

İNGİLİZ, AMERİKAN VE TÜRK HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK UYGULAMALARININ KARŞILAŞTIRILMASI

COMPARISON OF THE MODUS OF JURISDICTION ABOUT EXPERT
WITNESS BETWEEN ENGLAND, U.S.A AND TURKEY

Oğuz POLAT*
A. Taner GÜVEN**

Özet: Türk hukuk terminolojisinde kendisinden teknik konular-
da açıklama istenen kişi veya kuruma “bilirkişi” denmektedir. Tıbbi
uygulamalar kapsamlı teknik bilgi ve deneyim gerektirdiğinden, tıbbi
uygulama hataları hakkında açılan davalar ancak bilirkişilerin kanıt-
ları açıklamaları ve yorumlamaları sayesinde karara bağlanabilmek-
tedir. Türkiye çeşitli farklılıklar içermekle birlikte genel olarak kıta
Avrupası hukukunu izlemektedir. Bilirkişilik usulleri ve anlayışları da
kıta Avrupası ile büyük oranda aynıdır. (Avrupa birliği üyeliği uyum
süreci). Amerikan ve İngiliz hukuku ise bilirkişilik anlayışları açısından
kıta Avrupası ile ciddi farklılıklar içermektedir. Bu yazıda benzerlikleri
ve farklılıkları açısından Türkiye, Kuzey Amerika ve İngiltere’deki
bilirkişilik sistemleri tartışılarak Türkiye’deki mevcut tıbbi bilirkişilik
sistemini nasıl uygulanabileceği konusu masaya yatırılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Tıbbi Uygulama Hatası, Bilirkişi.

Abstract: Evaluating a malpractice case in the court needs
highly educational and technical skills. So many times only the exp-
lanations of the medical experts can enlight the case and so again
so many times experts asses the judgement of the court. Turkey fol-
lows the modus of continental Europe about expert witness. Altho-
ugh England and U.S.A have some smilarities with Europe and Tur-
key; they have some serious differences about expert witness posi-
tion in the court too. In this paper we aimed to make a comparison
between England, U.S.A. and Turkey’s medical expertise in the court
so that to offer the best sides of this three systems in a synthesis in
the Turkish judgement system.

Keywords : Malpractice Expert Witness, Single Joint Expert,
Assessor, Court Appointed Expert Witness.

* Prof. Dr., Acıbadem Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı
** Yrd. Doç. Dr., İstanbul Bilim Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı

Giriş

Mahkeme heyetinin süre giden bir dava hakkında hukuki bir karar alabilmesi için mutlaka somut bilgiye diğer bir deyişle “kanıta” ihtiyacı vardır. Yargıcın mesleki ve genel bilgisi ile bilmesi mümkün olmayan teknik konulardaki kanıtları kavrayabilmesi için ise uzman bir kişinin açıklamaları gerekir. Türk hukuk terminolojisinde kendisinden teknik konularda açıklama istenen kişi veya kuruma “bilirkişi” denmektedir.

2009 da yayınlanan Dünya Bankasının “Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi hakkında karşılaştırmalı çalışma” başlıklı bilirkişiliğin sorunlarının 4 ülke ile yapılan karşılaştırmalı araştırmasının inceleme raporuna göre bilirkişi görüşü ‘*mesleki, bilimsel ya da teknik bir konuyla ilgili olarak yasal kovuşturmada kanıt olarak sunulacak (yazılı veya sözlü) herhangi ifade*’ olarak tanımlanmaktadır.

Tıbbi uygulamalar kapsamlı teknik bilgi ve deneyim gerektirdiğinden, tıbbi uygulama hataları hakkında açılan davalar ancak bilirkişilerin kanıtları açıklamaları ve yorumlamaları sayesinde karara bağlanabilmektedir. Hatta bir tıbbi uygulama yapabilmek için gereken bilgi birikimi ve uzmanlık o kadar üst düzeydedir ki tıbbi uygulama hataları nedeni ile açılan davalarda sonucu mahkeme heyeti ve avukatlardan çok bilirkişilerin belirlediğini söylemek yanlış olmayacaktır.

Bilirkişinin savunan veya suçlayan tarafın lehine yönelik rapor hazırlaması, tıbbi bilgisi kısıtlı olan mahkeme heyeti tarafından kanıtların yanlış yorumlanmasına yol açabilmektedir. Hatta bilirkişinin profesyonel etkisi genel tıp görüşünün tam tersi kararlara yol açabilmektedir.¹

Tıbbi uygulama hataları ile ilgili yargılamalarda tüm hukuki sistem kamusal bir faaliyet yürütmekte olan ve yargıca destek sağlayan ve bir yargıç yardımcısı niteliği taşıyan bilirkişinin tarafsız ve bilimsel verilere dayanan kanıt sunması üzerine kurulmuştur.² Bu sebeple

¹ Eloy JA, Suider PF, Folbe AJ, Couldwell WT, Liu JK. “Comparison of Plaintiff and Defendant Expertwitness Qualification in Malpractice Litigation in Neurological Surgery”, J. Neurosurg, 2014, 120 (1). S.185-190

² Kamil Yıldırım, “Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki

mali kazanç, meslektaş veya yandaş dayanışması gibi kışkırtıcı motiflerin varlığında bilirkişinin güvenilirliği konusu önemli bir sorun haline gelmektedir.³ Ancak burada önemli olan görüş verilen konu hakkında objektif, referanslara dayalı ve bilimsel görüş vermektir. Bu yapıldığında kişisel kanaatim veya temayüle göre diye başlayan sübjektif yorumlara yer olmayacak ve bilirkişi raporu kriterlere dayandığından üzerinde spekülasyon yapabilme olasılığı olmayacaktır.

Tıbbi uygulama hataları suçlamaları özensizlik, dikkatsizlik ve ihmal sonucu standart tıbbi uygulamaların dışına çıkılması veya yapılması gerekeni yapmama iddialarıdır. Hatanın hekimin tedaviyi veya tanı yöntemini seçişinde tercih kullanması nedeni ile değil ihmal ve dikkatsizlik nedeni ile oluşması gerekir. Aslında hata normal bir insan davranışıdır ve öğrenme sürecinde önemli bir yeri vardır. Mahkemeler evet/hayır şeklinde kesin bir cevaba ihtiyaç duyduğundan doğal hata ile ihmal, özensizlik arasındaki ince çizgi, bilirkişi tarafından genellikle gerçekte olan durumu anlatır şekilde değil arzu edilen sorulan soruya göre raporlanır.⁴

Suçlamaların çoğu gerçek bir ihmal veya özensizliğe dayanmaktadır. İddia yargı konusuna dönüştüğü zaman bilirkişi raporunun suçlanan kişi açısından hukuki yaptırımlar doğurması olasıdır.⁵ Tıbbi uygulama hatası davalarının anlaşılması ileri düzey tıbbi-tek-nik bilgi gerektirdiğinden Türkiye’de ve dünyada tıbbi uygulama hatası davalarında sonuç büyük oranda bilirkişi raporları tarafından belirlenmektedir.

Türkiye çeşitli farklılıklar içermekle birlikte genel olarak kıta Avrupası hukukunu izlemektedir. Bilirkişilik usulleri ve anlayışları da kıta Avrupası ile büyük oranda aynıdır. Amerikan ve İngiliz hukuku ise bilirkişilik anlayışları açısından kıta Avrupası ile ciddi farklılıklar

³ Durumu”, 75. Yaş günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.833-841.
⁴ Charles Deitschel, “Unreliable Medical Experts, Letter To the Editor”, Pediatrics,2003;111:3, s.711
⁵ Wood C, “The Misplace of Litigation in Medical Malpractice”, Aust. NZJ Obstet. Gynaecol. 1998, 38(4): s.365-376
⁵ Horton JB., Reece E, Janis JE., Broughton G., Hollier L., Thornton JF., Kenkel JM., Rohrich RJ, “Expert Witness Reform”, Plast. Rekonstruktif Surg 2007, 120(7) 2095-2100.

içermektedir. Bu yazıda benzerlikleri ve farklılıkları açısından Türkiye, Kuzey Amerika ve İngiltere'deki bilirkişilik sistemleri tartışılarak Türkiye'deki mevcut tıbbi bilirkişilik sisteminin nasıl uygulanabileceği konusu masaya yatırılacaktır.

Tartışma

Türkiye

Türk Hukuk Sisteminde bilirkişi esas olarak mahkeme tarafından tayin edilmektedir. HMK m. 293 ve 5271 sayılı CMK m. 67'ye göre özel uzman mütalaası taraflar tarafından özel bilirkişilik görüşü olarak sunulabilmekte ise de tarafların iddiaları kapsamında sunulan bir teknik not olarak kabul edilmektedir.⁶ 5271 sayılı CMK 68. Madde'ye göre ise özel bilirkişi sözlü olarak tanıklık yapabilir ve gerek mahkeme heyeti gerekse taraflar tarafından sorgulanabilir. Ceza hukuku açısından bu esaslar halen geçerliliğini korumakla birlikte özel hukuk açısından yani tıbbi uygulama hatalarından doğan tazminatlar açısından baktığımızda Özel bilirkişilik veya Anglosakson hukukunda taraf bilirkişiliği olarak geçen kavram; tıbbi uygulama hatasına yönelik zorunlu sigortanın getirildiği 2010 yılından bu yana, büyük önem kazanmıştır. Türkiye zorunlu sigorta yolu ile tıbbi uygulama hatalarından doğan finansal sorumluluğu tamamen özel sektöre devretmiş bulunmaktadır. Bu durumun dünyada ki tek örneği Amerika Birleşik Devletleridir.

ABD'de uygulamanın geçmişine baktığımız zaman; finansmanın özel sigorta sistemine devredildiği 1970'lerden sonra ödenen tazminatların yüksekliğinden ötürü ekonomik kriz meydana gelmiştir. Tüm hekimlerin %42'si dava edilirken bunların %20'si iki veya daha fazla kere sanık sandalyesine oturmuştur. 55 yaş üstü tüm hekimlere baktığımız zaman bu rakam %61'e çıkarken cerrahide %90'ı bulmaktadır.⁷ Resmi rakamlara göre dava süreçlerinden kaynaklanan kayıp

⁶ Hakan Pekcanitez, "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü Değerlendirilmesi", Ankara Adalet Yayınevi 2009, s. 397-418.

⁷ Mark Crane, "Malpractice Threat to Physicians Pervasive, AMA Study Finds" Medscape Medical News 2010, Augusts 05.

45,6 ila 55,6 milyar dolar arasındadır ki bu rakam tüm sağlık bütçesinin %2,4'dür. Özel bir kuruluş olan Price Waterhouse Coopers verilerine göre ise dava süreçlerinden kaynaklanan kayıp 200 milyar dolar civarındadır.⁸

Türkiye'de mahkeme sürecini ve masraflarını azaltabilmek için zorunlu sigorta genel şartları B. 3. 4. maddesine "sigortacı haklı olmayan sebeplerden ötürü sulh yoluyla anlaşmaya onay vermekten kaçınmaz" ibaresi eklenmiştir. Sigortacının haksız talep nedeni ile sulhu reddetmesinin iki sebebi olabilir. Hastanın görmüş olduğu zarar tıbbi uygulama hatası ile ilgili değildir veya talep edilen rakam fahiştir, meydana gelmiş olan zararın çok üstündedir.

Bu durumda taraf bilirkişiliği çok büyük önem kazanmaktadır çünkü olayın mahkemeye yansımadan basitçe çözümü tamamen taraf bilirkişilerin hastanın gördüğü zararın nedenlerini bilimsel metodoloji içinde kalarak açıklamasına ve meydana gelmiş maddi zararı tarafları ikna edebilecek şekilde ortaya koymasına bağlıdır.

Sigorta anlaşmazlıklarına bağlı mahkeme süreçlerini azaltmanın ikinci bir yolu olarak da 14/06/2007 tarih 26552 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanan sigortacılık kanununun 30. Maddesi ve 17/08/2007 tarih 26616 sayılı RG'de yayınlanan sigortacılıkta tahkime ilişkin Yönetmelik'e dayanan sigortacılık tahkim komisyonu kurulmuştur.

Sigorta Tahkim Komisyonu, sigorta ettiren veya sigorta sözleşmesinden menfaat sağlayan kişiler ile riski üstlenen taraf arasında sigorta sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkların çözümü amacıyla Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği nezdinde oluşturulmuştur. Sigortacılık yapan kuruluşlardan, sigorta tahkim sistemine üye olmak isteyenler, durumu yazılı olarak Komisyona bildirmek zorundadır. Sigorta tahkim sistemine üye olan kuruluşlarla uyuşmazlığa düşen kişi, ilgili kuruluşun sisteme üye olduğu tarihten sonra gerçekleşen rizikolar bakımından, uyuşmazlık konusu sözleşmede özel bir hüküm olmasa bile tahkim usulünden faydalanabilir.

⁸ Mello MM, Kachalia A, Goodell S, "Medical malpractice - april 2011 update", Synth Proj Res Synth Rep 2011 Apr

Tahkime başvurulabilmesi için söz konusu sigorta şirketinin tahkim sistemine üye olması gerekmektedir. Sigortacıdan talepte bulunmuş olması ve sigortacının bu talebi yazılı olarak ret etmesi veya 15 gün içinde cevaplamamış olması gerekmektedir. Uyuşmazlık mahkemeye, hukuk mahkemeleri yolu ile tahkime veya tüketici sorunları hakem heyetine yansımamış olmalıdır.

Uyuşmazlığa düşen taraflar arasında, açık ve yazılı şekilde yapılması gereken sözleşme ile daha yüksek bir tutar belirlenmemiş ise hakemin verdiği Kırk bin TL'ye kadar olan tutarlar her iki taraf içinde kesindir. Kırk bin TL'nin üzerindeki tutarlar için temyize gidilebilir.

Ancak tahkim süresinden sonra karar verilmiş olması, talep edilmemiş bir şey hakkında karar verilmiş olması, hakemlerin yetkileri içinde olmayan konularda karar vermesi ve hakemlerin, tarafların iddiaları hakkında karar vermemesi durumunda her türlü temyiz yolu açıktır.

Görüldüğü üzere tahkim yolu ile istenilen neticeyi elde edebilmek de tamamen özel veya taraf bilirkişilerinin sunduğu mütalaaların ışığında gerçekleşecektir. Tüm hekimler özel sigorta yaptırmak zorunda olduğuna göre eğer özel bilirkişilik kavramı iyi kullanılabilirse tıbbi uygulama hatası iddialarının %90'ı sigortacılık sistemi içinde çözülebilir.

Mahkemeye yansıyan olgularda ise Mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiler: Yüksek Sağlık Şurası (eskiden tıbbi hata ile ilgili ceza davalarında başvurulması zorunlu iken 2010 yılında bu zorunluluk Yargıtay kararı ile kaldırılmıştır), Adli Tıp Kurumu, Üniversitelerin ilgili anabilim dalları veya önceden belirlenmiş bilirkişi listelerinden seçilmiş hekimler olabilmektedir.

Esas itibari ile Türkiye'de mahkemeler bilirkişi raporuna göre karar vermek zorunda değildir ve mahkeme nezdinde bilirkişi hiyerarşisi bulunmamaktadır. Hukuki olarak durum bu şekilde olmakla birlikte, pratikte bilirkişi raporu özellikle de Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen rapor sonucun belirlenmesinde ana unsur olmaktadır.

Uygulamada gerçekleşen bu durumun nedeni Türkiye’de tüm kıta Avrupa’sında da olduğu gibi mahkemede baskın unsurun yargı heyeti olması ve taraflara daha pasif roller biçilmesidir. Anglo-Amerikan hukuk düzeninde ise daha mücadeleci ve taraf egemenliğinin olduğu yargı ortamı mevcuttur⁹. Türkiye’de taraf bilirkişiliğinin mahkeme nezdindeki rolü iki şekilde olabilir. Birincisi mahkeme henüz bir bilirkişi tayin etmeden verilecek özel uzman mütalaası alanında saygın ve yetkin kişiler tarafından düzenlenir ise resmi bilirkişilere yol gösterici olabilmektedir.

İkincisi ise mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişilerin sonuca ulaşmak için kullandıkları teknik ve metodolojinin hatalı veya eksik olduğunun ispatı yani var olan resmi bilirkişi raporuna itirazdır. Her iki durumda mahkemenin gidişatı üzerine belirleyici rol oynayabilmektedirler. Başta bahsedildiği gibi taraf bilirkişilerinin uzman tanık olarak mahkeme heyetine dinletilmesi mevzuat itibari ile mümkün olmakla birlikte; henüz Anglosakson hukukundaki kadar sık başvuru bir metot değildir. Bu konuda tarafları temsil eden avukatların henüz yeterince bilgili olmadıkları düşünülmektedir.

Amerika Birleşik Devletleri

ABD’de farklı eyaletlerde kendine özgü uygulamalar olabilmekle birlikte, genel çerçeve tüm ülkede geçerli olan Federal Delil Kanunu (F.R.E : Federal Rules of Evidence) ve Federal Medeni Usul Kanunu (F.R.C.P : Federal Rules of Civil Procedure) tarafından çizilmektedir. Söz konusu kanunlara göre mahkeme iki tür bilirkişiye başvurabilmektedir. Bu bilirkişiler Türkiye’de de olduğu gibi mahkeme tarafından tayin edilir ve sadece mahkemeye karşı sorumludurlar. Türkiye’den farklı olarak ise sözlü ifade de verirler ve taraflar tarafından sözlü olarak sorgulanabilirler (çapraz sorgu). İlki mahkeme bilirkişisi (Court-appointed expert) olarak adlandırılırken ikinci tür ise Türkçe’de yardımcı hakim olarak adlandırabileceğimiz “special master” dır.¹⁰

⁹ Barış Toraman, “Anglo-Amerikan hukukunda mahkeme tarafından tayin edilen bilirkişiler”, *Anadolu Üniv. Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı* 2013, s. 115-130.

¹⁰ Hoge MA, Tebes JK, Davidson L, Griffith EE, “The Roles of Behavioral Hath

ABD’de mahkeme bilirkişisi:

Federal delil kanununa göre mahkeme taraflardan gelen talep üzerine veya herhangi bir sebeple ihtiyaç olduğunu düşünürse zorlayıcı (re’sen) kararlar bilirkişi tayin edebilmektedir. Uygulamada tarafların bilirkişi talep etmesi çok ender rastlanabilen bir durumdur. Amerikan yargıcı tarafından bu yetki taraf bilirkişilerinin (expert witness) güvenilir veya kalifiye olmadığı düşünüldüğünde kullanılmaktadır. Tarafların bilirkişi ataması konusunda söz hakkı bulunmamaktadır. Bu şekildeki uygulamalara mahkeme bilirkişisinin jüriyi etkileyebileceği düşüncesi ile daha çok jürinin bulunmadığı durumlarda başvurulmaktadır. Yapılan araştırmalarda mahkeme tarafından bilirkişi tayin edilmesinin tarafların anlaşmasının istendiği durumlarda daha sık kullanıldığı saptanmıştır.¹¹

Mahkemenin “resmi bilirkişiyi” taraf bilirkişilerinden sonra tayin etmesi resmi bilirkişinin her iki tarafında raporlarını incelemesi böylece tarafların tutarsızlık ve zayıf yanlarını mahkemeye sunabilmesi için zemin yaratmaktadır. Resmi bilirkişi de aynı taraf bilirkişileri gibi çapraz sorgu sistemine tabiidir. Yani yargıç ve taraflar tarafından sorulanabilmektedir.

ABD’de Yargıç yardımcısı:

Türk hukukunun aksine Amerikan hukukunda yargıcın yardımcı yargıç atama yetkisi bulunmaktadır. Türk hukukunda bilirkişi yargıç yardımcısı sayılmakla birlikte, yargıcın otoritesini asla paylaşamaz. Amerikan yargıcı da bu yetkisini sadece çok fazla tarafın olduğu ve karmaşık finansal hesaplamaların gerektiği davalarda kullanabilir. İş yükünün fazlalığını bahane ederek kendisine yardımcı (special master) ataması yasaklanmıştır.¹²

Professional in Class Action Litigation”, J Am Acad Psychiatry Law 2002, 30(1); s.49-58

¹¹ Cecil JS, Willging TE, “Court-appointed Experts, “Defining the Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706” Federal Judicial Center 1993

¹² Davenport JL, Stinson V, Cutler BL, Krawitz DA, “How Effective are the Cross-Examination and Expert Testimony Safeguards? Jurors Perceptions of the Suggestiveness and Fairness of Biased Line up Procedures” J.Appl Psychology 2002, 87(6): s. 1042-1054.

Yargıç yardımcısı görevi ile ilgili araştırmasında mahkemenin tüm yetkilerine sahiptir ve talimatlarına uyulmaması halinde cezai yaptırım söz konusudur. Yargıç yardımcısı pozisyonu Türkiye ve Kıta Avrupası'nda mevcut değildir ve yerleşmiş yargılama usulleri açısından da ileride olması da pek mümkün görülmemektedir. Bu sebeple "special master" uygulamasının bilirkişilik kurumu ile karşılaştırılmasının uygun olmadığı görüşündeyiz.

ABD' de esas olan taraf bilirkişileridir (expert witness). Verdikleri özel uzman mütalaası ve sözlü ifadelerin mahkemenin tüm gidişatını değiştirebileceğinin farkında olan Amerikan uzmanlık dernekleri alanlarında bilirkişilik rehberleri (guide lines) yayınlamakta ve belirli sürelerde bilirkişilik sertifika programları düzenlemektedirler.¹³

Özel bilirkişilik ABD'de artık bir sektör haline gelmiş durumdadır. Hekimler normal mesleki faaliyetlerinin yanında bilirkişilikten de ciddi gelirler elde edebilmektedirler. Bu durumda bir rekabet ortamı doğmakta ve bilirkişilik için gerekli niteliklere sahip olmayan veya bilimsellikten, nesnellikten uzak uzman mütalaası veren kişiler meslektaşları tarafından deşifre edilmektedirler. Rekabet ortamı sayesinde özel bilirkişiliğin nitelik ve etik ile ilgili sorunları özellikle uzmanlık dernekleri tarafından belirlenmiş ve yazılı hale getirilmiştir. Bu kurallara uymamak karşı tarafın eline koz vereceğinden pek mümkün olmamaktadır.¹⁴

Her ne kadar etik kurallar ve bilimsellik ile ilgili nitelik sorunları iyi tanımlanmış olsa da tıbbi uygulamaların doğası gereği değerlendirilmesi gereken pek çok ihtimal ve farklı tanı, tedavi alternatifleri vardır. Bu durum özel bilirkişiye nedensellik bağını değerlendirme ve kesin sonuçlar bildirme konusunda geniş bir hareket alanı sağlar. Bu durumda tıbbi hataların değerlendirildiği bir Amerikan mahkemesinde sonucu negatif veya pozitif yönde değiştiren uzman mütalaası veren özel bilirkişinin mesleki tecrübesi ve mahkeme salonunda gösterdiği kişisel performansdır.¹⁵

¹³ Svider PF, Eloy JA, Baredes S, Setzen M, Folbe AJ, "Expert Witness Testimony Guidelines: Identifying Areas for Improvement", *Otolaryngol Head Neck Surg.* 2014, Nov 11.

¹⁴ Meadows G, Baum N, "Taking the stand: marketing your expertise as an expert witness" *J Med Pract Manage* 2013, 28(5): s. 275-278.

¹⁵ Jerrold L, *Litigation and legislation. "Possibility, probability, and causation: a*

İngiltere

İngiltere'deki bilirkişilik sistemi Amerika ve Türkiye'ye göre daha farklı uygulamalar sunmaktadır. İngiltere tıbbi uygulama hatası davalarının önemini erken sayılabilecek bir dönemde fak etmiştir. 1932 Yılında "Law of Negligence" ihmal-özensizlik yasası çıkarılmıştır.¹⁶ Kanunun çıkışından sonra tıbbi uygulama hatası davalarının sayısı büyük bir hızla artmıştır. Hatta günümüzde İngiltere sağlık bütçesinin %10'unu tıbbi uygulama hatası nedeniyle tazminat ödemelerine ve hukuki masraflara ayırmış durumdadır.¹⁷ İngiliz tabipler birliğinin (BMA) açıklamalarına göre İngiliz hastanelerinde her gün 800 civarında tıbbi hata kayda geçirilmektedir.¹⁸

İngiltere'de yapılan tüm tıbbi uygulama hatası suçlamalarından 1948 yılında kurulmuş olan Milli Sağlık Servisi (NHS : National Health Service) sorumludur. Milli Sağlık Servisi Avukatlık ve Mahkeme masrafları ile tazminata hükmedilir ise doğacak miktarı ödemekle yükümlüdür.¹⁹ Sayı olarak daha az olan özel sektöre ait tıbbi uygulama hatası suçlamaları için ise doktorların üye olabilecekleri sendika ve dernekler bulunmaktadır. Bu sivil toplum örgütleri de aynı Milli Sağlık Servisi gibi üyelerine karşı açılan tüm tıbbi kötü uygulama davalarından ve doğabilecek tazminatlardan sorumludur.²⁰ Bu sebeple İngiliz sisteminde hekim taraf bilirkişisi çok kuvvetlidir.

Türkiye'de olduğu gibi İngiltere'de de mahkeme tarafından bilirkişi tayin edilmesi mümkündür. Hatta Jüri sistemi ile çalışan İngiliz mahkemelerinin tüm jüriyi konunun uzmanı kişilerden oluşturması (tıbbi uygulama hatası davasında jürinin hekimlerden oluşması) örnekleri mevcuttur. Ayrıca mahkeme konunun uzmanı bir kişiyi expert witness adı altında Türkiye'deki anlamı ile bilirkişi olarak ataya-

study of proximate causation." Am J Orthod Dentofacial Orthop. 2014, 145(6): s. 836-838.

¹⁶ Lieb R, "After Hendricks: Defining Constitutional treatment for Washington States Civil Commitment Program" Ann. NY Acad Sci 2003, 989: s. 474-488.

¹⁷ Woolfson J, "Medical Liability Reform: The British Approach;" Medical Liability" Ob and Gyn 2010, 115 (6): s. 1120-1124

¹⁸ Chacko D, "Medical Liability Litigation: An Historical Look at the Causes for It's growth in the U.K" Discussion Papers in Economic and Social History Number 77, April 2009.

¹⁹ "Doctors Want No Fault Compensations". BBC News, 6 July 1999.

²⁰ National Audit Office: Handling Clinical Negligence Claims; (2000-2001) pp:1

bilmektedir.²¹ Halbuki Amerika'daki expert witness taraf bilirkişisidir. Bunun haricinde İngiliz yargısında halen taraflar kendi bilirkişilerini tayin edebilmektedirler. Ancak Amerikan ve Türk yargılarından farklı olarak tek ortak bilirkişi (Single Joint Expert) ve Mahkeme danışmanı olarak adlandırılabilir (assessor) bilirkişilik uygulamaları da mevcuttur. Her iki bilirkişilik uygulaması da çok fazla ön planda değil iken mahkeme masraflarını azaltmayı, yargı sürecini kısaltmayı ve basitleştirmeyi amaçlayan Lord Woolf reformlarından sonra (1996) sık kullanılır hale gelmişlerdir.²²

Tek ortak bilirkişi yapılanması Lord Woolf Reformlarının bir sonucu olarak 1999 yılında İngiliz Medeni Usul Kanunu (CPR) 35-7 maddesi ile uygulamaya konulmuştur. Bu uygulamanın düzenlenme nedeni olarak taraf bilirkişilerinin nesnelliklerini yitirebilmeleri, çok sayıdaki bilirkişilerin farklı görüşlerle mahkeme kararları konusunda şüpheye yol açmaları, aynı maddi imkanlara sahip olmayan kişilerin, benzer etki gücüne sahip bilirkişilere ulaşamaması ve adalet önünde eşitliğin sağlanamaması sayılmıştır.

Lord Woolf'un kendisi de 1996 tarihli "Access to Justice: The Final Report" isimli çalışmasında aynı noktaya dikkat çekmiş ve ortak bilirkişininin yargı masraflarını düşürerek yargı kararlarında tarafların eşitliğini sağlayacağını savunmuştur. Lord Woolf raporundan aslında yapılmak istenenin kıta Avrupa'sında ve Türkiye'de hali hazırda yürürlükte olan resmi bilirkişilik yapılanmasının İngiliz yargısına adapte edilmek istendiği anlaşılmaktadır.²³

İngiliz avukatların resmi bilirkişiliğin sakıncalarından örnekler getirerek şiddetli karşı çıkışları sonucu bir sentez olarak ortak bilirkişilik kavramı oluşmuş ve uygulamaya konulmuştur.

Ortak Bilirkişinin görevlendirilmesinde tarafların söz hakkı olmakla birlikte bu kişinin sadece mahkemeye karşı sorumlu olması ve görevlendirilmesinde yargıcın takdir hakkının bulunması esasında

²¹ Goldberg R, "Medical Malpractice and Compensation in the U.K" *Chicago-Kent Law Review*, January 2012, 87; (1) s. 130-161.

²² Expert Evidence in Criminal Proceeding in England and Wales: The Law Commission no:325 ; 21 March 2011.

²³ Fenn P, Rickman N, Vencappa D, "The Impact of Woolf Reforms on Costs and Delay" CRIS Discussion Paper Series-2009.1, March 2009.

İngiliz yargısı içinde yeni sayılan bu uygulamanın kıta Avrupası bilirkişilik uygulamasına bir atıf olduğu söylenebilir.

Ortak bilirkişi görevlendirilmesi genellikle tazminat taleplerinin küçük olduğu ve çözümü basit davalar için uygulanmakla birlikte tıbbi uygulama hatası gibi çok tarafı olan karmaşık konularda da belirli teknik ayrıntılar için devreye sokulmaktadır.²⁴

İngiliz Medeni Kanununda ortak bilirkişinin görevinin uzmanlık bilgisi ile mahkemeyi aydınlatmak olduğu ve bu kişinin mahkemenin sevk ve idaresi altında olduğu açıkça yazmaktadır. (CPR 35-3, CPR r. 35-14)

İngiliz yargısında tazminat talebinin yüksek olduğu ve dava konusunun ayrıntılı teknik bilgi gerektirdiği durumlarda taraf bilirkişileri ile birlikte ortak bilirkişi de görevlendirilebilmektedir. Şöyle ki; taraf bilirkişilerin yaptığı açıklamaların net bir karar verilmesini engellediği durumlarda taraf görüşlerinin meta analizi için ortak bilirkişinin görüşü yahut ortak bilirkişinin görüşlerinin çürütülmesi noktasında taraf bilirkişilerin görüşleri dikkate alınabilmektedir.²⁵

Sonuç olarak ortak bilirkişinin belirlenmesi taraf bilirkişiliğini ortadan kaldırmamakta ve etkisini azaltmamaktadır. Yalnız eğer ortak bilirkişi görüşü karar verme açısından net ve tatmin edici ise mahkeme sadece bu görüşe dayanarak hüküm verebilir.²⁶

Ortak bilirkişinin görevini nasıl yerine getireceği konusu Türk hukuku ile hemen hemen aynıdır (HMK 271, HMK Bilirkişi Yönetmeliği madde 11).

Amerikan yaklaşımından farklı olarak İngiliz hukukunda ortak bilirkişinin çapraz sorguya tabii olması mümkün olduğunca kısıtlanmıştır. Ortak bilirkişinin görüşünün başlı başına bir delil olduğu kabul edilmektedir.²⁷

²⁴ Dwyer D, "The Judicial Assessment of Expert Evidence" Cambridge University Press 2008 s.307

²⁵ Payne J, Busuttill A., Smock W.S, "Forensic Medicine: Cincal and pathological Aspects" Cambridge University Press 2003, s.782.

²⁶ "Birmingham Health Authority" Lloyd's Rep Med 2001, s. 382.

²⁷ Samuels A, Barrister JP, "The single joint expert" Med Sci Law. 2003, 43(1): s. 9-12.

Netice itibari ile son takdir yetkisi ve hüküm yargıca ait olduğundan ortak bilirkişinin görevi mahkemeye görüş sağlamaktan ibarettir. Bu durum Amerika, Avrupa ve Türkiye’de bir farklılık arz etmemektedir.

İngiliz Mahkemelerinde Danışmanlık : Assessor

İngiliz mahkemelerindeki diğer bir farklı kurum olan danışmanlık (assessor) uygulaması ise 18. yy.’ dan beri mevcut bulunmakla birlikte Lord Woolf reformlarından önce sadece deniz ticareti konuları ile sınırlandırılmıştır.²⁸ Yeni medeni usul kanunundan sonra ise diğer davalarda da görev alabilmektedir.²⁹

Danışmanlık uygulamasının yargıci eğitime işlevini üstlendiği kabul edilmektedir³⁰. Danışmanların ortak bilirkişiden farkı çapraz sorguya alınamamaları, sözlü görüş bildirememeleri ve görevlerini yemin altında yerine getirmemeleridir. Bununla beraber davanın görüşülmesi esnasında yargıcın yanında yer alabilirler ve dava sürerken mahkemeye ara verip ayrı bir salonda yargıci sözlü olarak aydınlatılabirler.

Danışmanların bu yetkilerine karşı olarak bölge adliye mahkemelerinin kararları ise danışmanların yazılı sunduğu görüşlerin taraflarca tartışılmadan yargı hükmüne temel teşkil edemeyeceği doğrultusundadır.³¹

SONUÇ

Kıta Avrupası ve dolayısı ile Türkiye’de mahkemenin baskın unsuru taraflar değil yargıçlardır. Bilirkişilik uygulaması olarak baskın unsurda yargıç yardımcısı olarak ta kabul edilen mahkeme bilirkişisidir.

²⁸ “Protocol for the Instruction of Expert to Give Evidence in Civil Claims” Civil Justice Council June 2005; amended October 2009.

²⁹ Andrews N, “The Three Paths of Justice” Springer 2012 : s.87

³⁰ McAvoy PA1, McCrorie P, Jolly B, Ayers AB, Cox J, Howes AD, Macdonald EB, Slimmon DJ, Southgate L, “Training the assessors for the General Medical Council’s Performance Procedures” Med Educ. 2001, 35(1): s. 29-35

³¹ Courts: Rules and practice directions; Ministry of justice; Practice direction 35.15

Türkiye’de tıbbi uygulama hatası olgularında resmi bilirkişi olarak Adli Tıp kurumu ve Yüksek sağlık şurası kendilerine özgün kanun ve yönetmelikleri ile görev yapmaktadırlar. Bu kurumlar yemin altında çalışmamaları, sadece mahkemeye karşı sorumlu olmaları ve çapraz sorgu ile ifade vermeye çağrılmamaları açısından İngiliz hukukundaki danışman (assessor) uygulaması ile benzerlik göstermektedirler. Ayrıldıkları nokta ise mahkeme salonunda hazır bulunmamaları ve yargıca sözlü bilgilendirmede bulunmamalarıdır. İngiliz hukukundaki bölge mahkemelerinin (istinaf mahkemeleri)’nin benzer yapıdaki assessorlar için verdiği: taraflar tarafından sorgulanmadan mahkemeye görüş teşkil etmemesi hakkının Türkiye’de de bir usul haline getirilmesinin resmi bilirkişilik ile ilgili nesnellik ve nitelik sorunlarını çözebileceğini düşünüyoruz. Tabii bu durum tarafların muhakkak birer özel bilirkişi görüşü almasını gerektirecektir. Yargı karşısında eşitliğin gerçekleşebilmesi içinde tıpkı ceza davalarında maddi durumu yeterli olmayan kişiye avukat tayin edilmesi gibi taraf bilirkişisi tayini gündeme gelecektir.

İngiliz hukukunda reform adı altında Türkiye’de hali hazırda uygulanan mahkeme bilirkişiliği sistemine yaklaşılması dikkat çekicidir.

Amerikan hukukunda da Mahkeme bilirkişisi (court-appointed expert) kavramı olmakla birlikte söz konusu bilirkişinin çapraz sorguya alınabilmesi ve taraflarca sözlü olarak sorgulanabilmesi en önemli ayrımı oluşturmaktadır. İngiliz hukukunun bilirkişilik anlayışı konusunda Amerikan hukukundan ayrılarak Kıta Avrupası ve Türkiye’ye yaklaşan bir sentez yaratması üyesi bulunduğu Avrupa birliğine uyum kaygısı ile de açıklanabilir.

İngiliz hukukunda mevcut olan “single joint expert” kavramının Türkiye’de uygulanması tarafların mahkeme tarafından atanan bilirkişinin niteliği konusunda müdahalede bulunabilmesinin yolunu açacaktır. Tüm tarafların mutabakatını alacak bir bilirkişinin de nesnelliği ile tanınmış olmasının gerekeceği açıktır. “assessor” kavramının yakın karşılığı olan Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası mütalaalarının mahkeme kayıtlarına girmeden önce taraflar adına incelenerek var ise itirazların belirtilmesi hem rapor niteliklerinin yükselmesi hem de sürecin hızlanması adına olumlu katkı sağlayacaktır. Amerikan hukuku

anlamında (expert witness) aktif taraf bilirkişilik uygulamasının yaygınlaşması yani taraf bilirkişilerinin sözlü ifade verip çapraz sorguya alınabilmesi; tarafların adalet duygusunu pekiştireceği gibi bilirkişilik uygulamalarının niteliğini üst seviyeye taşıyacaktır. Amerikan Hukukunda “Court appointed expert” in çapraz sorguya alınabildiği gibi Türk Hukukunda da mahkemenin tayin ettiği bilirkişi taraflar tarafından davet edilip sorgulanabilse nitelik sorununun çözümünde önemli katkı sağlanacağı açıktır.

Bizim önerimiz mahkeme bilirkişiliği uygulamasından vazgeçilerek tamamen taraf bilirkişiliğine yönelmek değildir. Her iki uygulamanın da kendine özgü sakıncaları diğer hukuk sistemlerinde de fark edilmiş ve yeni uygulamalar yaratılarak veya eskileri ihya edilerek sentez yoluna gidilmiştir.

Türkiye’deki mevcut uygulamada maddi ve sosyal imkanları geniş olan taraf kendi uzman mütalaasını hazırlayarak mahkeme bilirkişisi görüşünün olası negatif etkilerinden korunabilecekken karşı tarafın kendi uzman mütalaasını sunmadığı durumlarda adil yargılanma ilkesi çiğnenmiş olacaktır.

Bu sebeple Türkiye’nin de kendi şartlarına uygun özgün bir sentez bilirkişilik uygulaması yaratması gerektiğini düşünüyoruz.

Düşüncemize göre mahkeme usul olarak önce taraflardan bilirkişilik görüşü ister ve sonrasında bu görüşler ışığında mahkeme bilirkişisinden rapor hazırlamasını talep eder ise mahkeme bilirkişiliğinin dezavantajları olan: sürekli aynı işi yapan kişilerde mesleki körlük oluşması (raporların otomatikçe bağlanması), mahkeme bilirkişisine çeşitli motivasyonlar aracılığı ile ulaşılması durumunda raporun objektif hazırlanmaması gibi sorunlara karşı bir denetim sağlanmış olacaktır.

Bu düşüncemizin adil yargılanma esası ile çelişmemesi için taraf bilirkişisinin niteliklerini belirleyen yönetmelik ile ekonomik gücü yerinde olmayan kişiler için tıpkı avukatlık hizmetlerinde olduğu gibi bilirkişilik adli yardımı sağlanması gerekmektedir.

Sonuç olarak bugünkü pratik uygulama bilirkişi raporunun içerik yeterliliğinin değil sadece veren kurumun yeterliliğinin sorgulandığı bir durum yaratmaktadır. Ancak buradaki yeterlilik kriterinin tek fak-

törü de devlet kurumu olmasıdır. Halbuki bilirkişilik; alınmış olunan eğitime bağlı olarak bilimsel yöntemlerle ve bilginin kullanılmasıyla somut olayın mahkeme tarafından daha net anlaşılabilmesi için görüş vermek olduğuna göre buradaki temel kriter bilgi düzeyi ve bilimsel metodlar olmalıdır. Bugün mahkemelerin resmi bilirkişi kurumu olarak sadece adli tıp kurumundan rapor almalarında pratikte şu iki problem çok sık karşımıza çıkmaktadır. İlgili konu hakkında ilgisiz uzmanların imzalarının raporda yer alması ki örnek olarak Kadın hastalıkları ile ilgili bir konuda göz hastalıkları uzmanının da imzasının yer alması verilebilir. Raporlarda yer alan çok sayıda imza mahkeme heyetini etkileyebilmekle birlikte aslında çoğu zaman sadece bürokrasi gereği bir takım uzmanların imzaları yer almaktadır. Ayrıca bazı alanlarda uzmanların hiç olmayışı ya da bilimsel yeterliliklerinin en son bilgiyle güncellenmesi kaygısı taşımamaları gibi faktörler raporların da yetersizliğini gündeme getirmektedir.

Öte yandan nerede ise tüm bilirkişilik isteklerinin resmi kurumlara gelmesi de aşırı iş yüküne bağlı yeterli zamanın ayrılamamasını ve buna bağlı olarak da kaliteli raporların çıkmasını engelleyen bir başka durumdur.

Bu açıdan bilirkişilik raporlarının yeterliliğine geldiği kuruma göre değil de raporun içeriğine bakılarak karar verilmesi çok önemlidir. Yargıtay son yıllarda bu yönde adımlar atmış ve bilirkişilerce verilen raporları içeriğine bakarak değerlendirmeye başlamıştır. Aynı şekilde mahkemelerin de bu şekilde yaklaşımları önemlidir. Bilirkişi Raporunun içeriği dikkate alındığında ve bu raporun referanslara dayalı, objektif, bilimsel, güncel bilgiye dayanılarak yazıldığı saptandığında değerlendirmeye alınması bilirkişilik sisteminin sağlıklı ve verimli çalışmasını sağlayacaktır.

Kaynakça

- Eloy JA, Suider PF, Folbe AJ, Couldwell WT, Liu JK. "Comparison of Plaintiff and Defendant Expertwitness Qualification in Malpractice Litigation in Neurological Surgery", J. Neurosurg, 2014, 120 (1). S.185-190
- Kamil Yıldırım, "Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk Ve Türk Hukukundaki Durumu", 75. Yaş günü için Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s.833-841.

- Charles Deitschel, "Unreliable Medical Experts, Letter To the Editor", *Pediatrics*, 2003;111:3, s.711
- Wood C, "The Mislplace of Litigation in Medical Malpractice", *Aust. NZJ Obstet. Gynaecol.* 1998, 38(4): s.365-376
- Horton JB., Reece E, Janis JE., Broughton G., Hollier L., Thornton JF., Kenkel JM., Rohrich RJ, "Expert Witness Reform", *Plast. Rekonstruktif Surg* 2007, 120(7) 2095-2100.
- Hakan Pekcanitez, "Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü Değerlendirilmesi", *Ankara Adalet Yayınevi* 2009, s. 397-418.
- Mark Crane, "Malpractice Threat to Physicians Pervasive, AMA Study Finds" *Medscape Medical News* 2010, August 05.
- Mello MM, Kachalia A, Goodell S, "Medical malpractice - april 2011 update", *Synth Proj Res Synth Rep* 2011 Apr
- Barış Toraman, "Anglo-Amerikan Hukukunda Mahkeme Tarafından Tayin Edilen Bilirkişiler", *Anadolu Üniv. Sosyal Bilimler Dergisi Hukuk Özel Sayısı* 2013, s. 115-130.
- Hoge MA, Tebes JK, Davidson L, Griffith EE, "The Roles of Behavioral Hath Professional in Class Action Ligitation", *J Am Acad Psychiatry Law* 2002, 30(1); s.49-58
- Cecil JS, Willging TE, "Court-appointed Experts, "Defining the Role of Experts Appointed Under Federal Rule of Evidence 706" *Federal Judicial Center* 1993.
- Davenport JL, Stinson V, Cutler BL, Krawitz DA, "How Effective are the Cross-Examination and Expert Testimony Safeguards? Jurors Percptions of the Suggestiveness and Fairness of Biased Line up Procedures" *J.Appl Psychology* 2002, 87(6): s. 1042-1054.
- Svider PF, Eloy JA, Baredes S, Setzen M, Folbe AJ, "Expert Witness Testimony Guidelines: Identifying Areas for Improvement", *Otolaryngol Head Neck Surg.* 2014, Nov 11
- Meadows G, Baum N, "Taking the stand: marketing your expertise as an expert witness" *J Med Pract Manage* 2013, 28(5): s. 275-278
- Jerrold L, Litigation and legislation. "Possibility, probability, and causation: a study of proximate causation." *Am J Orthod Dentofacial Orthop.* 2014, 145(6): s. 836-838.
- Lieb R, "After Hendricks: Defining Constituonal treatment for Washington States Civil Commitment Program" *Ann. NY Acad Sci* 2003, 989: s. 474-488.
- Woolfson J, "Medical Liability Reform: The British Approach;; Medical Liability" *Ob and Gyn* 2010, 115 (6): s. 1120-1124
- Chacko D, "Medical Liability Litigation: An Historical Look at the Causes for It's growth in the U.K" *Discussion Papers in Economic and Social History* Number 77, April 2009.
- Goldberg R, "Medical Malpractice and Compensation in the U.K" *Chicago-Kent Law Review* ,January 2012, 87; (1) s. 130-161.

Fenn P, Rickman N, Vencappa D, "The Impact of Woolf Reforms on Costs and Delay" CRIS Discussion Paper Series-2009.1, March 2009.

Dwyer D, "The Judicial Assessment of Expert Evidence" Cambridge University Press 2008 s.307

Payne J, Busuttill A., Smock W.S, "Forensic Medicine: Cinical and pathological Aspects" Cambridge University Press 2003, s.782.

Samuels A, Barrister JP, "The single joint expert" Med Sci Law. 2003, 43(1): s. 9-12.

Andrews N, "The Three Paths of Justice" Springer 2012 : s.87.

McAvoy PA1, McCrorie P, Jolly B, Ayers AB, Cox J, Howes AD, Macdonald EB, Slimmon DJ, Southgate L, "Training the assessors for the General Medical Council's Performance Procedures" Med Educ. 2001, 35(1): s. 29-35