D. 21/2018 Yargıtay/Hukuk No: 50/2016

 (Girne Dava No: 2124/2011)

YÜKSEK MAHKEME HUZURUNDA.

Mahkeme Heyeti: Ahmet Kalkan, Bertan Özerdağ, Peri Hakkı

İstinaf eden: Ekin Adademir Limited, Hamitköy - Lefkoşa

 (Davalı No.3)

 ile

Aleyhine istinaf edilen: Tolgay Mear, Lefkoşa

 (Davacı)

 A r a s ı n d a.

İstinaf eden namına: Avukat Ergin Ulunay adına Avukat Adnan Ulunay

Aleyhine istinaf edilen namına: Avukat Güneş Menteş adına Avukat Batu Berk

Girne Kaza Mahkemesi Kıdemli Yargıcı Fadıl Aksun’un, 2124/2011 sayılı davada, 12.2.2016 tarihinde verdiği karara karşı, Davalı No.3 tarafından yapılan istinaftır.

------------

**K A R A R**

Ahmet Kalkan: Bu istinafta, Mahkemenin kararını, Sayın Yargıç Bertan Özerdağ okuyacaktır.

Bertan Özerdağ: Bu istinafta bundan böyle İstinaf Eden/Davalı No. 3 sadece Davalı No.3, Aleyhine İstinaf Edilen/Davacı ise sadece Davacı olarak anılacaktır.

OLGULAR

 Bu mesele ile ilgili olguları aşağıdaki gibi özetleriz:

 Bu davaya konu kazayla ilgili tarihlerde Davalı No.1 bu davadaki İstinaf Eden/Davalı No.3'ün müstahdemi olup, JL 613 plakalı iş aracı ile ürün dağıtım işleri yapmaktaydı. JL 613 plakalı araç, Davalı No.3'e ait olmakla birlikte, Davalı No.1 bu aracı Davalı No.3'ün izni ile kullanan kişiydi.

 Davacı ise kaza tarihinde 44 yaşında, evli ve bir çocuk sahibi bir kişiydi. Davacı, kaza tarihinde emlakçılık işleri ile iştigal etmekte olduğunu iddia etmekteydi.

5 Aralık 2009 tarihinde, Girne – Lefkoşa çift şerit anayolunun Boğazköy mevkiinde, Girne'den Lefkoşa istikametine JL 613 plakalı araç ile alkollü bir şekilde seyretmekte olan Davalı No.1 Ali Özçakmak, yönetimindeki aracın direksiyon hakimiyetini kaybedip yolu ikiye ayıran refüj taşlarına çarpması ve bu çarpmanın etkisiyle savrularak karşı şeride geçmesi sonucu, o esnada Lefkoşa'dan Girne istikametine doğru seyreden Fatma Mear yönetimindeki KP 599 plakalı aracın önünü tıkaması veya araca çarpması neticesinde bir kazaya sebebiyet vermiştir. Mezkur kazada KP 599 plakalı araçta yolcu olarak bulunan Davacı ağır yaralar almış, eşi Fatma Mear ise almış olduğu yaralanmalar nedeniyle vefat etmiştir.

Kazadan sorumlu olduğu tespit edilen Ali Özçakmak aleyhine getirilen 864/2010 sayılı ceza davasında, mezkur Şahıs Girne Ağır Ceza Mahkemesi tarafından aleyhindeki ithamlardan mahkum edilerek 5 yıl hapis cezasına çarptırıldı.

Kazadan dolayı Fatma Mear terekesi ve Fatma Mear'ın kızını temsilen, babası olan bu davadaki Davacının Girne Kaza Mahkemesinde dosyaladığı 995/2010 sayılı tazminat davasında, Davalı No.1 Ali Özçakmak, Davalı No.2 ise bu istinaftaki Davalı No.3'tü. Mezkur davada, 28.6.2013 tarihinde, o davadaki Davalıların Avukatları tarafından varılan uzlaşı sonucunda verilen "by consent" hüküm uyarınca 290,000 TL zarar-ziyan ödenmesine emir ve hüküm verildi.

Davacı bu kazadan dolayı almış olduğu yaralanmalar neticesinde bir gözünü kaybettiğini, sair bedensel yaralar aldığını ileri sürerek, istinafa konu davayı dosyaladı ve kayıtlı bir limited şirket olan Davalı No.3 ile birlikte Davalı No.1 Ali Özçakmak ve Davalı No.3'ün direktörü olan Ekin Adademir'in genel ve özel zarar-ziyan ve tazminat ödemesini talep etti.

Dosyaladığı müdafaa ile Davalı No.3, müstahdemi Ali Özçakmak'ın alkol alarak araç sürmesinin yasak olduğunu, müstahdemini yasakladığını, alkol aldıktan sonra araç sürmesi nedeniyle Davalı No.3'ün izni dışında kendi başına hareket ettiğini **(frolic of his own)** ileri sürerek, işveren olarak sorumluluğunun olmadığını iddia etmiştir.

Davayı dinleyen Alt Mahkeme kazanın oluşumunda Ali Özçakmak'ın sorumlu olduğunu, Davalı No.3'ün 995/2010 sayılı davada hüküm verilmesinde sorumlu olmadığı hususundaki iddiaları bu dava altında ileri sürmesinden hukuken men olduğunu ve/veya estoppel by record durumunun bulunduğunu, Ali Özçakmak'ın kendi başına hareket eden **(frolic of his own)** kişi kapsamında olmadığını ve Davacının kaza nedeniyle bedensel yaralanmalardan ve acı ve ızdıraptan muzdarip olduğunu, özel zarar kapsamında masraflarda bulunduğunu tespit edip bu hususlarda bulgu yaparak Davalı No.3'ün Ali Özçakmak ile birlikte müştereken ve münferiden 450,000 TL genel zarar- ziyan, 7165 TL özel zarar-ziyan, faiz ve masraf ödenmelerine emir ve hüküm verdi.

Davalı No.3 bu hükümden huzurumuzdaki istinafı dosyaladı.

İSTİNAF SEBEPLERİ

 Davalı No.3 istinaf ihbarnamesinde 7 istinaf sebebi ileri sürmekle birlikte, istinafını 4 başlık altında toplamıştır. Davalı No.3'ün istinafı aşağıdaki 3 başlık altında özetlenebilir:

1. **Muhterem Alt Mahkeme, Davalı No.3'ün 995/2010 sayılı davada verdiği hükümden dolayı estoppel by record oluştuğuna bulgu yapmakla hata etti.**
2. **Muhterem Alt Mahkeme, kazada Davalı No.1'in alkol alıp aracı sürmesinin kendi başına bir hareket olduğuna (frolic of his own) bulgu yapmamakla hata etti.**

1. **Muhterem Alt Mahkeme, kazayla ilgili fahiş bir genel zarar-ziyan miktarı belirlemekle hata etti.**

TARAFLARIN İDDİA VE ARGÜMANLARI

 Davalı No.3 Avukatının Mahkemedeki hitabını kararımızda şöyle özetledik:

 Alt Mahkemenin 995/2010 sayılı davada, uzlaşı ile verilen by consent hükümden dolayı estoppel by record oluştuğuna ve bu dava altında sorumluluğun tartışılamayacağına bulgu yapması hatalıdır.

 Estoppel by record oluşabilmesi için res judicata şartlarının bulunması gerekir. Diğer davada sorumluluk konusu Mahkeme tarafından dinlenmemiş, duruşma yapılmamış, by consent hüküm verilmiştir. Dolayısıyla Mahkeme davayı dinleyerek tazminat belirlememiştir, sadece Mahkeme tarafından bir karar üretilip nihai bir bulguya varılmıştır; bu nedenle Alt Mahkemenin sorumluluk konusunda estoppel oluştuğu bulgusu hatalıdır.

 Kazadan methaldar olan Davalı No.3'ün müstahdemi Ali Özçakmak, kazadan önce alkol almış ve Davalı No.3'e ait aracı Davalı No.3'ün direktif ve talimatları dışında kullanmıştır. Bu nedenle Davalı No.1 kendi başına hareket etmiş **(frolic of his own)** olup Davalı No.3'ün bu kazadan dolayı sorumluluğu bulunmamaktadır. Alt Mahkemenin Davalı No.3'ün sorumluluğu olduğu sonucuna varması hatalıdır.

 Çünkü mesele ile ilgili hukuki prensipler, Ali Özçakmak'ın Davalı No.3'ün direktiflerinin dışına çıkarak alkol alıp araç sürmesiyle Davalı No.3 ile arasındaki ilişkiyi kopardığını, Davalı No.3'ün kopan bu ilişkiden dolayı kendi başına hareket eden Ali Özçakmak'ın haksız fiilinden sorumlu olamayacağını öngörmektedir.

 Keza Alt Mahkemenin belirlediği genel zarar-ziyan miktarı ülkemiz standartlarına göre yüksektir. Genel zarar-ziyan miktarı KKTC standartlarına göre belirlenmeli, İngiltere'deki miktarların 1/4'ü oranında veya çok daha düşük olmalıydı.

 Alt Mahkeme genel zarar-ziyan miktarını önce sterlin olarak belirlemiş daha sonra Türk Lirasına çevirmiştir. Bu hesabı yaparken sterlin'den TL'ye çeviride bazı rakamsal hatalar vardır ve belirlenen TL karşılığı, baz alınan sterlin miktarının üzerindedir.

 Alt Mahkemenin göz kaybı ile ilgili belirlediği miktar çok fahiştir. Bu nedenlerle istinafın kabul edilerek tazminatın iptal edilmesi veya tazminat miktarının düşürülmesi gerekir.

 Davacı Avukatının hitabında ileri sürülen argümanların özeti ise şöyledir:

 Fasıl 148 Haksız Fiiller Yasası'nın 13. maddesi tahtında Ali Özçakmak, Davalı No.3'ün müstahdemi olarak yaptığı eylemlerden sorumludur. Alt Mahkemenin belirlediği ihtilafsız olgular, bu sorumluluğunun unsurlarını tamamlamaktadır. Kaza esnasında Ali Özçakmak, Davalı No.3'ün dağıtım işlerini ifa etmekte ve/veya bu işlerin ifası sonrasında evine gitmekteydi. Kazanın meydana geldiği saat, aracın bu işlerin ifa edildiği mesai saati içerisinde kullanılmakta olduğunu göstermektedir. Müstahdemin işi gereği, işverenin sağladığı bir araçla ulaşımını da sağlıyorsa, bu ulaşım istihdam edilmekte olduğu sırada yapılmış addolunur. Bu nedenlerle, kazanın meydana geldiği zamanda, aracın, işin ifası esnasında kullanılmakta olduğu bulgusunu yapan Alt Mahkemenin bu kararında hata yoktur.

 Davalı No.3'ün müstahdemi, kaza esnasında kendi başına hareket etmemekteydi (frolic of his own). Kaza esnasında alkol alması konusunda işverenin izni olup olmadığı veya dikkatsiz davranmış olduğu bu durumu değiştirmez. Dolayısıyla, Davalı No.3 ile müstahdemi Ali Özçakmak arasındaki hukuki sorumluluk ilişkisi, kaza esnasında ileri sürülen gerekçeler nedeniyle kopmuş değildi.

 Davalı No.3'ün istinaf ihbarnamesindeki genel zarar-ziyanla ilgili istinaf sebebi gerekçeden yoksundur ve dikkate alınmaması gerekir.

 Yukarıdaki itiraza halel gelmeksizin, belirlenen tazminat miktarının yüksek olmadığının belirtilmesi gerekir. Alt Mahkeme duruşma esnasında kendi gözlemlerini, mesele ile olguları ve tüm prensipleri göz önüne alarak, tazminat miktarını belirlemiştir.

 Tüm söylenenler ışığında istinafın masraflarla reddi gereklidir.

İNCELEME

 Bu istinafta İSTİNAF SEBEPLERİ olarak özetlediğimiz istinaf gerekçelerini göz önüne aldığımızda, istinafın iki safhada incelenmesinin uygun olacağı görülmektedir. Birinci safhaya Davalı No.3'ün sorumluluğunun inceleneceği ilk başlık, (ki buna 1. ve 2.istinaf sebepleri girmektedir) ikinci safhaya ise Davalı No.3'ün sorumluluğu olduğu sonucuna varılması halinde ödenmesi gereken genel zarar-ziyanla ilgili ikinci başlık (ki buna da 3.istinaf sebebi) dahildir.

 Bununla birlikte bu aşamada, istinaf duruşmasında Davacı tarafından yapılan bir itirazı karara bağlamak gerekir. Davacı tarafın Hukuk Muhakemeleri Usul Tüzüğü Emir 35 n. 4'e dayanarak ileri sürdüğü iddialar, istinaf sebepleri açısından değerlendirildiğinde, genel zarar-ziyan miktarı ile ilgili yeteri kadar gerekçeye dayanan tafsilatın istinaf ihbarnamesinde yer aldığından, istinafın bu başlığının gerekçesiz olduğu yönündeki itirazın herhangi bir mesnedinin bulunmadığını belirtiriz.

1. **Muhterem Alt Mahkeme, Davalı No.3'ün 995/2010 sayılı davada verdiği hükümden dolayı estoppel by record oluştuğuna bulgu yapmakla hata etti.**
2. **Muhterem Alt Mahkeme, kazada Davalı No.1'in alkol alıp aracı sürmesinin kendi başına bir hareket olduğuna (frolic of his own) bulgu yapmamakla hata etti.**

Alt Mahkeme kararında, Mavi 85'de, kazanın oluşumu ve tarafların statüsü ile ilgili bazı olguları, ihtilafsız olgu olarak belirlemiştir. Alt Mahkemenin bu olguları ihtilafsız olgu olarak belirlemesinde hata yaptığına dair bir istinaf sebebi olmamasının yanında, istinaftaki hitapta bunun aksi iddia edilmiş değildir. Dolayısıyla, bu aşamada meselenin özetini karara yansıtmak ve ihtilafları azaltmak gayesiyle Alt Mahkemenin bu bulgusuna kararımızda yer veririz:

"a. Davalı No.1'in dava konusu kazayı yaptığı esnada JL 613 plakalı aracı sürmekte olduğu;

b. Davacının eşi müteveffa Fatma Mear'ın kullanmakta olduğu KP 599 plakalı araçta yolcu olarak bulunduğu;

c. Dava konusu kazanın 05.12.2009 tarihinde Cumartesi günü meydana geldiği;

d. Davalı No.1'in kullanmakta olduğu aracın Davalı No.2'ye ait olduğu;

e. Davalı No.3'ün kayıtlı bir limited şirket olduğu;

f. Davayı ilgilendiren tarihlerde Davalı No.1'in Davalı No.3'ün müstahdemi olduğu ve dağıtımcılık işi ile iştigal ettiği;

g. Davalı No.3'ün bu kaza dolayısıyla ile Ağır Ceza Mahkemesinde yargılandığı ve 2 yıl hapis cezasına çarptırıldığı hususları ihtilafsızdır ve bu noktada bulgu yapılır."

Davalı No.3 müstahdeminin dağıtım işlerini yapmak üzere kendisine verilen iş aracını alkol alıp kullanması nedeniyle kendi başına hareket ettiği **(frolic of his own)**, Davalı No.3'ün verdiği izin ile hareket etmediği, talimatların dışına çıktığı ve dolayısıyla Davalı No.3'ün bu kazadan sorumlu olmayıp sadece Ali Özçakmak'ın sorumlu olduğu argümanı karşısında Davacı, Davalı No.3'ün aynı kaza ile ilgili açılan başka bir davada Ali Özçakmak ile birlikte müştereken ve münferiden, by consent, kendi beyan ve teklifi ile hüküm vermesinin Davalı No.3'ün bu davada sorumlu olmadığını ileri sürmekten hukuken men ettiği **(estoppel by record)** argümanını ileri sürmüştür.

Hukukta, işverenin, işini ifa ederken onun izni ile kullandığı araçla vuku bulan bir kazada haksız fiil teşkil eden eylemi sonucu başkalarının genel ve özel zarar-ziyana düçar kalmasına sebebiyet veren bir müstahdeminin kusur ve ihmallerinden işverenin sorumlu olacağı bilinen genel bir kuraldır. Bu prensipten farklı bir durumun olduğunu ileri süren Davalı No.3, müstahdeminin alkol alarak araç kullanması nedeniyle kendisinin bu meselede sorumlu olmadığı ve müstahdem kendi başına hareket ettiğinden, Davacıya karşı hiçbir sorumluluğun atfedilemeyeceği savındadır.

Böyle bir durumda, sorumluluğun olup olmadığını incelemeden önce Davalı No.3'ün bu kaza ile ilgili dosyalanan başka bir davada uzlaşı ile verilen by consent hükümden dolayı sorumlu olmadığı iddiasını ileri sürmekten hukuken men edilip edilemeyeceğini belirlememiz gerekir.

Alt Mahkemenin kararındaki bulgusu 995/2010 sayılı davada Davalı No.3'ün verdiği teklif üzerine alınan by consent hükümden dolayı, Davalı No.3'ün sorumlu olmadığını ileri sürmekten men edildiğine veya estoppel by record oluştuğuna dayanmaktadır.

Alt Mahkeme kararında nihailiği **(conclusiveness)** de inceleyerek, Mahkeme hükmünün by consent **(hüküm teklifi sonucunda ısdar edilen hüküm)** veya Davalının aleyhine hüküm çıkmasını kabul etmesi ile alınmış olmasının estoppel açısından bir farklılık yaratmayacağı, hükmün o konuda davadaki ihtilaf konusu açısından nihailik oluşturacağı ifade edilmiştir **(Halsbury's Laws of England 3.Edition Vol. 15 sayfa 178).**

Bu kararla hemfikir olmayan Davalı No.3 ise, önceki davada by consent verilen bir hükmün bu davadaki iddiaları açısından res judicata oluşturamayacağı, söz konusu iddiaları bu davada da ileri sürmesine herhangi bir engel bulunmadığı iddiasındadır.

Bilindiği üzere, res judicata iddiası bir estoppel müdafaası olarak ileri sürülmektedir. Bununla birlikte hukukta Res Judicata olgusu, estoppel prensibinin bir kolu olarak kabul görmektedir **(Halsbury's Laws of England 3.Edition Vol.15 sayfa 185).**

Bu davada Davacı layihasında estoppel by record müdafaasını ileri sürdüğünden, önceki davada verilen kararın Davalı No.3 açısından bir res judicata durumu yaratıp yaratmadığının bir önemi bulunmayıp, bu aşamada Alt Mahkemenin estoppel by record bulgusu dikkate alınarak, inceleme yapılıp bir sonuca varılması gerekmektedir.

Yargıtay kararlarında yerleşmiş bir prensip olduğu üzere, Estoppel müdafaası layihalarda ileri sürülmesi gereken bir hukuki müdafaa olup bu yönde bir müdafaa layihasında ileri sürüldüğü oranda mahkemeler karar vermeye yetkilidir **(Bak: Yargıtay/Hukuk 25/1976, Yargıtay/Hukuk 33/1977, Yargıtay/Hukuk 3/2013 Dağıtım 3/2013).**

Estoppel müdafaası ileri sürülen bir davada herhangi bir ihtilaflı konuyla **(issue)** ilgili mahkemenin nihai karar verdiği hallerde taraflar karar verilen ihtilafla ilgili yargısal çare aramaktan **(litigation)** hukuken men **(estopped)** olmaktadırlar **(Bkz. Hülya Bal Yargıtay/Hukuk D.17/2017).**

**Halsbury's Laws of England 3.Edition Vol.15 sayfa 168'**de estoppel by record prensibinin, yetkili bir mahkemenin her iki davanın (önceki ve sonraki) konusu olup ihtilafın aynı olduğu bir hususta, önceki davada yargısal olarak nihailik teşkil eden bir şekilde belirlenmiş **(determined)** ve karar verilmiş olması durumunda ortaya çıktığı ifade edilmektedir.

**Estoppel by record** prensibine göre, yargı yetkisini haiz bir mahkemenin (jurisdiction), ihtilaflı konuda (subject matter of the judicial decision) nihailik yaratan (finality – conclusiveness) bir karar verdiği (judgement) durumlarda, bu ileri sürülebilecek bir müdafaa oluşturmaktadır **(Bak. Res Judicata Spencer - Bower and Turner, 2.Edition).**

Kararlarımızda uygulama gören estoppel prensibinin bir kolu olan **Estoppel by record** prensibinin temel uygulama alanı yukarıda belirttiğimiz üzere nihailik oluşturan mahkeme kararları ile ortaya çıkmaktadır. Halsbury's Laws of England'ta:

**“The chief of these are judgements, the conclusiveness of which has, for convenience, already been considered in conjunction with the admissability.”**

denmektedir.

Bir ihtilaflı konuda tarafların muvafakati ile by consent olarak hüküm verilmesi, hüküm veren açısından hüküm neticesinde oluşan nihailiğin (**finality** - **conclusiveness**) niteliği açısından durumu değiştirmemektedir. **Halsbury's Laws of England 3.Edition Vol.15 sayfa 195'**de bu husus açıkça ifade edilmekte, by consent olarak verilen hüküm o hükmün tarafları açısından estoppel oluşturmaktadır.

Bir davalının sonraki davada ihtilaf konusu yapmak istediği hususları ilk davadaki müdafaasında ileri sürmesine rağmen, daha sonra, by consent aleyhine hüküm alması ile o iddialar hususunda aleyhine estoppel by record oluşmaktadır. Dolayısıyla, daha sonra dosyalanan davada, taraflardan biri aynı olmasa bile, önceki davada tarafların muvafakati ile verilen (judgements by consent) hükme dayanılarak estoppel iddiası ileri sürülmesi durumunda, hüküm veren açısından önceki davaya konu edilmiş ihtilaflarla ilgili iddiaları ileri sürmekten men olunmaktadır **(Halsbury's Laws of England 3.Edition Vol.3 sayfa 208).**

Estoppel açısından, tarafların muvafakati ile verilen bir hükmün, diğer hükümlerden daha az etkili olmadığı kabul edilmektedir **(Bak. Res Judicata Spencer - Bower and Turner, 2.Edition sayfa 37).**

Estoppel by record; action in rem niteliğindeki davalarda herkese karşı ileri sürülebilirken, action in personam niteliğindeki davalarda sadece ihtilaftaki taraflara karşı ileri sürülebilecek bir müdafaa yaratır. Bu konuda [**Ballantyne v. Mackinnon**](http://login.westlaw.co.uk/maf/wluk/ext/app/document?sp=ukncsc-1&src=doc&linktype=ref&context=44&crumb-action=replace&docguid=I6E2077D0E42711DA8FC2A0F0355337E9)davasında, **Yargıç A. L. Smith L.J.** tarafından ifade edilen aşağıdaki görüşe yer veririz:

**“As to a judgment being only conclusive as to the point decided, there is as to this in our opinion no distinction between a judgment in rem and a judgment in personam, excepting that in the one 'the point' adjudicated upon (which in a judgment in rem is always as to the status of the res) is conclusive against all the world as to that status, whereas in the other 'the point,' whatever it may be, which is adjudicated upon, it not being as to the status of the res, is only conclusive between parties or privies."**

Yukarıda atıf yapılan eserde belirtildiği gibi, action in personam nitelikli bir davada, dava sebebine bağlı olarak verilen ve nihai hale gelen mahkeme hükmü, mezkur davanın tarafları arasında res judicata oluşturur. O davanın tarafı olmayan biri taraf olanlardan birine karşı dava açar ve aynı dava sebebine bağlı olarak çare talep ederse, daha önce karara bağlanmış ve kesinleşmiş konular mezkur davalı aleyhine res judicata teşkil ettiğinden, böyle bir davalı, daha önce yargılanmış ve karara bağlanmış konuları davacıya karşı ileri sürmekten estoppel by record prensibi ile men edilebilir.

Bu safhada konu ile ilgili **Gray v Lewis Parker v Lewis[1866 G. 178.] [1870 P. 110.](1872-73) L.R. 8 Ch. App. 1035** kararına değiniriz:

**Therefore, by reason of that contract of indemnity, the judgment is conclusive; but in my opinion it is conclusive because that is the meaning of the contract between the parties, for it unquestionably is not the general rule of law that a judgment obtained by *A.* against *B.* is conclusive in an action by *B.* against *C.* On the contrary, the rule of law is otherwise. It is quite plain that the ordinary rule of law is, that a judgment in rem is conclusive, but a judgment *inter partes* is conclusive only between the parties and the persons claiming under them.**

 **Outram v Morewood Clerk, and Ellen,(1803) 3 East 346**

**102 E.R. 630** davasında isetarafların bir kere mahkeme huzuruna getirmiş oldukları ihtilaflarla ilgili aleyhlerine çıkan sonuçların kendilerini bağladığına ve bu iddiaları ileri sürmekten estoppel kuralı altında men olduklarına karar verilmiştir:

**“...but the estoppel precludes parties and privies from contending to the contrary of that point, or matter of fact, which having been once distinctly put in issue by them, or by those to whom they are privy in estate or law, has been, on such issue joined, solemnly found against them.”**

Bu hususta önemli olanın, aleyhine estoppel müdafaası ileri sürülen tarafın, o ihtilaflar veya olgularla ilgili önceki davada iddialarını ileri sürmüş olmalarına karşın, o ihtilaflarla ilgili meseleler **(issues)** hakkında **(on the merit)** mahkemenin nihailik **(finality - conclusiveness)** yaratan veya oluşturan bir karar vermiş **(determined)** olmasıdır.

Bununla birlikte tarafların muvafakati ile verilmiş bir hükmün iptal (set aside) koşulları, bilhassa **Yargıtay/Hukuk D. 6/1995 ve D. 5/2005** sayılı kararlarda belirtilmiş olup, bu koşullarla ilgili herhangi bir durum mevcut olduğu ispatlanıp hüküm iptal edilmedikçe, bu hükümle ilgili estoppel müdafaasının uygulanmasına hukuken herhangi bir engel yoktur.

Bu müdafaa o kadar katidir ki, **Soul v Auger 1980 WL 612998** kararında,mutabakat neticesinde verilen bir emrin, avukatının kendi bilgisi dışında mutabakatta bulunarak emir verildiği iddiasını ileri süren tarafa mahkeme, mevcut ve itiraza uğramamış bir hükmün **estoppel by record** oluşturduğundan, mahkemenin bu konuda karar vermesi için şahadet dinlemesinin dahi gereksiz olduğu belirtilmiştir:

**“As a subsisting and unchallenged order, in my judgment it constitutes an estoppel by record, which effectively made it unnecessary for Mr. Justice Walton to hear any evidence on Mr. Soul's motion.** **The matter was really sufficiently concluded by the terms of the order itself.”**

Hukuki prensipleri belirledikten sonra, istinaftaki ihtilafa dönüldüğünde, Davalı No.3 aleyhine dosyalanan 995/2010 sayılı davada müstahdeminin haksız fiilinden dolayı sorumlu olduğu hususunda Talep Takririnde ileri sürülen iddialara mukabil, dosyaladığı müdafaada bu sorumluluğu reddetmesine rağmen daha sonra müstahdeminin istinafa konu kazadaki haksız fiilinden dolayı istihdam eden olarak sorumluluğunun bulunup bulunmadığı konusundaki taraflar arasındaki ihtilafı nihailik yaratacak şekilde bir mahkeme hükmüne dönüştüren by consent hüküm verilmesi ile bu davada sorumlu olmadığı müdafaasına yönelik estoppel müdafaasının bu by consent hükme dayanılarak Davacı tarafından ileri sürülebilmesinin hukuken haklı bir gerekçesini oluşturmaktadır.

Bu meselenin olgularına göre, 995/2010 sayılı davada Davalı No.3 aleyhinde yapılan talepte, Davalı No.1'in istihdam edeni olarak Davalı No.1'in haksız fiillerinden dolayı sorumlu olduğu iddiası ile vicarious libility prensibi uyarınca tazminat ödenmesi talep edilmişti. Davalı No.3 o davada bu davadaki iddiaları ile aynı olarak Davalı No.1'in kazadan hemen önce alkol aldığı, kaza esnasında da alkollü olduğu, bu nedenle kendi başına hareket ettiği (frolic of his own), dolayısıyla kaza esnasında istihdam edenin işini ifa etmekte olduğu esnada olmadığını **(in the course of employment)** ileri sürmüş olmakla birlikte, bu müdafaasına rağmen, o davadaki Davacıya by consent hüküm vermiştir. Bu esastan hareketle verilen bu by consent hüküm ile sorumluluk konusu Mahkeme tarafından nihailik yaratacak şekilde belirlenmiş ve Davalı No.3'ün kazadaki sorumluluğunu kabul ederek, Davalı No.3'ün tazminat ödemesine emir verilmiştir.

 Dolayısıyla, bu dava açısından Davalı No.3'ün müstahdeminin haksız fiilinden sorumluluğu konusunda nihai bir karar oluştuğundan, Davalı No.3 için res judicata oluşup Davacının estoppel by record müdafaası haklı olmaktadır.

Bu nedenle, Davalı No.1'in sorumluluğu konusunda verdiği muvafakati sonucunda alınan by consent hüküm neticesinde, müstahdemi ile birlikte müştereken ve münferiden sorumluluğu kabul eden Davalı No.3'ün bu aşamada sorumlu olmadığı iddiasına yönelik olarak Davacının ileri sürdüğü estoppel müdafaasının geçerli ve haklı bir müdafaa olduğu ortadadır.

Yukarıda belirtilenler ve **Yargıtay/Hukuk D.17/2017**'deserdedilen prensipler bu meseleye uygulandığında, kazada Davalı No.3'ün sorumluluğu ile ilgili yargısal bir karar mevcut olup, Mahkeme bu kararı vermeye yetkili olduğundan, bu karar tarafları bağlayıcı niteliğini ve nihai olma özelliğini taşıdığı cihetle, sorumluluk konusundaki ihtilaf bu hükümle sonuçlandırıldığından, önceki davada Davalı No.3'ün de taraf olup sorumluluğu kabul edip ihtilaf konusu yapmadığı nedeniyle, Alt Mahkemenin Davalı No.3'ün sorumluluğu hususunda **estoppel by record** müdafaası oluştuğuna ve müstahdeminin haksız fiilinden kendisinin sorumlu olmadığı hususundaki iddiaları ileri sürmekten hukuken men edilmesi gerektiğine dair bulgusunda hata yoktur.

Belirtilenlerle Davalı No.3 sorumluluk ile ilgili istinaf sebebinde başarılı olamadığından, 1.istinaf sebebinin reddedilmesi gerekir.

Yukarıda varmış olduğumuz sonuç uyarınca, Davalı No.3 kazadan dolayı açılan davada uzlaşarak müstahdemi Ali Özçakmak ile birlikte müştereken ve münferiden sorumlu olduğuna dair by consent hüküm verilmesini sağlamakla sorumluluk hususunda aleyhine estoppel by record müdafaası oluşmasına binaen, bu yönde estoppel iddiasında bulunan Davacının uğramış olduğu zarar-ziyanından sorumlu olması gerekmektedir. Bu sonuçtan hareketle, Davalı No.3'ün sorumlulukla ilgili müdafaa ileri sürmekten hukuken men olduğundan ve/veya estoppel by record oluştuğundan, sorumluluk konusundaki ikinci istinaf sebebinin incelenmesine gerek kalmamıştır.

1. **Muhterem Alt Mahkeme, kazayla ilgili fahiş bir genel zarar-ziyan miktarı belirlemekle hata etti.**

Alt Mahkeme, yukarıda ihtilafsız olgular kısmı olarak kararından alıntı yaptığımız kısımda belirlediği yaralanmalar uyarınca, Davalı No.3 aleyhine ve Davacı lehine tazminat belirlemiştir. Alt Mahkemenin dayandığı eserlerdeki Davacının uğramış olduğu yaralanmaların tazminat bedelleri şöyledir:

1. Yüz ve kafatası yanmaları için 20,000 Stg.
2. Sağ göz görme duyusunun tamamen ve daimi olarak kaybı için 70,000 Stg.
3. Burun kemiği kırığı için 5000 Stg.
4. Bacak kemik kırıkları için ise 30,000 Stg.

Alt Mahkeme; Davacının almış olduğu bedensel yaralar, kalıcı arızalar, iyileşme süreci, almış olduğu yaralanmaların hayatının geriye kalanında yapacağı etki ve hayattan alacağı zevk kaybı **(pain and suffering)** ile ilgili huzurundaki şahadeti dikkate alarak, yukarıda ilkelerden de faydalanıp Davacının sağ gözündeki görme kaybı için 350,000 TL, bacağındaki kırık ve yaralanmalar için 60,000 TL, yüz kemiklerindeki kırıklar için 35,000 TL ve burun kemiği kırığı için ise 5000 TL olmak üzere toplamda 450,000 TL genel zarar- ziyanahükmetmiştir.

 Davalı No.3 belirlenen bu tazminatların Alt Mahkemenin dikkate aldığı eserlerdeki kayıpların Türk Lirası karşılığı olmadığını ileri sürmüş, bu zarar-ziyan miktarlarının hatalı olduğunu iddia etmiştir.

 Alt Mahkeme kararından yukarıda atıf yaptığımız kısmında açıkça mezkur ilkeler yanında huzurundaki meselenin olgularını dikkate alarak tazminat miktarlarını belirlediğinden, belirlenen tazminat bedellerinin Türk Lirası tam karşılığı olmamasının bir hata olmadığı, bunun Alt Mahkemenin takdir ve kanaatinin olduğu anlaşılmaktadır.

 Davalı No.3 göz kaybı için tazminat miktarının 3000 Stg. olarak belirlenmesinin diğer belirlenen tazminat miktarları gibi fahiş olduğunu ileri sürmüştür.

 Alt Mahkemenin, kararında, tazminat miktarını belirlerken ayrıntılı bir inceleme yapıp ihtilafsız olan bedensel yaralanmalarla ilgili bu incelemesine binaen kanaatini kullandığı ve sonuçta adil ve makul bir tazminat miktarı belirlediği görülmektedir. Alt Mahkemenin bu hususta bir hata yapmış olduğuna yönelik İstinaf Eden/Davalı No.3'ün ileri sürdüğü iddialardan ikna olmadığımızdan, bu istinafın reddi gereklidir.

NETİCE

 İstinaf reddedilir. Masraflar, Davalı No.3 tarafından ödenecektir.

Ahmet Kalkan Bertan Özerdağ Peri Hakkı

 Yargıç Yargıç Yargıç

27 Haziran 2018