

BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN İHLALİNDEN DOĞAN TAZMİNAT DAVALARININ DAVA TÜRLERİ BAKIMINDAN İNCELENMESİ*

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.787651>

Arş. Gör. Büşra KAZMAZ TEPE**

Öz

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 risklerin iyi analiz edilmesi gerekir. Bedensel zararların belirlenmesi, ispatı ve hesaplanması birtakım zorluklar barındırır. Özellikle gerçekleşmiş zarar dışında hayatın olağan akışına göre gerçekleşmesi beklenen; ama miktarı kesin olarak tespit edilemeyen müstakbel zararlar ile gelişmekte olan zararlar nedeniyle zaman-aşımı ve kesin hüküm problemi doğabilir. Ayrıca dava dilekçesinde kural olarak açık bir talep sonucu belirtmek zorunda olan davacı, zarar miktarındaki belirsizlik nedeniyle yüksek yargılama giderleri riski ile taleple bağlılık ilkesi gereği gerçek zarara oranla daha az tazminat alma riski arasında kalmaktadır. Bu çalışmada problemlerin çözümüne yönelik olarak konuya ilişkin Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun belirsiz alacak davası, kısmi dava ve tespit davasına ilişkin hükümleri beden bütünlüğünün ihlalinden doğan maddi ve manevi tazminat davaları bakımından incelenmiş; ayrıca konuya ilişkin yabancı doktrin ve mahkeme kararlarına yer verilmiştir.

* Bu çalışma TÜBİTAK 2018/1-2214 Yurtdışı Araştırma Bursu Programı kapsamında Almanya-Trier Üniversitesi'ndeki araştırmalarımız sonucunda oluşmuştur. Ayrıca bu çalışma Dokuz Eylül Üniversitesi Lisansüstü Eğitim ve Öğretim Yönetmeliği'nin "Doktora tezinin sonuçlandırılması" başlıklı 23. maddesinin 7. fıkrası uyarınca mezuniyet şartı olan tezi ile ilgili en az bir adet bilimsel makalesinin ulusal/uluslararası hakemli dergilerde yayımlanmış veya yayımlanmak üzere kesin kabul edilmiş olması şartını sağlamak üzere hazırlanmıştır.

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı (e-posta: busrakazmaz2261@gmail.com) ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4096-5304> (Makalenin Geliş Tarihi: 16.05.2020) (Makale Gönderilme Tarihi: 20.05.2020/Makale Kabul Tarihi: 30.06.2020)

Anahtar Kelimeler

Bedensel zarar, beden bütünlüğünün ihlali, dava türleri, belirsiz alacak, kısmi dava, tespit davası, hükmün değiştirilmesi

**THE REVIEW OF THE ACTIONS FOR DAMAGES
THAT ARISE FROM VIOLATION OF BODILY INTEGRITY
WITH RESPECT TO TYPES OF LAWSUITS****Abstract**

The plaintiff or his / her attorney must determine the suitable type(s) of lawsuit(s) for the concrete case at the stage before the action for bodily damages is entered. For this purpose, the risks carried by the plaintiff in the concrete case should be analyzed well. Determination, proof, and calculation of bodily damages involve some difficulties. The problems related to the period of limitation and res judicata may arise due to in addition to the actual damage, the future damages that are expected to occur according to the ordinary flow of life but cannot be determined and future damages that cannot be anticipated. In addition, due to the uncertainty in the amount of damage, the plaintiff, who has to state as a result of the certain claim as a rule in the petition, is between the risk of higher trial costs and the risk of less compensation compared to the real damages as required by the principle non ultra petita. In this study, the relevant provisions of the Turkish Code of Obligations and the provisions of the Code of Civil Procedure related to the lawsuit for unquantified claim, the partial lawsuit and the declaratory lawsuit are examined in terms of material and immaterial compensation cases arising from the violation of body integrity with the intent of the solution of these problems. Also, foreign doctrine and foreign court decisions related to the subject are included.

Keywords

Bodily damages, violation of bodily integrity, types of lawsuits, unquantified claim, partial lawsuit, declaratory lawsuit, amendment of judgment

GİRİŞ

Türk, Alman ve İsviçre tazminat hukukunda zararın birliği ilkesi kabul edilmiştir. Bu ilkenin kabul edilmesinin birtakım 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 hükmedilir¹. Bu ilkeye göre mevcut ve gelecekteki tüm zararlar için tek bir dava sebebi vardır. Konusu, tarafları ve sebebi aynı olan zarar kalemlerinin gerçekleşme zamanlarına göre talep edilmesi, duruma göre kesin hüküm engeline takılabilir. Örneğin, açılan davada tedavi giderleri istendiğinde bu zarar kalemi bakımından hâkim, mevcut ve henüz gerçekleşmemiş, ancak gerçekleşmesine kesin olarak bakılan; fakat miktarı kesin olarak belirlenemeyen tedavi giderlerini birlikte değerlendirip zararı belirleyecektir. Gelecekteki tedavi giderleri gerçekleştiğinde, daha önce verilen karardakinden daha fazla bir zararın gerçekleştiğinden bahisle yeni bir dava açılması kesin hüküm engeline takılır. Örnekte görüldüğü üzere, bu ilke zarar gören açısından gelecekteki zarar için yapılan belirlemenin daha az doğruluğa sahip olması nedeniyle davacının zararının tam olarak tazmin edilememesi sonucunu doğurabilir². Zararın birliği ilkesiyle aynı dava sebebiyle oluşmuş gelecekteki zararlar şimdiden tazmin edilir. Bedensel zarar kalemleri incelendiğinde yapılan tamamlanmış tedavi giderleri ve hali hazırdaki kazanç kayıpları mevcut zararı oluştururken müstakbel tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması nedeniyle oluşacak gelir kayıpları ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar gelecekteki zararı oluşturur. Gelecekteki zararlar mevcut zararlarla birlikte aynı fiilden doğduğu için bu ilkeye göre tek bir tazminata hükmedilmesi gerekir.

Gelecekteki zararlar için zamanaşımı süresi zararın birliği ilkesi gereği mevcut zararların zamanaşımı süresinin başlangıcı ile aynıdır. Zamanaşımı

¹ **Geiß**, Karlman/**Geiner**, Hans-Peter: Artzhaftpflichtrecht, 7. Baskı, Münih 2014, Rn. 10; **Gül**, İbrahim: “Zararın Birliği İlkesi ve Sonuçları”, TBBD, Ocak 2019, S. 140, s. 226.

² **Gül**, s. 230. “Zararın birliği ilkesinin taraflar bakımından avantajları da vardır. Bu ilke sayesinde davaların ebediyen devam etmemiş olur ve bir yargılama sonucunda olayın hukuken kapanır. Sorunun hukuken kapanmasının mağdur için yararı, verilen tazminatla zararını karşılayan veya yarasını iyileştiren mağdurun bu tazminatla yaşamını devam ettirmesidir. Zarar veren açısından sorunun hukuken kapanmasının yararı ise davanın sonuçlanmasıyla zarar verenin finansal açığının ortaya çıkması ve mağdura karşı sorumluluğunun getirdiği gelecekteki belirsizlik olmaksızın gelecek planını yapabilmesidir” (**Gül**, s. 230).

süresinin başlaması için aranan zararı öğrenme olgusu, zararın kapsamının öğrenilmesi ile aynı anlama gelmez³. Bu yüzden zamanaşımı süresinin başlaması için zararın öğrenilmesi yeterli olup ayrıca zararın miktar ve kapsamına dair bilgi edinilmesi gerekmez. Beden bütünlüğünün ihlali sonucunda gerçekleşmesi beklenen gelecekteki zararlar, öngörülebilmesi kaydıyla yeni bir zamanaşımı süresine tabi değildir. Ancak tıbbi olarak öngörülemeyen ve beklentilerin dışında gerçekleşen sonraki zararlar için öğrenme olgusuna bağlı olan zamanaşımı işlemeye başlamaz⁴. Öngörülemeyen zararlar için öğrenme olgusuna bağlı zamanaşımı süresinin, zarar görenin kendisinin somut zararın oluşma ihtimalini ve zarar verici fiil ile nedensellik bağımlı öğrenmesinden itibaren başlayacağı ifade edilmiştir⁵. Ancak önemle belirtmek gerekir ki öngörülemeyen zararlarda öğrenme olgusuna bağlı zamanaşımı süresi işlemeye başlamasa da fiilin işlendiği tarihe bağlı on yıllık zamanaşımı süresi işlemeye başlar⁶.

Henüz gerçekleşmese de aynı fiilin sebep olduğu gelecekte oluşacak zararın gerçekleşme ihtimalinin ve fiil ile olan nedensellik bağımlı zarar gören tarafından öğrenilmesiyle birlikte öngörülebilir gelecekteki zararlar için de zamanaşımı süresi işlemeye başlar. Ancak gelecekteki zarar, zararın hesap anından daha sonraki bir tarihte gerçekleşeceğinden bu zarar kesin olarak hesap edilemez. Bu sebeple beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle oluşan örneğin, çalışma gücü kaybının neden olduğu gelir yoksunluğu miktarının kesin olarak hesaplanması ve tam olarak ispatı mümkün değildir. Bu durum ise mevcut zararlara oranla gelecekteki zararların daha az doğruluğa sahip olması sonucunu doğurur⁷. Bu zararların mevcut zararlarla birlikte talep edilmesi durumunda gelecekteki 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

³ **Geiß/Geiner**, Rn. 10; BGH, NJW 2011, 1799; BGH, VersR 1983, 735; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

⁴ **Geiß/Geiner**, Rn. 10; BGH, NJW 2000,861; BGH, NJW 1997,2448; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

⁵ **Geiß/Geiner**, Rn. 10.

⁶ **Havutçu**, Ayşe: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S., 2010, (Basım Yılı: 2012), s. 585. Üst zamanaşımı süresinin başlamasının neden olduğu mağduriyetlerin ortadan kaldırılması amacıyla Almanya’da beden bütünlüğünün ihlalinin doğan tazminat davaları için üst zamanaşımı süresi 30 yıl olarak öngörülmüştür (BGB § 199 II).

⁷ **Gül**, s. 231-235.

edememe riski ile karşı karşıyadır. Yabancı hukuk doktrininde zarar görenin usul hukuku enstrümanlarını kullanarak bu riskleri bertaraf edebileceği ifade edilmiştir⁸.

Aşağıda bedensel zararın niteliği nedeniyle davacı aleyhine oluşan yukarıda belirttiğimiz bu risklerin hangi dava türleri ile nasıl bertaraf edilebileceği incelenecektir.

A. Maddi Tazminat Talepleri Bakımından Değerlendirme

1. Belirsiz Alacak Davası

Belirsiz alacak davasının açılabilirdiği durumlardan biri de alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği davalardır. Alacak miktarının hâkimin takdir yetkisine göre belirlendiği durumlar için açılan belirsiz alacak davasına dar anlamda belirsiz alacak davası denilmektedir⁹. Gerçi bu konu hakkında belirsiz alacak davasının düzenlendiği 107. maddede açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak doktrinde alacağın miktarının hâkimin takdir yetkisine bağlı olarak belirlendiği durumlarda belirsiz alacak davası açılabileceği kabul edilmektedir¹⁰.

Kanun metninde açıkça ya da örtülü olarak hâkime takdir yetkisi tanınmadıkça hâkim takdir yetkisini kullanamaz. Türk Borçlar Kanunu'nun 51. maddesinin 1. fıkrasına göre "*hâkim tazminatın kapsamını ve ödenme biçimini, durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak belirler*" hükmü yer almaktadır. Yine haksız fiil nedeniyle açılan tazminat davasında zararın ve kusurun varlığı, miktar ve oranlarını tespit etme konusunda da hâkime koşul vakıalar bakımından takdir yetkisi tanınmıştır. Ayrıca manevi zararın varlığı ve manevi tazminatın miktarı bakımından hâkime tanınan takdir yetkisi hem koşul vakıa hem de hukuki sonuca ilişkindir. Hâkime verilmiş olan bu takdir yetkisi, yetkinin kullanılması bakımından hâkime bir serbesti tanımayıp bu yetkiyi kullanma konusunda hâkimi yü-

⁸ **Stamm**, Jürgen: "Die Geltendmachung Personenschäden im Deutchen Zivilprozessrecht", Türkiye Barolar Birliği Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Uluslararası Kongre, C. 2, Ankara, 2016, s. 198.

⁹ **Loosli**, Peter: Die unbezifferte Forderungsklage, Zürich 1978. s. 11; **Simil**, Cem: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013. 149.

¹⁰ **Meier**, Isaak: "Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos", HAVE Haftpflichtprozess, 2010, s. 21; **Loosli**, s. 11; **Pekcantez**, Hakan: Pekcantez Usûl, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017. s. 1028; **Simil**, s. 149.

kümlü kılmıştır¹¹. Haksız fiilden doğan tazminat taleplerinde zarar miktarının tam olarak ispat edilemediği durumlarda zarar miktarının hakkaniyete göre belirleneceği ifade edilmiştir (TBK m. 50/2). Bu hükmün Alman ve İsviçre kanunlarında da karşılığı bulunmaktadır¹².

Yukarıda yer verdiğimiz hükümler, bu davalarda belirsiz alacak davası açılmasını sağlayan maddi dayanakları teşkil eder. Bu hükümlere göre tazminat alacağı, haksız fiilin unsurlarının meydana gelmesiyle beraber doğar, ancak tazminat alacağının miktarı hâkimin takdiri ile belirlenir. Zararın miktarını kesin olarak belirleyemeyen ve tam olarak ispatlayamayan davacının hâkimin takdir yetkisini nasıl kullanacağını bilmesi ve talep sonucunu rakamsal olarak buna göre belirlemesi mümkün değildir. Alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda davacıdan dava açarken talebinin miktarını belirlemesi beklenemediği gibi manevi tazminat miktarı da hâkimin takdiri ile belirlendiğinden bu davaların da belirsiz alacak davası şeklinde açılabileceği ifade edilmiştir¹³.

Davacının alacağının miktarını hâkimin takdir yetkisine göre belirlediği durumlarda yargılama sırasında talep edilen miktarın belirlenmesinden tamamen muaf tutulması gerektiği ifade edilmiştir¹⁴. Ancak davacının bu muafiyetten yararlanabilmesi için davacının talep sonucunu belirleyememe durumunun delillerin incelenmesinden veya karşı tarafın elindeki bilgi ve belgeleri vermesinden sonra da devam etmesi şartı aranmaktadır. Eğer delillerin incelenmesinden ve bilgi ve belgelerin verilmesinden sonra talep miktarı belirlenebilecek hale gelmişse davacı bundan kaçınamaz¹⁵. Söz konusu muafiyet nedeniyle dar anlamda belirsiz alacak davası diğer belirsiz alacak davası türlerinden farklılık göstermektedir. Çünkü hüküm verilene kadar hâkimin takdirini ne yönde kullanacağı ve alacağın miktarını ne şekilde tayin edeceği belirlenemediğinden yargılama sırasında davacıdan talebini artırması istenemez.

¹¹ **Edis**, Seyfullah: "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1-4, 1977, s. 172.

¹² Bkz. Alman Usul Kanunu (ZPO) §287; İsviçre Borçlar Kanunu (OR) Art. 42/2.

¹³ **Nomer**, Haluk: "Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Açmak Mümkün müdür?", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 2002/1-2, (Kısmi Dava), s. 228; **Simil**, s. 158. Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarına göre manevi tazminat davaları ne belirsiz alacak davasına ne de kısmi davaya elverişlidir. (Y.21.HD. 30.1.2020, 2019/3199, 2010/356, YHGK 13.10.1999 21-684/818; Y4.HD. 18.4.2002, 301/5075; Y.17.HD. 21.6.2016, 2014/7143, 2016/7567, (<http://www.kazanci.com/>), (Erişim Tarihi: 1.7.2020)).

¹⁴ **Loosli**, s. 69; **Meier**, s. 23; **Simil**, s. 158.

¹⁵ **Simil**, s. 158.

Bir görüşe göre belirsiz alacak davasının açılabilmesi hâkimin takdir yetkisinin hükmün koşul vakıasına mı yoksa hukuki sonucuna mı ilişkin olduğu belirlenerek değerlendirilmiştir¹⁶. Bu fikre göre eğer hâkimin takdir yetkisi hükmün koşul vakıasına ilişkin ise bu durumda belirsiz alacak davası açılabilir. Ancak hâkime tanınan takdir yetkisi sadece hükmün hukuki sonucuna ilişkin ise bu durumda belirsiz alacak davası açılmayacaktır. Bu görüşe gerekçe olarak hâkimin hukuki sonuca ilişkin takdir yetkisi ile delillerin incelenmesi sonucunda elde edilecek sonuç arasında bağlantının olmadığı ve hâkimin maddi vakıalara ilişkin takdir yetkisi bulunmaması nedeniyle davacının talep sonucunu belirleyebilecek durumda olduğu ifade edilmiştir¹⁷.

Doktrindeki diğer yazarlar ise takdir yetkisine ilişkin bu ayrımı gereksiz bulmakta, takdir yetkisinin hem hukuki sonuca hem de koşul vakıaya yönelik olması durumlarında belirsiz alacak davasının açılabileceğini kabul etmektedirler. Bu görüşe göre her iki durumda da alacaklının alacak miktarı hâkimin takdirine göre belirlenmektedir, bu yüzden davacıdan hâkimin hukuki sonuca yönelik takdir yetkisini öngörmesi beklenmemelidir¹⁸. Kanaatimizce de bu görüş belirsiz alacak davasının amacına daha uygundur. Çünkü davacı hâkimin takdir yetkisinin hukuki sonuca yönelik olduğu durumlarda da alacak miktarını diğer bir ifade ile tazminat miktarını belirleyebilecek durumda değildir.

TBK m. 50/2 hükmü “*Hâkim olayların akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirler*” ifadeleri ile hâkime koşul vakıaya ilişkin takdir yetkisi vermiştir. Yine TBK m. 56/1 hükmü “*hakim... olayın özelliklerini göz önünde tutarak (koşul vakıanın takdiri), zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir*” (hukuki sonucun takdiri) ifadeleri de hem koşul vakıanın takdirini hem de hukuki sonucun takdirini içermektedir. Bu sebeple manevi tazminat taleplerinde de belirsiz alacak davası açılabilir. Ancak Türk Borçlar Kanunu’nun tazminatın belirlenmesi ve indirilmesine ilişkin hükümlerinde hâkime hukuki sonucun takdiri yüklenmiştir. Zararın belirlenebilir olması sebebiyle TBK m. 50/2 hükmünün uygulanmadığı durumlarda da TBK m. 51 ve 52. hükümlerindeki hukuki sonuca yönelik takdir yetkisi nedeniyle belirsiz alacak davası açılabilir.

¹⁶ Kaufmann, Martin: “Rechtsbegehren zur Regelung der Scheidungsfolgen Die Praxis des Familienrechts”, 4/2011. s. 903.

¹⁷ Kaufmann, s. 903.

¹⁸ Loosli, s. 62; Meier, s. 21; Simil, s. 155.

Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrasının tipik uygulama alanı beden bütünlüğünün ihlalinden doğan tazminat davalarıdır. Zararın kesin olarak ispatlanması imkânsız veya karşı taraftan beklenemez ise zararın meydana geldiğinin ve miktarının hâkim tarafından olayların seyrine göre takdir edilmesi gerekir. Bedensel zarar kalemleri arasında yer alan çalışma gücünün azalmasından doğan kayıplar ile ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların belirlenmesi ile devam eden tedavi giderlerinin tespiti varsayımsal ve karşı olgusal¹⁹ vakıalara dayanır. Varsayımsal ve karşı olgusal vakıaların ise kesin olarak ispatı mümkün değildir. Çünkü bu vakıalar ya gelecekte gerçekleşecektir ya da bu vakıaların gerçekleşmesi zarar verici eylem sebebiyle artık mümkün değildir. Buna göre beden bütünlüğünün ihlalinden doğan tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasının dayanağını Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası teşkil eder.

Zararlardan bir kısmının belirlenebilir bir kısmının ise belirlenemez olması durumunda talep sonucunun belirlenebilir zararlar için kesin miktarı, belirlenemeyen zararlar için ise geçici miktarı içermesi gerekir. Bu durumda talep sonucu kesin ve geçici talep olarak bölünür. Özellikle beden bütünlüğünün ihlalinden doğan tazminat taleplerinde bu durum gündeme gelecektir. Örneğin, mevcut tedavi giderleri ile mevcut kazanç kaybı belirlenebilir zarar kalemleri iken; devam eden tedaviler için ileriki dönemdeki tedavi giderleri, çalışma gücü kaybı, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar, belirlenebilir değildir²⁰.

Alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlar için açılan belirsiz alacak davası ile karşı tarafın verdiği bilgi, belge sonucunda ya da delillerin incelenmesinden sonra belirlendiği durumlarda açılan belirsiz alacak davasında, geçici miktarın artırılması yönünden fark vardır. Alacağın miktarı karşı tarafın verdiği bilgi, belge sonucunda ya da delillerin incelenmesinden sonra belirlenebiliyorsa geçici değer yargılama sırasında artırılması zorunludur. Ancak alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda delillerin incelenmesinden sonra da alacağın belirlenememesi kaydıyla geçici değer yargılama sırasında artırılması gerekmez. Çünkü bu durumlarda alacak hâkim hükmünü verene kadar belirsizdir.

¹⁹ Bu sıfat almanca "kontrafaktisch", İngilizcede ise "counterfactual" olarak ifade edilmekte olup mevcut durumun aksinin gerçekleşmiş olması üzerine meydana gelecek olan anlamına gelmektedir. (https://en.wikipedia.org/wiki/Counterfactual_conditional) (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

²⁰ Meier, s. 30; Loosli, s. 111.

İsviçre hukukunda geçici değer artırılması konusunda sağlanan bu muafiyete rağmen davacının görevli mahkemenin ve yargılama usulünün belirlenebilmesi için mutlaka geçici değer göstermesi gerektiği ifade edilmiştir²¹. Ancak Alman hukukunda haklı sebeplerin varlığı halinde belirsiz alacak davası açan davacının geçici değer göstermesi koşulu dahi aranmamaktadır. Alman hukukunda herhangi bir pozitif düzenlemeye sahip olmayıp çok eski zamana dayanan içtihatlarla²² ve doktrinde hâkim görüş tarafından²³ kabul edilen belirsiz alacak davası için Federal Mahkemenin mevcut uygulaması, davacının geçici değer göstermek zorunda olmadığı yönündedir²⁴. Ancak doktrinde davacının somut olayın özelliğine göre tazminat alacağı için asgari ve azami alacak miktarını gösteren bir aralık ya da yaklaşık değer göstermesi gerektiği ifade edilmiştir²⁵. Tazminat miktarının hakkaniyete göre belirlendiği durumlarda geçici talep sonucu gösteren davacı aslında alacağının tümü hakkında bir karar verilmesini istemektedir. Yargılama sırasında davacıdan hâkimin takdir hakkını nasıl kullanacağını öngörmesi beklenemez. Bu sebeple tahkikat sonuna kadar talep sonucunda kesin değer belirleme gerekliliği tazminat davaları bakımından aranmamalıdır. Böyle bir görüş taleple bağlılık ilkesine de aykırılık teşkil etmez. Davacının dava başında gösterdiği geçici değer asgari talep miktarını ifade etmektedir. Davacı talebi için bir üst

²¹ Loosli, s. 69; Simil, s. 166.

²² RGZ 10, s. 356; RGZ 140, s. 213; RGZ 21, s. 386, 387.

²³ Blomeyer, Arwed: Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Baskı, Berlin, 1985, s. 253; Allgaier, Edwin: “Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen, VersR 1987, s. 31; Gerlach, Jürgen v.: “Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen”, VersR 2000, s. 525-532; Husmann, Johann Hermann: “Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen-Eine Kritik der Rechtsprechung des BGH”, VersR 1985, s. 715-719; Jauernig, Othmar/Hess, Burkhard: Zivilprozessrecht, 30. Baskı, Münih, 2011, s. 163; Musielak, Hans Joachim/Voit, Wolfgang: Grundkurs ZPO, 13. Baskı, Münih 2016, s. 44; Rosenberg Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald Peter: Zivilprozessrecht, 17. Baskı, Münih 2010, s. 523; Roth, Herbert: Stein/Jonas Kommentar zur ZPO, 3. Cilt §§148-270, 23. Baskı, Tübingen 2016, s. 815; Saenger, Ingo: ZPO Hand Kommentar, 4. Baskı, Baden 2011, s. 607; Seiler, Christian: Zivilprozessordnung Kommentar Thomas/Putzo, 40. Baskı, Münih 2019, s. 550.

²⁴ BGH, NJW 1999, s. 1339, 1340; BGH, NJW 1996, s. 2425-2427; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

²⁵ Becker-Eberhard, Ekkehard: Münchener Kommentar Zivilprozessordnung, 4. Baskı, Münih 2013, s. 1458; Jauernig/Hess, s. 163; Musielak/Voit, s. 44, 45; Roth, s. 814; Zimmermann, Walter: Zivilprozessordnung, 9. Baskı, Münster, 2011, s. 486; Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter: Zivilprozessordnung, Cilt 1, 77. Baskı, Münih 2019, s. 1068.

sınır belirlemedikten sonra hâkimin asgari miktarın üzerinde karar vermesi taleple bağıllık ilkesine aykırılık teşkil etmez²⁶.

Doktrinde *Pekcanitez* alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği hallerde 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 halinde hâkimin asgari talep miktarını esas alarak karar vermesi gerekir²⁷.

Beden bütünlüğünün ihlalden doğan maddi ve manevi tazminat davalarında tazminat miktarı ve biçimi hâkimin takdirine göre belirleneceğinden bu belirsizlik hâkim hükmünü verene kadar devam edebilir. Bu yüzden davacının yargılama sırasında davanın başında gösterdiği geçici talebini artırmak zorunda olmaması gerekir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107 maddesinin ikinci fıkrasında *karşı tarafın verdiği bilgi veya tahkikat sonucu alacağın miktarı veya değerinin tam ve kesin olarak belirlenebilmesinin mümkün olduğu anda* davacının, iddianın genişletilmesi yasağına tabi 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 hala belirli değildir.

Yargılama sırasında davacının talebini artırma zorunluluğundan muafiyetin ilk sakıncası kanun yoluna başvuruda kesinlik sınırının belirlenmesinde gündeme gelir. Yargılama sırasında davacının kesin bir değer belirtememesi kanun yoluna başvuruda parasal sınırın belirlenmesinde ilk bakışta tereddüt yaratabilir. Ancak bu tereddüt sadece tazminat miktarını az bulan davacının kanun yoluna başvurmasında gündeme gelir. Çünkü davalı için kesinlik sınırı zaten hâkimin tazminat hükmü ile belirlenecektir. Kanımızca gerekçeli

²⁶ **Terbille**, Michael: "Die Schmerzengeldsteilklage-anwaltliche Pflicht oder risikobehaftet?", *VersR* 2005, s. 42; **Stamm**, s. 205; **Roth**, s. 816, 817; **Seiler**, s. 550; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, s. 1068; **Simil**, s. 172, 173; BGH, NJW 1996, s. 2427; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

²⁷ **Pekcanitez**, *Pekcanitez Usûl*, s. 1044; **Pekcanitez**, Hakan: *Belirsiz Alacak Davası* (HMK m. 107), Ankara, 2011, (Belirsiz Alacak), s. 52. Aynı yönde, **Tanrıver**, Süha: "Bedensel Bütünlüğün İhlalden Kaynaklanan Zararlara İlişkin Olarak Açılacak Olan Davaların Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Öngördüğü Dava Tipolojisi Bağlamında İrdelenmesi" *Yeni Yasal Düzenlemeler Işığında Bedensel Zararların Tazmini Esasları ve Usulü Kongresi*, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara, 2013, s. 345.

karara göre hâkimin takdir hakkını hatalı gören ve tazminat miktarını az bulan davacının kanun yoluna başvurusunda kesinlik sınırı, hükümle belirlenen miktar ile davacının gerekçeli kararı gördükten sonra belirlediği talebi arasındaki farka göre tespit edilebilir.

Doktrinde asgari talep dışında kesin talebin belirlenmediği bir belirsiz alacak davasında mahkeme asgari değerden daha fazlasına hükmettiyse, hükmettiği miktarın kanun yolu başvurusunda esas alınması gerektiği ifade edilmiştir²⁸. Davacının asgari talepten fazlasına hükmedildiği durumda da az bulduğu tazminat miktarı için kanun yoluna başvurma hakkı vardır. Davacının davasının başında belirttiği geçici talep onun sonraki taleplerini sabitleştirmez²⁹. Çünkü geçici talepte davacı, asgari bir miktar belirtmekte; ancak talebi için herhangi bir üst sınırı belirlememektedir.

Yargılama sırasında davacının talebini artırma zorunluluğundan muafiyetin diğer bir sakıncası ise yargılama giderlerini belirleme konusunda gündeme gelir. Ancak kanımızca bu konuda İsviçre Usul Kanunu'nda³⁰ olduğu gibi talep miktarının belirlenmesinin zor ya da alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda yargılama giderlerinin de dava sonucundan bağımsız olarak hâkim tarafından taktiren paylaştırılmasına ilişkin bir düzenleme getirilmelidir.

Maddi zarar olarak devam eden tedavi giderlerini veya ileriki dönemde yapılacak tedavi giderlerini, çalışma gücünü kısmen ya da tamamen kaybetmesi nedeniyle uğradığı kazanç kaybını veya ekonomik geleceğin sarsılması nedeniyle uğradığı kazanç kaybını talep eden davacı talebini rakamsal olarak ifade edemeyecek durumda olsa da talebinin tüm dayanaklarını, zarar miktarının tespitini kolaylaştıran tüm vakıa ve emareleri, talep miktarının hâkim ve/veya bilirkişi tarafından belirlenmesini sağlayacak şekilde dilekçesinde belirtmelidir³¹. İddiasının temelini oluşturan hukuki ilişkiye ve maddi vakıalara ilişkin delilleri mahkemeye sunmak zorundadır³². Aksi

²⁸ **Meier**, s. 29.

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

³⁰ Schw. ZPO Art. 107/1-a. Benzer bir düzenleme Alman Usul Kanunu'nda da mevcuttur. Buna göre alacak miktarının belirlenmesi hâkimin takdiri, bilirkişi incelemesi ya da karşılıklı hesaplaşmaya bağlıysa mahkeme yargılama giderlerini toplu olarak bir tarafça ödenmesine karar verebilir. (ZPO § 92/(2)-2.)

³¹ **Loosli**, s. 124.

³² **Blomeyer**, s. 252; **Greger**, Reinhard: Zöller Zivilprozessordnung, 32. Bası, Köln 2018, s. 745; **Becker-Eberhard**, s. 1458; **Roth**, s. 816; **Zimmermann**, s. 487; **Seiler**, s. 550; **Assmann**, Dorothea: Wiczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Cilt, 4. Baskı, Berlin 2015, s. 110.

durumda davalının savunma yapması, delil göstermesi ve karşı iddia ve ispat faaliyetinde bulunması mümkün olmayacağından; davalı hukuki dinlenilme hakkını gereği gibi kullanamaz³³.

2. Hâkimin Hükmü Değiştirme Yetkisi

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 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 halinde dava açılması durumlarında belirsiz alacak davası ihtiyaca cevap vermez. Bu tür durumlarda hâkimin Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesindeki imkânı kullanarak hükmü değiştirme hakkını saklı tutması gerekir. Bu hükmü 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 doktrinindeki haklı eleştiriler dikkate alınarak kesinleşme tarihi olarak değiştirilmiştir³⁴. Bir başka deyişle beden bütünlüğünün ihlalinin sonuçları hükmün verildiği tarihte yeterli kesinlik ile tespit edilemiyorsa hâkim hükmün kesinleşmesinden itibaren hesap edilmek üzere iki yıla kadar hükmün değiştirilmesini saklı tutabilir. Hükmün saklı tutulmasından sonra verilen kararın mevcut duruma uyarlanması için açılan dava değişiklik davası olacaktır.

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

³³ **Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara, 2003, (Hukuki Dinlenilme Hakkı), s. 91; **Simil**, s. 137.

³⁴ **Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Alttop**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul, 1993, s. 618; **Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015, s. 441; **Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, İstanbul 2017, s. 133; **Antalya**, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 782.

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 sağlanır³⁵.

Beden bütünlüğünün ihlali neticesinde ortaya çıkan sağlık sorunlarının zaman içerisindeki seyrinin, tedavide ortaya çıkacak yeni yöntemlerin ve bu yöntemlerin maliyetlerinin ve geçici kazanç kaybının süresinin kesin bir şekilde bilinemiyor olması durumlarında bu düzenlemeye başvurma ihtiyacı doğar³⁶. Sadece maddi zararlar için değil ayrıca manevi zararlar için de uygulanabilir³⁷.

Belirtmek gerekir ki hâkimin değiştirme yetkisini saklı tutabilmesi için tarafların talebine gerek yoktur. Çünkü bu yetki hâkime hükmü değiştirme yetkisi olarak kanun tarafından verilmiştir. Taraflar saklı tutma hükmünün uygulanmasını hâkimden talep etmemiş olsalar bile zararın belirlenmesi tam olarak mümkün değilse hâkim bu yetkisini kendiliğinden saklı tutabilir³⁸. Ancak hâkim hükmü değiştirme yetkisini kendiliğinden saklı tutmuş olsa bile hükmün değiştirilebilmesi için hükmün değiştirilmesinde hukuki yararı olan tarafın değişiklik davası açması gerekir. Ayrıca hâkim hükmü değiştirme hakkını taraflardan bir tanesi lehine olmak kaydıyla da saklı tutabilir³⁹. 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 halinde hüküm kesinleştiği için davalının başvurabileceği hiçbir hukuki yol bulunmamaktadır. Buna karşı yine hâkim saklı tutma yetkisinin kullanmamış ve davacı da bedensel zararının arttığı iddiasında ise değişiklik davası açamasa da şartların varlığı halinde yeni bir tazminat davası açabilir.

³⁵ **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegang**, Wolfgang: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I Art. 1-529, 2. Baskı, Basel-Frankfurt, 1996, s. 379; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 1099; **Leipold**, Dieter: “Abänderungsklage und Rechtskraft, Festschrift für Rainer Frank zum Geburtstag am 14. Juli 2008, Berlin, 2008, s. 188; **Nomer**, Haluk: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul, 1996, s. 10; **Kırtıloğlu**, Serhat: Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara, 2014, s. 18, 19.

³⁶ **Kırtıloğlu**, s. 278.

³⁷ **Honsell/Vogt/Wiegang**, s. 380.

³⁸ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 618; **Oğuzman/Öz**, s. 133, 134; **Kırtıloğlu**, s. 277.

³⁹ **Honsell/Vogt/Wiegang**, s. 379.

Zararın birliği ilkesi öngörülebilir müstakbel zararlar için uygulama alanı bulduğundan sonradan ortaya çıkan zararlar, davanın açıldığı sırada öngörülemediği sürece bu ilke kapsamına girmez; sonradan ortaya çıkan öngörülemeyen zararlar yeni vakia olarak değerlendirilerek ek davaya konu olabilir. 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 davası açılabilir. Ancak bu dava ek bir tazminat davası olup değişiklik davası olarak nitelendirilmez⁴⁰.

Uygulamada Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülen hâkimin hükmü değiştirme imkânı fazla bilinmemekte bu sebeple uygulama örneklerine rastlanmamaktadır. Hâkimin bedensel zararın akıbetine ilişkin olarak belirsizlik durumlarında hükmü değiştirme hakkını kullanması adil yargılanma hakkı bakımından elzendir. Ancak dikkat edilirse hükmü değiştirme hakkı iki yıl ile sınırlandırılmıştır. Bu süre kanaatimizce bazı bedensel zararlar bakımından yeterli bir süre değildir. Hâkimin bu yetkisini kullanmama ihtimaline karşı ve belirtilen iki yıllık sürenin zararın belirlenebilmesi açısından yeterli olmadığı durumlar için kanımızca davacının kullanabileceği usul hukuku enstrümanı aşağıda açıklanacağı üzere kısmi dava ve tespit davası kombinasyonudur.

3. Kısmi Dava

Tek ve aynı iddianın özel bir sebebi yokken tekrar dava konusu edilmesi yasaktır. Masraf ve zaman kaybı dikkate alındığında belirli bir uyumsuzluktan 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 uyumsuzluk için maddi anlamda kesin sınırlar çizmek mümkün değildir. Dava sebebi ve kesin hüküm kavramına sınırlar çizmek hukukun görevidir⁴¹.

Davacının aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan tüm alacağını tek bir dava ile talep etmek yerine kısmi olarak istemesinin nedenlerinden ilki yargılama masraflarından tasarruf etmektir. Az masrafla açılan kısmi davanın kazanıl-

⁴⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 618, 619; Kırtıloğlu, s. 279.

⁴¹ Budak, Ali Cem: Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1991, s. 2.

masından sonra davalının kalan kısmı iradi olarak ödeyeceği düşüncesi, yargılamanın hızlandırılmak istenmesi, dava konusu uyuşmazlığın karmaşıklığı ve ispat konusunda yaşanan sıkıntılar sebebiyle de kısmi dava açılmaktadır⁴². Bunun haricinde davacı alacağının gerçek miktarı konusunda yanılarak bakiye alacağının bulunduğunu bilmeden de kısmi dava açabilir. Bir davanın kısmi dava olarak nitelendirilebilmesi için bu nitelendirmenin mutlaka davacı tarafından yapılması şart değildir⁴³. Davacının kısmi dava açma iradesinden bağımsız olarak aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan alacağın tamamının değil sadece belirli bir bölümünün dava edilmesi kısmi davadır⁴⁴.

Kısmi dava açılabilmesi için ilk şart dava konusu edilmek istenen edimin bölünebilir olmasıdır⁴⁵. Bir talebin bölünebilirliği ise maddi hukuka göre belirlenir⁴⁶. Maddi hukuka göre niteliğinde bir değişiklik ve değerinde esaslı bir azalma olmadan parçalara ayrılabilen edimler bölünebilir edimlerdir. Bu durumda cins borçları bölünebilir niteliktedir. Diğer bir şart ise aynı hukuki ilişkiden doğmuş muaccel bir alacağın bir bölümünün dava edilmiş olmasıdır. Diğer bir ifade ile aynı hukuki ilişkiden doğmuş alacağın tamamı hukuken talep edilebilir olmalıdır⁴⁷.

Doktrinde kısmi dava çeşitli ayrımlara⁴⁸ tabi tutulsa da biz İsviçre doktrininde ifade edilen gerçek-gerçek olmayan kısmi dava ayrımına konumuz açısından önemi nedeniyle değineceğiz. Bu ayrıma göre gerçek kısmi 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 kısmi davadır. Gerçek olmayan kısmi davada ise aynı hukuki ilişkiden kaynaklanan birden fazla alacak kaleminin sadece birinin dava edilmesidir. Tazminat davalarındaki zarar kalemlerinin hepsi yerine somut olarak belirtilmiş birkaçı için açılan dava, gerçek olmayan kısmi davaya örnek olarak gösterilebilir. Tüm alacak içinde belli bir meblağ talep edilerek açılan gerçek olmayan kısmi davadaki talep ferdileştirilmiş,

⁴² **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1000; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, 1980 Ankara, s. 1520; **Akil**, Cenk: Kısmî Dava, Ankara, 2013, s. 64, 65; **Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019 s. 145.

⁴³ **Roth**, s. 799; **Akil**, s. 107, 108.

⁴⁴ **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 1000; **Akil**, s. 63.

⁴⁵ BGH, NJW 1962, s. 1203, 1204; **Akil**, s. 65.

⁴⁶ **Akil**, s. 66.

⁴⁷ **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 991; **Akil**, s. 68, 69.

⁴⁸ Kısmi dava türleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akil**, s. 106-112.

nitel ve somuttur⁴⁹. Bu ayırım, kısmi davada verilen hükmün sonradan açılacak ek davaya etkisinde pratik öneme sahiptir.

Beden bütünlüğünün ihlalden 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 kısmi dava ile sağlanabilir. Diğer bir ifade ile davacı davasını mevcut zararlar ile öngörülebilir ve sonuçları hesaplanabilir müstakbel zararlar için açmalıdır. Davacının açtığı bu dava kanımızca gerçek olmayan kısmi dava niteliğindedir. Henüz meydana gelmemiş ancak gelecekte meydana geleceği öngörülen fakat yol açacağı sonuçlar hakkında olayların olağan seyrine göre yapılacak tahminin güvenilirliği konusunda endişe duyulan hallerde bu zarar kalemleri tazminat hükmünün gerçeğe uygunluğunu sağlamak amacıyla talep dışında bırakılabilir. Ancak bu durumda davacı talep dışı bıraktığı öngörülebilir ancak sonuçları kestirilemeyen zararlar bakımından zamanaşımı riski ile karşılaşır. Çünkü kısmi dava ile talep dışında bırakılan kesim için zamanaşımı kesilmez. Bu risk ise aşağıda açıklanacağı üzere başka bir usul hukuku enstrümanı olan tespit davası ile aşılr.

4. Tespit Davası

Tespit davasının açılabilmesi için genel dava şartlarından başka hukuki ilişki ve hukuki yarar şartı olmak üzere iki özel dava şartına daha ihtiyaç vardır⁵⁰. Eda ve inşai davalarda hukuki yararın olduğu karine olarak kabul edilirken; tespit davasında davacı bu davayı açmakta hukuki yararı olduğunu iddia ve ispat etmek zorundadır⁵¹. Davacının bir hakkının güncel bir tehlike ile tehdit edilmesi sebebiyle hukuki durumu tereddüt içinde olur ve tespit hükmü bu tereddüdü ortadan kaldırmaya elverişli ise davacının tespit davası açmasında hukuki yararının olduğu kabul edilir. Davacının hakkının güncel bir tehlike ile tehdidi çoğu zaman davalının hal ve hareketleri ile meydana gelse de bazen bu tehlike davalıdan bağımsız olarak da meydana gelebilir. Zamanaşımının kesilmesi için açılan tespit davaları bu son duruma örnek

⁴⁹ Emmel, Frank: "Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungswiderklage" BJM 2012, s. 64, 65.

⁵⁰ Kuru, Baki / Budak, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. Baki, Ankara 2010, s. 80.

⁵¹ Kuru/Budak, s. 88. Ancak tespit davasının özel olarak bir kanun hükmü ile düzenlendiği hallerde hukuki yararın iddia ve ispatı gerekmez (Kuru/Budak, s. 88).

gösterilebilir⁵². Zamanaşımı tehdidini bertaraf etmek amacı her zaman tespit davası için bir hukuki yarar teşkil eder⁵³.

Eda davası açılabilen hallerde kural olarak tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur. Çünkü eda davası tespit davasına nazaran daha kapsamlı bir hukuki koruma sağlamaktadır⁵⁴. Ancak özellikle haksız fiilden kaynaklanan tazminat davalarında zararın belirlenen kesimi için kısmi eda davası açılması mümkün olsa da kısa zamanaşımını kesmek maksadıyla haksız fiili ve haksız fiilden kaynaklanan tazminat yükümlülüğünü tespit ettirmek için bütün hukuki ilişki hakkında bir tespit davası açılabilir. Bu şekilde mevcut zararlar için eda hükmü elde edilirken müstakbel zararların dava tarihinde miktarının tam olarak hesap edilememesi nedeniyle zarar miktarına ilişkin bir inceleme yapılmaksızın davalının mevcut zararlarla birlikte müstakbel zararlardan da sorumlu olduğuna ilişkin tespit kararı elde edilir. Bu durumda bütün zararın miktarı tam olarak tespit edilemediği için ancak hukuki ilişkinin bir kısmı hakkında eda davası açılabilen hallerde hukuki ilişkinin tamamını kapsamak üzere bir tespit davası açılabilirdir⁵⁵. Ancak bunun için davacının bu konudaki özel menfaatini iddia ve ispat etmesi gerekir⁵⁶.

Kural olarak haksız fiil sebebine dayanan gelecekte meydana gelecek olan zarara ilişkin alacağın tespiti için dava açılmaz. Çünkü tespit davası hemen açılmadığı takdirde davacının zarar göreceğinden bahsedilemez. Zararın birliği ilkesi gereği bir zararın tazmin edilebilmesi için onun gerçekleşmiş olmasına gerek yoktur. Aynı fiilden doğan mevcut, müstakbel tüm zararlar talep edilebilir. Ancak bazı bedensel zararların niteliği gereği bu zararlar bakımından bir ayırım yapmak zorunludur. Burada zararı meydana getiren olgu gerçekleşmiş olsa da gelecekte ortaya çıkacak zarar miktarının belirlenmesinde güçlük vardır⁵⁷.

Bedensel zarara ilişkin açılan tazminat davası mevcut zararlara yönelik açılmışsa sonradan meydana gelen zararlar değerlendirilmez. Davanın açıl-

⁵² **Kuru/Budak**, s. 96; **Roth**, s. 909, 910; **Stamm**, s. 181.

⁵³ **Stamm**, s. 2002; **Greger**, s. 756, 757; **Becker-Eberhard**, s. 1503; **Gerlach**, s. 525.

⁵⁴ **Ansay**, Sabri Şakir: "Tesbit Davaları", *Adalet Dergisi* 1940, S. 2, s. 80; **Kuru/Budak**, s. 127.

⁵⁵ **Ansay**, Sabri Şakir: *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, Ankara, 1956 (Usul), s. 224; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 604; **Wieser**, Eberhard: *Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß*, Bielefeld, 1971, s. 154, 155.

⁵⁶ **Postacıoğlu**, İlhan Ethem: *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, İstanbul, 1962, s. 258-260.

⁵⁷ **Kuru/Budak**, s. 98; **Roth**, s. 907-909.

masından sonra meydana gelecek, tıbbi uzmanlar tarafından öngörülen müstakbel zararlar için tespit davasının açılabilmesi ifade edilmiştir. Aynı fiil sonucu oluşacak gelecekteki zarar nedeniyle zarar verenin sorumluluğunun tespitine ilişkin talep, davanın açılmasından sonra meydana gelecek talepleri kapsar. Burada tespiti istenen husus müstakbel zararlar bakımında da davalının sorumlu olduğudur. Yoksa belirsiz alacak davasının kabul edildiği bir sistemde müstakbel zarar miktarına ilişkin bir tespit hükmü istenmesinde hukuki yarar yoktur. Türk medeni usul hukuku doktrininde 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 edilir⁵⁸.

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 hukuki yarar yoktur⁵⁹. Yazarlara göre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinin 3 fıkrasında yer alan "kısmi eda davasının açılabilmesi hallerde tespit davası da açılabilir ve bu durumda hukuki yararın var olduğu kabul edilir" ifadesi yerinde değildir. Çünkü belirsiz alacak davasına cevaz veren bir sistemde miktarı belli olmayan alacaklar bakımından tespit davası açılmasında hukuki yarar yoktur⁶⁰. Kanımızca bu şekilde genel bir yasak koymak uygun değildir. Çünkü özellikle bazı bedensel zararalarda olduğu gibi dava belirsiz alacak davası şeklinde açılmış olsa dahi hüküm tarihinde hala belirlenemeyen ve sonuçları tam olarak tespit edilemeyecek durumda olan zararlar söz konusu olabilir. Bu durumda belirsiz alacak davası dahi davacının belirsizlik riskini ortadan kaldıramaz. Davacının hüküm tarihinde dahi belirlenemeyen gerçekleşmesi öngörülebilir müstakbel zararlar bakımından da davalının sorumlu olduğunun tespitinde hukuki yararı vardır.

Davacının zamanaşımı ve zarar kapsamındaki belirsizlik riski altında olması sebebiyle davacının 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 kaldırılabilir niteliktedir.

⁵⁸ **Kuru/Budak**, s. 146; **Ansay**, s. 224; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 604; **Wieser**, s. 154, 155.

⁵⁹ **Kuru/Budak**, s. 148.

⁶⁰ **Kuru/Budak**, s. 149.

Mevcut zararlar için kısmi eda davasına ek olarak müstakbel öngörülebilir zararlar için zararlar gerçekleştiikten sonra ayrı bir eda davası açılması hukuken mümkün olsa da bu imkân zamanaşımı riskini ortadan kaldırmayacaktır. Bu sebeple usul ekonomisi ilkesi gereği kabul edilen tespit davasının ikincilliği ilkesi, yani eda davası açılabilecek hallerde tespit davası açılmayacağına ilişkin kural burada uygulama alanı bulmaz. Çünkü kısmi eda davası davacının zamanaşımı tehdidini ortadan kaldıracak nitelikte değildir. Bu durum aynı zamanda öngörülebilir müstakbel zararlar için tespit davasının hukuken kabul edilebilir olduğunun da bir göstergesidir.

B. Manevi Tazminat Talepleri Bakımından Değerlendirme

1. Belirsiz Alacak Davasına Konu Olması

Manevi tazminat talebinin miktarının belirlenmesi davacı için ciddi bir ikilem yaratır. Manevi zararlar durumunda hükmedilecek tazminat tutarı belli kriterlere göre hâkimin takdirine göre belirlenir. Dava açarken belli bir miktar belirtmek zorunda olan davacı ancak çok kapsamlı manevi tazminat tablolarının bulunmasıyla belli tahminlerde bulunabilir. Buna rağmen bu tahmin çoğu durumda tam olarak doğru olamayacaktır. Davacı manevi tazminat olarak düşük bir miktar isterse taleple bağlılık kuralı gereği sadece istediği kısım kadarıyla hüküm elde eder. Diğer taraftan dava dilekçesinde belirttiği tazminat miktarı yüksek olursa bu durumda da talebinin reddedilen kısmı için yargılama giderlerini yüklenme tehdidi altındadır.

Alman hukuk doktrininde davacının manevi tazminat talebini dava açarken belirleyememesi probleminde ilişkin olarak dava türleri açısından Alman Usul Kanunu'nun (ZPO) işe yarar bir çözüm konsepti sunmadığı belirtilmiştir. Bu bağlamda dava dilekçesinde belirli bir miktar belirtme zorunluluğuna hâkimin hukuk yaratma yetkisi içinde manevi tazminat talepleri açısından yazılı olmayan bir istisna tanınması gerektiği ifade edilmiştir. Bu sebeple Alman ZPO § 253 II Nr. 2'de davacının kabul edilemez yargılama gideri riskini azaltıcı bir hukuki düzenleme yapılması gerektiği vurgulanmıştır⁶¹.

Alman Federal Mahkemesi'nin kabulüne göre Türk ve 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 ihlal sonucu çok

⁶¹ **Stamm**, s. 203.

düşük bir manevi tazminat kararında bile uyuşmazlığın tüm maliyeti davaya yükletilecektir. Alman Federal Mahkemesi geçici talep gösterilmesi zorunluluğunu aramazken Alman doktrininde tazminat talebinin dava dilekçesinde miktar olarak belirtilememesi sorunu için “bant aralığı çözümü” (*bandbreitenlösung*) kabul edilmiştir. Buna göre davacı ileri sürdüğü manevi tazminat miktarının yaklaşık büyüklüğünü esasa ilişkin yaptığı açıklamalar çerçevesinde belirlemelidir⁶². 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 koridorun altında kalması durumunda davanın da yargılama giderlerine katılması gerekir. Ancak bu durumda dahi hâkim, Alman ZPO § 92 II Nr. 2 hükmüne göre tüm yargılama giderlerinin davalı tarafından karşılanmasına karar verebilir. Alman ZPO § 92 II düzenlemesi davanın kısmen kabulünde hâkimin tüm yargılama giderlerini belli durumlarda taraflardan birine yükleyebileceğine ilişkindir. Bu durumlardan biri talep miktarının hâkimin takdir yetkisi ile tayin edilecek olmasıdır. Manevi tazminata ilişkin yaklaşık miktar belirlenirken anlaşılabilir bir hesaplama hatası yapılmışsa bu hüküm davacının yararına olacak şekilde uygulanabilir⁶³.

Alman ve İsviçre hukukunda manevi tazminat talepleri için belirsiz alacak davası açılabilmesi tartışmasız olarak kabul edilmektedir. Türk öğretisinde ise durum tartışmalıdır. Bir kısım yazarlara göre manevi tazminat talepleri belirsiz alacak davası açılabilir. Çünkü davacının hâkimin takdir yetkisini ne şekilde kullanacağını öngörmesi beklenemez. Belirsiz alacak davasının açılabilmesi durumlardan biri de alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği davalardır. Manevi tazminat davaları ise takdir yetkisinin en bariz örneklerinden biridir⁶⁴. Bazı yazarlar ise manevi tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmayacağını, davacının hâkimin hayat tecrübelerine göre kabul edebileceği talep miktarını öngörmesi ve makul bir talep miktarı ile davasını açması gerektiğini ileri sürmüşlerdir⁶⁵. Ancak

⁶² BGH, VersR 1974, 1183; BGH, NJW 1982, 340; BGH, VersR 1983, 151; BGH, VersR 1983, 1161, BGH, VersR 1984, 540; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019); **Stamm**, s. 204, 205.

⁶³ **Stamm**, s. 205, dn. 28; **Mertins**, Wolfgang: “Der unbezifferte Klageantrag – und kein Ende?“, VersR 2006, s. 49; **Greger**, s. 745; **Becker-Eberhard**, s. 1460.

⁶⁴ **Pekcanitez**, Pekcanitez Usûl, s. 1028; **Kulaksız**, Cengiz: Die Teilklage im deutschen und türkischen Zivilprozessrecht, Frankfurt 2004, s. 73; **Simil**, s. 376.

⁶⁵ **Budak**, Ali Cem: “Belirsiz Alacak Davası”, Bankacılar Dergisi, Ocak, 2013, (Belirsiz Alacak), s. 84. Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına göre manevi tazminat davaları ne

manevi tazminat davalarının kural olarak belirsiz alacak davası şeklinde açılmayacağını düşünen yazarlar dahi beden bütünlüğünün ihlali nedeniyle açılan tazminat davaları için bir istisna getirmektedirler. Bu istisnaya göre zarar gelişmekte olan bir zararsa ve sonuçları öngörülemiyorsa bu durumda manevi tazminat davası belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir⁶⁶. Ancak belirtmek gerekir ki bedensel zararın niteliği gereği zararın sonuçları yargılama sürecinde ve hüküm aşamasında dahi belirlenebilir hale gelmeyebilir. Bu ihtimal için manevi 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 kullanması (TBK m. 75) veya alacaklının manevi tazminat davasını kısmi olarak açıp meydana gelmesi öngörülebilir ancak sonuçları kestirilemeyen zararlar için ek dava açması.

2. Kısmi Davaya Konu Olması

Daha önce de belirtildiği üzere bir edimin kısmi davaya konu edilebilmesi için onun bölünebilir nitelikte olması gerekir. Bölünebilirlik ile kastedilen edimin niteliğinde ve değerinde eksilme olmaksızın kısmen ifasının mümkün olmasıdır⁶⁷.

Doktrinde⁶⁸ ve yargı kararlarında⁶⁹ manevi tazminatın tekliği ve bütünlüğü ilkesi gereği talebin bölünemeyeceği, bu yüzden de kısmi dava olarak açılmayacağı ve ıslah yolu ile manevi tazminat talebinin artırılamayacağı ifade edilmiştir⁷⁰. Bu görüşe göre acı ve elemi bölünerek parça parça talep

belirsiz alacak davasına ne de kısmi davaya elverişlidir. (Y.21.HD. 30.1.2020, 2019/3199, 2010/356, YHGK 13.10.1999 21-684/818; Y4.HD. 18.4.2002, 301/5075; Y.17.HD. 21.6.2016, 2014/7143, 2016/7567, (<http://www.kazanci.com/>), (Erişim Tarihi: 1.7.2020)).

⁶⁶ **Budak**, Belirsiz Alacak, s. 85.

⁶⁷ **Tanrıver**, Süha: “Kısmi Dava Üzerine Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, 2008, (Kısmi Dava), s.851; **Nomer**, Haluk: “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün Müdür?”, İÜFHM, C. LVIII, S. 1-2, 2000, (Kısmi), s. 223; **Pekcanitez**, Pekcanitez Usul, s. 991; **Akil**, s. 65.

⁶⁸ **Kuru**, Usul II, s. 1523; **Tanrıver**, Kısmi Dava, s. 865; **Yılmaz**, Ejder: Islah, 4. Bası, Ankara 2013, s. 237; **Akil**, s. 258-260.

⁶⁹ Y.13.HD. 19.9.2019, 2016/28081, 2019/8578; Y.21.HD. 19.2.2019, 2018/919, 2019/1149; Y.17.HD. 14.2.2019 2016/4446, 2019/1547, (karararama.yargitay.gov.tr), (Erişim Tarihi: 1.7.2020).

⁷⁰ Ancak Yargıtay açıkça kısmi dava olarak nitelendirmese de birkaç kararında beden bütünlüğünün ihlali durumlarında kısmi manevi tazminat davasının açılabileceğini kabul etmiştir. *Manevi tazminatın zararlandırıcı bir olay nedeniyle ancak bir defa istenebileceği, bu tazminat türünün bir gereğidir. Diğer bir anlatımla hukuk sisteminde manevi*

edilmesi manevi tazminatın özüne ve işlevine aykırıdır. Çünkü manevi tazminat talepleri genellikle bir para alacağına yönelik olsa da tazminatın tazmin etmeye yöneldiği zararın kendisi bölünebilir değildir. Burada esas alınması gereken manevi tazminat talebi değil, manevi zararın kendisidir. Ayrıca tazminatın miktarı hâkimin takdir yetkisine göre belirlendiğinden kısmi davanın açılmasını kabul etmek hâkimin takdir yetkisinin bölünebileceği anlamına gelir ve bu durum ise mümkün olmamalıdır⁷¹. Hissedilen acı, elem ve ıstırabın zamana yayılması söz konusu olmaz⁷². Ayrıca hissedilen acı ve elem olay tarihinden uzaklaştıkça artmak yerine azalacağı, bu sebeple olay tarihine en yakın olan talebin daha doğru olacağı ifade edilmiştir⁷³. Manevi 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 manevi tazminatın bölünemeyeceği kabul edilmiş⁷⁴ olsa da bu duruma bedensel zararlar bakımından istisna getirilmiştir. Bu istisnaya göre özellikle vücutta sabit bir iz kalması ya

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. (Y.4.HD., 4.10.2001, 2001/7309 E., 2003/9031), (https://legalbank.net/), (Erişim Tarihi: 14.10.2019); *Davanın devamı aşamasında A. A'nın yukarıda 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 maddi ve manevi tazminat istemiştir. Anılan dilekçe davanın ıslahı olarak nitelendirilmiş ise de içerik itibarıyla 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 usule uyulması gerekir. Bu bağlamda karşı tarafa tebliğ edilmesi ve istem konusu itibarıyla de harcı alınmalıdır.* Y.4.HD., 28.5.2003, 1530/7080), (https://legalbank.net/), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

⁷¹ YHGK, 27.3.1981, 1481/251; YHGK, 14.11.2001, 21-992/1019; Y. 21. HD., 6.3.2008; 15057/3597; YHGK, 9.5.2007, 21-269/269, (https://legalbank.net/), (Erişim Tarihi: 5.11.2019).

⁷² **Tanrıver**, Kısmi, s. 865, 866; **Kuru**, Usul II, s. 1523; **İyimaya**, Ahmet: "Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar", Yargıtay Dergisi, 1985/3, ss.193-205, s. 194; **Akil**, s. 258-263.

⁷³ **Berberoğlu Yenipınar**, Filiz: Manevi Tazminat, İstanbul, 2017, s. 33; YHGK, 25.11.2009, 21-484/572, (https://legalbank.net/), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

⁷⁴ YHGK., 2.7.1980, 3/1477-2113, (YKD, 1980/11, ss.1461-1462); Y.21.HD., 1.12.1995, 7525-7393; Y.21. HD., 6.4.1999, 1305/2110, (https://legalbank.net/), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

da tedavinin birden fazla ameliyatı gerektirmesi hallerinde ek dava açılmasına izin verilmektedir. Ancak Yargıtay bu iznini söz konusu zarar sonucunun ilk davada öngörülemez olması şartına bağlamaktadır⁷⁵. Yargıtay bu davayı ek dava olarak değil; öngörülemez zarar sonucunu yeni bir vakıa olarak değerlendirerek farklı bir dava sebebine göre açılmış bağımsız bir eda davası olarak nitelendirmektedir. Doktrinde de Yargıtay'ın görüşüyle paralel olarak zararın zaman içerisinde artması ve kronikleşmesi nedeniyle iki ayrı müstakil manevi zarar olduğu ileri sürülmüştür⁷⁶. 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 gerektireceği öngörülmüyor; ancak ameliyat sonuçları mevcut davada tam olarak belirlenemiyorsa ve davacı davasını tam dava şeklinde açmışsa hâkim zararın birliği ilkesi ve TBK m. 50/2 hükmü gereği gelecek hakkında yapacağı bir tahmine göre kararını verir. Bu tahminin doğru olması durumunda ise yeni dava kesin hüküm engeli ile karşı karşıya gelecektir. Bu riskin bertaraf edilmesi için ya hâkimin hükmünü saklı tutması (TBK m. 75) ya da ilk davanın kısmi manevi tazminat davası olarak açılması gerekir. Kısmi manevi tazminat davasında öngörülebilir, ancak sonuçları tespit edilemeyen manevi zararlar davanın kapsamı dışında tutulmalıdır. Bu durumda açılan ikinci dava kısmi dava sonrasında açılan ek dava olarak görülür.

Manevi tazminat davalarının belirsiz alacak davası şeklinde açılmasını kabul eden Alman hukuk öğretisinde genel görüş bu davanın kural olarak kısmi dava şeklinde açılmayacağı yönündedir⁷⁷. Kural olarak manevi tazminatın bölünememesinin sonucu olarak bu davanın konusunun belli bir uzuvda oluşan yaralar ya da zamansal olarak sınırlandırılmasına izin verilmez⁷⁸. Bununla birlikte haksız fiilin sonuçlarının objektif olarak öngörülemediği durumlar ile haksız fiilin henüz ortaya çıkmamış ya da çıkması

⁷⁵ Y.4.HD., 14.5.1998, 9223/3428; Y.4.HD., 4.10.2001, 7309/9031; (<https://legalbank.net/>), (Erişim Tarihi: 14.10.2019).

⁷⁶ **Tanriver**, s. 352.

⁷⁷ **Elzer**, Oliver: "Rechtskraft von Teilklagen - BGH, NJW 1997, 1990; 3019", JuS 2001, s. 228; **Diederichsen**, Angela: "Neues Schadenersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung", VersR 2005, s. 438, 439; **Kannowski**, Bernd: "Die Zulässigkeit einer Teilklage auf Schmerzensgeld"-Zivilprozessuale Neuheit oder neue Art der Schadensberechnung?" ZJP 2006, s. 65, 66.

⁷⁸ **Gerlach**, s. 530; **Diederichsen**, 440.

ihtimali ilk kararda ciddi bir biçimde hesaba katılmamış sonuçları için ikinci bir dava açılmasına cevaz verilmektedir⁷⁹. Ancak meydana gelmesi öngörülebilir zararların öngörülemeyen sonuçlarının tazmini talebiyle ek dava açılabilmesi için ilk davanın *açık kısmi dava*⁸⁰ olarak açılması gerektiği kabul edilmiştir⁸¹. İlk davada meydana gelmesi öngörülen zararların öngörülemeyen sonuçları dışlandığında ilk davadaki hüküm sonraki talebi engellemez. Ancak bu dışlama zamanaşımı probleminde sebep olacağından, hakkın zamanaşımına uğrama riskini ortadan kaldırmak amacıyla kısmi eda davası ve tespit davası kombinasyonu yapılması önerilmiştir⁸².

Diğer görüşe göre manevi tazminat alacağı bir miktar paranın ödenmesine ilişkin olduğundan bölünebilirdir. Manevi 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 manevi tazminat hakkının miktarı konusunda uyuşmazlık varsa tazminat alacağının rakamla ifade edilebilen ya da benzer şekilde somutlaştırılan kısmi alacağın hangi kısmı için istendiği belirtilmek şartıyla kısmi manevi tazminat davasına konu olabilir⁸³. Manevi tazminat taleplerinin ıslahla artırılmayacağı kabul etmek uzun süren davalar nedeniyle para değerinde yaşanan kaybın davacıya yükletilmesi anlamına gelecektir.

Kısmi manevi tazminat davası ancak zararın gelecekteki gelişiminin henüz öngörülemeyecek olduğu durumlarda açılabilir. Zarar görenin müstakbel zararlarına ilişkin olarak tazminat imkânını kapatmamak amacıyla mevcut ve sonuçları kestirilebilen zararlar için kısmi manevi tazminata hükmedilmeli, 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

⁷⁹ **Diederichsen**, s. 440.

⁸⁰ Davacı davasını açarken talebinin sadece bir kısmını dava ettiğini açıkça ya da zımnen ortaya koymuşsa açılan kısmi dava açık kısmi dava olarak nitelendirilir. İlk davanın kısmi dava olduğu açıkça ya da zımnen ortaya konulmamış ve açılan ek dava sonrasında söz konusu davanın kısmi dava olduğu anlaşılıyorsa bu durumda ilk dava örtülü kısmi dava olarak nitelendirilir (**Akil**, s. 107, 108).

⁸¹ **Hess**, s. 64.

⁸² **Gerlach**, 531; **Hess**, s. 64.

⁸³ **Nomer**, Kısmi, s. 225-229; **Pekcanitez**, Belirsiz Alacak, s. 44; **Erişir**, Evrim: "Alman Federal Mahkeme Kararı Manevi Tazminat Yargılamasında Kısmi Davanın Caizliği, MİHDER, 2006/2, S. 4, s. 1006.

müstakbel zararlar da hesaba katılarak tazminat hükmü verilir. Özellikle bir biri ardına bir çok 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 belirlenemez. Bu yüzden zarar görenin talep edeceği manevi 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 yapılamayacak ise hüküm anına kadar ki zarar esas alınarak manevi tazminat miktarının tayin edilmesine ve daha sonradan ek manevi tazminat davası açılmasına cevaz vermiştir⁸⁴. Yine kısmi manevi tazminat davası ile birlikte manevi müstakbel zararların tazmin yükümlülüğü bakımından tespit davası da açılabilir. Zarar görenin müstakbel zararlar bakımından tespit davası açmasında hukuki yararı olduğu kabul edilir⁸⁵.

Eğer herhangi bir sınırlama yapılmadan manevi tazminat davası açılmışsa bu durumda mevcut ve objektif olarak belirlenebilir zararlar ile henüz meydana gelmese de meydana gelmesi önceden öngörülebilir ve kararda göz önünde bulundurulabilir zararlar dikkate alınarak manevi 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 manevi tazminat yargılamasında hiç dikkate alınmamıştır. Bu durumda önceki manevi tazminat davası kısmi manevi tazminat niteliğini kazanır⁸⁶. Çünkü davanın kısmi olup olmadığı alacağın tümüne nazaran davadaki talebin azlığı ile belirlenir⁸⁷.

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesinde alacağın miktarının hâkimin takdirine göre belirlendiği durumlarda, belirsiz alacak davası açılmasına ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da; İsviçre öğretisindeki genel kabule göre Türk Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinin ikinci fıkrası (İsviçre Borçlar Kanunu Art. 42/2) gereği beden bütünlüğünün ihlalinden

⁸⁴ RG, Warn Rspr. 1917 Nr. 99, S. 143, 144.

⁸⁵ BGH, NJW 2004, 1243; (<https://beckonline.beck.de>), (Erişim Tarihi: 22.8.2019).

⁸⁶ Erişir, s. 1007.

⁸⁷ İyimaya, s. 200.

doğan tazminat davaları belirsiz alacak davası şeklinde açılabilir. Çünkü bedensel zararın içerdiği zarar kalemleri incelendiğinde bu zararların esas itibariyle gelecekte meydana gelecek olması onun kesin olarak belirlenmesini ve ispatını güçleştirir. Zararın meydana gelip gelmediğinin ve miktarının hâkim tarafından takdir edilecek olması bu belirsiz alacak davasını (dar anlamda) geniş anlamda belirsiz alacak davalarından ayırır. Bu sebeple dar anlamda belirsiz alacak davalarında davacıya geçici talebini tahkikat sonuna kadar artırma zorunluluğu yüklenmemelidir. Zarar miktarı hâkimin takdirine göre belirleneceğinden tahkikat sonunda dahi alacak davacı tarafından belirlenebilir hale gelmemiştir. Bu sebeple böyle bir kabul 107. maddeye ayrılık teşkil etmez.

Gelişmekte olan bedensel zararların mevcut olduğu durumlarda hâkimin TBK m. 50/2 hükmüne dayanarak gelecek hakkında bir tahmin yaparak karar vermesi beklenir. Beden bütünlüğü ihlalinden sonra zarar görenin durumu giderek kötüleşiyor, tedavisine halen devam ediliyorsa ya da birden fazla ameliyatın yapılması gerekiyor ve ameliyatların sonuçlarına ilişkin mevcut durumda bir karar vermeye yetecek kuvvete tahmin yapılamıyorsa bedensel zararın boyutunun tam olarak belirlenmesi mümkün olmaz. Bu tür durumlar için Türk Borçlar Kanunu'nun 75. maddesinde hâkime hükmü değiştirme hakkını saklı tutma yetkisi verilmiştir. Davacı belirsiz alacak davası açmış olsa da gelişmekte olan zararların mevcut olması halinde ya da zararın azalma ihtimalinin varlığı halinde hüküm aşamasında dahi hâkim zarar miktarını belirleyemez. Bu tür durumlarda hâkimin hükmün kesinleşmesinden itibaren iki yıl süre ile hükmü değiştirme hakkını saklı tutması gerekir.

Bedensel zararın gelişim seyri dikkate alındığında iki yıllık süre her zaman zararın tam olarak belirlenmesi için yeterli bir süre olmaz. İşte bu durumda gelecekteki zarar miktarı konusunda daha sağlıklı bir hesapla ve bu hesaplama göre tazminat miktarı elde etmek isteyen davacının davasını açarken kanımızca davadaki hüküm aşamasında dahi hesaplanamayacak gelecekteki bedensel zarar kalemlerini kapsam dışında bırakması gerekir. Bu durum ise kısmi dava açılmasıyla mümkün olur. Ancak kısmi dava gelecekteki zararlar bakımından zamanaşımını kesmeyeceği için kısmi dava ile birlikte kapsam dışı bırakılan müstakbel zararlardan da davalının sorumlu olduğunun tespiti şeklinde bir tespit davası açılarak bu risk ortadan kaldırılabılır.

Beden bütünlüğü ihlali nedeniyle oluşan ister maddi isterse manevi bedensel zararlar için karşılaştırmalı hukukta belirsiz alacak davası açılacağı tartışmasız olarak kabul edilir. Belirsiz alacak davasının açılacağı

durumlardan biri de alacağın hâkimin takdirine göre belirlendiği davalardır. Manevi tazminat davaları ise takdir yetkisinin en bariz örneklerinden biridir ve Türk Borçlar Kanunu'nun 56. maddesine dayanır. Bu sebeple beden bütünlüğünün ihlalinden doğan manevi zararlar için belirsiz alacak davası tereddütsüz açılabilir.

Manevi tazminat davaların kısmi davaya konu olması ise kural olarak kabul edilmez. Çünkü manevi zararın bölünmezliği ilkesi buna engel olur. Ancak zararın gelişiminin hüküm aşamasında dahi belirlenemediği durumlarda manevi tazminat davasının kısmi dava şeklinde açılmasına izin verilmelidir. Özellikle bir biri ardına bir çok ameliyat yapılması gerekiyorsa ve bu ameliyatlarda 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 belirlenemez. Bu yüzden zarar görenin talep edeceği manevi tazminat miktarı da bir bütün olarak rakamla ifade edilmeye uygun değildir. Bu durumda beden bütünlüğü ihlali nedeniyle oluşan manevi zararın kısmi dava olarak açılmasında hukuki yarar vardır.

KAYNAKÇA

- Akil**, Cenk: Kısmî Dava, Ankara 2013.
- Allgaier**, Edwin Nochmals: “Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen”, VersR 1987.
- Ansay**, Sabri Şakir: “Tesbit Davaları”, Adalet Dergisi 1940, S. 2, s. 76-80.
- Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk İcra ve İflas Usulleri, Ankara 1956, (Usul).
- Assmann**, Dorothea: Wicczorek/Schütze Zivilprozessordnung und Nebengesetze, 4. Cilt, 4. Baskı, Berlin 2015.
- Antalya**, Gökhan: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 2. Baskı, İstanbul 2013.
- Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter: Zivilprozessordnung, Cilt 1, 77. Baskı, Münih 2019.
- Becker-Eberhard**, Ekkehard. Münchener Kommenter Zivilprozessordnung, 4. Baskı, Münih 2013.
- Berberoğlu Yenipınar**, Filiz: Manevi Tazminat, İstanbul 2017.
- Blomeyer**, Arwed: Zivilprozessrecht: Erkenntnisverfahren, 2. Baskı, Berlin 1985.
- Budak**, Ali Cem: “Belirsiz Alacak Davası”, Bankacılar Dergisi, Ocak, 2013, s. 82-86 (Belirsiz Alacak).
- Budak**, Ali Cem: Kara Avrupası ve Anglo-Amerikan Medeni Usul Hukuklarında Kesin Hüküm: Türkiye ve İngiltere Örnekleri, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1991.
- Diederichsen**, Angela: “Neues Schadenersatzrecht: Fragen der Bemessung des Schmerzensgeldes und seiner prozessualen Durchsetzung”, VersR 2005, s. 438 vd.
- Edis**, Seyfullah: “Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 30, S. 1-4, 1977, s. 169-196.
- Elzer**, Oliver: “Rechtskraft von Teilklagen - BGH, NJW 1997, 1990; 3019”, JuS 2001, s. 220 vd.
- Emmel**, Frank: “Echte Teilklage vor Arbeitsgericht und negative Feststellungswiderklage” BJM 2012, s. 64 vd.

- Erişir**, Evrim: “Alman Federal Mahkeme Kararı Manevi Tazminat Yargılamasında Kısmi Davanın Caizliği”, MİHDER, 2006/2, S. 4, s. 1003-1008.
- Geiß**, Karlman/**Geiner**, Hans-Peter: Artzhaftpflichtrecht, 7. Baskı, Münih 2014.
- Gerlach**, Jürgen v.: “Die prozessuale Behandlung von Schmerzensgeldansprüchen”, VersR 2000, 331 vd.
- Greger**, Reinhar: Zöller Zivilprozessordnung, 32. Bası, Köln 2018.
- Gül**, İbrahim: “Zararın Birliği İlkesi ve Sonuçları”, TBBD, Ocak 2019, S. 140, s. 221-237.
- Havutçu**, Ayşe: “Haksız Fiil Sorumluluğunda Zamanaşımı Sürelerinin Başlangıcı”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel S., 2010, (Basım Yılı: 2012), s. 579-605.
- Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Wiegang**, Wolfgang: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I Art. 1-529, 2. Baskı, Basel-Frankfurt 1996.
- Hermann**, Husmann Johann: “Zum unbezifferten Klageantrag bei Billigkeitsansprüchen-Eine Kritik der Rechtsprechung des BGH”, VersR 1985, s. 715-719.
- İyimaya**, Ahmet: “Kısmi Tazminat Davasına İlişkin Bazı Sorunlar”, Yargıtay Dergisi, 1985/3, s.193-205.
- Jauernig**, Othmar/**Hess**, Burkhard: Zivilprozessrecht, 30. Baskı, Münih 2011.
- Kannowski**, Bernd: “Die Zulässigkeit einer Teilklage auf Schmerzensgeld-Zivilprozessuale Neuheit oder neue Art der Schadensberechnung?” ZZZP 2006, ss. 63-83.
- Kaufmann**, Martin: “Rechtsbegehren zur Regelung der Scheidungsfolgen Die Praxis des Familienrechts“, 4/2011.
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 19. Bası, Ankara 2015.
- Kırtıoğlu**, Serhat: Medeni Yargılama Hukukunda Değişiklik Davası, Ankara 2014.
- Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem: Tespit Davaları, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, Ankara 1980.
- Kuru**, Baki: İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2019.

- Leipold**, Dieter: “Abänderungsklage und Rechtskraft”, Festschrift für Rainer Frank zum Geburtstag am 14. Juli 2008, Berlin 2008, s. 179-193.
- Loosli**, Peter: Die unbezifferte Forderungsklage, Zürich 1978.
- Meier**, Isaak: “Unbezifferte Forderungsklage: ein fragwürdiges Instrument zur Verminderung des Kostenrisikos”, HAVE Haftpflichtprozess 2010, s. 11-37.
- Mertins**, Wolfgang: “Der unbezifferte Klageantrag – und kein Ende?” VersR 2006, ss. 47-51.
- Musielak**, Hans Joachim/**Voit**, Wolfgang: Grundkurs ZPO, 13. Baskı, Münih 2016.
- Nomer**, Haluk: Haksız Fiil Sorumluluğunda Maddi Tazminatın Belirlenmesi, İstanbul 1996.
- Nomer**, Haluk: “Manevi Tazminat Alacağında Kısmi Dava Mümkün Müdür?”, İÜFHM, C. LVIII, S. 1-2, 2000, s. 221-229, (Kısmi).
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 13. Bası, İstanbul 2017.
- Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003, (Hukuki Dinlenilme Hakkı).
- Pekcanitez**, Hakan: Belirsiz Alacak Davası (HMK m. 107), Ankara 2011, (Belirsiz Alacak).
- Pekcanitez**, Hakan: Pekcanitez Usûl, C. II, 15. Bası, İstanbul 2017.
- Postacıoğlu**, İlhan Ethem: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 2. Baskı, İstanbul 1962.
- Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter: Zivilprozessrecht, 17. Baskı, Münih 2010.
- Roth**, Herbert: Stein/Jonas Kommentar zur ZPO, 3. Cilt §§148-270, 23. Baskı, Tübingen 2016.
- Saenger**, Ingo: ZPO Hand Kommentar, 4. Baskı, Baden 2011.
- Seiler**, Christian: Zivilprozessordnung Kommentar Thomas/Putzo, 40. Baskı, Münih 2019.
- Simil**, Cem: Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.
- Stamm**, Jürgen: “Die Geltendmachung Personenschäden im Deutschen Zivilprozessrecht”, Türkiye Barolar Birliği Yeni Gelişmeler Işığında Bedensel Zararın Tazmini Uluslararası Kongre, C. 2, Ankara 2016, s. 193-215.

- Tanriver**, 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 Usulü Kongresi, 4-5-6 Nisan 2013, Ankara 2013.
- Tanriver**, Süha: “Kısmi Dava Üzerine Bazı Düşünceler”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, Ankara, 2008, (Kısmi Dava).
- Tekinay**, Selahattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Haluk/**Alttop**, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku, 7. Bası, İstanbul 1993.
- Terbille**, Michael: “Die Schmerzensgeldsteilklage-anwaltliche Pflicht oder risikobehaftet?”, VersR 2005.
- Zimmermann**, Walter: Zivilprozessordnung, 9. Baskı, Münster 2011.
- Wieser**, Eberhard: Das Rechtsschutzinteresse des Klägers im Zivilprozeß, Bielefeld 1971.
- Yılmaz**, Ejder: Islah, 4. Bası, Ankara 2013.