

- Araştırma Makalesi -

**♠ TIBBİ UYGULAMA HATASI İDDİALARINDA BİLİRKİŞİLİK
VE UZMAN MÜTALAASINA İLİŞKİN GÜNCEL SORUNLAR***

*(CURRENT ISSUES REGARDING EXPERT REPORTS AND SPECIALIST'S
OPINION IN CLAIMS OF MEDICAL MALPRACTICE)*

Süleyman KILAN^{†}**

Dr. Öğr. Üyesi/Dr. Lecturer Sevda YAŞAR COŞKUN^{*}**

ÖZ

Tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan davalarda tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de gözle görülür bir artış yaşanmaktadır Her tıbbi müdahale teknik bilgi ve deneyim gerektirmekte ve tıbbi uygulama hataları hakkında açılan davalar ancak bilirkişilerin kanıtları açıklamaları ve yorumlamaları sayesinde karara bağlanabilmektedir. İşte tam da bu nedenle tıbbi uygulama hatası davalarında bilirkişilik kritik bir rol oynamaktadır. Benzer bir işleve sahip olan uzman mütalaası ile de taraflara uyumsuzluk ile ilgili kendi seçtikleri uzmandan bilimsel mütalaa alıp mahkemeye sunma hakkı tanınmıştır.

^H Hakem denetiminden geçmiştir.

* Bu makale 21.11.2022 tarihinde Yayinevimize ulaşmış olup, 09.05.2023 tarihinde birinci hakem; 19.05.2023 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** İzmir Bakırçay Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü. suleymankilann@hotmail.com, ORCID ID: orcid.org/0000-0002-8645-5588.

*** İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, sevdayasar.coskun@bakircay.edu.tr, ORCID ID: orcid.org/0000-0001-7999-5052.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazarlar tarafından çıkar çatışması bildirilmemiştir.

Finansal Destek: Yazarlar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmişlerdir.

Katkı Payı Oranı: Yarı yarıya (%50/%50)'dir.

Bu makaleye atıf için; KILAN, Süleyman, YAŞAR COŞKUN, Sevda, "Tıbbi Uygulama Hatası İddialarında Bilirkişilik ve Uzman Mütalaa İlişkin Güncel Sorunlar", İzmir Bakırçay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt No.: 4, Sayı No.: 7, 2023, s. 27-66.

Çalışma, Tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan davalarda her iki kurumla ilgili uygulamada karşılaşılan sorunların neler olduğunun ortaya konulmasını amaçlamaktadır. Tıbbi uygulama hatalarında bilirkişilik ve uzman görüşü doküman inceleme yöntemi ile ele alınarak konuyla ilgili seçilmiş mahkeme kararları incelenmiştir.

Çalışmada Tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan davalarda bilirkişiler ve görüş bildiren uzmanların raporlarında tıbbi standartlardan sapma olup olmadığını, tıbbi kayıtlar, tetkik sonuçları, taraf iddia ve savunmalarını dikkate almaları gerektiği sonucuna varılmıştır. Ayrıca, uygulamada sorun olan hukuki nitelendirme yapmaması, hukuki bir konuda görüş beyan etmemesi kusur tespitinde bulunmaması ve kusur derecesi belirtmemesi gerekmektedir. Yine tıbbi uygulama hatası konusunda verilen bilirkişilik hizmetinin standardize hale getirilmesi ve bilirkişilerden kaynaklanan muhtemel eksik incelemelerin en aza indirilmesi için uzman görüşü kurumunun daha çok işlerlik kazanması gerektiği tespit edilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Hatalı Tıbbi Uygulama, Bilirkişi Raporu, Uzman Mütalaası (Uzman Görüşü), Bilirkişi, Malpraktis Davaları, Sağlık Hukuku

ABSTRACT

In our country, as in the rest of the world, there has been a significant increase in the number of cases of medical malpractice. Any medical intervention requires technical knowledge and experience, and medical malpractice cases can only be decided by legal experts who explain and interpret the evidence. This is precisely why Legal Expertise plays a crucial role in medical malpractice cases. 'Specialist Opinion,' which has a similar function, gives the parties the right to obtain a scientific opinion on the dispute from a specialist of their choice and submit it to the court.

The study aims to highlight the problems that arise in practice in connection with both institutions. Legal Expertise and Specialist Opinion in medical malpractice cases were addressed, and selected court decisions on the subject were examined through the document analysis method.

This study concluded that Legal Experts and Specialists who opine in medical malpractice cases should consider the medical records, med-

ical results of medical examinations, and claims and defendings of the parties in their reports to determine whether there are deviations from medical standards. In addition, they should not make legal qualifications, which is a problem in practice, should not express an opinion on a legal issue, should not establish fault; and they should not state the degree of fault. Again, it was noted that the Specialist Opinion institution should become more functional in order to standardize the review process in medical malpractice cases and minimize possible incomplete investigations by Legal Experts.

Keywords: *Medical Malpractice, Expert's Report, Specialist Opinion, Medical Malpractice Cases, Health Law*

Giriş

Tıbbi uygulama hatası (malpraktis) kavramı bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de giderek artan oranda gündeme gelmekte ve bu konuyla ilgili olarak açılan dava sayılarında artış yaşanmaktadır. Her tıbbi müdahale teknik bilgi ve deneyim gerektirdiği için tıbbi uygulama hataları hakkında açılan davalar ancak bilirkişilerin kanıtları, açıklamaları ve yorumlamaları sayesinde karara bağlanabilmektedir. Bu nedenle tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan davalarda bilirkişi raporları davanın sonucunu etkileyebilmektedir.

Anglosakson hukuk sisteminde önemli bir yeri olan uzman görüşü ise mevzuatımızda Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) 293. Maddesinde ve Ceza Muhakemeleri Kanunu (CMK) 67/6. maddesinde düzenlenerek hukuk sistemimizde yer almıştır. Uzman mütalaası ile taraflara uyumsuzluk ile ilgili kendi seçtikleri uzmandan bilimsel mütalaa alıp mahkemeye sunma hakkı tanınmıştır. Uzman mütalaaları da tıbbi uygulama hatalarından kaynaklı davalarda, tarafların iddialarını desteklemek veya çürütmek için kullanılmakta ve davanın sonucuna etki edebilmektedir.

Tıbbi uygulama hatalarında bilirkişilik ve uzman görüşünün konuyla ilgili mahkeme kararları ışığında, doküman inceleme yöntemi ile ele alındığı çalışmanın amacı, her iki kurumla ilgili uygulamada karşılaşılan sorunların neler olduğunun ortaya konulmasıdır.

Çalışmada öncelikle tıbbi uygulama hatası (malpraktis) kavramı literatür ve yargı kararları çerçevesinde ele alınacak, ikinci bölümde ise bilirkişilik ve uzman mütalaası kavramları yine literatür ve yargı kararları çerçevesinde incelenerek benzer ve farklı noktaları yargı kararları ışığında değerlendirilecektir. Çalışmanın sonuç bölümünde ise tıbbi uygulama hatalarında bilirkişilik ve uzman görüşüyle ilgili uygulamada karşılaşılan sorunların çözümüne ilişkin önerilerde bulunulacaktır.

1) Tıbbi Uygulama Hatası (Malpraktis) Kavramı ve İçeriği

Malpraktis, Latince kökenli “Male” ve “Praxis” kelimelerinden türemiş olup “hatalı uygulama” anlamına gelmektedir.¹ Malpraktis kelimesi esasen herhangi bir meslek temsilcisinin, mesleğini icra ettiği sırada meydana gelen kusurlu, hatalı davranışları olarak tanımlanabilir.² Malpraktis klasik tanım olarak “Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar” olarak tanımlanabilir.³ Malpraktis, hekim veya diğer sağlık personeli tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarını taşıyamaması nedeniyle hastanın zarara uğraması anlamına gelmektedir.

Bilgisizlik, deneyimsizlik veya ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi, ilgili sağlık personelinin tanı ve tedavide standart davranış biçimlerinden farklı davranması ya da görevi ihmal sonucu, hastada geçici ya da kalıcı sağlığının bozulmasına ve zarar oluşmasına neden olunması halinde malpraktis (tıbbi uygulama hatası) söz konusu olacaktır. Tıbbi hata, sağlık meslek mensubunun mesleğini icra etmesi nedeniyle yaptığı tıbbi müdahalede, tıp mesleğinin kural ve gereklerine uymaması nedeniyle hastaya zarar verilmesi olarak da tanımlanabilir.⁴ Tıbbi malpraktis ya da tıbbi hata olarak da adlandırılan bu durumda zarara

¹ Özlem Özer and others, ‘Tıbbi Hatalı Uygulamalar’ (2015) 42(3) Dicle Tıp Dergisi 394, 394

² Yusuf Aynacı, ‘Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması’ (2008) Tıpta Uzmanlık Tezi, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, 2

³ Oğuz Polat and Işıl Pakiç, ‘Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu’ (2011) 2(3) Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi 119, 119-120

⁴ Aykut Cemil Aykın and Serkan Çınarlı, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu (1st edn, Seçkin Yayınevi 2016) 353, 354

uğrayan hasta veya yakınları zararın tazmin edilmesini isteyebilecekleri gibi ilgili sağlık personeli hakkında ceza soruşturması ve kovuşturmasının yürütülmesi de gündeme gelebilecektir.

Ülkemizde 1990'lı yıllarda yapılan malpraktis tanımlamaları incelendiğinde, o yıllardaki sağlık mesleği uygulamalarında hâkim meslek grubu olan ve sağlık sisteminin işleyişi ile ilgili geniş takdir hakkı ve yetkisi bulunan, hekimlik mesleğinin hatalarını tanımlamaya yöneliktir. Fakat sağlık hizmetlerinin günümüze kadar geçirdiği değişim ve dönüşüm bu tanımlı yetersiz kılmaktadır. Günümüzde hekimlik dışında birçok sağlık mesleği ortaya çıkmıştır. Hekim tarafından bireysel olarak sürdürülebilen sağlık hizmeti, hızla sağlık kurumları tarafından sunulan bir organize sağlık hizmeti şekline dönüşmüş olup bu hizmetleri sunan kamu ve özel sağlık kuruluşlarının sayısı da hızla artmıştır.⁵

Tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkan olumsuzluğun hatalı tıbbi uygulama olup olmadığının belirlenebilmesi için üçüncü kişilerce kullanılacak bir kılavuz bugün itibariyle yoktur. Fakat bir sağlık çalışanının yapmış olduğu tıbbi müdahalede hata yapıp yapmadığının tespitinde ölçü olarak “standart tıbbi uygulama” kavramı kullanılmaktadır.⁶

Standart tıbbi uygulama, günümüzdeki teknik ve bilimsel gelişmeler, tıbbi girişimin yapıldığı ortam şartları, uygulamayı yapan sağlık çalışanın eğitim seviyesi göz önüne alındığında, aynı yetkinlik seviyesinde ve aynı ortam şartlarında bir sağlık çalışanın göstermesi gerekli olan özen olarak tanımlanmaktadır.⁷ Esasen standart tıbbi uygulama kavramı ile ifade edilmek istenilen, “ tıp biliminin genel olarak tanınıp kabul edilmiş kuralları” başka bir anlatımla denenmiş olan ve bilinen temel meslek kurallarıdır.⁸

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda “tıbbi standart” kavramını tartışarak şu şekilde ifade etmiştir;

1989 doğumlu olup, genel cerrahi uzmanı Op. Dr. Sanık M. K'ya ait zayıflama merkezinde 44 günlük tedavi sonucunda, 07.09.2008 tarihinde, kendinde mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale geç-

⁵ Serkan Çınarlı, Fidan Ermumcu and Orhan Meral, Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı Davaları (1st edn, Adalet Yayınevi 2020) 83

⁶ Abdullah Hızal, 'Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları' (2015) Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Sağlık Hukuku Programı 9

⁷ Polat and Pakiş (n 3) 120

⁸ Aykın and Çınarlı (n 4) 350

mesi sonucu ölen D. K.'nın, ölümünde sanığın sorumluluğunun bulunup, bulunmadığının belirlenebilmesi için, öncelikle tıbbi müdahalenin ve hekimin sorumluluk şartlarının belirlenmesi gerekmektedir.

Tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından, tıbben kabul görmüş ilke ve esaslar çerçevesinde, yasaların öngördüğü amaçlarla, aydınlatılmış kişiden alınan rıza üzerine yapılan tıbbi müdahale, hukuka uygun olduğundan doğan zararlı sonuçtan failin sorumlu tutulması mümkün değildir.

Ancak; hasta tıbbi müdahale konusunda aydınlatılmış ve tıbbi müdahaleye rıza vermiş olsa dahi, aydınlatma ve rıza tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesinin ön şartı olup, hekim müdahalesi tıp biliminin gerektirdiği şekilde yapılmamış ise başka bir anlatımla tıbbi müdahale kusurlu bir şekilde yapılmış ise hekim doğan sonuçtan sorumlu olacaktır. Rıza ve aydınlatma, tıp biliminin gereklerine uygun kusursuz bir tıbbi müdahale için verilmiş olup, kusurlu müdahale hallerinde, ön koşullar gerçekleşmiş olsa dahi hekim yine de doğan zararlı sonuçtan sorumlu olacaktır. Hekime yüklenebilecek bir kusur olmamasına rağmen tıbbi müdahale başarısızlıkla sonuçlanmışsa, bu durumda da komplikasyon söz konusu olacağından, bu durumda da hekimin sorumluluğuna gidilemez.

Kusurlu bir tıbbi müdahale sonucunda, hastanın sağlığının zarar görmesi veya yaşamının sona ermesi halinde, tıbbi müdahale ile doğan sonuç arasında illiyet bağı bulunmakta ise, aydınlatma ve rıza koşulu gerçekleşmiş olsa dahi, müdahaleyi yapan hekim, taksirle yaralama veya öldürme suçlarından sorumlu olacaktır.

İnceleme konusu somut olayda; ruhsatı iptal edilmiş bulunan sağlık kuruluşunu, yataklı konaklama tesisi olarak ruhsatlandıran genel cerrahi uzmanı Opr. Dr. Sanığın, zayıflama merkezinde tedavi gören D. K.'nın, 44 günlük süreçte 13,8 kg. zayıflamasına ve buna bağlı olarak, tedavi görende mevcut kronik kalp damar hastalığının aktif hale geçmesi sonucu ölümüne neden olduğu olayda, sanığın uyguladığı tedavi yönteminin tıbbi standartlara uymadığı, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunca düzenlenen 09.02.2012 tarihli raporda da belirtildiği üzere, fizyolojik kilo verme hızının ayda 2-4 kilogram olması gerektiği, obez kişilerde hızlı kilo vermenin kronik kalp rahatsızlığını aktif hale geçirebileceğinin tıbben bilindiği, ölede hızlı kilo kaybı tespit edilmiş olmasına rağmen, diyet egzersiz programlarının yeniden değerlendirilmemesi ve tetkiklerin eksik yaptırılması nedeniyle, sanığın kusurlu bulunduğu ve bu kusurlu

davranışın ölümüne etkisinin olduğu ve ölümle sanığın eylemi arasında illiyet bağının bulunduğu, uygulanan yöntemin bilinen tıbbi standartlara uymaması nedeniyle, ölümün komplikasyon olarak da değerlendirilemeyeceği...⁹

İfadesiyle tıp biliminde tanınmış ve bilinen temelde meslek kurallarını tıbbi standart olarak kabul etmiştir.

Hukuksal olarak sağlık personelinin beklenen “mesleğinde en iyisi” olmak değildir. Beklenti “ortalama bir meslektaşına kadar” özenli, bilgili, beceri sahibi ve dikkatli olmasıdır. Hekim ya da ilgili sağlık personeli, ifade edilen bu ortalama performansın altına indiği ve bunun sonucunda hasta zarar gördüğü zaman, ilgili hekim ya da sağlık personelinin kusurlu bir davranışta bulunduğu yani tıbbi malpraktisin meydana çıktığı kabul edilmektedir.¹⁰

Malpraktis ve komplikasyonu birbirinden ayıran en önemli unsur kusurun olup olmadığıdır. Kusur olgusu tespit edilirken ilgili sağlık personelinin gerçekleştirdiği tıbbi uygulamanın standartlara uygun olup olmadığına saptanması ilk koşul olarak karşımıza çıkmaktadır.¹¹

Tıbbi uygulama hatasından bahsedebilmemiz için ilgili sağlık personelinin “kusurlu” hareketinin bulunması şarttır. Meydana gelen kusurlu hareket karşısında hastanın yazılı ya da sözlü onamının alınması hiçbir zaman sağlık personelinin korumayacaktır. Çünkü aydınlatılmış onam, yalnızca yapılan kusursuz bir işlemi hukuka uygun hale getirecektir. Kusurlu bir işlem durumunda hastanın hukuksal haklarını ortadan kaldırmayacaktır. Diğer bir anlatımla tıbbi uygulama hatası, tıbbin kötü uygulanması, tıpta yanlış uygulamalar ya da kötü hekimlik uygulamaları şeklinde açıklanabilmektedir.¹²

Tıbbi hata, hastanın bilgilerinin alınması ve ilk muayenesinden tıbbi işlem sonrası sürece kadar tıbbi bakımın her aşamasında ortaya çıkabilen, sonucunda hastanın zarar gördüğü tıbbi kusur ya da hataların tümünü kapsar.¹³

Tıbbi hata iki şekilde gelişebilir;

⁹ Yargıtay 12 CD, 11225/15909, 11.06.2013

¹⁰ Aykın and Çınarlı (n 4) 352

¹¹ Selvi Özçetin and Murat Balaban, Sağlık Hukuku (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2015) 32’den aktaran Aykın and Çınarlı (n 4) 353

¹² Aykın and Çınarlı (n 4) 353

¹³ Oğuz Polat, Tıbbi Uygulama Hataları (1st edn, Seçkin Yayınevi 2005) 31

a. Aktif Hata: Hastaya gereksiz işlemlerin yapılması ya da gerekli işlemlerin hatalı yapılması

b. Pasif Hata: Hastaya yapılması gereken işlemin yapılmaması.¹⁴

Aktif hata durumunda, örneğin ameliyat esnasında hastanın hasta olan sağ dizi yerine, sağlam olan sol dizinin ameliyat edilmesi olayında olduğu gibi gerekli işlemlerin hatalı yapılması söz konusudur.¹⁵ Pasif hata durumunda ise, örneğin hastaneye ambulansla gelen, doğumsal kalça çıkıklığı olan ve doğum sancıları başlayan hasta olduğu bildirilmesine rağmen, icapçı nöbetçi hekim olan Kadın Hastalıkları ve Doğum Uzmanının hastaneye gelmeden hastanın yakınları tarafından başka bir hastaneye götürülmesi yönünde talimat verdiği ve yolda doğum yapan hastanın öldüğü olayda olduğu gibi hastaya yapılması gereken işlemin yapılmaması söz konusudur.¹⁶

Bir hatalı tıbbi uygulamanın varlığından bahsedebilmek için şu unsurların varlığından bahsetmemiz gerekecektir;

- Meslek ve sanatta acemilik,
- Hastaya kasıtlı bir şekilde zarar vermek,
- Hasta ve hekim arasındaki sözleşmeye aykırı hareket etmek,
- Yanlış, tehlikeli muayene sonucu ilgili hastanın zarar görmesi,
- Tıbbi malzemelerin tehlikeli kullanılması sonucu hastanın zarar görmesi.¹⁷

İlgili hekimin ya da sağlık personelinin sorumluluğundan bahsedebilmemiz için, ilgili hekimin ya da sağlık personelinin fiilinin hukuka aykırı olması, bir zararın meydana gelmiş olması ve zarar ile fiil arasında illiyet bağının bulunması şarttır.

Yapılan tüm tıbbi müdahalelerin amacı, hastanın bedeni üzerinde olumlu bir değişiklik meydana getirerek, hastaya fayda sağlamaktır. Yani sağlık çalışanları tarafından yapılan uygulamaların hepsi, etkisini ve sonucunu hastanın yani başka insanların bedeni üzerinde gösterir. Yapılan bu müdahaleler daima insan onuruna uygun yapılmalıdır. Tıbbi bir girişimin cezai sonuç doğurmaması için aşağıda sayacağımız şu şartları taşıması gerekir;

- Tıbbi bir gerekçesinin yani endikasyonunun olması gerekir.

¹⁴ Çınarlı, Ermumcu and Meral (n 5) 101

¹⁵ Yargıtay 13 HD, 25915/22618, 24.09.2013

¹⁶ Yargıtay 4 CD, 17665/15693, 22.05.2013

¹⁷ Aykın and Çınarlı (n 4) 354

- Tıbbi girişimi yapan kişinin tıbbî işlem konusunda yetkisinin olması gerekir.

- Hastanın yapılacak müdahaleye izin vermesi gerekir.

- Müdahalenin tıbbî kural ve gerekliliklere uygun yapılması gerekir.

- Yapılan müdahalelerin hukuken yasaklanmamış olması gerekir.¹⁸

Sık görülen hatalı tıbbi uygulama hatalarını, teşhis hataları, tedavi hataları, komplikasyon yönetimi, tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali, organizasyon hataları olarak sınıflandırmak mümkündür.¹⁹

Sağlık mesleği, bünyesinde risk barındıran meslekler içerisinde yer almaktadır. Yapılan her türlü tıbbi müdahalede bir takım riskler vardır. İlgili sağlık personelinin “kusur” olarak kabul edilecek bir eylemi söz konusu olmasa da ortaya zararlı bir sonuç çıkabilmektedir. Tıbbi müdahalelerde “komplikasyon” olarak ifade edilen bu durumlar, hukuk sistemimizde de makul karşılanarak “kabul edilebilir risk” ya da “izin verilen risk” olarak tanımlanmaktadır ve hatalı tıbbi uygulama (malpraktis) olarak kabul edilmemektedir.²⁰

Komplikasyon, tıbbi uygulamanın standartlara uygun olarak yapılmasına rağmen, meydana çıkmasından kaçınılamayan zararlar olarak tanımlanabilir.²¹ Buradaki en önemli husus, istenmeyen sonucun beceri ya da bilgi eksikliği sonucunda ortaya çıkmamış olmasıdır.²²

Tıbbi müdahale sonucu ilgili hastanın zarara uğradığı bir olayda, olayın tıbbi uygulama hatası (malpraktis) mı yoksa komplikasyon mu olduğunun tespit edilmesi, doğuracağı hukuki sonuçlar yönünden son derece önemlidir. Yapmış olduğu tıbbi müdahalede gereken tüm dikkat ve özeni gösteren, ayrıca olası komplikasyonlar için gereken önlemleri

¹⁸ Çınarlı, Ermumcu and Meral (n 5) 100, 101

¹⁹ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku Vol II Özel Hükümler* (25th edn, Seçkin Yayınevi 2022) 1088-1333

²⁰ Aykın and Çınarlı (n 4) 511; Kamuran Dayan, ‘Pediatri Hekimlerinde Malpraktis Kaygısının Değerlendirilmesi’ (2021) *Tıpta Uzmanlık Tezi, Yeditepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı*, 37; Zeynep Özcan and Ayşe Betül Özcanoğlu, ‘Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayırımına Bağlı İspat Sorunları’ (2020) 8(16) *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi* 297

²¹ Hüseyin Cem Barlıoğlu, ‘Defansif Tıp unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis’ (2018) *Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Salık Hukuku Anabilim Dalı* 22

²² Berna Algan, ‘İstanbul’da Yapılan Adli Otopsielerin Tıbbi Malpraktis Açısından İncelenmesi’ (2012) *Uzmanlık Tezi, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı* 11

alan sağlık çalışanı, meydana çıkan zarar nedeniyle kural olarak sorumlu tutulamayacaktır.²³

Çalışmanın sonraki bölümünde bilirkişilik, uzman görüşü ve her iki kavram arasındaki farklılıklar tıbbi uygulama hatası bağlamında ele alınacaktır.

2) Bilirkişilik Kavramı

Türk Dil Kurumu sözlüğünde bilirkişi şu şekilde ifade edilmiştir; “Belirli bir konudan iyi anlayan ve bir anlaşmazlığı çözümlmek için kendisine başvuru kimse, uzman, ehlihibre, ehli vukuf, eksper.”²⁴

3 Kasım 2016 tarih ve 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu’nda ise bilirkişi; “ispata ilişkin karşılaşılan bir sorunun çözümünde, uzmanlık, özel veya teknik bilgi ile görüşünü sözlü veya yazılı olarak vermesi için başvuru, belirli bir konuda uzmanlığı olan kişi” olarak tanımlanmıştır.²⁵

Bilirkişinin görevi, hakim ya da Cumhuriyet Savcısının genel hukuk bilgisiyle çözemeyeceği konularda özel ya da teknik bilgisiyle uyuşmazlığı aydınlatmak, savcılık veya mahkemelere yardımcı olmaktır. Bilirkişilik Kurumu bu manada uyuşmazlıkların çözümü için yargının başvurduğu önemli bir delil değerlendirmesi aracıdır. Uyuşmazlığın çözümüne elverişli bir bilirkişi raporu, davaya konu olayların hızlı bir şekilde sonuçlanmasına katkı sağlayacaktır. Hukuk sistemimizde bilirkişiyeye başvurulamayacak haller, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun bilirkişiliğe başvurulmasını gerektiren halleri düzenleyen 266. maddesine uygun olarak ve ilave bir düzenleme ile 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu’nun 3. maddesinde belirtilmiştir. Anılan bu yasal düzenlemelere göre, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiyeye başvurulamayacaktır. Böylece bilirkişiliğin yalnızca teknik bilgiye ihtiyaç duyulan konularda başvurulacak bir kurum olduğu vurgulanmıştır.²⁶

²³ Atiye B Uygur, ‘Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi’ (2019) (144) Türkiye Barolar Birliği Dergisi 365

²⁴ Bkz. <<https://sozluk.gov.tr>> Erişim tarihi: 05.11.2022

²⁵ Bilirkişilik Kanunu, Kanun Numarası: 6754, Kabul Tarihi: 03.11.2016, RG 24.11.2016/29898

²⁶ Ezgi Besen, ‘Tıbbi Uygulama Hatası İddiası İle Açılan Hukuk Davalarında Bilirkişi Raporlarının Hukuki Denetimi Elverişliliğinin Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi’ (2019) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa Adli Tıp ve Adli Birimler Enstitüsü, Sosyal Bilimler Anabilim Dalı 6

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 63. maddesinin birinci fıkrasında da benzer bir düzenleme yapılarak şu şekilde ifade edilmiştir;

Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.²⁷

6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinin gerekçesi incelendiğinde, özel bilgiden kastın, hukuk bilimi dışında belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi olduğu, teknik bilginin ise kimya, matematik, fizik gibi pozitif bilimlerin verilerinden elde edilen bilgi olduğu ifade edilmektedir.²⁸

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve bilirkişilik mevzuatında bilirkişiye sadece özel ya da teknik alanda başvurulabileceği açıkça vurgulanmıştır. Söz konusu bu düzenlemelere göre, bilirkişinin hukuki bir konuda görüş beyan etmemesi gerekmektedir. Hukuki değerlendirme yalnızca hakim tarafından yapılabilir. Bilirkişinin hakimin yetki alanına girecek şekilde rapor sunmaması gerekir. Anılan bu sebeplerle bilirkişilerin raporlarında kusur tespitinde bulunmaması gerektiği açıktır. Fakat uygulamada bilirkişilerin kusur tespitinde bulunmaları ve kusur derecesi belirlemeleri en sık karşılaşılan sorunlardan biridir. Yargıtay'ın vermiş olduğu bir kararda kusur belirlemesinin yalnızca hakim tarafından yapılabileceği şu şekilde vurgulanmıştır;

...Çimko Çimento fabrikasında saha elemanı olarak çalışmakta olan ölenin, ilgili fabrikanın döner fırın intikal kamarası arkasındaki platformda çelikle güçlendirme işini yapmakta olan taşeron A. şirketi çalışanlarının gerekli tedbirleri alarak çalışmalarına devam ettikleri sırada, ölenin kendisine verilen iş kapsamında çalışma alanında bir görevinin bulunmamasına ve girmemesi konusunda uyarılara rağmen ilgili bölüme girerek, dikkatsiz ve tedbirsiz şekilde ızgara döşenmekte olan kısımdaki delikten düşerek öldüğü olayda, ölene olaydan yaklaşık 3 ay

²⁷ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673

²⁸ Besen (n 26) 6

önce ilgili fabrika yetkilileri tarafından iş sağlığı ve güvenliği eğitiminin verildiği, gerekli sağlık raporunun alındığı, kendisine gerekli iş ve koruyucu malzemelerin teslim edildiği, çalışma alanında iş güvenliği konularıyla ilgili gerekli uyarıcı levha ve işaretlerin yer aldığı, benzer işte yıllardır çalıştığı da dikkate alınarak tecrübeli olduğu, olayın gerçekleştiği çalışma yapılan kısmın güvenlik şeridi ile çevrili bulunduğu, kaynak yapılan ilgili kısımda ölenin bir görevinin bulunmadığı, tamamen ölenin dikkatsiz ve tedbirsiz hareketi neticesinde gerçekleştiği anlaşılan olayda, 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 62, 63 ve 67. maddelerinde bilirkişi atanması, bilirkişi raporu ve uzman mütalaası alınmasına ilişkin düzenlemelere yer verilerek çözümü uzmanlığı özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi görüşüne başvurulacağı ancak, bilirkişi raporlarının mahkemeyi bağlayıcı değil delilleri değerlendirme vasıtalarından biri olduğu, mahkemelerin gerekçelerini açıklamaları suretiyle bilirkişi raporuna itibar edip etmeme hususunda takdir ve değerlendirme hakkını haiz bulunduğu, bilirkişi tarafından münhasıran hakimmin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda, herhangi bir değerlendirme yapılmaması gerekmele birlikte bu yöndeki bir değerlendirmenin de hakimi bağlayıcı bir yönünün bulunmadığının belirtilmesine rağmen, oluşa uygun düşmeyen bilirkişi raporuna itibarla sanıkların beraatleri yerine yazılı şekilde mahkumiyetlerine karar verilmesi...²⁹

Bilirkişinin her şeyden önce tarafsız, bağımsız ve alanında uzman olması gerekmektedir. Bilirkişilik Kanunu'nun 10. maddesinde bilirkişiliğe kabul şartları düzenlenmiştir. Ayrıca, bilirkişilik temel eğitimine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bilirkişilerin sahip olması gereken nitelikleri belirlemek ve bilirkişilerin uyması gereken rehber ilkeleri, hazırlayacağı rapor standartlarını belirlemek Adalet Bakanlığı'na bağlı Bilirkişilik Daire Başkanlığı görevleri arasında sayılmıştır.³⁰

2.1. Bilirkişinin Hukuki Niteliği

Bilirkişi raporunun tanık beyanı gibi bir delil olarak mı, ya da bir delil elde etme aracı olarak mı kabul edileceği konusu hukuk alanında

²⁹ Yargıtay 12 CD, 6256/2619, 04.02.2014

³⁰ Bkz. Bilirkişilik Kanunu, Kanun Numarası: 6754, Kabul Tarihi: 03.11.2016, RG 24.11.2016/29898

uzun yıllardır tartışılan ve halen de tartışılmaya devam edilen bir konudur.³¹

Konuyla ilgili yasal düzenlemeleri incelediğimizde konu, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 282. maddesinde; “Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.”³² şeklinde belirtilmiştir. Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 63.maddesinde ise;

Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re’sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak, genel bilgi veya tecrübeyle ya da hâkimlik mesleğinin gerektirdiği hukukî bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz. Hukuk öğrenimi görmüş kişiler, hukuk alanı dışında ayrı bir uzmanlığa sahip olduğunu belgelendirmedikçe, bilirkişi olarak görevlendirilemez.³³

şeklinde belirtilmiştir.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 1985-93 Esas, 1985-341 Karar sayılı 04.02.1985 tarihli içtihadında bilirkişinin hukuki niteliğini şu şekilde açıklamıştır:

Hakimlerin teknik sahalarda uzman olmalarına imkan yoktur. Hüküm verebilmek için delil muhtevasının öğrenilmesi gerekir. Bu nedenle hakim, diğer delillerle birlikte çoğu kez bilimsel ve teknik bilgilere de ihtiyaç duyar. Muhtaç oldukları bu teknik ve bilimsel bilgilerin uzman olan kişi ve kurumlardan sağlanması yoluna gidilir. Bilirkişi olay hakkında bilgi sahibi değildir. Onun katkısı teknik sahadaki istişari yardım, neticesi itibariyle hakimi aydınlatmaktadır. Çünkü hakim, kendi teknik bilgisi ile delil muhtevasını öğrenemez. Bilirkişi düşüncesi delil değil, delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Bu istişari niteliği nedeniyle hü-

³¹ Bkz. Besen (n 26) 12.; Deniz Kayıhoğlu, ‘Türk İdari Yargılama Hukukunda Bilirkişilik’ (2019) Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı 20, 21; Ersin Erdoğan and S Hilal Üçüncü, ‘Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar’ (2020) 10 (1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi 354, 357-359; Kâmil Yıldırım, ‘Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu’ (2014) (75) Türkiye Barolar Birliği 833,834

³² Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2012/27836

³³ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673

küm veren hakimleri bağlamaz, çünkü bilirkişilerinde yanılmaları mümkündür. Şüphe ve tereddüt halinde hakim, aynı bilirkişiyi yahut tayin edeceği diğer bir bilirkişi görevlendirebilir düşüncesine başvurabilir.³⁴

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 1991 tarihli kararında ise;

Bilirkişi düşüncesi delil değildir. Delil hakkında bir açıklamadır. Bir başka anlatımla delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Delil, bilirkişi incelemesi için gerekli olan şeydir. Hâkim bilirkişi incelemesi ile bağlı değildir. Bilirkişinin görevi teknik ve bilimsel anlamda hâkimi aydınlatmaktır.³⁵

şeklinde ifade edilmiştir.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2021 tarihli güncel kararında da;

...Diğer taraftan bilirkişi, bir davada çözümü hâkim tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşüne başvurulmuş kişidir (HUMK m. 275). Hâkim, takdiri delillerden olan bilirkişi raporu ile bağlı olmayıp, eksik veya açık olmayan noktalarda bilirkişiden ek açıklama yapılmasını isteyebileceği gibi, gerektiğinde yeniden bilirkişi incelemesi de yaptırabilir.³⁶

Şeklinde bilirkişinin sunduğu raporun takdiri delil olduğu ve hakim bu raporla bağlı olmadığı ifade edilmiştir.

İncelenen yargı kararlarında ve yasal düzenlemelerde de görüldüğü üzere hakim bilirkişi raporunu serbestçe değerlendirme ve takdir yetkisine sahiptir. Bilirkişi raporu takdiri delil olarak kabul edilmektedir ve kesin delil olarak değerlendirilmemektedir. Ayrıca hakim için bağlayıcılığı da bulunmamaktadır. Nihai karar hakim kendi hür iradesine bağlıdır. Fakat bilirkişi raporunun hakim için bağlayıcı olmaması, hakim keyfi karar vereceği manasına gelmeyecektir. Hakim dosyada mevcut bilirkişi raporunun aksine bir hüküm verdiği durumda bunu gerekçelendirmesi gerekmektedir.

³⁴ Besen (n 26) 11, 12

³⁵ Bahtiyar Ali Mutlu, 'Tıbbi Uygulama Hatası İddialarında Bilirkişilik ve Uzman Mütalaası' (2019) Uzmanlık Tezi, İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı 18,19

³⁶ Yargıtay 3 HD, 2762/11948, 24.11.2021

2.2 Tıbbi Uygulama Hatalarının Değerlendirilmesinde Bilirkişilik

Tıbbi girişimler kapsamlı teknik bilgi ve deneyim gerektirdiği için tıbbi uygulama hatası iddialarına yönelik açılan davalar, uygulamada ancak bilirkişilerin kanıtları açıklamaları, yorumlamaları ve buna ilişkin rapor sunmaları sayesinde karara bağlanabilmektedir. Bu nedenle tıbbi uygulama hatası iddialarına yönelik açılan davalarda bilirkişinin görevi, hatalı olduğu iddia edilen tıbbi girişimde standartlardan sapma olup olmadığını taraf iddia ve savunmaları, tanık ifadeleri, tıbbi kayıtlar, yapılan tetkikler ve varsa otopsi sonuçlarından faydalanarak değerlendirmektir. Bilirkişinin anılan görev ve sorumluluklarını yerine getirmesi, tıbbi uygulama hatası iddialarında sorunun tespiti ve anlaşılabilmesi için önem arz etmektedir.³⁷

Çözümü teknik ya da özel bilgiyi gerektiren hatalı tıbbi uygulama davalarında bilirkişinin görüşüne başvurulmadan uyuşmazlık konusu aydınlatılamamaktadır. Tıbbi girişime bağlı istenmeyen bir sonuç söz konusu olduğunda, bu sonucun bir ihmal ya da kusurlu bir eylem sonucu meydana gelip gelmediğinin alanında uzman tıbbi kökenli bilirkişiler tarafından tespit edilmesi gerekmektedir. Meydana gelen istenmeyen sonucun sağlık görevlisi veya ilgili hastanenin organizasyon kusurundan mı kaynaklandığı ya da her türlü özene rağmen meydana gelen bir komplikasyon mu olduğu hususunun çözüme kavuşturulması için alanında uzman bilirkişiden alınan ve bilimsel verilere dayanan bilirkişi raporu, davanın aydınlatılmasında belirleyici rol oynamakta, dolayısıyla adil yargılanma hakkının tesisinde de katkı sağlamaktadır.³⁸

Tıbbi uygulama hatalarına ilişkin dosyalarda bilirkişi, hekimin seçtiği tedavi yöntemini değerlendirecek, yapılan tedavide gereken özeni gösterip göstermediğini belirleyecek, hastaya uygulanan tedavinin ne olduğu, hastaya uygulanması gereken tedavinin ne olduğu hususlarını ayrıntılı ve gerekçeli biçimde açıklayacak ve mutlaka tarafların tüm iddialarını ve itirazlarını açıklayacak şekilde, aydınlatıcı bir rapor hazırlayacaktır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi içtihatlarında, sadece uygulanan işlemin ne olduğunun saptanarak, ortaya çıkan zararın her türlü özenin uygulanmasına rağmen oluşan komplikasyon olduğu sonucuna ulaşılan

³⁷ Mutlu (n 35) 19

³⁸ Işıl Pakiç, 'Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik' (2014) 13(3) Adli Bilimler Dergisi 52, 54; Besen (n 26) 21

bilirkişi raporlarını, hükme esas almaya yeterli olmadığı ifade edilmekte ve yeniden bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği belirtilmektedir.³⁹ Ayrıca tıbbi uygulama hatası dosyalarında seçilen bilirkişilerin dosyayı nasıl değerlendirmeleri, hangi belgeleri ne şekilde incelemeleri gerektiği, standart bakım yaklaşımlarının ve tekniklerinin nasıl olması gerektiği hususu literatürde halen tartışılmakta olup, bu konuda henüz bir standart dizasyon bulunmamıştır.⁴⁰

Tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan davalarda bilirkişilik kapsamında üzerinde durulması gereken bir diğer konuda Adli Tıp Kurumu raporlarıdır. Adli Tıp Kurumu Adalet Bakanlığı'na bağlı bir kurum olarak savcılık ve mahkemelerin istemi üzerine tıbbi uygulama hataları dahil sağlık alanı ve diğer konularda resmi bilirkişilik yapan bir kurumdur. Adli Tıp Kurumu düzenlediği raporlar ile şüphesiz ülkemizdeki yargı sistemimizi önemli ölçüde etkilemektedir. Her ne kadar mevzuatımız göre yargı mercileri, Adli Tıp Kurumu dışında üniversiteler, diğer kurum ve kişilere de bilirkişi olarak başvurabilecek olsa da uygulamada daha çok Adli Tıp Kurumu başlıca resmi bilirkişilik kurumu durumundadır.⁴¹ Adli Tıp Kurumu, bilirkişilik görevini adli tıp ihtisas daireleri, ihtisas kurulları ve genel kurul aracılığı ile yerine getirir. Adli Tıp Kurumu'nun görevleri 2659 sayılı kanunla belirlenmiştir. Siyasal otoriteye bağlı olarak çalışan bir kurumun çalışanlarının bilirkişilik görevi üstlenmesi, yargı bağımsızlığı ile bağdaşmayan bir durumdur.⁴²

Tıbbi uygulama hatasına (malpraktise) bağlı davalarda uygulamadaki en önemli sorunlardan birisi, dava konusu olan uyuşmazlığa ilişkin uzmanlık alanından bilirkişinin Adli Tıp Kurumu'ndan alınan raporda bulunmaması veya tek bir uzmanın bulunmasıdır. Alınan adli tıp raporlarında yargılama konusu uzmanlık dalı ile ilgisi bulunmayan farklı branşlardaki uzmanların bu raporlarda isminin ve imzasının bulunması alınan raporların güvenilirliğinin sorgulanmasına neden olmaktadır.⁴³ Bu nedenle Adli Tıp Kurumu'ndan alınan raporlar, kurul görüşü gibi görünc

³⁹ Besen (n 26) 22; bkz. Yargıtay 13 HD, 40413/5668, 10.05.2018

⁴⁰ Erdoğan and Üçüncü (n 31) 360, 361; Besen (n 26) 21; Mutlu (n 35) 19

⁴¹ Sermet Koç, 'Bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumu' (2004) (50) TBB Dergisi 144

⁴² Abdullah Hızal and Serkan Çınarlı, 'Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı' (2015) 2(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 177; Koç (n 41) 145

⁴³ Hızal and Çınarlı (n 42) 177, 178

de esasen tek bir kişinin görüşü olarak değerlendirilmelidir. Çünkü her kurulda konuyla ilgili sadece bir uzman vardır.⁴⁴ Alınan bu tür bilirkişi raporlarında görüşü tek uzman verir, diğer ilgisiz uzmanlar o tek uzmanın görüşünü onaylamakla yetinir. Bu durum Adli Tıp Kurumu'nun yapısal bozukluğunun açık bir göstergesidir. Bu durumun önüne geçmek için adli tıp kurumundan alınan bilirkişi raporlarında ilgili uzmanlık dalından uzman sayısının daha fazla olması raporların güvenilirliğini artıracaktır.⁴⁵

Adli Tıp Kurumu, savcılık ve mahkemelere adli tıp konularında yardımcı olurken, diğer bilirkişilerden farklı ve ayrıcalıklı bir düzen içinde çalışmaktadır. Tıbbi sorunları inceleyen adli tıp ihtisas kurulları, adli tıp uzmanları veya başka bir bilirkişi kurulunca alınan raporlar arasında herhangi bir çelişki bulunduğu, çelişkinin giderilmesi için ilgili dosya adli tıp kurumu ihtisas kurullarına veya adli tıp genel kuruluna gönderilmektedir. Bu da Adli Tıp Kurumu'na diğer bilirkişiler karşısında daha üstün bir durum sağlanmış izlenimi vermektedir.⁴⁶ Uygulamada yargı mercileri genellikle bunun etkisinde kalarak her dosyada Adli Tıp Kurumu'ndan rapor alma yolunu benimsemekte ve konusunda uzman olan diğer sivil toplum örgütleri, kurum ve kuruluşları dışlayarak bilirkişi konusunda bir tekel oluşmasına neden olmuştur. Hâlbuki Adli Tıp Genel Kurulu 36 üyeden oluşmasına rağmen uyuşmazlık konusunda uzman olan bir kişi bulunmaktadır. Bu durumda alınan bilirkişi raporunda 36 imza bulunmasına rağmen raporun güvenilirliğinin sorgulanmasına neden olmaktadır.⁴⁷

Tıbbi uygulama hatası (malpraktis) davalarında yargı mercileri dosyalarda bilirkişi raporlarını özellikle Adli Tıp Kurumu'ndan almaktadır. Konusunda uzman olan diğer sivil toplum örgütleri, kurum ve kuruluşlardan rapor alma yoluna genellikle gitmemektedir. Dosyanın tarafları Adli Tıp Kurumu dışında, alanında uzman olan farklı kurum ve kişilerden alacakları uzman görüşü ile dosyanın çözümüne katkı sağlayacaklardır. Ayrıca uzman görüşünün yaygınlaşması ve gelişmesiyle de Adli Tıp Kurumu'nun tekel oluşumunun zaman içerisinde azalacağını düşünmekteyiz.

⁴⁴ ibid 178; Koç (n 41) 147

⁴⁵ Hızal and Çınarlı (n 42) 178

⁴⁶ ibid 178

⁴⁷ Hızal and Çınarlı (n 42) 178; Koç (n 41) 146, 147

2.3. Uzman Mütalaası (Uzman Görüşü)

Anglosakson hukuk sisteminde önemli bir yeri olan uzman görüşü⁴⁸, Hukuk Muhakemeleri Kanunu 293. maddesindeki ve Ceza Muhakemeleri Kanunu 67/6. maddesindeki düzenlemelerle hukuk ve ceza usul sistemimizde yer almış ve taraflara uyuşmazlık ile ilgili kendi belirleyecekleri uzmandan bilimsel mütalaa alıp mahkemeye ya da savcılığa sunma hakkı tanınmıştır.⁴⁹

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda "uzman mütalaası", Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ise "uzman görüşü" olarak ifade edilen kurum, öğretilerde ve uygulamada "hukuki mütalaa" ya da "özel bilimsel mütalaa"

⁴⁸ Anglo-Sakson hukukunda, medeni yargılama sisteminin temelini içtihat hukuku (case law) oluşturmaktadır, dolayısıyla benzer davalarda mahkemeler kendilerinden önce verilmiş mahkeme kararları ile bağlı olduğu gibi aynı mahkemenin kararları daha sonra önüne gelen benzer davalar bakımından da bağlayıcıdır. Anglo-Sakson hukukunun bir başka özelliği de taraf hâkimiyeti sistemini (adversarial system) esas almasıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Catherine Elliot, and Frances Quinn, English Legal System (11th edn, İngiltere 2010); Stefaan Fafinski, and Emily Finch, English Legal System (3rd edn, England 2010); Ayşe Gülin Güralp, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (1st edn, 2011); Garry Slapper, and David Kelly, The English Legal System (13th edn, London 2012); Anglo-Sakson hukukunda uzman görüşü, bir tür tanık delili ve tam bir ispat aracı olarak kabul edilmektedir. Fakat diğer tanık delillerinden vakıalar hakkında uzmanın kendi bilimsel ve teknik bilgisine dayanarak vakıalar hakkında görüşlerini bildirmesinin mümkün olması noktasında ayrılmaktadır. Anglo-Sakson hukuk sisteminde, yargılamada bilimsel ve teknik bilgiyi gerektiren bir husus söz konusu olduğunda asıl olan konunun uzmanın taraflarca belirlenmesi, istaisnaen de mahkemece atanmasıdır. Anglosakson hukuk sisteminde önemli bir yeri olan uzman görüşü konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız. Ali Cem Budak, 'Anglo Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Uzman Tanıklar)' (1991) (65) İBD 10,11,12; Sven Timmerbeil, 'The Role of Expert Witnesses in German and U.S. Civil Litigation' (2003) (9)1 Article 8 Annual Survey of International & Comparative Law; Ertan Demirkapı, 'Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Gelişmeler' (2003) 5(2) DEÜHFD; William Hart, Roderick D Blanchard and Janis Walter, Litigation and Trial Practice: Edition (6th edn, Cengage Learning 2006); Çiğdem Yazıcı Tıktık, 'HMK M. 293'teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması' (2011) (7) MİHDER 20; Barış Toraman, 'Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler' (2013) Özel Sayı AÜSBD 115-129

⁴⁹ Besen (n 26) 26

olarak veya başka şekillerde de isimlendirilmekle birlikte yaygın olarak “bilimsel mütalaa” olarak bilinmektedir.⁵⁰

Uzman görüşü, soruşturma ya da kovuşturma aşamasında tarafların, kendi alanlarında bilgi ve tecrübe sahibi uzmanlardan bireysel olarak ya da vekilleri aracılığıyla talep ettikleri ve inceleme neticesinde rapor olarak savcılık veya mahkemeye sunulan görüşe denir. Uyuşmazlık yaşayan her iki taraf (davacı veya davalı) ya da vekilleri uzman görüşü şeklinde rapor alıp, doğrudan raporu savcılık ya da mahkemeye sunabilirler. Davanın tarafları dilekçelerindeki ileri sürdükleri hususları daha iyi açıklayabilmek, iddia ve savunmalarını güçlendirebilmek, ayrıca daha önce alınan bilirkişi raporlarının eksikliklerini tespit edip bilirkişi raporunun kontrolünü sağlamak amacıyla uzman görüşü alabilirler.⁵¹

Konu, yasal dayanağı olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 293. maddesinde;

1- Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez. 2- Hâkim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenilmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hâkim ve taraflar gerekli soruları sorabilir. 3- Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz.

şeklinde belirtilmiştir.⁵²

Ceza uyuşmazlıkları açısından dayanak ise Ceza Muhakemeleri Kanunu’nun 67/6 maddesidir ve düzenleme; *“Cumhuriyet savcısı, katılan, vekili, şüpheli veya sanık, müdafii veya kanunî temsilci, yargılama konusu olayla ilgili olarak veya bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez.”* şeklindedir.⁵³

⁵⁰ İbrahim Dülger, ‘Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi’ (2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi 657, 673

⁵¹ Mutlu (n 35) 24

⁵² Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun Numarası: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, RG 04.02.2012/27836

⁵³ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673

Ayrıca Ceza Muhakemeleri Kanunu 178. maddede; “1- Mahkeme başkanı veya hâkim, sanığın veya katılanın gösterdiği tanık veya uzman kişinin çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde, sanık veya katılan o kişileri mahkemeye getirebilir. Bu kişiler duruşmada dinlenir. Ancak, davayı uzatmak amacıyla yapılan talepler reddedilir.”⁵⁴ şeklinde ifade edilmiş olup madde içeriği incelendiğinde, uzmanın duruşmaya çağrılması mahkemeden talep edilebilecek, bu talep mahkeme tarafından kabul edilmediği takdirde ilgili taraf uzman kişiyi mahkemeye getirebilecek ve bu durumda uzmanın mahkemede dinlenilmesi zorunlu olacaktır. Uzman mütalaası yalnızca savunma hakkının tam olarak kullanılabilmesi yönünden değil, aynı zamanda ceza yargılamasının temel maksadı olan adaletin tesis edilmesi ve maddi gerçeğin ortaya çıkarılması yönünden de önem taşımaktadır.⁵⁵

Yargıtay vermiş olduğu bir kararda uzman görüşüne verdiği önemi şu şekilde vurgulamıştır;

...Mahkemece yapılan yargılama sürecinde mahallinde keşif yapılmak suretiyle; inşaat mühendisi bilirkişiden 23.03.2015 tarihli bilirkişi raporu alınmış, raporun taraflara tebliği üzerine davalı vekili bilirkişi raporuna esaslı itirazlarda bulunmuş, bu itirazlar ek rapor alınmak suretiyle değerlendirilmeden bilirkişi raporuna göre hüküm oluşturulmuştur. Alınan bilirkişi raporuna davalı vekili esaslı itirazlarda bulunmuş ve bu itirazlarına 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 293. maddesi gereğince alınan uzman görüşünü dayanak olarak eklemiştir.

Bilindiği üzere 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 293. maddesinde düzenlenen uzman görüşü, tarafların uyuşmazlığın aydınlanabilmesi, anlaşılabilmesi ve iddia ve savunmaların ispatı için kendisinin belirlediği özel ve teknik bilirkişiden bir konuda bilgi alması olarak düzenlenmiş olup, uygulamada özel bilirkişi adı da verilmektedir. Taraflar kendi menfaatlerini koruyabilmek ve alınan bilirkişi raporundan tatmin olmamaları halinde olayın tam olarak aydınlanmasını sağlamak ve doğru ve adil kararın verilmesi için uzman görüşü alıp mahkemeye ibraz edebilecektir. Mahkeme özellikle özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, tarafın sunduğu uzman görüşünün dava konusuyla ilgili olması halinde mutlaka dikkate almak ve değerlendirmek zorundadır. Bu

⁵⁴ Ceza Muhakemesi Kanunu, Kanun Numarası: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, RG 17.12.2004/25673

⁵⁵ Mutlu (n 35) 25

anlamda alınan bilirkişi raporuna, taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz etmiş ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmamış ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış ise uzman görüşüne dayanan tarafın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27., Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkını ihlal etmiş olabilecektir.

Dosyaya ibraz edilen uzman görüşünde bilirkişi raporu ile tespit edilen görüşlerinin aksine tespit ve görüşler ileri sürülmüş olup, bilirkişi raporu ile uzman görüşü ciddi şekilde çelişkiler içermektedir. Alınan bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesi yerine yetersiz ve esaslı itiraza uğrayan rapora dayanılarak uzman görüşü karada gerekçeli olarak değerlendirilip tartışılmadan karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...⁵⁶

Bu karardan da anlaşılacağı üzere mahkemeler taraf bilirkişisi olarak da tanımlanan uzman görüşünü keyfi olarak reddedemeyecek ve dikkate almaktan kaçınamayacaktır. Ayrıca incelediğimiz bu karar uzman görüşünün mahkeme tarafından dikkate alınmamasının Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal edeceğini belirten emsal niteliğinde bir karardır.

Yine 2018 yılında vermiş olduğu bir kararda Yargıtay, uzman görüşü ile bilirkişi raporu arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekliliğini şu şekilde ifade etmiştir;

...Alınan bilirkişi raporuna davalı vekili 29.02.2016 tarihli dilekçesi ile esaslı itirazlarda bulunmuş ve bu itirazlarına 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi gereğince serbest muhasebeci mali müşavirden alınan uzman görüşünü dayanak olarak eklemiştir. Bilindiği üzere 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesinde düzenlenen uzman görüşü, tarafların uyuşmazlığın aydınlanabilmesi, anlaşılabilmesi ve iddia ve savunmaların ispatı için kendisinin belirlediği özel ve teknik bilirkişiden bir konuda bilgi alması olarak düzenlenmiş olup, uygulamada özel bilirkişi adı da verilmektedir. Taraflar kendi menfaatlerini koruyabilmek ve alınan bilirkişi raporundan tatmin olmamaları halinde olayın tam olarak aydınlanmasını sağlamak ve doğru

⁵⁶ Yargıtay 15 HD, 5127/4635, 10.11.2016

ve adil kararın verilmesi için uzman görüşü alıp mahkemeye ibraz edilecektir. Mahkeme özellikle özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, tarafın sunduğu uzman görüşünün dava konusuyla ilgili olması halinde mutlaka dikkate almak ve değerlendirmek zorundadır. Bu anlamda alınan bilirkişi raporuna, taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz etmiş ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmamış ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış ise uzman görüşüne dayanan tarafın 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 27. Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkını ihlal etmiş olabilecektir.

Dosyaya ibraz edilen uzman görüşünde bilirkişi raporu ile tespit edilen görüşlerinin aksine tespit ve görüşler ileri sürülmüş olup, bilirkişi raporu ile uzman görüşü ciddi şekilde çelişkiler içermektedir. Alınan bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesi yerine yetersiz ve esaslı itiraza uğrayan rapora dayanılarak uzman görüşü karada gerekçeli olarak değerlendirilip tartışılmadan karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...⁵⁷

Bu karar, bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmeden hüküm kurulmuş olmasının Yargıtay tarafından kabul edilmediğini gösterir uygulamada dikkate alınması gereken emsal kararlardan biridir.

Benzer şekilde idari yargının en üst mercii olan Danıştay da vermiş olduğu bir kararda uzman görüşü ile bilirkişi raporu arasındaki çelişkinin giderilmesini bozma nedeni olarak değerlendirip şu şekilde ifade etmiştir;

...Dosyanın incelenmesinden; somut olayda hekim uygulamalarında tıbbi eksiklik bulunup bulunmadığı Adli Tıp Kuruluna sorulmuş olup, Kurul tarafından düzenlenen rapora, davacı hakkında düzenlenmiş adli ve tıbbi belgelerin incelenmesi sonucunda; yerleştirilen vidadaki kaymanın yapılan bel fitiği ameliyatı sonrası ortaya çıkan tabloların bu tür ameliyatlardan sonra her türlü özene rağmen oluşabilen herhangi bir tıbbi kusur ya da ihmal izafe edilemeyen "komplikasyon" olarak nitelendirildiği, kişinin Dokuz Eylül Üniversitesi Hastanesi'nde ameliyatını

⁵⁷ Yargıtay 15 HD, 4622/4250, 05.11.2018

gerçekleştiren sağlık çalışanlarına atfı kabil kusur tespit edilemediğinin belirtildiği görülmüş ise de dosyanın tetkikinden kişinin ameliyatı yapan hekim hakkında İzmir Tabip Odasına yapılan şikayeti neticesinde tabip odasınca hazırlanan raporda, hastanın ilk ameliyat sonrası yapılan kontrol muayenesi ve tomografisinde yerleştirilen vidadaki kaymanın ameliyatı yapan hekim K. Y. tarafından görüldüğü, bu durumun fark edilmesine rağmen taburcu edilmesinin doğru olmadığı, 1. ameliyat ile 2. ameliyat arasındaki sürenin uzun olduğu, ilk ameliyat neticesinde vidadaki kaymanın ameliyatın hemen akabinde çekilen tomografi ile tespit edildiği, bu tespit yapıldığı an revizyon ameliyatının yapılması gerektiği, 9 gün sonra 2. ameliyat kararının alınmasının geç kalınmış bir karar olduğu, komplikasyon yönetiminde hekimin ihmali bulunduğu, kişideki mevcut güç kaybının ilk ameliyatın sonucu olduğunun belirtildiği, İzmir Katip Çelebi Üniversitesi Atatürk Eğitim ve Araştırma Hastanesinde görevli beyin cerrahı Doç. Dr. H. K. S. tarafından düzenlenen uzman görüşünde, hastanın yatış, operasyon ve taburcu olma işlemlerinin hızlı geliştiği hasta akışının fazla olduğu hastanelerde böyle durumların olabileceği, fakat vidadaki kayma fark edilmesine rağmen taburcu edilmesinin doğru olmadığı gibi fark edilen bu duruma yönelik yapılacak olan revizyon ameliyatının 9 gün sonra yapılmasının geç kalınmış bir karar olduğu ve doğru olmadığı belirtilmiş, mahkeme tarafından Adli Tıp tarafından sunulan raporda belirtilen oluşan zararın işlemin komplikasyonu olduğu görüşü hükme esas alınmış olup, söz konusu raporlarda belirtilen eksikliklerin sonuca etkisine yönelik inceleme yapılmadan hizmetin kusurlu işletilmediği sonucuna varılarak davanın reddi yönünde karar verildiği anlaşılmaktadır.

Uyuşmazlıkta, mahkeme tarafından hükme esas alınan Adli Tıp Kurulu raporunda dosyada bulunan İzmir Tabip Odası ve Doç. Dr. H. K. S.'nin görüşlerinde değindiği eksikliklere ve davacıların dilekçelerinde belirttikleri eksikliklere değinilmediği anlaşıldığından, mahkeme tarafından bu eksikliklerin karşılandığı yeni rapor alınmadan karar verilmesinin yerinde olmadığı sonucuna varılmıştır.⁵⁸

Ele aldığımız bu karar da benzer şekilde Danıştay'ın bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmeden hüküm kurulmuş olmasını kabul etmediğini gösteren emsal kararlardan biridir.

⁵⁸ Danıştay 15 D, 9988/4146, 22.06.2017

Yine 2019 yılında vermiş olduğu bir kararda Danıştay, uzman görüşü ile bilirkişi raporu arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekliliğini şu şekilde ifade etmiştir;

...Bakılan uyumsuzluğun çözümü için İdare Mahkemesince Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulundan 30/12/2013 ve 30/03/2015 tarihli raporlar alınmış, bu raporların yeterince kanaat verici nitelikte olmadığı, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun dava dosyasına sunduğu raporlar arasında çelişki bulunduğu gerekçesiyle bu çelişkinin giderilmesi amacıyla dosya bu kez Adli Tıp Genel Kurulu'na gönderilmiş, Adli Tıp Genel Kurulunun 10/03/2016 tarih ve 422 karar sayılı raporunda: "...H. D. hakkında düzenlenmiş adli ve tıbbi belgelerde bildirilen veriler genel kurulca tekrar değerlendirildiğinde, 28 haftalık bebeğin uzman doktor gözetiminde doğurtulmasının tıbben daha uygun olduğu, epikrizin bebeklerle birlikte gönderilmesinin müdahalenin daha hızlı ve doğru uygulanmasına katkıda bulunacağı ancak bu eksikliklerin sonuca etkisinin bilinemeyeceği, Kahta Devlet Hastanesi 1. düzey yoğun bakım yapabilecek kapasitede olup 28 haftalık doğan bebeğin ihtiyacı olan 3. düzey (en üst düzey) yoğun bakım imkanlarına sahip olmadığı ve böyle bir görev tanımı bulunmadığı, 28 haftalık doğması muhtemel bebeklerin tercihen anne karnında 3. düzey yoğun bakım ünitesi olan bir merkeze sevk edilmeleri daha uygun olmakla beraber, doğumun hızlı başladığı veya nakil olanaklarının bulunmadığı durumlarda bebekler doğurtulabileceği, ancak bu doğumun Kadın Hastalıkları Doğum Uzmanı ve Çocuk Hastalıkları Uzmanı nezaretinde yaptırılmasının tıbben daha uygun olduğu, 28 haftalık doğan bebekte tüm olanaklar kullanılsa ve tedaviler yapılsa bile bebeğin gelişiminde bozuklukların meydana gelme ihtimalinin yüksek olduğu, bebeklerin prematür olduğu, prematür bebek doğumlarında en ideal şartlarda bile komplikasyonlar gelişebileceği, bu vakada bebeklerdeki mevcut durumun doğum eylemine değil, prematüriteye bağlı olduğu, Sağlık Bakanlığı yapılanmasında sağlık kuruluşlarının donanım ve personel yapısına göre basamaklandırılmış olduğu, gerektiğinde üst merkezlere sevk işleminin yapılması gerektiği, gebenin Kahta Devlet Hastanesi'ne geldiğinde doğum eyleminin ilerlemiş safhada olması nedeniyle doğum öncesi sevk edilme imkanının mevcut olmadığı, doğumdan sonra çocukların mevcut durumlarına göre üst merkeze sevk işleminin yapılmış olduğu dolayısıyla sağlık çalışanlarına ve idareye atfi kabil kusur bulunmadığı" belirtilmiştir.

Davacılar tarafından dosyaya sunulan Adli Tıp uzmanı Prof. Dr. O. P., Adli Tıp uzmanı Prof. Dr. N. A., Kadın Hastalıkları ve Doğum uzmanı Prof. Dr. M. Y., Kadın Hastalıkları ve Doğum uzmanı Doç. Dr. A. B. tarafından hazırlanan 16/03/2012 tarihli dava konusu olayla ilgili uzman görüşlerinin yer aldığı raporda, "...28 haftalık bebeklerin 6-8 saat sonrasında ve üstelik de ideal olmayan koşullarda bekletilmesi ve nakledilmesinin bu çocuklarda sakatlık riskini önemli oranda arttırdığı, bu olguda gerekli tıbbi cihazlardan bebeklerin yeterince yararlanabilmesi halinde bebeklerde gelişmiş olan bu denli ağır sakatlıkların en aza inme ve hatta olmama ihtimalinin bulunduğu.." tespitleri yer almaktadır.

H. D.'nin ikiz gebeliğinin 28. haftasında olduğu, prematüre riski taşıdığı ve hastanede mekanik ventilatör olmadığı, bebeklere kuvöz desteği verilemeyeceğinin bilinmesine rağmen doğumdan sonra hemen başka bir hastaneye sevk için işlemlere başlanılmaması, bebeklerin doğumdan sonra ideal olmayan koşullarda annenin yanında bekletilmeleri ve yukarıda bahsedilen uzman görüşündeki, gerekli tıbbi cihazlardan bebeklerin yeterince yararlanabilmesi halinde bebeklerde gelişmiş olan bu denli ağır sakatlıkların en aza inme ve hatta olmama ihtimalinin bulunduğu belirtilmiş olması karşısında, Adli Tıp Genel Kurulunun, bu vakada bebeklerdeki mevcut durumun doğum eylemine değil, prematüriteye bağlı olduğu, 28 haftalık doğan bebekte tüm olanaklar kullanılsa ve tedaviler yapılsa bile bebeğin gelişiminde bozuklukların meydana gelme ihtimalinin yüksek olduğunu belirtmesi ve 28 haftalık bebeğin doktor gözetiminde doğurtulmasının tıbben daha uygun olduğu, epikrizin bebeklerle birlikte gönderilmesinin müdahalenin daha hızlı ve doğru uygulanmasına katkıda bulunacağına kabul edilmesine rağmen sağlık çalışanlarına ve idareye atfi kabil kusur bulunmadığı sonucuna varması çelişki yaratmıştır. Dava konusu olayda bebeklerde gelişen sakatlığın nedeninin ne olduğu, sevk organizasyonunda yaşanan gecikmeler, bebeklerin doğumdan sonra 6-8 saat ideal olmayan koşullarda bekletilmesi ve nakledilmesinin oluşan sakatlıklara etkisinin ne olduğu hususları açık ve net bir şekilde ortaya konulmamıştır. Dosyadaki tüm belgeler gönderilmek suretiyle aralarında Kadın Doğum Hastalıkları ve Çocuk Hastalıkları uzmanlarının da bulunduğu bir Üniversite Hastanesinde görevli öğretim üyelerinden oluşacak bilirkişi heyetinden, yukarıda belirtilen çelişkileri giderecek açıklamalı ve gerekçeli yeni bir rapor alınarak olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığı mahkemece belirlenmelidir. Bu durumda, gerekli inceleme ve araştırma yapılmadan eksik

inceleme sonucu verilen temyize konu İdare Mahkemesi kararında hukuki isabet bulunmamaktadır.⁵⁹

İncelenen bu karar da Danıştay 10. dairesi, bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmeden hüküm kurulmuş olmasını kabul etmediğini göstermektedir.

Benzer bir kararda Danıştay, uzman görüşü ile bilirkişi raporu arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekliliğini şu şekilde ifade etmiştir;

Dosyanın incelenmesinden; Dr. A. Ü. tarafından ülseratif kolit tanısıyla 25.12.2009 tarihinde Diyarbakır Devlet Hastanesinde ameliyat edilen davacının kalın bağırsağının tamamının alındığı, yapılan ameliyat sonucu %75 oranında özürlü hale gelmesine davalı idarenin ağır hizmet kusurunun neden olduğunu ileri süren davacı tarafından maddi-manevi zararlarının tazmini amacıyla davalı idareye başvuru yapıldığı, yapılan başvurunun reddedilmesi üzerine, ret işleminin iptali ile uğranıldığı iddia edilen zararlara karşılık 100.000TL maddi ve 10.000TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren hesaplanacak yasal faizi ile birlikte ödenmesi amacıyla bakılan davanın açıldığı anlaşılmıştır. Diyarbakır 2. İdare Mahkemesince, uyuşmazlığın teknik bilgiyi gerektirmesi nedeniyle dava konusu olayda davalı idarenin kusurunun olup olmadığının tespiti amacıyla Adli Tıp Kurumundan görüş sorulmuş, Adli Tıp Kurumu 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'nca hazırlanan 30.12.2013 tarih ve 14329 sayılı raporda özetle; "davacı adına düzenlenen adli ve tıbbi belgelerin tetkik edildiği, kişiye uygulanan total proktokolektomi, j pouchlu, ileoanal anastomoz ve ileostomi operasyonunun ülseratif kolitli vakalarda medikal tedaviye cevap alınmadığı takdirde uygulandığı, operasyon öncesi yapılan patolojik tetkikte kesin olarak ülseratif kolit tanısı konulmadan ameliyat edilmiş olduğunun anlaşıldığı, postop patoloji raporunun da bu tanıyı desteklemediği cihetle yapılan işlemlerin tıp kurallarına uygun olmadığı oy birliği ile mütalaa olunur." kanaati bildirilmiştir. Bahse konu raporda yar alan tespitlere itibar ederek dava konusu olayda davalı idarenin kusurunun bulunduğu kanaatine ulaşan İdare Mahkemesince, 26.02.2013 tarihli Diyarbakır Eğitim ve Araştırma Hastanesi Özürlü Sağlık Kurulu Raporu ile tespit edilen özür oranı (%75) dikkate alınarak davacının iş gücü kaybı nedeniyle uğradığı maddi zararın tespiti için bilirkişi incelemesine karar verilmiş, hazırlanan 09.06.2014 tarihli hesap bilirkişisi raporu ile davacının iş gücü kaybı nedeniyle uğradığı maddi

⁵⁹ Danıştay 10 D, 6883/6146, 26.09.2019

zararı 277.021,21TL olarak hesaplanmıştır. İdare Mahkemesince; davacı tarafça dosyaya sunulan miktar artırım talebi de dikkate alınarak, dava konusu işlemin incelenmeksizin reddine, davacının maddi tazminat talebinin kısmen kabulü ile 277.021,21TL'nin dava açma tarihi olan 03.12.2010 tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiziyle birlikte davacıya ödenmesi, fazlaya ilişkin 34.478,79 maddi tazminat talebinin reddine, davacının manevi tazminat talebinin kabulü ile 10.000TL manevi tazminatın dava açma tarihi olan 03.12.2010 tarihinden itibaren yürütülecek yasal faiziyle birlikte davalı idareden alınarak davacıya ödenmesine karar verilmiştir.

Temyiz aşamasında, davaya müdahale istemi dairemizce kabul edilen Dr. A.Ü. 15/09/2017 tarihli dilekçesi ekinde dosyaya uzman görüşü sunmuş ve buna göre dava konusu olayda kusurunun bulunmadığı ve hükme esas alınan adli tıp raporunun eksik olduğu ileri sürülmüştür. Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıbbi Patoloji Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi Prof. Dr. F. D. tarafından hazırlanan bahse konu uzman görüşünde, dava konusu olaya ilişkin tüm veri ve raporların hastada ülseratif kolit hastalığının varlığını desteklediğini, mükerrer makattan kanama, anemi yakınmaları olan hastanın ülseratif kolitte kullanılan salofax isimli ilaca yanıt vermediği, Ülseratif kolitin hastanın baştan beri konulmuş tanısı olduğu ve bu tanıya yönelik tedavilerin yapıldığı, "Ülseratif kolit" tanısının patolojik bir tanı olmadığı, tanının histopatolojik bulguların endeskobik ve klinik bulgular ile birleştirilerek konulabileceği, bu nedenle patoloji raporlarında direkt "ülseratif kolit" tanısına rastlanamayacağı, böyle bir patolojik tanının bilim dışı olacağı, hastaya ait tüm patolojik örneklemenin ve varsa barsak rezeksiyon materyalinin kalan parçalarının gastrointestinal sistem patolojisi konusunda deneyimli patoloğun bulunduğu bir üst merkez tarafından değerlendirilmesinin uygun olacağı bildirilmiştir.

İdare Mahkemesince hükme esas alınan adli tıp raporu ile yukarıda kısaca özetlenen uzman görüşündeki bilimsel değerlendirmeler birlikte ele alındığında, bahse konu raporlarda birbiri ile çelişkili tıbbi tespit ve değerlendirmelere yer verildiği, adli tıp raporunu hazırlayan bilimsel ekipte gastroentoloji ve patoloji uzmanlarının da bulunmadığı hususları tespit edilmiştir.

Bu durumda dava konusu olayla ilgili olarak hazırlanan bahse konu raporlarda yer alan çelişkili tespitlerin tereddütte mahal bırakmayacak biçimde giderilerek adil ve tatminkar bir karar verilebilmesi açısından,

Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınarak dava konusu olayda davalı idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığının kesin bir biçimde ortaya konulması ve buna göre karar verilmesi gerekmektedir.⁶⁰

Ele aldığımız bu karar da diğer kararlarda olduğu gibi Danıştay'ın bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmeden hüküm kurulmuş olmasını kabul etmediğini göstermektedir.

Uzman görüşünün nasıl olması gerektiği ile ilgili hukuk sistemimizde henüz özel bir yasal düzenleme yoktur. Fakat tıbbi uygulama hatası iddiasına dayalı davalarda, uzman görüşü hazırlayanların genellikle hekim olduğu ve hekimlerin de her şeyden önce meslek etiği kapsamında, sanat ve mesleğini icra ederken hiçbir etki altına kalmadan, mesleki ve vicdani ve kanaatlerine göre hareket etme yükümlülüklerinin olduğu da dikkate alınmalıdır. Bununla beraber Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. Maddesi kapsamında, tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etme ve davanın dayanağı olan vakıalarla ilgili açıklamalarını gerçeğe uygun şekilde yapma yükümlülükleri de mevcuttur. Bu ilgili düzenlemeler dikkate alındığında, uzman görüşünün objektif olması ve bilimsel verilere dayanması gerekliliği anlaşılmakta olup, mahkemece dikkate alınması için güvenilirliğinin denetlenebileceği görülmektedir.⁶¹

Bu noktada kısaca uzman görüşünün hukuki niteliğinden bahsetmek ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Çünkü, hatalı tıbbi uygulamadan kaynaklanan davalarda kritik öneme sahip uzman görüşünün hukuki niteliğinin tespiti uzman görüşünün hakimlerce değerlendirilmesi, uzman görüşüne itiraz, söz konusu mahkeme kararının üst yargı tarafından bozulması ya da onanması hususlarında son derece önemli sonuçlar doğurmaktadır. Öncelikle belirtilmelidir ki HMK madde. 293'te düzenlenen uzman görüşünün hukuki niteliği konusunda doktrinde bir fikir birliği yoktur. Doktrinde çoğunluk tarafından benimsenen görüş, uzman mütalaasının delil ya da geniş anlamda bir ispat aracı olmayıp, yalnızca bir tarafın beyanı, açıklaması ve iddiası olduğu yönündedir.⁶² Dolayısıyla tarafların

⁶⁰ Danıştay 15 D, 10186/4873, 26.09.2017

⁶¹ Besen (n 26) 27, 28

⁶² Deniz Meraklı, 'Özel Hukuka İlişkin Uyuşmazlıklarda Resmi Bir Bilirkişi Kurumu Olarak Adli Tıp Kurumu' (2010) Prof. Dr. B. Umar'a Armağan DEÜHFD 325-376; Yavuz Alangoya, Mehmet Kamil Yıldırım, and Nevhis Deren Yıldırım, Medenî Usûl Hukuku Esasları (Beta Basım Yayın 2011) 369-370; Civil Litigation and Dispute Resolution in Turkey, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara; Mustafa Serdar Özbek, 'Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi' (2017)

bu beyan ve açıklamalarının mahkemece değerlendirilip, gerekçesi de açıklanmak kaydıyla taleplerinin kabul edilmesi veya reddedilmesi gerekir.

Uzman görüşünü hukuki niteliği konusunda ileri sürülen bir başka görüşe göre ise uzman görüşü takdiri bir delildir ve takdiri mahkemeye aittir.⁶³ Bu görüş taraftarlarınca kanun koyucunun, uzman görüşünü HMK'da, "İspat ve Deliller" başlığı altında düzenlemesi, kanun koyucunun uzman görüşünü takdiri delil olarak kabul ettiğinin göstergesidir.⁶⁴ Bu noktada üzerinde durulması gereken önemli bir noktada uzman görüşünün hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda yargı kararlarında da değerlendirmeler yapılmaya başlanmasıdır. Bölge Adliye Mahkemeleri ve Yargıtay kararlarının bazılarında uzman görüşü *delil* olarak nitelendirilmiştir.⁶⁵ Bu nitelendirme bazı kararlarda *takdiri delil*⁶⁶, bazı kararlarda ise *taraf delili*⁶⁷ olduğu yönündedir.

Uzman görüşünün hukuki niteliğinin ne olduğu sorusuna doktrinde verilen bir diğer cevap ise tarafların iddia veya savunmalarını güçlendiren, hâkimi aydınlatma işlevine sahip bir delil değerlendirme aracı oldu-

4(1) TNBHD 63-162; Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay and Muhammet Özekes, *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı* (8th edn, Oniki Levha Yayınları 2020)

⁶³ Selçuk Öztekin, 'Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan' (2014) (2) 1607-1625; Baki Kuru, Ramazan Arslan and Ejder Yılmaz, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı* (25th edn, Yetkin Yayınları 2014); Sultan Işık, 'Uzman Görüşü' (2015) Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı; Orhan Eroğlu, *Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap* (Seçkin Yayıncılık 2018); Baki Kuru, *Medenî Usul Hukuku El Kitabı Vol I* (Yetkin Yayınları 2020); Ramazan Arslan and others, *Medenî Usul Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınları 2022)

⁶⁴ Gökhan Çayan, *Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi* (Legal Yayıncılık 2013); Cengiz Topel Çelikoğlu, *Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması* (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2014); Barış Toraman, *Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi* (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde) (Yetkin Yayınları 2017); Şanal Görgün and others, *Medenî Usûl Hukuku* (9th edn, Yetkin Yayınları 2020)

⁶⁵ Yargıtay 11 HD, 12890/16482, 24.10.2014; Yargıtay 11 HD, 5201/2984, 05.03.2015; Yargıtay 11 HD, 2484/9719, 01.10.2015; Yargıtay HGK, 3133/883, 21.05.2017; Yargıtay HGK, 3134/884, 21.05.2017; Yargıtay 15 HD, 1513/1381, 28.03.2017; İzmir BAM 12 HD, 1856/829, 09.04.2019

⁶⁶ Yargıtay 11 HD, 4265/8115, 14.05.2019

⁶⁷ Yargıtay 23 HD, 5482/7482, 27.11.2013

ğu, dolayısıyla bilirkişi raporuyla kısmen de olsa benzer niteliğe sahip olduğudur.⁶⁸

Doktrinde uzman görüşünün hukuki niteliği konusunda ifade edilen bir başka yaklaşım da uzman mütalaasının bilimsel görüş olduğu yönündedir.⁶⁹ Bu görüş taraftarları, uyuşmazlığın taraflarının hukuki konularla ilgili, uzmandan talep ederek mahkemeye sunduğu uzman görüşlerinin TMK m. 1/3 kapsamında bilimsel görüş olduğu ve mahkemelerin kararlarını verirken yardımcı kaynak olarak bu görüşlerden yararlanabilmeleri gerektiğini ileri sürmektedirler. Bu görüşün kabulü halinde, uzman görüşü mahkeme açısından bağlayıcılık arz etmeyecektir.

Tıbbi uygulama hatasından kaynaklanan davalar açısından hayati önem arz eden uzman görüşünün hukuki niteliği konusunda bizim görüşümüz, takdiri delil olduğu yönündedir. Her şeyden önce uzman görüşü kanunumuzda “İspat ve Deliller” başlığı altında Dördüncü Kısım Yedinci Bölümde düzenlenmiştir. Kanunun sistematigi dikkate alındığında uzman görüşünün taraf beyanı, bilimsel görüş ya da delil değerlendirme aracı olarak nitelendirilemeyeceği kanaatindeyiz. Ayrıca eğitim veya tecrübe ile kazanılan uzmanlık bilgisi taraf beyanı olarak değerlendirilmez. Esasen AİHM, bilirkişiler ve tarafların başvurduğu uzman görüşü hakkında verdiği Bönsch kararında⁷⁰ da uzman görüşü ve bilirkişi görüşünün mahkeme tarafından eşit değerlendirilmesi gereğini dile getirerek kanaatimizi yargı kararında tecessüm ettirmiştir.

⁶⁸ Burcu Dönmez, ‘Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı’ (2007) (9) Özel Sayı DEÜHFD 1145-1177; M Serhat Sarısözen, ‘Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)’ (2014) 1(1) Prof. Dr. Ejder Yılmaz Armağanı 1699- 1728; Fatih Birtek, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat (2nd edn, Adalet Yayınevi 2017); Mustafa Göksu, Bilirkişilik Kurumunun Niteliği, Gelişimi ve Uygulaması Bağlamında 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanununun Değerlendirilmesi, Yeni Yasal Düzenlemeler Sonrasında İş Yargılaması Sempozyumu, Av. C. Özbilgin’e Armağan (Beta Yayınları 2018) 7-29; Dönmez (n 68) 1175; Veli Özer Özbek and others, Ceza Muhakemesi Hukuku (11th edn, Seçkin Yayıncılık 2018); Mustafa Özen, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri (4th edn, Adalet Yayınevi 2019)

⁶⁹ Şafak Narbay and İbrahim Özbay, ‘Türk Hukukunda Hukukî Mütalâanın Önemi ve Niteliği’ (2005) 23(2) BATİDER 117-146; Ali Çetin Aslan, ‘Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış’ (2014) (16) DEÜHFD 1669-1711; Özbek (n 62); Özen (n 68)

⁷⁰ AİHM, Bönsch/Avusturya, 05.05.1985, Başvuru Numarası 8658/79 (<www.hudoc.echr.coe.int> E.T. 10.05.2023)

2.4. Uzman Mütalaası (Uzman Görüşü) - Bilirkişi Raporu Farkı

Esasen uzman görüşü ile bilirkişi raporu aynı amacı taşırlar, fakat bazı noktalarda birbirinden ayrılmaktadırlar. Bilirkişiler tarafların talebi üzerine veya resen soruşturma ya da kovuşturma aşamasında mahkeme ya da savcılık tarafından görevlendirilirler. Uzman görüşü ise davanın taraflarınca ve mahkeme ya da savcılıktan bağımsız olarak elde edilir.⁷¹

Bilirkişi raporuna başvurulması gereken durumlar Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 226 ve Ceza Muhakemesi Kanunu madde 63'te düzenlenmiştir. Fakat uzman mütalaası ile ilgili böyle bir sınırlama bulunmamaktadır. İsteyen taraf mahkemeden veya savcılıktan bağımsız olarak, yargılamanın her aşamasında ve hatta yargılama başlamadan önce de uzman görüşü alabilecektir.⁷² Taraflar ileri sürdükleri hususları daha iyi açıklayabilmek, iddia ve savunmalarını güçlendirebilmek, ayrıca daha önce alınan bilirkişi raporlarının eksikliklerini tespit edip bilirkişi raporunun kontrolünü sağlamak maksadıyla alanında uzman kişilerden doğrudan uzman görüşü alabilecekleri gibi, kurumlar aracılığıyla örneğin üniversiteler aracılığıyla da alanındaki uzman kişilerden uzman görüşü alabileceklerdir.

Bilirkişi ücreti yargılama masrafları arasında yer alır. Fakat uzman görüşünün ücretini başvuran yani uzman görüşünü talep eden taraf karşılamaktadır. Uzman görüşünü veren ve uzman görüşü alan kişiler arasındaki ilişki, dosyada seçilen bilirkişiyle davanın tarafları arasındaki ilişkiye nazaran daha esnektir. Çünkü şüpheli ya da sanığın veya onun vekilinin uzman görüşü veren uzman ile dilediği zaman serbestçe görüşme imkanı bulunmaktadır.⁷³

Bilirkişi incelemesinde şüphesiz “bilirkişinin tarafsızlığı” ilkesi vardır. Bu ilkenin sağlanması maksadıyla, ilgili usul kanunlarında bilirkişinin çekilmesi ve reddine ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır. Fakat bu hususta Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nda uzman görüşüne ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun yerine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 29. maddesinde “1- Taraflar, dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. 2- Taraflar, davanın dayanağı olan vakialara ilişkin açıklamalarını gerçeğe uy-

⁷¹ Mutlu (n 35) 25

⁷² ibid 26

⁷³ ibid 26

gun bir biçimde yapmakla yükümlüdürler” şeklinde düzenlemeye yer verilerek bu yükümlülük taraflara yüklenmiştir. Fakat başvuran taraftan bağımsız olarak, uzman görüşünü hazırlayan kişinin tarafsız ve objektif olması gerekmektedir. Nitekim taraflı olduğu ilk bakışta anlaşılan, mantık kurallarından ve bilimsellikten uzak bir uzman görüşünün kolayca çürütülmesi mümkün olacağından, ister istemez raporu düzenleyen uzman da özenli davranma yükümlülüğü altında olacaktır. Tarafsız olarak hazırlanmayan uzman görüşü mahkeme veya savcılık tarafından dikkate alınmayacak ve bu kurumdan beklenen fayda temin edilememiş olacaktır. Ayrıca bir diğer fark da bilirkişi ile uzman görüşü veren uzmanların gerçeğe aykırı rapor vermiş olmalarından kaynaklanan zararlardan doğacak hukuki sorumluluktur. Bilirkişiler, kamu hizmeti olan adli hizmetlerin yürütülmesinde veya işleyişine katkı sağlamaya yönelik olarak görev yapmaktadırlar yani bir kamu görevi icra etmektedirler. Bilirkişinin ağır ihmal suretiyle ya da kasten gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi ve mahkeme tarafından, düzenlenen bu raporun hükme esas alınması nedeniyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlet’e karşı tazminat davası açabileceklerdir. Devlet, ödemiş olduğu tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu edebilecektir. Bilirkişinin hukuki ve cezai sorumluluğunun yanında usulüne uygun davet edildiği duruşmaya gelmemesi, yemin etmekten çekinmesi veya oy ve görüşünü bildirmekten kaçınması hallerinde disiplin sorumluluğu da söz konusu olacaktır. Fakat uzman görüşü veren uzmanın, gerçeğe aykırı rapor vermiş olmasına bağlı oluşacak zarardan doğan cezai ve hukuki sorumluluğu bilirkişiden farklıdır. Mütalaa veren uzmanın gerçeğe aykırı görüş bildirmesi ve bu görüşün de yargılama sonunda verilen hükme esas alınması durumunda, bu hükümden zarar gören kişilerin uzmana karşı dava açmaları mümkündür; fakat bu dava haksız fiil hükümlerine tabi olacaktır. Ayrıca davanın Devlet’e karşı değil doğrudan uzmana karşı açılması söz konusu olacaktır. Bunun yanı sıra uzman görüşü veren kişi, kendisine başvuran tarafla yapmış olduğu sözleşme kapsamında başvuran tarafa karşı sorumlu olacaktır.⁷⁴

Bilirkişi raporu ve uzman görüşü elde edilmiş ve mahkemeye sunulmuş yönünden farklı olsalar da Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararda uzman görüşü ile bilirkişi raporunun dava sürecinde de-

⁷⁴ Mutlu (n 35) 26, 27; Işık (n 63) 86,87; Süha Tanrıver, ‘Bilirkişinin Sorumluluğu’ (2005) 56 TBB Dergisi 133, 138

ğerlendirilme usul ve yöntemleri açısından farklılık arz etmediğini şu şekilde ifade etmiştir;

...Soruşturma veya kovuşturma makamlarınca derlenmiş bilirkişi mütalaaları ile tarafların kendi girişimleriyle aldırılmış oldukları özel bilimsel görüşlerin duruşma evresinde tartışılma ve değerlendirilmesi usulünün farklı olmayıp aynı hükümlere tabi bulunduğu gözetilmeyerek, ilk hükmün tefhim edildiği oturumda, sanıkların kendi girişimleriyle düzenletirildiği anlaşılan bilimsel görüşün sahibi Doç. Dr. A. S.'nin, uzman tanık olarak dinlenmesi sonrasında, serdedilen görüşe karşı diyeceklerini bildirmek üzere süre isteyen sanıklar müdafilerinin bu istekleri ile ilgili olarak makul süre tanınmak ve 5271 sayılı Yasanın 67/6, 68/3, 214/3, 215, 216 ve 217. maddelerince değerlendirme yapmak gerekirken, savunma hakkını kısıtlayacak biçimde istemin reddine hükmedilmesi ve bu konudaki bozma kararına usule aykırı gerekçelerle direnilmesi isabetli görülmemiştir...⁷⁵

Yargıtay yine konuyla ilgili 2018 yılında verdiği bir başka kararda bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasında çelişki olması durumunda mevcut çelişkinin mutlaka giderilmesi gerektiğine şu şekilde değinmiştir;

...Dosyaya ibraz edilen uzman görüşünde bilirkişi raporu ile tespit edilen görüşlerinin aksine tespit ve görüşler ileri sürülmüş olup, bilirkişi raporu ile uzman görüşü ciddi şekilde çelişkiler içermektedir. Alınan bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesi yerine yetersiz ve esaslı itiraza uğrayan rapora dayanılarak uzman görüşü karada gerekçeli olarak değerlendirilip tartışılmadan karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir...⁷⁶

Sonuç olarak yukarıda da bahsettiğimiz gibi mahkemelerin bilirkişi raporuna göre karar vermek zorunluluğu yoktur. Ayrıca mahkeme nezdinde bilirkişi hiyerarşisi bulunmamaktadır. Elde edilme yöntemleri ve mahkemeye sunulma biçimleri yönünden farklı olsalar da mahkemenin atamış olduğu bilirkişinin raporu ile tarafların kendi seçecekleri bir uzmandan alacakları uzman görüşü arasında delil değerlendirmesi açısından hiçbir fark yoktur. Mahkeme nezdinde bilirkişi raporu gibi, uzman görüşü de kesin deliller arasında yer almamıştır. Her ikisi de takdiri

⁷⁵ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7-336/198, 09.10.2007

⁷⁶ Yargıtay 15 HD, 4622/4250, 05.11.2018

deliller arasında sayılmaktadır. Hukuki olarak ikisi de takdirli delil olmasına rağmen, uygulamada bilirkişi raporu özellikle de Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan bilirkişi raporları ilgili dosyanın sonucunun belirlenmesinde ana unsur olarak karşımıza çıkmaktadır. Fakat son yıllarda Yargıtay'ın ve Danıştay'ın vermiş olduğu kararlar incelendiğinde, raporun nereden alındığından ziyade alınan raporun yeterliliği hususunu ölçüt olarak almaya başlamış oldukları gözlenmektedir.⁷⁷

2.5. Tıbbi Uygulama Hatalarının Değerlendirilmesinde Uzman Mütalaası

İsteyen taraf, alanında uzman olan herhangi bir kurum ya da kişiden dava konusu olayla ilgili olarak uzman görüşü alarak, almış olduğu bu raporu mahkemeye sunabilecektir. Tıbbi uygulama hatası (malpraktis) iddialarında uzman görüşü;

- Yargı sürecini başlatmak amacıyla tıbbi delil tespiti,

- Mahkeme tarafından bilirkişi raporu alınmadan önce uzman görüşü alarak, mahkemece atanacak bilirkişinin dikkat etmesi istenilen hususların tespit edilmesi,

- Dosya kapsamında mevcut olan daha önce mahkemece alınmış olan bilirkişi raporunun bilimsel olarak değerlendirilmesi ve incelenmesi,

- Dosya kapsamındaki raporlar arasındaki çelişkinin giderilmesi gibi hususların aydınlatılması için alınabilmektedir.⁷⁸

Sonuç

Dünyada olduğu gibi ülkemizde de tıbbi uygulama hatası (malpraktis) kaynaklı davalardaki artış göz ardı edilemeyecek oranda ve önemdedir. Her tıbbi müdahale teknik bilgi ve deneyim gerektirdiği için tıbbi uygulama hataları hakkında açılan davalar ancak bilirkişilerin kanıtları açıklamaları ve yorumlamaları sayesinde karara bağlanabilmektedir. Hakimlerin bu teknik bilgileri bilmesi mümkün değildir. Bu nedenle tıbbi uygulama hatası(malpraktis) iddialarında bilirkişilik ve uzman görüşü önemli rol oynamaktadır.

⁷⁷ Mutlu (n 35) 28

⁷⁸ ibid 28

Tıbbi uygulama hatası iddialarına bağlı davalarda rapor hazırlayan bilirkişiler ve uzman görüşü hazırlayan kişiler, hatalı olduğu ileri sürülen girişimde tıbbi standartlardan sapma olup olmadığını tespit ederken tıbbi kayıtlar, tetkik sonuçları, taraf iddia ve savunmalarını nazara alarak bir rapor hazırlamalıdır. Hazırlanacak bu raporda bilirkişi raporunu ve uzman görüşünü hazırlayan kişilerin hukuki nitelendirme yapmamaları gerekmektedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ve bilirkişilik mevzuatında belirtildiği gibi bilirkişinin hukuki bir konuda görüş beyan etmemesi gerekmektedir. Hukuki değerlendirme yalnızca hakim tarafından yapılabilecektir. Her ne kadar yasal düzenleme olmasa da uzman görüşü hazırlayan uzmanın da hazırlamış olduğu raporda hukuki bir konuda görüş beyan etmemesi ve hukuki nitelendirme yapmaması gerektiği kanaatindeyiz. Hatalı tıbbi uygulama iddialarında uzman görüşü veya bilirkişi raporu hazırlayanların raporlarında kusur tespitinde bulunmamaları ve kusur derecesi belirtmemeleri gerekmektedir. Çünkü davalarda kusur tespiti, hukuki nitelendirme olup bu yetki sadece hakime aittir.⁷⁹ Bazı Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanlıkları, sunmuş oldukları raporda hukuki nitelendirme yapan veya kusur tespitinde bulunan bilirkişilere, bilirkişilik kanunu kapsamında disiplin cezası vermektedir.⁸⁰

Davanın tarafları dilekçelerindeki ileri sürdükleri hususları daha iyi açıklayabilmek, iddia ve savunmalarını güçlendirebilmek, ayrıca daha önce alınan bilirkişi raporlarının eksikliklerini tespit edip bilirkişi raporunun kontrolünü sağlamak amacıyla uzman görüşü alabilirler.⁸¹ Mahkemeler, taraf bilirkişisi olarak da tanımlanan uzman görüşünü keyfi olarak reddedemeyecek ve dikkate almaktan kaçınamayacaktır. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu kararlarda bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmeden hüküm kurulmuş olmasını bozma nedeni saymış, ayrıca uzman görüşünün mahkeme tarafından dikkate alınmamasının Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlali olarak nitelendirmiştir.⁸² Biz de bu görüşe katılmaktayız.

⁷⁹ Bkz. Yargıtay 17 HD, 5890/8066, 03.12.2020

⁸⁰ Bkz. Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanlığı, 16/615, 18.04.2019; Ankara Bilirkişilik Bölge Kurulu Başkanlığı, 20/228, 11.09.2020

⁸¹ Mutlu (n 35) 24

⁸² Bkz. Yargıtay 15 HD, 5127/4635, 10.11.2016; Yargıtay 15 HD, 4622/4250, 05.11.2018

Bilirkişi raporu ve uzman görüşü elde edilmiş ve mahkemeye sunulmuş yönünden farklı olsalar da uzman görüşü ile bilirkişi raporunun dava sürecinde değerlendirilme usul ve yöntemleri açısından farklılık arz etmemektedir.⁸³ Fakat uygulamada mahkemeler tarafından bilirkişi raporlarına daha çok itibar edildiği, uzman görüşünün yeterince anlaşılmadığı ve önemsenmediğini düşünmekteyiz. Halbuki hukuki olarak her ikisi de kesin delil niteliğinde olmayıp takdiri deliller arasında yer almaktadır. Sonuç olarak yukarıda da bahsettiğimiz gibi mahkemelerin bilirkişi raporuna göre karar vermek zorunluluğu yoktur. Ayrıca mahkeme nezdinde bilirkişi hiyerarşisi bulunmamaktadır.

Tıbbi uygulama hatası (malpraktis) dosyalarında bilirkişilerin ve uzman görüşü hazırlayan kişilerin dosyayı nasıl değerlendirecekleri, hangi belgeleri ne şekilde inceleyecekleri, standart bakım yaklaşımlarının ve tekniklerinin nasıl olacağına ilişkin standartların belirlenmesi mevcut sorunların birçoğunun çözümlenmesine yardımcı olacak ve hukuki birliği ve güvenliği arttıracaktır. Ayrıca tıbbi uygulama hatası (malpraktis) konusunda verilen bilirkişilik hizmetinin standardize hale getirilmesi ve bilirkişilerden kaynaklanan muhtemel eksik incelemelerin en az seviyeye indirilmesi için uzman görüşü kurumunun daha çok işlerlik kazanması gerektiği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Alangoya Y, Yıldırım MK, and Yıldırım ND, *Medenî Usûl Hukuku Esasları* (Beta Basım Yayın 2011)

Algan B, 'İstanbul'da Yapılan Adli Otopsilerin Tıbbi Malpraktis Açısından İncelenmesi' (2012) *Uzmanlık Tezi*, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı

Arslan R, Yılmaz E, Ayvaz Taşpınar S and Hanağası E, *Medenî Usul Hukuku* (6th edn, Yetkin Yayınları 2022)

Aslan AÇ, 'Avukatlık Tekeline Genel Bir Bakış' (2014) 16 DEÜ-HFD

Aykın AC and Çınarlı S, *Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu* (1st edn, Seçkin Yayınevi 2016)

⁸³ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 7-336/198, 09.10.2007

Aynacı Y, ‘Hekimlerde Defansif (Çekinik) Tıp Uygulamalarının Araştırılması’ (2008) Tıpta Uzmanlık Tezi, Selçuk Üniversitesi Meram Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

Barlıoğlu HC, ‘Defansif Tıp Unsuru Olarak Tıbbi Malpraktis’ (2018) Yüksek Lisans Tezi, Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Salık Hukuku Anabilim Dalı

Besen E, ‘Tıbbi Uygulama Hatası İddiası İle Açılan Hukuk Davalarında Bilirkişi Raporlarının Hukuki Denetimi Elverişliliğinin Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi’ (2019) Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa Adli Tıp ve Adli Birimler Enstitüsü, Sosyal Bilimler Anabilim Dalı

Birtek F, AİHM, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay Kararları Işığında Ceza Muhakemesinde Delil ve İspat (2nd edn, Adalet Yayınevi 2017)

Budak AC, ‘Anglo Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Birlikçilik (Uzman Tanıklar)’ (1991) (65) İBD

Çayan G, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi (Legal Yayıncılık 2013)

Çelikoğlu CT, Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması (3rd edn, Seçkin Yayıncılık 2014)

Çınarlı S, Ermumcu F and Meral O, Tıbbi Uygulamadan Doğan İdari Yargı Davaları (1st edn, Adalet Yayınevi 2020)

Dayan K, ‘Pediatri Hekimlerinde Malpraktis Kaygısının Değerlendirilmesi’ (2021) Tıpta Uzmanlık Tezi, Yeditepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Anabilim Dalı

Demirkapı E, ‘Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Gelişmeler’ (2003) (5) DEÜHFD

Dönmez B, ‘Yeni CMK’da Bilirkişi Kavramı’ (2007) (9) DEÜHFD

Dülger İ, ‘Ceza Muhakemesi Kanunundaki Bilirkişi İncelemesine İlişkin Düzenlemelerin Değerlendirilmesi’ (2007) 11(1-2) Gazi Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi

Elliot C, and Quinn F, English Legal System (11th edn, 2010)

Erdoğan E, and Üçüncü SH, ‘Bilirkişilik Kurumu ve Bilirkişi Raporunun Delil Değerine İlişkin Bazı Sorunlar’ (2020) 10(1) Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi

Eroğlu O, Medeni Usul Hukukunda Davaya Cevap (Seçkin Yayıncılık 2018)

Fafinski S, and Finch E, English Legal System (3rd edn, England 2010)

Göksu M, Bilirkişilik Kurumunun Niteliği, Gelişimi ve Uygulaması Bağlamında 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanununun Değerlendirilmesi, Yeni Yasal Düzenlemeler Sonrasında İş Yargılaması Sempozyumu, Av. C. Özbilgin'e Armağan (Beta Yayınları 2018)

Görgün Ş, Börü L, Toraman B and Kodakođlu M, Medenî Usûl Hukuku (9th edn, Yetkin Yayınları 2020)

Güralp AG, Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemleri'ndeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi (1st edn, 2011)

Hakeri H, Tıp Hukuku Vol II Özel Hükümler (25th edn, Seçkin Yayınevi 2022)

Hart W, Blanchard RD, and Walter J, Litigation and Trial Practice New York (6th edn, Cengage Learning 2006)

Hızal A, 'Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları' (2015) Yüksek Lisans Tezi, İzmir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Sağlık Hukuku Programı

Hızal A and Çınarlı S, 'Hatalı Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Tazmin Borcunun Kapsamı' (2015) 2(1) İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Işık S, 'Uzman Görüşü' (2015) Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı

Kaylıoğlu D, 'Türk İdari Yargılama Hukukunda Bilirkişilik' (2019) Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kamu Hukuku Anabilim Dalı

Koç S, 'Bilirkişilik ve Adli Tıp Kurumu' (2004) (50) TBB Dergisi

Kuru B, Medenî Usul Hukuku El Kitabı, Vol. I (Yetkin Yayınları 2020)

Kuru B, Arslan R and Yılmaz E, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı (25th edn, Yetkin Yayınları 2014)

Meraklı D, 'Özel Hukuka İlişkin Uyuşmazlıklarda Resmi Bir Bilirkişi Kurumu Olarak Adli Tıp Kurumu' (2010) Prof. Dr. B. Umar'a Armağan' DEÜHFD

Mutlu BA, ‘Tıbbi Uygulama Hatası İddialarında Bilirkişilik ve Uzman Mütalaası’ (2019) Uzmanlık Tezi, İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

Narbay Ş and Özbay İ, ‘Türk Hukukunda Hukukî Mütalâanın Önemi ve Niteliği’ (2005) 23(2) BATİDER

Özbek S, ‘Uzman Görüşünün Yargılamada Değerlendirilmesi’ (2017) 4(1) TNBHD

Özbek VE, Doğan K, Bacaksız P and Tepe İ, Ceza Muhakemesi Hukuku (11th edn, Seçkin Yayıncılık 2018)

Özcan Z, and Özcanoğlu AB, ‘Yargıtay İçtihatları Işığında Malpraktis Komplikasyon Ayrımına Bağlı İspat Sorunları’ (2020) 8(16) Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi

Özçetin S, and Balaban M, Sağlık Hukuku (2nd edn, Seçkin Yayıncılık 2015)

Özen M, Ceza Muhakemesi Hukuku Dersleri (4th edn, Adalet Yayınevi 2019)

Özer Ö, Taştan K, Set T, Çayır Y, and Şener MT, ‘Tıbbi Hatalı Uygulamalar’ (2015) 42(3) Dicle Tıp Dergisi

Öztek S, ‘Bilirkişi Raporunun Hâkimi Bağlamaması’ (2014) Prof. Dr. Ejder Yılmaz’a Armağan

Pakiş I, ‘Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik’ (2014) 13(3) Adli Bilimler Dergisi

Pekcanıtez H, Atalay O, and Özekes M, Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (8th edn, Oniki Levha Yayınları 2020)

Polat O, Tıbbi Uygulama Hataları (1st edn, Seçkin Yayınevi 2005)

Polat O and Pakiş I, ‘Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu’ (2011) 2(3) Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi

Sarısözen MS, ‘Özel Bilirkişi (Uzman Görüşü)’ (2014) 1(1) Prof. Dr. E. Yılmaz Armağanı

Slapper G and Kelly D, The English Legal System (13th edn, London 2012)

Tanrıver S, ‘Bilirkişinin Sorumluluğu’ (2005) 56 TBB Dergisi

Timmerbeil S, ‘The Role of Expert Witnesses in German and U.S. Civil Litigation’ (2003) 9(1) Article 8 Annual Survey of International & Comparative Law

Toraman B, ‘Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler’ (2013) Özel Sayı AÜSBD

Toraman B, Medenî Usûl Hukukunda Bilirkişi İncelemesi (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Yenilikler Çerçevesinde) (Yetkin Yayınları 2017)

Uygur AB, ‘Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi’ (2019) (144) Türkiye Barolar Birliği Dergisi

Yazıcı Tıktık Ç, ‘HMK M. 293’teki Uzman Görüşü Kurumu ile Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması’ (2011) MİHDER

Yıldırım K, ‘Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu’ (2014) Türkiye Barolar Birliği