

BEDENSEL ZARARLARDA İSPAT- İSPAT VASITALARI

*Levent BÖRÜ**

GİRİŞ

Bedensel zararlar Türk Borçlar Kanunu m. 54'de hükme bağlanmıştır. Bedensel zarar ile bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlığının ihlal edilmesi anlaşılmaktadır. Bedensel zararın maddede bir tanımı yapılmamakla birlikte, bedensel zararlar örnekleyici şekilde tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sayılmıştır. Bunların dışında bedensel zararlar trafik kazalarından, iş kazalarından veya tıbbi hatalardan da kaynaklanabilir. Zarar gören, malvarlığındaki bu azalmayı, bedensel zarar adı altında talep edebilir¹. Bedensel zararlara ilişkin davalarda ispat yükünün kimin üzerinde olduğunun belirlenmesinden sonra, ispat yükünü taşıyan tarafça zarara ilişkin ispat vasıtalarının ortaya konulması gerekir.

1- GENEL OLARAK İSPAT, İSPAT YÜKÜ VE İSPAT VASITALARI

I- GENEL OLARAK İSPAT

İspat, bir yargılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hâkimce kendiliğinden göz önünde bulundurulacak olan talebin konusu ile ilgili olarak uygulanması gereken bir hukuk

* Dr. Öğr. Üyesi, Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul-İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, E-Mail: leventboru@hacettepe.edu.tr.

¹ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.22, Ankara 2017, s. 769; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 12, İstanbul 2016, s. 94; Avcı Braun, Cihan, Haksız Fiilde Bedensel Zararların İspatına ve Bedensel Zarardan Sorumluluğa İlişkin Bir Yargıtay Kararının Değerlendirilmesi, AÜHFD 2015/1, s. 37-64, s. 46; Çelik, Ahmet Çelik, Bedensel Zararlar, Ankara 2018, s. 1 vd.

kuralının soyut vakıalarını karşılamaya elverişli olan somut (maddî) vakıaların iddia edildiği gibi olduğu konusunda hâkimde kanaat uyandırmak (ikna etmek) üzere yapılan inan-dırma faaliyetidir².

İspatın konusunu, tarafların üzerinde anlaşılmadıkları ve uyumsuzluğun çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur (HMK m. 187/1). Dolayısıyla, ispat konusu olan vakıalar üzerinde her iki tarafın da ispat hakkı vardır; fakat ispat hakkı, taraflara mutlak sınırsız bir hak bahsetmez. İspat hakkının Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 189’da belirtildiği üzere bazı sınırları vardır: 1- Taraflar, kanunda belirtilen süre ve usûle uygun olarak ispat hakkına sahiptir. 2- Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. Örneğin, senetle ispat zorunluluğunun (HMK m. 200) temel dayanağı olan kanunî delil sistemi bunu gerektirir. Fakat bedensel zararların her türlü delille ispatlanması mümkündür. 3- Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir (HMK m. 189, 4). Mahkeme de bu hususu re’sen incelemek ve karara bağlamakla yükümlüdür. Hâkimin bu konudaki takdir yetkisi, mutlaka kanuni temele dayalı olmalıdır³.

II- İSPAT YÜKÜ

İspat yükü, hükmün temelini oluşturan, hukuk kuralında olması öngörülen maddî vakıaların belirsiz kalması (ispat edilememesi, tespit edilememesi) hâlinde ortaya çıkan bu belirsizliğin sonuçlarına, rizikosuna kimin katlanacağını belirlemesidir. İspat yükü, tarafların bütün çabalarına rağmen iddia edilen olayın tespit edilememesi (aydınlatılamaması) hâlinde söz konusu belirsizliğin (ispatsızlığın) hukukî sonuçlarını açıklar⁴. İspat yüküne ilişkin temel kural HMK m. 190’da hükme bağlanmıştır: “ispat yükü, kanunda özel bir düzenleme bulunma-

² Umar, Bilge/Yılmaz, Ejder, İspat Yükü, B.2, Ankara 1980, s. 2.

³ Görgün, Şanal/ Börü, Levent/Toraman, Barış/Kodakoğlu, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, B.6, Ankara 2017, s. 466.

⁴ Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu s. 466.

dıkça, iddia edilen vakıaya bağlanan hukuki sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafa aittir”.

Günümüzde ispat yükü kavramının yavaş yavaş farklı anlamları da içinde barındırdığı kabul edilmektedir. Hatta, ispat yükünden de önce, ispat yükü ile bağlantılı, fakat ispat yükünden ayırt edilmesi gereken temel usuli yüklerin de olduğu kabul görmektedir. Bu anlayışa göre, iddia-savunma yükü, somutlaştırma yükü, delil gösterme yükü ve ispat yükü olarak ayırım yapılmaktadır. Bu yükler her ne kadar birbirinden ayırt edilmesi gerekse de, birbirleri ile yakın ilişki içerisinde; hatta bu yükler birbirlerini tamamlama işlevine sahiptirler. Dolayısıyla, ispat yüküne ilişkin sonuç, hâkim tarafından yukarıda belirtilen yüklerin yerine getirilmesinden sonra değerlendirilmeye alınmalıdır⁵.

İddia yükü, tarafların bir hukuk kuralında öngörülen hukuki sonucun doğabilmesi amacıyla, hukuk kuralında öngörülen soyut vakıaların karşılanmasına yönelik maddî vakıaların varlığını mahkemeye (hâkime) yazılı veya sözlü olarak ileri sürmesi veya bildirmesidir. Davanın taraflarından birisinin (iddia yükünü taşıyan tarafın) hukuk kuralında öngörülen hukukî sonucun doğması için, gerekli olan soyut vakıaların maddî vakıalarla karşılandığı iddiasına karşı, diğer tarafın isterse (onu hükümden düşüren, etkisiz kılan, engelleyen) yeni vakıa ekleyerek, vakıalar üzerinde kendi bilgisini, açıklamalarını ve değerlendirmelerini mahkemeye bildirmesi gereken yüke, savunma yükü denir⁶.

Somitlaştırma yükü (HMK m. 194), maddî vakıaya ilişkin iddiaların kapsamını, detaylandırma derecesini ve vakıa iddialarının parçalara ayrılmasını, hükme elverişli olay olarak ortaya koyar. Hâkim, tarafların olaya ilişkin ileri sürmüş olduğu vakıa iddialarından yola çıkarak, söz konusu iddiaların hukuk kuralında öngörülen soyut vakıalara uyup uymadığını

⁵ İspata ilişkin yükler için bkz. Görgün/Börü/Toraman/Kodakoğlu s. 476; Tanrıver, Süha, Medeni Usul Hukuku, B.2, Ankara 2018, s. 795.

⁶ Börü, Levent, Medeni Usul Hukukunda İddia ve Somutlaştırma Yükü, Ankara 2016, s. 118, 149.

ve karşı tarafın bu iddialara karşı vereceği savunmayı göz önüne alarak karar vermek zorundadır. Sadece yeterli bir somutlaştırılması yapılan vakıa iddiaları, ispat hakkına konu olabilir. Dolayısıyla, bir davada haklı çıkabilmek için, yalın bir şekilde genel hatlarıyla bir iddiayı (savunmayı) ortaya koymak yeterli değildir. Somutlaştırmak, bir iddiayı, zaman, yer, kişi, oluş şekli vs. unsurlarıyla algılamaya, anlamaya, tartışmaya, ispata elverişli şekilde ortaya koymaktır⁷.

Delil gösterme yükü, çekişmeli olayların ispatı için hangi tarafın delil göstereceğini belirler. Bir davada taraflar, ispat yükü kuralları sebebiyle hâkimin aleyhte karar verme riskinin (tehlikesinin) önüne geçebilmesi için, kendi iddialarının haklılığı, karşı taraf iddialarının ise haksız olduğu konusunda hâkimde bir kanaat oluşturma (usuli) yükü altındadır⁸.

III- İSPAT VASITLARI (DELİLLER)

İspat vasıtası (delil), davada iddia ve savunmanın doğruluğunu gösteren, davanın çözümüne etki edebilecek çekişmeli hususların ispatı için başvuru (ispata yarayan) araç olarak tanımlanabilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre delilleri ikiye ayırarak incelemek gerekir⁹:

Kesin deliller, şartlarını, hükümlerini ve sonuçlarını kanunun belirlediği ve bu şartların var olması hâlinde, hâkimin bağlı olduğu ve takdir yetkisine sahip olmadığı delillerdir. Bir vakıanın ispatı için kanunda kesin delil öngörülmüşse, hâkim başka delil inceleyemez ve bir vakıanın ispatı için taraflarca kesin delil gösterilir ve o delil o vakıayı tespit ederse, hâkim bu vakıanın doğru olduğunu varsayarak karar vermek zorundadır. Kesin deliller, senet (HMK m. 200 vd), yemin (HMK m. 225 vd) ve kesin hükümdür (HMK m. 303).

⁷ Börü s. 184.

⁸ Tanrıver s. 810.

⁹ Bkz ispat vasıtalarının (delil) çeşitleri için Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar-Ayvaz, Sema, Medeni Usul Hukuku, B.3, Ankara 2017, s. 389-390; Budak, Ali Cem/Karaaslan, Varol, Medeni Usul Hukuku, Ankara 2017 s. 232 vd.

Takdirî deliller, şartlarını ve hükümlerini kanunun tayin etmediğı delillerdir ve bu tür deliller ile hâkim bağı değildir; hâkim, bu delilleri serbestçe takdir eder. Hâkim, takdirî delillerle ispatın mümkün olduğı olaylarda, ispat aracı niteliğindeki her şeyi delil olarak değerlendirebilir. Takdirî deliller, tanık beyanı (HMK m. 240-265), bilirkişinin oy ve görüşü (HMK m. 266-287) ile keşif incelemesidir (HMK m. 288-292).

Bedensel zararlara ilişkin vakıaların, kesin delillerle ispat zorunluluğı yoktur ve kesin delille ispat zorunluluğunun istisnalarından sayıldığı için bedensel zararlara ilişkin davalarda her türlü delil ileri sürülebilir ve hâkim delilleri serbestçe değerlendirir (HMK m. 198). Hâkim tarafından bedensel zararlara ilişkin vakıaların her türlü delille ispatlanabilmesi ispat hakkının da bir gereğidir.

2- BEDENSEL ZARARLARDAN İSPAT YÜKÜ VE İSPAT VASITLARI

I-BEDENSEL ZARAR KAVRAMI

Bedensel zararın varlığından bahsedebilmek için, beden bütünlüğünün ihlâli yüzünden malvarlığında bir azalma gerçekleşmelidir. Bedensel zarar kavramı ile bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlığının ihlal edilmesi anlaşılmaktadır. Zarar gören, malvarlığındaki bu azalmayı, bedensel zarar adı altında talep edebilir. Beden bütünlüğünün ihlâli durumunda maddî zararın kapsamını, Türk Borçlar Kanunu m. 54 uyarınca zarar görenin malvarlığında beden bütünlüğünün ihlâli yüzünden meydana gelen eksilme oluşturur¹⁰. Bedensel zararın maddede bir tanımı yapılmamakla birlikte, bedensel zararlar örnekleyici şekilde sayılmıştır: Tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar. Bunların dışında bedensel zararlar trafik kazalarından, iş kazalarından veya tıbbi hatalardan da kaynaklanabilir.

¹⁰ Oğuzman/Öz, s. 94; Eren s. 769; Avcı Braun, s. 46.

A- Tedavi Giderleri

Beden bütünlüğünün ihlâli durumunda maddî zarar kapsamına, öncelikle beden bütünlüğünü iyileştirmeyi sağlamaya veya hastalık ya da sakatlığın ilerlemesini önlemeye yönelik tedavi giderleri girer¹¹. Bunlar ambulans, hastane, doktor, ilaç, serum, ameliyat, röntgen, ultrason, tomografi gibi görüntüleme makinaları, diyaliz makinesine ödenen paralar, tekerlekli sandalye, havalı yatak, protez, psikoterapi, fizyoterapist için yapılan masraflar gibi giderleri ifade eder. Tedavi gideri olarak da açıkça nitelendirilmese de, hastaneye gidip gelmek için yapılan yol masrafları veya evde tedavi gördüğü sürece zorunlu olarak yapılan bakıcı masrafı gibi haksız fiilin yol açtığı diğer masraflar da zarar kapsamına girer. Haksız fiil sonucu kişi sakat kalmışsa, yaşamını devam ettirmek için bakıcı tutulması durumunda bakıcı giderleri de tedavi giderlerinin içerisine girer¹². Trafik kazalarında ise Karayolları Trafik Kanunu, Karayolları Motorlu Araçlar Zorunlu Mali Sorumluluk (Trafik) Sigortası Genel Şartları A.5’de kapsamına giren teminat türleri üst başlığı ile tedavi giderleri, sağlık giderleri teminatı ve sürekli sakatlık teminatı adı altında ayrıca tanımlanmıştır. Dolayısıyla trafik kazaları sonucu ortaya çıkan tedavi giderleri için söz konusu mevzuat hükümlerinin dikkate alınması gerekecektir.

B- Kazanç Kaybı

Kazanç kaybı, haksız fiil olmasaydı, kişinin elde etmesi muhtemel kayıpları ifade eder¹³. Mahkemenin nihai karar (hüküm) tarihine kadar olan kazanç kaybına ücretle veya maaşla çalışanlarda, ücret ve maaşın yanı sıra zarar gören çalışabilmiş olsaydı yararlanabileceği ücret ve maaş artışları ile prim vb. gibi yan ödemeler de girer. Eğer zarar gören normalde ücret karşılığı yapılan bir işi herhangi bir ücret almadan yapıyorsa, bu işi ücret karşılığında yapmış olsaydı ne kadar gelir elde ede-

¹¹ Eren s. 770.

¹² Eren s. 770-771.

¹³ Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 20, Ankara 2016, s. 433.

cek idiyse, bu miktar da Türk Borçlar Kanunu m. 54/b. 2 anlamında kazanç kaybı olarak dikkate alınmalıdır¹⁴.

C- Çalışma gücünün Azalmasından veya Yitirilmesinden Doğan Zararlar

Çalışma gücünü kısmen veya tamamen kaybeden zarar görenin, gelecekte uğrayacağı kazanç kaybıdır. Bu zarar gelecekteki bir zarar olup, kesin miktarını belirlemek neredeyse imkânsızdır; bu nedenle bu zarar varsayımlara dayanılarak tespit edilir¹⁵. Uygulamada çalışma gücünün azalması için geçici iş göremezlik, çalışma gücünün kaybı için ise sürekli iş göremezlik kavramları kullanılmaktadır¹⁶. Çalışma gücünün kısmen veya tamamen yitilmesi zarar görenin malvarlığında bir eksilme meydana getirmemekle birlikte, onun daha fazla efor sarf etmesini gerektiriyorsa “*efor zararı*” adı verilen bir maddî zararın gerçekleştiği kabul edilir¹⁷.

D- Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Zararlar

Beden bütünlüğünün ihlâli, bazı durumlarda çalışma gücünde bir azalma meydana getirmemesine rağmen, zarar gören için birtakım ekonomik zorluklar ortaya çıkarır¹⁸. Örneğin bir mankenin yüzünde meydana gelen bir yaralanma izi, onun çalışma gücünü azaltmasa bile, onun ileride iş bulmasını güçleştirebilir ve hatta imkânsızlaştırabilir. Yine zarar görenin genç bir kız olması halinde bu kişinin evlenme şansını kaybetmesi veya beden şeklinin önemli derece değişmesi, sakat kalması, sinir, akıl veya hafıza zayıflığına uğraması gibi durumlarda da zarar görenin ekonomik geleceğinin sarsıldığından söz edilir¹⁹.

¹⁴ Avcı Braun s. 48.

¹⁵ Eren s. 772.

¹⁶ Tuztaş, Hüseyin, Trafik Kazalarından Kaynaklanan Bedensel (Cismani) Zararlar, s.1-63, s.11 (bkz www.sevgipinari.org, erişim tarihi 01.10.2018).

¹⁷ İlgili Yargıtay Kararları için bkz Çelik s. 23 vd.

¹⁸ Avcı Braun s. 54.

¹⁹ Eren s. 775-776; Oğuzman/Öz s. 100-101.

II- BEDENSEL ZARARLARDA İSPAT YÜKÜ

İspat yüküne ilişkin temel (genel) kuralın dışında, diğer özel kanunlarda bir çok özel ispat yükü kuralı hükme bağlanmıştır: Bunlardan birisi de haksız fiil ilişkilerine dayanan (yani bedensel zararlara ilişkin davalarda) ispat yükünün düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu m. 50'dir. Buna göre, *“zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır”*. Madde açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen, davacı hem uğranılan zararı hem de bunun miktarını ispat etme yükü altındadır. Uygulamada genellikle zararın varlığı konusuna ilişkin ispatta bir sorun ortaya çıkmamaktadır. Zira zararın varlığının ispatı için, davacının zarara uğradığı konusunda hâkime kanaat verici vakıaları iddia ederek, bu vakıaların ispatını ortaya koyan delilleri sunması yeterlidir²⁰. Dolayısıyla, dava sonunda bedensel zarara ilişkin vakıa iddiasının ortaya çıkmadığı varsayılmışsa bu durumda ispat yükünü taşıyan davacının davasının esastan reddedilmesi gerekir.

Bazı durumlarda, ispat yükünü taşıyan davacının zarara ilişkin miktarı ispatı zordur (hatta imkânsızdır). Özellikle beden bütünlüğünün ihlâli durumunda, çalışma gücünün kısmen veya tamamen kaybında yoksun kalınan kârın, ekonomik geleceğin sarsılmasına ilişkin zararlarda zararın kesin miktarının belirlenmesi, ispatı oldukça zordur²¹. Kısacası geleceğe ilişkin zararların, menfi vakıaların ispatında zorluk söz konusudur. Bu tür ispat zorluğunun olduğu durumlarda ispat yüküne ilişkin temel kuralın katılığı yumuşatılmıştır²². Buna göre davacının, zararın varlığını veya gerçek miktarını ispat etmesinin zor olduğu durumlarda, Türk Borçlar Kanunu m. 50/f. 2'ye göre hâkim takdir yetkisini kullanacaktır. Yani bedensel zararlardan doğan borç ilişkilerinde, uğranılan zararın miktarı tam olarak tespit edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın

²⁰ Eren s. 749-750.

²¹ Avcı Braun s. 55.

²² Pasquier, Bruno, Die Schätzung nach gerichtlichem Ermessen -unmittelbare und sinngemässe Anwendung des Art. 42 Abs. 2 OR, Zürich 2014, s. 39.

miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir. İşte bu tür durumlarda hâkimin, özel bilgi ve uzmanlığı gerektiren durumlarda bilirkiőiyeye başvurması bir zorunluluktur²³. Özellikle aktüerya konusunda uzman bilirkiőilerce TRH 2010 (veya PMF 1931 gibi) hayat tablosu gibi yardımcı hesap tekniklerinden yararlanılarak raporlar düzenlenecektir²⁴. Zira, bedensel zararın hesaplanmasında önem arz eden hususlardan biri de zarar görenin çalışma ve muhtemel yaşam süresidir. Beden bütünlüğü ihlâl edilen kişinin kısmen veya tamamen çalışamaması nedeniyle uğradığı zararların tazmin edilmesi gerektiğinden, zarar gören çalışmaya başlamamışsa çalışmaya başlayacağı sürenin, çalışıyorsa çalışmasının devam edeceği sürenin hesaplanması gerekmektedir²⁵.

Hâkim, zarara ilişkin miktarın tam olarak ortaya konulabilmesi amacıyla davacının elinde olmayan bazı bilgi ve belgelerin temini için karşı taraftan veya üçüncü kiőilerden bilgi isteyebilir (HMK m. 219; 221). Örneğın mahkeme, iş kazalarından doğan bedensel zararlarda SGK'dan iş kazası tahkikat dosyası ve müfettiş raporunu celpettirebilir.

İşte bu tür durumlarda, hâkimin takdir yetkisinin uygulanma alanına ilişkin durumlarda (TBK m. 50/2) belirsiz alacak davası (HMK m. 107) açılması gerekecektir. Alacağın miktarını hâkimin takdirine bıraktığı durumlarda davacı alacağın miktarını belirlemekten muaf tutulmuőtur.

Dikkat edilirse, davacı (zarar gören) burada ispat yükünden kurtulmamaktadır. Sadece iddia ve somutlaştırma yükü zarar gören davacı lehine düşürölmektedir. Bir başka deyişle davacı lehine ispat ölçüsü düşürölerek zararın davacı lehine yaklaşık olarak ispat edilmesi imkânı verilmiőtir²⁶. Bu konuda somutlaştırma yükünün kapsamı daraltılarak somutlaştırma ve ispat yükü üzerine düşen davacı lehine bir ispat kolaylığı sağlan-

²³ Bkz HGK 26.04.1995 T., E. 1995/11-122, K. 1995/430; 17.HD, 13.09.2018 T., E. 2015/14238, K. 2018/7741 (www.kazanci.com.tr, erişim tarihi 01.10.2018).

²⁴ Söz konusu tablolar için bkz Çelik s. 535 vd.

²⁵ Bkz Tuztaş s. 42 vd; Avcı Braun s. 58 vd.

²⁶ Pasquier s. 15, 83.

mıştır. Davacının iddiasını belirli bir ölçüde somutlaştırarak ileri sürmesi yeterli sayılmıştır. Bunun akabinde ispat yükü üzerine düşmeyen davalı tarafa ise savunmasını somutlaştırma yükü yüklenmiştir. Davalının savunmayı somutlaştırma yükünü yerine getirmemesi durumunda ise, davacının iddiasının fiili karine olarak doğru olduğu kabul edilmelidir. Fakat böyle bir durumda da aşağıdaki durumların hâkim tarafından göz önünde bulundurulması gerekir²⁷:

Vakıanın Tarafça Ortaya Konulmasının Beklenilememesi: Dava sebebini oluşturan vakıaların, iddia ve somutlaştırma yükünü taşıyan tarafça ortaya konulmasının beklenilememesi durumunun söz konusu olması gerekir. Söz konusu taraf öncelikle, iddianın ve somutlaştırmanın konusunu oluşturması gereken olaylar zincirinin dışında bulunmalıdır ve bu sebeple de iddia ve somutlaştırma yükünü taşıyan tarafın, iddia konusu vakıaları tam ve açık olarak ileri sürmekte zorlanmalıdır.

Karşı Tarafça Vakıanın Ortaya Konulabilmesi : İddia ve somutlaştırma yükünü taşıyanın karşısında yer alan tarafın, iddia ve somutlaştırma konusunun içinde yer alan olay hakkında kolayca bilgi edinebilmesinin mümkün olması, yani beklenilebilir olması gerekir. Bu koşul, yukarıdaki ilk koşulu tamamlar; iddia yükünü taşıyan taraf, iddia konusu olayın dışında olması sebebiyle iddiasını somutlaştırmakta zorlanırken, savunma yükünü taşıyan taraf ise, savunmasını rahatlıkla somutlaştıracak bir durumdadır. Dolayısıyla, savunma yükünü taşıyan tarafın, dava sebebini oluşturan maddi vakıaların içinde, ya da söz konusu vakıalar hakkında gerekli bilgilere sahip olabilecek bir konumda olması gerekir. Bu tür durumlar yukarıda gösterildiği gibi, tıbbi hatalardan kaynaklanan bedensel zararlara ilişkin olaylarda sıklıkla görülmektedir. Örneğin, ameliyat sonrası vücunda gazlı bez unutulup kişinin sağlıksız yaşam sürdürmek zorunda kalması, anestezinin yanlış uygulanması sonucu hastanın felç olması, ameliyat sırasında, dikkatsizlik ve özensizlik sonucu sinirlerin kesilmesinden dolayı felç yaşan-

²⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz Börü s. 229 vd.

ması, ortopedi ameliyatları öncesi yanlış teşhis hatası ve uzuv kaybı, doğum sırasında omur sinirlerinin zedelenmesi sonucu bebeğin sakat doğması gibi.

Menfaat Dengesinin Sağlanabilmesi: Davanın taraflarından birisinin dava sebebinin oluşturan maddi vakıaların bizzat içinde yer almış olsa bile veya bilgi sahibi olabilecek bir konumda olsa bile, tarafın belirli bazı özel menfaatleri o vakıa hakkında detaylı açıklama veya ayrıntılı bir somutlaştırma yapmasının önüne geçebilir. Bu tür özel menfaatlere örnek olarak, kişilik hakları, namus ve onur, korunmaya değer ekonomik itibar, özel hayatın gizliliği, üçüncü kişilerin korunmaya değer hakları, hakkında cezai takibata yol açabilecek durumlar örnek olarak gösterilebilir.

III- BEDENSEL ZARARLARDA İSPAT VASITALARI

Bedensel zararlar bir haksız fiil sonucu ortaya çıkan zararlar olacağı için takdiri delillerin hepsi, yani bilirkişi raporu, tanık beyanı ve keşif tutanağı burada bedensel zararlara ilişkin vakıaların ispatında kullanılabilir. Bunun dışında bedensel zararların ispatına ilişkin belgeler; hatta hiçbir belge olmasa bile bedensel zararın varlığını ortaya koyan bilgi ve açıklamalar delil olarak kullanılabilir. Davacı en son çare olarak dava dilekçesinde açıkça belirtmek suretiyle yemin deliline de başvurabilir. Zira, hâkim bedensel zararlara ilişkin ileri sürülen bütün delilleri serbestçe değerlendirecektir (HMK m. 198). Dolayısıyla bedensel zararlara ilişkin vakıaların ispatında çeşitli ispat vasıtaları kullanılabilmektedir²⁸:

Kazanç kaybının, çalışma gücündeki kayıp oranının veya ekonomik geleceğin sarsılmasında zarara ilişkin miktarın oranını belirlemek uzmanlık gerektirdiği için bunun tespitinin yapılmasında uzman bilirkişiler görevlendirilmelidir²⁹. Bilirkişilik denince bedensel zararlarda ilk akla gelen adli tıp kuru-

²⁸ Bedensel zararlarda ispat vasıtalarına ilişkin örnekler için bkz Çelik s. 311 vd.

²⁹ 17.HD, 3.10.2018 T., E.2015/16325, K. 2018/8522 (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi 01.10.2018).

mudur. Bunun dışında, üniversitelerin adli tıp kurumları da bu hususta düşünülebilir³⁰. Örneğin kazancını TV sunucusu olarak kazanan kişinin yüzünde elinde oluşacak kalıcı iz mesleğini kaybetmesine sürekli iş göremez hale getirecektir. İşte tüm bu durumlar dikkate alınarak hâkim tarafından konusunda uzman doktor olan bilirkişilere bu zararlar hesaplattırılacaktır.

Trafik kazalarında öncelikle Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırılması ve Özürlülülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmeliğin öngördüğü şekilde raporların hazırlanması gerekmektedir. Buna göre, kazanç kaybının hesaplanması durumunda özellikle zarar görenin kazancı önem arz etmektedir. Zarar gören çalışmasa dahi (örneğin ev hanımı) asgari ücret üzerinden hesaplama yapılması gerekir. Davacı çalışan birisiyse, ücret bordroları, vergi kayıtları, serbest meslek makbuzları dikkate alınarak bir hesaplama yapılır. Fakat son mevzuat değişiklikleri ile birlikte Yargıtay'ın son kararlarına göre özellikle vergi kayıtlarının ve ücret bordrolarının gerçek kazancı yansıtmaması durumunda, bunların geçerli olmadığını belirtilerek tazminat hesabında dikkate alınmaması gerektiği belirtilmektedir³¹. Zarar görenin herhangi bir iş yerine bağlı olmaksızın belirli bir mesleği ifa etmesi durumunda o meslek odalarından ortalama kazanç sorulmalıdır. Özellikle şu hususlara dikkat edilerek, kaç gün iş ve güçten kaldığı, kaç günde iyileşeceği, sürekli iş görmezlik durumu ve oranı, yaralanmasının bu kaza ile illiyet bağının olup olmadığı, varsa talebinde faturalandırılmayan giderlerin ne kadar olacağı, ileride ortaya çıkan tedavileri ve olması gereken ameliyatlara olup olmadığı ve bunlara yapılması gereken harcamalar, bakıcıya ihtiyacı olup olmadığı ve kaç gün ihtiyaç duyulacağı hususları konusunda bilirkişi yardımıyla çözüme kavuşturulacaktır³².

³⁰ Çelik s. 72 vd.

³¹ Bkz 17. HD 27/04/2015 T., E. 2013/18452 K. 2015/6099. (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi 01.10.2018).

³² Tuztaş s. 34.

Trafik kazalarında sıklıkla řu tür belgeler ispat vasıtaları olarak kullanılmaktadır: Kaza tespit tutanağı, görgü tanıklarının beyanları, karakol yazısı, alkol raporları, araçların ruhsatname fotokopileri, sürücülerin ehliyet ve kimlik fotokopileri, sigorta poliçelerinin fotokopileri, Cumhuriyet savcılığı iddiamesi, fezleke ve takipsizlik kararı, ceza davası açılmışsa dosya bilgileri, ceza davasında bilirkişi incelemesi yapılmışsa bunun bilgileri gibi. Trafik kazalarında kişinin işleten olduğu savunması varsa, kira sözleşmesinin uzun süreli olup olmadığı, aracın fiilen teslim edilip edilmediğı, ekonomik yararlanmanın kime ait olduğu gibi hususlara ilişkin bilgi ve belgeler de önem arzeder³³.

Bedensel zararlara neden olan haksız fiilin, kusurun ve sorumluluğun oluşumuna ilişkin her türlü belge de önemli birer ispat vasıtasıdır. Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları belge olarak nitelendirilmiştir (HMK m. 199). Buna göre, tedavi ve iyileştirme için yapılan tüm harcamalara ilişkin dokümanlar, fatura ve makbuzlar, hastane kayıtları, belge delili olarak nitelendirilmelidir.

Hastane kayıtlarına ilişkin özellikle şunlar ispat vasıtası olarak belge sayılır: Hastaneye giriş-çıkış kayıtları, hasta izleme ve gözleme belgeleri, labaratuvar ve tahlil sonuçları, röntgen, ultrason, tomografi görüntüleme film, kayıtları, ameliyatın yapıldığına ve sonuçlarına ilişkin kayıtlar ve raporlar, ilgili doktorların tanı ve tedavi raporları, hastaya verilen ilaçların türü, kullanım sürelerine ilişkin belgeler, fizik tedavi kayıtları, oda ve refakatçi ücretleri, hastanenin faturaları, döner sermaye ve vakıf makbuzları, doktorların serbest meslek makbuzları, ambulans makbuzu gibi. Bazı durumlarda hastane belgeleri tedavi giderlerini ortaya koymada yeterli olmayabilir. Özellikle ayakta tedavilerde masraflar kayıtlara işlenmemiş olabilir. Bu durumda savcılık veya ceza mahkemesinde veri-

³³ Çelik s. 212-213.

len geçici veya kesin adli tabip raporları da ispat vasıtası olarak kullanılabilir³⁴.

Davacının bedensel zarara uğradığı kesin olup da tedavisi için gerekli masrafların hesaplanmasında bilgi ve belgeler yeterli olmuyorsa, olayla ilgili kimseler tarafların dilekçelerinde dayanması şartıyla mahkeme tarafından tanık olarak da dinlenebilir. Başka bir deyişle davacı veya davalı ileri sürdüğü vakıaların ispatı için tanık deliline dayanabilir (HMK m. 240). Bunun dışında hâkimim davayı aydınlatma ödevi ölçüsünde (HMK m. 31) taraflarca ileri sürülen bazı çelişkili ve belirsiz gördüğü hususlar hakkında hâkim ilgili tarafa soru sorabilir ve delil göstermesini isteyebilir; örneğin, hâkim, belgeler üzerinde ismi olan kişileri de tanık olarak dinleyebilecektir³⁵.

Davacının kimlik bilgileri, işi, işyeri, mesleği, kazancı hakkında bilgi ve belgeler tazminatın miktarının hesaplanmasında önem arzeder. Bu sebeple, öğrenim durumu, diplomalar, uzmanlık, ustalık, kalfalık belgelerinin dosyaya sunulması gerekir. Bedensel zarara uğrayan bir çocuksa, hangi okulda okuduğu, kaçınıcı sınıfta olduğu hakkında okuldan alınacak belgeler, uzun süre tedavisi sebebiyle sınıfta kalıp kalmadığı veya kaç yıl kaybettiğine ilişkin belgelerin sunulması zarara ilişkin miktarın tespit edilebilmesi bakımından önemlidir³⁶.

İş kazalarında, kaza ile ilgili tutanaklar, SGK iş kazasıyla ilgili kayıtlar, SGK müfettiş raporu, ceza davası var ise bilirkişi raporu, işe giriş bildirgesi, vizite kağıdı, ücret bordrosu, tanık beyanları delil olarak sıklıkla kullanılmaktadır. Bu tür durumlarda; işyerinden işçinin sicil dosyası, SGK'dan beden gücü kayıp oranına ilişkin raporun mahkemeye sunulması gerekir³⁷.

Son olarak, davacının da bedensel zararın doğmasında herhangi bir kusuru var ise davalı taraf, bunları ortaya koyan

³⁴ Bkz Tuztaş s. 33-34; Çelik s. 271 vd.

³⁵ Çelik s. 272.

³⁶ Çelik s. 312; Tuztaş s. 10; 17.HD, 26.03.2015 T., E. 2013/13386, K. 2015/4873 (www.kazancı.com.tr, erişim tarihi 01.10.2018).

³⁷ Çelik s. 313.

bilgi ve belgeleri de mahkemeye delil olarak sunması gerekir. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu m. 52'e göre, zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğumuna ya da artmasına etkili olmuş (veya ortak kusuru var) ise, hâkim tazminatı indirebilecektir veya tamamen kaldırabilecektir. Ancak burada Karayolları Trafik Kanunu'nun 111. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Buna göre, tazminat miktarlarına ilişkin olup da yetersiz veya fahiş olduğu açıkça belli olan anlaşmalar veya uzlaşmalar yapıldıkları tarihten itibaren 2 yıl içinde iptal edilebilirler.

SONUÇ

Bedensel zararlar Türk Borçlar Kanunu m. 54'de hükme bağlanmıştır. Bedensel zarar ile bir kimsenin fiziki varlığının veya ruh sağlığının ihlal edilmesi anlaşılmaktadır. Bedensel zararın maddede bir tanımı yapılmamakla birlikte, bedensel zararlar örnekleyici şekilde tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar olarak sayılmıştır. Bunların dışında bedensel zararlar trafik kazalarından, iş kazalarından veya tıbbi hatalardan da kaynaklanabilir. Zarar gören, malvarlığındaki bu azalmayı, bedensel zarar adı altında talep edebilir.

Hukukumuzda, yukarıda belirtilen ispat yüküne ilişkin temel (genel) kuralın dışında, kanunlarda bir çok özel ispat yükü kuralları hükme bağlanmıştır: Bunlardan bir tanesi de haksız fiil ilişkilerine dayanan (yani bedensel zararlara ilişkin davalarda) ispat yükünün düzenlendiği Türk Borçlar Kanunu m. 50'dir. Buna göre, *“zarar gören, zararını ve zarar verenin kusurunu ispat yükü altındadır”*. Maddede açıkça ifade edilmemiş olmasına rağmen, davacı ayrıca zararın miktarını da ispat etme yükü altındadır.

Bazı durumlarda özellikle geleceğe ilişkin zararların, menfi vakıaların ispatında zorluk söz konusudur. Davacının, zararın varlığını veya gerçek miktarını ispat etmesinin zor olduğu durumlarda, Türk Borçlar Kanunu m. 50/f. 2'ye göre hâkim takdir

yetkisini kullanacaktır. Yani bedensel zararlardan doğan borç ilişkilerinde, uğranılan zararın miktarı tam olarak tespit edilemiyorsa hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri göz önünde tutarak, zararın miktarını hakkaniyete uygun olarak belirleyecektir (TBK m. 50/2). Zararın miktarını hâkim, olayların olağan akışını ve zarar görenin aldığı önlemleri de dikkate alarak, hakkaniyete uygun olarak belirlemekle yükümlüdür. İşte bu tür durumlarda hâkim, özel bilgi ve uzmanlığı gerektiren durumlarda bilirkişiye başvurması zorunluluk olmaktadır.

Bedensel zararlar bir haksız fiil sonucu ortaya çıkan zararlar olacağı için takdiri delillerin hepsi, yani bilirkişi raporu, tanık beyanı ve keşif tutanağı burada bedensel zararlara ilişkin vakıaların ispatında kullanılabilir. Bunlardan en önemlisi bilirkişi raporlarıdır. Çünkü, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından veya yitirilmesinden doğan kayıplar ve ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan zararların tespitinde özellikle bilirkişi raporlarından yararlanılmaktadır. Bunun dışında bedensel zararların ispatına ilişkin belgeler; hatta hiçbir belge olmasa bile bedensel zararın varlığını ortaya koyan bilgi ve açıklamalar da delil olarak kullanılabilir. Davacı en son çare olarak yemin deliline de başvurabilir. Zira, hâkim bedensel zararlara ilişkin ileri sürülen bütün delilleri serbestçe değerlendirecektir (HMK m. 198).

