

T.C.
DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI
YÜKSEK LİSANS TEZİ

ADLİ TIP KURUMU KARARLARININ
İDARİ YARGIYA ETKİSİ

Yunus Emre PAK

Danışman

Doç. Dr. Lale Burcu ÖNÜT

İZMİR – 2021

TEZ ONAY SAYFASI



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans Tezi olarak sunduğum “Adli Tıp Kurumu Kararlarının İdari Yargıya Etkisi” adlı çalışmanın, tarafımdan, akademik kurallara ve etik değerlere uygun olarak yazıldığını ve yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve bunu onurumla doğrularım.

Yunus Emre Pak

Tarih

09/03/2021



ÖZET
Yüksek Lisans Tezi
Adli Tıp Kurumu Kararlarının İdari Yargıya Etkisi
Yunus Emre Pak

Dokuz Eylül Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Kamu Hukuku Anabilim Dalı
Kamu Hukuku Programı

Sağlık hizmetlerine erişimin hiç olmadığı kadar kolaylaştığı günümüzde idare bünyesinde faaliyet gösteren sağlık kuruluşlarında yürütülen hizmetlerin yoğunluğunda da bu gelişmeye paralel olarak artış yaşanmaktadır. Bu artış aynı zamanda yürütülen sağlık hizmeti faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler nedeniyle çıkan uyuşmazlıklara da yansımaktadır. Uyuşmazlığa konu olayların Sağlık Bakanlığı'na bağlı hastanelerde ya da devlet üniversiteleri bünyesindeki tıp fakültelerinde gerçekleşmeleri durumunda hukuk yargılaması idare mahkemeleri eliyle yürütülmektedir. Tıp biliminin uzmanlık gerektiren niteliği nedeniyle bu tür uyuşmazlıkların çözümünde idare mahkemelerince bilirkişiye başvurulması çoğunlukla zorunluluk arz etmektedir.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde delil ve ispat kavramı, idari yargılama usulüne ilişkin düzenlemeler kapsamında ele alınmıştır. Bunun yanında takdiri delil niteliği taşıyan bilirkişilik müessesesi, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ışığında irdelenerek resmi bilirkişi olarak görev yapan ve tıbbi müdahaleden kaynaklı tam yargı davalarında başvuru Adli Tıp Kurumu'nun yapısı, işleyişi ve çalışma usulü incelenmiştir. İkinci bölümde ise; tıbbi müdahaleye ilişkin temel kavramlar ele alınarak, tıbbi müdahaleden kaynaklı tam yargı davalarına ilişkin yargılama usulü ve Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporların yargılamaya etkisi ile Yükseköğretim Kurumları'nın resmi bilirkişi sıfatı üzerinde durulmuştur.

Anahtar Kelimeler: İspat, Delil, Resmi bilirkişilik, Adli Tıp Kurumu, Malpraktis, Komplikasyon,

ABSTRACT
Master's Thesis
The Impact of the Council of Forensic Medicine Judgments on Administrative
Jurisdiction
Yunus Emre Pak

Dokuz Eylul University
Institute of Social Sciences
Department of Public Law
Public Law Program

There has been an increase in the intensity of the services provided by healthcare organizations functioning within the administration today when access to healthcare services has never been easier. This increase has also been reflected in the disputes stemming from medical interventions performed within the scope of healthcare activities. If a matter of dispute takes place in hospitals affiliated to the Ministry of Health or medical faculties of public universities, civil justice is provided by administrative courts. Since medical science requires expertise by its nature, it has almost become a requirement that expert witnesses are called upon by administrative courts for the settlement of such disputes.

Our study consists of two parts. In the first part, we discuss the concepts of evidence and proof regarding the regulations related to administrative jurisdiction procedures. In addition to the analysis of the establishment of expert witnesses, whose opinions are considered as evidence, in the light of the Expert Witness Law numbered 6754, the structure, functioning, and working principles of the Council of Forensic Medicine acting as an official expert and consulted in full remedy actions filed due to medical interventions are also examined. The second part includes a discussion of key concepts of medical intervention, followed by jurisdiction procedures related to full remedy actions due to medical interventions, effects of the reports prepared by the Council of Forensic Medicine on the jurisdiction, and expert witness capacities of Higher Education Institutes.

Keywords: Evidence, Proof, Official expertise, Council of Forensic Medicine, Malpractice, Complication

ADLİ TIP KURUMU KARARLARININ İDARİ YARYGIYA ETKİSİ

TEZ ONAY SAYFASI	i
YEMİN METNİ	ii
ÖZET	iii
ABSTRACT	iv
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ	1

İÇİNDEKİLER

1.1. İDARİ YARGILAMADA İSPAT SORUNU	4
1.1.1. İspat Kavramı ve İspat Hakkı	4
1.1.2. İspat Yükünde Genel Kural ve İstisnaları	5
1.2. İDARİ YARGILAMADA İSPAT YÜKÜ	6
1.3. İSPAT YÖNÜNDEN İDARİ YARGILAMAYA HÂKİM OLAN İLKELER	10
1.3.1. Yazılı Yargılama İlkesi	10
1.3.2. Re'sen Araştırma İlkesi	11
1.3.3. Delil Serbestisi	14
1.4. İDARİ YARGILAMADA DELİLLER	16
1.4.1. Genel olarak	16
1.4.2. Belge	17
1.4.3. Keşif	18
1.4.4. Bilirkişi	21
1.5. DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ	21
1.6. DELİL OLARAK BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ VE BİLİRKİŞİ RAPORU	22
1.6.1. Bilirkişi Kavramı	22

1.6.2.	Bilirkişinin Hukuki Statüsü ve İcra Ettiği Görevin Niteliği	24
1.7.	BİLİRKİŞİNİN SEÇİMİ, SAYISI VE BİLİRKİŞİYE İTİRAZ	26
1.7.1.	Seçimi	26
1.7.2.	Sayısı	29
1.7.3.	Bilirkişinin Reddi ve Yasaklılık Halleri	29
1.8.	BİLİRKİŞİ RAPORU	31
1.9.	BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ	33
1.10.	BİLİRKİŞİ RAPORUNUN DELİL NİTELİĞİ	33
1.11.	RESMÎ BİLİRKİŞİLİK	34
1.11.1.	Genel olarak	34
1.11.2.	İdari Yargılamada Başvurulan Resmî Bilirkişi Kurumları	35
1.11.2.1.	Yüksek Sağlık Şurası	35
1.11.2.2.	Üniversiteler	36
1.11.2.3.	Adli Tıp Kurumu	36
1.12.	ADLİ TIP KURUMUNUN YAPISI	37
1.12.1.	Genel Olarak	37
1.12.2.	Adli Tıp Kurumu Başkanlığı	38
1.12.3.	Adli Tıp Başkanlar Kurulu	39
1.12.4.	Adli Tıp Üst Kurulları	40
1.12.5.	Adli Tıp İhtisas Kurulları ve Görevleri	41
1.12.6.	Adli Tıp İhtisas Daireleri ve Görevleri	43
1.13.	ADLİ TIP KURUMUN ÇALIŞMA ŞEKLİ	43
1.13.1.	Adli Tıp Üst Kurulları Çalışma Şekli	43
1.13.2.	Adli Tıp İhtisas Kurullarının Çalışma Şekli	44
1.14.	ADLİ TIP KURUMUNUN RESMÎ BİLİRKİŞİLİK GÖREVİ	45
1.15.	İDARİ YARGILAMADA ADLİ TIP KURUMUNA BAŞVURULAN UYUŞMAZLIKLAR	46

2.1. TIBBİ MÜDAHALE, TIBBİ UYGULAMA HATASI, KOMPLİKASYON KAVRAMI	48
2.1.1. Tıbbi Müdahale Kavramı	48
2.1.1.1. Genel Olarak	48
2.1.1.2. Tıbbi Müdahalenin Hekim Tarafından Yapılması	50
2.1.1.3. Tıbbi Gereklilik (Endikasyon)	51
2.1.1.4. Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimine Uygun İcra Edilmesi	52
2.1.2. Tıbbi Müdahaleye Rıza/Aydınlatılmış Onam	54
2.1.2.1. Rıza Verme Ehliyeti	56
2.1.2.2. Rıza İradesinin Açıklanma Şekli ve Zamanı	57
2.1.2.3. Rıza İradesinin Hukuken Geçerli Olması	58
2.1.3. Tıbbi Kusur (Tıbbi Malpraktis) Kavramı	60
2.1.4. Komplikasyon	62
2.2. TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARININ TEMEL ÖZELLİKLERİ	65
2.2.1. Genel Olarak	65
2.2.2. İdari Eylemden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları	67
2.2.2.1. Ön Karar	67
2.2.2.2. Dava Açma Süresi	71
2.3. TAM YARGI DAVALARINDA TAZMİNATIN HESAPLANMASI	72
2.3.1. Genel Olarak	72
2.3.2. Maddi Tazminat	73
2.3.2.1. Genel Olarak	73
2.3.2.2. Tazminat Tutarının Belirlenmesi	74
2.3.2.3. Tazminat Tutarının Artırılması	76
2.3.3. Manevi Tazminat	79
2.3.3.1. Genel Olarak	79
2.3.3.2. Tazminat Tutarının Hesaplanması	80

2.3.3.3.	Tazminat Tutarının Artırılması	82
2.4.	ADLİ TIP KURUMUNCA DÜZENLENEN RAPORLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İDARİ YARGILAMAYA ETKİSİ	83
2.4.1.	Genel Olarak	83
2.4.2.	Kusurun Tespiti	84
2.4.3.	Raporun Niteliği	85
2.5.	RAPORLARIN UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜMÜNDEKİ ROLÜ	87
2.5.1.	Tıbbi Kusurun Tespiti Hususunda Raporun Bağlayıcılığı	87
2.5.1.1.	Kusurun Tespiti Bakımından Yetersiz Rapor Düzenlenmesi	90
2.5.1.2.	Raporun Eksik Hekimle Düzenlenmesi	92
2.5.1.3.	Adli Tıp Kurumu Raporunun Aşıldığı Durumlar	95
2.5.2.	Raporlara Yönelik İtirazların Ortak Noktaları	98
2.6.	ALTERNATİF RESMİ BİLİRKİŞİ UYGULAMALARI	100
2.6.1.	Genel Olarak	100
2.6.2.	Yükseköğretim Kurumlarının Bilirkişilik Görevi	101
2.6.2.1.	Genel Olarak	101
2.6.2.2.	Bilirkişi Olarak Görevlendirme	102
2.6.2.3.	Danıştay İçtihatlarında Yükseköğretim Kurumlarının Bilirkişilik Görevi	103

KISALTMALAR

AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ATK	Adli Tıp Kurumu
AYM	Anayasa Mahkemesi
Bkz.	Bakınız
C	Cilt
D.	Dairesi
DAN	Danıştay
E.	Esas
HMK	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
KHK	Kanun Hükmünde Kararname
m.	madde
R.G.	Resmi Gazete
S	Sayı
s.	sayfa
TMK	Türk Medeni Kanun
TŞSTİDK	Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
vb.	ve benzeri

GİRİŞ

Hukuk Devleti, tüm kurum ve organları ile hukuka bağlı olan ve hukukun çizdiği sınırlar dâhilinde birey için var olan, insan haklarına saygılı devleti ifade etmektedir. Devletin bireyle doğrudan temas ettiği ve bireylerin hukukunda doğrudan değişikliklere neden olan yürütme erki ve bu erkin fonksiyonlarını yerine getirme aracı olan idaredir. Bahsedildiği şekliyle, idari rejimin benimsendiği ülkelerde, idare bireylere nazaran çok daha üstün yetki ve güçlerle donatılmıştır. Bu durum Devletin yürütme erkinin fonksiyonlarını yerine getirme görevi üstlenmiş idare bakımından haklı görülebilir. Ancak idareler kimi zaman ellerinde bulundurdıkları güç ve yetkiyi, sair nedenlerle, kanuni düzenlemelere, hukukun genel ilkelerine aykırı olarak kullanabilirler. Bu noktada idarenin ve dolayısıyla Devletin yürütme erkinin hukuka uygunluk dairesi içinde hareket edip etmediğinin denetlenmesi Hukuk Devletinin vazgeçilmez bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. İdarenin hukuk çerçevesinde hareket etmesini sağlamanın en etkili yolu ise hukuka uygunluk denetimi yapmak ile mümkün olmakta, idari yargı mercileri de idarenin işlem ve eylemlerini hukuka uygunluk bağlamında denetlemeye tabi tutmaktadırlar.

Kara Avrupası'nda olduğu gibi bu denetim ülkemizde de idari yargı düzeni ile sağlanmaktadır. 10 Mayıs 1868'de Şurayı Devletin kurulması ile filizlenen idari yargı rejimi 1924 Anayasası'nın 51.maddesi ile idare davalarına bakmak ve idari uyuşmazlıkları çözmek üzere Danıştay'ın kurulması ile Cumhuriyet kazanımları arasına girmiştir. 1982 Anayasa'nın kabul edilmesiyle birlikte Anayasal düzenlemelere paralel olarak çıkarılan 2575 sayılı Danıştay Kanunu, 2576 sayılı Bölge İdare Mahkemeleri, İdare Mahkemeleri ve Vergi Mahkemelerinin Kuruluşu ve Görevleri Hakkındaki Kanun ve 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun kabul edilmesiyle idari yargı rejimi bugünkü halini almıştır.

İdari yargılama usulü, idarenin elinde bulundurduğu ve tek taraflı olarak bireylerin hukukunda etki yaratabilmesine ilişkin yetkiden kaynaklanan gücü dengeleyici usuli düzenlemeler ile hukuk yargılamasından ayrılmaktadır. Bu farklılık idarenin işlem veya eylemi nedeniyle hukukunun etkilendiği iddiasında bulunan bireyin, idare ile kıyaslandığında ortaya çıkan güç eşitsizliğini gidermeye yönelik kaygının sonucu olarak kanuni düzenlemelere ve idari yargılama usulüne hâkim olan

ilkelere yansımıştır. İdari yargılama usulünde belirtilen sebeplerle re'sen araştırma ilkesi ile delil serbestisi ilkesi kabul görmüş ve yargılamanın bu ilke ışığında, idarenin tüm iş ve işlemlerinin yazılı olarak gerçekleştiriliyor olması nedeniyle, yazılı olarak yürütülmesi gerektiği İYUK'ta açıkça düzenlenmiştir.

İdari yargılama usulünde iki dava türü benimsenmiştir. İYUK'a göre idari işlemlerinin iptali istemiyle açılan iptal davaları ile idarenin işlem ya da eylemi nedeniyle kişisel hakları doğrudan muhtel olanlarca açılabileceği vurgulanan tam yargı davaları ve yine tam yargı davası olarak idari sözleşmelerden doğan uyuşmazlıklara ilişkin davalar idari dava türlerini oluşturmaktadır.

Tam yargı davaları, idari işlem ya da eylem nedeniyle kişilerin zarara uğraması durumunda bu zararlarının maddi karşılığı tazminatın taraflarına ödenmesi yoluyla giderilmesi istemiyle açılan tazminat davaları tam yargı davalarıdır. Tam yargı davalarının konusunu oluşturan idari eylemler idari faaliyet kapsamında çok farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Bu kimi zaman idarenin sessiz veya hareketsiz kalması, kimi zaman ise bir idari işlemin dış dünyaya yansımaları şeklinde olabilmektedir. Bu kapsamda, davalı idareye bağlı sağlık kuruluşları ve kamu üniversitelerinin tıp fakültelerinde tıp bilimi kapsamında bireylere yönelik olarak gerçekleştirilen çok çeşitli uygulama ve prosedür de idari eylem olarak karşımıza çıkmakta ve tam yargı davalarının konusunu oluşturmaktadır. Bu tür uyuşmazlıkların çözümü, tıp biliminin teknik ve uzmanlık gerektiren niteliği nedeniyle çoğu zaman idare mahkemeleri tarafından bilirkişi eliyle gerçekleştirilmektedir. İdare mahkemelerince, uygulamada büyük çoğunlukla bilirkişi olarak, resmi bilirkişi sıfatı taşıyan Adli Tıp Kurumu tercih edilmekte ve Kurumca hazırlanan raporlar doğrultusunda uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmektedir. Bu nedenle Adli Tıp Kurumunca hazırlanan bilirkişi raporları yargılamanın seyrini doğrudan etkilemektedir. Bu durum Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporlarının niteliğini ve uyuşmazlığı çözme noktasındaki yeterliliklerini daha da önemli hale getirmiştir.

Çalışmamız iki bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde; idari yargılama usulüne yönelik genel ilke ve kurallar ışığında ispat ve delil kavramları üzerinde durulmuştur. Delil kavramı kapsamında takdiri delil olarak başvuru bilirkişi kavramı, 2016 yılında yürürlüğe giren 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun getirdiği değişiklikler ve bu

değişikliklerin uygulamadaki etkilerine değinilerek, resmi bilirkişilik uygulamaları ve incelememiz konusu özelinde Adli Tıp Kurumu'nun yapısı, işleyişi, karar alma mekanizması detaylı olarak açıklanmış ve diğer resmi bilirkişi kuruluşlarından kısaca bahsedilmiştir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise; idari eylem olarak karşımıza çıkan tıbbi müdahale kavramı ve tıbbi müdahale hatası olarak malpraktis kavramı ile idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran komplikasyon kavramlarına değinilmiştir. Bununla birlikte idari eylem kaynaklı tam yargı davalarının tıbbi müdahaleye ilişkin uyuşmazlıklar özelinde özelliklerinden bahsedilmiş, maddi ve manevi zarar kavramları üzerinde durulmak suretiyle işlemde kaynaklanan tam yargı davaları ile bu davalar arasındaki yargılama usulü farklılıkları irdelenmiştir. Son olarak Adli Tıp Kurumu'na hazırlanan ve uyuşmazlığa konu tıbbi müdahalenin uygunluğunun irdelendiği bilirkişi raporlarının niteliği, yargılamaya etkisi ve yükseköğretim kurumlarının tıp fakülteleri aracılığıyla resmi bilirkişi uygulamalarına Danıştay içtihatları ışığında değinilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

İDARİ YARGILAMADA İSPAT VE ADLİ TIP KURUMUNUN YAPISI, İŞLEYİŞİ VE BİLİRKİŞİK GÖREVİ

1.1. İDARİ YARGILAMADA İSPAT SORUNU

1.1.1. İspat Kavramı ve İspat Hakkı

Türk Dil Kurumu tarafından hazırlanan güncel Türkçe Sözlükte ispat; “*Tanıt ve kanıt göstererek bir şeyin gerçek yönünü ortaya çıkarma, kanıtlama, tanıtlama, tanıt*” olarak tanımlanmıştır¹.

Yargılama hukuku kapsamında ispat ise; yargılama konusu yapılan hakkın gerçekten var olup olmadığının anlaşılması, yine hakkın doğumunu ve sona ermesini ilişkilendirdiği olayların doğru olup olmadığı hakkında yargılama merciine bir kanaat verilmesi olarak tanımlanmaktadır².

Yukarıda tanımı verilen ispat kavramının, yargılama hukuku içerisinde tezahürü ispat hakkı olarak karşımıza çıkmaktadır. İspat hakkının gerek hukuk sistemleri içerisinde farklılık arz etmesi, gerek ise aynı hukuk sistemi içerisinde yer alan farklı yargılama usulleri bakımından farklı şekillerde tezahür etmesi nedeniyle tam anlamıyla tanımlanabilmesi mümkün olmamaktadır. Bunun yanında ispat hakkının diğer yargısal temel haklardan farklı olarak sınırları ve kapsamı kesin olarak belirli bir tanıma ve çerçeveye oturtulmasının doğru olmadığı da belirtilebilir³. Bunun nedeni ise ispat hakkının gerek ulusal gerekse ulusüstü içtihat hukukunun dinamizmi, ispat hakkına sürekli yeni unsurlar ve farklı değerler katabilecek nitelikleridir.

Tüm bunların yanında diğer haklardan farklı olarak ispat hakkının kanuni bir tanımı da bulunmamaktadır. Ancak açıktır ki bir hakkın işlevselliği onun kanuni

¹ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara, 1988, s.120.

² Baki Kuru, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, **Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s.375.

³ Pınar Çiftçi, **Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s.16.

olarak tanımlanmış olması ile ilgili olmadığı gibi ispat hakkı özelinde bu hakkın etkinliği ideal bir yargılama düzeni oluşturulabilmesi ile mümkündür⁴.

İspat hakkının tanımı ile ilgili olarak tüm bu belirsizliklerin yanında doktrinde bir tanım önerisi getirilmiştir. Buna göre; *“ispat hakkı; gerçeği yargılamada ortaya çıkarmak amacıyla gözleme dayalı olarak uyumsuzluk hakkında vicdani kanaatine göre karar verecek hâkim ile ispat faaliyetlerinin objeleri ve süjeleri arasında engel yaratılmamasını talep hakkıdır.”* şeklinde tanımlanmıştır⁵.

Kanaatimizce de, ispat hakkının; adil yargılanma hakkının ayrılmaz bir parçası olarak, yargılama sırasında, yargılama makamından, gerçeğe ulaşma amacı kapsamında işe yarar her türlü delile ulaşma noktasında hak sahibine engel yaratılmaması gibi kolaylık sağlanmasını talep hakkı olarak tanımlanması yerinde olacaktır. Elbette bu tanım ispat hakkının yargılamaya hâkim olan ilkeler ile evrensel hukuk ilkeleri arasındaki ilişkiyi açıklama konusunda yetersizdir. Ancak çalışma kapsamında ispatla doğrudan ilişkili delil kavramının irdelenmesi bakımından ispat hakkının tanımının yapılması da büyük önem arz etmektedir.

1.1.2. İspat Yükünde Genel Kural ve İstisnaları

Yargılama sırasında, ilk olarak yargılamaya konu hak ve bu hakka dayanılarak ileri sürülen iddiaların hangi araçlarla ispat edileceğinin tespiti gerekmektedir. Bu tespit sonrasında hangi çekişmeli vakıaların kim tarafından ispat edileceği sorunu gündeme gelmektedir. İspat yükü kabaca, ispatı gereken vakıanın gerçekliğinin ortaya çıkarılması bağlamında kimin harekete geçmesi gerektiği sorusunun cevabı olarak tanımlanabilir. Bu tanımın temelinde ispat yükünün tespiti noktasında gerçeğe ulaşılması ya da hukuk kuralından kimin lehine sonuç çıkarılabildiğinin tespiti yatmaktadır⁶.

İspat yüküne ilişkin kurallar, bir somut vakıaya yönelik iddianın ispatsız ve belirsiz kalması durumunda, yani hâkimin taraflardan birinin haklılığı konusunda bir sonuca varamaması durumunda, hangi taraf aleyhine karar verileceğine ilişkin soruya

⁴ Çiftçi, s.17.

⁵ Çiftçi, s.18.

⁶ Bilge Umar, Ejder Yılmaz, **İspat Yükü**, Yeniden Yazılmış Genişletilmiş 2.Baskı, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1980, s.9.

cevap verilmesine hizmet eden ve hâkime uyuşmazlığı çözmek konusundaki yükümlülüğü yükleyen maddi hukuka ilişkin kurallardır⁷. İspat yükü konusunda en genel kural, Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesidir. Anılan maddede belirlenen ispat yüküne yönelik kural norm teorisine dayanmaktadır. Buna göre Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, dava taraflarının her biri kendi talebine veya savunmasına yönelik olarak ortaya attığı iddiaları ve bu iddiaların dayandığı maddi olguları ispat etmekle yükümlüdür⁸. Dikkat edilirse bahsi geçen mevzuat hükmünde ispat yüküne ilişkin genel kurala yer verilmiş ancak farklı kanunlarda bu kuraldan farklı düzenlemeler bulunması haline genel kuralın işletilemeyeceği vurgulanmıştır.

Kanuni ayırksı durumlar dışında ispat yükünün hangi tarafta olduğunun tespiti noktasında kolaylık sağlayan durumlar da bulunmaktadır. Buna göre taraflardan biri iddiasını olağan bir duruma dayandırmış ise ispat yükü olağan durumun aksini iddia eden tarafa geçecektir. Yine iddiasını yasal bir karineye dayandıran taraf da iddiasını ispat yükümlülüğünden kurtulacak, ispat yükü diğer tarafa geçecektir. Aslında yasal karineye dayanma durumunda ispat yükü kurallarının uygulamasına yönelik bir istisnadan bahsedilmesinin mümkün olmadığı da ileri sürülebilir. Buna göre yasal karineye dayanan taraf uygulanacak normu belirleyen vakıayı ispat yükümlülüğünden kurtulmuş olsa da yasal karine temelinin oluşturan somut vakıayı ispat yükümlülüğünden kurtulmuş olmayacaktır⁹. Bunu yanında özel hukuk yargılamasında tarafların haklarında serbestçe tasarruf edebilecekleri ve belirlenmiş vakıaların ispatına yönelik olarak ispat yükünü belirleyen ispat yükü sözleşmeleri yapılabileceği de kabul edilmektedir.

1.2. İDARİ YARGILAMADA İSPAT YÜKÜ

İdari yargılamanın konusunu, idarece tek taraflı olarak tesis edilen ve idare edilenlerin hukukunda doğrudan etki gösteren işlemlerin iptaline yönelik iptal

⁷ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammed Özekes, **Hukuk Muhakameleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku**, Yetkin Yayınları, 13.Bası, Ankara, 2012, s.561.

⁸ Gökhan Antalya, Murat Topuz, **Medeni Hukuk Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri**, Cilt I, Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2019, s.602.

⁹ Pekcanitez, Atalay, Özekes, s.565.

davaları¹⁰ ile idarenin eylemleri, işlemleri ve idari sözleşmeler nedeniyle oluştuğu ileri sürülen zararların tazmini maksadıyla açılan tam yargı davaları oluşturmaktadır.

İdari işlemler, idari yargı mercilerince iptal edilmediği sürece hukuki sonuçlarını doğurmaya devam eder¹¹. Bu durum idari işlemin icrailiğinin tezahürü olarak karşımıza çıkmaktadır. İdari işlemler aynı zamanda kanuna dayalı olarak tesis edildikleri anda hukuka uygun oldukları karinesine dayanırlar¹². Bu açıdan bakıldığında ilk olarak ispat yüküne ilişkin kuralların istinası olarak bahsi geçen karine kavramı uyarınca idari işlemin hukuka aykırılığını iddia eden idare edilenlerce bu durumun ispat edilmesi gerektiği bir başka ifade ile ispat yükünün idare edilenlerde olduğu sonucuna varılabilir. Ancak diğer taraftan idari işlemi tek taraflı olarak, ilgisinin muvafakati olmaksızın tesis etme kudretine sahip idare, tesis ettiği işleme yönelik her türlü bilgi ve belgeyi de elinde bulundurmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, ispat hakkı bağlamında davanın diğer tarafı idare edilenler aleyhine bir durum oluştuğu yadsınamaz bir gerçektir. Oluşan bu durumda, davacı tarafın iddia ettiği olay ve olguların ispatını beklemek ve ispatlayamadığı durumda davasının reddi yoluna gitmek gibi sakıncaların ortadan kaldırılabilmesi maksadıyla idari yargılamada ceza yargılamasında olduğu gibi “re’sen araştırma ilkesi” ve “delil serbestisi ilkesi” benimsenmiştir.

Bu ilkelerin kabul edilmiş olması idari yargılamayı, mahkemelerin pasifliği düsturu ile ilerleyen hukuk yargılamasından ayırmakta ceza yargılamasına yaklaştırmaktadır. Ancak bu ilkelerin varlığı nedeniyle idari yargılamada davacıya yönelik ispat yükünün ortadan kalktığı, bir başka ifade ile ispat yükü sorunun ortaya çıkmayacağı savunulamaz. Aksi düşünce ile mahkemelerin aktifliği ilkesine dayanan yargılama yönteminin uygulandığı idari yargılamada, hâkimin vakıaları kendiliğinden araştırması gerektiği, dolayısıyla tarafların ispatlama faaliyetlerine katılmasına gerek kalmadığı da ileri sürülmüştür¹³.

Kanaatimizce bu görüşe katılmak olanaklı değildir. Zira idari yargılamada ispat yükü anlamında davacı açısından oluşan dezavantajlı durumu hafifletmek

¹⁰ Halil Kalabalık, **İdari Yargılama Usulü Hukuku**, 13.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.167.

¹¹ Oğuz Sancakdar ve diğerleri, **İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s.272.

¹² Sancakdar, Önüt, s.271.

¹³ Umar, Yılmaz, İspat Yükü, s.9.

maksadıyla kabul edilen re'sen araştırma ilkesi her ne kadar idari yargılamayı ceza yargılamasına yaklaştırmış ise de anılan ilkenin idari yargılamada ispat sorununu ortadan kaldıracak derecede fonksiyonu olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira idari yargı merciince dava konusu edilen işleme ilişkin olarak her türlü bilgi ve belge araştırmasına girilmesi ve davalı konumunda bulunan idarenin aleyhine dahi olsa davaya ilişkin bilgi ve belgeleri yargılamaya dahil etmesi konusunda zorlanması mümkün ise de, ceza yargılamasından farklı olarak ayrı bir savcılık teşkilatı bulunmayan idari yargı mercilerince yargılama konusuna yönelik ara karar mahiyetinde kararlar alınarak davalı idarenin harekete geçmesi beklenmekte, bu durum yargılamanın ilerleyişi bakımında idarelerin yargılamaya yön verebilmesi tehlikesini doğurabilmektedir.

Bunun yanında idarelerce re'sen araştırma ilkesi uyarınca yapılan ara kararlar çoğunlukla cevapsız bırakılmakta Mahkemelerce ancak 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 20.maddesi uyarınca davalı idarelere ara karar gereğinin yerine getirilmemesi durumunda dava dosyasında bulunan bilgi ve belgelere göre karar verileceği hatırlatılmakta, yine ilgililer hakkında suç duyurusunda bulunulacağına ilişkin uyarı ile idareler harekete geçirilmek istenilmektedir. Ceza yargılamasında savcılık kurumunca yargılama henüz başlamamışken maddi gerçeğe ulaşmaya yarayan her türlü delil toplanabilmekte, mahkemece elde edilen deliller ve donatılan yetkiler sayesinde re'sen araştırma ilkesi tam olarak işletilebilmektedir.

Görüldüğü üzere idari yargılama, mahkemenin pasifliği ilkesi ile taraflarca getirilme ilkesi ile hareket eden hukuk yargılaması ile re'sen araştırma ilkesinin katı bir şekilde uygulandığı ceza yargılaması arasında kalmaktadır. Bir başka ifade ile her ne kadar maddi gerçeğe ulaşmak amacıyla re'sen araştırma ilkesi ve delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi ile donatılan idari yargılama yukarıda da belirtildiği üzere re'sen araştırma ilkesinin etkin şekilde işletilememesi nedeniyle ceza yargılamasından ayrılmaktadır.

Re'sen araştırma ilkesinin etkin şekilde işletilememesi nedeniyle bazı durumlarda idari yargı mercii tarafından ispata ilişkin genel kurallara başvurulmaktadır. Buna göre idari yargılamada yargı mercii ispat yüküne başvurmak

zorunda kaldığında, ispat yükünü davacıya ya da davalı idareye yükleyebileceği gibi, her iki tarafa da yüklemeyebilecektir¹⁴.

Sonuç olarak idari yargılamada ispat yükü genel kural uyarınca iddiayı ileri süren tarafta ise de, hukuk yargılamasında olduğu şekliyle ispat yükünün iddiasını ispat edemeyen tarafta kalacağı da söylenemez, bu anlamda idari yargılamada bir orta yol bulunduğu ileri sürülebilir. İlk olarak taraftan ileri sürdüğü iddiasını ispat etmesi beklenir, ancak bunun gerçekleşmemesi durumunda, yukarıda da vurgulandığı üzere, uyuşmazlığa ilişkin her türlü bilgiye sahip idare karşısında davacı re'sen araştırma ilkesi uyarınca desteklenmekte ve anılan ilke kapsamında idari yargı yerince uyuşmazlığa ilişkin her türlü bilgi ve belgeye ulaşılacak üzere harekete geçilmektedir. Tüm bunlara rağmen uyuşmazlığın çözümü mümkün olmadığı takdirde idari yargı merciince somut olayın özellikleri ve idarenin davacı karşısındaki durumu da dikkate alınmak suretiyle ispat yükünün kimde olduğu yönünde irdeleme yapılarak uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmektedir¹⁵.

Örneğin uygulamada, yalnızca davacının taşınmazının kapsadığı alana yönelik olarak 3194 sayılı Kanun'un 18.maddesi uyarınca gerçekleştirilen parselasyon işleminin iptali istemiyle açılan davalarda, mahkemece gerçekleştirilmesi öngörülen keşfe yönelik giderlerin davacı tarafından tamamlanamaması halinde, yargı yerlerince hukuka aykırı olduğu ileri sürülen parselasyon işleminin hukuka aykırılığının ortaya çıkarılması yolunda atılan adımı sonuçlandıramayan davacının, tamamen teknik bir konu olan parselasyon işleminin hukuka aykırılığı noktasında üzerine düşen ispat yükünü yerine getiremediği belirtilerek davanın reddi yolunda kararlar verilmektedir.

¹⁴ Dan. 6.D., 22/04/1992, E.1991/225, K.1992/1835.

¹⁵ Süheyla Şenlen Sunay, **İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları**, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996, s.30.

1.3. İSPAT YÖNÜNDEN İDARİ YARGILAMAYA HÂKİM OLAN İLKELER

1.3.1. Yazılı Yargılama İlkesi

Yazılılık ilkesi gereğince yargılamanın tarafları mahkemeye yazılı olarak başvururlar ve iddia ve savunmaları dayandırdıkları tüm delilleri yazılı olarak mahkemeye sunarlar, bu iddia ve savunmalara ilişkin her türlü usuli işlemler mahkemece yazılı olarak yapılır. Davaya ilişkin her türlü belgenin dava dosyasında toplanması sonrasında mahkemece dava dosyası üzerinde inceleme yapılarak karar verilir¹⁶.

Fransız idari yargı modelini benimseyen ülkelerde idari yargılamada yazılılık ilkesi hâkimdir¹⁷. İYUK'un 1/2. maddesinde “*Danıştay, bölge idare mahkemeleri, idare mahkemeleri ve vergi mahkemelerinde yazılı yargılama usulü uygulanır ve inceleme evrak üzerinde yapılır.*” kuralına yer verilmiştir. Buna göre davanın açılmasından, nihai karar verilinceye kadar, taraflarca, mahkemece ve varsa davaya katılanlarca yapılacak her türlü usuli işlemler yazılı olarak yapılacaktır¹⁸. Yazılılık ilkesi Türk idari yargı sisteminde çok katı şekilde uygulanmaktadır. Bu ilke çoğu zaman idari yargılamaya hakim olan bir diğer ilke olan re’sen araştırma ilkesinin önüne geçebilmektedir¹⁹. Yazılılık ilkesinin bir sonucu olarak idari yargılamada, tanık dinlenemeyeceğine yönelik açık bir düzenleme bulunmamasına karşın, tanık deliline başvurulamamaktadır.

Yazılılık ilkesinin idari yargılamada tercih edilmesinin, idari yargının gelişim tarihi içinde farklı nedenlerden kaynaklandığı bilinmektedir. Türk idari yargısı bakımından yazılılık ilkesinin benimsenmesinin temelinde usul ekonomisi yatmaktadır. Bir başka ifade ile idari yargılamanın daha az masrafla, daha kısa sürede sonuçlandırılabilmesinin yazılılık ilkesi ile mümkün olabileceği düşüncesi yatmaktadır²⁰.

¹⁶ Kamile Türkoğlu Üstün, **İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.327.

¹⁷ Üstün, s.335.

¹⁸ Üstün, s.336.

¹⁹ Üstün, s.336.

²⁰ Üstün, s.338.

Yazılılık ilkesi gereğince; idari yargı mercii tarafından dava dilekçesi üzerinde ilk inceleme yapılması neticesinde dava dilekçesinin reddini gerektiren herhangi bir durumun tespit edilmemesi halinde, dilekçe, ekindeki belgeler ile davalı konumunda bulunan idareye tebliğ edilir. Davalı idarece dava dilekçesinde ileri sürülen iddialar ile birlikte dava konusuna ilişkin her türlü bilgi ve belge yargı yerine sunulmak zorundadır. Bu aşamada yargı merciinde dava dosyasına sunulan belgeler üzerinden inceleme gerçekleştirilmek suretiyle uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilecektir.

Bunun yanında 2577 sayılı Kanunda duruşma yapılabileceği kurala bağlanmıştır. Bu durum, idari yargılamanın açık Kanun hükmü gereği yazılı yargılama ilkesine tabi olduğuna ilişkin kuralın yine Kanundan doğan bir istisnası niteliği taşımaktadır.

1.3.2. Re'sen Araştırma İlkesi

Re'sen araştırma bir gerçeği açığa çıkarmak için başka şeylerin etkisi ve talep olmaksızın kendiliğinden yapılan araştırmayı ifade etmektedir²¹.

İdari uyuşmazlık ve davalar, uyuşmazlıkların kaynağı, amacı ve neticeleri itibari ile hukuk ve ceza davalarından büyük farklılıklar göstermekle birlikte bu farklılıklardan biri de hakimin davanın yürütülmesinde oynadığı rol ve sahip olduğu yetkililerdir²².

İdari yargılama hukukunda medeni yargılama usulünden farklı olarak re'sen araştırma ilkesi kabul edilmiştir. Medeni Yargılama Hukukunda, yargılama esas itibariyle tarafların iddia, delil ve def'ileri çerçevesinde yürütülür ve re'sen araştırma ilkesi bir istisna olduğundan bu ilkenin uygulanabilmesi için açık kanuni düzenleme gerekmektedir²³.

İdari yargılamaya hâkim olan re'sen araştırma ilkesi gereğince yargılama boyunca idari yargı hâkimi davanın açılmasında ve yönetiminde, delillerin

²¹ Üstün, s.96.

²² Zahreddin Aslan, Türk İdari Yargı Sisteminde Re'sen Araştırma İlkesi, **İstanbul Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi**, No:23-14, .s53-58.

²³ Kuru/Aslan/Yılmaz, 2020, s.326.

araştırılmasında nihai karar verici konumundadır²⁴. İYUK'un 20.maddesi idari yargı hâkimine bu yetkiyi tanımaktadır. Bu yetki ile hâkim davacının dava dilekçesinde ileri sürdüğü iddialar ile davalı idarenin savunmasında ileri sürülen defilerle bağlı olmaksızın kendiliğinden harekete geçebilecek, davalı idareden dava konusunun nedenlerinin açıklanmasını isteyebileceği gibi yine dava konusuna ilişkin tüm bilgi ve belgelerin dava dosyasına sunulmasını davalı idareden talep edebilecektir. Bu açıdan bakıldığında idari yargı hâkimine tanınan yetkinin genişliği dikkat çekicidir²⁵.

Re'sen araştırma ilkesi, daha önce de ayrıntılı şekilde izah edildiği üzere idarenin yargılamadaki üstünlüğü karşısında davacılar açısından bir güvencedir. Zira tek taraflı olarak idarenin iradesi ile tesis edilen ve dava konusu edilen işlemlerin iptalini sağlamak davacının dava konusu işleme ilişkin içinde bulunduğu pozisyon itibariyle daha da zorlaşmaktadır. Bir başka ifade ile davacının elindeki deliller ile hâkimin önüne gelen uyuşmazlığı çözebilmesi çoğu zaman mümkün olmamaktadır. İşte bu noktada idari yargı hâkimi uyuşmazlığa ilişkin maddi gerçeğe ulaşmak maksadıyla gerekli araştırmaları re'sen yapabilecektir. Özellikle dava konusuna ilişkin delillerin araştırılması noktasında hâkimin kendiliğinden harekete geçebilmesi davacılar yönünden re'sen araştırma ilkesinin güvence fonksiyonunu daha etkin bir şekilde ortaya çıkarmaktadır.

Re'sen araştırma ilkesinin en büyük yansıması medeni yargılamadan farklı olarak idari yargı hâkiminin kendiliğinden bilirkişi incelemesi yaptırabilmesidir. Bu konuda Danıştay'da çözümü teknik ve özel bilgi gerektiren uyuşmazlıkların idare mahkemelerince bilirkişi incelemesi yaptırılmak suretiyle çözümlenmesi gerektiği yönünde kararlar vermiş²⁶, idare mahkemelerinin bu şekilde özellik arz eden uyuşmazlıklar yönünden bilirkişi incelemesi yaptırılmasının zorunlu olduğu yönünde içtihat geliştirmiştir. Bunun yanında Danıştay bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan bilirkişi raporlarının bağlayıcılığı noktasında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki (HMK) düzenlemelere yollama yaparak bu raporların hâkim açısından bağlayıcı olmadığını da vurgulamıştır.

²⁴ A.Kürşat ERSÖZ, "İdari Yargılama Usulünde Tanıklık" **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, Haziran 2015, s.15.

²⁵ Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, 29.Bası, Ankara, 2014, s.379.

²⁶ Dan. 8.D., 16/11/1990, E:1990/474, K:1990/1326.

Tüm bunların yanında idari yargı hâkimince tarafların istemi olmaksızın duruşma yapabilmesine imkân tanıyan düzenleme de re'sen araştırma ilkesinin bir diğer yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır.

Re'sen araştırma ilkesi uyarınca idari yargı hâkiminin geniş yetkilerinin yanı sıra İYUK'un 20.maddesinde bu ilkenin sınırlanmasına yönelik düzenlemelere de yer verilmiştir. Anılan maddenin üçüncü fıkrasında, “...idari yargı hâkimince istenen bilgi ve belgeler Devletin güvenliğine veya yüksek menfaatlerine veya Devletin güvenliği ve yüksek menfaatleriyle birlikte yabancı devletlere de ilişkin ise, Cumhurbaşkanı ya da ilgili Cumhurbaşkanı yardımcısı veya bakan, gerekçesini bildirmek suretiyle, söz konusu bilgi ve belgeleri vermeyebilir.” düzenlemesine yer verilmiştir. Bu noktada Danıştay hangi bilgi ve belgelerin bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine yönelik genel bir çerçeve çizmiştir²⁷. Yüksek mahkemeye göre bu belgeler yetkili kamu görevlileri dışında kişilerce görülmesi sakıncalı olarak belgelerdir. Bunun yanında idare tarafından bir belgenin gizli olarak nitelendirilmesinin hâkimi bağlamayacağı, idare mahkemesi hâkimince belgenin gizli niteliği taşıyıp taşımadığı hususunun da re'sen araştırılarak bu konuda usuli işlemlerin yapılmasına girişilecektir. Görüldüğü üzere re'sen araştırma ilkesinin istisnası olarak nitelendirilebilecek bu düzenleme de dahi sınırlama getirilen delillerin niteliğinin tespiti noktasında da hâkime araştırma yetkisi verilmektedir.

Danıştay'ın idare mahkemeleri kararları üzerinde yaptığı temyiz incelemesi sırasında re'sen araştırma ilkesi uygulama alanı bulmamaktadır. Zira Danıştay temyiz incelemesi sırasında idare mahkemesinin kararlarının hukuka uygunluğu yönünde inceleme yapmakta ve hukuka aykırılığın tespiti halinde kararın bozularak yeniden karar verilmek üzere idare mahkemesine gönderilmesine karar vermekle yetinmektedir. Ancak Danıştay 2575 sayılı Kanun'un 24.maddesi kapsamında ilk derece mahkemesi sıfatıyla hareket ettiği durumlarda idare mahkemelerinde olduğu gibi re'sen araştırma ilkesi kapsamında uyuşmazlığın çözümü faaliyetine girecektir.

Sonuç olarak tüm bu açıklamalar ışığında re'sen araştırma ilkesi; idari yargı hâkiminin, davanın açılmasından nihai karar verilmesine kadar; davanın sevk ve idaresi, maddi olayın varlığının araştırılması ve delillerin elde edilmesi, maddi olayın

²⁷ Dan. 5.D., 25/09/1996, E:1996/1345, K:1996/2819.

hukuki tavsifi, olaya uygulanacak hukuk kuralının tespiti, iddia ve savunmada ortaya konan maddi bulguların gerçeğe aykırı olup olmadığının araştırılması, davanın süresinde açılıp açılmadığı hususu, delillerin takdiri, idarenin sorumluluk esasının tespiti ile tarafların hiç değinmediği olayların tespit edilmesi ile ilgili olarak, tarafların talebine bağlı kalmaksızın yaptığı araştırmaların tümü olarak tanımlanabilir²⁸.

1.3.3. Delil Serbestisi

Her yargılama sisteminde gerçeğin açığa çıkarılması esnasında hangi araçların delil sayılacağı farklılık gösterir. Bu kapsamda bir uyuşmazlığın çözümü sırasında nelerin delil olarak kullanılabileceği sınırlandırılmamış ise bu durumda delil serbestisinden bahsedilecektir.

İdari yargılamanın amacı daha önce de bahsedildiği üzere ceza yargılamasında da olduğu gibi maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu kapsamda re'sen araştırma ilkesi ile hâkime geniş yetkiler tanınarak hem davacının idare karşısındaki dezavantajlı durumu bertaraf edilmek istenmiş hem de maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasına ilişkin temel amaca ulaşmanın önü açılmak istenmiştir.

Delil serbestisi ilkesi, tarafların iddialarını her türlü delille ispatlayabilmelerini, yargılama merciinin de tarafların getirdiği delillerle bağlı olmaksızın re'sen harekete geçerek uyuşmazlığın çözümü için gerekli her türlü delili araştırma yetkisini ifade eder. Görüldüğü üzere delil serbestisi ilkesi re'sen araştırma ilkesinin doğal bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

İYUK'un 3.maddesi'nde davacılar tarafından dava açılış aşamasında dava dilekçesinde dayanan delillerin gösterilmesi gerektiği ve dava konusu kararın ve belgelerin asıllarının veya örneklerinin dava dilekçesi ekinde mahkemeye sunulması gerektiği kuralına yer verilmiştir. Anılan kurala aykırılık durumunda aynı Kanun'un 15.maddesinde dava dilekçesinin reddedileceği düzenlenmiştir. Kanaatimizce bu düzenlemeler re'sen araştırma ilkesi ve delil serbestinin kabul edildiği bir yargılama usulünde anılan ilkelerin hayata geçirilmesine hizmet etmediğinden çelişkiye neden olmaktadır. Bunun yanında uygulamada idari yargı mercilerince dava dilekçesi

²⁸ Ramazan Çağlayan, **İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması**, Ankara 2000,s.55

ekinde delillerin sunulmaması durumunda dilekçenin reddine karar verilmemekte, delillerin temini noktasında ara kararlar aracılığıyla davalı idareden dava konusu işleme ilişkin tüm bilgi ve belgeler temin edilmeye çalışılmaktadır. Kanaatimizce bu yöntem re'sen araştırma ilkesi ile delil serbestisi ilkesinin amacına daha uygun düşmektedir.²⁹

Tüm bunların yanında, idari yargılamada delil serbestisi ilkesinin bazı sınırlamaları bulunmaktadır. Sınırlamanın dayanağını İYUK'un 1.maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen idari yargılamada yazılı yargılama usulünün uygulanacağı ve incelemelerin evrak üzerinden gerçekleştirileceğine ilişkin kuraldır. Buna göre anılan düzenlemenin doğal bir sonucu olarak idari yargıda deliller yazılı bir belgeye dayanmak zorundadır.

Yazılı yargılama ilkesinin geçerli olmasının neticesi olarak karşımıza çıkan bir diğer istisna ise, idari yargılamada yemin ve tanık deliline başvurulamayacağına ilişkin kuraldır. Bu hususta İYUK'ta açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte yazılı yargılama ilkesinin bir sonucu olarak yemin ve tanık deliline yargılamada başvurulamamaktadır.

Bunu yanında, uyuşmazlığa konu delillerin yargılamanın hangi aşamasına kadar mahkemeye sunulması gerektiğine ilişkin sınırlama da mevcuttur. Buna göre İYUK'un 21.maddesinde dilekçeler ve savunmalar ile birlikte sunulmayan belgelerin daha sonradan sunulması durumunda mahkemece bu belgelerin vaktinde sunulmasının mümkün olmadığına kanaat getirilmesi durumunda delil olarak kabul edilebileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Ancak uygulamada taraflarca zamanında sunulmayan delillerin re'sen araştırma ilkesinin tanıdığı yetki kapsamında yargı merciince ara karar eliyle temin edilerek uyuşmazlığın çözülmesi yoluna gidildiği görülmektedir.

²⁹ Uygulamada bazı durumlarda davacılarca dava konusu edilen idari işlemin temin edilmesi dahi mümkün olmamaktadır. Bu durumda mahkemelerce, dava dilekçesinin reddine karar vermek yerine, ilk inceleme aşamasında ara karar yapılmak suretiyle davalı idareden dava konusu işlemin temini yoluna gidilerek davacının hak kaybına uğramasının önüne geçilmektedir.

1.4. İDARİ YARGILAMADA DELİLLER

1.4.1. Genel olarak

Delil kavramı; çalışmamızın bu aşamasına kadar tanımlamaya çabaladığımız ispat hakkının hayata geçirilmesi maksadıyla elde edilen ve yargılamaya dâhil edilmek suretiyle yargılamanın dayanağı hakkın varlığını sağlama aracına hizmet eden maddi vakıalar olarak tanımlanabilir³⁰. Delilin konusunu davanın ve savunmanın esasını oluşturan maddi vakıalar oluşturmaktadır³¹.

HMK'da delil kavramına detaylıca yer verilmiş ve delillere yönelik özel düzenlemeler getirilmiş olmasına rağmen İYUK'ta delillere yönelik olarak herhangi ayrıksı bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Her ne kadar bunun nedeni olarak idari yargılamada re'sen araştırma ilkesi ile delil serbestisi ilkesinin belirlenmiş olduğu belirtilse de, yargılama usulü olarak yazılı yargılama usulünün benimsendiği idari yargılamada her türlü delilin yargılamaya dâhil edilemeyeceği de gözden kaçmamalıdır. Bu kapsamda idari yargılamada yazılı yargılama hükümlerine aykırı olmamak üzere her türlü delille ispat mümkündür denilebilir.

Delillere yönelik olarak İYUK'un lafzından ve ilgili hükümlerden belgenin delil olduğu sonucuna varılmakla, İYUK'un HMK'ya atıfta bulunduğu 31.maddesinde keşif ve bilirkişi delillerinden de bahsedilmektedir. Bunun yanında İYUK bilirkişi ve keşif delillerine yönelik olarak düzenlemeler içermekte belli noktalarda HMK'dan yargılama usulündeki farklılıklar nedeniyle ayrılmaktadır.

Bunun yanında yine HMK kapsamında delil olarak nitelendirilen yemin ve tanık deliline idari yargılamanın yazılılık ilkesi doğrultusunda yürütülmesi nedeniyle başvurulamamaktadır. İdari yargılamaya konu bazı uyuşmazlıklarda uyuşmazlığın çözümünde ispat edilmesi gereken maddi vakıaların doğası gereği yazılılık ilkesi ile ispat edilememesi nedeniyle İYUK'ta tanık deliline başvurulmasına engel teşkil

³⁰ Kuru, Aslan, Yılmaz, s.422.

³¹ Haluk Konuralp, **Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları**, AÜHF Yayınları, Ankara 1999, s.8.

edecek herhangi bir düzenleme bulunmadığı vurgulanarak tanık deliline idari yargılamada da başvurulması gerektiği ileri sürülmektedir³².

Tüm bu açıklamalar ışığında, sonuç olarak idari yargılamada deliller; belge, bilirkişi incelemesi ve keşif olarak sıralanabilir.

1.4.2. Belge

HMK'nın 199.maddesinde medeni yargılamada kesin delil olarak kabul edilen senet kavramının yanında senet kavramını da kapsayan bir üst kavram olan belge kavramı tanımlanmıştır. Buna göre 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 ile bunlara benzer bilgi taşıyıcılar kanun kapsamında belge olarak kabul edilmiştir. Belgenin Kanun'daki tanımı yapılırken, hukuk sistemi içinde bütünlüğün korunması ve aynı terimin farklı şekillerde anlaşılmaması için, Bilgi Edinme Kanununun “*Tanımlar*” başlığını taşıyan üçüncü maddesinde yer alan belge tanımından da yararlanılmıştır³³.

Görüldüğü üzere belge, hukuk usulünde kesin delil olarak kabul edilen senetten farklıdır. Senet bir kimsenin meydana getirdiği ve kendi aleyhine delil teşkil eden yazılı belge olarak tanımlanabilir³⁴. Tanımlardan da anlaşılacağı üzere senet yalnızca yazılı olarak bir amaca özgülenmiş iken belge daha geniş kapsamlı olup, her senet aynı zamanda belge niteliği de taşımaktadır.

İdari yargılama bakımından bir belgenin delil olarak kullanılabilmesi için, yazılı, hukuken geçerli ve dava konusuna ilişkin olması gerekmektedir. Belgenin geçerliliğinin tespiti noktasında mahkeme gerekli araştırmayı yapma yetkisine sahiptir.

İYUK'ta delillere ilişkin özel bir düzenleme bulunmadığı gibi belge deliline yönelik olarak da özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bunun dışında bazı maddelerde belge delilinin varlığını teyit edici düzenlemelere yer verilmiştir.

³² A.Kürşat ERSÖZ, “İdari Yargılama Usulünde Tanıklık”, **Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:5, Sayı:1, Haziran 2015, s.31-48.

³³ Pekcanitez, Atalay, Özekes, s.611.

³⁴ Kuru,Aslan,Yılmaz, s.395.

Medeni yargılama usulünden farklı olarak belge kesin delil olarak kabul edilmemektedir. Bunun nedeni taraflarca ileri sürülmüş olsa dahi aynı belge deliline yönelik olarak mahkemece re'sen araştırma ilkesinin bir sonucu olarak her türlü başka delile ulaşmak amacıyla araştırma yapılabilmesidir.

İdari yargılamada belge karşımıza çok farklı şekillerde çıkabilmektedir. İmar planlarına yönelik uyuşmazlıklarda belge imar planına ilişkin paftalar olarak karşımıza çıkmakta iken, yapı ruhsatlarına ilişkin uyuşmazlıklarda bu defa mimari proje ya da kroki olarak karşımıza çıkabilmektedir. Her durumda belgenin ortak özelliği idari yargılama usulünde geçerli olan yazılı yargılama ilkesi nedeniyle yazılı olmasıdır. Bunun yanında bazı uyuşmazlıkların doğası gereği ses, görüntü, CD'lerde belge olarak değerlendirilebilmektedir. Disiplin soruşturmalarına yönelik uyuşmazlıklarda olayın yaşandığı ana ait kamera görüntüleri buna örnek olarak gösterilebilir.

1.4.3. Keşif

Hukuki anlamda keşif, hâkimin dava konusu şeyi inceleyerek onun hakkında bütün duyuları ile bilgi edinmesi olarak tanımlanabilir³⁵.

İYUK'un 31/1.maddesinde keşfe ilişkin olarak HMK'ya atıf yapılmıştır. Buna göre keşif deliline ilişkin olarak HMK hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Bahsi geçen atıf nedeniyle HUMK'da keşfin yalnızca taşınmaz mallara yönelik uyuşmazlıklara ilişkin olarak düzenlenmiş olması nedeniyle keşif deliline idari yargılamada da yalnızca taşınmaz mallara yönelik olarak başvurulabileceği tartışmaları gündeme gelmiştir. Ancak HMK'nın yürürlüğe girmesi sonrasında bu tartışma önemini kaybetmiştir. Uygulamada da idari yargı mercileri keşif deliline yalnızca taşınmazlara ilişkin uyuşmazlıklarda başvurmamakta uyuşmazlığın gerektirdiği her durumda keşif deliline başvurulabilmektedir.

İdari yargılamada; örneğin, yıkım, imar para cezası, eski eser, 3194 sayılı Kanun'un 39.maddesi uyarınca yıkılacak derecede tehlikeli yapılara ilişkin uyuşmazlıklar, imar planlarına ve parselasyon işlemlerine yönelik olarak açılan davalarda, maden ruhsatından doğan uyuşmazlıklarda, sınır uyuşmazlıklarında, bazı

³⁵ Kuru, Aslan, Yılmaz, s.453.

tam yargı davalarında keşif deliline başvurulmaktadır. Bu uyuşmazlıkların birçoğu aynı zamanda özel ve teknik bilgi gerektirdiğinden bilirkişi eşliğinde keşif gerçekleştirilmektedir. Ancak bilirkişi incelemesine gerek duyulmayan hallerde de keşif yapılabilir.

İdari yargılamada keşif deliline taraflardan birinin talebi üzerine veya re'sen karar verilebilmektedir³⁶. Yargılamanın her aşamasında keşif kararı alınabilir. Ancak keşfin icra edilebilmesi için mahkemece bu yönde bir karar alınması gerekmektedir³⁷. İdari yargı mercilerinin uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunda heyet halinde çalışması nedeniyle, keşfin gerekli olduğu uyuşmazlıklarda, heyette bulunan hâkimin naip olarak atanması sonrasında, atanan hâkimin niyabetinde gerçekleştirilmektedir.

Keşif kararı sonrasında, keşif giderleri davacıdan talep edilir, giderlerin temin edilmesi sonrasında keşfin hangi tarihte gerçekleştirileceği taraflara bildirilir. Keşfin icrası için tarafların hazır olması gerekmemektedir. Bir başka ifade ile tarafların yokluğu halinde de naip hâkimce keşif icra edilecektir. Naip hâkim tarafından, naipliği süresince eksik olduğu tespit edilen her türlü bilgi ve belgenin keşif öncesinde taraflardan temini ara karar yapılmak suretiyle mümkündür. Keşif sonrasında yapılacak ara kararlar naip üyenin görevi sona erdiğinden heyet halinde alınmalıdır. Görüldüğü üzere keşfin davaya bakan idari yargı merciince gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu incelemelerin delillerin tespitine ilişkin hükümlere dayanılarak adli yargı mercii tarafından yapılmasına olanak bulunmamaktadır³⁸.

Keşif giderlerinin gider avansı olarak kimden talep edileceği tartışma konusudur. Uygulamada keşif giderleri davacıdan talep edilmektedir. Davacının gideri tamamlayamaması durumunda ne olacağına ilişkin olarak Danıştay içtihatlarında, keşif giderinin iki taraftan istenmesi gerektiği, giderlerin tamamlanamaması durumunda daha sonra haksız çıkandan tahsil edilmek üzere Devlet Hazinesinden giderlerin karşılanması gerektiği belirtilmektedir. Kanımızca Danıştay'ın bu içtihadı her uyuşmazlık bakımından geçerli olmamalıdır. Anılan

³⁶ Turgut Candan, **Açıklamalı İdari Yargı Usulü Kanunu**, 6.Baskı, PwC Yayınları, İstanbul 2015, s.855

³⁷ Candan, s.855.

³⁸ Candan, s.856.

içtihat idari yargı merciinin re'sen harekete geçerek keşif kararı aldığı ya da dava konusunun o bölgede yaşayan halkın tamamını ilgilendirmesi durumunda, (kültür tabiat varlıklarına ilişkin, vb.) uygulama alanı bulmalıdır. Buna göre davacının yalnızca kendisine ait taşınmazı ilgilendiren bir uyuşmazlık nedeniyle keşif yapılması gerektiğinde, keşif giderlerinin davalı idareden ya da Devlet Hazinesi'nden karşılanmasının davacının uyuşmazlığın çözümü noktasında yükümlülüklerini yerine getirmeme eğilimi gösterme tehlikesini doğurabilecektir.

Bu gibi durumlarda, davacıya keşif için gerekli gider avansının yatırılmaması halinde keşif deliline dayanmaktan vazgeçtiğinin bildirilmesi ve bu konuda dikkatinin çekilmesi gerektiği tartışmasızdır. Uygulamada da artık her uyuşmazlık yönünden gider avansının Devlet Hazinesinden karşılanması usulü terk edilmekte, davacının gider avansını yatırmaması durumunda, keşif yapılmaksızın uyuşmazlığın çözülememesi durumunda davacının iddiasını ispat edemediği belirtilerek davanın reddi yoluna gidilmektedir. Ancak uyuşmazlık konusunun o yörede yaşayan herkesi ilgilendirmesi ya da sonuçlarının sadece davacıyı etkilememesi durumunda, keşif yapılabilmesi için gerekli gider avansının daha sonra haksız çıkan taraftan tahsil edilmek üzere Devlet Hazinesinden temini yoluna gidilmektedir.

Keşif sırasında uyuşmazlık konusu olaya ilişkin olmak kaydıyla tanık dinlenilebileceğine yönelik görüşler, HMK'ya keşif konusunda yapılan atfa dayanılarak savunulmaktadır. Bu görüşe göre HMK'da keşif sırasında tanık dinlenebileceğinin açıkça düzenlenmiş olması nedeniyle idari yargı hâkimince de keşif sırasında dava konusu uyuşmazlık ile ilgili olmak şartıyla tanık dinlenebileceği savunulmaktadır³⁹. Kanaatimizce de keşif delilinin hâkim tarafından uyuşmazlığa ilişkin gözlem olanağı sunmasına ilişkin özelliği de dikkate alındığında, keşif sırasında olayın meydana gelişine ya da uyuşmazlığın doğuşuna, gelişimine yönelik tanık ifadelerine, keşif tutanağına geçilmesi şartıyla başvurulabilmelidir. Aksi durum idari yargılamanın maddi gerçeğe ulaşılmasına yönelik amacına aykırı sonuçlar doğurabilecektir.

Keşif sonucunda elde edilen verilerin yetersiz ya da eksik olduğunun anlaşılması durumunda idari yargı merciince yeniden keşif kararı alınarak keşif

³⁹ Serkan Çınarlı, "İdari Yargıda İstinaf Aşamasında Keşif Delili" **KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:3, Sayı:1, Ocak 2018, s.11-25.

incelemesi yaptırılabilir. Keşif sırasında tespit edilen hususlar ile tarafların iddiaları ve savunmaları keşif tutanağına geçirilir. Keşif tutanağı hâkim ve orada bulunan taraf ya da taraf vekilleri, bilirkişiler keşfe eşlik etmişler ise bilirkişiler ve keşifte görevli zabıt kâtibi ile mübaşir tarafından imzalanır ve taraflara birer örnek verilir.

1.4.4. Bilirkişi

İdari yargılamada, hâkimin mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayan uyuşmazlıklarda çözüm özel ve teknik bir bilgiyi gerektiriyorsa bilirkişi incelemesi yaptırılır. Bu konu çalışmamızın takip eden kısmında çalışma konumuz olan Adli Tıp Kurumu’nun resmi bilirkişilik görevi kapsamında detaylı olarak irdelenecektir.

1.5. DELİLLERİN SERBESTÇE DEĞERLENDİRİLMESİ

Delillerin değerlendirilmesi, ispat faaliyeti sürecinde ortaya çıkan bir kavramdır⁴⁰. Delil serbestisi ilkesinin, maddi vakıaların ispatı noktasında deliller yönünden herhangi bir sınırlama bulunmayışını ifade etmesine karşın delillerin serbestçe değerlendirilmesi kavramı, elde edilen delillerin herhangi bir sınırlamaya bağlı kalmadan maddi gerçeğin ortaya çıkarılması maksadıyla değerlendirilebilmesini ifade etmektedir⁴¹.

İdari yargı merci, gerek taraflarca sunulmuş, gerekse mahkemenin re’sen araştırma ilkesinin tanıdığı yetki kapsamında temin edilmiş delillerin hangisinin hangi oranda uyuşmazlığın çözümüne katkı sağladığını belirlemek ve verilen kararda hangi delile dayanılması gerektiğine karar vermek noktasında serbesttir. Ancak bu serbesti hâkimin, deliller arasında maddi bağlantı kurulmak suretiyle uyuşmazlık ile deliller arasındaki ilişkinin ortaya konulması ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik gerekçenin deliller ile desteklenmesi gerektiğine ilişkin yargılama hukukunun genel ilkelerini bertaraf edecek şekilde kullanılmamalıdır.

⁴⁰ Aybüke Basım, “Hukuk Yargılamasında Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi”, **Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt:4, Sayı:1, Ocak 2018, s.135-387.

⁴¹ Mustafa Elçim, “**Hukuk Devleti Açısından İdari Yargılama Usulünde Kanıtlama Yöntemi ve Araçları**” Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Koceli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Kocaeli 2001 s.49.

Sonuç olarak, idari yargı merci tarafından delillerin serbestçe değerlendirilebilmesine ilişkin kural, delil serbestisi ve re'sen araştırma ilkeleri ışığında elde edilen delillerin, mahkemece uyuşmazlığın çözümünde yargılama hukukunun genel kuralları çerçevesinde serbestçe kullanılabilmesini ifade etmektedir.

1.6. DELİL OLARAK BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ VE BİLİRKİŞİ RAPORU

1.6.1. Bilirkişi Kavramı

Bilirkişiliği kavramsal olarak ifade etmek üzere “ehlihibre”, “ehlivukuf” ve “ekspertiz” gibi terimler de kullanılmaktadır⁴². Hukuki anlamda ise bilirkişiden maksat bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması bakımından önem taşıyan, açıklığa kavuşturulmasının uyuşmazlığın çözümünde önem arz etmenin yanı sıra özel veya teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, mahkeme veya diğer bir adli organ tarafından oy ve görüşüne başvurulana bağımsız ve tarafsız, uzman kimliği bulunan üçüncü kişi veya kişiler olarak tanımlanabilir⁴³.

Bahsi geçen tanımda tam olarak vurgulanmamış olsa da burada asıl önem arz eden ve üzerinde durulması gereken husus, bilirkişiye; ancak hâkimden çözüme kavuşturulması beklenemeyecek özel veya teknik bir bilgi ya da konuya ilişkin olarak başvurulabilmesidir. Eş deyişle bilirkişiye hukuki bir konuda başvurulamaz. Zira hukuki uyuşmazlıkların çözümü noktasında tek yetkili ve görevli hâkimdir.

Hukuki uyuşmazlığın çözümünün, hâkimin almış olduğu hukuk eğitimi sayesinde edindiği bilgi birikimi ve deneyimleri ile mümkün olduğu düşünüldüğünde⁴⁴, özel ve teknik konularda hâkimden bu hususa ilişkin uyuşmazlığı çözmesini beklemek mümkün değildir. Bu nedenle, uzmanlık gerektiren ve teknik konularda uyuşmazlığın çözümü için çaba sarfetmek, faaliyette bulunmak, doğrudan doğruya bilirkişilere bırakılmıştır. Yani bilirkişi, yargı düzeni içerisinde, hâkimin yerine kaim olmamakla birlikte, hâkim tarafından yapılan görevlendirme

⁴² Süha Tanrıver, **Hukukumuzda Bilirkişilik**, Yetkin Yayınları, Ankara 2017, s.25

⁴³ Süha Tanrıver, **Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu**, Ankara 2002, s.29-30

⁴⁴ Candan, s.832.

çerçevesinde uyuşmazlığın çözümünde önemli bir rol oynar. İşlevinin bu boyutu itibariyle bilirkişinin yargılamada hâkim yardımcısı rolü üstlendiği söylenebilir.⁴⁵

Bu noktada, özel ya da teknik bilgi ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine bir açıklık getirilmesi gerekirse, bu ibarelerden kastedilen özel tecrübe kurallarıdır. Bu kurallar geçmişte yaşanan olayların ürünü olan genel hayat deneyimleri veya eğitim yoluyla elde edilebilecek olan bilgilerden kaynaklanabileceği gibi, sanat, bilim, meslek, zanaat veya ticaret alanındaki bilgi ve uzmanlıklardan da kaynaklanabilir. Özel tecrübe kurallarının somutlaşmış bir biçimi olarak özel bilgi; hukuk bilimi dışında, belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koymuş olduğu sonuçlara ilişkin bilgiyi, teknik bilgi ise, fizik, kimya, biyoloji, matematik gibi pozitif bilimlerin verilerini uygulamaya yeterli bilgiyi ifade eder⁴⁶.

Bilirkişiliğe ilişkin olarak, hukuk yargılaması ve İYUK'un 31.maddesi'ndeki atıf yoluyla idari yargılamada HMK'nın ilgili maddeleri uygulama alanı bulmaktadır. Bununla birlikte 03/11/2016 tarih ve 29898 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu, adli ve idari yargılamada yürütülen bilirkişilik faaliyetleri bakımından önemli düzenlemeler getirmiştir. Bu bağlamda anılan Kanun ile hukuki konularda bilirkişiye başvurulamayacağı açıkça kurala bağlanmış, bilirkişinin taşıması gerektiği niteliklerden, atamasında izlenecek usule kadar birçok konuda düzenlemelere yer verilmiştir.

Gerek 6754 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemeler gerekse içtihatlar ile yargı yerlerince ortaya konulan ilkeler ışığında, her ne kadar hukuki konularda bilirkişiye başvurulmasının önüne geçilmeye çalışılsa da bilim ve teknoloji alanındaki hızlı gelişim, değişim, dinamizm ve bunların insan hayatı üzerindeki etkileri sonucunda yeni hukuk alanları ortaya çıkmıştır. Ülkemizde hukuk ve ceza hâkimliği şeklinde dahi uzmanlaşmanın bulunmaması da dikkate alındığında zaman zaman hâkimlerin özellikli hukuk dalları noktasında bazı açmazlarla karşılaşabilecekleri yadsınamaz bir gerçektir. Bu durumun ise ancak hâkimlerin uzmanlaşmasına yönelik çalışmalara önem verilmesi durumunda önlenebileceği yönünde görüşler ileri sürülmüştür⁴⁷. Kanaatimizce de, hâkimin uyuşmazlığın çözümü noktasında hukuki anlamda

⁴⁵ Tanrıver, Bilirkişilik, s.26.

⁴⁶ Ramazan Aslan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın etkisi, **Yargıtay Dergisi**, 1989/4, s.156-183.

⁴⁷ Tanrıver, Bilirkişilik, s.41.

uzmanlaşmış olmasının, karara varma noktasında hukuki konularda bilirkişiye başvurma eğilimi göstermesinin önüne geçeceği düşünülmektedir.

1.6.2. Bilirkişinin Hukuki Statüsü ve İcra Ettiği Görevin Niteliği

Yargılama sırasında, maddi vakıaları tespit etmek, tespit edilen maddi vakılara hukuk kurallarının uygulanarak bir sonuca ulaşılması hâkimin yetki alanına giren işler arasında yer alır. Uyuşmazlığın çözümü noktasında maddi vakıaların tespit edilmesi ya da özel bilgilerin maddi vakılara uygulanmasının hâkimden beklenemeyeceği durumlarda devreye hâkimin yerine geçmemek kaydıyla bilirkişi girecektir. Bu bağlamda bilirkişi uyuşmazlığın çözümü noktasında daha önce de belirtildiği üzere, hâkimin talimatları doğrultusunda uyuşmazlığın çözümünde hâkime yardımcı olacaktır. Bu noktada aslında bilirkişinin hâkimin alacağı kararda büyük ölçüde belirleyici ve etkin bir rol oynadığı, yargı işlevinin, daha genel manada ise klasik kamu hizmetleri arasında yer alan adalet hizmetlerinin, işleyişine ya da ifasına katkı sağladığı açıktır⁴⁸.

Bir faaliyetin kamu hizmeti olduğu ve faaliyeti yerine getirenin kamu görevlisi olarak kabul edilmesi noktasında belirleyici unsurlar olan aslilik ve süreklilik niteliklerini taşıması gerektiği tartışmasıdır⁴⁹. Bu noktada, adalet hizmetleri kapsamında yürütülen yargılama faaliyetinin asli ve sürekliliği hususunda herhangi bir tereddüt bulunmadığından, bilirkişilerin yürüttüğü faaliyetin asli ve sürekli olduğu sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Tüm bunların yanında, bilirkişiler; hâkimin görevlendirmesi ile başlayan görev süreleri içerisinde kendilerine verilen yetkiler çerçevesinde bazı ayrıcalıklara sahiptirler. Bu noktada bilirkişiler; bilgi alma, ihtiyaç duyuyorlarsa mahkemenin onayıyla tarafların bilgisine başvurabilme, üzerinde çalıştıkları konu ile ilgili olarak gerekli bilgi ve belgelerin temininin sağlanmasını mahkemeden isteyebilme ve buna benzer bazı tasarruflarda bulunabilme yetkilerine haizlerdir. Ayrıca bilirkişilik görevinin gerçeğin ortaya çıkarılabilmesi ve doğru karara varılabilmesi için arz ettiği

⁴⁸ Tanrıver, Bilirkişilik, s.70.

⁴⁹ Sancakdar, s.488.

büyük önem dikkate alındığında, kamu yararı temeline dayandığı konusunda da, herhangi bir şüphe bulunmamaktadır⁵⁰.

Bahsi geçen tüm bu tespitler çerçevesinde bilirkişilerin, adalet hizmetlerinin ifasına ya da işleyişine katkı sağlamaya yönelik asli, sürekli, kesintisiz ve kamu yararı temeline dayalı bulunan kamusal bir takım yetkilerin kullanılmasına da olanak tanıyan bir görev; yani kamu görevi yürüttükleri söylenebilecektir⁵¹.

Bilirkişilerin yürüttüğü görevin kamu görevi olarak nitelendirileceği tespiti sonrasında, bilirkişilerin bu faaliyetleri sırasında kamu görevlisi olarak kabul edilip edilemeyecekleri sorunu ortaya çıkmaktadır.

Anayasa Mahkemesi⁵² tarafından kamu görevlisinin tayininde iki temel unsur üzerinde durulmaktadır. Bunlardan ilki, asli ve sürekli görevlerde çalışıp da memur ya da işçilerin dışında kalan personelden olma, (ki bu şart yukarıda detaylıca açıklandığı üzere bilirkişilerce sağlanmaktadır.)ikinci olarak ise Devlete kamu hukuku ilişkisi ile bağlı bulunmadır.

Bu noktada, bilirkişiler ile Devlet arasında kamu hukukundan doğan bir ilişki bulunup bulunmadığı hususunun irdelenmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, bilirkişilerin mahkemelerce görevlendirilmeleri ile birlikte mahkeme ile aralarında özel bir kamu hukuku ilişkisinin doğduğu tartışmasızdır. Zira bilirkişilerin seçilmeleri, yükümlülükleri ve yetkileri ile denetim ve sorumluluklarının tamamı özel bir hukuk sözleşmesinden doğmayıp doğrudan kanun hükümleri ile belirlenmiştir. Bunlara örnek olarak, bilirkişi seçilebilmeleri için belli bir eğitim sürecini tamamlayarak Devletçe oluşturulmuş bilirkişi sicillerine kayıtlarının gerçekleştirilmiş olması gerektiği, görevlendirilebilmelerin ancak mahkeme kararı ile olabilmesi, bazı hallerde görevi kabul zorunluluklarının bulunması, yemin etme yükümlülüklerinin bulunması hatta yasaklılık ve reddedilmelerine ilişkin hükümlerin doğrudan hâkimler için öngörülen düzenlemeler doğrultusunda gerçekleştirilmesi, kendilerine yönelik olarak özel disiplin hükümlerinin bulunması, hukuki sorumluluklarına yönelik olarak yine hâkimin hukuki sorumluluğuna paralel

⁵⁰ Tanrıver, Bilirkişilik, s.71.

⁵¹ Tanrıver, Bilirkişilik, s.71.

⁵² AYM, 19/ 04/1988, E:1987/16, K:1988/8.

düzenlemeler bulunması, bilirkişiler ile mahkeme arasındaki ilişkinin kamu hukukundan doğduğunun somut birer göstergesidir.

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde, bilirkişilerin adalet hizmetleri kapsamındaki faaliyetlerinin kamu hizmeti kapsamında değerlendirilebileceği gibi bilirkişilerin bu faaliyetleri yürüttükleri sırada kamu görevi yapan bir kamu görevlisi, genel çerçevede de resmî kimliği bulunan bir görevli olduğu söylenebilir⁵³.

1.7. BİLİRKİŞİNİN SEÇİMİ, SAYISI VE BİLİRKİŞİYE İTİRAZ

1.7.1. Seçimi

Bu başlık altında uyuşmazlığın çözümü için özel ve teknik bilgisinden yararlanılması gereken bilirkişinin seçimi ve görevlendirilmesine yönelik olarak 6754 sayılı Kanun uyarınca öngörülen düzenlemeler ile idari yargılama özelinde uygulamadaki işleyişe de değinilerek konuya açıklık getirilmeye çalışılacaktır.

Yargılama sırasında uyuşmazlığın çözümünün özel veya teknik bir bilgiyi gerektirdiğinin tespiti sonrasında, anılan teknik ve özel bilgide uzman bilirkişiye başvurulması gerekmektedir. Zira bilirkişi incelemesi yaptırılmasının gerekli olduğu (özel ve teknik bilgi gerektiren durumların varlığı) halde bu yola başvurulmadan uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmesi Danıştay tarafından bozma sebebi sayılmaktadır⁵⁴.

İYUK'un 31.maddesi'nde sayılan belli hususlarda bu Kanunda hüküm bulunmayan hallerde HMK'nın uygulama alanı bulacağı düzenlenmiştir. Anılan maddenin önceki metninde ayrıca bilirkişi seçimi konusunda özel bir düzenlemeye yer verilerek bilirkişinin seçimi noktasında Danıştay, mahkeme veya hâkim tarafından re'sen hareket edileceği vurgulanmıştı. Ancak 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile adli ve idari yargılamadaki bilirkişilik uygulamalarında yeknesaklık sağlanmak istenmiş, bu Kanunda bilirkişinin seçimi ve görevine ilişkin detaylı düzenlemelerin yer alması nedeniyle İYUK'un 31.maddesi'nde geçen bilirkişinin seçimine ilişkin hüküm 6754 sayılı Kanun'un

⁵³ Tanrıver, Bilirkişilik, s.44.

⁵⁴ Dan. 10.D., 25/06/2008, E:2007/2965, K:2008/4831.

22.maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır. Bu düzenleme ile birlikte bilirkişilik faaliyetlerine yönelik farklı düzenlemeler ortadan kaldırılmış ve bu konuda asli düzenleme 6754 sayılı Kanun olmuştur.

6754 sayılı Kanun, bilirkişilik faaliyetinin icrasını, bir mesleğin icrası olarak algılamış ve böyle bir faaliyetin yürütülmesini, ilgili mevzuat uyarınca belirlenen şartların sağlanması koşuluyla bilirkişilik sıfatının kazanılmasına ve bilirkişilik siciliyle bilirkişi listesine kaydedilme koşuluna bağlamıştır⁵⁵. Bahsi geçen sicile başvuranların bilirkişi olarak kaydedilip kaydedilemeyeceğine karar vermekle yetkili olarak bölge adliye mahkemelerinin yargı çevreleri dikkate alınarak bilirkişilik bölge kurulları oluşturulmuştur. Görüldüğü üzere hâkime anılan mevzuat değişikliği uyarınca bilirkişi olarak seçebileceği kişiler yönünden bir sınırlama getirilmiştir.

Bu kapsamda hâkim, bilirkişilik bölge kurulunca hazırlanan bilirkişi listesinde, bilgisine başvurulacak uzmanlık alanında bilirkişi bulunmaması durumunda, liste dışından bilirkişi seçimi yoluna doğrudan gidemeyecek, diğer bölge kurullarının listelerinden görevlendirme yolunu denemek zorunda kalacak, bu durumda da bilirkişi bulunamaması halinde ancak liste dışından bilirkişiliğe kabul şartlarına haizler arasından bilirkişi seçimi yoluna gidebilecektir⁵⁶. Uygulamada bu durumda idari yargı mercilerince farklı bilirkişilik bölge kurulunca oluşturulan listelerde bulunan bilirkişiler görevlendirilmekte ve inceleme istinabe yoluyla gerçekleştirilmektedir. Bunun yanında liste dışından bilirkişi görevlendirilmesi durumunda, durum Ulusal Yargı Ağı Projesi kanalıyla naip üye tarafından neden liste dışı görevlendirme yoluna gidildiği gerekçelerinin bilirkişilik bölge kuruluna bildirilmesi gerekmektedir.

Yargıtay ve Danıştay'ın ilk derece mahkemesi sıfatıyla yaptığı yargılamalarda da bu mahkemeler, bilirkişilik bölge kurulları tarafından hazırlanan listelerin tamamından bilirkişi seçimi yoluna gidebileceklerdir. Bu durum 6754 sayılı Kanun uyarınca çıkarılan Bilirkişilik Yönetmeliğinde açıkça düzenlenmiştir⁵⁷. Bunun yanında yüksek mahkeme niteliği bulunmayan ikinci derece yargı yerleri olan

⁵⁵ Tanrıver, Bilirkişilik, s.54.

⁵⁶ Tanrıver, Bilirkişilik, s.55.

⁵⁷ R.G. T.03/08/2017, S.30143.

istinaf mahkemeleri de baktığı dava ve işlerde bulundukları bölge bilirkişi kurulunca oluşturulan listelerden bilirkişi görevlendirebileceklerdir.

Bazı uzmanlık alanlarına yönelik olarak uygulamadaki durumlar da dikkate alınarak bu sınırlamalara istisnalar getirildiği görülmektedir. Örneğin, kamulaştırma bedelinin belirlenmesine yönelik uyuşmazlıklarda gayrimenkul değerlendirme uzmanlarının kayıtlı bulundukları bilirkişilik bölge kurulunun yargı çevresi ile sınırlı olmaksızın mahkemelerce bilirkişi olarak görevlendirilmeleri mümkündür⁵⁸.

6754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi sonrasında hukukçu kimliği bulunan bilirkişiler yönünden düzenleme öncesindeki belirsizlik ortadan kaldırılmıştır. Hukukçu bilirkişilere özel ya da teknik bir alanda uzmanlaştıklarını belgelendirmedikçe ve bilirkişilik bölge kurulunca hazırlanan listelere dâhil olmadıkça başvurulamayacağı kuralına yer verilmiştir. Buna göre anılan düzenleme öncesinde avukat kimliğiyle belli hesaplamalar yapmak suretiyle bilirkişilik yapan hukukçuların yeni düzenleme ile ancak anılan bilirkişilik alanlarına yönelik belli bir yıl tecrübe şartını da sağlamak üzere bilirkişilik bölge kurulunca hazırlanan listeye dahil olmaları şartıyla bilirkişilik yapabilecekleri kurala bağlanmıştır.

Sonuç olarak, idari yargılama sürecinde, heyetle görülen uyuşmazlıklarda heyetçe alınan karar doğrultusunda naip olarak atanan hâkim tarafından 6754 sayılı Kanun uyarınca bilirkişilik bölge kurullarınca oluşturulan listelerden ya da yukarıda belirtilen şartların oluşması durumunda liste dışından bilirkişi seçimi yoluna gidilebilecektir. Burada üzerinde durulması gereken bir husus da naip üye tarafından bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararda inceleme konusunu bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlemesi ve bilirkişinin cevaplaması gereken soruların açıkça ortaya konulması gerektiridir⁵⁹.

⁵⁸ 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu'nun 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile değişik 15.maddesi'nin ikinci fıkrasında; "Kamulaştırmaya konu olan yerin cins ve niteliğine göre en az üç kişilik bilirkişi kurulunun oluşturulması zorunludur. Bilirkişilerden birinin taşınmaz geliştirme konusunda yüksek lisans veya doktora yapmış uzmanlar ya da 6/12/2012 tarihli ve 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanununa göre yetkilendirilen gayrimenkul değerlendirme uzmanları arasından seçilmesi zorunludur. Gayrimenkul değerlendirme uzmanları bakımından, bilirkişiliğe kabul için aranan temel eğitim alma ve fiilen beş yıl görev yapma şartları; yüksek lisans veya doktora yapmış uzmanlar bakımından ise fiilen beş yıl görev yapma şartı aranmaz ve bu uzmanlar kayıtlı oldukları bilirkişilik bölge kurulunun yargı çevresiyle sınırlı olmaksızın görevlendirilir." düzenlemesine yer verilmiştir.

⁵⁹ Dan. 8.D., 22/10/1992 tarih ve E:1992/364, K:1992/2515 sayılı kararı

1.7.2. Sayısı

Kural olarak bilirkişi sıfatıyla bir kişi görevlendirilebilir. Ancak uyuşmazlığın niteliği ve kapsamının gerektirdiği durumlarda gerekçelendirilmek ve tek sayı olmak şartıyla birden fazla bilirkişi görevlendirilebilmesi mümkündür. İdari yargılamada bu durum naip üye atanmasına ilişkin kararda bilirkişinin birden fazla olması gerektiğinin belirtilmesi suretiyle açıklığa kavuşturulur. Naip üye tarafından bu yetkilendirme çerçevesinde tek sayı olmak üzere birden fazla bilirkişi seçmek suretiyle bir bilirkişi heyeti oluşturulabilecektir.

Bunun yanında belli durumlarda bilirkişi sayısı kanuni düzenlemeler ile belirlenmiş olabilir. Örneğin kamulaştırma bedelinin tespitine yönelik davalarda üç kişiden az olmamak üzere bilirkişi belirlenmesi gerektiğine yönelik Kamulaştırma Kanunu'nda açık düzenleme bulunmaktadır. Bu düzenlemeye göre de hâkime en az üç kişi olmak üzere uyuşmazlığın kapsamında ve taşınmazın niteliğine göre tek sayı olacak şekilde daha fazla bilirkişi görevlendirilebilmesi noktasında takdir hakkı tanınmıştır.

1.7.3. Bilirkişinin Reddi ve Yasaklılık Halleri

İYUK'un 31.maddesi uyarınca yapılan atıf nedeniyle bilirkişinin taraflarca reddi ya da yasaklılık hallerine ilişkin olarak HMK'nın ilgili hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Daha önce de bahsedildiği üzere yargılama sırasında hâkim yardımcısı niteliği taşıyan bilirkişilerin reddine ve yasaklılık hallerine ilişkin olarak hâkimlerin yasaklılığı ya da reddine ilişkin hükümlere yollama yapılmıştır⁶⁰. Bu bağlamda hâkimler için öngörülen yasaklılık ve ret sebepleri bilirkişinin daha önce tanık olarak dinlenmiş olmasına ilişkin hüküm ayıksı tutulmak üzere uygulama alanı bulacaktır.

Yasaklılık nedenlerinin birinin varlığının tespiti halinde yargılamanın her aşamasında mahkemece re'sen bilirkişinin görevine son verilebilecektir. Bunun yanında yasaklılık sebebi şahsında gerçekleşen bilirkişi de mahkemeden bilirkişilik

⁶⁰ Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 34.maddesi'nde hâkimin yasaklılık sebepleri, 36.maddesinde ise hâkimin reddinin talep edilebileceği durumlar düzenlenmiştir.

görevinin üzerinden alınmasını talep edebilecektir. Dikkat edilirse bu noktada yine mahkemece bir karar verilerek bilirkişilik görevine son verilmektedir.

Bilirkişinin reddine yönelik olarak ise ret sebebinin öğrenilmesinden itibaren taraflarca bir hafta içerisinde bilirkişinin reddedilmesi gerekmektedir. Yine bu noktada da bilirkişiler kendilerini reddedebileceklerdir.

Bilirkişinin görevden alınmasına yönelik talebi, ret istemi ve bilirkişinin kendisini reddetmesine yönelik talep bilirkişiyi görevlendiren mahkemece dosya üzerinden incelenerek karara bağlanacaktır. Bu kararlara yönelik olarak ancak esas kararla birlikte kanun yoluna başvurulabileceği HMK’da düzenlenmiştir. Ancak idari yargılama bakımından İYUK’un 31.maddesinde kanun yollarına yönelik HMK’ya yapılmış bir atıf bulunmayışı da dikkate alındığında bu noktada idari yargılamada nasıl bir yol izleneceği önem arz etmektedir. İYUK’un kanun yollarına ilişkin düzenlemelerine bakıldığında temyiz ve istinaf yolunun mahkemenin nihai kararlarına yönelik olduğu, bilirkişiye yönelik olarak alınan kararın ise nihai bir karar olmadığı dikkate alındığında, HMK’daki düzenlemeye paralel şekilde mahkemenin bilirkişilere yönelik kararının nihai karar ile birlikte temyiz ya da istinaf yoluna konu edilebilmeleri gerektiği savunulmaktadır⁶¹.

Bilirkişilerin seçimi sonrasında önceden taraflara bildirilmesine yönelik olarak Kanuni bir düzenleme bulunmamakla birlikte özellikle idari yargı mercilerince bilirkişi olarak seçilenler taraflara bildirilerek, herhangi bir itirazlarının (ret ya da yasaklılık hallerinin) bulunup bulunmadığının bildirilmesi maksadıyla bir haftalık süre verilmesi yoluna gidildiği görülmektedir. Kanaatimizce bu usul tarafların ret sebeplerini öğrenmeleri sonrasında yedi günlük süre içerisinde mahkemeye başvurmaları gerektiğine yönelik kural dikkate alındığında işlevsel değildir. Zira kanuni düzenleme gereği bilirkişiler şahsında gerçekleşen ret sebepleri taraflarca öğrenilmedikçe ret talebi için öngörülen yedi günlük süre zaten işlemeye başlamayacaktır. Taraflara bilirkişilerin önceden bildirilmesine yönelik olarak herhangi bir kanuni düzenleme getirilmemiş olması da bu sebebe dayandırılabilir⁶².

⁶¹ Candan, s.838-839.

⁶² Candan, s.843.

1.8. BİLİRKİŞİ RAPORU

Mahkemece görevlendirilen bilirkişi/bilirkişiler tarafından inceleme tamamlandıktan sonra, varılan sonuç, mahkemenin tercihinine göre sözlü ya da yazılı olarak mahkemeye bildirilecektir. İdari yargılamanın yazılı olarak yürüdüğü dikkate alındığında bilirkişiler inceleme sonucunda elde ettikleri kanaatlerini yazılı olarak mahkemeye sunacaklardır.

Yazılı olarak hazırlanan bilirkişi raporlarında, tarafların ad ve soyadlarının bilirkişinin görevlendirildiği hususların, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlar ile birlikte bilirkişiler arasında görüş ayrılığı var ise bunun sebebi, düzenleme tarihi ve bilirkişi ya da bilirkişilerin imzalarının bulunması gerekmektedir⁶³.

Birden fazla bilirkişi tarafından inceleme yapılmış ise bilirkişi raporu tüm bilirkişiler tarafından ortak olarak hazırlanmalı ve imzalanmalıdır. Raporda ortak kanaatin bildirildiği bir sonuç kısmı bulunmalıdır. Kanaate varılamayan hususlar ayrı olarak kanaate varılamama gerekçeleri de belirtilmek suretiyle ortaya konulmalıdır⁶⁴.

Bilirkişi; raporunu, mahkemece belirlenen sınırlar dâhilinde, tümüyle maddi vakıalara özgülemeli, kendisine yöneltilen somut soruları tek tek yöneltilen sıraya göre, bilimsel dayanaklarını da açık ve anlaşılır bir biçimde göstermek suretiyle, doyurucu ve ikna edici bir tarzda, özlü ve yalın bir dille, uzman kimliği bulunmayan hâkimin ve tarafların anlayabileceği kavramları kullanıp, temel yazım kuralları ile noktalama işaretlerini de dikkate alarak, eksiksiz bir biçimde cevaplandırmalı, hukuki değerlendirmelere girişmeden hazırlamalıdır⁶⁵.

Bilirkişi raporunun eksiksiz olup olmadığının tespitine yönelik olarak doktrinde bilirkişi raporuna yönelik yöneltilecek bazı sorulardan bahsedilmektedir⁶⁶.

Buna göre;

Rapor;

⁶³ Sunay, s.49.

⁶⁴ Muammer Oytan, “Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Delil Tespiti, Anket Uygulaması ve Sahteliğin İleri Sürülmesi”, **Türk İdare Dergisi**, Yıl:65, Sayı:398, Mart 1993,s.55.

⁶⁵ Tanrıver, s.73-74, Gökhan Çayan, **Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi**, s.81-89, Yahya Deryal, **Türk Hukukunda Bilirkişilik**, 4.Baskı, Ankara 2012, s.336-344.

⁶⁶ Ejder Yılmaz, “Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Yıl:1996, Sayı: 62, s.12-31.

- “Somut olaylara dayalı mı?
- *Bünyesinde kendisine yer verilmiş analiz ve çözümlemelerle ulaşılmış bir sonuç, bilimsel dayanaklarına da işaret edilmek suretiyle ortaya konulabilmiş mi?*
- *Gereksiz ayrıntıya boğulmuş mu?*
- *İlk okumada anlaşılabilir mi?*
- *Mantıklı mı?*
- *Tartışmalara yol açabilecek nitelikte mi?*
- *İkna edici mi?*
- *Hâkimin istediği tüm sorulara cevap verebiliyor mu?”*

Hazırlanmış raporun tüm bu sorulara cevap verir bir nitelik taşıdığı durumlarda o raporun genel hatları ile eksiksiz ve sağlıklı bir rapor olduğu söylenebilecektir⁶⁷.

Bilirkişi raporunun hazırlanması için uygulamada bilirkişilere otuz gün süre verilmektedir. Bu husus dosyanın teslimine ilişkin olarak düzenlenen tutanakta ve keşif tutanağında belirtilir. Bilirkişilere verilecek sürenin uzatılması hususunda hâkimin takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu süre üç ayı geçemez. Uygulamada, yeni bilirkişilik düzenlemesi sonrasında geciken işi bulunan bilirkişilerin yeni işlerde görevlendirilememesi nedeniyle, verilen ilk süre sonrasında bilirkişinin talebi üzerine süre uzatımı yoluna gidilmektedir.

Bilirkişi raporu naip üye olarak görevlendirilen idari yargı hâkimi ya da tek hâkimle görülen işlerde dosya hâkimi önüne havale edilmek üzere sunulur, bu aşamada hâkim tarafından raporun incelenmesi ve herhangi bir eksiklik bulunup bulunulmadığı hususunda tespit yapılması ortaya çıkabilecek eksiklikler nedeniyle ek rapor alınmasının önüne geçeceğinden usul ekonomisi açısından büyük önem arz etmektedir. Bilirkişi raporunda eksik hususların tespiti halinde ya da mahkemece açıklığa kavuşturulması gereken hususların bulunduğu kanaatine varılırsa yeniden bilirkişiye başvurularak ek rapor düzenlenmesi talep edilebileceği gibi yeni bilirkişiler tayin edilmek suretiyle yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılabilir.

⁶⁷ Yılmaz, s.28.

1.9. BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ

Mahkeme kayıtlarına giren bilirkişi raporu ekleri ile birlikte taraflara tebliğ edilecektir. Tarafların İYUK'ta ayrık bir düzenleme bulunmadığından, HMK'nın 281. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bilirkişi raporunun kendilerine tebliğinden itibaren iki hafta içerisinde rapora itiraz etme hakları bulunmaktadır. Kanunda belirlenen bu süre kesin süredir ve hâkim tarafından uzatılması ya da kısaltılması mümkün değildir.

Mahkemece, taraflarca yapılan itirazların yerinde görülmesi halinde itirazlar kapsamında bilirkişilerden ek rapor alınması yoluna gidilebilecektir. Kural aynı bilirkişiden bir rapor alınması olsa da, uyuşmazlığın çözümünde gerekli görülmesi durumunda aynı bilirkişilerden çözüme kavuşturulamayan ya da itiraz konusu hususlara yönelik olarak ek rapor düzenlenmesi bilirkişilerden istenebilir. Ek raporun da uyuşmazlığın çözümü noktasında yetersiz kalması durumunda aynı konuda yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılması seçeneği tercih edilmelidir⁶⁸.

1.10. BİLİRKİŞİ RAPORUNUN DELİL NİTELİĞİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282.maddesinde, hâkimin bilirkişinin oy ve görüşünü, diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirebileceği hüküm altına alınmış, yani bilirkişinin oy ve görüşünün, takdir delil olduğuna açıkça işaret edilmiştir⁶⁹.

Bu husus hâkimin, bilirkişiye başvurulması gerekli bir konuda dilerse kendi bilgi birikiminden yararlanarak karar verebileceği olarak anlaşılmamalıdır. Bu husus bir Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı'nda⁷⁰; “...bilirkişi incelemesi yoluna gidilmesi halinde, hâkimin herhangi bir nedenle yeterli bulmadığı bilirkişi görüşü üzerine yeniden bilirkişi incelemesi yaptırmak yetkisini haiz olduğu şeklinde anlaşılması zor olup bu yola gidildikten sonra, alınan bilirkişi raporuna rağmen,

⁶⁸ Candan,s.857.

⁶⁹ Pekcanitez, Atalay, Özekes, s.120.

⁷⁰ Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 06/01/1984 tarih ve E:1983/5,K:1984/2, Danıştay Dergisi, s.56-57.

onu yok sayıp, kendi takdir yetkisine dayanarak karar verebileceği yolunda anlaşılması mümkün değildir....” şeklinde belirtilerek, bilirkişi raporunun hakimi bağlamamasından ne anlaşılması gerektiği açıklığa kavuşturulmuştur.

Buna göre yukarıda da değinildiği üzere hâkim bilirkişi raporunda belirtilen hususları yetersiz görmesi durumunda ek rapor alma yoluna gidebileceği gibi yeniden bilirkişi incelemesi yapılması yolunu da tercih edebilecektir.

1.11. RESMÎ BİLİRKİŞİLİK

1.11.1. Genel olarak

Resmî bilirkişilik, yukarıda ayrıntılı şekilde ifade edildiği şekliyle 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu kapsamı dışında bulunan ve daha çok kurumsal bir yapı altında örgütlenmiş ve örgütlendikleri alanlardaki konularda bilirkişilik yapmakla ödevli kurum veya kuruluşları ifade etmektedir. Örnek olarak Adli Tıp Kurumu, (ATK) Yüksek Sağlık Şurası, Üniversiteler, Kriminal Polis Laboratuvarları, Halk Sağlığı Genel Müdürlüğü, Türk Standartları Enstitüsü, Makine ve Kimya Endüstrisi Kurumu, 38 Sayılı Tababeti Adliye Kanunu’nun 3.maddesi uyarınca adli tabip, onun olmadığı yerde hükümet tabibi ve diğer resmî tabipler vb.

Resmî bilirkişilerin varlığı, adli makamların o konuda resmî bilirkişiye başvurmak zorunda olduğu anlamına gelmemektedir⁷¹. Ancak adli mercilerin kendilerine başvurduğu resmî bilirkişilerin bilirkişilik görevini kabul etme mecburiyetleri bulunmaktadır.

Bu aşamaya kadar ki açıklamalarımız gerçek kişilerce 6754 sayılı Kanun ve bu Kanun uyarınca çıkarılan yönetmelikte belirlenen usul ve esaslar çerçevesinde bilirkişilik sıfatını kazanmak suretiyle yürütülen bilirkişilik faaliyetleri iken bu başlık altında kanuni düzenleme ya da kuruluş amaçları doğrultusunda bilirkişilik faaliyetlerini yürüten kurum veya kuruluşlara ilişkin düzenlemeler ile özellikle çalışmamızın konusunu oluşturan ve tıbbi hatalardan kaynaklanan uyuşmazlıkların

⁷¹ Hasan Tahsin Gökcan, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk**, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.340.

çözümünde başvurulmuş resmî bilirkişi sıfatına haiz ATK ve benzer resmî bilirkişi kurumları irdelenecektir.

1.11.2. İdari Yargılamada Başvurulan Resmî Bilirkişi Kurumları

İdari yargılamaya konu uyuşmazlıkların çok sınırlı bir kısmında resmî bilirkişilere başvurulmaktadır. Özellikle idari işlemlerin iptali istemiyle açılan iptal davalarına konu uyuşmazlıkların çözümünün çoğunlukla teknik veya özel bir bilgi gerektirmemesi, gerektirmesi durumunda ise 6754 sayılı Kanun kapsamında bilirkişi görevlendirilmesi yoluna gidilmesi nedeniyle resmi bilirkişilere başvurulmamaktadır.

İdari yargılamada resmî bilirkişilik uygulamasına en çok kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden doğan tam yargı davalarında idarenin kusurunun tespiti noktasında karşılaşılmaktadır. Tıbbi hatadan doğan tam yargı davalarında başvurulmuş resmî bilirkişilik kurumu olarak görevinde devam ettiği dönemde Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu ve sınırlı da olsa üniversiteler tercih edilmektedir.

1.11.2.1. Yüksek Sağlık Şurası

Yüksek Sağlık Şurası; 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıha Kanunu'nun üçüncü faslında; 10.madde ile 17.madde arasında düzenlenmişti. Şuranın tek görevi hekimlikle ilgili adli meselelerde görüş bildirmek değildi. 1593 sayılı Kanun'un mülga 10.maddesinde belirtildiği üzere Şuranın idari görevleri de bulunmakta idi: Bu yönüyle Şura sürekli bir kurul değildi. Şura daha çok tıp mesleğinin icrasından kaynaklanan suçların irdelendiği ceza davalarında etkin olarak görev almakta idi. Hatta Anayasa Mahkemesi⁷² tarafından daha sonra iptal edilen 1219 sayılı Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75.maddesindeki düzenleme ile ceza mahkemelerinin Şura'ya başvurma zorunluluğu bulunmaktaydı. Anayasa Mahkemesi kararı öncesinde bu durum Şura'nın hukuk mahkemeleri bakımından resmî bilirkişi sıfatına haiz olmadığı yönünde içtihatlar doğmasına da neden

⁷² Anayasa Mahkemesi'nin 03/06/2010 tarih ve E:2009/69, K:2010/79 sayılı kararı.

olmuştur⁷³. Bunun yanında Yüksek Sağlık Şurası'nın aldığı 11-12 Mayıs 2006 tarihli ve 11362 sayılı tavsiye kararı ile ceza mahkemelerinde açılmış davalar haricindeki adli ve idari davalar ile hazırlık soruşturması aşamasındaki davalardaki adli mercilerce Şura'ya başvurulmaması istenilmiş, anılan tavsiye kararı mahkemelere ileilmek üzere Adalet Bakanlığı'na gönderilmiştir. Hâlihazırda 02.07.2018 tarihli ve 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname'nin 25.maddesinde Sağlık Bakanlığı teşkilatı yeniden düzenlenmiştir. Bunun yanında 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin onikinci bölümünde Sağlık Bakanlığı'nın merkez teşkilatı düzenlenmiş, Bakanlığın bağlı kurullarından olan “Yüksek Sağlık Şûrası” kaldırılmıştır.

1.11.2.2. Üniversiteler

Üniversitelerin resmi bilirkişi sıfatlarına Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 31.maddesinde işaret edilmiş, anılan maddede yükseköğretim kurumları veya birimlerinin, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Kanunu'na göre resmi bilirkişi sayılacağı kurala bağlanmıştır. Görüldüğü üzere anılan maddede üniversitelerin resmi bilirkişilik sıfatı ceza yargılaması ile sınırlı tutulmuş, hukuk ve idari yargılama bağlamında böyle bir sıfatı olduğuna dair herhangi bir göndermede bulunulmamıştır.

1.11.2.3. Adli Tıp Kurumu

Uygulamada özellikle tıbbi hatalardan kaynaklı uyuşmazlıklarda idare mahkemelerince resmî bilirkişi olarak ATK'ya başvurulmaktadır.

⁷³ Halide Savaş, Tıbbi Hata Davalarında Resmi Bilirkişilik Kurumları ve Yargıtay Uygulaması, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt:82, Sayı:3, Mayıs 2008, s.1355-1366.

1.12. ADLİ TIP KURUMUNUN YAPISI

1.12.1. Genel Olarak

Adli Tıp Kurumu 19.02.2003 tarih, 4810 Sayılı Kanun'la değişik, 14.04.1982 tarih ve 2659 sayılı Kanun'la adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak, adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı programları ile görev alanına giren konularda diğer adli bilim alanlarında sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek ve bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak üzere Adalet Bakanlığına bağlı olarak kurulmuştur⁷⁴.

21/ 01/2017 tarihli ve 6771 sayılı Anayasa'da Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un kabul edilmesi ile birlikte Türkiye Cumhuriyeti İdari Teşkilatının yeniden yapılandırılmasına yönelik olarak 02/07/2018 tarihinde 703 sayılı Anayasada Yapılan Değişikliklere Uyum Sağlanması Amacıyla Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Hükmünde Kararname kabul edilerek 09/07/2018 tarihli ve 30473 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanmış ve yürürlüğe girmiştir. Anılan Kanun Hükmünde Kararname'nin 61. maddesi uyarınca 2569 sayılı Kanun'un adı Adli Tıp Kurumu ile İlgili Bazı Düzenlemeler Hakkında Kanun olarak değiştirilmiş ve birçok hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan hükümler arasında Adli Tıp Kurumu'nun yapısına yönelik düzenlemeler içeren 1-16.maddeleri de bulunmaktadır.

Anayasa değişikliğine uyum çalışmaları kapsamında 15/7/2018 tarihli ve 30479 sayılı Resmî Gazete' de yayınlanarak yürürlüğe giren 4 sayılı Bakanlıklara Bağlı, İlgili, İlişkili Kurum Ve Kuruluşlar İle Diğer Kurum Ve Kuruluşların Teşkilatı Hakkında Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin birinci bölümü Adli Tıp Kurumu'na ayrılmış ve Kurum idari yapısı ve teşkilatı bu bölümde yeniden düzenlenmiştir.

4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin Birinci Bölümü'nün "Kuruluş" başlıklı 2.maddesi'nde yürürlükten kaldırılan 2659 sayılı Kanun ile paralel bir düzenlemeye yer vererek; adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak, adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı programları ile görev alanına giren konularda

⁷⁴ <https://www.atk.gov.tr/adli-tip-kurumu-baskanligi.html>, (31/03/2010)

diğer adli bilimler alanlarında sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek ve bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak üzere Adalet Bakanlığı'na bağlı Adli Tıp Kurumu'nun kurulduğunu düzenlemiştir. Aynı Kararname'nin 3.maddesinde ise Kurumun görevlerine yer verilmiştir. Bu düzenlemeye göre Kurumun görevleri;

- “Mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar ile Kurumun uygun gördüğü alanlarda kamu kurum ve kuruluşları tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek,
- Adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı eğitimini tıpta uzmanlık mevzuatına uygun olarak vermek,
- Adli tıp ve adli bilimler alanlarında çalışmalarını yürütmek üzere seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek, bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak ve ilgili kurum, kuruluş ve kurulların hazırlayacakları adli tıpla ilgili eğitim programlarının yapılmasına ve yürütülmesine yardımcı olmak,
- Adli tıp hizmetlerinin görülmesi sırasında yapılması zorunlu sağlık hizmetlerini vermek”,

olarak sıralanmıştır. Çalışmamız kapsamında bu bölümde Adli Tıp Kurumu'nun resmî bilirkişilik görevi üzerinde ayrıca durulacağından bu aşamada, mevzuatta öngörülen görevleri belirtilmek ile yetinilmiştir.

1.12.2. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı

Kurumun başkanlığı bir başkan ve beş başkan yardımcısından oluşmaktadır. 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin beşinci maddesinde Kurum başkanının ve en az üç başkan yardımcısının adli tıp uzmanı olması gerektiği düzenlenmiştir. Buna göre Adli Tıp Kurumu başkanlığı; Kurum başkanı ve en az üç başkan yardımcısı adli tıp uzmanı olmak üzere bir başkan ve beş başkan yardımcısından oluşmaktadır. Başkanlığın görevleri Kararname'nin 12.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

- “Adli Tıp Kurumunu temsil etmek,
- Adli Tıp Üst Kurullarına ve Başkanlar Kuruluna Başkanlık etmek, Başkanlar Kurulunun kararlarını uygulamak,

- Kurumun verimli ve düzenli çalışmasını sağlamak ve bu yolda uygun göreceği tedbirleri almak,
- İhtisas Kurulları, daireler ve şubelerde ölüm, istifa, emeklilik gibi nedenlerle kadronun boşalması veya kanuni mazeret halinde, bu mazeretin devamı süresince Kuruma bağlı uzmanları, uzmanlıklarına uygun yerlerde geçici olarak çalıştırmak,
- Yayınlanmasında yarar umulan rapor, görüş ve çalışmaların yayınlanmasını sağlamak,
- İhtisas Kurullarının başkan ve üyeleri ile daire başkanları dışındaki görevliler ile şube müdürü ve uzmanların yerlerini belirlemek,
- Kurumun görev alanına giren faaliyetlerle ilgili olarak kamu kurum ve kuruluşları ile protokol yapmak,
- Kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle verilen görevleri yapmak” başkanlığının görevleri olarak düzenlenmiştir,

Kararname’nin 13.maddesinde ise, başkan yardımcılarının görevleri başkanın vereceği görevleri yerine getirmek ve başkanın yokluğunda ona vekâlet etmek olarak düzenlenmiştir.

1.12.3. Adli Tıp Başkanlar Kurulu

Başkanlar kurulu, 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 6.maddesinde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre Başkanlar Kurulu, Kurum başkanı başkanlığında toplanır, kurul; başkan yardımcıları, adlî tıp ihtisas kurulları başkanları ve Kurum merkezinde bulunan adlî tıp ihtisas daireleri başkanlarından oluşur. Kurulda yapılan görüşmelerde başkan yardımcıları ile adli tıp ihtisas daireleri başkanlarının oy hakkı bulunmamaktadır.

Başkanlar Kurulu Adli Tıp Kurumu’nun işleyişi ve yapısının oluşturulması bakımından geniş yetkiler ile donatılmıştır. 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi’nin 14.maddesinde Başkanlar Kurulu’nun görevleri şu şekilde sıralanmıştır;

- “Kurullar, daireler ve şubelerin iş durumu ve ihtiyaçlarını göz önünde tutarak uzman ve raportörlerin görev yerlerini belirlemek,

- Zorunluluk hâlinde ihtisas kurullarının başkan ve üyeleri ile daire başkanlarının yerlerini değiştirmek,
- İhtisas kurulları ile daire ve şubelere yıl içinde gelen işler normal çalışma düzeni içerisinde karşılanamayacak oranda artmış veya kurul, daire ve şubeler arasında iş bakımından bir dengesizlik meydana gelmişse, bir kısım işleri mahiyetlerini de gözetmek suretiyle başka kurul, daire ve şubelere vermek,
- Adli Tıp Kurumunun adli tıp alanında uzmanlık programları ile görev alanına giren konularda seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler ile bunlara ilişkin eğitim programlarını kararlaştırmak,
- Adli Tıp Kurumu Eğitim ve Bilimsel Araştırma Komisyonu ile Adli Tıp Kurumu Etik Kurulu üyelerini belirlemek,
- Kanunlarla ve Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle verilen görevleri yapmak.”

Aynı maddenin son fıkrasında Başkanlar Kurulu’nun çalışma usul ve esaslarının yönetmelik ile belirleneceği düzenlemesine yer verilmiştir.

1.12.4. Adli Tıp Üst Kurulları

Adli Tıp Üst Kurulları; Adli tıp ihtisas kurulları ve ihtisas daireleri tarafından verilip de mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklarca kapsamı itibarıyla yeterince kanaat verici nitelikte bulunmayıp sebebi de belirtilmek suretiyle bildirilen işleri, Adli tıp ihtisas kurullarınca oybirliğiyle karara bağlanamamış olan işleri, Adli tıp ihtisas kurullarının verdiği rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri, Adli tıp ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerinin rapor ve görüşleri arasında ortaya çıkan çelişkileri, Adli tıp ihtisas kurulları ile Adli Tıp Kurumu dışındaki sağlık kuruluşlarının heyet hâlinde verdikleri rapor ve görüşler arasında ortaya çıkan çelişkileri, ortadan kaldırmak üzere oluşturulan kurumlardır.

Bu kurullara yargılama sırasında resmî bilirkişi sıfatı ile başvuru alan ihtisas kurulları veya daireleri tarafından düzenlenen bilirkişi raporlarının uyuşmazlığın çözümü noktasında yeterli görülmediği, ya da olaya ilişkin Kurumun farklı ihtisas kurul ya da daireleri tarafından düzenlenmiş birbiri ile çelişen bilirkişi raporlarının bulunması halinde başvurulmaktadır. Üst kurullar belirtilen durumlarda, uyuşmazlığı

resmî bilirkişi sıfatı ile konu ile ilgili uzman üyelerin katılımıyla inceler ve kesin karara bağlar.

Üst kurulların ne şekilde oluşacağı 4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 7.maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; Adli Tıp Üst Kurulları, Adli Tıp Kurumu Başkanının başkanlığında, ilgili adli tıp ihtisas kurulları başkan ve üyelerinden oluşur. Ayrıca maddenin devam eden fıkralarında hangi üst kurulların hangi ihtisas kurulu veya dairelerinin üyelerinden oluşacağı da ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁷⁵.

1.12.5. Adli Tıp İhtisas Kurulları ve Görevleri

4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 8.maddesinde Adli Tıp Kurumu bünyesinde sekiz adet İhtisas Kurulu bulunduğu düzenlemesine yer verilmiştir. Anılan maddede ihtisas kurullarının hangi branşlarda hekimlerden oluşacağı belirlenmiştir. Kararname'nin 17.maddesinde ihtisas kurullarının ayrı ayrı hangi konularda resmî bilirkişilik görevi yapacakları sayılmıştır. Buna göre;

- Adli Tıp Birinci İhtisas Kurulu; 26/9/2004 tarihli ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda belirtilen hayata karşı suçlar ile diğer ihtisas kurullarının görevine girmeyen işler hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle,
- Adli Tıp İkinci İhtisas Kurulu; vücut dokunulmazlığına karşı suçlar ile işkence ve eziyet suçlarına ilişkin fiiller hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle,
- Adli Tıp Üçüncü İhtisas Kurulu; malûliyetler, meslekte kazanma gücü kaybı, beden çalışma gücü kaybı, meslek hastalıkları, hapis cezalarının infazının ertelenmesi, sürekli hastalık, engellilik ve kocama sebepleri ile belirli kişilerin cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılmasına ilişkin işlemler hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle,
- Adli Tıp Dördüncü İhtisas Kurulu; 5237 sayılı Kanunun 31 inci ve 33 üncü maddeleri hariç olmak üzere ceza sorumluluğunu kaldıran veya

⁷⁵ Bkz.4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 7.maddesi.

azaltan nedenler ile akıl hastalarına özgü güvenlik tedbirlerine ilişkin işler, uyuşturucu ve uyarıcı maddeleri kullanan kimselerin alışkanlığı ile ilgili bağımlılık derecesinin belirlenmesine ilişkin işlemler, uyuşturucu madde suçları ile ilgili olarak tedavi ve denetimli serbestlik tedbirlerine ilişkin işler, fiil ehliyetinin tespiti, vesayeti gerektiren hâller, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, tasarruf ehliyetine ilişkin işler, akıl hastalığı nedeniyle evliliğin iptali veya boşanmaya ilişkin işler hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle,

- Adli Tıp Beşinci İhtisas Kurulu; zehirlenmeler ile alerji ve immünolojiye, ilaç kimyasına, alışkanlık yapan diğer maddelere ilişkin işler, nesebin belirlenmesine ilişkin işler, çevreye karşı suçlar ile kamunun sağlığına karşı suçlar, yenilecek ve içilecek şeylere ilişkin işler, uyuşturucu ve uyarıcı maddeler ile adli biyoloji ve adli genetiği ilgilendiren işler hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle,
- Adli Tıp Altıncı İhtisas Kurulu; yaş küçüklüğü, sağır ve dilsizlik ile çocuk düşürme, düşürme veya kısırlaştırma, cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar, genel ahlaka ve aile düzenine karşı suçlar, cinsel iktidar tespiti, fiile karşı kendisini savunup savunamayacağı hususları ile yaş belirlenmesi ve cinsiyete ilişkin işler hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle,
- Adli Tıp Yedinci İhtisas Kurulu; ölümle sonuçlanmayan tıbbî uygulama hatalarına ilişkin işler hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle,
- Adli Tıp Sekizinci İhtisas Kurulu; ölümle sonuçlanan tıbbî uygulama hatalarına ilişkin işler hakkında bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle, görevlendirilmişlerdir.

Bu kapsamda çoğunlukla idari yargılamada uyuşmazlık olarak karşımıza çıkan tıbbi müdahaleden doğan tam yargı davalarında idarece yürütülen sağlık hizmetlerinin kusurlu olarak işletilip işletilmediği ve başvurularda uygulanan tıbbi prosedürün modern tıbbın gereklerine uygun olmadığı hususunun tespiti maksadıyla Adli Tıp Kurumuna resmi bilirkişi sıfatıyla başvurulmaktadır. Yine uygulamada sıklıkla karşılaşılmamakla birlikte maluliyetler ile bedensel çalışma ve iş gücü

kayıplarının tespitine ilişkin uyuşmazlıklarda da idare mahkemelerince Adli Tıp Kurumu'na başvurulmaktadır.

1.12.6. Adli Tıp İhtisas Daireleri ve Görevleri

4 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 9.maddesinde; Adli Tıp Kurumu Bünyesinde; morg, gözlem, kimya, biyoloji, fizik, trafik, adlî bilişim olmak üzere yedi adet ihtisas dairesi öngörülmüş ve her adlî tıp ihtisas dairesinde konu ile ilgili uzman bir daire başkanı ile yeteri kadar uzman ve idarî personel bulunacağı düzenlemesine yer verilmiştir.

Her bir ihtisas dairesinin görevleri ayrı ayrı Kararname'nin 18-24.maddeleri arasında düzenlenmiştir⁷⁶.

1.13. ADLİ TIP KURUMUN ÇALIŞMA ŞEKLİ

1.13.1. Adli Tıp Üst Kurulları Çalışma Şekli

Adli Tıp Üst Kurulları Adli Tıp Kurumu başkanı başkanlığında toplanır. Kurulda ilgili ihtisas kurullarının başkan ve üyeleri ile üst kurullara katılması gereken adli tıp ihtisas dairesi başkanı veya vekili bulunur.

Üst kurul; ihtisas kurullarınca hazırlanan ve yargılamada uyuşmazlığın çözümü için gerekli ve yeterli kanaat oluşması noktasında yetersiz kalan ya da ihtisas kurullarının birbirleri ile çelişen kararlarının kesin olarak sonuca bağlanması ile görevlendirilmiştir. Danıştay, idare mahkemesi tarafından hükme esas alınan ve ATK tarafından düzenlenen raporun, uyuşmazlığın çözümü noktasında yetersiz olduğu kanaatine varması durumunda kimi zaman Adli Tıp Üst Kurul'undan rapor alınması gerektiği gerekçesi ile bozma kararları vermektedir⁷⁷.

Üst kurul toplantılarına kararları yeniden inceleme konusu edilen ihtisas kurullarının başkan ve üyelerinin en az üçte ikisinin katılması zorunludur. Başkanın yokluğunda üst kurula başkan yardımcısı onun da yokluğunda en kıdemli ihtisas

⁷⁶ Bkz. 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin 18 vd. maddeleri.

⁷⁷ Dan. 15D., 07/05/2018, E:2013/10821, K:2018/4516.

kurulu başkanı başkanlık eder. Oyların eşitliği durumunda başkanın bulunduğu tarafın oy çokluğunu sağladığı kabul edilir.

İhtisas kurullarından üst kurula havale edilmiş dosyalara yönelik olarak anılan dosya ile ilgili incelemeyi gerçekleştiren raportör tarafından dosya üst kurula anlatılır. Bunun akabinde sunuma konu edilen dosya ile ilgili ihtisas kurulu başkanı, o yok ise ihtisas kurulu temsilcisi olan kıdemli üye ya da ihtisas kurulu başkanının uygun göreceği bir üye dosya ile ilgili olarak ihtisas kurulunun görüşünü üst kurula açıklar.

Adli makamlarca üst kurula başvurulması halinde de benzer bir düzenleme öngörülmüştür. Bu durumda da raportör tarafından dosya hazırlanır ve üst kurula sunulur. Kurul başkanı açıklama yaptıktan sonra konu hakkında tartışma açılır. Konu ihtisas kurullarından hangisini ilgilendiriyor ise o ihtisas kurulu başkan ve üyelerinin en az üçte ikisinin üst kurula iştirak etmesi zorunludur. İncelenecek konunun uzman üyesinin bulunmaması durumunda konu tartışmaya açılmaz⁷⁸.

Üst kurul lüzum gördüğü takdirde kararını vermeden önce incelediği konu ile ilgili evrakın onanmış örneklerini mahallinden isteyebileceği gibi aslı üzerinde de inceleme yapması zorunlu olduğu durumlarda asılları temin edebilir.

1.13.2. Adli Tıp İhtisas Kurullarının Çalışma Şekli

İhtisas Kurulları başkanın başkanlığında, işin niteliğine göre en az dört üye ile toplanır ve çoğunluk ile karar verir. Oylarda eşitlik çıkması durumunda kurul başkanının bulunduğu taraf oy çokluğunu sağlamış sayılır.

Üyelerden birinin mazeretinin bulunması durumunda uzmanlık alanına göre diğer ihtisas kurullarından aynı uzmanlık alanından üye ile bu eksik giderilir. İnceleme konusu uzmanlık alanına ilişkin üye bulunmaksızın o konuya ilişkin müzakere açılmaz.

Yine ihtisas kurulları da üst kurul gibi ihtiyaç duyduğu onanmış örnekler ile örnek asıllarının temini yoluna gidebilmektedir. Uygulamada, özellikle ölümle sonuçlanmayan tıbbi müdahaleden doğan tazminat davalarında davacının doğrudan

⁷⁸ Danıştay da resmi bilirkişi olarak başvuru konu ile ilgili uzman kişinin resmi bilirkişi heyetinde bulunmamasını bozma sebebi olarak görmektedir

Adli Tıp Kurumu'na gönderilerek burada şahsın kendisi üzerinde doğrudan inceleme yapmak ya da örnek temin etmek yoluna gidilmektedir. Bu husus Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesinin ya da üst kurulun talebi doğrultusunda idare mahkemesi tarafından naip üye olarak atanan hâkimin ara kararı ile gerçekleştirilmektedir.

1.14. ADLİ TIP KURUMUNUN RESMİ BİLİRKİŞİLİK GÖREVİ

Adli Tıp Kurumu'nun kuruluş amacı ve görevleri gerek 2659 sayılı Kanun'da gerekse Anayasa değişikliği sonrasında yürürlüğe giren 4 Sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi'nin birinci bölümünde açıkça belirlenmiştir. Bu kapsamda düzenlemeler incelendiğinde ilk göze çarpan ve Adli Tıp Kurumunun asli görevini adalet işlerinde bilirkişilik yapmak oluşturmaktadır. Bunun yanında yine Kurumun görev alanına giren konularda sempozyum, konferans ve benzeri etkinlik düzenleyerek adli tıp alanına ilişkin çalışmalara öncülük etmek ve bu çalışmaları düzenlemek Adli Tıp Kurumu'nun kuruluş amacı olarak düzenlenmiştir.

Çalışmamızın alanı doğrultusunda bu başlık altında Adli Tıp Kurumu'nun bilirkişilik görevi üzerinde durulacaktır. Adli Tıp Kurumu Adalet Bakanlığı'na bağlı bir kamu kuruluşu niteliği taşımaktadır. Kurumun ayrı bir bütçesi bulunmamakta, genel bütçe içerisinde Adalet Bakanlığı bütçesinden pay almaktadır. Bu yönüyle Adli Tıp Kurumu bilirkişilik görevi yürütmek üzere kurulmuş müstakil kamu tüzel kişiliği bulunmayan bir kamu kuruluşudur.

İdari yargılamada Adli Tıp Kurumu'na çoğunlukla ölümle sonuçlanmış veya sonuçta ölüm meydana gelmemiş tıbbi müdahale hatalarından doğan tam yargı davalarında, tıbbi müdahalenin muhatabına uygulanan tedavi ve tıbbi uygulamaların modern tıp bilimine uygun olup olmadığı gibi uygulama sırasında izlenen yol ve yöntemlerin yerindeliğine ilişkin inceleme yapılması, idareye belirtilen hususlarda atfedilebilecek kusur bulunup bulunmadığının tespitinin sağlanması maksadıyla başvurulmaktadır. Yine Kurum'a uygulamada çok sık olmamakla birlikte iş gücü kaybı, meslek hastalıklarının ve maluliyet durumunun tespiti maksadıyla da başvurulmaktadır.

İdare mahkemeleri nezdinde açılan tam yargı davalarında talep edilen tazminat tutarına göre dosyanın İYUK uyarınca heyetli olarak ya da tek hâkim tarafından incelenmesine karar verilir. Heyetle yürütülmesi gereken dosyalarda,

ATK'ya başvuruyu gerektiren bir durumun tespiti durumunda, heyet tarafından bilirkişi incelemesi süresince gerçekleştirilerek yazışmaları, incelemeye yönelik gider avansının temininin sağlanması ve ücretlerinin ödenmesi noktasında bir hâkim naip üye olarak tayin edilmektedir. Naip üye atanmasına ilişkin ara kararda ayrıca bilirkişi olarak ATK'nın tayin edildiği de açıkça ifade edilir. Bu noktada idari yargılamadaki olağan bilirkişi incelemesi uygulamasından ayrışması bir durum göze çarpmaktadır. Naip üyeye bu ara kararla bilirkişi seçimine ilişkin bir yetki verilmemekte bir başka ifade ile naip üye tarafından bilirkişi ataması yapılması yoluna gidilmemekte doğrudan dosya üzerinde Adli Tıp Kurumu'na inceleme yapılması yönünde karar alınmaktadır⁷⁹.

1.15. İDARİ YARGILAMADA ADLİ TIP KURUMUNA BAŞVURULAN UYUŞMAZLIKLAR

İdare mahkemeleri; tazminat davalarının idari yargılama usulündeki özel görünüm şekli olan tam yargı davalarına yönelik yargılamalar kapsamında gerek zararın tespiti gerekse idarenin işlem tesis ederken ya da idari bir eylem gerçekleştirirken kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti noktasında bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluna başvurumaktadırlar. Bu bağlamda, mahkemeler uygulamada çoğunlukla kamu ve üniversite hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden doğan zararların tazmini maksadıyla açılan tam yargı davalarında Adli Tıp Kurumu'na başvurma yoluna gitmektedirler. Anılan davalarda, tıbbi müdahale neticesinde ölümün meydana gelmiş olması halinde Adli Tıp Kurumu Sekizinci İhtisas Kurulu'na, ölüm meydana gelmeksizin bedensel bir zararın ya da engellilik halinin doğmuş olması durumunda ise Yedinci İhtisas Kurulu'na uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak bilirkişi raporu düzenlenmektedir.

Bunun yanında idare mahkemelerince uygulamada nadir de olsa yürütülen kamu görevi nedeniyle olduğu iddia edilen meslek hastalıkları nedeniyle uğranılan zararların tazmini maksadıyla açılan tam yargı davalarında kişide gelişen rahatsızlığın meslek hastalığı olup olmadığının ve gelişen hastalığın engellenmesine

⁷⁹ Çelik Ahmet Çelik, **İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2017,s.344.

yönelik olarak gerekli önlemlerin alınmasında idarenin kusurunun bulunup bulunmadığının tespiti maksadıyla ATK'ya başvurulabilmektedir.

Bunun yanında idarenin gerekli tedbir ve önlemleri almamak suretiyle hizmet kusuru işlemiş olması nedeniyle meydana geldiği iddia edilen trafik kazalarında meydana gelen ölüm veya bedensel zararların tazmini istemiyle açılan davalarda; görevli yargı yerinin adli yargı mercileri olduğu yönünde yerleşen Uyuşmazlık Mahkemesi içtihatları nedeniyle uygulamada bu istemle açılan davalar bakımından görevsizlik kararı verilmekte olup, anılan uyuşmazlıklar yönünden Adli Tıp Kurumu'na idari yargı mercilerince başvurulması gündeme gelmemektedir.

Yine bir idari işlemin iptali istemiyle açılan iptal davalarında, yargılamanın konusunu idarenin tek taraflı olarak tesis ettiği işlemlerin oluşturması ve bu işlemlere yönelik uyuşmazlıkların hâkim tarafından idare hukuku ilke ve kuralları bağlamında çözüme kavuşturuluyor olması nedeniyle idare mahkemeleri tarafından ATK'ya başvuru yoluna gidilmemektedir.

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN TAM YARGI DAVALARINDA ADLİ TIP KURUMUNUN ROLÜ

2.1. TIBBİ MÜDAHALE, TIBBİ UYGULAMA HATASI, KOMPLİKASYON KAVRAMI

2.1.1. Tıbbi Müdahale Kavramı

2.1.1.1. Genel Olarak

Tıbbi müdahale kavramı Hasta Hakları Yönetmeliği⁸⁰’nin 4.maddesinin (g) bendinde; “*tıp mesleğini icra etmeye yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişim...*”olarak tanımlanmıştır. Tanımdan da anlaşılacağı üzere tıbbi müdahale tıp mesleği ile uğraşmaya yetkili bir kişi tarafından hastaya bir hastalığını ya da fiziksel engelini giderme, azaltma maksadıyla yapılan her türlü yardım ve faaliyeti ifade etmektedir⁸¹.

İdareye bağlı sağlık kuruluşuna sağlığına yeniden kavuşmak amacıyla başvuran hastaya 1219 sayılı Tababet ve Şuabat’ı Tarzı İcrasına Dair Kanun⁸²’un (TŞSTİDK) birinci maddesi ile üçüncü maddesine göre yetkili sağlık personeli tarafından Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi⁸³’nin onüçüncü maddesinde belirtildiği şekliyle tıbbi müdahalede bulunulması gerekmektedir⁸⁴. Anılan Kanun’un birinci maddesinde hasta üzerinde tıbbi müdahalede bulunulabilmenin en temel şartı düzenlenmiştir. Buna göre tıp ilmini icra edebilmenin ya da tıbbi müdahalede bulunabilmenin ilk şartı tıp fakültesinden mezun olmuş olmaktır. Kanun’un üçüncü

⁸⁰ R.G. T.01.08.1998, S.23420

⁸¹Gökcan, s.45.

⁸² R.G. T.14.04.1928, S.863.

⁸³ R.G. T.19.02.1960 S.10436.

⁸⁴ Mehmet Öget, *Tıbbi Uygulama Hatalarına İlişkin Tam Yargı Davalarında Zamanaşımı*, Seçkin Yayınevi, Eylül 2020, s.16.

maddesinde ise tıbbi müdahalenin icrası için gerçekleştirilecek müdahalenin tedavi için gerekli olması şartı aranmıştır.

Tıbbi müdahale denildiğinde ilk olarak akla, kişinin fiziki vücut bütünlüğünde değişikliğe yol açması beklenen cerrahi girişim ya da operasyonlar gelmektedir. Ancak bir fiilin tıbbi müdahale sayılabilmesi için mutlaka kişinin vücudunda fiziki iz bırakması ya da vücut bütünlüğünde değişikliğe neden olması gerekmemektedir. Tıbbi müdahale vücut ve ruh bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü uygulamayı kapsamaktadır. Buna göre kişiye ilaç verilmesi, psikoterapi uygulanması gibi uygulamalar da tıbbi müdahale kapsamındadır⁸⁵.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartları hukukumuzda düzenlenmiştir. 1982 Anayasa'sının "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" başlığını taşıyan 17.maddesinde; *"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz."* denilmektedir.

Eski dönemlerde geçerli olan "iyileştiren daima haklıdır" tezi bugün artık tıp hukukunda geçerli değildir. Günümüzde tıbbi müdahalenin meşruluğu için bazı şartların gerçekleşmesi gerekmektedir⁸⁶. Buna göre tıbbi müdahale olarak gerçekleştirilen eylemin tıp mesleği ile uğraşmaya yetkili bir kişi tarafından gerçekleştirilmesi, hastanın gerçekleştirilen işlemler için rızasının alınmış olması ve tıp biliminin verilerine göre uygulanması gereken bir müdahale olması (endikasyon) ve modern tıp uygulamasındaki tekniklere ve ilkelere uygun olarak gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir. Bu son şart aynı zamanda ATK'nın yargılama sırasında bilirkişilik görevi kapsamında yaptığı incelemenin konusunu da oluşturmaktadır. Bir başka ifade ile ATK, tıbbi müdahalenin, karşılaşılan olayda uygulanmasının gerekli olup olmadığı hususu ve bunun yanında gerçekleştirilen müdahalenin modern tıp uygulamalarına, ilke ve kurallarına uygun olup olmadığı hususunu incelemektedir.

Tıbbi müdahalenin gerekli olup olmadığı hususu (endikasyon) bir başka ifade ile tıbbi gereklilik şartı Anayasal bir şarttır. Tıbbi müdahaleyi gerçekleştirenin hekim

⁸⁵ Halide Savaş, **Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis – Tıbbi Davaların Seyirleri ve Sonuçları**, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Haziran 2013, s.25.

⁸⁶ Aykut Cemil Aykın, Serkan Çınarlı, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016, s.269. Hakan Hakeri, **Tıp Hukuku**, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015, s.188.

olması ve gerekirse rıza alınmasına ilişkin şartların kaynağını ise kanuni düzenlemeler oluşturmaktadır⁸⁷.

Kişi üzerinde müdahalede bulunan kişinin tıp mesleği ile uğraşmaya yetkili kişi olmaması durumunda tıbbi müdahaleden bahsedilemeyeceği gibi bu durumda özel hukuk bağlamında tazminat sorumluluğu gündeme gelebileceği gibi cezai sorumluluk⁸⁸ ile de karşılaşılabilir.

2.1.1.2. Tıbbi Müdahalenin Hekim Tarafından Yapılması

Tıp fakültesinden mezun olmuş ve diploma almaya hak kazanmış kişilere hekim denilmektedir. Hekimlik mesleğinin icrasına yönelik olarak temel kanuni düzenleme olma özelliğini taşıyan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un birinci maddesinde; *"Türkiye Cumhuriyeti dahilinde tababet icra ve herhangi bir surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır."* düzenlemesine yer verilmiştir. Görüldüğü üzere Türkiye'de hekimlik yapmanın şartı yalnızca tıp fakültesinden mezun olmak olarak belirlenmiştir⁸⁹.

Tıbbi müdahalenin yalnızca hekim tarafından gerçekleştirilebileceği düzenlemesi karşısında hekim olmayan tarafından gerçekleştirilen fiiller, tıbbi müdahale maksadı içermiş olsalar dahi, hukuka aykırı olacaklardır. Yine tıp eğitimi gören intörnler de henüz hekim sayılmadıklarından tıbbi müdahaleleri tek başlarına gerçekleştiremeyeceklerdir. İntörnler bakımından gerçekleştirilen eylemlerden doğan sorumluluğun tespitinde özel hukuk bağlamında yardımcı şahsın sorumluluğundan, ceza hukuku bakımından ise hekimin gözetimi altında gerçekleştirdikleri müdahaleler dışında sorumlu olacaklardır.

Uygulamada tıbbi müdahalelerin bir kısmı hekim tarafından düzenlenmekle birlikte hekime yardımcı pozisyonda bulunan diğer sağlık personelleri tarafından

⁸⁷ Cemil/Çınarlı, s.269.

⁸⁸ Gökcen, s932 vd.

⁸⁹ 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 2011 yılında yapılan değişiklik öncesinde Türkiye'de hekimlik yapabilmek için Türk vatandaşı olma şartı aranıyordu. Ancak tıbbi müdahalenin meşruluğu bakımından vatandaşlığın önemi bulunmayıp, hekim olma şartı Türkiye Cumhuriyeti kanunlarında yetkili kılınma şartına bağlı kılınmamaktaydı. Buna göre yabancı ülkede bu konuda eğitim görmüş olan kimseler de Türkiye'de hekimlik yapma yetkileri bulunmasa dahi tıbbi müdahale yapmaları durumunda bu eylemleri diğer şartları sağlaması halinde hukuka uygun kabul edilmekteydi.

tedaviye yönelik işlemler olarak gerçekleştirilmektedir. Bu hususta Danıştay idarenin sorumluluğunu geniş yorumlamıştır. Hatalı enjeksiyon sonrasında davacıda meydana gelen zararın tazmini istemiyle açılan davada, idare mahkemesi tarafından ATK aracılığıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde davalı idareye izafe edilebilecek bir kusur bulunmadığından bahisle davanın reddine karar verilen bir uyuşmazlıkta; gerçekleştirilen enjeksiyon işleminin ancak bu işi yapabilecek yetkiye sahip sağlık görevlisi tarafından ya da gözetiminde stajyer sağlık personeli tarafından yapılması gerektiği, staj yapan bir öğrenci tarafından gözetimsiz şekilde enjeksiyon işleminin gerçekleştirilmesinin yanı sıra enjeksiyon işlemine yönelik olarak resmi bir kayıt tutulmamasının yürütülen sağlık hizmetinin özensiz ve denetimsiz bir biçimde kusurlu olarak işletildiği anlamına geldiği vurgulanarak temyiz incelemesi neticesinde bozulmuştur⁹⁰. Görüldüğü üzere kural olarak hekim tarafından gerçekleştirilmesi gereken tıbbi müdahalenin yanında hekime yardımcı personel ve stajyerler tarafından gerçekleştirilen müdahalelerde idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğü kapsamında sorumluluğu yoluna gidilmektedir.

Bazı durumlarda hukukun genel kuralları gereğince, sağlık personeli olmayan bir kimsenin yaptığı tıbbi müdahaleler de hukuka uygun olabilmektedir. Örneğin acil durumlarda kalp masajı yapılması durumunda kişi sağlık personeli olmamasına rağmen cezalandırılmayacaktır. Ancak bu durum, yalnızca hukuka uygunluk şartlarından birisi olarak değerlendirilecektir⁹¹.

2.1.1.3. Tıbbi Gereklilik (Endikasyon)

Endikasyon, bir tıbbi girişimin tıp bilimi verileri açısından gerekli ve zorunlu görülmesidir⁹². Endikasyon tıbbi yardım ve müdahalenin haklı sebebidir ve tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu noktasında vazgeçilmezdir. Anayasa'nın 17/2.maddesinde kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluklar dışında müdahale edilemeyeceği kurala bağlanmıştır. Düzenlemede bahsi geçen tıbbi zorunluluk endikasyonu yani tıbbi gerekliliği ifade etmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliğinde

⁹⁰ Dan. 15.D., 20/03/2018 tarih ve E:2013/12447, K:2018/2783 sayılı kararı.

⁹¹ Kürşat Ersöz, "Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları", **Terazi Hukuk Dergisi**, C.5 S.45, s.105-122.

⁹² Gökcan, s.194.

endikasyonsuz tıbbi müdahale yasaklanmıştır. Anılan Yönetmeliğin 12.maddesinde; *“Teşhis, tedavi veya korunma maksatlı olmaksızın ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli ve bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”* denilmiştir. Yine Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13.maddesinin üçüncü fıkrasında; *“...tabip veya dış tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.”* denilerek endikasyonun tıbbi müdahalenin varlığı için zorunlu olduğuna işaret edilmiştir.

Endikasyon bulunmaksızın bir kişiye tıbbi müdahalede bulunulması halinde eylem haksız fiil teşkil edeceği gibi cezai yönden de sorumluluk gerektirecektir⁹³. Tıbbi müdahale bu anlamda yalnızca ameliyat ya da fiziki müdahale olarak algılanmamalıdır. Örneğin teşhise yönelik endikasyon bulunmadığı halde farklı tahlil ve radyolojik görüntülemelerin gerçekleştirilmesi de kişinin vücut bütünlüğünün ihlali sonucunu doğurabilecektir.

2.1.1.4. Tıbbi Müdahalenin Tıp Bilimine Uygun İcra Edilmesi

Tıp mesleğini icra etmeye yetkili hekim tarafından tıbbi gerekliliğin varlığı durumunda gerçekleştirilen uygulamaların hukuka uygunluğundan bahsedilebilmesi için müdahalenin tıp bilimi ve mesleğinin verilerine, standartlarına uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁹⁴. Aksi halde müdahalenin aşamalarından herhangi birinde tıp bilimi ve mesleğinin gereklerine aykırı hareket edilmiş olması müdahalenin hukuka aykırılığı sonucunu doğuracaktır⁹⁵.

Gerçekleştirilen müdahalenin tıp bilimine uygun olarak gerçekleştirildiğinden bahsedilebilmesi için müdahalenin tıbbi verilere ve tıbbi standarda uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Tıbbi veri; belirli bir tıbbi girişim için tıp bilimi tarafından uygun görülen ve geçerli görülen tanı ve tedavi yöntemlerinin, tıbbi standart terimi ise; tıp biliminin güncel, teorik ve bilimsel bilgi düzeni ile tedaviye

⁹³ Hakeri, s.293.

⁹⁴ Gökcan, s.197

⁹⁵ Duygun Yarsuvat/Köksal Bayraktar, Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu, *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl:3, S:2, s.65.

yönelik deneyimler ile kanıtlanmış ve benimsenmiş mevcut durumu ifade etmektedir. Tıbbi girişimin tıbbi verilere ve tıbbi standartlara uygunluğu, girişimin gerçekleştirildiği tarih itibariyle tıp biliminin gelişmişlik düzeyi göz önünde bulundurulmak suretiyle irdelenmelidir.

Eylemden kaynaklanan tam yargı davaları olarak karşımıza çıkan tıbbi müdahale kaynaklı uyuşmazlıklarda, tam da bu başlık altında irdelenen hususa ilişkin olarak ATK'ya resmi bilirkişi sıfatı ile başvurulmaktadır. İdari yargı merci, ölüm ya da zarar doğuran sonuca neden olan tıbbi müdahalenin tıp bilimi ve mesleğine uygun gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği noktasında ATK'dan bilirkişi incelemesi yapılmasını talep edecektir.

Adli Tıp Kurumu'nca, Mahkemenin ara kararı uyarınca dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yapılması istemiyle dava dosyası ekinde tarafına gönderilen ve uygulanan tıbbi müdahaleye yönelik her türlü girişime ilişkin bilgilerin yer aldığı hasta dosyasında bulunan bilgiler ışığında gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin tıp bilimine ve mesleğine uygun olup olmadığını saptamaya çalışacak ve bu konudaki bilimsel görüşü Mahkemeye iletilecektir.

İdare Mahkemeleri tarafından büyük çoğunlukla ATK tarafından düzenlenen rapor doğrultusunda karar verilmektedir. Ancak Danıştay bu konuda Adli Tıp Kurumunca düzenlenen raporların irdelenmesi gerektiği ve uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak yetersiz görülen raporların hükme esas alınamayacağı gibi hâkim tarafından tıbbi müdahalenin kusurlu olarak gerçekleştirildiğinin tespiti halinde doğrudan tazminata hükmetme yoluna gidilebileceği yönünde kararlar vermiştir⁹⁶.

Sonuç olarak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan bahsedilebilmesi için hekim veya yetkili sağlık çalışanı tarafından gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun olarak zamanında ve özenli olarak icra edilmesi gerekmektedir.

⁹⁶ Dan. 15D., 02/11/2016 tarih ve E:2013/4355, K:2016/5153 sayılı kararı

2.1.2. Tıbbi Müdahaleye Rıza/Aydınlatılmış Onam

Hukuk alanında “bilgilendirilmiş rıza” olarak da nitelendirilen aydınlatılmış onam, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu ile doğrudan ilgilidir⁹⁷. Anayasa’nın 17.maddesinde tıbbi müdahalelere ilişkin olarak açık bir düzenleme bulunmasa da “...tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında...” kişilerin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı vurgulanmış, kanunda yazılı haller ifadesi ile birçok mevzuat düzenlemesinde tıbbi müdahalenin ön şartı olarak düzenlenen rızanın zorunluluğuna işaret edilmiştir.

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70.maddesinde; “...tabipler ve dış tabipleri ve dışçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliyei cerrahiler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır.” düzenlemesine yer verilmiştir.

Rızaya yönelik olarak en temel kanuni düzenleme Türk Medeni Kanunu’nun 24.maddesidir. Maddede “...kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası ile haklı kılmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.” düzenlemesine, 23.maddesinin üçüncü fıkrasında ise; “yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür.” kuralına yer verilmiştir.

Ceza hukuku bakımından ise Türk Ceza Kanunu’nun 26.maddesinin ikinci fıkrasında kişinin rızası bir hukuka uygunluk sebebi olarak kabul edilmiştir. Bu kapsamda rızanın hukuka uygunluk sebebi kabul edilebilmesinin temel şartı, rızanın konusunu kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkın oluşturmasıdır⁹⁸. Rıza ceza hukuku bakımından genel hukuka uygunluk sebebi kabul edilmiş olmakla birlikte Türk Ceza Kanunu’nda bazı suç tiplerinde rızanın yokluğunun suç oluşturduğu özellikle vurgulanmıştır⁹⁹. Bu hususa örnek olarak konumuz ile ilgili olması nedeniyle de Türk Ceza Kanunu’nun 90.maddesinde düzenlenen “İnsan üzerinde deney” suçu ile 91.maddesinde düzenlenen “Organ ve doku ticareti” suçu örnek olarak gösterilebilir.

⁹⁷ Oğuz Sancakdar, **Sağlık Hukuku İle İlgili Temel Kavram ve Konular**, Ege Tıp Ayın Kitabı 134, Nisan 2018, s.39.

⁹⁸ Veli Özer Özbek, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, **Ceza Genel Hukuku**, 8.Baskı, Seçin Yayınları, Eylül 2017, s.210.

⁹⁹ Özbek/Koray/Bacaksz, s.211.

Danıştay, davacıya geçirdiği bel fitiği ameliyatı nedeniyle tedaviye yönelik olarak gerçekleştirilen enjeksiyon sonrasında davacının sağ bacağındaki ağrı ve uyuşma şeklinde meydana gelen zararın tazmini istemiyle çıkan uyuşmazlıkta, davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararını; bel fitiği ameliyatı kapsamında rızası alınan davacıya uygulanacak tedavi nedeniyle gerçekleştirilen enjeksiyon işlemine yönelik olarak ayrı bir bilgilendirme yapılmadığı ve rızasının alınmadığının tespit edilmesi üzerine idarenin kusurlu olduğu ve tazminata hükmedilmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur¹⁰⁰. Danıştay anılan kararda gerçekleştirilecek her tıbbi müdahale ile ilgili hastaların tıbbi müdahale konusunda bilgilendirilerek rızalarının alınması gerektiğine değinmiştir. Bozma kararının gerekçesinde Yüksek Mahkeme; davacıya enjeksiyon uygulaması öncesinde risklerin anlatılıp davacıdan yazılı onamın alınmamış olmasının mevzuat uyarınca davacıya verilmiş olan aydınlatılma ve onay verme hakkının elinden alınması anlamına geldiği ve bu durumun yürütülen sağlık hizmetinin gereği gibi işletilmediği konusunda davacıda endişe ve üzüntüye yol açtığı bu nedenle de davacının manevi tazminat talebinin değerlendirilmesi gerektiği ifadelerine yer vermiştir.

Bu karar ile Danıştay hastanın onayının alınmamasını manevi tazminata hükmedilmesi bakımından yeterli görerek, tıbbi müdahaleler öncesinde aydınlatılmış onam alınması zorunluluğuna vurgu yapmıştır. Yine başka bir kararda davanın reddi yolundaki idare mahkemesi kararını bozan Yüksek Mahkeme davacının manevi tazminat talebinin değerlendirilmesi aşamasında özellikle onamının alınıp alınmadığı hususunun idare mahkemesince araştırılarak, alınmamış olması durumunda uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini vurgulamıştır¹⁰¹.

Yüksek Mahkeme aydınlatılmış onama ilişkin birçok kararında¹⁰² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ikinci maddesinin devlete yüklediği pozitif yükümlülük kapsamında hastaları, tıbbi müdahalelerin meydana getirebileceği ağır sonuçlardan mümkün olabildiğince koruma gerekliliğine vurgu yapmıştır. Bu kapsamda sözleşmeye taraf devletlerin, bu yükümlülük uyarınca uygulanması düşünülen tıbbi müdahalenin hastaların fiziksel bütünlüğüyle ilgili olarak meydana

¹⁰⁰ Dan.15.D., 21/02/2019, E:2018/5009, K:2019/950.

¹⁰¹ Dan.15.D., 24/05/2017, E:2013/4255, K:2017/2965.

¹⁰² Dan. 10.D., 07/09/2020, E:2020/1523, K:2020/2784, Dan.15.D., 21/02/2019, E:2018/5009, K:2019/950.

getirebileceği öngörülebilir sonuçlar hakkında hekimlerin sorgulanmaları ve hastaları aydınlatarak, rıza göstermelerini sağlayacak şekilde kendilerini bu tıbbi müdahale hakkında bilgilendirilmeleri amacıyla gerekli düzenleyici yasal tedbirleri almakla yükümlü olduklarını belirtmiştir¹⁰³.

Tıbbi müdahaleler doğaları ve gerçekleştiriliş şekilleri nedeniyle kişilik hakları ile doğrudan ilintilidirler ve kişilik haklarına müdahale sonucunu doğurmaktadırlar. Bu nedenle de gerçekleştirilecek girişimlerin ve müdahalelerin hastalara detaylı olarak izah edilerek bilgilenmeleri sağlanmalı ve açıkça rızalarının alınması gerekmektedir. Hukuka uygun olarak alınmış bir rıza vücut bütünlüğünün ihlalini hukuka uygun hale getirme gücüne sahip olacaktır. Elbette tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğunun kabul edilebilmesi için yalnızca rıza yeterli olmayacaktır.

Rıza kavramı, kişinin bedeninde gerçekleştirilecek müdahalelere yönelik olarak ortaya çıkması durumunda, kişinin kendi ile ilgili kararları kendisinin vermesine ilişkin hakkını güvence altına almakta ve kendi geleceğini belirleme hakkının varlığını göstermektedir¹⁰⁴. Rızanın hukuka uygun olduğunun kabulü için aşağıda belirtilen şartların gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

2.1.2.1.Rıza Verme Ehliyeti

Rıza bu konuda ehliyeti olan kişilerce verilmelidir. Tam ehliyetli kişiler için bu kişi şüphesiz kişinin kendisi olacaktır. Kısıtlılar ve küçükler bakımından rızayı kimin vereceği 1219 sayılı Kanunda açıkça belirtilmiştir. Buna göre küçükler için rıza velileri tarafından, kısıtlılar için ise vasileri tarafından verilecektir. Bu noktada kısıtlılar üzerinde durulmasında yarar vardır. Doktrinde genel kabul görmüş görüşe göre Kanunda bahsi geçen kısıtlı ibaresiyle tüm kısıtlılar değil kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları yönünden de irade açıklama yeteneği bulunmayanların kastedildiği düşünülmelidir¹⁰⁵.

¹⁰³ Dan. 10.D., 27/02/2020, E:2019/638, K:2020/963.

¹⁰⁴ Gökcan, s.204.

¹⁰⁵ Zafer Kahraman, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.7., S.1., 2016, s.489. Abdülkadir Arpacı, “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı ve Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.6, S.2, 2009, s.9, Hakeri, s.300.

Küçükler bakımından da rıza açıklamada çocuğun yaşından ziyade uygulanacak tıbbi müdahalenin anlam ve önemini anlamaya yönelik ayırt etme gücünün varlığı önem arz etmektedir. Ancak ayırt etme gücünün varlığının tespitine yönelik ceza hukukundan farklı olarak hangi yaşın dikkate alınacağına ilişkin olarak bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle küçüğün tıbbi müdahaleye yönelik rızasına ilişkin birbirinden farklı görüşler bulunmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip küçüğün kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmada TMK'nın 16.maddesinde yasal temsilcinin rızasının aranmayacağına kurala bağlandığı dikkate alındığında, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu noktasında kuşku bulunmayan vücut dokunulmazlığı ve beden bütünlüğüne yönelik olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye ilişkin rızanın kim tarafından verileceği hususu önem arz etmektedir.

Bu konuda farklı görüşler bulunmakla birlikte bu görüşler üç ana fikir çevresinde toplanmaktadır¹⁰⁶. Bunlar; küçüğe yönelik tıbbi müdahaleye yönelik olarak yasal temsilcinin rızasını şart koşturmakla birlikte küçüğün bu konuda aydınlatılması gerektiğine yönelik görüş, tıbbi müdahaleye yönelik yasal temsilci ile küçüğün her ikisinin rızasının alınması gerektiğine yönelik görüş, rızanın TMK'nın 16.maddesindeki düzenlemesine paralel olarak yalnızca küçüğün rızasının alınmasının yeterli olduğuna yönelik görüş olarak sıralanabilir¹⁰⁷.

Kanaatimizce ayırt etme gücüne sahip küçükler bakımından, TMK'nın 16.maddesindeki düzenleme karşısında kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu noktasında şüphe bulunmayan vücut dokunulmazlığı, beden ve ruh sağlığına ilişkin kişilik haklarına müdahale sonucunu doğurabilecek eylemler içeren tıbbi müdahaleler bakımından ayırt etme gücüne sahip küçüğün rızası geçerli ve yeterli olacaktır.

2.1.2.2.Rıza İradesinin Açıklanma Şekli ve Zamanı

Tıbbi müdahaleye yönelik rıza müdahale öncesinde en geç müdahale sırasında alınmalıdır. Tıbbi müdahale sonrasında verilen rıza müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. Bu durumun istisnasını acil durumlarda gerçekleştirilen

¹⁰⁶ Zarife Şenocak, "Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C.50., Ankara 2001, S.4.s.65-80.

¹⁰⁷ Zarife Şenocak, s.74.

tıbbi müdahalelere yönelik rızanın verildiğine yönelik varsayımdır¹⁰⁸. Varsayılan rıza olarak da anılan bu durum bilinci yerinde olmayan hastalara yönelik olarak gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerde gündeme gelmektedir¹⁰⁹.

Rızanın iradesinin ne şekilde açıklanması gerektiğine yönelik herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir¹¹⁰. Buna göre rıza iradesi yazılı, sözlü ve hatta zımni olarak ortaya konulabilecektir. Ancak TŞSTİDK'nın 70.maddesinde açıkça düzenlendiği üzere büyük cerrahi operasyonlar öncesinde kişinin yazılı olarak rızasının alınması kanuni bir zorunluluktur. Tıbbi müdahaleye yönelik olarak verilen rıza her zaman geri alınabilir.

Uygulamada tıbbi müdahalelerden doğan tazminat davalarının artması ile en basit tıbbi müdahalelere yönelik olarak dahi rıza iradesinin yazılı olarak açıklanması hastalardan talep edilmektedir.

2.1.2.3.Rıza İradesinin Hukuken Geçerli Olması

Rıza iradesinin hukuka uygun olarak açıklanmış olduğundan bahsedilmesinin ön koşulu rızasına başvuru olan kişinin iradesini sakatlayan herhangi bir durumun etkisinde olmamasıdır. Eş deyişle rıza iradesini ortaya koyacak hastanın hata, hile veya tehdit ile iradesinin zorla elde edilmesi durumunda alınan rızanın hukuka uygunluğundan bahsedilemeyecektir¹¹¹.

Rıza, gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleye yönelik bilgilendirmeye dayalı olarak verilmelidir. Buna göre hastaya, kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye neden gerek duyulduğu, uygulanacak müdahale ile ne elde edilmek istendiği, müdahalede bulunulmadığı ya da bulunulduğu hallerde ne gibi durumların ortaya çıkabileceği, ortaya çıkabilecek durumların hastanın sağlığı üzerinde ne gibi etkilerinin olabileceğinin açıkça anlatılması gerekmektedir. Hekimin bilgilendirme yükümlülüğü Anayasa'nın 17.maddesi ile güvence altına alınan kişinin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkıyla doğrudan ilintilidir. Kişi

¹⁰⁸ İlhan Gülel, **Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Seçkin Yayınları, Ocak 2018, s.169.

¹⁰⁹ Gökcan, s243.

¹¹⁰ Emel Badur, **Tıbbi Müdahale ve Tıbbi Müdahaleye Rıza**, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mart 2017, s.73.

¹¹¹ Barış Erman, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, S.97.

kendisine uygulanacak tıbbi müdahale ile ilgili olarak bilgilendirilmediği sürece kendi maddi ve manevi varlığını koruma imkânının kendisine tanındığından söz edilemez.

Hekimin bilgilendirme yükümlülüğüne yönelik olarak Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14.maddesinin ikinci fıkrasında hastaya, tedaviye yönelik gerekli tedbirlerin alınması yönünde hekimin hastaya açıkça bilgi vermesi gerektiği vurgulanmıştır. Yine Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15.maddesinin birinci fıkrasında; hastanın uygulanacak tedavi yöntemleri, alternatif tedavi usulleri ve hastalığın prognozu ve sonuçları ile ilgili olarak hekimden bilgi alma hakkı olduğu düzenlenmiştir.

Hekim bakımından bilgilendirme yükümlülüğü; gerçekleştireceği her türlü tıbbi müdahalenin hastanın rızasına bağlı olduğu düşünüldüğünde mesleğinin doğasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira rızası alınacak hasta bakımından hangi konuda rıza verdiğine yönelik bilgilendirilmiş olması gerekliliği tartışmaya kapalıdır. Aksi durumda yeterli şekilde bilgilendirilmeyen hasta bakımından verilen rıza, iradesinin sakatlanmış olması sonucunu doğuracaktır. Bu durum da gerçekleştirilen tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecek, hekimin hukuki veya cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Bilgilendirmenin kapsamını, uygulanacak tıbbi müdahalenin aciliyeti belirleyecektir. Müdahalenin gerçekleştirilmesinin aciliyet gerektirmediği durumlarda bilgilendirme kapsamı oldukça geniş tutulmalıdır¹¹². Bilgilendirmenin zamanı da rıza iradesinin sağlıklı olarak ortaya konulabilmesi bakımından önem arz etmektedir. Bilgilendirme, aciliyet gerektirmeyen tıbbi müdahaleler bakımından hastanın sakin olduğu ve düşünmesi için gerekli vakte sahip olduğu bir zaman diliminde gerçekleştirilmelidir. Acil müdahalelerde hastaya düşünmesi için uzun bir süre tanınması olanaklı olmayacaktır. Ancak bu durumda dahi olayın özelliğine göre hastaya karar vermesi için mümkün olan makul bir sürenin tanınması gerekmektedir¹¹³. Görüldüğü üzere tüm tıbbi müdahalelere yönelik olarak ortak bir bilgilendirme sistemi öngörülmesi mümkün değildir. Olayın gerçekleşme şekline

¹¹² Gökcan, 2.219./ Hakeri, s.219.

¹¹³ Gökcan, s.221.

göre her somut olayda rızanın geçerliliği ve uygun bir bilgilendirme gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği değerlendirilmelidir.

Sonuç olarak; tıbbi müdahalede bulunacak hekim tarafından, hastanın rızasına başvurulmadan önce kendisine bu konuda düşünebilmesi için makul bir sürenin de tanınması şartıyla, teşhis için gerekli tetkiklerin ve elde edilen bulguları da kapsayacak şekilde tedavi yönteminin ve alternatifi tedavi yöntemlerinin ve tüm tedavi sürecinin, hastaya anlatılması gerekmektedir¹¹⁴.

2.1.3. Tıbbi Kusur (Tıbbi Malpraktis) Kavramı

Malpraktis Latince “male” ve “Praxis” kelimelerinden türemiştir ve kötü uygulama, hatalı uygulama anlamına gelmektedir. Kelimenin sözlük anlamı; “*Bir meslek mensubunun mesleğini, toplumda mesleğin ortalama basiretli ve saygın bir mensubunun her şart altında uygulaması gerekirken bilgi ve beceri ile uygulanmaması sonucu hizmetten yararlanan kişiye bir zarar vermesidir.*” Görüldüğü üzere bu kavram sadece tıbbi uygulama hatalarını ifade etmez. Her meslek dalında yapılması gerekenlerin hatalı ya da usulüne uygun olarak gerçekleştirilmemiş olması durumunu ifade eder. Bu nedenle tıbbi uygulamalar sırasında gerçekleşen hataları ifade etmek için tıbbi malpraktis kavramının kullanılması daha uygun olacaktır¹¹⁵.

Tıbbi malpraktis Dünya Tabipler Birliği’nce; “*Hekimlerin tedavi sırasında standart güncel uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar.*” olarak tanımlanmaktadır. Danıştay da tıbbi uygulama hatalarından kaynaklanan tam yargı davalarına ilişkin olarak temyiz mercii sıfatıyla yaptığı incelemelerde tıbbi malpraktisi; Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın 13.maddesine yaptığı gönderme ile tanımlamıştır ¹¹⁶ . Anılan düzenlemeye göre tıbbi malpraktis; “*Tıp biliminin standartlarına ve tecrübelerine göre gerekli özenin bulunmadığı ve bu nedenle de olaya uygun gözükmeyen her türlü hekim müdahalesi...*” olarak tanımlanmıştır.

¹¹⁴ Gökcan, s.217.

¹¹⁵ Gürsel Çetin, “Tıbbi Malpraktis”, İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul, 2-3 Şubat 2006, s.31.

¹¹⁶ Dan.15.D., 10/03/2016 tarih ve E:2015/8936, K:2016/1604.

Görüldüğü üzere tıbbi malpraktis kavramının temelinde hekimin tıbbi kusuru yatmaktadır. Bu nedenle tıbbi kusur kavramı üzerinde durulmasında da yarar vardır. Tıbbi hata/kusur; “...hekimin tıp mesleğini icra etmesi dolayısıyla yaptığı tıbbi girişimde, tıp mesleğinin ve bilimin kural ve gereklerine uymaması nedeniyle hastasının hayatı veya sağlığına zarar vermesi...” olarak tanımlanabilir¹¹⁷.

Tıbbi malpraktis farklı şekillerde karşımıza çıkabilmektedir. Uygulamada çoğu zaman aydınlatma kurallarının ihlali, teşhise ve tedaviye yönelik olarak gerçekleştirilen işlemler sırasındaki uygulamalarda karşımıza çıkmaktadır. Bu durum tıbbi ilişki neticesinde birçok değişikene bağlı olarak farklı sonuçların ortaya çıkabilme ihtimaline bağlıdır¹¹⁸. Tıbbi ilişki sonucunda hasta iyileşebilir, aynı kalabilir, bazen de kötüleşebilir¹¹⁹. Hekim tarafından tıp kurallarına uygun davranılmış olması ve her türlü dikkat ve özenin gösterilmiş olması durumunda dahi bahsi geçen üç durumun gündeme gelmesi mümkün olabilmektedir. Bu noktada, gerçekleşen zararın tıbbi kusur sonucu oluşmuş tıbbi malpraktis olup olmadığı hususunda uyuşmazlık çıkması durumunda tıbbi bilirkişilere başvurulmaktadır.

Tıbbi malpraktis nedeniyle idare mahkemelerine taşınan uyuşmazlıklarda, uyuşmazlığın temelini, gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hekimin tıbbi hatası nedeniyle tıbbi malpraktis sonucunun doğup doğmadığı oluşturmaktadır. Buna göre mahkeme bu hususun tespitinin tıp biliminin standart ve kurallarına göre belirlenmesi gerektiğinden bilirkişi incelemesi yaptırma yoluna başvuracaktır.

Tüm bu açıklamalar ışığında tıbbi uygulama hatası, hekimin gerçekleştirdiği tıbbi uygulama sırasında, bilgi ve beceri eksikliği, hasta için öngörülen tedavinin uygun olmaması gibi nedenlerle tıbbi standartlara ve tıp biliminin gereklerine aykırı olarak davranması neticesinde oluşan zarar olarak tanımlanabilir¹²⁰. Tıbbi uygulama hatalarının tespiti, idari yargılamada resmi bilirkişi olarak Adli Tıp Kurumu’na başvurulması halinde Kurumun başlıca inceleme konusunu oluşturmaktadır.

¹¹⁷ Gökcan, s.282.

¹¹⁸ Oğuz Polat, **Tıbbi Uygulama Hataları**, Seçkin Yayınevi, Mart 2005, s.31.

¹¹⁹ Polat,s.31.

¹²⁰ Sancakdar, Temel Kavram, s.48.

2.1.4. Komplikasyon

Komplikasyon kelimesinin sözlük anlamı karmaşıklıktır¹²¹. Tıbbi anlamda komplikasyon ise; vücut üzerinde bir hastalığın veya dış tesirin (ameliyat, travma, ilaç uygulaması, vb.) yol açtığı diğer bir hastalık ya da arıza olarak tanımlanabilir¹²². Danıştay da komplikasyon kavramını; tıbbi girişim sırasında öngörülme, öngörülse bile önlemeyen durum, istenmeyen sonuç olarak tanımlamıştır¹²³.

Tam yargı davalarında hekimin ve dolayısıyla idarenin sorumluluğunu ortadan kaldıran komplikasyon kavramı, hukuki anlamda; tıp bilimi ve mesleğinin verilerine ve gereklerine uygun davranılmış olmasına ve ortaya çıkmaması için her türlü önlemin yine tıp bilimi kurallarına verilerine uygun olarak alınmış olmasına rağmen benzer tıbbi girişimlerde ortaya çıkabilmesi öngörülen ancak tıbbi müdahalenin gerekliliği karşısında göze alınan riskler olarak tanımlanabilir¹²⁴.

Kural olarak komplikasyon durumunda hekimin sorumluluğundan bahsedilemeyecektir¹²⁵. Hekim hukuki ve cezai sorumluluktan kurtulacaktır. Danıştay kararlarında idarenin ve dolayısıyla hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi için komplikasyon olduğu belirtilen sonucun hekimin tıbbi bilgi ve beceri eksikliğinden kaynaklanmamış olması gerektiği vurgulanmıştır¹²⁶. Buna göre komplikasyondan söz edilebilmesi için hekimin tıbben kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesine davranarak gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen ortaya istenmeyen sonuçların çıkmış olması gerekmektedir. Bunun yanında komplikasyon nedeniyle sorumluluğun ortadan kalkabilmesi için istenmeyen risk olarak öngörülebilir durumların hastaya uygun şekilde açıklanmış ve hastanın bu riskleri bilerek tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olması gerekmektedir. Yine komplikasyonun ortaya çıkmasından sonra bu sonucun yönetilmesi ve en az zararla atlatılması için

¹²¹ <https://sozluk.gov.tr> (17/10/2020)

¹²² Erdem Özkara, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı”, **II.Ulusal Sağlık Hukuku, Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu**, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2015, s.112.

¹²³ Dan. 15.D., 25/06/2015, E:2013/6275, K:2015/4450

¹²⁴ Kadircan Keskinbora, **Komplikasyon ve Malpraktis Yönetimi, Oftalmolojide Malpraktis, Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları**, İstanbul 2012, s.48.

¹²⁵ Nesime Yağcı, “Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı”, Uluslararası I.Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 24-25 Nisan 2008, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011, s.33.

¹²⁶ Dan. 15.D., 22/01/2015, E:2013/6732, K:2015/179

gerekli tıbbi müdahalelerin yapılması noktasında hekimin sorumluluğu devam etmektedir. Danıştay yerleşmiş içtihadıyla komplikasyon nedeniyle idarenin sorumluluktan kurtulabilmesi şartlarını bu şekilde belirlemiştir.¹²⁷

Komplikasyonların büyük çoğunluğu benzer nitelikteki tıbbi uygulamaların uygulanması neticesinde ortaya çıkmış zararlı sonuçlardır. Bu kapsamda komplikasyonların tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi öncesinde ortaya çıkabilme ihtimali göz önünde bulundurulmalıdır. Hasta açısından öngörülebilir komplikasyonlar nedeniyle hastanın açıkça bilgilendirilmiş ve rızasının alınmış olmasının yanı sıra hekim tarafından komplikasyonun ortaya çıkma ihtimalini azaltıcı önlemlerin de alınması gerekmektedir¹²⁸. Bu önlemlerin alınması noktasında hekim tarafından gerekenlerin yapılmış olmasına rağmen sonucun ortaya çıkması durumunda komplikasyon yönetiminin de iyi yapıldığı sonucuna varılacaktır.

Komplikasyonların öngörülmesi neticesinde ortaya çıkma ihtimalini azaltmaya yönelik tedbirlerin alınmamış olması ya da komplikasyonun ortaya çıkması sonrasında neden olacağı zararlı sonuçları önlemek amaçlı gerekenlerin yapılması noktasında geç kalınmış olması durumunda ise komplikasyonun malpraktise dönüşmesi söz konusu olacaktır.

Komplikasyon yönetimindeki eksiklikler daha çok “yetersiz takip”, “tedavide takip hatası” olarak ifade edilmektedir¹²⁹. Bu gibi durumlarda hastanın, komplikasyon konusunda aydınlatılmış ve rızası alınmış olsa dahi komplikasyonun meydana gelmesini önleyici uygulamalardaki ve komplikasyonun ortaya çıkması sonrasındaki uygulamalardaki eksiklik ya da gecikmeler nedeniyle tıbbi uygulama hatası gündeme gelecek ve hekimin sorumluluğu yoluna gidilecektir. Bu kapsamda hekimin özen yükümlülüğü tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi ile sona ermemektedir. Bazı durumlarda tedavi sonrasında hastaya neler yapması gerektiği ve hangi durum ve davranışlardan kaçınması gerektiğinin açıklanması gerekmektedir. Bu yükümlülükleri yerine getirmeyen hekimin davranışı da tedavi hatası olarak değerlendirilmektedir¹³⁰.

¹²⁷ Dan. 15.D., 11/03/2015, E:2013/4509, K:2015/1398.

¹²⁸ Hakeri, s.664.

¹²⁹ Hakeri, s.665.

¹³⁰ Dan. 10.D., 31/12/2019, E:2019/6552, K:2019/11154.

Görüldüğü üzere tıbbi hata ve komplikasyon ayrımının yapılması sorumluluğun tespiti açısından büyük önem arz etmektedir. En genel şekliyle kusur ile komplikasyon şu şekilde ayrılabilir. Tıbbi standartlara uygun davranılmasına karşın meydana gelen sonuçları olası risk kapsamında komplikasyon olarak kabul etmek mümkün iken, özen yükümlülüğüne aykırılık neticesinde ortaya çıkan zararlı sonuçlar tıbbi kusur olarak nitelendirilecektir.

Uygulamada idare mahkemelerince tıbbi müdahaleden kaynaklı tam yargı davalarında hekimin ve dolayısıyla idarenin sorumluluğunun tespiti noktasında ATK'ya yaptırılan bilirkişi incelemesi kapsamında Kurum'ca bu başlık altında değindiğimiz husus irdelenmekte, meydana gelen zararın komplikasyon sonucu mu tıbbi malpraktis sonucu mu, meydana geldiği anlaşılmaya çalışılmaktadır. Bu incelemede zarar veren sonucun komplikasyondan doğduğunun kabulü durumunda Kurum'ca komplikasyonun önlenmesine ve ortaya çıkması sonucunda komplikasyonun yönetimine yönelik tıbbi müdahalelerin yerindeliği değerlendirilerek komplikasyonun, hekimin kusurunun ortadan kalkması için gereken şartları sağlayıp sağlamadığı üzerinde durularak görüş beyan edilmektedir¹³¹.

Uyuşmazlığa dönüşen tıbbi uygulama hatası iddiası hekimler tarafından meydana gelen sonucun komplikasyon olduğu savıyla reddedilmektedir. Bu nedenle uyuşmazlığın çözümü ve hakkaniyetin tesisi bakımından komplikasyon kavramı ile tıbbi uygulama hatası kavramlarının aralarındaki farkın ve sonuçlarının bilinmesi önem taşımaktadır¹³².

¹³¹ Dan. 15.D., 04/10/2017, E:2017/871, K:2017/5163

¹³² Aykut Cemil Aykın, “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası – Komplikasyon Ayrımı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Cilt 11, S 19, Temmuz 2016, s.71.

2.2. TIBBİ MÜDAHALEDEN KAYNAKLANAN TAM YARGI DAVALARININ TEMEL ÖZELLİKLERİ

2.2.1. Genel Olarak

İdare hukuku bağlamında sorumluluk; idarenin özel kişilere vermiş olduğu ve özel kişilerin mamelekinde azalma doğuran zararları tazmin etme yükümlülüğüdür¹³³. İdarenin tazmin sorumluluğunun bulunduğu fikri hukuk devleti ilkesinin gelişimi sürecinde hakkaniyetin bir gereği olarak ortaya çıkmıştır. İdarenin her türlü eylem ve işleminin yargı denetimine tabi olduğu ve bu işlem veya eylemler nedeniyle oluşan zararlardan idarenin sorumlu olduğu Anayasa'nın 125.maddesi'nde düzenleme bulmuştur¹³⁴.

İYUK'un 2.maddesi'nde idari dava türleri sayılmış ve tam yargı davası ile ilgili olarak aynı maddenin (b) bendinde; “ *...tam yargı davaları, idari eylem ve işlemlerden dolayı kişisel hakları doğrudan muhtel olanlar tarafından açılan davalar...*” olarak tanımlanmıştır. Esasen anılan düzenlemede tam yargı davalarının tanımına yer verilmemiş, kimler tarafından hangi durumlarda hangi nedenlere dayalı olarak bu davanın açılabilceği düzenlenmiştir. Tam yargı davaları adli yargı mercilerinde görülen edim davalarına benzetilmektedir¹³⁵. Bu yönüyle hukuk yargılaması içinde tamamıyla farklı bir dava türü olan iptal davalarından ayrılmaktadırlar. Tam yargı davaları neticesinde idare bir edimi yerine getirme yönünde yargı kararına muhatap olmaktadır.

İYUK'un 2.maddesindeki düzenleme irdelendiğinde, tam yargı davası açılabilmesi için öncelikle ortada idare kaynaklı bir idari işlemin ya da idarenin ajanlarınca gerçekleştirilmiş bir eylemin varlığı, ikinci olarak ise bu işlem ya da eylem nedeniyle kişilerin, kişisel hak veya haklarının doğrudan muhtel olması gerekmektedir. Mevzuatta yer alan ifadelerden tam yargı davalarının; idarenin eylem ya da işlemlerinin neden olduğu kişisel hak ihlallerinin giderilmesi için açılan idari

¹³³ Öget, s.75.

¹³⁴ A.Şeref Gözübüyük **Yönetim Hukuku**, 24.Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2006, s.348-350.; Sancakdar/Önüt, s.743-746.; Kemal Gözler; **İdare Hukuku Dersleri**, 10.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, Ekim 2010, s.739-740.

¹³⁵ Şeref Gözübüyük, **Yönetmelik Yargı**, Turhan Kitabevi Yayınları, Ekim 2009, s.263.

davalar olduğu söylenebilir¹³⁶. Bunun yanında tahkim yolu öngörülen imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıklar hariç, kamu hizmetlerinden birinin yürütülmesi maksadıyla akdedilen her türlü idari sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıklar da doktrinde ayrı bir dava türü olarak kabul edilmemekte, tam yargı davalarının bir türü olarak kabul edilmektedir¹³⁷.

Tam yargı davalarında yargılamanın konusunu, davacı olarak yargı merciine başvuranın, muhtel olduğunu iddia ettiğı hakkının varlığının tespiti, bu hakkın idareden kaynaklı eylem ya da işlem nedeniyle ihlal edilip edilmediğinin saptanması, idare bakımından idare hukuku ilkeleri kapsamında kusura dayalı ya da kusursuz sorumluluğı olup olmadığı hususu ile son olarak eylem ya da işlem ile gerçekleşen ihlal arasında illiyet bağının bulunduğunun tespiti halinde ise hakka dayalı durumun eski haline getirilmesi için gerekli önlemlerin alınması yönünde karar verilmesi oluşturmaktadır. Bu kapsamda idare mahkemesi; yargılama neticesinde kişinin hak ihlali nedeniyle uğramış olduğı zararın tazminine veya idareye geçen mameleki hakkın istirdadına karar vermektedir¹³⁸.

Tam yargı davaları bahsi geçen özellikleri bakımından Borçlar Hukuku'nun haksız fiilden kaynaklanan tazminat davaları ile sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan istirdat davaları ile büyük benzerlik göstermektedir. Ancak sorumluluğun kaynağını oluşturan kuralların tabi olduğı hukuk dalı bahsi geçen davalardan tam yargı davalarını ayırmaktadır. Zira tam yargı davalarında sorumluluğun tespitinde idare hukuku kural ve ilkeleri gözetilmektedir. Bu ifadeden idarenin sorumluluğunun yalnızca kamu hukukundan kaynaklandığı sonucuna varılmamalıdır. Zira idarenin sorumluluğı kamu hukuku kaynaklı olabileceğı gibi özel hukuk kuralları gereğı de ortaya çıkabilir. İdarenin özel hukuktan doğan sorumluluğı tam yargı davalarının konusu dışında kalmaktadır¹³⁹.

Sonuç olarak tam yargı davaları; idari nitelik taşıyan eylem ya da işlem nedeniyle kişisel hakları ihlale uğrayanlar tarafından, bu hakkın eski hale getirilmesi ya da idarenin tazminat ödemeye mahkûm edilmesi maksadıyla açılan ve idarenin

¹³⁶ Oğuz Sancakdar, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, SB.Net Yayınları, 3.Baskı, Kasım 2019, s.205., Candan, s.166.

¹³⁷ Sancakdar, İdari Yargılama, s.206.

¹³⁸ Candan T., s.166.

¹³⁹ Gözübüyük, s.282.

sorumluluğunun tespiti noktasında özel hukuk hükümlerinden ayrılarak idare hukuku ve ilkeleri kapsamında sorumluluğun gündeme getirildiği idari davalardır¹⁴⁰.

2.2.2. İdari Eylemden Kaynaklanan Tam Yargı Davaları

Tam yargı davaları, detaylıca açıklandığı üzere bir idari işlem ya da eylemin neden olduğu zararın tazmini ya da bir hakkın eski haline getirilmesi amacıyla açılmaktadırlar.

Çalışmamızın konusu özelinde Adli Tıp Kurumu'nun resmi bilirkişi sıfatı ile idari yargılamaya katıldığı uyuşmazlıkların büyük çoğunluğunu tıbbi müdahale sonucunda meydana gelen ölüm ya da bedensel zararların tazmini istemleri oluşturmaktadır. Bu kapsamda davalı konumda bulunan idareye bağlı kamu hizmeti yürüten her basamak sağlık kuruluşları ile devlet üniversitelerine bağlı olarak hizmet veren üniversite hastanelerinde, teşhis ve tedaviye yönelik olarak kamu görevlileri eliyle gerçekleştirilen işlem ve girişimler neticesinde meydana gelen ölüm ya da bedensel bütünlüğü etkileyen olaylar, zarar sonucunu doğuran idari eylemler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda tam yargı davaları ile ilgili olarak yapılan açıklamalar yanında eylemden kaynaklı tam yargı davalarına yönelik ayrık hükümlere bu başlık altında değinilecektir.

2.2.2.1.Ön Karar

İYUK'un 2.maddesinde dava türlerine yönelik olarak genel tanımlamalara yer verilmiş olmakla birlikte, tam yargı davalarına ilişkin olarak eylemden ya da işlemten kaynaklanmış olmalarına göre farklı usulü hükümler benimsenmiştir.

Tıbbi müdahalelerden kaynaklı zararların tazmini maksadıyla açılan davalarda zararın eylem kaynaklı olması nedeniyle davanın açılış ve yürütülmesine yönelik olarak İYUK'ta¹⁴¹ belirlenen özel hükümler uygulama alanı bulacaktır. Buna

¹⁴⁰ Gözler, s.839.

¹⁴¹ İYUK'un 13.maddesinde eylemden kaynaklanan tam yargı davalarında dava açılmasına ve dava açma süresine yönelik ayrık düzenlemelere yer verilmiştir. Maddede; "1. İdari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce, bu eylemleri yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her halde eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeleri gereklidir. Bu isteklerin kısmen veya

göre davanın açılmasına yönelik olarak idari eylemden kaynaklanan tam yargı davalarına ilişkin ayrık hükmü dikkate alınacak ve davacı/davacılar tarafından tazmin isteminin dava konusu edilmesinden önce idareye tazmin istemli bir başvuruda bulunulması gerekecektir¹⁴².

Bu başvurunun amacı, eylemiyle vermiş olduğu zararın ödenmesi konusunda idareye fırsat tanınmasıdır.¹⁴³ Bu başvuru ile davacı, dava açılmadan önce idarenin talep konusu hakkındaki tutumunu saptama, çıkarılacak uyuşmazlığın içeriği ve kapsamını belirgin hale getirebilme olanağına kavuşmaktadır¹⁴⁴. Ön karar başvurusunun bir başka fonksiyonu da idareye başvuruda bulunan yönetilenin başvuruya konu talebinin idarece karşılanması durumunda doğacak bir uyuşmazlığın önüne geçilebilme ihtimalidir¹⁴⁵.

Uygulama ve Türk idari teşkilatlanma yapısı içerisinde bu durumun gerçekleşme ihtimali oldukça zayıftır. İdareler genellikle ön karar başvurularını zımnen ya da açık şekilde reddetmektedir. Duran'ın da belirttiği gibi, ön karar başvurusu bu bağlamda pratik bir fayda ve olumlu bir sonuç sağlayamaz. Duran bu durumu; kamu tüzel kişilerini borçlandırmaya yetkili olan makamların, idari teamül ve uygulama nedeniyle tazminat taleplerini kabul etmeye çekinmeleri ve idarelerin talepleri kabul yönünde irade göstermek istemeleri halinde bile çoğu zaman bütçelerinde bu ödeme kalemine ilişkin tahsisatları bulunmamasına bağlamaktadır¹⁴⁶.

Ön karar başvurusu ile ilgili olarak vurgulanması gereken en önemli husus, idarenin eyleminden doğan zararların tazmini istemiyle açılan tam yargı davaları için bu başvurunun bir dava şartı olmasıdır¹⁴⁷. İdareye başvuru yapılmaksızın açılan eylem kaynaklı tam yargı davalarında idare mahkemesi tarafından yapılan ilk inceleme neticesinde, dava dilekçesinin sorumlu olduğu iddia edilen idareye tebliğ

tamamen reddi halinde, bu konudaki işlemin tebliğini izleyen günden itibaren veya istek hakkında altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren, dava süresi içinde dava açılabilir. Görevli olmayan adli yargı mercilerine açılan tam yargı davasının görev yönünden reddi halinde sonradan idari yargı mercilerine açılacak davalarda, birinci fıkrafta öngörülen idareye başvurma şartı aranmaz.” Düzenlemesine yer verilmiştir.

¹⁴² Gözübüyük, Yönetim Hukuku, s.423-424.; Gözler; s.842-843.; Hakeri, s.1026.

¹⁴³ Candan,, s.495.

¹⁴⁴ Gözübüyük, s.267.

¹⁴⁵ Ramazan Çağlayan, **İdari Yargılama Hukuku**, 5.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014, s535.

¹⁴⁶ Lütfi Duran, “İdari İşlemden Sorumluluk, İptal Davası-Tam Yargı Davası” **İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası**, sayı 3-4, s.24.

¹⁴⁷ Candan, s.495.

edilmesi sonucunu doğuran merciiine tevdi kararı verilmektedir. Daha önce ön karar başvurusu yapılmaksızın açılan davalar erken açılmış davalar olarak değerlendirilerek reddedilmekte ilken Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 15.03.1979 gün ve E:1971/9, K:1979/5 sayılı kararından¹⁴⁸ sonra bu gibi durumlarda, idari merci tecavüzü var sayılarak dosyanın uyuşmazlığın muhatabı idari mercie tevdiine karar verilmeye başlanmıştır. Bahsi geçen içtihadı birleştirme kararında belirlenen usul İYUK'taki kanuni düzenlemeye yansımıştır. Buna göre İYUK'un 15.maddesinde; ilk inceleme sırasında davacı tarafından ön karar başvurusu yapılmadığının anlaşılması durumunda dava dilekçesi ve eklerinin ilgili idareye tevdiine karar verilmesi öngörülmüştür.

Ön karar başvurusunda bulunulması için İYUK'un 13.maddesinde azami süre öngörülmüştür. Buna göre ilgililerce sorumlu idareye eylem tarihinden itibaren en geç beş yıl içinde başvurunun gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bunun yanında eylemin öğrenilmesi durumunda ayrı bir düzenleme yoluna gidilmiş ve eylemin öğrenilmesinden itibaren bir yıl içerisinde başvuru yapılması gerektiği kuralına yer verilmiştir. Bu noktada eylemin ilgililerce öğrenilmesi hususu üzerinde durulmasında yarar vardır. Zarara neden olan eylemin kural olarak gerçekleştiği an öğrenildiğinin kabulü gerekir. Ancak eylemden kaynaklı tam yargı davalarında zararı doğuran eylemin öğrenilmesinden ne kastedildiğine yönelik olarak Danıştay kararlarında farklı yaklaşımlar sergilenmiş olmakla birlikte yerleşen içtihatlarda; eylemin öğrenilmesinin, zarar sonucu doğuran eylemin “idari” nitelik taşıdığı noktasında zarar görenlerce bilgi sahibi olunması şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre zarar görenler bakımında eylemden doğan tam yargı davası açabilmek için gerekli olan başvuru için öngörülen bir yıllık sürenin, yalnızca eylemin öğrenilmesi ile değil uyuşmazlığın temelini oluşturan eylemin idareden kaynaklı bir başka ifade ile “idari” nitelik taşıdığına da öğrenilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

¹⁴⁸ Bahsi geçen kararda; Danıştay Kanunu'nun 72.maddesine göre, idari eylemlerden hakları ihlal edilmiş olanların idari dava açmadan önce kanuni süre içerisinde ilgili idareye başvurarak haklarının yerine getirilmesini istemeden doğrudan doğruya Danıştay'da dava açmaları halinde, bu hususun idari merci tecavüzü sayılarak yargılamanın her aşamasında dava dilekçesinin ilgili idari mercie tevdiine karar verilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Danıştay, bu hususla ilgili olarak idari eylemden doğmuş zararlarda eylemin niteliğinin, çoğu durumda devam eden araştırmalar ve hatta bazı durumlarda eylemle ilgili cezai yargılamalar kapsamında gerçekleştirilen bilirkişi incelemeleri neticesinde somutlaştığı, bu yönüyle de zarar görenler bakımından eylemin, idari niteliğinin ortaya çıktığı ve bu niteliğin davacı tarafından öğrenildiği andan itibaren İYUK'un 13.maddesinde düzenlenen sürelerin işlemeye başlaması gerektiği, aksi yorumun hak arama hürriyetini zedeleyici sonuçlar doğuracağı yönünde içtihat geliştirmiştir.

Danıştay 15. Dairesi'nin yerleşmiş içtihatlarında öncelikle gerçekleşen eylemin idariliğine vurgu yapılmış ve idari eylem tanımlanmıştır¹⁴⁹. Yüksek Mahkemeye göre idari eylem; idarenin işlevi sırasında bir hareketi, bir davranışı, bir tutumu veya hareketsizliği; idari karar ve işlemle ilgisi olmayan, başka bir ifade ile öncesinde, temelinde bir idari karar veya işlem olmayan salt maddi tasarruflar olarak tanımlanmıştır.

Bu tarz eylemlerin idariliğinin ve doğurduğu zararın eylemin gerçekleştirilmesi ile ortaya çıkabileceği gibi bazı durumlarda da bu iki hususun anlaşılmasının değişik araştırma, inceleme ve hatta ceza yargılamaları ile ortaya çıkabileceği vurgulanmıştır. Bu durum özellikle kamu görevlilerinin idari tasarruf yaparken, mevzuatın, üstlendiği ödevin ve yürüttüğü hizmetin kural, usul ve gereklerine aykırı olarak, kendisine izafe edilebilecek boyutta ve biçimde, ancak yine de resmi yetki, görev ve olanaklardan yararlanarak, onları kullanarak hareket ettiği, bu nedenle de idaresinden tamamen ayrılmasını önleyen ve engelleyen görev kusurları nedeniyle doğan zararların tazmini istemiyle açılacak tam yargı davalarında ortaya çıkmaktadır. Bu gibi durumlarda eylemin idariliği, zararın bazen ceza davalarıyla personelin şahsi kusuru sonucu mu yoksa görev kusuru sonucu mu zararın ortaya çıktığının belirlenmesinden sonra saptanabilmektedir. Bu nedenle de Yüksek Mahkeme İYUK'un 13.maddesinde öngörülen bir ve beş yıllık sürenin eylemin idariliğinin ortaya çıktığı tarihten itibaren hesaplanması gerektiği yönünde içtihat oluşturmuş ve bu içtihadını dava açma hakkının kısıtlanması nedeniyle hak arama hürriyetinin zedeleneyeceği argümanına oturtmuştur¹⁵⁰.

¹⁴⁹ Dan. 10.D. 30/06/2020, E:2017/2982,K:2020/2514.

¹⁵⁰ Dan. 15.D. 22/03/2017 E:2016/4639, K:2017/1308.

Başvuruya yönelik farklı ihtimallerin gerçekleşmesi mümkündür. Tazminat istemiyle doğrudan tam yargı davası açılmış olması durumunda, idari yargı yerince verilecek merciine tevdi kararı sonrası idareye ulaşan dava dilekçesi ve eklerine yönelik olarak idarece cevap verilmiş olması ya da zımnen red şartının gerçekleşmiş olması durumunda yeniden dava açılabilmesi mümkündür. Ancak bu durumda idareye başvuru yapılmaksızın doğrudan açılan ilk davanın belirlenen azami süre içerisinde açılmış olması gerekmektedir. Yine İYUK'un 13.maddesinin 2.fıkrasında önkarar alınması zorunluluğunu ortadan kaldıran bir istisnaya yer verilmiştir. Buna göre tam yargı davası görevli olmayan adli yargı yerlerinde açılmış ise, ilgili yargı merciince verilen görevsizlik kararının kesinleşmesi üzerine öncelikle idareye başvurulmamış olsa dahi doğrudan görevli ve yetkili idari yargı merciinde tam yargı davası açılabilecektir.

Eylem kaynaklı tam yargı davalarına özgü olarak öngörülen ve uyuşmazlığın doğması öncesinde idareye yapılan başvuru ile sulh ihtimalinin hayata geçirilmesi fonksiyonunu da yerine getiren ön karar müessesesi, 659 sayılı Genel Bütçe Kapsamındaki Kamu İdareleri Ve Özel Bütçeli İdarelerde Hukuk Hizmetlerinin Yürütülmesine İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamesi¹⁵¹'ndeki düzenlemelere de ışık tutmuştur. 659 sayılı KHK'nın 12. maddesinde, idari işlemler nedeniyle haklarının ihlal edildiği iddiasında bulunanlarca idareye başvuruda bulunulabileceği düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca yapılan başvurular İYUK'ta düzenlenen ön karar başvurusundan farklı olarak ihtiyari başvuru niteliği taşımaktadır. Düzenlemenin devamında, İYUK'un 13.maddesi uyarınca yapılan ön karar başvurusunun da sulh başvurusu niteliği taşıdığı ve 659 sayılı KHK'nın 12.maddesindeki düzenlemeler çerçevesinde inceleneceği kurala bağlanmıştır.

2.2.2.2. Dava Açma Süresi

İdari eylemlerden kaynaklanan tam yargı davalarında, uyuşmazlığın idari yargı merciine taşınmasından önce idareye uyuşmazlığın çözümü talebini içeren başvuruda bulunulması zorunluluğu dava açma süresi bakımından da önem arz etmektedir.

¹⁵¹ R.G. T.02/11/2011, S.28103.

Yukarıda da değinildiği üzere idareye, idari eylemin öğrenilmesi ya da yazılı olarak bildirilmesinden itibaren bir yıl ve herhalde eylemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde başvuruda bulunulması gerekmektedir. Görüldüğü üzere maddede düzenlenen bu süreler dava açma süreleri olmayıp ilgilerin idareye başvuruda bulunmasına yönelik sürelerdir. Anılan süreler, idare hukukuna özgü düzenleyici sürelerdir¹⁵².

Dava açmaya yönelik süreler bakımından eylemden kaynaklı tam yargı davalarında özel bir düzenlemeye yer verilmemiş olup, İYUK'un 7.maddesine yollamada bulunulmuştur. Buna göre idare mahkemelerinde eylemden doğan tam yargı davalarında dava açma süresi altmış gündür.

Ön karar başvurusu sonrasında, idarece yapılan başvuruya bir cevap verilmiş olması durumunda bu cevabın ilgiliye tebliğinden itibaren altmış gün içerisinde tam yargı davası açılmalıdır. İdarece, yapılan başvuruya altmış gün süre içinde herhangi bir cevap verilmemesi durumunda, altmış günlük bekleme süresinin sona ermesinden itibaren altmış gün içinde dava açılması gerekmektedir. Bekleme süresi ve dava açma süresi geçtikten sonra idarece, kendiliğinden veya yeniden yapılan başvuru dolayısıyla cevap verilmesi halinde, yeni bir dava açma süresi işlemeyecektir¹⁵³. Bir başka ifade ile eylemden doğan tam yargı davalarından İYUK'un 10.maddesi uygulama bulmayacaktır. Zira bu dava türüne özel bir başvuru usulü öngörülmüştür.

2.3. TAM YARGI DAVALARINDA TAZMİNATIN HESAPLANMASI

2.3.1. Genel Olarak

İdarenin tazminat sorumluluğundan bahsedilebilmesi için tıpkı haksız fiil sorumluluğunda olduğu gibi, zarar, kusur, hukuka aykırılık ve uygun illiyet bağının varlığı gerekmektedir. Tazminat sorumluluğuna ilişkin olarak sorumluluğun kaynağı dışında Borçlar Hukuku hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Bunun yanında hatalı tıbbi müdahaleden doğan zararın tazmini bakımından idarenin sorumluluğundan bahsedilebilmesi için; gerçekleşmiş bir zararın varlığı, bu

¹⁵² Yıldırım Uler, "Yönetmelik Yargıda Dava Açma Süresi", **I.Ulusal İdari Yargı Kongresi**, 1-4 Mayıs, 1990. I.Kitap, Danıştay Matbaası, 1991, s.216.

¹⁵³ Candan, s.501.

zararın kesin olması, zararın meşru bir menfaatin ihlali neticesinde doğmuş olması, parayla ölçülebilir nitelikte olması gerekmektedir¹⁵⁴. Zarara ilişkin bu şartların yanı sıra idarenin kusurunun bulunması gerektiği ve bu kusur ile zarar sonucu arasında illiyet bağının bulunması gerektiği tazminat sorumluluğuna ilişkin temel şartlardandır

2.3.2. Maddi Tazminat

2.3.2.1.Genel Olarak

Tam yargı davalarında maddi zarar; idare mahkemesince, mal varlığındaki eksilmeyi, yapılan onarım ve yenileme masraflarını, malın değerinde ya da gelirden meydana gelen azalmayı, tedavi için gerekli muayene, ameliyat, ilaç, protez gibi tedavi masraflarını, defin giderlerini, yoksun kalınan ekonomik desteği, zararın tespiti için yapılan giderleri, faizi nazara alınarak hesaplanmaktadır¹⁵⁵.

Danıştay, idare hukuku ilkelerine göre maddi zararı tanımlamıştır. Yüksek Mahkeme bu bağlamda maddi zararı; idari işlem ya da eylem nedeniyle kişinin mal varlığının aktifinde meydana gelen azalma nedeniyle uğranılan zarar ile elde edilmesi kesin olan gelirden yoksun kalma sonucu uğranılan zarar olarak tanımlamıştır. Maddi zarar kapsamında kabul ettiği bedensel nitelikteki maddi zararı ise; kişinin sağlığına kavuşmak için yaptığı tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalması ya da yok olması nedeniyle elde edeceği gelirden meydana gelen zarar olarak tanımlamıştır¹⁵⁶.

Görüldüğü üzere tam yargı davalarında uğranılan zararın karşılanması verilen zararın niteliğine göre farklılık arz etmekle birlikte bazen eski hale getirme, bazen bir şeyin aynen ifası ve çoğunlukla da bir miktar paranın ödenmesi şeklinde karşımıza çıkmaktadır¹⁵⁷. Tam yargı davalarında zararın çoğunlukla bir miktar paranın ödenmesi şeklinde karşılanmasının nedeninin idarenin para dışında bir tazmin şekline mahkûm edilmesi durumunda kararın uygulanmasında güçlüklerin yaşanabileceği

¹⁵⁴ Öget, s.96-99.

¹⁵⁵ Candan, s.198.

¹⁵⁶ Dan. 15.D. 11/03/2014, E:2013/3995, K:2014/1682.

¹⁵⁷ Gözübüyük, s.326.

düşüncesine dayandığı ileri sürülmektedir¹⁵⁸. Bu noktada Danıştay Fransız Danıştay'ından ayrılmakta ve idareyi yalnızca bir miktar parayı tazmine mahkûm etmektedir. Yüksek Mahkeme, tazminatta amacın oluşan zarar dolayısıyla kaybı olanların bu kayıplarının geri kazandırılması olduğunu vurgulamış, tazminatın hesabında da eski hale getirme amacı güdüldüğünden hareketle bu hususun parayla sağlanmaya çalışıldığı ifade edilmiştir¹⁵⁹.

Sorumluluk şartlarının gerçekleşmesi durumunda ortaya çıkan maddi zararın tamamının karşılanması gerekmektedir. Maddi tazminatın amacı, zarar verici olayın meydana gelmemesi durumunda zarara uğrayan, mal varlığı açısından hangi durumda bulunacak idiyse o durumun yeniden sağlanmasıdır¹⁶⁰. Borçlar Hukuku kapsamında maddi tazminata hükmedilmesi ile birlikte bir kimseye bir başkasının zararını karşılama yükümlülüğü yükletilmekte ve zarar, zarar gören üzerinden bir başkasına aktarılmaktadır¹⁶¹. Tam yargı davalarında özel hukuk tazminat sorumluluğundan farklı olarak sorumluluk yalnızca idare bakımından gündeme gelecek ve zarar, zarar görene, idare üzerinden aktarılacaktır.

2.3.2.2.Tazminat Tutarının Belirlenmesi

İdari yargı mercilerince bazı istisnalar dışında idarenin tazminat sorumluluğunun miktar bakımından hesabında, Borçlar Hukuku'nda¹⁶² kabul gören haksız fiilin gerçekleştiği andaki zarar değil dava tarihi itibarıyla gerçekleşmiş zarar dikkate alınmaktadır. Bu husus Danıştay kararlarında gerçek zarar olarak tanımlanmaktadır¹⁶³. Yüksek Mahkeme, tıbbi müdahale nedeniyle olduğu ileri sürülen zararın tespitine yönelik olarak karar tarihinden beş yıl önce hazırlanmış raporun, davacının yargılama sürecinde iyileşmiş olma durumu ve ihtimali de dikkate alınarak hükme esas alınamayacağına karar vermiştir. Anılan kararda idare

¹⁵⁸ Gözübüyük, s.326.

¹⁵⁹ Dan. 15.D., 25/05/2016, E:2015/3117, K:2016/3761.

¹⁶⁰ Şaban Kayhan, Mustafa Ünlütepe, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 6.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara Ekim 2018, s.260.

¹⁶¹ Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 16.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014, s.514.; Haluk Nomer, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 14.Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2015, s.33.

¹⁶² Ahmet Kılıçoğlu, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Turhan Kitabevi, 24.Baskı, Ankara, Eylül 2020, s.524-525.

¹⁶³ Dan. 15.D., 20/04/2017, E:2015/6915, K:2017/1900.

mahkemesi tarafından davacının güncel maluliyet oranının tespiti maksadıyla Adli Tıp Kurumu aracılığıyla bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği gerekçesi ile idare mahkemesi kararı bozulmuştur¹⁶⁴.

İdari eylem nedeniyle olduğu iddia edilen zararın belirlenmesine ilişkin olarak Borçlar Kanunu'nun tazminatın hesaplanmasına yönelik 55.maddesinde belirlenen ilkeler ışığında harekete edilecektir. Zira tam yargı davalarında hükmedilen tazminat, sorumluluğun kaynağı dışında Borçlar Hukuku kapsamındaki tazminat sorumluluğu ile aynı sebepten yani haksız fiilden doğmaktadır.

Borçlar Kanunu'nun 55.maddesinde; *“Destekten yoksun kalma zararları ile bedensel zararlar, bu hükümlerine ve sorumluluk hukuku ilkelerine göre hesaplanır. Kısmen veya tamamen rücu edilemeyen sosyal güvenlik ödemeleri ile ifa amacını taşımayan ödemeler, bu tür zararların belirlenmesinde gözetilemez; zarar veya tazminattan indirilemez. Hesaplanan tazminat, miktar esas alınarak hakkaniyet düşüncesi ile artırılmaz veya azaltılamaz.*

Bu Kanun hükümleri, her türlü idari eylem ve işlemler ile idarenin sorumlu olduğu diğer sebeplerin yol açtığı vücut bütünlüğünün kısmen veya tamamen yitirilmesine ya da kişinin ölümüne bağlı zararlara ilişkin istem ve davalarda da uygulanır.” kuralına yer verilmiştir.

Yine aynı Kanun'un 54.maddesinde haksız fiilden kaynaklanan ve tazminat istemeyi gerektirecek bir olay sonucu yaralanan kişinin maddi zararının nelerden oluşacağı belirlenmiştir. Buna göre; tedavi giderleri, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar maddi zararı meydana getirmektedir.

Bu noktada davacının uğranılan zarar sonucunda elde ettiği maddi faydaların bulunması durumunda tazminatın hesaplanmasında gerçekleştirilecek denkleştirmenin ne şekilde yapılacağı sorunu ile karşılaşılmaktadır. Borçlar Kanunu'ndaki alıntılanan düzenlemede de tazminat tutarından indirilebilmesi muhtemel sosyal güvenlik ödemelerinden bahsedilmektedir.

Danıştay maddi tazminatın hesaplanmasında gerçekleştirilecek denkleştirmeye ilişkin genel bir çerçeve oluşturan ve bu konuda idare

¹⁶⁴ Dan. 15.D., 21/02/2019, E:2015/175, K:2019/946.

mahkemelerinde uygulama birliği sağlamaya yönelik bir içtihat geliştirmiştir. Yüksek Mahkemeye göre; davacıya gerçekte zarar nedeniyle yapılan ödemelerin denkleştirmeye konu olması gerektiğine yönelik olarak açık düzenleme bulunmaması durumunda denkleştirme yoluna gidilemeyecektir. Yüksek Mahkemece tıbbi müdahale hatalarından kaynaklanan zararların tazmini istemiyle açılan tam yargı davalarında davalı idarenin, kusursuz değil kusurlu sorumluluğunun gündeme geleceği dikkate alınarak davalı konumunda bulunan Sağlık Bakanlığı ve tıbbi müdahalenin gerçekte sağlık kuruluşunun bağlı bulunduğu üniversite rektörlüğü dışında, bütçesi farklı kurumlar tarafından yapılan engelli aylığı ve evde bakım ücreti gibi sosyal ödemelerinin davacının olay nedeniyle uğradığı zararın giderilmesi amacıyla değil, sosyal devlet ilkesi kapsamında karşılıksız yardım amacıyla yapıldığı, dolayısıyla davacıya yapılan bu ödemelerin zarardan indirilmesi durumunda kusurlu sorumluluğu bulunan idarenin ödüllendirilmesi gibi bir sonucun ortaya çıkacağı kanaatine varılarak engelli aylığı ve evde bakım ücretlerinin maddi zararın hesabında denkleştirmeye konu olamayacağına karar vermiřtir¹⁶⁵.

Sonuç olarak, idare mahkemesi tarafından maddi tazminatın tespit ve tayini Borçlar Hukuku kapsamında belirlenen ilke ve düzenlemelere göre gerçekte yapılacaktır. Bunun yanında Borçlar Hukuku'ndan farklı olarak zarar görene yapılan ödemelerin denkleştirilmesi noktasında idare hukuku ilke ve düzenlemeleri ile hesaplama yoluna gidilecek ve mevzuatta açıkça denkleştirmeye tabi tutulması gerektiği belirtilmeyen ve zarar görene yapılan ödemeler belirlenen tazminat tutarından indirilmeyecektir.

2.3.2.3. Tazminat Tutarının Artırılması

¹⁶⁵ Dan. 15.D. 25/05/2016, E:2015/3117, K:2016/3761.

Tam yargı davaları açılırken, tazminat konusu edilen uyuşmazlık konusu tutarın açıkça ortaya konulması gerektiği hususu İYUK'un 3.maddesinin 2.fıkrasının (d) bendinde düzenlenmiştir¹⁶⁶.

Uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde belirtilmesi davacıdan tahsil edilecek harç açısından da önem arz etmektedir. Ancak belli durumlarda tazminat tutarının davanın açılışı sırasında tespit edilebilmesi mümkün olmamaktadır. Dava dilekçesinde tazminat tutarının belirtilmesine ilişkin bu kanuni zorunluluğun tek istisnasını Danıştay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 29/12/1983 tarihli kararı oluşturmaktadır¹⁶⁷. Anılan karara göre; kamu görevlilerine ait mevzuattan doğan uyuşmazlıklarda, idari işlemin neden olduğu zararın miktar olarak saptanmasının mümkün olmadığı hallerde, dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu miktar gösterilmeden tam yargı davası açılabilceği belirtilmiştir¹⁶⁸. Görüldüğü üzere bahse konu içtihadı birleştirme kararı, idari işlemlerden doğan ve kamu görevlilerine ilişkin mevzuattan doğan uyuşmazlıklara ilişkindir. Uygulamada tıbbi müdahaleden doğan tam yargı davalarında da, müdahale nedeniyle olduğu ileri sürülen zararın tespitinin çoğu zaman bilirkişi incelemesi ile ortaya çıkıyor olması nedeniyle dava dilekçelerinde temsili bir tutar belirtilmekte ve ıslah hakkı saklı tutularak dava açılmaktadır.

İdare mahkemesi hükmedilecek maddi tazminatın tutarı noktasında davacının talebi ile bağlıdır. Bu kapsamda hâkim, davacının talebinden fazla tazminata hükmedemeyecektir. Bu nedenle dava dilekçesinde uyuşmazlık konusu tutarın, gerçek zarar miktarına en yakın şekilde belirtilmesi, davacının zararının tazmini noktasında büyük önem arz etmektedir.

İYUK'un 31.maddesi'nde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ıslaha ilişkin hükümlerine atıfta bulunulmamış olması, davacının gerçek zararının yargılamanın devamı sırasında ortaya çıktığı hallerde dava tutarının arttırılmasını imkânsız

¹⁶⁶ “İdari davaların açılması” başlıklı anılan maddede; idari davaların, Danıştay, idare mahkemesi ve vergi mahkemesi başkanlıklarına hitaben yazılmış imzalı dilekçelerle açılacağı ve vergi, resim, harç, benzeri mali yükümler ve bunların zam ve cezalarına ilişkin davalarla tam yargı davalarında uyuşmazlık konusu miktarın dava dilekçesinde belirtilmesi gerektiği kuralına yer verilmiştir.

¹⁶⁷ Elvin Evrim Özcan, “İdari Yargılama Hukukunda Islah”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S.92, 2011, s.224.

¹⁶⁸ Danıştay İçtihatları Birleştirme Kurulu; 29.12.1983 tarih ve E. 1983/1- K. 1983/10 sayılı kararı.

kılmaktaydı¹⁶⁹. Değinilen bu sorun Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne uyuşmazlık olarak taşınmıştır. AİHM'in Okçu-Türkiye kararında da belirtildiği üzere, medeni hukukun aksine Türk idare hukukunun başvuru dava devam ederken ilk başta talep ettiği rakamın yeniden değerlendirilmesini isteme imkânı tanınmasını engelleyen usule ilişkin düzenlemenin, Devletin sorumluluğuna giren bir tazminat davasında, davacıların uğradıkları zararlarını ortadan kaldıracak yeterli bir çözüm getirmediğine dikkat çekilmiştir¹⁷⁰.

Bu kapsamda uğradığı gerçek zararın tazmini maksadıyla idari yargı merciine başvuran davacının karşılaacağı ve gerçek zararının tazmin edilmemesi riskini içeren bu duruma yönelik olarak İYUK'un 16.maddesinin 4.fıkrasına 6459 sayılı Kanun'un 4.maddesi ile eklenen düzenlemeye göre idari yargı mercilerinde açılan tam yargı davalarında dava dilekçesinde belirtilen tutarın, süre veya diğer usul hükümleri gözetilmeksizin nihai karar verilince kadar¹⁷¹, harcı ödenmek suretiyle bir defaya mahsus olarak arttırılabileceğine ilişkin mevzuat değişikliğine gidilmiştir. Bu değişiklik ile tam yargı davalarında hukuk muhakemesindeki ıslah kurumuna benzer bir düzenleme getirilmiş ve davacının dava açarken belirlediği miktar ile bağlı kalması ve daha sonra tekrar dava açamaması nedeniyle uğrayacağı zararın önüne geçilmek istenmiştir¹⁷².

Ancak davacının talep miktarındaki artış hakkı bir kere ile sınırlandırılmıştır. Dava miktarının arttırılması durumunda hâkim bu artırım ile bağlı olacaktır. Eş deyişle hâkim tarafından tazminat talepten fazla hesaplanmış olsa dahi istekten fazlasına hükmedilemeyecektir. Bu durum tam yargı davası sırasında gerçek zarar hesabında hata yapılması durumunda ya da zararın tespiti için yeniden bir inceleme yapılması neticesinde miktarın artışına yönelik bir değişikliğin meydana gelmesi halinde sorunlara neden olmaktadır. Davacı tarafından tazmini istenen tutarın arttırılması sonrasında, mahkemece yapılan araştırma ya da tazminat tutarının tespitine yönelik ek bilirkişi raporu alınması neticesinde uyuşmazlık tutarının artması

¹⁶⁹ Metin Günday, “ Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin İdari Yargılamada Uygulama Alanı”, **İdari Yargının Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay Sempozyumu**, 11-12 Mayıs 2001, Ankara 2003, s.83 vd.

¹⁷⁰ 21/07/2019, Baş. No: 39515/03, OKÇU-TÜRKİYE

¹⁷¹ Dan. 15.D. 19/12/2016, E:2016/8916, K:2017/7594.. (İslahın kanun yolu aşamasında da yapılabilmesine ilişkin karar.)

¹⁷² Yasin Sezer/Uğur Bulut, “İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 116.sayı, Ankara 2014, s.213-246.

yönünde bir değişikliğin meydana gelmesi durumunda davacının mahkemeden yeniden uyuşmazlık tutarının artırılmasını talep etmesi mümkün olmayacaktır.

Belirtilen mevzuat değişikliği neticesinde idari yargılamada davacıya uyuşmazlık tutarını artırmak yönünde tanınan bu hakkın hangi gerekçeyle bir kereye mahsus yapılması gerektiğine yönelik düzenleme yapıldığı anlaşılamamaktadır. Kanaatimizce, söz konusu mevzuat değişikliği, gerçek zararının tazmin edilmesi yoluyla tatmin edilme beklentisinde olan davacının zarara uğrama riskini tam olarak ortadan kaldırmamaktadır.

2.3.3. Manevi Tazminat

2.3.3.1.Genel Olarak

İdari eylemlerden kaynaklı tam yargı davalarında maddi tazminatın yanı sıra, idarenin haksız eylemi nedeniyle uğranılan manevi zararın tazmini de talep edilebilmektedir.

Manevi tazminat, genel olarak; şahıs varlığına ilişkin olup kişinin haksız bir eylem sonucu duyduğu fiziki ve manevi acı, elem, keder, ıstırap ve yaşama zevklerinde meydana gelen azalma nedeniyle uğranılan manevi zararları giderecek ya da hafifletecek nakit veya nakitten başka tazmin şekli olarak tanımlanabilir¹⁷³.

Danıştay kararlarında manevi zararın; kişinin fizik yapısının ve iç huzurunun bozulmasını, yaşama gücünün ve sevincinin azalmasını, kişilik haklarının zedelenmesini, şeref ve haysiyetinin rencide edilmesini, duyulan acı ve ıstırapı, kişinin günlük yaşamını zorlaştıran her türlü üzüntü ve sıkıntıyı ifade edeceği vurgulanmış, fiziki ve manevi acılar duyan, ruhsal dengesi bozulan, yaşama sevinci azalan kişinin manevi yönden zarara uğramış olduğu belirtilmiştir. Manevi tazminatın ise; olay nedeniyle duyulan elem ve ıstırapı kısmen de olsa hafifletmeyi amaçlayan bir araç olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁴.

¹⁷³ Borçlar Kanunu'nun Manevi Tazminat başlıklı 56.maddesinde manevi tazminat ile ilgili olarak "*Hakim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat şeklinde ödenmesine karar verebilir.*" düzenlemesine yer verilmiştir.

¹⁷⁴ Dan. 15.D., 22/02/2018,E:2017/1107, K:2018/2049.

Kişilerin mamelekinde meydana gelen zararın tazmini ya da eski hale getirilmesi çoğu zaman mümkün iken meydana gelen zararın kişinin manevi âleminde ortaya çıkması durumunda zararın tamamen tazmin edilmesi ya da eski hale getirilmesi mümkün olmamaktadır. Bu sebeple manevi tazminat kavramı üzerinde çok tartışılan bir kavramdır.

Manevi zararın maddi olarak karşılığının ortaya konulması mümkün değilken oluşan bu zararın giderilmesi aracı olan tazminat maddi bir değer taşımaktadır¹⁷⁵. Bu çelişki manevi zararın başka bir araçla giderilmesinin mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır.

2.3.3.2.Tazminat Tutarının Hesaplanması

Manevi tazminat tutarının hesaplanması noktasında, meydana gelen zararın maddi bir değer ile karşılanamayacak olması düşüncesiyle hükmedilen tutarın davacıda zenginleşmeye neden olmaması gerektiği yönünde yerleşik içtihat bulunmaktadır¹⁷⁶.

Danıştay’a göre manevi tazminat, patriumanda meydana gelen bir eksilmeyi karşılamaya yönelik bir tazmin aracı olmayıp, manevi tatmin aracıdır. Başka türlü giderim yollarının bulunmayışı veya yetersiz kalışı manevi tazminatın parasal olarak belirlenmesini zorunlu kılmıştır¹⁷⁷. Yüksek mahkeme bu kapsamda manevi tazminat tutarının belirlenmesi noktasında gözetilmesi gereken hususları da belirlemiştir. Danıştay’a göre, manevi tazminat tutarı belirlenirken; bir yandan idarenin eyleminin hukuka aykırılığının ağırlığını ortaya koyacak ve hukuka aykırılığı özendirmeyecek, diğer taraftan da ilgililerin sosyal ve ekonomik durumu dikkatle alınarak olay nedeniyle duyduğu manevi acının kısmen giderilmesini ifade edecek, buna karşın da ilgilinin zenginleşmesine yol açmayacak bir miktarın belirlenmesi gerekecektir.

Bu anlayışa göre hükmedilecek manevi tazminatın tutarı davacının duyduğu elem ve ıstırapı bir nebze olsun hafifletmeli ancak onu zenginleştirmemelidir. Danıştay’ın oturmuş bu tutumu uygulamada idare mahkemelerinde manevi

¹⁷⁵ Müzeyyen Eroğlu Duran, “ Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, 131.Sayı, Temmuz 2017, s.179-210.

¹⁷⁶ Dan. 10.D., 03/12/2020, E:2019/6557, K:2020/5681.

¹⁷⁷ Dan. 15.D. 24/10/2018, E:2017/1947, K:2018/384.

tazminatın tespiti noktasında hâkimler bakımından çekincelere neden olmuş ve hükmedilen manevi tazminat tutarları oluşan zararı tazmin etmek bir yana davacının duyduğu elem ve ıstırapı hafifletme fonksiyonunu bile sağlamaktan uzak kalmıştır.

Tüm bu tutumuna rağmen Danıştay yeni tarihli kararlarında manevi tazminatın zenginleşme aracı olacağı çekincesinden sıyrılarak olması gerektiği gibi manevi tazminatın kusurlu hareket eden idare bakımından caydırıcı fonksiyonuna eğilmiştir¹⁷⁸. Bu hususta Danıştay örneğin bir kararında; manevi tazminata hükmedilebilmesi için maddi tazminattan farklı olarak sunulan sağlık hizmetindeki bir takım eksiklikleri yeterli görmüştür. Buna göre idarenin sunduğu sağlık hizmetinden kaynaklanan maddi tazminat sorumluluğu için, tıbbi uygulama ile zarar arasında illiyet bağının varlığı gerekli görülmüş ise de Yüksek Mahkemece manevi tazminat bakımından böyle bir gereklilik olmadığına hükmedilmiştir¹⁷⁹. Yine Yüksek Mahkeme, manevi zararın sadece şeref, haysiyet ve onur kırıcı işlem ya da eylemlere ya da kişilerin vücut bütünlüğünde meydana gelen sakatlık haline, ölüm nedeniyle ağır bir elem, üzüntü duyulması şartına bağlı olmadığına karar vermiştir. Bu kapsamda idarenin yürütmekle yükümlü olduğu kamu hizmetini gereği gibi eksiksiz olarak sunamaması nedeniyle ilgililerin yeterli hizmet alamamalarından dolayı üzüntü ve sıkıntı duymalarını da manevi zararın varlığı için yeterli olduğuna hükmetmiştir¹⁸⁰.

Kanaatimizce de manevi tazminata ilişkin olarak tartışılacak hususun onun zenginleşme aracı olup olmayacağı değil, idare açısından, kusurlu davranışından vazgeçme yolunda hukuka uygun olarak davranma sorumluluğunu hatırlatma ve tazminata mahkûm edilme tehdidi ile gereği gibi teşkilatlanarak düzgün şekilde işlemeyi tercih etmeye yöneltme fonksiyonunu yerine getirebilip getiremediği olmalıdır.

Sonuç olarak, manevi tazminatın tespiti noktasında maddi tazminat tutarının hesaplanmasından farklı olarak hâkimin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu noktada, hâkim tarafından idarenin eylemi nedeniyle manevi âleminde zarar

¹⁷⁸ Dan. 10.D., 09.02.2011, E:2007/6868, K:2011/537, Danıştay Dergisi, sayı 177, Yıl 2011, s.323. Manevi tazminata hükmedilmesinler, olay tarihinden sonra ve hayat boyu duyulacak manevi acıların da dikkate alınması gerektiği hk.

¹⁷⁹ Dan. 15.D. 21/12/2017,E:2017/61, K:2017/7694.

¹⁸⁰ Dan. 15.D. 19/04/2018, E:2013/11764, K:2018/3886.

oluştugu, bu eylem nedeniyle acı ve elem çektiği kanaatine vardığı davacı lehine Danıştay'ın ısrarla devam ettirdiği içtihatları ile kabul edilen manevi tazminatın zenginleşme aracı olamayacağı ilkesi ile idarenin hukuka uygun ve yönetilenler bakımından yeni manevi zararları doğurucu her türlü eylemi engellemek amacıyla gereği gibi teşkilatlanarak düzgün işlemeye sevk etmek aracına hizmet edecek uygun bir miktar belirlenecektir. Yine hakim tarafından, talep edilmesi halinde manevi tazminata yönelik olarak faiz ödenmesine de karar verilebilecektir¹⁸¹.

2.3.3.3.Tazminat Tutarının Artırılması

Manevi tazminata yönelik olarak yargılamanın devamı sırasında tazminat tutarının arttırılmasının mümkün olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu tartışmalar manevi tazminatın niteliği ve tazminat karşılığı zararın çoğu zaman soyut olmasından kaynaklanmaktadır.

Yargılama sırasında ortaya çıkan yeni durumlar sonucunda manevi tazminat tutarında da değişiklik meydana gelebilmesi mümkündür. Danıştay davanın devamı sırasında tarafların kusurlarında, zararı doğuran nedenlerin ve olayların tespitinde ve uğranılan zararın miktarında bir değişiklik olması durumunda maddi tazminat için işletilebilen ıslah müessesesinin manevi tazminat içinde işletilebileceğine hükmetmiştir. Yüksek Mahkemeye göre zararı doğuran olayın meydana geliş biçiminin yeni ortaya çıkan bulgu ve tespitler sonucu kişilerin manevi yönden çok daha fazla etkilendiğinin saptanması halinde manevi tazminat içinde miktar artırımı yoluna gidilebilecektir. Danıştay bu durumun ancak manevi zararın gerçekten arttığının somut olarak tespit edilmiş olması halinde mümkün olabileceğine ve yargılama sırasında yeni bir olgu veya durumun ortaya çıkmamış olması halinde manevi zararın arttığından bahsedilemeyeceğine de vurgu yapmıştır¹⁸².

Sonuç olarak dava dilekçesinde talep edilen manevi tazminat tutarı, gerçekleşen zararın yargılama sırasında ortaya çıkan yeni olgular neticesinde

¹⁸¹ Danıştay eski tarihli kararlarında manevi tazminata niteliği gereği faiz yürütülemeyeceği görüşünü benimsemiş iken (Bkz.Dan.10.D.18/03/1998, E:1996/10292, K:1998/1190), artık bu görüşü terk ederek, manevi tazminata 3095 sayılı Kanuni Faiz ve Temerrüt Faizine ilişkin Kanun uyarınca, idareye başvuru tarihinden itibaren faiz yürütülebileceğini kabul etmiştir.

¹⁸² Dan. 15.D. 22/02/2008, E:2017/1107,K:2018/2049.

arttığının somut olarak ortaya konulması durumunda ıslah hakkı kullanılmak suretiyle arttırılabilecektir.

2.4. ADLİ TIP KURUMUNCA DÜZENLENEN RAPORLARIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE İDARİ YARGILAMAYA ETKİSİ

2.4.1. Genel Olarak

Tıbbi müdahaleden kaynaklı uyuşmazlıklardan doğan tam yargı davalarında daha önce de bahsedildiği üzere zararın tazmini istemiyle idareye yapılan başvurunun reddedilmesi sonrasında zarara uğradığı iddiasında bulunan ya da ölüm durumunda ölenin yakınları tarafından idare mahkemelerine başvurulmaktadır.

İdare mahkemelerince dilekçe üzerinde yapılan ilk incelemede sorun bulunmaması durumunda dava dilekçesi, davalı idareye tebliğ edilerek savunmasının alınması yoluna gidilmektedir. Bu aşamada davalı idareden gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye ilişkin her türlü bilgi ve belgenin bulunduğu hasta dosyasının aslının mahkemeye gönderilmesi de talep edilmektedir. Dilekçeler aşamasının tamamlanması sonrasında idare mahkemesince tıbbi müdahale neticesinde gerçekleşen zararın tıbbi kusur kaynaklı olup olmadığının tespiti maksadıyla bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluna başvurulmaktadır.

Miktar itibarıyla tek hâkim sınırının üzerinde tazminat talebi bulunan davalarda heyet halinde alınan bilirkişi incelemesi yaptırılmasına yönelik kararda aynı zamanda bilirkişi incelemesi aşamasında dosyadaki eksikliklerin giderilmesi, taraflardan bilirkişi incelemesine yönelik giderlerin talebi, bilirkişilere ödenecek paranın tespiti, vb. konularda yetkilerle donatılan naip üye ataması da gerçekleştirilmektedir. Tek hâkim sınırı altında kalan dosyalar bakımında dosya esasının heyetle görüşülmeyecek olması nedeniyle naip üye görevlendirilmesi gerekmemektedir.

Bu noktada naip üye ya da dosya hâkimi tarafından, tıbbi müdahalenin gerçekleştiği sağlık kuruluşunda düzenlenen hasta dosyası yanında, tıbbi müdahale sonrasında başka sağlık kuruluşlarına başvurulmuş olması durumunda bu sağlık kuruluşlarında bulunan ve hastaya ilişkin olarak gerçekleştirilen tıbbi uygulamalara

ilişkin dokümantasyonların da temin edilmesi, dava dosyasının bilirkişilere tevdi edilmesi öncesinde eksiksiz olarak tamamlanması açısından önem arz etmektedir.

Uygulamada çoğu zaman idare mahkemesi tarafından hasta dosyalarının eksiksiz olarak temin edilmesi noktasındaki dikkatsizlikler nedeniyle Adli Tıp Kurumu'na gönderilen dava dosyaları iade edilmekte, bu durum ise zaten yeterince uzun olan yargılama sürelerinin daha da uzamasına neden olmaktadır.

2.4.2. Kusurun Tespiti

Mahkemece yukarıda belirtilen hususların tamamlanması neticesinde dava dosyasına giren bilgi ve belgeler üzerinde yapılan inceleme neticesinde farklı sonuçlara ulaşılabilir. Bu kapsamda davalı idare tarafından temin edilen bilgi ve belgeler neticesinde tıbbi kusurun varlığının davalı idare bünyesinde gerçekleştirilen inceleme ve soruşturmalar neticesinde tespit edilmiş olması durumunda bilirkişi incelemesi yaptırılmaksızın kusurun varlığı kabul edilmek suretiyle Mahkemece zarar hesabı incelemesine girişilebilecektir. Bu konuda Danıştay; ameliyat sırasında anestezi cihazı ile ilgili olarak yaşanan aksaklık sonucu hayatını kaybeden kişinin yakınları tarafından açılan davada, idare mahkemesince Adli Tıp Kurumu'na hazırlanan rapor doğrultusunda davanın reddine yönelik olarak verilen kararın temyiz incelemesinde, Adli Tıp Kurumu raporunda idareye atfedilecek kusur bulunmadığı belirtilmiş olmasına rağmen, ameliyat sırasında kalp durmasının hangi nedene dayandığı konusunda değerlendirme yapılmasına ve dolayısıyla idarenin kusurunun tespitine imkân verecek tıbbi kayıtların davalı idarece ortaya konulamamasının davalı idarenin hizmet kusurundan kaynaklandığı sonucunu doğurduğuna karar vermiştir. Yüksek Mahkeme ilaveten; olayla ilgili olarak yürütülen öninceleme aşamasında operasyona katılan hekimlerin ifadelerindeki çelişkilerin de idarenin organizasyonu anlamında kusuru bulunduğu anlamına geldiği gerekçesiyle idare mahkemesi kararını bozmuştur¹⁸³. Görüldüğü üzere Danıştay kimi durumlarda Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporu göz ardı ederek idare bünyesinde gerçekleştirilen inceleme kapsamında elde edilen bilgi ve belgeler neticesinde idarenin sorumluluğu yoluna gidebilmektedir.

¹⁸³ Dan. 15.D., 26/12/2018, E:2014/6640, K:2018/8514.

Ancak uygulamada çoğu zaman idarelerce tıbbi kusur ve tıbbi malpraktisin gerçekleştiğinin idari soruşturmalar ve uzman görüşleri doğrultusunda tespit edilmiş olması durumunda dahi mahkemeler tarafından kusurun tespiti maksadıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmakta ve bu durum yargılamanın uzamasına neden olmaktadır.

Mahkemece tıbbi kusurun varlığının tespit edilememiş olması durumunda, dosya üzerinde bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmektedir. Uygulamada resmi bilirkişi olarak Adli Tıp Kurumu tercih edilmektedir. Mahkeme tarafından ara karar niteliğinde dosya üzerinde Adli Tıp Kurumu marifeti ile bilirkişi incelemesi yaptırılması kararı verilmektedir. Alınan karar doğrultusunda dava dosyasının tüm ekleri ile birlikte tıbbi müdahaleden kaynaklı davalar özelinde, müdahale sonucu istenmeyen sonucun ölüm olması halinde 8.İhtisas Kurulu'nca, ölümün gerçekleşmemiş olması durumunda 7.İhtisas Kurulu'nca inceleme yapılmak üzere Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na gönderilmektedir.

2.4.3. Raporun Niteliği

Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenerek mahkemeye sunulan rapor bilirkişi raporu olduğundan takdiri delil niteliği taşımaktadır. Bir başka ifade ile rapor mahkeme bakımından bağlayıcı değildir.

Uygulamada özellikle tıbbi müdahaleden kaynaklı tam yargı davalarında resmi bilirkişi olarak görüşüne başvurulmuş Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporlar, idare mahkemelerince irdelenmeksizin doğrudan hükme esas alınmaktadır. Uygulamadaki bu eğilim üzerine Danıştay Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporlara yönelik olarak idare mahkemeleri tarafından raporların asgari hangi nitelikleri taşımaları gerektiği konusunda yapılması gereken ilk incelemeye ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarında¹⁸⁴ benimsenen kriterlere paralel içtihat geliştirmiştir¹⁸⁵.

Yüksek Mahkemeye göre; bir tıbbi bilirkişi incelemesi sonucunda hazırlanan raporun; suçlanan ya da sorumlu olduğu düşünülen doktorun iddia edilen zarardan sorumlu tutulup tutulamayacağı hususuna cevap verebilecek yeterlilikte olması

¹⁸⁴ Aydoğdu-Türkiye, Başvuru No: 40448/06, 30.08.2016

¹⁸⁵ Dan. 10.D., 08/04/2019, E:2019/1194,K:2019/2636.

gerekmektedir. Bunun yanında raporun güvenilir ve ikna edici olabilmesi için dava konusuyla örtüşmesi, olayları aydınlatma amacı gütmesi ve tarafların argümanlarına cevap verecek nitelikte olması gerekmektedir. Bir başka ifade ile raporda hastanın teşhisi ve takibine ilişkin bilimsel unsurları ve özellikle bu durumda kabul edilen tedavi stratejisinin uygunluğu değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme kapsamında tedavinin komplikasyonlarının neler olduğunun, diğer tedavi yöntemlerinin bulunup bulunmadığının ya da daha iyi donanımlı bir hastanede tedavi imkânlarına ilişkin ihtimaller açıklanmaksızın, soyut bir şekilde, bir komplikasyonun mevcut olduğu sonucuna varan raporların hükme esas alınmaması gerekmektedir¹⁸⁶.

Yine Yüksek Mahkemeye göre; bilirkişi raporlarında yalnızca suçlanan idarenin veya doktorun ifadelerine dayanan, soyut, gerekçelendirilmeyen ve desteklenmeyen iddialar içeren, ihtilaf konusu tıbbi uygulamaların tıp kurallarına uygun olduğu ve doktora veya idareye herhangi bir hatanın atfedilemeyeceği sonucuna varmak için tıbbi bir hata yapılmış olabileceğini belirten ve bunun dışındaki unsurları dikkate almayan bir bilirkişi raporu güvenilir olmayacaktır.

Bu noktada Danıştay; idare mahkemelerince uyuşmazlığın çözümü amacıyla temin edilen raporlar üzerinde, raporların yeterliliği noktasında bir inceleme yapılması gerekliliğine dikkati çekmiştir. Yüksek Mahkemeye göre idare mahkemesince temin edilen bilirkişi raporunun uyuşmazlığın çözümü noktasında güvenilirliği ve yeterliliği irdelenerek raporun hükme esas alınıp alınamayacak nitelikte olup olmadığının tartışılması gerekmektedir.

Kanaatimizce Yüksek Mahkemeyi bu yönde içtihat geliştirmeye iten husus açıktır. Zira idare mahkemelerince Adli Tıp Kurumu'na hazırlanan raporların hükme esas alınacak nitelikte olup olmadıkları hususunda ayrıca bir değerlendirme yapılmaksızın raporun sonuç kısmında yer alan kusurun tespitine ilişkin açıklamalara odaklanılmaktadır. Bu durum raporun hazırlanışı ve uyuşmazlığın incelenmesi aşamasında ve dolayısıyla kusurun araştırılması noktasında Danıştay'ın vurguladığı hususların ve Adli Tıp Kurumu'nun izlediği yolun göz ardı edilmesi sonucunu doğurmaktadır.

¹⁸⁶ Dan. 15.D., 07/05/2018, E:2013/10821, K:2018/4516.

Yüksek Mahkemenin vurguladığı şekilde Mahkemeye sunulan rapor idare mahkemesince ilk bakışta uyuşmazlığın çözümü için gerekli nitelikleri taşıyıp taşımadığı noktasında irdelendikten sonra davanın taraflarına tebliğ edilmeli ve rapora yönelik itirazda bulunulmalarına fırsat tanınmalıdır. İtirazların Kurumca hazırlanan raporu kusurlandıracak nitelik taşımaması ve mahkemece de raporun gerekli yeterlilikte olduğu kanaatine varılması durumunda rapor hükme esas alınarak mütalaa olunan görüş doğrultusunda karar verilebilir. Hazırlanan raporun eksik ya da hükme esas alınmaya yeter nitelikte olmadığı kanaatine varılması durumunda idare mahkemesince uyuşmazlığın çözümü için gerekli olan ve Danıştay'ın açıkça belirlediği nitelikleri taşıyan bir bilirkişi raporu teminine yönelik olarak harekete geçilmesi gerekmektedir.

2.5. RAPORLARIN UYUŞMAZLIĞIN ÇÖZÜMÜNDEKİ ROLÜ

2.5.1. Tıbbi Kusurun Tespiti Hususunda Raporun Bağlayıcılığı

İdari yargılamada uyuşmazlığın çözümünün teknik ve uzmanlık gerektiren herhangi bir bilgi veya araştırmaya bağlı olması durumunda bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluna gidildiğinden daha önce de bahsedilmişti. Bu kapsamda tıbbi uygulama hatasından kaynaklı tam yargı davalarında tazminat sorumluluğunun sebebini oluşturan tıbbi kusurun tespiti noktasında Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde elde edilen bulgular doğrultusunda kusur tespitinin ne şekilde yapılacağına değinmek gerekmektedir.

İdare mahkemesince uyuşmazlık konusu olaya yönelik her türlü bilgi ve belgenin temini sonrasında Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine ulaşan dosya üzerinde yapılan inceleme neticesinde, Kurum tarafından tıbbi uygulama sırasında meydana gelen zararın tıbbi kusurdan mı kaynaklandığı, komplikasyon sonucu mu oluştuğu hususları açıklığa kavuşturulmaya çalışılmaktadır.

Uyuşmazlığın çözümünde kilit önem taşıyan tıbbi kusurun tespitine ilişkin raporlara idare mahkemelerince ne şekilde yaklaşılması gerektiği hususunda bilirkişi raporlarının takdiri deliller olduğu ve hâkimi bağlamadığı ilkesi ışığında hareket edilmesi gerekmektedir. Daha önce de değinildiği üzere bilirkişi raporları takdiri delil niteliği taşımakta ve mahkemeyi bağlamamaktadır. Bu durumu tıbbi hatadan

kaynaklanan uyuşmazlıkların tıp bilimine yönelik uzmanlık bilgisi gerektiren nitelik taşıması da değiştirmeyecektir.

İdare mahkemelerinin tıbbi kusurun tespiti noktasında Adli Tıp Kurumu'na düzenlenen raporla bağlı olmadıklarına ilişkin olarak Danıştay 15.Dairesi'nin 02/11/2016 tarihli kararının irdelenmesinde yarar vardır. Danıştay, vefat eden davacıların yakınına yönelik olarak gerçekleştirilen enjeksiyon sonrasında enjeksiyon bölgesinde morarma, şişlik ve bacakta ağrı şikayetleri geliştiği, devam eden süreçte birden fazla kez farklı sağlık kuruluşlarına başvuran davacılar yakınının sepsis nedeniyle öldüğü, idarenin sağlık hizmeti sunarken kusurlu hareket ettiğinden bahisle uğranılan zararın tazmini istemiyle idare mahkemesi nezdinde açılan davanın idare mahkemesi tarafından Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde düzenlenen rapor doğrultusunda reddedilmesi üzerine, temyizen yaptığı inceleme neticesinde; vefat edene yönelik otopsi raporundaki tespitleri, vefat edenin birden fazla kez idareye bağlı sağlık kuruluşlarına bazı şikayetlerle başvurduğu halde etkin tıbbi yardım alamadığı hususunu, olaya yönelik olarak yürütülen inceleme kapsamında görüşüne başvurulmuş hekimlerin tespitlerini bir bütün olarak değerlendirmek suretiyle yeni bir bilirkişi raporu alınması gerektiği hususuna da değinmeden tıbbi kusurun varlığı ve ilgililerin zararının tazmin edilmesi gerektiği neticesine ulaşmıştır¹⁸⁷.

Danıştay bahsi geçen kararda, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282.maddesinde düzenleme bulan "*Hâkimi bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir.*" kuralına vurgu yaparak, hâkimin bilirkişi raporu doğrultusunda karar verme zorunluluğu bulunmadığını hatırlatmış ve bilirkişi raporunun hükme esas alınabilecek yeterlilikte olmaması veya taraflarca yapılan itirazları karşılamaması halinde bilirkişilerden ek rapor istenebileceğini veya yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılabilirliği gibi sunulan rapor dikkate alınmaksızın uyuşmazlığın çözüme kavuşturulabileceğini vurgulamıştır. Yüksek mahkeme kararın devamında aksi durumun yani hâkimin bilirkişi raporu doğrultusunda karar verme zorunluluğu hissetmesinin, bilirkişinin aynı zamanda davanın hâkimi rolünü üstlenmesi sonucunu doğuracağı uyarısında bulunmuş ve yargılama sürecinde hâkim

¹⁸⁷ Dan. 15.D., 02/11/2016, E:2013/4355, K:2016/5153.

ve bilirkişinin rollerini özetlemiştir. Buna göre; bilirkişinin olayın özel bilgiyi gerektiren teknik kısmıyla ilgili görüşünü açıklayıp mahkemeye yardımcı olmakla yetineceğini, mahkemenin ise bilirkişi görüşü de dâhil olmak üzere tüm delilleri serbestçe vicdani kanaatine göre takdir ederek idari işleypşte kusur olup olmadığı hususunda yasal düzenlemeler, hukukun genel ilkeleri ve evrensel hukuk normları bağlamında bir sonuca ulaşacağını belirtmiştir.

Danıştay tıbbi kusurun tespiti noktasında yine idare mahkemelerine yol gösterici nitelikte başka bir kararında tıbbi kusurun tespitinde yalnızca bilirkişi raporuyla yetinilmemesi gerektiğini, yaşanan olay üzerine idarece yürütölen idari soruşturma ya da 4483 sayılı Kanun uyarınca yürütölen öninceleme aşamasındaki uzman görüşleri, hekim ve yardımcı sağlık personeli ifadelerinin bir bütün olarak değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapmıştır. Bahsi geçen kararda Danıştay, doğum sancıları ile sağlık kuruluşuna başvuran ve doğum sürecinin iyi yönetilememesi nedeniyle bebeklerini kaybeden davacıların açtığı tam yargı davasında Adli Tıp Kurumu'na düzenlenen bilirkişi raporu uyarınca davanın reddine karar veren idare mahkemesinin kararını bozmuştur. Bozma kararında¹⁸⁸; olayla ilgili olarak başlatılan idari soruşturma kapsamında hazırlanan ve dikkate değör bulunan tespitlere yer verilmiş, bu tespitler ile idare mahkemesince yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde hazırlanan rapor karşılaştırılarak mevcut çelişkiler ortaya konulmuştur. Yüksek Mahkeme, bilirkişiyeye başvurulmasındaki amacın, hukuka uygun karar verebilmek için gerekli verilere ulaşmak olduğunu hatırlatarak bilirkişilerin uyuşmazlık konusunda özel ve teknik bilgiye sahip kişiler arasından seçilmesi gerektiği hususuna dikkat çekmiş ve tespit edilen çelişkiler bentler halinde sıralanarak çelişkilerin ortadan kaldırılması maksadıyla Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan açıklamalı ve gerekçeli yeni bir rapor alınması gerektiği gerekçesine yer vermiştir.

Tıbbi kusurun tespiti amacıyla, tıp biliminin teknik ve uzmanlık gerektiren niteliği nedeniyle bu konuda resmi bilirkişi olarak görev yapan Adli Tıp Kurumu'na başvurulmasının uyuşmazlığın hukuka uygun olarak çözümlenebilmesi bakımından önemli oluğu yadsınamaz bir gerçektir. İdare mahkemesince kusurun tespiti amacıyla

¹⁸⁸ Dan. 15.D., 16/05/2016, E:2013/4526, K:2016/3551.

ilk olarak Kurum aracılığıyla inceleme yapılması yoluna gidilecektir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 282.maddesindeki açık düzenlemeyle aynı doğrultuda bahsi geçen Danıştay kararlarında da vurgulandığı üzere Kurumca hazırlanan raporlar mahkeme bakımından bağlayıcı değildir. Mahkemece temin edilen raporun tıbbi kusurun tespiti bakımından yeterli olup olmadığının irdelenmesi gerekmektedir. Bu irdeleme gerek uyuşmazlığın temelindeki olaya yönelik idari soruşturma neticesinde elde edilen veriler, gerek hekim ve yardımcı sağlık personeli ifadeleri araç olarak kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmelidir. Bu irdeleme neticesinde farklı ihtimaller söz konusu olabilmektedir.

İlk ihtimalde; Adli Tıp Kurumunca hazırlanan ve tıbbi kusurun tespiti konusunda eksikliği bulunmayan ve uyuşmazlığa yönelik her türlü belirsizliği gideren raporların mahkemece kurulacak hükümde esas alınması gerekecektir, ikinci ihtimalde ise Kurumca hazırlanan rapor, tıbbi kusurun tespiti noktasında yetersizdir. Bu halde mahkemece yeni bir rapor alınması yoluna gidilecektir, diğer ve son ihtimalde ise temin edilen raporun tıbbi kusurun tespiti bakımından yetersiz olduğu ancak idarece gerçekleştirilen incelemeler ile elde edilen veriler ve dosya içeriğinden tıbbi kusurun açık olduğu durumlarda yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılmasına gerek olmaksızın hüküm kurulması yoluna gidilebilecektir.

Sonuç olarak Adli Tıp Kurumu tarafından resmi bilirkişi sıfatıyla gerçekleştirilen bilirkişi incelemesi sonucu hazırlanan raporlar takdiri delil niteliği taşırlar ve tıbbi kusurun tespitinde büyük önem arz etmekle birlikte yardımcı rol oynarlar. İdare mahkemesince her uyuşmazlık özelinde tıbbi kusurun tespiti noktasında dosyada mevcut her türlü veriyi irdelenmek suretiyle gerektiği durumda Adli Tıp Kurumu'ndan bilirkişi sıfatıyla yardım alarak temin edilen ve uyuşmazlığın çözümü noktasında mihenk taşı olan kusur tespiti bakımından yeterli bulunan rapor ile mevzuat ve yasal düzenlemeler ışığında uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmelidir.

2.5.1.1.Kusurun Tespiti Bakımından Yetersiz Rapor Düzenlenmesi

İdare mahkemeleri tarafından tıbbi kusurun tespitine yönelik olarak Adli Tıp Kurumu'nca hazırlanan raporların, kusur tespitinde ve dolayısıyla uyuşmazlığın çözümünde büyük önem arz ettiği bu nedenle de düzenlenen raporların idare

mahkemelerince irdelenerek tıbbi kusurun tespiti noktasında hükme esas alınabilecek nitelikte olup olmadığı hususunun tartışılması gerektiği üzerinde durulmuştur.

Kimi durumlarda Adli Tıp Kurumu'nca mevzuata uygun şekilde teşekkül etmiş ihtisas kurullarınca hazırlanan raporlar uyuşmazlığın çözümünde, bir başka ifade ile tıbbi kusurun tespitinde ve dolayısıyla mahkemede kanaat oluşturma noktasında yetersiz kalmaktadır.

Danıştay, tıbbi kusurun tespitine yönelik olarak hazırlanan Adli Tıp Kurumu raporlarının hangi nitelikleri taşıması gerektiğine yönelik olarak; Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurullarınca bildirilen görüşlerin, görülen davalarda öne sürülen iddiaları bilimsel ve teknik yönden karşılayacak nitelikte ve yeterlilikle olması gerektiğini vurgulamıştır¹⁸⁹.

Danıştay bir başka kararında; tıbbi müdahalede bulunan hekimlere yönelik olarak yapılan suç duyurusu nedeniyle yürütülen soruşturma kapsamında Adli Tıp Kurumu'nca hazırlanan raporu hükme esas almak suretiyle karar veren idare mahkemesi kararını; rapor üzerindeki inceleme neticesinde, Adli Tıp Kurumu'nca uyuşmazlığın çözümü için gerekli görülen tıbbi bilgi ve belgeler temin edilmeksizin sadece tedaviyi uygulayan hekimin soyut ifadesine dayanılarak rapor hazırlanması nedeniyle, düzenlenen raporun tıbbi kusurun tespiti bakımından yetersiz olduğu ve yeniden Adli Tıp Kurumu'na başvurularak tıbbi kusurun tespiti maksadıyla inceleme yaptırılması gerektiği gerekçesiyle bozmuştur¹⁹⁰.

Kanaatimizce, Adli Tıp Kurumu'nca düzenlenerek dava dosyasına sunulan raporlara yönelik olarak, idare mahkemelerince, tıbbi uygulamadan kaynaklanan zararın hangi noktada oluştuğunun tespiti sonrasında, tıbbi uygulamanın kusurlu olup olmadığının belirlenmesinde kurumca yürütülen faaliyetlere eleştirel yaklaşılması gerekmektedir. Bu görüşümüzü destekler nitelikteki Danıştay kararında; spinal anestezi ile başlanmasına rağmen yeterli uyusukluk sağlanmaması nedeniyle genel anestezi ile devam ettirilen bir operasyon sonrası oluşan zararın tazminine yönelik uyuşmazlıkta; idare mahkemesinin Adli Tıp Kurumu raporu uyarınca verdiği davanın reddine yönelik kararı, operasyon sırasında anestezi yönteminin değiştirilmesi durumuna dikkat çekilmek suretiyle; hastaya uygulanacak anestezi yönteminin

¹⁸⁹ Dan. 15.D., 05/05/2016, E:2013/13516, K:2016/3192.

¹⁹⁰ Dan. 15.D., 24/11/2016, E:2013/4034, K:2016/5704.

seçilmesinde müdahale öncesinde yeterli tetkik ve inceleme yapıp yapılmadığına yönelik olarak Adli Tıp Kurumu'nca hazırlanan raporun yeterince ayrıntılı ve açıklayıcı olmadığı belirtilerek bozulmuştur¹⁹¹.

Görüldüğü üzere, usulüne uygun olarak hazırlanmış olsa dahi dava dosyasına sunulan raporların, idare mahkemesince, kusurun tespiti noktasında yeterliliğinin sorgulanması gerektiği açıktır. Bu hassasiyet, yargılamanın ilk aşamasında ortaya çıkarılan eksikliklerin hızlı şekilde tamamlanması neticesinde uyuşmazlığın çözümünün adil yargılanma hakkının ihlali sonucunu doğuracak derecede uzamasının önüne geçecek ve maddi gerçeğe ulaşarak uyuşmazlığın çözümü yolunu açacaktır.

2.5.1.2.Raporun Eksik Hekimle Düzenlenmesi

Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesi tarafından bilirkişi raporunun hazırlanması ve tıbbi hatanın irdelenmesi aşamasında, uyuşmazlığa konu tıbbi müdahale ile ilgili uzmanlığa sahip hekimlerin bilirkişi heyeti niteliği taşıyan ihtisas dairesi üyeleri arasında veya genel kurulda bulunmaları gerekmektedir.

Mevzuat uyarınca Adli Tıp Kurumu bünyesindeki ihtisas kurulları bir başkan ve işin niteliğine göre uzmanlık alanları değişen dört üyeden oluşmaktadır. İhtisas kurulunda üye eksikliğinin bulunması durumunda diğer ihtisas kurullarından uzmanlık alanlarına göre eksik üyelerin tamamlanabileceği düzenlenmiştir. Anılan düzenlemenin devamında, eksik üyenin uyuşmazlığa ilişkin tıbbi müdahale ile ilgili alanda uzman olması halinde müzakere yapılamayacağı açıkça kurala bağlanmıştır. Bir başka ifade ile inceleme konusu tıbbi müdahalenin ilgilendirdiği alanda uzman hekim bulunmaksızın ihtisas kurulunca inceleme ve müzakere yapılamayacaktır¹⁹². Aksi durumda hazırlanan rapor açık mevzuat hükmüne aykırı olarak düzenlenmiş olduğundan hukuka aykırı olacak ve hükme esas alınamayacaktır.

Bilirkişi incelemesinin uzmanlık ve teknik bilgi gerektiren bir uyuşmazlığın çözümünde vazgeçilmez olduğu gözetildiğinde, inceleme neticesi elde edilecek verinin doğru, akılcı ve hukuka uygun olması gerektiği kaçınılmazdır. Bu noktada,

¹⁹¹ Dan. 15.D., 12/06/2014,E:2013/3988, K:2014/5131.

¹⁹² Bu konuya II.Bölüm başlığı altında değinilmiştir. Bkz.s.47.

iḣtisas kurullarında gerçekleştirilen müzakereler sonucunda kaleme alınan raporların uyuşmazlık konusu tıbbi müdahale de dikkate alınarak hangi hekimlerin katılımı ile düzenlendiğinin mahkemece irdelenmesi ve buna göre bir yol izlenmesi gerekmektedir. Uyuşmazlığın z olarak mahkemeye taşınan tıbbi müdahalenin hangi tıp uzmanlık alanları ile ilgili olduğunun tespiti ve buna göre bir iḣtisas kurulunun oluşturulması sorumluluğu Adli Tıp Kurumu'ndadır. Ancak Kurum'un bu sorumluluğunun hâkimin düzenlenen raporu irdeme ve iḣtisas kurulunun usulüne uygun olarak toplanıp toplanmadığını sorgulama yükümlülüğünü ortadan kaldırdığı düşünülemez.

Uygulamada idare mahkemelerine sunulan bilirkişi raporlarının, konunun uzmanı hekimlerce hazırlanıp hazırlanmadığı hususunun çoğunlukla irdelenmediği görülmektedir. Bu duruma, tıbbi uyuşmazlığın hangi tıp uzmanlık alanına girdiğinin tespitinin de bazı durumlarda teknik ve uzmanlık bilgisi gerektirdiği gerçeğinin neden olduğu savunulabilir. Ancak, Danıştay'ın yerleşmiş içtihadı; iḣtisas kurullarının usulüne uygun olarak oluşturulmamış yani uyuşmazlığa konu tıbbi müdahale ile ilgili uzmanlığa sahip hekimlerin bulunmadığı iḣtisas kurullarınca düzenlenen raporların uyuşmazlığın çözümünde ve dolayısıyla tıbbi hatanın tespiti noktasında yetersiz olduğu ve bu nitelikteki raporların hükme esas alınamayacağı yönündedir.

Yüksek Mahkeme; ailesel akdeniz ateşi (FMF) hastalığı şüphesiyle ve karın ağrısı şikayetiyle idareye bağlı sağlık kuruluşuna başvuran davacılar yakınının, geçirdiği apandisit ameliyatı sonrasında şikayetlerinin geçmemesi üzerine tekrar ameliyata alındığında bağırsaklarında yırtılma olduğunun tespit edilmesi sonrasında sepsis nedeniyle hayatını kaybetmesi üzerine idarenin ağır hizmet kusuru bulunduğundan bahisle açılan tam yargı davasında, idare mahkemesince daha önce verilen kararın bozulması akabinde Adli Tıp Genel Kurulu'ndan temin edilen rapor doğrultusunda tıbbi hata bulunmadığından bahisle davanın reddine yönelik olarak verdiği kararı; hükme esas alınan bilirkişi raporunu hazırlayan hekimler arasında FMF hastalığı ile ilgili uzmanlık alanı olan romatoloji doktoru ile bağırsakta gerçekleşen yırtık ile ilgili olarak gastroenteroloji doktorunun müzakerelere katılmadığı, raporun yalnızca bir genel cerrahi uzmanı ile bir iç hastalıkları uzmanı ile hazırlandığı bu nedenle tıbbi hata bulunmadığı yönünde görüş bildiren ve hükme

esas alınan raporun davacıların dava dilekçesi ve uzman görüşleri ile ortaya koyduğu iddiaları tam ve eksiksiz olarak karşılamaktan uzak ve içerik olarak yetersiz olduğu gerekçesi ile bozmuştur¹⁹³.

Yüksek Mahkeme kararın devamında bir üniversite hastanesi bünyesinde; genel cerrahi ve iç hastalıkları uzmanlarının yanı sıra, romatoloji, gastroenteroloji ve nefroloji uzmanlarından oluşacak bir bilirkişi heyeti aracılığıyla yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ve yeniden yapılacak incelemede FMF hastalığıyla davacıya uygulanan tıbbi tedavi ve uygulamalarda hizmet kusuru bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Danıştay bir başka kararında da; davacının geçirdiği bağırsak ameliyatı sırasında idrar yollarına giden damarlara ve sinirlere zarar verildiğinden bahisle uğradığı zararın tazmini istemiyle açtığı davada, idare mahkemesince Adli Tıp Kurumu aracılığıyla yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde tıbbi hata bulunmadığı yönünde verilen görüş doğrultusunda verilen davanın reddi yolundaki kararı, davacının idrar torbasının ağız kısmında bulunan kapağa ait damar ve sinirlere zarar verildiğine yönelik iddialarının, düzenlenen rapor ile karşılanmadığı gerekçesi ile bozmuştur. Anılan bozma kararının devamında, raporu hazırlayan ve imzalayan heyette üroloji uzmanı hekimin de bulunmamasının maddi gerçeğin ortaya çıkmasını engellediğini vurgulamıştır¹⁹⁴.

Alıntılanan ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarından örneklenen kararlarda; Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporların uyuşmazlık konusu tıbbi uygulamayla ilişkili uzman hekimler tarafından hazırlanıp hazırlanmadığı hususu irdelenmiş ve buna göre raporların hukuka uygunluğu ve uyuşmazlığı çözme noktasındaki yeterliliği hakkında karar verilmiştir. Bu kapsamda idare mahkemelerince de yargılama sırasında temin edilen raporların düzenlenmesinde ve müzakerelerde uyuşmazlığa konu tıbbi müdahale ile ilgili uzman hekimin varlığının irdelenmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Danıştay'ın temyizen incelediği ve idare mahkemesince verilen karardan uzun yıllar sonra, basit bir irdelemeye tespit ettiği eksiklik nedeniyle yargılamanın başa dönmesi davacılar açısından adil yargılanma haklarının ihlal edildiğine yönelik yakınmalara neden olmaktadır. Daha önce de

¹⁹³ Dan. 15.D., 21/12/2017, E:2017/61, K:2017/7694.

¹⁹⁴ Dan. 15.D., 17/05/2018, E:2014/1385, K:2018/4941.

belirtildiği üzere Adli Tıp Kurumu raporların hazırlanmasına yönelik mevzuat kurallarına uymak zorundadır. Ancak idare mahkemelerince de yargılamanın ilk derece ayağında hükme esas alınan rapor bakımından en azından raporların mevzuata uygun olarak düzenlenip düzenlenmediği noktasında gerekli hassasiyet gösterilmelidir.

Sonuç olarak, Danıştay'ın yerleşik içtihatları ve Adli Tıp Kurumu'nun teşkilat ve görevlerine ilişkin mevzuat hükümlerindeki açık düzenleme karşısında tıbbi hatanın tespiti noktasında büyük önem arz eden, İhtisas Kurulları veya Genel Kurul tarafından hazırlanan raporlarda tıbbi müdahaleyle ilgili uzman hekim bulunmadan görüş bildirilmiş olması, düzenlenen raporun hükme esas alınmasına engel teşkil etmekte ve uyuşmazlığın çözümü noktasında yetersiz kalmaktadır.

2.5.1.3.Adli Tıp Kurumu Raporunun Aşıldığı Durumlar

Tıbbi müdahaleden kaynaklı tam yargı davalarında, idari eylemin karşımıza tıp bilimi ve onun gerektirdiklerine bağlı olarak gerçekleştirilen bir takım uygulama ve davranışlar olarak çıktığı dikkate alındığında, bu anlamda uzmanlığı bulunmayan idare mahkemesi hâkimi tarafından bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluna başvurulmasının büyük çoğunlukla bir zorunluluk olduğu düşünülebilir. Ancak, kimi durumlarda yürütülen sağlık hizmeti kapsamındaki faaliyetlerin ilerleyişi ve bu faaliyetler kapsamında atılan adımların, idare hukukunun, idarenin sorumluluğuna yönelik genel ilkeleri ışığında irdelenerek, tıbbi müdahalenin hatalı yapıldığına ve dolayısıyla idarenin kusurlu sorumluluğunun gündeme geleceği sonucuna varılabilmektedir.

İdare mahkemesi tarafından, uyuşmazlığa yönelik olarak elde edilen her türlü bilgi ve belgenin, henüz bilirkişi incelemesi yaptırılmasına karar verilmeden önce bir bütün olarak değerlendirilmesi ve idarenin sorumluluk hallerine ilişkin genel düzenlemeler ışığında uyuşmazlığın çözümünün mümkün olup olmadığı hususunun irdelenmesi gerektiği tartışmasızdır. Ancak bu durum çoğu zaman sağlık hizmetinin yürütülmesine yönelik olarak idarenin ağır kusurunun bulunduğu ya da daha çok idarenin yürüttüğü sağlık hizmetine ilişkin organizasyonundaki aksaklıklardan kaynaklanan uyuşmazlıklar bakımından, bir başka ifade ile idarenin kusurunun daha

ayırt edilebilir olduğu, tıp biliminin gerektirdiği uzmanlık bilgisine ihtiyaç duyulmayan hallerde mümkün olmaktadır.

Danıştay, sağlık hizmetinin kusurlu şekilde işletildiğinin dosya kapsamından anlaşıldığı durumlarda, dosya özelinde yapılan incelemeler ışığında uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilebileceğini temyizen yaptığı incelemelerde vurgulamıştır. Bu minvaldeki bir kararında¹⁹⁵; davacının eşinin gerçekleştirilen amniyosentez işlemi sonrasında septik şok ve çoklu organ yetmezliği nedeniyle hayatını kaybetmesi nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan ve idare mahkemesince reddedilen davada, gerçekleştirilen amniyosentez uygulaması ile ilgili olarak girişiminin kaç kez denendiğine ve girişim sayısına yönelik olarak herhangi bir kayıt tutulmadığı, makul bir ara verilmeksizin ilk girişimin ertesi gün tekrar girişimde bulunulması ile davacının yakınının ölümü arasında nedensellik bağının bulunduğu belirtilerek, idarece sağlık hizmetinin kötü işletildiği sonucuna varılmış ve davacının uğradığı maddi ve manevi zararın tazmini gerektiği gerekçesi ile incelemeye konu idare mahkemesi kararını bozmuştur.

Benzer nitelikteki bir başka kararında Yüksek Mahkeme; prematüre olarak doğmuş davacıların bebeğinin, doğum sonrasında, yanlış ve geç müdahaleler sonucunda gözünde meydana gelen kalıcı hasar nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle açılan ve idare mahkemesince Adli Tıp Kurumu aracılığı ile yaptırılan bilirkişi incelemesi neticesinde reddedilen davada; miadından önce doğan bebeklerde görülen ROP adı verilen prematüre retinopatinin gelişiminde birçok faktörün rol oynadığı ve özellikle davacıların çocuğunda olduğu gibi bir kilogram altında doğan bebeklerde erken dönemde ROP gelişebileceği için bebeklerin ROP muayenesinin yapılması ve bu muayenenin deneyimli bir göz hekimi tarafından iki-üç haftalık aralıklarla gerçekleştirilmesi gerektiği tespitlerine yer verilmiştir. Anılan kararın devamında adı geçen hastalığın erken teşhis edilmesi durumunda tedavisinin mümkün olduğu hususu vurgulanmıştır. Bu sonuca karardan da açıkça anlaşılaı üzere adı geçen hastalıkla ilgili olarak bilimsel yayınların irdelenmesi neticesinde ulaşılmıştır. Yüksek Mahkeme, re'sen araştırma ilkesinin bir gereği olarak uyuşmazlığa konu rahatsızlık ile ilgili temel bilgileri bilimsel yayınlar aracılığı ile

¹⁹⁵ Dan.15D., 17/04/2018,E:2013/11488, K:2018/3852.

temin ederek, uyuşmazlığın özünün davacıların bebeğindeki rahatsızlığın erken aşamada teşhis edilebilmesi için gerekli tıbbi girişimlerin yapılıp yapılmadığı noktasında yoğunlaştığı sonucuna varmıştır.

Yüksek Mahkeme, davalı idare tarafından dava dosyasına sunulan hasta dosyasını irdeleyerek prematüre olarak doğan bebeğe yönelik olarak gerçekleştirilen ve hastalığın tespiti için hayati önem taşıyan ilk ve sonrasında yapılan muayenelere ilişkin kayıt ve belgelerin düzenli olarak tutulmadığı hususlarını hastalığa yönelik olarak yürüttüğü araştırma sonucu elde ettiği bilgiler ışığında tespit etmiştir.

Tüm bu değerlendirmeler neticesinde, davacıların bebeğinin davalı idareye bağlı hastanede dünyaya geldiği, prematüre doğumun yaratabileceği risklerin takibi ve bertaraf edilmesi görevinin sadece anne ve babaya değil, böyle bir doğumun ve tedavi sürecinin sonuçlarının izlenmesinin yürütülen sağlık hizmetinin bir gereği olduğu, hizmet gereklerinin ise düzgün olarak yerine getirilip getirilmediği hususuna, düzenlenen muayene raporlarının özensizliği karşısında ihtiyatla yaklaşılması gerektiği, bu nedenle davacıların bebeğine sunulan kamu hizmetinin kusurlu işletildiğinin, gereken özenin gösterilmediğinin dosya içeriğinden anlaşıldığı gerekçesi ile idare mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir.¹⁹⁶

Görüldüğü üzere, tıbbi müdahaleden kaynaklanan tam yargı davalarında, tıbbi kusurun varlığının tespitine yönelik olarak her durumda bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluna başvurulması gerekmemektedir. Bahsi geçen her iki kararda da Danıştay’ca, dava dosyasındaki uyuşmazlığa ilişkin her türlü bilgi ve belge ile tıbbi kayıtların ve gerektiği durumlarda bilimsel çalışmaların incelenmesi yoluyla uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmektedir.

Kanaatimizce Danıştay’ın uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak izlediği yolun idare mahkemelerince de dikkate alınarak, tıbbi müdahaleye ilişkin kayıtların, dava dosyasında bulunan uyuşmazlığa yönelik her türlü bilgi ve belgenin, tıbbi müdahaleye ilişkin olarak en azından temel bilgilerin bilimsel kaynaklar kullanılmak suretiyle irdelenmesi ile bir sonuca varılamaması ya da uyuşmazlık konusunda bir fikir edinildikten sonra bilirkişi incelemesi yaptırılması yolunun tercih edilmesi, usul

¹⁹⁶ Dan.15D., 06/02/2019,E:2015/226, K:2019/400.

ekonomisi ve adil yargılanma ilkelerinin yargılamada hayata geçirilebilmesi bakımından büyük önem arz etmektedir.

2.5.2. Raporlara Yönelik İtirazların Ortak Noktaları

İdare mahkemelerince temin edilen ve Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporların bilirkişi raporu niteliği taşıdığı noktasında duraksama bulunmamaktadır. Kurumca hazırlanarak dava dosyasına raporun sunulmasından sonra mahkemece gerçekleştirilecek iş ve işlemler bakımından İYUK'ta ayrıkısı düzenleme bulunmamakta olup, anılan Kanun'un 31.maddesi ile HMK'ya yapılan atıf uyarınca bu Kanun'un ilgili hükümleri uygulama alanı bulmaktadır.

İdare mahkemesince dava dosyasına sunulan rapor, davanın taraflarına tebliğ edilir. HMK'nın 281.maddesinin birinci fıkrası uyarınca tebliği izleyen günden itibaren iki hafta içinde taraflarca eksik gördükleri hususların bilirkişiye tamamlattırılması, belirsiz gördükleri hususlar hakkında ise, bilirkişinin açıklama yapmasının sağlanması ya da başka bir bilirkişi görevlendirmesi yapılması talep edilebilir¹⁹⁷.

Raporun taraflara tebliğinden itibaren başlayan iki haftalık sürenin idare mahkemesince beklenmesi ve tarafların bilirkişi raporuna yönelik haklarını kullanmasına fırsat tanınması gerekmektedir. Danıştay iki haftalık bu sürenin beklenmeksizin karar verilmesini bozma nedeni saymaktadır¹⁹⁸.

Tarafların bilirkişi raporuna yönelik iddiaları ve eleştirileri hiç şüphe yok ki raporun tıbbi kusurun varlığına yönelik tespitine göre değişiklik gösterecektir. Ancak raporun tıbbi kusurun varlığına ya da tıbbi müdahalede kusur bulunmadığına yönelik olarak düzenlenmesi durumunda çoğunlukla raporun aleyhine tespitler içerdiği tarafça yeniden bilirkişi incelemesi yaptırılması ya da Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen raporun yetersiz olduğu ve Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu tarafından rapor düzenlenmesi gerektiği yönünde itirazlarda bulunmaktadır.

İdarenin sorumluluğunu gerektiren tıbbi kusurun bulunmadığı yönünde görüş bildiren raporlara yönelik olarak ileri sürülen itirazlar farklılık arz etmektedir. Bu

¹⁹⁷ Candan, s.848.

¹⁹⁸ Dan.7D. 26/11/1985, E:1985/1784, K:1985/2827..

kapsamda idare mahkemeleri tarafından tıbbi müdahaleden kaynaklanan tam yargı davalarında yalnızca ve ısrarla Adli Tıp Kurumu aracılığıyla bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluna gidilmesi eleştirilmekte ve bu konuda mahkemeleri zorlayıcı herhangi bir kanuni düzenleme bulunmadığı vurgulanmaktadır¹⁹⁹. Gerçekten de idari yargılama usulü bakımından tıbbi müdahaleden kaynaklı tam yargı davalarında bilirkişi incelemesinin yalnızca resmi bilirkişi sıfatıyla Adli Tıp Kurumu tarafından yaptırılmasını zorunlu kılan herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak yıllardır süre gelen uygulamanın devam ettirilerek tıbbi hatanın tespitine yönelik olarak gerçekleştirilen bilirkişi incelemelerinde Adli Tıp Kurumu tercih edilmektedir. Bu duruma Danıştay'ın resmi bilirkişi olarak Adli Tıp Kurumu'nun tercih edilmesi gerektiğine yönelik yerleşmiş içtihatlarının neden olduğu söylenebilir²⁰⁰.

Son tarihli kararlarında Danıştay resmi bilirkişi olarak Adli Tıp Kurumu'nun yanı sıra büyük merkezlerde bulunan üniversitelerin bünyesindeki anabilim dallarından seçilecek hekimlerden oluşturulacak bilirkişi heyetlerine inceleme yaptırılabilirliğini belirtmektedir²⁰¹. Bu içtihat değişikliğine Adli Tıp Kurumu'nun resmi bilirkişi sıfatıyla ülke genelindeki tüm idare mahkemelerince tercih edilmesi neticesinde oluşan iş yükünün yargılamanın uzaması sonucunu doğurduğu gibi raporların niteliğinde ve uyumsuzluğun çözümüne yönelik yeterliliği noktasındaki kötüye gidişin neden olduğu söylenebilir. Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporlar esas alınarak idare mahkemelerince verilen kararların, temin edilen raporların yetersizliği vurgulanmak suretiyle yeniden ve Adli Tıp Kurumu dışında resmi bilirkişi tarafından inceleme yaptırılması gerektiği gerekçesi ile verilen bozma kararlarındaki artış bizi bu sonuca götürmektedir.

Sonuç olarak, Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporlara yönelik itirazlar ve bu raporların uyumsuzluğun çözümü noktasındaki yetersizliklerine yönelik olarak Danıştay'ca yapılan tespitleri, Yüksek Mahkeme'nin yerleşik içtihadında değişikliğe gitmesine neden olmuş ve resmi bilirkişi sıfatıyla üniversitelerden faydalanılmasının yolu açılmıştır.

¹⁹⁹ Serkan Çınarlı, Abdullah Hızal, Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bilirkişilik Uygulamaları, **İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 2, Sayı 1, İstanbul 2015, s.143-185.

²⁰⁰ Dan. 10.D., 23/09/2019, E:2019/6046, K:2019/5915.

²⁰¹ Dan. 15.D., 13/12/2018, E:2018/1958, K:2018/8232.

2.6. ALTERNATİF RESMİ BİLİRKİŞİ UYGULAMALARI

2.6.1. Genel Olarak

Mahkemeler aracılığıyla, bilirkişi kurumlarına hasta haklarının ihlal edildiğine ve tıbbi uygulama hatası yapıldığından bahisle yapılan başvurularda son yıllarda görülen artışın önceki yıllara göre daha yüksek rakamlara ulaştığı bilinmektedir²⁰². Yargı mercileri tarafından başvuru ve tıbbi bilirkişilik görevini üstlenen kurumlar, hastalar üzerinde meydana gelen travmaları veya aile fertlerinin iddialarını mahkemelerde hukuki olarak temellendirilebilir şikâyetlere ya da istemlere çevirmede önemli role sahiptirler. Aynı zamanda tıbbi bilirkişiler uyuşmazlığın çözümüne yönelik olarak yargılamayı yürüten mahkemelere bu anlamda büyük katkı sağlamaktadırlar, hiç şüphesiz bu katkı kendi uzmanlık alanlarında evrensel kabul gören bilimsel gerçekleri mahkeme heyetine sunmak ile gerçekleşebilir²⁰³.

Çalışmamızın önceki bölümlerinde detaylı olarak açıklandığı üzere, tıbbi müdahaleden kaynaklı olarak yürütülen ceza veya hukuk yargılamalarında ülkemizde resmi bilirkişilik faaliyeti, Adli Tıp Kurumu, üniversiteler ve çok daha nadiren Tabip Odaları eliyle yürütülmektedir.

Tıbbi müdahaleden kaynaklı cezai sorumluluğa ilişkin olarak yürütülen ceza yargılamalarında, sanık pozisyonunda bulunan hekimin mesleki kusuru bulunup bulunmadığının Yüksek Sağlık Şurası'ndan sorularak sonucuna göre hukuki durumun tayinine gidilmesi zorunluluğu Anayasa Mahkemesi²⁰⁴'nin bu zorunluluğa ilişkin Kanuni düzenlemenin Anayasadaki mahkemelerin bağımsızlığı ve adil

²⁰² Cem Akbıyık, Sağlık Personelinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğunun Resmi Bilirkişilik Uygulaması Açısından İncelenmesi, **Fasikül Hukuk Dergisi**, Cilt 2, Sayı 4, Mart 2020, s.22-27.

²⁰³ İ.Hamit Hancı, **Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.12.

²⁰⁴ Anayasa Mahkemesi'nin 03/06/2010 tarih ve E:2009/69, K:2010/79 sayılı kararında; Ceza davasında amacın maddi gerçeğin ortaya çıkarılması olduğu, itiraza konu kuralın, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930'lu yıllarda YSS'na resmi bilirkişilik görevi verilmesine ilişkin olduğu, söz konusu kuralda, mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapıyla faaliyet gösteren YSS'nın görüşünü almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurul'un görüşünün alınması için belli bir süre de öngörülmemesinin davaların gereksiz yere uzamasına neden olduğu ve bu durumun Anayasadaki mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçelerine yer verilmiştir.

yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı gerekçesi ile iptal etmesi üzerine ortadan kalkmıştır.

Ceza mahkemelerince yürütülen yargılamalarda uzun süre uygulama bulan ve mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılanma ilkesine aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilen Yüksek Sağlık Şurası'na başvuru zorunluluğu idari yargılama açısından hiç gündeme gelmemiştir. Bir başka ifade ile idare mahkemeleri yukarıda zikredilen resmi tıbbi bilirkişilerden dilediğine başvurmak konusunda özgürdür²⁰⁵. Ancak uygulamada büyük çoğunlukla ve ısrarla idare mahkemelerince Adli Tıp Kurumu aracılığı ile bilirkişi incelemesi yaptırılmakta ve Kurum tarafından verilen rapordaki görüş uyarınca uyuşmazlığın çözümü yoluna gidilmektedir.

Gerek tıbbi hatadan doğan uyuşmazlıkların sayısındaki artış, gerekse idare mahkemelerinin yanı sıra diğer yargı kolundaki mahkemelerce Adli Tıp Kurumu'na resmi bilirkişilik görevi nedeniyle başvuruluyor olmasının, Kurumun işleyişinde ciddi sorunların yaşanmasına ve raporların düzenlenerek dava dosyasına sunulması sürelerinin uzamasına neden olduğu yadsınamaz bir gerçektir. Bu gerçeğin Danıştay'ın resmi bilirkişilik uygulamalarına yönelik yerleşik içtihatlarında değişikliğe gitmesine neden olduğundan bahsedilmiştir.

Çalışmamızın bu bölümünde, resmi bilirkişi sıfatı bulunan ancak idare mahkemelerince çoğunlukla tercih edilmeyen yükseköğretim kurumlarına bağlı tıp fakültelerinin anabilim dalları aracılığıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmasına yönelik uygulamalar Danıştay'ın değişen içtihatları ışığında irdelenecektir.

2.6.2. Yükseköğretim Kurumlarının Bilirkişilik Görevi

2.6.2.1.Genel Olarak

2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'nun 38.maddesinin ikinci fıkrasında; Yükseköğretim Kurulu'nun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile

²⁰⁵ Danıştay 15.Dairesinin idare mahkemesince hükme esas alınan ve Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporun yetersiz olduğu gerekçesi ile idare mahkemesi kararının bozulması yönünde verdiği 03/10/2018 tarih ve E:2016/32, K:2018/6606 sayılı kararında; idare mahkemesince Adli Tıp Kurumu Üst Kurulundan, Yüksek Sağlık Şurası'ndan veya üniversite öğretim üyelerinden teşkil edilecek yeni bir bilirkişi heyeti tarafından yeni bir rapor alınmak suretiyle uyuşmazlığın çözülmesi gerektiği gerekçesine yer vermiştir.

yükseköğretim kurumlarının veya birimlerinin, ilgili adli mercilerin talebi ile adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilecekleri açıkça düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca üniversitelerin tüm fakülteleri, yüksekokulları ve enstitüleri resmi bilirkişi sıfatı ile yargılamaya katılabileceklerdir²⁰⁶.

Üniversitelerin resmi bilirkişi olarak görev alabileceklerine yönelik olarak Yükseköğretim Kanunu'nu dışında Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 31.maddesinde de düzenleme bulunmaktadır. Anılan maddede; yükseköğretim kurumları veya birimlerinin, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Kanunu'na göre resmi bilirkişi sayılacağı ve adli tıp ile ilgili işlerde bilirkişilik görevine ilişkin düzenlemelerin yönetmelikle belirleneceği düzenlenmiştir. Madde metninde bahsi geçen yönetmelik Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği olup, bu Yönetmeliğin 18.maddesinin (j) bendinde; 2547 sayılı Kanunu'nun 38.maddesi gereğince resmi bilirkişi olarak görevlendirilecek olan adli tıpla ilgili bölüm veya birimdeki uzman elemanların bulundukları şehirdeki adli olaylarda resmi bilirkişi sayılacağı, aynı maddenin (k) bendinde ise; yükseköğretim kurumlarınca muayene edilen kişilere hazırlanan raporların bu yönetmelik esasları dâhilinde düzenlenmesi gerektiği kurallarına yer verilmiştir.

Gerek 2547 sayılı Kanun gerekse Adli Tıp Kurumu Kanunu ve uygulama yönetmeliğindeki düzenlemeler çerçevesinde; adli tıp ile ilgili olaylarda tıp fakültelerinin, adli tıp enstitülerinin, sağlık bilimleri enstitülerinin söz konusu olay ile ilgili anabilim dallarının veya bu anabilim dallarındaki öğretim elemanlarının, resmi bilirkişi olarak görev yapabilecekleri anlaşılmaktadır²⁰⁷.

2.6.2.2.Bilirkişi Olarak Görevlendirme

Üniversiteler kamu tüzel kişilikleri bulunan kamu kurumları olduklarından resmi bilirkişilik sıfatı üniversite tüzel kişiliği adına kullanılmaktadır. Bu kapsamda üniversite bünyesinde görevli ve bilirkişilik yapacakların idare mahkemeleri

²⁰⁶ Ülkü Çınar, Adli Tıp İle İlgili Olaylarda Yükseköğretim Kurumlarının Bilirkişilik Görevi, **Adli Bilimler Dergisi**, Cilt 8, S 2, 2009, s.36-4.

²⁰⁷ Çınar, s.39.

tarafından üniversitelerden resmen yazılı olarak istenilmesi, üniversite yönetimi tarafından da bilirkişi olarak görevlendirileceklerin isimlerinin resmi olarak idare mahkemesine bildirilmesi gerekmektedir.

6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu daha önce de bahsedildiği üzere gerçek kişilerce yürütülen bilirkişilik faaliyetlerinin gündeme geldiği durumlarda uygulama bulacaktır. Ancak uygulamada üniversiteler ile yapılan resmi yazışmalar neticesinde belirlenen bilirkişilerin atamasına yönelik talepler bilirkişilik listesi dışından atandıkları gerekçesi ile bölge kurullarınca reddedilmektedir. Bu durum üniversitelerin resmi bilirkişi sıfatına haiz oldukları düşünüldüğünde 6754 sayılı Kanun kapsamı dışında oldukları gerçeği de dikkate alındığında yukarıda bahsi geçen mevzuat hükümlerine ve bilhassa 6754 sayılı Kanun'a aykırıdır. Bilirkişilik bölge kurulunca atama talebinin reddedilmesi durumunda idare mahkemesince; bilirkişilerin seçilme nedenleri ve gerekçeleri açıklanmak suretiyle yeniden bilirkişi atama talebi yapılmakta bu durum yargılamanın gereksiz bir şekilde uzamasına neden olmaktadır.

2.6.2.3.Danıştay İçtihatlarında Yükseköğretim Kurumlarının Bilirkişilik Görevi

Tıbbi müdahale hatalarından kaynaklı tam yargı davalarında, idare mahkemeleri tarafından büyük çoğunlukla Adli Tıp Kurumu'nun resmi bilirkişi olarak görevlendirilmesi yoluna gidildiği, Danıştay'ın yerleşik içtihatlarında resmi bilirkişi olarak Yüksek Sağlık Şurası ile Adli Tıp Kurumu'nun zikredildiği ancak, Yüksek Mahkeme'nin son tarihli içtihatlarının resmi bilirkişi olarak üniversitelerden faydalanması gerektiğine yönelik değişim gösterdiğinden bahsedilmişti.

Danıştay'ın temyizen incelediği ve üniversiteler eliyle bilirkişi incelemesi yaptırılması gerektiği gerekçesi ile bozduğu kararların en önemli ortak noktası, idare mahkemesince uyuşmazlığın esası hakkında karar verilmeden önce Adli Tıp Kurumu aracılığı ile bilirkişi incelemesi yaptırılarak karar verilmiş olmasıdır.

Yüksek Mahkeme, bozma kararlarında, hükme esas alınan ve Adli Tıp Kurumu'na düzenlenen raporların uyuşmazlığın çözümünde yetersiz olduğu

gerekçesine dayanmakta ve yeniden gerçekleştirilecek bilirkişi incelemesinin üniversiteler eliyle yapılması gerektiğini vurgulamaktadır²⁰⁸.

Yüksek Mahkeme, davacıların bebeklerinin doğumu sırasında oksijensiz kalması nedeniyle ömür boyu sakat kalmasında idarenin hizmet kusuru bulunduğundan bahisle açılan ve idare mahkemesince Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen rapor hükme esas alınmak suretiyle reddedilen davada; Kurum tarafından düzenlenen raporun; davacıda gelişen kordon sarkmasının derhal sezaryene alınmasını gerektirir bir durum olup olmadığının, davacının bir saat sonra sezaryene alınmasının doğru olup olmadığının, kordon sarkmasının bebekte oksijen yetmezliğine sebebiyet verip vermediğinin, bebekte gerçekleşen zararın gerekli müdahalenin zamanında yapılmamasından mı kaynaklandığının yeterli açıklıkta ortaya koyamadığı gerekçesi ile idare mahkemesinin kararını bozmuştur. Danıştay bozma kararının devamında idare mahkemesince dava dosyasındaki belgeler gönderilerek büyük merkezlerde bulunan bir üniversite hastanesi anabilim dalı başkanlıklarında görevli üç öğretim üyesinden oluşacak bilirkişi heyetinden, gerekçede vurgulanan hususların açık ve anlaşılır şekilde cevaplandığı bir rapor alınarak yeniden karar verilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Danıştay'ın; idare mahkemeleri tarafından hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporunun, uyuşmazlığın çözümü bakımından cevaplanması zorunlu olan sorulara yanıt veremediği gerekçesi ile verilmiş çok sayıda bozma kararı bulunmaktadır²⁰⁹. Bozma gerekçelerinin ortak noktası; hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporlarının uyuşmazlığın çözümünde yetersiz olduğu tespitine dayanmalarıdır. Yüksek Mahkeme her uyuşmazlığa konu tıbbi olay özelinde uyuşmazlığın çözümü için sorulması gereken soruları tespit ederek, bu soruların cevabına yönelik olarak düzenlenen raporda açıklamalar aramaktadır. Bu bakımdan eksik olduğu tespit edilen raporlar esas alınarak verilen kararlar ise üniversite bünyesinde görev yapan ve uyuşmazlık konusu olayda uzman hekimlerden oluşturulacak yeni bir bilirkişi kurulu ile yeniden inceleme yapılması gerektiği gerekçesi ile bozulmaktadır.

²⁰⁸ Dan. 15.D., 19/04/2018, E:2013/13684, K:2018/3885..

²⁰⁹ Dan. 15.D., 29/11/2018, E:2018/1892, K:2018/7983.

Adli Tıp Kurumu'nca düzenlenen raporun yetersiz olması nedeniyle üniversiteler aracılığı ile bilirkişi yaptırılması gerektiği yönündeki bozma kararlarında, Danıştay çoğu zaman üç kişiden oluşacak uyuşmazlık konusu olayda uzman hekimlerden oluşan bilirkişi heyeti oluşturulması gerektiğini belirtmekle yetinirken, kimi kararlarında²¹⁰, bilirkişilerin tıpta uzmanlık alanları ve taşımaları gerektiği asgari akademik unvan seviyelerine ilişkin olarak da idare mahkemesine yol göstermektedir²¹¹.

Kanaatimizce, resmi bilirkişi sıfatı bulunduğu duraksama bulunmayan ve çalışmamızın konusu tıbbi malpraktis kaynaklı uyuşmazlıklarda bilirkişi olarak başvurulması kuvvetle muhtemel tıp fakültelerinin ülke geneline dağılımı da dikkate alındığında, tıbbi malpraktis kaynaklı tam yargı davalarında resmi bilirkişi olarak tercih edilmesine yönelik eğilim ve bu yöndeki içtihat değişikliği umut vericidir. İdare mahkemesi ile aynı bölgede bulunan ve mahkeme ile bilirkişiler arasında doğrudan temasın sağlanmasının daha muhtemel olduğu yükseköğretim kurumlarınca hazırlanan bilirkişi raporlarının gerek temin edilmelerinin kolaylığı gerekse öğretim üyeleri tarafından hazırlanmış olmaları nedeniyle bilimselliğinin tatmin edici olması oldukça önemlidir. Ancak bilirkişi temininde uyuşmazlığa konu tıbbi müdahalenin gerçekleştirildiği ya da gerçekleştirilen tıbbi müdahaleye yönelik olarak görüş beyan etmiş, yükseköğretim kurumuna bağlı tıp fakültelerinden bilirkişi temini yoluna gidilmemesi gerektiği unutulmamalıdır. Aksi durumda seçilen bilirkişilerin tarafsızlığı, görev yaptıkları kurumun davanın bir tarafı olması ya da daha önce uyuşmazlık konusu olay ile ilgili olarak bilimsel görüş bildirmiş olması nedeniyle gölgelenecektir.

²¹⁰ Dan. 15D. 20/12/2018, E:2016/6904, K:2018/8416.

²¹¹ Dan. 15D.23/10/2018, E:2018/1857, K:2018/7141.

SONUÇ

Sağlık hizmetlerine erişimin daha da kolaylaşması ve tıbbi uygulama çeşitliliğinde teknolojik ve tıbbi gelişmelere bağlı olarak yaşanan artış idari eylem yönüyle karşımıza çıkan tıbbi müdahale nedeniyle uğranılan zararın tazmini istemiyle idare mahkemeleri nezdinde açılan tam yargı davalarının sayısında ciddi bir artışa neden olmuştur. Bu tür uyuşmazlıkların çoğunlukla tıp biliminin teknik ve uzmanlık gerektiren niteliği gereğince bilirkişi marifetiyle çözülmesi gerekmektedir. Bu nedenle idare mahkemelerince gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin modern tıp biliminin ilke ve gereklerine uygun gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespiti maksadıyla resmi bilirkişi sıfatına haiz Adli Tıp Kurumu aracılığıyla bilirkişi incelemesi yaptırılmaktadır.

Bilirkişilik faaliyetleri, 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 2016 yılında yürürlüğe girdiği tarihe kadar, bu faaliyetlere yönelik olarak kanuni düzenleme bulunmaması nedeniyle idari yargılama özelinde İYUK'ta öngörülen düzenlemeler ile İYUK'un yollamasıyla HMK'daki genel düzenlemeler uyarınca yürütülmekteydi. Düzenlemeye yönelik bu eksiklik bilirkişiler tarafından sunulan hizmetin ve buna bağlı olarak tanzim edilen bilirkişi raporlarının niteliğinin ve yeterliliğinin tespit edilmesine ve bu bakımdan kalitenin yükseltilmesine katkı sağlayacak mekanizmaların geliştirilmesinin de önüne geçmekteydi.

6754 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi sonrasında gerçek kişilerle yürütülen bilirkişilik faaliyetleri anılan Kanun kapsamındaki kurallar ışığında yürütülmeye başlanmıştır. Bilirkişilik faaliyetlerinin kanuni bir düzenleme ile belli bir standarda bağlanması ve kamu görevi niteliği taşıyan bilirkişilik statüsünün belirlenmesine yönelik usul ve esasların belirlenmesi, uygulamada birçok aksaklığa neden olan karmaşayı önleyerek uygulama birliğini sağlamıştır. Bunun yanında bilirkişi raporlarının asgari düzeyde taşınması gereken özelliklere ilişkin olarak yapılan düzenlemeler ile bilirkişi olarak görev yapılabilmesi için bilirkişilik görevinin mahiyeti ve hukuki yönden işlevi bakımından başvuru sahiplerinin eğitim zorunluluğuna tabi tutulması düzenlenen raporlarının nitelik olarak iyileştirilmesine ve dolayısıyla uyuşmazlıkların çözümüne olumlu etki yaratmıştır.

6754 sayılı Kanun'un 3.maddesindeki açık düzenleme gereğince kanunlarda bilirkişilik hizmeti verebileceği öngörülen kurumlar ile yargı mercilerinin talebi üzerine bilimsel ve teknik görüş bildiren kamu kurum ve kuruluşları bu Kanunun kapsamı dışında tutulmuştur. Bu kapsamda çalışmamızın konusunu oluşturan Adli Tıp Kurumu aracılığı ile gerçekleştirilen iş ve işlemler bu Kanun kapsamı dışında olacaktır.

ATK, tıbbi müdahaleden kaynaklı tam yargı davalarında idare mahkemeleri tarafından resmi bilirkişi olarak sıklıkla tercih edilmektedir. Uygulamada diğer resmi bilirkişilerin neredeyse hiç tercih edilmediği söylenebilir. Bu durum Adli Tıp Kurumu'nu görev alanına giren konular bakımından bir tür merkezi bilirkişilik kurumu kimliğine büründürmüştür. Ancak ATK'nın "bağlı kuruluş" hukuki statüsünde bulunması ve teşkilat yapısı bu yükü kaldırmamaktadır. Gerekli hukuki süreç tamamlanmış olmasına rağmen ATK'nın taşra teşkilatını oluşturan grup başkanlıklarının ve şube müdürlüklerinin çok büyük bir kısmının fiilen kurulmamış olmasının da bu sonuca neden olduğu söylenebilir. Bunun yanında Kurumun bağlı kuruluş statüsüne rağmen kendine ait bir bütçesi bulunmamakta ve bu durum Kurumu Adalet Bakanlığı'nın ana hizmet birimlerinden farksız bir duruma sokmaktadır. Bilirkişilik faaliyetlerinin tarafsız ve bağımsız olarak yürütülmesi gerektiği gerçeği karşısında, yargılamanın davalı konumunda bulunan idarenin teşkilatı içerisinde örgütlenmiş bir Kurum'a bilirkişi olarak başvurulması tarafsızlık ve bağımsızlık ilkelerine gölge düşürmektedir.

Kurum'un bünyesindeki genel kurul ve ihtisas kurullarının üye profilleri ve bu kurulların oylama usulü ile karar alıyor olması, kişilerin uzman olmadıkları alanlarla ilgili konularda alınacak kararlara da katılmalarına sebep olmaktadır. Bu şekilde düzenlenen bilirkişi raporlarının hükme esas alınamayacağı açıktır. Kaldı ki Danıştay uyuşmazlık konusu uzmanlık alanında hekim bulunmadan hazırlanan rapor esas alınarak verilen idare mahkemesi kararlarını bozmaktadır.

ATK'nın mevcut yapı ve işleyişi ile resmi bilirkişi olarak ihtiyaçlara cevap vermediği açıktır. Nitekim ATK'nın yapısı ve işleyişine yönelik olarak bahsedilen hususlarla ilgili olarak Devlet Denetleme Kurumu'nun "*Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın 2007, 2008 ve 2009 Yıllarına Ait Faaliyet ve İşlemlerinin Denetimi İle Adli Tıp Kurumu Hizmetlerinin Etkin ve Verimli Şekilde Yürütülmesinin ve*

Geliştirilmesinin Sağlanması” konulu 01/07/2010 tarih ve 2010/2 sayılı raporunda da Kurumun işleyişine yönelik olarak çarpıcı tespitlere yer verilmiştir. Gerçekleştirilen denetim kapsamında Kurum bünyesinde görevli bulunan adli tıp uzmanı, adli tıp asistanları ve değişik uzmanlık dallarındaki hekimler ile tıp dışı alanlardaki uzmanlardan oluşan 222 kişinin katıldığı anket sonucunda; katılanların %72,3’ünün Kurumda verilen asistan eğitimin yeterli ve başarılı bulmadıklarını belirttikleri görülmektedir. Bunu yanında raporda çalışma şartlarına yönelik memnuniyetsizliğin ise %89,4 oranında olduğu tespitine yer verilmiştir. Hiç kuşkusuz tespit edilen sorunların temelinde resmi bilirkişi sıfatına haiz olduğu sabit olan üniversiteler ve diğer sağlık kuruluşlarına başvurulmaması nedeniyle ATK’nın iş yükündeki artış yatmaktadır.

Yaşanan tüm bu olumsuzlukların çözümüne yönelik olarak farklı fikirler ortaya atılmaktadır. Bir görüşe göre ATK’nın resmi bilirkişilik görevini yürütmede yetersiz kaldığının açık olduğu bu nedenle de sistemden tamamen çekilerek, bu görevini üniversitelere devretmesi gerektiği savunulmaktadır. Bunun dışında daha ılımlı olmakla birlikte ATK’nın yine sistemden çekilmesi gerektiği ancak çekilme sürecinde Kurum tarafından resmi bilirkişilik faaliyetinde bulunabilecek üniversitelerin akredite edilerek tespit edilmesi gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Bir diğer görüşe göre ise ATK’nın yapısının, işleyişinin ve teşkilatının tamamen revize edilmek ve taşra teşkilatının fiilen hayata geçirilmesi suretiyle bilirkişilik sistemi içinde tek yetkili resmi bilirkişi olması gerektiği savunulmaktadır.

ATK’nın lağvedilerek bilirkişilik sisteminden tamamıyla çıkarılması fikri; adli tıp uzmanlığı alanında uzun yıllardır hizmet veren ve bu uzmanlık alanında birikimi bulunan Kurumdan faydalanılması imkânını ortadan kaldıracığından durumu daha da kötüleştirecektir. ATK’nın idarenin bağlı kuruluşu olması nedeniyle burada görev yapan hekimlerce hazırlanan raporların bilimselliğinin sorgulanabileceğine ilişkin iddia da; Kurum bünyesinde hâlihazırda bir yükseköğretim kurumu bünyesine akademik olarak görev alan hekimlerin de yer alıyor olması nedeniyle yersizdir. Bunun yanında, ATK’nın yeniden yapılandırılarak güçlendirilmesi suretiyle bilirkişilik sistemi içerisinde tek yetkili resmi bilirkişi olarak belirlenmesinin de; Kurumun farklı grup başkanlıkları ve taşra teşkilatı tarafından düzenlenen raporlarındaki farklı görüşlerin uyuşmazlıklar özelinde

sorunlara neden olabileceği ve bu yeniden yapılanmanın ciddi mevzuat değişiklikleri gerektirmesinin yanı sıra, hâlihazırda hukuken tamamlanan prosedüre rağmen fiilen göreve başlamamış grup başkanlıklarının ve taşra teşkilatının bulunuyor olması karşısında gerçeklikten uzak kalmaktadır.

Kanaatimizce sorun yalnızca ATK'nın yetersizliğinden kaynaklanmamaktadır. Resmi bilirkişilik müessesesi özelinde uygulamadaki sorunların çözüme kavuşturulmaması durumunda ileriye dönük kalıcı bir çözüm elde etmek mümkün görünmemektedir. Uygulamada yargı mercilerince tek resmi bilirkişilik görevinin Adli Tıp Kurumu tarafından yürütüldüğü fikri ile hareket edilmekte ve bu durum sistemin tıkanmasına neden olmaktadır. Hukuk düzenimizde yükseköğretim kurumlarının da resmi bilirkişi olarak başvurulabilecek kuruluşlar olduğu açıkça düzenlenmiştir. Ancak idari yargı özelinde temyiz merci olan Danıştay'ın ATK'nın resmi bilirkişi olarak tercih edilmesi gerektiğine yönelik yerleşik içtihatları idare mahkemelerince yükseköğretim kurumlarının resmi bilirkişi olarak tercih edilmesinin önüne geçmiştir. Ancak bu durum ATK tarafından hazırlanan bilirkişi raporlarının uyuşmazlığın çözümüne yönelik yetersizliğinin daha çok hissedildiği son dönemde değişmiştir. Eş deyişle Danıştay, idare mahkemesince temin edilen raporların uyuşmazlıkların çözümünde yetersizliği üzerinde durarak, resmi bilirkişi olarak yükseköğretim kurumlarının da tercih edilebileceğine yönelik kararlar vermeye başlamıştır. Şüphesiz bu umut verici olmakla beraber, idare mahkemelerinde uzun yıllardır yerleşen uygulamayı bir anda değiştirebilecek etkiye sahip değildir. Bu kapsamda resmi bilirkişilik müessesesine ilişkin dağınık kanuni düzenlemelerin gözden geçirilerek yeni kanuni çalışmaların yapılması yerinde olacaktır. Bir başka ifade ile resmi bilirkişilik sıfatına haiz kurum veya kuruluşların ve bu kuruluşların hangi alanlarda bilirkişilik faaliyetlerinde bulunabileceklerin net bir şekilde ortaya konulması ve resmi bilirkişilik özelinde sistemde yaşanan tıkanıklığın giderilmesi gerekmektedir.

Tüm bunların yanı sıra ATK'nın resmi bilirkişilik faaliyetlerinde yetersiz kaldığı ve bu yetersizliğin yargılamaların uzamasına hatta hak ihlallerinin doğmasına neden olduğu da açıktır. ATK'nın yıllardır adli tıp bilimi özelinde yaptığı çalışmalar ve Kurum birikiminin yok edilmesi kamu yararına uygun olmayacaktır. Bu kapsamda kanaatimizce ATK'nın yeniden yapılandırılması gerekmektedir. Bu yapılandırma

gerek Kurumun teşkilatı gerekse personel rejimi ve kurullarının çalışma usulünü de kapsayacak nitelikte olmalıdır. Öncelikli olarak ATK'nın hukuki statüsünde değişikliğe gidilerek idari ve mali özerkliğinin sağlanması gerekmektedir. Bu durum ATK'da yürütülen bilimsel faaliyetlerin tarafsız ve bağımsızlığına yönelik eleştirilerin de önüne geçecektir.

İdari ve mali özerkliği sağlanan Kurumun merkezi teşkilatının bir üst kurul olarak yapılandırılmasının yararlı olacağı kanaatindeyiz. Ayrıca ATK'nın mahkemeler tarafından doğrudan başvurulabilen resmi bilirkişi kurumu olmasının, yükseköğretim kurumlarının resmi bilirkişilik sistemi içerisine daha fazla entegre edilmesi sağlanarak önüne geçilmelidir. Bu sistemin işlerlik kazanabilmesi için resmi bilirkişi olduğu noktasında mer'i mevzuat hükümleri uyarınca da şüphe bulunmayan yükseköğretim kurumlarının idare mahkemeleri tarafından tercihe teşvik edilmesi gerekmektedir. Bu durumda ülkenin farklı yerlerinde bulunan yükseköğretim kurumlarının sahip olduğu imkânların eşitsizliği nedeniyle resmi bilirkişilik faaliyetinin aynı kalite ve bilimsellikte yürütülemeyeceği fikri akıllara gelebilir. Buna yönelik olarak ise kanaatimizce ATK'nın yapılandırılması neticesinde; resmi bilirkişilik faaliyetlerine yönelik asgari yeterlilik şartlarının belirlenmesi ve bu şartları sağlayan yükseköğretim kurumlarının akredite edilerek sisteme dâhil edilmesi bu sorunun doğmasına engel olacaktır. Bu sayede akredite olan yükseköğretim kurumları resmi bilirkişi olarak başvurulacak ilk merciler olacaklar ve idare mahkemelerinin yargı çevrelerine yakın bölgede gerçekleştirilecek bilirkişilik faaliyeti idare mahkemeleri tarafından yakından denetlenebilme imkânına kavuşacaktır. ATK ise yükseköğretim kurumları tarafından yürütülen resmi bilirkişilik faaliyetlerinin denetimini sağlayan ve bu kurumlarca düzenlenen raporlara ilişkin ihtilafları çözen üst bilirkişilik kurumu kimliğine kavuşturulmuş olacaktır.

Detayları ile açıklanan yeniden yapılandırma neticesinde, yükseköğretim kurumlarının ATK tarafından denetlenmesi ve dolayısıyla bu durumun yükseköğretim kurumlarının özerk yapısına ters düşeceği savunulabilir. Ancak ATK'nın yükseköğretim kurumları tarafından gerçekleştirilen ve adli tıp bilimi kapsamında yürütülen resmi bilirkişilik faaliyetlerine ilişkin olarak çok sınırlı durumda başvuru olan bir üst kurul niteliği taşıyacağı düşünüldüğünde, yükseköğretim

kurumlarının idari ve mali anlamda bağımsızlığını zedeleyici bir duruma sebebiyet verilmediği rahatlıkla anlaşılabacaktır.

Nihayetinde; tıbbi müdahaleden kaynaklı tam yargı davalarının sayısındaki artış ve idare mahkemelerindeki iş yükü düşünüldüğünde resmi bilirkişi olarak ısrarla ATK'ya başvurulmasının bir sonucu olarak yargılamalar gereğinde fazla uzamış ve bu konuda hak ihlalleri gerçekleşmiştir. Resmi bilirkişilik müessesinin tarihi gelişiminde çok büyük öneme sahip ATK'nın ise mevcut iş yükünü kaldıramıyor olması nedeniyle Kurum tarafından düzenlenen raporların uyuşmazlığın çözümünde yetersiz olduğuna yönelik olarak Danıştay çok sayıda karar vermiştir. Bu durum idare mahkemeleri tarafından ATK'nın düzenlediği raporların sorgulanmaksızın hükme esas alınarak karar veriliyor olduğu gerçeği ile birlikte düşünüldüğünde davacılar açısından ciddi sonuçların doğmasına neden olmakta ve adalet duygusunu temelinden sarsmaktadır.

Tüm bu nedenlerle, resmi bilirkişi sisteminin bahsedildiği şekilde yeniden düzenlenerek ATK özelinde ciddi reformların hayata geçirilmesi, yükseköğretim kurumlarının gerek ülke genelindeki dağılımları nedeniyle ulaşılabilir olmaları gerekse bilimsel faaliyette bulunan akademik personelin bilgi birikiminden faydalanılmasının, yargılamanın kısa sürede ve etkin olarak sonuçlandırılmasına hizmet edeceği ve temel insan haklarının ihlali sonucuna varan hak kayıplarının önüne geçilebileceği kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

Antalya,Gökhan, Murat Topuz, Medeni Hukuk Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Cilt I, Seçkin Yayınları, 3.Baskı, Ankara 2019

Arpacı, Abdülkadir “Özel Hukuk Açısından Tıbbi Müdahaleye Rıza Beyanı ve Buna İlişkin Sorunlar ve Çözüm Önerileri, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.6, S.2, 2009, s.3.

Aslan, Zahreddin, Türk İdari Yargı Sisteminde Re’sen Araştırma İlkesi, İstanbul Üniversitesi Siyasi Bilgiler Fakültesi Dergisi, No:23-14, .s53-58.

Aslan, Ramazan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay’ın etkisi, Yargıtay Dergisi, 1989/4, s.156-183.

Aykın, A. Cemil, Serkan Çınarlı, Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınevi, Ankara 2016

Aykın, A.Cemil, “Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları ve Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Zararlarda Tıbbi Uygulama Hatası – Komplikasyon Ayrımı”, Terazi Hukuk Dergisi

Akbıyık, Cem, Sağlık Personelinin Hukuki ve Cezai Sorumluluğunun Resmi Bilirkişilik Uygulaması Açısından İncelenmesi, Fasikül Hukuk Dergisi, Cilt 2, Sayı 4, Mart 2020, s.22-27

Basım, Aybüke, “Hukuk Yargılamasında Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi İlkesi”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:1, Ocak 2018, s.135-387.

Badur, Emel, Tıbbi Müdahale ve Tıbbi Müdahaleye Rıza, Seçkin Yayıncılık, Ankara Mart 2017

Candan, Turgut, Açıklamalı İdari Yargı Usulü Kanunu, 6.Baskı, PwC Yayınları, İstanbul 2015

Çağlayan, Ramazan, İdari Yargı Kararlarının Sonuçları ve Uygulanması, Ankara 2000

Çağlayan, Ramazan, İdari Yargılama Hukuku, 5.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2014

Çayan, Gökhan, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik Müessesesi, Legal Yayınları, İstanbul, Mart 2013

Çelik A. Çelik, İdari Yargıda Ölüm ve Bedensel Zararlar Nedeniyle Tazminat Davaları, Seçkin Yayınları, Ankara 2017

Çetin, Gürsel, “Tıbbi Malpraktis”, İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No:48, İstanbul, 2-3 Şubat 2006

Çınar, Çınar, Adli Tıp İle İlgili Olaylarda Yükseköğretim Kurumlarının Bilirkişilik Görevi, Adli Bilimler Dergisi, Cilt 8, S 2, 2009, s.36-4.

Çınarlı Serkan, “İdari Yargıda İstinaf Aşamasında Keşif Delili” KTO Karatay Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:1, Ocak 2018, s.11-25.

Çınarlı, Serkan, Abdullah Hızal, Hatalı Tıbbi Müdahalelerden Kaynaklanan Tam Yargı Davalarında Bilirkişilik Uygulamaları, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 1, İstanbul 2015, s.143-185.

Çiftçi, Pınar, Medeni Yargılama Hukukunda İspat Hakkı ve Sınırlamaları, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

Deryal, Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişilik, 4.Baskı, Ankara 2012

Duran, Lütfi, “İdari İşlemden Sorumluluk, İptal Davası-Tam Yargı Davası” İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, sayı 3-4, s.24.

Duran, Müzeyyen Eroğlu, “ Tam Yargı Davalarında Manevi Tazminat”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 131.Sayı, Temmuz 2017, s.179-210

Elçim, Mustafa, “Hukuk Devleti Açısından İdari Yarılama Usulünde Kanıtlama Yöntemi ve Araçları” Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Koceli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Kocaeli 2001 s.49.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2014

Ersöz, A.Kürşat, “İdari Yargılama Usulünde Tanıklık” Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:5, Sayı:1, Haziran 2015, s.15.

Ersöz, Kürşat, “Tıbbi Müdahale Kavramı ve Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Şartları”, Terazi Hukuk Dergisi, C.5 S.45, s.105-122.

Erman, Barış, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003

Gökcan, Hasan Tahsin, Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk, 3.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017

Gözler, Kemal, İdare Hukuku Dersleri, 10.Baskı, Ekin Yayınları, Bursa, Ekim 2010,

Gözübüyük, Şeref, Yönetmelik Yargı, 29.Bası, Turhan Kitabevi, Ankara, 2014

Günel, İlhan Tıbbi Müdahaleye Rıza, Seçkin Yayınları, Ocak 2018

Günday, Metin, “ Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu Hükümlerinin İdari Yargılamada Uygulama Alanı”, İdari Yargının Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Danıştay Sempozyumu, 11-12 Mayıs 2001, Ankara 2003, s.83 vd.

Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara 2015

Hancı İ.Hamit, Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002

Kahraman, Zafer, “Medeni Hukuk Bakımından Tıbbi Müdahaleye Hastanın Rızası”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.7., S.1., 2016, s.489.

Kalabalık, Halil, İdari Yargılama Usulü Hukuku, 13.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019

Kayhan, Şaban, Mustafa Ünlütepe, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara Ekim 2018

Keskinbora, Kadircan, Komplikasyon ve Malpraktis Yönetimi, Oftalmolojide Malpraktis, Hekimin Yasal Hak ve Sorumlulukları, İstanbul 2012

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, 24.Baskı, Ankara, Eylül 2020

Konuralp, Haluk, Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, AÜHF Yayınları, Ankara 1999

Kuru, Baki, Ramazan Arslan, Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010

Nomer, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14.Baskı, Beta Basım Yayın, İstanbul 2015

Oytan, Muammer, “Türk ve Fransız Hukukunda Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Delil Tespiti, Anket Uygulaması ve Sahteliğin İleri Sürülmesi”, Türk İdare Dergisi, Yıl:65, Sayı:398, Mart 1993,s.55.

Öget, Mehmet, Tıbbi Uygulama Hatalarına İlişkin Tam Yargı Davalarında Zamanaşımı, Seçkin Yayınevi, Eylül 2020

Özbek, Veli Özer, Koray Doğan, Pınar Bacaksız, Ceza Genel Hukuku, 8.Baskı, Seçkin Yayınları, Eylül 2017

Özcan, Elvin Evrim, “İdari Yargılama Hukukunda Islah”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S.92, 2011, s.224.

Özkara, Erdem, “Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyon Ayrımı”, II.Ulusal Sağlık Hukuku, Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul 2015, s.112.

Pekcanitez, Hakan, Oğuz Atalay, Muhammed Özekes, Hukuk Muhakameleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, 13.Bası, Ankara, 2012

Polat, Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Seçkin Yayınevi, Mart 2005

Sancakdar, Oğuz, Lale Burcu Önüt, Eser Us Doğan, Mine Kasapoğlu Turhan, Serkan Seyhan İdare Hukuku Teorik Çalışma Kitabı, Seçkin Yayınları, Ankara 2019

Sancakdar, Oğuz, Sağlık Hukuku İle İlgili Temel Kavram ve Konular, Ege Tıp Ayın Kitabı 134, Nisan 2018

Sancakdar, Oğuz, İdari Yargılama Hukuku Genel Esaslar, SB.Net, 3.Baskı, Kasım 2019.

Savaş, Halide, Tıbbi Hata Davalarında Resmi Bilirkişilik Kurumları ve Yargıtay Uygulaması, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:82, Sayı:3, Mayıs 2008, s.1355-1366.

Savaş, Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları Tıbbi Malpraktis – Tıbbi Davaların Seyirleri ve Sonuçları, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, Haziran 2013

Sezer, Yasin, Uğur Bulut, “İdari Yargıda Belirsiz Tam Yargı Davası İhtimali”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 116.sayı, Ankara 2014, s.213-246.

Sunay, Süheyla Şenlen, İdari Yargılama Usulüne Hakim Olan İlkeler Karşısında İspat ve Delil Hususları, Kazancı Yayınları, İstanbul, 1996

Şenocak, Zarife, “Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.50., Ankara 2001, S.4.s.65-80.

Tanrıver, Süha, Hukukumuzda Bilirkişilik, Yetkin Yayınları, Ankara 2017

Tanrıver, Süha, Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara 2002

Uma, Bilge, Ejder Yılmaz, İspat Yükü, Yeniden Yazılmış Genişletilmiş 2.bası, Kazancı Matbaacılık, İstanbul, 1980

Üstün, Kamile Türkoğlu, İdari Yargılama Usulüne Hâkim Olan İlkeler, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019

Yağcı, Nesime, “Komplikasyon ve Malpraktis Ayrımı”, Uluslararası I.Sağlık Hukuku Sempozyumu, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 24-25 Nisan 2008, XII Levha Yayınları, İstanbul 2011

Yarsuvat, Duygun, Köksal Bayraktar, Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:3, S:2, s.65.

Yılmaz, Ejder “Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları”, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1996, Sayı: 62, s.12-31.

