz alacak davası yerine alternatif olarak belirtilen alacağın belirlenebilir bölümü için kısmî dava ve küllî tespit davasından (HMK m. 107/3) farklıdır. Küllî tespit davasında alacağın tümünün miktar bakımından tespiti istenmektedir. Kanımızca, belirsiz alacak davasının kabul edilmesinden sonra, bu şekilde kısmî dava ve küllî tespit davası açılmasında hukukî yarar yoktur. Bizim önerdiğimiz kısmî dava ve tespit davası kombinasyonundaki

¹⁸⁸ Öztekin/Taşpınar Ayvaz/Kale, s. 106.

amaç ise tamamen farklıdır. Mevcut zararlar için açılan kısmî davadaki amaç, hâkimin müstakbel zararlar bakımından değerlendirme yapmasına engel olmaktır. Tespit davası ile müstakbel zararın miktarının tespiti değil, davalının müstakbel zararlardan da sorumlu olduğunun tespiti istenir. Burada tespit davasının tek amacı müstakbel zararlar için fiilin meydana geldiği tarihte başlayan üst zamanaşımını kesmektir.

Davacının, zamanaşımı ve zarar kapsamında belirsizlik riski altında olması sebebiyle tazminat hakkı güncel bir tehlike ile tehdit edilmiştir. Bu tehdit nedeniyle, davacının tazminat hakkı tereddüt içinde olduğu için bu husus davacıya zarar verebilecek nitelikte olduğu gibi kesin hüküm etkisine sahip olan tespit hükmü ile bu tehdit ortadan kaldırılabilecektir.

Mevcut zararlar için kısmî eda davasına ek olarak gelişen zararlar için gelişme tamamlandıktan sonra ayrı bir eda davası açılması hukuken mümkün olsa da bu imkân üst zamanaşımının dolma riskini ortadan kaldırmayacaktır. Bu sebeple usûl ekonomisi ilkesi gereği kabul edilen tespit davasının ikincilliği ilkesi, yani eda davası açılabilir hâllerde tespit davası açılmayacağına ilişkin kural, burada uygulama alanı bulmaz. Çünkü kısmî eda davası davacının zamanaşımı tehdidini ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Bu durum aynı zamanda gelişen zararlar için tespit davasının hukuken kabul edilebilir olduğunun da bir göstergesidir.

D. Manevî Tazminat Talepleri Bakımından Değerlendirme

1. Belirsiz Alacak Davasına Konu Olması

Manevî tazminat talebinin miktarının belirlenmesi davacı için ciddi bir ikilem yaratır. Manevî zararlar durumunda hükmedilecek tazminat tutarı belli kriterlere göre hâkim tarafından takdiren belirlenir. Dava açarken belli bir miktar belirtmek zorunda olan davacı, ancak çok kapsamlı manevî tazminat tablolarının bulunmasıyla belli tahminlerde bulunabilir. Buna rağmen, bu tahmin çoğu durumda, tam olarak doğru tahmin olamayacaktır. Davacı, manevî tazminat olarak düşük bir miktar isterse taleple bağlılık kuralı gereği, sadece istediği kısım kadarıyla hüküm elde eder. Diğer

tarafından dava dilekçesinde belirttiği tazminat miktarı yüksek olursa bu durumda da talebinin reddedilen kısmı için yargılama giderlerini yüklenme tehdidi altındadır.

Alman hukuk öğretisinde davacının manevî tazminat talebini dava açarken belirleyememesi problemine ilişkin olarak dava türleri açısından Alman Usûl Kanunu'nun işe yarar bir çözüm konsepti sunmadığı, bu bağlamda dava dilekçesinde belirli bir miktar belirtme zorunluluğuna hâkimin hukuk yaratma yetkisi içinde manevî tazminat talepleri açısından yazılı olmayan bir istisna tanınması gerektiği, ayrıca Alman Usûl Kanunu'nun 253. paragrafının 2. fıkrasının 2 numaralı bendinde davacının kabul edilemez yargılama gideri riskini azaltıcı bir hukukî düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin kabulüne göre Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak belirsiz alacak davası açarken geçici talep gösterilmesi aranmaz. Dava dilekçesinde mutlak bir şekilde miktar belirtme zorunluluğu aranmadığında, yargılama giderleri riskinin tek taraflı olarak davalı tarafından taşınacağı ifade edilmiştir. Bu durumda önemsiz bir ihlâl sonucu çok düşük bir manevî tazminat kararında bile uyuşmazlığın tüm mâliyeti davalıya yükletilecektir. Bu sebeple, Alman öğretisinde tazminat talebinin dava dilekçesinde miktar olarak belirtilmesi sorunu için “*bant aralığı çözümü*” (*bandbreitenlösung*) önerilmiştir. Buna göre davacı, ileri sürdüğü manevî tazminat miktarının yaklaşık büyüklüğünü esasa ilişkin yaptığı açıklamalar çerçevesinde belirlemelidir¹⁹⁰. Dava sonunda verilen hüküm davacı tarafından belirlenen miktarın yüzde yirmi altında ya da üstünde olursa tüm yargılama gideri davalıya yüklenir. Diğer taraftan hükmün davacı tarafından belirtilen miktar esas alınarak belirlenen bandın altında kalması durumunda davacının da yargılama giderlerine katılması gerekir. Ancak bu durumda dahi hâkim, Alman Usûl Kanunu'nun 92. paragrafının 2. fıkrasının 2 numaralı bendine göre tüm yargılama giderlerinin davalı tarafından karşılanmasına karar verebilir. Bu düzenleme, davanın kısmen kabulünde hâkimin tüm yargılama giderlerini belli durumlarda taraflardan birine yükleyebileceğine ilişkindir. Bu durumlardan biri talep

¹⁸⁹ Husmann, s. 715; Roth, § 253 Rn. 47, ss. 816, 817; Stamm, s. 2004. BGH, **BGHZ 4**, s. 142; RGVZ, **RGZ 21**, s. 387.

¹⁹⁰ BGH, **VersR 1974**, 1183; BGH, **NJW 1982**, 340; BGH, **VersR 1983**, 151; BGH, **VersR 1983**, 1161, BGH, **VersR 1984**, 540; Stamm, ss. 204, 205; Zimmermann, § 253 Rn. 12, s. 397; Walter Zimmermann, **Klage, Gutachten und Urteil**, 20. Bası, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, (Klage), Rn. 478, s. 165; Geisler, § 253 Rn. 40, s. 792.

miktarının hâkimin takdir yetkisi ile tâyin edilecek olmasıdır (De. ZPO § 92 II). Manevî tazminata ilişkin yaklaşık miktar belirlenirken anlaşılabilir bir hesaplama hatası yapılmışsa bu hüküm davacının yararına olacak şekilde uygulanabilir¹⁹¹.

Alman öğretisinde manevî tazminat talepleri için belirsiz alacak davası açılabilmesi tartışmasız olarak kabul edilirken¹⁹² Yargıtaysa manevî zararın bölünmezliği ilkesini gerekçe göstererek manevî tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasına cevaz vermemiştir¹⁹³. Türk öğretisinde ise durum tartışmalıdır. Bir kısım yazarlara göre manevî tazminat talepleri belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir. Çünkü davacının hâkimin takdir yetkisini ne şekilde kullanacağını öngörmesi beklenemez. Belirsiz alacak davasının açılabilmesi durumlardan biri de alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği davalardır. Manevî tazminat davaları ise takdir yetkisinin en bariz örneklerinden biridir¹⁹⁴. Bazı yazarlar ise manevî tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmayacağını, davacının hâkimin hayat tecrübelerine göre kabul edebileceği talep miktarını öngörmesi ve makûl bir talep miktarı ile davasını açması gerektiğini ileri

¹⁹¹ Stamm, s. 205, dn. 28; Wolfgang Mertins, “Der unbezifferte Klageantrag – und kein Ende?”, **VersR**, 2006, s. 49; Greger, § 253 Rn. 14, s. 745; Becker-Eberhard, § 253, Rn. 130, s. 1460; Roth, § 253 Rn. 47, s. 816; Zimmermann, § 92 Rn. 5, ss. 165, 166; Zimmermann, Klage, Rn. 565, s. 201.

¹⁹² Blomeyer, s. 253; Zimmermann, Klage, Rn. 565, s. 201; Gerlach, s. 525; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 253 Rn. 56, s. 1068; Norbert Schneider, **Prütting/Gehrlein Zivilprozessordnung Kommentar**, 11. Baskı, Luchterhand, Münih, 2019, § 92 Rn. 11, s. 397.

¹⁹³ “İş kazasında zarar gören davacı, davanın açıldığı tarihte manevi tazminat alacağının miktarını kendisi belirlediğinden, davanın açıldığı tarihte alacağın miktarını yahut değerini tam ve kesin olarak belirleyebilmesinin kendisinden beklenemeyeceği veya bunun imkânsız olduğu söylenemez. O halde manevi tazminat istemi manevi tazminatın bölünmezliği kuralına aykırı bir biçimde kısmi veya belirsiz alacak davası olarak açamaz ve manevi zararın HMK’nın 107.maddesine göre dava yoluyla tespiti de istenemez. Bu nedenlerle Mahkemece manevi zararın belirsiz alacak davası olarak tahsili için açılan davanın hukuki yarar yokluğundan usulden reddine karar verilmesi gerektiğinden verilen karar sonucu itibariyle doğru olduğundan avacının manevi tazminat talebinin reddine ilişkin temyiz sebeplerinin reddine,... oybirliği ile karar verildi” (21.HD, 20.6.2019, 2018/4174, 2019/4570), (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 3.11.2021). Ayrıca bkz. HGK, 1.3.2006, 2-14/26; 21.HD, 16.2.2015, 26303/2554; 21.HD, 30.1.2020, 2019/3199, 2020/356; 10.HD, 24.11.2020, 7249/6918; (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 3.11.2021).

¹⁹⁴ Hakan Pekcanitez, **HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) Değerlendirmesi Yargıtay Başkanı, Yargıtay Hukuk Daire Başkanları, Kanunu Hazırlayan Akademisyenlerden**, HUKAB Yayınları, Ankara, 2012, (HMK), s. 74; Hakan Pekcanitez, “Manevi Tazminat Alacakları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir Mi?”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 30, 2015, (Manevi Tazminat), ss. 26 vd.; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1022; Cengiz Kulaksız, **Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht**, Peter Lang, Frankfurt, 2004, s. 74; Nurten Fidan, “Belirsiz Alacak Davasındaki Belirsizlikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, Sayı: 24, Aralık 2011, s. 184; Taylan Özgür Kiraz, “Belirsiz Alacak Davası” **TMSF Çatı Dergisi**, Sayı: 30, 2012, s. 16; Simil, s. 376.

sürmüşlerdir¹⁹⁵. Ancak manevî tazminat davalarının kural olarak belirsiz alacak davası şeklinde açılmayacağını düşünen yazarlar dahi beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle açılan tazminat davaları için bir istisna getirmektedirler. Bu istisnaya göre zarar gelişmekte olan bir zararsa ve sonuçları öngörülemiyorsa bu durumda manevî tazminat davası belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir¹⁹⁶. Kanımızca alacak miktarının belirlenmesinin imkânsız ya da davacıdan beklenemeyecek olduğu her durumda belirsiz alacak davası açılabilir. Alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda ise alacak miktarının tam olarak belirlenmesi davacıdan beklenemez. Ayrıca belirsiz alacak davası açarken asgari talep belirtilmiş olması alacağın bölündüğü anlamına gelmez. Zira belirsiz alacak davası alacağın tümü hakkında açılır; kesin talep sonucunun belirlenmesi sonraya bırakılır¹⁹⁷. Öte yandan bir talebin bölünebilir ya da bölünemez oluşu belirsiz alacak davası bakımından önem arz etmez; talebin bölünebilirliği kısmî davanın açılması için gerekli olan şartlardandır. Bu sebeple biz beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan manevî tazminat davalarının hiç şüphesiz belirsiz alacak davasına konu olabileceği kanaatindeyiz. Ancak belirtmek gerekir ki bedensel zararın niteliği gereği zararın sonuçları yargılama sürecinde ve hüküm aşamasında dahi belirlenebilir hâle gelmeyebilir. Bu ihtimal için manevî tazminat davasının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasına izin vermek dahi sorunu çözmeyecektir. Bu sorun için kanımızca iki türlü bir çözüm yolu olabilir: Hâkimin hükmü değiştirme hakkını saklı tutma yetkisini kullanması¹⁹⁸ (TBK m. 75) veya alacaklının manevî tazminat davasını kısmî olarak açıp meydana gelmesi öngörülebilir ancak sonuçları kestirilemeyen gelişen zararlar için ek dava açması.

¹⁹⁵ Murat Yavaş, “Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar** (2), 25 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 65; Çelik Ahmet Çelik, **6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası’na göre Tazminat ve Alacak Davaları**, Bilge, Ankara, 2012, s. 42; Ali Cem Budak, “Belirsiz Alacak Davası”, **Bankacılar Dergisi**, Özel Sayı, Ocak 2013, (Belirsiz Alacak), s. 84, Varol Karaaslan, “Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir Mi?”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 29, 2014, s. 52.

¹⁹⁶ Budak, Belirsiz Alacak, s. 85; Karaaslan, ss. 55, 56.

¹⁹⁷ Pekcanitez, Manevi Tazminat, s. 29; Simil, ss. 376, 377.

¹⁹⁸ Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenmiştir. Bkz. 3. Bölüm, VII.

2. Kismî Davaya Konu Olması

Daha önce de belirtildiği üzere bir edimin kismî davaya konu edilebilmesi için onun bölünebilir nitelikte olması gerekir. Bölünebilirlik ile kastedilen edimin niteliğinde ve değerinde eksilme olmaksızın kısmen ifasının mümkün olmasıdır¹⁹⁹.

Öğretide manevî tazminat davalarının kismî davaya konu olup olamayacağı tartışmalıdır. Bir görüşe göre manevî tazminatın tekliği ve bütünlüğü ilkesi gereği talebin bölünemeyeceği, hissedilen acı, elem ve ızdırabın zamana yayılması söz konusu olmayacağı için bu davaların kismî dava olarak açılmayacağı ve ıslah yolu ile manevî tazminat talebinin artırılamayacağı ifade edilmiştir²⁰⁰. Öğretideki diğer görüşe göre, manevî zararın zamana yayılamaması ile manevî tazminat olarak hükmedilecek edimin bölünebilir olup olmadığı birbirinden farklı meselelerdir. Bölünebilirlik belirlenirken zararın kendisi değil, zararı tazmin etmeye yönelik edim esas alınmalıdır. Manevî tazminat talebini genellikle bir para olacağı oluşturur, para alacakları ise nitelikleri itibarıyla bölünebilir edimlerdir. Buna göre manevî tazminat alacağı bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olduğundan bölünebilir olacaktır. Manevî tazminat hakkı tek olsa da hakkın tekliği onun bölünemez olduğu anlamına gelmez. Başka bir ifadeyle, bir hakkın bölünebilir olup olmadığı onun nicelik itibarıyla sınırlandırılabilir ve açık bir şekilde somutlaştırılabilir olup olmamasına bağlıdır. Bu durumda manevî tazminat hakkının miktarı konusunda uyuşmazlık varsa tazminat alacağının rakamla ifade edilebilen ya da benzer şekilde somutlaştırılan kısmı, alacağın hangi kısmı için istendiği belirtilmek şartıyla kismî manevî tazminat davasına konu olabilir. Manevî tazminat taleplerinin ıslahla artırılamayacağını kabul etmek uzun süren davalar nedeniyle para değerinde yaşanan kaybın davacıya

¹⁹⁹ Kuru, Usûl C. II, s. 1523; Haluk Nomer, “Manevi Tazminat Alacağında Kismî Dava Açmak Mümkün müdür?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 60, Sayı: 1-2, 2002, (Kismî), s. 223; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 991; Yılmaz, C. 1, s. 765; Süha Tanrıver, “Kismî Dava Üzerine Bazı Düşünceler”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Turhan, Ankara, 2008, (Kismî), s.851; Akil, s. 65.

²⁰⁰ Saim Üstündağ, “Kismî Davaya İlişkin Bazı Hukukî Sorunlar”, **Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler**, Adalet, Ankara, 2010, (Kismî), ss. 414-419; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 692; Tanrıver, Kismî, ss. 865, 866; Ejder Yılmaz, **Medenî Yargılama Hukukunda Islah**, 4. Bası, Yetkin, Ankara, 2013, (Islah), s. 237; Akil, s. 258-263.

yükletilmesi anlamına gelecektir. Tüm bu sebeplerle manevî tazminat davaları kısmî dava açmaya elverişli davalardır²⁰¹.

Yargı kararlarında da manevî tazminatın tekliği ve bütünlüğü ilkesi gereği talebin bölünemeyeceği, bu yüzden de kısmî dava olarak açılmayacağı ve ıslah yolu ile manevî tazminat talebinin artırılmayacağı yerleşik olarak kabul edilmektedir²⁰². Acı ve elemin bölünerek parça parça talep edilmesinin manevî tazminatın özüne ve işlevine aykırı olduğu belirtilmiştir. Çünkü manevî tazminat talepleri genellikle bir para alacağına yönelik olsa da tazminatın tazmin etmeye yöneldiği zararın kendisi bölünebilir değildir. Burada esas alınması gereken manevî tazminat talebi değil, manevî zararın kendisidir. Ayrıca tazminatın miktarı hâkimin takdir yetkisine göre belirlendiğinden kısmî davanın açılmasını kabul etmek hâkimin takdir yetkisinin bölünebileceği anlamına gelir ve bu durum ise mümkün olmamalıdır²⁰³. Ayrıca hissedilen acı ve elemin olay tarihinden uzaklaştıkça artmak yerine azalacağı, bu sebeple olay tarihine en yakın olan talebin daha doğru olacağı ifade edilmiştir²⁰⁴. Manevî zarar şahıs değerlerindeki azalmaya ilişkin olduğu için zarara yol açan eylemden sonra zarar gören tarafından çekilen acı, elem, ıstırap bellidir; bu sebeple bir defada istenmesi gerekir.

Yargıtay uygulamasına göre, kural olarak manevî tazminatın bölünemeyeceği kabul edilmiş olsa da bu duruma bedensel zararlar bakımından istisna getirilmiştir²⁰⁵.

²⁰¹ Nomer, Kısmî, ss. 225,-229; Ahmet İyimaya, “Kısmî Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar”, **Yargıtay Dergisi**, Sayı: 3, 1985, (Kısmî), s. 163; Umar, Şerh, s. 327; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1024; Pekcanitez, Belirsiz Alacak, s. 44; Evrim Erişir, “Alman Federal Mahkeme Kararı Manevi Tazminat Yargılamasında Kısmî Davanın Caizliği”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, 2006, s. 1006.

²⁰² 21.HD, 30.1.2020, 209/3199, 2020/356; 21.HD, 20.6.2019, 2018/4174, 2019/4570; 17.HD, 20.5.2019, 2016/14192, 2019/6322; HGK, 1.3.2006, 2-4/26; HGK, 2.7.1980, 3/1477-2113, (YKD, 1980/11, ss.1461-1462); 21.HD, 1.12.1995, 7525-7393; 21.HD, 6.4.1999, 1305/2110 (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

²⁰³ HGK, 27.3.1981, 1481/251; HGK, 14.11.2001, 21-992/1019; 21.HD, 6.3.2008; 15057/3597; HGK, 9.5.2007, 21-269/269, (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 5.11.2019).

²⁰⁴ Filiz Berberoğlu Yenipınar, **Manevi Tazminat**, Legal, İstanbul, 2017, s. 33. HGK, 25.11.2009, 21-484/572, (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

²⁰⁵ Yargıtay açıkça kısmî dava olarak nitelendirmese de birkaç kararında beden bütünlüğünün ihlâli durumlarında kısmî manevî tazminat davasının açılabilirliğini kabul etmiştir. “...manevî tazminatın zararlandırıcı bir olay nedeniyle ancak bir defa istenebileceği, bu tazminat türünün bir gereğidir. Diğer bir anlatımla hukuk sisteminde manevi tazminatın bölünmezliği kabul edilmiş bulunmaktadır. Ancak zararlandırıcı eylem sonunda zararın oluşumunda değişiklikler, bu bağlamda daha ağırlaşmış durumların meydana gelmesi durumunda **her olgunun ayrı olması nedeniyle birden fazla dava açılması olanaklıdır**. (4.HD, 4.10.2001, 2001/7309, 2003/9031), (, (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 14.10.2019); *Davanın devamı aşamasında A. A’nın yukarıda*

Bu istisnaya göre özellikle vücutta sabit bir iz kalması ya da tedavinin birden fazla ameliyatı gerektirmesi hâllerinde ek dava açılmasına izin verilmektedir. Ancak Yargıtay bu iznini söz konusu zarar sonucunun ilk davada öngörülemez olması şartına bağlamaktadır²⁰⁶. Yargıtay bu davayı ek dava olarak değil; öngörülemeyen zarar sonucunu yeni bir vakıa olarak değerlendirerek farklı bir dava sebebine göre açılmış bağımsız bir eda davası olarak nitelendirmektedir. Öğretide de Yargıtay'ın görüşüyle paralel olarak zararın zaman içerisinde artması ve kronikleşmesi nedeniyle iki ayrı müstakil manevî zarar olduğu ileri sürülmüştür²⁰⁷. Ancak kanımızca Yargıtay'ın bu nitelendirmesi hatalıdır. Öngörülmeleyen bir zararın meydana gelmesi durumunda bu zararın tazmini için zaten bağımsız bir dava açılabilir. Ancak meydana gelmesi öngörülüp sonuçları kestirilemeyen zararlar bakımından ise durum farklıdır. Örneğin, ilk davada tedavinin birden fazla ameliyatı gerektirebileceği öngörülüyor; ancak ameliyat sonucunun ne yönde olacağı öngörülemiyor ve davacı davasını tam dava şeklinde açmışsa hâkim zararın birliği ilkesi gereği gelecek hakkında yapacağı bir tahmine göre kararını verir. Bu tahminin doğru olmaması durumunda ise yeni dava kesin hüküm engeli ile karşı karşıya kalır. Bu riskin bertaraf edilmesi için ya hâkimin hükmünü saklı tutması (TBK m. 75) ya da ilk davanın kısmî manevî tazminat davası olarak açılması gerekir. Kısmî manevî tazminat davasında öngörülebilir, ancak sonuçları tespit edilemeyen manevî zararlar davanın kapsamı dışında tutulmalıdır. Bu durumda açılan ikinci dava, kısmî dava sonrasında açılan ek dava olarak görülür.

Manevî tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasını kabul eden Alman hukuk öğretisinde genel görüş, bu davanın kural olarak kısmî dava

belirtilen yaralanmaları dışında ayrıca yüzünde sabit iz bırakacak biçimde de yaralandığı Adli Tıp Kurumu raporu ile anlaşılmıştır. Bunun üzerine adı geçen davacının vekili 20/9/2001 tarihini taşıyan ve ıslah dilekçesi olarak isimlendirilen dilekçe ile bu sabit iz nedeniyle maddî ve manevî tazminat istemiştir. Anılan dilekçe davanın ıslahı olarak nitelendirilmiş ise de içerik itibariyle **başka olgulara ve isteklere dayanması nedeniyle ayrı bir dava olarak kabul edilmek gerekir**. Bu halde de anılan dilekçenin bir davada bulunması gereken koşulları taşıması ve davada izlenmesi öngörülen Usûle uyulması gerekir. Bu bağlamda karşı tarafa tebliğ edilmesi ve istem konusu itibariyle de harcı alınmalıdır". 4.HD, 28.5.2003, 1530/7080),(<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

²⁰⁶ 4.HD, 14.5.1998, 9223/3428; 4.HD, 4.10.2001, 7309/9031; (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

²⁰⁷ Tanrıver, Dava Tipolojisi, s. 352.

şeklinde açıklamayacağı yönündedir²⁰⁸. Kural olarak, manevî tazminatın bölünememesinin sonucu olarak bu davanın konusunun belli bir uzuvda oluşan yaralar ya da zamansal olarak sınırlandırılmasına izin verilmez²⁰⁹. Bununla birlikte haksız fiilin sonuçlarının objektif olarak öngörülemediği durumlar ile haksız fiilin henüz ortaya çıkmamış ya da çıkması ihtimali ilk kararda ciddi bir biçimde hesaba katılmamış sonuçları için ikinci bir dava açılmasına cevaz verilmektedir²¹⁰. Ancak meydana gelmesi öngörülebilir zararların öngörülemeyen sonuçlarının tazmini talebiyle ek dava açılabilmesi için ilk davanın *açık kısmî dava*²¹¹ olarak açılması gerektiği kabul edilmiştir²¹². İlk davada meydana gelmesi öngörülen zararların öngörülemeyen sonuçları dışlandığında ilk davadaki hüküm, sonraki talebi engellemez. Ancak bu dışlama zamanaşımı problemine sebep olacağından, hakkın zamanaşımına uğrama riskini ortadan kaldırmak amacıyla kısmî eda davası ve tespit davası kombinasyonu yapılması önerilmiştir²¹³.

Kısmî manevî tazminat davası ancak zararın gelecekteki gelişiminin henüz öngörülemeyecek olduğu durumlarda açılabilir. Zarar görene, müstakbel zararlarına ilişkin manevî tazminat hakkı sağlamak amacıyla mevcut ve sonuçları kestirilebilir zararlar için kısmî manevî tazminat davası açma imkânı verilerek müstakbel zararlar bakımından ek dava açabilme imkânı saklı tutulmalıdır.

Zararın birliği ilkesi gereği sadece dava anına kadar meydana gelmiş zararlar değil, aynı zamanda gerçekleşeceği objektif olarak öngörülebilir müstakbel zararlar da hesaba katılarak tazminat hükmü verilir. Özellikle bir biri ardına birçok ameliyat yapılması gerekliyse ve bu ameliyatlar belli riskleri içeriyorsa yine zarar görene protez takılması ve protezden sonra ortaya çıkabilecek tehlikeler gereği yeni bir zarar belirme olasılığı mevcut olsa da bunların sonuçları ilk davanın açıldığı sırada

²⁰⁸ Oliver Elzer, “Rechtskraft von Teilklagen - BGH, NJW 1997, 1990; 3019”, **JuS**, 2001, s. 228; Angela Diederichsen, “Neues Schadenersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung”, **VersR**, 2005, ss. 438, 439; Bernd Kannowski, “Die Zulässigkeit einer Teilklage auf Schmerzensgeld”- Zivilprozessuale Neuheit oder neue Art der Schadensberechnung?” **ZZP**, 2006, ss. 65, 66.

²⁰⁹ Gerlach, s. 530; Diederichsen, 440.

²¹⁰ Diederichsen, s. 440; Zimmerman, § 253 Rn. 13, ss. 397, 398.

²¹¹ Davacı davasını açarken talebinin sadece bir kısmını dava ettiğini açıkça ya da zımnen ortaya koymuşsa açılan kısmî dava açık kısmî dava olarak nitelendirilir (Akil, s. 107).

²¹² Rainer Heß, “Das (Teil-) Schmerzensgeld”, **NJW**, Sipezial, 2004, s. 64.

²¹³ Gerlach, s. 531; Heß, s. 64.

belirlenemez. Bu yüzden zarar görenin talep edeceği manevî tazminat miktarı da bir bütün olarak rakamla ifade edilmeye uygun değildir.

Alman İmparatorluk Mahkemesi, 1917 tarihli kararında zarar görenin sağlık durumunun seyrine ilişkin olarak henüz belirleme yapılamayacaksa hüküm anına kadar meydana gelen zarar esas alınarak manevî tazminat miktarının tâyin edilmesine ve daha sonradan ek manevî tazminat davası açılmasına cevaz vermiştir²¹⁴. Yine kısmî manevî tazminat davası ile birlikte müstakbel manevî zararların tazmin yükümlülüğü bakımından tespit davası da açılabilir. Zarar görenin müstakbel zararlar bakımından tespit davası açmasında hukukî yararı olduğu kabul edilir²¹⁵.

Eğer herhangi bir sınırlama yapılmadan manevî tazminat davası açılmışsa bu durumda mevcut ve objektif olarak belirlenebilir zararlar ile henüz meydana gelmesi de meydana gelmesi önceden öngörülebilir ve kararda göz önünde bulundurulabilir zararlar dikkate alınarak manevî tazminat hükmü verilmelidir. Verilen tazminat hükmü mevcut zararlar ile öngörülebilir müstakbel zararlar için kesin hüküm oluşturur. Ancak öngörülemeyen müstakbel zararlar bu kapsama girmez. Öngörülemeyen müstakbel zararlar gerçekleştiğinde zarar görene ek dava imkânı tanınmalıdır. Çünkü öngörülemeyen müstakbel zararlar önceki manevî tazminat yargılamasında hiç dikkate alınmamıştır. Bu durumda önceki manevî tazminat davası kısmî manevî tazminat niteliğini kazanır²¹⁶. Çünkü davanın kısmî olup olmadığı alacağın tümüne nazaran davadaki talebin azlığı ile belirlenir²¹⁷.

Özetle, kural olarak manevî zararı oluşturan acının ihlâl anıyla sınırlı olarak hissedileceği ve zamana yayılamayacağı kabul edilse bile kanımızca böyle bir kabul gelişim hâlindeki bedensel zararlar bakımından geçerli olamaz. Çünkü buradaki acı ve üzüntünün bir anda doğup sona erdiği söylenemez. Bu durumlarda acı ve üzüntünün zamana yayılması söz konusudur. Hâl böyle olunca, manevî tazminat taleplerinin kısmî davaya elverişli olmayacağı şeklinde genel bir yasak koymak yerinde olmaz. Kanımızca, gelişmekte olan bedensel zararlar ile davanın açıldığı

²¹⁴ RG, Warn Rspr. 1917 Nr. 99, S. 143, 144.

²¹⁵ BGH, NJW 2004, 1243.

²¹⁶ Erişir, s. 1007.

²¹⁷ İyimaya, Kısmî, s. 200.

zamanda tamamen iyileşip iyileşemeyeceği belirlenemeyen bedensel zararlar nedeniyle açılacak manevî tazminat davaları kısmî davaya elverişlidir.

III. DAVANIN GÖRÜLECEĞİ MAHKEME

A. Yargı Yolu Sorunu

1. Genel Olarak

Nitelik ve özellikleri bakımından benzerlik gösteren ve bir bütün olduğu kabul edilen uyuşmazlıkların, aynı yargılama disiplininin içerisine sokulmasından kaynaklanan kümeleşmeye yargı yolu denir²¹⁸. Türk yargı sistemi adlî ve idarî yargı ayrılığını benimsemiştir. Adlî yargı medenî yargı ve ceza yargısından oluşmaktadır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 9. maddesine göre “*Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız ve tarafsız mahkemelerce kullanılır*”. Bu bağlamda, yürütmenin yargı erki üzerinde baskısını önlemek için tabii hâkim ilkesi, hâkimlik teminatı gibi güvencelerle bağımsız ve tarafsız mahkemelerin ve yürütmenin yetkisini kötüye kullanmasını engellemek için de idarenin kanunlara bağlılığının sağlanması gerekir²¹⁹. Türkiye'nin de dâhil olduğu idarî yargı sistemini benimseyen Kara Avrupası ülkelerinde bağımsız bir idarî yargının ana amacı, bireylerin hak ve özgürlüklerini, idarenin hukuka aykırı işlemlerinden koruyarak hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmektir. Bu sebeple Anayasa'nın 125. maddesinde idarî yargı denetimi düzenlenmiştir. Türkiye Osmanlı ve Cumhuriyet döneminde yapılan düzenlemelerle idarî rejimi benimsemiştir²²⁰. İdarî yargının varlık nedeni, idarenin daha etkili bir biçimde denetlenmesini sağlamaktır. İdarî yargı hukuk devleti ilkesi ve Anayasa'nın 125. maddesi gereği idarenin denetlenmesinde uzman yargı yoludur²²¹.

²¹⁸ Zehra Odyakmaz, Ümit Kaymak ve İsmail Ercan, **İdari Yargı**, 9. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2013, ss. 83, 84; Ebru Karaman, **Türk İdari Yargısının Anayasal Dayanağı**, On İki Levha, İstanbul, 2013, s. 49; Oğuz Sancakdar, **İdari Yargılama Hukuku**, 3. Baskı, Soru Bankası Net Yayınları, İzmir, 2019, s. 57.

²¹⁹ Murat Sezginer, **Günümüz Demokrasilerinde Kuvvet İlişkisi ve 1982 Anayasası'nda Sorunlar**, Seçkin, Ankara, 2010, s. 30; Karaman, s. 18.

²²⁰ Lütfi Duran, “İdari Yargı Adlileşti” **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Sayı: 1-3, 1983, s. 55.

²²¹ Metin Günday, “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, **Anayasa Yargısı**, S. 14, 1997, s. 347; Sancakdar, ss. 1, 2; Mesut Çeken, **İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesi**

İdarî rejim adlî ve idarî yargının teşkilat, personel, görev, yetki, işleyiş ve yargılama usûlleri bakımından farklı olduğunu kabul eder²²².

Öğretide kimi yazarlar idarî yargının anayasal dayanağının olmadığından bahisle idarî eylem ve işlemlerden doğan uyuşmazlıkların görüleceği mahkemeyi belirleme yetkisinin yasa koyucuya ait olduğu görüşündedir²²³. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin ve öğretinin benimsediği görüşe göre, Anayasa'nın 2, 125, 138, 140, 154 ve 155. maddeleriyle adlî-idarî yargı ayrılığı kurumsallaşmıştır. Bu sebeple yargı ayrılığı sistemi anayasal bir ilke olarak korunmalıdır. İdarî yargının dayanağının Anayasaya olması sebebiyle yasa koyucunun idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığı, adlî yargının görev alanına sokması konusunda sınırsız bir takdir hakkı bulunmamaktadır²²⁴. Anayasa Mahkemesi'ne göre bir uyuşmazlığın idarî yargının görev alanından çıkarılıp adlî yargının görev alanına sokulabilmesi için söz konusu uyuşmazlığın görev alanının değiştirilmesinde haklı nedenlerin ya da kamu yararının bulunması gereklidir. Nitekim Fransız Anayasa Konseyi de kural olarak adlî yargı ile idarî yargı mercilerinin kendilerine ait mahfuz görev alanları olduğunu kabul etmekle birlikte bu kurala, haklı nedenlerle istisna getirilebileceği görüşündedir. Fransız Anayasa Konseyi, birtakım bireysel hak ve özgürlükler ile mülkiyet hakkının korunması gibi uyuşmazlıkların doğası gereği adlî yargının görevine girebileceğini kabul etmektedir. İdarî yargının sert çekirdek alanının korunması şartıyla adaletin iyi yönetimi yararına veya yargı idaresinin iyi yönetimi için idarî yargının görev alanına giren birtakım uyuşmazlıklar adlî yargının görev alanına aktarılabilir²²⁵.

Sorunu, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011, ss. 17, 18.

²²² Duran, s. 54.

²²³ Aydın Akgül, **Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetim**, Beta, İstanbul, 2008; Yıldızhan Yayla, **İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009, s. 31.

²²⁴ Sait Güran, Yargı Denetiminin Kapsamı, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 52, Sayı: 1-4, 1987, s. 39; Karaman, ss. 44, 45; Şeref Gözübüyük ve Turgut Tan, **İdare Hukuku**, C. II, 8. Bası, Turhan, Ankara, 2016, s. 120; Günday, s. 352; Odyakmaz/Kaymak/Ercan, s. 84; Sancakdar, s. 58. AYM, 12.6.1969, 1968/38, 1969/34; AYM, 28.2.1989, 1988/32, 1989/10; AYM, 8.10.2002, 2001/225, 2002/88; AYM, 1.3.2006, 2005/108, 2006/35; (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), (Erişim Tarihi: 13.2.2019).

²²⁵ Kemal Gözler ve Gürsel Kaplan, "İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)", **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 63, 2011, s. 41. Adlî yargının görev alanına giren uyuşmazlıklar için bkz. Sancakdar, ss. 59, 60. Olayın niteliği gereği hangi yargı yoluna dâhil olduğu konusunda tereddüt hâlinde adlî yargının görevli sayılması gerektiği görüşü için bkz. İsmail Hakkı Karafakih, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952, s. 22.

Haklı neden ve kamu yararı kavramları farklı kavramlar olmasına karşın ikisi arasında bir ilişki vardır. Anlaşılabilir, amaçla ilgili, makûl ve adil bir haklı nedenin varlığı hâlinde kamu yararı da gerçekleşmiş olur²²⁶. Çok işlevli bir kavram olması nedeniyle içeriği belirsiz olan kamu yararı kavramı ise her olayda somut koşullara göre belirlenmelidir. Kamu yararı temelde toplumda bireysel ve kolektif menfaatler arasında kurulan denge olarak nitelendirilebilir²²⁷.

Anayasa Mahkemesi sosyal güvenlik hukukundan doğan uyuşmazlıkların *iş hukuku ile yakından ilişkili olması* sebebiyle iş mahkemelerinin görev alanına dâhil edilmesini, bu uygulamanın *ihtisaslaşmayı sağladığı* ve bu şekilde kamu yararına hizmet ettiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulmamıştır²²⁸.

İdarî yaptırımlara ilişkin olarak idarî yargı yoluna gidileceğine ilişkin açık bir kanun hükmü bulunmadıkça Kabahatler Kanunu gereğince adlî yargı bünyesindeki sulh ceza mahkemeleri görevlidir. Anayasa Mahkemesi'ne göre kabahat konusu eylemlerin çeşitliliği ve idarî yaptırımların uygulanma alanı dikkate alındığında, idarî yargı teşkilatına oranla daha yaygın olan sulh ceza mahkemelerine başvuru olanağı tanınmasıyla hak arama özgürlüğünü kolaylaştırıcı nitelikte olması düzenlemenin haklı nedenini oluşturmuştur²²⁹.

Anayasa Mahkemesi'ne göre,

...adlî yargının amacı, taraflar arasındaki uyuşmazlığın hak ve nesafet kurallarına göre çözülerek haksızlığın giderilmesi ve varsa zararın tazmin ettirilmesi olduğu halde idari yargı denetiminin ana ereği, idarenin, idare hukuku alanı ve kanun çerçevesi içinde kalmasını sağlamaktır. Başka bir deyimle idari yargı denetiminin amacı, idarenin, kanunların verdiği yetkileri aşması veya kötüye kullanması, ya da hukuka ve mevzuata aykırı işlem veya

²²⁶ Hüseyin Melih Çakır, “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK m. 3’ün İdari Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi” **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 85, Sayı: 6, 2011, s. 193.

²²⁷ Hayrettin Ökçesiz, “Yargıtay’ın İş Yükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK’nun 427. Maddesi Üzerine”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, 1987, s. 77; Çakır, s. 194.

²²⁸ AYM, 21.12.2006, 2003/75, 2006/114; 4.10.2006, 2006/75, 2006/99, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), (Erişim Tarihi: 13.2.2019).

²²⁹ AYM, 11.6.2009, 2007/115, 2009/80, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), (Erişim Tarihi: 13.2.2019). Sırf pratik ihtiyaçlar nedeniyle adlî yargı yolunun tercih edilmesi bilimsel olmamakla birlikte ve bu şekilde uzmanlaşma esasına dayanan adlî-idarî yargı ayrımı ile hukuk devleti ilkesini de zedelenmektedir (Oğuz Sancakdar, “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri”, **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, (İdari Ceza), s. 109. Adlî yargı yerlerinin idarî yargı yerlerine göre daha yaygın olmasının haklı neden olarak nitelendirilemeyeceği görüşü için ayrıca bkz. Mustafa Yılmaz, “Anayasa Mahkemesi’nin İmar Kanunu’nun 42. Maddesinin 5. Fıkrasını İptal Eden Kararı Üzerine Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1-4, 2001, ss. 253, 254.

*eylem, tesis etmesi hallerinde, bu eylem ve işlemleri yetki, şekil, sebep, konu ve maksat yönlerinden iptal etmek suretiyle idareyi hukuk alanı içinde kalmaya zorlamaktır. Şu yönde açıklanmalıdır ki, hukuka ve mevzuata aykırı olması nedeniyle bir idari işlemin iptal edilmesine ilişkin karar, geçmişe yürüyerek, yani sakat idari işlemin yapıldığı günden itibaren hüküm ifade eder. Bundan dolayı iptal hükmü idareye iptal edilen idari işlemde önce mevcut olan ve bu işlemle değiştirilmiş bulunan hukukî durumu aynen iade etmek zorunluluğunu yükler*²³⁰.

İdarî bir uyuşmazlık için adlî yargının kanunla görevli kılındığı hâllerde, adlî yargı hâkimi, söz konusu idarî işlemi hukuka aykırı bulsa dahi, idarî işlemi iptal etme yetkisi olmadığı için hukuka aykırı idarî işlem hukuk düzeninde var olmaya devam eder. Bu durum ise Anayasa'nın benimsediği 125. maddesi ve hukuk devleti ilkesi ile bağdaşmaz²³¹. Her ne kadar hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesinin iptal davası ile mümkün olduğu ileri sürülse de aslında tam yargı davaları da hukuk devleti ilkesini gerçekleştirmenin bir aracıdır. Bu davalarda uğranılan zararın tazmininin yanı sıra ilgili kamu görevlisine rücû edilebilme imkânı, kamu görevlilerini işlem ve eylemlerinde daha özenli davranmaya sevk ederek hukuka saygılı yönetim ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet eder²³².

Adlî yargı ile idarî yargı arasındaki yargı yolu ayrımını belirlemek için öğretide ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarında birtakım ölçütler geliştirilmiştir. Uyuşmazlık konusu işlem veya eylemin kamu gücü kullanılarak yapılmış olması, kamu hizmetinin²³³ icrası sırasında meydana gelmiş olması, kamu yararının esas alınması, idarî işlem, eylem veya bir idarî sözleşmenin varlığı, özel hukukta görülmeyen ayrıcalıkların bulunması gibi ölçütler idarî yargının görev alanını belirlemede esas alınmıştır²³⁴. Ancak belirtmek gerekir ki, bunların her birinin tek başına belirleyici olduğu söylenemez²³⁵. Ayrıca kamu yararı ve kamu hizmeti gibi

²³⁰ AYM, 25.5.1976, 1/28, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), (Erişim Tarihi: 13.2.2019).

²³¹ Karaman, s. 71; Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. I, 2. Baskı, Ekin, 2009, (C. I), s. 1282.

²³² Çakır, s. 179.

²³³ Uyuşmazlık Mahkemesi GATA'da yapılan şua tedavisinde gerekli ciddiyet ve ilginin gösterilmemesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini için açılan davada kamu hizmeti kusuru nedeniyle idarî yargının görevli olduğuna ilişkin karar vermiştir. UYM., 28.11.1964, 91/120, (RG. 24.12.1964, S. 11890).

²³⁴ Ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi ve ilgili uyuşmazlık mahkemesi kararları için bkz. Karaman, ss. 47-62; Çeken, ss. 28-42; Turan Yıldırım, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, ve Okan Tekinsoy, **İdare Hukuku**, 7. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018, ss. 634-635; Sancakdar, s. 59.

²³⁵ Yayla, s. 31.

kavramların tanımı muğlâk olduğu için uygulama açısından net bir ölçüt olamamaktadır. Devletin savunma, adalet, eğitim, sağlık gibi klasik anlamda hizmetleri yanında iktisadî ve ticarî kamu hizmetlerini sunması, kamu hizmetinin sınırlarını belirsizleştirmektedir²³⁶.

Yargı yolu başlığı altında yalnızca beden bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarında sıkça karşılaşılan medenî yargı ile idarî yargı arasındaki yargı yolu uyuşmazlıkları ele alınacak olup adlî yargı yolunun içinde yer alan ceza yargısı, anayasa yargısı ve 16.4.2017 tarihli Anayasa değişikliğine kadar yargı sistemimizde yer alan askerî yargı²³⁷ gibi diğer yargı yolları incelenmeyecektir.

2. Medenî Yargı ile İdarî Yargı Arasında Yargılama Usûlü Yönünden Farklılıklar

Adlî yargı ve idarî yargı ayrımı uyuşmazlıklara uygulanan kurallardan ziyade, uyuşmazlığın kaynaklandığı esaslardaki farklılıktan ileri gelmektedir²³⁸. Yargılama usûlleri davaların nitelik ve amaçlarına göre düzenlenir. Hukuk davalarında kişilerin hak ve menfaatleri söz konusu olduğu için yargılama usûlünde tarafların iradeleri önem taşır. İdarî davalar ise yürütmenin ve idarenin hukuka bağlılığını sağlayarak kamu yararını korumayı amaçladığından, bu davaların kendine özgü yargılama mantığı ve yöntemi ile hareket etmesi gerekir. Bu sebeple idarî davalarda idare hâkiminin kamu yararı ile özel yarar arasındaki ideal dengeyi sağlama ve tarafların iradelerinden ziyade kanunlara bağlı hareket etme zorunluluğu vardır²³⁹. Bununla

²³⁶ Karaman, s. 55, 56.

²³⁷ 16.4.2017 tarihli Anayasa değişikliği ile Askerî yargı başlıklı 146. madde, Askerî Yargıtay başlıklı 156. madde ile Askerî Yüksek İdare Mahkemesini düzenleyen 157. madde yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple artık Türk yargı sisteminde ayrı bir askerî yargı bulunmamaktadır. Ancak Anayasanın mahkemelerin kuruluşu başlıklı 142. maddesine göre disiplin mahkemeleri dışında askerî mahkemeler kurulamaz. Ancak savaş hâlinde asker kişilerin görevleriyle ilgili işledikleri suçlara ait davalara bakmakla görevli askerî mahkemeler kurulabilir.

²³⁸ AYM, 28.2.1989, 1988/32, 1989/34, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), (Erişim Tarihi: 13.2.2019).

²³⁹ Duran, s. 64; Celal Erkut, **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basimevi, İstanbul, 2004, s. 66.

birlikte öğretide tartışmalı²⁴⁰ olmakla beraber idarî yargıda taleple bağıllık ilkesi içtihadî olarak benimsenmiştir²⁴¹.

İdarî yargıda görev kuralları gibi medenî yargıdan farklı olarak yetki kuralları da kamu düzenindendir. Bu sebeple yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir ve tüm mercilerce re ‘sen dikkate alınabilir.

İdarî yargılamada kamu organ ve makamları davacı konumunda yer alamaz. Aynı zamanda idare, bir kamu hukuku kişisi olarak adlî yargı önüne esasen çıkarılamaz. İdarî yargılamada idare her zaman davalı konumundadır²⁴². Bu husus idarî yargının varlık amacının bir gereğidir. Davalı idare, davacı özel kişiye karşı talepleri için idarî yargıda karşı dava açamaz²⁴³. Ayrıca idarî eylemlerden zarar gören kişiler açısından dava açmadan önce zararın giderilmesi konusunda ilgili idareye başvuru zorunluluğu öngörülmüştür (İYUK m. 13). İdarî eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her hâlde beş yıl içinde ön karar alınması gerekir²⁴⁴. Ön karar dava açılabilmesi için tüketilmesi gerekli olan yoldur. Aksi takdirde idarî merci tecavüzü gündeme gelir²⁴⁵. Kişinin tazminat isteği, ilgili idare tarafından açıkça ya da örtülü olarak reddedildiğinde, 60 günlük dava açma süresi başlar (İYUK m. 7).

²⁴⁰ Güran, bu ilkenin tam yargı davasının hedef ve işlevine aykırı olduğu için mutlaka terk edilmesi gerektiği görüşündedir (Sait Güran, “Türk İdare Hukuku’nda Tazminat Miktarının Saptanması” **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu**, İstanbul, 1980, (Tazminat), ss. 151-170, 168; Yıldırım Uler, “Tartışmalar” **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu**, İstanbul, 1980, s. 254; Yıldızhan Yayla, “Tartışmalar” **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu**, İstanbul, 1980, (Tartışmalar), s. 270; Ejder Yılmaz, “İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3-4, 1983, (İdari Yargı), s. 29; Bahtiyar Akyılmaz, “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1-2, 1998, ss. 180-181; Mehmet Ünlüçay, “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 94, 1998, s. 9.

²⁴¹ Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 33. Baskı, Turhan, Ankara, 2013, s. 329, Mahmut Ceylan, **İdari Yargıya Hâkim Olan İlkeler**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 138; Sancakdar, s. 20.

²⁴² Duran, s. 64; Gözübüyük/Tan, s. 777.

²⁴³ Duran, s. 72; Gözübüyük/Tan, s. 777.

²⁴⁴ Ön karar kurumunun kendisinden beklenen faydayı yeterince sağlamadığı için kaldırılması gerektiği görüşü için bkz. Oğuz Sancakdar, “Prof. Dr. Oğuz Sancakdar’ın Sunumu”, **İdari Yargılama Sürecinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştayı**, TBMM, Ankara, 14.1.2013, (Çalıştay), s. 12.

²⁴⁵ 5233 sayılı Terör ve Terör ile Mücadeleden Kaynaklanan Zararların Karşılansın Hakkında Kanun’da terör eylemleri veya terörle mücadele kapsamında yürütülen faaliyetler nedeniyle zarar gören gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişilerinin maddî zararlarının sulhen karşılanmasını düzenlemiştir. 5233 sayılı Kanun ile düzenlenen sulh prosedürünün tüketilmesi gerekli bir yol olup olmadığı hakkında tartışmalar ve yargı kararları için bkz. Dilşad Çiğdem Sever, “Terörle Bağlantılı Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu” **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 133, 2017, ss. 184-188.

İdarî yargıda dava dilekçesinde davalı idarî mercinin yanlış gösterilmesi durumunda, dava dilekçesi mahkemece re'sen belirlenecek olan gerçek davalıya gönderilir (İYUK m. 15/I/c). Bu düzenlemenin dayanağı olarak idarî yargıda hâkim olan re'sen araştırma ilkesi gösterilmiştir²⁴⁶. Medenî yargıda ise taraf değişikliği, taraf değişikliğinde bulunmak isteyen tarafın talebi üzerine belli sebeplerin varlığı hâlinde hâkimin bu talebi kabul etmesiyle gerçekleşir (HMK m. 124).

İdarî yargıda hâkim olan yazılilik ilkesi gereği davalar kural olarak dosya üzerinden görülür. Bu yargı yolunda duruşma yapılması belli şartlara tâbidir. İdarî Yargılama Usulü Kanunu'nun 17. maddesine göre “*Danıştay ile idare ve vergi mahkemelerinde açılan iptal ve yirmibeşbin (2021 yılı için 57.000) Türk Lirasını aşan tam yargı davaları ile tarh edilen vergi, resim ve harçlarla benzeri malî yükümler ve bunların zam ve cezaları toplamı yirmibeşbin (2021 yılı için 57.000) Türk Lirasını aşan vergi davalarında, taraflardan birinin isteği üzerine duruşma yapılır*”. Ayrıca miktara bağlı olmaksızın Danıştay, mahkeme ve hâkim kendiliğinden duruşma yapılmasına karar verebilir (İYUK m. 17/4). İdarî yargıda duruşma yapılmasına karar verilmesi durumunda, taraflar duruşmaya gelmezlerse dava dosya üzerinden karara bağlanır. Medenî yargıdaki dosyanın işlemiden kaldırılması prosedürü (HMK m. 150) idarî yargıda yoktur.

Medenî yargıda hâkim olan taraflarca getirilme ilkesine göre (HMK m. 25) hâkim, tarafların ileri sürmediği olaylar ve bu olaylara ilişkin delilleri kendiliğinden inceleyemez. İdarî yargı hâkimi ise davanın açılmasından hükmün verilmesine kadar olayın varlığının araştırılması ve delillerin elde edilmesi, iddia ve savunmada ileri sürülen maddî olguların gerçeğe aykırı olup olmadığının araştırılması, delillerin takdiri, idarenin sorumluluk esasının tespit edilmesiyle ilgili olarak tarafların bilgi ve belge ibrazına ve inceleme talebine bağlı olmaksızın önüne gelen somut olayı karara bağlar²⁴⁷. Medenî yargıda taraflarca getirilmesi ilkesi hâkimken idarî yargıda re'sen araştırma ilkesi hâkimdir (İYUK m. 20)²⁴⁸. Bu ilkenin benimsenmesinin sebebi,

²⁴⁶ Yılmaz, İdari Yargı, ss. 13, 14.

²⁴⁷ Gözübüyük/Tan, s. 720; Çakır, s. 201.

²⁴⁸ Dosyaların incelenmesi başlıklı İYUK m. 20 – 1. (Değişik birinci cümle: 18/6/2014-6545/17 md.) *Danıştay, bölge idare mahkemeleri ile idare ve vergi mahkemeleri, bakmakta oldukları davalara ait her türlü incelemeyi kendiliğinden yapar. Mahkemeler belirlenen süre içinde lüzum gördükleri evrakın gönderilmesini ve her türlü bilgilerin verilmesini taraflardan ve ilgili diğer yerlerden*

davalı idarenin bilgi ve belgelere ulaşma yönünden davacı birey karşısında daha güçlü konumda olmasıdır. Hâkimin sadece tarafların sundukları bilgi ve belgelere dayanarak karar vermesi yerinde görülmeyip hâkime dava ile ilgili delillerin elde edilmesi bakımından da re'sen araştırma yetkisi verilmiştir²⁴⁹. Re'sen araştırma ilkesi bilgi ve belgelere ulaşabilme bakımından hâkime tanınmış bir yetki olup tarafların bu ilkeye dayanarak her aşamada hak iddiası ya da belge ibrazı imkânı bulunmamaktadır. İdarî yargıda da hâkim olan teksif ilkesi gereği, tarafların iddia ve savunmalarını ve buna ilişkin belgelerini belli bir usûl kesiti içinde ileri sürmeleri gerektiği kabul edilmektedir²⁵⁰ (İYUK m. 16, 21). Buna bağlı olarak Danıştay idarî yargıda da iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağının uygulanması gerektiği görüşündedir²⁵¹.

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda tanık ve yemin deliline ilişkin bir düzenleme bulunmadığı gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine atıf yapan 31. maddede de tanık ve yemine ilişkin bir atıf bulunmamaktadır. Bu sebeple kabul edilen görüşe göre tanık ve yemin deliline idarî yargıda başvurma imkânı bulunmamaktadır. Davaların kural olarak dosya üzerinden karara bağlanması nedeniyle bu delillerin idarî yargının niteliğine uygun düşmediği ileri sürülmüştür²⁵². Öte yandan re'sen araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda yemin delili geçerli bir delil değildir. Çünkü hâkim re'sen araştırma ilkesine göre yürütülen davalarda tarafların ikrar beyanıyla bağlı olmaz²⁵³. Bu sebeple yemin deliline dayanılamaması idarî yargı yolunda görülen davalar bakımından kabul edilebilir. Ancak tam yargı davalarında, özellikle tanık deliline başvurulamayacak olması adil yargılanma hakkı bakımından değerlendirilmelidir. Uygulamadaki ihtiyaç sebebiyle Danıştay'ın resmî bir makam tarafından yazılı hâle getirilerek ibraz edilen tanık ifadelerini delil olarak

isteyebilirler. Bu husustaki kararların, ilgililerce, süresi içinde yerine getirilmesi mecburidir. Haklı sebeplerin bulunması halinde bu süre, bir defaya mahsus olmak üzere uzatılabilir.

²⁴⁹ Süheyla Şenlen Sunay, **İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1997, s. 10; Ceylan, s. 88; Halil Kalabalık, **İdare Hukuku Dersleri**, C. II, 2. Baskı, Sayram, Konya, 2016, ss. 4, 5.

²⁵⁰ Sancakdar, s. 19; Ceylan, s. 124.

²⁵¹ D.4.D., 15.5.1968, 3007/2724; D.12.D., 25.01.1971, 939/140 (Yılmaz, İdari Yargı, ss. 16, 17).

²⁵² Gözübüyük, s. 465. Aksi görüş için bkz. Hasan Dursun, "İdari Yargıda Tanıklığa Yer Verilmesi Bir Zorunluluktur" **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 28, 2008, s. 86. Re'sen araştırma ilkesi çerçevesinde bazı uyuşmazlıkların çözümünde tanık deliline izin verilmesi gerektiği hakkındaki görüş için bkz. Sancakdar, s. 269.

²⁵³ Güray Erdönmez, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanıtez Usûl), s. 1875.

kabul ettiği kararları vardır²⁵⁴. Ancak Danıştay’a göre bu durumda dahi sadece tanık ifadelerine dayanılarak karar verilemez²⁵⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda talep sonucuna ve talep edilen hukukî korumaya göre farklı dava türleri öngörölmüşken İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda iki dava türü düzenlenmiştir. Bunlardan ilki iptal davaları olup bu dava ile idarî işlemin hukuka aykırı olup olmadığı incelenir. İkinci dava türü olan tam yargı davaları ise idarî eylem ve işlemlerden zarar görenler tarafından bu zararın giderilmesi amacıyla açılan davalardır²⁵⁶. Bu sebeple tam yargı davaları özel hukuktaki eda davalarına benzetilir²⁵⁷. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda tazminat davalarında uyuşmazlık konusu miktarın önceden tespitinin mümkün olmaması sebebiyle sıkça başvurulmuş kısmî dava ve belirsiz alacak davası gibi dava türleri düzenlenmemiş, tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde açıkça gösterilmesi aranmıştır. Ancak idare hukuku öğretisinde²⁵⁸ ve mahkeme içtihatlarında²⁵⁹ şartları varsa tam yargı davalarının baştan belli bir miktar belirtmeksizin bir nevi belirsiz alacak davası şeklinde açılabilceği Hukuk Muhakemeleri Kanunu’ndaki düzenlemeden önce kabul edilmekteydi.

İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 31. maddesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ıslah hükümlerine ilişkin bir atıf bulunmaması sebebiyle dilekçede belirtilen talebin, sonradan artırılması da kabul edilmemekteydi²⁶⁰. 11.4.2013 ve 6459 sayılı Kanun’un 4. maddesiyle İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 16.

²⁵⁴ Şenlen Sunay, s. 60,61; Ceylan, s. 118.

²⁵⁵ D.4.D. 28.09.1990, 1988/1356, 1990/2491, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 7.3.2019).

²⁵⁶ Yasin Sezer ve Uğur Bulut, “İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 116, 2016, s. 218.

²⁵⁷ Sezer/Bulut, s. 219.

²⁵⁸ Kemal Gözler, **İdare Hukuku**, C. II, 2. Baskı, Ekin, 2009, (C. II), ss. 1377, 1378; Ramazan Çağlayan, **İdarî Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 232.

²⁵⁹ “...Yasadaki ‘tazminat miktarının dava dilekçesinde gösterileceği’ yolundaki kurala mutlak bir anlam vermemek ve bu kural nedeniyle, iptal ve tam yargı davalarının birlikte açılabilceğine ilişkin bir yasal hakkın kullanılmasının engellenemeyeceğini, kuralın ancak tam yargı davasının açıldığı tarihte zarar miktarının saptanabilceği durumlar için bağlayıcı nitelikte olduğunu kabul etmek ve uygulamayı bu yoruma dayandırmak zorunludur” (D.İBK., 23.12.1983, 1/10, (RG. 20.6.1984, S. 18437)); D.10.D., 23.9.2008, 2006/6650, 2008/6283, Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 27.10.2000, 1999/996, 2000/1038, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 5.3.2019), D.5.D., 23.11.1992, 1991/1075, 1992/3154, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 5.3.2019). Kararlar hakkında detaylı açıklama için bkz. Sezer/Bulut, ss. 226-233.

²⁶⁰ İdarî yargıda ıslah kurumunun olmamasının adil yargılanma hakkını ihlâl ettiğine ilişkin olarak bkz. Okçu/Türkiye, 21.7.2009, 39515/03, (<http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-124129>), (Erişim Tarihi: 5.3.2019); AYM, 23.7.2014, 2012/1052 (RG. 6.9.2014, S. 29111). Gözübüyük/Tan, s. 718, 719.

maddesinin 4. fıkrasına cümle eklenmiştir. Buna göre *tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen miktar, süre veya diğer usûl kuralları gözetilmeksizin nihai karar verilinceye kadar, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olmak üzere artırılabilir ve miktarın artırılmasına ilişkin dilekçe otuz gün içinde cevap verilmek üzere karşı tarafa tebliğ edilir.* Görüldüğü üzere bu düzenleme, sadece talep sonucunda belirtilen miktarın artırılmasına ilişkin olup Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki ıslah düzenlenmelerine göre daha dar kapsamdadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre taraflardan her biri yapmış olduğu usûl işlemini kısmen ya da tamamen ıslah edebilir (HMK m. 176). Buna göre talep sonucu genişletilip değiştirebileceği gibi yeni vakıalar da ileri sürülebilir. Örneğin, dava dilekçesinde sadece maddî tazminat talep edilen bir durumda ıslah yapılarak ek tazminat talepleri de ileri sürülebilir. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'ndaki düzenleme sadece önceden belirtilen miktarın artırılmasına ilişkin olduğu için daha önce dava dilekçesinde maddî tazminat talep eden davacının maddî tazminat talebine ek olarak ıslah kurumunu kullanarak sonradan manevî tazminat talep edemeyeceği söylenebilir. Çünkü eklenen her yeni talep çoğu durumda dava dilekçesinde daha önce belirtilmeyen vakıaların da eklenmesini gerekli kılar. Ancak İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesi talep sonucunda belirtilen miktarın artırılmasına ilişkin olup yeni vakıa getirilmesine ilişkin bir düzenleme içermemektedir²⁶¹. Böyle bir durum ise idarî yargıda dava açanların adlî yargıda dava açanlara göre ıslah kurumundan tam anlamıyla faydalanamayacağı anlamına gelir. Kanımızca özel hukuk yargılaması ile idarî yargılama arasında böyle bir ayrım yapmayı haklı gösterecek hiçbir sebep bulunmamaktadır.

Medenî yargıda beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarına ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde hâkime iki yıl süreyle tazminat hükmünü değiştirme yetkisi verilmiştir. Belirsiz alacak davası olarak açılmış bir tazminat davasında yargılama sırasında alacağın nispeten belirli hâle gelmesi sebebiyle dilekçede gösterilen ilk miktar sonradan artırılmış olsa dahi

²⁶¹ Sezer ve Bulut'a göre İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesine ek cümle getirilmesinin amacı aynı işlem ya da eylemlerden kaynaklanan zararların, nihai karar verilinceye kadar aynı yargılamaya dâhil edilmesine imkân sağlamaktır. Yazarlar bu durumda aynı idari işlem ya da eylemden kaynaklanmış olması şartıyla, sadece maddî tazminat talebine ek olarak ek tazminat talepleri veya faizin talep edilebileceğini ancak başka idari işlem ya da eylemlerden kaynaklanan taleplerin ileri sürülemeyeceği kanaatindedirler (Sezer/Bulut, s. 238).

gelecekte oluşacak ve hükmün verilmesi sırasında miktarı tam olarak belirlenemeyen zararlar için hâkime bu yetki verilmiştir. Fakat idarî yargıdaki düzenlemelere bakıldığında, tazminat hükmünün değiştirilmesi şeklinde idarî yargı hâkimine verilmiş bir yetki yoktur. Ancak Danıştay, hükmedilen tazminat miktarının kararda bulunması gerektiğine ilişkin kurala rağmen (İYUK m. 24/1/e) özellikle hükmün verilmesi sırasında devam eden zararlar için tazminatın hesaplanmasına ilişkin somut kriter ve kalemleri belirtip net ve kesin bir miktar göstermeden de idare aleyhine tazminata hükmedilebileceği görüşündedir²⁶². Danıştay’a göre bu tür davalarda ödenecek olan hakları ismen zikredip tazminata ilişkin hükmün hukukî çerçevesini belirtmek yeterlidir²⁶³. Ancak bu görüş öğretide, tazminat hükmünde öngörülen kalemlere göre tazminatı belirleme yetkisini idareye bırakması sebebiyle yeni uyuşmazlıklara sebep olacağı ve İdari Yargılama Usulü Kanunu’nun 24. maddesine aykırı olması sebebiyle haklı olarak eleştirilmektedir²⁶⁴. Görüldüğü üzere Danıştay’ın tazminat miktarı yerine tazminatın hukukî çerçevesini belirlemeye ilişkin görüşü sadece beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat talepleri için olmayıp hüküm verildiği sırada ve hatta hüküm verildikten sonra hükmün icrasına kadar devam eden her türlü zarar içindir.

İdari Yargılama Kanunu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu kadar kapsamlı bir kanun değildir. Bazı hukukî kurumlar için Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na yapılan bazı atıflar ise İdari Yargılama Usulü Kanunu’ndaki eksiklikleri tam anlamıyla gidermediği gibi bazı durumlarda idarî yargının niteliğiyle de uyuşmamaktadır²⁶⁵. Açık bir yasak öngörülmemesine rağmen İdari Yargılama Usulü Kanunu’nda düzenlenmeyen ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na da atıf yapılmayan tanık

²⁶² D.İBK., 23.12.1983, 1/10, (RG. 20.6.1984, S. 18437).

²⁶³ Danıştay’ın belirsiz alacaklar bakımından asgarî bir miktar belirleme zorunluluğu öngörmemesinin ve hükmün verildiği anda dahi tam olarak belirlenemeyen alacaklar bakımından tazminat miktarı belirtmek yerine hukukî çerçeve çizmenin yeterli olacağına ilişkin içtihadının Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenen belirsiz alacak davasından daha ileri seviyede olduğu görüşü için bkz. Sezer/Bulut, ss. 228, 229.

²⁶⁴ Çağlayan, s. 367; Güran, Tazminat, s. 170; Gözübüyük/Tan, s. 884.

²⁶⁵ İYUK m. 31 HMK’nın kabul ve feragate ilişkin hükümlerine atıf yapmaktadır. Ancak örneğin, idarî yargıda görülen bir davada hata, hile, ikrah gibi irade bozukluğuna sebebiyet veren Hâllerde, feragatin iptali için açılması gereken dava, idarî yargıda düzenlenen iptal ve tam yargı davalarından birisi olmadığı için açılmayacaktır. Bu konuda ayrıca bir düzenleme yapılması gerekir (Melikşah Yasin, “İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul” **Atatürk Üniversitesi Erzurum Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 3-4, 2004, s. 174.

dinlenmesi, ıslah²⁶⁶ gibi bazı hukukî kurumlar için uygulama cevaz vermezken belirsiz alacak davası, hükmün değiştirilmesi gibi bazı eksiklikler ise içtihat yoluyla giderilmeye çalışılmıştır²⁶⁷.

Kanımızca idarî yargıda yazıllık ilkesinin katı bir şekilde uygulanması ve içtihadî olarak kabul edilen taleple bağıllık ilkesi bu yargı yolunda dava açanları, adlî yargıda dava açanlara göre daha dezavantajlı konuma düşürmektedir. Nitekim idarî yargıda dava açanlara göre daha dezavantajlı konuma düşürmektedir. Nitekim idarî yargıda yazıllık ilkesi tek başına uygulandığında bir takım sakıncaları beraberinde getirmektedir. Duruşma talebi kabul edilmediği için iddia ve savunmalarını duruşmada hâkime sözlü olarak anlatma olanağından yoksun bulunan taraflar, dava ve cevap dilekçelerinde yer alan ve karara etkisi olan önemli bir hususun hâkimin gözünden kaçmış olması düşüncesiyle verilen karara karşı güvensizlik duyacaklardır²⁶⁸. Ayrıca uyuşmazlığın temelindeki maddî vakıaların aydınlatılması ve ispatı için tanık beyanına ihtiyaç vardır²⁶⁹. İdarî yargıya ilişkin mevzuatta sırf tanık deliline yer verilmediği için bu delili yazıllık ilkesi gereği câiz görmemek re'sen araştırma ilkesi ile çelişmektedir²⁷⁰. Ayrıca tanık dinlenmesinin câiz olmayıp yazıya geçirilmiş tanık ifadelerinin hükme esas alınması, idarî yargı alanında tanık beyanına olan ihtiyacı göstermekle birlikte tanık delilinin niteliği ve doğrudanlık ilkesi ile uyuşmamaktadır. Fransız Hukukunda da mutlak şekilde uygulanan yazıllık ilkesi yumuşatılarak duruşma ve keşif sırasında tanık dinlenmesine izin verilmekte ve sözlülük idarî yargılama sürecinde giderek önem kazanmaktadır²⁷¹.

İdarî yargı mercileri içtihadî olarak kabul edilen taleple bağıllık ilkesine ve İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasına dayanarak iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının idarî yargı bakımından da

²⁶⁶ İYUK m. 16/4 sadece tazminat miktarının bir defaya mahsus artırılmasına izin vermektedir. Bunun haricinde vakıalarda bir değişiklik yapılması kabul edilmemektedir.

²⁶⁷ (D.İBK., 23.12.1983, 1/10, (RG. 20.6.1984, S. 18437)); D.10.D., 23.9.2008, 2006/6650, 2008/6283; Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu, 27.10.2000, 1999/996, 2000/1038; D.5.D., 23.11.1992, 1991/1075, 1992/3154, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 5.3.2019). D.İBK., 23.12.1983, 1/10, (RG. 20.6.1984, S. 18437).

²⁶⁸ Gürsel Kaplan, "İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usûlü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme", *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 13, Sayı: 1, 2013, (Tanık), ss. 35, 36.

²⁶⁹ Gözler, C. II, ss. 1371-1378.

²⁷⁰ Kaplan, Tanık, s. 39-41.

²⁷¹ Kaplan, Tanık, s. 41-44.

geçerli olduğunu kabul eder²⁷². Tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu medenî yargıda, bu yasak kural olarak kabul edilmiş olmakla beraber, karşı tarafın açık rızası ve ıslah olmak üzere bu yasağa iki istisna tanınmıştır. Kanımızca re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu idarî yargı bakımından iddianın ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağını kabul edip bu yasağa getirilen istisnaları kabul etmemek idarî yargının niteliği ve amacı ile çeliştiği gibi aynı zamanda da adil yargılanma hakkına da aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin ihlâl kararı gereği İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 16. maddesinin 4. fıkrasına cümle eklenmiştir; ancak yukarıda da belirtildiği gibi bu ekleme, vakıalar bakımından bir değişikliğe imkân vermediği için eksik bir düzenlemedir. Belirtmek gerekir ki, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağı, dava malzemesinin davanın başında hazır edilmesini sağlamak için kabul edilmiştir. Ancak dava malzemesinin dalgınlık, unutkanlık, hukuku yeteri kadar bilmeme gibi nedenlerle davanın başında getirilememesi durumlarında, bu yasağın katı bir biçimde uygulanması sakıncalara sebep olabilir²⁷³. Ayrıca genel kabule göre re'sen araştırma ilkesinin kabul edildiği davalarda bu yasak söz konusu olmaz. Çünkü hâkim kendiliğinden araştırdığı vakıaları taraflar ileri sürmese bile davaya dâhil etmekle yükümlüdür²⁷⁴.

Kanımızca idarî yargının görev alanına yapılan müdahalelerin temel sebebini idarî yargıdaki hukukî dinlenilme ve adil yargılanma hakkını zedeleyici yukarıda belirtilen kısıtlamalar oluşturmaktadır. Yapılması gereken idarî yargıdaki sorunlar nedeniyle bu yargı yolundaki davaların medenî yargıya aktarılması değil, idarî yargının varlık sebebi ile uyumlu bir usûl kanunu çıkarılarak bu sorunların çözümü yönünde adımların atılmasıdır. Kanun koyucunun hareketsizliği içtihadî çözüme engel değilse²⁷⁵ de içtihatlarla istenilen gelişmenin gösterilemediği de açıktır.

²⁷² Sancakdar, s. 19.

²⁷³ Yılmaz, İdari Yargı, s. 21.

²⁷⁴ Yılmaz, İdari Yargı, s. 12.

²⁷⁵ Kaplan, Tanık, s. 41.

3. Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davalarında Medenî Yargı ile İdarî Yargı Arasındaki Yargı Yolu Uyuşmazlıkları

İdarî yargının görev alanını belirlemek için kullanılan ölçütler²⁷⁶ *kamu gücü*, *kamu hizmeti*, *eşitsizlikler* gibi ölçütler olup doğan zararın niteliğine göre bir ölçüt bulunmamaktadır. Bu sebeple, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında adlî yargı ile idarî yargı arasındaki yargı yolu uyuşmazlıklarının çözümünde zararın niteliği önem arz etmeyip, genel kurallara göre uyuşmazlıklar çözülmelidir. Uygulamaya bakıldığında, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları ile ilgili yargı yolu uyuşmazlıklarının trafik-tren kazalarından doğan tazminat davaları, kamu görevlilerine ait kasten yaralama fiilleri ile hatalı tıbbî müdahale nedeniyle açılan tazminat davalarına ilişkin olduğu görülür. Yargı yolu uyuşmazlıklarının büyük bir kısmının sebebini ise idarî ve adlî yargı mercilerinin hizmet kusuru-kişisel kusur ayırımına farklı anlamlar yüklemeleri oluşturur.

Anayasanın 40. maddesinin 3. fıkrasına göre, “*Kişinin, resmî görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre, Devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır.*” Yine Anayasa’nın 129. maddesinin 5. fıkrasında “*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir*” hükmüne yer verilmiştir. Devlet Memurları Kanunu’nun 13. maddesinin birinci fıkrasına göre ise “*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar... Kurumun, genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkı saklıdır*”. Bu bağlamda, memur ya da kamu görevlisinin zarara yol açan eylem ya da işlemi kasten ya da ihmal ile gerçekleşebileceği gibi suç niteliğinde de olabilir. Bu durum kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilir kusuru-hizmetten ayrılamayan kusuru şeklinde bir ayrımı gerekli kılmıştır. Kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilir kusuru ise salt kişisel kusur kavramı içerisinde değerlendirilmiştir. Hizmet kusuru-kişisel kusur kavramları

²⁷⁶ Sancakdar, s. 59.

mevzuat ile tanımlanmamış olup içeriklerinin geliştirilmesinde mahkeme içtihatları önemli rol oynamıştır²⁷⁷. Bu ayrım davanın kime karşı, hangi yargı yolunda açılacağına belirlenmesinde önem arz eder. Söz konusu kusurlu davranış kamu görevlisinin hizmetten ayrılabilir salt kişisel kusuruna dayanıyorsa dava kamu görevlisine karşı açılır ve uyuşmazlık adlî yargıda haksız fiil hükümlerine göre görülür. Eğer ortada bir hizmet kusuru varsa o zaman dava idareye karşı açılır; uyuşmazlık idarî yargıda idare hukuku ilkelerine göre görülür. Uygulamada hizmet kusuru-hizmetten ayrılabilir kişisel kusurun belirlenmesinde Yargıtay ve Danıştay'ın içtihat farklılıkları sebebiyle adlî ve idari yargı yolları arasında olumlu görev uyuşmazlıkları yaşanmaktadır²⁷⁸.

Öğretide ve yargı kararlarında hizmet kusuru ve kişisel kusur ayrımı için çeşitli kriterler belirtilmiştir. Buna göre zarara sebep olan eylemin suç oluşturması, yargı kararlarına uymama²⁷⁹, kamu görevlisinin kötünîyeti ve ağır kusuru kişisel kusuru belirlemedeki kriterlerdir. Ancak kişisel kusur nedeniyle kamu görevlisine karşı adlî yargıda dava açabilmek için bu kusurun hizmetten ayrılabilir olması gerektiği ileri sürülmüştür²⁸⁰. Hizmet kusuru ise kamu görevlilerinin kusurlu olup olmamasına bakılmaksızın hizmetin kuruluş, düzenleniş ve işleyişinde bir bozukluk veya aksaklık olması durumunda idarenin sorumluluğuna yol açan, idare hukukuna özgü nesnel ve anonim nitelikli bir kusurdur²⁸¹. *“İdare hep tüzel kişilerden oluştuğuna göre, hizmet kusuru olarak adlandırılan kusur, kişiselleştirilebilir ya da kişiselleştirilemez, aslında kamu görevlilerinin (=idare ajanlarının) kusurlarıdır”*²⁸². Hizmet kusuru ve kişisel kusur yanında öğretide bir de “görev

²⁷⁷ Yasin Söyler, “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 2, 2010, s. 556.

²⁷⁸ Yargıtay ve Danıştay'ın çelişik kararları için bkz. Çağlayan, ss. 584-588.

²⁷⁹ 2014 yılında İYUK'ta yapılan değişiklikle mahkeme kararlarının yerine getirilmemesine ilişkin olarak açılacak tazminat davalarının ancak ilgili idare aleyhine açılabilceği belirtilmiştir (İYUK m. 28/4). Bu değişiklik neticesinde “yargı kararlarına uymama” kriteri ancak hizmetten ayrılamayan kişisel kusur kapsamında değerlendirilebilir.

²⁸⁰ Lütfi Duran, “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu” **Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta'ya Armağan**, AÜSBF ve TODAİE Yayını, Ankara, 1974, (Mali Sorumluluk), s. 109; Çağlayan, ss. 576, 577.

²⁸¹ Metin Günday, **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, (İdare), s. 369; Ragıp Sarıca, “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 15, Sayı: 4, 1949, s. 858; Ayhan Tekinsoy, “Anayasa Mahkemesi'nin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları” **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 2013, s. 27.

²⁸² Günday, İdare, s. 369.

kusuru” kavramı geliştirilmiştir. “Kamu personelinin “görev kusuru”, geniş anlamda “kişisel kusur” sayılabilirse de; aslında “hizmet kusuru” niteliği taşıyan meslekî ve ödevsel bir kusurudur. (...) “görev kusuru”, personelin hizmetten ayrılamayan kişisel kusurları olarak ortaya çıkmaktadır²⁸³.” Görev kusuru başka bir tanıma göre somut olarak kamu görevlilerinin kişisel kusurlarından kaynaklanan bir davranışı içerse de, aslında idarenin ‘kendi davranışı’ sayılması gereken ve dolayısıyla idarenin ‘kendi sorumluluğunu’ doğuran, hukuka ve göreve aykırılığı, ‘göreve ve idareye’ ilişkin sayılmasını engellemeyen kusurun, somut personelde kişiselleşen görünüm biçimidir²⁸⁴. Görev kusurunun varlığında davanın idare aleyhine idarî yargıda açılması gerekir, ancak hizmetten ayrılamayan kişisel kusur ise rücû ilişkisinde önemli rol oynar.

Sorunun hizmet kusuru – kişisel kusur ayrımı çerçevesinde değerlendirilmesi ve hizmetten ayrılabilen kusurların salt kişisel kusur kabul edilerek kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğuna yol açması, mevzuatın açık hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla kabul edilebilecek bir yaklaşımdır²⁸⁵. Kamu görevlisinin kötünîyet ve husumetle verdiği zararlarda, eylem ile kamu görevinin yürütülmesi arasında objektif illiyet bulunmaz. Burada görevden tamamen ayrılabilen salt kişisel kusur gündeme gelir. İdarî yargı ve adlî yargı arasındaki uyumsuzluklar daha çok görev kusuru noktasında kendini gösterir. Görev kusuru ise daha çok kamu görevlisinin görevinden ayrılamayan kişisel kusur olarak ortaya çıkar. Bu kişisel kusur, görev içinde ve dolayısı ile idarenin ajanına yüklediği ödev, yetki ve araçlarla işlenmektedir. Ayrıca kusur görev nedeniyle meydana gelmektedir. Örneğin, bir hukuk düzenlemesi gereği zor ve hatta lüzumunda silah kullanma yetkisi verilen kamu görevlisinin bu görevini yerine getirdiği sırada Kanunun tâyin ettiği sınırı aşmak suretiyle bir zarara sebep olması hâlinde; görev kusuru ile karşılaşılır. Kişisel kusurda ise kamu görevlisinin eyleminde açıkça ve kolayca görevinden ayrılabilen tasarruf ve hatalar görülür²⁸⁶.

²⁸³ Duran, Mali Sorumluluk, s. 109; Sancakdar, s. 219.

²⁸⁴ Cüneyt Ozansoy, **Tarihsel ve Kuramsal Açından İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989, s. 285; Oğuz Sancakdar, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan, Lale Burcu Önüt ve Serkan Seyhan, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018, s. 758; Kalabalık, s. 254.

²⁸⁵ Tekinsoy, s. 53.

²⁸⁶ Tekinsoy, ss. 40, 41.

Memur ya da diğer kamu görevlilerinin hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlerine ilişkin kişisel kusurunun, kastî suç niteliği taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı ve bu nedenle açılacak davaların idare aleyhine açılabilceğı Danıştay tarafından kabul edilmiştir²⁸⁷. Uyuşmazlık Mahkemesi ise bir somut olayda, davalı Posta ve Telgraf Teşkilatı Anonim Şirketi'nde posta dağıtıcısı olarak görev yapan diğer davalının, evrak onayı için geldiğı mahalle muhtarlığında, mahalle muhtarı ile tartışması neticesinde mahalle muhtarına hakaret etmesi ve diğer davacıyı yaralaması şeklinde meydana gelen olayda, fiil kamu hizmeti esnasında gerçekleşmiş olsa da, kamu görevlisinin fiillerinin suç niteliğinde olmasının kamu hizmetinin bir gereğı olarak değerlendirilmesinin mümkün olmadığını, bu sebeple posta dağıtıcısının ağır kişisel kusuruna dayalı eylemi sonucu idarenin hizmet kusuru ile dava konusu olay arasındaki illiyet bağının kesildiğı ve bu nedenle davanın haksız fiillere özgü özel hukuk hükümleri çerçevesinde adli yargı yerinde görülmesi gerektiğine karar vermiştir²⁸⁸. Bu kararda Uyuşmazlık Mahkemesi posta dağıtıcısının mahalle muhtarını yaralamasını hizmetten ayrılabilir salt kişisel kusur kapsamında değerlendirmiştir²⁸⁹. Ancak Uyuşmazlık Mahkemesi bir başka kararında, hizmetle ilgili olarak veya hizmetin görülmesi sırasında kamu görevlisinin kusurlu hareketinin genel olarak 'kişisel kusur' sayıldığını; bu olgunun, kimi durumlarda, personel üzerinde gözetim ve denetim görevinin yerine getirilmesi yönünden hizmet kusurunu ortadan kaldırmayacağını ifade etmiştir. Bu durumda, kamu görevlilerinin hizmetin yürütülmesi sırasındaki kusurlu eylemlerinin, idare yönünden nesnel nitelik taşıyan hizmet kusurunu oluşturduğu, idarenin hizmet kusurunun yargısal denetiminin

²⁸⁷ "Davalı idare verdiği savunmada, davacı hakkında düzenlenen belgenin MiT bünyesinde hazırlanmış "ön etüd" olduğunu kabul ettikten sonra, bu belgenin MİT'de görevli bir daire başkanınca kişisel, gayri resmî bir çalışma sonucu düzenlendiğini, olayda sözü edilen kişinin sorumlu tutulabileceğini ileri sürmektedir....Ancak söz konusu iddianın doğruluğunun, davalı idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı, sadece idareye söz konusu kişiye rücu etme imkânı vereceğı açıktır. Zira bir kamu görevlisinin görev sırasında, hizmet araçlarını kullanarak yaptığı eylem ve işlemlere ilişkin kişisel kusurun, kasdi suç niteliğı taşısa bile hizmet kusuru oluşturacağı idare hukukunun bilinen ilkelerindendir. Milli istihbarat hizmetini yürütmekle görevli bir örgütte örgüt mensubu görevlilerin örgüt olanaklarını kullanarak kişisel, gayri resmî bir takım raporlar düzenleyebilmesi, Devletin varlığına ve güvenliğine yönelik hizmetin düzenlenmesinde, personel seçiminde idarenin ne denli ağır hizmet kusuru işlediğini açıkça gösterir niteliktedir", (D.10.D., 20.4.1989, 1988/1042, 1989/857, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 11.7.2018).

²⁸⁸ UYM., 26.10.2015, 734/733, (<http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari>), (Erişim Tarihi: 20.2.2019).

²⁸⁹ Aynı yöndeki Yargıtay Kararları için bkz.4.HD, 14.11.1985, 7369/9399;HGK, 20.9.2006, 4-526/562; HGK, 17.10.2007, 4-640/725, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 11.7.2018).

hizmetin kuruluş ve işleyişi ile personel üzerindeki gözetim ve denetim görevinin yerine getirilmesi yönlerinden idare hukuku esasları çerçevesinde idarî yargı yerlerince yapılması gerektiği sonucuna ulaşmıştır²⁹⁰.

Hatalı tıbbî müdahale nedeniyle açılan maddî-manevî tazminat davasında Yargıtay Hukuk Genel Kurulu davacının dilekçesinde ilgili personelin salt kişisel kusuruna dayanmış olmasını uyuşmazlığın adlî yargıda görülebilmesi için yeterli saymıştır²⁹¹. Ancak karara ilişkin karşı oy yazısında kişisel kusur iddiasıyla açılan davalarda hâkimin maddî vakıa ile bağlı olmasına karşılık hukukî tavsif ile bağlı olmaması nedeniyle hâkimin konu ile ilgili Anayasa ve Devlet Memurları Kanunu'nun açık hükümlerine aykırı olarak kamu görevlisi hakkında esasa girip kişisel kusur araştırmasının doğru olmadığı, görev yönünden de idarî yargının görevine giren konularda kamu düzenine aykırı sonuç doğuracak şekilde adlî yargıda bu davaların görülmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Görüldüğü üzere Yargıtay'ın kamu görevlilerinin kişisel sorumluluğuna ilişkin kararları bir yönüyle idarî yargının görev alanını daraltacak yaklaşımlar içermektedir²⁹². Ancak Danıştay'ın istikrar kazanmış görüşüne göre görev sırasında ve görev nedeniyle oluşan kişisel kusur bir suç teşkil etse dahi ortada bir hizmet kusuru vardır²⁹³. Gözaltı süresince işkenceye maruz kalındığı iddiasıyla açılan tazminat davasında sorumluluk hizmet kusuruna dayandırılmıştır²⁹⁴.

²⁹⁰ UYM., 7.3.2011, 2010/107, 2011/39, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 11.7.2018).

²⁹¹ HGK, 18.11.2009, 4-448/545, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019). Aynı yönde HGK, 15.11.2000, 2000/4-1650, 2000/1690; HGK, 26.9.2001, 4-495/643; HGK, 29.3.2006, 4-86/111; HGK, 20.9.2006, 4-526/562; HGK, 17.10.2007, 4-640/725; HGK, 31.10.2007, 4-800/797; HGK, 4.2.2009, 2008/4-830, 2009/45, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019).

²⁹² Tekinsoy, s. 44. *“TCDD'ye ait trenin gerekli önlemler alınmadığından yoldan geçen yayaya çarparak ölümüne sebebiyet vermesi nedeniyle adıgeçen kamu iktisadî kuruluşu hakkında açılan destekten yoksun kalma tazminatı ve manevî tazminat davasında, davalı teşebbüsün istihdam ettiği makinist ve tren şefi hakkında asliye ceza mahkemesinde bu kişilerin şahsi kusurlarından dolayı tck. 455/1-son maddeleri uyarınca dikkatsizlik ve tedbirsizlik nedeniyle ölüme sebebiyet vermekten kamu davası açıldığına göre, mevcut bu olgu karşısında bu kişilerin sırf idari bir görevin yerine getirilmesi sırasında zarara yol açmayıp, salt kişisel kusuruna dayanıldığından onları çalıştıran sıfatıyla davalı teşebbüsün hizmet kusurundan söz edilemeyecektir.”* (HGK, 28.11.2001, 4-661/1074, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019).

²⁹³ Kamu görevli olarak çalışan doktorların hatalı tıbbî müdahalesi sonucu açılacak davalarda kamu görevlisinin kişisel kusuru olsa dahi bunun sağlık hizmetlerinin yürütülmesine ilişkin hizmet kusurunu oluşturması hakkındaki kararlar için bkz. D.15.D., 23.1.2019, 2018/246, 2019/232; D.15.D. 21.2.2019, 2018/3131, 2019/1012; D.15.D., 17.1.2019, 2018/2512, 2019/149; D.15.D., 13.5.2019, 1198/3742, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 23.6.2020).

²⁹⁴ *“...İzmir 2. İdare Mahkemesince; idarenin yürüttüğü kamu hizmetinin kötü işlemesi nedeniyle bireylerin uğradığı zararı tazmini gerektiği, dosyanın incelenmesinden, davacının gözaltında*

Danıştay domuz gribi vakasında hastanın takibine ilişkin bir kaydın bulunmamasını, gece geç saatlerde solunum sıkıntısı yaşayan hastanın yoğun bakıma gecikmeli olarak sabah saatlerinde alınmasını hastanın takip ve tedavisinde hizmet kusuru olarak değerlendirmiştir²⁹⁵. Enjeksiyonun yanlış yere uygulandığı iddiası ile açılan başka bir davada ise Danıştay, sağlık personelinin yapılan enjeksiyonda uygulama hatasının tespit edildiği durumlarda idarenin hizmet kusuru nedeniyle sorumlu olacağını ve ilgili personele rücu imkânı doğacağını, tıbbî bir hatanın tespit edilememesi durumunda ise bünyesinde bu denli risk taşıyan, ancak vazgeçilemeyen bir uygulama sonucu ortaya çıkan zararın sosyal hukuk devleti olma ve hakkaniyet

bulunduğu süreler içinde düzenlenen Adli Tıp Kurumunun 25.3.1992 tarih 1441 sayılı raporunda sağ elmacık bölgesinde ve sağ omuz üst yüzünde saptanan ekimozlar nedeniyle 2 gün süreyle mutad iştigaline engel bulunduğu, 20.4.1992 tarih ve 3228 sayılı raporunda ise burunda şişlik ve burun mecrasında kan bulaştığı saptandığının ve kesin raporun devlet hastanesi kulak burun boğaz kliniğinde muayenesi ve radyolojik incelemeden sonra verilebileceğinin belirtildiği, bu raporlardan sonra düzenlenen 30.4.1992 tarih ve 3553 sayılı raporda burunda subjektif ağrı dışında başka bir bulguya rastlanmadığı belirtilirken 4.6.1992 tarih ve 749 sayılı raporda davacının 10 gün süreyle mutad iştigaline engel olacak şekilde burun kemiği uç kısmında kırık olduğunun devlet hastanesince düzenlenen rapor ve burun filminden anlaşıldığının belirtildiği, davacının gözaltına alınmasından kısa bir süre sonra saptanan arazların davacının gözaltına alınmasından önce de bulunduğu hususunun idarece bir raporla tespit edilmediği gibi, böyle bir savunmada da bulunulmadığı, bu nedenle davacının uğradığı zararın hizmet kusuru bulunan idarece tazmini gerektiği(ne)... karar verilmiştir. Temyizen incelenen ve yukarıda özetlenen gerekçelere dayalı olarak verilen İzmir 2 İdare Mahkemesinin 13.12.1995 tarih ve E: 1992/804, K: 1995/1244 sayılı kararı, usul ve hukuka uygun olup, bozma nedeni bulunmadığı anlaşıldığından, temyiz isteminin reddine ve anılan kararın ONANMASINA, 29.4.1998 tarihinde oybirliğiyle karar verildi (D.10.D., 29.4.1998, 19968/578, 1998/1734), (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 21.06.2020); "...Dava konusu olayda, 6.5.2002 tarihinde İstanbul Organize Suçlar Şube Müdürlüğü görevlileri tarafından gözaltına alınan davacının gözaltı süresince kolluk kuvvetince yapılan sorgulamasında kötü muameleye ve işkenceye maruz kaldığı hususunun İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı'nca düzenlenen 26.7.2002 tarih ve 246 sayılı rapor ve dosyadaki diğer bilgi ve belgeler uyarınca sabit olduğundan, yurdun iç güvenliğini ve asayişini, kamu düzenini, genel ahlakı ve Anayasa'da yazılı hak ve hürriyetleri korumakla görevli kılınan polisin, bu yetkiyi kullanırken kanunen tanımlanan görev alanı dışına çıkmak suretiyle davacıya hukuka aykırı eylem ve işlemi ile verdiği zararı tazminle yükümlü olduğu gerekçesiyle" davanın kısmen kabulü ile, kişisel durumu, olayın oluş şekli ve niteliği göz önüne alındığında sorgulama sırasında kötü muamele ve işkenceye maruz kalan davacı lehine 100.000 TL manevi tazminatın davalı idareye başvuru tarihinden itibaren işletilecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesine, davacının fazlaya ilişkin tazminat isteminin reddine karar verilmiştir. Temyizen incelenen karar, usul ve hukuka uygun olup, dilekçelerde ileri sürülen temyiz nedenleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden ... onanmasına, idare aleyhine hükmedilen tazminatın bu olayda kişisel kusuru bulunan kişi ya da kişilere rücu edilmesi için kararın bir örneğinin Maliye Bakanlığına tebliğine, 06.02.2009 tarihinde oybirliği ile karar verildi" (D.10.D., 6.2.2009, 2006/1212, 2009/652), (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 21.06.2020).

²⁹⁵ D.15.D., 21.2.2019, 2018/3131, 2019/1012, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/>), (Erişim Tarihi: 20.06.2020).

gereği kusursuz sorumluluk ilkesi uyarınca idarece tazmini gerekeceğini ifade etmiştir²⁹⁶.

Uyuşmazlık Mahkemesi çocuklarının ayağında, devlet hastanesinde yanlış tedavi uygulanması nedeniyle iz kaldığı; bu durum nedeniyle zarara uğradıkları gerekçesiyle açılan tazminat davasının, kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanmasını gerektirdiğinden idarî yargıda çözümlenmesi gerektiğine karar vermiştir. Mahkeme kararının gerekçesinde zararın kamu idaresi olan hastanelerde görev yapan sağlık çalışanlarının sağlık hizmetini gereği gibi yürütmediğinden kaynaklandığını; kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin, hizmet kusuru veya başka nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının saptanması gerektiğini, bu hususların saptanmasının ise idare hukuku ilkelerine göre yapılabileceğini belirtmiştir²⁹⁷.

Uyuşmazlık Mahkemesi, bir belediyenin yeni binasının açılışı sırasında binanın süslenmesinde kullanılan tahtadan yapılan bir papatyanın davacının üzerine düşmesi sonucu kafasından yaralanması nedeniyle 20.000,00 TL manevî tazminatın davalı idareden tahsili istemiyle açılan bir davada ise kamu hizmetinin yöntemine ve hukuka uygun olarak yürütülüp yürütülmediğinin; kamu yararına uygun şekilde işletilip işletilmediğinin; hizmet kusuru ya da başka bir nedenle idarenin sorumluluğu bulunup bulunmadığının yargısal denetimi için idarî yargı yerini görevli görmüştür²⁹⁸.

İdarenin can ve mal güvenliğini temin edecek şekilde trafik güvenliğini sağlama görevini yerine getirmeyerek, bakım ve onarımda gerekli tedbirleri almayarak hizmet kusurunun bulunduğu trafik kazalarında davalı idareye karşı açılacak tazminat davaları bakımından adlî ve idarî yargı arasında olumsuz görev uyuşmazlıkları yaşanmaktadır²⁹⁹.

²⁹⁶ D.15.D., 5.2.2019, 2014/3146, 2019/290, (<http://emsal.danistay.uyap.gov.tr/>), (Erişim Tarihi: 20.06.2020).

²⁹⁷ UYM., 29.12.2004, 1095/1143, (<http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari>), (Erişim Tarihi: 20.2.2019).

²⁹⁸ UYM., 4.5.2015, 15/269, (<http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari>), (Erişim Tarihi: 20.2.2019).

²⁹⁹ UYM., 14.7.2014, 759/811, (RG. 26.7.2014, S. 29072); UYM., 28.9.2015, 580/592, (RG. 3.11.2015

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesine göre,

İşleteni veya sahibi Devlet ve diğer kamu kuruluşları olan araçların sebebiyet verdiği zararlara ilişkin olanlar dâhil, bu Kanundan doğan sorumluluk davaları, adli yargıda görülür. Zarar görenin kamu görevlisi olması, bu fıkra hükmünün uygulanmasını önlemez. Hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da bu Kanun hükümleri uygulanır.

Ayrıca Karayolları Trafik Kanunu'nun Kuruluşlar, Komisyonlar, Görev ve Yetkileri başlıklı ikinci kısmında Emniyet Genel Müdürlüğü, Milli Eğitim Bakanlığı, Gıda Tarım ve Hayvancılık Bakanlığı, Ulaştırma Denizcilik ve Haberleşme Bakanlığı, Belediye trafik birimleri ve Karayolları Genel Müdürlüğü'nün görev ve yetkileri düzenlenmiştir³⁰⁰. Bu düzenlemelerden hareketle, belirtilen idarî kurumların görev ve yetkilerini yerine getirmemesi sebebiyle oluşan zararların tazmini için idare aleyhine açılacak davalarda, hangi yargı yolunun görevli olduğu konusunda tereddütler yaşanmıştır.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesi, 2011 yılında yapılan değişiklik ile getirilmiştir. Bu madde ile ilgili olarak Adalet Komisyonu raporunda kamu hizmetine özgülünen motorlu araçların verdikleri zararlardan dolayı, trafik olaylarından doğan zararların özelliği göz önünde tutularak, kamu idare ve kurumlarının özel kişilerle eşit koşullarda ve aynı ilkelerle sorumlu tutulması gerektiği, Kanun'un 106. maddesi³⁰¹ gereği özel hukuka yapılan gönderme sonucu, açılacak davalarda adli yargının görevli olduğunun kabulünün kaçınılmaz olduğu, yeknesak bir usûl rejiminin sağlanmasının da adil yargılanma hakkını sağlayacağı belirtilmiştir³⁰².

Bursa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi ve Batman 2. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin önlerine gelen uyuşmazlıkta uygulanacak olan Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesinin Anayasa'ya aykırılığının ileri sürülmesi sonucu, Anayasa Mahkemesi, karayolu şeridi üzerindeki araç trafiğinden kaynaklanan

³⁰⁰ Bkz. KTK m. 2, KTK m. 4-12.

³⁰¹ “Genel bütçeye dahil dairelerle katma bütçeli idarelere, il özel idarelerine ve belediyelere, kamu iktisadî teşebbüslerine ve kamu kuruluşlarına ait motorlu araçların sebep oldukları zararlardan dolayı, bu Kanunun işletenin hukukî sorumluluğuna ilişkin hükümleri uygulanır. Bu kuruluşlar, 85 inci maddenin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere 101 inci maddedeki şartları haiz milli sigorta şirketlerine mali sorumluluk sigortası yaptırmakla yükümlüdürler” (KTK m. 106).

³⁰² TBMM, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss474.pdf>, s. 10-12, (Erişim Tarihi: 19.2.2019).

sorumlulukların özel hukuk alanına girdiğini, idare tarafından kamu gücünden kaynaklanan bir yetkinin kullanılması söz konusu olmadığı gibi aynı karayolu üzerinde aynı seyir çizgisinde hareket eden, bu nedenle aynı tür risk üreten araçlar arasında özel-kamu ayırımı yapılmasını gerektiren bir neden olmadığını belirterek söz konusu kuralın Anayasa’ya aykırı olmadığına karar vermiştir³⁰³.

Görüldüğü üzere gerek Adalet Komisyonu raporunda gerekse Anayasa Mahkemesi kararında söz konusu kural, idareye ait motorlu araçların karıştıkları trafik kazaları bakımından değerlendirilmiş olup Karayolları Genel Müdürlüğü’nün hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluk davaları bakımından irdelenmemiştir. Ancak Karayolları Trafik Kanunu’nun 110. maddesi lafzen değerlendirildiğinde “...*bu Kanundan doğan sorumluluk davaları adli yargıda görülür*” ifadesine bağlı olarak, idarenin Karayolları Trafik Kanunu’nda düzenlenen görev ve yetkisi dâhilindeki hizmetleri, gereği gibi yerine getirmemesi sebebiyle idare aleyhine açılacak sorumluluk davalarının da adli yargıda görüleceği söylenebilir³⁰⁴. Nitekim

³⁰³ AYM, 26.12.2013, 68/165, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), (Erişim Tarihi: 19.2.2019).

³⁰⁴ “*Davacıya ait araçta; davalı Belediye Başkanlığının bakım ve gözetim sorumluluğunda olan yolda bulunan elektrik direğine çarpması sonucu meydana gelen zararın olayda hizmet kusuru bulunduğu iddia edilen davalıdan tazmini istemi ile açılan davanın; 2918 sayılı Yasanın 19.01.2011 tarihinde yürürlüğe giren 110. maddesi gereğince adli yargıda çözümlenmesi gerektiği hakkında*” bkz. UYM., 28.9.2015, 652/655, (<http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari>), (Erişim Tarihi: 20.2.2019). Rogar kapağının kırık olması sebebiyle meydana gelen trafik kazası sebebiyle sigorta şirketinin açtığı rücu tazminat davasında davalı vekili olayın hizmet kusurundan kaynaklandığını belirterek yargı yolu itirazında bulursa da bu itiraz 17. HD. tarafından yerinde görülmemiştir, (17.HD, 26.12.2012, 5312/8166, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 13.3.2019)). **Aksi yönde** “*Dava, rücu tazminat istemine ilişkindir. Kamu tüzel kişilerinin, yasalar tarafından kendilerine verilen görev ve yetkileri kullanırken oluşan zararlar niteliği itibarıyla hizmet kusurundan kaynaklanmakta olup, bu zararların tazmini amacıyla anılan idarelere karşı hizmet kusurlarına dayanılarak, idari yargı yerinde tam yargı davası ikame edilmesi gerekmektedir. Yol inşaatı çalışması alanında gerekli yol güvenliği ve işaretleme önlemlerini almayan belediye aleyhine hizmet kusuruna dayanılarak dava açıldığından, mahkemece, adli yargının yargı yolu bakımından görevsiz bulunması nedeniyle dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekir*”, (17.HD, 28.6.2012, 4488/8354), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 5.3.2019). “*Dava, kasko sigorta sözleşmesine dayanılarak açılan trafik kazasından kaynaklanan, rücu tazminat istemine ilişkindir. Bir kamu hizmeti görmekle yükümlü olan davalı T.C Karayolları Genel Müdürlüğü, karayollarının yapım ve onarım hizmetleri sırasında verdiği zararlardan dolayı özel hukuk hükümlerine tabi değildir. Hizmet kusurundan kaynaklanan zararlar yönünden idare aleyhine, tam yargı davasının idari yargı yerinde açılması gereklidir. Esasen 2918 Sayılı K.T.K.nun hukuki sorumluluğa dair 85. ve onu izleyen maddelerinde araç işletenin sorumluluğu düzenlenmiş olup, idarenin hizmet kusurundan kaynaklanan sorumluluğu bu yasa kapsamı dışında tutulmuştur. Somut olayda davacı vekili, davalı idarenin, kazanın meydana gelmesinde yol kusuru bulunduğunu ileri sürerek işbu davayı açmıştır. Bu durumda mahkemece, davaya bakma görevi idari yargıya ait olduğundan mahkemenin yargı yolu bakımından görevsizliğine ve dava dilekçesinin bu sebeple*

Uyuşmazlık Mahkemesi'nin kararları da bu yöndedir³⁰⁵. Ancak kanun teklifinin gerekçesi ve Adalet Komisyonu raporunda da görüldüğü üzere hükmün getiriliş amacı idareye ya da özel kişilere ait motorlu araçların sebebiyet verdiği zararların tazmininde araç ayrımı yapılmaksızın yargı yolunun yeknesaklaştırılmasıdır. Bu kapsamda değerlendirildiğinde, idareye ait araçların sebebiyet verdiği kazalarda herhangi bir kamu gücü kullanımı ya da kamu hizmeti sunumu olmadığı için 110. maddenin yerinde bir düzenleme olduğu söylenebilir³⁰⁶. Ancak, idarenin hizmet kusurunun bulunduğu hâllerde farklı bir durum söz konusudur. Çünkü idare, kamu hizmetinin asıl sahibi olması nedeniyle özel hukuk kişileriyle aynı konumda değildir. Kamu gücünü kullanarak hizmeti yürütmekte; bu kapsamda tesis ettiği işlem ve eylemler idare hukuku alanı içerisine girmektedir. Hizmet kusurundan kaynaklı sorumluluk davaları, bu yönüyle idareye ait araçların sebep olduğu zararların tazmini talebiyle açılacak davalardan nitelik olarak farklıdır³⁰⁷. Bu sebeplerle hükmün getiriliş amacı dikkate alınarak kanımızca idarenin hizmet kusuruna dayanan sorumluluk davaları bakımından görevli yargı yolu idarî yargı olmalıdır.

Karayolları Trafik Kanunu'nun 110. maddesine göre hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında da Karayolları Trafik Kanunu'na ilişkin hükümler uygulanacağından adlî yargı görevlidir³⁰⁸. Davacıların desteğinin yolcu

reddine karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu biçimde hüküm kurulması doğru görülmemiştir", (17.HD, 12.9.2013, 12062/12042), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 13.3.2019).

³⁰⁵ UYM., 04.02.2013, 2012/578, 2013/179; UYM., 06.02.2012, 3/29; UYM., 06.02.2012, 2011/256, 2012/25; UYM., 04.06.2012, 101/133; UYM., 06.02.2012, 31/33; UYM., 24.12.2012, 523/422; UYM., 04.02.2013, 104/228; UYM., 30.12.2013, 1770/1981; UYM., 11.11.2013, 1562/1725; UYM., 11.11.2013, 1484/1668; UYM., 01.07.2013, 987/1148; UYM., 14.7.2014, 759/811; UYM., 28.9.2015, 580/592; UYM., 24.9.2018, 530/467, (<http://www.uyusmazlik.gov.tr/uyusmazlik-mahkemesi-kararlari>), (Erişim Tarihi: 20.2.2019).

³⁰⁶ Gül Üstün, "Karayolları Genel Müdürlüğünün Karayolları Trafik Kanunu'ndan Doğan Sorumluluğu -Karar İncelemesi-", **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2016, s. 55.

³⁰⁷ Üstün, ss. 55, 56.

³⁰⁸ Karayolları Trafik Kanunu'nun bu düzenlemesinden önce Uyuşmazlık Mahkemesi'nin hemzemin geçitte meydana gelen tren-trafik kazalarında idarenin hizmet kusuru nedeniyle idarî yargının görevli olacağına dair kararları vardır. Bu kararlar treninin Karayolları Trafik Kanunu'nda öngörülen motorlu taşıtlar kapsamında olmadığı gerekçesiyle verilmekteydi. (UYM., 27.3.2000, 1999/59, 2000/4), (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>), (Erişim Tarihi: 2.3.2019). "Davacılar vekili, dava dilekçesinde özetle; davacı G.İ.'un eşi ve diğer davacıların babası Nedim İzol'un 20.03.2012 tarihinde saat 22:30 sıralarında iş dönüşü evine giderken, Ankara-Sincan-Lale Tren İstasyonunda alt geçidin kapalı olması ve bunun yerine R.ların üzerinde **filen oluşturulan hemzemin geçitten** geçerken Konya-Ankara seferini yapmakta olan trenin çarpması sonucu yaşamını yitirmesini nedeniyle, davacı G.İ. için 50.000TL, diğer davalıların her biri için 20.000TL olmak üzere toplam 110.000 TL manevi tazminat ile fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla her bir davacı için 100

olarak bulunduğu araçla, TCDD'ye ait trenin hemzemin geçitte çarpışması sonucu desteğin ölümü nedeniyle açılan maddî ve manevî tazminat davasının, hukuka aykırı eylemin Karayolları Trafik Kanunu kapsamında olması sebebiyle adlî yargıda görülmesi gerekir³⁰⁹. Uyuşmazlık mahkemesinin yeni tarihli kararlarına göre hemzemin geçit dışında demir yolu üzerinde meydana gelen eylemler nedeniyle tren yolcularının uğradığı zararlar hakkında açılan davalarda da adli yargı görevlidir. Binmekte olduğu banliyö treninin harekete geçmesi nedeniyle dengesini kaybederek düşen tren yolcusunun ölümü nedeniyle açılan davanın adlî yargıda mı yoksa idarî yargı yerlerinde mi görüleceğine ilişkin olarak Uyuşmazlık Mahkemesi, TCDD'nin ticarî alanda yürüttüğü taşımacılık faaliyetinin özel hukuk alanına dâhil olması sebebiyle söz konusu davanın adlî yargı yerinde görülmesi gerektiğine hükmetmiştir³¹⁰. Uyuşmazlık Mahkemesi başka bir kararında davacıların yolcu olarak bulunduğu trenin lokomotifle çarpışmasıyla yaralanmaları sonucu uğradıkları zararın tazmini istemiyle açtıkları davanın, trende yolcu olarak bulunmaları ve bu nedenle olayın Türk Ticaret Kanunu'nun taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümleri çerçevesinde adlî yargı yerinde çözülmesi gerektiğine karar vermiştir³¹¹.

TL toplam 400TL destekten yoksun kalma tazminatının kaza tarihinden itibaren işleyecek ticarî faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline karar verilmesi istemiyle 10.05.2012 tarihinde adli yargıda dava açmıştır. Bu bakımdan; dosyadaki uyuşmazlığın çözümünün, T.C.D.D. İşletmesinin görevinde olan kamu hizmetini yürütmek amacıyla kurmuş olduğu demiryolu hattı boyunca aldığı önlemler yönünden kusurunun ya da idarenin sorumluluğunu gerektirecek başka bir nedenin bulunup bulunmadığının belirlenmesine bağlı bulunduğu; bu belirleme ise, yukarıda açıklanan Anayasa ve yasa hükümleri çerçevesinde idari yargı yerlerince yapılabilecek nitelikte olduğundan; davanın görüm ve çözümü İdari Yargı'nın görev alanına girmektedir", (UYM., 1.7.2013, 1023/1080), (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>), (Erişim Tarihi: 2.3.2019).

³⁰⁹ “Açıklanan şu yasal düzenleme itibarıyla, karayolu üzerinde meydana gelen eylemlerden doğan olayların yarattığı uyuşmazlıkların çözüm yerinin adli yargı olacağı yasanın düzenleniş biçiminden açıkça anlaşılmaktadır. Hemzemin geçit karayolu ile tren yolunun kesiştiği bir geçit olarak, o kesimin veya o noktanın Devlet Demir Yoluna ait olduğu sonucunu doğurmayacağı gibi, o noktada meydana gelen eylemin karayolu dışında olduğu sonucunu da doğurmaz. Bu bakımdan hukuka aykırı eylemin 2918 sayılı Karayolları Trafik Yasası kapsamında yer alan karayolu üzerinde meydana geldiği kabul edilmeli ve uyuşmazlığın aynı yasa gereğince adli yargıda sonuçlandırılması gerektiği sonucuna varılmalıdır”, (4.HD, 14.12.2004, 15594/14251, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 13.6.2021)).

³¹⁰ UYM., 12.6.2000, 25/27, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>), (Erişim Tarihi: 2.3.2019).

³¹¹ UYM., 11.4.2016, 97/192, (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr>), (Erişim Tarihi: 2.3.2019).

4. Değerlendirme

Hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti hem usûle hem de esasa ilişkin karar verme konusunda etkili olduğu için bu durum çift etkili vakıa olarak değerlendirilebilir. Çift etkili vakıa teorisine göre bir vakıanın varlığı davanın hem usûlden hem de esastan kabul edilebilmesi için gerekli ise vakıanın usûlî incelemesi atlanır³¹². Diğer bir deyişle davanın söz konusu mahkemede görülebilmesi için o vakıanın var olduğu bu sebeple usûlen kabul edilebilir olduğu varsayılır. Davanın esasına girilip sıra söz konusu vakıanın tespitine geldiğinde iki ihtimal gündeme gelir. Vakıanın varlığı tespit edildiğinde, davanın usûlen kabul edilebilir olduğu da gecikmeli olarak ortaya çıkar. Ancak vakıanın yokluğu tespit edilirse ortada usûlen kabul edilemez dava vardır. Fakat çift etkili vakıa teorisine göre iddia gerekli şartları taşıyorsa dava usûlden reddedilmez, esasa ilişkin karar verilir. Bu teori usûl ekonomisi ve makûl sürede yargılanma hakkı ile yakından ilgilidir³¹³.

Gerek trafik kazalarından doğan davalarda, gerekse kamu görevlisinin kusurundan doğan davalarda, uyuşmazlığın hizmet kusuruna dayanıp dayanmadığının belirlenmesi yargı yolunun tespiti bakımından önemli olduğu gibi bu husus esas hakkında verilecek karar bakımından da önem arz eder. Bu durumda çift etkili vakıa teorisine göre, örneğin; davacı tarafından hizmetten ayrılabilir kişisel kusur olarak nitelendirilip memur aleyhine adlî yargıda açılan tazminat davasındaki esasa ilişkin incelemede söz konusu kusurun hizmet kusuru olduğu belirlendiğinde davanın reddedilmeyip esastan idare hukuku ilkelerine göre karara bağlanması gerekir. Ancak kanımızca davanın adlî yargıda ya da idarî yargıda görülmesine göre davalı tarafın da değişiklik göstermesi çift etkili vakıa teorisinin adlî yargı-idarî yargı arasındaki yargı yolu uyuşmazlıklarında uygulanmasına engel teşkil eder. Yine idarî yargının anayasal dayanakları da idarî yargıda görülmesi gereken bir uyuşmazlığın çift etkili vakıa teorisine göre adlî yargıda görülmesine engel olur.

³¹² Zimmermann, Klage, Rn. 55, s. 20; Assmann, s. 52; Konrad Ost, **Doppelrelevante Tatsachen im internationalen Zivilverfahrensrecht**, Peter Lang, Frankfurt, 2002, s. 31.

³¹³ Ost, s. 31.

5. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Mülga 3. Maddesi ile Türk Borçlar Kanunu’nun 55. Maddesinin 2. Fıkrasının Yargı Yolunun Belirlenmesine Etkisi

a. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Mülga 3. Maddesi

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen 3. maddesine göre,

...her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen ya da tamamen yitirilmesine yahut kişinin ölümüne bağlı maddi ve manevi zararların tazminine ilişkin davalara asliye hukuk mahkemesi bakar. İdarenin sorumluluğu dışında kalan sebeplerden doğan aynı tür zararların tazminine ilişkin davalarda dahi bu hüküm uygulanır. İş mahkemeleri Kanunu hükümleri saklıdır.

Bu hükümle beden bütünlüğünün ihlâline ilişkin tam yargı davaları, idarî yargının görev alanından çıkarılarak medenî yargı bünyesindeki asliye hukuk mahkemeleri bu konuda görevli kılınmıştı. Ayrıca özel hukuk içindeki beden bütünlüğünün ihlâli söz konusu olan tüm hukukî ilişkiler bakımından da niteliklerine bakılmaksızın asliye hukuk mahkemeleri görevli hâle gelmişti. Normal şartlarda beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle doğan tazminat talebi tüketici ilişkisine dayanıyorsa tüketici mahkemeleri, bir yolcu taşıma sözleşmesine dayanıyorsa asliye ticaret mahkemeleri görevlidir. İptal edilen 3. madde sadece idarî yargı alanındaki tam yargı davalarının beden bütünlüğünün ihlâline ilişkin olan kısmını medenî yargı bünyesine kaydırmakla kalmayıp aynı zamanda medenî yargı bünyesindeki özel mahkemelerin görev alanına giren uyuşmazlıklar bakımından da asliye hukuk mahkemesini görevli kılmıştı. Bu konuda iş mahkemeleri bakımından istisna öngörüp iş kazası, meslek hastalığı sebebiyle talep edilen tazminat talepleri, özel mahkeme olan iş mahkemelerinin görev alanı içerisinde bırakılmıştı. Bu açıdan 3. maddenin hem yargı yolu hem de medenî yargı içerisinde göreve ilişkin değişiklik getirmiş olan bir düzenleme olduğu söylenebilir.

Adalet Komisyonu raporunda beden bütünlüğünün ihlâli durumlarının birer temel insan hakkı ihlâli olduğu gerekçesiyle görevli yargı yolunun belirlenmesinde sorumluluğu doğuran alandan ziyade zararın niteliğinin esas alınması gerektiği belirtilmiştir. Buna göre bu davaların baskın karakteri, olaya yol açan maddî sebebin

hukukî niteliği değil; zararın bağlı olduğu insan ve bu zararın hesaplanma ilkeleridir. Kamulaştırma, kamulaştırmasız el atma ve tapu sicilinin tutulmasından doğan zararlar da devletin sorumluluğu gibi mülkiyet hakkına ilişkin konularda adlî yargının görevli kılınıp en temel insan hakkı olan yaşam ve sağlık ihlallerinde görevli kılınmaması bir çelişki olarak ifade edilmiştir³¹⁴. Ayrıca raporda beden bütünlüğü ihlâl edilen bir insanın açacağı davanın görev alanı tartışması ile karşılaşması hâlinde dosyanın farklı yargı yolları arasında gidip gelmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi'nin zamanına ve oluşumuna göre farklı çözümleri, zamanaşımı, kısmî dava, hesaplama farklılığı gibi riskler bir hukuk devletinin taşıyamayacağı türden yükler olarak belirtilmiştir³¹⁵.

Anayasa Mahkemesi iptal kararı vermeden önce düzenlemenin yerindeliği öğretide de tartışılmıştır. Bir kısım idare hukukçuları tarafından düzenlemenin bir istisna değil; adeta idarî yargının görev alanının dörtte birinin blok olarak adlî yargıya kaydırılması anlamına geldiği belirtilerek yargılamanın bütünlüğü ilkesini bozan bu düzenlemenin kamu yararını gözetmediği, aksine kamu yararını ortadan kaldıracığı belirtilmiştir³¹⁶. Ayrıca düzenlemenin her ne kadar idarî-adlî yargı arasındaki yargı yolu uyuşmazlıklarını çözmeyi hedeflemiş olsa da idarî yargının görev alanına ilişkin olarak sorunlar zincirine yeni bir halka eklediği ifade edilmiştir³¹⁷.

Anayasa Mahkemesi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin iptal kararında, idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın adlî yargının görev alanına sokulmasında yasa koyucunun mutlak bir takdir yetkisi olmadığını, ancak haklı neden ve kamu yararının bulunması hâlinde, idarî yargının görev alanına giren bir uyuşmazlığın adlî yargının görev alanına dâhil edilebileceğini, aynı davranışın

³¹⁴ “Burada söz konusu örneklerden yola çıkarak böyle bir çelişkiden söz etmek mümkün değildir. Zira Kamulaştırma işlemi bir idari işlem olup; bu işlemin hukuka aykırılığı ileri sürülerek açılacak olan bir iptal davasının görüm ve çözüm yeri idari yargıdır. Kamulaştırmasız el atmada da bir idari eylemden bahsetmek mümkün değildir. Aslında eylem, organik anlamda idare tarafından yapılmasına karşın hiçbir yasal dayanağının olmaması nedeniyle idariliğini kaybetmiştir. Bu nedenle “fiili yol” olarak nitelendirilmektedir. Ortada bir idari eylem yoktur. Dolayısıyla idari yargının görev alanından adli yargının görev alanına bir aktarım da söz konusu değildir” (Çakır, s. 197).

³¹⁵ TBMM, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>, ss. 130-132, (Erişim Tarihi: 14.2.2019).

³¹⁶ Gözler/Kaplan, s. 41; Çakır, s. 201

³¹⁷ Çakır, s. 180.

hem mala verilen zarara hem de beden bütünlüğünün ihlâlüne sebep olması hâlinde, mala verilen zararların tazmini için idarî yargıya, şahsa ilişkin zararlar nedeniyle ise adlî yargıya başvurulacak olmasının yargı bütünlüğünü bozacağını ifade etmiştir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, idare hukukuna özgü sorumluluk kavramlarının özel hukuktaki sorumluluk hükümlerine göre kişilerin idare karşısında korunmasını genişleten kavramlar olduğunu, idare hukukunda, idarenin hiçbir kusuru olmasa da sosyal risk, terör eylemleri, fedakârlığın denkleştirilmesi gibi kusursuz sorumluluğa ilişkin kavramlara dayanılarak kişilerin uğradığı zararların tazmin edilmesi mümkünken özel hukuk alanındaki kusursuz sorumluluk hâllerinin ise sınırlı olması sebebiyle belirtilen tazminat taleplerinin adlî yargı yerinde görülmesinde haklı neden ve kamu yararı olmadığını belirtmiştir³¹⁸.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat taleplerine ilişkin davalarda, sorumluluğun tâbi olduğu alan ölçütü yerine, zararın niteliğinin esas alınması kanımızca uygun değildir. Mevcut hukuk düzeni içerisinde genel olarak gerek yargı yolunun belirlenmesinde gerekse medenî yargı içerisindeki görevli mahkemelerin belirlenmesinde sorumluluğun dayandığı ilişki esas alınmıştır. Görevli mahkemenin belirlenmesinde zararın niteliğinin esas alınması, birbirinden çok farklı sorumluluk esaslarına tâbi birçok uyuşmazlığın zararın niteliği gereği, aynı mahkemede görülmesine yol açar. Tazminat taleplerinin değerlendirilmesinde mahkeme, önce sorumluluk şartlarının olayda mevcut olup olmadığını belirler. Sorumluluk şartlarının somut olay bakımından varlığı tespit edildikten sonra zarar miktarı tespit edilir. Zarar miktarı tazminat miktarının üst sınırı teşkil etmekle birlikte her zaman tazminat miktarına eşit değildir. Bu aşamada somut olayın özelliklerine göre tazminatın belirlenmesi gerekir. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tüm tazminat talepleri bakımından tek bir mahkemeyi görevli kılmak (1) sorumluluk şartlarının tespiti – (2) zarar miktarının tespiti – (3) tazminatın belirlenmesi aşamalarından ikinci aşama olan beden bütünlüğünün ihlâli sonucunda uğranılan zarar miktarının tespiti bakımından uygulamada yeknesaklık sağlayabilir. Ancak birinci ve üçüncü aşamadaki tespit ve belirlemeler, uyuşmazlığın tâbi olduğu sorumluluk alanındaki esaslara bağlıdır. Bu sebeple görevli mahkemenin belirlenmesinde kanımızca zararın niteliğinden ziyade

³¹⁸ AYM, 16.2.2012, 2011/35, 2012/23, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), (Erişim Tarihi: 14.2.2019).

sorumluluğun dayandığı alanın bir ölçüt olarak alınması yani mevcut durumum muhafazası gerekir.

b. Türk Borçlar Kanunu’nun 55. Maddesinin 2. Fıkrası

Beden bütünlüğünün ihlâline dayalı tazminatların belirlenmesini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu’nun 55. maddesinin 2. fıkrasında bu kanun hükümlerinin idarenin sorumlu olduğu beden bütünlüğünün ihlâline ilişkin tazminat taleplerinde de uygulanacağı ifade edilmiştir. İdarenin sorumlu olduğu beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan davalarda, Türk Borçlar Kanunu’na yapılan atfın, kanunun haksız fiilden doğan borç ilişkileri başlıklı ikinci ayırımına mı; yoksa sadece zarar ve tazminatın belirlenmesine ilişkin hükümlerine mi olduğu konusu öğretilerde tartışmalıdır³¹⁹.

Adalet Komisyonu raporunda idare hukukunun beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararların hesaplanmasında temel alacağı kendine ait hukuk normlarının olmadığı, bu sebeple hesaplamaları Türk Borçlar Kanunu’nun 49 ve devamı hükümlerine göre yaptığı belirtilmiştir³²⁰.

Uyuşmazlığa uygulanacak hukuk kuralları ile görevli yargı yerinin belirlenmesi arasındaki ilişki nedeniyle iptal edilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu’nun 55. maddesinin 2. fıkrasının kanun koyucu tarafından birbirini tamamlamak üzere getirildiği söylenebilir. “*Görev esası takip eder*” ilkesinden hareketle beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarına özel hukuk normlarının uygulanması ve bu davalar bakımından görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olması amaçlanmıştır.

³¹⁹ Karaman, ss. 104 105; Hasan Petek, “Kamu Tüzel Kişilerinin Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukukî Sorumluluğu” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, s. 3302, dn. 9; Hasan Seçkin Ozanoğlu, “Türk Borçlar Hukuku ve Sorumluluk Hukuku Açısından TBK 55. Madde ve Bedensel Zararlar”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre**, Cilt: I, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, s. 122; Meltem Ertuğrul, **İdarenin Adam Çalıştıran Olarak Borçlar Kanunu’na Göre Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2017, s. 58.

³²⁰ TBMM, <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss393.pdf>, s. 131, (Erişim Tarihi: 16.2.2019).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmesinden sonra, bu maddenin bir tamamlayıcısı olan Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 2. fıkrasının da iptali talebiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. İptal gerekçesi olarak idarenin sorumluluk esaslarının özel hukuktaki ilkelerden farklı ve daha geniş kapsamda olduğu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesinin iptalinden sonra Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 2. fıkrasının hâlâ yürürlükte kalmasının idare mahkemelerini adeta birer asliye hukuk mahkemesi hâline dönüştüreceğini, aynı fiile ilişkin sorumluluğun malvarlığına ilişkin zararlar bakımından idare hukuku ilke ve esaslarına göre, beden bütünlüğünün ihlâli sebebiyle uğranılan zararlar bakımından ise özel hukuk ilkelerine göre belirlenmesinin yargılamanın bütünlüğü ilkesine aykırı olacağı belirtilmiştir³²¹.

Anayasa Mahkemesi, düzenlemeyle ölüme ve sakatlığa bağlı zararların belirlenmesinde yargı yolları arasında ortaya çıkan farklı uygulamaların önüne geçilmesinin amaçlandığını, Türk Borçlar Kanunu'na yapılan atfın sadece zarar miktarının belirlenmesine ilişkin hükümlerle sınırlı olduğunu, düzenlemenin idarenin sorumluluk esasları yönünden de Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanmasını zorunlu kılmadığını ifade ederek iptal talebini reddetmiştir³²².

Kanımızca kanun koyucunun Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesinin 2. fıkrasını getiriş amacı beden bütünlüğünün ihlâlüne ilişkin davalardaki yargı yolu, görev ve uygulanacak hukuk bakımından yeknesaklaştırma amacından hareketle görevli kıldığı asliye hukuk mahkemelerinde, idarenin sorumlu olduğu davalar bakımından özel hukuk sorumluluk ilkeleri de dâhil olmak üzere sorumluluk ve tazminat hesaplamalarının özel hukuka göre yapılmasını sağlamaktır. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 3. maddesini iptal etmesiyle idarenin sorumlu olduğu beden bütünlüğünün ihlâli davalarında, görevli yargı yolu tekrar idarî yargı hâline gelmiştir. İdare hukukunun sorumluluk ilkelerinin özel hukuka göre daha kapsamlı olmasından dolayı kanımızca, sınırlı kusursuz sorumluluk hâlleri sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri, bireyleri idare

³²¹ AYM, 22.10.2014, 94/160, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), (Erişim Tarihi: 14.2.2019).

³²² AYM, 22.10.2014, 94/160, (<http://www.anayasa.gov.tr/icsayfalar/kararlar/kbb.html>), (Erişim Tarihi: 14.2.2019).

hukukuna karşı yeterince koruyamamaktadır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. maddesinin iptali ve idare hukukundaki sorumluluk hâllerinin daha kapsamlı olması göz önüne alınarak amaca göre yorum yapılmalı; Türk Borçlar Kanunu’nun 55. maddesinin 2. fıkrasındaki atfın Türk Borçlar Kanunu’nun sorumluluk ilkelerine değil, sadece zarar ve tazminatın hesaplanması kısmına yapıldığı kabul edilmelidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de atfın kapsamının bu şekilde olduğunu belirterek bu fıkrayı iptal etmemiş olup idarî yargı mercileri de atfı bu şekilde yorumlayarak 818 sayılı Borçlar Kanunu döneminde olduğu gibi sadece zarar ve tazminat hesabı konusunda Türk Borçlar Kanunu hükümlerinden yararlanmaktadır.

6. Medenî Yargı Yolunda İnsan Zararları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi

a. Kanun Teklifinin Uygulama Alanı

12 Nisan 2013 tarihinde *İnsan Zararları Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevlerine Dair Kanun Teklifi*³²³ sunulmuş olup bu teklife göre askerî olanlar da dâhil her türlü idarî işlem, eylem ve diğer sebeplerden kaynaklananlar ile adli yargının görev alanına giren insan zararlarına ilişkin dava ve işleri görmek özel görevli mahkeme olarak kurulması öngörülen insan zararları mahkemelerine bırakılmıştır. Burada dikkat çeken husus, uyuşmazlığın kaynağı hangi yargı yoluna tâbi olursa olsun, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak olan hukuk kuralları ne olursa olsun, eğer uyuşmazlığın konusu insan zararının maddî-manevî tazminine ilişkin ise görevli mahkeme insan zararları mahkemesi olacaktır. İnsan zararından kastedilen, kişinin bedensel zarara uğraması ya da ölümüne bağlı maddî ve manevî zararlardır. Bu kanun teklifi 16.02.2012 tarihinde Anayasa Mahkemesi’nin iptal ettiği 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 3. maddesinden bazı noktalarda ayrılmakla birlikte, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları bakımından tek bir görevli mahkeme belirleme noktasında iptal edilen madde ile teklif edilen kanun hükümleri aynıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun mülga 3.

³²³ TBMM, <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/2/2-1874.pdf>, (Erişim Tarihi: 3.11.2021).

maddesinde insan zararları, asliye hukuk mahkemelerinin görev alanına sokulmuşken bu kanun teklifinde özel görevli mahkeme olarak ayrı bir insan zararları mahkemesi kurulması öngörülmüştür. Ayrıca iptal edilen düzenlemede iş mahkemelerinin görev alanına giren hizmet akdinden doğan iş kazaları, meslek hastalığından doğan davalar saklı tutulmuşken yeni teklif edilen hükümlerden, bundan böyle hizmet akdinden doğan insan zararlarının da iş mahkemelerinde değil, insan zararları mahkemesinde görüleceği anlaşılmaktadır.

b. Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi

İnsan Zararları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Kanun Teklifi hem yargı yoluna hem de görev kurallarına ilişkin değişiklik öngörmektedir. Bu başlık altında teklifin yargı yoluna ilişkin önerdiği değişiklik incelenecektir. İnsan zararlarına ilişkin özel mahkeme kurulması, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tam yargı davalarının adli yargıya aktarılması sonucunu doğurur. Kanımızca insan zararları mahkemesinin kurulmasıyla birlikte mahkemenin doğuracağı sonuçlar, kurulum amacı olan *uzmanlaşma* düşüncesiyle çelişir. Şöyle ki ihtisaslaşma düşüncesiyle geleneksel ilk ayırım kamu hukuku - özel hukuk ayırımı olmuştur. Maddî hukuktaki bu ayırım yargılama kurallarına da etki ederek geleneksel adli yargı ve idarî yargı ayırımının oluşmasını sağlamıştır. Bu noktada bir idarî işlem ya da eylemin hukuka aykırılığının tespitinde ve idarenin idare hukukunda öngörülen hangi sorumluluk ilkesine göre sorumlu olacağını tespit etmede uzman olan yargı yolu idarî yargıdır³²⁴. Kanımızca bu kanun teklifindeki asıl amaç, uzmanlaşma suretiyle beden bütünlüğünün ihlâlinde ortaya çıkan zarar hesaplarının gerçeğe en yakın ve tüm mahkemeler bakımından yeknesak bir şekilde hesaplanmasının sağlanmasıdır. Ancak bu amaca ulaşmak için yargı yolu kurallarının değiştirilmesi yerine, tazminat hesaplama yöntemleri üzerinde birlik sağlamaya yönelik düzenlemelerin yapılması gerekir. Yine İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda bir takım eksikliklerin olması idarî yargı yolunda görülen davaların adli yargıya aktarılması ile değil, bu yargı yolunun ihtiyacı doğrultusunda İdari Yargılama Usulü Kanunu'nda düzenlemeler yapılması

³²⁴ Sancakdar, s. 2.

ile çözülebilir. İnsan zararları mahkemesi ile beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tam yargı davalarını adlî yargıya aktarmak, mevcut sorunları çözmekten ziyade idarenin sorumluluğunun tespitinde medenî yargının uzman olmaması sebebiyle yeni sorunlar ortaya çıkaracaktır.

B. Görevli Mahkeme

1. Genel Olarak

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zararın niteliği, görevli mahkemenin belirlenmesi açısından önem arz etmez. Mevcut görev kurallarına göre, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında görevli mahkeme, dava konusu, uyuşmazlık tarafları ve davaya uygulanacak hukuk veya kanun esas alınarak belirlenmektedir. Beden bütünlüğünün ihlâli çeşitli borç ilişkileri ve sorumluluk türlerine dayanabilir. Bedensel zarar satın alınan bir maldaki ayıp nedeniyle satış sözleşmesine, taşıma sözleşmesine, hizmet sözleşmesine, eser ya da vekâlet sözleşmesine dayanabileceği gibi adam çalıştırmanın (TBK m. 66), yapı malikinin (TBK m. 69), hayvan bulunduranın (TBK m. 67) sorumluluğu gibi haksız fiil sorumluluğuna da dayanabilir. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında görevli mahkeme borç ilişkisinin ve uyuşmazlığın taraflarının niteliğine, uyuşmazlığa uygulanacak hukuk veya kanun hükümlerine göre değişiklik gösterir. Eğer beden bütünlüğünün ihlâli haksız fiil sorumluluğuna dayanıyorsa görevli mahkeme, kural olarak genel görevli olan asliye hukuk mahkemeleridir. Ancak beden bütünlüğünün ihlâli, sözleşmeye aykırı davranış nedeniyle doğmuş ise sözleşmenin niteliğine göre görevli mahkeme, iş mahkemesi ya da tüketici mahkemesi olabilir. Örneğin, beden bütünlüğünün ihlâline neden olan olay iş kazası olarak nitelendirildiğinde, işverene karşı ileri sürülen talep iş sözleşmesine dayandığı için görevli mahkeme iş mahkemeleridir (İşMK m. 5/1). Beden bütünlüğünün ihlâli, örneğin, özel sağlık kuruluşu bünyesindeki hatalı tıbbî müdahaleden kaynaklanmış ise özel sağlık kuruluşu ve hasta arasındaki hastaneye kabul sözleşmesi³²⁵ bir tüketici

³²⁵ Hasta-özel hastane işleticisi ve hasta-hekim arasındaki hukukî ilişkinin nitelendirilmesi hakkında bkz. Mehmet Ayan, *Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Kazancı Yayınları,

işlemi olduğu için özel sağlık kuruluşuna karşı açılacak davalarda görevli mahkeme tüketici mahkemeleridir³²⁶.

Görevli mahkemenin tespitinde borç ilişkisinin niteliği belirlenirken davanın kime karşı açılacağı da önem arz eder. Çünkü sorumluluğu doğuran olay tek olsa da sorumluluğun tâbi olduğu borç ilişkisi, uyumsuzluğun tarafına göre değişebilir. Bu durum ise aynı olay sebebiyle birden fazla kişinin sorumluluğu bulunduğu, duruma göre aynı olay sebebiyle birden fazla görevli mahkemenin olması anlamına gelir. Örneğin, beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle sorumluluğu olanların zorunlu ya da ihtiyarî sorumluluk sigortalarının bulunması sebebiyle sigorta şirketlerine karşı açılacak davalarda asliye ticaret mahkemeleri görevliyken asıl sorumluya karşı açılacak davada, duruma göre asliye hukuk mahkemesi ya da tüketici mahkemesi görevli mahkeme olabilir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında görevli mahkemenin belirlenmesinde zararın niteliğinin önem arz etmediğini yukarıda belirtmiştik. Ancak, bu davalarda yaşanan görev sorunlarının yol açtığı hak kayıpları, zararın niteliğine bağlı olarak temel insan hakkı ihlâli teşkil eder. Devlet, bireylerin anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan haklarını etkin bir biçimde koruyan bir hukuk sistemi kurmak ve adil yargılanma hakkının gereklerini etkin bir biçimde yerine getirmeye olanak sağlayacak bir yargı teşkilatı kurulmasını sağlamakla yükümlüdür³²⁷. Beden bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan davalarda yaşanan görev sorunları, esas hakkında mümkün olduğunca çabuk ve doğru karar verilmesini engelleyerek temel insan hakkı ihlâline yol açar. Bu davalara ilişkin görevli mahkeme ile ilgili genel bir kural konulması mümkün olmadığından, biz burada beden bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarındaki görevli mahkemeleri tek tek incelemek yerine, uygulamada görev sorunlarının en sık yaşandığı davaları ele alacağız.

Ankara, 1991, s. 140 vd., Halil Akkanat, “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Seçkin, Ankara, 2006, ss. 25 vd.; Gülşah Gözpınar Karan, “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 119, 2006, ss. 138-155.

³²⁶ 13.HD, 27.9.2017, 2016/26310, 2017/8668, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 22.6.2020).

³²⁷ Tezcan/ Erdem/Sancakdar/ Önok, s. 69.

2. Trafik Kazasından Doğan Davalarda

Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesine göre işletenlerin³²⁸, motorlu aracın işletilmesi sebebiyle meydana gelen bedensel zarar ve malvarlığı zararları nedeniyle sorumlulukları vardır. İşletenlerin bu sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere malî sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur (KTK m. 91). Kanunda öngörülen bu zorunluluk nedeniyle trafik kazaları zarar gören, sürücü ve işleten ile sigortacı olmak üzere üç taraflı bir ilişki meydana getirir. Görevli mahkemenin belirlenmesinde bu üç taraftan kimin kimden veya kimlerden ne talep ettiği önemlidir.

Zarar gören, zorunlu malî sorumluluk sigortasında öngörülen sınırlar içinde tazminat taleplerini doğrudan sigorta şirketine ileri sürebilir. Ancak dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir³²⁹ veya 5684 sayılı Kanun³³⁰ çerçevesinde Sigorta Tahkim Komisyonuna başvurabilir (KTK m. 97). Ancak mahkemeye ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uyarınca Tüketici Sorunları

³²⁸ “Araç sahibi olan veya mülkiyeti muhafaza kaydıyla satışta alıcı sıfatıyla sicilde kayıtlı görülen veya aracın uzun süreli kiralama, ariyet veya rehni gibi hallerde kiracı, ariyet veya rehin alan kişidir. Ancak ilgili tarafından başka bir kişinin aracı kendi hesabına ve tehlikesi kendisine ait olmak üzere işlettiği ve araç üzerinde fiili tasarrufu bulunduğu ispat edilirse, bu kimse işleten sayılır” (KTK m. 3).

³²⁹ Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi gereği sigorta şirketi aleyhine dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

³³⁰ “Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usûlünden faydalanabilir. (Ek cümle : 3/4/2013-6456/45 md.) İlgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklar için ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahipleri bu bölüm hükümlerine göre tahkim Usûlünden faydalanabilir. (Ek cümle : 3/4/2013-6456/45 md.) Sigorta tahkim sistemine üye olmayan kuruluşlar bakımından Sigorta Tahkim Komisyonu giderlerine katılım Hazine Müsteşarlığınca ayrıca belirlenir. Komisyon, bir Müsteşarlık temsilcisi, iki Birlik temsilcisi, bir tüketici derneği temsilcisi ile Müsteşarlıkça belirlenecek bir akademisyen hukukçu temsilcinin katılımı ile oluşur” (Sigortacılık Kanunu m. 30/1, 2). “Hakemler, görevlendirildikleri tarihten itibaren en geç dört ay içinde karar vermeye mecburdur. Aksi halde, uyuşmazlık yetkili mahkemece halledilir. Ancak, bu süre tarafların açık ve yazılı muvafakatleriyle uzatılabilir” (SK. m. 30/16).

Hakem Heyetine intikal etmiş uyuşmazlıklar ile ilgili olarak Komisyona başvuru yapılamaz (5684 s. Sigortacılık Kanunu m. 30/14).

Zarar görenin trafik kazası neticesinde beden bütünlüğünün ihlali sebebiyle uğradığı zararların tazmini sebebiyle sigortacıya karşı açtığı davada görevli mahkeme konusunda Yargıtay'ın çelişkili kararları bulunmaktadır. Uygulamada bu davaların asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemelerinin ayrı ayrı görevsizlik kararları vermeleri sonucu sıklıkla merci tayinine konu olduğu görülür.

17. Hukuk Dairesi bir kararında, trafik kazasında zarar görenin sigorta şirketine karşı açtığı davanın bir ticarî ilişkiden kaynaklanmayıp haksız fiile dayalı olması sebebiyle bu davada görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu kanısındayken³³¹ aynı daire asliye hukuk ve asliye ticaret mahkemelerinin ayrı ayrı görevsizlik kararı verdiği bir başka olayda ise zorunlu sorumluluk sigortalarının Türk Ticaret Kanunu'nun 1483 ve devamı maddelerinde düzenlendiği; bu sebeple mutlak ticarî dava olduğu gerekçesiyle asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir³³². Kanımızca zarar görenin doğrudan sigorta şirketine karşı açtığı dava

³³¹ “Dava, davalı şirkete sigortalı araç ile davacı şirkete ait aracın karıştığı kaza nedeniyle uğranılan maddi zararın poliçe ile sınırlı olarak tahsili istemine ilişkindir. Somut olayda uyuşmazlık davacı ve davalı şirket Ticaret Kanunu poliçesi yahut ticarî ilişkiden değil, davacının işleteni olduğu araç ile davalıya sigortalı aracın karıştığı maddi hasarlı trafik kazasından kaynaklanmaktadır. Bu haliyle uyuşmazlığın haksız fiile dayalı alacak davası olduğu anlaşıldığından, davanın genel hükümler çerçevesinde Asliye Hukuk Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir” (17.HD, 31.12.2012, 9255/15203), (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 22.6.2020). Aynı yönde bir karar için bkz. 17.HD, 27.06.2013, 10280 /10151, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 22.6.2020).

³³² “Talep, trafik kazası nedeniyle maruz kalınan iş gücü kaybından kaynaklanan tazminatın sigorta şirketinden tahsili istemine ilişkindir. Antalya 7. Asliye Hukuk Mahkemesi, T.T.K.'da düzenlenen sigorta hukukuna ilişkin talep hakkında Ticaret Mahkemelerinde bakılacağına dair hüküm bulunduğu gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Antalya 6. Asliye Ticaret Mahkemesi ise, Zorunlu Mali mesuliyet sigortasının T.T.K.'da değil 2918 sayılı yasada düzenlenenen mecburi sigorta olduğu, taraflardan her ikisinin tacir olmadığı gibi davanın T.T.K.'da düzenlenen hususlardan da olmadığı gerekçesiyle görevsizlik kararı vermiştir. Türk Ticaret Kanunun 4. maddesinde, bu kanundan doğan hukuk "davalarının" ticarî dava sayıldığı, aynı kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasında, bir yerde ticaret mahkemesi varsa asliye hukuk mahkemesinin vazifesi içinde bulunan ve bu kanunun 4. maddesi hükmünce ticarî sayılan "davalara", ticaret mahkemesinde bakılacağı hususları düzenlenmiştir... Türk Ticaret Kanunun 1483 ve devamı maddelerinde “zorunlu sorumluluk sigortalar” düzenlenmiştir. Somut olayda, talebin trafik kazası nedeniyle maruz kalınan iş gücü kaybından kaynaklanan tazminatın sigorta şirketinden tahsili istemine ilişkin olduğu, davanın, Türk Ticaret Kanunun 1483 vd. maddelerinde sayılan hususlardan olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda uyuşmazlığın Ticaret Mahkemesinde görülüp, sonuçlandırılması gerekmektedir” (17.HD, 15.2.2013, 702/16769) (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 22.6.2020). “...Uyuşmazlık her ne kadar haksız eyleme dayalı ise de davalının sorumluluğu sigorta hukukundan kaynaklanmaktadır. Bu nedenle davanın Asliye Ticaret Mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir” (17.HD, 18.12.2013, 18713/17893), (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 22.6.2020). “...Talebin sorumluluk sigortası türü olan

bakımından görevli mahkeme bu davanın mutlak ticarî dava (TTK m. 4) olması sebebiyle asliye ticaret mahkemeleridir.

Trafik kazasında beden bütünlüğü ihlâl edilen zarar gören, tazminat davasını sigorta şirketine karşı açabileceği gibi sigorta şirketi ile birlikte araç sürücüsü ve işletenine de dava açabilir. Bu durumda sigorta şirketine karşı ileri sürülen tazminat talebi sigorta hukukundan kaynaklandığı için bir ticarî dava kabul edilmeli ve asliye ticaret mahkemesinde görülmelidir. Sürücü ve işletene karşı ileri sürülen tazminat talebinin ise haksız fiilden kaynaklanan bir dava olarak kabul edilmesi ve asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekir. Diğer bir ifadeyle, bir trafik kazasından doğan tazminat davası, yalnızca sigorta şirketine karşı açılmışsa bu davada asliye ticaret mahkemesi görevliken, davanın yalnızca işletene duruma göre sürücüye karşı açılması hâlinde asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Bu hâlde, aynı olaya ilişkin olarak hem sigorta şirketine hem de işletene karşı subjektif dava birleşmesi şeklinde açılan bu davaların ayrılması gerekir³³³. Zira görev kuralları kanunla belirlenir ve kamu düzenine ilişkindir (HMK m. 1). Ancak Yargıtay, söz konusu davalar bakımından davaların ayrılmasına karar vermeyip, belli ölçütlerin varlığı hâlinde usûl ekonomisi ilkesi gereği her iki davanın da asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerektiği kanısındadır. Bu ölçütler: Uyuşmazlığın aynı olaydan kaynaklanması, zararın tek olması ya da taleplerden birisi yönünden verilecek kararın diğerini doğrudan ilgilendirecek nitelikte bulunması, söz konusu özel mahkeme ile genel mahkeme arasında yargılama usûlüne dair esaslı farklılıklar bulunmamasıdır³³⁴. Kanımızca Yargıtay'ın belirlediği ölçütler göz ardı edilebilecek

zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası kapsamında davacının trafik kazası sebebiyle maruz kalınan çalışma gücünün kaybı tazminatının sigorta şirketinden tahsili istemine dair olduğu, davanın, Türk Ticaret Kanunda sayılan hususlardan olduğu anlaşılmaktadır. Uyuşmazlığın Asliye Ticaret Mahkemesi görevine girdiği dikkate alınması gerekir” (17.HD, 4.2.2014, 207/1157), (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 22.6.2020). Aynı yönde kararlar için bkz. 17.HD, 18.3.2013, 3064/3616; 17.HD, 30.6.2014, 10255/10287; 17.HD, 10.7.2014, 11559/11089; 17.HD, 28.3.2013, 3377/4482; 17.HD, 2.4.2013, 2580/4706; 17.HD, 3.6.2013, 2488/8291; 17.HD, 25.6.2013, 8982/9962, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 22.6.2020).

³³³ Mine Akkan, **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanıtez Usûl), s. 239.

³³⁴ 20.HD, 02.03.2016, 49/2603, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 22.6.2019). Bu çözümün pratik olduğu yönünde bkz. Yılmaz, C. 1, s. 601. Herhangi bir ölçüt belirtmeksizin sigorta şirketi ve işletene karşı açılmış davaların asliye ticaret mahkemesinde görüleceğine ilişkin kararlar için bkz. 17.HD, 7.6.2013, 6991/8657; 17.HD, 2.5.2014 2810/6863; 17.HD, 3.7.2014, 11687/10517; 17.HD, 3.12.2013, 19307/17097; 17.HD, 23.6.2014, 11018/9805; 17.HD, 27.9.2013, 13059/12930, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 22.6.2019).

ölçütler olmasa da görev kurallarının kanunla belirlenmesi gerektiğinden görev kurallarında değişikliğe yol açan böyle bir sonucun içtihat yoluyla kabul edilmesi yerinde olmamıştır. Bu durum, usûl ekonomisi ilkesinin ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak makûl sürede yargılanma hakkının ve çelişkili karar verme yasağının ihlâl edilmesine yol açtığı gibi avukatla temsil zorunluluğunun olmadığı ülkemizde, hak arama hürriyetinin bir gereği olarak dava açmak isteyenler bakımdansa ciddi karmaşıklıklara sebep olmaktadır. Bu karmaşıklıkları görev kurallarına aykırı içtihatlarla düzeltmeye çalışmak yerine görev kurallarına “kanunla” bir istisna getirilerek, özellikle dava sebeplerinde bir ayniyet olması hâlinde, bu davaların birlikte görülebilmesi konusunda tıpkı birleştirme kararlarında olduğu gibi hâkime takdir yetkisi tanınması önerilebilir. Ancak mevcut düzenlemeler esas alındığında görev kuralları ve görev kurallarının niteliği gereği bu davaların ayrılması gerekir³³⁵.

Trafik kazası sonucunda beden bütünlüğü ihlâl edilmişse ilkyardım, muayene ve kontrol veya yaralanma nedeniyle ayakta, klinikte, hastane ve benzeri sağlık kuruluşlarında gerçekleştirilen tedavi giderleri ile tedaviyle ilgili diğer giderler sigorta teminatı kapsamında olduğu gibi çalışma gücünün kısmen veya tamamen azalması sonucu oluşacak zararlar da sigorta teminatı içindedir³³⁶. 2011 yılında 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun 98. maddesinde yapılan değişiklikle birlikte trafik kazaları sebebiyle üniversitelere bağlı hastaneler ve diğer bütün resmî ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarının sundukları sağlık hizmet bedelleri, kazazedenin sosyal güvencesi olup olmadığına bakılmaksızın genel sağlık sigortalısı sayılanlar için belirlenen sağlık hizmeti geri ödeme usûl ve esasları çerçevesinde Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından karşılanır³³⁷. Bu düzenleme ile trafik kazası nedeniyle yapılan tedavi giderleri bakımından sigorta şirketlerinin sorumluluğu sona ermiş olup davanın Sosyal Güvenlik Kurumu’na yöneltilmesi gerekir. Bu durumda dava tedavi giderleri bakımından Sosyal Güvenlik Kurumu’na, diğer zararlar bakımından sigorta şirketi ve/veya işletene karşı açılır. Tedavi giderleri sebebiyle Sosyal Güvenlik Kurumu’na yöneltilen talep bakımından hangi mahkemenin görevli olacağı sorusu

³³⁵ Akkan, Pekcanıtez Usûl, s. 239.

³³⁶ Levent Akın, “Trafik Kazalarından Doğan Sağlık Hizmet Bedellerinden Sigorta Kuruluşları ile SGK’nın Sorumluluğu”, **Çimento Endüstrisi İşverenleri Sendikası**, Cilt: 27, Say: 3, 2013, s. 56.

³³⁷ Düzenlemeye ilişkin ayrıntılı bilgiler için bkz. Akın, ss. 54-62.

akla gelebilir. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 101. maddesine göre *“Bu Kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasıyla ilgili ortaya çıkan uyuşmazlıklar iş mahkemelerinde görülür”*. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun trafik kazalarındaki tedavi giderlerinden sorumluluğu 5510 sayılı Kanun'da öngörülmediğinden bu hükme göre tedavi giderlerinden sorumluluğa ilişkin açılan davalarda iş mahkemeleri görevli değildir. Sosyal Güvenlik Kurumu'nun sorumluluğunu düzenleyen 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda ise yargı yoluna ve yetkiye ilişkin bir düzenleme yer almakla birlikte bu hükümde göreve ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır (KTK m. 110). Bu sebeple trafik kazalarındaki tedavi giderlerine ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu'na yöneltilen talepler bakımından görevli mahkeme kanımızca genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesidir. Ancak, yukarıda aktardığımız üzere, Yargıtay uygulamasına göre, tedavi giderleri bakımından Sosyal Güvenlik Kurumu'na diğer zararlar bakımından ise yalnızca sigorta şirketine ya da sigorta şirketi ile birlikte işleten ve sürücüye karşı dava açıldığında görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesi olacaktır.

6.12.2018 tarihli 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'na eklenen yeni 5/A maddesine göre Türk Ticaret Kanunu'nun 4 üncü maddesinde ve diğer kanunlarda belirtilen ticarî davalardan, konusu bir miktar paranın ödenmesi olan alacak ve tazminat talepleri hakkında dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır (TTK m. 5/A). Konusu bir miktar paranın ödenmesi olan ticarî davalar için öngörülen zorunlu arabuluculuk düzenlemesi gereği, trafik kazası neticesinde sigorta şirketine karşı yöneltilen tazminat talepleri bakımından arabuluculuğa başvurulması gerekecektir. İşletene ya da Sosyal Güvenlik Kurumuna yönetilen talepler bakımından zorunlu arabuluculuk söz konusu değildir. Çünkü bu davalar nitelikleri itibarıyla ticarî dava değildir. Yukarıda belirtildiği üzere, Yargıtay'ın sigorta şirketi ile birlikte diğer sorumlulara karşı açılan davaların birlikte görülmesine ilişkin olarak yerleşik içtihadı bulunmaktadır. Yargıtay taleplerden birisi hakkında verilecek kararın diğerini doğrudan etkileyecek olması sebebiyle görev kurallarını da göz ardı ederek bu uygulamayı sürdürmekteydi. Ancak ticarî davalarda zorunlu arabuluculuk düzenlemesi gereği, artık bu taleplerin doğrudan aynı mahkemede ileri sürülmesi

mümkün olmamakta; sigorta şirketine dava açılabilmesi için öncelikle arabuluculuğa başvurulması ve anlaşmaya varılamaması gerekmektedir. Bu sebeple sigorta şirketine yöneltilecek talep bakımından arabuluculuğa başvurulmadan doğrudan asıl borçlu ile birlikte sigorta şirketine karşı aynı mahkemede dava açıldığında, sigorta şirketine karşı açılan davanın herhangi bir işlem yapılmaksızın dava şartı yokluğu sebebiyle usûlden redine karar verilir (HUAK m. 18/A/II). Zarar görenin sigorta şirketine karşı dava açmadan önce zorunlu olarak arabuluculuğa başvurması gerektiği, arabulucuya başvurmadan açılan davanın dava şartı yokluğundan reddedilmesine ilişkin kararlar verilmektedir³³⁸. Kanımızca sigorta şirketine yöneltilen beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat talepleri bakımından zorunlu arabuluculuk uygulaması hak arama hürriyetini zorlaştıracak olması sebebiyle yerinde değildir. Zaten sigorta mevzuatına ve Kara Yolları Trafik Kanunu'na göre zarar gören dava yoluna gitmeden önce ilgili sigorta şirketine yazılı başvuruda bulunmak zorundadır. Zarar gören, yazılı başvurusunun sigorta şirketi tarafından 15 gün içerisinde cevaplanmaması ya da talebinin kısmen ya da tamamen reddedilmesi hâlinde dava açabilir ya da Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilir (KTK m. 91; 5684 s. Sigorta Kanunu m. 30). Zorunlu arabuluculuk düzenlemesinden sonra, sigorta şirketine başvurup talebine cevap verilmeyen ya da talebi reddedilen zarar görenin bu sefer de zorunlu olarak 6 ilâ 8 hafta sürecek olan arabuluculuk yoluna gitmesi gerekecektir. Diğer taraftan iş kazaları bakımından zorunlu arabuluculuğa istisna getiren kanun koyucunun iş kazaları gibi beden bütünlüğünün ihlâline yol açan trafik kazaları için böyle bir istisna öngörmemiş olması kanımızca bir çelişkidir.

Belirtmek gerekir ki, Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu'nun dava şartı olarak arabuluculuğu düzenleyen 18/A maddesinin 18. fıkrasında “*özel kanunlarda tahkim veya başka bir alternatif uyuşmazlık çözüm yoluna başvurma zorunluluğunun olduğu veya tahkim sözleşmesinin bulunduğu hâllerde, dava şartı olarak arabuluculuğa ilişkin hükümlerin uygulanamayacağı*” öngörülmüştür. Trafik kazasından kaynaklanan tazminat talepleri nedeniyle sigorta şirketine karşı dava açabilmek için öncelikle sigorta şirketine yazılı olarak başvuru zorunluluğu

³³⁸ İstanbul Anadolu 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, 4.2.2020, 2019/266, 2020/89; İstanbul 2. Asliye Ticaret Mahkemesi, 10.9.2019, 421/666; İstanbul 13. Asliye Ticaret Mahkemesi, 26.4.2019, 228/377, (<https://www.lexpera.com.tr/>), (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

bulunmaktadır. Bu zorunluluk karşımıza özel bir dava şartı olarak çıkmaktadır. Zarar görenin bu yazılı başvurusu sigorta şirketince kısmen veya tamamen kabul edilmediği takdirde davacının Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurma zorunluluğu yoktur. Bu aşamada zarar gören ya dava açabilir ya da Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilir. Bu sebeple sigorta şirketine karşı açılacak davalarda zorunlu tahkim yolu öngörülmüş değildir. Sigorta şirketine yazılı olarak başvuran zarar gören, talebini sigorta şirketine iletir. Sigorta şirketi ise olayın oluş şekli ve kendi hesaplama yöntemine göre ilgilinin talebini kabul edebilir veya kısmen ya da tamamen reddedebilir. Sigorta şirketinin ve zarar görenin karşılıklı talep ve tekliflerini ileri sürmelerini sağlamak üzere getirilmiş bir başvuru zorunluluğu varken sigorta şirketinin ilgilinin talebini kısmen ya da tamamen reddetmesi hâlinde dava açmak isteyen zarar göreni bir de arabulucuya başvurmaya zorlamak süreci uzatmaktan başka bir fayda sağlamayacaktır. Bu sebeple kanımızca sigorta şirketine karşı açılacak tazminat davaları mutlak ticarî dava olsa da zorunlu arabuluculuk kapsamında yer almamalıdır.

Uygulamada trafik kazası şeklinde gerçekleşen iş kazaları sebebiyle açılan tazminat davalarında iş mahkemeleri-asliye hukuk mahkemeleri ile iş mahkemeleri-asliye ticaret mahkemeleri arasında zaman zaman görev sorunları ortaya çıkmaktadır. Bireysel iş hukuku anlamındaki iş kazasının kanunî dayanağı, 6331 sayılı İş Sağlığı ve Güvenliği Kanunu'nun 4. maddesi ve Türk Borçlar Kanunu'nun 417. maddelerinde yer alır. İşverene yüklenen ödevlerin gerektirdiği gibi yerine getirilmemesinden kaynaklanan kaza, bireysel iş hukuku anlamında iş kazasını oluşturur ve işverenin işçiye karşı sorumluluğunu doğurur. Örneğin; işverenin işçilerin işe geliş ve gidişlerini sağlamak amacıyla kiraladığı aracın kaza yapması, ölen işçinin işverene ait araçla göreve giderken kaza yapması trafik-iş kazası olarak nitelendirilir³³⁹. Meydana gelen trafik kazası, iş kazası olarak nitelendirildiğinde işverenin ve Sosyal Güvenlik Kurumu'nun işçiye karşı iş mevzuatı gereği sorumluluğu doğarken aynı zamanda Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi gereği motorlu araç işletenin de trafik kazası sebebiyle zarar görene karşı

³³⁹ Abdurrahman Akman ve Mesut Cemil İşler, "Trafik İş Kazalarının İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi" **International Journal of Engineering Research and Development**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2012, s. 23.

sorumluluğu doğmaktadır. İki sorumluluk türünün kesiştiği bir olay gerçekleştiğinde görevli mahkeme davayı açan kişinin dayandığı sorumluluk türüne göre belirlenmelidir. Örneğin, işverene ait araçla iş gereği yola çıkan kişi bu esnada trafik kazası geçirdiğinde, zarar gören işçi, kazaya karışan diğer aracın işleteni/sürücüsü ile sigorta şirketine karşı dava açarsa her ne kadar bu kaza aynı zamanda iş kazası olsa da davanın işverene açılmaması ve taleplerin iş sözleşmesinden veya iş mevzuatından kaynaklanmaması sebebiyle dava iş mahkemelerinde görülmeyecektir³⁴⁰.

Bir trafik kazası aynı zamanda bir iş kazası olarak nitelendirilir ve iş hukuku hükümlerine dayanılarak tazminat talep edildiğinde iş mahkemeleri görevliken, gerçekleşen trafik kazasının iş kazası olmaması hâlinde trafik kazasından doğan tazminat talepleri bakımından asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Davacı tarafından trafik-iş kazası olarak nitelendirilip, iş hukuku hükümlerine göre iş mahkemelerinde açılan bir tazminat davasında, meydana gelen kazanın bir *iş kazası* olup olmadığının tespiti hem görevli mahkemenin belirlenmesine hem de davanın esastan kabul edilebilmesine etki eder. Kanımızca burada görevin belirlenmesi hukukî sebebe göre değişmekle beraber, hâkim görüş ve uygulama doğrultusunda dava açarken hukukî sebep bildirmenin zorunlu olmadığı kabul edildiğinde, görevin belirlenmesi davacının dava dilekçesinde belirttiği vakıalar esas alınarak yapılmalıdır. Dilekçedeki vakıalar incelendiğinde, olayda bir iş ilişkisinin varlığı tespit edilmiş ise ilk aşamada davanın iş mahkemesinde görülmesi gerekir. İş mahkemesinin incelemesi sonucunda olayda bir iş kazası olduğu tespit edildiğinde,

³⁴⁰ “Somut olayda, davacıların murisi dava dışı M. Ş.'nin yanında servis şoförü olarak çalışmakta iken 1.11.2001 tarihinde davalılar A. ve A. K. B'nin karıştığı trafik iş kazasında ölmüştür. Olayın iş kazası olduğu konusunda herhangi bir uyuşmazlık bulunmamaktadır. Nitekim S.G.K. tarafından davacılar iş kazasından dolayı ölüm geliri bağlanmıştır. Ancak davacılar bu iş kazasından dolayı işverene karşı değil olaya karışan araç sürücüleri ve sigorta şirketlerine karşı haksız fiile dayalı maddi ve manevi tazminat davası açmış olup, dava da Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmış olmasına rağmen mahkemece son celse İş Mahkemesi sıfatıyla davaya bakılarak karara bağlanmıştır. Davacıların murisi sigortalı H. K. ile davalılar arasında hizmet ilişkisi bulunmamaktadır. Hal böyle olunca, uyuşmazlığın iş akdinden veya İş Kanunundan doğmadığı giderek davada, yukarda sözü geçen Kanunun 1. maddesinin öngördüğü koşulların oluşmadığı açık-seçiktir. Mahkemece, bu maddi ve hukukî olgular gözönünde tutulmaksızın uyuşmazlığın genel hükümlere göre Asliye Hukuk Mahkemesi'nin görev alanına girdiğinden ve dava Asliye Hukuk Mahkemesinde açıldığından Asliye Hukuk Mahkemesi sıfatıyla davaya devam edilerek karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi Usûl ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”, (21.HD, 9.6.2011, 2010/3458, 2011/5286), (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 17.4.2019). Aynı yönde kararlar için bkz. 21.HD, 27.6.2006, 7038/7054; 21.HD, 30.4.2014, 2778/9622; 17.HD, 27.6.2013, 10280/10151), (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 17.4.2019).

hâkim esas hakkında karar vermeli; olayın bir trafik-iş kazası değil de adî trafik kazası olduğu tespit edildiğinde ise iş kazasından kaynaklı tazminat talebinin esastan reddi yerine hukuku re'sen uygulayan hâkimin trafik kazasından doğan tazminat alacağı sebebiyle görevsizlik kararı vermesi gerekir. Görüldüğü üzere bazı vakıalar vardır ki hem usûl hukuku alanına hem de maddî hukuk alanına etki eder. Bu durum genel olarak usûl hukukuna ilişkin bir takım şartların maddî hukukta yer alan olgulara göre belirlenmesinin bir sonucudur. Türkçeye “*çift etkili vakıalar*” ya da “*nitelikli dava şartları*” olarak çevirebileceğimiz bu vakıalar Alman hukuk öğretisinde³⁴¹ “*doppeltrelevante Tatsachen*” ya da “*qualifizierte Prozeßvoraussetzungen/Sachentscheidungs voraussetzungen*” İsviçre hukuk öğretisinde³⁴² ise “*faits de double pertinence*” ya da “*doubly relevant facts*” olarak adlandırılmıştır. Usûlî incelemede gerçek ve doğru olarak varsayılan bu vakıaların doğruluğu ilk olarak tahkikat aşamasında denetlenir. Bu durum iki sonuca yol açar: İlk olarak söz konusu vakıanın gerçek olduğu anlaşıldığında dava şartının varlığı sonradan sabit olur. Davacının ispat etmekle yükümlü olduğu söz konusu vakıanın var olmadığı anlaşıldığında ise usûle ilişkin ret kararı verilmez aksine esasa ilişkin inceleme yapılarak bir karar verilir³⁴³. Kanımızca görevsiz olduğunu tespit eden mahkemenin, esasa ilişkin inceleme yaparak karar vermesi, görev kurallarının kamu düzeninden olma niteliği gereği mevcut düzenlemeler karşısında mümkün görünmemektedir.

Yargıtay da bizim benimsediğimiz görüş doğrultusunda trafik kazası şeklinde gerçekleşen iş kazası nedeniyle iş mahkemesinde açılan bir tazminat davasında olayın iş kazası niteliğinde olup olmadığı konusunda çekişme olduğunu, ön sorun olarak olayın iş kazası olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin belirlenmesi gerektiğini, eğer olay iş kazası olarak nitelendirilirse davanın esastan incelenmesi

³⁴¹ Ost, s. 31; Assmann, s. 52.

³⁴² Laurence Burger, “Le point sur la théorie des faits de double pertinence («doppelrelevante Tatsachen») en arbitrage international – commentaire de l’ATF 4A_160/2009” **ASA Bulletin**, Sayı: 2, 2010, s. 310

³⁴³ Ekkehard Schumann, “Internationale Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen, in Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit”, **Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag**, Aschendorff, Münster, 1987, s. 402; Assmann, s. 52; Baumbach/ Lauterbach/Albers/ Hartmann, Grundz § 253 Rn. 15, s. 1046; http://archiv.jura.uni-saarland.de/Methodik/dop_tat.htm; (Erişim Tarihi: 12.3.2019).

gerektiğini, iş kazası olarak nitelendirilmediği durumda ise görevsizlik kararı verilmesi gerektiğine hükmetmiştir³⁴⁴.

İş kazası şeklinde gerçekleşen bir trafik kazasında davacı, iş mevzuatı gereği hem işverenin hem de Karayolları Trafik Kanunu uyarınca sigorta şirketi ve işletenin (işverenden farklı bir kişi olması şartıyla) sorumluluğuna gitmek isteyebilir. Böyle bir durumda işverene karşı açılan davanın iş mahkemesinde, sigorta şirketine karşı açılan davanın ise asliye ticaret mahkemesinde görülmesi gerekir. Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin yukarıda belirtilen kararında³⁴⁵ belirlediği ölçütlere göre uyumsuzluk aynı olaydan kaynaklanıp zarar tek olsa da, taleplerden birisi yönünden verilecek karar diğerini doğrudan ilgilendirecek nitelikte bulursa da, iş mahkemesi ile asliye ticaret mahkemesi arasındaki yargılama usûlüne dair farklılıktan dolayı davalar ayrı mahkemelerde görülür.

3. Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Davalarda

Taşıma fiili, canlı ya da canlı olmayan bir unsurun (yolcu veya bagaj), geçici ya da sürekli olarak mekân itibarıyla yer değiştirmesinin, insan iradesi doğrultusunda işletilen bir araçla sağlanması şeklinde ifade edilir³⁴⁶. Taşıma fiilinin karayolu, deniz yolu ve hava yolunda gerçekleşmesine göre olaya uygulanacak olan hükümler değişmektedir. Kişinin yolcu olarak nitelendirilebilmesi için bu kişi ile taşıyıcı arasında bir taşıma ilişkisinin mevcut olması gerekir. Taşıma sözleşmesi tam iki taraflı, rızaî, taşımanın düzenli bir sefere ilişkin olması durumunda kesin vadeli,

³⁴⁴ “Kurumca davacılara iş kazası sigorta kolundan gelir bağlanabilmesi için öncelikle zararlandırıcı olayın iş kazası niteliğince olup olmadığının tespiti ön sorundur. Ayrıca belirtmek gerekirse böylesi bir tespitin Mahkemelerin görevine dair neticeleri de vardır. İş kazası olduğu hususları tereddütsüz olarak ortaya konulursa bu kez işin esasına girip özellikle olayı içlerinde trafik-iş güvenliği uzmanı da bulunan iş güvenlik uzmanlarına İş Kanununun 77.maddesinin öngördüğü koşulları da gözeterek irdelemeleri için tevdi ederek buradan çıkacak sonuca göre tüm delilleri bir arada değerlendirip karar vermekten aksi halde ise; yani gerek olayın iş kazası olmadığının ortaya çıkması halinde ise eldeki davanın B.K.’nın 49.maddesinden kaynaklanan haksız fiil sebebiyle uğranılan zararın giderilmesine yönelik bir dava olduğu ve ortada İş Kanunundan kaynaklanan bir uyumsuzluk bulunmayıp tazminat istemli işbu davaya genel görevli mahkemelerde bakılması gerektiği....” 21.HD, 24.5.2016, 2015/12728, 2016/8703, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 12.3.2019).

³⁴⁵ 20.HD, 02.03.2016, 49/2603, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 12.3.2019).

³⁴⁶ Sinan Sami Akkurt, Sivil Hava Yolu ile Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Hukukî Sorumluluk, Seçkin, Ankara, 2014, s. 5; Hüseyin Tokat, “Kara Yoluyla Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Akdi Sorumluluk”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, s. 2912.

elektronik ortamda akdedildiği hâllerde mesafeli ve genellikle iltihakî (katılmalı) sözleşme olarak nitelendirilir³⁴⁷. Zarara sebep olan fiil, sözleşme ilişkisinin mevcut olduğu hâllerde çoğu kez hem taşıma sözleşmesinin ihlâli hem de haksız fiil niteliği taşıyacağı için, böyle bir durumda akdî sorumluluk ile akit dışı sorumluluk hükümlerinin yarışması söz konusu olacaktır³⁴⁸. Kanımızca burada görevin belirlenmesi hukukî sebebe göre değişmekle beraber, hâkim görüş ve uygulama doğrultusunda dava açarken hukukî sebep bildirmenin zorunlu olmadığı (HMK m. 119/II) kabul edildiğinde, görevin belirlenmesi davacının dava dilekçesinde belirttiği vakıalar esas alınarak yapılmalıdır. Dilekçedeki vakıalar incelendiğinde, olayda bir taşıma ilişkisinin varlığı tespit edilmiş ise asıl sorumluya karşı açılacak davanın aşağıda ayrıntılarıyla açıklanacağı üzere tüketici mahkemesinde görülmesi gerekir.

a. Karayolu Taşımacılığında Kaynaklanan Davalarda

Uluslararası anlaşmalar saklı kalmak kaydıyla karayolu taşımacılığı 4925 sayılı Karayolu Taşıma Kanunu³⁴⁹ ile düzenlenmiştir. Karayoluyla yolcu taşıma sözleşmesi, taşımacının yolcuyu varma yerine gerektiği gibi ulaştırmasına karşılık yolcunun taşıma ücretini ödemeyi borçlandığı sözleşme olarak tanımlanır³⁵⁰. Karayolu Taşıma Kanunu’nun 3. maddesine göre yolcu, “taşıtı kullanan sürücü ile hizmetliler dışında taşıtta bulunan kişileri” ifade eder. Karayolu Taşıma Kanunu’nun sorumluluk ve sigortaya ilişkin hükümleri 6704 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile ilga edilmiştir. Karayolu Taşıma Kanunu’nun 36. maddesine göre bu Kanun’da hüküm bulunmayan hâllerde, 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu, 7397 sayılı Sigorta Murakabe Kanunu ve diğer ilgili mevzuat hükümleri uygulanır. Ayrıca Karayolu Taşıma Yönetmeliği’nin³⁵¹ 48. maddesine göre *bu Yönetmelik kapsamındaki yolcu taşımalarında; “2918 sayılı Karayolu Trafik Kanunu ile tanımlanan zorunlu malî sorumluluk sigortası ile 5684 sayılı Sigortacılık*

³⁴⁷ Akkurt, s. 154; Tokat, ss. 2929, 2930.

³⁴⁸ Tokat, s. 2928.

³⁴⁹ RG. 19.7.2003, S. 25173.

³⁵⁰ Hüseyin Ülgen, “Karayolu ile Yolcu ve Bagaj Taşıma”, **Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu**, Bildiriler-Tartışmalar 24-25 Ocak 1985 Maçka-İstanbul, Ankara 1985, s. 5

³⁵¹ RG. 8.1.2018, S. 30295.

Kanununa dayanılarak çıkarılan karayolu yolcu taşımacılığı zorunlu koltuk ferdi kaza sigortası, yaptırılması zorunlu olan sigortalardır”.

Karayolu Trafik Kanunu’nda öngörülen zorunlu malî sorumluluk sigortasına ek olarak taşıyıcının yolcular lehine ferdî kaza sigortası yaptırması gerekir. Türk Ticaret Kanunu’nun 1507. maddesine göre,

Kaza sigortası, belli bir prim karşılığında, sigortalının uğrayacağı kaza sonucu ölüm, geçici veya sürekli engellilik ya da işgöremezlik hâlleri için sigorta teminatı sağlar. Ölüm, ani olarak veya kaza tarihinden itibaren en çok bir yıl içinde gerçekleşmiş ise sigorta bedeli sigorta ettirene yahut onun tarafından belirlenmiş kişiye; geçici ve sürekli engellilik veya işgöremezlik hâllerinde ise sigortalıya ödenir.

Bir can sigortası türü olan ferdî kaza sigortası meblağ sigortasıdır. Diğer bir ifade ile herhangi bir zarar hesabı yapılmaksızın sigortacı, poliçedeki miktardan sorumludur. Can sigortalarında sigortacının halefiyet hakkı olmadığı için ferdi kaza sigortası kapsamında zarar gören sigortalıya ödenen miktar tazminattan indirilmez. Kaza sigortalarında aksi kararlaştırılmadıkça sigortacı, tedavi giderlerini ödemekle yükümlüdür (TTK m. 1508). Ancak tedavi giderleri bir zarar sigortası olduğu için zarar hesabı yapılır, bu durumda sigortacının zarar verene halefiyeti mümkün olduğu için tedavi giderleri adı altında kaza sigortası kapsamında zarar görene ödenen miktar tazminat tutarından indirilir.

Koltuk sigortası sadece trafik kazalarını değil, molalar da dâhil olmak üzere yolculuk boyunca yolcunun uğrayacağı her türlü kazayı kapsar. Bu sebeple yolculuk esnasında trafik kazaları da dâhil olmak üzere herhangi bir kaza nedeniyle ölen ya da herhangi bir bedensel zarara uğrayan yolcu, taşıyıcının yaptırmak zorunda olduğu ferdî kaza sigortası kapsamında sigorta şirketine başvurabilir. Yine aynı zarara ilişkin olarak taşıyıcının sorumluluğuna da gidilebilir. Yukarıda ifade edildiği gibi sigorta şirketi tarafından kaza sigortası kapsamında ödenen bedel tazminat bedelinden indirilmez. Söz konusu kaza bir trafik kazası olduğu takdirde zorunlu malî sorumluluk sigortası (trafik sigortası) gereği zarar gören, sigorta limiti kadar sigortacıya, limiti aşan tutarlar bakımından ise taşıyıcıya başvurabilir.

Yolcu unsurunun olmadığı trafik kazalarından farklı olarak zarar gören yolcu, taşıyıcı ile bir sözleşme akdetmiştir. Zorunluluk olmamakla beraber çoğu durumda taşıyıcı, taşıma fiilini bir meslekî ve kâr elde etme amacıyla yaparken yolcu ise meslekî bir amaç gütmeksizin sözleşmede kararlaştırılan yere ulaşma amacındadır.

Bu özellikteki yolcu taşıma sözleşmesi tüketici işlemi niteliğindedir. 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73. maddesine göre *“tüketici işlemleri ile tüketiciye yönelik uygulamalardan doğabilecek uyuşmazlıklara ilişkin davalarda tüketici mahkemeleri görevlidir”*. Yine aynı Kanun'un 83. maddesinde ifade edildiği üzere *“ taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu işlemler ile ilgili diğer kanunlarda düzenleme olması, bu işlemin tüketici işlemi sayılmasını ve bu Kanunun (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun) görev ve yetkiye ilişkin hükümlerinin uygulanmasını engellemez”*. Türk Ticaret Kanunu'nun 850 ve devamı hükümleri karayolu taşıma işlerine ilişkindir. Aynı Kanun'un 4. maddesinde Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen hususlardan doğan davaların ticarî dava sayılacağı ifade edilmiştir. Yolcunun taşıyıcının sorumluluğuna dayanarak açacağı tazminat davası, bu hükümlere göre hem ticarî dava hem de ticarî işten doğan bir uyuşmazlık niteliğindedir. Ancak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 84. maddesi gereği bu davanın tüketici mahkemesinde görülmesi gerekir³⁵². Yolcunun uğradığı zarar bir trafik kazası neticesinde meydana gelirse taşıyıcının sorumluluğu sigorta limitine kadar sigorta şirketi tarafından üstlenildiğinden, sigorta şirketine yöneltilecek bu talep bakımından ise asliye ticaret mahkemeleri görevli olur. Yolcunun taşıyıcıya karşı tüketici mahkemesinde, sigorta şirketine karşı ise asliye ticaret mahkemesinde davasını açması gerekir. Yargıtay 20. Hukuk Dairesinin yukarıda belirtilen kararında³⁵³ belirlediği ölçütlere göre uyuşmazlık aynı olaydan kaynaklanıp zarar tek olsa da, taleplerden birisi yönünden verilecek karar diğerini doğrudan ilgilendirecek nitelikte bulursa da, tüketici mahkemesi ile asliye ticaret

³⁵² 20. Hukuk Dairesi uçak yolculuğu sırasında kaybolan bagaj için açılan davada asliye ticaret ve tüketici mahkemelerinin ayrı ayrı görevsizlik kararı vermesi nedeniyle yargı yeri belirlenmesi için yaptığı incelemede Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 84. maddesini göz ardı ederek bu davalarda asliye ticaret mahkemelerini görevli olduğuna karar vermiştir. “Bir hukukî işlemin sadece 6502 sayılı Kanunda düzenlenmiş olması tek başına o işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. “Bir hukukî işlemin 6502 sayılı Kanun kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir. Somut olayda, davacı vekili, müvekkilinin 12/11/ 2014 tarihinde TK 21 seferini yapan davalıya ait uçak ile Türkiye'ye döndüğünü, ancak kaybolan bagaj ile muhteviyatını teslim alamadığı iddiasıyla 5.000,00.-TL alacağın 12/11/2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir. Bu durumda taraflar arasındaki ihtilaflın Türk Ticaret Kanununda düzenlenen taşıma hukukundan kaynaklandığı anlaşıldığından uyuşmazlığın Türk Ticaret Kanununun 4/1. maddesi uyarınca asliye ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince ... 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE 21/11/2016 gününde oy birliğiyle karar verildi.” (20.HD, 21.11.2016, 11654/11009, (karararama.yargitay.gov.tr), (Erişim Tarihi: 14.3.2019).

³⁵³ 20.HD, 02.03.2016, 49/2603, (karararama.yargitay.gov.tr), (Erişim Tarihi: 14.3.2019).

mahkemesi arasındaki yargılama usûlüne dair farklılıktan dolayı davalar ayrı mahkemelerde görülür.

6502 sayılı Kanun'dan sonra tüketici mahkemelerinin görev alanı ciddi anlamda genişlemiş; bu genişleme kanımızca tüketici mahkemelerinin uzmanlık mahkemesi olma niteliğini zedelemiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83. maddesinin 2. fıkrasını göz ardı ederek, içtihatlarla bu durumu düzeltmeye çalışmak yerine görev kuralları kanunla düzenlenir kuralı (HMK m.1) ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kanımızca acilen kanunî bir düzenleme yapılarak bu hususun düzeltilmesi gerekir.

b. Demir Yolu Taşımacılığında Kaynaklanan Davalarda

Ülkemizde demir yolu alt yapısının sağlanması ve demir yolu taşımacılığı Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları (TCDD) tarafından yerine getirilmekteydi. TCDD, 8/6/1984 tarihli ve 233 sayılı Kamu İktisadî Teşebbüsleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname hükümlerine tâbi bir iktisadî devlet teşekkülüdür. Bu Kanun Hükmünde Kararnameye dayanılarak çıkarılan Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü Ana Statüsü³⁵⁴, ne göre TCDD, 6461 sayılı Kanun, Kanun Hükmünde Kararname ve Ana Statü hükümleri saklı kalmak üzere özel hukuk hükümlerine tâbidir. Bu sebeple demir yolu taşımacılığı sırasında yolcuların ya da üçüncü kişilerin beden bütünlüğünün ihlâl edilmesi sebebiyle TCDD aleyhine açılan davaların adli yargı yolunda özel hukuk hükümlerine göre karara bağlandığı görülmektedir³⁵⁵.

24.4.2013 tarihli 6461 sayılı Türkiye Demiryolu Ulaştırmasının Serbestleştirilmesi Hakkında Kanun ile kamu tüzel kişileri ile ticaret siciline kayıtlı şirketlerin yetki belgesi almak şartıyla demir yolu altyapı işletmeciliği ve demir yolu tren işletmeciliği yapabilme imkânı getirilmiştir. Yine bu Kanun ile bağlı ortaklık

³⁵⁴ RG. 4.6.2016, S. 29732.

³⁵⁵ “Davacıların, yolcu olarak bulunduğu trenin, lokoya çarpması sonucu meydana gelen kaza sonucu yaralanmaları nedeni ile uğradıkları zararın, olayda kusuru bulunduğunu iddia ettikleri davalıdan tazmini istemiyle açılan davanın, davacıların davaya konu trende yolcu olarak bulunmaları ve bu nedenle olayın Türk Ticaret Kanunu’nun taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümler çerçevesinde ADLİ YARGI YERİNDE çözümlenmesi gerektiği...” (UYM., 11.4.2016, 97/192), (<http://kararlar.uyusmazlik.gov.tr/>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019).

niteliğinde TCDD Taşımacılık Anonim Şirketi kurulmuştur. TCDD Taşımacılık Anonim Şirketi Esas Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre faaliyet konusu olarak demir yolu tren işletmecisi kimliği altında yük, yolcu ve her türlü tamamlayıcı taşıma işleri olarak belirlenmiştir³⁵⁶. Anılan düzenlemelerden sonra TCDD'nin tren işletmeciliği, TCDD Taşımacılık Anonim Şirketi bağlı ortaklığına geçmiştir. TCDD'nin fonksiyonu ise ulusal demir yolu alt yapısını yönetmek ve adil bir şekilde işletmeye açık tutulmasını sağlamak şeklinde belirlenmiştir³⁵⁷.

Demiryolu İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği'nin³⁵⁸ 13. maddesinde demir yolu tren işletmecileri için zorunlu malî sorumluluk sigortası öngörülmüştür. Demiryolu İle Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik'te yolcuların ölüm ve yaralanmaları hâlinde demir yolu tren işletmelerinin sorumlulukları düzenlenmiştir. Ancak belirtmek gerekir ki bu düzenlemeler Türk Borçlar Kanunu hükümlerinin tekrarından ibarettir.

Demir yolu ile yolcu taşıma hizmeti TCDD tekelindeyken tren yolcusunun beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları, mutlak ticarî dava olarak görülüyordu³⁵⁹. Ancak 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesi ile beraber demir yolu yolcu taşıma sözleşmesine dayanan beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle açılan tazminat davalarında görevli mahkeme, tüketici mahkemeleri olacaktır. Çünkü Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 3. maddesinde belirtildiği üzere *“tüketici işlemi mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticarî veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukukî işlemi”* ifade eder.

³⁵⁶ TCDD, <http://www.tcddtasimacilik.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 27.11.2019).

³⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Yunus Uğurlu, “Türkiye’de Beklenen Yeni Demiryolu Sektör Yapısı”, **Demiryolu Mühendisleri Derneği**, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/517914>, (Erişim Tarihi: 27.11.2019), s. 68 vd.,

³⁵⁸ RG. 19.8.2016, S. 29806.

³⁵⁹ “Davalı TCDD işletmesi tacirdir. Bunun yanında, Türk Ticaret Kanunu 4. maddesine göre tarafların tacir olup olmadıklarına bakılmaksızın bu kanunda düzenlenen hususlardan doğan hukuk davaları ticarî davalardandır. Davacı ile davalı TCDD işletmesi arasındaki uyuşmazlık mutlak ticarî işlerden olan taşıma sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Ticarî işlerde, 3095 S.K.'nın 4489 S.K. ile değişik 2/2. maddesi hükmünce avans faiz oranının uygulanması gerekmektedir”. 11.HD, 05.07.2004, 2003/13499, 2004/7456, (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019). Aynı yönde kararlar için bkz. 11.HD, 16.2.2015, 2014/16242, 2015/2042; İstanbul BAM.14.HD, 27.6.2018, 62/670; 11.HD, 22.5.2019, 4942/4016, (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019).

Tüketici işleminden kaynaklanan davalarda görevli mahkeme ise tüketici mahkemeleridir. Taşımacılık faaliyeti gerek TCDD tarafından gerçekleştirilsin gerekse yetki devri sonrası TCDD Taşımacılık Anonim Şirketi tarafından gerçekleştirilsin kâr elde etme amacını da taşıdığından ticarî amaçla hareket edildiği noktasında tereddüt bulunmamaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere tüketici mahkemelerinin görev alanının bu şekilde genişlemesi kanımızca bu mahkemeleri özel mahkeme statüsünden çıkartıp bu mahkemelerin adeta genel bir mahkemeye dönüşmesine yol açmıştır.

19.8.2016 tarihli Demiryolu İşletmeciliği Yetkilendirme Yönetmeliği'nde öngörüle zorunlu malî sorumluluk sigortası³⁶⁰ gereği poliçede belirtilen miktara kadar sigorta şirketinin sorumluluğu olacaktır. Bu sebeple sigorta şirketine karşı açılacak davalarda görevli mahkeme asliye ticaret mahkemesidir. Yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanan demir yolu kazalarında taşıyıcıya karşı açılacak davalarda görevli mahkeme tüketici mahkemesi iken zorunlu malî sorumluluk sigortası gereği sigorta limitine kadar olan kısım için sigorta şirketi aleyhine açılacak davalarda asliye ticaret mahkemesi, davanın haksız fiil hükümlerine göre kusurlu makinist ya da taşıma şirketi personeline açılması durumunda ise görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olacaktır.

Uyuşmazlık konusu aynı olay sebebiyle birden fazla sorumlu bulunan davaların görev kuralları sebebiyle farklı mahkemelerde görülmesi kanımızca usûl ekonomisi ilkesi ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak makûl sürede yargılanma hakkı ve çelişkili karar verme yasağına aykırılığa yol açtığı gibi avukatla temsil zorunluluğunun olmadığı ülkemizde, hak arama hürriyetinin bir gereği olarak dava açmak isteyenler bakımından ise ciddi karmaşıklıklara sebep olmaktadır. Bu karmaşıklıkları, görev kurallarını düzenleyen kanunlara aykırı olarak içtihatlarla düzeltmeye çalışmak yerine görev kurallarının kanunla düzenlenmesi ilkesi gereği bu konuda kanunî bir düzenleme yapılması gerekir.

³⁶⁰ Bu durum özel sigorta şirketi ile sorumluluk sigortası sözleşmesi yapılması hâlinde geçerlidir. TCDD Taşımacılık A.Ş. için özel sigorta şirketi ile sorumluluk sigortası yapma şartı öngörülmemiştir. Sigortacılık mevzuatına aykırı olmamak kaydıyla TCDD bünyesindeki “*dâhili sigorta fonu*” ile malî sorumluluk sigortası yaptırma şartı sağlanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları İşletmesi Genel Müdürlüğü Ana Statüsü m. 5; Tcdd Taşımacılık A.Ş. Genel Müdürlüğü Sigorta Yönergesi, (<http://www.tcddtasimacilik.gov.tr/>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019).

c. Hava Yolu Taşımacılığında Kaynaklanan Davalarda

Hava yolu taşımacılığı hakkında 2920 sayılı Türk Sivil Havacılık Kanunu (TSHK), Sivil Havacılık Genel Müdürlüğü'nce çıkarılan Havayolu ile Seyahat Eden Yolcuların Haklarına Dair Yönetmelik, uluslararası uçuşlar için Varşova/La Haye Konvansiyonu, Montreal Konvansiyonu ile 264/2004 sayılı Avrupa Birliği Tüzüğü hükümleri³⁶¹ ile bu kanun, yönetmelik ve uluslararası anlaşmalarda hüküm bulunmayan hâllerde Türk Ticaret Kanunu hükümleri uygulama alanı bulur.

Kazanın uluslararası yolcu taşıması sırasında gerçekleşmesi durumunda öncelikle milletlerarası yetkinin tespit edilmesi gerekir. Tarafların aralarında yaptıkları taşıma sözleşmesi uyarınca kalkış yeri ve varma yeri iki akit taraf devlet sınırları içerisindeyse o sözleşme uluslararası nitelikte bir taşıma sözleşmesidir³⁶². Varşova Konvansiyonu'nun 28. maddesinde taşıyana karşı açılacak davalarda yüksek akit devletler sınırları dâhilinde olmak şartıyla taşıyanın yerleşim yeri mahkemesi, taşıyanın asıl iş merkezinin bulunduğu yer mahkemesi, taşıyanın sahip olduğu bir kuruluşun yer alması şartıyla taşıma sözleşmesinin yapıldığı yer mahkemesi, varma yeri mahkemesi yetkilidir. Montreal Konvansiyonu'nda ise belirtilen bu yetki kurallarına ek olarak yolcunun yerleşim yeri mahkemesi öngörülmüştür³⁶³. Bundan sonraki açıklamalar Türk mahkemelerinin uluslararası yetkiye sahip olması ya da uyuşmazlığın ulusal nitelikte bir hava yolu yolcu taşıma sözleşmesinden kaynaklanması durumlarına ilişkin olacaktır.

Yolcunun beden bütünlüğünün ihlali, hava aracında veya iniş veya iniş sırasında meydana geldiği takdirde, taşıyıcı sorumludur (TSHK m. 120, Varşova/La Haye m.17). Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 132. maddesine göre,

...yurt içi veya yurt dışı yolcu, yük ve posta taşımaları yapmaya yetkili kılınan taşıyıcılar, taşıma sözleşmelerinden doğabilecek zararlardan dolayı tazminat taleplerinin teminatı olmak üzere, asgari 124 üncü madde esaslarına göre saptanan sorumluluk sınırları içerisinde mali mesuliyet sigortaları yapmakla

³⁶¹ Uluslararası havayolu taşımacılığında düzenlemeleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Banu Bozkurt Bozabalı, **Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Hukukî Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2013, ss. 49-88.

³⁶² Bozkurt Bozabalı, s. 54.

³⁶³ Uluslararası hava yolu taşımacılığı nedeniyle açılacak sorumluluk davasında milletlerarası yetkinin belirlenmesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Bozkurt Bozabalı, ss. 197-202.

yükümlüdürler. Sigorta, taşıyıcının adamlarının bu Kanunda öngörülen sorumluluğunu da kapsar.

Taşıma sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişilere verilecek zararlar bakımından aynı kanunun 138. maddesinde de ayrıca bir sorumluluk sigortası yaptırılma zorunluluğu öngörülmüştür.

Tazminat davasındaki görevli mahkeme, davalıların zarar gören ile olan ilişkisine göre değişir. Buna göre taşıyıcıya karşı açılan davada görevli mahkeme bu dava her ne kadar mutlak ticarî dava (TTK m. 4) olarak değerlendirilse³⁶⁴ de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83. maddesi gereği tüketici mahkemesi görevlidir. Buna karşılık teminat limitlerine kadar sigorta şirketlerine yöneltilecek talepler, mutlak ticarî dava olarak nitelendirildiğinden bu talepler için görevli mahkeme asliye ticaret mahkemeleridir. Zarar, taşıyıcının çalışanının kusurundan doğmuş ve talep kusurlu çalışana yöneltilecekse zarar gören ile zarar veren taşıyıcı adamı arasında doğrudan bir ilişki olmadığı için haksız fiil hükümlerine göre açılacak davada görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesidir. Belirtmek gerekir ki taşıyıcı ifa yardımcısı olarak nitelendirilen kendi çalışanının kusurundan da sorumlu olduğu için bu sorumluluk sebebine dayanarak açılan dava taşıma sözleşmesine dayandığı için bu dava her ne kadar mutlak ticarî dava olarak değerlendirilse de Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83. maddesinin 2. fıkrası gereği tüketici mahkemesi görevlidir³⁶⁵. Yukarıda³⁶⁶ belirttiğimiz üzere, yargı kararlarında

³⁶⁴ 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'dan önce yazılan eserlerde bu dava haklı olarak mutlak ticarî dava olarak nitelendirilmiştir. Hüseyin Ülgen, **Hava Taşıma Sözleşmesi**, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1987, (Hava Taşıma), s. 219; Tuba Birinci Uzun, **Uluslararası Hava Taşımalarında Taşıyıcının Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2012, s. 165; Akkurt, s. 335. Aynı yönde kararlar için bkz. 11.HD, 5.5.2009, 2008/1372, 2009/5356; 11.HD, 9.12.2011, 2010/5790, 2011/16734; 11.HD, 6.3.2008, 2007/866, 2008/2714, (Akkurt, s. 336).

³⁶⁵ Ancak 20. HD, TKHK m. 83 hükmüne rağmen görevli mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu görüşündedir. “Taraflar arasındaki alacak davası hakkında ... 2. Tüketici ve ... 1. Asliye Ticaret Mahkemelerince ayrı ayrı görevsizlik kararı verilmesi nedeni ile yargı yerinin belirlenmesi için gönderilen dosya içindeki tüm belgeler incelendi, gereği düşünüldü: **Bir hukukî işlemin sadece 6502 sayılı Kanunda düzenlenmiş olması tek başına o işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın tüketici mahkemesinde görülmesini gerektirmez. Bir hukukî işlemin 6502 sayılı Kanun kapsamında kaldığının kabul edilmesi için taraflardan birinin tüketici olması gerekir.** Somut olayda, davacı vekili, müvekkilinin 12/11/ 2014 tarihinde TK 21 seferini yapan davalıya ait uçak ile Türkiye'ye döndüğünü, ancak kaybolan bagaj ile muhteviyatını teslim alamadığı iddiasıyla 5.000,00.-TL alacağın 12/11/2014 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalıdan tahsilini talep etmiştir. Bu durumda taraflar arasındaki ihtilafın Türk Ticaret Kanununda düzenlenen taşıma hukukundan kaynaklandığı anlaşıldığından uyuşmazlığın Türk Ticaret Kanununun 4/1. maddesi uyarınca asliye ticaret mahkemesinde görülüp sonuçlandırılması gerekmektedir. Yukarıda açıklanan nedenlerle; 6100 sayılı HMK'nın 21 ve 22. maddeleri gereğince

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83. maddesinin ikinci fıkrasının göz ardı edilmesi sonucu, uygulamada yolcu taşımından doğan davalar asliye ticaret mahkemelerinde görülmektedir. 6502 sayılı Kanun ile uzmanlık mahkemesi niteliğini zedeleyecek şekilde görev alanı genişleyen tüketici mahkemelerinin görev alanını kanuna aykırı olarak içtihatlarla daraltmaya çalışmak, daha önce de belirttiğimiz üzere hukuk devleti ilkesine ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 1. maddesine aykırılık teşkil eder.

4. Özel Görevli Mahkeme Olarak İnsan Zararları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Kanun Teklifi'nin Değerlendirilmesi

İnsan Zararları Mahkemesinin Kurulmasına İlişkin Kanun Teklifi medenî yargı bünyesinde özel görevli bir mahkeme kurulmasını öngörerek mevcut görev kurallarında değişiklik önermektedir. Bu önerinin gerekçesi ise sorumluluk sebebi ne olursa olsun sorumluluk sonucu doğan zararın niteliği aynı olduğu için zarar hesaplamasının bu konuda uzman tek bir mahkeme tarafından yapılması ve mümkün olduğunca gerçek zarara yakın bir hesaplama yaparak adil tazminin sağlanmasıdır.

Yargılama hukuku bakımından yerinde bir ihtisaslaşma, alacak talebinin hakkaniyete uygun olarak karara bağlanmasına hizmet eder. Ancak ihtisaslaşma düşüncesiyle uyuşmazlıkların bölümlere ayrılması hukuk sisteminde bir dağınıklık ve karmaşıklığa da yol açabilir. Bu husus özellikle yargı teşkilatındaki çeşitlilik sebebiyle Alman öğretisinde de sıklıkla vurgulanmıştır. Anayasa yargısı dışında beş ayrı yargı yoluna sahip olan Alman hukuk sistemindeki bu durum dağınıklık ve karışıklığa sebebiyet verdiği için nesiller boyu süren bir musibet olarak ifade edilmiştir. Mahkemenin temel görevi, hükme esas vakıaların doğruluğunun araştırılmasıdır. Hükme esas vakıaların doğruluğunun tespiti ise yargılama kurallarına göre değişiklik gösteren dört veya beş farklı delil türü ile sağlanır. Yüksek mahkeme daireleri arasındaki iş dağılımının hemen hemen hepsi vakıalar

... 1. Asliye Ticaret Mahkemesinin YARGI YERİ OLARAK BELİRLENMESİNE 21/11/2016 gününde oy birliğiyle karar verildi". (20.HD, 2.11.2016, 11654/11009), (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019).

³⁶⁶ III, B, 3, a.

esas alınarak belirlenmiştir. Ancak iyi bir sınıflandırma için karmaşık vakılardan ziyade hukukî nitelendirme esas alınmalıdır³⁶⁷.

Toplumsal olayların çeşitliliği ve sürekli olarak değişmesi, hukukun daha ayrıntılı olarak incelenebilmesi için daha özel alanlara ayrılmasını gerekli kılar. *Hukukçu bilirkişiye başvurulamama* kuralı (HMK m. 266; Bil.K m. 3/2, 3) hâkimden uçsuz bucaksız hukuk alanında hukuka dair her alanda karar verebilecek seviyede bilgi sahibi olmasının beklenmesinin, hayatın gerçekleri ile örtüşmediği gerekçesiyle eleştirilmektedir. Hâkimlerin hukukçu bilirkişiye başvurma ihtiyaçlarını azaltmanın bir yolu olarak uzmanlık mahkemelerinin kurulması ve hâkimlerin uzmanlaştırılması, uzmanlık alanlarına göre görev yapmaları önerilmiştir. Bu kapsamda ticaret mahkemelerinin Türk Ticaret Kanunu'nun kısımlarına göre ticarî işler, şirketler, kıymetli evrak, taşıma işleri ve sigorta olmak beş ayrı bölüme ayrılması, insan yaşamının kutsallığı ve yaşam hakkının en yüce insan hakkı olduğu düşüncesiyle uzmanlaşmayı gerektiren İnsan Zararları Mahkemesi'nin kurulması, taşınmaz ve miras konularında ayrı mahkemelerin kurulması ve zamanla uzmanlık mahkemelerinin sayısını artırılması gerektiği ileri sürülmüştür³⁶⁸.

Her alanda uzmanlık mahkemesinin kurulması hukukun bölümlere ayrılması ve alanında uzmanlaşan hâkimlerce daha çabuk ve adil bir karara ulaşmak bakımından savunulabilir olsa da hukukun ele aldığı olaylar her zaman teorik ayrımlara uygun olmaz³⁶⁹. Bir başka ifadeyle bir olay, bünyesinde birden fazla uzmanlık alanını barındırabilir. Çok sayıda uzmanlık mahkemesinin kurulmasının görev sorunlarını beraberinde getireceğini en başta söyleyebiliriz. Çünkü çoğu durumda olaylar salt belli bir uzmanlık alanına ilişkin olmayacak, görev sorunları davanın esasına girilmesine engel teşkil ederek hak arama özgürlüğünü zedeleyecektir. Her türlü hukukî ilişkiden doğan bedensel zararların tazmini açısından tek bir mahkemeyi görevli kılmak salt zarar hesaplaması bakımından

³⁶⁷ Konrad Redeker, "Anmerkung zu BGH, Urteil vom 1. Juli 1976 – ZR 187/73", *AnwBl*, 1977, s. 108; Peter A. Windel, "Brauchen wir Arbeitsgerichtsbarkeit?" *Festschrift für Rolf Wank zum 70. Geburtstag*, C. H. Beck, Münih, 2014, s. 681.

³⁶⁸ Çelik Ahmet Çelik, "Yargıda Bilirkişilik ve Uzmanlardan Yararlanmanın Gerekliliği", http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/382_bilirkisilik-ve-uzmanlik-hakkinda.pdf, (17.8.2018), (Bilirkişilik), s. 2.

³⁶⁹ Özel mahkemeler kurulurken dikkate alınması gereken hususlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Çetin Aslan, *Medenî Usûl Hukukunda Görev*, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2021, ss. 100 vd.

yeknesaklık sağlar. Ancak sorumluluk şartları ve hukukî ilişkinin tâbi olduğu ilkelerin farklı olması, her bir hukukî ilişki bakımından sağlıklı karar verilmesine kanımızca engel olur. Ayrıca çoğu durumda zarar görenler, zarar verici eylem nedeniyle hem bedensel zarara hem de salt malvarlığı zararlarına uğrar. Bedensel zararlara ilişkin ayrı bir görevli mahkemenin olması, bedensel zararlar için ayrı, salt malvarlığı zararları için ayrı dava açılmasına sebebiyet verir. Sorumluluk şartları ve bunlara ilişkin dava malzemeleri tamamen aynı olan iki davanın iki ayrı mahkemede görülmesinin ise hiçbir mantıklı açıklaması yoktur. Bedensel zararın hesaplanması bakımından yeknesaklık sağlanmak isteniyorsa kanımızca yapılması gereken özel bir görevli mahkemenin kurulması değil, hesaplamaya ilişkin yöntem ve ilkelerin yeknesaklaştırılmasıdır.

C. Yetkili Mahkeme

1. Genel Olarak

Hukukumuzda yetki kuralları kural olarak kamu düzenine ilişkin görülmediği için çoğunlukla birden fazla yetkili mahkeme olacak şekilde düzenleme yapılmıştır³⁷⁰. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında yetki belirlenirken taraflar arasında hukukî ilişkinin niteliğine göre genel ve özel yetki kuralları esas alınır. Diğer kanunlarda yer alan yetkiye ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla mahkemelerin yetkisi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na tâbidir (HMK m. 5). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 6. maddesine göre genel yetkili mahkeme davanın açıldığı tarihte davalının yerleşim yeridir. Kural olarak her türlü dava genel yetkili mahkemede açılır³⁷¹.

2. Uygulanabilecek Özel Yetki Kuralları

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda genel yetki kurallarının yanında genel yetkiyi kaldırmayan özel yetki kuralları da kabul edilmiştir. Bu hükümler beden

³⁷⁰ Akkan, Pekcanıtez Usûl, s. 268.

³⁷¹ Yılmaz, C. 1, s. 301

bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları için de geçerlidir. Buna göre davalının yerleşim yerinin³⁷² (HMK m. 6) yanında, beden bütünlüğünün ihlâli yolcunun taşıma esnasında bedensel zarara uğraması hâlinde olduğu gibi borca aykırı davranıştan doğmuş ise sözleşmeden doğan davalar için öngörölmüş sözleşmenin ifa yeri olan özel yetki kuralı da uygulanır (HMK m. 10).

Yolcu taşıma sözleşmesi, tedavi sözleşmesi, hastaneye kabul sözleşmesi gibi tüketici işleminden doğan beden bütünlüğünün ihlâlüne ilişkin talepler bakımından sözleşmenin ifa yeri mahkemesi özel yetkili olduğu gibi 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73. maddesinin beşinci fıkrasında öngörölen tüketicinin yerleşim yeri, diğer yetkili mahkemeler yanında özel yetki kuralı olarak uygulama alanı bulur.

Beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle davalı olarak bir tüzel kişi ya da şirket gösterilmiş ve söz konusu uyuşmazlık şubenin işlemi nedeniyle doğmuş ise bu durumda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 14. maddesinin birinci fıkrasında öngörölen şubenin bulunduğu yer mahkemesi de özel yetkilidir. Özellikle yolcu taşıma sözleşmesinin taşıma şirketinin bir şubesi aracılığıyla yapılması durumunda ya da sigorta şirketine doğrudan başvuran zarar göreninin talebinin sigorta şirketinin bir şubesi tarafından reddedilmesi durumlarında bu yetki kuralı uygulama alanı bulur³⁷³.

Beden bütünlüğünün ihlâli borca aykırı davranış şeklinde gerçekleşmeyip haksız fiil niteliğinde ise haksız fiillere ilişkin özel yetki kuralı uygulama alanı bulur. Haksız fiilden kaynaklanan davalar, haksız fiilin işlendiği veya zararın meydana geldiği yahut gelme ihtimâlinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yerinde açılabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 16. maddesinde öngörölen haksız fiillere ilişkin özel yetki kuralı haricinde, haksız fiil trafik kazası şeklinde

³⁷² Gerçek kişiler bakımından yerleşim yeri, sürekli kalma niyetiyle oturlan yerdir (TMK m. 19). Tüzel kişilerin yerleşim yeri ise kuruluş belgesinde başkaca bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir (TMK m. 51).

³⁷³ “Dava, yurtiçi taşıma sözleşmesinden kaynaklanan tazminat istemine ilişkindir. Taşıma sözleşmesi ile ortaya çıkan zarara ilişkin tazminat davasının, HMK’nun 6. maddesine göre taşıyıcının ikametgahı mahkemesinde, HMK’nun 10. maddesine göre taşıma sözleşmesinin ifa edileceği yer mahkemesinde açılması olanaklıdır. Bunun yanında Taşıma sözleşmesi, taşıyıcının şubesi aracılığı ile yapılmış ise, bu şubenin bulunduğu yerde de dava açılabilir. Bu açıklamadan sonra somut olaya gelindiğinde, HMK’nun 14/1 maddesi uyarınca davalı şirketin şubesinin işlemlerinden kaynaklanan bu davada şubenin bulunduğu yer mahkemesi olan, Kayseri Asliye Ticaret Mahkemesi yetkilidir”, (11.HD, 09.07.2012, 7309/12171), (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019).

gerçekleşmiş ise Kara Yolları Trafik Kanunu’nun yetkiye ilişkin hükümleri, iş kazası şeklinde gerçekleşmiş ise İş Mahkemeleri Kanunu’nun yetkiye ilişkin hükümleri de esas alınır. Kara Yolları Trafik Kanunu’nun 110. maddesinin ikinci fıkrasına göre *“motorlu araç kazalarından dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin davalar, sigortacının merkez veya şubesinin veya sigorta sözleşmesini yapan acentenin bulunduğu yer mahkemelerinden birinde açılabileceği gibi kazanın vuku bulunduğu yer mahkemesinde de açılabilir³⁷⁴”*. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda öngörülen yetki kurallarının yanında İş Mahkemeleri Kanunu’nun 6. maddesinde öngörülen yetki kuralları da iş kazasından doğan beden bütünlüğünün ihlâli durumlarında uygulama alanı bulur. Buna göre beden bütünlüğünün ihlâlinin iş kazası ya da meslek hastalığına dayanması hâlinde işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesi ile iş kazasının veya zararın meydana geldiği yer mahkemesi ile zarar gören işçinin yerleşim yeri mahkemesi de yetkilidir (İş M. K m. 6/3).

3. Sigorta Sözleşmelerinden Doğan Davalarda Yetki

Beden bütünlüğünün ihlâline yol açması muhtemel birçok hukukî ilişki, öngörülen zorunlu sigorta hükümleri nedeniyle çoğu durumda bünyesinde aynı zamanda bir sigorta ilişkisini barındırır. Bu sebeple sigorta sözleşmelerinden doğan davalardaki yetki kurallarının bu davalar özelinde incelenmesi gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda öngörülen yetki kuralları incelendiğinde sigorta şirketlerine karşı açılacak davalarda yetki kuralını düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 15. maddesinin beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında özel olarak ele alınması gerekir. Çünkü bilindiği üzere beden bütünlüğünün ihlâlinin gerçekleştiği çoğu durumda zorunlu veya ihtiyarî bir sorumluluk sigortası bulunduğu gibi ölüm ve yaralanmalara ilişkin olarak bir kaza sigortası olması da muhtemeldir.

Türk Ticaret Kanunu’na göre sigorta türleri zarar sigortaları ve can sigortaları olmak üzere ikiye ayrılır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 15. maddesinde de bu ayrıma uygun olarak birinci fıkrada zarar sigortalarına ilişkin ikinci fıkrada ise can

³⁷⁴ 17.HD, 14.3.2013, 2756/3341, (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019).

sigortalarına ilişkin yetki kuralı öngörülmüştür. Birinci fıkrada zarar sigortası türü olarak taşınmaz veya taşınır mal sigortalarına ilişkin özel yetki kuralı düzenlenmiş olup yine zarar sigortası türlerinden olan pasifin sigortası ya da malvarlığı sigortası olarak nitelendirilen sorumluluk sigortasına ilişkin bir yetki kuralı yoktur. Bu sebeple beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat taleplerinde, sorumluluk sigortası gereği sigorta şirketine dava açıldığında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 15. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen özel yetki kuralı uygulama alanı bulmaz.

Düzenlemenin ikinci fıkrası hem sigorta türü hem de yetki kuralının niteliği bakımından birinci fıkradan ayrılır. Burada can sigortalarına ilişkin kesin yetki kuralı öngörülmüştür. Beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle gerçekleşen riziko, öncesinde hayat sigortası, kaza sigortası ya da hastalık sigortasına konu olmuş ise sigorta ettiren, sigortalı veya lehtarın beden bütünlüğünün ihlâli suretiyle gerçekleşen riziko nedeniyle sigorta şirketine karşı açacağı davada, onların yerleşim yeri mahkemesi kesin yetkilidir. Bu hüküm özellikle yolcu taşıma sözleşmesinden doğan beden bütünlüğünün ihlâli durumlarında uygulama alanı bulur. Uygulamada koltuk sigortası olarak bilinen zorunlu ferdî kaza sigortası bir can sigortası türü olup sigorta sözleşmesinde belirtilen tutarın ödenmesi konusunda uyuşmazlık çıkarsa bu sebeple sigorta şirketine karşı açılacak davalar Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 15. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen kesin yetki kuralına tâbidir³⁷⁵.

4. Davalıların Birden Fazla Olması Durumunda Yetkili Mahkeme

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında çoğu durumda maddî hukuk kuralları gereği aynı olaya ilişkin olarak birden fazla kişinin sorumluluğu doğar. Bu durum gereği özellikle davalı taraftaki ihtiyarî dava arkadaşlığının sıklıkla görüldüğü beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat

³⁷⁵ “Dava, trafik kazasından kaynaklanan cismani zarar nedeniyle maddî tazminat istemine ilişkindir. Somut uyuşmazlıkta, davalının **ZMSS sigortacısı** olduğu aracın çarpması sonucu yaralanan davacı tarafından açılan maddî tazminat davasında dava dilekçesinin tebliği üzerine davalı yetki itirazında bulunmamıştır. Bu halde mahkemece yargılamaya devamla toplanacak delillere göre hüküm kurulması gerekirken davanın hukukî nitelendirilmesinde yanılğıya düşülerek uyuşmazlıkta uygulanma imkânı bulunmayan **HMK 15/2 maddesinin uygulanması sonucu yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir**” (17.HD, 15.01.2013,447/165), (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019). Aynı yönde bir karar için bkz. 17.HD, 15.1.2013, 2012/1447, 2013/165, (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 27.11.2019).

davalarında, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesi uygulama alanı bulur. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesine göre dava dilekçesinde birden fazla kişinin davalı olarak gösterilmesi hâlinde, bunlardan birinin yerleşim yeri mahkemesinde dava açılabilir. Ancak dava, davalılardan birinin yerleşim yeri olarak gösterilerek açılmış olmasına rağmen, davanın açıldığı yer, davalılardan birinin gerçekten yerleşim yeri değilse ve davalılardan hiçbiri yetki itirazında bulunmazsa yetkisiz olan yer mahkemesi, bütün davalılar bakımından yetkili hâle gelir. Buna karşılık, ihtiyarî dava arkadaşlarından bir kısmı yetki itirazında bulunur; diğerleri bulunmazsa yetkisiz mahkeme, itiraz etmeyenler bakımından yetkili hâle gelir; yetki itirazının yerinde görülmesi hâlinde mahkeme, davayı ayırır; itiraz etmeyenler için davayı görmeye devam eder, itiraz edenler bakımından yetkisizlik kararı verir³⁷⁶.

Birden fazla davalıya karşı açılan davada kural olarak her birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir. Bu kuralın istisnası olarak, dava sebebine göre davalıların her biri hakkında ortak yetkili mahkemenin bulunması durumu öngörülmüştür. Haksız fiil birden fazla kişi tarafından işlenmiş ise bu kişilere karşı haksız fiilin vuku bulunduğu yer mahkemesi ortak yetkili yer mahkemesi olarak kabul görmektedir. Dolayısıyla dava ortak yetkili mahkeme olan haksız fiilin vuku bulunduğu yer mahkemesinde açılır.

Ortak yetkili mahkemenin yetkisinin niteliği konusunda öğretide farklı görüşler ileri sürülmektedir³⁷⁷. Bizim de katıldığımız görüşe göre, maddenin kaleme alınış tarzı ve madde gerekçesi dikkate alındığında ortak yetkili mahkemenin yetkisi kesin yetki olarak dikkate alınır³⁷⁸. Yargıtay özellikle trafik kazalarından doğan tazminat

³⁷⁶ Umar, Şerh, s. 37; Yılmaz, C. 1, s. 319.

³⁷⁷ Kesin yetki olduğu yönünde bkz. Akkan, Pekcanıtez Usûl, s. 274; Hülya Taş Korkmaz, "6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", **Journal of Yaşar University**, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s. 1776; Orhan Emre Konuralp, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Ortak Yetkili Mahkeme İle Münhasır Yetki Sözleşmesiyle Belirlenen Mahkemenin Yetkisinin Niteliği", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 142, 2019, s. 228. Karşı görüş için bkz. Umar, Şerh, s. 62; Yılmaz, C. 1, s. 321; Karşlı, 268; Hakan Albayrak ve Tahsin Mavzer, "Haksız Fiilden Doğan Davalarda Ortak Yetkili Mahkeme Sorunu" **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 27, Sayı: 2, 2019, s. 302.

³⁷⁸ Yılmaz, C. 1, s. 325; Akkan, Pekcanıtez Usûl, ss. 268, 301; Taş Korkmaz, s. 1776. Aksi görüş için bkz. "Birden fazla davalının bulunması halinde, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan mahkemede (örneğin, haksız fiilden doğan) dava açılması kuralından (m.7./cümle 2) hareketle, bu ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin olduğu ve onun dava şartı olması (m.114/ç) sonucuna varılamaz. Bu nedenle, davacı, birden fazla kişiye karşı yetkisiz mahkemede dava açarsa, hâkim

davaları için ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin yetki olmadığı görüşündedir³⁷⁹.

Ortak yetkili mahkemenin yetkisinin kesin olduğu kabul edildiğinde beden bütünlüğü, haksız fiil olarak birden fazla zarar veren tarafından ihlâl edilirse haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesi kesin yetkili mahkeme iken beden bütünlüğünün ihlâlinin sözleşmeye aykırı davranış sebebiyle doğması durumunda sözleşmenin ifa yeri mahkemesi kesin yetkili mahkemedir. Bazı davalılar bakımından haksız fiile bazı davalılar bakımından ise sözleşmeye aykırılık hükümlerine dayanıldığında ortak yetki kuralı uygulama alanı bulmaz³⁸⁰. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun haksız fiilden ve sözleşmeden doğan davalardaki yetkiye ilişkin ayrı düzenlemelere sahip olması nedeniyle kanımızca burada ortak yetki kuralının uygulanabilmesi için dava sebebiyle birlikte hukukî sebep bakımından da bir ayniyet olması gerekir.

kendiliğinden yetkisizlik karan vermez ve seçim hakkı davalılara geçtiğinden davalılar yetki itirazında bulunarak yetkili mahkemeyi belirleme hakkına sahiptirler” (Yılmaz, C. 1, s. 321); Umar, Şerh, ss. 37, 62.

³⁷⁹ Karslı, s. 268. “Bilindiği gibi ilke olarak bir davada, davah sayısı birden fazla ise, dava bunlardan birisinin ikametgahı mahkemesinde açılabilceği gibi (HMK m.7/I; HUMK m.9/n, c.1), aynı Kanun’un 16. Maddesi uyanınca haksız fiilin vuku bulduğu, zarann meydana geldiği, zarann meydana gelme ihtimalinin bulunduğu yer ya da zarar görenin yerleşim yeri mahkemesinde de açılabilir. Bunlann yanında ve öncelikle 2918 sayılı KTK’nun 110. Maddesi uyanınca, motorlu araç kazalarından dolayı hukukî sorumluluğa dair davalar, ihtiyari ve zorunlu sorumluluk sigortası yapan şirketler aleyhine de işleten ve sürücüyle birlikte açılması halinde hem bu kanun hem de HUMK’nun 9. maddesi (HMK m. 6) uyanınca bu davalılardan birinin ikametgahı mahkemesinde de açılabilir. KTK’nun 110. madde son cümlesinde yer alan kazanın vuku bulduğu yer mahkemesinde de, dava açılabilceği kuralı kesin yetki kuralı olmayıp, davacıya tanınan bir seçimlik haktır. HMK’nun haksız fiillerde yetkiyi düzenleyen 16. maddesinde de esasen HMK’nun 7/1-2. cümlesindeki düzenleme anlamında kesin yetki söz konusu değildir. Adalet Komisyonu Gerekçesinde “haksız fiilden doğan davalarda uygulamada ve doktrinde oluşan görüşler dikkate alınarak haksız fiilin işlendiği yer dışında zararın meydana geldiği yer, gelme ihtimalinin bulunduğu yer ve karşılaştırmalı hukuktaki örnekler de dikkate alınarak zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi de yetkili olarak kabul edilmiş”tir. Görüldüğü üzere Yasa koyucunun maddenin düzenlenmesinde ortaya koyduğu gerekçeden de bu durum anlaşılmaktadır. Bu anlamda dava sebebi olan haksız fiil halinde dahi HMK’nun 16. maddesi gereğince birden fazla mahkemenin yetkili kılınarak davacıya bir seçimlik hak tanınmış olması gözönüne alındığında bu maddenin amacına aykırı bir yorumla HMK’nun 7/1. Maddesi gereğince haksız fiilin vuku bulduğu yerin tüm davalar için kesin yetkili mahkeme olarak kabul edilmesi ve HMK’nun 6. maddesinde düzenlenen genel yetkili mahkeme yetkisinin kaldırdığı şeklindeki bir yoruma katılmak mümkün değildir. Somut olayda, işleten ve sürücüye yöneltilen davada, dava 6100 sayılı HMK’nun 16. Maddesinde belirtilen zarar gören davacı S’nin yerleşim yerinde açılmış olması bakımından yetki itirazının reddiyle işin esasma girilerek tarafların iddia, savunma ve delilleri toplanarak vanlacak sonucu göre karar verilmesi gerekirken yazılı olduğu şekilde yetkisizlik karan verilmesi doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir” 17.HD, 26.09.2013,13651/1291; 17.HD, 10.02.2014,541/1462; 11.HD 04.02.2013,624/1833; 17.HD, 24.09.2013,11040/12756, (Yılmaz, C. 1, ss. 327, 323).

³⁸⁰ Yılmaz, C. 1, s. 321.

Uygulama örneklerine bakıldığında ve öğretideki çoğunluk görüşü esas alındığında ortak yetki kuralının birçok durumda haksız fiilin vuku bulduğu yer mahkemesi olarak uygulama alanı bulduğu söylenebilir. Buna gerekçe olarak da haksız fiilin meydana geldiği yerde keşif yapılacak olması ve delillere hâkimiyetin daha rahat olacağı ifade edilmiştir³⁸¹. Ancak kanımızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi böyle bir sonuç çıkarmaya elverişli değildir. Aynı haksız fiil nedeniyle sorumlu olanlara karşı haksız fiil hükümleri gereği ayrı ayrı dava açıldığında, her biri hakkında haksız fiilin vuku bulduğu yer mahkemesinin yanında zarar görenin yerleşim yeri mahkemesi ve zararın meydana geldiği yer mahkemesi de yetkiliyken davanın ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde açılmasıyla zarar görenin elinden bu seçimlik haklarının alınması kanımızca isabetli bir uygulama değildir. Kanımızca ortak yetki kuralının getirilmesindeki amaç, yetkili mahkemenin davalıların tümü hakkında kanunda öngörüldüğü durumlarda, davalıların herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinde davanın açılmasını engellemektir. Nitekim eğer kanunda tüm davalılar için geçerli olan bir yetki kuralı öngörülmemişse davalılardan herhangi birinin yerleşim yerinde dava açılabilir. Bunun sonucunda yetkili mahkeme belirlenirken yerleşim yeri esas alınan davalı dışındaki davalılar, aslında kendileri hakkında ayrı ayrı dava açıldığında yetkisiz olacak bir mahkemede yargılanmış olurlar. Kanun koyucu bu sonucu 7. maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile sadece kanunda davalıların hepsi için ortak yetkili mahkemenin öngörülmediği durumlarla sınırlamak istemiştir. Bu amaç dikkate alındığında haksız fiilden doğan bir talep, birden fazla davalıya karşı ileri sürüldüğünde, davalıların herhangi birinin yerleşim yerinde dava açılmaz. Tüm davalılar için yetkili mahkeme haksız fiilden doğan davalardaki yetki kuralına göre belirlenecektir. Bu yetki kuralı gereği haksız fiilin gerçekleştiği yer kadar, zarar görenin yerleşim yeri veya zararın gerçekleştiği ya da gerçekleşme ihtimalinin bulunduğu yer de tüm davalılar için ortak yetkili mahkemedir. Ortak yetkili mahkeme olarak sadece haksız fiilin gerçekleştiği yer mahkemesinin esas alınması Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 7. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinin amacına aykırı olarak zarar görenin seçimlik yetkisini tamamen ortadan kaldıran bir sonuç

³⁸¹ Necip Bilge ve Ergun Önen, **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978, s. 198; Yılmaz, C. 1, s. 320; Akkan, Pekcanitez Usûl, s. 276.

doğurmaktadır. Bu durum hem davacı hem de davalı bakımından sakıncalı ve gider artırıcı sonuçlar doğurmaktadır. Özellikle şehirlerarası yolculuk yaparken meydana gelen trafik kazalarında, kazanın meydana geldiği yerde davanın açılmaya zorlanması hem davacı hem de davalılar bakımından eziyetli ve gider artırıcı olabilir. Nitekim Yargıtay ve Bölge Adliye Mahkemeleri ortak yetki kuralının kesin yetki olmadığını kabul ederek bu sakıncalı sonucu bertaraf etmeye çalışmıştır³⁸². Ancak kanımızca madde metni ve gerekçe esas alındığında ortak yetkinin kesin yetki olmadığı sonucuna varılamaz. Ortak yetki kuralının kesin yetki olması sebebiyle zarar görenin seçimlik yetkisi tamamen ortadan kalkmakta; kazanın meydana geldiği yer mahkemesinin kesin yetkili olması davanın tüm taraflara yabancı bir yerde görülmesine sebep olmaktadır. Kanımızca buradaki sakıncalı durumu kanuna aykırı olarak içtihatlarla düzeltmeye çalışmak yerine kanunî düzenleme yapılması yerinde olur.

IV. TARAFLAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. Davacı ve Davalı Taraf

İki taraf sistemi üzerine kurulu dava sürecinde, davacı ve davalı tarafın belirlenmesi gerekir. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında davacı olarak ilk akla gelen beden bütünlüğü doğrudan ihlâl edilen kişidir. Ancak zarar görenin ölmesi sonucunu doğuran beden bütünlüğünün ihlâli durumlarında taraf ehliyeti olmayan zarar gören, davacı konumunda da bulunamaz. Beden bütünlüğü doğrudan ihlâl edilen kişi dışında yansıma yoluyla zarara uğrayanlar olabilir. Yansıma yoluyla zarar görenler hukuka aykırı eylemin yöneldiği kişi dışında kalan üçüncü kişilerdir³⁸³. Doğrudan zarar görenin ölmesi veya ağır bedensel zarara

³⁸² HGK, 27.5.2015, 10.4.2017, 5413/3036 (<https://www.lexpera.com.tr/>), (Erişim Tarihi: 21.4.2020). 17.HD, 26.09.2013, 13651/12913; 17.HD, 10.02.2014, 541/1462; 11.HD, 04.02.2013, 624/1833; 17.HD, 24.09.2013, 11040/12756, (Yılmaz, C. 1, ss. 327, 323). İstanbul BAM.9.HD, 28.6.2018, 613/1008; İstanbul BAM.17.HD, 16.5.2018, 542/868; Samsun BAM.7.HD, 12.6.2017, 1699/1238 (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 1.7.2020).

³⁸³ Çağlar Özel, “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 4, Ankara, 2001, s. 94; Erman Eralp ve Ezgi Nizam, “Türk Hukukunda Yansıma Zarar”, **GSI Articleletter**, 2017, ss. 120, 121.

uğraması hâlinde yansıma yoluyla zarara uğrayanlar da davacı konumunda bulunabilir (TBK m. 53/b.3; TBK m. 56/2).

Beden bütünlüğü ihlâl edilen zarar görenin dava sırasında ölmesi durumunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 55. maddesi uygulanarak davaya mirası kabul eden mirasçılar tarafından devam edilir. Dava esnasında ölen tarafın taraf ehliyeti sona ereceği gibi, vekilinin de vekâlet görevi sona ereceğinden davaya mirasçıların dâhil edilmesi için mahkemece re'sen hareket edilmelidir³⁸⁴. Birden fazla mirası kabul eden mirasçı olması durumunda mirasçılar arasında mecburî dava arkadaşlığı vardır. Bunun nedeni Türk Medenî Kanunu'nun 640. maddesidir. Bu maddeye göre,

“...birden çok mirasçı bulunması hâlinde, mirasın geçmesiyle birlikte paylaşmaya kadar, mirasçılar arasında terekedeki bütün hak ve borçları kapsayan bir ortaklık meydana gelir. Mirasçılar terekeye elbirliğiyle sahip olurlar ve sözleşme veya kanundan doğan temsil ya da yönetim yetkisi saklı kalmak üzere, terekeye ait bütün haklar üzerinde birlikte tasarruf ederler”.

Beden bütünlüğü ihlâl edilen miras bırakanın ihlâl nedeniyle uğramış olduğu malvarlığı zararlarına ilişkin olarak maddî tazminat talebiyle ileri sürdüğü manevî tazminat talebi mirası kabul eden mirasçılara geçer (TMK m. 25/4). Kişiyi sıkı sıkıya bağlı olan manevî tazminat talebi, miras bırakan tarafından ileri sürülmedikçe mirasçılara geçemez. Beden bütünlüğü ihlâl edilen zarar görenin dava sırasında ölmesi hâlinde mirasçıların davaya devam edebilmeleri için dava konusunun mirasçılara intikal edebilir olması önemlidir. Miras ortaklığının tüzel kişiliği olmadığı için beden bütünlüğü ihlâl edilen kişinin ölümünden sonra mirası kabul eden tüm mirasçılara karşı davaya devam edilmelidir ve hüküm mirası kabul eden mirasçılar hakkında verilir³⁸⁵. Ancak bu durum mirasçıların aynı ihlâl nedeniyle kendi mal ve şahıs varlıklarında uğramış oldukları zararlar nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı ile Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesinin 2. fıkrası gereği manevî tazminat talep etmelerine engel değildir.

³⁸⁴ 12.HD, 22.09.2014, 17997/21899, (<https://www.lexpera.com.tr/>), (Erişim Tarihi: 21.4.2020).

³⁸⁵ Üstündağ, s. 368; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt: I, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Usûl C. I), s. 904 vd.; Umar, Şerh, s. 206; Ömer Ulukapı, **Medeni Usul Hukukunda Dava Ortaklığı**, Mimoza, Konya, 1991, s. 81; Hakan Pekcanitez ve Hülya Taş Korkmaz, **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, ss. 580, 58; Süha Tanrıver, “Yeni Medenî Kanun’un Mirasa İlişkin Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Açısından Tespiti ve Değerlendirilmesi”, **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı I**, Eskişehir, 2002, (Değerlendirme), s. 121; Gökçen Topuz ve Seçkin Topuz, “Miras Ortaklığında Mirasçıların Dava Arkadaşlığı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 2008, s. 61.

Davalı taraf bakımından konuyu değerlendirmek gerekirse beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle oluşan zararın tazmini için çoğu durumda birden fazla sorumlu gündeme gelir. Örneğin, beden bütünlüğünün ihlâli tüketici işlemi sayılan ayıplı mal satımına ilişkin olduğu takdirde bu zarardan satıcı, üretici ve ithalatçı firma müteselsil sorumludur (TKHK m. 11/2). Zararın trafik kazasından kaynaklanması durumunda işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi gereği müteselsil sorumludur. Ayrıca kusurlu araç sürücüsüne karşı da haksız fiil hükümlerine göre talep hakkı bulunmaktadır. Yine zorunlu malî sorumluluk sebebiyle zarar görenlerin doğrudan doğruya sigorta şirketine karşı talep ve dava hakkı bulunmaktadır (TTK m. 1478; KTK m. 97). Aynı şekilde tıbbî müdahale nedeniyle açılacak davalarda hasta, özel hastane işleticisine, hekime ve meslekî sorumluluk sigortası kapsamında hekimin sigorta şirketine başvurabilir. Özetle, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında davalı olabilecek kişiler (1) *doğrudan zarar veren kişi*, zarar veren ile hukukî işlemin tarafının farklı olması durumunda (2) *hukukî işlemin tarafı*, hukukî işlemin tarafı ya da doğrudan zarar veren olmadığı hâlde (3) *kanun veya sözleşme gereği sorumlu tutulan diğer kişiler* olarak üç gruba ayrılabilir.

B. Dava Arkadaşlığı Bakımından Değerlendirme

1. Genel Olarak

Davacı ya da davalı tarafta birden fazla kişinin yer alması durumunda dava arkadaşlığı gündeme gelir. Subjektif dava birleşmesi olarak da adlandırılan³⁸⁶ dava arkadaşlığı mecburî dava arkadaşlığı şeklinde olabileceği gibi ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde de olabilir. Yine dava arkadaşlığı maddî hukuktan kaynaklanabileceği gibi usûl hukukuna da dayanabilir³⁸⁷. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında karşılaşılan dava arkadaşlığı türü ihtiyarî dava arkadaşlığı kurumudur. Yine bu davalardaki dava arkadaşlığı maddî hukuka dayanır.

³⁸⁶ Musielak/Voit, Rn. 424, s. 151; Berger/Güngrich, Rn. 394; s. 129; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 685.

³⁸⁷ Berger/Güngrich, Rn. 415, 416, ss. 136, 137; Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 685.

Beden bütünlüğü ihlâl edilen zarar görenin dava sırasında ölmesi durumunda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 55. maddesi uygulanarak davaya mirasını kabul eden mirasçıları tarafından devam edilmesi durumu³⁸⁸ haricinde bu davalar bakımından gerek maddî anlamda gerekse şeklî anlamda bir mecburî dava arkadaşlığı mevcut değildir. Bu sebeple bu başlık altında mecburî dava arkadaşlığı incelenmeyecektir.

2. İhtiyarî Dava Arkadaşlığı

a. Genel Olarak

İhtiyarî dava arkadaşlığının amacı yargılamanın usûl ekonomisine uygun olarak yürütülmesini sağlamak ve çelişkili karar verilmesine engel olmaktır³⁸⁹.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında beden bütünlüğünün ihlâlüne yol açan eylem nedeniyle zarar görenlerin birden fazla olması durumunda davacı tarafta (aktif dava arkadaşlığı), zarar verici eylem nedeniyle birden fazla sorumlu kişi olması durumunda davalı tarafta (pasif dava arkadaşlığı) dava arkadaşlığının mümkün olup olmadığının incelenmesi gerekir³⁹⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesine göre ihtiyarî dava arkadaşlığı üç hâlde mümkündür. Bunlardan ilki davacılar ve davalılar arasında dava konusu hak veya borcun elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması (HMK m. 57/1-a), ikincisi ortak bir işlem ile bir hak doğmuş olması ya da yine bu şekilde yükümlülük altına girmiş olmaları (HMK m. 57/1-b), sonuncusu ise davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukukî sebeplerin aynı ya da benzer olmasıdır (HMK m. 57/1-c). Bu sebeplerden biri olmaksızın ihtiyarî dava arkadaşlığı mümkün değildir. Gerek davacı tarafta gerekse davalı tarafta ihtiyarî dava arkadaşlığının

³⁸⁸ Bkz. yuk. Birinci Bölüm, IV, A.

³⁸⁹ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 686; Güray Erdönmez, "HMK m. 57/1, c Hükümü Çerçevesinde İhtiyarî Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ'e Armağan, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, (Basım Yılı: 2015), s. 696.

³⁹⁰ Aktif –pasif dava arkadaşlığı, şeklî-maddî dava arkadaşlığı ayrımları için bkz. Berger/Güngrich, Rn. 413, s. 137.

mümkün olabilmesi için dava arkadaşlığının bu üç sebepten birine dayanması gerekir³⁹¹.

b. Aktif Dava Arkadaşlığı

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında aktif dava arkadaşlığı zarar gören sayısının birden fazla olması durumunda gündeme gelir. Beden bütünlüğünün ihlâlüne yol açan eylem sonucunda birden fazla doğrudan zarar gören olabileceği gibi doğrudan zarar görenler ile birlikte yansıma zarar nedeniyle dolaylı zarar görenler de olabilir. Bu ihtimaller için 57. maddenin a ve b bentlerinin uygulama alanı bulunmadığı açıktır. Çünkü zarar görenler arasında ortak ya da aynı işlemle doğmuş bir hak söz konusu değildir. Burada 57. maddenin c bendinin uygulama alanı bulup bulmayacağının incelenmesi gerekir. Örneğin, iş kazası nedeniyle açılan maddî ve manevî tazminat davasında ölen işçinin mirasçıları arasında davaların temelini aynı vakıa ve hukukî sebebe dayanması sebebiyle ihtiyarî dava arkadaşlığı mümkündür³⁹². Ancak doğrudan zarar görenler ile birlikte yansıma zarar nedeniyle dolaylı zarar görenlerin tazminat talep ederken dayandıkları hukukî sebepler her zaman aynı değildir. Gerçekten de doğrudan zarar gören ile zarar veren arasındaki ilişki bir haksız fiil ya da sözleşmeye dayanabildiği hâlde dolaylı zarar gören ile zarar veren arasında her zaman haksız fiil ilişkisi vardır³⁹³. Örneğin, taşıma sözleşmesi sonucunda ağır bedensel zarara uğrayan kişi ve bu kişinin yakınlarının taleplerini dayandırdıkları vakıalar büyük ölçüde örtüşmekle beraber hukukî sebepler tamamen farklıdır. Öğreti ve yargı kararlarındaki ağırlıklı görüşe göre hukukî sebepler farklı olsa da vakıalar aynı ya da benzer olduğu takdirde ihtiyarî dava arkadaşlığı mümkündür. Aşağıda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesinin 1. fıkrasının c bendindeki **aynı ya da benzer vakıa ve hukukî sebep** ifadesinden ne anlaşılması gerektiği incelenecektir³⁹⁴.

³⁹¹ Pekcanitez/Taş Korkmaz, Pekcanitez Usûl, s. 690.

³⁹² 21.HD, 3.3.2014, 2013/21137, 2014/3560; 21.HD, 24.10.2011, 4493/8480; 4.HD, 2.4.2012, 4977/4915, (www.legalbank.net), (Erişim Tarihi: 7.1.2019).

³⁹³ Eralp/Nizam, s. 124.

³⁹⁴ Bkz. I. Bölüm, IV, B, 2, ç.

c. Pasif Dava Arkadaşlığı

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında pasif dava arkadaşlığı ise meydana gelen zarardan sorumlu olan kişilerin birden fazla olması durumunda gündeme gelir. Beden bütünlüğünün ihlâlinin bir sözleşme ilişkisi içerisinde borcun gereği gibi ifa edilmemesi sonucu meydana gelmesi durumunda, söz konusu sözleşmede birden fazla kişi borç altına girmişse bu kişiler arasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesinin 1. fıkrasının b bendi gereği ihtiyarî dava arkadaşlığı mümkündür. Yine kanunda sorumluluğun müteselsil olduğunun belirtildiği hâllerde davalılar arasında bu hükme göre ihtiyarî dava arkadaşlığı vardır. Bu bağlamda Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 11. maddesinin 2. fıkrası ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesi bu duruma örnek gösterilebilir.

Haksız fiil nedeniyle meydana gelen beden bütünlüğünün ihlâli durumunda ise söz konusu hukuka aykırı eylem birden fazla kişi tarafından işlendiği takdirde zarar verenler arasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 57. maddesinin 1. fıkrasının c bendi gereği ihtiyarî dava arkadaşlığı mümkündür. Çünkü zarar verenler aleyhine açılacak davalar aynı vakıa ve hukukî sebebe dayanmaktadır. Ancak beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle oluşacak zarardan sorumlu kişiler, her zaman aynı hukukî sebebe göre sorumlu değildirler. Bu sorumluluk haksız fiile, farklı sözleşme türlerine ya da doğrudan kanuna dayanabilir. Örneğin, özel hastane bünyesinde yatarak tedavi gören bir hastanın hatalı tıbbî muamele nedeniyle zarara uğraması durumunda hasta, aralarındaki ilişkiye göre özel hastane işleticisine, hekime ve zorunlu meslekî sorumluluk sigortası kapsamında hekimin sigorta şirketine başvurabilir. Hastane işleticisine karşı ileri sürülen talebin hukukî sebebi tam hastaneye kabul sözleşmesi iken hekime karşı ileri sürülen talebin hukukî sebebi tedavi sözleşmesi veya haksız fiil olabilir. Aynı şekilde hastanın sigorta şirketine karşı ileri sürdüğü talebinin hukukî sebebi ise Türk Ticaret Kanunu'nun 1478. maddesinin sağladığı doğrudan talep hakkıdır³⁹⁵. Görüldüğü üzere aynı olay ve

³⁹⁵ Hasta-özel hastane işleticisi ve hasta-hekim arasındaki hukukî ilişkinin nitelendirilmesi hakkında bkz. Ayan, s. 140 vd.; Akkanat, s. 26 vd.; Gözpınar Karan, ss. 138-155.

vakıalara ilişkin taleplerin dayandığı hukukî sebepler çeşitlilik arz edebilmektedir. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 57. maddesinin 1. fıkrasının c bendinden ne anlaşılması gerektiği incelenmelidir.

ç. HMK m. 57/1-c Hükmüne göre İhtiyarî Dava Arkadaşlığı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 57. maddesinin 1. fıkrasının c bendi vakıaların ve hukukî sebebin aynı ya da birbiri ile benzer olma şartını aramaktadır. Hükümde vakıalar ile hukukî sebep arasındaki “ve” bağlacı olması sebebiyle ihtiyarî dava arkadaşlığı bakımından ayniyet ve benzerlik şartının hem vakıalar hem de hukukî sebepler bakımından arandığı lafzî olarak çıkarılabilir. Bu sebeple beden bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan tazminat davalarında sıkça karşılaşılan vakıaların aynı, ancak hukukî sebeplerin farklı olması durumunun ayrıca incelenmesi gerekir.

Alman Usûl Kanunu’nun 59. paragrafında Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 57. maddesinin 1. fıkrasının c bendine paralel bir düzenleme yer almaktadır. Bu hükme göre dava konusuna ilişkin olarak bir hukukî ortaklık bulunması ya da *aynı maddî ve hukukî sebeplerden* hak sahibi ya da yükümlü olmaları durumunda dava arkadaşı olarak birden fazla kişi dava açabilir ya da bu kişilere karşı dava açılabilir. Görüldüğü üzere vakıaların ve hukukî sebeplerin aynı olma şartı Alman Usûl Kanunu’nda da aranmıştır. Alman öğretisinde de bu konu hakkında paragraf 59 uyarınca davaların aynı vakıa ve farklı hukukî sebebe dayanması hâlinde dava arkadaşlığının doğmayacağı ifade edilmiştir³⁹⁶. Aynı sözleşmeye taraf olan kişilerin farklı edimleri borçlanmış olmaları onların dava arkadaşı olmasına engel olmaz³⁹⁷. Bu maddenin özellikle trafik kazaları nedeniyle açılan davalarda uygulama alanı bulacağı aynı trafik kazası nedeniyle birden fazla kişinin uğradığı zararlarda zarar görenler açısından vakıalar ve hukukî sebeplerde ayniyet olduğu için ihtiyarî dava

³⁹⁶ Markus Gehrlein, **Prütting/Gehrlein Zivilprozessordnung Kommentar**, 11. Baskı, Luchterhand, Münih, 2019, § 59 Rn. 8, s. 270; Musielak/Voit, Rn. 429, s. 153; Ralf Bendtsen, **Saenger ZPO Hand Kommentar**, 5. Baskı, Nomos, Baden, 2013, § 59 Rn. 8, s. 195.

³⁹⁷ Musielak/Voit, Rn. 429, s. 153; Gehrlein, § 59 Rn. 10, s. 270; Christoph Althammer, **Zöller Zivilprozessordnung**, 32. Baskı, Ottoschmidt, Köln, 2018, §§ 59, 60 Rn. 5, s. 259; Hans-Jörg Schultes, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, 4. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2013, § 60 Rn. 2, s. 458; Erdönmez, s. 701.

arkadaşı olacağı ifade edilmiştir³⁹⁸. Ard arda geçirilen iki ayrı trafik kazası nedeniyle uğranılan bedensel zararın tazmini talepli bir davada Alman İstinaf Mahkemesi, yer ve zaman yönünden tamamen birbirinden bağımsız trafik kazalarındaki vakıaların davalılar bakımından aynı olmaması sebebiyle davalılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı olmadığına, ihtiyarî dava arkadaşlığının kabul edilebilmesi için dava arkadaşları arasında sorumlu oldukları olay bakımından bir bağlantı olması gerektiğine karar vermiştir³⁹⁹.

İsviçre Usûl Kanunu'nun 71. maddesinde ise vakıa ve hukukî sebep ayniyetinden bahsedilmeyip *benzer vakıa ya da hukukî sebeplerin*⁴⁰⁰ bulunması yeterli kabul edilmiştir. Bu sebeple vakıaların aynı hukukî sebeplerin farklı olması durumu İsviçre hukuku bakımından tartışma konusu olmayıp bu durumlarda ihtiyarî dava arkadaşlığına cevaz verilmektedir⁴⁰¹. Yine Alman uygulamasında olduğu gibi bu hükmün tipik uygulama alanının trafik kazası nedeniyle açılan tazminat davaları olduğu belirtilmiştir⁴⁰².

Türk usûl hukuku öğretisinde her ne kadar kanunda vakıalar ve hukukî sebepler arasında ayniyet veya en azından benzerlik şartı aranıyor olsa da buradaki şartın ihtiyarî dava arkadaşlığı kurumunun amacına göre dar yorumlanması gerektiği, davaların temeli aynı ya da benzer vakıalara dayanıyorsa bu davaların birlikte görülmesinde amaca uygunluk olduğu; bu sebeple hukukî sebepler farklı olsa bile ihtiyarî dava arkadaşlığının kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Trafik kazası nedeniyle açılan davalarda zarar nedeniyle sorumlu olanların sorumluluk sebepleri ister sözleşmeye isterse haksız fiile dayansın bu durumda davalılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığı olacağı belirtilmiştir⁴⁰³.

³⁹⁸ Musielak/Voit, Rn. 429, s. 153; Gehrlein, § 60 Rn. 10, s. 270; Schultes, § 60 Rn. 2, s. 458.

³⁹⁹ OLG Celle, 8.7.2005, 4 AR 68/05, (<https://beck-online.beck.de/>), (Erişim Tarihi: 20.7.2019).

⁴⁰⁰ İsviçre öğretisinde bu hüküm eleştirilmektedir. Bu hükmün lafzına göre farklı vakıalara dayanan benzer hukukî sebeplerle de ihtiyarî dava arkadaşlığının mümkün olduğu, ancak hükmün dar yorumlanıp sadece vakıalar arasında bağlantı olması kaydıyla uygulanabileceği hakkında bkz. A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund, Rz. 40, s. 193.

⁴⁰¹ Guldener, s. 302. Vakıaların benzer olduğu durumlarda ortaya çıkan dava arkadaşlığı *şeklî dava arkadaşlığı (formelle Streitgenosenschaft)* olarak ifade edilirken hukukî sebeplerin aynı olduğu dava arkadaşlığı ise maddî dava arkadaşlığı (*materielle Streitgenosenschaft*) olarak adlandırılır. Ayrım için bkz. Berger/Güngerich, Rn. 415, 416, ss. 136-137.

⁴⁰² Berger/Güngerich, Rn. 416, s. 137.

⁴⁰³ Arif Bayram, "Birlikte Dava Açılmasında Davaların Aynı Sebepten Doğmuş Olmasının Anlamı", **Adalet Dergisi**, Sayı: 3-4, 1977, s. 283; Üstündağ, s. 300; Kuru, Usûl C. III, s. 3342; Umar, Şerh, s. 218; Pekcanitez/Taş Korkmaz, ss. 693, 694; Ulukapı, s. 129; Erdönmez, ss. 707, 708. İbrahim

Konu hakkında Yargıtay'ın çelişik kararları olsa da kararlardaki genel eğilim⁴⁰⁴ hukukî sebepler farklı olsa bile vakıalar aynı veya benzer ise ihtiyarî dava arkadaşlığının kabul edilebileceği yönündedir. İş kazası ile ilgili bir olayda Yargıtay, iş kazası sonucu ölen işçinin mirasçılarının asıl işveren ve alt işverene karşı açtıkları davada işçinin asıl işveren ile istisna akdi, alt işverenle ise hizmet akdi bulunmasına rağmen davalılar arasında ihtiyarî dava arkadaşlığını kabul etmiştir⁴⁰⁵.

Kanaatimizce ihtiyarî dava arkadaşlığı bakımından aranması gereken kriter vakılardaki örtüşme olmalıdır. Hukukî sebeplerin aynı ya da farklı olmasından ziyade ihtiyarî dava arkadaşlığı kurumunun amacı gereği vakıalar, yani dava sebebi önemlidir⁴⁰⁶. Ancak vakıalar bakımından da birebir ayniyet aranması ihtiyarî dava arkadaşlığının uygulama alanını önemli ölçüde kısıtlar; bu sebeple talebin dayandırıldığı vakıalar bakımından önemli ölçüde örtüşme bulunması ihtiyarî dava arkadaşlığı bakımından yeterlidir. Bu konuda *Erdönmez* Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesinin 4. fıkrası gereği aralarında bağlantı olduğu kabul edilen davaların davanın başında ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde açılmasına engel olunmaması gerektiğini haklı olarak belirtmektedir⁴⁰⁷. Hukukî uyuşmazlığın büyük ölçüde aynı vakıaya dayanması nedeniyle delillerin birlikte toplanmasının ve yargılama sonunda birlikte karar verilmesinin, ortak yargılama yapılmasındaki amaca uygun olması sebebiyle uyuşmazlıktaki sorumlular arasında müteselsil borçluluk ilişkisi olmasa da aralarında ihtiyarî dava arkadaşlığı olduğu kabul edilmelidir⁴⁰⁸. Aynı şekilde yansıma yoluyla zarar görenler ile doğrudan zarar görenler arasında hukukî sebepler yönünden bir ayniyet ya da büyük ölçüde benzerlik aranmaksızın

Ermenek, **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması**, Yetkin, Ankara, 2014, s. 154. “*Millî Savunmaya ait kamyonun, otobüsle çarpışması sonucunda ölen otobüs yolcularından birinin mirasçısı tarafından açılan tazminat davası otobüs sahibine karşı taşıma sözleşmesine dayandığı, Millî Savunmaya karşı yöneltilen davanın sebebi ise haksız fiil olduğu halde davanın birlikte görülmesi gerektiği...*” (T.D., 18.9.1962, 2470/3173, (Ulukapı, s. 128, dn. 513).

⁴⁰⁴ Aynı vakıaya ve fakat farklı hukukî sebeplere dayanılarak birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılabilirliği yönünde bkz. 10.HD, 19.9.2018, 2016/1427, 2018/6808; 21.HD, 2.3.2009, 2008/11455, 2009/2912, 10.HD, 30.09.2013, 12317/17764, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 1.7.2020).

⁴⁰⁵ 21.HD, 16.4.2013, 1189/7623, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 12.3.2019).

⁴⁰⁶ Türk hukukunda baskın görüş olarak kabul edilen vakıalara dayandırma teorisine göre dava sebebini hukukî sebepler değil davanın dayandığı vakıalar oluşturur. Bu sebeple davanın sebebi ve temeli vakılardır (Baki Kuru, “Hukuk Usulünde Dava Sebebi”, **Makaleler**, Arıkan Basım Yayın, İstanbul, 2006, (Dava Sebebi), s. 216).

⁴⁰⁷ Erdönmez, s. 709.

⁴⁰⁸ Davaların birlikte görülebilmesi için her bir dava bakımından görevli tek bir mahkemenin olması gerekir.

vakıa birliğı nedeniyle ihtiyarî dava arkadaşı oldukları kabul edilmelidir. Vakıalar bakımından herhangi bir örtüşme olmaksızın tek başına hukukî sebep birliğı ise ihtiyarî dava arkadaşlığı bakımından kabul edilmemektedir.

V. MÜDAHALE VE İHBAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat taleplerinin dayandığı hukukî ilişki nedeniyle pek çok durumda birden fazla kişinin sorumluluğı doğar. Özellikle zorunlu sorumluluk sigortaları gereğı karmaşık ve çok yönlü hukukî ilişkiler meydana gelmektedir. Zarar verenin sorumluluk sigortası olmasına rağmen davacı taraf, kanun tarafından öngörülen sigorta şirketine doğrudan başvuru hakkını kullanmayıp sadece zarar verene karşı davasını açabilir. Yine davacı taraf, aynı zarar nedeniyle sorumluluğı öngörülen müteselsil sorumlular arasından istediğine karşı talep hakkını kullanabilir. İki taraf sisteminin kabul edildiğı hukukumuzda Hukuk Muhakemeleri Kanunu, mevcut davanın diğer müteselsil sorumlulara ya da sigorta şirketine etki edebilmesi için davanın ihbarı ve fer'i müdahale kurumlarını öngörmüştür. Bu kurumların mevcut davanın ihbar ya da müdahale suretiyle davaya katılan üçüncü kişi yardımıyla kazanılması hâlinde, sonradan açılacak gereksiz rücû ve tazminat davalarını önlediğı için usûl ekonomisi ilkesine; çelişkili kararların verilmesinin önüne geçmesi sebebiyle de kamu yararına ve hukukî dinlenilme hakkına hizmet ettiğı söylenebilir⁴⁰⁹.

Bu başlık altında fer'i müdahale ve davanın ihbarı kurumları, tüm yönleri ile ele alınmayacak olup beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında sıklıkla karşılaşılan davalı taraftaki ihtiyarî dava arkadaşlığı ve sigorta ilişkileri bakımından incelenecektir.

⁴⁰⁹ Hakan Pekcanitez ve Nedim Meriç, **Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020, ss. 28, 29; Murat Atalı, **Davanın İhbarı**, Yetkin, Ankara, 2007, s. 44; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 715.

B. Fer'i Müdahale

Başka kişiler arasında görülen davanın taraflarından birinin o davayı kazanmasında kendisi bakımından bir yarar gören kimse, o tarafa davada yardım etmek üzere davaya fer'i müdahil olarak katılabilir. Fer'i müdahale üçüncü kişinin iradesine bağlı olarak yapılır⁴¹⁰. Fer'i müdahale talebinin yapılabilmesi için öncelikle derdest bir dava bulunmalıdır. Bu talebin tahkikat sona erinceye kadar yapılması gerekir (HMK m. 66). Ayrıca talepte bulunan, taraf ve dava ehliyetine sahip olmalıdır. Kendisine herhangi bir ihbar yapılmaksızın davaya fer'i müdahil olarak katılanın kendisine ait bir ihbar yetkisi bulunmaz.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında maddî hukuk gereği çoğunlukla birden fazla sorumlu bulunduğu pasif ihtiyarî dava arkadaşlığı sıklıkla görülür. İhtiyarî dava arkadaşlığı durumunda dava arkadaşı sayısı kadar dava bulunduğu ihtiyarî dava arkadaşlarının kendi davası için taraf olup dava arkadaşının davasında fer'i müdahil olması kabul edilmektedir⁴¹¹. Dava arkadaşlarının dava arkadaşı olarak bulundukları taraf yanında fer'i müdahil olarak davaya katılabilecekleri tartışmasız olarak kabul edilmekle beraber karşı taraf yanında katılabilmeleri konusu öğretilerde tartışmalıdır. Hâkim görüşe göre, fer'i müdahil gerekli şartları taşıması hâlinde karşı taraf yanında da davaya katılabilir. Özellikle beden bütünlüğünün birden fazla kişi tarafından ihlâl edildiği iddiası ile dava açılmışsa ihtiyarî dava arkadaşlarından birinin ihlâlin tamamen diğerinin kusurundan kaynaklandığının tespiti bakımından, davaya karşı taraf yanında fer'i müdahil olarak katılmasında hukukî yararı vardır. Çünkü bu tespit ile beraber tazminat yükümlüsü kendi dava arkadaşı olacaktır. Davaya dava arkadaşının karşı tarafının yanında fer'i müdahil olarak katılmak, kendi davasını kazanması açısından bir tehlike oluşturmaz. Bu durum aynı olaya ilişkin sorumluluğu bulunan dava arkadaşlarından birinin sorumluluğunun kusura dayanması, diğerinin ise kusursuz

⁴¹⁰ Pekcanitez/Meriç, s. 212; Atalı, s. 61.

⁴¹¹ Guldener, s. 307; Rainer Hüßtege, **Thomas/Putzo Zivilprozessordnung Kommentar**, 40. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2019, § 66 Rn. 3, s. 169; Necmeddin M. Berkin, **Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1961, s. 408; Ergun Önen, **Medenî Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 82; Yavuz Alangoya, "Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler", **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, 1969, Sayı: 5, s. 162; Pekcanitez/Meriç, s. 141.

sorumluluk hükümleri uyarınca sorumlu olması durumunda da gündeme gelebilir. Örneğin, hatalı tıbbî müdahale nedeniyle hem özel hastane işletmesine hem de doktora karşı dava açılmışsa, özel hastane işletmesinin doktorun kusurlu olduğunun tespitinde sonradan doktora rücû edebilmesi açısından hukukî yararı vardır. Bu durumda özel hastane işletmecisi doktora açılan davada zarar gören yanında fer'i müdahil olarak davaya katılabilir. Ancak doktorun kusurunun tespiti, özel hastane işletmecisinin kendi davasını kazanması bakımından tehlike oluşturabilir. Bu örnekler fer'i müdahale açısından atıptır. Çünkü mevcut dava sonunda fer'i müdahil ile yanında katıldığı taraf arasında herhangi bir dava olmayacağı için onlar arasındaki ilişkiye herhangi bir etkisi bulunmaz. Öğretide ihtiyarî dava arkadaşlarından birisinin, davaya yanında katıldığı taraf ile ilişkisine herhangi bir etkisi olmasa da hukukî yararının olması şartıyla karşı taraf yanında davaya katılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir⁴¹². Diğer bir ifadeyle bir davaya fer'i müdahil olarak katılabilmek için söz konusu dava sonuçlandıktan sonra, yanında davaya katılan taraf ile fer'i müdahil arasında davaya konu olacak bir ilişki olması şart değildir.

Üçüncü kişinin ihtiyarî dava arkadaşlarından birisinin yanında davaya fer'i müdahil olarak katılabilmesi için fer'i müdahale şartlarının yanında katılmak istediği taraf bakımından varlığı yeterli olup bu şartların tüm dava arkadaşları bakımından gerçekleşmesi aranmaz⁴¹³.

Müdahalenin etkisinin üçüncü kişinin aleyhine olarak meydana geldiği dikkate alındığında, üçüncü kişinin kendiliğinden davaya fer'i müdahil sıfatıyla dâhil olması çoğu zaman gerçekçi değildir⁴¹⁴. Bu yüzden sigorta şirketleri ve diğer

⁴¹² Pekcanitez/Meriç, s. 142.

⁴¹³ Pekcanitez/Meriç, s. 143; "Kaza mağdurunun açtığı tazminat davasında, hasma yüklenecek meblağı ödeyecek sigorta şirketi (hasmın sigortacısı) sigorta ettiği kimsenin yanında davaya müdahale edebilir. Eğer davalılar müteaddit ise, bunlardan sadece birinin yanında davaya müdahale etmeye imkân veren şartların gerçekleşmesi yeter" (RJN C. III, 1. Kısım, s. 196), (Umar, No. 202, s. 115); Karş. Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, § 66 Rn. 15, s. 253).

⁴¹⁴ Hans Vogel, **Die Streitverkündung im schweizerischen Zivilprozessrecht**, (Dissertation), Zürich Üniversitesi, Zürich, 1922, s. 14; Musielak/Voit, Rn. 652, Ernst Staehelin, **Die Nebenparteien im Zivilprozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, Aargau und Solothurn**, (Dissertation), Basel Üniversitesi, Basel, 1981, s. 43; Ernst Staehelin ve Silvia Schweizer, **Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, 3. Baskı, Schulthess, Zürich, 2016, Art. 74 Rn. 7, s. 675; s. 237; Pekcanitez/Meriç, s. 213; Atalı, s. 7.

müteselsil sorumluların davaya dâhil olmaları çoğunlukla davanın ihbarı ile gerçekleşir.

Buna karşılık Alman ve Avusturya hukukunda tazminat davalarında karşılaşılan müdahale biçimi dava arkadaşlığı biçiminde müdahaledir (*streitgenössische Nebenintervention*)⁴¹⁵. Hukukumuzda mevcut olmayan bu kurum Alman (De. ZPO § 69) ve Avusturya Usûl Kanunlarında (Öst. ZPO § 20) düzenlenmiştir. Buna göre zarar veren ya da sorumluluk sigortası yaptırmış sigortalıya karşı açılmış bir tazminat davasında sigorta şirketinin fer'i müdahalesi dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahaledir⁴¹⁶. Hatta Alman hukukunda zarar görenin sigortalıya karşı açtığı davada sigorta şirketinin bildiğimiz fer'i müdahil şeklinde (De. ZPO § 66) davaya katılmasında, hukukî yararının olmadığı ifade edilmektedir⁴¹⁷. Yine müteselsil borçlulardan birine karşı açılan davada diğer müteselsil borçlunun müdahalesi dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahale olabilir⁴¹⁸. Medenî hukuk veya usûl hukuku hükümlerine göre davada verilen hüküm, fer'i müdahilin karşı tarafla olan hukukî ilişkisi bakımından kesin hüküm etkisi gösterecekse fer'i müdahil yanında katıldığı tarafın dava arkadaşı olarak davada yer alır⁴¹⁹. Dikkat edilirse burada bilinen fer'i müdahaleden farklı olarak fer'i müdahil ile yanında katıldığı taraf arasındaki ilişkiden ziyade, müdahil ile karşı taraf arasındaki ilişki önem arz eder. Dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahilin katıldığı davadaki hüküm, karşı tarafla olan hukukî ilişkisine doğrudan kesin hüküm etkisinde bulunmalıdır⁴²⁰. Bu etkinin hangi hâllerde olduğu usûl hukukuna göre değil, maddî hukuka göre belirlenir⁴²¹. Fer'i müdahil ile karşı taraf arasındaki hukukî ilişkinin varlığı ve asıl davadaki hükmün bu hukukî ilişkiye kesin hüküm etkisinin bulunması şartlarının yanında fer'i müdahalenin koşullarının da bulunması gerekir⁴²².

⁴¹⁵ Dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahale (*streitgenössische Nebenintervention*) terimi yanında bağımsız müdahale (*selbstständigen, unabhängigen Intervention*) teriminin de kullanıldığı görülmektedir. Bkz. Staehelin/Schweizer, Rn. 8, s. 675.

⁴¹⁶ BGH, **MDR 2012**, 181; Althammer, § 69 Rn. 2, s. 283; Zimmermann, § 69 Rn. 2, 5, ss. 112, 113.

⁴¹⁷ Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, § 66 Rn. 15, s. 253.

⁴¹⁸ Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, § 69 Rn. 2, s. 260.

⁴¹⁹ Althammer, § 69 Rn. 5, s. 284 s. 283; Schultes, § 69 Rn. 4, s. 505, Ansay, ss. 134, 135.

⁴²⁰ Schultes, § 69 Rn. 6, ss. 505, 506.

⁴²¹ Staehelin, s. 88; Pekcanitez/Meriç, s. 83.

⁴²² Pekcanitez/Meriç, s. 83.

Dava arkadaşı şeklinde fer'i müdahil, taraf ile fer'i müdahil arasında bir yerde bulunur. Dava arkadaşı şeklinde fer'i müdahil taraf değildir, bu sebeple onun hakkında karar verilmez. Ancak bilinen fer'i müdahile nazaran daha geniş yetkilerle de donatılmıştır. Yanında katıldığı taraftan bağımsız olması nedeniyle dava arkadaşlığı ile benzerlik göstermektedir. Bu sebeple dava arkadaşlığı şeklinde fer'i müdahil olarak adlandırılmaktadır⁴²³. Dava arkadaşlığı biçiminde fer'i müdahilin bağımsız olduğu için yanında katıldığı tarafa rağmen usûl işlemi yapabilir, yanında katıldığı tarafın ayrıca onayına gerek yoktur. Yanında katıldığı tarafın ikrarı, kabul ve feragati fer'i müdahilin karşı koyması hâlinde onu bağlamaz. Davada taraf olmasa da tanık olarak ifadesine başvurulamaz. Dava arkadaşı şeklinde fer'i müdahile daha geniş yetkiler tanındığı için yanında katıldığı tarafın davayı kötü yürüttüğü itirazında bulunamaz. Yanında katıldığı taraf kanun yoluna başvurmamış olsa da kanun yoluna başvurabilir. Ancak taraf olmadığı için kendisi hakkında bir talepte bulunamaz ve davaya son veren taraf işlemlerini yapamaz⁴²⁴.

Hukukumuzda mevcut olmayan dava arkadaşlığı şeklinde fer'i müdahale kurumu, mevcut davaya dava arkadaşı şeklinde katılan fer'i müdahil ile davanın karşı tarafı arasındaki muhtemel davaya engel olarak usûl ekonomisi ilkesine hizmet ettiği için önerilebilir. Şöyle ki dava arkadaşlığı şeklinde fer'i müdahalenin kabul edilebilmesi için fer'i müdahilin, davaya yanında katıldığı tarafın karşı tarafıyla (davacı ya da davalı olabilir) mevcut bir hukukî ilişkisinin bulunmasını ve ilk davada verilecek hükmün fer'i müdahil ile karşı taraf arasındaki davada kesin hüküm etkisi gösterecek nitelikte bulunması gerekir. Bu şartlar bu müdahale biçiminin uygulanmasını sınırlandırırsa da özellikle beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında sorumluluk sigortasının bulunduğu hâllerde davanın sadece sigorta şirketine ya da asıl sorumluya açılması veya aynı vakıalar nedeniyle birden fazla kişi sorumluyken davanın sorumlulardan yalnız birine karşı açılması durumunda gündeme gelebilir. Beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle zarar gören davacı örneğin, davasını sadece asıl sorumluya karşı açmış olsa da zarar görenin sigorta şirketine karşı doğrudan talep hakkı vardır. Ayrıca asıl sorumluya karşı açılan

⁴²³ Althammer, § 69 Rn. 6, s. 284; Staehelin, s. 90.

⁴²⁴ Musielak/Voit, Rn. 651, s. 236; Althammer, § 69 Rn. 7, s. 284; Schultes, § 69 Rn. 12, s. 508; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 69 Rn. 9, s. 261; Pekcanitez/Meriç, s. 84.

davadaki dava sebebi ve dava konusu, sigorta şirketi ile zarar gören arasındaki muhtemel davadaki dava sebebi ve dava konusu ile aynı olacağından ilk davada verilecek hüküm, muhtemel dava için kesin hüküm etkisi gösterecek niteliktedir. Bu nedenle sigorta şirketi asıl sorumlunun yanında davaya dava arkadaşı şeklinde fer'i müdahil olarak katılabilmelidir. Dava arkadaşı şeklinde müdahalenin kesin hüküm etkisi kendini, -bilinen fer'i müdahaleden farklı olarak- davaya yanında katıldığı asıl tarafın karşı tarafı (örneğe göre beden bütünlüğü ihlâl edilen davacı) ile dava arkadaşı şeklinde fer'i müdahil (örneğe göre sigorta şirketi) arasında görülecek davada gösterir. Buna göre dava konusu ve dava sebebi aynı olup tarafları farklı olan iki davada, ilk davanın ikinci davaya kesin hüküm etkisi dava arkadaşlığı şeklinde fer'i müdahale ile sağlanabilir.

C. Davanın İhbarı

Görülmekte olan davanın taraflarından birisinin, üçüncü kişinin bu davada yer almasında ve bu davada verilecek hükmün üçüncü kişi bakımından da etkili olmasını sağlamada bir yarar görmesi durumunda, taraf davayı üçüncü kişiye ihbar edebilir⁴²⁵. Bu ihbarın amacı, mevcut dava sonunda alınacak hükmün daha sonra açılması muhtemel rüçû ya da tazminat davasına etki edebilmesini sağlamak; ihbar edilenin davaya katılımı sağlanarak onun yardım ve desteğiyle mevcut davanın kazanılmasıdır⁴²⁶. Davayı ihbar eden maddî hukuk açısından sahip olduğu hukukî durumu bu şekilde koruyabilir.

Davanın ihbarı karşı tarafın rızasına, mahkemenin onayına ve ihbar edilenin kabulüne bağlı olmaksızın yapılan tek taraflı, varması gerekli, maddî hukuka ilişkin bir irade açıklamasıdır⁴²⁷. Derdest bir davanın mevcut olması, davanın ihbar edileceği üçüncü kişinin dava ehliyetine sahip olması, ihbar edilen kişinin mevcut davanın tarafları dışında bir üçüncü kişi olması davanın ihbarının şartlarıdır⁴²⁸. Öğretide ihbar sebebinin mevcut olup olmadığının takdirinin ihbarda bulunan tarafa

⁴²⁵ Karafakih, s. 130; Postacıoğlu, ss. 316, 317; Üstündağ, s. 383; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt: IV, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, (Usûl C. IV), s. 3515; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 739; Atalı, s. 37.

⁴²⁶ Vogel, s.12; A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund, Rz. 64, s. 201; Atalı, s. 43.

⁴²⁷ Vogel, s. 24 vd.; Staehelin, s. 96 vd.; Pekcanitez/Meriç, s. 216; Atalı, s. 50, 51.

⁴²⁸ Atalı, s. 71 vd.

ait olduğu, mahkemenin bu ihbarın muhtemel rüçû veya tazminat davası bakımından gerekli olup olmadığı konusunda inceleme yetkisinin bulunmadığı kabul edilmektedir⁴²⁹. Bu durum, sonradan açılan rüçû ya da tazminat davasında bu ilişkinin varlığı ve kapsamı bakımından önceden yapılmış ihbarın etkisini inceleyecek olan mahkeme tarafından değerlendirilir⁴³⁰.

Uygulamada beden bütünlüğünün ihlâlîne ilişkin davaların, sıklıkla sigorta şirketlerine ihbar edildikleri görülmektedir⁴³¹. Bu durumda davanın ihbarının tüzel kişiyi temsile yetkili olan kişi ya da organa yapılması gerekir. İhbar üzerine tüzel kişi, davada yetkili organı ya da vekili tarafından temsil edilir⁴³².

Bazı mahkeme kararlarında somut olay bakımından müteselsil sorumluluğu bulanan ihbar olunanın “dâhili davalı” olarak nitelendirilerek ihbar olunan hakkında da hatalı olarak karar verildiği görülmektedir⁴³³. Buradaki “*dâhili davalı*” ifadesi kimi zaman davalı tarafın davayı ihbarı sonucu, davalı taraf yanında davaya fer’i müdahil olarak katılanları, kimi zaman da iradî taraf değişikliği sonucunda, davacı tarafından davalı tarafta yapılan taraf değişikliği sonucu davaya katılanları ifade etmek üzere kullanılmıştır⁴³⁴. Dava kendisine ihbar olunan kişi, mevcut davadaki davayı kazanmasında hukukî yararı olan taraf yanında söz konusu davaya fer’i müdahil olarak katılır. Fer’i müdahil taraf olmadığı için onun hakkında karar verilemez. İhbar olunanın maddî hukuk bakımından müteselsil sorumluluğu bulunsa da mevcut davada davalı olarak yer almaması onun hakkında karar verilmesine engel olur. İhbarın etkisi müteselsil sorumlular arasındaki iç ilişkide kendini gösterir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 124. maddesi çerçevesinde diğer sorumlular mevcut davaya davalı olarak dâhil edilebilir. Burada davanın ihbarından farklı olarak davacı tarafından taraf değişikliği yapılmaktadır.

⁴²⁹ Staehelin, s. 112; Karafakih, s. 131; Postacıoğlu, s. 317; Bilge/Önen, s. 272; ; Üstündağ, s. 325; Kuru, Usûl C. IV, s. 3519; Pekcanitez/Meriç, s. 219.

⁴³⁰ Atalı, s. 102.

⁴³¹ 4.HD, 29.9.2005, 10842/10023; 17.HD, 28.3.2011, 2010/7652, 2011/2766; 21.HD, 20.3.2003, 1448/2366; 21.HD, 8.4.2013, 3800/6874; 17.HD, 25.12.2014, 23241/19457, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 2.2.2020).

⁴³² Atalı, s. 75.

⁴³³ 17.HD, 9.3.2009, 1166/1241; 17.HD, 28.3.2011, 2010/7652, 2011/2766; 4.HD, 29.9.2005, 10842/10023; 21.HD, 20.3.2003, 1448/2366; 21.HD, 8.4.2013, 3800/6874; 17.HD, 25.12.2014, 23241/19457, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 2.2.2020).

⁴³⁴ Davanın ihbarı ile iradî taraf değişikliğinin karıştırıldığı bir karar için bkz. 17.HD, 2.7.2015, 849/9407, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 2.2.2020).

Yolcu taşıma esnasında gerçekleşen trafik kazalarında beden bütünlüğü ihlâl edilen yolcunun, taşıyanın sigorta şirketi ile karşı aracın trafik sigorta şirketine başvuru imkânı vardır. Ancak örneğin, dava taşıyanın sigorta şirketine karşı açıldığında sigorta şirketi davayı karşı aracın trafik sigorta şirketine ihbar edebilir⁴³⁵. Dava kendisine ihbar edilen sigorta şirketi ise olay bakımından kusuru bulunup rücu edebileceği ilgililere bu ihbarı tevali ettirebilir. İhbar olunanın ihbarı tevali ettirme yetkisini kullanabilmesi için kendisine ihbar edilen davaya fer'i müdahil olarak katılma zorunluluğu bulunmamaktadır⁴³⁶. Ayrıca ihbarı tevali ettirme bakımından kanunî bir sınırlama bulunmayıp tevalinin şartları mevcut oldukça ihbar tevali ettirilebilir. Benzer bir şekilde yolcu taşıma sözleşmesi olmaksızın birden fazla aracın karıştığı trafik kazalarında, kendisine dava açılan ya da ihbar olunan sigorta şirketi diğer aracın işleteninin de kusuru bulunması hâlinde, diğer aracın sigorta şirketine ihbarda bulunabilir. İhbarın tevali ettirilmesi durumunda ihbar etkisi ilk ihbardaki ihbar olunan ile kendisine ihbar tevali ettirilen kişi arasında ortaya çıkar⁴³⁷.

Davanın sigorta limiti dâhilinde sorumluluğu bulunan sigorta şirketine ve iç ilişkide müşterek borçluların borçlu olduğu kısmın belirli miktarda sınırlı olması hâlinde müşterek borçlulara yapılan ihbarın kısmî ihbar olarak yapılması mümkündür. Benzer olarak objektif ya da subjektif dava yığılmasında davanın ihbarı taleplerden bir ya da birkaçıyla sınırlandırılabilir⁴³⁸.

⁴³⁵ 17.HD, 29.1.2018, 2015/7142, 2018/295, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 2.2.2020).

⁴³⁶ Hüßtege, § 72 Rn. 7, s. 181.

⁴³⁷ Atalı, ss. 126, 127.

⁴³⁸ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 66 Rn. 3, s. 251; Althammer, § 66 Rn. 13, s. 274; Atalı, s. 99.

İKİNCİ BÖLÜM

TAHKİKAT VE İSPATA İLİŞKİN ÖZELLİK GÖSTEREN DURUMLAR

I. GENEL OLARAK

Beden bütünlüğünün ihlâlinin birden fazla hukuk alanında farklı sonuçlarının olması, bu davaya konu olan maddî olayların birden fazla mahkeme ya da merci tarafından incelenmesini gerektirir. Gerçekten de beden bütünlüğü ihâline yol açan olaylara, borçlar hukuku dışında ceza hukuku, sosyal güvenlik hukuku ve sigorta hukukunda birtakım sonuçlar bağlanmıştır. Bu davaların niteliğinden kaynaklanan çok yönlülük, yargılama sürelerinin uzun olmasına ve ihlâlin yol açtığı zararın geç tazmin edilmesine yol açar. Bu sebeple bekletici sorun, davaların birleştirilmesi ve ayrılması gibi usûl hukuku kurumlarının bu davalar özelinde incelenmesi gerekir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında, dayanılan hukukî sebebe göre, ispatı gerekli unsurlar değişse de zarar, kusur ve illiyet bağı unsurları bakımından ispat zorlukları yaşandığı görülür. Bu davalarda yaşanan ispat zorluklarının sebebi ve nasıl aşılabileceği bu davaların temel ispat kavramları bakımından irdelenmesini gerekli kılar.

Aşağıda tahkikata ilişkin tüm kurumlara yer verilmeyecek olup beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında sık uygulama alanı bulan ve özellik gösteren tahkikat kurumları ile ispata ilişkin özellik gösteren durumlar incelenecektir.

II. BEKLETİCİ SORUN

Bekletici sorun geniş anlamda ön sorun kavramına dâhildir. Diğer bir ifadeyle, bir meselenin bekletici sorun olarak değerlendirilebilmesi için onun ilk başta ön sorun olması gerekir. Ön sorun, diğer sorunların çözümlenebilmesi için öncelikle çözülmesi gereken sorundur⁴³⁹. Bu bağlamda ön sorunun çözümü amaca

⁴³⁹ Hakan Pekcanitez, “Bekletici Sorun (Meselei Müstehire)”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 1980, (Bekletici Sorun), s. 249 vd.; Muhammet Özkes, **Pekcanitez Usûl Medenî**

ulaşmak için bir araçtır, kendisi bir amaç değildir. Mantık kuralları gereğince diğerk sorunlardan önce çözülmesi gerekir⁴⁴⁰.

Bekletici sorun kararından sonra bir taraftan, beklenilen karar, bekleyen mahkemenin kararını vermesinde kolaylık sağlarken diğerk taraftan bekleyen mahkemedeki davanın bir süre gecikmesine sebep olur. Ancak bu gecikme farklı mahkeme ya da mercilerin aynı konudaki çatışan kararlarına engel olarak kamu menfaatine hizmet eder⁴⁴¹. Aynı zamanda aynı sorun hakkında iki farklı mahkeme ya da mercinin ayrı ayrı inceleme yapmasını engelleyerek usûl ekonomisi ilkesine de hizmet eder⁴⁴².

Ön sorun olarak nitelendirilen meselenin çözümünün başka bir mahkeme veya mercinin görev alanına girmesi durumunda bu mesele bekletici sorun olarak nitelendirilir⁴⁴³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165. maddesine göre bir davada verilecek hüküm başka bir davaya, bir idarî makamın tespitine ya da ilgili hukukî işlemin mevcut olup olmadığına bağlıysa yargılama, davanın sonuçlanmasına ya da ilgili makamın kararına kadar ertelenebilir. Eğer mevcut bir dava ya da idarî makama başvuru yoksa mahkeme, ilgili tarafa dava açması ya da idarî merciye başvurması için süre verir. Verilen süre içerisinde dava açılmaz ya da ilgili merciye başvurulmazsa ilgili taraf iddiasından vazgeçmiş sayılır (HMK m. 165/II). Kanun amaca uygun olarak, bekletici sorun kararı verilmesinde kural olarak hâkime geniş takdir yetkisi vermiştir⁴⁴⁴. Hâkim, bekletici sorun kararı verilmesi nedeniyle sağlanacak kolaylık ve yaşanacak gecikmeyi tartarak somut olaya göre kararını

Usûl Hukuku, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usûl), s. 1393; İbrahim Aşık, **Medenî Usûl Hukukunda Bekletici Sorun**, Seçkin, Ankara, 2012, s. 22.

⁴⁴⁰ Winfried Kralik, **Die Vorfrage im Verfahrenrecht**, Manz-Manzsche, Wien, 1953, ss. 4-6; Aşık, s. 24.

⁴⁴¹ Claus Wagner, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Cilt: 1, 4. Bası, C. H. Beck, Münih, 2013, § 148 Rn. 1, s. 1101; Roth, § 148 Rn. 2, s. 6; Aşık, s. 29.

⁴⁴² Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 148 Rn. 2, s. 801; Adrian Steahelin, **Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, Schulthess, Zürih, 2016, Art. 126, Rn. 3, s. 1024; Kuru, Usûl C. III, s. 3211; Yaşar Demircioğlu, **Medenî Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, Yetkin, Ankara, 2007, s. 249; Aşık, s. 30.

⁴⁴³ Postacioğlu, s. 145; Kuru, Usûl C. III, s. 3214; Pekcanitez, Bekletici Sorun, ss. 251, 252; Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 1403.

⁴⁴⁴ Özekes, Pekcanitez Usûl, s. 1415; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 495; Aşık, s. 28.

vermelidir. Bekletici sorun kararının verilmesiyle elde edilecek yarar gecikmeye oranla ağır basıyorsa hâkim bekletici sorun kararı vermelidir⁴⁴⁵.

Bekletici sorun kararı verilebilmesi için ortaya çıkan sorunun, mahkemenin görevi dışında olması, asıl uyuşmazlık bakımından ön sorun oluşturması (bekleticilik) veya asıl dava hakkında verilecek kararın ön sorun hakkındaki karara bağlı bulunması (bağlılık) ile birlikte başka bir mahkeme ya da makamda mevcut bir yargılama ya da başvurunun bulunması ya da yapılması gerekir⁴⁴⁶.

Bekletici sorun kararı ara karar niteliğinde mahkeme usûl işlemidir. Ara karar olması sebebiyle ancak esas hakkında hükümle birlikte kanun yoluna başvurulabilir. Hâkim ara kararından dönebileceğinden bekletici sorun kararı veren mahkeme yaşanan gecikmeye göre istenilen faydanın sağlanamayacağı düşüncesinde ise ara kararından her zaman dönebilir⁴⁴⁷.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında bekletici sorun çoğunlukla üç şekilde ortaya çıkar. Bunlardan ilki beden bütünlüğünün ihlâlinin aynı zamanda suç teşkil etmesi durumunda ceza mahkemesi kararının bekletici sorun yapılmasıdır. İkincisi iş kazası nedeniyle açılan tazminat davalarında kaza kendisine bildirilmemiş olan Sosyal Güvenlik Kurumu’nun, söz konusu kazayı iş kazası olarak nitelendirip nitelendirmeyeceğine ilişkin kararının bekletici sorun yapılmasıdır. Son olarak zarar sebebiyle sorumlu olan kişinin sorumluluk sigortacısına başvurulmasıdır.

A. Ceza Mahkemesi Kararının Bekletici Sorun Yapılması

Beden bütünlüğünün ihlâlinin birçok durumda hem hukukî hem de cezaî yönü bulunmaktadır⁴⁴⁸. Bu sebeple hukuk mahkemeleri ve ceza mahkemeleri söz konusu

⁴⁴⁵ Roth, § 148 Rn. 31, s. 25; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt: 2, Yetkin, Ankara, 2017, (C. 2), s. 2131; Aşık, s. 32.

⁴⁴⁶ Pekcanitez, Bekletici Sorun, s. 128; Özekes, Pekcanitez Usûl, ss. 1406-1408; Aşık, ss. 79-127;

⁴⁴⁷ Özekes, Pekcanitez Usûl, 1425.

⁴⁴⁸ Her beden bütünlüğü ihlâli aynı zamanda yaralama veya ölüm suçunun hareket unsuru oluşturur denilemse de her yaralama veya ölüm suçunun hareket unsuru, aynı zamanda bir beden bütünlüğü ihlâlidir. Türk Ceza Kanunu’nun 86. ve 89. maddelerinde başkasının vücuduna acı vermek, sağlığını ve algılama yeteneğini bozmak yaralama suçunun hareket unsuru olarak belirtilmiştir. Bu düzenleme beden bütünlüğünün ihlâline göre daha dar kapsamlı bir düzenlemedir. Örneğin, kişinin rızası olmaksızın sakal veya saç kesimi 86. ve 89. maddelere göre yaralama suçunun hareket unsuru oluşturmaz; ancak bu eylem beden bütünlüğü ihlâli olarak değerlendirilir. (Ayrıntılı bilgi için bkz.

eylemi kendi alanına ilişkin boyutuyla inceler. Beden bütünlüğünün tamamen ya da kısmen ihlâl edilmesine göre söz konusu eylem yaralama veya ölüm suçlarını oluşturabilir⁴⁴⁹. Trafik kazaları, hatalı tıbbî müdahale, hayvan bulunduranın sorumluluğu kapsamında ya da ayıplı mal nedeniyle meydana gelen bedensel zararlar çoğunlukla taksirle yaralama suçuna konu olur. Örneklerde görüldüğü üzere hukuk davasına temel teşkil eden hayat olayı ile ceza davasındaki suç şüphesine temel teşkil eden hayat olayı aynıdır. Bu durumda ceza mahkemesinin hukuk mahkemesi kararı için bekletici sorun kararı vermesi mümkün olduğu gibi hukuk mahkemesinin de ceza mahkemesi kararı için bekletici sorun kararı vermesi mümkündür. Diğer bir ifadeyle, aynı eyleme ilişkin olarak hem hukuk hem de ceza davası açıldığında her iki mahkemede de diğer mahkemenin kararı için bekletici sorun kararı verebilir. Ancak ne Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ne de Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda böyle bir durumla karşılaşıldığında, hangi mahkemenin kararının öncelikle bekletici sorun sayılmasına yönelik olarak bir düzenleme yer almayıp konuya ilişkin olarak her iki kanunda da genel düzenleme bulunmaktadır (HMK m. 165; CMK m. 218). Fakat konuyla bağlantılı olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 53. maddesinde ve Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiillerden doğan borç ilişkileri başlıklı ikinci ayırımında yer alan hukuk yargılamasının ceza hukuku ile ilişkisinin düzenlendiği 74. maddesinde, hukuk hâkiminin ceza hâkiminin kusur değerlendirmesine, zararın belirlenmesine ilişkin kararları ve beraat kararları ile bağlı olmayacağı belirtilmiştir. Çünkü hukuk ve ceza mahkemeleri önlerine gelen uyumsuzluğun yaptırımını olan ceza ve tazminatı tâyin ederken farklı noktalardan hareket etmektedir. Ayrıca ceza hukuku ile borçlar hukukunun amaçsal farklılığı nedeniyle tâbi oldukları usûl hukuku kural ve ilkeleri de farklılık arz etmektedir⁴⁵⁰.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İsviçre Medenî Usûl Kanunu'nun aksine Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 149. paragrafında, ceza mahkemesi kararının

Ayhan Önder, **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994, s. 104; Bahri Öztürk ve Mustafa Ruhan Erdem, **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Yeni TCK'ya göre yenilenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2005, s. 319; Cengiz Apaydın, "Taksirle Yaralama Suçu", **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 2011, ss. 64-68).

⁴⁴⁹ Haksız fiil-suç ilişkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. A. İsmet Arslan, "Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (I)", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1-2, 1980, ss. 162-167.

⁴⁵⁰ Arslan, I, s. 167. TBK m. 74 düzenlemesi öğretide bağımsızlık ilkesi olarak ifade edilir. Bu düzenlemeye ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. 3. Bölüm, I.

hukuk mahkemesinde bekletici sorun yapılmasına ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre hukuk mahkemesi ceza mahkemesinin kararı için ciddi bir suç şüphesi olması ve suç şüphesi hakkındaki soruşturma ve ceza davasının hukuk mahkemesinde görülen davaya etkisinin olması şartlarının varlığı hâlinde bekletici sorun kararı verebilir. Hukuk mahkemesi hâkimi bu kararı verirken tarafların menfaati yanında usûl ekonomisinin gereklerini de özenle dikkate almalıdır⁴⁵¹. Bu düzenlemede genel bekletici sorun düzenlemesinden farklı olarak hukuk mahkemesinde görülen dava sonunda verilecek kararın ceza soruşturması ya da davası sonucunda verilecek karara bağlı olması şartı öngörülmemiş olup yalın bir etki yeterli kabul edilmiştir. Buradaki etki kendini özellikle delillerin toplanması ve değerlendirilmesinde gösterir. Bilhassa kanun tarafından ceza mahkemesi hâkimine verilen imkân ve zorlayıcı araçlar nedeniyle delillere ulaşması daha kolaysa hukuk hâkimi ceza mahkemesi kararını bekleyebilir⁴⁵².

Hukuk mahkemesinin ceza mahkemesi kararı için bekletici sorun kararı verme konusunda takdir yetkisi vardır⁴⁵³. Bu konuda takdir yetkisine sahip olan hâkim, davanın gecikmesi nedeniyle ortaya çıkacak zarar ile ceza yargılaması sonucu elde edilecek bilgi ve delilleri tartarak sonuca ulaşmalıdır⁴⁵⁴. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davasına esas teşkil eden olay ile ölüm veya yaralama suçu şüphesiyle görülen ceza davasındaki olay aynıdır. Bu sebeple davanın temeli olan maddî olayın varlığı veya yokluğu sorunu, hem ceza davasının hem de hukuk davasının incelemesi gereken bir husustur. Ancak ceza hâkimi re'sen araştırma ilkesi gereği delillerin toplanması bakımından hukuk hâkimine nazaran daha geniş yetkilere sahip iken şüpheden sanık yararlanır ilkesi gereği, delillerin

⁴⁵¹ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 149 Rn. 2, s. 810; Aşık, s. 150

⁴⁵² Heike Fichtner, **Grenzen des richterlichen Ermessens bei Aussetzung und Ruhen des Verfahrens in der ZPO**, Peter Lang, Frankfurt, 1996, s. 120; Roth, § 149 Rn. 8, s. 41; Wagner, § 149 Rn. 1, s. 1107; Musielak/Voit, Rn. 549, s. 200; Aşık, ss. 152, 153.

⁴⁵³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 149 Rn. 2, s. 811. Bugün için geçerliliği kalmamış olan “ceza yargılama makamlarının medenî yargılama makamlarına üstünlüğü prensibi” gereği hukuk hâkiminin bekletici sorun kararı verme zorunluluğu olduğuna ilişkin eski görüş ve tartışmalar için bkz. Arslan, ss. 167-173. Öğretide Aşık, daha önceki bir eserinde hem ceza mahkemesinin hem de hukuk mahkemesinin aynı anda yargılama yaptığı bir durumda hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinin kararını bekleme zorunluluğuna ilişkin bir düzenleme getirilmesi gerektiğini ifade etmiş; ancak daha sonra bu görüşünden vazgeçerek bu konuda hukuk hâkiminin takdir hakkı olduğunu belirtmiştir. Karşılaştırınız İbrahim Aşık, “Ceza ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi Olan Hallerde Bekletici Sorun”, **Balıkesir Barosu Dergisi**, Mart 1999, s. 19; Aşık, s. 154.

⁴⁵⁴ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 149 Rn. 7, s. 811; Aşık, s. 154.

değerlendirilmesinde hukuk hâkimine nazaran daha sıkı bir değerlendirme yapılmalıdır⁴⁵⁵.

Alman hukukunda hukuk mahkemesinin ceza mahkemesinin kararı için bekletici sorun kararı vermesinden itibaren bir yıl geçmesi durumunda taraflara bekletici sorun kararının kaldırılmasını talep hakkı tanınmıştır (De. ZPO § 149 II). Mahkeme bu şekilde bekletici sorun kararının devamının gerekip gerekmediği konusunda yeni bir değerlendirme yapar. Kabule göre, öngörülen bir yıllık sürenin üzerinden ne kadar süre geçmişse bekletici sorun kararının devamı için gerekli sebepler o kadar azalmış demektir⁴⁵⁶.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan davalarda gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre gerekse Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre her iki mahkeme de birbirinin kararını bekletici mesele yapabilirse de uygulamada ceza mahkemesi hâkiminin hukuk hâkimine nazaran delil toplama konusunda daha geniş yetkilere sahip olması nedeniyle daha çok hukuk hâkiminin ceza mahkemesi kararlarını bekletici mesele yaptığı görülmektedir⁴⁵⁷. Yargıtay kararlarında ise hukuk hâkiminin ceza mahkemesi hâkiminin maddî olgulara ilişkin tespitleriyle bağlı olacağı gerekçesiyle ceza davasının bekletici mesele yapılması gerektiği belirtilmektedir⁴⁵⁸. Yargıtay'ın bekletici mesele yapma konusunda gerekçe gösterdiği *ceza mahkemesince tespit edilen maddî olguların hukuk hâkimini bağlaması*, kesinleşmiş ceza mahkemesi kararları için geçerlidir. Hâlen görülmekte olan ceza mahkemesi davalarının sonucunun, görülmekte olan hukuk davası için bekletici mesele sayılıp sayılmayacağı konusunda hukuk hâkiminin takdir yetkisi vardır. Bu konuda takdir yetkisine sahip olan hâkim, davanın gecikmesi nedeniyle ortaya çıkacak zarar ile ceza yargılaması sonucu elde edilecek bilgi ve delilleri tartarak sonuca ulaşmalıdır. Bu sebeple maddî olguların hukuk hâkimini bağlayacağı gerekçesi ile her durumda hukuk hâkimini ceza mahkemesi kararı hakkında bekletici mesele kararı vermeye zorlamak kanımızca yerinde bir uygulama değildir.

⁴⁵⁵ Arslan, ss. 176, 177.

⁴⁵⁶ Roth, § 149 Rn. 15, s. 44; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 149 Rn. 8, s. 812; Aşık, ss. 154, 155.

⁴⁵⁷ 23.HD, 28.11.2019, 2016/7514, 2019/4997; 11.HD, 24.9.2019, 1216/5753, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 2.7.2020).

⁴⁵⁸ 4.HD, 11.11.2019, 298/5168; 4.HD, 2.7.2019, 2016/12755, 2019/3727; 4.HD, 5.2.2014, 2013/5736, 2014/1691; 10.HD, 9.12.2019, 2018/2682, 2019/9589; 3.HD, 10.12.2018, 7110/12583, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 2.7.2020).

B. Sosyal Güvenlik Kurumu Kararının Bekletici Sorun Yapılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 165. maddesine göre asıl dava bakımından öncelikle çözümü gereken sorun için idarî makamların tespiti gerekliyse hâkim, bekletici sorun kararı verebilir. İdarenin alacağı karar, hukukî durumu geçmişe etkili bir şekilde değiştirecek nitelikteyse bu karar, hukuk mahkemesinde asıl davanın çözümlenebilmesi için ön sorun olarak ortaya çıktığında hâkimin bekletici sorun kararı vermesi gerekir⁴⁵⁹. Bunu için bu kararın mevcut hukukî durumu değiştirmesi ve hâkimi bağlaması gereklidir⁴⁶⁰. Asıl dava hakkında ön sorun teşkil eden bu durum için taraflar, henüz idarî makama başvurmamışlarsa hâkim idarî bakama başvuru ve başvuru sonucunda verilen karara karşı çıkılması durumunda, idarî kararın hukukî denetimi amacıyla dava açılması için süre verir. Bu süre kanunî bir süre olmayıp hâkimin kendi belirlediği süredir. Bu sebeple bu süre kural olarak kesin değildir, ancak hâkim taraflara vereceği bu süreyi kesin olarak da belirleyebilir (HMK m. 94). Taraflarca belirtilen süre içerisinde başvuru yapılmazsa ilgili taraf bu husustaki iddiasından vazgeçmiş sayılarak dava hakkında karar verilir.

İşçinin uğradığı kaza veya meslek hastalığı sebebiyle işveren aleyhine açılan tazminat davalarında, olayın 5510 sayılı Kanun'un 13. ve 14. maddesine göre iş kazası veya meslek hastalığı olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin tespiti önem arz eder. Olayın Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından nitelendirilmesine bağlı olarak sigortalı ve hak sahiplerine birtakım gelir ve ödenekler bağlanır. Ancak, Kurum tarafından karşılanmayan zararlar için işverene başvurulabilir. Ayrıca 5510 sayılı Kanun'un 21. maddesi gereği iş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse Kurumun sigortalıya yaptığı ödemeler nedeniyle işverene rüçû hakkı bulunur. Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesine göre rüçû edilen sosyal güvenlik ödemelerinin tazminat miktarından indirilmesi gerekir. Bu sebeplerle tazminat davasının, olay Kuruma bildirilmeden ya da Kurum olay hakkında henüz bir karar vermemişken açılması durumunda, mahkemenin Sosyal Güvenlik Kurumu

⁴⁵⁹ Aşık, s. 139.

⁴⁶⁰ Aşık s. 139.

kararını bekletici sorun sayması gerekir⁴⁶¹. Aynı şekilde Kurumun olayı iş kazası veya meslek hastalığı olarak nitelendirmemesi durumu için ilgili karara karşı Sosyal Güvenlik Kurumu ve işveren aleyhine dava açması amacıyla davacılara süre verilir⁴⁶².

C. Zarar Sorumlusu ile Birlikte Sigortacıya Başvurulması Durumunda Bekletici Sorun

Kişilerin beden bütünlüğünü ihlâl edebilecek bir meslek veya tehlike arz eden bir madde veya araç sebebiyle sorumlu olanlar için çeşitli kanunlarda zorunlu sorumluluk sigortaları öngörülmüştür⁴⁶³. Bu sebeple sigorta şirketleri çoğu durumda beden bütünlüğünün ihlalinden doğan tazminat davalarında yer alır. Ayrıca ister zorunlu ister ihtiyarî olsun tüm sorumluluk sigortaları için Türk Ticaret Kanunu'nun 1478. maddesinde zarar görenlerin sigorta bedeline kadar olan zararları için doğrudan sigorta şirketlerine başvurabilecekleri ifade edilmiştir⁴⁶⁴. Doğrudan talep hakkını kullanmak isteyen zarar görenin öncelikle ilgili sigorta kuruluşuna yazılı başvuruda bulunması gerekir. Sigorta kuruluşunun başvuru tarihinden itibaren en geç 15 gün içinde başvuruyu yazılı olarak cevaplamaması veya verilen cevabın talebi karşılamadığına ilişkin uyuşmazlık olması hâlinde, zarar gören dava açabilir⁴⁶⁵ veya 5684 sayılı Kanun⁴⁶⁶

⁴⁶¹ “Somut olayda iş kazası olduğu iddia edilen olayın Sosyal Sigortalar Kurumuna bildirilmediği anlaşılmaktadır. Kurumca sigortalıya geçici iş göremezlik ödeneği ödenebilmesi sağlık yardımları yapılabilmesi için öncelikle zararlandırıcı olayın iş kazası niteliğinde olup olmadığının tespiti ön sorundur” (21.HD, 22.2.2007, 2006/15900, 2007/2581). Aynı yönde kararlar için bkz. 21.HD, 23.10.2017, 3749/8117; 21.HD, 29.5.2016, 2512/5334, 21.HD, 24.5.2016, 2015/12728, 2016/8703, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi:13.01.2020).

⁴⁶² 21.HD, 22.5.2006, 3889/5098, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi:13.01.2020).

⁴⁶³ Tüp gaz zorunlu sorumluluk sigortası, yolcu taşımacılığı için öngörülen zorunlu sorumluluk sigortaları, özel güvenlik zorunlu mali sorumluluk sigortası, trafik sigortası, tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası, tehlikeli maddeler ve tehlikeli atık zorunlu mali sorumluluk sigortası (<https://www.tsb.org.tr/>), (Erişim Tarihi: 1.1.2020).

⁴⁶⁴ Zarar görenin doğrudan talep hakkı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Birgül Sopacı Öztuna, “Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2011, Cilt: 27, Sayı: 2, ss. 15-50.

⁴⁶⁵ Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi gereği sigorta şirketi aleyhine dava açılmadan önce arabulucuya başvurulmuş olması dava şartıdır.

⁴⁶⁶ “Sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden veya Hesaptan faydalanacak kişiler ile Hesap arasında doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Birlik nezdinde Sigorta Tahkim Komisyonu oluşturulur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden

çerçevesinde Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurabilir (KTK m. 97). Zarar gören tercihini dava açma yönünde kullanacaksa Türk Ticaret Kanunu'nun 5/A maddesi gereği dava açmadan arabuluculuğa başvurmak zorundadır. Doğrudan talep hakkının kullanılmasıyla sigortacıya karşı arabuluculuk, dava veya tahkim süreci başlamış olabilir. Bu durumda asıl sorumluya karşı açılmış bir dava varsa sigortacıya karşı işletilen süreçlerin bu davaya etkisinin nasıl olacağı akla gelebilir.

İlk ihtimalde, sigortacı ile yapılan arabuluculuk görüşmeleri sonucunda bir anlaşma sağlanmış ise bu anlaşma, sigortacı ile zarar gören arasında sonuç doğurup asıl sorumluya olan talebi etkilemez. Arabuluculuk sonunda imzalanan anlaşmanın asıl sorumlu hakkında da sonuç doğurabilmesi için arabuluculuk sürecine onun da katılması ve anlaşma belgesini onun da imzalaması gerekmektedir. Asıl sorumlu arabuluculuk sürecine katılmadığı sürece sigortacı ile zarar gören arasındaki anlaşma, asıl sorumluya karşı dava açılmasına engel olmamakla birlikte arabuluculuk sonundaki anlaşma gereği eğer bir ödeme yapılmışsa bu ödemenin tazminat miktarından düşülmesi gerekir.

Arabuluculuk faaliyeti sonunda zarar gören ile sigortacı anlaşamayıp dava açıldığında, bu dava ile asıl sorumluya karşı açılan dava birleştirilemediği sürece aralarındaki bağlantı sebebiyle bekletici sorun kararı verilmesi mümkündür. Bu şekilde usul ekonomisi ilkesine uygun davranılacağı gibi çelişkili karar verilme riski de ortadan kalkmış olur⁴⁶⁷.

Zarar gören tercihini Sigorta Tahkim Komisyonu'na başvurmak yönünde kullandığında bu yargılama sonunda verilen karar, tahkim yargılamasının tarafları arasında sonuç doğuracağından tahkimde sigortacıya karşı görülen dava ile asıl sorumluya karşı devlet yargılamasında görülen dava arasında bağlantı olsa dahi bekletici sorun yapılmamalıdır. Zira sigortacıya karşı tahkim yargılamasında yürütülen davadaki tespitler, asıl sorumluya karşı açılan dava bakımından kesin hüküm etkisine sahip değildir. Asıl sorumlu tahkim yargılamasındaki kararların yanlış olduğunu ileri sürebilir.

faaydalanabilir. (Ek cümle : 3/4/2013-6456/45 md.) İlgili mevzuat ile zorunlu tutulan sigortalardan kaynaklanan bu fıkra kapsamındaki uyuşmazlıklar için ilgili kuruluş sigorta tahkim sistemine üye olmasa dahi hak sahipleri bu bölüm hükümlerine göre tahkim Usûlünden faydalanabilir. (Ek cümle : 3/4/2013-6456/45 md.) Sigorta tahkim sistemine üye olmayan kuruluşlar bakımından Sigorta Tahkim Komisyonu giderlerine katılım Hazine Müsteşarlığınca ayrıca belirlenir. Komisyon, bir Müsteşarlık temsilcisi, iki Birlik temsilcisi, bir tüketici derneği temsilcisi ile Müsteşarlıkça belirlenecek bir akademisyen hukukçu temsilcinin katılımı ile oluşur” (Sigortacılık Kanunu m. 30/1, 2). “Hakemler, görevlendirildikleri tarihten itibaren en geç dört ay içinde karar vermeye mecburdur. Aksi halde, uyuşmazlık yetkili mahkemece halledilir. Ancak, bu süre tarafların açık ve yazılı muvafakatleriyle uzatılabilir” (SK. m. 30/16).

⁴⁶⁷ Aşık, ss. 98-100.

III. DAVALARIN BİRLEŞTİRİLMESİ VE AYRILMASI

A. Davaların Birleştirilmesi

Beden bütünlüğünün ihlâlüne yol açan maddî olaylar aynı veya farklı hukukî sebeplere göre birden fazla kişinin hukukî sorumluluğuna yol açabildiği gibi beden bütünlüğünün ihlâlüne yol açan eylemin birden fazla kişiye zarar vermesi de mümkündür. Bu durumda zarar gören sayısı ve sorumlu sayısı kadar farklı davalar söz konusu olabilir. Bu sebeple aynı olay nedeniyle açılan davaların hangi durumlarda birleştirilip hangi durumlarda ise ayrılması gerektiğinin ayrıca incelenmesi gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesine göre davaların birleştirilebilmesi için davalar arasında bağlantı olmalıdır.

1. Davaların Aynı Sebepten Doğmuş Olması

Davaların aynı sebepten doğmuş olması hâlinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca davalar arasındaki bağlantı varsayılmıştır. Davaların aynı sebepten doğmuş olması ile kastedilenin ne olduğunun belirlenebilmesi için dava sebebi kavramından ne anlaşıldığının öncelikle tespit edilmesi gerekir. Türk hukukunda dava sebebinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak ferdîleştirme ve vakıalara dayandırma teorisi olmak üzere iki teori ileri sürülmüştür. Öğretide *Postacıoğlu* tarafından savunulan ferdîleştirme teorisine göre davacının dava dilekçesinde hukukî ilişkileri diğer iddialardan ayırt edebilecek şekilde ferdîleştirmesi gerekir⁴⁶⁸. Buna göre maddî olaylar bir kişiye karşı dava açmak için tek başına bir sebep olarak görülmez; bu olaylar belirli bir kategoriye dâhil edilmelidir. Bu yüzden dava sebebi maddî olaylar değil, olayların dâhil olduğu hukukî mahiyettir⁴⁶⁹. Öğretide dava sebebinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin

⁴⁶⁸ İlhan Ethem Postacıoğlu, “Davanın ve Kazaiyeyi Muhakemenin Bir Unsuru Olarak Hukukî Sebep”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, (Hukukî Sebep), s. 70.

⁴⁶⁹ Postacıoğlu, Hukukî Sebep, s. 70.

olarak hâkim görüş olarak vakıalara dayandırma teorisi benimsenmiştir⁴⁷⁰. Bu teoriye göre dava sebebi talebin dayanağı olan vakıalardır.

Vakıalara dayandırma teorisi çerçevesinde “*davaların aynı sebepten doğmuş olması*” ifadesi ile anlatılmak istenen her iki davanın aynı maddî vakıalara dayanarak açılmış olmasıdır. Maddî vakıalar aynı olduğu sürece davalardaki hukukî sebeplerin farklı olmasının hiçbir önemi yoktur. Aynı beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle birden fazla kişinin sorumluluğunun öngörüldüğü durumlarda her bir sorumluya karşı açılan davadaki maddî olaylar aynı olduğu için bu sebebe göre bu davalar arasında bağlantının var olduğu kabul edilir. Aynı sonuca, aynı eylem nedeniyle birden fazla kişinin zarara uğrayıp zarar gören sayısı kadar davanın olduğu durumlarda da ulaşılabilir. Aynı maddî vakıalar sebebiyle birleştirilen davalar incelendiğinde bu bağlantı sebebinin tipik uygulama alanının trafik kazasından doğan tazminat davalarının oluşturduğu görülür⁴⁷¹. Örneğin, bir trafik kazasında hatır için taşınan kişinin, içinde bulunduğu aracın şoförü ile karşı aracın şoförüne karşı açtığı davaların birleştirilmesini talep ederse bu durumda bağlantının var olduğu kabul edilir. Trafik kazası nedeniyle karşı aracın şoförü ile sigorta şirketine karşı açılan davaların birleştirilmesi istenirse bu iki davanın maddî vakıaları aynı olduğu için davalar arasında bağlantı vardır⁴⁷². Ancak bu durumda görev kurallarına dikkat etmek gerekir. Zira şoför aleyhine açılan tazminat davası için asliye hukuk mahkemesi görevliyken sigorta şirketi aleyhine açılan tazminat davasında asliye ticaret mahkemesi görevlidir. Bu davalar arasında bağlantı olsa da birleştirme kararı aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde açılmış olan davalar için verilebileceğinden ayrıca görev kurallarının kamu düzeni niteliği gereği söz konusu davaların birleştirilmemesi gerekir⁴⁷³.

⁴⁷⁰ Burhan Gürdoğan, **Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usûlü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi**, Ankara Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1967, s. 18 vd.; Bilge/Önen, ss. 295, 296; Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, (İlkeler), s. 5; Üstündağ, s. 708; Yılmaz, Islah, ss. 156, 157. Her iki teoriye de esnek bakılması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 1430.

⁴⁷¹ 17.HD, 27.2.2013, 566/2040, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi:13.01.2020).

⁴⁷² Ermenek, s. 155.

⁴⁷³ Görev kurallarına aykırı olarak verilmiş ve kesinleşmiş bir birleştirme kararı üzerine ayrı sıfattaki mahkemeler birleştirilen dosyayı birbirlerine iade etmişler, asliye hukuk mahkemesinin birleştirme kararını hukuka aykırı bulan asliye ticaret mahkemesi merci tâyini belirlenmesini talep etmiştir. 20. Hukuk Dairesinin bu durumun merci tâyini belirlenmesini gerektirecek hallerden biri olmadığı

Ancak özellikle iş kazasından doğan davalar bakımından her iki dava aynı iş kazası sebebiyle açılmış olmasına rağmen Yargıtay, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun açtığı davada re'sen araştırma ilkesinin hâkim olması sebebiyle davaların tâbi olduğu ayrı yargılama ilkeleri gereği bu davaların birlikte görülemeyeceğine karar vermektedir. Örneğin, Yargıtay bir kararında, işçinin maddî ve manevî tazminat talebinin tahsili için işverene karşı açtığı davayla aynı iş kazası nedeniyle Sosyal Güvenlik Kurumu'nun işverene yönelttiği sürekli işgöremezlik ödeneğinin iadesine ilişkin davanın, farklı yargılama ilkelerine tâbi olması gerekçesiyle birlikte görülemeyeceğine hükmetmiştir⁴⁷⁴. Ancak farklı yargılama ilkelerine tâbi olan davaların birlikte görülemeyeceğine ilişkin olarak kanunî bir engel yoktur. Hâkim takdir yetkisi çerçevesinde usûl ekonomisi ve çelişkili karar verilmesinin önlenmesine yönelik olarak farklı yargılama ilkelerine tâbi davaları birleştirebilir⁴⁷⁵.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları bakımından maddî gerçeğe uygun en iyi tatminin sağlanması amacıyla mevcut zararlar bakımından kısmî dava, müstakbel zararlar bakımından ise ek dava açılabileceğini ifade etmiştir⁴⁷⁶. Kısmî dava açıldıktan sonra bu dava hâlâ görülmeye devam ediyorken ek bir dava açılması hâlinde ise hem her iki dava aynı dava sebebinden kaynaklanmış

yönündeki kararı için bkz. "...Asıl davanın davacıları 17.09.2013 tarihinde; ...'in trafik kazası sebebiyle murislerinin ölümüne sebebiyet verdiğini ileri sürerek, maddî tazminat istemiyle ... Asliye Hukuk Mahkemesinde 2013/443 Esas sayılı davayı açmışlardır. . ve ... 17.09.2013 tarihli dilekçe ile; sigorta şirketi aleyhine tazminat istemiyle ... Asliye Ticaret Mahkemesinde 2013/332 Esas sayılı davayı açmışlardır. ... Asliye Hukuk Mahkemesi; 6100 sayılı HMK'nın 166/1 maddesi uyarınca davanın ... Asliye Hukuk Mahkemesindeki 2013/443 Esas sayılı dava ile birleştirilmesine karar vermiştir. ... Asliye Ticaret Mahkemesi 2015/9-2015/8 sayılı karar ile ... Asliye Hukuk Mahkemesinin birleştirme kararının usûlüne uygun olmadığından dava dosyasının ... Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine karar vermiş, dava dosyası ... Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmiş, anılan mahkeme birleştirme kararı verdiğini, kararın temyiz edilmeksizin kesinleştiğini belirterek, dava dosyasını ticaret mahkemesine iade etmiştir. Bunun üzerine ... Asliye Ticaret Mahkemesi 13.02.2015 tarihli yazıyla; her iki mahkemenin dosyadan el çektiğinden merci tayini yoluyla davaya bakacak mahkemenin belirlenmesi istemiyle dava dosyasını Daireye göndermiştir. Somut olayda ... Asliye Ticaret Mahkemesi 2015/9 - 2015/8 sayılı karar ile ... Asliye Hukuk Mahkemesinin birleştirme kararının usûlüne uygun olmadığından dava dosyasının ... Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesine yönünde karar vermiş olup, iki ayrı mahkemenin aynı dava hakkında göreve veya yetkiye ilişkin olarak verdikleri temyiz edilmeksizin kesinleşmiş iki ayrı karar bulunmamaktadır. Bu durumda HMK'nın 21 ve 22. maddelerindeki koşullar oluşmadığından dava dosyasının kül halinde ... Asliye Ticaret Mahkemesine iadesine karar vermek gerekmiştir. 20.HD, 13.10.2015, 3222/8998, (<https://www.lexpera.com.tr/>), (Erişim Tarihi: 21.4.2020).

⁴⁷⁴ 10.HD, 30.09.2013, 12317 /17764, (<https://www.lexpera.com.tr/>), (Erişim Tarihi: 21.4.2020). Aksi görüş için bkz. Ermenek, ss. 139 vd.

⁴⁷⁵ Ermenek, s. 141.

⁴⁷⁶ Birinci Bölüm, II, C. ve Ç.

olacağından hem de asıl davada verilecek hükmün ek davaya bağlayıcı etkisi olacağından kısmî dava ile ek davanın birleştirilebileceği açıktır⁴⁷⁷.

2. Davaların Benzer Sebepden Doğmuş Olması

Dava sebeplerine ilişkin benzerlik de davalar arasında bağlantının kabulü için yeterli görülmüştür. Ancak benzerliğe dayanarak davaların birleştirilebilmesi için taraflardan en az birisinin aynı olması ya da hukukî sebeplerin aynı ya da benzer olması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁷⁸. Buna göre hukukî nitelikleri itibarıyla aynı işlem ve fiil kategorisine dâhil edilen işlem ve eylemler ile hukukî nitelikleri aynı olmasa da ortak bir amacın gerçekleşmesine hizmet eden işlem ve eylemler benzerdir⁴⁷⁹. Örneğin, bir hekimin iki hastasının da hatalı tıbbî müdahale nedeniyle kendisine karşı açtığı davalar, dava sebeplerine ilişkin benzerlik nedeniyle birleştirilebilir. Burada hekim ile her iki hasta arasında iki farklı vekâlet sözleşmesi olması ve her bir hastanın hastalık öyküsünün aynı olmaması sebebiyle dava sebepleri arasında ayniyet yoktur. Ancak vekâlet sözleşmeleri tedaviye konu hastalık bakımından benzer içeriğe sahip ise beden bütünlüğünün ihlâline yol açan eylem hukukî niteliği itibarıyla aynı olduğu için vakıalar arasında benzerlik olduğu söylenebilir. Hastalara uygulanan tıbbî müdahale içerik olarak tamamen farklı ise bu durumda herhangi bir benzerlik olmayacağı için birleştirme kararı verilemez. Ancak davaların benzer sebepten doğmuş olması nedeniyle birleştirme kararı verirken, usûl ekonomisi ilkesini sağlamaya ve çelişkili karar verilmesinin önlemeye yönelik olarak her somut olaya göre ayrı değerlendirme yapılması ve benzer sebep kavramının mümkün olduğunca bu ilkeler gözetilerek verilmesi gerekir⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ Kuru/Budak, s. 344; Kuru, Usûl C. III, s. 3412; Ejder Yılmaz, “İddianın Dava İçinde Genişletilmesi Ek Dava Olarak Nitelendirilemez”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 1995, (Ek Dava), ss. 9, 10, Ahmet İyimaya, “Kısmî Davada Kesinleşen Faiz Oranının Ek Dava İçin Bağlayıcılığı Sorunu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 1989, (Ek Dava), ss. 16 vd; Akil, ss. 205, 206; Ermenek, s. 312.

⁴⁷⁸ Yavuz Alangoya, **Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)**, Tıpkı Basım, Nemaş, İstanbul, 1999, (Dava Ortaklığı), ss. 81-83; Ermenek s. 156 vd.

⁴⁷⁹ Ermenek, ss. 158, 159.

⁴⁸⁰ Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 1431;

3. Davaların Biri Hakkında Verilecek Hükümün Diğerini Etkileyecek Olması

Davalar arasında bağlantı bulunup bulunmadığını tespit etmek bakımından esas alınan diğer bir durum ise davaların biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olmasıdır. Hükümlerinin birbirini etkileyecek nitelikte olup olmadığı belirlenirken davalardaki talep sonucu esas alınır. Buna göre her iki davanın talep sonucu incelendiğinde davaların birlikte görülmesi durumunda her iki davanın konusu bakımından birbirini tamamlayacak nitelikte olduğu sonucuna ulaşılabilirse hükümlerin birbirini etkileyeceği kabul edilir⁴⁸¹. Buna göre davaların biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek olduğu, davalar arasında bağlantı olması sebebiyle aynı düzey ve sıfattaki mahkemelerde açılan davaların birleştirilebileceği söylenebilir. Ancak beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle açılacak tazminat davalarında “davaların biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek olması” hâllerinde dahi maddî vakıalarda ayniyet vardır. Bu sebeple bu davalar bakımından uygulama alanı bulan asıl bağlantı sebebi maddî vakıalardaki ayniyettir.

4. Görev Kuralları Bakımından Değerlendirme

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 166. maddesinin birinci ve ikinci fıkrasında belirtildiği üzere birleştirme kararı verebilmek için her iki mahkemenin de aynı düzey ve sıfatta olması gerekir. Öğretide aynı düzey, dikey görev ilişkisi⁴⁸² olarak ifade edilirken aynı sıfat ise yatay görev ilişkisi olarak nitelendirilir⁴⁸³. Bu konuya ilişkin kanunî düzenlemeden önce öğretide, davaların görev yönünden ayrı mahkemelerde görülecek olmasının bu davaların birleştirilmesine engel olmayacağı belirtilmiştir⁴⁸⁴. Fakat böyle bir kabulden sonra, birleştirilen davaların hangi görevli mahkemede görüleceği konusunda tereddüt doğar. Bu konuda “*yüksek dereceli mahkeme*⁴⁸⁵”, “*özel görevli mahkeme*⁴⁸⁶” gibi ölçütler belirlenmiş olsa da hâli

⁴⁸¹ Ermenek, s. 160 vd.

⁴⁸² İlk derece mahkemesi-Bölge adliye mahkemesi-Yargıtay

⁴⁸³ Ermenek, ss. 106, 107.

⁴⁸⁴ Berkin, s. 411.

⁴⁸⁵ Berkin, s. 411; Kuru, Usûl, C. II, Ulukapı, s. 21.

hazırdaki görev kuralları ve adlî teşkilat gereği bu ölçütler ihtiyaca cevap vermekten uzaktır. Birleştirilen davanın hangi mahkemede görüleceği tespit edilirken yerel mahkemeler arasında ast-üst ilişkisi bulunmaması sebebiyle yüksek dereceli mahkeme ölçütü kullanılamaz. Diğer taraftan iki ayrı özel mahkemenin görevli olduğu davaların birleştirilmesi gerektiğinde özel görevli mahkeme ölçütü de yetersiz kalır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesi gereği davaların birleştirilebilmesi için her iki davanın da aynı görevli mahkemede görülüyor olması gerekir. Ancak davaların birleştirilebilmesini aynı görevli mahkemelerde görülen davalar bakımından mümkün kılmak davaların birleştirilmesi kurumunun amacı ile uyumlu değildir. Görev kurallarının kamu düzeninden olması gereği bu konuda istisnâ bir düzenleme yapılması gerekir. Usûl ekonomisi ve çelişkili karar verme yasağının önlenmesi amacıyla özellikle dava sebebinin ayniyeti nedeniyle aralarında bağlantı olan davalara bakan mahkemeler ayrı sıfatta olsa dahi bu davaların birleştirilebilmesi mümkün olmalıdır⁴⁸⁷.

Konu beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları özelinde değerlendirildiğinde, aralarında bağlantı bulunan davaların büyük çoğunluğunun farklı mahkemelerin görev alanına girdiği görülür. Yukarıda görevli mahkeme başlığı altında incelendiği üzere beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zarar verici olay aynı ve tek olmasına rağmen görevli mahkeme, zarar gören ile sorumlu kişi arasındaki hukukî ilişkiye göre asliye hukuk, asliye ticaret, iş ve tüketici mahkemesi olabilir⁴⁸⁸. Usûl ekonomisi ve çelişkili karar verme yasağının önlenmesi amacıyla görev kurallarına kanunla istisna tanınabilir. Ancak farklı mahkemelerin görev alanına giren davaların birleştirilmesine cevaz verildikten sonra da birleştirilen davaların hangi mahkemede görüleceği sorunu gündeme gelecektir. Genel mahkeme ya da özel mahkeme ölçütlerinden hangisi kabul edilirse edilsin karşı argüman geliştirmek mümkündür. Somut olaya göre değişken bir ölçüt belirlemek görev konusunu daha da karmaşık hâle getirebilir. Kanımızca burada önemli olan davanın hangi mahkemede görüleceğinden ziyade bu davaların tek bir mahkemede görülme ihtiyacıdır. Dolayısıyla farklı mahkemelerin görev alanına giren

⁴⁸⁶ Berkin, s. 411; Kuru, Usûl C. II, s. 1498; Umar, Şerh, s. 333. Bu ölçütün eleştirisi için bkz. Uğur Bulut, **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması**, Adalet, Ankara, 2017, s. 141.

⁴⁸⁷ Ermenek, s. 108.

⁴⁸⁸ Bkz. yuk. Birinci Bölüm, III. B.

davaların birleştirilmesine izin veren bir düzenlemeden sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği gibi bu davalar ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir.

B. Davaların Ayrılması

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 167. maddesine göre birlikte açılmış ya da sonradan birleştirilmiş davaların ayrılmasına karar verilebilir. Objektif dava birleşmesi ya da ihtiyarî dava arkadaşlığı nedeniyle birlikte açılan davaların bu hükme göre usûl ekonomisi ilkesi gereği ayrılmasına karar verilebilir. Eğer yukarıda ifade edilen bağlantı sebeplerinden biri olmamasına rağmen davalar birleştirilmiş veya birlikte açılmış ise bu hâlde de mahkeme ayırma kararı verebilir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında ayırma kararlarına özellikle iş kazasından doğan uyuşmazlıklarda rastlanır. İşverene karşı iş kazası ya da meslek hastalığı gibi beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları ile aynı iş kazası ya da meslek hastalığına ilişkin Sosyal Güvenlik Kurumu kararlarına karşı açılan davaların ayrılması durumunda yargılamanın daha iyi yürütüleceği konusunda uygulama birliği olduğu söylenebilir. Yargıtay, meslek hastalığı veya iş kazası nedeniyle açılan tazminat davası ile birlikte açılan işçilik alacağı davasının her iki dava için izlenecek yöntem ve kıstasların birbirinden farklı olması nedeniyle ayrılmasına karar vermektedir⁴⁸⁹. Yine benzer şekilde aynı iş kazası nedeniyle işveren aleyhine açılan tazminat davası ile Kurum aleyhine açılan iş kazasının tespiti davasının ayrı ayrı görülmesi gerektiğini belirtir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ 21.HD, 23.6.2016, 10957/10480; 21.HD, 17.3.2016, 5370/4489; 21.HD, 26.11.2015, 12729/21019, (<https://www.lexpera.com.tr/>), (Erişim Tarihi: 21.4.2020).

⁴⁹⁰ “İş kazası nedeniyle açılan tazminat davasının görülebilmesi için meydana gelen olayın Kurum tarafından iş kazası tahkikatının ve giderek zararlandırıcı olayın iş kazası olarak tespiti gerekmektedir. Zira açılan tazminat davalarına doğrudan etkisi bulunmaktadır. Şöyle ki İş kazasından kaynaklanan tazminat davaları nitelikçe Kurumca karşılanmayan zararların tahsiline ilişkin davalar olduğundan mükerrer tahsile neden olunmasının önüne geçebilmek için iş kazası sigorta kolundan Kurumun hak sahiplerine bağladığı gelirlerin tespiti ile bunun hesaplanan maddi tazminattan tenzili gerektiği gibi, tek başına manevi tazminat davası açılması durumunda dahi mahkemenin görevine ilişkin neticeleri bulunmasından dolayı (olay iş kazası değilse yargılama iş mahkemelerinde yapılamayacağından) Kurumun iş kazası tahkikatı ve giderek olayın iş kazası olarak tespit olunması önem arz etmektedir. Mahkemece yapılacak iş; tespit davasını tazminat davasından tefrik edip ayrı esasa kaydetmek, tespit davasını tazminat davası için bekletici mesele saymak, tespit davasını sonuçlandırıp tespit davasında verilen hüküm kesinleştikten sonra çıkacak

IV. TEMEL İSPAT KAVRAMLARI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. İspatın Konusu Bakımından Değerlendirme

İspatın konusunu uyuşmazlığın çözümünde etkili olan çekişmeli vakıalar oluşturur (HMK m. 187/1). Bu vakıalar davada uygulanacak olan normun koşul vakıalarını karşılayan somut vakılardan ibarettir. Bu durum beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları için de geçerlidir. Şöyle ki taraflardan her biri talebinin dayandığı vakıaları ortaya koyup ispat etmelidir⁴⁹¹. Öncelikle tazminat davası açan davacının sorumluluğun şartlarını ispat etmesi gerekir. Örneğin, kusur esasına dayalı bir haksız fiil işlendiğinde tazminat davası açan kimse, kural olarak hukuka aykırı bir fiilin işlendiğini, failin kusurlu olduğunu, işlenen fiilden zararın meydana geldiğini, fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıını ispat etmelidir (TBK m. 49). Tazminat davasında ispat edilmesi gereken vakıalar, esas alınan sorumluluk türüne ve hukukî sebebe göre değişiklik arz eder⁴⁹².

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında ispatın konusunu oluşturan vakıalar beden bütünlüğünün ihlâli, zarar, kusur, uygun illiyet bağı olarak sıralanabilir.

1. Beden Bütünlüğü İhlâli

İspatın konusunu tazminat talebinin dayandığı hukuk normunun koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıalar oluşturur. Haksız fiile dayanan talepler bakımından söz konusu norm Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesidir. Bu maddede öngörülen ilk koşul vakıa zarar verenin hukuka aykırı fiil işlemiş olmasıdır. Dikkat edilirse hukuka aykırı fiil koşul vakıası da kendi içerisinde alt unsurlar barındırır. Bunlar hukuka aykırılık unsuru ve fiil unsurudur. İspata ilişkin değerlendirmeler bu alt unsurlar dikkate alınarak yapılmalıdır. Hukuka aykırı bir fiilin işlenmiş olduğuna

sonuca göre tazminat davasını sonuçlandırmaktır". (21.HD, 14.4.2016, 2015/11173, 2016/6679, (https://www.lexpera.com.tr/), (Erişim Tarihi: 21.4.2020).

⁴⁹¹ Dieter Giesen, *Arzhaftungsrecht*, 4. Baskı, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1995, s. 317.

⁴⁹² Oftinger/Stark, § 1 N. 150, s. 66; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 576.

dayanarak tazminat talep eden kimse, kural olarak hem hukuka aykırılığı hem de fiilin işlendiğini ispat etmelidir.

Alman öğretisinin etkisiyle Türk-İsviçre öğretisinde de hâkim olan karma objektif teoriye göre mutlak hakların ihlâlinde kural olarak sonucun hukuka aykırılığı yaklaşımı benimsenmiştir⁴⁹³. Ancak bu hakların bir yapmama fiili üzerinden ya da dolaylı olarak ihlâli söz konusu olduğunda, sonucun hukuka aykırılığı doğrudan kabul edilmez, mutlak haklar yapma şeklinde bir fiil ile ihlâl edilmemiş ise sonucun hukuka aykırılığı için özel bir davranış normuna aykırılık aranmaktadır⁴⁹⁴. Bu bağlamda temel bir koruma normu⁴⁹⁵ olan beden bütünlüğünün ihlâlinin davacı tarafından ortaya konması, yapma şeklinde gerçekleşen fiilin hukuka aykırılığını gösterir. Bu sebeple kural olarak, beden bütünlüğünün ihlâline yol açan fiilin ayrıca hukuka aykırılığının ispatı gerekmez. Ancak beden bütünlüğünün ihlâli, hareketsiz kalma sonucunda meydana gelmişse yapmama şeklinde gerçekleşen fiilin hukuka aykırılığı ispat edilmelidir. Bu kapsamda hareketsiz kalan kişinin, zararlı sonucu önleme konusunda belli bir davranışta bulunma yükümlülüğü olduğu ispat edilmelidir⁴⁹⁶. Örneğin, cankurtaranın boğulmak üzere olan bir kimseyi kurtarmaması, bir doktorun sokak ortasında kalp krizi geçiren kişiye müdahale etmemesi yapmama şeklinde gerçekleşen fiillerdir. Yapmama şeklinde gerçekleşen bu fiiller beden bütünlüğünün ihlâline yol açsalar bile burada sonucun hukuka aykırılığı uygulanmaz; hareketsiz kalan kişilerin zararlı sonucu önlemek amacıyla belli bir harekette bulunma yükümlülükleri olduğu kural olarak ispat edilmelidir. Bu yükümlülük mevzuatta yer alan bir hukuk normu ise davacının hukuka aykırılığı ispatlamak için böyle bir normun varlığını ispatlamasına gerek yoktur⁴⁹⁷. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33. maddesinde de belirtildiği üzere hâkim hukuku re’sen uygular. Ancak söz konusu özel koruma normunun objektif bir hukuk

⁴⁹³ Oftinger/Stark, § 4 N. 23, s. 175; Oğuzman/Öz, C. II, s. 15; Tandoğan, s. 21.

⁴⁹⁴ TBK m. 49’da hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin olarak bir ifade yer almamaktadır. Hukuka aykırılığın belirlenmesinde öğretide çeşitli teoriler ileri sürülmüştür. Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gökçe Kurtulan, “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 1, ss. 465-503; Nilgün Başalp Yıldırım, “Haksız Fiil Sorumluluğunun Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Yeni Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 177-178, 2019, ss. 1017-1061.

⁴⁹⁵ Oftinger/Stark, § 4 N. 29, s. 177; Temel koruma normları hakkında bkz. Eren, s. 593.

⁴⁹⁶ Belli bir davranışta bulunma yükümlülüğünün kaynakları hakkında bkz. Karahasan, s. 110 vd.

⁴⁹⁷ Berger/Güngerich, Rn. 747, s. 227; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 577.

kuralı yerine taraflar arasındaki bir sözleşmede yer alması durumunda davacının hukuka aykırılığı ispat etmesi için sözleşmede böyle bir koruma sağlandığını ispatlaması gerekir.

Kusursuz sorumluluk hâllerinde talebin dayanağı Türk Borçlar Kanunu'nun 65 ve devamı maddeleri ile özel kanunlarda yer alan sebep ve tehlike sorumluluğuna ilişkin maddeler olur. Kusursuz sorumluluk hâlleri bakımından hukuka aykırılık unsunun aranıp aranmayacağı konusu öğretide tartışmalı olmakla birlikte hâkim görüşe göre kusursuz sorumluluk hâllerini düzenleyen madde metinlerinde özel olarak belirtilmemiş olsa da hukuka aykırılık unsuru tüm sözleşme dışı sorumluluk hâllerinde aranması gereken bir unsurdur⁴⁹⁸. Türk-İsviçre hukukunda hem tehlike sorumluluğu düzenlemeleri hem de diğer kusursuz sorumluluk düzenlemeleri bakımından sonucun hukuka aykırılığının benimsendiği ifade edilir⁴⁹⁹. Bu görüşün benimsenmesinin bir sonucu olarak kusursuz sorumluluk hâllerinde de beden bütünlüğünün ihlâlinin ispatı hukuka aykırılığın tespiti açısından yeterlidir.

Beden bütünlüğünün ihlâli borca aykırı bir davranış sonucu gerçekleşmiş ise sözleşmeye dayanan zarar görenin ayrıca sorumlu kişi ile aralarında bir sözleşme ilişkisi olduğunu da ispat etmesi gerekir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinde ispatın konusunu oluşturan vakılardan biri, her durumda beden bütünlüğünün ihlâlini gerçekleştiren fiildir. Bu fiil her zaman tazminat sorumlusu olan kişiye ait olmaz; tazminat sorumlusunun eylemlerinden mesul olduğu kişi de beden bütünlüğünün ihlâline yol açan fiili gerçekleştirmiş olabilir. Son durum ev başkanının sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğu gibi kusursuz sorumluluk hâllerinde gündeme gelir. Fiil yapma veya yapmama şeklinde gerçekleşen bir insan davranışdır⁵⁰⁰. Beden bütünlüğünün ihlâline yol açan fiilin yapma ya da yapmama şeklinde gerçekleşmesi yukarıda açıklandığı üzere hukuka aykırılık unsurunun ispatının gerekip gerekmediği konusunda rol oynar.

⁴⁹⁸ Tandoğan, s. 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 476; Atamer, s. 27.

⁴⁹⁹ Walter Fellman, "Widerrechtlichkeit: drei Theorien für einen Problem-Versuch einer Zwischenbilanz", **ZSR**, Sayı: 128, 2009, 473 vd.; Michel Verde, "Die Widerrechtlichkeit im Hatpflichtrecht", **Jusletter**, 18 Nisan 2016, ss.1-51, s. 49 vd.

⁵⁰⁰ Karahasan, s. 103; Kılıçoğlu, s. 292 vd.

2. Zarar

Maddî zararlar bakımından kural olarak davacı hem zararın varlığını hem de miktarını ispat etmelidir⁵⁰¹. Bu kapsamda maddî zararı oluşturan zarar kalemlerinin tek tek ispat edilmesi gerekir. Maddî zararın ispatında cenaze giderleri, tedavi giderleri, çalışma gücünün kaybindan ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar ile destekteğin ölümü nedeniyle uğranılan zararlar ispatın konusunu oluşturur.

Cenaze giderleri ölümle doğrudan doğruya ilgili olan ve ölenin dini ile sosyal ve ekonomik durumuna uygun bulunan giderlerdir. Bunlar, ölenin taşınması, yıkatılması, gömülmesi, mezarlık ücreti, mezar taşı, ilân giderleri, sadakalar ve din adamlarına verilen paralar ile otopsi için yapılan giderleri kapsar⁵⁰². Cenaze giderleri içinde yer alan her bir kalem ayrı ayrı ispata konu olmalıdır.

Tedavi giderleri içinse zarar görenin iyileşmesi için o zamana kadar yapılmış masraflar ve ileride yapılacak masrafların ispatı aranır. Hastane, ilaç, tahlil, protez, bakıcı giderleri gibi talep edilen tedavi masrafları tek tek ispata konu olur.

Çalışma gücü kaybindan doğan zararlar talep edildiğinde, bunların mevcut ve müstakbel zarar olarak ayrı ayrı ispata konu olması gerekir. Mevcut zararlar zararın hesaplama tarihine kadar süreçte meydana gelen kayıplardır. Müstakbel zararlar ise beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle henüz meydana gelmemiş; ancak ileride meydana gelmesi kuvvetle muhtemel olan zararlardır. Diğer bir ifadeyle, olayların normal akışına göre, malvarlığında meydana gelebilecek olan artışın, beden bütünlüğünün ihlâline yol açacak eylem nedeniyle, kısmen ya da tamamen gerçekleşmemesi yüzünden ortaya çıkan zarardır. Buradaki zarar maddî zarar grupları arasında yoksun kalınan kâr olarak nitelendirilir. Çalışma gücü kaybında ispatlanması gereken husus malvarlığının farazî olarak içinde bulunması gereken durum ile fiilî durumu arasındaki farktır⁵⁰³. Çalışma gücü kaybindan doğan zararların ispatında; çalışma gücü kayıp oranı, zarar görenin geliri, ne kadar süre

⁵⁰¹ Oftinger/Stark, § 6 N. 26, s. 257; Tandoğan, s. 262; Tekinay/Akman/Burcuoglu/Alttop, s. 578; Oğuzman/Öz, C. II, s. 84; Eren, s. 724; Akunal, s. 136; Avcı Braun, s. 55.

⁵⁰² 15. HD.02.07.1975, E.1975/2313- K.1975/3366 (YKD., 1976/ 9, s. 1346).

⁵⁰³ Eren, s. 526.

çalışmadığı ve ne kadar süre daha çalışacağı ayrıca ispata konu olması gereken alt unsurlardır.

Çalışma gücünde herhangi bir azalma olmamasına rağmen beden bütünlüğünün ihlâl edilmesi neticesinde, ekonomik geleceğinin sarsıldığını; bu sebeple zarara uğradığını ileri süren tarafın, bu kayıpların belirlenmesine yarayacak olay ve olguları ispat etmesi gerekir. Ekonomik geleceğin sarsılması sebebiyle uğranılan zararlar, varsayımsal zarar olduklarından hâkimin geleceğe dönük tahminde bulunmasını kolaylaştıran vakıalar ispata konu olur. Hâkim, ihlâlin şekli, zarar görenin mesleği, eğitim durumu, kültürel ve sosyo-ekonomik durumu hakkındaki bilgiler sayesinde ekonomik geleceğin sarsılıp sarsılmadığı ve buna ilişkin zarar miktarı hakkında çıkarımda bulunur. Özellikle uzuv kaybı, yüzde sabit bir izin kalması, saçın bir daha çıkmayacak şekilde kaybedilmesi gibi durumlarda fizikî yapı ve dış görünüşün önem arz ettiği işler bakımından ekonomik geleceğin sarsıldığı kabul edilir. İspata konu olması gereken vakıalar, hâkime zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsıldığı sonucunu çıkarmasını ve zarar miktarını belirlemesini sağlayacak ihlâlin şekli, zarar görenin mesleği, eğitim durumu, kültürel ve sosyo-ekonomik durumu gibi olgu ve olaylardır.

Desteğin ölümü nedeniyle uğranılan zararlar talep edildiğinde, zararın ispatı kapsamında öncelikle ölen kişinin, yansıma yoluyla zarara uğradığını iddia eden kişinin desteği olup olmadığının veya olmayacağının ispat edilmesi gerekir. Ölenin zarar gören için fiilî ya da müstakbel destek vasfında olduğu belirlendikten sonra kişi ölmeseydi, destek olduğu kişilere ne kadar süreyle ve hangi miktarda bu desteğini sürdüreceği ihtimali belirlenerek bir zarar hesabı yapılır. Zararın hesaplanmasında desteğin geliri, bu gelirden zarar görene düşen miktar, destek gelirinin ve destek ihtiyacının devam edeceği süre dikkate alınacağından⁵⁰⁴ bu unsurların her biri ispat konusunu oluşturur.

Çalışma gücü kaybı, ekonomik geleceğin sarsılması ve desteğin ölümü nedeniyle meydana gelen zararlar yoksun kalınan kâr niteliğinde olduğundan bu zararların kesin miktarının ispatı imkânsızdır⁵⁰⁵. Bu durumun ispatın konusunda

⁵⁰⁴ Oğuzman/Öz, C. II, ss. 108, 109.

⁵⁰⁵ Oftinger/Stark, § 6, N. 31, s. 259; Tandoğan, s. 262 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoglu/Alttop, s. 578, 579; Oğuzman/Öz, C. II, s. 79, 80; Eren, s. 725; Avcı Braun, s. 55.

kaymaya yol açtığı belirtilmektedir⁵⁰⁶. Zararın hesabında etkili olan geleceğe dair unsurlar doğrudan ispata konu olmasa da hâkimin bu unsurlara yönelik varsayımda bulunmasını sağlayacak olgu ve olaylar ispat konusunu oluşturur. Hâkimin varsayımda bulunmasının sağlayacak olgu ve olaylar zararın gerçekleşeceği sonucunu çıkarmaya elverişli komşu vakıalar olarak nitelendirilir. Zararın gerçekleşmiş sayılacağı sonucunu çıkarmak için dolaylı olarak önem arz eden bu vakıalara emare vakıalar da denilir⁵⁰⁷. Çalışma gücünü kaybeden veya ölen kişinin ne kadar süre daha yaşayacağı, çalışacağı ve meslekî ilerlemesinin olup olmayacağı hakkında tahminde bulunurken zarar görenin mesleği, eğitim durumu, çalışma koşulları ve yaşam standartları gibi dolaylı vakıalar dikkate alınır. Ancak bunun için zarar gören tarafından zararın varlığının ve miktarını belirlemede dikkate alınacak bu gibi vakıaların iddia ve ispata konu olması gereklidir⁵⁰⁸.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan manevî zararlar bakımından uygulanacak hukuk kuralı Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesidir. Bu maddeye göre hâkim olayın özelliklerini göz önünde tutarak zarar görene uygun bir miktar paranın manevî tazminat olarak ödenmesine karar verebilir. Manevî zararın ispatında ispat konusunu hâkimin manevî tazminata hükmederken olayın özellikleri kavramı içinde değerlendireceği olgu ve olaylar oluşturur. Beden bütünlüğünün ihlâlinin ağırlığı, önemli zararlara sebep olması, kalıcılığı, sebep olduğu acılar, tedavi süresi, ihlâl sonucunda evlenme şansının azalması, kusurun ağırlığı, zarar veren ile zarar gören arasındaki ilişki, zarar görenin kişisel özellikleri gibi olgulara göre⁵⁰⁹ hâkim takdir hakkını kullacağından manevî zararın gerçekleşmiş olduğu sonucunu ortaya koymaya elverişli bu tür vakıalar iddia ve ispata konu olur.

⁵⁰⁶ Peter Gottwald, *Schadenzurechnung und Schadensschätzung zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß*, C. H. Beck, Münih, 1979, s. 11.

⁵⁰⁷ Oğuz Atalay, *Pekcanitez Usûl Medeni Usûl Hukuku*, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usûl).s. 1627.

⁵⁰⁸ Oftinger, ss. 293-306; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 579; Eren, s. 725; Avcı Braun, s. 55.

⁵⁰⁹ 3.HD, 9.9.2019, 3406/6389; 4.HD, 8.10.2019, 2016/13762, 2019/4445; 13.HD, 23.10.2019, 2016/20094, 2019/10401, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 20.06.2020).

3. Kusur

Kusur, beden bütünlüğünün ihlâlinin gerek haksız fiil sorumluluğuna gerekse sözleşme sorumluluğuna dayanması hâllerinde tazminata hükmedilebilmesi için ispatı gerekli unsurlardandır. Ancak kusursuz sorumluluk hâllerinde kusur, tazminata hükmedilebilmesi için gerekli unsurlardan olmasa da somut olaydaki ek kusur, tazminat miktarının belirlenmesindeki rolü ve zarar görenin müterâfık kusurunun dikkate alınmasını engelleyici etkisi nedeniyle ispata konu olabilir⁵¹⁰. Beden bütünlüğünün ihlâlinin sözleşmeye aykırı davranış neticesinde oluşması durumunda, sözleşme sorumluluğunda kabul edilen kusur karinesi gereği, sözleşme ilişkisinin ispatı ile somut olayda kusurun varlığı kabul edilir.

Kusurun varlığı yanında kusurun derecesinin tespit edilmesini sağlayan olguların da ispat edilmesi gerekir. Hâkimin fiilin işleniş tarzına, zararın nitelik ve önemine, bu zarardan failin bir menfaat elde etmiş olup olmadığına, failin sosyal seviyesine, böyle fiillerin genellikle hangi duyguların etkisi altında işleneceğine bakarak kusurun derecesini tespit etmesi gerekir⁵¹¹. Somut olayda bir davranışın kusurlu olup olmadığını ve davranış kusurluysa bunun derecesini ortaya koyabilmek için olayda gerçekleşen olguların olayla ilgili kural, bilgi ve düşünceler içinde nitelendirilmesi gerekir. Belirsiz bir kavram olan kusur, ancak bu şekilde somutlaştırılabilir⁵¹². Bu sebeple zarar gören davacının, davalının kusurlu olduğuna ilişkin olarak ispat faaliyetinin konusu hâkimin kusur belirlemesini yaparken esas alacağı olgu ve bilgilerden ibarettir. Davacı, kusurun ispatında kusurun subjektif niteliği gereği, çok defa kuvvetli ihtimaller oluşturmaktan öteye gidemez. Kusura dayanan sorumlulukta kusurun ispatı, beden bütünlüğünü ihlâl eden eylemin işleniş tarzını belirleyen delillerin kusurun varlığı konusunda hâkime vereceği kanaat ile sağlanır⁵¹³. Örneğin, bir trafik kazasında motorlu aracın hızı, bulunduğu yer, yol ve hava koşulları veya hangi aracın kavşağa önceden girdiği; bir iş kazasında işyerinin işçiye koruyucu bilgi, araç verip vermediği gibi olgular kusurun ispatında ispata

⁵¹⁰ Çetin Aşçıoğlu, “Kusurun Belirlenmesi ve Derecelendirilmesinde Hâkimin ve Bilirkişinin Rolü”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V**, Ankara 25-26 Mart 1988, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1988, s. 105.

⁵¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 578

⁵¹² Aşçıoğlu, s. 114.

⁵¹³ Oğuzman/Öz, C. II, s. 277.

konu olur. Somut olaydaki davranışa ait kusuru ortaya koyabilmek için taraflarca ispat edilen ya da bilirkişi vasıtasıyla belirlenen olguların birtakım bilgi ve kurallar süzgecinden geçirilmesi gerekir. Burada bilgi ve kuralları kullanarak kusura ilişkin nitelendirme yapacak olan hâkimdir. Olguların nitelendirilmesinde dayanak olacak kurallar normatif düzenlemelere dayanıyorsa bu kuralların taraflarca ispatı gerekmez. Trafik kuralları ya da çalışma yerlerinin koşullarını düzenleyen yönetmelikler gibi kişilerin davranışlarına yönelik normatif düzenlemelere aykırı davranışlar kusur olarak kabul edilir. Hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi gereği bu düzenlemelerin taraflarca ispat edilmesine gerek yoktur. Bu türden düzenlemelere aykırılığın tespiti, kusurun tespiti açısından yeterli kabul edildiği için ayrıca kusura ilişkin olarak ispat faaliyetine girişilmesine ve hâkimin ayrıca somut olay bakımından kusur belirlemesi yapmasına gerek yoktur⁵¹⁴. Örneğin; trafik kazasındaki kusuru belirlerken somut olaya ilişkin olan trafik kuralını hâkim re'sen belirleyip olaya uygular. Normatif düzenlemelere aykırılık hâlinde kusur kesin olarak belirlenmiş olur. Fakat bu kurallar hâkimin hukuk ve genel bilgisi ile belirlenemiyorsa teknik bir faaliyet ve çalışma alanına ilişkin ise ancak bu hâlde ilgili *alana ait kuralın belirlenmesi için bilirkişiye başvurulabilir*⁵¹⁵.

Tazminat hükmünün belirlenmesinde davalının kusuru kadar zarar görenin kusuru da önem taşır. Zarar gören, beden bütünlüğünün ihlâli sonucu ortaya çıkan zararın doğumuna veya artmasına katkıda bulunmuş olabilir. Yine bedensel zararlarda, zarar görenin kendi sağlığının daha da kötüye gitmesini engellemek amacıyla gerekli tıbbî önlemleri alması gerekir⁵¹⁶. Müterâfik kusur iddiası varsa zarar görenin davranışının somut olaydaki olguların nitelendirilmesiyle kınanabilir bir davranış olup olmadığını tespit etmek gerekir. Müterâfik kusurun ispat faaliyeti de davalının kusurundaki ispat faaliyeti gibidir. Müterâfik kusurun ispat yükü davalı üzerinde olsa da iddia edilen vakıanın niteliği açısından bir ayniyet olduğundan zarar verenin kusuru hakkındaki ispat faaliyetine ilişkin açıklamalar müterâfik kusur hakkında da geçerlidir.

⁵¹⁴ Aşçıoğlu, s. 107.

⁵¹⁵ Aşçıoğlu, s. 116.

⁵¹⁶ Baysal, s. 191.

Kusursuzluğun ispat yükünün davalıya bırakıldığı ya da davalıya kurtuluş kanıtı getirebilme imkânının tanındığı hâllerde davalının bu vakıaları ispat etmesi çoğu durumda kolay değildir. Davalı kusursuzluğunu ispat etmek için beden bütünlüğü ihlâlinin olağanüstü nitelikteki dış olaylardan kaynaklandığını ispat etmelidir⁵¹⁷.

4. Uygun İlliyet Bağı

Tazminata hükmedilmesi için ispatı gerekli unsurlardan bir diğeri ise uygun illiyet bağıdır. Bir fiilin yaşam deneyimlerine göre olayların normal akışında meydana getireceği zararlar olan mantıkî nedensellik bağına uygun illiyet bağı denir⁵¹⁸. Bu kapsamda zarar verene ait fiilin, zararı meydana getirmeye uygun bir sebep olduğu belirlenmelidir. Bir olayda zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının varlığının kabul edilebilmesi için maddî şart ve hukukî şartın gerçekleşmesi gerekir. Maddî şart ile ifade edilmek istenen şey fiil ile zarar arasındaki insan mantığı ile kavranabilen sebep – sonuç ilişkisinin varlığıdır. İlliyet bağının hukukî şartı ise zarar verici fiil nedeniyle meydana gelen zararlardan hangilerinden davalının sorumlu olduğunun belirlenmesidir. Çünkü bazen önemsiz gibi görünen bir fiil, kendisini takip eden olayların beklenmedik zincirler oluşturarak uzayıp gitmesi sebebiyle pek çok zarara yol açabilir. Ancak fail, fiili nedeniyle oluşan her zarardan değil, sadece hukukî illiyet kurulan zararlardan sorumludur⁵¹⁹. Meydana gelen zarar ile fiil arasındaki hukukî illiyetin varlığı ispata konu olmaz. Hâkimin Türk-İsviçre öğretisinde kabul edilen uygun illiyet bağı teorisine göre fiilin meydana getirdiği zararlardan hangileri için sorumluluğun gerçekleştiğini re'sen belirlemesi gerekir⁵²⁰. Zarar görenin ispat etmesi gereken şart, illiyet bağının maddî şartıdır. Meydana gelen zararın, zarar verenin fiili sonucunda oluştuğu, illiyet bağının maddî şartı olarak ispat edilmelidir. Bu durumda illiyet bağının ispatının konusunu zararın maddi sebebi

⁵¹⁷ Eren, s. 1087.

⁵¹⁸ Eren, Uygun İlliyet, s. 52; Karahasan, s. 185; Oğuzman/Öz, C. II, ss. 44,45.

⁵¹⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 572.

⁵²⁰ Oğuzman/Öz, C. II, s. 44.

oluşturur. Örneğin zararın maddî sebebi bir tedavi, ameliyat ya da kaza ise davacının öncelikle bu maddi sebebin meydana geldiğini ispat etmesi gerekir⁵²¹.

Bedensel zararlarda bazen işlenen fiil ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağı o kadar açıktır ki bunun için ayrıca bir ispat faaliyetine gerek olmaksızın illiyet bağı unsuru ispatlanmış sayılır. Örneğin, kazanın meydana geldiğinin ispat edilmesi koşuluyla trafik kazası sonucu vücudunda kırıklar oluşan zarar görenin, zarar ile fiil arasında uygun illiyet bağının varlığına ilişkin olarak ispat faaliyetinde bulunması gerekmez.

İşlenen fiil ile zararlı sonuç arasındaki bağlantının şüpheli ve açık olmadığı hâllerde illiyet bağının maddî şartının davacı tarafından ispat edilmesi gerekir⁵²². Alternatif illiyet ve önüne geçilen illiyet durumlarında zarar ve fiil arasındaki illiyet bağının şüpheli ve açık olmadığı kabul edilir⁵²³. Alternatif illiyette söz konusu zararı meydana getirmeye elverişli birden fazla sebep vardır. Bu sebeplerden yalnızca bir tanesi zararın meydana gelmesine yol açmıştır; ancak zararın hangi sebepten meydana geldiği başlangıçta şüphelidir⁵²⁴. Sebebin açık olmadığı veya durumun şüpheli olduğu hâllerde davacının söz konusu zarara, talebini dayandırdığı sebebin yol açtığını ispat etmesi gerekir. Hastalık sonucunu doğuran bedensel zararlarda hastalığa yakalanma ihtimallerindeki çeşitlilik nedeniyle alternatif illiyet sıkça gündeme gelir. Örneğin; dövme yaptırdıktan sonra Hepatit B hastalığına yakalandığını iddia eden birinin, hastalığın dövme yapılırken kullanılan sterilize edilmemiş aletlerden bulaştığını ispat etmesi gerekir. Çünkü Hepatit B virüsünün çeşitli bulaşma yolları olduğundan hastalığa yol açan fiilin hangisi olduğu şüphelidir.

Beden bütünlüğü ihlâl edilen kişinin aynı zararı meydana getirmeye elverişli mevcut hastalık veya rahatsızlığı olduğunda ise önüne geçilen illiyet durumu değerlendirilmelidir. Önüne geçilen illiyette zararı meydana getirmeye elverişli birden çok sebep olmakla birlikte zararlı sonucu bunlardan biri meydana getirmiştir. Burada alternatif illiyetten farklı olarak, zararlı sonucu meydana getiren sebep

⁵²¹ Brehm, Berner Kommentar, Art. 41 Rz. 116a, s. 100.

⁵²² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 567.

⁵²³ Gudrun Engels, **Der Anscheinsbeweis der Kausalität (Unter Besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung)**, Peter Lang, Frankfurt, 1994, ss. 47, 49.

⁵²⁴ Oftinger/Stark, § 3 N. 116, s. 149; Schnyder, Art. 41 N. 25; s. 337; Helmut Weber, **Der Kausalität im Zivilprozeß**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, s. 115; Eren, Uygun İlliyet, s. 160.

gerçekleşmiş olmasaydı dahi diğer sebep aynı zarara yol açacak niteliktedir⁵²⁵. Sebeplerden hangisinin gerçek sebep, hangisinin ise önüne geçilen sebep olduğunun belirlenmesi gerekeceğinden bu durumlarda illiyet bağı şüpheli olup ispat edilmelidir⁵²⁶. Alman Federal Mahkemesi bir kararında zararı doğurmaya elverişli iki sebepten hangisinin asıl sebep olduğunun belirlenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵²⁷. Karara konu olayda, bir dinlenme tesisinin tuvaletinde düşüp on gün sonra beyin hasarına bağlı olarak ölen kişinin otopsisinde, düşmeye bağlı beyin yaralanması olduğu ve kalp krizi sonucu beyin kanaması geçirildiği tespit edilmiş; ölüm sonucunu doğurmaya elverişli iki sebepten hangisinin önce gerçekleşip ölüme yol açan gerçek sebep olduğunun ispatı gerekmiştir⁵²⁸. Benzer şekilde zarar verici fiilden bir müddet sonra oluşan bedensel rahatsızlıklar ile fiil arasındaki illiyet bağı da açık değildir; bu rahatsızlıklar, zarar verici fiilden kaynaklı olabileceği gibi zarar verici fiil meydana gelmeseydi dahi bir gün ortaya çıkacak rahatsızlıklar olarak nitelendirilebilir. Sonradan ortaya çıkan bedensel zararın işlenen fiil nedeniyle oluştuğunun ispat edilmesi gerekir⁵²⁹.

⁵²⁵ Eren, Uygun İlliyet, s. 164; Engels, s. 47.

⁵²⁶ “Sağlık Bakanlığı'nda memur olan davacı, davalı tarafından Sağlık Bakanlığı'na sağlanan öğle yemeğini yedikten sonra hastalandığını, gıda zehirlenmesi nedeniyle 4 gün tedavi görüp taburcu edildiğini ancak, 6 gün sonra yeniden hastalanması üzerine "venöz emboli" tanısı ile yeniden tedavi edildiğini belirterek tedavi nedeniyle alamadığı ek ücret ve tedavi giderleri ile davalının hazırladığı yemek nedeniyle gıda zehirlenmesine uğrayıp hastalanarak tedavi gördüğünden kişilik haklarına saldırıdan dolayı da manevi tazminat istemiştir....Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı'nın düzenlediği raporda; bu hastalığın davacıda var olan hastalık sonrası açığa çıktığının belirtildiği, yine mahkemece alınan bilirkişi kurulu raporunda gıda zehirlenmesi nedeniyle davacının vücut direncinin düşmesinin venöz embolinin ortaya çıkmasına yol açabileceği Şu durumda, davacının iddia ettiği olay ile davalının eylemi arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının saptanması...gerekir” (4.HD, 30.10.2008, 3238/13037, (<http://www.kazanci.com>), (Erişim Tarihi: 20.6.2021)).

⁵²⁷ BGH, NJW-RR 1988, s. 767; Engels, s. 148.

⁵²⁸ BGH, NJW-RR 1988, ss. 767, 789.

⁵²⁹ “Davacı tarafın iddiası, davaya konu kazadan önce davacının boynu ile ilgili hiçbir rahatsızlığının olmadığı, kazadan sonra boyun fıtığının ortaya çıktığı ve bu durumun maluliyet sebebi olduğu yönündedir. Bu iddianın ispatı için, davacının yaşadığı Ankara'da faal 30 civarındaki hastaneden alınan, kaza öncesi muayene ve tedavi belgeleri sunulmuş olup, bu belgelerde de boyun rahatsızlığı için yapılmış (kazadan önceki tarihlerde) bir hastane başvurusu olmadığı görülmektedir. Davacının, kaza nedeniyle kafasında ezilme tarzı kesi ve sol omuzda ezilme biçiminde yaralandığı da ilk muayene raporunda yer almıştır....Açıklanan vakıalar karşısında mahkemece; davacının, kaza sonucu sol kol ezilmesi biçimindeki yaralanması ile kazadan yaklaşık 1,5-2 ay sonra ortaya çıkan servikal disk hernisi (boyun fıtığı) rahatsızlıklarının doğduğu vücut bölümlerinin birbirine yakınlığı; sol koldaki ezilmenin, boyun bölgesine olan muhtemel etkisi; davacının kazadan önce boyun rahatsızlığına ilişkin hastane kaydı olmadığı hususlarının tamamı birlikte gözetilerek, kazadaki yaralanma ile servikal disk hernisi (boyun fıtığı) arasında illiyet bağı olup olmadığının,...belirlenmesi gerekir” (17.HD, 11.11.2019, 2017/433, 2019/10410, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 20.6.2021)).

Davacının ileri sürdüğü sebep dışında bedensel zararı meydana getirmeye elverişli alternatif olay akışları olduğunda, davacının zararın sebebi olarak ileri sürdüğü fiil ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatı kolay değildir. Ancak, teknik ve bilimsel yöntemlerdeki ilerlemeler sayesinde karmaşık illiyet bağlantılarının araştırılması mümkün olsa da zararın kesin sebebinin tıbbî olarak belirlenemeyip ihtimal bazında değerlendirildiği durumlar olabilir⁵³⁰. Bu gibi durumlarda illiyet bağının tespitindeki objektif ispat zorluğu nedeniyle içtihatlarla illiyet bağının ilk görünüş ispatıyla ispatlanması kabul edilmiştir⁵³¹. Bu noktada ispat yükünü üzerinde taşıyan taraf, ilk görünüş ispatına temel teşkil eden olayların neler olduğunu, bağlantı noktalarını hâkimin kanaati için sunmalıdır⁵³². Burada ilk görünüş ispatı ile ispatlanan olay değil, o olaydan çıkarılan sonuçtur⁵³³. Diğer bir ifadeyle, davacının ispata konu etmesi gereken husus, tecrübe kuralına dayanak olarak gösterilen somut olaydaki tipik hayat olayıdır. Tipik hayat olayının somut olayda tespitinden sonra bu olayın işaret ettiği illiyet bağı ispatlanmış sayılır. İspat yükünü taşıyan davacı tipik bir olay seyrine göre gerçekleşen zarar sonucu ile bağlantılı sabit bir neden olduğunu ya da yaşam tecrübelerine göre ortaya çıkan zararın belli bir nedeni gösterdiğini ortaya koymalı, daha sonra zarara sebep olduğunu iddia ettiği “belirli nedeni” ispat etmelidir⁵³⁴. Bu bağlamda örneğin, kendisine yapılan kan naklinden bir süre sonra HIV virüsü taşıdığını öğrenen zarar görenin kan naklini yapan kliniğe karşı açtığı davada, virüsün bulaşma sebebinin kan nakli olduğunu ispat etmesi gerekir. Kan naklinden önce virüs taşımadığının, klinikten kan alan diğer alıcılarda da HIV virüsü tespit edildiğinin, yaşam tarzına göre risk grubunda yer almaması sebebiyle somut olaya uygun diğer bir bulaş yolunun olmadığına ispatı, tecrübe kurallarına göre virüsün kan nakli ile bulaştığını gösterir⁵³⁵.

İlliyet bağının kesildiği savunması ise bunu ileri süren davalı tarafından ispat edilmelidir. Buradaki ispat faaliyeti de illiyet bağının varlığına ilişkin olan ispat faaliyeti ile benzer olarak illiyet bağının kesilmesine sebep olduğu iddia edilen

⁵³⁰ Engels, s. 49.

⁵³¹ Oftinger/Stark, § 3 N. 35, s. 122; Weber, s. 181.

⁵³² Ahmet Başözen, **İlk Görünüş İspatı**, Seçkin, Ankara, 2010, s. 148.

⁵³³ Engels, s. 79.

⁵³⁴ Dietmar Franzki, **Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß**, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, s. 50; Giesen, s. 357.

⁵³⁵ Engels, s. 165; BGH, NJW 1991, s. 1947.

vakıanın ispatından ibarettir. İspat edilen vakıanın sorumluluğu kaldırmaya elverişli olup olmadığı ise hâkim tarafından belirlenir. Bedensel zararın doğmasında, zarar görenin ya da bir üçüncü kişinin davranışının etkisi olduğunu ileri süren davalı, zarar görenin davranışının oluş biçimini ispat etmelidir.

B. İddia ve Somutlaştırma Yükü Bakımından Değerlendirme

İddia yükü uygulanacak olan normun koşul vakıasına karşılık gelen somut vakıaların ileri sürülmesiyle gerçekleşir⁵³⁶. Bu bağlamda beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zarar görenin beden bütünlüğünün ihlâl edildiğini, zarar meydana geldiğini, meydana gelen zararın beden bütünlüğünü ihlâl eden davranış neticesinde doğduğunu, somut olay bakımından bir kusursuz sorumluluk hâli mevcut değilse söz konusu davranışın kusurlu olduğunu ileri sürmesi gerekir. Bedensel zararın kapsamının, zarar ve fiil arasındaki illiyet bağının veya kusurun ispatındaki zorluklar bunlara ilişkin iddia yükünü ortadan kaldırmaz. Benzer şekilde zarar ve fiil arasındaki illiyet bağının ayrıca bir ispat faaliyetini gerektirmeyecek şekilde açık olması illiyet bağına ilişkin iddia yüküne etki etmez. Çünkü koşul vakıaya ilişkin somut vakıanın ispatı gerekli olmasa da iddia edilmesi gerekir⁵³⁷. Beden bütünlüğünün ihlâlinin akdî bir ilişkiden doğması durumunda kusur karinesine dayanılacak olması da kusurun ispatı ile ilgili olup zarar gören üzerindeki iddia yükünü bertaraf etmez.

Tazminat talebinin dayandırıldığı hukuk normunun koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıaların soyut bir biçimde ileri sürülmesi yeterli olmayıp ileri sürülen vakıa iddiaları zaman, mekân ve içerik olarak somutlaştırılmalıdır⁵³⁸.

Beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle tazminat talep eden kimsenin soyut bir zarar iddiası kabul edilmez. Türk Borçlar Kanunu'nun 53. ve 54. maddelerinde belirtilen zarar kalemlerinin ayrı ayrı somutlaştırılması gerekir. Bu zararların

⁵³⁶ Bilge Umar ve Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü**, Kazancı Matbaacılık, 1980, s. 17; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1675; Muhammet Özekes, "HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez'e Armağan, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, (Dava Dilekçesinde Eksiklik), s. 286.

⁵³⁷ Umar/Yılmaz, s. 18; Atalay, Pekcanitez Usûl, ss. 1679, 1680.

⁵³⁸ Oğuz Atalay, **Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 31 vd.; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1681; Özekes, Dava Dilekçesinde Eksiklik, s. 290

ayrıntısına girilmeden salt maddî zarar olarak ileri sürülüp talep edilmesi yetmez⁵³⁹. Hatta toplam maddî zararı oluşturan Türk Borçlar Kanunu'nun 53. ve 54. maddesindeki zarar kalemlerinin ismen ifade edilmesi de somutlaştırma yükünün yerine getirildiği anlamına gelmez. Örneğin; zarar görenin bedensel zarara uğradığını, bu sebeple tedavi masrafları olduğunu ileri sürmesi soyut bir iddiadan ibarettir. Bu tedavinin ne zaman, nerede yapıldığı, kapsam olarak içerisinde hangi kalemleri barındırdığı tek tek somutlaştırılmalıdır. Ameliyat, ilaç, tahlil, bakıcı masrafları tedavi giderleri üst başlığında toplandığından somut olayda hangi masrafların yapıldığı açıkça belirtilmelidir. Yine somutlaştırma yükü çerçevesinde kesin olarak gerçekleşmiş, kapsamı belirli olan zararlar ile ileride meydana gelmesi öngörülen veya gelişmekte olan zararların belirtilmesi gerekir. Zarar görenin zararın niteliğine yönelik yapacağı bu türden somutlaştırmalar, hâkimin zararın ispatında herhangi bir ispat zorluğunun bulunup bulunmadığını, karar tarihi itibarıyla zararın kapsamının tam olarak belirlenip belirlenemeyeceğini tespit edebilmesi açısından önemlidir. Zararın tam ve kesin olarak ispatlanmasının mümkün olmaması sebebiyle ispat kolaylığından veya zarar kapsamındaki belirsizlik sebebiyle tazminat hükmünün değiştirilmesi olanağından yararlanmak, hâkimin zararın niteliğinde yapacağı tespitlere bağlıdır. Zarar görenin uğradığı veya uğrayacağı bedensel zarara ilişkin yapacağı somutlaştırmalar, hâkime bu tespitleri yapabilme; zarar görene ise bu tespitler neticesinde kanunen öngörülmüş olanaklardan yararlanabilme imkânı sağlar. Zarara ilişkin gerekli somutlaştırmalar yapılmadığı takdirde hâkimin davayı aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde belirsizlik giderilmelidir. Bu bağlamda hâkim, ön inceleme aşamasında zarar görene soru sorarak zarara ilişkin somutlaştırmaların yapılmasını sağlamalıdır. Buna rağmen zarara ilişkin gerekli somutlaştırmalar yapılmazsa belirsiz kalan zarar, tazminata esas alınmaz; zararın somutlaştırılmayan kısmı için red kararı verilir⁵⁴⁰. Zarar miktarının tam olarak ispat edilememe

⁵³⁹ “Mahkemece yapılacak iş; dava dilekçesinde talep edilen 1.000,00 TL maddî tazminatın ne miktarının tedavi giderlerine, ne miktarının kazanç kaybına, ne miktarının da çalışma gücünün azalmasından doğan kayba ilişkin olduğunu açıklattırmak, bundan sonra konusunda uzman bilirkişiden gerekirse mahallinde keşif de yapılmak sureti ile rapor alınarak ...belirlemek olmalıdır” 15.HD, 03.06.2015, 1152/3027, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 3.4.2020).

⁵⁴⁰ Somutlaştırma yükünün yerine getirilmemesi durumunun sonucu hakkında bkz. Umar, Şerh, s. 144; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1691; Özkes, Dava Dilekçesinde Eksiklik, ss. 295, 296; Taner Emre Yardımcı, **Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü**, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 227 vd.

durumuna ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası taraflarca getirilme ilkesine bu anlamda bir istisna getirmez⁵⁴¹.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden sonra zarar miktarındaki belirsizlik, davacıyı zarara ilişkin somutlaştırma yapma yükünden kurtarmadığı gibi zararın ispatındaki zorluk nedeniyle yaklaşık ispat ölçüsünün kabul edilmiş olması da hâkimin kanaat derecesi ile ilgili olup zarara ilişkin somutlaştırma yükünü ortadan kaldırmaz⁵⁴². Zarar miktarındaki belirsizlik ve zararın ispatındaki zorluklar, somutlaştırma yükünü tamamen ortadan kaldırmaya da somutlaştırma ölçüsünü daraltır. Bu bağlamda zarar göreninin iddia ettiği zararı tüm ayrıntılarıyla belirtmesi aranmaz, somut olaya göre kendisinden beklenebilecek ölçüde açıklama yapması yeterli kabul edilir⁵⁴³.

Bedensel zararlarda zararın kapsamı ve sonuçları tıbbî bir bilgiye dayandığı için zarar gören davacıdan, zarar hakkında kendisinden beklenemeyecek ölçüde bir somutlaştırma yapması istenemez. Bu sebeple örneğin, çalışma gücü kayıp oranı, devam eden zararlara ilişkin öngörülen tedavi ve bunlara ilişkin giderler gibi tıbbî bilgiye dayanan somutlaştırmalar zarar görenden beklenemez. Ancak zarar görenin en azından hangi konularda bilirkişiye başvurulacağını tespitine imkân verecek şekilde somutlaştırma yapması gerekir⁵⁴⁴. Zarara ilişkin hiçbir somutlaştırma yapmadan sadece beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle maddî zarara uğranıldığının ileri sürülmesinden sonra bilirkişiye başvurulması, davacı tarafından yapılması gereken somutlaştırmaların bilirkişi vasıtasıyla yapılması anlamına geleceğinden kanuna aykırıdır⁵⁴⁵. Yargıtay uygulamasında da cenaze giderleri kapsamında zorunlu olarak hangi masrafların yapılabileceği ve bu masrafların tutarı hakkında bilirkişiye başvurulduğu görülmektedir⁵⁴⁶. Kanımızca bu uygulama, soyut olarak cenaze

⁵⁴¹ Oftinger/Stark, § 6, N. 33, s. 260.

⁵⁴² Oftinger/Stark, § 6, N. 33, s. 259; Hans Prütting, **Münchener Kommentar Zivilprozessordnung**, 4. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2013, (MüKo), § 287 Rn. 28, s. 1810; Yardımcı, s. 86.

⁵⁴³ Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990, s. 160; Yardımcı, s. 90.

⁵⁴⁴ Yardımcı, s. 90.

⁵⁴⁵ Özkes, Dava Dilekçesinde Eksiklik, ss. 297, 298. 11.HD, 17.6.2019, 2018/3120, 2019/4467; 21.HD, 15.4.2019, 2018/2423, 2019/2962, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.6.2020).

⁵⁴⁶ “Somut olayda; cenaze-defin masraflarına yönelik belge ibraz edilemediğinden davacı tarafın talebinin sübut bulmadığından reddine karar verilmiştir. Eksik inceleme ile hüküm kurulamaz....BK. Kanunu hükümlerine göre cenaze dolayısıyla yapılması zorunlu olan masrafların ilgili Müftülük'ten sorulması suretiyle makul, uygun miktarda cenaze ve defin masrafı tespit edilip sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu biçimde hüküm tesisi doğru görülmemiştir” (17.HD, 29.4.2019, 2016/11973, 2019/5188, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 25.5.2021)).

giderlerini talep eden davacıyı, bu giderlere ilişkin hem somutlaştırma yükünden hem de ispat faaliyetinden kurtarması bakımından taraflarca getirilme ilkesine aykırılık teşkil eder. Hâkim tarafından yapılması gereken doğrudan bilirkişi atamak yerine cenaze giderleri adı altında hangi masrafların yapıldığını ispata elverişli şekilde açıklattırmak ve bu masraflardan hangilerinin tazmin edilebileceğini belirlemek olmalıdır.

Zarar görenin, somutlaştırma yükü kapsamında hâkimin zarar değerlendirmesi yapmasına yarayan tüm değerlendirme araçlarını ileri sürmesi ve ayrıca özellikle istatistikî verileri davaya eklemesi gerekir⁵⁴⁷. Ancak varsayımsal vakılarda daha düşük bir somutlaştırma yükü aranması gerektiği ifade edilmiştir. Daha açık ifade etmek gerekirse zarar gören tazminat talebine ilişkin somutlaştırma yaparken aynı zarar sonucunu doğurmaya elverişli farklı nedensel süreçlere dayanabilir⁵⁴⁸. Ancak zarar verici eylem nedeniyle uğranılacak müstakbel kazanç kayıplarına ilişkin yeterli derecede somutlaştırma yapılmaması bu iddianın kabul edilmemesi sonucunu doğurur⁵⁴⁹. Örneğin, beden bütünlüğünün ihlâli neticesinde bir bacağı kaybeden çocuğun ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan kayıplar kapsamında çocuğun ileride futbolcu olmak istediğinin, zarar verici eylem sebebiyle futbolcu olamayacağının iddia edilmesi, çocuğun artık futbolcu olamayacak olması sebebiyle uğrayacağı zararların tazmini bakımından yeterli değildir. Çocuğun ileride futbolcu olacağına ilişkin karşı olgusal vakıanın çocuğun yeteneği, fizikî yeterliliği, o zamana kadar almış olduğu eğitimler, eğitmenlerinin görüşü gibi vakıalarla somutlaştırılması ve yüksek ihtimalle futbolcu olacağının gösterilmesi gerekir.

Tazminatın unsurları arasında yer alan kusur ve illiyet bağı koşul vakıaları, hukukî kavramlar oldukları için somut olayda bu unsurları tespit edebilmek amacıyla bu unsurların varlığını gösteren vakıaların somutlaştırılması önem arz eder. Bu amaçla özen yükümlüğünün ihlâli kapsamında değerlendirilen somut fiiller ileri

⁵⁴⁷ Mark Schweizer, “Substanziieren - wozu?”, **Schweizerische Juristenzeitung**, 2012, 558; Roland Brehm, “Die problematische Berechnung des Dauerschadens”, **HAVE-Personen-Schaden-Forum 2008**, Schulthess, Zürich, 2008, ss. 223-230; Stephan Weber, “Vereinfachungen, Visionen und Illusionen”, **HAVE-Personen-Schaden-Forum 2008**, Schulthess, Zürich, 2008, ss. 291-299; Marc Schaetzle, “Damnum futurum abstractum”, **Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht und Versicherungsrecht Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen**, Schulthess, Zürich, 2010, ss. 507-518.

⁵⁴⁸ Urteil des BGer 4A_588/2011 3.5.2012 E. 2.2.4.

⁵⁴⁹ Urteil des BGer 4A_144/2009 6.10.2009 E. 3.4.

sürülmelidir. Zarar ve fiil arasındaki illiyet bağı açık değil ve bu sebeple illiyet bağının varlığını tespit edebilmek için tecrübe kurallarından yararlanılacaksa tecrübe kuralının somutlaştırılması gerekmez. Çünkü tecrübe kuralı bir vakıa olarak nitelendirilmez⁵⁵⁰. Ancak tecrübe kuralına dayanak teşkil eden olaydaki vakıaların somutlaştırılması gerekir.

Somitlaştırma ölçüsü somut olaya ve zarar görenin bilgi seviyesine göre belirlenir⁵⁵¹. Zarar görenin kendisinden beklenemeyecek şekilde somutlaştırma yapması istenemez. Bu sebeple hatalı tıbbî müdahaleden kaynaklanan bedensel zararlar, tıbbî müdahale hakkında hekim kadar bilgi sahibi olmayan hastadan kusura ve illiyet bağına ilişkin ayrıntılı açıklamalar beklenemez. Hatta Alman hukukunda ağır ihmal hâlinde zarar ile tıbbî müdahale arasındaki illiyet bağının varlığının karine olarak kabul edilmesi sebebiyle illiyet bağı için ayrıca bir somutlaştırma ve ispat faaliyeti gerekmediği, zararın ağır ihmal sonucu oluştuğunun ileri sürülmesinin yeterli olacağı kabul edilir⁵⁵². Meydana gelen zarar ile ağır ihmal arasında illiyet bağının olmadığı iddia ve somutlaştırma yükü bu konuda bilgi sahibi olan hekime aittir.

C. İspat Yükü Bakımından Değerlendirme

1. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 190. maddesine göre “*ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunmadıkça iddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir*”. İspat yükü⁵⁵³ kuralları belirsizlik hâlinde dahi bir karar vermek zorunda olan hâkimin kimin aleyhinde karar vermesi gerektiğini belirten kurallardır. Belirsizliğin rizikosuna ispat yükü üzerine düşen taraf katlanacaktır⁵⁵⁴.

⁵⁵⁰ Yardımcı, s. 56.

⁵⁵¹ Somutlaştırma ölçüsünün belirlenmesi hakkında bkz. Yardımcı, s. 84 vd.

⁵⁵² Franzki, s. 60; Hansen Udo, “Die Substantiierungslast” **JuS**, 1991, s. 589; Hans-W. Laumen, “Die Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr-Ein beweisrechtliches Phänomen”, **NJW**, 2002, s. 3746.

⁵⁵³ Çalışmada ispat yükü kavramıyla objektif ispat yükü kastedilmektedir. Subjektif ispat yükünü ifade etmek için delil ikame yükü kavramı tercih edilmiştir. Objektif ve subjektif ispat yükü ayrımı için bkz. Laumen, ss. 3741, 3742; Blomeyer, s. 362; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1695; Atalay, ss. 8, 9.

⁵⁵⁴ Üstündağ, s. 651; Umar/Yılmaz, ss. 2, 3; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1692; Atalay, s. 10; Karşlı, ss. 551, 552.

İspat yükü konusunun ağırlık noktası hangi olay için ispatın kime düştüğüdür. Bu sebeple hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta hangi olayı taraflardan hangisinin ispatlaması gerektiğini belirlemesi gerekir⁵⁵⁵.

İspat yükü dağılımını belirlemek için bugüne kadar gerek Türk gerekse yabancı hukuk öğretilerinde çeşitli teoriler ileri sürülmüştür⁵⁵⁶. Bu teorilere göre ispat yükü dağılımında olumlu olay, normal durum, alışlagelmiş durum, olasılık kuralları, delillere yakın olma, hâkimiyet alanı, hakkın dayanağı olan olaylara dayanma, kendi lehine olan olaylara dayanma gibi kriterler esas alınmıştır. *Postacıoğlu*, bu kriterlere hâkimin hukukî önsezisini de ekler. Yazar ispat yükü dağılımında uygulanacak olan kriterlerin bir bölümünü kaypak olarak nitelendirerek asıl kriterin hâkimin hissiyatı olduğuna dikkat çeker⁵⁵⁷. Ancak bugün itibarıyla teori ismi açıkça zikredilmese de uygulama⁵⁵⁸, öğretide⁵⁵⁹ ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kural olarak norm teorisini kabul ettiği söylenebilir.

Bu kurama göre ispat yükü dağılımı belirlenirken ispat edilecek olayı düzenleyen hukuk normunun hangi taraf lehine sonuç doğurduğu esas alınır. Bu şekilde normlar hak doğuran, hakkın doğumuna engel olan, doğmuş olan hakkı düşüren ve hakkın kullanılmasına engel olan normlar olarak ayrılabilir. Buna göre ispat yükünü kimin taşıdığı o olayı düzenleyen hukuk normunun hangi taraf lehine sonuç doğurduğuna göre belirlenir⁵⁶⁰.

Norm teorisi beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları için de geçerlidir. Şöyle ki taraflardan her biri talebini dayandırdığı normun koşul unsurlarına karşılık gelen somut vakıaları ortaya koyup ispat etmelidir⁵⁶¹. Öncelikle tazminat davası açan davacının sorumluluğun şartlarını ispat etmesi gerekir. Örneğin, kusur esasına dayalı bir haksız fiil işlendiğinde tazminat davası açan kimse, kural

⁵⁵⁵ Blomeyer, s. 361; Berger/Günther, Rn. 749, s. 227; Umar/Yılmaz, s. 5; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1692.

⁵⁵⁶ Kuramlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz Umar/Yılmaz, ss. 38-48.

⁵⁵⁷ Postacıoğlu, s. 539. Benzer görüş, Nihat Yavuz, "Adli İspat", **Adalet Dergisi**, Sayı: 5-6, 1977, s. 150.

⁵⁵⁸ 23.HD, 21.2.2019, 2016/3083, 2019/634; 1.HD, 20.2.2020, 2019/3929, 2020/237, Gaziantep BAM.1.HD, 22.5.2019, 2018/1349, 2019/616, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 5.7.2020).

⁵⁵⁹ Ansay, s. 253; Bilge/Önen, ss. 500, 501; Yavuz, ss. 136-138; İmre, Medenî, s. 258; Üstündağ, s. 517; Kuru, Usûl C. II, s. 1975; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1705.

⁵⁶⁰ Leo Rosenberg, **Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung**, 5. Baskı, C. H. Beck, Münih, 1965, ss. 123 vd.; Bilge/Umar, s. 50.

⁵⁶¹ Blomeyer, s. 366; Giesen, s. 317; Musielak/Voit, Rn. 856, s. 304.

olarak hukuka aykırı bir fiilin işlendiğini, failin kusurlu olduğunu, işlenen fiilden zararın meydana geldiğini, fiil ile zarar arasındaki uygun illiyet bağıını ispat etmelidir. Zararı meydana getiren fiilin herhangi bir hukuka uygunluk sebebine dayandığının ise davalı tarafından ispatlanması gerekir. Bu durumda davalının ispatlaması gereken vakıaların dayandığı norm Türk Borçlar Kanunu'nun "hukuka aykırılığı kaldıran hâller" başlıklı 63. maddesi olur. Ancak tarafların ispat yükünü taşıdığı vakıalar, esas alınan sorumluluk türüne ve hukukî sebebe göre her zaman değişiklik arz eder⁵⁶².

2. Norm Teorisine Karşı İleri Sürülen Görüşler Çerçevesinde Değerlendirme

a. İleri Sürülen Görüşler

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarındaki zaman zaman ispat zorluklarına sebep olan temel vakıa unsurları zarar, kusur ve illiyet bağıdır. Zararın gerçekleşmemiş olması, varsayımsal bir zarar hesabını gerekli kıldığından beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlardaki ispat zorluğu, henüz meydana gelmemiş zararlar bakımından söz konusu olur. Hastalık sonucunu doğuran bedensel zararlar ile zarar verici fiilden uzun bir süre sonra meydana gelen bedensel zararlarda ise fiil ile zarar arasındaki illiyetin ispatı kolay olmaz. Bedensel zararın hatalı tıbbî müdahaleden doğması durumunda ise davacı hasta ile davalı hastane veya hekim arasında tedavi sürecine hâkimiyet bakımından büyük bir fark vardır. Bu durum ise davalı kadar sürece hâkim olmayan ve bedensel zarara uğrayan zarar görenin kusur ve illiyet bağına ilişkin ispat zorluğu yaşamasına sebep olur. Bu zorluklardan hareketle modern ispat hukuku öğretisinde, norm teorisine karşı görüşler oluşmuş; tazminat davalarında ispat yükü dağılımının genel kabulden farklı olması gerektiği ileri sürülmüştür.

Norm teorisinden uzaklaşmada büyük adımı atan *Reinecke* olmuştur. *Leipold* gibi ispat yükü kurallarının bağımsızlığını kabul eden *Reinecke* ispat yükü kurallarını

⁵⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 576.

yazılı olmayan kurallar kategorisinde değerlendirir⁵⁶³. Bu değerlendirmenin bir sonucu olarak ispat yüküne ilişkin açık bir kanun hükmü olmayan hâllerde hâkimin hareket alanı oldukça geniştir. Buna göre ispat yüküne ilişkin açık bir kanun hükmü yoksa hâkim makûl, objektif ve esaslı sebeplerin varlığı hâlinde ispat yükü kurallarının olumsuz etkilerini kantitatif (niceliksel) ve kalitatif (niteliksel) olarak analiz ederek sonuca göre ispat yükü dağılımına karar vermelidir. Hâkim, kantitatif analizde ilgili koşul vakıaların varlığı ya da yokluğunun sıklığını kontrol eder. Kalitatif incelemede ise hâkim, ispat yükü kurallarının bir tarafın hukukî durumunu diğer tarafa göre kabul edilemez şekilde zorlaştırıp zorlaştırmadığını tespit eder⁵⁶⁴. Hâkim somut olayda ispat zorluğu tespit ederse taraflara ait ispat yükü paylaşımını değerlendirme sonucuna göre kendisi yapmalıdır.

Reinecke ile aynı doğrultuda görüş bildiren *Schwab*'a göre yazılı olmayan ispat yükü kuralları da hâkimin yorumuna tâbi olmalıdır. Metodoloji öğretisinin geliştirdiği yorum araç ve yöntemleri ispat yükü kurallarının yorumlanmasında da kullanılmalıdır. İspat yükü normları alanında bir boşluk tespit edildiğinde analogi⁵⁶⁵ ve “*argumentum e contrario*”⁵⁶⁶ yöntemleri ile bu boşluğun doldurulması adlî bir görevdir⁵⁶⁷.

Norm teorisine eleştiri yönelten bir diğer yazar ise *Wahrendorf*'tur. Yazara göre *Rosenberg* tarafından yapılan norm ayrımı⁵⁶⁸ gereksizdir. Çünkü taraf lehine olan uygun hukukî sonuç sadece hak doğuran normlardan çıkarılamaz. Bir normun

⁵⁶³ Dieter Leipold, **Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1966, s. 42; Gerhard Reinecke, **Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe**, Duncker & Humblot, Berlin, 1976, ss. 31, 78, 84. Aynı görüş için bkz. Hans Joachim Musielak, **Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß**, De Gruyter, Berlin, 1975, (Beweislast), s. 292; Dieter Leipold, **Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß**, De Gruyter, Berlin, 1985, (Beweismaß), s. 17.

⁵⁶⁴ Reinecke, s. 88.

⁵⁶⁵ *Analogi, iki farklı şey arasındaki benzerliklerden hareket edilerek birincisi için dile getirilenin diğeri için de söz konusu olduğunu ileri sürmektir (çıkarım, örneksime)*, (<https://sozluk.gov.tr/>), (Erişim tarihi: 10.3.2020).

⁵⁶⁶ Aksi ile kanıt, mefhum-u muhalif.

⁵⁶⁷ Karl Heinz Schwab, “Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie”, **Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag**, 1978, s. 510.

⁵⁶⁸ *Rosenberg* tarafından ileri sürülen norm teorisine göre normlar hak doğuran, hakkın doğumuna engel olan, doğmuş olan hakkı düşüren ve hakkın kullanılmasına engel olan normlar olarak ayrılır. İspat yükünü kimin taşıdığı, o olayı düzenleyen hukuk normunun hangi taraf lehine sonuç doğurduğuna göre belirlenir. Normun hangi taraf lehine olduğu belirlenirken normlara ilişkin yapılan bu ayırmadan yararlanılır (*Rosenberg*, ss. 123 vd.). *Leipold* ve *Musielak* içerik olarak norm teorisini kabul etmelerine rağmen hakkın doğumuna engel normları reddederler. (*Leipold*, s. 38; *Musielak*, *Beweislast*, s. 294; *Leipold*, *Beweismaß*, s. 18).

onu ileri süren açısından lehe olup olmadığına karar verirken o normun sadece kendisine değil, konuya ilişkin bütün maddî hukuk normlarına bakarak değerlendirme yapılmalıdır⁵⁶⁹. Norm teorisini reddeden *Wahrendorf* tazminat davaları için özel bir ispat yükü dağılımı sistemi geliştirmiştir. *Wahrendorf* geliştirdiği sistemin özellikle edim yükümlülüğünün ihlâli durumundaki tazminat talepleri, kaza önleme yükümlülüklerinin ihlâli, meslekî yükümlülüklerin ihlâli, sözleşmenin olumlu bir şekilde ihlâli durumları için uygunluğuna dikkat çeker⁵⁷⁰. Yazara göre olasılık ilkesi ispat yükü dağılımının temelini oluşturmalıdır. Sözleşmenin ihlâli durumlarında ise garanti ve güven ilkesi ispat yükü dağılımında rol oynamalıdır. İspat yükü dağılımı, üretici sorumluluğundan doğan davalarda sosyal risk dağılımı ilkesine göre yapılmalıdır⁵⁷¹. İspatın engellenmesi durumunda ise cezalandırma ilkesi devreye girmelidir⁵⁷². *Wahrendorf*'un ilkelerinin çeşitliliği ve içerik olarak bir sınırlandırılmasının mümkün olmaması öğretide eleştiri konusu olmuştur⁵⁷³.

Wahrendorf zarar ile fiil arasındaki illiyet bağının ispatında yaşanan zorlukları aşmak için ispat yükü dağılımının “olasılık ilkesine” göre yapılmasını savunur. Olasılık ilkesine göre ispat yükü, gerçekleşme ihtimali daha az olan vakıalara dayanan tarafa düşmelidir⁵⁷⁴. Burada ispat yükünü belirlemek için olasılık durumu değerlendirilirken herhangi bir insan grubuna değil, uyumsuzluğun taraflarına ve somut olaya odaklanılmalıdır. Somut olay ile alakasız insan grupları ile bağlantı kurularak bir olasılık değerlendirmesi yapılmamalıdır⁵⁷⁵. *Wahrendorf* olasılık ilkesini

⁵⁶⁹ Volker Wahrendorf, **Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht**, Carl Heymanns, Berlin, 1976, s. 54.

⁵⁷⁰ Wahrendorf, ss. 65, 74, 81, 86, 96, 112, 119.

⁵⁷¹ Wahrendorf, s. 118.

⁵⁷² Wahrendorf, s. 127.

⁵⁷³ Schwab, s. 511.

⁵⁷⁴ Wahrendorf, s. 71; Aynı görüş için bkz. Gerhard Kegel, “Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit”, **Festgabe für Heinrich Kronstein**, C. F. Müller, Karlsruhe, 1967, s. 335 vd.

⁵⁷⁵ *Reinecke* ise olasılık teorisini norm teorisinin temelinde yer alan bir düşünce olarak görür ve bu görüşünü şu örnekle açıklar: Halkın arasından seçilen herhangi iki vatandaş arasında hak doğurucu bir vakıanın olması ihtimali, hak doğurucu herhangi bir vakıanın olmaması ihtimalinden daha düşüktür. Bu sebeple kendi lehine hak doğuran bir vakıaya dayanan kişi -bu durum genellikle olası olmayan bir durum olduğu için- bu vakıanın ispat yükünü üzerinde taşır. Ancak *Reinecke*'nin bu çıkarımı somut olayda ileri sürülen iddia ile herhangi bir bağlantısı olmayan büyük bir insan grubunda bir olasılık sonucuna varıldığı için eleştirilmiştir. (Bkz. Leipold, s. 48; Schwab, s. 512).

tipik olaylar için soyut-genelleyici bir şekilde kullanır⁵⁷⁶. Yazara göre yükümlülük ihlâli ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatında, meydana gelen zarar, olayların seyrinin doğal sonucuna göre yükümlülük ihlâli sonucunda oluşmaya elverişli ise bu durumda ispat yükünü zarar veren taşımalıdır. Aynı sonuca hukuka aykırı davranış ile zarar arasındaki illiyet bağının ispatında da ulaşılır. Yine koruyucu normların ve meslekî yükümlülüklerin ihlâli durumunda hukuka aykırı davranış zarar sonucunu doğurmaya özellikle elverişlidir⁵⁷⁷. Örneğin, ağır tedavi hatası durumunda, zararın sebebinin tıbbî hata olduğu kuvvetle muhtemeldir⁵⁷⁸. Bu sebeple davacı illiyet bağının varlığına ilişkin ispat yükünü taşımamalıdır.

Wahrendorf'un kusur ve illiyet unsurlarında yaşanan ispat zorluklarını bertaraf etmek için ileri sürdüğü bir diğer ilke ise “tehlike veya hâkimiyet alanı” ilkesidir. Bu ilkeye göre taraflar kendi tehlike ve hâkimiyet alanlarında gerçekleşen ve kontrol edebilecekleri, engelleyebilecekleri zararların ispatı ile yükümlü olabilmektedirler⁵⁷⁹. Sonuçlara daha yakın olan taraf kendi alanında meydana gelen vakıaların tam olarak aydınlatılamamasının yükünü taşımalıdır. Fark edilebilir bir hâkimiyet ve organizasyon olduğunda, haksız fiil davalarında, kusur ve illiyetin ispatında ispat yükü dağılımının bu ilkeye göre yapılması gerekir. Zarara neden olan vakıa, objektif olarak zarar veren borçlunun tehlike alanından doğuyorsa bu ilkeye göre borçlunun kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir. Bu ilke sadece belli hukukî sebeplerden doğan davalar bakımından değil, hak ve adalet ilkelerinin bir sonucu olarak tüm benzer durumlara uygulanmalıdır⁵⁸⁰.

Türk hukukunda norm teorisine karşı çıkan görüşler de yabancı öğretilerde olduğu gibi bu görüşlerini tazminat davalarındaki özel durumlara ilişkin örneklerle temellendirmişlerdir. *Belgesay*'a göre tarafların iddialarını dayandırdıkları müspet ve menfî tüm vakıaları ve haklarının doğumu için gerekli tüm şartları ispat etmeleri her

⁵⁷⁶ Wahrendorf, ss. 59 vd.

⁵⁷⁷ Wahrendorf, ss. 78, 79, 91.

⁵⁷⁸ Wahrendorf, s. 91.

⁵⁷⁹ Jürgen Prölss, “Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen”, *VersR*, 1964, s. 901; Andreas Spickhoff, *Gesetzesverstoß und Haftung*, Carl Heymanns, Münih, 1998, s. 340; Hans Prütting, *Gegenwartsprobleme der Beweislast*, C. H. Beck, Münih, 1983, s. 601; Elif Irmak Kılıç, *Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarında Usûlî Sorunlar*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014, s. 74.

⁵⁸⁰ Jürgen Prölss, *Beweiserleichterungen im Schadenersatzprozeß*, (Dissertation), Münih Üniversitesi, Münih, 1966, (Beweiserleichterung), s. 65.

zaman kolay değildir. Kural olarak, bir kimse hakkın doğumu için kanunun öngördüğü tüm şartları ispatlamalıdır. Ancak bu kuralın sıkı sıkıya uygulanması bazı davalar bakımından hak ihlallerine sebebiyet verebilir. Bu sebeple bir kimsenin iddiasını büyük bir ihtimal içinde gösteren vakıaları ispat ettikten sonra, hakkının doğumu için gerekli tüm şartları veya hakkının doğumuna bir engel olmadığını ispata artık mecbur tutulmamalıdır. Bu zorluk kendini özellikle beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında gösterir. Fizik ve kozmik kanunlara, alışlagelmiş uygun durumları iddia edenleri ispatla mükellef tutmamak gerekir. Çünkü normal durumları aksi sabit oluncaya kadar gerçek farz etmekten daha doğal bir şey yoktur. Bu sebeple tazminat davasının davacısı, kural olarak hakkının doğumu için gerekli tüm unsurları ispatla yükümlü olsa da zarar miktarının ispat edilememesi hâlinde kanun koyucu hâkime hayatın olağan akışına göre zarar miktarını belirleme yetkisi vermiştir (TBK m. 50/II). Benzer şekilde genel olarak ölümle sonuçlanma ihtimali düşük olan bir ameliyat esnasında hasta ölmüş olursa hekimin herhangi bir hatası olmadığını ispat etmesi gerekir⁵⁸¹.

İspat yükünü her somut olaya göre hâkimin belirlemesi gerektiği görüşünde olan *Postacıoğlu*, hâkimin bu belirlemeyi yaparken “büyük rakamlar kanunu”, “menfaatler vaziyeti” “zahir hâl ve normal hâl⁵⁸²”, “delilleri daha kolay elde etme” gibi ölçütlere dayanacağını ifade etmiştir⁵⁸³. Yazar, norm teorisini normların yazılış tarzının ve bundan çıkarılan sonucun her zaman somut olaya uygun olmayacağı gerekçesiyle eleştirmiştir⁵⁸⁴.

b. Görüşlerin Değerlendirilmesi

Belli bir vakıa için ispat yükünü taraflardan hangisinin taşıyacağı her somut olaya göre farklı bir şekilde belirlenemez. Çünkü bir vakıanın belirsizlik riskini hangi tarafın üstleneceği maddî hukuk meselesidir ve kanun tarafından belirlenir. Bu

⁵⁸¹ Mustafa Reşit Belgesay, **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku-İspat Teorisi**, Cilt: 3, 2. Bası, Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1947, s. 25.

⁵⁸² Bu ölçüt Berkin tarafından da ileri sürülmüştür (Berkin, ss. 172, 173).

⁵⁸³ Postacıoğlu, ss.533-539.

⁵⁸⁴ Postacıoğlu, ss. 549, 550.

konuda hâkimin serbest değerlendirmesi olmaz⁵⁸⁵. İspat yükü kurallarının niteliği gereği ispat yükünün yer değiştirmesi mümkün değildir⁵⁸⁶. *Wahrendorf* tarafından ispat yükü dağılımında öne çıkarılan olasılık ilkesinin ileri sürülme sebebi haklı olsa da bu ilkenin uygulanması için ispat yükü dağılımına ilişkin kuralların tümünden ortadan kaldırılması gerekmez. Olasılık ilkesinin dikkate alınması, ispat yükü dağılımında değil; ispat faaliyetinin değerlendirilmesinde olur. Çünkü ileri sürülen vakıanın hangi ölçüde olası olduğu, o vakıanın dava malzemelerine göre ispatlanmış sayılıp sayılmayacağıyla ilgilidir. Bu sebeple olasılık ilkesi ispat yükü konusuna ilişkin değil, dolaylı ispat ve delillerin değerlendirilmesi konusuna ilişkin bir ilke olmalıdır⁵⁸⁷. Kural ispat ölçüsünün yüksek olasılık sebebiyle düşürülmesine karar verildiğinde, hâkim ancak delillerin değerlendirilmesinde bu olasılığı dikkate alabilir⁵⁸⁸. Hâkimin bağımsız değerlendirme imkânı olması, kendisine yüksek olasılığı dikkate alarak değerlendirme yapma yetkisini zaten verir⁵⁸⁹. Bu sebeplerle olasılık ilkesinin ispat yükünün paylaştırılmasında dikkate alınması gereken bir ilke olmadığı kanaatindeyiz.

Wahrendorf'un bir diğer ilkesi olan tehlike ve hâkimiyet alanı ilkesi ise söz konusu alanın belirsizliği nedeniyle genel bir ilke olarak uygulanamaz. Bu terimin net bir kapsamı ve belirli bir tanımı ne içtihatlar da ne de literatürde yer alır. Bu sebeple tehlike alanı ilkesi münferit olaylar bazında somutlaşan bir ilkedir.

Tehlike ve hâkimiyet alanı ilkesi, kendi hâkimiyet alanında meydana gelen zararın oluşmasında herhangi bir kusuru olmadığının ispat yükünü zarar verene yükler. Ancak sözleşmenin ihlâli durumunda kabul edilen kusur karinesi sayesinde aynı sonuca norm teorisi ile de ulaşılabilir. Sözleşmenin ihlâlinde kusurun ispatı bakımından iki teori arasındaki fark tamamen teorik olup pratik bir fark bulunmamaktadır. Bu sebeple tehlike ve hâkimiyet alanı ilkesi ispat yükü dağılımında esaslı bir etken değil, olsa olsa sözleşmenin ihlâli durumlarında kabul

⁵⁸⁵ Rosenberg, s. 92; Umar/Yılmaz, s. 49, dn. 3.

⁵⁸⁶ Umar/Yılmaz, ss. 34, 35; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1704.

⁵⁸⁷ Musielak, Beweislast, s. 490.

⁵⁸⁸ Bernhard Maassen, **Beweislastprobleme im Schadenersatzprozeß**, Carl Heymanns, Berlin, 1975, s. 54; Musielak, Beweislast, s. 490.

⁵⁸⁹ Guldener, s. 322; Musielak, Beweislast, s. 490; Schwab, s. 513.

edilen kusur karinesinin ek bir gerekçesi olabilir⁵⁹⁰. Aynı sonuca illiyet bağının ispatı bakımından da ulaşılabilir. Hem haksız fiile dayanan hem de sözleşmeye dayanan taleplerde objektif bir yükümlülüğün ihlâl edilmesi zarar sonucunun nedeni olarak kabul edilir. Zarar verenin hâkimiyet alanından kaynaklanan yükümlülük ihlâlleri tespit edildiğinde hâkim, delilleri değerlendirmesinde özellikle ilk görünüş ispatına göre ihlâl ile hukuka aykırı fiil arasındaki illiyet bağının var olduğunu kural olarak ispatlanmış sayar. Bu durumda herhangi bir belirsizlik olmadığı için ispat yükü hakkında bir karara ihtiyaç duyulmaz⁵⁹¹. İlliyet bağı değerlendirilmesinde objektif yükümlülük ihlâli tespitinden hareket etmek gerekir. Çünkü birden çok tehlike alanı birbiriyle çakışabileceği gibi herhangi bir hâkimiyet alanı olmaksızın üçüncü kişilerden kaynaklı sebepler de zararın oluşumuna etki edebilir⁵⁹².

Bu sebeplerle biz de beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında ispat yükünün belirlenmesinde öğretinin büyük bir çoğunluğu tarafından kabul edilen norm teorisinin uygulanması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında ispat yükü dağılımı norm teorisine göre yapılmalı; ispat yükünü üzerinde taşıyan tarafın bazı vakıalar bakımından ispat zorluğu yaşaması hâlinde ispatın kolaylaştırılmasına ilişkin araçlardan yararlanmasına izin verilmelidir.

3. İspat Zorluğu Yaşanan Unsur Vakıaların İspat Yüğü

Norm teorisi genel bir kuralı ortaya koyarken bu teoriye karşı ileri sürülen görüşler ise bu teorinin hakkaniyete uygun olmayan sonuçlarından ortaya çıkmıştır. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zarar, kusur ve illiyet bağının ispatı kendi içinde birtakım zorlukları barındırsa da yukarıda belirtildiği üzere bu zorluklar kural olarak tazminat davaları açısından genel ispat yükü paylaşım sisteminin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaz. Bu sebeple ispatında zorluk olsa da zararın, kusurun ve illiyet bağının maddî şartının ispat yükünü davacı taşır.

⁵⁹⁰ Hans Joachim Musielak, “Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen-Eine kritische Betrachtung der Gefahren Bereichen der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofs”, **AcP**, Cilt: 176, Sayı: 6, 1976, (AcP), s. 473.

⁵⁹¹ Musielak, AcP, 478.

⁵⁹² Musielak, AcP, s. 478.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlarda henüz meydana gelmemiş olan zararın miktarındaki zorluk, ispat yükünü değil delillerin değerlendirmesini etkiler. Diğer tazminat davalarında olduğu gibi beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında da zarar gören, zarar meydana geldiğini ve bu zararın miktarını ispat etmelidir. Ancak zararın miktarı her zaman kesin olarak ispat edilemez. Bu zorluk ileriki dönemde yapılacak tedavi giderleri, çalışma gücü kaybından doğan kayıplar ile desteğin yitirilmesinden doğan kayıplar için yapılan varsayımsal zarar hesabında ortaya çıkar. Örneğin, yaralanması sebebiyle dükkânını çıraklar vasıtasıyla açan bir mahalle bakkalının bizzat dükkânının başında olmaması sebebiyle uğradığı kazanç kaybı çoğu durumda kesinlikle ispat edilemez. Zararın miktarının kesin olarak ispat edilemeyeceği durumlar için Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrası gereği hâkime zarar miktarını belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu hükme göre *“uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler”*. Bu hüküm Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 1. fıkrasındaki *“zarar gören zararının... ispat yükü altındadır”* hükmüne istisna getiren bir düzenleme değildir. Şöyle ki zararın kesin ispatlanmasının mümkün olmadığı hâllerde dahi ispat yükü zarar görene aittir. Zararın kesin ispatının mümkün olmadığı hâllerde mevcut deliller ve olayların normal gidişine göre bir zararın meydana gelmesi kabule elverişli görünüyorsa bu durumda zarar ispatlanmış sayılır⁵⁹³. Zararın ispatlanmış sayılması durumunda ise ispat yükü kurallarının devreye sokulmasına gerek kalmayacaktır.

İsviçre Federal Mahkemesi de Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin ikinci fıkrasına karşılık gelen İsviçre Borçlar Kanunu’nun 42. maddesinin 2. fıkrasının (OR Art. 42/II), zarar görenin ispat yükünü hafifletmeyi amaçlamadığını vurgular⁵⁹⁴. Ancak bu hükmün ispat yüküne etkisi tartışılırken kanımızca bir ayırım yapılmalıdır. Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için gerekli olan koşul vakıaların ispat yükü zarar gören üzerindedir. Çünkü bu hükme bağlanan hukukî sonuçtan lehine hak çıkaran taraf zarar görendir. Belirsizlik durumunda Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının

⁵⁹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 579.

⁵⁹⁴ BGE 121 III 219 E. 3a.

uygulanmama ve dolayısıyla aleyhine karar verilme riskini zarar gören taşır. Ancak, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının uygulama koşullarının somut olayda var olduğuna kanaat getirildiğinde, zarar vakıasına ilişkin ispat yükü önemsizdir⁵⁹⁵. Çünkü artık hâkimin zarar miktarına ilişkin olarak bir takdirde bulunması zorunludur. Bununla birlikte olayların normal akışına göre zarar miktarının belirlenmesi ifadesinden yola çıkılarak, iddia edilen vakianın olayların normal seyrine aykırı olduğu, bu sebeple zararın oluşmadığı ya da zarar miktarının daha az olduğu savunmasında bulunan borçlunun bunu ispat etmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Zarar veren ispat faaliyetinde başarılı olamazsa zararın olayların normal seyrine göre gerçekleştiğine karar verilir. Bu bağlamda zarar veren davalı kendi lehine olarak ileri sürdüğü “*olağan akışa aykırılık*” durumu için ispat yükünü taşır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrasında zararın ispat yükünün davacıda olduğu özel olarak belirtilmiştir. Ancak davalı taraf zarar görenin haksız fiil nedeniyle denkleştirmeye tâbi bir yarar elde ettiğini ileri sürüyorsa yarar elde etme vakıasına bağlanan hukukî sonuç zarar veren lehine olacağı için bu vakianın davalı tarafından ispat edilmesi gerekir. Diğer deyişle zararın varlığı ve miktarının ispat yükünü kural olarak davacı taşır. Ama ispat yükü, tazminat miktarı belirlenirken yapılan hesaplamada esas alınacak vakılardan bunların hangi taraf lehine hukukî sonuç doğuracağına göre değişir.

Beden bütünlüğünün ihlâli dar anlamda haksız fiil sorumluluğuna dayanıyorsa zarar verenin kusuru, ispatı gerekli unsurlar arasında yer alır. Zarar veren ile zarar gören arsında akdî ilişkinin kurulmadığı durumlarda zarar gören zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır (TBK m. 50/I). Kusur zarar gören tarafından ispat edilmedikçe ya da dosyadaki bilgilere göre ispat edilmiş sayılmadıkça tazminat talebi reddedilir. Diğer bir ifadeyle, zarar verenin kusurunun belirsiz kalma riskini zarar gören taraf taşır.

⁵⁹⁵ Schnyder, Art. 42 N. 11, s. 355; Max Sidler, “Schadensschätzung und Gerechtigkeitsgebot – oder: die Beweismechanik bei ziffernmässig nicht nachweisbaren Schäden”, **AJP**, 2005, s. 542; Mark Schweizer, “Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42. Abs. 2 OR”, **HAVE Personen-Schaden Forum 2016**, Zürich, 2016, (Schätzung), ss. 175, 176; BGE 128 III 271 E. 2b/aa.

Beden bütünlüğünün ihlâlinin olağan sebep sorumluluğuna dayanması hâlinde ise kusur, ispatı gerekli unsurlar arasında yer almaz. Ancak kanunun davalı için kurtuluş kanıtı getirilebilme imkânı tanıdığı hâllerde kurtuluş kanıtına konu olan olayın ispat yükü davalıya ait olur. Zararın doğumuna engel olmak için gerekli özeni gösterdiğini ispat yükü altında olan davalının bu özeni gösterdiği sabit olmadıkça sorumluluktan kurtulamaz; kusursuz sorumluluk hâllerinde kurtuluş kanıtı öngören düzenlemeler norm teorisine göre hakkın doğumuna engel olan norm kategorisinde değerlendirilir (Ör. TBK m. 66/II, m. 67/II). Hakkın doğumuna engel olan normdan lehine hak çıkaran taraf davalı zarar veren olacağı için kusursuzluğun belirsiz kalma riski davalı üzerindedir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinin akdî ilişkiye dayanması durumunda zarar gören sözleşmeyi ispat yükü altındadır. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesinde öngörülen özel ispat yükü normu gereği davacı, davalının kusurunu ispat yükü altında değildir. Türk Borçlar Kanunu'nun 112. maddesine göre sözleşmeye dayanan borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesi durumunda borçlu kendisine hiçbir kusur yüklenmeyeceğini ispat etmedikçe alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. Bu hüküm ile borçlunun kusurunun ispat yükü zarar gören üzerinden alınarak kendi kusursuzluğunu ispat yükü borçluya bırakılmıştır⁵⁹⁶.

Müterâfik kusurun ispat yükü dâima kendisine karşı istemde bulunulan kimsededir. Çünkü müterâfik kusur bunu ileri süren kimse için bir itiraz sebebi oluşturur. Kendi lehine hukukî sonuç doğuracak bu itiraz sebebinin de karşı norm olarak bu norma dayanan kimse tarafından ispat edilmesi gerekir⁵⁹⁷. Bu sebeple beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararın oluşmasında zarar görenin de kusuru olduğu itirazına dayanan davalı bu itirazının ispat yükünü taşır.

⁵⁹⁶ Ameliyat sırasında ölen hasta ile doktor arasında aralarında akdî bir ilişki olduğundan bahisle doktorun kendi kusursuzluğunu ispat etmesi gerektiği hakkında bkz. HGK, 28.6.1978, 1976/4-3596 1978/696, (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 577, dn. 1c). “Doktor, hastanın tedavisi sırasında uymadığı bir tıp icabından dolayı akdî ve akit dışı sorumluluğa tâbidir. Operatör ameliyat edilen hastanın vücudunda tampon, kompre gibi cisimleri unutarak bırakırsa kaideten sorumludur ve bu unutmamanın bir kusur teşkil etmediğini isbat yükü ona düşer”, (Umar, No. 100, s. 61). Ancak önemle belirtmek gerekir ki burada zarar veren doktor ile hasta arasındaki borç ilişkisi bir sözleşme ilişkisine dayanmayıp haksız fiil olarak nitelendiriliyorsa bu durumda doktorun kusurunu ispat yükü zarar gören davacıdadır. Ancak kusur vakıasına ilişkin delil ikame yükü “delillere hâkimiyet kuralı” gereği davalı doktora yüklenebilir. Postacioğlu, s. 535; Umar/Yılmaz, ss. 263, 264.

⁵⁹⁷ Umar/Yılmaz, s. 277.

Zararın ispatında olduğu gibi bedensel zarar ile fiil arasındaki illiyet bağının maddî şartının ve kusurun ispatında yaşanan zorluklarda ispat yükü dağılımı değişmez⁵⁹⁸. Vakıaların ispatındaki zorluklar ispat yükü kurallarının değiştirilmesi ile değil; karineler, ilk görünüş ispatı, ispat ölçüsünün düşürülmesi, delil ikame yükünün yer değiştirmesi gibi imkânların kullanılmasıyla aşılr. Hakkın doğumuna engel olan veya karşı norm niteliğinde olan normlara dayanan davalının yaşadığı ispat zorlukları da ispat yüküne etki etmeyip zarar gören lehine sağlanan ispat kolaylıklarının aynı şekilde davalıya da tanınması gerekir.

4. Hatalı Tıbbî Müdahaleden Doğan Tazminat Davalarının Özel Durumu

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında norm teorisini kabul etmiş olmakla birlikte tehlike ve hâkimiyet alanı ilkesinin bazı istisnâî durumlarda özel ispat yükü normlarının öngörülmesi bakımından bir gerekçe olabileceği kanaatindeyiz. Tehlike ve hâkimiyet alanı ilkesinin konumuz açısından tipik uygulama alanını hatalı tıbbî müdahaleden doğan tazminat davaları oluşturur.

Beden bütünlüğünün ihlâlinin hatalı tıbbî müdahaleden kaynaklandığı durumlarda zarara sebep olan müdahale, sınırları bilinen bir koruma alanında meydana geldiğinden tehlike ve hâkimiyet alanının tespiti nispeten problemsizdir⁵⁹⁹. Çünkü sağlık hizmetini sunan taraf, gerekli önlemleri alarak tıbbî müdahale sonucu oluşan zararları büyük ölçüde önleyebilir⁶⁰⁰. Hatalı tıbbî müdahale akdî ilişkiye dayanıyorsa özel ispat yükü normuyla kabul edilen kusur karinesi sayesinde tehlike alanı ve hâkimiyet ilkesi ile ulaşılmak istenen sonuca zaten ulaşılabilir. Ancak hatalı tıbbî müdahalenin haksız fiil olarak nitelendirildiği durumlarda kusur karinesi uygulanamayacağından bu konuda özel ispat yükü normuna ihtiyaç duyulur. Kanımızca bu konuda özel ispat yükü normu kabul edilmedikçe sadece tehlike alanı ve hâkimiyet ilkesi ile davacının kusura ilişkin ispat yükü kaldırılıp davalıya kusursuzluğunu ispat yükü yüklenemez. Nitekim bizim de katıldığımız görüşe göre ispat yükünü kanun paylaştırır. Hâkimin ispat yükünün paylaştırılması konusunda

⁵⁹⁸ Oftinger/Stark, § 3 N. 35, s. 122.

⁵⁹⁹ Musielak, AcP, s. 465.

⁶⁰⁰ Franzki, s. 73; Giesen, ss. 329, 340; Helmut Reutter, **Der Arzhaftungsprozess**, (Dissertation), Regensburg Üniversitesi, Regensburg, 2006, s. 143.

takdir hakkı bulunmamaktadır⁶⁰¹. Ancak maddî hukuk kuralının öngördüğü ispat yükü paylaşımı, hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuruyorsa norm teorisinin özel ispat yükü kuralına ihtiyaç duyduğu sonucu ortaya çıkar. Norm teorisinin istisnâî alanlar için özel ispat yükü normlarına ihtiyaç duyması hâlinde bu normların mümkün olduğunca hemen düzenlenmesi hak ve adalet ilkeleri gereğidir. Nitekim bu ilkeler doğrultusunda Alman hukukunda hatalı tıbbî müdahaleden kaynaklanan tazminat davaları için zarara uğrayanlar lehine özel ispat yükü normları öngörülmüştür (BGB § 630 h).

Alman Medeni Kanunu’nun 630 h paragrafının birinci fıkrasına göre tıbbî müdahale sonucu oluşan zarar “*kontrol edilebilir riskler*” neticesinde meydana gelmişse kusurun varlığı kabul edilir. Kanunda öngörülen bu kabul sebebiyle hastanın kusuru ispat etmesi gerekmez. Zararın kontrol edilebilecek risklerden meydana geldiğinin ispat edilmesi yeterlidir. Hijyen kurallarına aykırılık, hastane işletmesinin organizasyon hatası, tedavi araçlarının kullanımı, hastanın yanlış konumlandırılmış olması kontrol edilebilecek riskler kategorisinde değerlendirilir⁶⁰². Bedensel zararın bu riskler sebebiyle meydana geldiği ispat edildikten sonra kusurun varlığı karine olarak kabul edilir; bu aşamada artık hastane ya da hekimin kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir. Bu hüküm kusurun objektif ispat yükünü değiştiren özel ispat yükü normu olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple hastane ya da hekimin kusursuzluğu konusunda belirsizlik varsa bu belirsizliğe hasta değil hastane ya da hekim katlanır⁶⁰³. Bu hükümle kontrol edilebilir riskler bakımından kanunen bir kusur karinesi öngörüldüğü sonucuna varılabilir. Zarar görenin bu karineden faydalanabilmesi için karine temeli olarak zararın kontrol edilebilir riskler neticesinde doğduğunu ispat etmesi gerekli ve yeterlidir.

Alman Medeni Kanunu’nun 630 h paragrafının dördüncü ve beşinci fıkralarında ise hasta lehine illiyet bağı karinesi kabul edilmiştir. Tıbbî müdahalenin gerekli yeterliliğe sahip olmayan kimse tarafından yapılması durumunda bedensel zarar ile müdahale arasında illiyetin varlığı karine olarak kabul edilir. Karinenin aksini ispat, diğer bir ifadeyle bedensel zarar ile müdahale arasında illiyetin

⁶⁰¹ Umar/Yılmaz, s. 273, dn. 66.

⁶⁰² Reutter, s. 161.

⁶⁰³ Reutter, s. 143, 144. Gottfried Baumgärtel, **Beweislastpraxis im Privatrecht**, Carl Heymanns, Köln, 1996, s. 273; Zimmermann, § 286 Rn. 34, ss. 489, 490.

olmadığını ispat yükü hastane ya da hekime aittir (BGB § 630 h (4)). Aynı şekilde ağır tedavi hatasının varlığı tespit edildiğinde hasta, zarar ile tedavi arasındaki illiyet bağıını ispat etmek zorunda değildir. İlliyet bağının olmadığının ispat yükünü hastane ya da hekim taşır (BGB § 630 h (5)).

Türk hukukunda tıbbî müdahaleden doğan davalarda kusur ve illiyet bağı unsurlarının ispatına yönelik olarak özel ispat yükü normları mevcut değildir. Yaşanan ispat zorlukları emare ispatı ile aşılmaya çalışılsa da belirsizliğin rizikosunu hasta taşımaya devam eder. Alman hukukunda illiyet bağı ve kusur için öngörülen karinelerin uygulandığı durumlar, bu konuda özel ispat yükü normu öngörülmeven Türk hukuku için ilk görünüş ispatının uygulanmasına elverişlidir. Örneğin, doktor tarafından uygulanması gereken bir ilacın hemşire tarafından verilmesi tıbbî müdahalenin gerekli yeterliliğe sahip olmayan biri tarafından yapılması sebebiyle zararın nedenselliğini ilk görünüşte ispatlar⁶⁰⁴. İlk görünüşe göre illiyet bağı ispatlanmış sayıldığı için ispat yükünün kimde olduğu bu durumda önem arz etmez. Ancak hekimin veya hastanenin yapacağı karşı ispat faaliyeti ile hâkimde ilk görünüşe göre oluşan kanaat sarsıldığında belirsizliğin riskine hasta katlanmaya devam eder. Hâlbuki bu konuda özel ispat yükü kuralı olarak kanunî karineler öngörülerek karine sonucunun ispat yükü hastadan alınırsa belirsizlik riskini konum ve tıbbî bilgi itibarıyla daha güçlü olan hekim veya hastane taşır. Kanımızca, davalı ve davacı arasındaki konum ve bilgi farkı sebebiyle, dava sürecinin yönetiminde dezavantajlı olan hasta lehine özel ispat yükü kuralları öngörülmesi, medenî usûl hukukundaki silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir.

Ç. Delil İkame Yükü Bakımından Değerlendirme

İspat yüküne bağlı olan ve taraflarca getirilme ilkesinin bir sonucu olan soyut delil ikame yükü⁶⁰⁵ beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları bakımından özellik göstermez. Somut delil ikame yükünün ise bu davalar özelinde incelenmesi gerekir. Hâkimin belli bir vakıa hakkında kanaati oluşuktan sonra, söz

⁶⁰⁴ 3.HD, 24.11.2020, 8390/6981, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.6.2021).

⁶⁰⁵ Soyut-somut delil ikame yükü ayrımı hakkında bkz. Musielak, Beweislast, s. 49; Mark Schweizer, **Beweiswürdigung und Beweismaß**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, (Beweiswürdigung), s. 546; Umar/Yılmaz, s. 32-36; Atalay, Pekcanitet Usûl, s. 1696; Atalay, s. 18, 19; Yardımcı, s. 39.

konusu vakıa için ispat yükünü taşımayan taraf, somut delil ikame yükünü taşır. İlk görünüş ispatının câiz olduğu, hayatın olağan akışına göre karar verilebilen, delillerin karşı tarafın hâkimiyetinde olduğu durumlarda somut delil ikame yükü, ispat yükünü taşımayan taraf üzerindedir⁶⁰⁶. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zarar, kusur ve illiyet bağı unsurlarının ispatındaki zorluk, bu vakıaların ispatlanmış sayılması için ilk görünüş ispatı ve yaşam tecrübesi kuralları ile daha düşük bir kanaat derecesiyle yetinilmesi sonucunu doğurur. Benzer şekilde tıbbî müdahale davalarında sıkça karşılaşılan delillerin karşı tarafın hâkimiyetinde olması durumunda, ispat yükünü taşımayıp delil ikame yükünü taşıyan hastane veya hekim tarafından bu yükün haklı sebep olmaksızın yerine getirilmemesi, zarar gören hastanın iddialarının doğruluğu konusunda hâkimde kanaat oluşmasını sağlar⁶⁰⁷. İspatlanmış sayılan vakıa unsurları hakkında hâkimde oluşan kanaati çürütmek için delil gösterme yükü davalıya geçer.

Beden bütünlüğünün ihlâline ilişkin Yargıtay kararları incelendiğinde delil ikame yükü kavramından bahsedilmeksizin oluşan zararın ispatında “*davacının ayrıca ispat yükünün bulunmadığı*⁶⁰⁸”, “*aksini kanıtlamak yükümlülüğünün davalıya ait olduğu*⁶⁰⁹” gibi ifadelerle, karşı delil ikame yükünün davalıda olduğunun kastedilmek istendiği anlaşılmaktadır. Özellikle ölüm hâlinde uğranılan zararlarda ölenin destek olduğunun ispatı ile ölüm ve ağır bedensel zararlarda yansıma yoluyla uğranılan manevî zararın ispatında belirli akrabalık ilişkilerinin tecrübe kuralı olarak kabul edildiği görülür⁶¹⁰. Bu bağlamda ölen ya da ağır bedensel zarara uğrayan kişi ile olan akrabalığın, davacı tarafından ispatıyla ölenin destek sıfatı ve manevî zarar vakıaları ispatlanmış sayılır. Bu aşamada davalının aleyhine karar verilmesini önlemek için ölenin destek olmadığı ya da manevî zararın oluşmadığı konusunda

⁶⁰⁶ Enka Pawlowski, **Der Prima-Facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag**, Otto Schwartz, Göttingen, 1966,, s. 44; Prütting, ss.10-13; Atalay, s. 21.

⁶⁰⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 577, dn., 1c).

⁶⁰⁸ 4.HD, 22.11.2011, 3419/12261, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 6.7.2020).

⁶⁰⁹ 4.HD, 27.01.2003, 2002/10678, 2003/847, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.6.2020).

⁶¹⁰ Ölen çocuğun anne ve babasının açtığı destekten yoksun kalma davalarında, davacının ölen kişinin annesi ya da babası olmasının destek vasfının ispatlanmış sayılması için yeterli olup olmadığı konusunda Yargıtay daireleri arasında görüş farklılığı bulunmaktaydı. Karş. 21.HD. 16.9.2003, 7075/6974, 4.HD, 27.01.2003, 2002/10678, 2003/847, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 6.7.2020). Anne babanın çocuğunun haksız fiil veya akde aykırılık sonucu ölmesi nedeniyle açtığı destekten yoksun kalma tazminatı davalarında, çocukların anne-babaya destek olduklarının karine olarak kabul edileceği hakkındaki Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. İBK., 22.6.2018, 2016/5, 2018/6, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 6.7.2020).

delil ikame etmesi gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu yeni tarihli bir kararında hastalıklı kanın nakledilmesinden bir süre sonra ölen kişinin yakınlarının kan naklinin yapıldığı sağlık kuruluşuna karşı açtığı davada, ölüm ile kan nakli arasındaki illiyet bağının olmadığının ispatının, davalı hastane tarafından yapılması gerektiğine karar vermiştir. Hukuk Genel Kurulu kararda ilk görünüş ve delil ikame kavramlarını kullanmasa da ölüm sebebi olarak görülen Hepatit-B virüsünün donör kanda da tespit edilmesini, illiyet bağının varlığına ilişkin ilk görünüş kabul etmiş; bu kabulden sonra karşı delil ikame yükü davalı hastaneye geçmiştir⁶¹¹.

D. İspat Ölçüsü Bakımından Değerlendirme

İspat ölçüsü ile ilgili olarak gerek Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda gerekse mehzaz İsviçre Usûl Kanunu'nda bir düzenleme yer almamaktadır. Bunun sebebi ispat ölçüsüne ilişkin düzenlemenin temellerinin maddî hukukta yer aldığı düşüncesidir⁶¹². İspat ölçüsü, somut olaya uygulanacak hukukî sonucun doğduğuna karar verebilmek için varlığı ya da yokluğu iddia edilen bir olayın hangi hallerde ispatlanmış sayılacağını, yani hâkimde oluşması gereken kanaatin derecesini belirten bir kavramdır⁶¹³. İspat ölçüsünün düşürülmesi ispat kolaylığı sağlama araçlarından biridir. İspat kolaylığı için sağlanan ispat ölçüsünün düşürülmesi durumunda hâkim tüm delilleri inceler, somut olay bakımından bir ispat güçlüğü ya da imkânsızlığı mevcut olduğu için oluşması gereken kanaat ölçüsü düşürülerek maddî meseleler hakkında karar verir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasına göre “*uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete*

⁶¹¹ “Dava, hepatit-b virüsü taşıyan kanın hastaya verilmesi sonucu hastanın ölümü nedeniyle maddi ve manevi tazminatın tahsili istemine ilişkindir... Verilen kanda ölüme sebep olan hastalığa ilişkin bulaşıklık bulunduğu ortadayken artık hastalığın bu kandan değil, başka bir suretle bulaştığını davalı hastane ispat etmelidir. Ne var ki dosya kapsamı itibarıyla bu husus ispat edilememiştir. Hâl böyle olunca mahkemece illiyet bağının tam olarak tespitinin mümkün olmadığı gerekçesiyle davalı hastane yönünden asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını gerektirmiştir”, (HGK, 4.6.2020, 2017/13-669, 2020/346), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 6.7.2020).

⁶¹² Prütting, s. 111.

⁶¹³ Reinhard Greger, **Beweis und Wahrscheinlichkeit**, Carl Heymanns, Münih, 1978, (Beweis), s. 8; Gerhard Walter, **Frei Beweiswürdigung**, Mohr, Tübingen, 1979, s. 5; Prütting, s. 58; Kamil Yıldırım, **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990, ss. 39, 66; Atalay, s. 37; Başözen, s. 112; Hakan Albayrak, **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin, Ankara, 2013, s. 16.

uygun olarak belirler”. Türk hukukunda gerek maddî hukukçular gerekse usûl hukukçuları tarafından tüm yönleri ile ele alınmayan bu hüküm Türk Borçlar Kanunu’nda yer alan usûli bir düzenlemedir⁶¹⁴. Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrası, mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nun 42. maddesinin 2. fıkrasına ve Alman Usûl Kanunu’nun 287. paragrafına karşılık gelmektedir.

Zarara ilişkin vakıanın niteliğinden kaynaklı bir ispat zorluğu bulunduğu, Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrası gereği, zararın ispatında kural ispat ölçüsü “ağırbasan ihtimale” indirgenerek ispat kolaylığı sağlanır⁶¹⁵. Türk hukukunda vakıanın ispatlanmış sayılması için ağırbasan ihtimali yeterli kabul eden ispat ölçüsü yaklaşık ispat olarak ifade edilir⁶¹⁶. Diğer bir ifadeyle, zararın tam ve kesin olarak ispatı mümkün değilse zararın ispatlanmış sayılması için yaklaşık ispat yeterlidir. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında çalışma gücü kaybı nedeniyle uğranılan kayıplar, devam eden tedavi, tam olarak kestirilemeyen iyileşme süreçleri nedeniyle tedavi giderleri, ölenin desteğinden mahrum kalanların uğradığı zararlar niteliği gereği tam ve kesin olarak ispatı mümkün olmayan varsayımsal zarar hesabı yapılmasını gerektiren zarar kalemleridir. Bu sebeple beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları, Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının tipik uygulama alanını oluşturur⁶¹⁷. Çünkü zararın kesin olarak belirlenemediği hâllerde hâkimin zarar miktarına ilişkin yürüttüğü tahmin (Schätzung), vakıa tespitine ilişkin takdir hakkı kullanımıdır. Bu düzenleme ile hâkime zarar vakıasına ilişkin özel bir takdir alanı yaratılmıştır⁶¹⁸. Bu hükümle hâkim, bir yandan olayların olağan akışını esas alarak daha az olası olanı daha kolay eleme imkânı elde ederken, diğer taraftan gelecekteki varsayımsal vakıalar hakkında bağımsız tahmin yapma yetkisini kazanır⁶¹⁹.

⁶¹⁴ Flavio Perini, **Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 OR**, Schulthess, Zürich, 1994, s. 27; Sabine Baumann Wey, **Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO**, Schulthess, Zürich, 2013, Rz. 224; Schweizer, Schätzung, s. 164.

⁶¹⁵ Gottwald, s. 214; Berger/Güngerich, Rn. 761, s. 231; Larenz/Canaris, § 83 II, s. 587.

⁶¹⁶ Muhammet Özkes, **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin, Ankara, 1999, (İhtiyatî Haciz), ss. 219, 220; Oğuz Atalay, “Emare İspatı”, **Manisa Barosu Dergisi**, Sayı: 70, 1999, (Emare), s. 15.

⁶¹⁷ Gottwald, s. 11.

⁶¹⁸ Gottwald, s. 214; Schweizer, Schätzung, s. 174; Prütting, MüKo, § 287 Rn. 17, s. 1808; Larenz/Canaris, § 83 II, s. 587.

⁶¹⁹ Gottwald, s. 214.

Türk Borçlar Kanunu’nun ifadesi esas alındığında madde metninde “tam olarak” ispat edilemeyen zararlardan bahseder. Bu sebeple zarar kalemleri arasında tam olarak ispatı mümkün olan miktarlar varsa bunlar, Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrası kapsamına girmez⁶²⁰. Örneğin, mevcut tedavi giderlerinin tam olarak ispatı mümkün olduğu için davacı taraftaki delil eksikliği nedeniyle mevcut giderlerin ispatlanamamış olması Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrasının uygulama alanına girmez; bu kalemlerin tam ispat ölçüsünde ispat edilmesi gerekir. Ancak Yargıtay kararlarında beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlar bakımından bu ayrımın yapılmadığı, somut olayda beden bütünlüğünün ihlâlinin ya da bir özen yükümlülüğü ihlâlinin kesin olarak tespit edilmesi hâlinde, tedavi giderlerinin Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrasına göre hâkimce takdir edilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁶²¹. Kanımızca mevcut tedavi giderleri gibi cenaze giderlerinin ispatı da vakıanın niteliğinden kaynaklı bir ispat zorluğu içermediği için cenaze giderlerinin ispatında da Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrası uygulanamaz⁶²². Bu sebeple cenaze giderleri, bu giderleri karşılayanlar tarafından, tam ispat ölçüsünde ispatlanmalıdır.

Türk yazarlar tarafından her ne kadar hâkim tarafından yapılacak belirlemenin, Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrasında açıkça

⁶²⁰ Aynı yöndeki Alman Usûl Kanunu’nun 287. paragrafı hakkındaki değerlendirmeler için bkz. Gottwald, s. 216.

⁶²¹ “...yaralanma nedeniyle tedavi gideri yapılması, iş göremez durumda kalınması yaşamın olağan akışına uygun olup tüm giderlerin belgelenmesi de beklenemez. Şu durumda, davacının maddi tazminat istemi hakkında Borçlar Kanunu’nun 42. maddesi (TBK m. 50/2) uyarınca bir karar verilmesi gerekirken istemin reddi doğru olmayıp kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir” (4.HD, 7.5.2015, 2014/9263, 2015/5791), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.6.2020). “Raporda davalının yaptığı tedavinin ek zarar oluşturmadığı belirtilmiş ise de, davacıların çocuğu için yararlı olmayan hatta hiç gerekmeyen bir tedavi yapılması sebebiyle doktorun özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşılmaktadır. Nitekim raporda tedavinin, klinik bulgulara uygun olmadığı da belirtilmiştir. Bu durumda hâkim BK’nun 50. maddesinde yer alan ‘Zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır. Uğranılan zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler.’... hükmü gereğince davacıların talepleri doğrultusunda uygun bir tazminat belirlenmesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir” (13.HD, 28.6.2018, 3376/7454), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.6.2020). Aynı yönde bir kara için bkz. 4.HD, 22.5.2013, 2012/10712, 2013/9325, (Avcı Braun, ss. 38, 39).

⁶²² Aksi görüş için bkz. Çelik Ahmet Çelik, “Cenaze ve Gömme Giderileri”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/cenaze-ve-gomme-giderleri.htm>, (12.5.2020), (Cenaze Giderleri).

belirtildiği üzere sadece zarar miktarına ilişkin olacağı ifade edilmişse⁶²³ de İsviçre öğretisinde kabul edilen görüşe göre, bu hüküm (OR Art. 42/II) sadece zarar miktarının ispatlanamaması durumunda uygulama alanı bulmaz; aynı zamanda zararın mevcut olup olmadığı bakımından da uygulama alanı bulur. Diğer bir ifadeyle, Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrasının uygulanabilmesi için Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinde yer alan zararın varlığına ilişkin koşul vakianın ispatlanmış olmasına gerek yoktur. Çünkü zararın varlığının ve zarar miktarı vakıalarının birbirinden ayrılması mümkün değildir. Zira bir zararın varlığı her zaman sayısal bir miktarı gerektirir. Zarar miktarının sıfır olduğu durumda zarar yoktur. Diğer bir ifadeyle zararın varlığının ispatı az ya da çok bir zarar miktarının ispatını gerekli kılar⁶²⁴. Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrasının uygulama alanının haksız fiilden kaynaklanan zararlarla sınırlı olmaması, Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesi anlamında bir zarar mevcudiyetinin aranmadığının göstergesidir. Nitekim bu hüküm, Türk Borçlar Kanunu'nun 114. maddesinin 2. fıkrası gereği sözleşmeye dayanan tazminat taleplerinde de uygulama alanı bulur.

Zarar verenin fiilinin yol açmış olduğu beden bütünlüğünün ihlâlinin, tam ispat ölçüsünde ispatlanması gerekirken beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle uğranılan zararın, düşürülmüş ispat ölçüsüne göre ispatlanması gerektiği kabul edilmektedir⁶²⁵. Bu durum sözleşmeyle ilgili tazminat talepleri için de geçerlidir⁶²⁶. Alman hukukunda, davalının davranışı ile davacıya ait bir hak ya da hukukî değerinin ihlal edilip edilmediği sorunu, *haftungsbegründende Kausalität* kavramı içerisinde değerlendirilmektedir. *Haftungsbegründende Kausalität* olarak ifade edilen fiil ile ihlâl edilen hak arasındaki nedenselliğin ispatında ise kural ispat ölçüsünün

⁶²³ Tamer İnal, “Manevi Zararın Takdiri ve Paraya Çevrilerek Hesaplanması”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı: 71-72, 2010, s. 220; Simil, dn. 533.

⁶²⁴ BGE 81 II 50 E. 5; Bruno Pasquier, **Die Schätzung nach gerichtlichen Ermessen – unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR**, Schulthess, Zürich, 2014, Rz. 155; Hans Peter Walter, “Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess”, **Haftpflichtprozess 2009**, Schulthess, Zürich, 2009, s. 61; Vito Roberto, **Schadensrecht**, Helbing & Lichtenhahn, Basel ve Frankfurt, 1997, (Schaden), s. 38; Walter Fellmann, “Die Normativierung des Personenschadens - der Richter als Gesetzgeber?”, **HAVE-Personen-Schaden-Forum 2005**, Schulthess, Zürich, 2005, ss. 13-38. Heinrich Honsell, “Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht”, **Juristische Schulung**, 1973, (Schadensersatzrecht), s. 72, Aksi görüş, Avcı Braun, s. 58.

⁶²⁵ Giesen, s. 318. BGH, 24.6.1986 VI ZR 21/85 NJW 1987,705.

⁶²⁶ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 287 Rn. 19, s. 1323.

uygulanması gerektiğine dair görüş birliği vardır⁶²⁷. Ancak ihlâl nedeniyle para ile ölçülebilir bir zararın meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi ise *haftungsausfüllende Kausalität* kavramı içerisinde yer alır. Buna göre eğer beden bütünlüğünün ihlâlinin davacının fiili neticesinde meydana geldiği çekişmesiz ya da ispatlanmış ise buna ilişkin zararın oluşumuna dair ispatta düşürülmüş ispat ölçüsü yeterli kabul edilir⁶²⁸. Yine somut olayda beden bütünlüğünün ihlâline davalının fiilinin yol açıp açmadığı konusunda taraflar arasında uyuşmazlık varsa düşürülmüş ispat ölçüsü uygulanmaz, kural ispat ölçüsü uygulanır. Hâkime zararı değerlendirme yetkisi taraflar arasında bir zararın oluşup oluşmadığına ya da zarar oluşmuşsa bunun miktarına ilişkin olarak bir uyuşmazlık olması durumunda tanınmıştır⁶²⁹.

Alman Federal Mahkemesi'nin yeknesak içtihatlarına göre beden bütünlüğünün ihlâli durumlarında, ihlâlin ilk sonucu ile sonraki gelişen bedensel zararlar arasındaki bağlantının tespiti de yaklaşık ispata göre yapılmaktadır⁶³⁰.

Zarara ilişkin vakıaların tespitinde hâkimin bir takdir hakkı olmayıp sadece zarara biçilecek değer konusunda hâkim takdir yetkisine sahiptir⁶³¹. Hâkimin zarara ilişkin takdir edeceği değer, zarara ilişkin vakıaların zarar verenin malvarlığı üzerindeki etkilerine, özellikle tazminat için varsayılan nedensellik sürecine bağlıdır⁶³². Bu yüzden örneğin çalışma gücü kaybı nedeniyle gelir kaybı gibi gelecekteki zararlar için karar vermek gerektiğinde, zarar takdirinin o noktaya kadar meydana gelmiş gelir kayıpları esas alınarak yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁶³³.

İsviçre öğretisinde İsviçre Borçlar Kanunu'nun 42. maddesinin 2. fıkrasının (TBK m. 50/II) sadece zararın ispatına ilişkin vakıalar bakımından değil, tipik bir ispat zorluğu bulunan her vakıa bakımından kıyasen uygulanabileceği ileri

⁶²⁷ Blomeyer, s. 890; Leo Rosenberg, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, **Zivilprozessrecht**, 18. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2018, (2018), § 115 Rn. 12, s. 693; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 287 Rn. 6, s. 1320.

⁶²⁸ Blomeyer, s. 391; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 287 Rn. 7, s. 1320; Musielak/Voit, Rn. 839, s. 299.

⁶²⁹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 115 Rn. 2, s. 692 Zimmermann, § 287 Rn. 4, s. 498; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 287 Rn. 10, s. 1320.

⁶³⁰ BGH, NJW 1993, s. 201; BGH NJW 1992, s. 3298; BGH, NJW 2008, s. 1381; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 287 Rn. 7, s. 1320.

⁶³¹ BGH NJW 1989, 3009; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 115 Rn. 10, s. 693.

⁶³² Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 115 Rn. 19, s. 695.

⁶³³ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 115 Rn. 20, s. 695.

sürülmüştür⁶³⁴. Örneğin, davacının denkleştirmeye tâbi bir fayda sağlayacağı iddiasında bulunan davalının bu iddiasının ispatı için dayandırdığı vakıalar bakımından tipik bir ispat zorluğu varsa İsviçre Borçlar Kanunu’nun 42. maddesinin 2. fıkrasının (TBK m. 50/II) kıyasen uygulanarak ispat ölçüsünün düşürülmesi gerekir⁶³⁵. *Pasquier*’e göre İsviçre Borçlar Kanunu’nun 42. maddesinin 2. fıkrası (TBK m. 50/II) genelleştirilmeli; kural ispat ölçüsünün uygulanamayacağı her durum için ispat ölçüsünün düşürülmesinin dayanağı olmalıdır⁶³⁶.

Alman Usûl Kanunu’nun tazminat miktarının tayinine ilişkin 287. paragrafının 2. fıkrasında tazminat davaları dışında diğer malvarlığına ilişkin davalarda da ispat ölçüsünün belli şartlar altında düşürülebileceği ifade edilmiştir. Buna göre eğer taraflar arasında talep miktarına ilişkin bir uyuşmazlık varsa ve bu miktarın tam ispat ölçüsünde ispat edilmesinin barındırdığı zorluklar, talebin tartışmalı kısmının önemi ile orantısız ise bu durumda tazminat taleplerinde zarar miktarının tayininde kabul edilen kolaylık, diğer malvarlığı talepleri için de uygulanır (De. ZPO § 287 II). Ancak talep miktarı tam hesaplanabiliyorsa bu durumda ispat ölçüsünün düşürülmesi söz konusu olmaz⁶³⁷.

Hâkimde tam kanaati oluşturacak delillerin gösterilmesinin objektif olarak ispat yükünü taşıyan taraftan beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği durumlarda, ispat güçlüğü ya da imkânsızlığı hâllerinin varlığı kabul edilerek ispat ölçüsü de düşürülmelidir⁶³⁸. Kanımızca Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrası ispat yükünü taşıyan zarar gören lehine ispat kolaylığı sağlayan yerinde bir düzenlemedir. Ancak ispat ölçüsünün düşürülmesi sadece varsayımsal zarar hesabını gerektiren beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararların ispatında değil, ispat zorluğu ya da imkânsızlığı yaşanan kusur ve illiyet bağı gibi diğer vakıalar bakımından da geçerli olmalıdır. Bu sebeple bu vakıalar bakımından da ispat ölçüsünün düşürülebilmesi için kanunî düzenlemeye ihtiyaç vardır.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zararın niteliğinden kaynaklı olarak zarar vakıası dışında kusur ve illiyet bağı gibi normatif

⁶³⁴ Schweizer, Schätzung, s. 166; Pasquier, s. 358; Hardy Landolt, “Vorteilsanrechnung beim Personenschaden”, **HAVE- Personen-Schaden-Forum 2019**, Schulthess, Zürich, 2019, s. 75.

⁶³⁵ Landolt, s. 75

⁶³⁶ Pasquier, s. 358.

⁶³⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 115 Rn. 22, s. 695; Zimmermann, § 287 Rn. 7, s. 498.

⁶³⁸ Musielak, Beweislast, ss. 120-123; Atalay, s. 44; Başözen, s. 138.

hukuk kavramlarının ispatında ispat güçlükleri ortaya çıkabilir. Eğer mahkeme kural ispat ölçüsünde vakıanın gerçekliğine ikna olursa ancak o zaman ispat gerçekleşmiş olur. Vakıaların gerçekliğinin kesinlik derecesi son şüpheyi tamamen dışlamasa da pratik yaşam için işe yarar bir ikna derecesinde olmalıdır⁶³⁹. İspat ölçüsünün düşürüldüğü durumlarda ise vakıanın doğruluğu için ağırbasan bir ihtimalden bahsedilir⁶⁴⁰. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zarar vakıası dışında kusur ve illiyet bağının ispatında da ispat ölçüsünün düşürülmesi gündeme gelir. İlk görünüş ispatının ve tecrübe kurallarıyla ispatın geçerli olduğu hâller⁶⁴¹ ve normatif hukuk kavramlarına dayanan vakıa iddialarında ispat ölçüsü düşürülerek gerekli kanaate ulaşılabileceği ifade edilmiştir⁶⁴². Örneğin, sadece HIV virüsünün bulaşması beden bütünlüğünün ihlâli olarak nitelendirilir. Hastalığın meydana gelmesi tazminat talebi için gerekli değildir. HIV virüsünün bulaşması olgusunun ispatında kural ispat ölçüsü uygulanırken virüsün bulaşmasından sonraki sonuçların nedenselliğinde “ağırbasan ihtimal” derecesi yeterlidir⁶⁴³.

Müterâfik kusur durumunda zarar değerlendirmesinde ise ispat ölçüsü, zarar görenin kusurunun zararın meydana gelmesine yol açması ya da zarar miktarının

⁶³⁹ Brehm, Berner Kommentar, Art. 41 Rz. 117a, s. 101.

⁶⁴⁰ Kural ispat ölçüsü olarak neredeyse %100 gibi bir oran kabul edilirken vakıanın iddia edildiği gibi olma ihtimali %50 den biraz fazla ise bu durum kuvvetli ihtimal olarak değerlendirilemez. Kuvvetli ihtimal derecesine ulaşabilmek için ihtimal yüzdesinin %75 olması gerektiği ifade edilmiştir. Diğer bir ifade ile ileri sürülen vakıanın gerçek olmama olasılığı, gerçek olma olasılığına göre önemli değil ve somut olay bakımından dikkate alınması gerekmezse söz konusu vakıanın gerçek olma olasılığı kuvvetlidir (BGE 132 III 321; (Pasquier, Rz. 47)).

⁶⁴¹ İlk görünüş ispatında her durumda ispat ölçüsünün düşürülüp düşürülmediği konusundaki Alman hukukundaki tartışmalar için bkz. Oliver Rommé, **Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast**, Carl Heymanns, Köln, 1989, s. 132 vd. Hâkim görüşe göre ispat ölçüsünün düşürülmesi ilk görünüş ispatının kullanımının zorunlu bir sonucudur (Rommé, s. 134). Aksi görüş için bkz. Prütting, s. 111; Başözen, ss. 143, 144.

⁶⁴² Atalay, s. 44; Başözen, s. 138;. Emare ispatında genel delil gösterme ve değerlendirme kurallarından sapma görülmez ve ilk görünüş ispatından farklı olarak ispat ölçüsünün düşürülmesine yol açmaz. Emare ispatına ilk görünüş ispatının uygulanabilmesinin mümkün olmadığı durumlarda ispatın kolaylaştırılması sonucuna yol açmaksızın başvurulabilir. Emare ispatı ilk görünüş ispatından farklı olarak detay incelemesini gerekli kılar (Engels, s. 39; Prölles, ss. 20, 21; Başözen, ss. 59-64).

⁶⁴³ Aynı durum radyoterapideki (ışın tedavisi) doz aşımı için de geçerlidir. Kanser hastalığının tedavi yöntemi olarak radyoterapi, iyonlaştırıcı ışın kullanılarak tümörlü dokunun yok edilmesini sağlar. Radyasyonun kanserli hücrelerin yanında sağlıklı hücrelerin DNA'larında hasar oluşturduğu, ancak dokuların tolerans dozlarının aşmayacak şekilde yapılan bir ışınlama tedavisinde sağlıklı hücrelerin kendilerini tamir ederek tekrar fonksiyonel hâle gelebildiği ifade edilmiştir. Radyoterapide doz aşımı nedeniyle sağlıklı hücrelerin kendilerini tamir edemeyecek şekilde hasara uğramaları durumunda vücudun içsel işlevinin bozulmasına bağlı olarak beden bütünlüğü ihlâl edilmiş olur. Bu sebeple doz aşımı başlı başına beden bütünlüğünün ihlâlini teşkil eder. Doz aşımı olgusunun ispatında kural ispat ölçüsü uygulanırken beden bütünlüğü ihlâli nedeniyle oluşan sonraki sonuçların nedenselliğine ilişkin karar verilirken ciddi veya önemli ihtimal kriteri yeterlidir (Giesen, s. 324).

artmasına sebebiyet vermesine göre değişmektedir. İhlâlin meydana gelmesinde zarar görenin davranışının da etkili olduğu ileri sürüldüğünde zarar görenin davranışının kural ispat ölçüsüne göre ispat edilmesi gerekirken⁶⁴⁴ zarar görenin davranışının zarar miktarına olan etkisi ile kusur dereceleri düşürülmüş ispat ölçüsü esas alınarak tayin edilir⁶⁴⁵.

E. İspat Türleri Bakımından Değerlendirme

1. Genel Olarak

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zarar, kusur ve illiyet bağı unsurlarının bünyesinde barındırdığı ispat zorlukları genel anlamda dolaylı ispat faaliyeti ile aşılmaya çalışılır. Bedensel zarar ve ölüm hâlinde uğranılan zarar kalemleri varsayımsal zarar hesabını gerekli kılar. İyileşme süreciyle bağlantılı tedavi giderleri, zarar gören ya da ölenin ileride elde edeceği gelir, yaşayacağı süre, evlenme ihtimali gibi unsurlar doğrudan ispatı mümkün olmayan ve zararın hesabında esas alınan önemli unsurlardır. Beden bütünlüğünün ihlâlinin davalının sorumluluğundaki bir eylem nedeniyle meydana gelip gelmediğinin belirlenmesi de çoğu durumda dolaylı ispat faaliyeti ile mümkün olmaktadır. Zira beden bütünlüğünün ihlâlinde sıklıkla karşılaşılan, aynı zarara yol açmaya elverişli birden fazla nedensel süreç ihtimali olduğu durumlarda, zararın davalının sorumluluğundaki eylem sebebiyle meydana geldiğinin ispatı doğrudan ispat edilemez. Bu sebeple bu davaların ispat faaliyetinin içeriği bakımından ayrıca incelenmesi gerekir.

⁶⁴⁴ BGH, MDR 1968, s. 492; Prütting, MüKo, § 287 Rn. 15; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 115 Rn. 21, s. 695.

⁶⁴⁵ BGH, NJW 1986, s. 2945; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 115 Rn. 21 s. 695.

2. Zararın İspatında Dolaylı İspat

Emare ispatı, fiilî karineler, ilk görünüş ispatı dolaylı ispat kavramı⁶⁴⁶ altında değerlendirilir. Zaman zaman birbiriyle örtüşmekle ve somut olayda her zaman ayırtedilemez olmakla beraber teorik olarak birbirinden farklı olan bu üç kavram temelini tecrübe kurallarından alır⁶⁴⁷. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarına ilişkin Alman ve İsviçre mahkeme kararlarına bakıldığında, geleceğe yönelik varsayımsal zarar hesabında referans gruplarından yararlanıldığı görülür. Referans grubundan elde edilen sonuç aslında tecrübe kuralları ile elde edilen sonuçtan başka bir şey değildir. Türk Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinin 2. fıkrasına göre zarar belirlemesi yapılırken hâkimin tecrübe kurallarına dayanması gerekir⁶⁴⁸.

Zararın belirlenmesinde asıl önem arz eden noktalar “*hakkaniyete uygun olarak*” ve “*olayların olağan akışını göz önünde tutarak*” ifadeleridir. Destekten yoksun kalma davalarında farazî destek belirlemesi yaparken Yargıtay’ın sıklıkla “*hayatın olağan akışı*” kavramına başvurduğu gözlemlenir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁶ Doğrudan ispat-dolaylı ispat ayrımı hakkında bkz. Üstündağ, s. 621; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1619 vd.; Atalay, s. 7; Başözen, s. 16 vd.

⁶⁴⁷ Emare ispatında, komşu vakıaların ispatıyla hayat tecrübesi ve mantık kurallarına dayanılarak asıl vakıa ispatlanmış sayılır. Bu ispat türünde olay akışı derinlemesine, ayrıntılarıyla incelenmelidir ve kanaate ulaşmak için tam ispat gerekir. Fiilî karineler de aslında bir emare ispatı olmakla beraber, burada kendisinden sonuç çıkarılan tecrübe kuralı adı emare ispatına göre daha güçlüdür. Bu sebeple fiilî karinelerin kuvvetli emare ispatı olduğu söylenebilir. İlk görünüş ispatı için yaşam olayının tipikliği şarttır. Bu durum ise tecrübe kuralının belirli bir tipiklikte olmasını gerekli kılar. Ayrıca ilk görünüş ispatında görünüş temeli sebebiyle oluşan başlangıçtaki kanaat zaten ispat ölçüsü sınırına ulaşmıştır. Oysaki adi emare ispatında başlangıç olasılığı yeterli değildir, ancak başka delillerin sunulmasıyla hukukî kanaate varmak için belirlenen eşik yükseltilir. Fiilî karine kavramı “*yaşam deneyim kuralları*” ile aynı anlamda kullanılmaktadır. Fiilî karine de ilk görünüş ispatının da temelini yaşam deneyimi kurallarına dayalı tecrübe kurallarından alması sebebiyle ikisi benzerlik göstermektedir. Ancak ilk görünüş ispatı yaşam deneyimi kurallarının yanı sıra maddî hukuktan beslenmektedir. Fiilî karineler, aksini ispat şeklinde asıl ispatla çürütülebilir. Oysa ilk görünüş ispatında hâkimde oluşan kanaati sadece karşı ispat faaliyeti ile çürütmek yeterlidir (Engels, s. 39; Pröls, ss. 20, 21; Atalay, Emare, s. 7 vd., Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1619 vd.; Başözen, ss. 7, 59-64).

⁶⁴⁸ Sidler, s. 545; Schweizer, Schätzung, s. 182.

⁶⁴⁹ “*..Ne var ki genel yaşam tecrübelerine ve yaşamın olağan akışına dayanan kişi, artık bu iddiasını ispatla yükümlü değildir. Bilindiği gibi bu kurallar yani eylemli karine denen yaşam deneyi kuralları, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında hâkimin kanaat edinmesine yarayan, yaşam deneyimlerinin ortaya koyduğu değer hükümleridir.... Delil değerlendirme serbestisinin yürüdüğü alanlarda bu değer hükümleri dolaylı olarak hâkim tarafından göz önünde tutulur... Hâkim, hakkında delil gösterilmemiş olay iddiasının doğruluğunu, yaşam deneyi kurallarına dayanarak kabul edebilir ve bu durumda da delil gösterme yükü, o olayın aksini ileri süren tarafa geçer. Nitekim Yargıtay emsal niteliğindeki birçok kararında, aynı ilkeyi*

“Hakkaniyete uygun olarak” ve “olayların olağan akışını göz önünde tutarak” ifadelerinin amacı zararın mümkün olduğunca somut bir şekilde hesaplanmasını sağlamaktır⁶⁵⁰. Ancak bir tanığın ifadesi sonucu bir vakıa hakkında çıkarımda bulunmak ile olayların normal seyrine göre bir çıkarımda bulunmak arasında mantık bilimi açısından bir fark bulunmaz. Çünkü her ikisi de tümevarımsal muhakemeye dayandığı için çıkarım yoluyla elde edilen sonuç mutlak doğru değildir⁶⁵¹. Zira bu muhakeme şeklinde spesifik durumlar için geçerli olan önermelerden yola çıkarak tüm benzer durumlara yönelik sonuç elde edilmeye çalışılır. Örneğin, kaza yapan aracın sürücüsünün A olduğuna yönelik bir tanık ifadesinde tanığın ifadesinin bu şekilde olduğu kesindir. Ancak sürücünün gerçekten A olup olmadığı kesin olmayıp, tanık ifadesinden yola çıkan bir çıkarıma dayanmaktadır. Benzer durum olayların olağan akışına göre çıkarım yapıldığında da geçerlidir. Örneğin, 14 aylık bir çocuk kazaya uğradığında onun daha sonraki aşamada kaza nedeniyle çalışma gücünün azalacağı ve çocuğun ileride yapacağı kabul edilen bir meslekteki ortalama kazancı elde edemeyeceği açıktır. Burada tespit edilmesi zor olan kısım, çocuğun ileride yapacağı mesleğe ilişkin çıkarımdır. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında ablasının mesleğinden yola çıkarak, kaza geçiren kardeşin mesleği hakkında bir çıkarımda bulunmuştur⁶⁵². Burada kazazede çocuğun ablasının mesleği kesindir; ancak bu kesin öncüle dayanılarak çıkarılan sonuç kesin olmayıp bir kabule dayanmaktadır.

benimsemiş, genel kural uyarınca zararın, zarara uğrayan davacılar tarafından ispat edilmesi gerektiği vurgulandıktan sonra, (genel yaşam deneyimlerine ve çevre telakkilerine göre) birçok davalarda desteklik durumunu ispat edilmeden sabit saymıştır... eylemli destek durumunda olmayan çocukların ileride destek olmaları beklenebilir ise ... ölen çocuğun gelecekte ana-babasına bakacağı yaşamın ve olayların akışı içinde beklenebiliyorsa çocuk onlar için destektir” (HGK, 21.4.1992, 1528412), (YKD, 1982/8, ss. 1076-1080). Fiili karinelerin gerçekte bir ispat yüküne etkisi bulunmamaktadır. Uygulanacak normun koşul vakiasının ispat yükünü taşıyan kişinin karine temelini ispat etmesiyle ispat yükünü yerine getirmiş olur. Karine temeli vakıa hakkında hâkimde oluşan geçiçi kanaati sarsmak isteyen davalı karşı ispat faaliyetinde bulunabilir. Burada davalıya geçen delil gösterme yüküdür. Karine temelinin ispatlanmış sayılmasından sonra ise davalı ancak uygulanacak karinenin hukukî sonucunu bertaraf etmek için karinenin aksini ispat etmelidir, bu da bir asıl ispat faaliyeti olduğu için bağımsız yeni bir ispat yükü doğmaktadır. Diğer bir ifadeyle, fiili karinenin olaya uygulanmasından sonra soyut ya da somut ispat yükü değişmez. Fiili karinenin aksini ileri süren davalı kendi lehine bağımsız bir vakıa ileri sürdüğü için yani vakıanın ispat yükünü üzerinde taşır (Umar/Yılmaz, s. 173; Atalay, s. 50). Fiili karinelerin ispat yüküne etkisi konusunda diğer kararlar için bkz. Sema Taşpınar, “Fiili karinelerin İspat Yükü Dağılımındaki Rolü” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1996, ss. 533-572.

⁶⁵⁰ Schweizer, Schätzung, s. 177.

⁶⁵¹ Schweizer, Schätzung, s. 177.

⁶⁵² Urteil des BGer 4A_260/2014 vom 8. September 2014 E. 3.4.1.

Tümevarımsal (endüktif) muhakeme içerisinde değerlendirilen olasılık teorisi ile kesin öncüllerden yola çıkarak karara esas alınacak bir sonuç çıkarmak amaçlanır. Yukarıda verilen örnekteki hukukî sonucun dayanağı olasılık teorisidir. Olasılık teorisine göre olgular grubunda belirli özellikteki olguların göreceli sıklığı, o olgular grubunun kapsamına giren tüm olgular bakımından söz konusu özelliğin bulunduğu bir sonuç çıkarılabilmesini sağlar⁶⁵³. 55 yaşında çalışan bir erkeğin 5 yıl hayatta kalabilme olasılığı hakkında karar vermek zorunda olan bir hâkim, istatistikî bilgilerden yararlanarak söz konusu erkeğin hayatta kalma olasılığını hesaplamalıdır. Olasılığın hesaplanabilmesi için öncelikle hakkında karar verilmesi gereken erkeğin dâhil olduğu referans grubu belirlenmelidir. Beş yıl önceki 55-59 yaş aralığında çalışan 142.148 erkekten 3.838'i beş yıllık süreçte ölmüşse, beş yıllık süreçteki ölüm sıklığı $3.838/142.148 = 0.027$ 'dir. Buna göre söz konusu erkeğin 5 yıl içinde ölüm olasılığı %2,7 iken hayatta kalma olasılığı %97,3'tür. Bu sebeple hâkimin %97,3'lük olasılığı dikkate alarak söz konusu erkeğin hayatta kalacağına dair bir çıkarımda bulunması gerekir⁶⁵⁴.

Hakkında karar verilmesi gereken olgunun dâhil olduğu referans grubu daraldıkça doğru karar verilme ihtimali yükselir. Buna göre örnekteki çalışan, bir akademisyense ve elde akademisyen ve öğretmenlerin ölüm yaşına dair bir araştırma mevcutsa, bu istatistikî bilgiden yararlanılması doğru karar verilme ihtimalini yükseltir. Hâkim, kararını göreceli sıklığa dayandırmak istiyorsa bu durumda tespit edilen sıklığı kararında belirtmek zorundadır. Ancak imkân dâhilinde ise her zaman güvenilir istatistiklerin bulunduğu en dar referans grubunun kullanılması gerekir⁶⁵⁵. Örneğe göre en dar referans grubu esas alınmak istendiğinde, varsa doğrudan sadece akademisyenlerin ölüm yaşına dair araştırmanın esas alınması gerekir. Ancak her somut olaya uygun veri, her zaman elde edilemeyeceğinden bu durumda akademisyen ve öğretmenlerin ölüm yaşına dair referans grubunu epistemik açıdan homojen saymak gerekir. Çünkü her meslek grubuna ait istatistikî veri her zaman elde edilemeyebilir. Bu sebeple homojen sayılan gruplarda, hakkında veri elde

⁶⁵³ Edwin Thompson Jaynes, **Probability Theory The Logic of Science**, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Cambridge, 2003, s. 12.

⁶⁵⁴ Schweizer, Schätzung, s. 178.

⁶⁵⁵ Musielak, Beweislast, s. 93; Hans-Joachim Koch ve Helmut Rüßmann, **Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft**, C. H. Beck, Münih, 1982, s. 305

edilmek istenilen grup üyesinin, grubun diğer üyeleri kadar söz konusu özelliği taşıdığı varsayımı yapılır. *Salmon* bu durumu, aslında heterojen olabilen alt sınıflar hakkında makûl çabayla bilgi elde edilemediği için bu sınıfların epistemik olarak homojen olduğunu ileri sürerek açıklar. Alt sınıflar hakkında daha net ve makûl veri elde edilene kadar bu sınıfların homojen olarak ele alınması pragmatiktir⁶⁵⁶.

Yukarıda belirtilen 14 aylıkken kaza geçiren kız çocuğu hakkındaki İsviçre Federal Mahkemesi kararı, olasılık teorisi açısından incelendiğinde, kız çocuğunun ileride elde edeceği olası gelir hakkında bir çıkarım yapmak gerekir. Somut olaydaki bir diğer veri ise kazazedenin ablasının hemşire olarak çalıştığıdır. Bu durumda somut olay bakımından en dar ve özellikli referans grubu, kardeşi hemşirelik eğitimi alan kadınlar olur. Ancak belirtilen referans grubunun ortalama gelirleri ile ilgili olarak makûl bir çabayla hiçbir veri elde edilemiyorsa bu durumda, tüm kadınların ortalama ücretlerini esas almak epistemik olarak haklı görülebilir⁶⁵⁷. Ancak kardeşleri yüksek okul mezunu olan kadınların ortalama ücretlerini tüm kadınların ortalama ücretlerine göre daha yüksek kabul etmek için ikna edici argümanlar bulunur. Almanya’da yapılan bir araştırma kardeşlerin gelirleri arasında güçlü bir ilişki olduğunu göstermektedir⁶⁵⁸. Bu çalışmaya göre bir kadın ortalama kazancın üzerinde gelir elde ediyorsa kız kardeşinin de ortalamanın üzerinde gelir elde etmesi kuvvetle muhtemeldir. Ancak buradaki araştırmalar araştırmanın esas alındığı ülke bazında geçerli olduğundan farklı ülkelerdeki araştırma sonuçları karara esas alınamaz. İsviçre’de ise beden bütünlüğü ihlâl edilen çocukların olası gelirlerine ilişkin olarak tahmin yapılmak istendiğinde, ebeveynlerin eğitim düzeyi esas alınarak

⁶⁵⁶ Wesley Charles Salmon, **The Foundations of Scientific Inference**, Pittsburgh Üniversitesi Yayınları, Pittsburgh, 1967, s. 91.

⁶⁵⁷ Bununla birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi 8 Eylül 2014 tarihli BGer 4A_260 / 2014 kararında kadınların “medyan” ücretlerinin değil, “ortalama” ücretlerinin esas alınması gerektiğini ifade etmiştir. Çünkü medyan ücretler genel olarak ortalama ücretlerin altındadır. Ortalama ücret ise beklenen kazançların en iyi tahminidir; medyan ücrete dayanarak, yaralanan tarafın en iyi kazananlar arasında olma olasılığını dışlamak için hiçbir neden yoktur. Ortalama, verilen değer kümelerinin basit ortalamasını ifade eder. Medyan (orta değer) ise sıralı bir değerler listesindeki orta sayı olarak tanımlanır. Ortalama, bütün gözlemleri toplayarak ve daha sonra elde edilen değeri gözlem sayısına bölerek hesaplanırken medyayı hesaplamak için önce veri seti artan veya azalan düzende düzenlenir, ardından yeni veri setinin tam ortasına düşen değer medyandır (Arthur Bakker ve Koeno PE Gravemeijer, “An historical phenomenology of mean and median” **Educational Studies in Mathematics**, Cilt: 62, Sayı: 2, 2006, ss. 149-168).

⁶⁵⁸ Daniel D. Schnitzlein, “How Important is the Family? Evidence from Sibling Correlations in Permanent Earnings in the USA, Germany, and Denmark”, **Journal of Population Economics**, Cilt: 27, Sayı: 1, 2014, s. 80.

bir çıkarım yapılmaktadır. Buna göre çocukların gelirleri ebeveynlerinin eğitimleri ile ilişkilidir. Bir çocuğun yükseköğrenim görecektir olması ortalamanın üzerinde kazanç elde edeceğinin göstergesi olabilir. Çocukların eğitimi ise ebeveynlerinin eğitimi ile ilişkilidir⁶⁵⁹.

Konuya Türk uygulaması açısından bakılırsa mevcut durumda Yargıtay, istatistik ve olasılık alanlarına ilişkin herhangi bir değerlendirme yapmaksızın henüz liseye ve yükseköğrenimine başlamamış her çocuğun gelecekteki kazancı için asgarî ücret üzerinden bir hesaplama yapılmasını öngörmektedir⁶⁶⁰. Kanımızca bu uygulama “*olayların olağan akışı*” ifadesi ile çelişkilidir. Yargıtay’ın bu kabulüyle somut olaya uygun zarar değerlendirmesi yapılmayıp, elde edilecek asgarî gelir miktarı üzerinden zarar hesabı yapılır. Her beden bütünlüğü ihlâl edilen çocuğun asgarî ücretle çalışacağı yönünde bir çıkarım yapmak kanımızca olasılık ve istatistik ilkelerine aykırıdır. Zarar hesabına esas alınacak varsayımın somut olaydaki bilinen veriler esas alınarak yapılan bir çıkarıma dayanması ve bu çıkarımın nasıl yapıldığının ise mahkeme kararında yer alması gerekir.

Çalışma gücü kaybı veya destekten yoksun kalınması nedeniyle oluşacak gelir eksikliğinin tespiti için zarar gören ya da ölenin beden bütünlüğü ihlâl edilmiş olmasaydı ne kadar süre daha yaşayacağı ve ne kadar süre daha çalışacağının tahmini gerekir. Bu tahminin olayların olağan akışına göre olasılık ve istatistik ilkelerine göre yapılması gerekir. Uygulamada bu belirlemeyi yapmak için çeşitli yaşam tabloları

⁶⁵⁹ Philipp Bauer ve Regina T. Riphahn, “Heterogeneity in the Intergenerational Transmission of Educational Attainment. Evidence from Switzerland on Natives and Second-Generation Immigrants”, **Journal of Population Economics**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2007, s. 133.

⁶⁶⁰ 17.HD, 14.11.2019, 2017/4860, 2019/10698, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 6.7.2020).; “...Yargıtay’ın yerleşmiş içtihatlarına göre, desteğin ölüm tarihindeki gelir durumunun davacı tarafça kanıtlanması gerekir. Bunun kanıtlanmaması halinde ise maddi destek tazminatının hesabında asgarî ücretin esas alınacağı kabul edilmektedir. Sadece tanık beyanları ile kazanç tespiti mümkün olmayıp bunun bir takım belge ve kayıtlarla desteklenmesi gerekmektedir. **Kişinin herhangi bir işi yoksa, desteğin geliri asgarî ücret kabul edilerek, raporun hazırlandığı tarihteki net asgarî ücret üzerinden hesaplama yapılacaktır...**” (17.HD, 23.12.2019, 2018/910, 2019/12325), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 6.7.2020). Meslek lisesine giden küçüğün ölümü üzerine açılan destekten yok kalma tazminatında Yargıtay, desteğin okuduğu ilgili eğitim kurumundan öğrenim bilgilerinin istenilmesi, meslek lisesi öğrenci olduğunun tespit edilmesi halinde, üniversite eğitimi alacağı değerlendirilerek, mezun olduğunda mesleğine göre emsal gelir araştırması yapılması, ilgili meslek odaları ve meslek kuruluşlarından mezuniyetinden itibaren ne kadar sürede iş bulabileceği, emsal gelirin ne kadar olduğu, mesleğine göre yılın tamamında çalışıp çalışmayacağı gibi hususların sorulması, gerektiğinde bu hususta bilirkişi incelemesi yapılarak murisin gerçek gelirinin tespiti ile sonucuna göre hesaplama yapılmasına karar vermiştir (17.HD, 15.10.2019, 2017/653, 2019/9413), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 6.7.2020).

kullanılmaktadır. Yargıtay, bakiye ömür hesaplamalarının PMF-1931 (Population Masculine Et - Feminine) yaşam tablosu esas alınarak yapılması gerektiği görüşündeyken Sosyal Güvenlik Kurumu, o zamanki Başbakanlık Hazine Müsteşarlığı, Hacettepe Üniversitesi Fen Fakültesi Aktüerya Bilimleri Bölümü, BNB Danışmanlık, Marmara Üniversitesi ve Başkent Üniversitesi'nin çalışmalarıyla hazırlanan “TRH-2010” yaşam tablosunu esas almaktadır. Amerika’da hazırlanmış olan CSO 1980 yaşam tablosu da zaman zaman mahkeme kararlarında esas alınmaktadır⁶⁶¹. Tablolar incelendiğinde PMF 1931 yaşam tablosunda kadın-erkek ayrımı yapılmazken diğer tablolarda kadın ve erkeklerin bakiye ömürleri ayrı ayrı belirtilmiştir. Yukarıda belirtildiği üzere olasılık teorisine göre tahmin yapılırken mümkün olan en dar referans grubunun dikkate alınması gerekir. Bu durumda PMF 1931 yaşam tablosu diğer iki tabloya göre daha geniş referans grubunu baz aldığından güvenilirliği daha az olur. Yaşam sürelerinin ülkelerin yaşam şartlarına göre değişebilmesi dikkate alındığında, diğer ülkelerin tablolarından ziyade ulusal tabloların kullanılması güvenilirliği artıran başka bir unsurdur. Bu ilkeler ışığında TRH-2010 yaşam tablosunun esas alınması gerektiği söylenebilir⁶⁶².

Destekten yoksun kalanın yaşam süresi gibi yeniden evleme ihtimali de zararın hesabında esas alınacak unsurlardandır. Çünkü bu unsur yardımın kesilmesine yol açan muhtemel unsur olarak değerlendirilir. Bu sebeple zarar hesabında dul kalan eşin evlenme ihtimali hakkında toplumsal yapı ve hayat tecrübelerine göre bir çıkarım yapılması gerekir. Yargıtay Askerî Yüksek İdare Mahkemesi tarafından hazırlanmış *AYİM Evlenme İhtimali Tablosuna* göre, dul kalan eşin evlenme ihtimalini belirlemekte; bu ihtimale göre zarar miktarından indirim yapmaktadır⁶⁶³.

⁶⁶¹ “Mahkemece, hükmeye esas alınan 27.02.2012 tarihli tazminat raporunda, davacı M.’nin muhtemel bakiye ömür süresi CSO 1980 yaşam tablosuna göre 57 yıl üzerinden hesaplama yapılmıştır. Yargıtay’ın yerleşik uygulamasına göre, muhtemel yaşam sürelerinin tespitinde PMF tablosu uygulanmakta olup bu durumda davacı M.’nin bakiye ömrü 53 yıl olacaktır” (3.HD, 25.11.2013 11532/16442) (<https://www.hukukMedeniyeti.org/>), (Erişim Tarihi: 6.7.2020).

⁶⁶² Tablolar için bkz. Ekler Listesi. Yargıtay yeni tarihli kararlarında TRH-2010 yaşam tablosunu esas almaktadır. 17.HD, 14.1.2021, 2598/34, (<https://www.lexpera.com.tr>), (Erişim Tarihi: 5.6.2021).

⁶⁶³ 17.HD, 27.5.2019, 2016/150001, 2019/6785; 21.HD, 4.4.2019, 2018/1167, 2019/2579; “Yargıtay 17.Hukuk Dairesinin yerleşmiş içtihatları gereği, evlenme ihtimali oranları belirlenirken, destek gören eşin zararının doğduğu kaza tarihindeki yaşına göre, AYİM Evlenme İhtimali Tablosu’ndaki belirlemelerin esas alınması gerekmektedir” (İzmir BAM.11.HD, 27.2.2019, 2017/1140, 2019/303;

Varsayımsal zarar hesabında kullanılan tablolar medenî usûl hukukunda tecrübe kuralı olarak nitelendirilir. Somut olaya en uygun zarar miktarının tayin edilebilmesi için tecrübe kuralı olarak mümkün olan en güncel ve somut olaya en uygun olan tabloların kullanılması gerekir. Bu bağlamda yer, zaman, meslek, eğitim durumu gibi özelliklere göre ayrılmış istatistikî verilere ihtiyaç vardır. Medenî usûl hukukunda, bu veriler birer tecrübe kuralı olarak nitelendirildiğinden kanımızca mevcut istatistikî verilere bilirkişiler vasıtasıyla ulaşmak hâkimlerin görevi ve yetkisidir.

3. İlliyet Bağı ve Kusurun İspatında Dolaylı İspat

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan davalarda kusur ve illiyet bağının ispatında yaşanan zorlukları aşmak için uygulama alanı bulan ilk görünüş ispatı, dolaylı bir ispat faaliyeti olmasının yanı sıra en önemli ispat kolaylıklarından da biridir. İlk görünüş ispatı, normal ispat kurallarının aksine mahkeme içtihatları ve öğreti tarafından oluşturulmuş hukukî esaslar gereği dikkate alınması gereken, kanunî bir düzenlemesi olmayan, uygulama neticesinde varlık kazanmış, özel ve istisnaî bir kurumdur⁶⁶⁴. Özellikle gemi kazaları, trafik kazaları ve hekim ile hasta ilişkilerinden doğan tazminat davalarındaki kusurun ve nedenselliğin ispatında ilk görünüş ispatından yararlanıldığı ifade edilmektedir⁶⁶⁵.

Alman ve İsviçre yargı kararlarında bu ispat kolaylığının bir karine olmadığı, ilk görünüş ispatının olduğu yerlerde hâkimde oluşan kanaatin bu sebeple bir aksi ispat ile değil, karşı ispat ile sarsılması gerektiği kabul edilmiştir. Bu kabul çerçevesinde ilk görünüş ispatı, fiilî karinelere farklı olarak delillerin değerlendirilmesi ile ilişkili olup maddî hukuk ile ilişkili değildir⁶⁶⁶.

İstanbul BAM.40.HD, 2.3.2021, 2019/2017, 2021/299, (<https://www.lexpera.com.tr>), (Erişim Tarihi: 5.6.2021).

⁶⁶⁴ Brehm, Berner Kommentar, Art. 41 Rz. 117, ss. 100, 101; Başözen, s. 28 vd.

⁶⁶⁵ Pawlowski, s. 13; Blomeyer, s. 389; Reinhard Greger, "Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweis", **VersR**, 1980, (Anscheinsbeweis), ss. 1092-1097; Leipold, Beweismaß, s. 16; Engels, s. 51; Zimmermann, § 286 Rn. 33, s. 489; Musielak/Voit, Rn. 838, ss. 298, 299; Başözen, s. 40.

⁶⁶⁶ Greger, Anscheinsbeweis, s. 1091; Patrick Bruns, "Beweislastverteilung bei mißbräuchlicher Nutzung elektronischer Zahlungssysteme", **MMR**, 1999, ss. 20-22; Hans-Jürgen Ahrens, **Wieczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, 4. Baskı, Cilt: 4 §§ 253-299a, De Gruyter, Berlin, 2013, § 286 Rn. 55, s. 953. Aksi görüş için bkz. Pawlowski, s. 12.

İlk görünüş ispatının uygulanabilmesi için tipik yaşam olayının varlığı gerekir. Bu sebeple taraf, kural olarak yaşam deneyimlerine göre somut olayda da belirli illiyet bağının bulunduğunu ve karşı tarafın kusurlu olduğunu ileri sürmelidir. Bu noktada ispat yükünü üzerinde taşıyan taraf, ilk görünüş ispatına temel teşkil eden olayların neler olduğunu, bağlantı noktalarını hâkimin kanaati için sunmalıdır⁶⁶⁷. Burada ilk görünüş ispatı ile ispatlanan olay değil, o olaydan çıkarılan sonuçtur⁶⁶⁸. Hâkimin kanaatine temel teşkil eden tipik yaşam olayları ve bu olaylardan çıkarılan yüksek güvenilirlikli tecrübe kuralları ise hâkim ilk görünüşe göre kararını verir⁶⁶⁹.

İlk görünüş ispatıyla hayat tecrübelerine göre belirli bir doğrultuda ilerleyen ve belirli bir nedensel bağa veya kusura işaret eden (olayların tipik seyri olarak adlandırılan) bir durum ortaya çıkarsa, ilk görünüş temelindeki nedensel bağlantı ya da kusur, somut olay bakımından ispatlanmış olarak kabul edilir. Karşı taraf olayların olağan seyrinden saptığına ilişkin olarak ciddi bir olasılık ileri sürer ve bunu ispat ederse bu sefer ispat yükünü üzerinde taşıyan zarar görenin iddia ettiği olguları ayrıntılı olarak genel ispat kurallarına göre ispat etmesi gerekir⁶⁷⁰.

a. İlliyet Bağının İspatı Bakımından İnceleme

Kazaları önleyici düzenlemelere ya da koruma kanunlarına aykırılık durumlarında illiyet bağının tespitinde ilk görünüş ispatı kullanılır. Çünkü bu düzenlemelere aykırılık durumunda illiyet bağı için önemli bir tipiklik grubu sunulmuş olur⁶⁷¹. Örneğin, trafikte güvenliği sağlama yükümlülüğüne aykırı davranış neticesinde bir zarar doğmuş ise fiil ile zarar arasında illiyet bağı var kabul edilir. Bu kurallar, tipik tehlikeyi önlemeyi amaçladığından kurallara aykırılık hâlinde ilk görünüş ispatına göre illiyet vardır⁶⁷². Örneğin, nedenselliğin varlığına ilişkin bir Alman Federal Mahkemesi Kararı'nda davalı, mutfaktaki gaz vanasını kapatarak; ancak ana gaz vanasının kapatmadan havagazı ocağını söküp gerekli tamiratları yapmıştır. Tamirattan sonraki gün gaz sızıntısına bağlı olarak mutfakta bir gaz

⁶⁶⁷ Başözen, s. 148.

⁶⁶⁸ Engels, s. 79.

⁶⁶⁹ Blomeyer, s. 386; Engels, s. 79; Başözen, s. 184.

⁶⁷⁰ Başözen, s. 175.

⁶⁷¹ Engels, s. 80; H. Weber, s. 240; Başözen, s. 149.

⁶⁷² Başözen, s. 186.

patlaması meydana gelmiş; ev halkından biri hayatını kaybetmiştir. Tamiri yapan davalının ana vanayı kapatmamış olması, bu konuya ilişkin düzenlemelerin yer aldığı yönetmelik hükümlerine aykırılık teşkil etmektedir. Ancak yapılan incelemede mutfaktaki gaz vanasının hafifçe açık olduğu mahkemece tespit edilmiştir. Ev sahibi patlamayı davalı tamircinin ana vanayı kapatmamasına dayandırırken; davalı ise mutfak vanasının hafifçe açık olmasına dayanarak, bunun intihar amacıyla gerçekleştirildiğini; bu sebeple sorumluluğunun olmadığını ileri sürmüştür. Somut olayın oluş biçimine göre somut zararın tipik nedeni olarak ileri sürülen ihtimali zayıflatan başka ihtimallerin salt ileri sürülmesi, ilk görünüş ispatına doğrudan engel olmaz. Ayrıca diğer tarafça, başka ihtimale yönelik somut vakıalar ve ciddi ihtimaller ileri sürülmeli; olayın tipik nedenden başka şekillerde gerçekleşmiş olabileceği ihtimali ispatlanmalıdır⁶⁷³. Mahkemeye göre gaz vanaları kazaları önlemeyi amaçlayan düzenlemelere uygun bir şekilde kapatılmamış, ertesi gün patlama meydana gelmiştir. Gaz vanalarının intihar amacıyla açıldığını gösterir hâkimde kanaat uyandıracak somut durum bulunmamaktadır. Yine bu kararda Alman Federal Mahkemesi, ilk görünüş ispatında kesinlik sınırında ihtimal ile kanaat getirilmesine gerek olmadığını daha az dereceli ihtimaller ile kanaat getirilebileceğini ifade ederek ilk görünüş ispatının uygulandığı durumlarda ispat ölçüsünün düşürülmesine vurgu yapmıştır⁶⁷⁴. Zira illiyet bağının ispatı gibi ispat güçlüklerinin bulunduğu bir alanda mutlak gerçeklikten ziyade meşruluktan bahsedilir⁶⁷⁵.

Zarar görenin bir inşaatın korkuluğu olmayan merdiveninden düşmesine ilişkin olayda, inşaat alanlarına ilişkin koruma düzenlemelerine aykırı davranılması nedeniyle, bu aykırı davranış ile zarar arasında illiyet bağı, ilk görünüş ispatı yoluyla kabul edilmiştir⁶⁷⁶. Benzer olarak Federal Mahkeme, evinin önündeki kar ve buzları temizleme yükümlülüğü olan kişinin, belirlenen zamanda bu yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması ile buzlanmaya bağlı olarak yaralanma sonucu arasında ilk görünüş ispatına göre illiyet bağıını kabul etmiştir⁶⁷⁷.

⁶⁷³ BGH, VersR 1972, s. 767, B. I, II, 2, a.

⁶⁷⁴ Engels, s. 98.

⁶⁷⁵ Engels, s. 154.

⁶⁷⁶ BGH VersR 1974, s. 265. Engels, s. 100; Başözen, s. 205.

⁶⁷⁷ BGH, NJW 1984, s. 433, II, 3, b., bb.

Meslek örgütleri tarafından belirlenmiş kazaları önlemeyi amaçlayan düzenlemelere aykırı davranışlardan sorumluluk ilk görünüş ispatına göre kabul edilir. Ancak salt böyle bir düzenlemeye aykırı davranışın bulunması her durumda illiyet bağının bulunduğu anlamına gelmez. Örneğin, bir işçinin bantlı taşıma düzeneğine sıkışarak hayatını kaybetmesi nedeniyle bantlı taşıma üreticisine karşı açılan davada, üreticinin bantlı taşıma düzeneğinin açık yerlerini koruma amaçlı kapatmadığı gerekçesiyle meslek örgütleri tarafından yayınlanan koruma amaçlı düzenlemelere aykırı davrandığı tespit edilmiştir. Ancak somut olayda makinenin kullanıcısının da kazaları önlemeyi amaçlayan düzenlemelere aykırı davranışı kullanıcının sorumluluğunu doğurur⁶⁷⁸. Yargıtay ise park kurallarına aykırı davranan bir sürücünün arabasını çalıştırması ile kaldırımda yürüyen kişinin korkup düşerek yaralanması arasındaki illiyet bağıny oy çokluğu ile kabul etmemiştir .

Midye yemekleri ile ünlü lokantada midye yedikten sonra hepatit hastalığına yakalandığını iddia eden eden zarar gören, hastalığın midyelerden kaynaklandığını ispat etmek için daha önceden aynı lokantada midye yiyen yaklaşık 30 kişinin aynı hastalığa yakalandığını delil olarak göstermiştir. Federal Mahkeme ise Alman Sağlık Bakanlığı'ndan verilen bilgiler ışığında Hepatit A'nın bulaşma sebebinin birden fazla olabileceğini, bu yüzden hastalığın midyeden kaynaklanması ihtimalinin diğer ihtimallere göre daha ağır basması durumunda hastalığın ilk görünüş ispatına göre midyeden kaynaklandığını kabul edilebileceğini ifade etmiştir⁶⁷⁹. Federal Mahkeme benzer başka bir kararında ise trafik kazası ile kalp krizi arasındaki illiyet bağının bulunduğuna dair ilk görünüş ispatının kullanılamayacağını; çünkü somut olaydaki zarara sebep olan birden fazla ihtimal olduğunu, bu ihtimallerden trafik kazasının daha muhtemel görünmesinden ziyade diğerlerine göre ağır basan bir ihtimal olması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁸⁰.

2013 yılında yapılan değişiklikle Alman Medeni Kanunu'na tıbbî müdahaleden doğan davalar için özel ispat yükü normu öngören 630 h paragrafı eklenmeden önce, bu davalarda yaşanan ispat zorluklarını aşmak amacıyla ilk görünüş ispatından yararlanılmıştır. Yargı kararlarında kusur ve nedenselliğin ispatı

⁶⁷⁸ BGH VersR 1972, s. 150, II, 3, a, Engels, s. 110.

⁶⁷⁹ BGH NJW 1982, s. 2448, II, 2, a.

⁶⁸⁰ OLG Stuttgart ZfSch 1992, s. 91.

noktasında dezavantajlı durumda olan hasta lehine genel ispat kuralları yumuşatılmıştır. Avusturya ve İsviçre yargı kararları da Alman içtihat hukukundaki gelişmelerle aynı yönde ilerlemiştir⁶⁸¹.

Hatalı tıbbî müdahaleden doğan tazminat davalarında illiyet bağının ilk görünüşte ispatı, genellikle hekimin tıp bilimi kurallarına göre tipik bir zarara yol açan tedavi hatasını gerçekleştirmesi veya hekimin tıbbî müdahalesinin tıbbî tecrübe kurallarına göre tipik tıbbî müdahale hatası kabul edilebilecek bir uygulama sonucunda bir zarara sebep olması hâlinde uygulama alanı bulur⁶⁸². Ancak Türk yargı organlarınca verilen kararlara bakıldığında, ilk görünüş ispatına yönelik bir inceleme olmaksızın illiyet bağının kesin olarak ispatlanması gerektiğine ilişkin kararların olduğu görülmekle beraber⁶⁸³ Hukuk Genel Kurulu yeni tarihli bir kararında illiyet bağının ispatında ilk görünüş ispatını kavram olarak açıkça belirtmeden kabul etmiştir⁶⁸⁴. Oy çokluğuyla alınan bu kararda

*...davacılar murisi ...'ın 2007 yılı Şubat ayında kalp krizi geçirdiği, Haziran ayında davalı hastanede stent takıldığı, bu operasyonun hemen öncesinde anemi sorunu nedeniyle davalı hastane bünyesindeki kan merkezinden iki ünite kan verilen müteveffanın taburcu olduktan yaklaşık üç ay sonra eklem ağrıları, bulantı, hâlsizlik şikâyeti ve sarılık belirtilerinin oluşması nedeniyle hastaneye başvurduğu, yapılan tetkiklerde müteveffada Hepatit-B virüsünün tespit edildiği ve müdahalelere rağmen kurtarılamayarak hayatını kaybettiği, ölüm nedeninin dosyadaki A. Tıp Kurumu raporunda Hepatit-B virüsüne bağlı olarak gelişen fulminar hepatit ve karaciğer yetmezliği olarak mütalaa edildiği çekışmesizdir. **Özel Daire ve Yerel Mahkeme arasındaki uyuşmazlık söz konusu hastalığa bağlı ölümün davalı hastaneden temin edilen kan nedeniyle gerçekleştiğinin ve bu nedenle davalının sorumlu olduğunun kabul edilip edilemeyeceği noktasında toplanmaktadır.** Müteveffanın Hepatit-B virüsü yüzünden rahatsızlandığının anlaşılması üzerine, nakledilen kanların vericileri yeniden ve daha ileri seviyeli testlerden geçirilmiş, **bu kez vericilerden birinde düşük değerde olmakla birlikte virüsün varlığı tespit edilmiştir.** Mahkemece yapılan bilirkişi incelemesinde bilirkişi heyeti üyelerinden iç hastalıkları ana bilim dalı başkanınca verilen mütalaada, donörde bulunan değerın düşük bir titre olmakla*

⁶⁸¹ BGE 124 III, 165; BGE 121 III, 363. Avusturya uygulaması için bkz. Wolfgang Holzer, Willibald Posch ve Peter J. Schick, **Arzt-und Arzneimittelhaftung in Österreich**, Orac, Wien, 1992, ss. 1-24. İsviçre uygulaması için bkz. Moritz Kuhn, “Aktuelle Probleme in der Ärztehaftpflicht”, **Schweizerische Juristen-Zeitung** Cilt: 89, 1993, ss. 257-266.

⁶⁸² Franzki, s. 55; Engels, s. 159; Başözen, s. 268.

⁶⁸³ “...Burada hemen belirtmek gerekir ki, davalı doktorlar tarafından tıbbın gerektirdiği tedavi ve müdahale yöntemlerinden birini veya birkaçını yerine getirmemiş olmamaları başlı başına davalı doktorların sorumluluğu için yeterli değildir. Ölüm olayının bu eksik tedaviden ve müdahaleden kaynaklandığının tereddüte yer vermeyecek şekilde açıklığa kavuşturulması gerekir. Ancak bu halde illiyet bağının varlığından söz edilir...” (13.HD, 25.5.2000, 2892/5141), (Başözen, s. 269). 13.HD, 26.3.2013, 391/7544, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.7.2020).

⁶⁸⁴ HGK, 4.6.2020, 2017/13-669, 2020/346, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.7.2020).

birlikte verilen kanın bulaşıcılığı olduğunu gösteren bir bulguyu ifade ettiği, tek seferlik malzemelerin tercih edilmesi nedeniyle hastalığın hastanede kullanılan malzemelerden bulaşmasının mümkün görülmediği, virüsün cinsel ilişki, berber malzemeleri, uyuşturucu kullanımı gibi yollarla da bulaşabileceği ancak hastanın seksen dört yaşında bir kadın olduğu gözetildiğinde bu ihtimallerin olası görülmediği, hastanın hepatit tablosuna, kuvvetle muhtemelen, verilen bulaşıcılık taşıyan kanın sebep olduğu ifade edilmiştir...Verilen kanda ölüme sebep olan hastalığa ilişkin bulaşıklık bulunduğu ortadayken artık hastalığın bu kandan değil, başka bir suretle bulaştığını davalı hastane ispat etmelidir. Ne var ki dosya kapsamı itibarıyla bu husus ispat edilememiştir. Hâl böyle olunca mahkemece illiyet bağının tam olarak tespiti mümkün olmadığı gerekçesiyle davalı hastane yönünden asıl ve birleşen davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Karşı oylarda ise "...murisine nakledilen kanın donörden alındıktan sonra Devletin belirlediği standartlarda testlerinin yapıldığının ihtilaflı olduğu, ölüme sebebiyet veren Hepatit-B'nin başka yollardan bulaşmasının mümkün bulunması karşısında sorumluluk için yeter derecede illiyet bağının kurulduğundan söz edilemeyeceği belirtilmiştir.

Kanımızca Hepatit B hastalığının birden fazla yolla bulaşabilecek olması, farklı nedensel süreç ihtimallerinin incelenmesini gerekli kılar. Nakledilen kanda sonradan tespit edilen Hepatit B virüsü ise kan naklinden üç ay sonra semptom gösteren hastalığın sebebi için ilk görünüş olarak kabul edilmelidir. Ayrıca karara konu olaydaki hastanın yaşı ve hayat tarzı diğer nedensel süreçlerin düşük ihtimal olduğunu gösterir; bu sebeple hastalığın ağır basan ihtimalle kan nakliyle bulaştığı kabul edilmelidir. Benzer şekilde Avusturya Yüksek Mahkemesi hastanın ispat yükünü taşıdığı nedenselliğin ispatında, ağır basan ihtimalle nedenselliği yeterli görür. Bu nedenle örneğin, yüksek derecede bir yanık tedavi hatası olarak X ışınlarının dozajının çok yüksek olduğu sonucunu haklı çıkarır⁶⁸⁵.

Yabancı öğretilerde illiyet bağının ilk görünüşte ispatının teorik açıklamalardan ziyade somut olaylar üzerinden anlatıldığı görülür. Zira ilk görünüş ispatı, içtihatlarla öğretiye kazandırılmış bir kavramdır. Bu bağlamda bir hasta solunum yolu ile bulaşan kızıl hastalığından ya da tüberkülozdan muzdarip başka bir hastanın yanına konulursa o hastanın da aynı kızıl hastalığına ya da tüberküloza yakalanması hâlinde, bu durum hastalığın ilk görünüşte nedenidir⁶⁸⁶. Bir sifiliz hastasının kan naklinden sonra alıcı kişi de sifiliz hastalığına yakalanırsa bu durum da hastalığın ilk görünüşte nedenidir⁶⁸⁷. HIV tehlikesi bulunan risk gruplarında yer almayan ya da yaşam tarzı

⁶⁸⁵ Giesen, s. 356.

⁶⁸⁶ BGH, 22.1.1960 VI ZR 121/58 VersR 1960, s. 416.

⁶⁸⁷ BGH, 14.12.1953 III ZR 183/52 BGHZ 11, s. 227.

nedeniyle artan enfeksiyon riskine sahip olmayan bir hastaya HIV bulaşmış bir bağışçı kanı nakledilir ve nakledilen kanda ya da bu kanın diğer alıcılarında daha sonradan HIV tespit edilirse bu durum kan naklinden önce hastanın HIV taşımadığına ve HIV'in kan nakli ile hastaya bulaştığına ilişkin ilk görünüş ispatıdır. Kan alıcısının eşinin de AIDS olması hâlinde bu durum HIV virüsünün kan alıcısı tarafından eşine bulaştırıldığına ilişkin başka bir ilk görünüşdür⁶⁸⁸. Geniş aseptik nekroza yol açan enjeksiyon sonrası oluşan apse, enjeksiyon tekniğindeki hata için bir ilk görünüşdür⁶⁸⁹. Yüksek frekanslı elektro cerrahi üniteleri kullanılarak yapılan bir ameliyattan sonra hasta üzerinde yanıklar meydana gelmiş ise bu durum hasta dönüşüm elektrodunun cihaza doğru bir şekilde takılmadığına ilişkin ilk görünüşdür⁶⁹⁰.

Vajinal hysteroktomi ameliyatından sonraki ilk gün hastanın ayağını kaldırmada zorlanması durumunda bu durum bir disk kayması ya da siyatik hastalığına dayanmıyorsa hastanın yanlış konumlandırılmasına bağlı bir sinir lezyonuna işaret eder⁶⁹¹.

Zarar standart bir ameliyat neticesinde meydana gelmiş ve hastanın özel hassasiyeti nedeniyle bu zararın doğduğuna ilişkin olarak bir dayanak yoksa bu durumda ilk görünüş ispatına dayanılabilir. İspat yükünü taşıyan hasta, tipik bir olay seyrine göre gerçekleşen zarar sonucu ile bağlantılı sabit bir neden olduğunu ya da yaşam tecrübelerine göre ortaya çıkan zararın belli bir nedeni gösterdiğini ortaya koymalı daha sonra zarara sebep olduğunu iddia ettiği “belirli nedeni” ispat etmelidir⁶⁹². Ama uygulamada ciddiye alınması gereken atipik bir olay seyri olduğu hekim tarafından ortaya konulursa ilk görünüş ispatı kolayca sarsılabilir⁶⁹³. Ancak söz konusu atipik olay seyrinin sadece teorik olarak gerçekleşme ihtimalinin bulunması yeterli değildir; somut olay bakımından ciddi bir ihtimal derecesinde olmalıdır⁶⁹⁴. Hekimin sahip olduğu bu imkân nedeniyle ilk görünüş ispatının nispeten

⁶⁸⁸ BGH, 30.4.1991 VI ZR 178/90 BGHZ 114, ss. 284-290; Giesen, s. 357.

⁶⁸⁹ OLG Düsseldorf, 15.5.1986 8U 145/84 VersR 1988, ss. 38-39.

⁶⁹⁰ OLG Saarbrücken, 30.5.1990 1U 69/89 AHRS Kza 6410/79.

⁶⁹¹ OLG München, 26.9.1991 1U 1917/91 AHRS Kza 6410/85.

⁶⁹² Franzki, s. 50; Giesen, s. 357.

⁶⁹³ Giesen, ss. 357, 358.

⁶⁹⁴ Pawlowski, s. 44.

daha az sayıda vakıada başarılı olarak yürütüldüğü ileri sürülmüştür⁶⁹⁵. Kanımızca bilirkişilerden gerektiği gibi yararlanıldığında ve tıbbî literatürdeki tıbbî hata ile komplikasyon veya beklenmedik olay arasındaki fark daha iyi ayırt edildiğinde hekim sorumluluğuna ilişkin davalarda ilk görünüş ispatı daha geniş uygulama alanı bulabilir.

b. Kusurun İspatı Bakımından İnceleme

Nedensellik bağının ispatında olduğu gibi kusurun ispatında da yaşanan zorluklar nedeniyle yargı kararlarında ilk görünüş ispatı ile bu zor durumun aşılma çabı olduğu görülür. Kusurun ilk görünüş ispatı yoluyla ispatlanmış sayılabilmesi için kusura işaret eden tipik olay akışı olmalıdır⁶⁹⁶.

Sipariş ettiği ızgara köfteyi yerken dişini kıran davacı, köfte içindeki sert bir cisimden dolayı dişini kırdığını ileri sürerek restoran işletmecisine karşı açtığı davada, yabancı cismin ne olduğu hakkında bilgi verememiştir. Çünkü davacı yabancı cismi yuttuğunu ileri sürmektedir. Mahkemeye göre kıymadan yapılan ızgara köfte çiğnendiği sırada diş kırılmışsa, kural olarak kıymanın içindeki sert cismin kıkırdak veya kemik parçası olması beklenir. Bu durum ise restoran işletmecisinin veya onun çalışanın yükümlülük ihlâlini göstermez. Bu sebeple tazminat talep edilemez. Davacı dişini kıran sert cismin bir çakıl taşı olabileceğine ilişkin ilk görünüş ispatına dayanmıştır. Hem yerel hem de yüksek mahkeme, kıyma içerisinden çakıl taşı çıkmasını, tipik olay akışına uygun bulmadığından davayı reddetmiştir⁶⁹⁷.

Kusur vakıasına ilişkin bir değerlendirmede hayat olayından somut olaydaki insan davranışına ilişkin sonuç çıkarılırken normatif düzenlemeler dışında yaşam deneylerine dayanılır⁶⁹⁸. Özellikle Alman Federal Mahkemesi kararlarında hatalı tıbbî

⁶⁹⁵ Giesen, s. 358. İlk görünüş ispatının kabul edilmediği kararlar için bkz. Düsseldorf, 28.12.1984 8 U 101/84 VersR 1986, s. 494; 3.6.1985 8 U 137/84 VersR 1987, s. 412; 11.2.1987 8 U135/85 VersR 1988, s. 742; 17.3.1988 8 U167/86 VersR 1989, ss. 192, 193. Giesen, s. 359.

⁶⁹⁶ Pawlowski, s. 40; Musielak/Voit, Rn. 835, s. 297.

⁶⁹⁷ BGH, NJW 2006, s. 2262.

⁶⁹⁸ Leyla Keser, "İlk Görünüş İspat (Prima Facie Beweis)", **Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsell'e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, s. 233.

müdahaleden doğan tazminat davaları⁶⁹⁹ ile karayolu ve denizyolu taşımacılığından doğan tazminat davalarında kusurun ispatı için ilk görünüş ispatının esas alındığı görülür. Örneğin; ameliyathâz bölgede unutulmuş bir cisim, tıbbî deneyimlere göre tipik kusurlu bir tedavi hatası olduğunu gösterir. Trafik kazalarında ise sürücünün kusuru, eğer sürücü kazayı yaşam deneylerine göre gerekli özeni göstermesi hâlinde önleyebilecekse ispatlanmış olarak kabul edilir⁷⁰⁰.

Kusurla ilgili olarak Yargıtay, trafik kazasına karışan aracın fren izinin bulunmamasından yola çıkarak aracın sürücüsünü ilk görünüş ispatı ile kusurlu kabul eder. Eğer sürücü kazanın teknik bir arızadan kaynaklandığını ileri sürüyorsa bunu ispat etmesi gerekir. Bu durumda sürücü karşı ispat faaliyetinde bulunur⁷⁰¹. Benzer şekilde trafik kazalarındaki arkadan çarpma, özellikle yağmurlu, nemli, buzlu yolda savrulma olayları ve ön geçiş hakkının ihlâl edildiği durumlarda sürücünün kusurlu olduğu ilk görünüş ispatına göre kabul edilir⁷⁰².

Hekimin kusurlu davrandığını ispat, çoğu durumda tıbbî bilgiye sahip olmayan hasta için altından kalkılamaz bir yük getirir. Hekimin kusurunun ilk görünüş ispatıyla ispatlanmış sayılabilmesi için hekimin zarar doğuran davranışının tıbbî bir tecrübeden yola çıkarak, belirli olayların birbirini takip ederek zararlı sonuca yol açabileceği yönünde hâkimde kanaat oluşturması gerekir⁷⁰³. Bundan sonra hekimin tıbbî özen derecesine uygun hareket ettiğini, diğz bir deyişle kusursuzluğunu ispat etmesi gerekir⁷⁰⁴.

Ameliyat sonrası hastanın vücudunda tampon unutulmasına ilişkin olayda hekimin tıbbî tipik tecrübe kurallarına aykırı hareket ederek tıbbî tedavi hatası yaptığı kabul edilir. Ortaya bir zarar çıktığında doktorun kusurunun ilk görünüş ile ispatlanabileceği kabul edilmelidir⁷⁰⁵. Gerek Alman Federal Mahkemesi kararlarında gerekse Yargıtay kararlarında gerekli araştırma yapılmadan HIV taşıyan bir hastadan

⁶⁹⁹ Alman Medenî Kanunu'nun 630 h paragrafındaki değışiklikten önceki dönemde, bu konuda özel ispat yükü kuralı öngörülmediğinden Federal Mahkeme çoğu durumda ilk görünüş ispatını esas alarak karar veriyordu.

⁷⁰⁰ BGH, VersR 1952, s. 180 vd.; BGH, VersR 1956, s. 102 vd.; BGH, VersR 1957, s. 336 vd.

⁷⁰¹ 4.HD, 2.5.1991, 4731/4134, (Başözen, s. 217).

⁷⁰² Rommé, s. 122; Başözen, s. 315.

⁷⁰³ Başözen, s. 319.

⁷⁰⁴ Demir, s. 244.

⁷⁰⁵ BGH VersR 1957, s. 336; Başözen, s. 321. İlk görünüş ispatından bahsetmeksizin aynı sonuca ulaşan bir karar hakkında bkz. 3.HD, 15.3.2021, 2020/7563, 2021/2664, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.8.2021).

kan nakli yapılması HIV ile kan nakli arasındaki hem illiyeti hem de ilgili müdahalenin kusurlu olduğunu ilk görünüş ispatıyla ortaya koyar⁷⁰⁶. Ancak Yargıtay açıkça ilk görünüş ispatı kavramını kullanmamaktadır.

V. DELİLLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında uyuşmazlığın bir sözleşmeye dayanması nedeniyle aradaki sözleşmenin ispatı hariç diğer tüm unsurlar her türlü delil ile ispatlanabilir. Taraflar arasında bir sözleşme varsa ve beden bütünlüğünün ihlâli söz konusu sözleşmeye aykırı davranış neticesinde doğmuş ise bu durumda taraflar arasındaki sözleşmenin ispatı sözleşmenin yapıldığı zamanki miktar ve değeri her yıl yenilenen parasal sınırı aştığı takdirde kesin delil ile ispatlanmalıdır (HMK m. 200).

Beden bütünlüğünün ihlâli, duruma göre kusur ya da kusursuzluk, zarar ve illiyet bağının ispatı her türlü delil ile ispatlanabilir. Her türlü belge (HMK m. 199), yemin (HMK m. 225 vd.), tanık (HMK m. 240 vd.), bilirkişi incelemesi (HMK m. 266 vd.), keşif (HMK m. 288 vd.), kesin hüküm (HMK m. 303) bu unsurların ispatı için kullanılacak ispat araçlarıdır. Beden bütünlüğünün ihlâline yol açan olayın nasıl meydana geldiğinin ispatı için belge kavramı altında her türlü çizim, plan, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı delil olarak ileri sürülebilir (HMK m. 199). Ancak bu delillerin hukuka aykırı yollarla elde edilmemiş olması gerekir. Zira bir vakıanın ispatında, hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan deliller dikkate alınamaz (HMK m. 189). Bu bağlamda Emniyet Genel Müdürlüğü tarafından cadde, sokak, park gibi kamuya açık alanlarda kurulan görüntüleme ve plaka tanıma sistemleri⁷⁰⁷

⁷⁰⁶ OLG Duesseldorf VersR 1998, s. 103; 4.HD, 9.2.1999, 1996/7491, 1999/643), (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.5.2020).

⁷⁰⁷ “Kamu düzeni ve güvenliği ile kişilerin can ve mal emniyetinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, trafik güvenliği ve kontrolünün sağlanması amacıyla meydan, karayolları, cadde, sokak ve park gibi kamuya açık alanlarda kurulan bu sistemler Kent Güvenlik Yönetim Sistemi (KGYS) olarak adlandırılmaktadır” (<https://www.egm.gov.tr/bilgiteknolojilerivehaberlesme/kgysvepts>), (Erişim Tarihi: 27.10.2021).

aracılığıyla elde edilen belgeler beden bütünlüğünün ihlâlüne yol açan fiilin meydana geliş biçimini tespit edebilmek adına eşi bulunmaz bir delildir.

Beden bütünlüğünün ihlâlüne yol açan fiil, fiilin meydana geliş şekline ve zarar sonucuna ilişkin vakıalar kural olarak yemin deliliyle ispatlanabilir. Ancak beden bütünlüğünün ihlâlüne yol açan davranış aynı zamanda suç niteliğine de sahipse zarar vereni ceza soruşturması ya da kovuşturmasıyla karşı karşıya bırakacak olması sebebiyle bu vakıalar yemine konu olamaz (HMK m. 226/I/c). Örneğin, davalıya zarar göreni yaralayıp yaralamadığına ilişkin yemin teklif edilemez⁷⁰⁸.

Aşağıda beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında diğer ispat araçlarına göre özel bir öneme sahip bilirkişilik ve uzman tanıklık kurumları incelenecek olup diğer deliller beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları bakımından özellik arz etmediği için incelenmeyecektir.

B. Bilirkişilik

1. Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davalarında Bilirkişinin Fonksiyonu

Bilirkişi hâkime belli bir uzmanlık alanında danışmanlık eder⁷⁰⁹. Hâkimin görevlendirmesiyle birlikte bilirkişiden belli bir alanda geçerli olan tecrübe kuralları konusunda hâkimdeki bilgi eksikliğini gidermesi, olaydaki bir durumdan yola çıkarak ve alan bilgisini kullanarak uzmanlık alanına ilişkin bir sonuç çıkarması veya uzmanlık alanına ilişkin bir vakıanın tespiti istenebilir. Buna göre bilirkişi bir tür tarafsız hâkim yardımcısı olarak nitelendirilmiştir⁷¹⁰. Bilirkişinin faaliyetinin kapsam

⁷⁰⁸ Kuru, Usûl C. III, s. 2519; Ejder Yılmaz, **Medenî Yargılama Hukukunda Yemin**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012, (Yemin), s. 102; Umar, Şerh, s. 738; Ejder Yılmaz, **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt: 3, Yetkin, Ankara, 2017, (C. 3), ss. 2626-2628; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 1875.

⁷⁰⁹ BGH, NJW 1998, ss. 3355, 3356; BGH, NJW 1994, ss. 801, 802.

⁷¹⁰ Nicolaus Thaddäus Gönner, **Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände**, Cilt: 2, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1801, s. 428; Süha Tanrıver, “Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, Cilt: 11, Özel Sayı: 2009, Basım Yılı 2010, (Bilirkişilik), s. 583. Bilirkişilerin hâkim yardımcısı olarak nitelendirilmesine karşı çıkan görüş için bkz. Wolfgang Heinrich Puchta, “Betrachtungen über den Beweis durch Augenschein und Sachverständige und über das Verfahren bei dessen Aufnahme”, **Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß**, Cilt: 3, 1830, ss. 56, 57. Bu görüşe göre bilirkişiler olayları

ve niteliği, kendisini görevlendiren hâkimin talimatlarına tâbidir. Ancak bu durum bilirkişi raporunun ispat araçları arasında yer almasına engel olmaz⁷¹¹. Bilirkişi raporu takdiri deliller arasında yer alır (HMK m. 282). Bilirkişinin uzmanlık alanına ilişkin alan bilgisini nereden elde ettiğinin bir önemi yoktur⁷¹². Raporda kullanılacak alan bilgisi kitaplardan, ihtisas sahibi kişilerle yapılan görüşmelerden elde edilebilir. Ancak bilirkişi, görüşünün dayanaklarını raporunda açıkça göstermelidir.

Tecrübe kuralları beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarındaki zarar, kusur ve illiyet bağının ispatında özel öneme sahiptir. Hâkim belli bir alandaki yaşam ve deneyim kurallarını öğrenmek için bilirkişi atayabilir. Bu durumda bilirkişi raporu yaşam ve deneyim kurallarının soyut olarak belirtilmesi ile sınırlıdır. Bu kuralları somut olaya uygulayacak olan hâkimdir. Örneğin; ticarî örf ve adet, trafik kavramları, tıp uygulamaları, belli bir insan çevresi içinde kullanılan ağız ve şive, yerel ücret ve komisyon uygulamaları konusunda hâkim bilirkişiden bilgi isteyebilir. Hâkimin bilirkişiden tecrübe kurallarına ilişkin istediği bilgi hiç şüphesiz özel ve teknik bilgi olmalıdır⁷¹³.

Bilirkişiden uzmanlık alanına ilişkin olarak bir sonuç çıkarması da istenebilir. Bilirkişi yargılamadaki sabit maddî vakılardan kendi alan bilgisini kullanarak yaptığı çıkarımı hâkime gönderir. Raporun hâkim tarafından denetimini sağlamak için raporun gerekçelendirilmesine hizmet eden soyut yaşam ve deneyim kurallarının da raporda gösterilmesi istenebilir. Örneğin; bilirkişi, davalının beden bütünlüğünün ihlâline yol açan fiilinin davacının mevcut durumuna yol açıp açmadığı, diğer bir deyişle hastalığın sebebi olup olmadığı konusunda ya da bu ihlâlin çalışma gücünü ne ölçüde ve ne kadar süreyle azalttığının belirlenmesi konusunda görevlendirilebilir.

uzmanı oldukları sanat veya bilim dalının kurallarına göre değerlendirir, ancak hiçbir şekilde vakianın hukukî gerçekliği ile ilgilenmezler. Vakianın hukukî gerçekliğini belirlemek hâkimin görevidir. Bu sebeple bilirkişilerin hâkim yardımcısı olarak nitelendirilmesi hatalıdır.

⁷¹¹ Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 122 Rn. 1, s. 748.

⁷¹² BGH, MDR 1980, s. 308.

⁷¹³ Guldener, s. 347; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 112 Rn. 5, s. 749; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1916; Tanrıver, Bilirkişilik, s. 576; Mücahit Tanverdi, **Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1991, s. 89; Barış Toraman, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Yetkin, Ankara, 2017, s. 167; Carolina Meller-Hannich, “Die Role des Sachverständigen im Arzthaftungsprozess” **XIV. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 29-30 Eylül 2017, İzmir, ss. 7, 8; Ersin Erdoğan ve Sümeyye Hilal Üçüncü, “Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2020, s. 360.

Burada bilirkişiden alan bilgisini ya da belli bir alana ilişkin yaşam ve tecrübe kurallarını kullanarak bir sonuç çıkarması istenir⁷¹⁴.

Son olarak bilirkişi vakıa tespiti için görevlendirilebilir. Elbette bu vakıa tespitinin yapılabilmesi için özel uzmanlık bilgisine ihtiyaç olmalıdır. Ameliyat sonucu bir bacağın kısılıp kısılmadığının tespiti gibi her türlü sağlık durumunun tıbbî olarak tespit işlemi bu kapsamdadır. Bu türdeki bilirkişi raporlarında özel uzmanlık bilgisi ile elde edilen vakıa tespitleri yer alır⁷¹⁵. Taraflardan biri mahkemeye ya da karşı tarafa sunmadığı bir belgeyi bilirkişiye verir ve bilirkişi de raporunu bu belgeye dayandırırsa bu rapor delil olarak kullanılamaz⁷¹⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 266. maddesi, mahkemeye kendiliğinden bilirkişi atama konusunda sadece yetki vermekle kalmamış; somut olayda bilirkişiye ihtiyaç olup olmadığını tâyin etme bakımından bir takdir alanı bırakmıştır. Mahkeme öncelikle somut olayda çözümü hukuk dışı özel ya da teknik bilgi gerektiren bir hâlin olup olmadığını takdir edecektir. Mahkemenin bu belirlemesine göre, somut olay bakımından çözümü hukuk dışı özel ya da teknik bilgi gerektiren bir hâl varsa bu tespitten sonra mahkeme bilirkişi atamak zorundadır⁷¹⁷.

Mahkemenin özel ya da teknik bilgi gerektirmesi sebebiyle bilirkişi atamak istediği vakıa konusunun çekişmeli olması gerekli değildir. Mahkeme, olay hakkında en iyi açıklamayı elde etmek amacıyla yeterli izahata sahip olmadığını düşündüğü çekişmesiz vakıalar bakımından da bilirkişi atayabilir⁷¹⁸. Kanımızca tarafların taleplerinden bağımsız olarak mahkemenin kendiliğinden de bilirkişi atama imkânına sahip olması, çekişmesiz vakıalar için de bilirkişi atanabileceğine ilişkin görüşü destekler. Çünkü yargılama esnasında bilirkişi atanmasının amacı mahkemenin olay hakkında en iyi bilgiye sahip olmasını sağlamaktır. Bu amaç, bilirkişinin delil fonksiyonu dışında mahkemeye danışmanlık etme fonksiyonu olduğunu da

⁷¹⁴ Guldener, s. 347; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 112 Rn. 5, s. 749.

⁷¹⁵ Hans Jürgen Ahrens, **Der Wettbewerbsprozess Ein Praxis Handbuch**, 8. Baskı, Carl Heymanns, Münih, 2017, (Handbuch), s. 511; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 112 Rn. 7, s. 749.

⁷¹⁶ BGH, NJW 1992, ss. 1817, 1819.

⁷¹⁷ Alman Usûl Kanunu'nun 144. paragrafı bakımından benzer değerlendirmeler için bkz. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 144 Rn. 5, s. 790.

⁷¹⁸ Baumbach/Lauterbach/ Albers/Hartmann, § 144 Rn. 6, s. 791.

gösterir⁷¹⁹. Bilirkişinin bu fonksiyonu karışık, teknik ve karmaşık vakıa ve iddiaların hâkim tarafından daha iyi anlaşılmasını sağlamak üzere kullanılabilir. Hâkim bu şekilde delillerin toplanmasından bağımsız olarak tarafların iddialarını daha iyi anlayabilir ve esasa ilişkin olayı daha iyi kavrayabilir. Özellikle hekimin hukukî sorumluluğuna ilişkin davalarda, vakıaların hâkim tarafından kavranabilmesi için ispat aşamasından bağımsız olarak bilirkişiye başvurulabilir. Bu durumda bilirkişi raporu bir delil olarak değerlendirilmez, hâkimin maddî vakıalar hakkında bilgilenmesine yardımcı olan bir danışman fonksiyonu taşır⁷²⁰. Mahkemelerin ispat aşamasından önce ve delillerden bağımsız olarak bilirkişi atayabilme imkânının zaten olduğu, ancak mahkemelerin bu imkânı kullanmakta çekingen davrandıkları ifade edilmiştir. Bu sebeple Alman Usûl Kanunu’nun 144. paragrafının birinci fıkrasında değişiklik yapılmasını öngören kanun tasarısında bilirkişinin danışman fonksiyonu yaşanan tereddütleri gidermek için açıkça belirtilmiştir⁷²¹. Söz konusu kanun tasarısının Alman Usûl Kanunu’nda değişiklik yapılmasını öngören hükümleri kanunlaşarak 1.1.2020 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türk uygulamasında da benzer olarak bilirkişinin danışman fonksiyonundan yeterince faydalanılmadığı görülür. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında genel olarak aktüerya hesaplamaları, kusurun ve oranın tespiti, çalışma gücü kayıp oranlarının tespiti ile emsal tedavi, cenaze giderleri ile zarar görenin emsal kazancının belirlenmesi amacıyla bilirkişi atandığı görülür.

Kusurun hukukî bir değer taşıması sebebiyle hâkimlerin kusur belirlemesini bilirkişilere bırakması yargı yetkisinin bir devri olarak görülüp eleştirilmektedir⁷²². Uygulamada bilirkişiler olguları, değerlendirmeye esas alınacak tecrübe kurallarını belirleyip bu belirlemelere göre adeta bir altlama faaliyeti yaparak kusur koşul vakıasının bulunup bulunmadığını değerlendirme yoluna gitmektedir. Bilirkişiler,

⁷¹⁹ Greger, § 144 Rn. 1; 591; Jürgen Stamm, “Zur Rechtstellung des Sachverständigen im Zivilprozess und den daraus resultierenden Möglichkeiten zur Verbesserung der Zusammenarbeit mit dem Gericht” **Zeitschrift für Zivilprozess**, (ZZP), Cilt:124, Sayı: 4, 2011, s. 441.

⁷²⁰ Stamm, ZZP, ss. 433, 437.

⁷²¹ Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, “**Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Wertgrenze für die Nichtzulassungsbeschwerde in Zivilsachen, zum Ausbau der Spezialisierung bei den Gerichten sowie zur Änderung weiterer zivilprozessrechtlicher Vorschriften, Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz**”, https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Wertgrenze_Nichtzulassungsbeschwerde_Zivilsachen.html, s.s 5, 16 (Erişim Tarihi: 15.8.2019).

⁷²² Aşçıoğlu, s. 110.

hâkimin kusur değerlendirmesini mümkün kılacak olguları tespit edebilir, tecrübe kurallarını belirleyebilir, tecrübe kurallarına göre olayların oluş şekli hakkında tespitlerde bulunabilir; ancak hukukî değerlendirme yapamaz⁷²³. Fakat Yargıtay kusurun belirlenmesinin kural olarak bilirkişinin görevi olduğunu ifade ederek bilirkişi seçimi, yönlendirilmesi ve denetlenmesinde hâkimlerin yüksek özen göstermesi gerektiğini belirtmektedir⁷²⁴. Somut olaya uygulanacak hukuk normunun koşul vakıalarının somut olayda gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyecek olan hâkimdir. Bilirkişinin buradaki fonksiyonu ise hâkimin bu belirlemeyi yaparken kullanacağı araçların tespitinden ibarettir.

2. Bedensel Zararlarda Tıbbî Bilirkişilik

a. Tıbbî Bilirkişilik Yapabilecek Kurumlar

(1) Adlî Tıp Kurumu

9 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazete’de yayınlanan 703 sayılı Anayasa’da Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname’nin 61. maddesi ile 14.4.1982 tarihli ve 2659 sayılı Adlî Tıp Kurumu Kanunu’nda yer alan birçok⁷²⁵ hüküm yürürlükten kaldırılmış ve Kanun’un adı “Adlî Tıp Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun olarak değiştirilmiştir. Bu değişiklikten sonra 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi⁷²⁶’nin (CbK.) birinci bölümünde Adlî Tıp Kurumu’nun kuruluş, görev ve yetkilerine ilişkin esaslar düzenlenmiştir. Adlî Tıp Kurumu adalet işlerinde

⁷²³ Kuru, Usûl C. II, s. 1812; Ahmet İyimaya, “Sorumluluk Hukukunda Gelişim Kusuru”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 5-6, 1985, (Kusur), ss. 691 vd.

⁷²⁴ 4.HD, 27.5.2021, 2824/1878, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 4.9.2021); 4.HD, 18.6.1984, 5231/5748, (YKD S. 1, s. 29). Hâkim tanık ve bilirkişilerin bizzat ifadelerini alma ve bilirkişilerin inceleme şeklini belirleme yetkisini haizdir (Belgesay, s. 18).

⁷²⁵ “1 ila 16 ncı maddeleri, 18 ila 26 ncı maddeleri, 36 ncı maddesi, 37 nci maddesi, geçici 1 ila geçici 4 üncü maddeleri ve geçici 6 ncı ve geçici 7 nci maddeleri yürürlükten kaldırılmıştır”. (703 s. KHK m. 61/f)

⁷²⁶ RG. 15.7.2018, S. 30479.

bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığı'na bağlı bir kurum olarak kurulmuştur.

Adlî Tıp Kurumu yapı itibarıyla incelendiğinde ihtisas daireleri, ihtisas kurulları ve üst kurullardan oluşur. İhtisas kurulları ile üst kurullar doğrudan mahkemelerce görevlendirilemezler. Bilirkişi raporlarında eksiklik veya çelişki olduğu durumlarda önce ilgili ihtisas kurulundan rapor istenir, çelişki bu rapora rağmen devam ederse bu sefer de ilgili üst kuruldan rapor istenmelidir. Bilirkişi görevlendirilmesinde düzenlemede belirtilen görev ayırımına dikkat edilmemesi bilirkişi raporunu usûle aykırı hâle getirir.

Adlî Tıp Kurumu'na bilirkişi olarak başvurmak zorunlu değildir. Zorunluluk Adlî Tıp Kurumu'ndan alınan raporun eksik ve çelişkili olması durumunda yetersizliğin giderilmesi için öngörülmüştür. Adlî Tıp Kurumu dışında bilirkişi kurulları oluşturulması ya da Tıp Fakülteleri Kürsü Konseyinden görüş alınması yönünde kararlar bulunmaktadır⁷²⁷.

Adlî Tıp Kurumu zorunlu bilirkişi kurumu olmasa da önceliği olan bir resmî kurumdur. Mahkemeler, çoğunlukla ilke ve yöntemleri göz ardı ederek, hemen her konuda Adlî Tıp Kurumu'nun görüşünü almayı gelenek hâline getirmişlerdir. Daha önemlisi “olgu sorunuyla ilgili sorular sorulmadan genel görevlendirmeyle” dosyalar Kuruma gönderilmektedir. Bu durum, Kurumu hâkimleştirmekte ve çalışmalarını olumsuz etkilemektedir. Adlî Tıp Kurumu'nun bilirkişi olarak işlevi, sadece olgu sorunlarıyla sınırlı teknik ve bilimsel görüş bildirmektir. Ancak uygulamada, hâkim gibi kanıtları değerlendirerek ve yorumlar yaparak hukukî konularda görüş bildirmektedir⁷²⁸.

⁷²⁷ “İçeriği yönünden inandırıcı ve tatminkâr olmayan Adli Tıp Kurumu raporuna dayanılarak hüküm kurulamaz. Bu nedenle, üniversiteden seçilecek uzmanların oluşturduğu bilirkişi kurulundan rapor alınmalıdır.” (13.HD, 06.03.2003, 2002/13959, 2003/2380) Aynı yönde kararlar için bkz. 21.HD, 17.06.2004, 5338/5964; 21.HD, 09.11.1998, 7558/7493; 10.HD, 05.10.2006, 754/11240; 10.HD, 26.03.2002, 1864/2732; 10.HD, 02.06.2003, 3938/4611; HGK, 18.02.1998, 1997/10-881, 1998/113, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 4.4.2020).

⁷²⁸ “...yüzdeki lekelenmelerin lazer uygulamasından kaynaklandığının söylenemeyeceği, dava tarihinden önce kullandığı ilaçların da bu sonucu meydana getirebileceği, hormon düzeyinin normal olarak saptandığı, **olayla eylem arasında uygun illiyet bağı bulunmadığı** yönünde düzenlenen dosyada mevcut hükme yeterli Adli Tıp Kurumu Raporu karşısında mahkeme kararının onanması gerekirken zuhulen bozulduğu anlaşılmaktadır. Davalının karar düzeltme talebinin kabulüyle Dairemizin 23.03.2013 tarihli ve 2013/3996 E.-2013/4987 K.sayılı bozma kararının kaldırılarak mahkeme kararının ONANMASINA, 03.10.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.” (3.HD,

Bilirkişi olarak Adli Tıp Kurumu görevlendirilmişse bu görev ilgili ihtisas dairesi tarafından yerine getirilir. Eğer ihtisas dairelerinden birisi kendi görev alanına girmeyen bir konu üzerinde rapor hazırlarsa mahkeme bu raporu dikkate alamaz⁷²⁹. Adli Tıp Kurumu bünyesinde çeşitli uzmanlık alanlarına göre ayrılmış yedi adet ihtisas dairesi bulunmaktadır. Bu dairelerden

Morg İhtisas Dairesi, ceset ve ceset kısımları ile canlılara ait doku ve biyolojik materyal üzerinde inceleme yapmak, (CbK. m. 18)

Gözlem İhtisas Dairesi, mahkemeler ve hâkimlerce gözleme tâbi tutulmasına karar verilenleri gözleme tâbi tutmak, gözlem sonucunu bir raporla tespit etmek, (CbK. m. 19)

Kimya İhtisas Dairesi, mahkemeler ile hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen toksikolojik, gıdaî, sınaî, narkotik, ilaç ve diğer çeşitli maddeler ile alkolometrik analizler yapmak, (CbK. m. 20)

Biyoloji İhtisas Dairesi, her türlü biyolojik örnek ile biyolojik örnek taşıması muhtemel materyalin mikrobiyolojik, hematolojik, serolojik ve genetik yönden incelemelerini yapmak, (CbK. m. 21)

Fizik İhtisas Dairesi, silah, mermi, yazı (grafolojik-daktiloskopik), imza, imza niteliğini taşıyan parmak izleri ile radyolojik, radyoizotop, klimatolojik, diğer fizikî materyal ve olaylarla ilgili incelemeleri yapmak, (CbK. m. 22)

Trafik İhtisas Dairesi, trafik olayları ile ilgili konularda gerekli muayene ve incelemeleri yapmak, (CbK. m. 23)

Adli Bilişim İhtisas Dairesi, bilişim ile ilgili konularda gerekli incelemeler ile veri toplama, işleme, depolama veya aktarma işlevi gören bilişim sistemleri ile her türlü sayısal ve elektronik materyal üzerinde inceleme, araştırma ve analizleri yapmak ile görevlendirilmiştir (CbK. m. 24).

Adli Tıp Kurumunda sekiz ihtisas kurulu bulunur. Bu kurullar bir başkan ve iki adli tıp uzmanının yanında ihtisas kurullarının uzmanlık konularına göre değişen alan ve sayıda uzmandan oluşur. İhtisas Kurulları mahkemelerce yeterli görülmeyen ya da çelişkili bilirkişi raporlarını inceleyip bilimsel ve teknik görüş bildirmekle

3.10.2013, 13290/13871), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 4.4.2020). Çelik, Bilirkişilik, s. 4.

⁷²⁹ Gökhan Çayan, **Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi**, Legal, İstanbul, 2013, s. 42.

görevli kılınmıştır. Bu bakımdan Adli Tıp Kurumu bünyesinde ihtisas dairelerinin hazırladığı raporlar mahkeme tarafından karara esas almak için yeterli görülmediği durumda ihtisas kurulları inceleme yapacaktır.

Adli Tıp Kurumu'nda üç üst kurul bulunmaktadır. Üst kurulların yapısı incelendiğinde Adli Tıp Kurumu Başkanı başkanlığında ilgili ihtisas kurullarından oluştuğu görülür. Düzenlemenin 7. maddesine göre Birinci Üst Kurul, Dördüncü ve Altıncı İhtisas Kurullarından, İkinci Üst Kurul, İkinci, Üçüncü ve Beşinci İhtisas Kurullarından, Üçüncü Üst Kurul ise Birinci, Yedinci ve Sekizinci İhtisas Kurullarından oluşur. Adli Tıp Üst Kurulları mahkemeler tarafından yeterli bulunmayan raporları incelemek ile görevlidirler. İhtisas kurulları arasındaki görüş ayrılıkları ile ihtisas kurulları ve daireleri arasındaki görüş ayrılıklarını kesin karara bağlar (CbK. m. 7).

(2) Yüksek Sağlık Şurası

Yüksek Sağlık Şurası 1593 Sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile kurulmuştu. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesinde sağlık personelinin görevlerinin yerine getirirken işledikleri suçların kovuşturulmasında Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş alınması zorunluluğu bulunmaktaydı. Bu zorunluluk hiç şüphesiz ceza mahkemeleri için geçerliydi. Ancak sağlık personelinin hukukî sorumluluğuna dayanarak açılan tazminat davalarında hukuk mahkemeleri de kanun ile düzenlenen resmî bilirkişi kurumu olarak Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor istemekteydi. 1219 sayılı Kanun'un 75. maddesi ceza davaları bakımından Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınmasını zorunlu kılarken bu görüşün alınmasında belirli bir süre öngörmediği için süreci uzatmakta ve adil yargılama hakkına engel teşkil etmekteydi. Anayasa Mahkemesi'nin kararı ile ceza mahkemelerini Yüksek Sağlık Şûrasından rapor almakla zorunlu tutan madde iptal edildi⁷³⁰.

⁷³⁰ “Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı (sanık ve müşteki yönünden) yargılanmanın makul sürede bitirilmesini de kapsar. Davaya konu olan olayımızda Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınması zorunludur. Bu nedenle yargılama sırasında dosya Yüksek Sağlık Şurası'na gönderilerek rapor düzenlenmesi istenilmiş ancak 19.10.2005 tarihinde gönderilen dosya 08.06.2009 tarihinde mahkememize ulaşmış olup bu süreç yaklaşık olarak 3 yıl 7 ay 23 güne tekabül

Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun Yüksek Sağlık Şurası'nı düzenleyen maddeleri 663 sayılı Sağlık Alanında Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile yürürlükten kaldırılarak Yüksek Sağlık Şurası'nın görev ve yetkileri aynı kararnamenin 21. maddesinde yeniden düzenlenmişti. 9 Temmuz 2018 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan 703 sayılı Anayasa'da Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname'nin 25. maddesi ile Yüksek Sağlık Şurası'nın Görev ve yetkilerinin düzenleyen 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 21. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak ne Sağlık Bakanlığı teşkilatına dair düzenlemelerin yer aldığı 1 sayılı Cumhurbaşkanlığı Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesinde, ne de 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum ve Kuruluşlar ile Diğer Kurum ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nde Yüksek Sağlık Şurası'na ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Sonuç olarak Yüksek Sağlık Şurası, Cumhurbaşkanlığı Hükümet Sistemine geçiş için çıkarılan kanun hükmünde kararname ile kaldırılmıştır. Sonrasında şu ana kadar çıkarılan Cumhurbaşkanlığı Kararnamelerinde yeniden düzenlenmediği için 703 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kaldırıldığı söylenebilir.

Yüksek Sağlık Şurası raporlarında sağlık personelini korumaya yönelik tutumları, çelişkiler bulunması, genellikle kusursuzluk tespitine yönelik bir gayrete

etmektedir. Yüksek Sağlık Şurası'nın mevzuatı gereğince yılda bir defa toplanması, ülkemizin bütün mahkemelerinden gönderilen dosyaların sadece bu kurumca değerlendirmesi nedeni ile dosyaların birikmesine neden olmaktadır. Bunun sonucunda da raporlar geç düzenlenerek yargılama süreci uzamakta olup dava zamanaşımı dolmaktadır. Mahkememizde bu nitelikteki diğer dosyaların da aynı şekilde Yüksek Sağlık Şurası'ndan 3, 4 hatta 5 yıl içerisinde geldiği görülmektedir. Oysa Ceza Muhakemesi Kanunu'na göre bilirkişilik kurumu olarak Adli Tıp Kurumu ve mahkemenin doğrudan atadığı kişilerden de bilirkişi raporu alınması imkânı vardır. Bu bilirkişilerden ve kurumlardan alınan raporlar daha az sürede verilmekte ve yargılamanın uzun sürmesine neden olmamaktadır. Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınması kanun gereğince zorunlu olmasına karşın görüşü mahkemeyi bağlamamaktadır. Bu nedenle uygulamada genelde Yüksek Sağlık Şurası'nın raporundan sonra Adli Tıp Kurumu'ndan da rapor alınmaktadır. Bu sonuca göre Yüksek Sağlık Şurası'nın raporunun alınması yargılama sürecini uzatmakta ve dava zamanaşımı süresinin dolması nedeni ile sanık ve müştekinin makul sürede adil yargılanma hakkını engellemektedir. Doktorların yapmış oldukları görevleri nedeni ile adli soruşturmalarda 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesi gereğince Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınmasının zorunlu olması Anayasa'nın 36. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına aykırı olduğu görüşü ile iptali gerekmektedir” (AYM, 3.6.2010, 2009/69, 2010/79), (RG. 22.10.2010, S. 27737).

giriştiği ve hukukî konularda görüş bildirdiği gerekçesiyle gerek yargı kararlarıyla⁷³¹, gerekse öğretilerdeki görüşlerle eleştirilmekteydi⁷³². Kanımızca tıbbî sorumluluk davaları için Sağlık Bakanlığı bünyesinde ayrı bir bilirkişilik kurumuna gerek olmayıp mevcut bilirkişi kurumları bu davalar bakımından da yeterlidir. Bu sebeple Yüksek Sağlık Şurası'nın kaldırılması yerinde olmuştur.

(3) Üniversiteler ve Hastaneler

Özellikle çalışma gücü kayıp oranlarının belirlenmesinde Yargıtay çelişkili raporların bulunması durumunda Adli Tıp Kurumu'na başvuru zorunluluğu öngörmektedir. Ancak Adli Tıp Kurumu'na başvurma konusunda mahkemelerin bir zorunluluğu bulunmamaktadır⁷³³. Adli Tıp Kurumu İhtisas dairelerinden alınacak raporlar dışında üniversite hastanelerinin tıp fakültelerindeki adli tıp anabilim dalları ile dava içeriğine göre diğer uzman anabilim dallarının da tıbbî bilirkişilik

⁷³¹ “Mahkeme, Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanarak hüküm kurmuştur. Oysa, rapor dosya içerisindeki iddia ve savunmaya, delillere uygun olmadığı gibi karara esas tutulacak yeterlikte de değildir...davalı doktorun sorumluluğunu tayin ederken hâkimin, olayların özelliğine, iddia ve savunmaya uymayan, dayanakları gösterilmeyen, yargılamada kesinlikle saptanan maddî olgular karşısında inandırıcı olmaktan uzak Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı olmayacağına duraksamaya yer olmamalıdır” (13.HD, 5.4.1993, 131/2741), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.9.2019). Benzer kararlar için bkz. 13.HD, 07.11.2000, 9590/9641, 13.HD, 25.05.2000, 2892/5141, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.9.2019).

⁷³² Çetin Aşçıoğlu, **Yargılamada Maddî Gerçeğin Belirlenmesinde Kanayan Yara Bilirkişilik**, Seçkin, Ankara, 2010, (Bilirkişilik), 224; Yahya Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, Seçkin, Ankara, 2012, s. 239; Kılıç, s. 123.

⁷³³ “...vazife malullük derecesini, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu tespit edilen meslekte kazanma gücünün kaybına veya meslekte kazanma gücünün kaybı derecelerine ilişkin usûlüne uygun düzenlenmiş sağlık kurulu raporları ve diğer belgelere istinaden Kurumca verilen karara ilgililerin itirazı halinde, durum Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. Kural olarak Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karar Sosyal Güvenlik Kurumunu bağlayıcı nitelikte ise de, diğer ilgililer yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından Yüksek Sağlık Kurulu Kararına itiraz edilmesi halinde inceleme Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılmalıdır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 28.06.1976 günlü, 1976/6-4 sayılı Kararı da bu yöndedir. Somut olayda, Kurum tarafından birbirine yakın tarihlerde belirlenen sürekli iş göremezlik oranları arasında açık çelişki bulunduğu anlaşılmışa rağmen, bu çelişki giderilmeden yazılı şekilde karar verilmesi hatalı olmuştur. Yapılacak iş, Adli Tıp 3. İhtisas Kurulundan rapor alınması; mevcut raporlar arasında çelişki oluşması halinde ise; raporlar arasındaki çelişkinin Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınmak suretiyle giderilmesinin ardından çıkacak sonuca göre bir karar verilmesinden ibarettir. Mahkemece, bu maddî ve hukukî olgular dikkate alınmaksızın eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmesi Usûl ve yasaya aykırı olduğundan bozmayı gerektirmektedir. O halde, davalının bu yönleri amaçlayan temyiz itirazları kabul edilmeli ve hüküm bozulmalıdır” (21.HD, 27.12.2016, 2016/15708, 2016/15627), (<https://www.lexpera.com.tr/>), (Erişim Tarihi: 12.9.2019).

yapabilecek kurumlar arasında olduğu görülür⁷³⁴. Ayrıca Sağlık Bakanlığı tarafından terör, kaza ve yaralanmaya bağlı durumlarda erişkinlerin ve çocukların engellilik ve özel gereksinim değerlendirmesinin hangi kurum ve kuruluşlar tarafından nasıl yapılacağına ilişkin olarak düzenlemeler yapılmıştır⁷³⁵. İlgili yönetmeliklerin 7. maddelerine göre yetkili kılınan güncel sağlık kurum ve kuruluşlarının bakanlık internet sayfasından yayınlanır. Bu düzenlemelere göre listelenmiş sağlık kurum ve kuruluşları ile bu kurumlardan alınan raporlara itirazları kesin olarak karara bağlayan hakem hastaneleri de zararın tespitine yönelik rapor hazırlamaya yetkili kılınmıştır.

b. Bilirkişi Raporunun İçeriği

Bilirkişi raporunun içeriği, onun hükme esas alınıp alınmayacağıının belirlenmesinde önem arz eder. Bu sebeple raporların anlaşılır ve eksiksiz olması çok önemlidir. Bilirkişi raporu yeterli bir incelemeye dayanmalı; incelenmesi gereken tüm materyal, dosya, bilgi ve belgeler görülüp değerlendirilmelidir. Mahkeme tarafından cevaplanması istenen tüm sorular tartışılmalı; ancak hâkimin yetkisine giren hukukî konulara⁷³⁶ ve somut olay bakımından önem arz etmeyen gereksiz

⁷³⁴ “hükme esas alınan Üroloji uzmanı Op. Dr. D.A. tarafından hazırlanan bilirkişi raporunda; ağrı kesici etkisi yönüyle kullanıldığı anlaşılan Exen Forte tablet türü ilaçların mide bağırsak sisteminde rahatsızlığı bulunan hastalarda dikkatli kullanılması, mümkünse kullanımından kaçınılması, mide kanamasının bu tür ilaçların beklenebilecek yan etkisi olduğundan, kullanılması zorunluluk arz ediyorsa mide koruyucu bir ilaçla birlikte kullanılmasının uygun olacağı şeklinde görüş bildirilmesine rağmen; hekimin beyanı gözetilerek hastanın önceden uyarılmış olduğunun kabulü ile ortaya çıkan komplikasyonların tamamen ilacın yan etkisi olup, davalıların kusurlarının olmadığı kanaatine varılmıştır. Davalı tarafından davacının bu konuda bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur. Ayrıca, tedavi öncesi mide şikayeti olan davacının bu konuda uyarılmasına ve soru sorulmasına rağmen, kendi sağlığını riske atacak şekilde bu durumu bildirmeyerek ve ısrarla bu ilacı 9 gün kullanarak mide kanaması geçirmesine sebebiyet vermesi de hayatın olağan akışına uygun düşmemektedir. Öyle olunca rapor, dosya içeriği ile uyumsuzdur. Mahkemece davacıya uygulanan tedavide, doktor hata ve kusuru bulunup bulunmadığı, Üniversitelerden seçilecek üroloji, gastroloji, dahiliye uzmanlarının bulunduğu üç kişilik bilirkişi heyetinden alınacak açıklamalı, gerekçeli, denetime elverişli raporla belirlenip, sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi Usûl ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir (13.HD, 19.10.2006, 10057/13842), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.9.2019). Aynı yönde kararlar için bkz. 17.HD, 23.12.2019, 2018/59, 2019/12316; 13.HD, 18.06.2007, 2896/8485, 13.HD, 09.07.2007, 7502/9890; 13.HD, 21.12.2006, 13122/16638, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.9.2019).

⁷³⁵ Erişkinler için Engellilik Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik, (RG. 20.2.2019, S. 30692); Çocuklar için Özel Gereksinim Değerlendirmesi Hakkında Yönetmelik, (RG. 20.2.2019, S. 30692).

⁷³⁶ “Günümüzdeki toplumsal olayların çeşitliliği ve hızla değişime uğraması hukukun daha ayrıntılı dallara ayrılmasını ve yeni uzmanlık alanlarının oluşmasını gerekli kılar. Bu sebeple hâkimlerden

tartışmalara yer verilmemelidir. Ayrıca raporun ikna edici olması ve mantıksal bütünlük taşıması gerektiği gibi taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine de elverişli olmalıdır⁷³⁷.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında somut olayın özelliğine göre bilirkişi raporu, zarar, kusur ve illiyet bağı koşul vakıalarının somut olay bakımından tespitini sağlamak amacıyla istenir. Bu amaç doğrultusunda rapor içeriğinde zararın kapsamının belirlenmesine yönelik ve olaydaki kusur ile illiyet bağının olup olmadığına ilişkin çıkarım yapmaya elverişli tüm vakıa ve tecrübe kurallarının anlaşılır biçimde yer alması gerekir.

Rapor içeriğinde hukukî nitelendirilmelerin olmaması gerekir. Zira hukukî nitelendirmeyi yapacak olan bilirkişi değil hâkimdir. Ancak özellikle kusur ve illiyet bağına ilişkin istenen raporlarda somut vakıanın meslekî tecrübe kurallarına göre bilirkişi tarafından değerlendirilmesi gerekir. Bu değerlendirme hukukî nitelendirme olmayıp hâkimin somut olayda kusurun ya da uygun illiyet bağının varlığı konusunda nitelendirme yapmasını sağlayan değerlendirmelerdir.

Bedensel zararlar bakımından çalışma gücü kayıp oranı ile zararın tedavi edilip edilemeyeceğine göre çalışma gücü kaybının sürekli ya da geçici olup olmadığı işin *vakıa boyutuna* ilişkin olup rapor içeriğinde yer alması gereken noktalardır. Ancak zararın varlığına rağmen zarara ilişkin indirim sebeplerine göre zarar kapsamının belirlenmesi işin *hukuk uygulaması boyutuyla* ilgili olduğundan bu tür değerlendirmelere raporda yer verilmemelidir⁷³⁸.

Bedensel zararlarda sıklıkla karşılaşılan gelişen zarar durumlarında tedavi detaylarına yer verilmesi, çalışma gücü kaybının ne zaman ortaya çıktığının ayrıntılı olarak raporda yer alması sonradan ortaya çıkan zararlar bakımından hâkimin zamanaşımına ilişkin değerlendirme yapmasına imkân sağlaması bakımından önem arz eder⁷³⁹.

hukuk alanındaki her bir konuya hâkim olmaları beklenemez. Özellikle nedensellik bağının tespiti için bilirkişiye başvuru durumlarında hukukçu olmayanların nedensellik bağını bilmemeleri nedeniyle sağlıklı rapor yazabilmeleri mümkün değildir. Bu sebeple teknik konularda birden fazla bilirkişi atanmalı ve bu bilirkişilerden bir tanesi hukukçu olmalıdır” (Çelik, Bilirkişilik, s. 1).

⁷³⁷ Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukukî ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 256.

⁷³⁸ Bilirkişi incelemesinin sınırlarının belirlenmesi güçlüklerle ilişkin örnekler için bkz. Toraman, ss. 174-176.

⁷³⁹ 17.HD, 8.6.2020, 2019/3194, 2020/3222, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 7.7.2020).

Tıbbî müdahaleden doğan davalarda bilirkişi, hekimin tedavi yöntemi seçiminde ve uygulamasında gerekli özeni gösterip göstermediğini, uygulanması gereken tedavinin ne olması gerektiğini, hekim tarafından uygulanan tedavinin ne olduğunu, ayrıntılı ve gerekçeli olarak açıklamalıdır. Hekim tarafından yapılan işlemin ne olduğunun açıklanması yeterli bir bilirkişi raporu olarak kabul edilmez. Raporda müdahale sonucunda ortaya çıkan zararın öngörülebilir, önlenabilir ya da elde edilecek sonuca göre göze alınabilir olup olmadığı açıkça belirtilmeli; kusur, illiyet bağı ve sorumluluğun doğup doğmadığına ilişkin açıklamalardan kaçınılmalıdır. Bilirkişi raporunun hükme esas alınmaya elverişli olması hâlinde somut olay bakımından uygun illiyet bağının var olup olmadığı ile kusur nitelendirilmesi ve derecelendirilmesinin rapordaki açıklamalara göre hâkim tarafından yapılması gerekir.

c. Bilirkişi Raporunun Delil Değeri

Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesine göre hâkim, bilirkişi raporuyla bağlı değildir (HMK m. 198; m. 282). Bilirkişi raporuyla bağlı olmamak onun serbestçe değerlendirilebilmesi anlamına gelir; buna göre hâkim, bilirkişi raporunda belirtilen vakıa tespitleriyle bağlı olmadığı gibi bu tespitlere ilişkin bilirkişi değerlendirmesi ile de bağlı değildir. Tıbbî konularda olduğu gibi içtihatlarla bilirkişiye başvuru zorunluluğu bulunan hâllerde dâhi bu ilke geçerli olmalıdır⁷⁴⁰. Ancak ilke bu olmakla birlikte bilirkişiye başvurulmuş meselenin özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi bu bilgiye ilişkin hâkim tarafından yapılacak değerlendirmeleri de sınırlandırmaktadır⁷⁴¹.

Tıbbî bilirkişi raporunu alan mahkemenin raporla ilgili her açıklamayı dikkatlice incelemesi, bilirkişiden istediği tüm cevapların eksiksiz olarak raporda yer alıp almadığını kontrol ederek, raporun delil olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığına ilişkin karar vermesi gerekir. Bu aşamada rapordaki tespit ve değerlendirmelerin içeriği kadar tespit ve değerlendirme usûllerinin de hâkim

⁷⁴⁰ Toraman, ss. 641-644.

⁷⁴¹ Haluk Konuralp, **Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Yetkin, Ankara, 2009, ss. 107, 108; Atalay, Pekcanitez Usûl, s. 1943; Toraman, s. 645; Erdoğan/Üçüncü, s. 380.

tarafından incelenmesi gerekir. Mahkemenin bilirkişi incelemesini değerlendirebilmesi ve bilirkişi raporunu takdir ederek bir kanaate ulaşması için hâkimin hangi konuda bilirkişiye başvurduğunu bilmesi ve bilirkişi incelemesinin sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gerekmektedir. Her şeyden önce mahkemenin yapması gereken, raporda bulunması gereken unsurların mevcut olup olmadığını belirlemek ve bilirkişi açıklamalarının güvenilirliğini araştırmaktır⁷⁴². Hâkimin, genel mantık kuralları ve hayat tecrübeleri ile bilirkişinin verdiği sonuç ve gösterdiği gerekçeler arasında mantikî bir bağ araması ve raporun mantık kuralları ile genel bilgilere aykırılık teşkil edip etmediğini belirlemesi gerekir⁷⁴³. Bu belirlemelerden sonra hâkim gerekçesini belirtmek suretiyle bilirkişi raporuna aykırı karar verebilir⁷⁴⁴.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davası uygulamasına bakıldığında özellikle zarar, kusur ve illiyet bağı noktasında sonuç çıkarmaya elverişli olmayan bilirkişi raporlarına karşı, yeni bir bilirkişiye başvurulduğu görülmektedir⁷⁴⁵. Oysaki Bilirkişilik Kanunu'nda alınan bilirkişi raporunda eksiklik ve belirsizlik bulunduğu takdirde ek rapor istenebileceği belirtilmiştir (Bil.K m. 3/7). Bilirkişilik Kanunu aynı konuya ilişkin ikinci bir rapor alınmasını yasaklamasa da yapılması gereken, doğrudan yeni bir rapor alınması yerine öncelikle eksiklik ve belirsizliğin giderilmesine yönelik olarak ilgili bilirkişiden ek rapor talep edilmesidir.

⁷⁴² Konuralp, s. 111; Fatma Özge Taşyaran, **Medenî Usûl Hukukunda Tıbbî Bilirkişilik**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Ankara, 2005, s. 172; Toraman, s. 648.

⁷⁴³ Ömer Ulukapı, "Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri", **Bilirkişilik Sempozyumu**, Samsun, 2001, (Bilirkişi), ss. 312, 313.; Taşyaran, s. 175. Hâkimin bilirkişi raporunu değerlendirirken dikkate alması gerektiği kriterler hakkında bkz. Toraman, ss. 645 vd.; Erdoğan/Üçüncü, ss. 377, 378.

⁷⁴⁴ Aksi yönde bir Yargıtay Kararına göre "Çarpışma sonucunda aracında hasar meydana geldiği ve hasar tutarı ile değer düşüşünden dolayı zararın davalıdan alınması istendiği dava dilekçesindeki yazılardan anlaşılmaktadır. Mahkemece yaptırılan bilirkişi incelemesinde değer düşme oranının 2.000 lira olduğu tespit edilmiş, fakat mahkemece bu tespiti itibar edilmeyerek doğrudan doğruya 1.000 lira değer düşmesi kabul edilerek hüküm verilmiştir. Çarpışma sonucunda değer düşüklüğünün tespiti özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir iş olduğundan, mahkemenin bunu doğrudan doğruya takdiri Usûlün 275'nci ve sonraki hükümlerine uygun düşmez. Bilirkişi tarafından bildirilen tutar mahkemece uygun görülmezse, ikinci bir inceleme yaptırılarak gerçek değer tutarı tespit ettirmek gerekir. Usûlün 286'ncı maddesinde sözü edilen takdir hakkı, mahkemece, özel bilgiye ilişkin konularda doğrudan doğruya ve kendi anlayışına göre hüküm vermek anlamına gelmez. Bu itibarla anılan Usûl hükümleri uyarınca inceleme yaptırılmadan karar verilmesi bozmayı gerektirir." (4.HD, 6.10.1966, 4141/ 8720), (Kuru, Usûl C. III, dn. 469, s. 2771).

⁷⁴⁵ 17.HD, 8.6.2020, 2019/3194, 2020/3222; 13.HD, 19.12.2019, 2016/24615, 2019/12860; 10.HD, 6.2.2020, 85/816, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 7.7.2020).

Bu şekilde bir yöntem izlenmesi hem süreci hızlandırır, hem de çelişik tespitlerin önüne geçer.

C. Uzman Tanıklık

Türk hukukunda hakkında özel bir düzenleme olmayan ancak İsviçre ve Alman Medenî Usûl Kanunlarında yer alan uzman tanıklık⁷⁴⁶ kavramı, kişinin tanıklık yapacağı bir konuda aynı zamanda uzman olması durumunda gündeme gelir (Schw. ZPO Art. 175; De. ZPO § 414). Türk hukukunda özel bir terminoloji bulunmasa da tanık hükümleri kapsamında uzman tanık dinlenebilir. Uzmanlık ve tanıklık vasıflarının birleşmesi her zaman karşılaşılan ve uygulaması olan bir durum değilse de uzman tanıklık, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında uygulama alanı bulur. Bu kapsamda bedensel zarara uğrayan kişinin doktoru uzman tanık olarak nitelendirilebilir⁷⁴⁷.

Uzman tanık normal tanık gibi geçmişteki bir olay ya da durum hakkında bilgi sahibidir. Diğer tanıklıktan farklı olarak uzman tanığın dava konusu olay ya da durumu algılayabilmesi belli uzmanlık bilgisi ile mümkün olmuştur. Uzman tanığın dava konusu olay ya da duruma vâkıf olması, bir mahkemenin ya da hâkimin kendisini görevlendirmesi suretiyle gerçekleşmez. Bu durum uzman tanığı bilirkişiden ayırır. Alman öğretisinde uzman tanık kavramı bilirkişi ve tanık kavramları arasında karma, işlevsel ve bağımsız bir delil olarak ifade edilmiştir⁷⁴⁸. Ancak uzman tanığın sahip olduğu “uzmanlık” bu kavramın sıkça bilirkişi kavramı ile birlikte incelenmesine neden olmuştur. Hatta uzman tanık için “algılayan ve ifade veren bilirkişi” gibi bu kavramın yanlış anlaşılmasına sebebiyet verecek alternatif

⁷⁴⁶ Bu kavram İsviçre Medenî Usûl Kanunu’nda “*Zeugnis einer sachverständigen Person*” (Schw. ZPO Art. 175) şeklinde ifade edilirken Alman Medenî Usûl Kanunu’nda “*Sachverständige Zeugen*” olarak yer alır (De. ZPO § 414). Toraman ise eserinde mehzaz Kanundaki ifadeyi esas alarak “*Bilirkişi-Tanık*” terimini kullanmıştır (Toraman, s. 122 vd). Biz, kavramın bilirkişilik kurumuyla karıştırılmasına engel olmak ve tanıklık vasfını vurgulamak amacıyla “*Uzman Tanık*” terimini kullanmayı tercih ettik.

⁷⁴⁷ Blomeyer, s. 420; Ansay, s. 277.

⁷⁴⁸ Friedrich Georg Lebrecht Strippelmann, **Die Sachverständigen im gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren**, Kassel, 1858, s. 60; Georg Carl Haimar Wedemeyer, “Zur Lehre vom Beweise durch Sachverständige”, **Zeitschrift für Hannoversches Recht**, Cilt: 2, 1870, s. 303; Loran Franck, **Juristen und Sachverständige**, 19. Baskı, Nomos, Köln, 2013, s. 38.

terimler de kullanılmıştır⁷⁴⁹. Ayrıca belirtmek gerekir ki uzman tanık uzman görüşünden de farklıdır. Uzman görüşü esasen bir delil olarak değil yazılı taraf beyanı olarak kabul edilirken⁷⁵⁰ uzman tanık bir delildir. Fakat uzman tanığın tanık ve bilirkişiden ayrılması her zaman kolay olmaz. Aslında uzman tanık, olaya ilişkin özel uzmanlık sahibi olan tanıktır. Bu sebeple tanıklara ilişkin hükümlerin uzman tanığa uygulanması gerekir. Tanıklara ilişkin hükümlerin uzman tanık hakkında da uygulanacağı Alman Usûl Kanunu’nun 414. paragrafında açıkça ifade edilmişken; bu kavram İsviçre’de ise tanık deliline ilişkin hükümler arasında düzenlenerek uzman tanığın “nitelikli bir tanık” olduğuna vurgu yapılmıştır (Schw. ZPO Art. 169-176; Schw. ZPO Art. 175).

Beden bütünlüğünün ihlâline ilişkin davalarda davacının sağlık durumuna ilişkin olarak ifadesine başvurulanan zarar görenin doktoru uzman tanık olarak kabul edilir. Belli bir uzmanlık bilgisi sayesinde dava konusu olay ya da durumu algılayabilen uzman tanığın “*tanığın dinlenmesi hükümlerine*” göre dinlenmesi gerekir⁷⁵¹. Hatta *Wedemeyer* tanığın özel bir uzmanlığının olmasının sadece ispat faaliyetinin başarısı üzerine etki edeceği; bu sebeple özel bir terminoloji yaratılmasının anlamsız olduğunu ifade etmiştir⁷⁵².

Kaza yerinde bulunan doktor uzman tanığın önemli örneklerindendir. Beden bütünlüğünün ihlâline ilişkin bir davada uzman tanığın ifadesi gerekli uzmanlık bilgisine sahip olmayan diğer herhangi bir tanık tarafından algılanamayacak bilgiler içermesi bakımından eşi bulunmaz bir delildir. Ancak beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan bir davada tanık olarak dinlenmiş bir doktorun sonrasında bilirkişi olarak davada yer alıp alamayacağı tartışılabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 272. maddesinin birinci fıkrasında bu konuda açık bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre “...bilirkişinin aynı dava ve işte tanık olarak dinlenmiş bulunması, bir ret

⁷⁴⁹ Franck, s. 38.

⁷⁵⁰ Hakan Pekcanıtez, “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan**, Adalet, Ankara, 2009, (Özel Uzman), s. 395; Cenk Akil, “Medenî Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2, 2011, (Uzman Tanık), s. 174. Yazar burada uzman görüşü ya da Alman hukukundaki ifadesi ile özel bilirkişi (Privatgutachter) kavramı için uzman tanık (Der sachverständige Zeuge) terimini kullanmıştır.

⁷⁵¹ Strippelmann, s. 60; Wedemeyer, ss. 299-303; Franck, s. 38.

⁷⁵² Wedemeyer, s. 303.

*sebebi teşkil etmez*⁷⁵³. Taraflardan biri lehine tanıklık yapan bir uzman tanığın aynı davada bilirkişi olarak atanmasının bilirkişinin tarafsızlığına gölge düşüreceği ifade edilmiştir⁷⁵⁴. Ancak konu değerlendirilirken kanımızca bir ayırım yapılmalıdır. Şöyle ki tanık ifadesi ancak bir vakıa tespitine ilişkin olabilir. Bu noktada tanıktan ayrılan bilirkişiden ise bir vakıanın tespiti istenebileceği gibi, meslekî tecrübe kuralına ilişkin bilgi ya da tecrübe kurallarını somut olay bakımından değerlendirerek bir sonuç çıkarması da istenebilir. Uzman tanığın tanık olarak ifadesinin içeriği ile onun sonradan bilirkişi olarak atanmasını gerektirecek özel ve meslekî konu karşılaştırılarak bir sonuca ulaşılmalıdır. Tanık ifadesinin içeriği ile bilirkişinin atanmasını gerektirecek özel ve meslekî konu örtüştüğü ölçüde uzman tanığın sonradan aynı davada bilirkişi olarak atanmasına izin verilmemelidir. Örtüşme durumu ise ancak vakıa tespitlerine ilişkin olabilir. Uzman tanığın meslekî bilgisini kullanarak yaptığı vakıa tespitlerine ilişkin olarak aynı konuda bilirkişi olarak atanması usûl ekonomisi ilkesine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle kabul edilmemelidir. Öncesinde uzman tanık olarak dinlenmiş kişiden vakıa tespiti dışında, meslekî tecrübe kuralı hakkında bilgi ya da tecrübe kurallarının somut olay bakımından değerlendirilmesi isteniyorsa Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 272. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesindeki açık ifadeye göre uzman tanığın sonradan bilirkişi olarak atanması kabul edilmelidir.

Ç. Delillerin Değerlendirilmesi

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarındaki zarar, kusur ya da kusursuzluk, illiyet bağı koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıaların ispatındaki zorluk, hâkimin delilleri değerlendirmesini ayrıca önemli kılar.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararın varlığı ve miktarının tespitine ilişkin olarak uygulama alanı bulan Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrası, her ne kadar Türk öğretisinde çoğunlukla hâkimin takdir yetkisi çerçevesinde

⁷⁵³ Aynı yönde bkz. De. ZPO § 406 I

⁷⁵⁴ Toraman, s. 124.

değerlendirilmiş⁷⁵⁵ olsa da bu hükümde tazminata karar verilebilmesi için esas alınan hukuk kuralının uygulanmasına dair hüküm içi boşluk bulunmamaktadır. Bu hüküm, zarar miktarının ispatının takdirine ilişkin olduğu için delillerin değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Delillerin değerlendirilmesinde bir tarafın ileri sürdüğü durumun başlangıçtaki olasılığını dikkate almamak, olayların olağan akışının göz önünde tutulmasını emreden Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrasını ihlâl etmek demektir. Diğer bir ifadeyle, tarafın ileri sürdüğü vakıanın gerçekleşme ihtimali ne kadar düşük olursa hâkimin kanaat derecesine ulaşmasını sağlaması için ileri sürülen delillerin o kadar güçlü (ikna edici) olması gerekir. Daha ilk başta bu kanaat derecesine ulaşılmışsa, iddianın doğruluğunu ispat için ileri sürülen diğer delillerin incelenmesinden vazgeçilebilir⁷⁵⁶. Bu bağlamda ilk görünüş ispatı, tecrübe kuralları ve fiilî karinelerin delillerin değerlendirilmesinde hâkim tarafından dikkate alınması gerekir. Zarar vakıasına ilişkin olarak yapılacak delil değerlendirmesinde Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrası, hâkimin kanaate ulaşması için gerekli olan ispat ölçüsünü düşürücü bir fonksiyon üstlenir. İspat ölçüsü ile delillerin değerlendirilmesi aynı kavramlar olmasa da birbirini takip eden kavramlardır⁷⁵⁷. Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrasının uygulama alanı bulduğu beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlarda karar verebilmek için gerekli olan soyut olasılık derecesi bu hüküm gereği düşer⁷⁵⁸; düşürülen soyut olasılık derecesine somut olayda ulaşıp ulaşılmadığı ilk görünüş ispatı, fiilî karineler, tecrübe kuralları gibi dolaylı ispat vasıtaları göz önüne alınarak delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile mümkün olur.

Diğer taraftan karşı ispat faaliyetiyle iddianın doğru olmadığına ilişkin ileri sürülen deliller de dikkate alınmalıdır. Çünkü eğer bu deliller yeterince güçlüyse iddianın doğruluğuna ilişkin kanaatin karar verebilmek için gerekli olan sınırın altına

⁷⁵⁵ Kılıçoğlu, s. 414; K. Yıldırım, s. 86; Eren, s. 725; Oğuzman/Öz, C. II, s. 86; Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, **Medenî Hukuk**, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 92; Aksi görüş için bkz. Erdoğan/Üçüncü, s. 375.

⁷⁵⁶ Schweizer, Schätzung, s. 171.

⁷⁵⁷ İspat ölçüsü ve delillerin değerlendirilmesi kavramları arasındaki fark için bkz. Greger, Beweis, s. 8; K. Yıldırım, s. 72; Başözen, s. 114; Atalay, s. 39; Albayrak, s. 286.

⁷⁵⁸ Berger Steiner, s. 117; Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrasının karşılığı olan Alman Usûl Kanunu'nun 287. paragrafı hakkında benzer değerlendirmeler için bkz. Maassen, s. 19; Prütting, MüKo, § 287 Rn. 17, s. 1808.

düşmesine yol açabilir⁷⁵⁹. Alternatif bir nedensellik akışını iddia edenin iddiasının davacının iddia ettiğinden daha muhtemel olması gerekli değildir. Karşı tarafın ileri sürdüğü ve olayların tipik seyri nedeniyle ispatlanmış sayılan vakıalar hakkında oluşan kanaatin ispat ölçüsü sınırının altına düşürülmesi yeterlidir. Bu sebeple ilk görünüş ispatı aksini ispat ile değil, karşı ispat faaliyeti ile çürütülmelidir. Davacı tarafından sunulan olgulara ilişkin başlangıçtaki kanaat çok yüksekse karşı tarafça sunulan olgulara ilişkin emarelerinde de yüksek ispat gücüne sahip olması gerekir. Ancak bu şekilde ilk görünüş ispatına dayanan kanaat, saptanan ispat ölçüsünün altına düşebilir. Başka bir olay akışının kabulü için somut ve ciddi bir olasılık gerekir⁷⁶⁰.

⁷⁵⁹ Schweizer, s. 171.

⁷⁶⁰ Prütting, MüKo, § 286 Rn. 65, s. 1785; Ahrens, § 286 Rn. 56, s. 953.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

DAVADA VERİLECEK KARAR VE GEÇİCİ HUKUKİ KORUMALARIN ÖZELLİKLERİ

I. GENEL OLARAK

Mahkemenin davadan el çekmesine neden olan karar, dava şartlarının bulunmaması, mahkemenin yetkisiz olması gibi usûlî bir eksikliğe dayanıyorsa bu durumda usûle ilişkin nihaî karardan söz edilir. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında mahkemelerin en çok yargı yolu, görev ve hukukî yarar⁷⁶¹ gibi dava şartı eksiklikleri ile davanın yetkisiz mahkemede açılması nedeniyle usûle ilişkin nihaî karar verdiği görülmektedir⁷⁶². Bu kararlar usûle ilişkin oldukları için ilgili eksikliğin giderilmesiyle tekrar dava açılabilir⁷⁶³.

Davada hükme esas alınacak vakıalar tespit edildikten sonra bu vakıaların olaya uygulanacak hukuk kuralının koşul vakıalarına karşılık gelip gelmediğine bakılır. Hukuk kuralının tüm koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıaların tespiti hâlinde hukuk kuralında öngörülmüş hukukî sonucun somut olaya uygulanması gerekir. Hukukî sonucun somut olaya uygulanması davanın son aşaması olan hüküm aşamasında olur⁷⁶⁴. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında sorumluluğun dayanağı ister sözleşme isterse haksız fiil olsun gerekli koşul vakıaların somut olay bakımından tespiti hâlinde hükmün hukukî sonucu bir miktar paranın davacıya ödenmesi şeklinde olacaktır (TBK m. 49; m. 56; m. 112). Tazminat talebinin dayanağı için kanunda birden fazla hukukî sebep öngörüldüğü durumlar için Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin verilecek karara etkisi ele alınmalıdır.

Beden bütünlüğünün ihlâline sebep olan olay aynı zamanda bir suç ya da iş kazası niteliğinde ise bunlar için öngörülen prosedürlerin tazminat davasındaki

⁷⁶¹ Belirsiz alacak davası şeklinde açılmış manevî tazminat davaları hakkında verilen red kararları manevî tazminat alacağının belirli olması nedeniyle hukukî yarar eksikliğine dayanmaktadır (4.HD, 12.11.2019, 2017/1802, 2019/5218; 21.HD, 2019/3199, 2020/356, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 8.7.2020).

⁷⁶² Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında yargı yolu, görev ve yetkiye ilişkin kararlar hakkında bkz. Birinci Bölüm, III, A, B ve C.

⁷⁶³ Usûle ilişkin nihaî kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Nilüfer Boran Güneysu, **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Adalet, Ankara, 2014, ss. 108-111.

⁷⁶⁴ Guldener, s. 46; Üstündağ, ss. 47, 48.

karara etkisinin ayrıca incelenmesi gerekir. Yine beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararın içeriğinin birbirinden bağımsız kalemlerden oluşması, kısmî karar konusunda bir incelemeyi gerekli kılarken hüküm anında zararın kapsamının tam olarak belirlenemiyor olması, konunun ek dava ile değişiklik davası özelinde incelenmesini gerektirir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan davalardaki uzun süren yargılama süreçleri, geçici hukukî korumaları, bu davalar özelinde daha da önemli hâle getirmektedir. Bu sebeplerle çalışmamızın üçüncü bölümü, davada verilecek karara etki edecek hâller ile geçici hukukî korumalara ayrılmıştır.

II. TÜRK BORÇLAR KANUNU’NUN 60. MADDESİNİN USÛL HUKUKUNA HÂKİM OLAN İLKE ve KURALLAR IŞIĞINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Türk Borçlar Kanunu’nun 60. Maddesinin Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davalarında Uygulanması

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında talebin dayanağı olarak birden fazla hukukî sebep bulunabilir. Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinin uygulanmasında zararın niteliğinden ziyade zarara ilişkin talebin dayanağı olan hukukî sebep esas alındığından bu hükmün uygulanması beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları bakımından özellik arz etmez. Ancak, beden bütünlüğünün ihlâlinin aynı zamanda borca aykırı davranış olarak nitelendirildiği her durumda, hem akdî sorumluluğun hem de haksız fiil sorumluluğunun şartları bulunur. Örneğin, bozuk bir gıdanın satılması beden bütünlüğünün ihlâline yol açmışsa hem sözleşmeye aykırı davranış, hem de haksız fiil olarak nitelendirilebilir. Benzer şekilde sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunun birarada bulunduğu tipik örnek olarak hatalı tıbbî müdahaleler gösterilir⁷⁶⁵. Öğretide tartışmalı olmakla birlikte Türk-İsviçre hukukundaki hâkim görüşe göre bu hâllerde

⁷⁶⁵ Kemal Tahir Gürsoy, “Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı Ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telâhuku)” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 31, Sayı: 1, 1974, (Hakların Yarışması), s. 177.

borca aykırılık ile haksız fiil hükümleri yarışır⁷⁶⁶. Zarar görenin talebin dayanağı olarak birden fazla hukukî sebep ileri sürme imkânına sahip olması sebebiyle Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin ayrıca incelenmesi gerekmiştir.

1. Hükümün Uygulama Şartları

Mehaz İsviçre Borçlar Kanunu'nda karşılığı bulunmayan Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesine göre *bir kişinin sorumluluğu, birden çok sebebe dayandırılabiliriyorsa hâkim, zarar gören aksini istemiş olmadıkça veya kanunda aksi öngörülmedikçe, zarar görene en iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebine göre karar verir*. Madde gerekçesinde bu maddenin “*öğreti ve uygulamadaki çağdaş gelişmeler gözönünde tutularak*” öngörüldüğü belirtilmektedir⁷⁶⁷.

a. Bir Kişi için Birden Çok Sorumluluk Sebebi Bulunması

Bir kişi için birden çok sorumluluk sebebi olarak birinin sözleşmeye aykırılık, diğerinin ise haksız fiil olması mümkün olduğu gibi sebeplerin hepsinin haksız fiil sorumluluğuna ilişkin olmakla beraber birinin kusura dayanan sorumluluğa, diğerinin ise kusursuz sorumluluğa ilişkin olması düşünülebilir. Yine, aynı olayda iki farklı kusursuz sorumluluk sebebi de gerçekleşmiş olabilir. Örneğin, vekâlet sözleşmesi gereği (H)'yi tedavi edecek olan doktor (D), hatalı tıbbî müdahale nedeniyle (H)'nin hastalığının ilerlemesine yol açarsa bu durum, hem sözleşmeden doğan borca aykırılık hem de haksız fiil niteliğindedir. Buradan hareketle beden bütünlüğünün ihlâline yol açan tüm sözleşmeye aykırılık hâllerinin aslında haksız fiili de oluşturduğu, bu sebeple sözleşmeden doğan borca aykırılık hukukî sebebinin haksız fiil hukukî sebebini de içinde barındırdığı sonucuna ulaşılabilir. Örneğin, bir yolcu taşıma sözleşmesi ile şehirlerarası seyahat yapan (A), otobüs şoförünün uyuklaması nedeniyle kaza yapması sonucu yaralanmışsa otobüs firmasının sorumluluğu için

⁷⁶⁶ Tartışmalar için bkz. Willi, Rz. 3-4, ss. 85-86; Gürsoy, Hakların Yarışması, ss. 177 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 981; Tandoğan, s. 537; Oğuzman/Öz, C. II, s. 292; Eren, s. 1162.

⁷⁶⁷ TBMM, <https://www5.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>, s. 8 (Erişim Tarihi: 13.11.2021).

hem yolcu taşıma sözleşmesine hem de Karayolları Trafik Kanunu’nda düzenlenen haksız fiil hükümlerine başvurulabilir. Şöyle ki, otobüs firması sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi hükümlerine göre, Türk Borçlar Kanunu’nun 116. maddesi gereği ifa yardımcılarının davranışlarından kusursuz sorumludur. Diğer taraftan zarar verici olay trafik kazası niteliğinde olduğundan otobüs firmasının Karayolları Trafik Kanunu’nun 85. maddesinin 1. fıkrası uyarınca işleten ve araç işleticisinin bağlı olduğu teşebbüs sahibi olarak kusursuz sorumluluğu doğar. Hâkim görüş, şartları gerçekleşen iki sorumluluğa dayanan taleplerin yarışacağı, zarar görenin istediği sebebe dayanabileceği yönündedir⁷⁶⁸. Ancak belirtmek gerekir ki bu sorumluluk sebepleri bölünemez. Bazı noktalar bakımından bir hukukî sebebe, diğer noktalar bakımından ise başka bir hukukî sebebe dayanılmaz. Uygulanacak hukukî sebep bir bütün olarak uygulanır⁷⁶⁹.

b. Olumsuz Şart Olarak Zarar Görenin Aksini İstemiş Olmaması ve Kanunda Aksinin Öngörülmemiş Olması

(1) Zarar Görenin Aksini İstemiş Olmaması

Davacının dava dilekçesinde talebini dayandırdığı vakılardan belli bir hukukî sebebe dayandığı açıkça anlaşılıyorsa hâkim şartları gerçekleşen bu sebep yerine somut olay bakımından gerçekleşmiş bir başka hukukî sebebe dayanarak karar veremez. Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinde yer alan “*zarar gören aksini istemiş olmadıkça*” ifadesi böyle bir sonuç çıkarmayı gerektirir. Yoksa zarar görenin açıkça “başka bir hukukî sebebe göre hüküm kurulmasını istemiyorum” şeklinde ifadesi gerekmez. Ancak zarar görenin talebini dayandırdığı hukukî sebebin şartlarının somut olayda gerçekleşmediği; fakat diğer bir hukukî sebebin olayda gerçekleştiğinin anlaşılması hâlinde diğer hukukî sebebin uygulanması hâkimin hukuku re’sen uygulaması ilkesinin bir sonucudur⁷⁷⁰. Kanımızca zarar görenin aksini

⁷⁶⁸ Oftinger/Stark, § 13, N. 68a s. 693; Willi, Rz. 3, s. 88; Gürsoy, ss. 177 vd.; Tandoğan, s. 537; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 981; Oğuzman/Öz, C. II, s. 292, Eren, s. 1162.

⁷⁶⁹ Larenz/Canaris, § 83 VI, s. 596; Oğuzman/Öz, C. II, s. 293.

⁷⁷⁰ Ahmet Cahit İyilikli, “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, Türkiye **Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 106, 2013, s. 201; Oğuzman/Öz, C. II, s. 293.

istemiş olmaması koşulu Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin uygulama alanını önemli ölçüde daraltır. Zira dava konusu, dava dilekçesinde vakıaların anlatılış biçimi ile talep sonucu birlikte değerlendirildiğinde hâkim, davacının dayandığı hukukî sebebi tespit edebilir⁷⁷¹ ve 60. madde gereği tespit ettiği hukukî sebebe göre karar vermelidir⁷⁷². Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin uygulama alanını mütelâhik davalar ile dava dilekçesine göre davacının hangi hukukî sebebe dayandığının tespit edilemediği durumlar oluşturur.

(2) Kanunda Aksinin Öngörölmüş Olmaması

Bir sorumluluk sebebi diğerini kapsayacak şekilde kanunda özel olarak düzenlenmişse sadece özel sorumluluk sebebinin uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu konu Yargıtay 4.6.1958 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında şu şekilde ifade edilmiştir:

*“Bir hadisede kanunun iki hükmünün dahi tatbiki mümkün bulunan hallere hukuk dilinde hakların telahuku denilmektedir. Böyle bir halin kabulü için tatbiki mümkün görönen hükümlerden birisinin diğerine göre hususi hüküm mahiyetinde bulunmaması şarttır. Çünkü umumi hükümle hususi hüküm karşılaştığı zaman, hadiseye ancak hususi hükmün tatbik olunabilmesi, hukukun umumi kaidelerindendir”*⁷⁷³.

“Kanunda aksi öngörölmedikçe” ifadesi özel sorumluluk sebeplerinin diğer sorumluluk sebeplerine göre öncelikle uygulanması gerektiğini gösterir. Buna göre özel sorumluluk sebebi diğer sorumluluk sebebine göre daha aleyhte sonuç doğursa bile özel sorumluluk sebebi uygulanır; hâkim Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesine göre daha iyi giderim imkânı sağlayan sorumluluk sebebini seçemez.

⁷⁷¹ Davacının dilekçesini kaleme alış tarzına göre dayandığı hukukî sebebin belirlendiği bir Yargıtay Kararı için bkz. HGK, 11.2.2021, 2017/4-1446, 2021/65, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 13.11.2021).

⁷⁷² Olaya uygulanacak birden fazla hukukî sebep bulunması durumunda hâkimin davacı tarafın tercihi ile bağılı olmaması gerektiği hakkındaki görüşler için bkz. Guldener, s. 154; Karafakih, s. 74; Alangoya, İlkeler, s. 96; Üstündağ, ss. 243, 244; Nedim Meriç, **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Yetkin, Ankara, 2011, ss. 106, 107. Aksi görüş, Isaak Meier, **Iura Novit Curia Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht**, Schulthess, Zürih, 1975, (Iura Novit Curia), s. 89; Nur Bolayır, **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulama İlkesi**, On İki Levha, İstanbul, 2019, ss. 297, 298.

⁷⁷³ İBK., 4.6.1958, 15/6, (RG. 1.10.1958, S. 10021).

Örneğin; Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. ve 86. maddeleri gereği motorlu araç işletenin yardımcılarının kusurlarından sorumluluğu özel olarak düzenlendiği için bu hükümlerin kapsamına giren hâllerde Türk Borçlar Kanunu'nun 66. maddesine göre adam çalıştıranın sorumluluğu uygulama alanı bulmaz. Ancak bir kimsenin bir zarardan kusur aranmaksızın birden fazla farklı sebeple sorumlu olduğu ve bunların düzenleme amacının diğerini dışlamak olmadığı durumlarda talepler yarışmaya devam eder. Örneğin, bir binanın çürük olan çevresindeki cama hizmetçinin yüklenmesi sonucu camın kırılarak aşağıdan geçen birini yaralaması durumunda, hem yapı malikinin sorumluluğu (TBK m. 69) hem de adam çalıştıranın sorumluluğu (TBK m. 66) uyarınca yaralamadan dolayı sorumluluk doğar.

2. Hükmün Hukukî Sonucu

Yukarıda belirtilen şartların gerçekleşmesi hâlinde hâkimin her bir hukukî sebebi inceleyip zarar gören lehine en iyi sonucu doğuran hukukî sebebe göre kararını vermesi gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin uygulama şartları dikkate alındığında, zarar gören davacı, davasında bir hukukî sebep bildirmişse, örneğin; davalının kusur sorumluluğuna dayanmışsa (TBK m. 49) ya da açıkça bir hukukî sebep bildirmemiş olmakla birlikte dilekçenin içeriğinden davacının dayandığı hukukî sebep belirlenebiliyorsa bu hukukî sebebin koşul vakıalarını karşılayan somut vakıalar tespit edildiğinde, artık zarar gören için daha fazla tazminat elde edilmesini sağlayacak başka bir hukukî sebebe dayanılarak karar verilemez. Zira bu durumda zarar gören, *aksini istemiş* olmaktadır. Kanımızca Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin böyle bir sonuca sebebiyet vermesi dava dilekçesinde *hukukî sebep gösterilmemesini teşvik edici* olması açısından sakıncalıdır. Ayrıca davacının bildirdiği hukukî sebep esas alındığında, talebin karşılanmayan bölümü söz konusu olursa aynı olay için diğer hukukî sebebin öngördüğü vakıalara göre tekrar dava açılıp açılmayacağı sorunu gündeme gelebilir⁷⁷⁴.

⁷⁷⁴ Benzer değerlendirmeler için bkz. Meriç, s. 106.

Zarar gören tarafından açılan davada hiçbir hukukî sebep bildirilmemişse bu durumda hâkimin olay bakımından uygulanabilecek tüm hukukî sebepleri tespit edip zarar gören lehine en uygun tazminat imkânı sağlayacak hukukî sebebi esas alarak karar vermesi gerekir. Zarar gören tarafından açılan davada bir hukukî sebep bildirilmiş; ancak bu hukukî sebebin koşul vakıalarını karşılayacak somut vakıalar tespit edilememişse bu durumda yine hâkim gösterilen hukukî sebep ile bağlı olmaksızın olay bakımından uygulanabilecek tüm hukukî sebepleri tespit edip zarar gören lehine en uygun tazminat imkânı sağlayacak hukukî sebebi esas alarak karar vermelidir.

Son ihtimal ise zarar gören davacı tarafından somut olaya uygulanabilecek birden fazla hukukî sebep gösterilerek mütelâhik (yarışan haklara dayalı) dava açılması durumudur. Bu durumda da Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesine göre hâkimin zarar gören lehine en iyi tazminatı sağlayacak hukukî sebebe göre karar vermesi gerekir.

Konuyu beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları açısından ele aldığımızda, hem haksız fiil sorumluluğunun hem de sözleşmeden doğan sorumluluğun bulunduğu hâllerde, sözleşmeden doğan sorumluluğu esas almanın kusurun ispatı ve zamanaşımı yönünden davacı lehine olduğu görülür⁷⁷⁵; ancak burada, hâkimin sözleşme sorumluluğunu esas alması ve buna göre karar vermesinin dayanağı, Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi değildir. Belirtmek gerekir ki, davacı haksız fiilin uygulanması için gerekli olan ispat yükünü yerine getirmemişse ya da zamanaşımının dolması sebebiyle haksız fiil hükümleri uygulanamayacaksa ortada somut olaydaki talebin dayanağı olarak geçerli iki hukukî sebep bulunmamaktadır. Somut olay bakımından birden fazla hukukî sebebin bulunmadığı durumlarda da Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi zaten uygulama alanı bulmaz. Bu sebeple hem haksız fiil sorumluluğunun hem de sözleşmeden doğan sorumluluğun doğduğu hâllerde, sözleşmeyi esas almak, kusurun ispatı ve zamanaşımı yönünden davacı lehine olup sözleşme sorumluluğuna göre karar verilmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin değil, Hukuk Muhakemeleri

⁷⁷⁵ Gürsoy, ss. 170-182; Tandoğan, s. 582; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 982; Eren, s. 1162.

Kanunu'nun 33. maddesinin gereğidir. Bu nedenle ispat yükü ve zamanaşımı noktasında Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi uygulama alanı bulmayacaktır⁷⁷⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi, somut olaya elverişli olan her bir hukukî sebebin uygulanması için gereken vakıa unsurlarının dava dilekçesinde ve dava malzemelerine göre tespit edilmesinden sonra uygulanabilir. Diğer bir ifadeyle, her iki hukukî sebebe göre de dava kabul edilebilir olmalıdır. Bu tespitten sonra hukukî sebepler arasında tazminat miktarı yönünden tercihte bulunmak gerekir. Zarar ve tazminatın belirlenmesi noktasında, haksız fiile ilişkin hükümler kıyas yoluyla sözleşmeye aykırılık hâllerinde de uygulanacağından her iki sorumluluk türü için de aynı ilkeler geçerlidir (TBK m. 114). Ancak kusurun belirlenmesi ve bunun tazminat miktarına etkisi hukukî sebebe göre değişebilmektedir. Kusura dayanan haksız fiil sorumluluğu ile kusursuz sorumluluğunun aynı olayda gerçekleşmesi hâlinde, zarar gören aksini istemiş olmadıkça, hâkimin her zaman kusursuz sorumluluğa göre hüküm kurmasının zarar gören lehine daha elverişli olduğu; davranıştaki kusurun ise ayrıca eklenen kusur olarak tazminat miktarında esas alınması gerektiği kabul edilmektedir⁷⁷⁷. Bu durumda, davacının talep sonucuyla uyumlu olmak kaydıyla hâkimin kusursuz sorumluluğa göre karar vermesi gerekir. Böyle bir sonucun Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinden çıkarıldığı ifade edilse⁷⁷⁸ de kanımızca bu sonuç hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinin bir gereğidir.

⁷⁷⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesindeki “*en iyi giderim*” ifadesiyle sadece tazminat miktarının kastedilmediği, ispat yükü, zamanaşımı, hak düşürücü süre gibi tüm hukukî noktalar yönünden inceleme yapılması gerektiği görüşü hakkında bkz. İyilikli, s. 201; Tutumlu, s. 387.

⁷⁷⁷ Oftinger/Stark, § 13, N. 7, s. 670; Haluk Tandoğan, **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981, (Kusursuz Sorumluluk), s. 8; Oğuzman/Öz, C. II, s. 294.

⁷⁷⁸ Oğuzman/Öz, C. II, s. 294.

B. Türk Borçlar Kanunu’nun 60. Maddesinin Usûl Hukuku İlke ve Kuralları Bakımından Değerlendirilmesi

1. Dava Dilekçesinde Hukukî Sebebin Zorunlu Unsur Olup Olmadığı Bakımından Değerlendirme

Dava dilekçesinin unsurlarının düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 119. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları değerlendirildiğinde hukukî sebep bildirmenin dilekçenin zorunlu unsuru olmadığı sonucu çıkmaktadır. Kanunu’nun lafzı esas alındığında bu sonuç ortaya çıksa da öğretide konu hakkında farklı görüşler ileri sürülmüştür. Yargıtay ve öğretide de geniş ölçüde benimsenen bir görüşe göre hâkimin hukuku re’sen uygulaması gereği hukukî sebep göstermek gerekli değildir⁷⁷⁹. Diğer bir görüş ise dava dilekçesinde hukukî sebep göstermenin zorunlu olmadığını belirtmekle beraber, hukukî sebep göstermenin davadaki talebin kabul edilmesini kolaylaştıracak yardımcı bir unsur olduğunu ileri sürmektedir⁷⁸⁰. Bu durum ileri sürülen vakıalar ile hukukî sebep arasındaki ilişkiden kaynaklanır. Çünkü ancak hukukî sebebin koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıaların varlığı hâlinde talebin kabul edilmesine karar verilir. Öğretide dava dilekçesinde hukukî sebep gösterme zorunluluğunun olup olmadığı Avukatlık Kanunu’nun 1. ve 2. maddesi esas alınarak değerlendirilmiş; buna göre avukatla temsil edilen davalarda hukukî sebep göstermenin avukatlar bakımından bir görev olduğu belirtilmiştir⁷⁸¹. Öğretide *Özekes* ise davacının talebini haklı kılan hukukî sebepleri, dava dilekçesinde göstermek zorunda olduğunu; ancak hukuku re’sen uygulayacak olan hâkimin gösterilen hukukî sebebi kabul edip etmeme konusunda serbest olduğunu

⁷⁷⁹ Bilge/Önen, ss. 439, 440; Üstündağ, s. 463; Kuru, Usûl C. II, ss. 1591, 1592; Postacıoğlu, Hukukî Sebep, s. 76; İbrahim Aşık, “Güncel Yargıtay Kararları Işığında Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları, **Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, 2014, s. 165; Bolayır, s. 260. Yazar, haklı olarak mevcut düzenlemeler ışığında hukukî sebebin zorunlu unsur olmadığını, ancak olması gereken hukuk açısından hukukî sebebin zorunlu olmasına ilişkin olarak düzenleme yapılmasını, hukukî sebep göstermek zorunlu olduğu takdirde ise avukatla temsil zorunluluğunun getirilmesini ve bu kapsamda adli yardım kurumuna işlerlik kazandırılması gerektiğini ileri sürmüştür (Bolayır, s. 262).

⁷⁸⁰ Karşı, s. 426; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1147.

⁷⁸¹ Baki Kuru, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016, (Ders Kitabı), ss. 234, 235; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 1148; Mine Akkan, **Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu**, Yetkin, Ankara, 2010, s. 133; Bolayır, s. 261.

ileri sürmektedir. Yazar, özellikle avukatlar bakımından hukukî sebep göstermenin meslekî bir yükümlülük olduğunu vurgulamakta; hukukî sebep bildirilmediği takdirde altlama faaliyetinde meydana gelecek sakatlıkların davacı açısından büyük bir risk oluşturacağını belirtmektedir. Bu bağlamda taraf dava malzemesi olarak vakıaları mahkeme önüne yığmak yerine, hukukî sebep kalıbı içerisinde sunmalı; hâkim ise hukuku re'sen uygulama ilkesi gereği ya kalıba uygun olan hukukî sonuca hükmedecek ya da önüne getirilen vakıalar ile örtüşen başka bir kalıbı esas alacak ya da vakıaların hiçbir kalıba uymaması sebebiyle talebi reddedecektir⁷⁸². *Kuru* ise dava dilekçesinde hukukî sebep bildiriminin zorunlu olmadığını belirtmekle birlikte, bu durumun hâkimin işini önemli ölçüde zorlaştırdığını, hukukî açıdan belirsizlik yarattığını bu belirsizliğin aydınlatılması amacıyla hâkimin davacıdan dayandığı hukukî sebeplerin neler olduğunu sorabileceğini ifade etmektedir.⁷⁸³

Kanımızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesi karşısında hukukî sebebin dava dilekçesinin zorunlu unsuru olduğu sonucu çıkarılamasa da hukukî sebebin gösterilmemesinin davacı için talebinin kabul edilmemesi noktasında bir risk olduğu da göz ardı edilemez. Hukukî sebebi göstermeyen davacının talebi salt hukukî sebebi göstermediği için değil, hukukî sebebin yakın ilişki içinde olduğu iddia yükü, somutlaştırma yükü kurallarına ve dava malzemelerinin taraflarca getirilmesi ilkesine aykırılık teşkil ettiği durumlarda reddedilir. Yine avukatla temsil edilen davalarda da avukatın hukukî sebep göstermemesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 119. maddesi anlamında bir sonuç doğurmasa da Avukatlık Kanunu hükümleri gereği davacı avukatının sorumluluğunu doğurur (Av.K m. 1; m. 2).

Bu açıklamalar doğrultusunda beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında davacı, dava dilekçesinde hiçbir hukukî sebep bildirilmese de hâkim, kendisine en iyi tazminat imkânını sağlayacak hukukî sebebe göre karar verir. Davacının dava dilekçesinde farklı hukukî sebepler göstererek, davasını mütelâhik dava açması hâlinde de, Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesine göre en iyi tazminat imkânını sağlayacak hukukî sebebe göre karar verilmesi gerektiği

⁷⁸² Muhammet Özkes, “Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur” **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt: 1, Yetkin, Ankara, 2009, (Hukukî Sebep), ss. 756-760.

⁷⁸³ Kuru, Ders Kitabı, ss. 234, 235. Yazar önceki tarihli eserinde davacıdan hangi hukukî sebebe dayandığını açıklaması istenemeyeceği görüşündeydi (Kuru, Usûl C. II, ss. 1511, 1512).

belirtilmiştir⁷⁸⁴. Aynı şekilde davacı dava dilekçesinde hiçbir hukukî sebep göstermemesine ya da gerçek anlamda bir hukukî sebep göstermemesine⁷⁸⁵ veya yanlış hukukî sebep veya sebepler göstermesine rağmen bunlar dışında olaya uygulanabilecek birden fazla hukukî sebep varsa hâkim, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 33. maddesine göre en iyi tazminat imkânını sağlayacak hukukî sebebi esas alarak karar verir⁷⁸⁶. Ancak, davacı olaya uygulanacak birden fazla hukukî sebep olmasına rağmen, sadece bir hukukî sebebe dayanarak talebini gerekçelendirmişse davacının dayandığı hukukî sebebin koşul vakıalarını karşılayan somut vakıaların varlığı hâlinde, Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesi gereği, davacının dilekçesinde dayandığı hukukî sebebe göre karar verilmelidir.

Sonuç olarak, dava dilekçesinde hukukî sebep gösterilmesi zorunlu olmamasına rağmen zarar gören olaya uygulanmaya elverişli bir hukukî sebep göstermişse ya da dilekçesinin içeriğinden belli bir hukukî sebebe dayandığı anlaşılabiliriyorsa Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinde yer alan “*zarar gören aksini istemiş olmadıkça*” ifadesi sebebiyle, en iyi tazminat imkânını sağlayacak hukukî sebebe göre değil, dava dilekçesinde zarar görenin dayandığı hukukî sebebe göre karar verilir. Bu noktada Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesi, dava dilekçesinde hukukî sebep gösteren davacı açısından kanımızca sınırlayıcı bir fonksiyon üstlenmektedir. Bununla birlikte zaten birçok durumda, davacının davasını dayandırdığı hukukî sebep dışındaki diğer hukukî sebep, altlama faaliyetinde oluşacak sakatlık sebebiyle, somut olay bakımından uygulama alanı bulmaz. Ancak böyle bir sonucun ortaya çıkma sebebi, Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesindeki “*zarar gören aksini istemiş olmadıkça*” ifadesi değil, diğer hukukî sebebin davacının ileri sürdüğü vakıalar bakımından altlanamamış olmasıdır.

⁷⁸⁴ Kuru, Usûl C. II, s. 1502; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 307.

⁷⁸⁵ Uygulamadaki dilekçelerde hukukî sebep kısmında “*TBK, TMK, HMK, İİK. vs. ilgili mevzuat*” şeklinde ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Bu ifadeler ile gerçek anlamda bir hukukî sebep gösterilmiş olmamaktadır.

⁷⁸⁶ Kuru, Usûl C. II, s. 1503; Karşlı, s. 328; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 331.

2. Hâkimin Hukuku Re'sen Uygulaması (*Iura Novit Curia*) İlkesi Bakımından Değerlendirme

Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin hukukî sonucu olan *zarar gören için en iyi giderim imkânına göre karar verme*, borçlar hukuku ve medenî usûl hukuku öğretisinde hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi kapsamında değerlendirilmiştir⁷⁸⁷. Tarafların dava dilekçelerinde esas aldıkları hukukî sebepler ile bağlı olmadan taraf için lehe olan hukukî sebebin uygulanması, hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinin gereğidir. Bu ilke gereği dava dilekçesi ve dava malzemelerinden hareketle ve talep sonucuyla uyumlu olmak kaydıyla somut olaya uygulanacak en elverişli hukukî sebebi bulmak hâkimin görevidir. Davacıdan doğru hukukî sebep göstermek beklenmediği gibi kendi menfaatine en uygun olan hukukî sebebi göstermesi de beklenmemelidir. Zira yargılama hukukunun temel amacı subjektif hakkın korunmasıdır. Subjektif hakkı ihlâl edildiği için hukukî koruma talep eden kişiye en etkili hukukî korumanın sağlanması ise yargının temel görevidir (AY. m. 9; m. 36/II; m. 138/I). Bu görevin emrediciliği taraflara tercih hakkı vermeyecek bir mutlaklığı içerir. Bu sebeple hâkim, talebin birden fazla hukukî sebebe göre kabul edilebilir olduğu durumlarda hukukî koruma talep eden taraf için en elverişli hukukî sebebe göre hükmünü vermelidir⁷⁸⁸. Bu noktada somut olaya en uygun hukukî sebebin uygulanması, hukuk düzenince davacıya tanınmış olan hakkın verilmesinden başka bir şey değildir. Kanımızca mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer almayan Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi öngörülmeseydi dahi hâkimin hukuku re'sen uygulama ilkesi gereği böyle bir sonuca ulaşılabilirdi. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinde yer alan “*zarar gören aksini istemiş olmadıkça*” ifadesi hâkimin hukuku re'sen uygulamasını sınırlandırmaktadır⁷⁸⁹. Bu bağlamda Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi hâkimin, somut olaya elverişli daha yüksek tazminat imkânını sağlayacak hukukî sebebi uygulamasını engeller. Yanlış hukukî sebep gösteren davacının davası, reddedilmeyip olaya uygun hukukî sebebe göre

⁷⁸⁷ Kuru, Ders Kitabı, s. 251; İyilikli, s. 201; Oğuzman/Öz, C. II, s. 293.

⁷⁸⁸ Alangoya, İlkeler, s. 96; Üstündağ, s. 464; Meriç, s. 80; Emel Hanağası, **Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği**, Yetkin, Ankara, 2016, (Silahların Eşitliği), ss. 298, 299.

⁷⁸⁹ Öğretide *Bolayır* tarafından hâkimin hukuku re'sen uygulama ilkesinin taraf iradesi ile sınırlanabileceği ve Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin bu sınırlamaya ilişkin kanunî dayanak olduğu ifade edilmiştir (Bolayır, ss. 297, 298).

karar verilirken; birden fazla hukukî sebep gösterme imkânı olup, bir şekilde kendisine daha az tazminat sağlayacak hukukî sebebe dayanan zarar gören bakımından, gösterdiği hukukî sebebe göre karar vermek kanımızca çelişkili bir durumdur. Olaya uygulanacak hukukî sebebin belirlenmesinde taraf iradesi esas alınacaksa yanlış hukukî sebep gösteren davacının da davasının kanımızca reddedilmesi gerekirdi. Ayrıca bu durum hukukî sebep gösterilmemesini teşvik edici olması açısından da sakıncalıdır. Zira zarar gören, hiçbir hukukî sebebe dayanmasaydı somut olaya elverişli daha yüksek tazminat imkânını sağlayacak hukukî sebebe göre karar verilecekti.

Tarafın dilekçesinde hiçbir hukukî sebep göstermemesi ya da yanlış hukukî sebep göstermesi hâlinde hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesi gereği tarafın lehine olan hukuk kuralının uygulanacağı kabul edilir⁷⁹⁰. Medenî usûl hukuku bağlamında hâkimin hukuku re'sen uygulama yetkisinin bir üst sınırı vardır. Hâkim sadece davacı tarafından ileri sürülen dava konusu dâhilinde bu yetkisini kullanabilir. Ayrıca hâkim bu yetkisini kullanırken adlî süreç yönetimine ilişkin tüm yargılama ilkelerini dikkate almalıdır⁷⁹¹. Buna göre kanımızca tarafın hiçbir hukukî sebep göstermediği ya da yanlış hukukî sebep gösterdiği birçok durumda lehine olan hukukî sebebin koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıaların iddiası, somutlaştırılması ve ispatı konusundaki eksiklikler nedeniyle lehine olan hukukî sebep ilk aşamada uygulanamayacaktır. Ancak tarafın iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından yararlanabileceği unutulmamalıdır.

Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin asıl uygulama alanını oluşturan mütelâhik dava açılması durumunda zarar gören için en iyi giderim imkânına göre karar verilmelidir. Ancak bu hâlde de lehe olan hukukî sebebin uygulanması, yargılama ilkelerine uygun olmak koşuluyla hâkimin hukuku re'sen uygulaması ilkesinin bir sonucudur.

⁷⁹⁰ Kuru, Usûl C. II, s. 1503 vd.; Yılmaz, Islah, ss. 153, 154; Karlı, s. 328; Arlan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 315.

⁷⁹¹ Meier, Iura Novit Curia, ss. 73, 74.

3. Tasarruf İlkesi ve Taraflarca Getirilme İlkesi Bakımından Değerlendirme

Kural olarak vakıaların hukukî değerlendirmesine taraflar etki edemez⁷⁹². Ancak vakıaların mahkeme önüne getirilme hususundaki taraf sorumluluğu, hukukî değerlendirme konusunda hâkimi etkilemek için taraflara bir fırsat vermektedir. Bir tarafın gerçek olmadığını bildiği bir vakıayı gerçekmiş gibi ileri sürmesi hâkimin birçok hukukî sebebi dikkate almasını engelleyebilir. Olası olarak ileri sürülen vakıalar bağımsız hukukî değerlendirmeyi imkânsızlaştırabilir ve ilk aşamada davacı tarafından seçilen hukukî sebebin değerlendirilmesini zorunlu kılabilir⁷⁹³. Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinde yer alan “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesi, kanımızca bu kapsamda değerlendirilmelidir. Eğer zarar gören olaya uygulanacak birden fazla sorumluluk sebebi olmasına rağmen tek bir sorumluluk sebebine dayanarak davasını temellendirmiş ise bu durumda hâkimin ilgili hukukî sebebe göre karar vermesi gerekir ve her ne kadar olaya uygulanacak başka bir hukukî sebep olsa da tarafın tasarruf yetkisi çerçevesinde Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinin uygulama şartları gerçekleşmediğinden bu düzenlemenin hukukî sonucu uygulama alanı bulmaz⁷⁹⁴.

Tarafın mütelâhik dava açması durumunda, talebini her iki hukukî sebebe dayandırdığı için her iki hukukî sebebin de koşul vakıalarına ilişkin somut vakıaları dilekçesinde belirtmesi beklenir. Davacının dilekçesinde hiç hukukî sebep göstermemesi ya da olaya uygulanabilecek hukukî sebepler dışında yanlış bir hukukî sebebe dayanması durumunda ise hâkimin en iyi giderim imkânını sağlayan hukukî sebebe dayanabilmesi için her iki hukukî sebebin koşul vakıalarına karşılık somut vakıaların davacı tarafından getirilmesi gerekir. Vakıa eksikliği hâlinde davacı

⁷⁹² Hâkimin hukuku re’sen uygulamasının tasarruf ilkesinin bir istisnası olarak değerlendirilemeyeceği hakkında bkz. Meriç, s. 107.

⁷⁹³ Meier, Iura Novit Curia, s. 84.

⁷⁹⁴ Aynı doğrultuda bkz. Bolayır, ss. 288, 289. TBK m. 60 hükmündeki “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesinin hâkimin hukuku re’sen uygulaması ilkesinin sınırlandırılmasına ilişkin bir kanunî dayanak olduğu görüşü için bkz. Bolayır, s. 298. Aksi görüş Kuru, Usûl C. II, s. 1606; Cenk Akil, “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, (İlke), ss. 4, 5. TBK m. 60’daki “zarar gören aksini istemiş olmadıkça” ifadesinin hâkimin hukuku re’sen uygulaması ilkesine aykırılık teşkil ettiği görüşü için bkz. Vedat Buz, “Aynı Şahsın Farklı Hukukî Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 29, Sayı: 2, 2013, s. 51.

iddianın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnalarından yararlanabilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları açısından da sıklıkla sözleşme ve haksız fiil sorumluluklarının aynı olayda bulunması hâlinde gündeme gelir. Her iki hukukî sebebin de somut olay bakımından uygulanabilirliği, sözleşme ilişkisinin varlığını, sözleşmeye aykırı davranışın gerçekleştiğini ortaya koyan vakıaların davacı tarafından ileri sürülmesi ve ispatlanması hâlinde mümkündür. Borca aykırılığa ilişkin vakıalar beden bütünlüğünün ihlâli şeklinde mutlak hak ihlâli ile sonuçlandığından aynı zamanda haksız fiil olarak nitelendirilir. Ancak örneğin, kusura ilişkin olarak iddia ve ispat yükü yerine getirilemediğinde esasen ortada uygulanacak tek bir hukukî sebep olup sözleşme sorumluluğuna göre karar verilmesi gerekir. Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi, somut olaya ilişkin dava malzemeleri ve ispat faaliyeti değerlendirilerek her bir hukukî sebebin tüm unsurları ve hükümlerinin somut olay bakımından bulunduğu, bu sebeple her iki hukukî sebebe de dayanarak davanın kabul edilebilir olduğu durumda, hâkimin hangi hukukî sebebi esas alması gerektiğini belirten bir düzenlemedir. Diğer bir ifadeyle hukukî sebeplerden birisinin koşul vakıalarına karşılık gelen somut vakıaların ileri sürülmesinde eksiklik varsa ya da ispatında başarısız olunmuş ise veya zamanaşımı ve hak düşürücü süreler nedeniyle o hukukî sebep hükümden düşürülmüşse bu durumda olaya uygulanabilecek birden fazla hukukî sebep olduğu söylenemez⁷⁹⁵ ve Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi uygulama alanı bulmaz. Bu açıklamalar ışığında Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin asıl uygulama alanının mütelâhik davalar olduğu söylenebilir. Çünkü mütelâhik davalarda davacı talebini haklı gösteren her bir hukukî sebebi belirtir ve bu hukukî sebepleri ileri sürdüğü vakıa ve deliller ile temellendirir.

4. Silahların Eşitliği İlkesi Bakımından Değerlendirme

Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesi uyarınca *zarar gören için en iyi giderim imkânına göre karar verme*, öğretide bir kısım yazarlar tarafından

⁷⁹⁵ Böyle bir sonuç latince ve almanca olarak “da mihi factum, dabo tibi ius: *Gib mir die Tatsache(n), ich werde dir das (daraus folgende) Recht geben*” şeklinde özetlenebilen taraflarca getirilme ilkesinin bir gereğidir.

yargılamanın temelinde yatan eşitlik ilkesine aykırı görülmüştür⁷⁹⁶. Özekes hâkimin en lehe olan hukuk kuralını uygulamasını tarafın farazî iradesine dayandıran görüşe⁷⁹⁷ karşı çıkmaktadır. Buna göre talepte bulunanın herhangi bir hukukî sebebe dayanmaması sebebiyle onun daha lehine olan hukuk kuralının uygulanması diğer tarafın daha aleyhine olacak bir sonucun benimsendiğini gösterir. Bu durum ise hâkimin bir taraf yararına pozisyon alması olarak değerlendirilir ve eşitlik ilkesine aykırılık teşkil eder⁷⁹⁸. Öğretideki diğer bir görüşe göre hâkimin zarar gören lehine en iyi giderimi sağlayacak hukukî sebebe göre karar vermesi, hukukun re'sen uygulanmasının bir sonucudur. Yargılama sırasında taraflar arasındaki eşitlik ise iddia ve savunmada bulunma, delil gösterme ve delillerin toplanması faaliyetine katılma konusunda usûlî işlemler bakımından geçerli olup hukukun uygulanması konusunda taraflar arasında eşitlikten bahsedilemez⁷⁹⁹.

Türk Borçlar Kanunu'nun 60. maddesinin hukukî sonucu, daha önce de belirtildiği üzere hâkimin hukuku re'sen uygulamasından başka bir şey değildir. Bu sebeple, hâkimin hukuku re'sen uygulama ilkesinin yargılama hukukun diğer bir temel ilkesi olan silahların eşitliği ilkesi bakımından ele alınması gerekir. Olaya uygulanacak birden fazla hukukî sebebin olduğu durumlarda, hâkimin hangi hukukî sebebe göre davayı yürüteceğini bilmek, davalının gerekli iddia ve savunmalarda bulunabilmesi için elzemdir. Ayrıca hâkimin uygulayacağı hukukî sebebe göre atılma faaliyeti ve buna bağlı olarak da tahkikat sürecinin seyri ile bu süreçte yapılacak usûlî işlemler farklılık gösterebilir. Bu nedenle hâkimin hukuku re'sen uygulama ilkesinin bir sonucu olan davacı için en elverişli olan hukukî sebebin uygulaması, eşitlik ilkesinin davalı aleyhine bozulmasına yol açar. Bu durum öğretide hâkimin hukuku kendiliğinden uygulaması ilkesi ile silahların eşitliği arasında bir tür doku uyuşmazlığı olarak değerlendirilmiştir⁸⁰⁰. Hâkimin hukuku

⁷⁹⁶ Özekes, Hukukî Sebep, s. 765; Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 302.

⁷⁹⁷ Bu görüşte olan yazarlar için bkz. Kuru, Usûl C. II, ss. 1503, 1504; Üstündağ, ss. 463, 464; Saim Üstündağ, **İddia ve Müdaafaanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967, (İddia), s. 61.

⁷⁹⁸ Özekes, Hukukî Sebep, s. 764, 765.

⁷⁹⁹ Bolayır, s. 287.

⁸⁰⁰ Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 298.

re'sen uygulaması ilkesi tarafları beklenmedik durumlarla karşı karşıya bırakmamalıdır⁸⁰¹.

Silahların eşitliği ilkesi bakımından ortaya çıkabilecek bu tür sakıncaları önlemek için hangi hukukî sebebe göre davanın yürütüleceği konusunda hâkimin tarafları bilgilendirmesi gerekmektedir⁸⁰². Hâkimin bu bilgilendirmeyi tahkikatın başında yapması yerinde olur. Bu şekilde hem taraflar, takip eden davada usûlî davranışlarını ayarlayabilme imkânı elde edecek hem de sürpriz karar verme yasağı çiğnenmemiş olacaktır⁸⁰³.

III. CEZA MAHKEMESİ KARARLARININ HUKUK MAHKEMESİNE ETKİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Türk Ceza Kanunu'nda vücut dokunulmazlığına karşı suçlar, işkence ve eziyet suçları, cinsel dokunulmazlığa karşı işlenen suçlar, çocuk düşürme ve kısırlaştırma gibi suçlar niteliği itibarıyla bünyesinde beden bütünlüğünün ihlâlini barındırır. Aynı vakıalar esas alınarak, failin cezalandırılıp cezalandırılmayacağı hakkında ceza hâkimi tarafından; fiilin tazminatı gerektirip gerektirmediği konusunda ise hukuk hâkimi tarafından bir karar verilir. Yargılama birliği ilkesine göre yargılama organları tek bir devletten kuvvet alır. O devleti oluşturan millet adına uyuşmazlıkları çözümlerler. Bu bakımdan birinin yaptığı işin diğerinin yaptığı işe üstünlüğü kabul edilemez. Bu ilke gereği mahkemelerin mutlak bağımsızlık

⁸⁰¹ Vital Schwander, "Iura Novit Curia und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs", **Festgabe für Wilhelm Schöenberger**, Universitätsverlag, Freiburg, 1968, s. 212; Alangoya, İlkeler, s. 152.

⁸⁰² Özekes, Hukukî Dinlenilme Hakkı, s. 137; Nedin Meriç, "Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi**, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, (Aydınlatma Yükümlülüğü), s. 395; Varol Karaaslan, **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi**, Seçkin, Ankara, 2013, (Aydınlatma Ödevi), s. 120; Hanağası, Silahların Eşitliği, s. 299.

⁸⁰³ Alangoya, İlkeler, s. 153; Meriç, Aydınlatma Yükümlülüğü, s. 395.

içinde çalışmaları zorunludur⁸⁰⁴. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesine göre,

hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz.

Düzenlemenin mefhumu muhalifinden yola çıkarak ceza mahkemesinin maddî fiilin gerçekleşmesine, fiili belli bir kişinin işlemiş olduğuna, fiilin suç teşkil ettiğine, failin mahkûmiyetine dair kararlarının hukuk mahkemesi için bağlayıcı⁸⁰⁵ (kesin delil) olacağı söylenebilir⁸⁰⁶.

B. Mahkûmiyet Kararının Bağlayıcı Etkisi

Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinin mefhumu muhalifinden hukuk hâkiminin ceza hâkiminin beraat kararları ile bağlı olmadığı, ancak mahkûmiyet kararları ile bağlı olduğu sonucu çıkar. Ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararı ile fiilin suç niteliği ve fail tarafından işlendiği tespit edilir. Bu tespit hukuk hâkimi için bağlayıcı niteliktedir⁸⁰⁷. Ayrıca 74. maddenin ikinci fıkrasında kusur ve zararın

⁸⁰⁴ Öztekin Tosun, **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Cilt: 1, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976, ss. 57, 58; A. İsmet Arslan, "Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (III)", **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 4, 1980, (III), s. 507-528 s. 515.

⁸⁰⁵ Kesin hükmün bağlayıcılığı ile kesin delil olması aslında özdeş kavramlar değildir (Mine Akkan, "Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükmün Delil Niteliği", **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, (Kesin Hüküm), s. 8).

⁸⁰⁶ Ansay, s. 375; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2077; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 715; Oğuzman/Öz, C. II, s. 84; "6098 Sayılı TBK.'nın 74. maddesi (818 Sayılı BK.'nın m. 53) uyarınca ceza mahkemesinin beraat kararı hukuk hâkimini bağlamaz ise de, somut olayın özelliği itibariyle maddî olgunun ve davalının sorumluluğunun tespiti açısından ceza davasının sonucu önem arz etmektedir (4.HD, 05.03.2015, 6700/2582, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 8.7.2019).

"...hukuk hâkimi ceza mahkemesince saptanan maddî olaylarla bağlı olup orada belirlenen kusur oranlarıyla bağlı değildir. ...Hukuk hâkimi ceza mahkemesinde belirlenen maddî olgularla bağlı bulunduğu; ceza mahkemesinde olayda kusurlu bulunduğu ilişkin maddî olgu da kesinleşmiş olmakla davalı Selahattin yönünden; işçi sağlığı ve iş güvenliği konusunda uzman bilir kişilerden, ceza mahkemesinde kesinleşen maddî olgularından da gözetilmesi suretiyle alınan kusur raporu ile davalı Selahattin'in kusur oranının belirlendiği de gözetilerek rücu alacağından sorumluluğuna karar verilmesi gerekirken hakkındaki davanın reddine karar verilmesi hatalıdır." (10.HD, 01.02.2005, 13237/530), (YKD 2005/9, s. 1388).

⁸⁰⁷ Ansay, s. 375; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 715; Üstündağ, s. 729; Oğuzman/Öz, C. II, s. 84; Derya Belgin Güneş, **Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri**, On İki Levha, İstanbul, 2019, s. 161.

takdirinde ceza hâkiminin kararı ile bağlı olunmayacağı ifadesinden hukuka aykırı fiil ve illiyet bağı unsurları bakımından hukuk hâkiminin ceza hâkiminin kararı ile bağlı olduğu sonucuna varılabilir.

Ceza mahkemesi mahkûmiyet kararı ile birlikte cezanın ertelenmesine karar vermişse bu durum suçun fail tarafından işlendiğine ilişkin tespitte bir değişiklik meydana getirmediğinden, hukuk hâkimi ceza mahkemesinin kararı ile fiilin hukuka aykırılığı konusunda bağlı olmaya devam eder⁸⁰⁸.

Öğreti ve yargı kararlarına göre hükmün açıklanmasının geri bırakılması, bir mahkûmiyet gibi değerlendirilemez, bu karar kesin hüküm teşkil etmeyeceği gibi, hukuk hâkimini de bağlayıcı bir karar değildir⁸⁰⁹.

Hukuk hâkimi kusuru belirlerken ceza hukukunun kurallarıyla bağlı olmaksızın borçlar hukukunun sahip olduğu kusur anlayışı, yöntem ve kurallarına göre hareket etmelidir. Ceza hâkimi elindeki davada kusur oranlarını belirlemiş olsa dahi, bunun hukuk hâkimini bağlaması mümkün değildir⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ “...Asliye ceza mahkemesince verilen kararlar da davalının bu kusur oranına göre cezalandırılmasına karar verilmiş; sonuçta cezası paraya çevrilmiştir... Maddî vakıalar açısından olayın oluş şekli ve sübut konusunda ceza mahkemesince verilen kararın bağlayıcılığı yönünden özel daire ve mahkeme arasında bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.” HGK, 31.1.2007, 15-39/34 (http://www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 8.7.2019).

⁸⁰⁹ Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2078; HGK, 2.2.2021, 2017/4-1341, 2021/8; 11.HD, 11.3.2021, 2020/2942, 2021/2350; 4.HD, 23.02.2015, 2014/5873, 2015/1928, (http://www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 1.7.2021).

⁸¹⁰ A. İsmet Arslan, “Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (II)”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 6, Temmuz 1980, S. 3, s. 323; “...Maddî olayları ve yasak eylemleri saptayan ceza mahkemesi kararı, taraflar yönünden kesin delil niteliğini taşır. Ancak, bu bağlayıcılık ve kesin delil niteliği ceza davasında yargılanan kişi yönünden söz konusudur. Ceza mahkemesinde sanık olarak yargılanan kişi dışında başkaları hakkında açılan hukuk davasında bu kurallar uygulanamaz. ...Oysa Yargıtay HGK. 10.1.1975 gün E. 1971/T-406, K.1975/1sayılı kararında açıkça belirtildiği üzere, ceza mahkemesinde alınan bilirkişi raporu hukuk hâkimini bağlamayacağı gibi, böyle bir rapora taraflardan birinin itirazı üzerine de, hukuk hâkimi, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmak zorundadır. Çünkü, ceza davasında yaptırılan bilirkişi incelemesi ile hukuk hâkiminin yaptıracığı bilirkişi incelemesi, her iki dava türünün amaç ve ilkeleri bakımından birbirlerinden çok farklı bulunmaktadır. **Hukuk hâkimini, kendisinin yaptırmadığı ve fakat başka bir amaçla ve başka bir görüş açısından yaptırılan inceleme sonunda elde edilen “kusur” ve derecesiyle bağlı saymak, hem kanuna aykırı ve hem de tarafların haklarını ihlâl edici bir görüşün ifadesidir**⁸¹⁰. (4.HD, 23.02.2015, 2014/5873, 2015/1928), (http://www.kazanci.com.tr), (Erişim Tarihi: 8.7.2019).

C. Beraat Kararının Bağlayıcı Etkisi

Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinde hukuk hâkimi ceza hâkiminin beraat kararlarıyla bağlı değildir; ancak öğretide ve yargı kararlarında hâkim görüş beraat kararını veren ceza mahkemesinin yaptığı maddî vakıya ilişkin tespitlerin bağlayıcı olduğu yönündedir⁸¹¹.

İddia edilen suçun sanık tarafından işlenmediğinin tespit edilmesi üzerine verilen beraat kararı, beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle hukuk mahkemesinde görülen davada hukuk hâkimini bağlar⁸¹². Bu nedenle bağlayıcılığın belirlenmesinde beraat kararının hangi gerekçeyle verildiğinin iyi analiz edilmesi gerekir. Eğer beraat kararı beden bütünlüğünün ihlâline yol açan fiilin, suç unsurlarını taşıyor olmasına dayanıyorsa hukuk hâkimi beraat kararıyla bağlı değildir. Ancak, beraat kararı söz konusu fiilin işlenmediğine ilişkin bir maddî vakıa tespitine dayanıyorsa bu durumda hukuk hâkimi bu tespit ile bağlıdır. Aslında burada hukuk hâkimi beraat kararı ile değil, beraat kararının dayanağı olan maddî vakıa tespiti ile bağlıdır.

Ceza yargılamasında suçun sanık tarafından işlendiği tespit edilmiş olmasına rağmen olaydaki hukuka uygunluk sebebi ile beraat kararı verilmiş ise fiilin hukuka uygun sayılması konusundaki kararın, hukuk hâkimini bağlayıp bağlamayacağı konusu öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre bir fiilin hukuka uygunluk sebebiyle cezalandırılmıyor olması onun hukuk hâkimi tarafından hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine engel teşkil etmez⁸¹³. Diğer görüşe göre hukuka uygunluk sebepleri bakımından ceza hukuku ve özel hukuk arasında farklılık olması hukuk düzeninde çelişkiye sebep olur. Bu nedenle hukuka uygunluk nedeni bulunması nedeniyle beraat kararı verildiğinde, hukuk hâkimi fiilin hukuka uygunluğu konusunda bu kararla bağlı olmalıdır. Yargıtay da meşru savunma nedeniyle ceza

⁸¹¹ Pekcanitez Usûl, s. 2077; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 712; Güneş, s. 175. "... hukuk hâkiminin ceza hâkimini fiilin hukuka aykırılığını ve illiyet bağının saptayan maddî vakıa konusundaki kabulü ve ceza mahkemesinin kabul ettiği olayın gerçekleşme şekli diğer deyişle maddî vakıanın kabulü konusunda kesinleşmiş olan bir mahkumiyet veya maddî vakıa tespiti yapan beraat hükmüyle bağlı olacağı hem ilmi hem de kökleşmiş kazai içtihatlarla benimsenmiş bulunmaktadır..." (10.HD, 11.2.2014, 1019/2235; 4.HD, 05.03.2015, 6700/2582), (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 8.7.2019).

⁸¹² Ansay, s. 375; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 715; Baki Kuru, **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt: V, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul 2001, (Usûl C. V), s. 5134; Oğuzman/Öz, C. II, ss. 83, 84; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 713; Güneş, s. 177.

⁸¹³ Kılıçoğlu, ss. 471, 472; Tandoğan, s. 351.

mahkemesinin verdiği beraat kararının hukuk hâkimini bağlayacağını kabul etmektedir⁸¹⁴. Kanımızca bir fiilin hukuka aykırılığı değerlendirilirken kural olarak hukuk hâkimi ceza mahkemesinin değerlendirmesiyle bağlı olmamalıdır. Çünkü Türk Borçlar Kanunu’nun 63. maddesinde öngörülen hukuka uygunluk sebepleriyle Türk Ceza Kanunu’nun 24 ve devamı maddelerinde öngörülmüş olan ceza sorumluluğunu kaldıran veya azaltan nedenlerin birebir örtüştüğü söylenemez. Örneğin, zorunluluk hâli Türk Borçlar Kanunu’nda fiilin hukuka aykırılığı bağlamında değerlendirilirken, Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 223. maddesinde zorunluluk hâlinde kusur bulunmadığından fail hakkında ceza verilmesine yer olmadığı kararı verileceği belirtilmiş, bu düzenleme gereği zorunluluk hâli ceza hukuku uygulamasında kusuru kaldıran bir sebep olarak değerlendirilmiştir⁸¹⁵. Ancak meşru savunma ya da haklı savunma⁸¹⁶ durumunun ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Çünkü gerek ceza hukuku öğretisinde gerekse borçlar hukuku öğretisinde meşru ya da haklı savunmanın hukukî niteliği ve şartları birebir örtüşmektedir⁸¹⁷. Bu örtüşme nedeniyle meşru savunma nedeniyle verilen beraat kararlarının hukuk hâkimini bağlayacağı söylenebilir.

Ç. Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu’ndaki Mağdurun Zararının Tazminine Yönelik Düzenlemelerin Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davalarına Etkisi

1. Genel Olarak

Beden bütünlüğü ihlâlinin aynı zamanda suç niteliğinde olması, suça ilişkin ceza yargılamasındaki vakıalar ile beden bütünlüğünün ihlâli sebebiyle hukuk

⁸¹⁴ 4.HD, 15.3.1976, 6678/26/34, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 8.7.2019).

⁸¹⁵ Zorunluluk hâlinin hukukî niteliği hakkında öğretideki tartışmalar, TCK m. 25/2 hükmünün eleştirisi ve Yargıtay’ın yaklaşımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Veli Özer Özbek ve Koray Doğan, “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukukî Niteliği” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, ss. 195-222.

⁸¹⁶ Hukukî nitelik ve şartlar bakımından ceza hukuku ve borçlar hukuku arasında bir ayniyet olsa da terminolojik olarak farklılık vardır. Türk Borçlar Kanunu’nda *haklı savunma* terimini tercih edilmişken, Türk Ceza Kanunu’nda *meşru savunma* terimi kullanılmıştır.

⁸¹⁷ Krş. İzzet Özgenç, **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2005, s. 371vd.; Eren, s. 628 vd.

yargılamasında ele alınacak olan vakıaların ayniyetine yol açmaktadır. Her iki yargılamada vakıalar bakımından ayniyet olsa da taraflar ve dava konusunun aynı olmaması sebebiyle ceza mahkemesi kararları ile hukuk mahkemesi kararları arasında kesin hükmün olumsuz etkisinin mevcut olmadığı kesin olarak söylenebilir. Zaten her iki yargılamanın amaçları da birbirinden farklıdır. Ancak Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda aynı zamanda mağdurun zararının tazminine yönelik hükümler yer almaktadır. Bu hükümlerin hukuk mahkemelerinde açılan beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarına etkisinin ayrıca incelenmesi gerekir. Mağdurun zararının tazmini, Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda seçenek yaptırım ya da bir şart olarak öngörülmüştür. Aşağıda Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'nda mağdurun tazminine yönelik düzenlemere yer verilmiştir:

Türk Ceza Kanunu'nun 50. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde kısa süreli hapis cezası yerine seçenek yaptırımlardan biri olarak mağdurun zararının tazmin suretiyle tamamen giderilmesine karar verilebileceği ifade edilmiştir. Bu hükme göre ceza hâkimi, mahkûmiyet kararı olarak kısa süreli hapis cezası vermez; mağdurun zararının tazmin edilmesi kararı ile yetinilir.

Türk Ceza Kanunu'nun 51. maddesinin ikinci fıkrasında ise mağdurun zararının tazmini, hapis cezasının ertelenmesi şartı olarak öngörülmüştür. İşlediği suçtan dolayı iki yıl veya daha az süreyle hapis cezasına mahkûm edilen kişinin cezasının ertelenebilmesi için erteleme, mağdurun zararının tazmin suretiyle tamamen giderilmesi şartına bağlı tutulabilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nda ise adlî kontrol yükümlülüğü olarak gösterilen güvencenin, belli şartlarla mağdura verilebileceği düzenlenmiştir (CMK m. 109/III/f, h ve CMK m. 114). Buna göre, tutuklama yerine adlî kontrol tedbiri olarak Cumhuriyet savcısının isteği üzerine hâkimce belirlenecek bir güvence miktarının yatırılmasına veya hâkimce belirlenen miktardaki paranın suç mağdurunun haklarını güvence altına almak üzere aynî veya kişisel güvenceye bağlanmasına karar verilebilir (CMK m. 109/III/f, h). Şüpheli veya sanığın rızası, mağdurun talebi hâlinde, hâkim veya Cumhuriyet savcısı tarafından güvencenin mağdurun haklarını karşılayan kısmının mağdura verilmesi emredilebilir. Aynı

vakıalar sebebiyle mağdur lehine tazminat hükmün varsa güvencenin mağdura verilebilmesi için şüpheli veya sanığın rızasına gerek yoktur (CMK m. 114).

Üst sınırı üç yıl veya daha az süreli hapis cezasını gerektiren suçlar için yeterli şüphenin varlığına rağmen belli şartların yerine getirilmesiyle kamu davası ertelenebilir. Kamu davasının ertelenmesi için öngörülen şartlardan biri ise mağdurun zararının tazmin edilmesidir (CMK m. 171/II; m. 171/III/d).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 231. maddesine göre sanığa *yüklenen suçtan dolayı yapılan yargılama sonunda hükmolunan ceza, iki yıl veya daha az süreli hapis veya adli para cezası ise; mahkemece, hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilebilir*. Maddenin altıncı fıkrasında mağdurun zararın giderilmesi, hükmün açıklanması kararı verilebilmesinin bir şartı olarak öngörülmüştür (CMK m. 231/VI/c).

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesine göre kasten yaralama ve taksirle yaralama suçları uzlaştırma kapsamında yer alan suçlardır. Mağdur şüpheli ve sanık ile uzlaşmaya vardığı takdirde soruşturma aşamasında Cumhuriyet savcısı kovuşturmayaya yer olmadığına dair karar verir. Uzlaşma sağlanmış olmasına rağmen edimin ileri bir tarihe bırakılması, takside bağlanması veya süreklilik arz etmesi hâlinde Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 171. maddesinde yer alan şartlar aranmaksızın kamu davasının açılmasının ertelenmesi kararı verilir (CMK m.253/XIX). Kovuşturma aşamasında ise düşme kararı verilir (CMK m. 254/I). Uzlaşma sağlanmış; ancak edim ileri bir tarihe bırakılmışsa takside bağlanmışsa veya süreklilik arz ediyorsa hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilir.

Tarafların uzlaşması hâlinde bunun hukuk yargılamasına nasıl etki edeceği konusunda, mağdurun zararının giderilmesine yönelik diğer düzenlemelerden farklı olarak kanunda açık hüküm öngörülmüştür. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin on dokuzuncu fıkrasında uzlaşmanın sağlanması hâlinde, soruşturma konusu suç nedeniyle tazminat davası açılmayacağı düzenlenmiştir. Hükme göre açılmış olan tazminat davasından sonra uzlaşmaya varılırsa açılmış olan davadan feragat edilmiş sayılır.

2. Türk Ceza Kanunu ve Ceza Muhakemesi Kanunu'ndaki Düzenlemelerin Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davaları Bakımından Değerlendirilmesi

Kesin hükmün olumsuz bir dava şartı olmasının bir sonucu olarak hakkında kesin hüküm bulunan bir dava tekrar açılmaz. Kesin hükmün olumsuz etkisinin mümkün olabilmesi için ilk dava ile ikinci dava arasında bir aynılık olmalıdır. Davalar arasındaki aynılık taraflar, dava sebebi ve dava konusunda kendini gösterir⁸¹⁸. Bir ceza davasındaki taraflar ile hukuk davasındaki taraflar birbirinden farklıdır. Ceza davasında davalı olarak sanık, davacı olarak ise devlet yer alır. Suçtan zarar gören kişiler ise isterse davaya katılabilir, fakat davanın tarafı olarak nitelendirilmez. Maddî anlamda kesin hükmün şartlarından olan taraf ayniyetine bakılırken davanın taraflarından ziyade olayın taraflarına bakılması gerektiği ileri sürülmüş olup suçu işleyen fail ile suçtan zarar gören kişi ile hukuk mahkemesinde zarar gören ve kendisinden zarar talep edilen kişiler çoğu durumda aynıdır. Bu sebeple maddî anlamda kesin hüküm etkisi bakımından tarafların ayniyetinin kabul edilmesi gerekir⁸¹⁹. Ancak ceza ve hukuk davasında dava sebebini oluşturan vakıalar çoğu durumda özdeş olsalar da dava konusu birbirinden farklıdır. Nitekim ceza davasındaki dava konusu failin cezalandırılması iken hukuk davasında zararların tazminidir. Dava konusundaki farklılık sebebiyle ceza mahkemesi kararlarının beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları açısından kesin hüküm etkisi söz konusu olmaz. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinde ise hukuk hâkiminin ceza hâkiminin zarar belirlemesine ilişkin kararları ile bağlı olmayacağı ifade edilmiştir. Bu açıklamalar ışığında kısa süreli hapis cezası yerine mağdurun zararının tazmini, adlî kontrol yükümlülüğü olarak gösterilen güvencenin mağdura verilmesi, hapis cezasının ertelenmesi, hükmün açıklanmasının geri bırakılması ve kamu davasının ertelenmesi için mağdurun zararının tazmin edilmiş olması kural olarak medenî yargıda beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davası açılmasına engel olmaz. Ancak zararın tazmini amacıyla zarar görene yapılan bu ödemeler Türk Borçlar Kanunu'nun 55. maddesi gereği denkleştirmeye tâbi tutularak

⁸¹⁸ Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 2063; Akkan, Kesin Hüküm, s. 4.

⁸¹⁹ Güneş, s. 158.

tazminat miktarından indirilir. Ödemelerin dikkate alınabilmesi için bunun tazminat davasında esasa ilişkin bir itiraz şeklinde, kural olarak davalı tarafından ileri sürülmesi gerekir. Konuya ilişkin ceza mahkemesi kararı ise ödemenin yapıldığına ilişkin olarak kesin delil teşkil eder. Hâkim dosya kapsamından belli bir miktar ödemenin zarar görene ceza yargılaması kapsamında zararın tazmini amacıyla davalı tarafından yapıldığını anlıyorsa bu durum bir itiraz niteliğinde olduğu için re'sen dikkate alınabilir.

Zararın uzlaştırma kapsamında tazmin edilmesi durumunda, uzlaştırma sonucu tarafların anlaşmasından sonra, hukuk mahkemesinde tazminat talep edilebilme hakkı kanunun açık hükmü ile ortadan kaldırılmıştır (CMK m. 253/XIX). Uzlaştırma tutanağına rağmen davanın açılması hâlinde davanın esastan reddi gerekir. Ancak uzlaştırma tutanağında tüm zarar için değil de sadece belli zarar kalemleri için anlaşmaya varıldığı görülüyorsa anlaşma kapsamı dışında kalan zarar kalemleri için dava açılabilir.

D. Suçtan Zarar Gören Kişinin Şikâyetten ve Şahsî Haklarından Vazgeçmiş Olmasının Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davasına Etkisi

Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesine göre soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı suçlarda, suçtan zarar gören kişinin şikâyetten vazgeçmesi davayı düşürür. Eğer suçtan zarar gören kişi kamu davasında şikâyetinden vazgeçtiğini ileri sürerken şahsî haklarından da vazgeçtiğini açıkça ileri sürerse bu durumda artık hukuk mahkemesinde tazminat davası açamaz (TCK m. 73/VII). Kanundaki “*şahsî haklardan vazgeçmek*” ifadesi ile mağdurun beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat hakkından tek taraflı irade beyanı ile feragat ettiği anlamı çıkar⁸²⁰. Mağdurun ceza yargılamasında şahsî haklardan vazgeçmesinden sonra hâli hazırda devam eden tazminat davasının bulunması hâlinde, esas haktan yapılan bu feragat, hukuk mahkemesinde yapılmadığı için ilk bakışta mahkeme dışı feragat olarak nitelendirilebilir. Mahkeme dışı feragat, feragat eden tarafından kabul edilmezse

⁸²⁰ Eren, s. 1297; Güneş, s. 140.

geçerli değildir⁸²¹. Ancak yapılan feragat ceza mahkemesi önünde yapıldığı sürece Türk Ceza Kanunu'ndaki açık hüküm gereği hukuk yargılamasında mahkeme dışı feragat olarak nitelendirilemez ve mahkeme dışı feragatin hüküm ve sonuçlarına tâbi olmaz. Bu sebeple ceza yargılamasındaki feragat niteliğindeki bu açıklama, Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinin yedinci fıkrası gereği mahkeme içi feragat olarak nitelendirilerek karar verilmelidir (HMK m. 311). Ceza yargılamasında şikâyetten vazgeçildiğinde ve tazminat hakkından da feragat edildiği bildirildiğinde feragat kesin hüküm gibi sonuç doğurur, tazminat davası açılmaz (TCK m. 73/VII). Hukuk mahkemesindeki yargılama devam ederken ceza yargılamasında şahsî haklardan vazgeçildiği belirtilmişse herhangi bir hüküm verilmeksizin feragat nedeniyle hukuk davası sona ermelidir; hukuk mahkemesinin feragat nedeniyle davanın sona erdiğini tespit ve tevsik ederek “*karar verilmesine yer olmadığı*” kararı vermesi yeterlidir⁸²².

IV. KISMÎ DAVADA VEYA KISMÎ DAVA İLE BİRLİKTE AÇILAN TESPİT DAVASINDA VERİLEN HÜKMÜN EK DAVAYA ETKİSİ BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Belirsiz alacak davasında alacağın tümü hakkında karar verilmesi nedeniyle bu dava türü gelişmekte olan ve sonuçları hesap edilemeyen gelecekteki zararlar bakımından fayda sağlayamaz. Hâkim, tazminat hükmünü verirken mümkün olduğunca hüküm tarihine en yakın şartları esas alacak olsa da hüküm tarihinde dahi bu zararların tam olarak hesap edilebilmesi mümkün olmayabilir. Özellikle uzuv kaybı durumunda birden fazla ameliyatın yapılması gerektiği durumlar, HIV virüsü bulaşmış zarar görenin sağlık durumunun kademeli olarak kötüye gitmesi hâlinde dava açılması durumlarında belirsiz alacak davası ihtiyaca cevap vermez. Bu tür durumlarda hâkimin Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesindeki imkânı kullanarak

⁸²¹ Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 2020.

⁸²² Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 2015; Meriç, ss. 198-202; Boran Güneysu, s. 141. Karş. Kuru, Usûl C. IV, ss. 3617, 3618. Yargıtay'ın *feragat nedeniyle davanın reddi* kararları verdiği görülmektedir. Bkz. 4.HD, 5.7.2021, 2210/4120; 14.HD, 3.10.2013, 9254/12711, ((<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.9.2021)).

hükmü değiştirme hakkını saklı tutması gerekir. Hâkimin bedensel zararın akıbetine ilişkin olarak belirsizlik durumlarında, hükmü değiştirme hakkını kullanması adil yargılanma hakkı bakımından elzendir. Hükmü değiştirme yetkisini kullanmayan hâkimin gelecek hakkında tahmin yürüterek yaptığı zarar hesabını engellemek isteyen davacının kullanabileceği usûl hukuku enstrümanının kısmî dava ve tespit davası kombinasyonu olduğunu belirtmiřtik⁸²³. Davacı yargılama sırasında belirlenebilir zarar kalemleri için kısmî dava açarken hüküm verme aşamasında dahi belli olmayan zarar kalemlerinden davalının sorumluluğunun tespitini ister. Diğer bir ifadeyle tespit davasında hüküm aşamasında zarar miktarına yönelik olarak bir tespit yapıl(a)maz. Henüz tam olarak belirlenemeyeceği için hüküm altına alınmayan zarar kalemleri bakımından davalının sorumlu olduğunun tespiti yapılır. Tespit davası açılmasındaki amaç öğrenmeye bağlı zamanaşımı işlemeye başlamasına rağmen kesin olarak ispat edilemeyen vakıalar bakımından zamanaşımını kesmektir. Gelişen zararlar bakımından öğrenmeye bağlı zamanaşımı işlemeye başlamasa da üst zamanaşımı işlemeye devam ettiğinden zamanaşımına uğrama riski vardır.

Kısmî dava ve tespit davası sonucunda elde edilen hükümden sonra ek dava açılmak istendiğinde bu davaların ek davalar üzerindeki etkisinin ayrıca incelenmesi gerekir.

B. Kısmî Davada Verilen Hükümün Etkisi

1. Kısmî Davanın Kabulü

Kısmî davanın kabulü hâlinde verilen kararın tespite ilişkin bölümünün ek dava açısından kesin delil teşkil edeceği ileri sürölmektedir⁸²⁴. Yargıtay da bir kararında birinci davada verilen hükmün belirlenen kalemlerde, davacıya karşı sorumlu olduğuna ilişkin kısmın ikinci dava bakımından kesin delil olduğunu ifade etmiřtir⁸²⁵. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu daha sonraki bir kararında ise kısmî

⁸²³ Birinci Bölüm, II, C ve Ç.

⁸²⁴ Kuru, Usûl C. II, s. 1554; Karşlı, s. 610.

⁸²⁵ 13.HD, 24.3.1981, 1462/2089, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.9.2019).

davada verilen ve kesinleşen kararın tespiti ilişkin bölümünün ek dava için kesin hüküm niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır.

Uyuşmazlık; kısmî davada zarar miktarı belirlenmiş iken, bakiye destekten yoksun kalma tazminatı istemiyle açılan eldeki davada yeni verilere göre hesaplama yapılarak sonucuna göre karar verilir verilemeyeceği, belirtilen bu yöntemin, kesin hükmün ve usûlî kazanılmış hakkın ihlali niteliğinde olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Taraflar arasında aynı maddi ve hukuki olgulara dayalı olarak açılıp sonuçlanan tazminat davasında istek hüküm altına alınmış, temyiz üzerine, Özel dairece onanmıştır. Kural olarak tam ya da kısmî olarak açılan eda davası biri tespit diğeri eda olmak üzere iki bölüm isteği kapsar. Bu tespit zorunlu olarak borç ilişkisinin tamamını kapsar. Bu nedenle kısmi dava sonucu verilen ve kesinleşen kararın tespitine ilişkin bölümü aynı maddi ve hukuki sebebe dayanan sonradan açılan ek dava için kesin hüküm oluşturur. Kesin hüküm bulunan bir konuda ise mahkemenin bu yönün doğruluğunu yeniden inceleme ve araştırma konusu hukuken olanak bulunmamaktadır. Başka bir anlatımla, ek davaya bakan mahkeme, kısmî dava sonucu verilen ve kesinleşen hükmün tespiti ilişkin bölümüyle bağlıdır. Bu yön kamu düzenine ilişkin olup re'sen göz önünde bulundurulur. Anılan kısmî tazminat davasında davalıların kusurlu eylemleriyle zararlandırıcı olayın meydana geldiği ve iş kazası niteliğinde bulunduğu yönündeki faile ve fiile ilişkin olgular ile tazminatın hüküm altına alınan bölümü kesinleşmiştir⁸²⁶.

Kısmî davada alınan bilirkişi raporlarının açılan ek dava için bağlayıcılığı olmadığı kabul edilmektedir⁸²⁷. Ancak Yargıtay bazı kararlarında kısmî davadaki bilirkişi raporunun talep miktarını aşacak şekilde toplam zarar miktarı üzerinden yapılmış olması durumunda bu raporun esas alındığı kararın kesinleşmesiyle beraber bilirkişi raporunun da ek dava için kesin delil niteliğinde olduğunu kabul etmektedir⁸²⁸. Kuru ise ilk davada zararın tümü için belirleme yapan bilirkişi raporuna itiraz edilmemiş olmasını usûlî kazanılmış hak olarak değerlendirerek ilk davadaki bilirkişi raporunun bağlayıcı olduğunu ileri sürmektedir⁸²⁹.

Öğretide azınlık görüş, ister kısmî dava reddedilsin isterse de kabul edilsin her iki davanın birbirinden bağımsız oluşunu gerekçe göstererek ilk davada verilen hükmün ek davayı bağlamayacağını, hâkimin ek davada kusur oranlarını yeniden tespit edebileceğini, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabileceğini, sorumluluk

⁸²⁶ HGK, 11.7.2007, 21-542/549, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.9.2019). Aynı yönde bir karar için bkz. HGK, 3.10.2007, 14-614/696, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.9.2019).

⁸²⁷ Ahmet İyimaya, **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Avşaroğlu Matbaası, Ankara, 1990, (C. I), ss. 64, 65; 4.HD, 16.5.2000, 1795/4774; 15.HD, 1.10.2007, 2446/5853, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.9.2019).

⁸²⁸ HGK, 18.4.2007, 15-126/210; 4.HD, 1.11.2006, 11390-/11465, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 12.9.2019).

⁸²⁹ Kuru, Usûl C. II, s. 1889.

şartlarını isterse yeniden tartışabileceğini ifade etmektedir⁸³⁰. Bu görüşe göre iki davanın birbirine etkisi sadece tarafların davranışlarında kendini göstermektedir. Diğer bir ifadeyle, taraflar ilk davadaki beyanlarının aksini ek davada ileri süremezler. İki davadaki beyanlarda çelişki olması tarafların dürüstlük kuralını ihlâl ettiği anlamına gelmektedir⁸³¹.

Kısmî davadaki tespite ilişkin olgular da ek dava için kesin hükmün kesin delil etkisini gösterir. İlk davada tespit edilmiş olan kusur, denkleştirme yöntemi, sorumluluğa vücut veren ilişkinin varlığı gibi unsurlar artık ek davada tartışılmaz. Ancak ek davanın da kendi içinde bağımsızlığı ve yargılama yöntemi olduğu için kısmî davadaki olgular, sonradan değişkenlik göstermiş ise ek davada bunlar dikkate alınmalıdır. Örneğin, destekten yoksun kalan eş, evlenmiş ya da iş göremezlik derecesi artmış veya azalmışsa ek davada bu değişiklikler görmezden gelinemez. Aksi düşünce kısmî dava sonrası ek dava açma amacına aykırı düşer. Kısmî tazminat davasında tespit edilmiş tazminat miktarına etki eden unsurlar kısmî davadan sonra değişmiş ise bu tespitler ek dava için bağlayıcı olmaz. Ancak ilk davada tespit edilmiş sabit unsurlar ek dava için de bağlayıcıdır⁸³².

2. Kısmî Davanın Reddi

Beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle açılan kısmî tazminat davası, esastan reddedilmiş ise bu davadaki kesinleşen hükmün, sonradan açılacak ek davalar için kesin hüküm niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Buna göre ek davanın olumsuz dava şartı olan kesin hükmün varlığı nedeniyle usûlden reddedilmesi gerekir⁸³³. Bakiye alacağın yokluğu tespit edildiği için kısmî dava olarak açılmış bir davanın tamamen reddi ile kısmen reddi arasında bir ayırım yoktur⁸³⁴. Çünkü davada talep edilen miktara hükmedilip hükmedilmeyeceği belirlenirken tüm talep ve yasal

⁸³⁰ Üstündağ, Kısmî Dava, ss. 409, 410; Akil, ss.189-192.

⁸³¹ Akil, ss. 192, 193.

⁸³² İyimaya, Kısmî s. 200.

⁸³³ Kuru, Usûl C. II, s. 1549. Yazar, burada kısmî davanın reddine ilişkin kararın borç ilişkisinin tümü hakkında bir menfî tespit hükmü niteliğinde olduğu, aksinin kabulünün menfaatler dengesine ve kesin hükmün niteliğine aykırı düşeceği değerlendirmelerini gerçek kısmi davaları esas alarak yapmaktadır.

⁸³⁴ Kuru, Usûl C. II, s. 1548; Tanrıver, Kısmî Dava, ss. 864, 865; İyimaya, Kısmî, s. 200. Aksi görüş için bkz. Üstündağ, Kısmî, ss. 409, 410.

dayanaklar gözden geçirilmek zorundadır⁸³⁵. Bu görüşler kanımızca aşağıda daha ayrıntılı şekilde açıklanacağı üzere, sadece gerçek kısmî dava esas alınarak ulaşılmış görüşlerdir. Gerçek kısmî davanın reddi hâlinde talep edilen miktarın somut olay bakımından haklı olup olmadığının tespiti için tüm vakıa ve dayanaklar incelenirken gerçek olmayan kısmî davada talebin haklılığı incelenirken bütün vakıalar ve bu vakıalara dayalı olarak talep edilebilecek olan miktara bakılmaz. Burada davacı tarafından sınırlandırılan vakıalar çerçevesinde inceleme yapılır. Bu sebeple ilk davanın reddi hâlinde gerçek olmayan kısmî davanın ek davaya etkisi gerçek kısmî davadaki etkiden farklıdır.

3. Beden Bütünlüğünün İhlâlinden Doğan Tazminat Davaları Bakımından Değerlendirme

Beden bütünlüğün ihlâlinden doğan zarar kalemlerinin bir bölümünün kısmî dava ile diğer bölümünün ise ek dava ile talep edilmesi mümkündür. Belirlenebilir zarar kalemleri için kısmî dava açıldığında bu dava gerçek olmayan kısmî dava olarak nitelendirilir⁸³⁶. İsviçre öğretisinde kabul gören gerçek kısmî dava ve gerçek olmayan kısmî dava ayırımına göre gerçek olmayan kısmî dava aynı hayat olayından kaynaklanan birden fazla alacak kaleminden birinin ferdîleştirilerek diğerlerinden ayrılmak suretiyle ileri sürülmesidir⁸³⁷. Gerçek kısmî dava ise bölünebilir bir talebin nicel olarak sadece belli bir bölümünün talep edilmesidir. Örneğin, 100.000 liralık tazminat alacağının şimdilik 10.000 lirasının talep edilmesi, gerçek kısmî dava olarak nitelendirilirken zarar kalemleri arasından şimdilik tedavi gideri olan 10.000 liranın talep edilmesi gerçek olmayan kısmî dava olarak nitelendirilir⁸³⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesinin 1. fıkrası gerçek kısmî davayı ifade eder. Ancak İsviçre öğretisinde ve yargı kararlarında gerçek olmayan kısmî davanın da bir eda davası olarak açılabilceği kabul edilir⁸³⁹.

⁸³⁵ Emmel, s. 66.

⁸³⁶ Bopp/Balthasar, Art. 86, N. 5, s. 781; A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund, Rz. 40, s. 228.

⁸³⁷ Emmel, s. 64; Bopp/Balthasar, Art. 86, N. 5, s. 781; A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund, Rz. 40, s. 228. Kısmî dava türleri için bkz. Üstündağ s. 327; Akil, s. 111.

⁸³⁸ Emmel, s. 65; Bopp/Balthasar, Art. 86, N. 5, s. 781; A. Staehelin/D. Staehelin/Grolimund, Rz. 40, s. 228.

⁸³⁹ Emmel, s. 66.

Yukarıda kısmî davanın ek davaya etkisi konusundaki hâkim görüşler kanımızca sadece gerçek kısmî dava esas alınarak ulaşılmış görüşlerdir. Gerçek kısmî davanın reddi hâlinde talep edilen miktarın somut olay bakımından haklı olup olmadığının tespiti için tüm vakıa ve dayanaklar incelenir ve talep edilen miktarın mevcut olmadığı kanaatine varılır. Kısmen ret durumunda da tüm vakıa ve tazminat miktarı incelenerek kabul edilen kısım dışında başka bir talep olmadığına ilişkin bir tespit gerekir. Bu sebeple gerçek kısmî davanın reddi, sonradan açılacak ek dava için kesin hüküm teşkil eder; diğer bir ifade ile kesin hükmün olumsuz etkisiyle ek dava, dava şartı nedeniyle usûlden reddedilmelidir (HMK m. 114/I/i, m. 115/II). Ancak aynı sonuca gerçek olmayan kısmî dava bakımından ulaşamayız. Çünkü gerçek olmayan kısmî davada talebin haklılığı incelenirken bütün vakıalar ve bu vakıalara dayalı olarak talep edilebilecek olan miktara bakılmaz. Burada davacı tarafından sınırlandırılan vakıalar çerçevesinde inceleme yapılır. Örneğin; trafik kazası neticesinde sadece çalışma gücü kaybı nedeniyle uğradığı zararları talep eden zarar görenin açtığı dava reddedilmiş ise tedavi giderleri için açılacak ek davada önceki hüküm kesin hükmün olumsuz etkisine sahip değildir. Çünkü mahkeme zarar kalemleri arasından sadece çalışma gücü kayıp oranına göre zararın olmadığını tespit etmiş olup diğer zarar kalemlerini incelememiştir. Hâlbuki bu dava *tazminat alacağımın 10.000 liralık kısmını talep ediyorum* şeklinde gerçek kısmî dava şeklinde açılsaydı o zaman hâkimin ret kararı verebilmesi için tüm zarar kalemlerini inceleyip miktar olarak 10.000 liralık talep hakkının mevcut olmadığını tespit etmesi gerekirdi. Bu açıdan gerçek kısmî davanın reddi aslında bir menfî tespit hükmü niteliğindedir. Ancak yukarıda açıkladığımız gerekçelerde bu sonucu gerçek olmayan kısmî davalar bakımından kabul edemeyiz. Gerçek olmayan kısmî davanın reddi hâlinde ilk davadaki tespitlerin ikinci dava için bağlayıcılığı olsa da gerçek kısmî davada olduğu gibi ilk hüküm, sonradan ek dava açılmasına engel olmaz. Ayrıca ilk dava ile ek davanın dava konularının farklı olması sebebiyle gerçek olmayan kısmî dava ek dava için kesin hüküm oluşturmaz.

Kısmî davanın kabulü hâlinde ise gerçek kısmî dava ile gerçek olmayan kısmî dava arasında fark olmaz. Bu durumda kısmî davanın ek davaya etkisi anlamında, kesin hükmün olumlu etkisi olarak da ifade edilen kesin delil etkisi (bağlayıcı etkisi)

mevcuttur⁸⁴⁰. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında açılan dava çoğu durumda zarar kalemleri arasındaki ayrıma dayalı olacağı için gerçek olmayan kısmî dava olarak açılır. Örneğin, sadece tedavi giderleri için açılmış kısmî davada, tedavi giderlerine hükmedebilmek için öncelikle zararın dayanağı olan sorumluluk sebebinin şartlarının somut olay bakımından gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespiti gerekir. Bu davanın kabulünden sonra açılan ek davada, ilk davadaki fiilin hukuka veya borca aykırılığı ve kusura ilişkin tespitlerin ikinci dava açısından bağlayıcılığının olması gerekir. Ancak zarar miktarına etki edecek unsurlar ve söz konusu zarar ile hukuka veya borca aykırı davranış arasında illiyet bağının tespiti noktasında ek davada, ilk davadaki tespitler yönünden bağlı olunmaması gerekir. Çünkü zarar kalemlerinin ferdileştirilerek açıldığı gerçek olmayan kısmî dava zarar kalemlerine ilişkin hesabın ilk davada sağlıklı olarak yapılamayacağı endişesine dayanır. İlk dava ile ek dava arasında dava konusu yönünden de bir farklılık bulunmaktadır. Bu sebeplerle ek davada talep edilen zarar kalemlerinin miktarına etki eden unsurlar ile illiyet bağı, ilk davadaki unsurlara bağlı olmaksızın bağımsız olarak incelenir.

C. Tespit Davasında Verilen Hükümün Etkisi

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davasında zarar kalemleri arasında ferdileştirme yaparak dava açılması hâlinde dava kapsamında bırakılan zarar kalemleri açısından zamanaşımının kesilmesi için zarar görenin, davalının bu kapsam dışı bırakılan zarar kalemlerinde de sorumlu olduğuna ilişkin bir tespit davası açabileceğini belirtmiştik. Kısmî dava ile birlikte açılan tespit davasında sadece sorumluluk tespiti yapılır zarar miktarına ilişkin olarak bir tespit yapılmaz. Çünkü kapsam dışı bırakılan zarar kalemlerinin sağlıklı bir şekilde hesaplanmayacağı düşüncesi ile kısmî dava açılır ve tespit davasının ilk aşamadaki tek fonksiyonu zamanaşımını kesmektir.

Bu açıklamalar ışığında eğer sorumluluğun tespitine ilişkin dava reddedilirse bu hüküm bir menfî tespit hükmü olarak kabul edilir ve ek dava için kesin hükmün

⁸⁴⁰ Kesin hükmün bağlayıcı etkisinin kesin delil kavramıyla özdeş olmadığına ilişkin açıklamalar için bkz. Akkan, Kesin Hüküm, s. 8.

olumsuz etkisine sahiptir. Diğer bir ifadeyle tespit davasının reddine rağmen bir dava açılmak istendiğinde bu konuda bir kesin hükmün varlığı nedeniyle ek davanın dava şartı yokluğundan usûlden reddi gerekir (HMK m. 114/I/i, m. 115/II). Eğer tespit davası kabul edilmiş ve davalının kısmî davada kapsam dışı bırakılan zarar kalemleri bakımından da sorumlu olduğuna karar verilirse bu durumda bu tespit ek dava açısından bağlayıcıdır. Ek davadaki inceleme, sadece ilk davada kapsam dışı bırakılan zarar miktarının tâyinine yönelik olacaktır.

V. İŞ KAZALARINDAKİ İŞ GÖREMEZLİK ORANININ TESPİTİ DAVASININ SONRADAN AÇILACAK TAZMİNAT DAVASINA ETKİSİ

A. Genel Olarak İş Göremezlik Oranının Tespiti Davası

Beden bütünlüğünün ihlâli iş kazası olarak nitelendirilen bir olay sonucu meydana geldiğinde, işçinin işverene karşı doğrudan dava açmadan önce çalışma gücü kaybı nedeniyle kendisine gelir bağlanmasını sağlamak üzere Sosyal Güvenlik Kurumu'na başvurması gerekir. Çünkü Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından kendisine yapılacak olan ödemelerden kurum tarafından işverene rücû edilebilecek olan kısım tazminat miktarından indirilir. İşverenin ödemesi gerekli olan tazminat miktarının belirlenebilmesi için de öncelikle Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödemenin sağlanması için gerekli prosedürün işçi tarafından başlatılması ve bir sonuç elde edilmesi gerekir. Aksi hâlde mahkeme bunu bekletici mesele olarak nitelendirir.

İş ve sosyal güvenlik hukuku hükümlerine göre bir iş kazası veya meslek hastalığı meydana geldiğinde işverenin bunu Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmesi gerekir (5510 s. Kanun m. 13). İşçi, sosyal güvenlik hukuku hükümlerine göre kendine ödeme yapılması ve gelir bağlanması talebini Sosyal Güvenlik Kurumu'na bildirmelidir. 5510 sayılı Kanun'un 95. maddesine göre,

...yurt dışında tedavi için yapılacak sevkler, çalışma gücü kaybı, geçici iş göremezlik ödeneklerinin verilmesine ilişkin raporlar ile iş kazası ve meslek hastalığı sonucu meslekte kazanma gücü veya çalışma gücü kaybına esas teşkil edecek sağlık kurulu raporlarının usûl ve esaslarını, bu raporları vermeye yetkili sağlık hizmeti sunucularının sahip olması gereken kriterleri belirlemeye, usûlüne uygun olmayan sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeleri düzenleyen sağlık hizmet sunucusuna iade ederek belirlenen bilgileri içerecek

şekilde yeniden düzenlenmesini istemeye Kurum yetkilidir. Usûlüne uygun sağlık kurulu raporu ve dayanağı tıbbî belgeler ile gerekli diğer belgelerin incelenmesiyle; yurt dışında tedavi için yapılacak sevkler, vazife malullük derecesini, iş kazası veya meslek hastalığı sonucu tespit edilen meslekte kazanma gücünün kaybına veya meslekte kazanma gücünün kaybı derecelerine ilişkin usûlüne uygun düzenlenmiş sağlık kurulu raporları ve diğer belgelere istinaden Kurumca verilen karara ilgililerin itirazı halinde, durum Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır.

Bu hüküm gereğince kazanın bir iş kazası olduğunun tespitinden sonra çalışma gücü kayıp oranının belirlenmesi, Sosyal Güvenlik Kurumu'nun belirlediği sağlık hizmeti sunucuları tarafından bu konudaki Yönetmeliğe göre belirlenir. Sigortalı işçinin, sağlık hizmeti sunucularının hazırladıkları rapora istinâden verilen Kurum kararına itiraz etmesi hâlinde, bu itiraz Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulunca karara bağlanır. Bu karar Kurumu bağlar (Maluliyet Tespiti İşlemleri Yönetmeliği m. 18, 19). Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre Yüksek Sağlık Kurulunun çalışma gücü kayıp oranına göre tespitleri sadece Sosyal Güvenlik Kurumu'nu bağlar ve yalnızca Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından yapılacak ödemelere etki eder⁸⁴¹. Yüksek Sağlık Kurulunca tespit edilen çalışma gücü kararına karşı işçinin veya işverenin bu kararın iptalini isteme ve çalışma gücü oranının mahkemece tespitini isteme hakkı vardır. Burada maddî vakıaların tek başlarına tespit davasına konu olamaması kuralına içtihadı birleştirme kararı ile bir istisna getirilerek salt çalışma gücü kayıp oranının tespitine ilişkin bir dava câiz görülmüştür⁸⁴².

Çalışma gücü kayıp oranının tespitine ilişkin açılan davada davalı olarak hem Sosyal Güvenlik Kurumu hem de davayı açan kişiye göre işçi ya da işveren gösterilir. İstikrar kazanmış Yargıtay uygulamasına göre Sosyal Sigorta Yüksek Sağlık Kurulu kararına itiraz hâlinde çalışma gücü kayıp oranın Adli Tıp Kurumu tarafından belirlenmesi gerekir⁸⁴³.

⁸⁴¹ İBK., 28.06.1976, 6/4, RG. 26.07.1976/15658., 4.HD, 15.3.1976, 6678/26/34, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 8.7.2019).

⁸⁴² Maluliyet gibi maddî bir vakıanın tespitinden varılacak hukukî netice ve menfaat izah ve ispat edilmedikçe bu vakıa yalnız maddî bir vakıadan ibaret kalacak ve mahkemelerin işgal sahası dışına çıkacaktır (Ankara 3. Asliye Hukuk Mahkemesi, 15.7.1946, 1071/661, (Ankara Barosu Dergisi, 1947/31-34, ss.36, 37). *Maddî vakıalar ancak bir hukukî ilişki ile birlikte tespit davasına konu teşkil edebilir* (Kuru, Usûl C. II, s. 1424; Kuru/Budak, s. 87).

⁸⁴³ "...Kural olarak Yüksek Sağlık Kurulunca verilen karar Sosyal Güvenlik Kurumunu bağlayıcı nitelikte ise de; diğer ilgililer yönünden bir bağlayıcılığı olmadığından Yüksek Sağlık Kurulu Kararına itiraz edilmesi halinde inceleme Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılmalıdır. Yargıtay

B. Tazminat Davasına Etkisi

Çalışma gücü kayıp oranının tespiti davasından sonra işçi tarafından işveren aleyhine açılacak tazminat davasında, tespit davası kesin hükmün bağlayıcı etkisini gösterir. Açılan tazminat davasında, çalışma gücü kayıp oranına ilişkin olarak ayrıca bir inceleme yapılmaz. Ancak işçi tarafından tespit davasından sonra meydana gelen zararlar nedeniyle çalışma gücü kayıp oranında bir artış olduğu iddia ediliyorsa bu iddia ile sınırlı olarak bir inceleme yapılmalıdır. Sonradan meydana gelen zararın çalışma gücü kayıp oranına etki edip etmediği ve etki etmesi hâlinde yeni çalışma gücü kayıp oranının belirlenmesi gerekir. Ancak kanımızca tespit davasından sonra çalışma gücü kayıp oranında herhangi bir değişiklik meydana gelmemiş ise kesinleşen tespit hükmünün tazminat davası için bağlayıcı etkisi vardır.

VI. KISMÎ KARAR BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

Öğretide kısmî kararlar “*bölünebilen ve bağımsız olarak bir hükme konu olacak şekilde sınırlandırılabilen dava konusunun, karar verme olgunluğuna ulaşmış bir kısmı hakkında yargılamayı nihaî olarak sona erdiren kararlar*” olarak tanımlanmıştır⁸⁴⁴.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan maddî tazminat talebi tek talep olmasına rağmen içerisinde birden fazla zarar kalemini barındırır. Ayrıca bedensel zararın niteliği gereği her bir zarar kalemi de mevcut zarar ve müstakbel zarar olarak ayrılmakta; müstakbel zararın ispatındaki zorluk sebebiyle davalar uzamaktadır. Örneğin, tedavisi devam eden zarar görenin talep ettiği tedavi giderleri, o zamana

İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 28.06.1976 günlü, 1976/6-4 sayılı Kararı da bu yöndedir. Adli Tıp 3. İhtisas Kurulundan alınacak rapor ile Yüksek Sağlık Kurulu Kararı arasında sürekli iş göremezlik oranına yönelik görüş ayrılığı bulunduğu takdirde çelişkinin giderilmesi için dosyanın Adli Tıp 2. Üst Kuruluna gönderilerek çıkacak sonuca göre karar verilmesi gerekir...” (21.HD, 15.6.2020, 2019/5770, 2020/2247), (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.7.2021). Aynı yönde kararlar için bkz. 21.HD, 18.6.2020, 2019/6892, 2020/2430; 21.HD, 16.9.2019, 2003/5122, (<https://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.7.2021).

⁸⁴⁴ Hans Joachim Musielak, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Cilt: 1, 4. Bası, C. H. Beck, Münih, 2013, (MüKo), § 301 Rn. 1, s. 1925; Zeynep Bahadır, **Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar**, Yetkin, Ankara, 2018, s. 22; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 1975; Boran Güneysu, ss. 129, 130.

kadar yapılmış tedavi giderleri ile ileriki dönemde yapılacak tedavi giderleri olarak ayrılır. Kısmî karar verilmesinin mümkün olmadığı bir sistemde, mevcut giderler kesin olarak tespit edilmiş olsalar bile zarar gören, diğer zarar kalemleri tespit edilip maddî tazminat talebi hakkında tam karar verilmedikçe icra edilebilir bir hüküm elde edemez. Bu davalardaki karmaşıklık ve buna bağlı olarak uzun yargılama süreleri dikkate alındığında, bu durum çoğu zaman çalışma gücünü de kaybetmiş ve tedavi giderini de karşılamak zorunda olan zarar gören aleyhine bir durum yaratır. Bu sebeple kısmî karar verilmesinin, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları bakımından özel öneme sahip olduğu söylenebilir.

Kısmî karar verilebilmesine ilişkin olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bir düzenleme yer almamakla birlikte bu konuda bir yasak da öngörülmemiştir⁸⁴⁵. Türk Medenî Usûl hukuku öğretisinde⁸⁴⁶ de nihaî kararlara ilişkin tam karar-kısmî karar ayrımı çoğunlukla yapılmamakta, buna paralel olarak uygulamada da kısmî karar örneklerine rastlanmamaktadır. Ancak farklı zarar kalemlerinden oluşan beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında kısmî karar verilmesi, hem bu davaların basitleştirilmesine hem de zarar gören davacının kısmî tazminat hükmü ile uzun yargılama sürelerinden daha az etkilenmesine imkân sağlar. Örneğin, tedavi giderleri ile birlikte çalışma gücü kaybı nedeniyle uğranılan zararlar talep edildiğinde tedavi giderlerinin ispatı ve buna ilişkin karar verilmesi, çalışma gücü kaybı nedeniyle uğranılan zararlara göre her durumda daha kolaydır. Çünkü çalışma gücü kayıp oranını ve bu oranın etki ettiği zararların tespiti birden fazla varsayımsal unsurun belirlenmesini gerektiren uzun bir prosedürdür. Tedavi giderleri için yapılan belirleme karar verme olgunluğuna ulaşmışsa kısmî karar mümkündür ve bunun icrası için diğer zararların hesaplanmasının beklenmesine gerek yoktur.

Kısmî karar verilebilmesi için ilk şart dava konusunun bölünebilir olmasıdır⁸⁴⁷. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan maddî tazminat taleplerinin bölünebilirliği konusunda öğretide ve uygulamada bir tereddüt bulunmamaktadır.

⁸⁴⁵ İç tahkime ilişkin HMK m. 436/2 de kısmî karar verilebileceğine ilişkin bir düzenleme yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre “aksi kararlaştırılmadıkça, hakem veya hakem kurulu kısmi kararlar verebilir”.

⁸⁴⁶ Kısmî karar verilebileceğine ilişkin görüşler için bkz. Atalı, Pekcanıtez Usûl, s. 1975; Boran Güneysu, s. 139; Ermenek, s. 208; Bulut, ss. 411 vd.; Bahadır, s. 68. Aksi görüş, Umar, Şerh, s. 1238.

⁸⁴⁷ Musielak, MüKo, § 301 Rn. 4, s. 1926; Blomeyer, s. 449.

Ancak manevî tazminat taleplerinin bölünmezliği ilkesine rağmen bu talepler bakımından gerekli şartların varlığı hâlinde kısmî dava açılabilse de kanımızca yine manevî tazminat talepleri her durumda kısmî tazminat hükmüne konu olmaya elverişli değildir. Şöyle ki, gelişmekte olan ve ileriki dönemde gerçekleşeceği öngörülmesine rağmen davanın görüldüğü sırada kesin olarak hesap edilemeyen bedensel zararlar için zararın zamana yayılması nedeniyle ek manevî tazminat davası açılabilceğini belirtmiştik⁸⁴⁸. Bu zararlar bakımından bölünmezlik ilkesinden vazgeçilmesinin nedeni, gelişen zararlar sebebiyle oluşan manevî acının zamana yayılması ve bu yayılmanın onun bir bütün olarak talep edilmesine engel olmasıdır. Bu sebeple manevî tazminat talepleri hakkında kısmî davada olduğu gibi o zamana kadar meydana gelen bedensel zararlar hakkında kısmî karar verilebilir. Bedensel zararın henüz belirlenemeyen sonraki sonuçları için olan tazminat kararı ise kısmî karar kapsamının dışında bırakılır⁸⁴⁹. Ancak manevî tazminat davası, davacı tarafından zaten zamansal olarak sınırlandırılmış ve kısmî dava şeklinde açılmış ise kısmî talep doğrultusunda verilen manevî tazminat, kısmî davadaki talebinin tümü hakkında verildiğinden bu karar, kısmî değil, tam karardır⁸⁵⁰.

Objektif veya subjektif dava birleşmelerinin aksine dava konusunun tek bir talepten oluştuğu durumlarda talebin bölünebilirliğinin tespiti nispeten zordur. Tek bir talebin bir bölümü hakkında kısmî karar verebilmek için söz konusu bölümün ayrı bir hukukî ve maddî değerlendirmeye tâbi olması; bu şekilde bireyselleştirilip sınırlandırılabilmesi gerekir. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlarda, zamansal (mevcut-müstakbel) ve olgusal (tedavi giderleri-çalışma gücü kaybından doğan zararlar gibi) olarak bireyselleştirilebilen zarar kalemleri hakkında kısmî karar mümkünken zarar hesabının bağımsız hâle getirilemeyen unsurları hakkında kısmî karar verilemez. Örneğin, iş göremezlik süresinin tespiti hakkında kısmî karar verilemez. Çünkü iş göremezlik süresi, talep içinde bağımsız ve bireysel bir bölüm niteliğinde olmayıp zarar kaleminin hesaplanması için temel oluşturan bir unsur niteliğine sahiptir⁸⁵¹.

⁸⁴⁸ Bkz. yuk. Birinci Bölüm, II, C.

⁸⁴⁹ Musielak, MüKo, § 301 Rn. 6, s. 1927.

⁸⁵⁰ Kısmî dava-kısmî karar karşılaştırması için bkz. Bahadır, s. 157.

⁸⁵¹ Musielak, MüKo, § 301 Rn. 6, s. 1927.

Birden fazla bağımsız davanın tek dava dilekçesiyle açılması durumunda da bölünebilir ve bağımsız talepler için kısmî karar verilebileceği ifade edilmiştir⁸⁵². Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları tek dava dilekçesiyle maddî ve manevî tazminat talepleri ile objektif dava birleşmesi şeklinde⁸⁵³ veya aynı zarardan dolayı birden fazla sorumluluğu olanlara karşı ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde açılabilir. Davalı taraftaki ihtiyarî dava arkadaşlığında ise taraflar hakkında müteselsil sorumluluk hükümlerine göre karar verilebilmesi için tek bir karar gerektiğinden dava arkadaşlarından birinin tazminat ödemesine ilişkin kısmî karar verilemez. Ancak dava arkadaşlarından biri hakkında davanın reddi için kısmî karar verilebilir⁸⁵⁴.

Kısmî karar verilebilmesi için kısmî karara konu olacak kısım ile kapsam dışı kalan kısmın çelişkili karar verme riski taşımaması gerekir⁸⁵⁵. Çelişkili karar verme yasağının bir gereği olarak kısmî karar ile son kararın birbirinden bağımsız olması da kısmî karar verilebilmesinin şartları arasında belirtilmiştir⁸⁵⁶. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında kısmî karar verilirken çelişkili karar verilmemesi için özellikle sorumluluk şartlarının somut olay bakımından iyi analiz edilmesi gerekir. Eğer sorumluluğun dayanağı olan hukukî sebebin koşulları hakkında taraflar arasında çekişme yok ve tahkikat bedensel zararın kapsam ve miktarına ilişkin yürütülüyorsa hâkim karar verme olgunluğuna ulaşmış zarar miktarı için kısmî karar verebilir. Ancak örneğin, kusur ve illiyet bağına ilişkin olarak taraflar arasında çekişme varsa bu vakıaların tespitini yapmadan hâkimin bedensel zararın bir kısmı hakkında karar vermesi çelişkili karar verme yasağına aykırılık teşkil eder. Bu sebeple taraflar arasında özellikle kusur ve illiyet bağına ilişkin olarak bir çekişme bulunduğu, davalının zarardan sorumlu olduğu tespit⁸⁵⁷ edildikten sonra kısmî tazminat hükmü verilebilir⁸⁵⁸.

⁸⁵² Blomeyer, s. 450; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 1975; Bahadır, ss. 137-141.

⁸⁵³ Meriç, s. 138.

⁸⁵⁴ Ermenek, s. 283; Bahadır, s. 141.

⁸⁵⁵ Oleg de Lousanoff, **Zur Zulässigkeit des Teilurteils gem. 301 § ZPO**, Duncker & Humblot, Berlin, 1979, ss. 15, 16; Bahadır, ss. 83 vd.; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 1976.

⁸⁵⁶ De Lousanoff, s. 40; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 1975; Boran Güneysu, s. 134; Bahadır, s. 83.

⁸⁵⁷ Hatalı tıbbî müdahale nedeniyle oluşan mevcut zararların tazmini ve gelecekteki zararlar için sorumluluğun tespiti talepleriyle açılan bir davada, sorumluluk şartlarına ilişkin tespit kararının hem tazmin talebi hem de tespit talebi için geçerli olması gerektiği, sorumluluk şartlarına ilişkin tespit kararının sadece mevcut zararlar yönünden değerlendirilip kısmî tazminat kararı verilmesinin çelişkili karar

Kısmî karar veya tam karar verilmesi hâkimin takdirindedir. Kısmî kararın şartları oluşmuş ise tarafların menfaati gereği hâkim kısmî karar vermelidir. Ancak kısmî kararın şartları oluşmasına rağmen hâkim usûl ekonomisi ve taraf menfaati gibi sebeplerle kısmî karar vermeyip tüm uyuşmazlık hakkında takdir yetkisini kullanarak tam karar verebilir. Eğer tam karar verilmesi çok yakın ise hâkimin kısmî karar vermekten kaçınması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁵⁹.

Kısmî karar verildiğinde kısmî karar verilen kısım için dava sona ererken, karar kapsamı dışında kalan hususlar için yargılama devam eder. Hâkim, kısmî karar verirken dava konusunun hangi kapsamda sona erdiğini kararında açıkça belirtmelidir. Kısmî kararda, talebin hangi kısımları hakkında karar verildiği ve hangi kısımları hakkında daha sonra karar verileceği hususu açık bir şekilde yer almalıdır. Davacının geriye kalan tüm talepleri ise son kararda karşılanmalıdır⁸⁶⁰. Kısmî karar hâlinde yargılamanın kısmî karar ile sona eren kısmı için kalan kısımdan bağımsız olarak icrası ve kanun yolu başvurusu mümkündür⁸⁶¹.

VII. DEĞİŞİKLİK DAVASI BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. Genel Olarak

Dar anlamda kesin hüküm, hükmün maddî anlamda kesinleşmesini ifade eder. Hükmün maddî anlamda kesinleşmesi sonucunda hüküm kararı veren mahkeme tarafından değiştirilemeyeceği gibi, bu hükme karşı olağan kanun yollarına da başvurulamaz. Ayrıca hem hukukî barışın korunması hem de hâkimin gereksiz yere aynı konu hakkında karar vermesini engellemek için ikinci kez aynı dava açılmaz ve bir daha tartışma konusu yapılmaz⁸⁶². Kural bu olmakla beraber, bazı durumlarda

verme riski oluşturacağı yönündeki bir karar için bkz. OLG Thüringer, 8.3.2006, 4 U 780/05, (<https://www.judicialis.de/>), (Erişim Tarihi: 24.7.2020).

⁸⁵⁸ Özen yükümlülüğünün ihlali iddiası değerlendirilmeden kısmî tazminat hükmü verilemeyeceğine ilişkin Alman OLG kararı için bkz. OLG Naumburg, **HRR 30**, Nr. 62; De Lousanoff, s. 34; Bahadır, s. 82.

⁸⁵⁹ Boran Güneysu, ss. 134, 135; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 1976.

⁸⁶⁰ Bahadır, s. 101, 102; Atalı, Pekcanitez Usûl, ss. 1975, 1976.

⁸⁶¹ Musielak, MüKo, § 301 Rn. 20, s. 1936; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 1976; Bahadır, ss. 22 vd.

⁸⁶² Burhan Gürdoğan, **Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960, (Kesin Hüküm), ss. 28, 29; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2057.

hükme esas olan vakialarda sonradan değişme meydana gelebileceğinden önceden verilen hükmün değişen koşullara uygun olarak yeniden gözden geçirilmesine izin verilmiştir⁸⁶³. Önemle belirtmek gerekir ki, verildiği zaman itibarıyla hüküm doğru olduğu için burada hükmün iptalinden değil, değişen şartlara uyarlanmasından bahsedilebilir⁸⁶⁴.

Değişiklik davası Alman Medenî Usûl Kanunu'nun hükmün değiştirilmesi başlıklı 323. paragrafında genel bir hükümle düzenlenirken Türk ve İsviçre kanunlarında değişiklik davasına imkân veren genel bir düzenleme yoktur. Değişiklik davası Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenmiş bir dava türü olmamakla beraber çeşitli kanunlarda taraflara bu davayı açabilme imkânı özel olarak tanınmıştır⁸⁶⁵. Mevzuatımızda konusu beden bütünlüğünün ihlâli olup kesinleşmiş mahkeme hükmünün değiştirilmesine imkân veren iki tür düzenleme öngörülmüştür. Bunlardan ilki Türk Borçlar Kanunu'nun tazminat hükmünün değiştirilmesi başlıklı 75. maddesidir. Bu madde tipik bir değişiklik davası örneğidir. Diğer durum ise 5510 sayılı Kanun'un 94. maddesi ve 95. maddesinin 2. fıkrasından dolayı olarak anlaşılır. 5510 sayılı Kanun'un 94. maddesi ve 95. maddesinin 2. fıkrası malullük nedeniyle kendilerine gelir bağlanan kişilerin ya da Kurumun talebi üzerine kontrol muayenesi ile önceden tespit edilmiş ve kesinleşmiş tutar üzerinde değişiklik yapılabileceğini öngörür. Kontrol muayenesinden sonra sigortalının malullük durumunda, sonradan değişiklik meydana gelmişse bağlanan aylıklarda artma, azalma ya da kesilme olabilir. Ancak bu düzenleme diğer değişiklik davalarından farklı bir görünüm arz eder. Bir kere önceden tespit edilen malullük oranı önce Sosyal Güvenlik Kurumu sağlık kurulu raporu ile tespit edilir. Bu karara karşı Sosyal Sigortalar Yüksek Sağlık Kurulu'na itiraz edilebilir. Sigortalılar son tahlilde kurumca belirlenen bu orana karşı iş mahkemesinde Kuruma karşı dava açabilirler. Bu durumda mahkeme çalışma gücü kaybını tespit eder ve buna uygun olarak hüküm tesis eder. Bu hükmün kesinleşmesinden sonra Kurum veya ilgililer kurum bünyesinde yapılacak bir kontrol muayenesini talep edebilirler. Bu durumda kesinleşmiş mahkeme kararının Sosyal Güvenlik Kurumu sağlık birimleri tarafından

⁸⁶³ Gürdoğan, Kesin Hüküm, s. 52; Kuru, Usûl C. V, s. 4986; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2062.

⁸⁶⁴ Kuru, Usûl C. V, s. 5158; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2086; Serhat Kırtıloğlu, **Medenî Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası**, Adalet, Ankara, 2014, ss. 279-285.

⁸⁶⁵ Gürdoğan, Kesin Hüküm, s. 52, dn. 225; Atalı, Pekcanitez Usûl, s. 2086.

değiştirilmesi söz konusu olacaktır. Bu aşamada değişiklik davasından söz edilemez. Burada Kuruma verilmiş bir yetki söz konusudur. Ancak ilgililer kurumca yapılan kontrol muayenesi sonucu tespit edilen yeni orana ve gelir miktarına karşı yine iş mahkemesinde dava açabilecektir. İşte bu dava değişiklik davası olarak nitelendirilir. Çünkü kontrol muayenesi sonucundaki orana karşı açılacak bu davada iş mahkemesi bilirkişi vasıtasıyla değişen koşullara göre yeni bir oran belirlenmesini isteyecektir⁸⁶⁶.

Değişiklik davasına ilişkin düzenlemeler maddî hukuk düzenlemelerinde yer almış olsa da bu dava usûlî karakterli bir inşâî davadır⁸⁶⁷. Çünkü bu davada önem arz eden husus edim ya da tespit unsurunda değil, kesinleşmiş bir hükümle kurulan usûlî statünün kaldırılması veya değiştirilmesidir. Hâkim değişiklik davasında bir edime hükmetmekten ziyade kesinleşmiş hükmü edimin varlığı, miktarı ya da devamı yönünden değiştirir⁸⁶⁸.

B. Tazminat Hükümünün Değiştirilmesi

1. Genel Olarak

Eski Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasının dili sadeleştirilerek bu fıkra hükmüne Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde müstakil bir madde olarak yer verilmiştir. Bu hükme göre *bedensel zararın kapsamı, karar verme sırasında tam olarak belirlenemiyorsa hâkim, kararın kesinleşmesinden başlayarak iki yıl içinde, tazminat hükmünü değiştirme yetkisini saklı tutabilir*. Eski Borçlar Kanunu'ndaki hükümde iki yıllık sürenin kararın tefhim tarihinden itibaren hesaplanacağı belirtilmişken yeni düzenlemede sürenin başlangıç noktası öğretideki haklı eleştiriler dikkate alınarak kesinleşme tarihi olarak değiştirilmiştir⁸⁶⁹. Bir başka deyişle beden bütünlüğünün ihlâlinin sonuçları hükmün verildiği tarihte yeterli kesinlik ile tespit

⁸⁶⁶ Kırtıloğlu, ss. 279-285.

⁸⁶⁷ Peter Gottwald, **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Cilt: 1, 4. Bası, C. H. Beck, Münih, 2013, (MüKo), § 323 Rn. 3, s. 2117; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 159 Rn. 2, s. 975; Wolfgang Büscher, **Wiczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, Cilt: 5 §§ 300-329, 4. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2015, § 323 Rn. 40, s. 397; Ergun Önen, **İnşâî Dava**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, (İnşâî), s. 133; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 986; Kırtıloğlu, s. 27.

⁸⁶⁸ Gottwald, MüKo, § 323 Rn. 3, 2117; Önen, İnşâî, s. 133; Kırtıloğlu, s. 29.

⁸⁶⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 618.

edilemiyorsa hâkim hükmün kesinleşmesinden itibaren hesap edilmek üzere iki yıla kadar hükmün değiştirilmesini saklı tutabilir.

Tazminat hukukunda geçerli olan *zararın birliği ilkesi* gereği aynı fiilden doğan zararların tazmini birbirinden bağımsız olarak ve henüz gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaksızın tek bir dava ile istenebilir. Bu durum özellikle henüz meydana gelmemiş olan müstakbel zararlar için hâkimin ihtimaller üzerine karar vermesini gerektirir. Gelecek için hüküm tesis etmek zorunda kalan hâkimin hükme konu olan tahmini değişen şartlar bakımından değerlendirildiğinde yanlış tahmin olarak nitelendirilebilir. Bu durumda değişiklik davası ile bu yanlış tahmin düzeltilerek somut olay adaleti sağlanır⁸⁷⁰.

Beden bütünlüğünün ihlâli neticesinde ortaya çıkan sağlık sorunlarının zaman içerisindeki seyrinin, tedavide ortaya çıkacak yeni yöntemlerin ve bu yöntemlerin mâliyetlerinin ve geçici kazanç kaybının süresinin kesin bir şekilde bilinmiyor olması durumlarında bu düzenlemeye başvurma ihtiyacı doğar⁸⁷¹. Değişiklik davası, sadece maddî zararlar için değil ayrıca manevî zararlar için de uygulanabilir⁸⁷². Beden bütünlüğünün ihlâli neticesinde uğranılmış bir zararın ileride ortaya çıkacak sonuçları, davanın başında bilinmeyeceği için nihâî kararda bunlar hüküm altına alınmayarak ayrı bırakılmışlarsa, hâkimin talep üzerine ya da re'sen, hükümde davacının bu husustaki hakkının saklı olduğuna işaret etmesi ve böylece sözü edilen gelecekte doğacak sonuçları hükmünde hesaba katıp katmadığı konusunda hiç duraksamaya yer bırakmamasının uygun olacağı ifade edilmiştir⁸⁷³. Ancak burada sanki ileride ortaya çıkacak sonuçlar bakımından hâkimin hiç inceleme yapmayıp bu konuda karar verme hakkını saklı tutması gibi yanlış anlaşılmaya elverişli bir anlam çıkmaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki hâkim değiştirme yetkisini saklı tuttuğu davada tüm talepler bakımından mevcut duruma göre karar verir. Yoksa ileride ortaya çıkacak zarar kalemlerinin değerlendirme dışı bırakarak kısmî karar veremez. Hâkim, kararını mevcut duruma ve mevcut verilere göre gelecek hakkında tahmin

⁸⁷⁰ Schnyder, Art. 42 N. 6, s. 379; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, § 159 Rn. 1, s. 974; Dieter Leipold, "Abänderungsklage und Rechtskraft, **Festschrift für Rainer Frank zum Geburtstag am 14. Juli 2008**, Berlin, 2008, (Abänderungsklage), s. 188; Nomer, s. 10; Kırtıloğlu, ss. 18, 19.

⁸⁷¹ Kırtıloğlu, s. 278.

⁸⁷² Schnyder, Art. 46 N. 19, s. 380; Oftinger/Stark, § 6 N. 232 s. 325; Gottwald, MüKo, § 323 Rn. 12, s. 2119.

⁸⁷³ RJN C. III, 1. Kısım, s. 53, (Umar, No. 182, s. 105).

yaparak ileride ortaya çıkacak zararlar bakımından da değerlendirme yaparak karar verir.

Tazminat hükmünün hâkim tarafından saklı tutulabilmesi ve değişiklik davasının tazminat davasının davacısı tarafından açılabilmesi için davacının ilk davasında talep ettiği tazminat tutarına tamamen hükmedilmemiş olması gerekir. Çünkü hâkim davacının talebi ile bağlı olup talepten fazlasına hükmedemez⁸⁷⁴. Fakat bu durum ilk davanın kısmî dava olarak açılmamış olması durumunda geçerlidir. Çünkü ilk dava kısmî dava olarak açılmış ve talep sonucunun tamamına hükmedilmişse fazlaya ilişkin haklar saklı tutulmamış olsa da değişiklik davası ile meydana gelen değişiklik nedeniyle davacı lehine hükmün uyarlanması talep edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki hâkimin değiştirme yetkisini saklı tutabilmesi için tarafların talebine gerek yoktur. Taraflar saklı tutma hükmünün uygulanmasını hâkimden talep etmemiş olsalar bile zararın belirlenmesi tam olarak mümkün değilse hâkim bu yetkisini kendiliğinden saklı tutabilir⁸⁷⁵. Ayrıca hâkim hükmü değiştirme hakkını taraflardan bir tanesi lehine olmak kaydıyla da saklı tutabilir⁸⁷⁶. Bu durumda lehine hüküm saklı tutulan tarafın değişiklik davası açması kabul edilir. Diğer taraf değişiklik davası açamaz.

Eğer hâkim saklı tutma yetkisini kullanmamışsa hükme esas alınan zarar miktarının örneğin, öngörülemeyen şekilde iyileşme gibi bir nedenle azalması hâlinde hüküm kesinleştiği için davalının başvurabileceği hiçbir hukukî yol bulunmamaktadır. Buna karşı yine hâkim saklı tutma yetkisinin kullanmamış ve davacı da bedensel zararının arttığı iddiasında ise değişiklik davası açamasa da şartların varlığı hâlinde yeni bir tazminat davası açabilir. Eğer ilk davada mevcut ve müstakbel her iki zarar için de bir tazminat hükmü verilmişse bu durumda kesin hüküm nedeniyle ikinci dava açılmaz. Ancak sadece mevcut zararlar için tazminat hükmü verilmiş ise bu durumda sonradan artan zarar miktarı için yeni bir tazminat

⁸⁷⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altö, s. 618.

⁸⁷⁵ Oğuzman/Öz, C. II, s. 586; Kırtıloğlu, s. 277. Bedensel zararın kalıcı sonuçlarına ilişkin belirsizlik nedeniyle hâkimin red hükmünü değiştirme hakkını saklı tuttuğu bir karar için bkz. BGE 86 II 41 (<https://www.swisslex.ch/>), (Erişim Tarihi: 1.7.2021),

⁸⁷⁶ Schnyder, Art. 46 N. 18, s. 379.

davası açılabilir. Ancak bu dava ek bir tazminat davası olup değişiklik davası olarak nitelendirilmez⁸⁷⁷.

2. Değişiklik Davasının Şartları

a. Hâkimin Hükmü Değiştirme Yetkisini Saklı Tutmuş Olması

Türk-İsviçre hukukunda, Alman hukukundan farklı olarak değişiklik davasına ilişkin genel bir düzenleme olmayıp bu davanın açılmasına imkân veren düzenlemeler, maddî hukuka ilişkin kanunlarda öngörülmüştür⁸⁷⁸. Değişiklik davası açılmasına imkân veren diğer düzenlemelerden farklı olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesine göre açılacak değişiklik davası için hâkimin hükmü değiştirme yetkisini saklı tutmuş olması gerekir. Hâkim, zararın tazminine yönelik açılan ilk davada hükmü değiştirme yetkisini saklı tutmamışsa bedensel zararın kapsamına ilişkin sonradan önemli bir değişiklik meydana gelmiş olsa bile değişiklik davası açılmaz. Hâkim hükmü değiştirme yetkisini kendiliğinden ya da taraflardan birinin istemi üzerine saklı tutabilir. Yine hâkim bu yetkisini kullanırken somut olayın özelliğine göre sadece taraflardan biri lehine hükmü değiştirme yetkisini saklı tutabilir. Hükmü değiştirme yetkisinin saklı tutulmasında hâkimin takdir yetkisi vardır; ancak özellikle gelişen zararlar ile zarar sonucunun karar verme sırasında tam olarak ortaya çıkmadığı durumlar için hâkimin bu yetkisini saklı tutması gerekir⁸⁷⁹.

b. Hukukî Yarar Bulunması

Davacının davayı kazanması neticesinde hukukî durumunda bir değişiklik ve iyileşme olacaksa davacının söz konusu davayı açmada hukukî yararının olduğu

⁸⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, ss. 618, 619; Kırtıloğlu, s. 279.

⁸⁷⁸ Bkz. Türk Medeni Kanun m. 176/II, IV; m. 331; m. 365/III).

⁸⁷⁹ Schnyder, Art. 46 N. 18, s. 379; Oğuzman/Öz, C. II, s. 586; Kırtıloğlu, s. 277. “...Hâkimin karar verildikten sonra, değişen asgari ücrete göre tazminatı yeniden belirleyebilmesi, ancak bu hakkını kararda saklı tutmuş olmasına bağlıdır. Oysa mahkemece 4.6.2015 günlü kararda hâkim tarafından bu hak saklı tutulmuş değildir. yerel mahkeme kararının kesinleşmesi durumunda artık uyuşmazlık yönünden kesin hüküm oluşacak, davacının ek dava açması mümkün olmayacaktır” (11.HD, 1.11.2016, 1923/8584), (<https://www.lexpera.com.tr/>), (Erişim Tarihi: 10.5.2020).

kabul edilir⁸⁸⁰. Diğer tüm davalarda olduğu gibi değişiklik davasının açılmasında da hukukî yarar bir dava şartı olarak aranır (HMK m. 114/I/h). Ayrıca değişiklik davası inşâî dava olduğu için temelinde bir inşâî hakka dayanır. Söz konusu inşâî hakkın kullanılması, ancak dava yoluyla mümkün olduğu için inşâî hakkın olduğu yerde kural olarak inşâî davanın açılmasında hukukî yararın olduğu kabul edilir⁸⁸¹. Buna göre değişiklik davasının açılmasında hukukî yararın olduğunu kabul edebilmek için doğmuş ve meşru bir menfaat, önemli bir değişikliğin meydana gelmesi ve değişiklik davası açılmasına imkân veren bir düzenlemenin bulunması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁸².

Hükmün değiştirilmesini gerektiren hâl ve şartların varlığı durumunda değişen şartlar taraflardan hangisinin menfaatine uygunsa o tarafın değişiklik davası açması gerekir. Başka deyişle değişiklik davasını hukukî yararı olan taraf açar. Tarafın bir önceki davadaki davalı ya da davacı olarak konumu önemli değildir. Hâkimin değiştirme hakkını saklı tuttuğu hükmü iki yıl içerisinde kendiliğinden yeniden ele alması, medenî usûl hukukuna hâkim olan tasarruf ilkesi ve taraflarca getirilme ilkesi ile bağdaşmaz⁸⁸³.

c. Kesin Hüküm Etkisi Kazanmış Bir Hüküm Olması

Değişiklik davasının amacı istisnâî olarak kesin hüküm etkisini ortadan kaldırmak olduğu için bu davanın açılabilmesi için beden bütünlüğünün ihlâlîne yönelik olarak önceden açılmış bir dava olmalı; bu davada hüküm verilmeli ve verilen bu hüküm kesinleşmelidir.

Dava sırasında meydana gelen değişiklikler ilk davada karşı tarafın açık rızası ve ıslaha gerek olmaksızın ileri sürülebilir. Bunlar hükme esas teşkil edecek vakıalardaki yargılama sırasındaki değişikliklerdir. Beden bütünlüğünün ihlâlîne ilişkin tazminat davalarında tazminat kararı bu sebeple hükme en yakın an zarar durumu esas alınarak verilir.

⁸⁸⁰ Üstündağ, s. 720; Kuru, Usûl C. II, ss. 1365, 1366; Pekcanitez, Pekcanitez Usûl, s. 947; Hanağası, s. 229;

⁸⁸¹ Hanağası, s.131; Önen, İnşâî, s. 56; Kırtıloğlu, s. 167.

⁸⁸² Kırtıloğlu, s. 167.

⁸⁸³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 618.

Temel davadaki tazminat hükmüne esas teşkil eden vakıalardaki değişiklikler hüküm verildikten sonra; ancak henüz hükmün şekli anlamda kesinleşmesinden önce meydana gelebilir. Henüz hüküm kesinleşmediği için değişiklik davası açamayan tarafların hükme esas teşkil eden vakıalardaki değişiklikleri kanun yolu aşamasında ileri sürüp süremeyeceği sorunu gündeme gelecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 357. maddesinde bölge adliye mahkemesinde davanın ıslah edilemeyeceği, ilk derece mahkemesinde ileri sürülmeyen iddia ve savunmaların dinlenemeyeceği ve yeni delillere dayanılamayacağı belirtilmiştir. Yine temyiz incelemesinde istinaftan farklı olarak alt derece mahkemesinin uyuşmazlık hakkında verdiği kararın sadece hukuka uygunluk denetimi yapıldığı için daha önceden ileri sürülmeyen yeni vakıalar ve deliller ileri sürülemez⁸⁸⁴.

Temyiz incelemesinin hukukî niteliği hükümden sonra meydana gelen değişikliklerin ileri sürülmesi ve incelenmesine uygun değildir. İstinaf incelemesinde ise inceleme istinaf sebepleri ile sınırlı olarak yapılacaktır (HMK m. 355). Kanımızca hükümden sonra meydana gelen değişiklik ileri sürülen istinaf sebepleri ile bağlantılı veya bu sebepler üzerinde etkili ise değişikliklerin bölge adliye mahkemesince dikkate alınması uygun olur.

Temyizi kabil kararlar için hükme etki eden değişikliklerin istinaf incelemesinden sonra çıkması durumunda ve hükme etki eden değişikliklerin istinaf sebeplerinden bağımsız olması durumunda kanun yolu incelemesi yapılmadan dosyanın ilk derece mahkemesine gönderilmesi kanımızca uygun olur.

Bu çözüm yolunun benimsenmemesi durumunda değişikliğin hüküm verildikten sonra ortaya çıkması ve hükmün kesinleşmemesi sebebiyle değişiklik davası açamayan taraf, hükmün kesinleşmesinden sonra değişiklik davası açtığı anda buradaki hükmün davanın açılmasından önceki aşamayı da kapsayacak şekilde değişikliğin meydana geldiği tarihten itibaren etkili olması gerekir.

⁸⁸⁴ Özekes, Pekcanıtez Usûl, s. 2277.

ç. Elverişli Edim

Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 323. paragrafında değişiklik davası müstakil olarak düzenlenmiş; bu hükümde gelecekte muaccel olacak periyodik olarak tekrarlanan edimler için bu davanın açılabilmesi kabul edilmiştir. Ancak öğretide ilk hükümde iratların sermayeleştirilmesi durumunda da sonradan değişiklik davasının açılması kabul edilmiştir⁸⁸⁵. Türk-İsviçre Hukukunda Alman hukukunda öngörüldüğü gibi genel bir düzenleme yer almayıp ilgili maddî hukuk hükmünde açıkça değişiklik davası açılabilmesine cevaz verilmesi koşulu aranmıştır⁸⁸⁶. Bu düzenlemelere konu olan edimlere bakıldığında bunlar esas itibarıyla düzenli olarak tekrarlanan edimler olsa da değişiklik davası açılması için edimin tekrarlanan bir edim olması genel bir koşul değildir. Burada önemli olan değişiklik davasına konu olacak edimin dış etkenlerden etkilenebilecek bir edim olmasıdır. Bedensel zararlar bakımından tazminatın ödenmesi değişiklik davasına elverişli edim olarak kabul edilir. Çünkü tazminat miktarına esas alınan bedensel zararlar niteliği itibarıyla mevcut ve sabit zararlar olmayıp niteliği itibarıyla değişkenlik gösterir.

d. Önemli Değişiklik Olması

Değişiklik davasının temelinde yer alan davanın kesin hüküm etkisinin ortadan kaldırılabilmesi için önemli fiilî ya da hukukî bir değişikliğe ihtiyaç vardır⁸⁸⁷. Bu değişikliğin önemlilik sınırının öyle bir noktaya ulaşması gerekir ki usûl hukukunun en önemli kurallarından biri olan kesin hüküm etkisini bertaraf edebilsin. Değişikliğin önemli olup olmadığını hâkim takdir yetkisine göre belirleyecek bu belirlemesini yaparken de değişikliğin dış dünyaya tezahüründen hareket

⁸⁸⁵ Jan Robert Moritz, **Probleme der Abänderungsklage gemäß § 323 ZPO, dargestellt am Urteil auf Abfindung in Kapital**, Shaker, Aachen, 1998, ss. 59, 101; Gottwald, MüKo, § 323 Rn. 15, s. 2119; Büscher, § 323 Rn. 1, s. 387.

⁸⁸⁶ Brehm, Berner Kommentar, Art. 46 II Rz. 171, s. 498.

⁸⁸⁷ Blomeyer, s. 463; Leipold, Abänderungsklage, s. 179; Gottwald, MüKo, § 323 Rn. 54, s. 2126; Christoph Althammer, **Stein/Jonas Kommentar zur ZPO**, 4. Cilt §§271-327, 23. Baskı, Tübingen, 2016, (Stein/Jonas ZPO), § 323 Rn. 31, s. 945; Büscher, § 323 Rn. 91, s. 412; Kırtıloğlu, s. 184.

edecektir⁸⁸⁸. Önemli değişiklik değiştirilmesi istenen hükmün dayandığı sebeplere ilişkin olmalıdır. Önemli değişikliğin süreklilik arz etmesi ve temeldeki davada öngörülemez olması gerektiği ifade edilmiştir⁸⁸⁹. Örneğin; bedensel zarar sonucu çalışma gücünü kaybeden zarar görenin bir daha çalışamayacağı öngörülerek verilmiş tazminat hükmünün değiştirilmesinde zarar görenin işe başlama olgusu süreklilik arz eden bir olgu olarak değerlendirilebilir. Ancak sadece birkaç günlük ek gelir sağlama durumları devamlı olmadığı için önemli değişiklik olarak nitelendirilemez⁸⁹⁰. Yine bu değişiklikler objektif olmalıdır. Daha açık bir ifadeyle taraflardan yalnızca birinin his, duygu ve düşüncelerinden kaynaklanan durumlar objektif değişiklik olarak nitelendirilemez. Ayrıca değişikliğin ortaya çıkışında tarafların kast ya da ağır kusurlarının da bulunmaması gerekir.

Değişikliğin ne zaman önemli sayılacağı bu davanın temel sorunlarından birisidir. Alman hukuk öğretisinde hakkın kısıtlanması ölçütü dikkate alınmıştır. Bu ölçüte göre önceki hükümden sonra oluşan değişiklik hakkın kısıtlanmasına sebebiyet veriyorsa bu durumda değişiklik önemli sayılmalıdır⁸⁹¹. Diğer bir görüş ise değişikliğin önemli sayılmaması hâli ile kesin hükmün bertaraf edilmesi durumlarının menfaatler dengesine göre değerlendirilip bir sonuca varılması gerektiği şeklindedir⁸⁹². Önceki hükmün devamının katlanılmaz ve ciddi menfaat ihlâline yol açtığı durumlarda değişiklik önemli sayılmalıdır. Bunun ortaya konulabilmesi için de iddia edilen yeni durum ile önceki durumun karşılaştırılması gerekir⁸⁹³. Alman hukukunda önemli değişikliğin belirlenmesinde talep miktarı, istenen miktarın değiştirilecek hükme oranı, ilk hükmün zaman karşısındaki etkilenme durumu gibi çeşitli ölçütler ileri sürülmüştür⁸⁹⁴.

⁸⁸⁸ Uwe Niklas, **Das Erfordernis der wesentlichen Änderung der der Verhältnisse in § 323 I ZPO**, Peter Lang, Frankfurt, 1988, ss. 11, 13; Johann Braun, **Grundfragen der Abänderungsklage**, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1994, s. 247; Kırtıloğlu, s. 195.

⁸⁸⁹ Cenk Akil, “Medenî Muhakeme Hukuku’da Değişiklik Davası ve Maddi Hukuktaki Görünüm Biçimleri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı: 10, 2012, (Değişiklik Davası), s. 161; Kırtıloğlu, s. 185.

⁸⁹⁰ Braun, s. 251; Gottwald § 323 Rn. 31, s. 945; Büscher, § 323 Rn. 91, s. 412.

⁸⁹¹ Markus Jakoby, **Das Verhältnis der Abänderungsklage gemäß § 323 ZPO zur Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO**, Duncker & Humblot, Berlin, 1991, s. 221; Gottwald, MüKo, § 323 Rn. 63, s. 2128.

⁸⁹² Kırtıloğlu, s. 187.

⁸⁹³ Kırtıloğlu, s. 191.

⁸⁹⁴ Niklas, s. 47; Braun, ss. 247, 248; Gottwald § 323 Rn. 31, s. 945; Büscher, § 323 Rn. 91, s. 412.

Taleplere dayanak olan sebeplerin değişmesi, taleplerin de değişmesi sonucunu doğuracağı için taleplerin dayanağı olan sebeplerdeki değişiklikler önemli değişik sayılmalıdır⁸⁹⁵. Özellikle kesin hükmün verildiği davadaki hâkimin gelecekteki durum açısından bulunduğu tahminler ve bu tahminlerin hangi ölçüde gerçekleştiği önemli değişiklik kavramı için mhimdir⁸⁹⁶.

İlk hükmün verilmesine dayanak teşkil eden hukukî sebeplerin sonradan değişmesi hâlinde bu durumun önemli sebep teşkil edeceği ve değişiklik davasına konu olabileceği ileri srlmř⁸⁹⁷ olsa da kanımızca bu görüş kanunların geriye yürümesine yol açacağından isabetli bir görüş olmayacaktır. Ancak duruma göre önemli değişikliğin nedeni hukukî bir düzenleme olabilir. Ancak belirtmek gerekir ki burada yukarıdaki görüşten farklı olarak önemli değişiklik hukukî düzenleme değil, hukukî düzenlemenin yol açtığı fiilî değişikliklerdir. Örneğin; zarar görenin uğramış olduğu bedensel zarar mevcut mesleği bakımından çalışma gücü kaybına sebebiyet vermese de sonradan ortaya çıkan bir hukukî düzenleme sebebiyle kendi kusuru dışında artık bu mesleği yapmasına izin verilmeyebilir. Bu durumda önemli değişiklik hukukî düzenlemeden ziyade zarar görenin artık mesleğini icra edemeyecek olmasıdır. Zarar görenin mesleğini icra edemeyecek olmasında kusuru olmaması şartıyla bu değişiklik dikkate alınarak çalışma gücü kaybının yeniden belirlenmesi gerekir.

e. Davanın Açılma Süresi

Değişiklik davası davanın açılmasından itibaren ileriye dönük etki doğurur. Ancak değişiklik davasının açılabilmesi ve hukukî etkilerini doğurabilmesi için ilk davadaki hükme etki eden uyarlamayı gerektirecek önemli bir değişikliğin meydana gelmiş olması gerekir. nemli değişiklik meydana gelmeden önce açılan davalar değişiklik davasının kabul koşullarını taşımadığı için esastan reddedilirken değişiklik meydana geldikten uzun bir süre sonra açılan davalarda ise davanın açılmasından önceki dönemde meydana gelen değişiklikler ve bunların sonuçları hükme esas

⁸⁹⁵ Braun, s. 246; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 2018, ř 159 Rn. 23, s. 1104; Kırtıloğlu, s. 193.

⁸⁹⁶ Gottwald, MüKo, ř 323 Rn. 58, s. 2127.

⁸⁹⁷ Kırtıloğlu, s. 205.

alınmaz. Çünkü değişiklik davasında, kural olarak davanın açıldığı tarihten önceki dönemi de kapsayacak şekilde geriye dönük uyarlama yapılamaz⁸⁹⁸. Hukukî yararı olan taraf, önemli değişikliğin meydana geldiği andan itibaren değişiklik davasını açabilir⁸⁹⁹. Ancak Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde belirtilen süre gereği önemli değişikliğin ilk hükmün kesinleşmesinden itibaren iki yıl içerisinde meydana gelmiş olması gerekir. Bu süre geçtikten sonra önemli bir değişiklik meydana gelse bile değişiklik davası açılmayacaktır. Çünkü buradaki iki yıllık süre hak düşürücü süredir⁹⁰⁰. Bu süre hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınır ve hâkim tarafından uzatılamaz. Sürenin durması ya da kesilmesi de mümkün değildir⁹⁰¹. İki yıl içerisinde olması ve meydana gelen değişikliklerin birbirinden farklı olması kaydıyla birden fazla değişiklik davası açılabilir. Çünkü değişiklik davası sadece söz konusu önemli değişiklik bakımından derdestlik ve kesin hüküm etkisine sahiptir⁹⁰².

Kanaatimizce bedensel zararlar bakımından öngörülen iki yıllık süre bu türden zararların sonraki sonuçlarının ortaya çıkması için yeterli bir süre olmayabilir. Ancak hükmün değiştirilmesi hakkının uzun yıllar boyunca kullanılabilecek olması da hukukî güvenlik ilkesi ile çelişebilir. Bu sebeple hâkime somut olay adaletine uygun bir şekilde değişiklik davasının açılacağı süreyi belirlemede takdir hakkı tanınmalıdır⁹⁰³.

Öğretide iki yıllık süre geçtikten sonra açılacak davanın kısmî dava devamında açılan ek dava ya da bağımsız bir tazminat davası olarak nitelendirilebileceği belirtilmiştir⁹⁰⁴. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu ihtimal değişiklik davasını ilk davada alacaklı olan davacının açması durumunda söz konusu olur. İlk davadaki tazminat borçlusunun önemli değişiklik sebebiyle hükmün kendi

⁸⁹⁸ Braun, s. 247.

⁸⁹⁹ Braun, s. 247; Kırtıloğlu, ss. 294, 295.

⁹⁰⁰ Schnyder, Art. 46 N. 18, s. 379.

⁹⁰¹ Schnyder, Art. 46 N. 18, s. 380.

⁹⁰² Kırtıloğlu, s. 296.

⁹⁰³ Bu konuda öğretide değişiklik davasının açılma süresinin 10 yıl olması gerektiği, nitekim mehz Kanun'da da bu şekilde olduğu ifade edilmiştir (Kırtıloğlu, ss. 299, 118). Ancak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin 2. fıkrasında tazminat hükmünün değiştirilebilmesi için öngörülen süre 10 yıl değil, bizde olduğu gibi iki yıldır. 1912 yılına kadar bedensel zararlar için değişiklik davası mehz İsviçre Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmemiştir. Ancak bu türden zararların doğası gereği değişiklik davası açılabilmesi kabul edilmekteydi. Bu davanın açılması ise genel 10 yıllık zamanaşımı süresine tâbi kılınmıştı. Ancak yasal düzenleme ile birlikte önceki uygulamadan vazgeçilmiş, değişiklik davası açılması 2 yıllık hak düşürücü süre ile sınırlandırılmıştır (Braun, ss. 78, 79).

⁹⁰⁴ Kırtıloğlu, s. 298, dn., 305.

lehine değiştirilmesi talebiyle açtığı değişiklik davasında iki yıllık süre geçmişse bu durumda davanın reddi gerekir. Kanımızca tazminat alacaklısının açtığı değişiklik davasında iki yıllık süre geçmişse dava kısmî dava sonrasında açılan ek dava olarak nitelendirilebilir. Çünkü değişiklik davasında asıl talep ilk hükmün uyarlanması olsa da bu talep aynı zamanda tazminat hükmünün belirli bir miktar kadar artırılmasını da içerir. Başka bir deyişle değişiklik davası eda talebini de içerdiği için kanımızca süresinden sonra açılan değişiklik davaları kısmî dava sonrası açılan ek dava olarak görülmelidir. Bu durum hiç şüphesiz hükme bağlanan kısmî davada davacı alacaklının fazlaya ilişkin haklardan açıkça feragat etmediği durum için geçerlidir.

İki yıllık sürenin elde olmayan sebepler nedeniyle kaçırılması hâlinde davacının eski hâle getirme yoluna başvurup başvuramayacağı akla gelebilir. Örneğin; ilk tazminat hükmünün elde edilmesinden sonraki süreçte, durumu ağırlaşan ve yoğun bakımda ya da komada kalan zarar görenin bu sebeple iki yıllık süreyi geçirmesi durumunda süreyi geçirdiği için değişiklik davası açamayacağı söylenebilir mi? Bu soruya cevap verebilmek için öncelikle iki yıllık sürenin maddî hukuka mı yoksa usûle ilişkin bir süre olup olmadığını belirlemek gerekir. Kanımızca burada her ne kadar dolaylı olarak değişiklik davası açma süresi öngörülmüş olsa da aslında bu düzenlemede inşaî bir hak söz konusudur. Bu inşaî hakkın konusu tarafların kesin hükmün etkisinin ortadan kaldırılmasını isteme hakkıdır. Bu hakkın kullanılması ise ancak ve ancak değişiklik davası ile mümkün olabilmektedir. Bu hak etkilerini usûl hukuku alanında doğurduğu için usûle ilişkin bir haktır ve bu hakkın kullanılmasına ilişkin süre de usûle ilişkin bir süredir. Bu sebeple elde olmayan bir nedenle iki yıllık sürenin kaçırılması hâlinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 95 ve devamı hükümlerindeki eski hâle getirme imkânından yararlanılabilir⁹⁰⁵.

⁹⁰⁵ Eski hâle getirmenin sadece usûlî nitelikteki hak düşürücü süreler için uygulanabileceği görüşü için bkz. Karafakih, s. 111; Ansay, s. 163; Postacioğlu, s. 360; Asım Turgut Yeşiltan, "Eski Hale Getirme (Hali Sabıka İrca)" **Adalet Dergisi**, Cilt: 63, Sayı: 3, 1972, s. 257; Hülya Taş Korkmaz, "Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Eski Hale Getirme", **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. M. İlhan Uluşan'a Armağan, Cilt: 15, Özel Sayı, 2016, (Eski Hale Getirme), s. 640; Erdönmez, Pekcanitez Usûl, s. 474. Eski hale getirmenin maddî hukuka ilişkin hak düşürücü süreler için de kıyasen uygulanabileceği görüşü için bkz. Şakir Berki, "Eski Hale Getirme", **Sabri Şakir Ansay'ın Hatırasına Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964, s.167; Şakir Berki, "Hukukta Müddet Çeşitleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 1-2, 1968, (Müddet), s. 105; Erdal Tercan, **Medenî Usûl**

3. Değişiklik Davasında Yargılama

a. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesine göre açılacak değişiklik davalarında görevli ve yetkili mahkeme ilk tazminat hükmünün verildiği mahkeme olacaktır. Bu mahkeme tarafların aralarındaki hukukî ilişkiye göre asliye hukuk, asliye ticaret, tüketici veya iş mahkemesi olabilir. Yine Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu kapsamındaki malullük aylığına ilişkin değişiklik davasında görevli mahkeme 7036 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 5. maddesinin 1. fıkrasının b bendi gereği iş mahkemeleri olacaktır. Buradaki yetki ise yine aynı Kanunun 6. maddesine göre belirlenir. Davalının davanın açıldığı tarihteki yerleşim yeri, işin veya işlemin yapıldığı yer mahkemesi yetkili olur. Bu dava Sosyal Güvenlik Kurumu'na karşı açıldığından yerleşik içtihatlarla göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 14. maddesindeki özel yetki kuralı da uygulama alanı bulur. Buna göre Sosyal Güvenlik Kurumu'na bağlı il müdürlüklerinin işlemlerinden doğan davalarda müdürlüklerin bulunduğu yer mahkemesi de yetkilidir.

Öğretide haklı olarak usûl ekonomisi ilkesi ile de beraber düşünüldüğünde daha hızlı ve doğru karar vermesi beklenen ilk dava hakkında karar vermiş olan yetkili ve görevli mahkemenin değişiklik davası için de görevli ve yetkili olması ve bu konuya ilişkin olarak müstakil bir düzenleme yapılması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁰⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinden ilk hükmü veren mahkemenin değişiklik davası için görevli olduğu anlaşılrsa da malullük aylıklarındaki değişime ilişkin düzenlemede Türk Borçlar Kanunu'ndaki gibi bir ifade yer almadığı için malullük oranına ilişkin ilk hükmü veren mahkeme ile değişiklikler sonucu malullük oranını yeniden tespit eden mahkeme farklı mahkemeler olabilir. Kanımızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na eklenecek değişiklik davasına ilişkin genel bir düzenleme ile ilk hükmü veren mahkemenin

Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) – Hali Sabıka İrca, Yetkin, Ankara, 2006, s. 135

⁹⁰⁶ Kırtıloğlu, ss. 290, 291.

değişiklik davası için de görevli ve yetkili sayılması usûl ekonomisi gereği yerinde olabilir.

b. Değişiklik Davasında İspat

(1) İspat Yüğü

Önemli değişikliğin ileri sürölmesinde hukukî yararı olan taraf değişiklik davasının davacısı olacaktır. Aynı zamanda davacı hukukî veya fiilî değişiklikten kendi lehine hak sağladığı için bu değişikliğin ispat yükünü taşır. Değişiklik davasının davalısı ise önceki hükmün değiştirilmesi için gerekli olan koşulların oluşmadığını ileri sürebilir. Diğer bir ifadeyle hükmün değiştirilmesi gereken bir durumunun gerçekleşmediğini ileri sürerek karşı ispat faaliyetinde bulunabilir.

(2) Önemli Değişikliğin İspatı

Değiştirilmesi istenen hükmün verilmesinden önce ileri sürölmesi mümkün olan vakıalar değişiklik davasına konu olamaz⁹⁰⁷. İlk davada gerçekleşme ihtimali öngörölen, ancak henüz gerçekleşmediğı için sonuçları henüz tespit edilemeyen ya da hiç öngörölemeyen değişiklikler, değişiklik davasının konusunu oluşturabilir. Bu noktadan hareketle davacının hükmün değiştirilmesini gerektiren önemli bir değişikliğin olduğunu, aynı zamanda bu değişikliğin zaman itibarıyla ilk hükmün verilmesinden sonraki bir tarihte meydana geldiğini ispat etmesi gerekecektir. Somut olayda değişiklik hükmünün geçmişe etkili olarak uygulanmasını gerektirecek istisnaî durumların da bulunması hâlinde bunun davacı tarafından ileri sürölüp ispatlanması gerekir.

Değişiklik davasının açılmasını sağlayan değişiklik pek çok durumda zararın kapsamının genişlemesine ya da daralmasına yol açan hukukî fiiller olacaktır. Bu sebeple bu değişikler her türlü delille ispat edilebilir. Somut olayın özelliklerine göre bu değişikliğin ispatı çok zor hatta imkânsız ise duruma göre davacıya ispat kolaylığı

⁹⁰⁷ Kırtıloğlu, s. 213.

sağlanabilir⁹⁰⁸. Usûl hukukunda kabul edilen, silahların eşitliği ilkesi de, bir davada tam ispatın arandığının, kanun hükmünün lafzına ve ruhundan çıkarılamadığı durumlarda, ispat yükünü taşıyan tarafın durumunu hakkaniyete uygun hâle getirmek amacıyla ispat ölçüsünün yaklaşık ispata düşürülmesini haklı kılar⁹⁰⁹.

Değişiklik davasının davacısının ispat edeceği değişiklik önemli değişiklik olduğundan sadece değişikliğin meydana geldiğini ispat etmek davanın kabulü için yeterli olmaz. Bu değişikliğin aynı zamanda önemli bir değişiklik olduğunu da ispat etmek gerekir. Değişikliğin önemi bedensel zararın kapsamında yaptığı genişletme ya da daraltma etkisinin ağırlığına göre belirlenir. Değişiklik davasını açan bedensel zarara uğramış olan zarar gören ise bu durumda zarar görenin değişiklik sonucundaki zarar miktarına ilişkin olarak da ispat faaliyetinde bulunması gerekir. Kanımızca Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası değişiklik davasına konu olan zarar miktarı için uygulama alanı bulmaz. Bu maddeye göre eğer zararın miktarı tam olarak ispat edilemiyorsa hâkim olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak zarar miktarını hakkaniyete uygun olarak belirlemelidir. Ancak daha önce de ifade edildiği için vakıanın niteliğinden kaynaklı bir ispat zorluğu olmadıkça Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrası uyarınca sağlanan ispat kolaylığından yararlanılamaz. Değişiklik davası açabilmek için iddia edilen önemli değişikliğin meydana gelmiş, mevcut bir değişiklik olması gerektiğinden burada kural olarak vakıanın niteliğinden kaynaklı bir ispat zorluğu bulunmaz. Değişiklik davasının davacısı temel davadaki borçlu ise bu durumda değişiklik nedeniyle zarar miktarının azaldığını ispat etmesi gerekir.

Değişiklik davasındaki önemli değişiklik çoğu zaman zarar görenin sağlık durumundaki değişiklikler olacağından bu değişikliklerin ispatında hastane ve tedavi kayıtları ile tıbbî bilirkişi raporu önem arz eder.

Önemli değişikliğin ne zaman gerçekleştiğinin de ispat edilmesi gerekir. Çünkü hükümden önce meydana gelmiş değişiklikler için değişiklik davası açılmaz. Değişikliğin meydana geldiği zamanı ispat edebilmek için özellikle hastane kayıtları esas alınabilir.

⁹⁰⁸ Atalay, s. 129; K. Yıldırım, s. 77; Albayrak, ss. 33, 34.

⁹⁰⁹ Atalay, s. 138; Başözen, s. 19; Albayrak, s. 126.

4. Değişiklik Hükümünün Ne Zamandan İtibaren Uygulanacağı Sorunu

Değişikliği istenen ilk hükmün değiştirilmesine karar verildiğinde, kural olarak bu değişiklik, hükmün verildiği tarihten itibaren değil; davanın açıldığı tarihten itibaren sonuç doğurur⁹¹⁰. Bu durum değişikliğin gerçekleşmesinden sonra dava açan davacının yargılama süresince hak kaybına uğramasına engel olur. Ancak değişikliğin uygulanması en fazla değişiklik davasının açıldığı tarihe kadar geriye etkili olabilir. Davanın açıldığı tarihten önceki zaman dilimi için değiştirilen hükmü geçmişe uygulama yasağı vardır. Bu yasağın dayanağı olarak hukukî güvenlik ilkesi gösterilir. Ancak kural geçmişe uygulama yasağı olmakla beraber korunmaya değer görülmeyen bir menfaatin varlığında istisnâ olarak değişikliğin değişiklik davasının açıldığı tarihten önceki bir tarihten itibaren uygulanması mümkündür. Özellikle değişiklik taraflardan birinin alanında gerçekleşmiş ve aynı tarafça değişiklik gizlenmiş ise bu durumda değişikliği gizlenme nedeniyle geç öğrenen tarafın değişiklik davası açması durumunda değiştirilen hükmün davanın açıldığı tarihten önceki bir tarihten itibaren geçmişe etkili olarak uygulanması gerekir. Bu durumda hakkaniyet gereği değişikliğin geçmişe uygulanması söz konusudur⁹¹¹. Bazen ise değişiklik davasını açması gereken taraf bu değişikliği bildiği hâlde ileri sürememiş olabilir. Hukukî dinlenilme hakkının sağlanması amacıyla bu türden durumlarda da değişiklik hükmünün geçmişe etkili olarak uygulanması gerekir⁹¹². Örneğin, hâkimin yeniden gözden geçirme hakkını saklı tuttuğu beden bütünlüğünün ihlâli sebebiyle açılmış bir tazminat davasında lehine tazminat hükmü elde eden zarar görenin sağlık durumu daha da kötüye gitmiş ve yoğun bakıma alınmış olabilir. Bu durumda kendisini temsil etmek üzere bir vekil dahi tâyin edemeyecek zarar gören için değişiklik hükmünün geçmişe etkili sonuçlar doğurması gerektiği kabul edilmelidir. Ancak belirtmek gerekir ki geçmişe etkili uygulama her hâlükârda değişikliğin meydana geldiği tarihten önceki bir tarih olamaz⁹¹³.

⁹¹⁰ Braun, s. 83, 84; Kırtıloğlu, s. 219.

⁹¹¹ Braun, s. 137; Kırtıloğlu, s. 237.

⁹¹² Braun, ss. 171, 172; Kırtıloğlu, ss. 239, 240.

⁹¹³ Eda ve tespit davaları sonucunda elde edilen kesin hüküm geçmişe etkiliyken inşâî dava sonucunda elde edilen inşâî hükümler kural olarak geleceğe etkilidir. Kural bu olmakla beraber özel bir nedenin bulunduğu hâllerde istisnâ olarak inşâî hükümlerin geçmişe yürümesi kabul edilmektedir (Ansay, s. 233; Gürdoğan, Kesin Hüküm, s. 48; Postacıoğlu, s. 242; Bilge/Önen, s. 390; Üstündağ, s. 337;

VIII. GEÇİCİ HUKUKÎ KORUMALARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak

Asıl yargılamayı tamamlayıcı bir işleve sahip olan geçici hukukî koruma, maddî hukuk tarafından verilen hakkın elde edilmesine ve yargılama sonucu verilen hükmün gerçekleştirilmesine yardımcı olmak suretiyle gerçek ve etkili hukukî korumanın garantörlüğünü üstlenir⁹¹⁴. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan davalardaki uzun süren yargılama süreçleri, geçici hukukî korumaları, bu davalar özelinde daha da önemli hâle getirmektedir. Geçici hukukî korumalar öğretide çeşitli ayrımlara ve türlere ayrılmakla birlikte⁹¹⁵ biz bu başlık altında beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları bakımından özellik arz eden geçici ödeme (TBK m. 76) ve ihtiyatî haciz (İİK m. 257 vd.) kurumlarını inceleyeceğiz. Beden bütünlüğünün ihlâlinin çalışma gücü kaybına ve tedavi masraflarına yol açması zarar görenin yargılama esnasında tatmin edilmesini gerekli kılabılır. Ayrıca davanın konusu para alacağı olduğundan zarar görenin ihtiyatî haciz isteme imkânı da mevcuttur. Bu durumda bir eda tedbiri olarak geçici ödeme talep etme imkânı bulunan zarar görenin ayrıca ihtiyatî haciz talep edip edemeyeceğinin de incelenmesi gerekir.

Kuru, Usûl C. V, s. 5032; Candan Yasan, “Kesin Hükmün Zaman İtibariyle Etkisi” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, ss. 668 vd.) Ayrıca bkz. HGK, 15.12.1965, 1/413-455, (Yasan, s. 671).

⁹¹⁴ Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2436; Evrim Erişir, **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, On İki Levha, İstanbul, 2013, (İhtiyatî Tedbir), ss. 57, 58.

⁹¹⁵ Bkz. Özkes, Pekcanitez Usûl, s. 2445 vd.

B. Geçici Ödeme

1. Hukukî Niteliği

Öğretide devrim niteliğinde bir düzenleme olarak ifade edilen⁹¹⁶ Türk Borçlar Kanunu'nun 76. maddesine göre “zarar gören, iddiasının haklılığını inandırıcı kanıtlar sunduğu ve ekonomik durumu da gerektirdiği takdirde hâkim, istem üzerine davalının zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verebilir⁹¹⁷”. Bu hüküm tüm tazminat alacaklarının geçici olarak icrasını sağlamaktadır⁹¹⁸. Geçici ödeme kurumu eda tedbiri niteliğinde bir ihtiyatî tedbir olup, her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlense de aslında usûl hukukuna ait bir kurumdur. Bu kurum para alacağının ihtiyatî tedbir yoluyla geçici olarak tahsili imkânını sunar⁹¹⁹.

⁹¹⁶ Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 421. Yargı kararlarında geçici ödeme yerine geçici tazminat ifadesi de kullanılmaktadır. “...SGK tarafından karşılanmayan tedavi gideri kapsamındaki biyoteknolojik protez kol bedeli olan 260.000,00-TL tutarlı kısmına ilişkin teminat tutarı olan 150.000,00-TL tedavi gideri ile sınırlı olmak üzere); davalı ..., ... Sigorta AŞ., ...AŞ. ve ... Genel Sigorta AŞ.'den tahsiline), Davacı ...'ya mahkememizin 26/03/2014 tarihli ara kararı ile 6098 sayılı **TBK'nun 76. maddesi uyarınca ödenmesine karar verilen 120.000,00 TL geçici tazminatın davacı lehine hükmedilen maddi tazminattan mahsubuna,...** karar verilmiştir...” (17.HD, 15.6.2017, 2015/18544, 2017/6832), (<https://www.lexpera.com.tr/>), (Erişim Tarihi: 1.5.2020).

⁹¹⁷ “Tasarının iki fıkradan oluşan 75 inci maddesinde, geçici ödemeler düzenlenmektedir. Bu yeni düzenlemeyle, meselâ, hiçbir sosyal güvenceden yararlanamayacak durumda bulunmakla birlikte, somut olayda uğradığı zararın giderilmesi için âcilen parasal bir desteğe ihtiyaç duyan ve tazminat yükümlüsünün, uğradığı zarardan sorumluluğunu hâkime sunduğu inandırıcı kanıtlarla ortaya koyan zarar görenlerin korunması amaçlanmıştır. Maddenin birinci fıkrasında, zarar görenin iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar sunması ve ekonomik durumunun da gerektirmesi koşullarının birlikte gerçekleşmesi durumunda, hâkime, istem üzerine tazminat yükümlüsünün zarar görene geçici ödeme yapmasına karar verme yetkisi tanınmıştır. Ancak, fıkroda yapılan düzenlemeyle, geçici ödeme kararıyla kesin hüküm sonucunun, eda amaçlı bir ihtiyatî tedbir aracılığıyla elde edilmesi amaçlanmamaktadır” (Hükümet Gerekçesi, m. 75), (<http://www.kgm.adalet.gov.tr>) (Erişim Tarihi: 1.5.2020).

⁹¹⁸ Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 422. Geçici ödeme hükmünün sözleşmeden doğan tazminat davalarında da kıyasen uygulanabileceği hakkında bkz. Ahmet Kılıçoğlu, “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler”, **Türk Medenî Kanunu'nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2007, (Geçici Ödemeler), s. 177; Aksi Görüş İdil Tuncer Kazancı, “Yargı Kararları ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun Çerçevesinde İhtiyatî Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 23, 2012, s. 104; Gökhan Antalya, “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: Geçici Ödeme”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, s. 187; Aslı Makaracı Başak ve Gülen Sinem Tek, “Türk Borçlar Kanunu'nda Getirilen Geçici Ödeme Hakkında Düşünceler” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan, Cilt: 5, Özel Sayı, 2013, ss. 1116-1120; A. Can Tuncay ve Dilara Çıplak, “Haksız Fiilde Geçici Ödeme (Ya Da Geçici Ceza)”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 186, 2018, ss. 2764, 2765.

⁹¹⁹ Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 428.

Eda tedbiri olarak nitelendirilen geçici ödeme asıl dava sonucunun öne çekilmesine sebebiyet verir. Türk hukukunda davanın esasını çözer tarzda ihtiyatî tedbir kararı verilemeyeceği genel olarak kabul edilse⁹²⁰ de kanunlarda esasî çözer tarzda tedbir kararı verilebileceği açıkça yer alıyorsa taraflardan birinin ekonomik mahvına yol açmamak kaydıyla bu türden tedbir kararlarının verilebileceği kabul edilmektedir⁹²¹. Geçici ödeme dışında diğer teminat tedbirleri ile zarar görenin zarûret hâlini ortadan kaldıracak geçici hukukî koruma sağlanamaz. Beden bütünlüğünün ihlâli durumlarında geçici ödeme o kadar kaçınılmaz bir hâl alır ki aksi yönde bir karar özellikle tedavi giderlerini karşılayamayacak olan zarar görenin beden bütünlüğü hakkı ve yaşam hakkının ihlâl edilmesine yol açar. Bu sebeple hâkim şartları gerçekleştiği takdirde asıl dava sonucunu öne çeken bir sonuç doğursa da geçici ödeme kararı verebilir. Ancak hâkimin verdiği ihtiyatî tedbir niteliğindeki geçici ödeme kararı, tazminat davasının sonucu bakımından ne emare ne de karine teşkil eder⁹²². Hâkim, geçici ödeme kararı vermiş olmasına rağmen tazminat davasının reddine karar verebilir. Nitekim Türk Borçlar Kanunu’nun 76. Maddesinin 2. fıkrası bu ihtimali düzenlemektedir.

Haksız fiillere ilişkin geçici ödeme her ne kadar Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlense de niteliği itibarıyla bir ihtiyatî tedbir olduğu için buna ilişkin itiraz ve yargılama süreci bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun ihtiyatî tedbire ilişkin hükümlerine tâbidir⁹²³.

⁹²⁰ Kuru, Usûl C. IV, s. 4312; Yılmaz, C. 2, s. 1634; Karşlı, s. 756

⁹²¹ Kuru, Usûl C. IV, s. 4314; Umar, Şerh, s. 1095; Mustafa Özbek, “İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşine İadesi”, **Çalışma ve Toplum**, Cilt: 35, Sayı: 4, 2012, s. 33. Eda tedbirlerine ilişkin olarak açık bir düzenleme olmaksızın hâkimin HMK m.391/1 gereği gerekli olan her türlü tedbire karar verilebileceği görüşü için bkz. Erişir, İhtiyatî Tedbir, ss. 390-393.

⁹²² Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 410.

⁹²³ “Dava, iş kazası nedeniyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkin olup, iş kazası sonucu yaralanan S.. T..’ın mahul kalması ile ekonomik açıdan kötü duruma düşen aile fertlerinin temel ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için Borçlar Kanununun 76. maddesi uyarınca geçici ödeme yapılmasına karar verilmesini talep edilmiştir. Mahkemece, Borçlar Kanunu 76. maddesi gereğince geçici ödeme yapması talebinin kabulüne karar verilmiştir. Geçici ödeme İhtiyatî tedbir niteliğindedir. Bu nedenle HMK nun 394. madde hükmüne uygun olarak tedbir kararına itiraz üzerine mahkemece ilgililerin davet edilip dinlenmesi ,şayet taraflar gelmezse dosya üzerinden karar verilmesi gerekirken Usûl ve yasa hükümlerine uygun olmayarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır” (21.HD, 18.11.2013, 15667/20940), (<https://www.lexpera.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.5.2020).

2. Düzenlemenin Uygulama Alanı

Türk Borçlar Kanunu'nda açık bir hüküm olmasaydı dahi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 391. maddesine göre hâkimin gerekli her türlü tedbire karar verme yetkisi gereği eda tedbiri niteliğinde geçici ödeme kararı verebileceği kabul edilmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nda böylesine açık bir hüküm olması uygulamadaki tereddütlerin giderilmesi açısından yerinde olmuştur⁹²⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 391. maddesine göre hâkim, eda tedbirleri de dâhil olmak üzere gerekli her türlü tedbire karar verebileceğinden sözleşmeden doğan tazminat davalarında da Türk Borçlar Kanunu'nun 76. maddesi uygulama alanı bulur. Beden bütünlüğünün ihlâli sözleşmeden doğmuş olsa dahi doğrudan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 391. maddesi gereği eda tedbiri niteliğinde bir geçici ödeme kararı verilebilir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları hemen hemen her türlü hukukî ilişkiden doğabilir. Ancak yargı kararları incelendiğinde trafik kazasından, yolcu taşıma sözleşmesinden, tıbbî müdahaleden ve iş kazasından doğan beden bütünlüğü ihlallerinin diğerlerine nazaran sayıca fazla olduğu görülür. Dikkat edilirse bu tür ilişkilerin hepsinde zarar veren ya da zarardan kusursuz sorumlu olan kişi dışında ayrıca özel sorumluluk sigortası şirketleri ya da Sosyal Güvenlik Kurumu bulunur. İsviçre'de bu sebeple zarardan sorumlu olan kişilerin zorunlu sorumluluk sigortası yaptırdığı, zarar görenlerin ilk aşamada sigorta şirketleri aracılığıyla zararlarını karşılayabilecekleri için geçici ödeme şeklinde ayrı bir düzenleme yapılmasına gerek olmadığı ifade edilmiştir⁹²⁵. Ayrıca öğretilde trafik kazalarından doğan tazminat davalarında Cumhuriyet savcılığının araç üzerine tedbir koyması mümkün olduğundan ayrıca bu şekilde bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı ifade edilmiştir⁹²⁶. Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin ikinci fıkrasına göre Cumhuriyet savcısı, trafik kazalarında kazaya karışan araç üzerinde, bu araçların devrine engel olmak amacıyla trafik kaydına şerh konulmasını

⁹²⁴ Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 423.

⁹²⁵ David Rüetschi, **Geldleistung als vorsorgliche Massnahme: die Entwertung von Geldforderungen durch die Dauer des Zivilverfahrens und mögliche Lösungsansätze**, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2002, s. 171 vd.

⁹²⁶ Ahmet Kılıçoğlu, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, <http://www.law.ankara.edu.tr/dosyalar/BKS.doc>, (11.5.2020), ss. 16, 17.

talep eder. Ancak bu durumun yargısal bir hukukî koruma olmadığı, ne ihtiyatî tedbir ne de ihtiyatî haciz niteliğinde olduğu öğretide haklı olarak ifade edilmiştir⁹²⁷. Karayolları Trafik Kanunu'ndaki bu düzenlemenin amacı esas alındığında, beden bütünlüğünün ihlâlüne uğrayarak çalışma gücünü kaybeden ya da ekonomik geleceği sarsılan zarar göreni, etkin bir şekilde koruma amacından uzak olduğu anlaşılmaktadır. Geçici ödeme ile Karayolları Trafik Kanunu'nun 85. maddesinin 2. fıkrası gereği Cumhuriyet savcısı tarafından aracın devrini engellemek üzere araç üzerine konulan tedbir birbirinin alternatifi olamayacağından trafik kazaları bakımından geçici ödeme düzenlemesine gerek olmadığı görüşü yerinde değildir.

3. Düzenlemenin Uygulama Şartları

Bilindiği üzere ihtiyatî tedbirler dava devam ederken istenebileceği gibi dava açılmadan önce de istenebilir. Türk Borçlar Kanunu'nun 76. maddesinde bu konuda açık bir düzenleme yer almaz. Maddedeki *“zarar görenin..istemi üzerine davalının ... geçici ödeme yapmasına karar verebilir”* ifadesi sanki geçici ödemenin sadece dava sırasında istenebileceğine yönelik bir izlenim uyandırır da beden bütünlüğü ihlâl edilen zarar gören, dava açmadan önce de eğer şartları varsa geçici ödeme şeklinde bir ihtiyatî tedbir kararı verilmesini mahkemeden isteyebilir. Mahkemelerin dava açılmadan geçici ödeme kararı vermesinde çekingen davranabileceği ihtimaline karşı madde metnindeki davacı ve davalı ifadelerinin değiştirilmesi gerektiği haklı olarak ileri sürülmüştür⁹²⁸.

Madde metninde bir koşul vakıa olarak, zarar görenin ekonomik durumunun geçici ödeme yapılmasını gerektirmesi hâli düzenlenmiştir. Bu şekilde kanun koyucu ihtiyatî tedbir sebebi olarak zarar görenin ekonomik durumunu esas almıştır. Öğretide zarar görenin zarar verici fiilden önceki ekonomik durumunun değil, zarar verici fiil sonucu içine düştüğü ekonomik durumun esas alınması gerektiği ifade edilmiştir⁹²⁹. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre burada ifade edilmek istenen

⁹²⁷ Erişir, İhtiyatî Tedbir, ss. 427, 428.

⁹²⁸ Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 428.

⁹²⁹ Kılıçoğlu, Geçici ödemeler, s. 187; Hükmün uygulama alanının bu şekilde sınırlandırılmayacağı, haksız fiil ya da sözleşmeye aykırılıktan bağımsız olarak bir zarûret hâlinin olup olmadığının incelenmesi gerektiği görüşü hakkında bkz. Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 429, dn. 220.

tedbir sebebi zarûret hâlidir. Zarar görenin geçimini sağlamak, sağlığını korumak ve genel olarak hayatını sürdürmek için davalının tazminat borcunu acele olarak ödemesini sağlamaktan başka çaresi yoksa zarar görenin zarûret hâlinde bulunduğu kabul edilmelidir⁹³⁰. Zarar görenin zarûret hâlinde olup olmadığı tespit edilirken başka bir talep hakkının bulunup bulunmadığı da dikkate alınır. Beden bütünlüğünün ihlâli nedeniyle zarar görene sigorta şirketleri ya da Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından ödeme yapılmışsa zarûret hâlinin tespitinde, bu ödemelerin de dikkate alınması ve zarûret hâlini ortadan kaldıracak miktarda geçici ödeme kararı verilmesi gerekir⁹³¹. İhtiyatî tedbir sebebi dikkate alındığında, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları geçici ödemelerin tipik uygulama alanını oluşturur. Çünkü beden bütünlüğünün ihlâli çoğu durumda çalışma gücü kaybı veya ekonomik geleceğin sarsılması sonucunu doğurur. Ayrıca zarar gören bedensel zararının tedavisi amacıyla yapılacak harcamalar nedeniyle zarûrete düşmüş olabilir.

Madde metnindeki “*iddiasının haklılığını gösteren inandırıcı kanıtlar bulunduğu ..takdirde*” ifadesi ise ispat ölçüsüne ilişkin bir düzenlemedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda ihtiyatî tedbirlere ilişkin olarak yaklaşık ispat kabul edilmiş ve bu kavram kullanılmıştır. Ancak “*iddianın haklılığını gösteren inandırıcı kanıt*” ifadesi usûl hukukuna ait düzenleme olmasına rağmen usûl hukukunda kullanılan bir kavram değildir. Geçici ödemeler de eda tedbiri niteliğinde ihtiyatî tedbir olduğundan geçici ödemeye karar verebilmek için aranan ispat ölçüsü yaklaşık ispattır⁹³².

Türk Borçlar Kanunu’nun 76. maddesi incelendiğinde, zarar görenin teminat yatırmasına ilişkin olarak bir düzenlemenin yer olmadığı görülür. Nitekim zarûret hâli nedeniyle talep edilen geçici ödeme kararında teminat istenmesi düzenlemenin amacıyla çelişir⁹³³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 392. maddesinde hâkimin durum ve koşullar gerektiriyorsa tedbir talep edeni teminat göstermekten muaf tutacağı ifade edilmiştir. Bir tedbir sebebi olan zarûret hâli de niteliği itibarıyla talep edenin teminattan muaf tutulmasını gerektirecek bir hâldir.

⁹³⁰ Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 201.

⁹³¹ Erişir, İhtiyatî Tedbir, ss.202, 431.

⁹³² Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 431.

⁹³³ Aksi görüş için bkz. Kılıçoğlu, Geçici Ödemeler, s. 183.

4. Düzenlemenin Hukukî Sonucu

Mahkeme zarar görenin talebi üzerine geçici ödemenin şartlarının somut olay bakımından gerçekleştiğini tespit ederse zarûret hâlini ortadan kaldırmaya yetecek miktarda ödemenin yapılmasına karar verir. Örneğin; zarar görenin ihtiyaç duyduğu miktar somut olay bakımından sadece tedavi giderleri ile sınırlıysa geçici ödeme miktarı bu giderlerle sınırlı olarak belirlenmelidir. Eğer zarar görenin zarûret hâli geçim sıkıntısına dayanıyorsa mahkeme geçici ödemeyi belirlerken asgarî ücretten yararlanabilir. Ancak genelleme yaparak tüm geçim sıkıntısı hâllerinde sadece asgarî ücret miktarının ödenmesine karar vermesi hatalı olur. Hâkimin somut olayın özelliklerine göre zarûret hâlini ortadan kaldıracak bir miktara hükmetmesi gerektiğinden, bu miktar somut olay gerektiriyorsa asgarî ücretin üzerinde de olabilir⁹³⁴.

Mahkeme kararında belirtilen süre içerisinde zarar görene ödeme yapılmadığında doğrudan kararın icrasına geçilebilir⁹³⁵. Buna göre, icra memuru haciz işlemi yapıp, haczedilen malları paraya çevirerek elde edilen miktarı zarar görene öder⁹³⁶. Türk Borçlar Kanunu'nun 76. maddesinin 2. Fıkrasında, eğer tazminat davasının kabulüne karar verilirse yapılan ödemenin tazminattan mahsup edileceği, tazminat davasının reddine karar verildiğinde ise zarar görenin yasal faizi ile aldığı ödemeyi geri vereceği belirtilmiştir. Dava kısmen kabul edildiğinde kabul edilen miktar geçici ödenen miktardan az ise aradaki fark kadar yasal faizi ile birlikte yapılan ödemenin iadesi gerekir. Geçici ödemenin mahsup edilmesi ya da iadesine karar verilmesi için ödemenin yapıldığı ispat edilmelidir⁹³⁷.

⁹³⁴ Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 432.

⁹³⁵ Muhammet Özekes ve Evrim Erişir, "Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi", **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Sayı: 3, 2006, s. 1266.

⁹³⁶ Özekes/Erişir, ss. 1265, 1266.

⁹³⁷ "Somut olayda mahkemece Borçlar Kanunu hükümlerine göre 07.04.2015 tarihli celsede davacılar lehine 10.000,00 TL geçici ödemeye karar verilmiş, gerekçeli kararda geçici ödeme miktarı tazminattan mahsup edilerek hüküm kurulmuştur. Dosyada geçici ödemeye dair bir belge bulunmamaktadır. Davacılar vekili de ödemenin yapılmadığını iddia etmiştir. Buna göre mahkemece geçici ödemenin yapıp yapılmadığı araştırılarak, bu hususun kararda değerlendirilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru olmamıştır" (17.HD, 23.5.2019, 2016/13201, 2019/6700), (<https://www.lexpera.com.tr/>), (Erişim Tarihi: 1.5.2020).

C. İhtiyatî Haciz

İhtiyatî haciz, para alacaklarında borçlunun malvarlığına el konulması suretiyle takip sonucunu güvence altına almayı sağlayan geçici hukukî korumadır⁹³⁸. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davasında, zarar gören zararına karşılık belli bir miktar paranın ödenmesini talep ettiği için eğer şartları varsa ihtiyatî haciz isteyebilir. Ancak zarûret hâlinde bulunan zarar gören, asıl davada karar verilene kadar geçimini idâme ettirmek için belli bir miktar paranın kendisine geçici olarak ödenmesini istiyorsa ihtiyatî haciz ona bu imkânı vermez. Çünkü ihtiyatî haczin işlevi teminat ile sınırlıdır. Ancak zarar gören borçlunun hakkında yapacağı takibin sonuçsuz kalmasını engellemek amacıyla ihtiyatî haciz talep edebilir.

Zarar görenin şartları gerçekleşmesi kaydıyla, geçici ödemeye birlikte ihtiyatî haciz de istemesi mümkündür. Çünkü her iki geçici hukukî korumanın amacı farklıdır⁹³⁹. Hem ihtiyatî haciz hem de geçici ödeme talep edildiğinde ilk olarak, geçici ödemeye ilişkin talep değerlendirilmelidir. Geçici ödeme talebi kabul edildiğinde, alacağın geri kalan kısmı için ihtiyatî haciz talebine ilişkin inceleme yapılmalı; eğer şartları varsa kalan kısım üzerinde de ihtiyatî hacze karar

⁹³⁸ Necmeddin M Berkin, **İhtiyatî Haciz**, Hamle Matbaası, İstanbul, 1962, (Haciz), s. 9 Özkes, İhtiyatî Haciz, s. 12; Erişir, İhtiyatî Tedbir, s. 225.

⁹³⁹ “Davacılar vekili, davalıların işleteni ve sürücüsü olduğu aracın kusurlu olarak sebebiyet verdiği trafik kazası sonucu müvekkilinin yaralandığını belirterek, fazlaya ilişkin haklarının saklı tutulması kaydıyla 20.000,00 TL maddî tazminat ile davacı Hakan için 120.000,00 TL, annesi için 20.000,00 TL ve kardeşi için de 20.000,00 TL manevî tazminat talep etmiş, 26.02.2013 tarihli dilekçe ile yargılamanın 10 yılı aşkın süredir devam etmesi nedeni ile BK 76 maddesi gereğince geçici ödeme olarak taleplerinin en az yarısına karar verilmesini, tüm alacağı için davalıların bütün menkul ve gayri menkulleri üzerine ihtiyatî haciz konulmasını talep etmiştir. Mahkemece, toplanan delillere göre, BK 76 maddesi gereğince geçici ödeme talebinin kabulü davacıların ihtiyatî haciz isteminin reddine karar verilmiş, ihtiyatî haciz talebinin reddine ilişkin karar davacılar vekili tarafından temyiz edilmiştir. Dosya içeriğinden; trafik kazası sonucunda davacı H.. S..’ın Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesinin 10.4.2013 günlü raporuna göre %100 oranında daimi malûl kaldığı, Adli Tıp Trafik İhtisas Dairesinin 11.7.2013 günlü raporuna göre davalı sürücünün olayda %85 kusurlu bulunduğu, 6.4.2011 tarihli verilere göre düzenlenen aktüer bilirkişi raporunda da davacının daimi iş gücü kaybı zararının 189.075,49 TL olduğu anlaşılmaktadır. Davacının tazminat istemi haksız fiile dayanmakta olup 25.10.2003 olay tarihi itibarıyla muaccel hale gelmiştir. Maluliyet ve kusura ilişkin Adli Tıp raporları ve aktüer bilirkişi raporuna göre davacı ihtiyatî haciz isteminde haklı bulunduğundan BK 76 maddesi gereğince geçici ödeme talebi de mahkemece kabul edildiğinden İİK 257 vd. maddesinde öngörülen ihtiyatî haciz koşullarının gerçekleşmesi nedeniyle ihtiyatî haciz talebinin kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ihtiyatî haciz talebinin reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, kararın bozulması gerekmiştir” (17.HD, 31.3.2014, 2013/20608, 2014/4744), (<https://www.lexpera.com.tr>), (Erişim Tarihi: 1.5.2020). Dikkat edilirse kararda yalnızca ihtiyatî haczin şartları bakımından bir değerlendirme yapılmış olup ihtiyatî haciz kararı verilebilmesi için yatırılması gerekli olan teminat hakkında bir değerlendirme yapılmamıştır.

verilmelidir. Yoksa alacağın tümü için hem geçici ödemeye hem de ihtiyatî hacze karar verilmesi, aynı alacak için borçlunun iki defa malvarlığına el koymayı gerektirecek olması bakımından uygun olmaz⁹⁴⁰.

Geçici hukukî koruma türü olarak ihtiyatî haciz, İcra ve İflâs Kanunu'nun 257 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir.

1. İhtiyatî Hacze Esas Olan Alacak Bakımından Değerlendirme

İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesinde, ihtiyatî hacze esas olan rehinle temin edilmemiş bir para veya teminat alacağı bulunması, ihtiyatî haciz şartlarının ilki olarak düzenlenmiştir. Beden bütünlüğünün ihâlinden doğan tazminat talepleri tazmin yükümlülüğü gerektiren akdî ya da akit dışı sorumluluğa dayanmaktadır. Tazmin yükümlülüğü gerektiren borç ilişkilerinin konusu kural olarak para borcudur⁹⁴¹. Para alacağının ihtiyaten haczedilebilmesi için likit (belirli) alacak niteliğinde olması şart değildir. Diğer bir ifadeyle, ihtiyatî hacze esas teşkil eden alacak taraflar arasında ihtilaflı bir alacak olabilir⁹⁴². Bu sebeple beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan para alacakları bakımından ihtiyatî haciz talep edilebilir olsa da para alacağının dayanağı olan sorumluluk şartlarının ihtiyatî haciz yargılamasında yaklaşık kanaatle tespiti kolay olmayacaktır. Buna bağlı olarak bu talepler çoğu durumda ihtiyatî hacze karar vermeye yetecek derecede ispat edilemeyeceğinden reddedilecektir⁹⁴³.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan para alacakları nitelikleri itibarıyla çoğu durumda rehinle temin edilmez. Beden bütünlüğü ihlâline yol açabilecek riskli iş ve eylem için öngörülen zorunlu sigorta hükümleri ise rehin olarak nitelendirilemeyeceğinden ihtiyatî haciz talep edilmesine engel olmaz⁹⁴⁴.

Uygulamada trafik kazasından doğan tazminat davalarında, tazminat talebini güvence altına almak için kazaya karışan araç üzerine ihtiyatî tedbir konulduğu

⁹⁴⁰ Özekes/Erişir, s. 1253.

⁹⁴¹ Özekes, İhtiyatî Haciz, s. 104.

⁹⁴² Berkin, Haciz, s. 23.

⁹⁴³ Özekes, İhtiyatî Haciz, s. 109.

⁹⁴⁴ Alacağın rehinle temin edilmemiş olması şartının kapsamı hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. Berkin, Haciz, ss. 23vd.; Özekes, İhtiyatî Haciz, ss. 115 vd.

gözlemlenmektedir. Ancak burada dava konusu araç olmayıp belli bir miktar para olduğu için ihtiyatî tedbir değil, ihtiyatî haciz talep edilmelidir⁹⁴⁵.

2. İhtiyatî Haciz Sebepleri Bakımından Değerlendirme

İhtiyatî hacze karar verebilmek için diğer bir şart olarak bir ihtiyatî haciz sebebinin bulunması gerekir. İcra ve İflâs Kanunu'nun 257. maddesine göre para alacağının muaccel olması⁹⁴⁶, eğer para alacağı muaccel değilse borçlunun belirli bir yerleşim yerinin bulunmaması ya da mallarını kaçırmaması, gizlemesi gibi alacaklının hakkının ihlâl eden hileli işlemlerde bulunması birer ihtiyatî haciz sebebidir⁹⁴⁷.

Muacceliyet alacaklının borçlanılan edimi talep ve dava edebilme yetkisi olarak tanımlanmaktadır⁹⁴⁸. Türk Borçlar Kanunu'nun 90. maddesine göre taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça her borç doğumu anında muaccel olur. Buna göre Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında kural olarak, zarar verici fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren muaccel hâle gelmiş bir para alacağı bulunur⁹⁴⁹.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 259. maddesinde alacağın ilâma ya da ilâm niteliğinde belgeye dayanması hâlleri dışında ihtiyatî hacizde alacaklının teminat yatırması gerekliliği düzenlenmiştir. Bu bağlamda kanunda belirtilen belgeler dışında

⁹⁴⁵ Özkes, Pekcanıtez Usûl, s. 2553. “Davacılar dava dilekçesinde, davalı B. S. adına kayıtlı 22 AL 420 plakalı aracın karıştığı trafik kazasında desteklerinin ölümü nedeniyle uğradıkları manevi zararın ödenmesini, kazaya karışan 22 AL 420 plakalı araç kaydına ihtiyatî tedbir şerhi konulmasını istemiştir. ... Dosya içeriğinden; Yerel Mahkemece 22/09/2011 tarihli tensip kararı ile 22 AL 420 plakalı araç kaydına ihtiyatî tedbir şerhi konulduğu, davalıların 27/10/2011 tarihli celsede ihtiyatî tedbir şerhinin kaldırılmasını istemeleri üzerine 02/11/2011 tarihli ara kararla ihtiyatî tedbir şerhinin kaldırılması yönündeki istemin reddine karar verildiği anlaşılmaktadır. ... Yukarıdaki açıklamalar ışığında, uyumsuzluk konusu şey üzerine ihtiyatî tedbir şerhi konulabileceği anlaşılmaktadır. Eldeki davada kaydına ihtiyatî tedbir şerhi konulan 22 AL 420 plakalı aracın mülkiyeti ile ilgili bir uyumsuzluk bulunmamaktadır. Diğer bir ifadeyle eldeki tazminat davasının konusu 22 AL 420 plakalı araç ile ilgili değildir. Şu halde 22 AL 420 plakalı araç kaydına ihtiyatî tedbir şerhi konulmuş olması doğru değildir. Yerel Mahkemece 6100 sayılı HMK 394/1, 4 uyarınca yapılan itiraz yerinde görülerek ihtiyatî tedbir şerhinin kaldırılması yönünde karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile ihtiyatî tedbir şerhinin kaldırılması isteminin reddine karar verilmiş olması doğru değildir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmektedir”. Aksi yönde karar için bkz. 17.HD, 18.1.2016, 265/501, (<https://www.lexpera.com.tr>), (Erişim Tarihi:15.5.2020).

⁹⁴⁶ Madde metninde geçen vâde ifadesinin muacceliyet olarak anlaşılması gerektiği hakkında bkz. Özkes, İhtiyatî Haciz, s. 133.

⁹⁴⁷ İhtiyatî haciz sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Özkes, İhtiyatî Haciz, s. 131 vd.

⁹⁴⁸ Eren, s. 1116.

⁹⁴⁹ “...tazminat davalarında tazmin yükümlülüğü olay tarihi itibarıyla muaccel hâle geleceğinden... uygun bir ihtiyatî hacze karar verilmesi gerektiği...” (İstanbul BAM.9.HD, 5.11.2020, 1830/3899), (<http://app.e-uyar.com>), (Erişim Tarihi: 14.11.2021); 17.HD, 12.12.2019, 2782/11935, (<http://www.kazanci.com.tr>), (Erişim Tarihi: 27.1.2020).

belgenin niteliği ne olursa olsun, kanunda özel bir hüküm bulunmadıkça alacaklıdan mutlaka teminat alınması gerektiği ifade edilmiştir⁹⁵⁰. Bu zorunluluk karşısında, eğer zarar gören zarûret hâlinde ise tazminat alacağı, zarar verici fiilin meydana geldiği tarihten itibaren muaccel hâle gelse de zaruret hâlindeki alacaklının teminat yatıramayacak olması nedeniyle ihtiyatî haciz kararı verilemez. Ancak uygulamada beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında ihtiyatî haciz kararlarının teminatsız olarak da verildiği görülmektedir⁹⁵¹.

⁹⁵⁰ Hakan Pekcanıtez, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özkes, **İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Bası, Yetkin, Ankara, 2013, s. 524.

⁹⁵¹ 17.HD, 18.1.2016, 265/501, (<https://www.lexpera.com.tr>), (Erişim Tarihi 15.5.2020). Bu karara ilişkin karşı oy yazısı şu şekildedir: “Tüm bu açıklamalar ışığında, somut olayda davacılar destekten yoksun kalmaya yönelik maddî ve manevî tazminata ilişkin para alacağı ile ilgili ihtiyatî tedbir talebinde bulunmuştur. Mahkemece bu talep davanın niteliğine göre ihtiyatî haciz olarak kabul edilmiş, ancak İİK 259/1 maddesinde belirlenen HUMK 96.maddesinde sayılan tazminatlardan bir tanesine karar vermeden teminatsız olarak ihtiyatî haciz kararı verilerek Yasanın emredici hükmüne aykırı davranılmıştır. Buna göre teminat, sadece borçlunun ihtiyadî haciz sebebiyle uğrayabileceği zararlar için değil, üçüncü kişilerinde uğrayacakları zararlar için gösterilmelidir. Dava konusu olayda alacağın varlığı ve miktarı yargılamayı gerektirir. Bu nedenle teminatı alınmadan mahkemece ihtiyatî haciz kararı verilmesi usûl ve yasaya aykırıdır”.

SONUÇ

Tüm hak ve özgürlüklerin ön koşulu olan yaşam hakkı ve beden bütünlüğü dokunulmazlığı hakkı, birçok uluslararası bildiri ve sözleşmeyle güvence altına alınmış temel insan hakkıdır. Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin özellikle pozitif yükümlülüklerine aykırılık sebebiyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ihlâl kararları verildiği görülmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları bakımından uzun yargılama süreçleri, zararın meydana gelmesinde sorumluluğu bulunanları tespit etmede etkili bir adlî sistemin oluşturulmaması ve hükmedilen tazminat miktarlarının yeterli olmaması gibi gerekçelerle ihlâl kararları vermektedir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zararın tam ve kesin olarak hesaplanamaması sebebiyle ortaya çıkan sorunların çözümü için bu davaların, medenî usûl hukukundaki dava türleri bakımından ayrıca değerlendirilmesi gerekir. Belirsiz alacak davasının düzenlendiği Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde açık bir düzenleme bulunmasa da alacak miktarının hâkimin takdir yetkisine göre belirlendiği durumlarda da belirsiz alacak davası açılması kabul edilmekte; bu davalara dar anlamda belirsiz alacak davası denilmektedir. Bedensel zarar sürekli artıyor veya zarar miktarı dava sırasında sabit olmakla beraber, zarar görenin iyileşme durumuna göre ileriki dönemde başka tedavilerin yapılması öngörülmüşse tazminat davasının, dar anlamda belirsiz alacak davası şeklinde açılması gerekir. Bu tür durumlarda bedensel zararın akıbetindeki belirsizliğe bağlı olarak tazminat miktarı, olayların olağan akışına göre hâkim tarafından takdir edileceğinden, hâkim hükmünü verene kadar alacak belirsiz kalmaya devam eder. Bu sebeple, bu davalarda davacıdan asgarî talep miktarını artırması beklenmemelidir. Böyle bir kabul, taleple bağlılık ilkesine de aykırılık teşkil etmez; çünkü davacı talebi için sadece alt sınır belirler, alt sınır üzerinde verilecek tüm kararlar taleple uyumlu olacaktır. Ancak yargılama giderlerini belirleme konusunda İsviçre ve Alman Usûl Kanunlarında olduğu gibi alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlar için yargılama giderlerinin dava sonucundan bağımsız olarak hâkim tarafından takdireen paylaştırılmasına ilişkin bir düzenleme getirilmelidir.

Belirsiz alacak davasında, alacağın tümü hakkında karar verilmesi nedeniyle bu dava türü, gelişmekte olan ve sonuçları hesap edilemeyen gelecekteki zararlar bakımından fayda sağlayamaz. Diğer bir ifadeyle, HIV virüsü bulaşmış zarar görenin sağlık durumunun kademeli olarak kötüye gitmesi, kırılan kemiğin kaynayıp kaynamama durumuna göre ek tedavi gerektirmesi, uzuv kaybı nedeniyle birden fazla ameliyatın yapılması gibi iyileşme veya kötüleşmenin zamana yayıldığı durumlarda hüküm tarihinde dahi bu zararların tam olarak hesap edilmesi mümkün değildir. Bedensel zararın kapsamının karar verme sırasında tam olarak belirlenemediği durumlar için kanunkoyucu hâkime hükmün kesinleşmesinden itibaren iki yıl içinde hükmü değiştirme hakkı tanımıştır. Uygulamada hâkimlerin bu yetkilerini kullanmadığı görülmektedir. Hâkimin bu yetkisini kullanmama ihtimaline ve hükmü değiştirme yetkisi için kanunda öngörülen iki yıllık sürenin zararın belirlenmesinde yeterli olmamasına karşı, davacı kısmî dava ve tespit davası kombinasyonu yapabilir. Bu bağlamda hüküm tarihine kadar hesaplanabilir zararlar bakımından kısmî eda davası açılırken hüküm tarihinde dahi hesaplanamayan müstakbel zararlar için zamanaşımı kesmek amacıyla tespit davası açılmalıdır. Müstakbel zararlar için açılacak tespit davasında zararın miktarına ilişkin bir belirleme yapılmaksızın gelişen zararlar bakımından davalının sorumlu olduğunun tespiti yapılmalıdır.

Manevî tazminat davaları alacağın takdir yetkisine göre belirlendiği davaların en somut örneği olarak belirsiz alacak davası şeklinde açılabilmelidir. Ancak tıpkı maddî zararda olduğu gibi zararın kapsamının hüküm tarihinde dahi belirlenemediği durumlarda belirsiz alacak davası ihtiyaca cevap vermez. Maddî zararlar için öngördüğümüz dava kombinasyonu manevî zararlar için de geçerlidir. Ancak maddî zararlardan farklı olarak konunun *manevî tazminatın tekliği ve bütünlüğü ilkesi* bakımından değerlendirilmesi gerekir. Bedensel zararlardaki gelişme durumu ile iyileşme sürecindeki belirsizlik, manevî zararın zamana yayılması anlamına gelir. Bu sebeple manevî tazminatın tekliği ve bütünlüğü ilkesi bu türden zararlar bakımından uygulama alanı bulmaz. Kanımızca gelişmekte olan bedensel zararlar ile davanın açıldığı zamanda tamamen iyileşip iyileşemeyeceği belirlenemeyen bedensel zararlar nedeniyle açılacak manevî tazminat davaları kısmî davaya elverişlidir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında görevli mahkeme ve yargı yolunun tespitinde zararın niteliği önem arz etmez. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zararın niteliği davanın görüleceği mahkemenin belirlenmesinde etkili olmasa da bu davalarda yaşanan görev sorunlarının yol açtığı hak kayıpları, zararın niteliğine bağlı olarak temel insan hakkı ihlâli teşkil eder. Devlet, bireylerin anayasa ve uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınan haklarını etkin bir biçimde koruyan bir hukuk sistemi kurmak ve adil yargılanma hakkının gereklerini etkin bir biçimde yerine getirmeye olanak sağlayacak bir yargı teşkilatı kurulmasını sağlamakta yükümlüdür. Beden bütünlüğünün ihlâlinden kaynaklanan davalarda yaşanan görev sorunları, esas hakkında mümkün olduğunca çabuk ve doğru karar verilmesini engelleyerek temel insan hakkı ihlâlüne yol açar.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davaları bakımından idarî yargının görev alanına yapılan ve yapılmak istenen müdahalelerin temel sebebini, istisnâî hâllerde duruşma yapılması, tanık ve yemin deliline başvurulamaması, teksif ilkesi kabul edilmiş olmasına rağmen ıslah kurumu ile yeni vakıa ileri sürülememesi, değişiklik davası öngörülmemesi gibi hukukî dinlenilme ve adil yargılanma hakkını zedeleyici kısıtlamalar oluşturmaktadır. Yapılması gereken, idarî yargıdaki bu kısıtlamalar nedeniyle, bu yargı yolundaki davaların medenî yargıya aktarılması değil, idarî yargının varlık sebebi ile uyumlu bir İdari Yargılama Usûlü Kanunu'nun çıkarılarak bu sorunların çözümü yönünde adımların atılmasıdır.

Beden bütünlüğünün ihlâlüne yol açması muhtemel birçok hukukî ilişki, öngörülen zorunlu sigorta hükümleri nedeniyle çoğu durumda bünyesinde aynı zamanda bir sigorta ilişkisini barındırır. Bu durum hem sigorta şirketine hem de asıl sorumlulara başvurmak isteyen zarar gören için farklı görevli mahkemelerde dava açılması anlamına gelir. İki dava arasında zararı doğuran olay ve vakialarda ayniyet olmasına rağmen mevcut görev ve birleştirme kuralları gereği bu davalar birlikte görülemez. Usûl ekonomisi ilkesi ve adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak makûl sürede yargılanma hakkı ve çelişkili karar verme yasağı gereği, görev kurallarına “kanunla” bir istisna getirilerek, özellikle dava sebeplerinde bir ayniyet olması hâlinde bu davaların birlikte görülebilmesi konusunda hâkime takdir yetkisi tanınmalıdır. Ancak farklı mahkemelerin görev alanına giren davaların

birleştirilmesine cevaz verildikten sonra da birleştirilen davaların hangi mahkemede görüleceği sorunu gündeme gelecektir. Öğretide savunulan genel mahkeme ya da özel mahkeme ölçütlerinden hangisi kabul edilirse edilsin karşı argüman geliştirmek mümkündür. Somut olaya göre değişken bir ölçüt belirlemek görev konusunu daha da karmaşık hâle getirebilir. Burada önemli olan davanın hangi mahkemede görüleceğinden ziyade bu davaların tek bir mahkemede görülme ihtiyacıdır. Dolayısıyla farklı mahkemelerin görev alanına giren davaların birleştirilmesine izin veren bir düzenlemeden sonra Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166. maddesinin birinci fıkrasında belirtildiği gibi bu davalar ilk davanın açıldığı mahkemede birleştirilebilir.

6.12.2018 tarih ve 7155 sayılı Kanun'un 20. maddesiyle Türk Ticaret Kanunu'na eklenen ticarî davalardaki zorunlu arabuluculuk düzenlemesi gereği zarar görenler arabuluculuk yolunu tüketmeden sigorta şirketlerine dava açamayacaktır. Sigorta şirketinin ve zarar görenin karşılıklı talep ve tekliflerini ileri sürmelerini sağlamak üzere getirilmiş bir başvuru zorunluluğu varken sigorta şirketinin ilgilinin talebini kısmen ya da tamamen reddetmesi hâlinde dava açmak isteyen zarar göreni bir de arabulucuya başvurmaya zorlamak süreci uzatmaktan başka bir fayda sağlamayacaktır. Bu sebeple kanımızca sigorta şirketine karşı açılacak tazminat davaları mutlak ticarî dava olsa da zorunlu arabuluculuk kapsamında yer almamalıdır. Diğer taraftan iş kazaları bakımından zorunlu arabuluculuğa istisna getiren kanun koyucunun beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan diğer tazminat talepleri için böyle bir istisna öngörmemiş olması bir çelişkidir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinin yolcu taşıma sözleşmesinden doğması durumunda uygulamada asliye ticaret mahkemeleri ile tüketici mahkemeleri arasında uyuşmazlık yaşandığı görülmektedir. 6502 sayılı Kanun'dan sonra tüketici mahkemelerinin görev alanı ciddi anlamda genişlemiş, bu genişleme kanımızca tüketici mahkemelerinin uzmanlık mahkemesi olma niteliğini zedelemiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 83. maddesinin ikinci fıkrası göz ardı ederek, içtihatlarla bu durumu düzeltmeye çalışmak yerine görev kuralları kanunla düzenlenir kuralı (HMK m.1) ve hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak acilen kanunî bir düzenleme yapılarak bu hususun düzeltilmesi gerekir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarındaki görev sorunlarını çözmek için medenî yargı bünyesinde özel bir mahkeme olarak önerilen İnsan Zararları Mahkemesi ise sorunları çözmek yerine görev kurallarını daha da karmaşık ve dağınık hâle getirir. Nitekim beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat talepleri dayandığı hukukî ilişki açısından çeşitlilik arz eder. Bu çeşitliliği göz ardı ederek zararların tazmini açısından tek bir mahkemeyi görevli kılmak salt zarar hesaplaması bakımından yeknesaklık sağlar. Ancak sorumluluk şartları ve hukukî ilişkinin tâbi olduğu ilkelerin farklı olması, her bir hukukî ilişki bakımından sağlıklı karar verilmesine engel olur. Ayrıca çoğu durumda zarar görenler, zarar verici eylem nedeniyle hem bedensel zarara hem de salt malvarlığı zararlarına uğrar. Bedensel zararlara ilişkin ayrı bir görevli mahkemenin olması, bedensel zararlar için ayrı, salt malvarlığı zararları için ayrı dava açılmasına sebebiyet verir. Sorumluluk şartları ve bunlara ilişkin dava malzemeleri tamamen aynı olan iki davanın iki ayrı mahkemede görülmesinin ise hiçbir mantıklı açıklaması yoktur. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararların hesaplanması bakımından yeknesaklık sağlanmak isteniyorsa yapılması gereken özel bir görevli mahkemenin kurulması değil, hesaplamaya ilişkin yöntem ve ilkelerin yeknesaklaştırılmasıdır.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zarar, kusur ve illiyet bağının ispatı, kendi içinde bir takım zorlukları barındırsa da bu zorluklar, kural olarak tazminat davaları açısından genel ispat yükü paylaşım sisteminin ortadan kaldırılması sonucunu doğurmaz. Bu sebeple ispatında zorluk olsa da zararın, kusurun ve illiyet bağının maddî şartının ispat yükünü davacı taşır. İnceleme konumuz açısından norm teorisini kabul etmiş olmakla birlikte tehlike ve hâkimiyet alanı ilkesinin tıbbî müdahaleden doğan davalara ilişkin özel ispat yükü normlarının öngörülmesi bakımından bir gerekçe olabileceği kanaatindeyiz. Alman hukukundan farklı olarak Türk hukukunda, tıbbî müdahaleden doğan davalarda, kusur ve illiyet bağı unsurlarının ispatına yönelik olarak düzenlenmiş özel ispat yükü normları yoktur. Yaşanan ispat zorlukları emare ispatı ile aşılmaya çalışılsa da belirsizliğin rizikosunu hasta taşımaya devam eder. Davalı ve davacı arasındaki konum ve bilgi farkı sebebiyle, dava sürecinin yönetiminde dezavantajlı olan hasta lehine özel ispat yükü kuralları öngörülerek bu konudaki belirsizlik riskinin hekim ya da hastaneye bırakılması, medenî usûl hukukundaki silahların eşitliği ilkesinin bir gereğidir.

İsviçre (OR Art. 42/II) ve Alman (De. ZPO § 287 II) hukuklarında da karşılığı olan Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin 2. fıkrası, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararların ispatında uygulama alanı bulan usûli bir düzenlemedir. Türk hukukunda maddî hukukçular tarafından zarara ilişkin vakıa takdiri olarak ele alınan bu düzenleme, İsviçre ve Alman hukukunda kural ispat ölçüsünün düşürülmesine imkân veren bir düzenleme olarak değerlendirilmiştir. Bu değerlendirmelere göre zarara ilişkin vakıanın niteliğinden kaynaklı bir ispat zorluğu bulunduğu, zararın ispatlanmış sayılması için yaklaşık ispat yeterlidir. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlarda sıklıkla gündeme gelen varsayımsal zarar hesabı nedeniyle, bu kapsamdaki zararların ispatı, vakıanın niteliğinden kaynaklı ispat zorluğu yaşanan durumların tipik örneğini oluşturur. İspat ölçüsünün düşürülmesi sadece varsayımsal zarar hesabını gerektiren beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararların ispatında değil, ispat zorluğu ya da imkânsızlığı yaşanan kusur ve illiyet bağı gibi diğer vakıalar bakımından da geçerli olmalıdır.

Varsayımsal zarar hesabında tespit edilmesi gereken unsurlar muhtemel ölüm yaşı, evlenme yaşı, gelecekteki meslek ve ücret olarak karşımıza çıkar. Alman ve İsviçre mahkeme kararlarına bakıldığında beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan varsayımsal zarar hesabında, tecrübe kuralı olarak somut olayın özelliklerine göre tespit edilmiş, en dar referans gruplarına ilişkin istatistikî veriler ile olasılık kurallarının dikkate alındığı görülür. Yargıtay ise varsayımsal zarar hesabına ilişkin olarak çok eski kararlarına dayanan birtakım kabulleri ve güncel olmayan tabloları hesaplama esas almaktadır. Bu durum, kanunda öngörülen “*olayların olağan akışı*” ifadesiyle hâkime verilen, somut olaya en uygun zarar miktarını belirleme konusundaki takdir yetkisi ile çelişkilidir. Her zaman somut olaya uygun istatistikî veri elde etmek mümkün olmasa da yer, zaman, meslek, eğitim durumu gibi özelliklere göre ayrılmış tablolara ihtiyaç vardır. Medenî usûl hukukunda, bu tablolar birer tecrübe kuralı olarak nitelendirildiğinden mevcut istatistikî verilere bilirkişiler vasıtasıyla ulaşılabilir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan davalarda kusur ve illiyet bağının ispatında yaşanan zorluklar ise ilk görünüş ispatı yoluyla aşılabılır. Buna göre İlk görünüş ispatıyla hayat tecrübelerine göre belirli bir doğrultuda ilerleyen ve belirli bir nedensel bağa veya kusura işaret eden olayların tipik seyri olarak adlandırılan bir

durum ortaya çıkarsa, ilk görünüş temelindeki nedensel bağlantı ya da kusur, somut olay bakımından ispatlanmış olarak kabul edilmelidir.

Hâkim, beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarındaki zarar, kusur ve illiyet bağının ispatında özel öneme sahip tecrübe kurallarının soyut olarak belirlenmesi için bilirkişiye başvurabilir. Bilirkişiden bedensel zararın belirlenmesi noktasında tıp kurallarını kullanarak bir sonuç çıkarması da istenebilir. Ayrıca hâkimin tarafların iddialarını daha iyi anlayabilmesi ve esasa ilişkin olayı daha iyi kavrayabilmesi amacıyla karışık, teknik ve karmaşık olan tıbbî prosedürler hakkında bilgilendirilmesini sağlamak için de ispat aşamasından bağımsız olarak bilirkişi atayabilmesi gerekir. Son hâlde bilirkişi, hâkimin maddî vakıalar hakkında bilgilenmesine yardımcı olan bir danışman fonksiyonu taşır.

Beden bütünlüğünün ihlâline ilişkin davalarda davacının sağlık durumuna ilişkin olarak ifadesine başvurulmuş doktor, Türk hukukunda hakkında özel bir düzenleme olmayan ancak İsviçre ve Alman Medenî Usûl Kanunlarında yer alan *uzman tanık* olarak kabul edilir. Nitelikli bir tanık olarak ifade edilen uzman tanık, tanığın dinlenmesi hükümlerine göre dinlenir. Belli bir alanda uzman olması onun tanık olma niteliğini etkilemeyip belli bir alanda uzmanlığının olması sadece ispat faaliyetinin başarısı üzerinde etkilidir.

Beden bütünlüğünün ihlâlinin aynı zamanda borca aykırı davranış olarak nitelendirildiği her durumda, hem akdî sorumluluğun hem de haksız fiil sorumluluğunun şartlarının bulunması Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesinin ayrıca incelenmesini gerekli kılar. Türk Borçlar Kanunu’nun 60. maddesindeki ifadesiyle “*zarar gören için en iyi giderim imkânına göre karar verme*”, “*adlî süreç yönetimine ilişkin diğer yargılama ilkelerine uygun olmak kaydıyla*” hâkimin hukuku re’sen uygulamasından başka bir şey değildir. Talebinin dayanağı olarak birden fazla hukukî sebep olmasına rağmen bir şekilde kendisine daha az tazminat sağlayacak hukukî sebebe dayanan zarar gören bakımından, madde metninde yer alan “*zarar gören aksini istemiş olmadıkça*” ifadesi sebebiyle, zarar görenin gösterdiği hukukî sebebe göre karar verilmesini öngören 60. madde, zarar görenlerin aleyhine bir düzenlemedir. Getiriliş amacından daha farklı bir biçimde yorumlanmaya elverişli olan, içeriğinde belirsizlikler bulunan, mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer

almayan, tek fonksiyonu hâkimin hukuku re'sen uygulama ilkesini sınırlandırmak olan bu maddenin kaldırılması gerekir.

Türk Medenî Usûl Hukuku öğretisinde kısmî davanın ek davaya etkisi çoğunlukla gerçek kısmî davalar bakımından incelenmiştir. Oysa beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan tazminat davalarında zarar kalemlerine ilişkin bir ayırım yapılarak kısmî dava açılmakta; bu kısmî davalar, İsviçre öğretisine göre gerçek olmayan kısmî dava olarak nitelendirilmektedir. Gerçek kısmî davanın reddi ek dava için aslında bir menfî tespit hükmü niteliğindeyken gerçek olmayan kısmî davanın reddi hâlinde, ilk davadaki tespitlerin ikinci dava için bağlayıcılığı olsa da gerçek kısmî davada olduğu gibi ilk hüküm, sonradan ek dava açılmasına engel olmaz. Ayrıca ilk dava ile ek davanın dava konularının farklı olması sebebiyle gerçek olmayan kısmî dava ek dava için kesin hüküm oluşturmaz. İlk davanın kabulünden sonra açılan ek davada ise ilk davadaki fiilin hukuka veya borca aykırılığı ve kusura ilişkin tespitlerin ikinci dava açısından bağlayıcılığının olması gerekir. Ancak zarar miktarına etki edecek unsurlar ve söz konusu zarar ile hukuka veya borca aykırı davranış arasında illiyet bağının tespiti noktasında ek davada, ilk davadaki tespitler yönünden bağlayıcı etki oluşmaz.

Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan maddî tazminat talebi tek talep olmasına rağmen bu talebin birden fazla zarar kaleminden oluşması, kısmî karar konusunun bu davalar özelinde incelenmesini gerektirir. Beden bütünlüğünün ihlâlinden doğan zararlarda, zamansal (mevcut-müstakbel) ve olgusal (tedavi giderleri-çalışma gücü kaybından doğan zararlar gibi) olarak bireyselleştirilebilen zarar kalemleri hakkında kısmî karar mümkünken zarar hesabının bağımsız hâle getirilemeyen unsurları hakkında kısmî karar verilemez. Bu davalarda kısmî karar verilirken çelişkili karar verilmemesi için özellikle sorumluluk şartlarının somut olay bakımından iyi analiz edilmesi gerekir. Eğer sorumluluğun dayanağı olan hukukî sebebin koşül vakıaları hakkında taraflar arasında çekişme yok ve tahkikat bedensel zararın kapsam ve miktarına ilişkin yürütülüyorsa hâkim karar verme olgunluğuna ulaşmış zarar miktarı için kısmî karar verebilir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nda da karşılığı bulunan Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde, hüküm anında sonuçları tam olarak belirlenemeyen bedensel zararların varlığı hâlinde hâkime hükmünü değiştirme yetkisi tanınmıştır. Ancak

uygulamada hâkimler bu yetkisini kullanmamakta; davacı tarafından dava konusuna ilişkin bir sınırlandırma yapılmamış olmasına rağmen zararın birliği ilkesine aykırı olarak belirlenemeyen zararları tazminat hükmüne esas almamakta; bu zararlar meydana geldikten sonra ek dava açılabileceği kabul edilmektedir. Bu durum ise sonradan açılacak davalar bakımından zamanaşımı ve ilk davada karara bağlanan zararların kapsamının hükümde net olarak belirtilmemesi sebebiyle kesin hüküm problemleri doğurmaktır. Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde değişiklik davası için öngörülen iki yıllık süre, bu türden zararların sonraki sonuçlarının ortaya çıkması için yeterli bir süre olmayabilir. Bu sebeple Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde değişiklik yapılarak hâkime somut olay adaletine uygun bir şekilde değişiklik davasının açılacağı süreyi belirlemede takdir hakkı tanınmalıdır.

Beden bütünlüğünün ihlâli durumlarında geçici ödeme dışında diğer teminat tedbirleri ile zarar görenin zarûret hâlini ortadan kaldıracak geçici hukukî koruma sağlanamaz. Burada geçici ödeme o kadar kaçınılmaz bir hâl alır ki aksi yönde bir karar özellikle tedavi giderlerini karşılayamayacak olan çalışma gücünü kaybetmiş zarar görenin beden bütünlüğü hakkı ve yaşam hakkının ihlâl edilmesine yol açar. Ayrıca her iki geçici hukukî korumanın amacı farklı olduğu için zarar görenin, şartları gerçekleşmesi kaydıyla, geçici ödemeye birlikte ihtiyatî haciz de istemesi mümkündür.

KAYNAKÇA

Adrian, Steahelin. **Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, Schulthess, Zürih, 2016.

Ahrens, Hans-Jürgen. **Der Wettbewerbsprozess Ein Praxis Handbuch**, 8. Baskı, Carl Heymanns, Münih, 2017, (Handbuch).

Ahrens, Hans-Jürgen. **Wieczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, Cilt: 4 §§ 253-299a, 4. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2013.

Akg l, Aydın. **Sermaye Piyasası Kurulu Kararlarının Hukuki Niteliği ve Yargısal Denetim**, Beta, İstanbul, 2008.

Akgündüz, Ahmet. **Mukayeseli İslâm ve Osmanlı Hukuku K lly tı**, Dicle Üniversitesi Basımevi, Diyarbakır, 1986.

Akın, Levent. “Trafik Kazalarından Doğan Sağlık Hizmet Bedellerinden Sigorta Kuruluşları ile SGK’nın Sorumluluğu”, ** imento Endüstrisi İşverenleri Sendikası**, Cilt: 27, Sayı: 3, 2013, ss. 54-62.

Akil, Cenk. “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 57, Sayı: 3, 2008, ( lke) ss. 1-31.

Akil, Cenk. “Medenî Muhakeme Hukuku’nda Değişiklik Davası ve Maddi Hukuktaki Görünüm Biçimleri”, **Türkiye Adalet Akademisi Dergisi**, Sayı: 10, 2012, (Değişiklik Davası), ss. 153-182.

Akil, Cenk. “Medenî Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 2, 2011, (Uzman Tanık), ss. 171-183.

Akil, Cenk. **Kısmî Dava**, Yetkin, Ankara, 2013.

Akkan, Mine. “Medenî Usûl Hukukunda Tarafların Farklı Olması Durumunda Kesin Hükümün Delil Niteliği”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, (Kesin Hüküm), ss. 3-61.

Akkan, Mine. **Medenî Usûl Hukukunda Avukatla Temsil Zorunluluğu**, Yetkin, Ankara, 2010.

Akkan, Mine. **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, C. I, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanıtez Usûl).

Akkanat, Halil. “Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünün Tarzları ve Sorumluluk Düzeni”, **Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan**, Seçkin, Ankara, 2006, ss. 25 vd.

Akkurt, Sinan Sami. **Sivil Hava Yolu ile Yolcu Taşımacılığından Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk**, Seçkin, Ankara, 2014.

Akman, Abdurrahman ve Mesut Cemil İşler. “Trafik İş Kazalarının İş Sağlığı ve Güvenliği Mevzuatı Açısından Değerlendirilmesi”, **International Journal of Engineering Research and Development**, Cilt: 4, Sayı: 2, 2012, ss. 21-25.

Akünel, Teoman. **Haksız Fiilden Doğan Zararda Denkleştirme Sorunu**, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1977.

Akyılmaz, Bahtiyar. “İdari Yargıda Tazminat Şekilleri ve Hesaplanması”, **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1-2, 1998, ss.165-219.

Alangoya, Yavuz/Kamil Yıldırım/Nevhis Deren-Yıldırım. **Medenî Usûl Hukuku Esasları**, 7. Baskı, Beta, İstanbul 2009.

Alangoya, Yavuz. “Yargılama Sırasında Tarafta (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, **Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Sayı: 5, 1969, ss. 123-194.

Alangoya, Yavuz. **Medeni Usul Hukukunda Dâva Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü)**, Tıpkı Basım, Nemaş, İstanbul, 1999, (Dava Ortaklığı).

Alangoya, Yavuz. **Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1979, (İlkeler).

Albayrak, Hakan. **Medenî Usûl ve İcra İflas Hukukunda Yaklaşık İspat**, Yetkin, Ankara, 2013.

Albayrak, Hakan ve Tahsin Mavzer. “Haksız Fiilden Doğan Davalarda Ortak Yetkili Mahkeme Sorunu” **Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 27, Sayı: 2, 2019, ss. 279-306.

Allgaier, Edwin Nochmals. “Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen”, **VersR**, 1987, s. 31 vd.

Althammer, Christoph. **Zöller Zivilprozessordnung**, 32. Baskı, Ottoschmidt, Köln, 2018.

Althammer, Christoph. **Stein/Jonas Kommentar zur ZPO**, 4. Cilt §§271-327, 23. Baskı, Tübingen, 2016, (Stein/Jonas ZPO).

Ansary, Sabri Şakir. **Hukuk Yargılama Usulleri**, 7. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1960.

Antalya, Gökhan. “6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Madde 76 Düzenlemesi: Geçici Ödeme”, **Yaşar Üniversitesi E-Dergisi**, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, ss. 185-200.

Apaydın, Cengiz. “Taksirle Yaralama Suçu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 2011, ss. 59-114.

Arslan, A. İsmet. “Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (I)”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 1-2, 1980, ss. 157-178.

Arslan, A. İsmet. “Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi (II)”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 3, 1980, (II), ss. 295-323.

Arslan, A. İsmet. “Ceza Hukuku Kurallarının Haksız Fiilden Doğan Tazminat Taleplerine Etkisi(III)”, **Yargıtay Dergisi**, Cilt: 6, Sayı: 4, 1980, (III), s. 507-528.

Arslan, Ramazan, Ejder Yılmaz, Sema Taşpınar Ayvaz ve Emel Hanağası. **Medenî Usûl Hukuku**, 6. Baskı, Yetkin, Ankara, 2020.

Aslan, Ali Çetin. **Medenî Usûl Hukukunda Görev**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2021.

Assmann, Dorothea. **Wieczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, 4. Cilt, 4. Baskı, De Gruyter, Berlin 2015.

Aşçıoğlu, Çetin. “Kusurun Belirlenmesi ve Derecelendirilmesinde Hâkimin ve Bilirkişinin Rolü”, **Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu V**, Ankara 25-26 Mart 1988, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1988, ss. 105-121.

Aşçıoğlu, Çetin. **Yargılamada Maddi Gerçeğin Belirlenmesinde Kanayan Yara Bilirkişilik**, Ankara, 2010, (Bilirkişilik).

Aşık, İbrahim. “Ceza ve Hukuk Mahkemesi Kararlarının Birbirine Etkisi Olan Hallerde Bekletici Sorun”, **Balıkesir Barosu Dergisi**, Mart 1999, ss.1-19.

Aşık, İbrahim. “Güncel Yargıtay Kararları Işığında Dava ve Cevap Dilekçesinin Unsurları”, **Zirve Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Özel Sayı, 2014, ss. 145-175.

Aşık, İbrahim. **Medenî Usûl Hukukunda Bekletici Sorun**, Seçkin, Ankara, 2012.

Atalay, Oğuz. “Emare İspatı”, **Manisa Barosu Dergisi**, Sayı: 70, 1999, (Emare), ss.7-22.

Atalay, Oğuz. **Menfi Vakıaların İspatı**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001.

Atalay, Oğuz. **Pekcanıtez Usûl Medeni Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanıtez Usûl).

Atalı, Murat. “Özel Mahkemenin İnsan Zararları Bakımından Önemi”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre**, Türkiye Barolar Birliği, Cilt: 2, Ankara, 2016, ss. 269-273.

Atalı, Murat. **Davanın İhbarı**, Yetkin, Ankara, 2007.

Atalı, Murat. **Pekcanıtez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanıtez Usûl).

Atamer, Yeşim. **Haksız Fiillerden Doğan Sorumluluğun Sınırlandırılması (Özellikle Uygun Nedensellik Bağı ve Normun Koruma Amacı Kuramları)**, Beta, İstanbul, 1996.

Avcı Braun, Cihan. “Haksız Fiilde Bedensel Zararın İspatına Ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 64, Sayı: 1, 2015, ss. 37-64.

Ayan, Mehmet. **Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara, 1991.

Aydın, Elif. **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zarar ve Tazmini**, Adalet, Ankara, 2017.

Bahadır, Zeynep. **Medenî Usûl Hukukunda Kısmî Karar**, Yetkin, Ankara, 2018.

Bakker, Arthur ve Koeno PE Gravemeijer. “An historical phenomenology of mean and median” **Educational Studies in Mathematics**, Cilt: 62, Sayı: 2, 2006, ss. 149-168.

Başalp Yıldırım, Nilgün. “Haksız Fiil Sorumluluğunun Hukuka Aykırılık Unsuruna İlişkin İleri Sürülen Yeni Teoriler Hakkında Bazı Düşünce ve Eleştiriler”, **Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 177-178, 2019, ss. 1017-1061.

Başözen, Ahmet. **İlk Görünüş İspatı**, Seçkin, Ankara, 2010.

Bauer, Philipp ve Regina T. Riphahn. “Heterogeneity in the Intergenerational Transmission of Educational Attainment. Evidence from Switzerland on Natives and Second-Generation Immigrants”, **Journal of Population Economics** 2007, ss. 121-148.

Bauer, Philipp ve Regina T. Riphahn. “Heterogeneity in the Intergenerational Transmission of Educational Attainment. Evidence from Switzerland on Natives and Second-Generation Immigrants”, **Journal of Population Economics**, Cilt: 20, Sayı: 1, 2007, ss. 121-148.

Baumann Wey, Sabine. **Die unbezifferte Forderungsklage nach Art. 85 ZPO**, Schulthess, Zürich 2013.

Baumann, Frank ve Hans-Ludger Sandkühler. **Das neue Versicherungsgesetz mit allen Änderungen ab 1.1.2008**, Münih, 2008.

Baumbach, Adolf, Wolfgang Lauterbach, Jan Albers ve Peter Hartmann. **Zivilprozessordnung**, Cilt: 1, 77. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2019.

Baumgärtel, Gottfried. **Beweislastpraxis im Privatrecht**, Carl Heymanns, Köln, 1996.

Bayram, Arif. “Birlikte Dava Açılmasında Davaların Aynı Sebepten Doğmuş Olmasının Anlamı”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 3-4, 1977, ss. 282-287.

Baysal, Başak. **Zarar Görenin Kusuru (Müterâfik Kusur)**, On İki Levha, İstanbul, 2012.

Becker-Eberhard, Ekkehard. **Münchener Kommentar Zivilprozessordnung**, 4. Baskı, C. H. Beck, Münih 2013.

Belgesay, Mustafa Reşit. **Teorik ve Pratik Adliye Hukuku İspat Teorisi**, Cilt: 3, 2. Bası, Üniversite Kitabevi, İstanbul, 1947.

Bendtsen, Ralf. **Saenger ZPO Hand Kommentar**, 5. Baskı, Nomos, Baden, 2013.

Berberoğlu Yenipınar, Filiz. **Manevi Tazminat**, Legal, İstanbul, 2017.

Berger Steiner, Isabella. **Das Beweismass im Privatrecht. Eine dogmatische Untersuchung mit Erkenntniswert für die Praxis und die Rechtsfigur der Wahrscheinlichkeitshaftung**, Stämpfli, Bern, 2008.

Berger, Bernhard ve Andreas Güngerich. **Zivilprozessrecht**, Stämpfli, Bern, 2008.

Berki, Şakir. “Eski Hale Getirme”, **Sabri Şakir Ansay’ın Hatırasına Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1964, ss. 149-168.

Berki, Şakir. “Hukukta Müddet Çeşitleri”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 25, Sayı: 1-2, 1968, (Müddet), ss. 99-111.

Berkin, Necmeddin M. **İhtiyatî Haciz**, Hamle Matbaası, İstanbul, 1962, (Haciz).

Berkin, Necmeddin M. **Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1961.

Bilge Necip ve Ergun Önen. **Medenî Yargılama Hukuku Dersleri**, 3. Baskı, Sevinç Matbaası, Ankara, 1978.

Birinci Uzun, Tuba. **Uluslararası Hava Taşımlarında Taşıyıcının Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2012.

Blomeyer, Arwed. **Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren**, 2. Baskı, Duncker & Humblot, Berlin, 1985.

Bolayır, Nur. **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Hukuku Re’sen Uygulama İlkesi**, On İki Levha, İstanbul, 2019.

Bopp, Lukas ve Balthasar Bessenich, **Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, Schulthess, Zürih, 2010.

Boran Güneysu, Nilüfer. **Medenî Usûl Hukukunda Karar**, Adalet, Ankara, 2014.

Bozkurt Bozabalı, Banu. **Havayoluyla Yolcu Taşıma Sözleşmelerinde Taşıyanın Ölüm ve Cismani Zararlardan Doğan Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2013.

Braun, Johann. **Grundfragen der Abänderungsklage**, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1994.

Brehm, Roland. **Berner Kommentar-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, das Obligationenrecht**, 4. Baskı, Stämpfli, Bern, 2013, (Berner Kommentar).

Brehm, Roland. “Die problematische Berechnung des Dauerschadens”, **HAVE-Personen-Schaden-Forum 2008**, Schulthess, Zürich, 2008, ss. 223-230.

Bruns, Patrick. “Beweislastverteilung bei mißbräuchlicher Nutzung elektronischer Zahlungssysteme”, **MMR**, 1999, s. 19 vd.

Budak, Ali Cem. “Belirsiz Alacak Davası”, **Bankacılar Dergisi**, Ocak 2013, (Belirsiz Alacak), ss. 82-86.

Budak, Ali Cem. **Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medenî Usûl Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1991.

Bulut, Uğur. **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Yığılması**, Adalet, Ankara, 2017.

Burger, Laurence. “Le point sur la théorie des faits de double pertinence («doppelrelevante Tatsachen») en arbitrage international – commentaire de l’ATF 4A_160/2009” **ASA Bulletin**, Sayı: 2, 2010, ss. 308-317.

Buz, Vedat. “Aynı şahsın Farklı Hukuki Sebeplerle Sorumluluğu: TBK m. 60 Üzerine Düşünceler”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 29, Sayı: 2, 2013, ss. 19-57.

Bühler, Alfred. “Bewiesmass und Beweiswürdigung bei Gerichtsgutachten unter Berücksichtigung der jüngsten Lehre und Rechtsprechung”, **Jussletter**, 21.6.2010.

Büscher, Wolfgang. **Wieczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze**, Cilt: 5 §§ 300-329, 4. Baskı, De Gruyter, Berlin, 2015.

Büyüksağış, Erdem. **Yeni Sosyo-Ekonomik Boyutuyla Maddi Zarar Kavramı**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2007.

Ceylan, Mahmut. **İdari Yargıya Hâkim Olan İlkeler**, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Çağlayan, Ramazan. **İdarî Yargılama Hukuku**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.

Çakır, Hüseyin Melih. “Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde HMK m. 3’ün İdari Yargının Görev Alanı Açısından Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt: 85, Sayı: 6, 2011, ss. 179-202.

Çakırca, Seda İrem. **Türk Sorumluluk Hukukunda Yansıma Zararı Bir Kazanç Kaybı Türü**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

Çeken, Mesut. **İdari Yargının Görev Alanının Belirlenmesi Sorunu**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Kültür Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2011.

Çelik, Çelik Ahmet. “Cenaze ve Gömme Giderileri”, <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/cenaze-ve-gomme-giderleri.htm>, (12.5.2020), (Cenaze Giderleri).

Çelik, Çelik Ahmet. “Yargıda Bilirkişilik ve Uzmanlardan Yararlanmanın Gerekliliği”, http://www.tazminathukuku.com/dosyalar/382_bilirkisilik-ve-uzmanlik-hakkinda.pdf, (17.8.2018), (Bilirkişilik).

Çelik, Çelik Ahmet. **6100 sayılı Hukuk Yargılama Yasası’na göre Tazminat ve Alacak Davaları**, Bilge, Ankara, 2012.

De Lousanoff, Oleg. **Zur Zulässigkeit des Teilurteils gem. 301 § ZPO**, Duncker & Humblot, Berlin, 1979.

Demircioğlu, Yaşar. **Medenî Usûl Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri**, Yetkin,

Deryal, Yahya. **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, Seçkin, Ankara, 2012.

Detlefsen, Peter. **Schadenersatz für entgangene Gebrauchsvorteile**, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1969.

Diederichsen, Angela. “Neues Schadenersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung”, **VersR**, 2005, ss. 433-442.

Duran, Lütfi. “İdari Yargı Adlîleşti”, **İdare Hukuku ve İlimler Dergisi**, Sayı: 1-3, 1983, ss. 53-83.

Duran, Lütfi. “Türk Kamu Personelinin Mali Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Tahsin Bekir Balta’ya Armağan**, AÜSBF ve TODAİE Yayını, Ankara, 1974, (Mali Sorumluluk), ss. 59-120.

Dursun, Hasan. “İdari Yargıda Tanıklığa Yer Verilmesi Bir Zorunluluktur” **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 28, 2008, ss. 85-102.

Edis, Seyfullah. “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 1-4, 1977, ss. 169-196.

Elzer, Oliver. “Rechtskraft von Teilklagen-BGH, NJW 1997, 1990; 3019”, **JuS**, 2001, ss. 224-228.

Emmel, Frank. “Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungswiderklage”, **BJM**, 2012, ss. 61-83.

Engels, Gudrun. **Der Anscheinsbeweis der Kausalitaet (Unter Besonderer Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung)**, Peter Lang, Frankfurt, 1994.

Eralp, Erman ve Ezgi Nizam. “Türk Hukukunda Yansıma Zarar”, **GSI Articletter**, 2017, ss. 117-130.

Erdem, Mehmet. **Özel Hukukta Zamanaşımı**, On İki Levha, İstanbul 2010.

Erdoğan, Ersin ve Üçüncü, Sümeyye Hilal. “Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar”, **Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 1, 2020, ss. 354-387.

Erdönmez, Güray. “HMK m. 57/1, c Hükmü Çerçevesinde İhtiyarî Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, (Basım Yılı: 2015), ss. 695-675.

Erdönmez, Güray. **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usûl).

Eren, Fikret. “Destekten Yoksun Kalma ve Vücut Bütünlüğünün İhlali Hallerinde Ödenecek Tazminatın Şekli”, **Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu’na Armağan**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972, (Tazminat Şekli), ss. 167-178.

Eren, Fikret. “Türk Borçlar Kanunu’nda Kişiyeye İlişkin Zarar (Ölüm ve Bedensel Zarar)”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre**, Türkiye Barolar Birliği, Cilt: 1, Ankara, 2016, (Kişiyeye İlişkin Zarar), ss. 57-76.

Eren, Fikret. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 21. Baskı, Yetkin, Ankara, 2017.

Eren, Fikret. **Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi**, Sevinç Matbaası, Ankara, 1975, (Uygun İlliyet Bağı).

Erge, Recep Ersel. **Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin**, On İki Levha, İstanbul, 2016.

Erişir, Evrim. “Alman Federal Mahkeme Kararı Manevi Tazminat Yargılamasında Kısmî Davanın Caizliği”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 4, 2006, ss. 1003-1008.

Erişir, Evrim. **Geçici Hukukî Korumanın Temelleri ve İhtiyatî Tedbir Türleri**, On İki Levha, İstanbul, 2013, (İhtiyatî Tedbir).

Erkut, Celal. **Kamu Kudreti Ayrıcalıkları ve Tutuk Adalet Anlayışı**, Yenilik Basımevi, İstanbul, 2004.

Erlüle, Fulya. **Türk Borçlar Kanunu’na Göre Bedensel Bütünlüğünün İhlalinde Manevi Tazminat**, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2015.

Ermenek, İbrahim. **Medenî Usûl Hukukunda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması**, Yetkin, Ankara, 2014.

Ertuğrul, Meltem. **İdarenin Adam Çalıştıran Olarak Borçlar Kanunu’na Göre Sorumluluğu**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2017.

Fellman, Walter. “Widerrechtlichkeit: drei Theorien für einen Problem-Versuch einer Zwischenbilanz”, **ZSR**, Sayı:128, 2009, 473 vd.

Fellmann, Walter. “Die Normativierung des Personenschadens - der Richter als Gesetzgeber?”, **HAVE-Personen-Schaden-Forum 2005**, Schulthess, Zürich, 2005, (Personenschadens), ss. 13-38.

Fichtner, Heike. **Grenzen des richterlichen Ermessens bei Aussetzung und Ruhen des Verfahrens in der ZPO**, Peter Lang, Frankfurt, 1996.

Fidan, Nurten. “Belirsiz Alacak Davasındaki Belirsizlikler”, **Sicil İş Hukuku Dergisi**, S. 24, Aralık 2011, ss. 177-188.

Franck, Loran. **Juristen und Sachverständige**, 19. Baskı, Nomos, Köln, 2013.

Franzki, Dietmar. **Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß**, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.

Gehrlein, Markus. **Prütting/Gehrlein Zivilprozessordnung Kommentar**, 11. Baskı, Luchterhand, Münih, 2019.

Geisler, Herbert. **Prütting/Gehrlein Zivilprozessordnung Kommentar**, 11. Baskı, Luchterhand, Münih, 2019.

Geiß, Karlman ve Hans-Peter Geiner. **Artzhaftpflichtrecht**, 7. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2014.

Giesen, Dieter. **Artzhaftungrecht**, 4. Baskı, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1995.

Gottwald, Peter. Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Cilt: 1, 4. Bası, C. H. Beck, Münih, 2013, (MüKo).

Gottwald, Peter, **Schadenszurechnung und Schadensschätzung zum Ermessen des Richters im Schadensrecht und im Schadensersatzprozeß**, C. H. Beck, Münih, 1979.

Gökcan, Hasan Tahsin. **Tıbbî Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, Seçkin, Ankara, 2013.

Gökhan Çayan, **Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi**, Legal, İstanbul, 2013.

Gönner, Nicolaus Thaddäus, **Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses in einer ausführlichen Erörterung seiner wichtigsten Gegenstände**, Cilt: 2, Johann Jacob Palm, Erlangen, 1801.

Gözler, Kemal ve Gürsel Kaplan. “İdarî Eylemlerden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Davalar Adlî Yargının Görev Alanına Sokulabilir mi? (HMK m.3 ve TBK, m.55/2 Hakkında Eleştiriler)”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı: 63, 2011, ss. 36-41.

Gözler, Kemal. **İdare Hukuku**, C. I, 2. Baskı, Ekin, 2009, (C. I).

Gözler, Kemal. **İdare Hukuku**, C. II, 2. Baskı, Ekin, 2009, (C. II).

Gözpınar Karan, Gülşah. “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 119, 2006, ss. 138-155.

Gözübüyük, Şeref ve Turgut Tan. **İdare Hukuku**, C. II, 8. Bası, Turhan, Ankara, 2016.

Gözübüyük, Şeref. **Yönetmelik Yargı**, 33. Baskı, Turhan, Ankara, 2013.

Greger, Reinhard. “Praxis und Dogmatik des Anscheinsbeweis”, **VersR**, 1980, (Anscheinsbeweis), ss. 1091-1104.

Greger, Reinhard. **Beweis und Wahrscheinlichkeit**, Carl Heymanns, Mnnh, 1978, (Beweis).

Greger, Reinhard. **Zöller Zivilprozessordnung**, 32. Bası, Otto Schmidt, Köln, 2018.

Gross, Jost. **Medizinische Behandlung**, Bern 1987.

Guldener, Max. **Schweizerisches Zivilprozessrecht**, 3. Baskı, Schulthess, Zürih, 1979.

Gl, İbrahim. “Zararın Birliği İlkesi ve Sonuçları”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 140, 2019, ss. 221-237.

Güleç Uçakhan, Sema. **Ankara Barosu Ulusal Kongre Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usl Kongresi**, Ankara, 4-5-6 Nisan 2013, ss. 42-55.

Günday, Metin. “İdari Yargının Görev Alanının Anayasal Dayanakları”, **Anayasa Yargısı**, Sayı: 14, 1997, ss. 347-358.

Günday, Metin. **İdare Hukuku**, 10. Baskı, İmaj Yayınevi, Ankara, 2011, (İdare).

Güneş, Derya Belgin. **Ceza Mahkemesi Kararlarının Hukuk Mahkemesi Bakımından Etkileri**, On İki Levha, İstanbul, 2019.

Güran, Sait. “Türk İdare Hukuku’nda Tazminat Miktarının Saptanması”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu**, İstanbul, 1980, (Tazminat), ss. 151-170.

Güran, Sait. “Yargı Denetiminin Kapsamı”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 52, Sayı: 1-4, 1987, ss. 35-45.

Gürdoğan, Burhan. **Özel Hukuk Alanında Maddi Hukuk ve Yargılama Usûlü Yönünden Yargıcın Takdir Hakkının Yargıtayca Denetlenmesi**, Ankara Hukuk Fakültesi Özel Hukuk Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1967.

Gürdoğan, Burhan. **Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı**, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1960, (Kesin Hüküm).

Gürsoy, Kemal Tahir. “Haksız Eylem (Fiil) Den Doğan Talep Hakkı Ve Bu Hakkın Diğer Talep Haklarıyla Yarışması (Dava Hakkının Telahuku)” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 31, Sayı: 1, 1974, (Hakların Yarışması), ss. 149-184.

Gürsoy, Kemal Tahir. “Manevi Zarar ve Tazmini”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 30, Sayı:1-4, 1973, ss. 7-56.

Hanağası, Emel. **Davada Menfaat**, Yetkin, Ankara, 2009.

Hanağası, Emel. **Medenî Yargılama Hukukunda Silahların Eşitliği**, Yetkin, Ankara, 2016, (Silahların Eşitliği).

Hasenböhler, Franz. **Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, 3. Baskı, Schulthess, Zürich, 2016.

Heß, Rainer. “Das (Teil-) Schmerzensgeld”, **NJW**, Sipezial, 2004, s. 63 vd.

Holzer, Wolfgang, Willibald Posch ve Peter J. Schick. **Arzt-und Arzneimittelhaftung in Österreich**, Orac, Wien, 1992.

Honsell, Heinrich. “Herkunft und Kritik des Interessebegriffs im Schadensersatzrecht”, **Juristische Schulung**, 1973, (Schadensersatzrecht), ss. 69-75.

Honsell, Heinrich. **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, 4. Baskı, Schulthess, Zürich, 2005.

Huber, Jean B. “Statistische Schadensberechnung und Schadenregulierung”, **HAVE-Personenen-Schaden-Forum 2009**, Schulthess, Zürich, 2009, ss. 121-141.

Husmann, Johann Hermann. “Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen-Eine Kritik der Rechtsprechung des BGH”, **VersR**, 1985, ss. 715-719.

Hülya Taş Korkmaz, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Eski Hale Getirme”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, Cilt: 15, Özel Sayı, 2016, (Eski Hale Getirme), ss. 635-679.

Hüßtege, Rainer. **Thomas/Putzo Zivilprozessordnung Kommentar**, 40. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2019.

Ichim, Octavian. **Just Satisfaciton under the European Convention on Human Rights**, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Cambridge, 2015.

İmre, Zahit. “Doktrinde ve Türk Hukukunda Kusursuz Mesuliyet Halleri I”, **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 13, Sayı: 4, 1947, ss. 1475-1536.

İmre, Zahit. “Hukuki Sorumluluğun Esası Üzerine Bazı Düşünceler”, **Doğumunun 100. Yılında Atatürk’e Armağan, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1979-1981, (Hukukî Sorumluluk), ss. 401-420.

İmre, Zahit. **Medenî Hukuka Giriş**, 3. Bası, İstanbul, 1980, (Medenî).

İnal, Tamer. “Manevi Zararın Takdiri ve Paraya Çevrilerek Hesaplanması”, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, Sayı: 71-72, 2010, ss. 70-90.

İnceoğlu, Murat ve Meliha Sermin Paksoy. “Bedensel Zararlarda ve Ölüm Halinde Tazminatın Belirlenmesi”, **Yaşar Üniversitesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: Özel, 2013, ss. 1383-1412.

İyilikli, Ahmet Cahit. “Hukuk Yargılamasında Dava Sebebi Üzerine Bir İnceleme”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 106, 2013, ss. 139-204.

İyimaya, Ahmet. **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Avşaroğlu Matbaası, Ankara, 1990.

İyimaya, Ahmet. “Kısmî Davada Kesinleşen Faiz Oranının Ek Dava İçin Bağlayıcılığı Sorunu”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1, 1989, (Ek Dava), ss. 13 – 25.

İyimaya, Ahmet. “Kısmî Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar”, **Yargıtay Dergisi**, Sayı: 3, 1985, (Kısmî), ss.193-205.

İyimaya, Ahmet. “Sorumluluk Hukukunda Gelişim Kusuru”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 5-6, 1985, (Kusur), ss. 686 vd.

İyimaya, Ahmet. **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, Cilt: 2, Ankara, 1995.

Jakoby, Markus. **Das Verhältnis der Abänderungsklage gemäß § 323 ZPO zur Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 ZPO**, Duncker & Humblot, Berlin, 1991.

Jaynes, Edwin Tompson. **Probability Theory The Logic of Science**, Cambridge Üniversitesi Yayınları, Cambridge, 2003.

Kaboğlu, İbrahim. **Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)**, 6. Bası, İmge Kitabevi, İstanbul, 2002.

Kalabalık, Halil. **İdare Hukuku Dersleri**, C. II, 2. Baskı, Sayram, Konya, 2016.

Kannowski, Bernd. “Die Zulässigkeit einer Teilklage auf Schmerzensgeld-Zivilprozessuale Neuheit oder neue Art der Schadensberechnung?”, **ZZP**, 2006, ss. 63-83.

Kaplan, Gürsel. “İdari Yargılama Hukukunda Sözlülük Usûlü ve Tanık Dinlenebilmesi Hakkında Kısa Bir Değerlendirme”, **İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 13, Sayı: 1, 2013, (Tanık), ss. 33-46.

Karaaslan, Varol. Manevi Tazminat Davaları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir Mi?”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi**, Cilt: 10, Sayı: 29, 2014, ss. 37-58.

Karaaslan, Varol. **Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Davayı Aydınlatma Ödevi**, Seçkin, Ankara, 2013, (Aydınlatma Ödevi).

Karafakih, İsmail Hakkı. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü Esasları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1952.

Karahasan, Mustafa Reşit. **Sorumluluk Hukuku**, 6. Bası, Beta, Ankara, 2003.

Karakul, Selman. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Sağlık Hakkı”, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 3, Sayı: 2, Güz 2016, ss. 169-206.

Karaman, Ebru. **Türk İdari Yargısının Anayasal Dayanağı**, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Karner, Ernst. **Das Ersatz Ideeller Schaden ber Körperverletzung**, Springer, Viyana ve New York, 1999.

Karslı, Abdurrahim. **Medenî Muhakeme Hukuku**, 3. Baskı, Alternatif, İstanbul, 2012.

Kaufmann, Stefan. “Der praktische Fall - Zivilrecht: Schadensersatz im Rahmen des § 249 BGB”, **JuS**, 2003, ss. 1197-1204.

Kayıhan, Şaban. “Zarar Sigortalarında Sigortacının Halefiyeti”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Özel Sayı, 2012, ss. 1595-1624.

Kegel, Gerhard. “Der Individualanscheinsbeweis und die Verteilung der Beweislast nach überwiegender Wahrscheinlichkeit”, **Festgaber für Heinrich Kronstein**, C. F. Müller, Karlsruhe, 1967, ss. 322-345.

Keser, Leyla. “İlk Görünüş İspat (Prima Facie Beweis)”, **Prof. Dr. Mahmut Tefrik Birsell’e Armağan**, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, İzmir, 2001, ss. 231-251.

Kılıç, Elif Irmak. **Tıbbi Müdahaleler Nedeniyle Hekimlere Açılan Tazminat Davalarında Usûli Sorunlar**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2014.

Kılıçoğlu, Ahmet M. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 20. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.

Kılıçoğlu, Ahmet. “Haksız Fiillerde Müteselsil Sorumluluk ve Geçici Ödemeler”, **Türk Medenî Kanunu’nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 2007, (Geçici Ödemeler), ss. 163-183.

Kılıçoğlu, Ahmet. “Özel ve Sosyal Sigortalarda Halefiyet ve Rücu”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 31, Sayı: 1, 1974, (Halefiyet), ss. 395-446.

Kılıçoğlu, Ahmet. **Şeref Haysiyet ve Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, 2. Bası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1993, (Basın).

Kırtıloğlu, Serhat. **Medenî Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası**, Adalet, Ankara, 2014.

Kiraz, Taylan Özgür. “Belirsiz Alacak Davası” **TMSF Çatı Dergisi**, Sayı: 30, 2012, ss. 16-19.

Koch, Hans-Joachim ve Helmut Rüßmann. **Juristische Begründungslehre. Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft**, C. H. Beck, Münih, 1982.

Konuralp, Hâluk. **Medenî Usûl Hukukunda ispat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, Yetkin, Ankara, 2009.

Konuralp, Orhan Emre. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Ortak Yetkili Mahkeme İle Münhasır Yetki Sözleşmesiyle Belirlenen Mahkemenin Yetkisinin Niteliği”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 142, 2019, ss. 211-230.

Kralik, Winfried. **Die Vorfrage im Verfahrenrecht**, Manz-Manzsche, Wien, 1953.

Kuhn, Moritz. “Aktuelle Probleme in der Ärztehaftpflicht”, **Schweizerische Juristen-Zeitung** Cilt: 89, 1993, ss. 257-266.

Kulaksız, Cengiz. **Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht**, Peter Lang, Frankfurt, 2004.

Kummer, Max. **Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht**, Stämpfli, Bern, 1954.

Kurtulan, Gökçe. “Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 23, Sayı: 1, ss. 465-503.

Kuru, Baki ve Ali Cem Budak. **Tespit Davaları**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2010.

Kuru, Baki, **İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku**, Legal, İstanbul, 2016, (Ders Kitabı).

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt: I, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Usûl C. I).

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt: II, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Usûl C. II).

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt: III, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Usûl C. III).

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt: IV, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Usûl C. IV).

Kuru, Baki. **Hukuk Muhakemeleri Usûlü**, Cilt: V, 6. Baskı, Demir Yayıncılık, İstanbul, 2001, (Usûl C. V).

Kuru, Baki. “Hukuk Usulünde Dava Sebebi”, **Makaleler**, Arıkan Basım Yayın, İstanbul, 2006, (Dava Sebebi), ss. 215-246.

Landolt, Hardy. "Vorteilsanrechnung beim Personenschaden", **HAVE- Personen-Schaden-Forum 2019**, Schulthess, Zürich, 2019, ss. 71-93.

Lapidoth, Ruth. "Equity in International Law", **Israel Law Review**, Cilt: 22, Sayı:2, 1987, ss. 161-183.

Larenz, Karl. **Lehrbuch des Schuldrechts**, Erster Band, 14. Bası, C. H. Beck, Münih, 1987.

Larenz, Karl ve Claus Wilhelm Canaris. **Lehrbuch des Schuldrechts**, II. Band, Halbband 2 Besondere Teil, 13. Baskı, C. H. Beck, Münih, 1994.

Laumen, Hans-W. "Die Beweiserleichterung bis zur Beweislastumkehr-Ein beweisrechtliches Phänomen", **NJW**, 2002, s. 3739 vd.

Leipold, Dieter. "Abänderungsklage und Rechtskraft", **Festschrift für Rainer Frank zum Geburtstag am 14. Juli 2008**, Berlin, 2008, (Abänderungsklage), ss. 179-193.

Leipold, Dieter. **Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen**, Duncker & Humblot, Berlin, 1966.

Leipold, Dieter. **Beweismaß und Beweislast im Zivilprozeß**, De Gruyter, Berlin, 1985, (Beweismaß).

Loosli, Peter. **Die unbezifferte Forderungsklage**, Schulthess, Zürich, 1978.

Maassen, Bernhard. **Beweismaßprobleme im Schadenersatzprozeß**, Carl Heymanns, Berlin, 1975.

Makaracı Başak, Aslı ve Gülen Sinem Tek. "Türk Borçlar Kanunu'nda Getirilen Geçici Ödeme Hakkında Düşünceler" **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Polat Soyer'e Armağan, Cilt: 15, Özel Sayı, 2013, ss.1111-1141.

Markus, Schmid, "Unerschwinglichkeit der Rechtsdurchsetzung", **Haftpflichtprozess 2015**, 2015, 13-27.

Meier, Isaak. “Belirsiz Alacak Davası ve Taraflarda Silâhların Eşitliği” çev. Nedim Meriç, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı X**, 1-2 Ekim, İzmir, 2012, (Toplantı), ss. 69-99.

Meier, Isaak. “Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos”, **HAVE Haftpflichtprozess 2010**, Schulthess, Zürich, 2010, ss. 11-37.

Meier, Isaak. **Iura Novit Curia Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht**, Schulthess, Zürich 1975, (Iura Novit Curia).

Meller-Hannich, Carolina. “Die Role des Sachverständigen im Arzthaftungsprozess” **XIV. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu**, 29-30 Eylül 2017, İzmir, ss. 6-13.

Menzies, Peter./Helen, Beebee. "Counterfactual Theories of Causation", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy** (Summer 2020 Edition), <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/causation-counterfactual/>, (Erişim Tarihi: 5.7.2020).

Meriç, Nedim. “Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, (Aydınlatma Yükümlülüğü), ss. 377-424.

Meriç, Nedim. **Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi**, Yetkin, Ankara, 2011.

Mertins, Wolfgang. “Der unbezifferte Klageantrag – und kein Ende?”, **VersR**, 2006, ss. 47-51.

Moritz, Jan Robert. **Probleme der Abänderungsklage gemäß § 323 ZPO, dargestellt am Urteil auf Abfindung in Kapital**, Shaker, Aachen, 1998.

Musielak, Hans Joachim ve Wolfgang Voit, **Grundkurs ZPO**, 13. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2016.

Musielak, Hans Joachim. “Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen-Eine kritische Betrachtung der Gefahren Bereichen der Gefahrenkreistheorie des Bundesgerichtshofs”, **AcP**, Cilt: 176, Sayı: 6, 1976, (AcP), ss. 465-486.

Musielak, Hans Joachim. **Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß**, De Gruyter, Berlin, 1975. (Beweislast).

Musielak, Hans Joachim. **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Cilt: 1, 4. Bası, C. H. Beck, Münih, 2013, (MüKo).

Niklas, Uwe. **Das Erfordernis der wesentlichen Änderung der der Verhältnisse in § 323 I ZPO**, Peter Lang, Frankfurt, 1988.

Nomer, Haluk. “Manevi Tazminat Alacağında Kısmî Dava Açmak Mümkün müdür?”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 60, Sayı: 1-2, 2002, (Kısmî), ss. 221-229.

Nomer, Haluk. **Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi**, Beta, İstanbul, 1996.

Odyakmaz, Zehra, Ümit Kaymak ve İsmal Ercan. **İdari Yargı**, 9. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2013.

Oftinger, Karl ve Emil W. Stark. **Schweizerisches Haftpflichtrecht Allgemeiner Teil**, Cilt: 1, 5. Baskı, Schulthess, Zürih, 1995.

Oğuz, Özgür. “İş Kazası ve Meslek Hastalıklarında Kurumun İşverene Rücu Hakkı”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 140, 2019, 140, ss. 393-424.

Oğuzman, Kemal ve Barlas, Nami. **Medenî Hukuk**, 21. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.

Oğuzman, Kemal ve Turgut, Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. I, 16. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, (C. I).

Oğuzman, Kemal ve Turgut, Öz. **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, C. II, 13. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, (C. II).

Ost, Konrad. **Doppelrelevante Tatsachen im internationalen Zivilverfahrensrecht**, Peter Lang, Frankfurt, 2002.

Ozanoğlu, Hasan Seçkin. “Türk Borçlar Hukuku ve Sorumluluk Hukuku Açısından TBK 55. Madde ve Bedensel Zararlar”, **Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Uluslararası Kongre**, Cilt: I, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, ss. 121- 127.

Ozansoy, Cüneyt. **Tarihsel ve Kuramsal Açidan İdarenin Kusurdan Doğan Sorumluluğu**, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 1989.

Ökçesiz, Hayrettin. “Yargıtay’ın İş Yükünün Hafifletilmesinin Bir Aracı Olarak HUMK’nun 427. Maddesi Üzerine”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 2, Sayı: 2, 1987, ss. 75-79.

Önder, Ayhan. **Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1994.

Önen, Ergun. **İnşai Dava**, Olgaç Matbaası, Ankara, 1981, (İnşai).

Önen, Ergun. **Medenî Yargılama Hukukunda Sulh**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1972.

Özbek, Mustafa. “İşe İade Davasında Davacı İşçinin Tedbiren İşine İadesi”, **Çalışma ve Toplum**, Cilt: 35, Sayı: 4, 2012, ss. 11-39.

Özbek, Veli Özer ve Doğan, Koray. “Zorunluluk Halinin (TCK m. 25/2) Hukuki Niteliği” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 9, Sayı: 2, 2007, ss. 195-222.

Özekes, Muhammet ve Evrim Erişir. “Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukukî Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Sayı: 3, 2006, s. 1235-1274.

Özekes, Muhammet. “Dava Dilekçesinde Hukukî Sebep Bildirmek Zorunludur” **Haluk Konuralp Anısına Armağan**, Cilt: 1, Yetkin, Ankara, 2009, (Hukukî Sebep), ss. 745-781.

Özekes, Muhammet. “HMK Bakımından Dava Dilekçesinde Eksiklik Halinde Yapılması Gereken İşlemler” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, (Basım Yılı: 2015), (Dava Dilekçesinde Eksiklik), ss. 263-300.

Özekes, Muhammet. **İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz**, Seçkin, Ankara, 1999, (İhtiyatî Haciz).

Özekes, Muhammet. “İş Kanunu’nun 20 ve 21. Maddelerinin Medenî Yargılama ve İcra Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi” **75. Yaş Günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı**, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2004, ss. 479-514.

Özekes, Muhammet. **Medenî Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı**, Yetkin, Ankara, 2003, (Hukukî Dinlenilme Hakkı).

Özekes, Muhammet. **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usûl).

Özel, Çağlar. “Sözleşme Dışı Sorumlulukta Yansıma Zarar ve Giderimine İlişkin Bazı Düşünceler”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 50, Sayı: 4, 2001, ss. 81- 106.

Özgenç, İzzet. **Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler)**, 2. Bası, Seçkin, Ankara, 2005.

Özsunay, Ergun. **Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu**, 2. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1974.

Öztek, Selçuk, Sema Taşpınar Ayvaz ve Serdar Kale. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 20 Mart 2020 Tarihli Kanun Teklifi’ne İlişkin Bazı Açıklamalar ve Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 149, 2020, ss. 77-152.

Öztürk, Bahri ve Mustafa Ruhan Erdem. **Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku**, Yeni TCK'ya göre yenilenmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2005.

Pasquier, Bruno. **Die Schätzung nach gerichtlichen Ermessen – unmittelbare und sinnngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR**, Schulthess, Zürich, 2014.

Pawlowski, Enka. **Der Prima-Facie-Beweis bei Schadensersatzansprüchen aus Delikt und Vertrag**, Otto Schwartz, Göttingen, 1966.

Pekcanitez, Hakan ve Hülya Taş Korkmaz. **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Pekcanitez, Hakan ve Nedim Meriç. **Medenî Usûl Hukukunda Fer'i Müdahale**, 2. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2020.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay ve Muhammet Özekes. “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifinin Değerlendirilmesi (2020)”, **Lexpera Blog**, blog.lexpera.com.tr, (Erişim Tarihi: 1.7.2020).

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Meral Sungurtekin Özkan ve Muhammet Özekes. **İcra ve İflâs Hukuku**, 11. Bası, Yetkin, Ankara, 2013.

Pekcanitez, Hakan. “Bekletici Sorun (Meselei Müstehire)”, **Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı: 1, 1980, (Bekletici Sorun), ss. 249-275.

Pekcanitez, Hakan. “Manevi Tazminat Alacakları Belirsiz Alacak Davası Olarak Açılabilir Mi?”, **Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 30, 2015, (Manevi Tazminat), ss. 21-41.

Pekcanitez, Hakan. “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, **Prof. Dr. Saim Üstündağ'a Armağan**, Adalet, Ankara, 2009, (Özel Uzman), 397-418.

Pekcanitez, Hakan. **Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107)**, Ankara, 2011, Yetkin, (Belirsiz Alacak).

Pekcanitez, Hakan. **HMK (Hukuk Muhakemeleri Kanunu) Değerlendirmesi Yargıtay Başkanı, Yargıtay Hukuk Daire Başkanları, Kanunu Hazırlayan Akademisyenlerden**, HUKAB Yayınları, Ankara, 2012, (HMK).

Pekcanitez, Hakan. **Pekcanitez Usûl Medenî Usûl Hukuku**, 15. Bası, On İki Levha, İstanbul, 2017, (Pekcanitez Usûl).

Perini, Flavio. **Richterliches Ermessen bei der Schadensberechnung unter besonderer Berücksichtigung von Art. 42 Abs. 2 OR**, Schulthess, Zürich, 1994.

Petek, Hasan. “Kamu Tüzel Kişilerinin Karayolları Trafik Kanunu’na Göre Hukukî Sorumluluğu” **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez’e Armağan, Cilt: 16, Özel Sayı, 2014, (Basım Yılı: 2015), ss. 3287-3342.

Postacıoğlu, İlhan Ethem. “Davanın ve Kazaiyeyi Muhakemenin Bir Unsuru Olarak Hukukî Sebep”, **Makaleler ve Karar İncelemeleri**, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011, (Hukukî Sebep), ss. 67-96.

Postacıoğlu, İlhan Ethem. **Medenî Usûl Hukuku Dersleri**, 6. Bası, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1975.

Prölss, Jürgen. “Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen”, **VersR**, 1964, ss. 901-906.

Prölss, Jürgen. **Beweiserleichterungen im Schadenersatzprozeß**, (Dissertation), Münih Üniversitesi, Münih, 1966, (Beweiserleichterung).

Prütting, Hans. **Gegenwartsprobleme der Beweislast**, C. H. Beck, Münih, 1983.

Prütting, Hans. **Münchener Kommentar Zivilprozessordnung**, 4. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2013, (MüKo).

Puchta, Wolfgang Heinrich. “Betrachtungen über den Beweis durch Augenschein und Sachverständige und über das Verfahren bei dessen Aufnahme”, **Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß**, Cilt: 3, 1830, s. 56 vd.

Redeker, Konrad. “Anmerkung zu BGH, Urteil vom 1. Juli 1976 – ZR 187/73”, **AnwBl**, 1977, ss. 106-109.

Reinecke, Gerhard. **Die Beweislastverteilung im bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe**, Duncker & Humblot, Berlin, 1976.

Reutter, Helmut. **Der Arzthaftungsprozess**, (Dissertation), Regensburg Üniversitesi, Regensburg, 2006.

Roberto, Vito. **Schadensrecht**, Helbing & Lichtenhahn, Basel ve Frankfurt, 1997, (Schaden).

Roberto, Vito. **Schweizerisches Haftpflichtrecht**, Schulthess, Zürich, 2002.

Rommé, Oliver. **Der Anscheinsbeweis im Gefüge von Beweiswürdigung, Beweismaß und Beweislast**, Carl Heymanns, Köln, 1989.

Rosenberg, Leo, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald, **Zivilprozessrecht**, 18. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2018, (2018).

Rosenberg, Leo, Karl Heinz Schwab ve Peter Gottwald. **Zivilprozessrecht**, 16. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2004.

Rosenberg, Leo. **Die Beweislast auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung**, 5. Baskı, C. H. Beck, Münih, 1965.

Roth, Herbert. **Stein/Jonas Kommentar zur ZPO**, 3. Cilt §§148-270, 23. Baskı, Tübingen, 2016.

Rüetschi, David. **Geldleistung als vorsorgliche Massnahme: die Entwertung von Geldforderungen durch die Dauer des Zivilverfahrens und mögliche Lösungsansätze**, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 2002.

Saenger, Ingo. **Saenger ZPO Hand Kommentar**, 5. Baskı, Baden, 2013.

Salmon, Wesley Charles. **The Foundations of Scientific Inference**, Pittsburg Üniversitesi Yayınları, Pittsburg, 1967.

Sancakdar, Oğuz, Eser Us, Mine Kasapoğlu Turhan, Lale Burcu Önüt, ve Serkan Seyhan. **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2018.

Sancakdar, Oğuz. “İdari Cezaların Yaptırımlar Teorisindeki Yeri ve Türk Hukukundaki Anayasal Temelleri”, **İdari Ceza Hukuku Sempozyumu**, Ankara, 2009, (İdari Ceza), ss. 59-109.

Sancakdar, Oğuz. **İdari Yargılama Hukuku**, 3. Baskı, Soru Bankası Net Yayınları, İzmir, 2019.

Sancakdar, Oğuz. “Prof. Dr. Oğuz Sancakdar’ın Sunumu”, **İdari Yargılama Sürecinde Yaşanan Sorunlar ve Çözüm Önerileri Çalıştayı**, TBMM, Ankara, 14.1.2013, (Çalıştay), ss. 10-14.

Sarıca, Ragıp. “Hizmet Kusuru ve Karakterleri”, **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası**, Cilt: 15, Sayı: 4, 1949, ss. 858-895.

Savcı, Bahri. **Yaşam Hakkı ve Boyutları**, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, Ankara, 1980.

Schaetzle, Marc. “Damnum futurum abstractum”, **Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht und Versicherungsrecht - Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen**, Schulthess, Zürih, 2010, ss. 507-518.

Schneider, Norbert. **Prütting/Gehrlein Zivilprozessordnung Kommentar**, 11. Baskı, Luchterhand, Münih, 2019.

Schnitzlein, Daniel D. “How Important is the Family? Evidence from Sibling Correlations in Permanent Earnings in the USA, Germany, and Denmark”, **Journal of Population Economics**, Cilt: 27, Sayı: 1, 2014, ss. 69-89.

Schnyder, Anton K. **Kommentar zum schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I Art. 1-529**, 2. Baskı, Helbing & Lichtenhahn, Basel ve Frankfurt, 1996.

Schultes, Hans-Jörg. **Münchener Kommenter zur Zivilprozessordnung**, 4. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2013.

Schumann, Ekkehard. “Internationale Zuständigkeit: Besonderheiten, Wahlfeststellung, doppelrelevante Tatsachen, in Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit”, **Festschrift für Heinrich Nagel zum 75. Geburtstag**, Aschendorff, Münster, 1987, ss. 402-426.

Schwab, Karl Heinz. “Zur Abkehr moderner Beweislastlehren von der Normentheorie”, **Festschrift für Hans-Jürgen Bruns zum 70. Geburtstag**, 1978, ss. 505-519.

Schwander, Vita. “Iura Novit Curia und das Verhältnis dieses Grundsatzes zum Rechtsgrund des Anspruchs”, **Festgabe für Wilhelm Schönenberger**, Universitätsverlag, Freiburg, 1968, ss. 199-219.

Schweizer, Mark. “Substanziieren - wozu?”, **Schweizerische Juristenzeitung**, 2012, ss. 557-569.

Schweizer, Mark. **Beweiswürdigung und Beweismaß**, Mohr Siebeck, Tübingen, 2014, (Beweiswürdigung).

Schweizer, Mark. Methodische Aspekte der gerichtlichen Schätzung ziffernmässig nicht nachweisbarer Forderungen gemäss Art. 42. Abs. 2 OR, **HAVE Personen-Schaden Forum 2016**, Zürich, 2016, (Schätzung), ss. 163-188.

Seiler, Christian. **Thomas/Putzo Zivilprozessordnung Kommenter**, 40. Baskı, C. H. Beck, Münih, 2019.

Selb, Walter. **Schadensbegriff und Regreßmethoden**, Verlag Winter, Heidelberg, 1963.

Serozan, Rona. “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara, 1990, ss. 67-101.

Sever, Dilşad Çiğdem. “Terörle Bağlantılı Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 133, 2017, ss. 163-210.

Sezer, Yasin ve Uğur Bulut. “İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı: 116, 2016, ss. 213-246.

Sezginer, Murat. **Günümüz Demokrasilerinde Kuvvet İlişkisi ve 1982 Anayasası’nda Sorunlar**, Seçkin, Ankara, 2010.

Shue, Henry. **Basics Rights**, Second Edition, Princeton Üniversitesi Yayınları, Princeton, 1996, s. 52 vd.

Sidler, Max. “Schadensschätzung und Gerechtigkeitsgebot – oder: die Beweismechanik bei ziffernmässig nicht nachweisbaren Schäden”, **AJP**, 2005, ss. 535-546.

Simil, Cemil. **Belirsiz Alacak Davası**, On İki Levha, İstanbul, 2013.

Sopacı Öztuna, Birgül. “Türk ve Alman Hukukunda Yeni Düzenlemeler Işığında Sorumluluk Sigortasında Doğrudan Talep Hakkı”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, 2011, Cilt: 27, Sayı: 2, ss. 15-50.

Söyler, Yasin. “Yargıtay Kararları Işığında Kişisel Kusur”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 14, Sayı: 2, 2010, ss. 555-592.

Spickhoff, Andreas. **Gesetzesverstoß und Haftung**, Carl Heymanns, Münih, 1998.

Staehelin Adrian, Daniel Staehelin ve Pascal Grolimund, **Zivilprozessrecht**, 2. Baskı, Schulthess, Zürih, 2013.

Staehelin, Ernst ve Silvia Schweizer. **Kommentar zur schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)**, 3. Baskı, Schulthess, Zürih, 2016.

Staehelin, Ernst. **Die Nebenparteien im Zivilprozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Kantone Basel-Stadt, Basel-Land, Aargau und Solothurn**, (Dissertation), Basel Üniversitesi, Basel, 1981.

Stamm, Jürgen. “Die Geltendmachung Personenschäden im Deutschen Zivilprozessrecht”, **Türkiye Barolar Birliği Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Uluslararası Kongre**, Cilt: 2, Ankara, 2016, ss. 193-215.

Stamm, Jürgen. “Zur Rechtstellung des Sachverständigen im Zivilprozess und den daraus resultierenden Möglichkeiten zur Verbesserung der Zusammenarbeit mit dem Gericht” **Zeitschrift für Zivilprozess**, Cilt: 124, Sayı: 4, 2011, (ZZP), s. 433-459.

Strippelmann, Friedrich Georg Lebrecht. **Die Sachverständigen im gerichtlichen und außergerichtlichen Verfahren**, Kassel, 1858.

Sunay, Süheyla Şenlen. **İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Karşısında İsbat ve Delil Hususları**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1997.

Taman, Şükran. **Beden Tamlığının İhlallerinde ve Ölüm Halinde Manevi Tazminat**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1984.

Tandoğan, Haluk. **Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku**, Turhan Kitabevi, Ankara, 1981, (Kusursuz Sorumluluk).

Tandoğan, Haluk. **Türk Mesuliyet Hukuku (Akitdışı ve Akdi Mesuliyet)**, 1. Basıdan Tıpkı Bası, Vedat Kitapçılık, Ankara, 2010.

Tanrıver, Süha. “Bedensel Bütünlüğün İhlalinden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Olarak Açılabilir Olan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Öngördüğü Dava Tipolojisi Bağlamında İrdelenmesi” **Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usûlü Kongresi**, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara, 2013, (Dava Tipolojisi), ss. 337-352.

Tanrıver, Süha. “Hukuk Yargısı Bağlamında Bilirkişilikle İlgili Temel Problemler ve Çözüm Arayışları”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Prof. Dr. Bilge Umar’a Armağan, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, Basım Yılı 2010, ss. 575-594. (Bilirkişilik).

Tanrıver, Süha. “Kısmî Dava Üzerine Bazı Düşünceler”, **Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan**, Turhan, Ankara, 2008, (Kısmî), ss. 851-866.

Tanrıver, Süha. “Şarta Bağlı Hüküm Kavramı ve Verilip Verilemeyeceği Sorunu”, **Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi**, Cilt: 30, Sayı: 4, 1998, ss. 45-50.

Tanrıver, Süha. “Yeni Medenî Kanun’un Mirasa İlişkin Hükümlerde Getirmiş Olduğu Değişikliklerin Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Açısından Tespiti ve Değerlendirilmesi”, **Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı I**, Eskişehir, 2002, (Değerlendirme), ss. 113-129.

Tanverdi, Mücahit. **Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişilik**, (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 1991.

Taş Korkmaz, Hülya. “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yargı Yeri Belirlenmesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, **Journal of Yaşar University**, Cilt: 8, Özel Sayı, 2013, ss. 1753-1818.

Taşpınar, Sema. “Fiilî Karinelerin İspat Yüğü Dağılımındaki Rolü” **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, 1996, ss. 533-572.

Taşyaran, Fatma Özge. **Medenî Usûl Hukukunda Tıbbî Bilirkişilik**, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005.

Tekinay, Selahattin Sulhi, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. **Tekinay Borçlar Hukuku**, 7. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.

Tekinay, Selahattin Sulhi. **Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı**, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1963.

Tekinsoy, Ayhan. “Anayasa Mahkemesi’nin Kamu Görevlilerinin Kişisel Sorumluluğu Konusundaki Yaklaşımının Muhtemel Sonuçları”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı:1, 2013, ss. 19-56.

Terbille, Michael. “Die Schmerzensgeldsteilklage-anwaltliche Pflicht oder risikobehaftet?”, **VersR**, 2005, ss. 37-42.

Tercan, Erdal. **Medenî Usûl Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) – Hali Sabıka İrca**, Yetkin, Ankara, 2006.

Tezcan, Durmuş, M. Ruhan Erdem, Oğuz Sancakdar ve R. Murat Önok, **İnsan Hakları El Kitabı**, Güncellenmiş 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.

Tiftik, Mustafa. **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Zararın Kapsamı**, Yetkin, Ankara, 1994.

Tokat, Hüseyin. “Kara Yoluyla Yolcu Taşımacılığında Kaynaklanan Akdi Sorumluluk”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 65, Sayı: 4, 2016, ss. 2909-2975.

Topuz Gökçen ve Seçkin Topuz. “Miras Ortaklığında Mirasçıların Dava Arkadaşlığı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 2008, ss. 60-67.

Topuz, Murat. **İsviçre ve Türk Borçlar Hukuku ile Karşılaştırmalı Olarak Roma Borçlar Hukukunda Maddi Zarar ve Bu Zararın Belirlenmesi**, On İki Levha, İstanbul, 2011.

Toraman, Barış. **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi İncelemesi**, Yetkin, Ankara, 2017.

Tosun, Öztekin. **Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri**, Cilt: 1, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.

Tuncay, A. Can ve Dilara Çıplak. “Haksız Fiilde Geçici Ödeme (Ya Da Geçici Ceza)”, **Legal Hukuk Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 186, 2018, ss. 2749-2783.

Tuncer Kazancı, İdil. “Yargı Kararları ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanun Çerçevesinde İhtiyatî Tedbirlere İlişkin Bazı Sorunlar”, **Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 23, 2012, s. 75-126.

Tutumlu, Mehmet Akif. **Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması**, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2008.

Udo, Hansen. “Die Substantiierungslast” **JuS**, 1991, s. 588 vd.

Uğurlu, Yunus. “Türkiye’de Beklenen Yeni Demiryolu Sektör Yapısı”, **Demiryolu Mühendisleri Derneği**, <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/517914>, (Erişim Tarihi: 27.11.2019), s. 68 vd.,

Uler, Yıldırım. “Tartışmalar”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu**, İstanbul, 1980.

Ulrich, Hans ve Michael Schlumpf. “Teilklage und Feststellungswiderklage nach der neuen ZPO”, **SJZ (Schweizerische Juristen Zeitung)**, Cilt: 107, Sayı: 13, ss. 302-309.

Ulukapı, Ömer. “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, **Bilirkişilik Sempozyumu**, Samsun, 2001, (Bilirkişi), ss. 291 vd.

Ulukapı, Ömer. **Medenî Usûl Hukukunda Dava Arkadaşlığı**, Mimoza, Konya, 1991.

Umar Bilge ve Ejder Yılmaz, **İsbat Yükü**, Kazancı Matbaacılık, 1980.

Umar, Bilge. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2014, (Şerh).

Umar, Bilge. **Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunumuzun Mevaz Neuchatel Kantonundaki Tatbikatı**, İstanbul, 1967.

Ülgen, Hüseyin. “Karayolu ile Yolcu ve Bagaj Taşıma”, **Sorumluluk ve Sigorta Hukuku Bakımından İkinci Taşımacılık Sempozyumu**, Bildiriler-Tartışmalar, 24-25 Ocak 1985, Maçka-İstanbul, Ankara, ss. 3-41.

Ülgen, Hüseyin. **Hava Taşıma Sözleşmesi**, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, İstanbul, 1987, (Hava Taşıma).

Ünal, Mehmet. “Manevi Tazminat ve Bu Tazminat Çeşidinde Kusurun Rolü”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 35, Sayı: 1-4, 1978, ss. 397 vd.

Ünlüçay, Mehmet. “İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu”, **Danıştay Dergisi**, Sayı: 94, 1998, ss. 3-10.

Üstün, Gül “Karayolları Genel Müdürlüğünün Karayolları Trafik Kanunu’ndan Doğan Sorumluluğu -Karar İncelemesi-”, **Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi**, Cilt: 22, Sayı: 2, 2016, ss. 39-61.

Üstündağ, Saim. “Kısmî Davaya İlişkin Bazı Hukukî Sorunlar”, **Makaleler, İçtihat Tahlilleri ve Çeviriler**, Adalet, Ankara, 2010, (Kısmî), ss. 409-423.

Üstündağ, Saim. **İddia ve Müdaafaanın Değiştirilmesi Yasağı**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1967, (İddia).

Üstündağ, Saim. **Medenî Yargılama Hukukunun Esasları**, 7. Bası, Nesil Matbaacılık, İstanbul, 2000.

Verde, Michel. “Die Widerrechtlichkeit im Hatpflichtrecht”, **Jusletter**, 18 Nisan 2016, ss.1-51,

Vogel, Hans. **Die Streitverkündung im schweizerischen Zivilprozessrecht**, Zürich, 1922.

von Gerlach, Jürgen. “Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen”, **VersR**, 2000, ss. 525-532.

Wagner, Claus. **Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Cilt: 1, 4. Bası, C. H. Beck, Münih, 2013.

Wahrendorf, Volker. **Die Prinzipien der Beweislast im Haftungsrecht**, Carl Heymanns, Berlin, 1976.

Walter, Gerhard. **Frei Beweiswürdigung**, Mohr, Tübingen, 1979.

Walter, Hans Peter. “Beweis und Beweislast im Haftpflichtprozess“, **Haftpflichtprozess 2009**, Schulthess, Zürich, 2009, ss. 47-68.

Weber, Helmut. **Der Kausalität im Zivilprozeß**, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997.

Weber, Stephan. “Vereinfachungen, Visionen und Illusionen”, **HAVE-Personen-Schaden-Forum 2008**, Schulthess, Zürich, 2008, ss. 291-299.

Wedemeyer, Georg Carl Haimar. “Zur Lehre vom Beweise durch Sachverständige”, **Zeitschrift für Hannoversches Recht**, Cilt: 2, 1870, ss. 303 vd.

Wieser, Eberhard. **Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß**, Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 1971.

Willi, Fischer. **Haftpflichtkommentar**, Dike, Zürich, 2016.

Windel, Peter A. “Brauchen wir Arbeitsgerichtsbarkeit?”, **Festschrift für Rolf Wank zum 70. Geburtstag**, C. H. Beck, Münih, 2014, ss. 679-694.

Yardımcı, Taner Emre. **Hukuk Yargılamasında Somutlaştırma Yükü**, On İki Levha, İstanbul, 2017.

Yasan, Candan. “Kesin Hükmün Zaman İtibariyle Etkisi”, **Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 11, Özel Sayı, 2009, ss. 651-686.

Yasin, Melikşah. “İdari Yargılama Usulünde Davadan Feragat ve Davayı Kabul”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 8, Sayı: 3-4, 2004, ss. 149-184.

Yavaş, Murat. “Belirsiz Alacak Davasının İş Davalarına Etkileri”, **İş Hukukunda Güncel Sorunlar (2)**, 25 Mayıs 2012, Kadir Has Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012, s. 55-81.

Yavuz, Nihat. “Adli İsbat”, **Adalet Dergisi**, Sayı: 5-6, 1977, ss. 199-381.

Yayla, Yıldızhan. “Tartışmalar”, **Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III Sempozyumu**, İstanbul, 1980, (Tartışmalar).

Yayla, Yıldızhan. **İdare Hukuku**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2009.

Yayman, Derya ve Ali Çıtman. “Türk Vergi Hukukunda Yer Alan Sakat ve Özürlülere Yönelik Vergisel Ayrıcalıklar”, **Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 16, Sayı: 3, 2012, ss. 297-321.

Yeşiltan, Asım Turgut. “Eski Hale Getirme (Hali Sabıka İrca)” **Adalet Dergisi**, Cilt: 63, Sayı: 3, 1972, ss. 256-271.

Yıldırım Turan, Melikşah Yasin, Nur Kaman, Eyüp Özdemir, Gül Üstün, ve Okan Tekinsoy. **İdare Hukuku**, 7. Baskı, On İki Levha, İstanbul, 2018.

Yıldırım, Kamil. **Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1990.

Yılmaz, Ejder. “İdari Yargıda İddia ve Savunmanın Genişletilmesi ve Değiştirilmesi Yasağı”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3-4, 1983, (İdari Yargı) ss. 11-34.

Yılmaz, Ejder. “İddianın Dava İçinde Genişletilmesi Ek Dava Olarak Nitelendirilemez”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 3, 1995, (Ek Dava), ss. 7 -13.

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt: 1, Yetkin, Ankara, 2017, (C. 1).

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt: 2, Yetkin, Ankara, 2017, (C. 2).

Yılmaz, Ejder. **Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi**, Cilt: 3, Yetkin, Ankara, 2017, (C. 3).

Yılmaz, Ejder. **Medenî Yargılama Hukukunda Islah**, 4. Baskı, Yetkin, Ankara, 2013, (Islah).

Yılmaz, Ejder. **Medenî Yargılama Hukukunda Yemin**, 2. Baskı, Yetkin, Ankara, 2012, (Yemin).

Yılmaz, Mustafa. “Anayasa Mahkemesi’nin İmar Kanunu’nun 42. Maddesinin 5. Fıkrasını İptal Eden Kararı Üzerine Bir Değerlendirme”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 5, Sayı: 1-4, 2001, ss. 245-257.

Zimmermann, Walter. **Zivilprozessordnung**, 9. Baskı, C.F. Müller, Münster, 2011.

Zimmermann, Walter. **Klage, Gutachten und Urteil**, 20. Baskı, C.F. Müller, Heidelberg, 2011, (Klage).





EKLER

EK 1: PMF⁹⁵² 1931 Yaşam Tablosuna Göre Ortalama Ömür⁹⁵³

Yaş	Bakiye Ortalama Ömür	Yaş	Bakiye Ortalama Ömür	Yaş	Bakiye Ortalama Ömür
	56.64	31	36.70	62	13.59
1	60.60	32	35.90	63	12.97
2	60.58	33	35.10	64	12.35
3	59.97	34	34.29	65	11.75
4	59.22	35	33.49	66	11.17
5	58.41	36	32.69	67	10.51
6	57.57	37	31.90	68	10.05
7	56.71	38	31.10	69	9.50
8	55.83	39	30.31	70	8.98
9	54.93	40	29.73	71	8.47
10	54.03	41	28.73	72	7.98
11	53.11	42	27.95	73	7.54
12	52.19	43	27.18	74	7.08
13	51.28	44	26.40	75	6.88
14	50.37	45	25.64	76	6.25
15	49.49	46	24.78	77	5.86
16	48.62	47	24.12	78	5.50
17	47.78	48	23.36	79	5.15
18	46.96	49	22.62	80	4.85
19	46.15	50	21.88	81	4.52
20	45.90	51	21.15	82	5.22
21	44.59	52	20.42	83	3.95
22	43.83	53	19.70	84	3.71
23	43.03	54	18.98	90	2.71
24	42.27	55	18.28	95	2.40
25	41.49	56	17.82	100	2.00
27	39.90	58	16.10	105	1.00
28	39.10	59	15.55		
29	38.32	60	14.89		
30	37.50	61	14.23		

⁹⁵² Population Masculine et Feminine

⁹⁵³ <https://legalbank.net/>, (Erişim Tarihi: 23.5.2020).

EK 2: Türkiye Karşılaştırmalı Yaşam Tabloları⁹⁵⁴

YAŞ	TRH - 2010 ⁹⁵⁵		TRSH - 2010 ⁹⁵⁶		YAŞ	TRH - 2010		TRSH - 2010	
	Erkek	Kadın	Erkek	Kadın		Erkek	Kadın	Erkek	Kadın
0	71,93	78,02	74,32	81,62	24	50,19	54,90	52,49	58,48
1	72,35	77,66	74,79	81,29	25	49,24	53,92	51,52	57,50
2	71,42	76,68	73,85	80,31	26	48,28	52,93	50,56	56,51
3	70,47	75,70	72,90	79,33	28	46,37	50,97	48,64	54,53
4	69,52	74,72	71,95	78,34	29	45,41	49,98	47,68	53,55
5	68,57	73,73	70,99	77,35	30	44,45	49,00	46,71	52,56
6	67,60	72,74	70,03	76,36	31	43,50	48,02	45,75	51,57
7	66,63	71,75	69,05	75,37	32	42,54	47,04	44,79	50,59
8	65,66	70,76	68,08	74,37	33	41,58	46,06	43,83	49,60
9	64,68	69,76	67,09	73,38	34	40,62	45,08	42,87	48,62
10	63,70	68,77	66,11	72,38	35	39,67	44,10	41,91	47,63
11	62,72	67,78	65,13	71,38	36	38,72	43,12	40,96	46,65
12	61,74	66,78	64,14	70,39	37	37,77	42,15	40,00	45,67
13	60,76	65,79	63,16	69,39	38	36,81	41,17	39,05	44,68
14	59,78	64,79	62,18	68,39	39	35,87	40,20	38,10	43,70
15	58,80	63,80	61,19	67,39	40	34,93	39,23	37,15	42,72
16	57,84	62,81	60,22	66,40	41	33,99	38,26	36,21	41,74
17	56,87	61,82	59,24	65,40	42	33,05	37,30	35,27	40,77
18	55,91	60,83	58,27	64,41	43	32,12	36,34	34,34	39,79
19	54,95	59,84	57,30	63,42	44	31,19	35,38	33,42	38,81
20	53,99	58,85	56,33	62,43	45	30,27	34,43	32,50	37,84
21	53,04	57,86	55,37	61,44	46	29,36	33,48	31,59	36,87
22	52,09	56,88	54,41	60,46	47	28,46	32,54	30,68	35,90
23	51,14	55,89	53,45	59,47					

⁹⁵⁴ <https://www.sbm.org.tr/>, (Erişim Tarihi: 23.5.2020).

⁹⁵⁵ Türkiye Kadın-Erkek Hayat Tablosu

⁹⁵⁶ Türkiye Kadın-Erkek Sigortalı Hayat Tablosu