

ÖZYEĞİN ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TIBBİ MÜDAHALE HATALARINDA BİLİRKİŞİNİN ROLÜ

Volkan Yaşar IŞIKSAÇAN

DANIŞMAN

YARD.DOÇ.DR.NİHAT GÜMAN

İstanbul 2014

İLK SÖZ:

“Hayat çok kısa, sanatı öğrenmek çok uzun sürer, fırsatlar çabuk kaçar, deneyim yanlıcıdır ve karar vermek güçtür.”

(Hipokrat, aforizmalar kitabı, ilk deyiş)

İÇİNDEKİLER

| | |
|--|----|
| 1) GİRİŞ | 1 |
| 2) BİLİRKİŞİ TANIMI | 2 |
| 3) BİLİRKİŞİ GEREKLİLİĞİ | 3 |
| 4) BİLİRKİŞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ | 5 |
| 5) USÛL KANUNLARINDA BİLİRKİŞİLİK | 6 |
| i. Genel olarak | 6 |
| ii. Hukuk usulünde bilirkişilik | 6 |
| iii. Ceza usulünde bilirkişilik | 7 |
| iv. İdari yargılama usulünde bilirkişilik | 8 |
| 6) BİLİRKİŞİ GÖRÜŞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ | 9 |
| 7) BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASI | 12 |
| i. Genel olarak | 12 |
| ii. Başvurmanın mümkün olmadığı haller | 14 |
| iii. Başvurmanın zorunlu olduğu haller | 15 |
| iv. Taraflarca seçilen bilirkişi:Uzman | 16 |
| 8) BİLİRKİŞİLİK YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ | 18 |
| 9) BİLİRKİŞİNİN REDDİ VE BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ | 20 |
| 10) BİLİRKİŞİNİN GÖREVİ | 21 |
| 11)TIP HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK | 22 |
| 12)TIP CEZA HUKUKUNDA BAŞVURULAN ZORUNLU BİLİRKİŞİLİK KURUMLARI | 24 |

| | | |
|------|---|----|
| i. | Yüksek Sağlık Şurası | 25 |
| ii. | Adli Tıp kurumu | 27 |
| | a) Adli Tıp İhtisas Daireleri | 29 |
| | b) Adli Tıp İhtisas Kurulları | 29 |
| | c) Adli Tıp Genel Kurulu | 30 |
| iii. | Üniversitelerin ilgili Anabilim dalları | 31 |
| iv. | Tabip Odaları Onur Kurulları | 32 |
| v. | Diğerleri | 33 |
| 13) | TIBBİ BİLİRKİŞİNİN NİTELİKLERİ | 33 |
| i. | Tıbbi Bilirkişinin Ehliyeti | 33 |
| ii. | Tıbbi Bilirkişinin Mesleki Yeterliliği | 34 |
| iii. | Tıbbi Bilirkişinin Tarafsızlığı | 36 |
| iv. | Tıbbi Bilirkişinin Dürüstlüğü | 38 |
| 14) | TIBBİ BİLİRKİŞİLERİN YETERLİLİKLERİNİ ARTTIRMAK | 40 |
| i. | Eğitim | 40 |
| ii. | Önlem | 40 |
| iii. | Meslektaşın Gözden Geçirmesi | 41 |
| iv. | Yaptırım | 41 |
| 15) | HATALI TIBBİ UYGULAMA (MALPRAKTİS) | 41 |
| i. | Genel olarak | 41 |
| ii. | Tıbbi standart | 46 |
| iii. | Aydınlatılmış onamdaki eksiklikler | 51 |
| iv. | Teşhis hataları | 53 |

| | |
|--|----|
| a) Genel olarak | 53 |
| b) Hasta öyküsü (anamnez) almada eksiklik | 54 |
| c) Eksik muayene | 54 |
| d) Gerekli tetkiklerin yapılmaması | 55 |
| e) Kayıt hataları | 56 |
| v. Tedavi hatası | 57 |
| a) Genel olarak | 57 |
| b) Müdahalenin yapılmaması | 58 |
| c) Yanlış müdahale metodunu seçme | 59 |
| d) Hasta vücudunda yabancı madde unutulması | 59 |
| e) Yanlış taraf cerrahisi | 63 |
| vi. Tedavi sonrası bakım yükümlülüklerinin ihlali | 64 |
| a) Hasta başı ziyaret ve kontroller | 64 |
| b) Oluşan komplikasyonu zamanında fark etmek | 65 |
| c) Müdahale sonrası beklenmeyen durumları hastaya bildirmek | 65 |
| vii. Organizasyon kusuru | 66 |
| viii. Üstlenme kusuru | 68 |
| 16) TIBBİ BİLİRKİŞİ RAPORU | 69 |
| i. Bilirkişi Raporunun Şekli | 70 |
| ii. Bilirkişi Raporunun İçeriği | 72 |
| iii. Bilirkişi Raporunun Özellikleri | 74 |
| 17)EKSİK BİLİRKİŞİ RAPORU NEDENİYLE BOZULAN KARARLAR | 75 |
| i. Adli Tıp Kurumunun hükme esas alınmayan bilirkişi raporları | 75 |
| ii. Yüksek Sağlık Şurasının hükme esas alınmayan kararları | 82 |

| | |
|--|-----|
| iii. Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası ve diğer bilirkişi kurumlarından alınan kabul edilemez raporlar | 88 |
| 18) BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU | 91 |
| i. Genel olarak | 91 |
| ii. Bilirkişinin cezai sorumluluğu | 91 |
| a) Memur gibi sorumluluk | 91 |
| b) Sır saklama yükümlülüğü | 93 |
| c) Bilirkişilik görevinin yapılmaması | 94 |
| d) Gerçeğe aykırı bilirkişilik | 96 |
| iii. Bilirkişinin hukuki sorumluluğu | 99 |
| 19) MESLEK KURULUŞLARI VE MESLEKİ DİSİPLİN | 101 |
| 20) SONUÇ VE ÖNERİLER | 103 |
| 21) KAYNAKLAR | 116 |

KISALTMALAR

| | |
|--|--|
| ABD | : Amerika Birleşik Devletleri |
| ATK | : Adli Tıp Kurumu |
| Aust N Z J Obstet Gynaecol Gynecology | : Australian and New Zealand Journal of obstetrics and Gynecology |
| A.Ü.H.F.D | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| BK | : Borçlar Kanunu |
| Clin Orthop Relat Res | : Clinical Orthopaedics and Related Research |
| CGK | : Ceza Genel Kurulu |
| CHD | : Ceza Hukuk Dairesi |
| CMK | : Ceza Muhakemeleri Kanunu |
| DAN 2.D | : Danıştay 2. Dair |
| EÜHFD | : Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| Fam Pract Manag | : Family Practice Management |
| HD | : Hukuk Dairesi |
| HFD | : Hukuk Fakültesi Dergisi |
| HGK | : Hukuk Genel Kurulu |
| HHK | : Hususi hastaneler kanunu |
| HMK | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu |
| HUMK | : Hukuk Usulleri Muhakemesi Kanunu |
| İÜATE | : İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enistüsü |
| İÜSBE | : İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enistüsü |
| Lijec Vjesn | : Lijec Vjesn Journal |
| J Child Neurol | : Journal of Child Neurology. |
| JAMA | : Journal of The American Medical Association. |

| | |
|----------------------------|---|
| J Leg Med | : Journal of legal Medicine |
| KKTC | : Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti |
| K | : Kanun |
| legal HD | : Legal Hukuk Dergisi |
| M | : Madde |
| MK | : Medeni Kanun |
| N Engl J Med | : The New England Journal of Medicine |
| Neurol Clin | : Neurologic Clinics |
| Otolaryngol Head Neck Surg | : Otolaryngology Head and Neck Surgery. |
| RG | : Resmi Gazete |
| S | : Sayfa |
| SÜ | : Süleymaniye Üniversitesi |
| TCK | : Türk Ceza Kanunu |
| TMK | : Türk Medeni Kanunu |
| TTB | : Türk Tabipler Birliği |
| TUT | : Tıpta Uzmanlık Tezi |
| TŞSTİDK | : Tababet ve Şuabatı sanatlarının tarzi icrasına dair |
| kanun | |
| Univ Richmond Law Rev | : University of richmond law Review |
| YHD | : Yargıtay Hukuk Dairesi |
| YKD | : Yargıtay Kararları Dergisi |
| YSS | : Yüksek Sağlık Şurası |
| YÜHFD | : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |

Özet

Bilirkişi görüşlerinin davaların sonuçlandırılmasında çok etkili bir rolü vardır. Mahkemeler, ceza ve hukuk davalarında, Hakimlerin çözmekte zorlandığı bilimsel konulara açıklık getirmek için bilirkişilerin görüşlerine başvururlar.

Ülkemizde son yıllarda hatalı tıbbi müdahale iddiasıyla açılan davalarda büyük bir artış gözlenmektedir.

Mahkemeler ve Hakimler, bilirkişilerin temel tıp kurallarına, kabul edilebilir tedavi seçeneklerine ilişkin açıklamaları ve yorumları olmadan tıbbi müdahale hatalarını komplikasyonlardan ayıramazlar.

Ülkemizdeki kanunlara göre, mesleği yapmaya yetkili olan tüm hekimlerin tıbbi bilirkişilik yükümlülüğü de vardır. Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Enstitüleri ve Üniversiteler halen ülkemizde bilirkişilik hizmeti veren kurumlardır.

Biz burada, tıp camiasında, mahkemelerde ve sosyal mediada sıklıkla tartışma konusu olan tıbbi müdahale hatasıyla komplikasyonun ayırımını inceledik.

Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası tarafından verilen bir takım hatalı, eksik ve bilimsel olmayan tıbbi bilirkişi raporlarını mercek altına aldık.

Bu çalışma güvenilir, tarafsız, objektif ve bilimsel tıbbi bilirkişi raporlarının hatalı tıbbi müdahale davalarındaki önemini tartışmakta, tıbbi bilirkişilerin bilginin tarafsız taşıyıcısı olmaları gerektiğini vurgulamaktadır.

Tıbbi bilirkişilerin verdikleri hizmetin kalitesini arttırmak ve nihayetinde daha doğru, dürüst ve adil sonuçlara ulaşabilmesi için tavsiyelerde bulunduk.

İnsanların daha sağlıklı ve adil bir yaşam sürmelerini sağlayarak, global düzeyde iyi olma halini hedefleyen tıp ve hukuk bilim dallarının birlikte harmoni içinde çalışmalarını halinde çok daha etkili olabilecekleri sonucuna vardık.

Summary

The expert witness testimony plays an essential role in the litigation process. Courts rely on expert witness testimony in most civil and criminal cases to explain scientific matters that may not be understood by judges.

Malpractice litigation proceedings begin to rise significantly in our country recently.

Courts and Judges can not distinguish malpractice cases from the complications without the medical expert's explanation of the acceptable treatment modalities and interpretation of medical facts.

We here examined the issue of deciding between a medical complication and a medical error, the subject which has been frequently debated among doctors, at court trials and in media.

According to the legislation laws in our country, medical expert testimony charge has been given to all physicians that are authorized in their profession. Forensic Medicine Institution, Superior Health Council, Forensic Medicine Institutes and Universities currently serve as medical experts in our country.

We focused on the some inaccurate, incomplete or unscientific expert testimony reports given by the Forensic Medicine Institution and Superior Health Council in medical malpractice law cases.

The paper discusses the importance of reliable, objective, unbiased and scientific expert witness testimony in medical malpractice cases and stresses that expert witnesses should be unbiased conveyers of information.

We made some recommendations in order to improve the quality of medical expert witness testimony in legal malpractice proceedings and thereby, achieve the much more fair, honest and equitable outcomes.

We concluded that Both law and medicine are critical tools for improving health and well-being on a global level, and each profession is more effective when the two work together.

GİRİŞ

Tıp bilimindeki gelişmeler hasta hekim ilişkilerinde de radikal değişikliklere yol açmıştır. Eski zamanlarda hekim hastasının öyküsünü almak (anamnez) ve fizik muayenesi için çok daha fazla zaman harcar, hastayla çok daha özel ve kişisel bir ilişki kurardı. O yıllarda teknik olanaklar çok kısıtlıydı ve doktorların dürüst davranarak cehaletlerini kabullenmeleri, kendilerinden çok şey vermeleri gerekiyordu.¹ Yıllar içinde tıp teknolojisindeki gelişmeler ve uzmanlaşmalar, hekimin bilgisini ve tedavi olanaklarını arttırırken, hasta-hekim ilişkisini de daha mekanik, duygudan uzak ve piyasa koşullarının olumsuz etkilerine açık hale getirmiştir. Tıp mesleğinin teknolojik yönü, zanaat yönüne baskın hale gelmiştir. Hekimler tıp mesleğindeki başrollerini ileri görüntüleme yöntemlerine, laboratuvar tetkiklerine, her gün bir yenisi eklenen teknoloji ürünlerine bırakmıştır.

Sağlıklı yaşam hakkına yönelik çalışmalar da zaman içinde hız kazanmıştır. Amerikan Hastaneler Birliği ilk defa 1972 yılında Hasta Hakları Beyannamesini yayınlamıştır. Avrupa Konseyi Parlamenterler Birliği ise 1975 yılında hasta haklarıyla ilgili öneriler taslağı hazırlamıştır². Hasta haklarıyla ilgili ilk yazılı belge 1981 yılında Dünya Hekimler Birliğinin de kabul ettiği Lizbon Hasta Hakları bildirisidir³. Sağlık hakkı bugün pek çok uluslararası metinde kabul edilmiş ve Anayasayla güvence altına alınmış bir haktır.

Hasta haklarındaki farkındalığın artması, hasta-hekim ilişkisinin değişen yüzü, sağlık politikalarından kaynaklanan olumsuzluklar, hekimlere karşı yöneltilen tıbbi uygulama hatası iddialarında artışa yol açmıştır. İstanbul Tabip Odasına hatalı hekimlik uygulamasına yönelik başvurular da bu sonucu doğrular niteliktedir. İstanbul Tabip Odasına 1982-2001 yıllarını kapsayan yirmi yıllık dönemde toplam 1525 başvuru yapılmış, bunun 569'u (%37.3) ilk on altı yıllık dönemde yapılmışken, son dört yıl içinde 956 (%62.7) başvuru yapılmıştır⁴. Amerika da yapılan bir çalışmaya göre, her yıl aile hekimlerinin %5'i, tüm diğer branşlardaki hekimlerin %7'si hakkında tıbbi uygulama hatası nedeniyle dava açılmaktadır. Aile hekimlerine yönelik davaların %1'inde hastaya veya ailesine tazminat ödenmektedir. Alt risk

¹ Levis Thomas, *Tübitak Popüler Bilim kitapları* 288, s12, 2008

² Özlü Tefik, *Hasta Hakları*, 4. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Sağlık Hakkı Özel Sayı, Kasım 2007, s1-7

³ Demircan, Y.Tunç, *Hasta Hakları, Güncel Hukuk*, Mart 2006, s 14-16

⁴ Koç Sermet, *İstanbul Tabip Odasına Başvurulan Tıbbi Uygulama Hataları*, 2006, s70-81

grubundaki hekimlerin %75' inin 65 yaşına kadar en az bir defa tıbbi uygulama hatası iddiasıyla karşılaşacağı tahmin edilmektedir.⁵

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle açılan davalarda, hekimin gereken tedaviyi yapmadığı, ihmalinin olduğu, hatalı müdahalenin zarara yol açtığı iddiaları vardır.

Tıbbi bilirkişinin açıklamaları olmadan, kabul edilebilir standart tedavinin sınırlarını belirlemek, ihmal veya tıbbi hata sonucu oluşan zararları (malpraktis), kaçınılmaz ve önlenemez olanlardan (komplikasyon) ayırt etmek, oluşan zararlar, yapılan müdahalenin sebep sonuç ilişkisini ortaya koymak, mahkeme ve hakim için çoğu defa mümkün değildir.

Mahkemelerde bilirkişi görüşleri, gerçeğe ulaşmak için mahkeme heyetine büyük kolaylıklar sağlar. Tıbbi bilirkişiler ideal olarak bilginin tarafsız taşıyıcısı olmalıdırlar. Haksız fiil davalarında standart tedavinin analizini doğru, tarafsız ve objektif olarak yapabilmek adil bir sonuca ulaşabilmek için çok önemlidir.⁶

Tıbbi bilirkişi olarak görev yapacak hekimin konuyla ilgili güncel bilgilere ve yeterli tecrübeye sahip olması ve bunları mahkemeye dürüst ve tarafsız olarak aktarması beklenir.⁷

2) BİLİRKİŞİ TANIMI

Usul Kanunlarımızda bilirkişilik için yasal bir tanımlama yapılmamıştır. Bilirkişiyi tanımlamak ve nitelendirmek için doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir tanıma göre bilirkişi, tahkik, araştırma, tayin ve tespit gibi maddi hususlarda bilgi ve ihtisas sahibi olan, tarafların dışındaki üçüncü şahıstır.⁸ Bir başka tanıma göre bilirkişi, tecrübe prensipleri hakkında hakimdeki eksik bilgileri tamamlayan ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak bir olaydan sonuçlar çıkararak veya kendi özel mesleki bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişidir.⁹ Benzer bir tanımlama bilirkişiyi, dava ile ilgili maddi sorun ve olayların takdir ve değerlendirilmesinde, hakim bilmediği özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda, bilgi ve oyuna başvuru üçüncü kişi olarak tanımlamaktadır.¹⁰ Bir başka ifadeye göre bilirkişi, sahip olduğu uzmanlık bilgisi ile mahkemeye bir ispat sorununda yardımcı olan kişidir.¹¹

⁵ Jena AB, Seabury S, Lakdawalla D, Chandra A. Malpractice risk according to physician specialty. *N. Engl J Med.* 2011;365:629–636

⁶ Brent RL. The irresponsible expert witness: a failure of biomedical graduate education. *Pediatrics.*1982;70 (5):754– 769

⁷ Localio AR, Lawthers AG, Brennan TA, et al. Harvard Medical Practice Study III. *N Engl J Med.*1991;325 (4):245– 251

⁸ Altay Şakir, *Bilirkişi Mütalası ve Hakim, AD, 1957/8, s.732-736*

⁹ Pekcantez Hakan/Atalay Oğuz/Özkeş Muhammed, *Medeni Usul Hukuku, 2.baskı, Ankara, 2001, s 425*

¹⁰ Karahasan Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, Ankara, 2009, s 1103*

¹¹ Ünver Yener/Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku, cilt I, 2009, s 230*

Daha geniş manada bilirkişi, davayla ilgili vakaların takdirinde, özel ve teknik bilgisinin gerekli olması halinde, hakim tarafından bilgisine ve oyuna başvurulmuş, sahip olduğu özel ve teknik bilgilerini kullanarak değerlendirdiği olay hakkındaki görüşünü mahkemeye bildiren ve bu anlamda karar vermede hakime yardımcı olan kişidir.¹²

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bilirkişi tanımı yapılmamakta ancak tanım yapılmasına elverişli bazı özelliklerinden bahsedilmektedir.¹³ HMK madde 266'ya göre: “Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir”.

Bilirkişi, Ceza Muhakemesi Kanununa göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonlarınca Bilirkişi Listelerinin Düzenlenmesi Hakkında Yönetmelik madde 3' de; “ çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde oy ve görüşünü yazılı ya da sözlü olarak vermesi için başvurulan gerçek ya da tüzel kişiyi” ifade eder biçiminde tanımlanmıştır.¹⁴

3) BİLİRKİŞİ GEREKLİLİĞİ

Sosyal ilişkiler ağı içerisinde ortaya çıkan uyumsuzlukları çözmekle görevli yargı makamlarının ve hakimin, uzmanlık alanlarının her geçen gün çeşitlendiği ve derinleştiği günümüz dünyasında, uyuşmazlıkların sonlandırılmasında, maddi bir olayın ispatında, özel ve teknik bilgiye olan ihtiyaç her geçen gün artmaktadır. hakimin her teknik konu hakkında bilgi sahibi olmasını beklemek gerçekçi değildir. Böyle durumlarda hakim, mahkeme, yasanın izin verdiği hallerde Cumhuriyet savcısı kendilerine yardımcı olması için uzman kişilere başvurumaktadırlar. Bazen bu başvuru hakim için zorunluluk oluşturmaktadır.¹⁵

Hakim, önüne gelen her hukuki uyuşmazlığı ve bu uyuşmazlıkların dayandığı maddi vakalar bütününe yeterince bilmesi mümkün olmadığı halde, uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak ve hüküm vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüklerini yerine getirmezse hukuki ve cezai sorumluluk doğar.¹⁶ Yargılama sürecinde gerçeklerin ortaya çıkarılması için yapılan çalışmalarda, hakimin yargılamaya egemen olması gerekir. Hakimin dava için gerekli olan delilleri, bir aracı olmadan, doğrudan kendi duyu organlarıyla algılayarak değerlendirmesi zorunluluğu vardır. Doğrudanlık ilkesi adı verilen bu kural doğru ve adil yargılama hakkını güvence altına almayı amaçlamıştır. Hakimin konuyla ilgili teknik bilgisinin yetersiz olması,

¹² Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt II, s2622

¹³ Yahya Deryal, Türk Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul,2012 s 43

¹⁴RG, 01.06.2005, No.25832

¹⁵ T.Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü,Ankara,1955,s 206-207

¹⁶ Aşçıoğlu Çetin, Bilirkişilik Kavramı ve Görev sınırları, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun, 2001,s 52

delillere ulaşmadaki güçlükler gibi sebeplerle öngörülen istisnalardan biri de, hakim bilirkişinin oy ve görüşüne başvurmasıdır.¹⁷

Yapılan bir binanın bilimsel şartlara uygunluğu, açılan bir yaranın kaç günde iyileşebileceği veya yapılan bir tıbbi müdahalede kurallara uyulup uyulmadığı gibi birbiri ile ilişkisi olmayan ve sonsuz çeşitlilik arz eden durumlarda hakimler, bu sahalarda uzman olan bilim, fen ve sanat bilirkişilerinin görüşünü almak zorundadırlar.¹⁸

Bir yaranın öldürücü olup olmadığını beyan eden doktor, ölenin vücudundan çıkarılan merminin sanığın üzerinde yakalanan tabanca ile atılmış olup olmadığını bildiren silah uzmanı, parmak izi analizleriyle suçluya ulaşmaya çalışan uzmanın hizmeti, bilirkişiye olan ihtiyacı ortaya koyan örneklerdir.¹⁹

Yargıtay ceza yargısı bakımından bilirkişilik kurumuna olan ihtiyacı şu şekilde açıklamaktadır; Hakimlerin teknik sahalarda uzman olmalarına imkan yoktur, hüküm verebilmek için delil muhtevasının öğrenilmesi gerekir, bu nedenle hakim, diğer delillerle birlikte çoğu kez bilimsel ve teknik bilgilere de ihtiyaç duyar. Muhtaç oldukları bu teknik ve bilimsel bilgilerin uzman olan kişi ve kurumlardan sağlanması yoluna gidilir. Bilirkişi olay hakkında bilgi sahibi değildir. Onun katkısı teknik sahadaki yardım, neticesi itibarıyla hakimi aydınlatmaktır. Çünkü hakim, kendi teknik bilgisi ile delil muhtevasını öğrenemez.²⁰

Özel bilgi gerektiren konularda hakim kişisel bilgisi bulursa bile, hakim yargılama sırasında bunu tartışma konusu yapmak, sanığın kendisini savunmasına olanak sağlamak için, bu konuların bilirkişiye incelettirilerek görüşüyle ilgili raporunun alınması gerekecektir.^{21 22}

4) BİLİRKİŞİNİN TARİHİ GELİŞİMİ

Bilirkişilik kurumunun çok eski tarihlere dayanan köklü bir kurum olduğu ve hukuki uyuşmazlıkların çözümünde özel bilgisi olan kişilerden yararlandığı, Babil Kralı Hammurabi kanunlarında hekimlerin resmi bilirkişi olarak dinlendiğine ilişkin kayıtlar

¹⁷ Yahya Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012 s25

¹⁸ Ahmet Küpeli/Çetin L. Baydar, *CMK ve TCK'da Adli Tıp Uzmanının Bilirkişilik Yükümlülüğü ve Çapraz Sorgu*, TUT İsparta 2007, s 8.

¹⁹ Erem F, *Ceza Usulü Hukuku*, Ankara 1986, s 404.

²⁰ 1. CD, 04.02.1985,93/341. YKD., CXI, S9,EYLÜL 1985,s.1377, Yahya Deryal , *Türk Hukukunda* , s 25

²¹ Taner. M.T. *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 1955, s200.

²² Centel/Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile İlgili Mevzuata göre, İstanbul, 2008, s 267.

bulunduğu, M.S ilk yüzyıllarda ise yargıç, din bilgini ve bilirkişi sıfatlarının aynı kişi üzerinde toplandığı belirtilmektedir.²³

Roma hukukunda her ne kadar bilirkişilik kurumu ve bu kuruma ilişkin gerekli ve yeterli yasal düzenlemeler yapılmamış olsa da, zamanla bilirkişiye duyulan ihtiyaç kendisini göstermiştir. İlk zamanlarda uzman hakimler davayı sonuçlandırırken, İmparatorluk döneminde, mahkemede oluşturulan danışma kurulunun gerekli görülen durumlarda hakime yardım etmesi kabul edilmiştir.²⁴ Julius Sezarın senatoda şiş, bıçak, kama gibi kesici delici aletlerle öldürülmesi üzerine cesedi Antisrius isimli bir hekime muayene ettirilmiştir. Hekim 23 adet yara tespit etmiş ve bunlardan sadece birinin göğüs boşluğuna girdiğini yani öldürücü olduğunu rapor etmiştir. Bu rapor ilk tıbbi bilirkişi raporu olarak değerlendirilmektedir.²⁵

Osmanlı Devlet yönetim modelinde ve hukuk sistemi içinde merkezde Sultan, taşrada Sultana bağlı geniş yetkilerle donatılmış kadılar bulunmakta, kişiler arasında çıkan uyuşmazlıklar bu şekilde çözülmekteydi.

Bu yapı içinde bilirkişilik kurumu iki şekilde karşımıza çıkmaktadır. İlk olarak, alanında üstat sayılan bilgili ve deneyimli bazı kişiler, loncalardaki üretimlerde görülen bir takım aksaklıkları kadılara şikayet eder, kalite denetimi sayılabilecek şekilde sorunun çözülmesini sağlardı. Bunlara “*ehl-i hibre*” veya “*atanmış bilirkişiler*” denilmekteydi. Bu uygulama bugün için tam karşılığı olmasa da, bilirkişiye, ombudsmana veya müfettişlere benzetilebilir. İkinci olarak, kişiler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde kadılar, alanında bilgi ve tecrübe sahibi olan “*ehl-i vukuf*” sayılan kişilerden yardım alırlardı. Bu kişiler sürekli görev yapmadıklarından ve sadece kendine başvurulduğu zaman bilirkişilik yaptıklarından bunlara “*fili bilirkişiler*” adı verilirdi. Bu kişiler bugünkü anlamda bilirkişilik kurumuna benzemektedir.²⁶

Türk hukukunda da 1808 Fransız kanunlarından alınan ve 1929 yılına kadar yürürlükte kalan 1879 tarihli Usül-ü Muhakemat-ı Cezaiye Kanunun-u muvakkatında bilirkişiliğe ilişkin bir düzenleme olmamasına rağmen, doktrin ve mahkeme içtihatları ile bilirkişiliğin uygulanmasına imkan verilmiştir.²⁷

²³ Tanrıverdi M, *Medeni usul hukunda bilirkişilik*, İstanbul 1991, Doktora tezi,

²⁴ Öztürk Bahri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 1995, s 7

²⁵ Salih Y.Özden, *Tıbbi Bilirkişiliğin tarihi Gelişimi ve Adli Psikiyatride Bilirkişinin Özellikleri*, *Düşünen adam*; 1977, 10(2):44-47

²⁶ Abacı Nurcan, *Osmanlı Dönemi Bilirkişilik*, *Uludağ Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi*, Y3, 2002 ,s76

²⁷ Öztürk Bahri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 1995, s377-378

Sultan Abdülmecit tarafından 1857 yılında çıkarılan fermanla, Meclisi Umuru Tıbbiye-i Mülkiye İdaresi kurularak, adli tıp işlerinin hekimlere verilmesi kabul edilmiştir. Bu gelişmeye paralel olarak, 1879 yılında adli tabipliğin ilk görevi sayılan Zıbata Tababeti adliyesi ve 1908’de ölüm olaylarını incelemek üzere İstanbul’da Morg Dairesi kurulmuştur.²⁸

5) USÛL KANUNLARINDA BİLİRKİŞİLİK

i. Genel olarak

Gerek ceza usulünde, gerek hukuk usulünde, gerekse idare hukukunda gerçeğin ortaya çıkarılması ve davanın sonuçlandırabilmesi için, herhangi bir aşamada bir sorunun çözümü için fen, sanat, meslek bilgisine, bu bilgiler ışığında yapılacak yorumlara ihtiyaç duyulabilir.²⁹

Kanun koyucu, bilirkişilik kurumunu hukuk ve ceza yargısı için ayrı ayrı olarak, kendi usul kanunlarında düzenlemiş bulunmaktadır. Ceza ve hukuk davalarındaki yargılama düzeninde bilirkişinin temel fonksiyonlarının değişmediği, sadece bilirkişiye başvurulması gereken haller, bilirkişiliği kabule mecbur olanlar, bilirkişilikten çekilme halleri ve bilirkişinin yemini gibi konuların ceza usulünde daha ayrıntılı olarak düzenlendiği söylenebilir.^{30 31}

ii. Hukuk usulünde bilirkişilik

Hukuk usulünde kabul edilen tasarruf ilkesi gereği kimse kendi lehine olan bir davayı açmaya veya açmış olduğu bir davayı devam ettirmeye zorlanamaz. Bu nedenle hakim de tarafların bir talebi olmaksızın bir davaya bakamaz.³² Bu ilkenin tamamlayıcısı olarak taraflar iddia ve savunmalarının temelini oluşturan olgu ve bunların delillerini mahkemeye getirerek, yargılamanın her aşamasında iradeleri ile davaya yön verebilirler, bilirkişi seçiminde etkin rol üstlenebilirler.

²⁸ Kaygısız Mustafa, *Hukuk Sistemimizde Olay Yeri İncelemesi Delil ve Bilirkişilik*, Ankara, 1998, s 21

²⁹ Aşçıoğlu Çetin, *Bilirkişilik kavramı görev ve sınırları, Bilirkişilik sempozyumu*, Samsun, s 28-45

³⁰ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s30

³¹ Ersoy Yüksel, *Bilirkişilik ve Benzeri Kavramlar*, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, *Ceza Hukuku Bildiri XIV.*, C.II, Ankara, 2000, s 430

³² Alangoya, H. Yavuz, *Medeni Usul Hukukunda Vakaların ve Delillerin Toplanmasına ilişkin ilkeler*, İstanbul, 1979, s126-130

Yine hukuk davalarında, tarafların açıkça veya zımni olarak kabul ettiği bilirkişi görüşü, “*usuli kazanılmış hak*” teşkil eder.³³ Taraflara, iddia ve savunmalarını ispat etmeleri için getirilmiş olan bu yükümlülük, hakimin kendiliğinden bilirkişiye başvurmasını engellemektedir.³⁴

Bireyin doğru ve güvenli yargılama hakkını güvence altına alan bilirkişilik kurumu, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzun 275. ve 286. Maddeleri arasında düzenlenmiştir.³⁵

iii. Ceza usulünde bilirkişilik

Medeni usul hukukunun işlevi, özel hukuk kurallarına aykırılık durumunda yapılacak işlemleri düzenlemek, ve bireylerin kişisel haklarını korumak iken; ceza hukukunun işlevi, kamusal niteliği ile bağlantılı olarak, kendiliğinden harekete geçerek, suçluyu bulup cezalandırmak suretiyle cezanın genel önleme işlevini gerçekleştirmek ve kişisel öç almayı engelleyerek toplumsal barışa hizmet etmektir.³⁶

Hukuk usulünde şekli gerçekliğin ortaya çıkarılması amacı gözetilirken, ceza usulünde maddi gerçekliğin ortaya çıkarılması esastır.³⁷ Bu nedenle ceza yargılaması usulünde, hukuk usulünde egemen olan taraflarca hazırlama ilkesinin aksine; resen araştırma ilkesi daha ön plandadır.³⁸

Ceza Muhakemesi Kanunu yargılama süreci içerisinde hakimi bilirkişiye başvurma bakımından serbest bırakmış ona takdir hakkı vermiştir. Yasa bilirkişiliğin konusunu da sınırlamış değildir.³⁹ Bilirkişiye başvurma hakim veya mahkeme tarafından kullanılan bir yetkidir (CMK m 63/2). Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da bu yetkiyi kullanabilecektir (CMK m 63/3). Ayrıca katılan veya onun vekili, şüpheli, sanık, onların müdafisi veya yasal temsilcileri de bilirkişiye başvurulması bakımından talepte bulunabileceklerdir (CMK m 63/1).

³³ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s 32

³⁴ Güldiken F.Özge, *Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Bilirkişilik*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005, s 5

³⁵ Aşçıoğlu Çetin, *Bilirkişilik kavramı ve görev sınırları*, *Bilirkişilik Sempozyumu*, Samsun,2001,s.29

³⁶ Centel/ Cafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*,5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili Mevzuata göre ı, İstanbul,2008, s 7

³⁷ E.Yurtcan, *Ceza Yargılaması Hukuku*,12. Bası, İstanbul, 2000, s 7

³⁸ Deryal Yahya,*Türk Hukukunda Bilirkişilik*,İstanbul,2012, s34

³⁹ Erem, *Diyalektik açıdan Ceza yargılaması Hukuku*, s 406

Ceza hukukunda bazı hususların tespiti için hakimın tıbbi bilgisi ve uzmanlığı olamayacağı ve kendisi karar veremeyeceği için tıbbi bilirkişi tayin etmeye mecbur olduğu haller kanunda sayılmıştır. Bu haller arasında, keşif ve otopsi çalışmaları, tıbbi bilirkişi olarak görevlendirilen hekimlerin en sık karşılaştıkları olgulardır.⁴⁰

iv. İdari yargılama usulünde bilirkişilik

Anayasanın 125. Maddesine göre idare kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararı ödemekle yükümlüdür. İdarenin sorumluluğu Anayasa prensibi olarak kabul edilmiştir. İdarenin etkinlik alanının genişlemesi, görev türlerinin artması ve yapılan uygulamaların denetlenebilmesi için idarenin yaptığı işin türüne göre kamu hukuku veya özel hukuk kurallarının uygulanması bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir.⁴¹

İdari yargının kendine özgü durumundan dolayı, hukuk usulünün idari yargıda kullanılması bazı yönlerden eleştiriye uğrasa da, özellikle bilirkişi kurumuyla ilgili hükümlerin idari yargılamanın özelliklerine ters düşmediği genel kabul görmüştür.⁴² İdari yargılama usulünde, bilirkişilik kurumu önemli kabul edilmiş olsa da medeni yargılama hukukundan farklı bir düzenleme yapılmamış, idare yargılama Usulü Kanunu m.31’ de HUMK m.275-286 uygulanması kabul edilmiştir.⁴³

İdari yargılama usulünde ceza usulünde olduğu gibi resen araştırma ilkesi geçerlidir. Bu ilkeye göre hakim, tarafların iddia ve talepleriyle bağlı değildir. Zira yargılamanın asıl amacı, maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu durumun sonucu olarak, idari yargı hakimi, tarafların ileri sürdüğü delillerle bağlı olmayıp, kendiliğinden araştırma yapma yetkisi ile donatılmıştır.⁴⁴ Hakimın aktif bir konumda olduğu bu sisteme, “*tahkik usulü*” de denilmektedir.⁴⁵

⁴⁰ Polat Oğuz, *Uygulamada Bilirkişi ile İlgili Sorunlar ve Çözümleri, Adli Tıp Kurumu Yayınları I, İstanbul, 2001, s 8*

⁴¹ Gözübüyük A.Şeref, *Yönetim Hukuku, 14. Baskı, Ankara, 2000, s 13*

⁴² Günday Metin, *Hukuk Usulü Muhakemeleri, Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Ankara, 2001, s 4*

⁴³ Taşpınar Sema, *Bilirkişilik Ücreti, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun, 2001, s 362*

⁴⁴ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik,, İstanbul, 2012, s 37*

⁴⁵ Karavelioğlu Celal, *İdari Yargılama Usulü Şerhi, 4. Baskı, Trabzon, 1999, s 635*

İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 31/II “ *davanın ihbarı ve bilirkişi seçimi Danıştay, mahkeme veya hakim tarafından resen yapılır*” diyerek HMK’un taraflara tanıdığı bilirkişiye başvurulmasını talep hakkı ve bilirkişinin seçimine katkıda bulunma imkanını, idari yargı bakımından kapatmış ve sadece hakim tarafından resen bilirkişiye başvurulması esasını benimsemiştir.⁴⁶

6) BİLİRKİŞİ GÖRÜŞÜNÜN HUKUKİ NİTELİĞİ

Bilirkişinin ortaya koyduğu görüşün hukuki niteliği doktrinde tartışmalı bir konudur. Ceza Muhakemesi Kanununda bilirkişi kurumuyla ilgili düzenlemeler “*Tanıklık, Bilirkişi İncelemesi ve Keşif*” başlığı altında toplanmıştır. Konunun tanıklık ve keşif ile birlikte düzenlenmesi bilirkişi kurumu ve bilirkişinin hukuki niteliği bakımından görüş ayrılığı yaratmıştır.⁴⁷

Yargılama yetkisi ile donatılmış ve bu görevlerinde bağımsız kılınmış hakimlerin, yargılama aşamasında hukuk bilgisi ve formasyonu ile çözmekte zorlandıkları konularda, bu konunun uzmanı kişilerden yardım ve destek almaları, sağlıklı ve süratli bir yargılama için bir zorunluluktur. Bu yardımın, hakimlerin bağımsızlığına zarar verir bir yanı da yoktur. Belki de, eksik karar vermektense, bilginin gücüne bağımlı karar vermiş olmak, hakimi daha bağımsız kılacaktır.⁴⁸ Hakimin önüne gelen bir davada uyuşmazlık hakkında karar vermemesi, hakkı yerine getirmekten kaçınma (ihkak-ı haktan istinkaf) olur; bu ise cezai ve hukuki sorumluluk gerektiren bir durumdur.⁴⁹ Hakim, teknik bilgiye sahip olsa da onu kullanmamalıdır. Buna hakimin teknik konudaki şahsi bilgisini kullanamaması prensibi denir.⁵⁰ Hakim, hüküm vereceği konudaki teknik ayrıntıları bilse bile, bu bilgiyi tartışma imkanı olmadığı için, teknik bilgisini kullanamaz ve bilirkişi görüşü alır. Bilirkişinin raporu duruşmada ortaya konacak ve taraflarca tartışılacaktır.⁵¹

Bu anlamda, bilirkişilerin “hakimin yardımcısı” hatta “hakimin dürbünü” olduğu nitelmesi yapılmaktadır.⁵²

Bilirkişinin raporları hakimi bağlamaz (HMK m. 282). Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakimin vicdani

⁴⁶ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s 33

⁴⁷ Çakmut Özlem Yenerer, *Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik* başlıklı tebliğ, 5. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu s1141

⁴⁸ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s48

⁴⁹ Atalay Oğuz, *Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik*, *Bilirkişilik Sempozyumu*, Samsun, 2001, s 60-61

⁵⁰ Feridun Yenisey, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi*, *YÜHFD*, C.3, S. 2, 2006, s 310

⁵¹ Feridun Yenisey, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişi İncelemesi*, *YÜHFD*, C.3, S. 2, 2006, s 309

⁵² *Hakimin Dürbünü* sözü Prof. Dr. Kudret Güvene aittir, aktaran Yahya Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s 43

kanaatıyla serbestçe değerlendirilir (CMK.m.217/1). Kural olarak hangi hususun, hangi delillerle ispat olunacağı önceden belli değildir. Hakim, deliller ve bu delilleri takdir konusunda serbesttir. Ancak bu serbestlik keyfilik demek değildir. Özellikle gerekçelendirilmeyen, mantık kurallarına aykırı bir değerlendirme söz konusu olamaz.⁵³

Günümüz Alman hukukundaki baskın görüşe göre bilirkişiler, hem ispat vasıtası hem de hakimin yardımcısı olarak kabul edilmekte; azınlıkta kalanlara göre ise, İtalyan hukukunda olduğu gibi bilirkişilerin teknik danışman olarak adlandırılması gerekmektedir.⁵⁴ Bilirkişiye başvurmanın yasal bir zorunluluk olduğu hallerde bile, bilirkişi görüşü, hakim tarafından değerlendirilecek ve somut olayın çözümüne ne ölçüde katkı yaptığı hakim tarafından denetlenecektir.⁵⁵ Bu bakımdan bilirkişinin yaptığı iş, fonksiyonel anlamda, yargısal nitelikte görev ve yetkilerle donatılmış bir danışmanlık hizmeti olarak da nitelendirilebilir.⁵⁶

Bir kısım düşünceye göre bilirkişi görüşü delil iken⁵⁷; diğer bir kısım yazara göre söz konusu görüşler delil değerlendirme aracıdır.^{58 59} İspat vasıtası olan delil, parmak izi veya belge gibi, içeriğinin öğrenilmesi küçük önermeyi teşkil eden şeydir. İspat konusunda hüküm verebilmek için, hem delil muhtevasının öğrenilmesi, hem de büyük önermeyi teşkil edecek tecrübe kaidesinin bilinmesi gereklidir.⁶⁰

Kimi yazar ise bilirkişi görüşünün bazen delil, bazen delil değerlendirme aracı olduğunu hatta bazen her iki niteliğe de sahip olabileceğini ileri sürmektedir.⁶¹ Diğer bir düşünceye göre ise bilirkişi görüşü delillerin içeriğinin öğrenilip değerlendirilmesine olanak tanıyan bir araçtır, ancak tek başına delil değildir.⁶²

Tıp hukukunda bilirkişi raporunun delil niteliği somut olaya göre değişmektedir. Tıp bilimindeki gelişmeler sayesinde bugün artık, insan kanında olan ve hiçbir zaman değişmeyen faktörler, kalıtım biyolojisindeki tekniklerle incelenmekte ve % 99.9 kesinlik içeren testlerle, anne, baba ve çocuk arasındaki biyolojik bağlantı tespit edilebilmektedir.⁶³ Bu bakımdan, soy bağının kurulması ve babalığın tespiti veya nesebin reddi gibi dava

⁵³ Ünver Yener, Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, 7. Baskı, Ankara, 2012 s 285

⁵⁴ Yıldırım Kamil, *Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu*, Ankara, 2004, s 833-841

⁵⁵ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişili*, İstanbul, 2012, s 49

⁵⁶ Aşçoğlu Çetin, *Yargılama Çalışmalarında Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi*, Yargıtay 125. Yıl Dönümü, İstanbul, 1991, s 78

⁵⁷ Taner, M.T, *Ceza Muhakemeleri Usulü*, İstanbul, 1955, s 207-209

⁵⁸ Erem Faruk, *Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku*, Ankara, 1986, s 476

⁵⁹ Sami Türk Hikmet, *Bilirkişilik*, AD, Ocak 2001, s 7

⁶⁰ Feridun Yenisey, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tıbbi Deliller Ve Bilirkişi İncelemesi*, YÜ, HF D, C 3, S 2, 2006, s 310

⁶¹ Gürelli N, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 1967, s18

⁶² Çakmut Özlem Yenerer, *Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik* başlıklı tebliğ, 5. Türk- Alman tıp hukuku sempozyumu s1142

⁶³ Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, Ankara, 1983, s 422

türlerinde, davanın sonuçlandırılması bakımından tıbbi bilirkişi raporları en önemli delil özelliğine sahiptir.⁶⁴

Yargıtay 1. Ceza Dairesi de, bilirkişi görüşünün delil değil, delil hakkında yapılmış bir değerlendirme beyanı olduğu görüşündedir; “ *Bilirkişi delil değildir. Delil hakkında bir açıklamadır. Bir başka anlatımla delillerin değerlendirilmesi aracıdır. Delil, Bilirkişinin incelemesi gereken bir şeydir. Hakim bilirkişi düşüncesiyle bağlı değildir. Bilirkişinin görevi teknik ve bilimsel anlamda hakimi aydınlatmaktır. Çünkü hakim, kendi teknik bilgisiyle delil muhtevasını tayin edemez.*”⁶⁵

Hakim, bilirkişinin özel ve teknik bilgilerden hareketle hazırladığı raporun yanlış olduğu kanısına ulaşacak olursa, bilirkişi raporunun aksine karar verebilir. Tersine bir anlayış bilirkişiyi Hakim yerine koyar ki; bunun hukuk devleti ve onun bir görünüm biçimi olan yargı bağımsızlığıyla⁶⁶ bağdaştırılması mümkün değildir.⁶⁷ Hakim şüphe ve tereddüt halinde, aynı bilirkişiyi veya tayin edebileceği başka bir bilirkişiyi görüşlerine başvurmak için görevlendirebilir.⁶⁸ ⁶⁹ İkinci raporda yetersiz görülecek olursa üçüncü kez bilirkişi uygulamasına gidilmesi zorunludur. Hakimin hüküm kurmasına yetecek bilirkişi raporu verilinceye kadar dördüncü, beşinci ve daha fazla bilirkişi incelemesi yapılması ve nihayet yeterli bulunan rapora göre hüküm kurulması Yargıtay’a göre zorunluluktur.⁷⁰ Bilirkişinin raporunu kabul etmeyen Hakim bu kararını gerekçelendirmelidir.⁷¹

Yargılama usulünde bilirkişiyeye en çok benzeyen süje tanık olduğu için, tanık kurumunu ayrıntılı bir şekilde düzenleyen HUMK’ da, bu hükümlerin aykırı olmayan kısımlarının bilirkişilik için de uygulanması yolu tercih edilmiştir (*HUMK m.278*). Tanık ile bilirkişi arasındaki ortak yön, her ikisinin de beyan ve görüşünün takdiri değerinde olduğu ve hakim için bağlayıcı olmayacağıdır. Ayrıca tanıklar gibi bilirkişilerde yemin ettirilebilirler.⁷²

⁶⁴ Pekcantez Hakan/Atalay Oğuz/Özekeş Muhammed., *Medeni Usul Hukuku*,2.baskı, Ankara,2001,s 425

⁶⁵ 01.03.1991, 391/5599, YKD, C.XVII, S.6, Haziran 1991, s 935

⁶⁶ Anayasanın 2. Ve 138. Maddeleri.

⁶⁷ Taylan Özgür Kiraz, *Gerekçeli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 1. Baskı, Kasım 2012, Ankara, s 249

⁶⁸ 1. CD, 04.02.1985, 93/341, YKD., C.XI, S.9, Eylül 1985, s 1377, *Deryal Yahya,Türk Hukukunda* ,s 51

⁶⁹ *Deryal Yahya,Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012 s 48-49

⁷⁰ Erhan Bulut, *Mevzuat Dergisi*, Kasım 2001, s 4, <http://www.mevzuatdergisi.com/2001>

⁷¹ *Toroslu/ Feyzioğlu, Ceza Muhakemesi Hukuku*, s 194

⁷² *Deryal Yahya, Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul,2012, s51

7) BİLİRKİŞİYE BAŞVURULMASI

i. Genel olarak

Sosyal ilişkiler ağı içerisinde ortaya çıkan uyumsuzlukları çözmekle görevli yargı makamlarının ve özellikle hakimin uzmanlık alanlarının her geçen gün çeşitlendiği ve derinleştiği günümüz dünyasında, uyuşmazlıkların sonlandırılmasında, sorunların çözümünde, farklı alanlarda uzman kişilerin bilgisine daha sık başvurma ihtiyacı duyulmaktadır. Hakim ve bazen de Cumhuriyet savcısı böyle durumlar da kendisine yardımcı olacak uzman kişilere başvurmaktadır. Hatta bazen bu durum bir zorunluluk olmaktadır. Nitekim Almanya’da hukuk davaları $\frac{3}{4}$ oranında bilirkişi görüşüne başvurularak çözümlenmektedir.⁷³

Özellikle tıbbi müdahalelerde sağlık çalışanlarının yaptığı hatalarda kusurlu olup olmadıklarını tespit, hem sorumlularının hem de cezalarının belirlenmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Müdahale öncesinde, sırasında ve sonrasında yapılan özensiz ve dikkatsiz bir davranış ilgililerin hukuken korunmuş değerlerinin ihlali ile sonuçlanacaktır. Somut olayda özensizlik ve dikkatsizliğin varlığı ise konunun uzmanlarınca, tıp veya yan dallarının bilimsel esaslarına yani teknik ve özel bilgiye dayalı olarak değerlendirilecektir.⁷⁴

Doktrinde teknik bilgi, Kimya, Fizik, Matematik gibi pozitif bilimlerin uygulamasını yapmaya yeterli bilgi olarak da tanımlanmakta; özel bilgi ise, hukuk dalı dışındaki bir bilim dalının araştırmaları sonucunda ulaştığı bilgilerin, bu alandaki deneyimlere dayanan kuralların, genel kabule ulaşıncaya tecrübe kuralına dönüşmesi biçiminde nitelendirilmektedir.⁷⁵ Tıp veya Fizik gibi bir bilim dalına ait olmayan ve ancak bir zanaatkarın bilebileceği bilgi de, özel veya teknik bilgi sayılmaktadır.⁷⁶

Çözümü uzmanlık veya teknik bilgiyi gerektiren durumlarda, Hakim veya mahkeme tarafından, görüşleri alınmak üzere bilirkişi incelemesine karar verilebilir. Öte yandan, savcı da soruşturma evresinde bilirkişi atayabilmektedir. Bilirkişiye başvurma CMK. m.63 ile düzenlenmiştir. CMK. m.63’e göre; “(1) Çözümü

⁷³ Üstündağ Tamverdi, *Alman Usul Hukunda Bilirkişilik*, Yargıtay’ın Kuruluşunun 125. Yılı Sempozyumu, İstanbul 1991, s 5-30

⁷⁴ Çakmut Özlem Yenerer, *Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik* başlıklı tebliğ, 5. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s1144

⁷⁵ Arslan Ramazan Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm önerileri, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 sempozyumu, İzmir 5-8 nisan 2000, s 195

⁷⁶ Öztürk/Erdem/Özbek, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2003, No.548

uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına resen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanuni temsilcisinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenmez.(2) Bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması, hakim veya mahkemeye aittir. Birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin istemler reddedildiğinde de aynı biçimde karar verilebilir.(3). Soruşturma evresinde Cumhuriyet Savcısı da bu maddede gösterilen yetkileri kullanabilir.

Ceza muhakemesi Kanunu yargılama süreci içinde hakimi bilirkişiye başvurma bakımından serbest bırakmış ona takdir hakkı vermiş, ancak hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişiye başvurulmasını engellemiştir (CMK m. 63/1). Uluslararası ilişkiler nedeniyle karşılaşılabilecek durumlardan olan yabancı bir ülkede işlenen suçun Türkiye’de yargılanması halinde TCK m.19 uyarınca yabancı ülke mevzuatı ve uygulaması bakımından hukukçu bilirkişiden yararlanılabilmesine olanak tanınması da bir gereklilik olarak savunulan bir husustur.⁷⁷

CMK m.63/2’ ye göre bilirkişiye başvurma hakim (soruşturma evresinde sulh ceza hakimi) veya mahkeme (kavuşturma evresinde davaya bakan mahkeme) tarafından kullanılan bir yetkidir. Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da bu yetkiyi kullanabilecektir (CMK m.63/3). Önceki kanunumuzda savcı ancak “ gecikmede sakınca” bulunan hallerde bilirkişi atayabilmekteydi. Yeni kanunumuz ise savcının bilirkişi ataması bakımından böyle bir şart aramamıştır. Böylece soruşturmanın eksiksiz yapılması ve tamamlanması istenmektedir. Bunun sonucu olarak da, bilirkişi incelemesi gerektiği halde bu inceleme yapılmadan dava açıldığı hallerde, bu husus eksik soruşturma nedeniyle iddianamenin iadesi sebebi olabilecektir.⁷⁸ Birden fazla bilirkişi atanması halinde, gerekliliği konusunda mutlaka gerekçe gösterilmesi zorunludur. Bilirkişinin öncelikle bir kişi olması gerekliliği, bilirkişilerin yargıç ve savcılarının yerine geçecek kararlar oluşturmalarını engellemeye yönelik bir düzenleme olduğu söylenebilir.⁷⁹ Ayrıca katılan veya onun vekili, şüpheli, sanık, onların müdafi veya yasal temsilcileri de bilirkişiye başvurulmasını talep edebileceklerdir (CMK m.

⁷⁷ Ünver Yener, *Deliller ve Değerlendirilmesi*, legal HD, 3, 32, Ağustos 2005, 2894

⁷⁸ Ünver Yener, *Hakeri Hakan., Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, 7. Baskı, Ankara, 2012 s 116

⁷⁹ Ali Yılmaz, *Ceza Davalarında Tıbbi Bilirkişilik İncelemesi Adli Tebliğ*, 4. Sağlık Hukuku Kurultayı, 5. Oturum, Ankara, 23.09.2011, s 423

63/1). Sanık CMK m.177' ye göre mahkeme başkanı veya hakimden bilirkişinin davetini isteyebilecektir. Sanık bu husustaki dilekçesini duruşma gününden en az beş gün önce mahkeme başkanı veya hakime verir. Talebi ret edildiğinde ise sanık söz konusu kişiyi mahkemeye getirebilecek ve duruşmada dinletebilecektir (CMK m 178). Ancak bunun gerçekleştirilebilmesi için sanığın doğrudan doğruya davet ettireceği veya duruşma sırasında getireceği bilirkişinin ad ve adresini Cumhuriyet savcısına makul süre içinde bildirmek zorundadır (CMK m.179/1).

ii. Başvurmanın mümkün olmadığı haller

Mülga HUMK m.275 uyarınca, ancak çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren durumlarda bilirkişiye başvurulabilecektir. Yeni HMK m 266'ya göre, çözümü hukuk dışında, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişiye başvurulabilir. Ceza Muhakemesi Kanunlarında ise çözümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınması gerektiği belirtilmektedir (CMK m. 63). Bir başka ifadeyle hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulmaz.

Genel ve hukuki bilgi ölçüsü olarak “*orta derece bir hakimin sahip olması gereken genel ve hukuki bilgi*” kriteri kullanılabilir.⁸⁰ Basın mevzuatına dayalı olarak ve kişilik haklarına saldırı olduğu iddiasıyla açılan manevi tazminat talepli davada, Yargıtay, hakimin bilirkişiye başvuramayacağını, zira hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile konunun bizzat çözümlenmesi gerektiği görüşündedir.⁸¹ Ayrıca Hakimin hayat tecrübeleri ile çözüme kavuşturabileceği konularda, genel bilgi kapsamında düşünülebilir.⁸² Yine, belli bir öğrenim görmüş herkesçe bilinebilecek kurallar ve kanunlar da bilirkişiye gerek göstermeyen genel bilgi konularıdır.⁸³ Yargıtay, operasyon sırasında hastada 2 metre uzunluğunda gazlı bez unutulması olayında da, hata ve kusur halinin apaçık ortada olduğunun ve bilirkişiye sorulacak bir yönünün olmadığı görüşündedir.⁸⁴

⁸⁰ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s 131.

⁸¹ 4.HD. 31.10.2000, 6657/94697, YHD, 2001/10, s 1244, Deryal Yahya, *Türk Hukukunda* s 126

⁸² Arslan Ramazan, *Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın etkisi*, Yargıtay D. C.XV, S.1-4, 1989, s 166

⁸³ Aşçıoğlu Çetin, *Yargılama Çalışmalarında Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi*, Yargıtay 125. Yıl Dönümü, İstanbul, 1991, s 91

⁸⁴ 13.HD, 04.03.1994, 8557/2138 <http://www.tazminat hukuku.com/araştırma-yazıları/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumluluğu>

iii. Başvurmanın zorunlu olduğu haller

Ceza Muhakemesi Kanunu yargılama süreci içinde hakimi bilirkişiye başvurma bakımından serbest bırakmış ona takdir hakkı vermiştir. Ancak bazı uyuşmazlıkların çözümünde hakimin genel bilgisinin yeterli olmayacağı varsayılarak, bu özel ve teknik bilgi alanının hakim tarafından bilirkişiye götürülmesi zorunluluğu yasal düzenlemelerde yer almıştır.⁸⁵ Bilirkişi görüşüne başvurmadan çözülemeyecek özel ve teknik bilgi alanı her geçen gün artmaktadır.

Psikiyatri ve adli tıp bilgileri, ceset üzerindeki incelemeler, parmak izleri ve benzeri metotlar, toksikoloji, biyoloji, kimya, muhasebe, mimari, mekanik, trafik, arkeoloji gibi pek çok yeni konuda bilirkişi görüşüne başvurmak bir zorunluluk halini almıştır.⁸⁶ Tıp alanında zorunlu olarak bilirkişi incelemesi gerektiren özel ve teknik konular şu şekilde sıralanmaktadır.^{87 88}

1. Ceza muhakemesinde kusur yeteneğinin psikiyatrik açıdan değerlendirilmesi,
2. Şüpheli veya sanığın bilincinin incelenmesi,
3. Beden muayenesi ve vücuttan örnek alınması,
4. Çocuğun soy bağının araştırılması,
5. Moleküler genetik inceleme yapılması,
6. Ölünün adli muayenesi,
7. Otopsi,
8. Zehirlenme üzerine yapılacak işlem,
9. Yaralanma ve ölüm nedenlerinin tespit edilmesi,
10. Kandaki alkol oranının ve kan grubunun belirlenmesi,
11. Medeni yargılama veya vasi atanması için fiil ehliyetinin tespiti,
12. Mesleki sakatlık veya iş göremezlik durumunun ortaya konulması,
13. Miras davalarında vasiyetin geçerli olup olmadığının belirlenmesi,
14. Ameliyatın başarısızlığı ile hastanın ölümü arasındaki nedensellik bağının belirlenmesi,

⁸⁵ Danışman Mustafa, Trafik Kazalarında Bilirkişilik, *Terazi Hukuk Dergisi*, Ekim2009, s169

⁸⁶ Özbek Veli Özer, *Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, *Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, YÜHFD,C.III, S.2, 2006, s 385*

⁸⁷ Ünver Yener, *Hakeri Hakan, Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara, 2012 s 117*

⁸⁸ *Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, İstanbul, 2012, s 477*

15. Ceza ve medeni yargılamada hekimin yapacağı müdahalenin riskleri konusunda hastayı aydınlatmasındaki hatanın tespiti,

iv. Taraflarca seçilen bilirkişi: Uzman

Tarafların iddia ve savunmalarını güçlendirmek için ücret ödeyerek uzman kişilerden alacakları ve mahkemeye sunacakları raporların da, tarafların iddia ve savunmalarının bir parçasını oluşturacağı ve bu konuda bir sakınca görülemeyeceği ileri sürülmektedir.⁸⁹

Tarafların seçtiği bilirkişi yasa tarafından CMK m.67/6' da “uzman”, hazırladığı raporda “uzman görüşü” olarak isimlendirilmiştir.⁹⁰

12 Ocak 2011 tarihinde 6100 sayılı ile kanunlaşan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hiçbir değişikliğe uğramadan, “Uzman görüşü” kenar başlığı ile yer alan 293. Madde aynen şu şekildedir;⁹¹

(1) Taraflar, dava konusuyla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu sebeple ayrıca süre istenemez.

(2) Hakim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hakim ve taraflar istedikleri soruları sorabilir.

(3) Uzman kişi çağrıldığı mahkemeye geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirilmeye alınmaz.

Bu müessese önceki kanunumuzda açıkça düzenlenmemiş, ancak uygulamada uzman kişilerden özel olarak alınan mütalaa dosyaya konulmaktaydı. Kanunumuz ise bu konuda açık bir hükümde bulunmuştur. Bu mütalaa teknik konularda uzmanından bir rapor alınması şeklinde olabileceği gibi, olayın hukuksal yönünün uzman hukukçulara incelettirilmesi şeklinde de olabilir. Günümüzde hukuk alanında

⁸⁹ Pekcanitez/Atalay /Özkes, Medeni Usul Hukuku, 3. baskı, Ankara 2004, s 505

⁹⁰ RG, 01.06.2005, no.25832

⁹¹ RG, 04.02.2011, 27836

uzmanlaşmanın gittikçe daha fazla önem kazandığı düşünülecek olursa, dava konusu hukuki olayın hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olamayabilir. Böyle durumlarda uzman hukukçu bilirkişilere başvurulmalıdır⁹²

Bilirkişi raporu hakkında da uzman görüşünün alınması “*bilirkişinin bilirkişisi*” olgusunun yaratılması eleştirisine sebep olmaktadır.⁹³ Gerek bilirkişinin, gerekse uzman kişinin, rapor ve saptamaları mahkeme nazarında serbestçe değerlendirilir. Fakat mahkemenin görevlendireceği bilirkişilerle, tarafların seçeceği bilirkişilerin aynı derecede tarafsız ve objektif olmalarını beklemek gerçekçi değildir. Ayrıca, mahkemece görevlendirilen bilirkişinin ücretini hakim takdir ederken, uzman (taraf) bilirkişinin ücreti piyasa kurallarına göre serbestçe kararlaştırılır.⁹⁴

Taraflar kendi iddialarını savunmak için uzman görüşünü mahkemeye kanıt olarak sunabilirler. Her kanıt gibi bunun da hakim tarafından göz önüne alınması gerekmektedir. Ancak Amerika da, Kulak Burun Boğaz hekimlerine yönelik tıbbi müdahale hatası iddialarını inceleyen bir araştırmada, hekim tarafında yer alan uzman bilirkişilerin, mesleki tecrübe ve akademik düzey olarak diğer taraf uzman bilirkişisinden daha ileri seviyede olduğu yayınlanmıştır. Bu da silahların eşitliği ilkesine aykırı gibi gözükmektedir.⁹⁵

Uzman görüşü teknik bilgiye ilişkin olabileceği gibi hukuksal bir bilgiye de ilişkin olabilir.⁹⁶ Uzman görüşünün bağlayıcılığı yoktur, ancak dosyaya girmiş bir uzman görüşü bakımından değerlendirme yapılması, kabulü veya ret edilmesi durumunda bu hususun gerekçeleri ile kararda gösterilmesi gerekmektedir.⁹⁷ TCK. m.276 yargı mercilerince görevlendirilen, yemin altında tanık dinleme yetkisine sahip olan bilirkişinin, gerçeğe aykırı mütalaada bulunmasını bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasıyla hükmederken, bilimsel görüş alınan uzmanın gerçeğe aykırı açıklamaları yalancı tanıklık suçunu oluşturmaktadır.⁹⁸

⁹² Ünver Yener, Hakeri Hakan, *Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler*, 7. Baskı, Ankara, 2012, s 121

⁹³ Özbek Veli Özer, *Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, YÜHFD, C.III, S.2, 2006, s394

⁹⁴ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012 s 262

⁹⁵ Eloy JA, Svider PF, Patel D, Setzen M, Baredes S, *Otolaryngol Head Neck Surg*.2013 May;148(5):764-9

⁹⁶ Ünver Yener/ Hakeri Hakan, *Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2006, s 65

⁹⁷ Yıldız, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, s 342 aktaran Çakmut Özlem Yenerer, 5. *Türk- Alman tıp hukuku sempozyumu* s 1149

⁹⁸ Ünver Yener, *Adliyeeye karşı suçlar (TCK.m. 267, 298)*, 2. Baskı, Ankara, 2010, s 207

8) BİLİRKİŞİLİK YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Yasa tarafından belirlenen resmi bilirkişiler dışında, sağlık çalışanlarını bilirkişilik yapma bakımından yükümlü tutan herhangi bir düzenleme yoktur.^{99 100} Kural olarak, bilirkişilik görevini kabul etmek zorunlu değildir. Zira tanıklıktan farklı olarak, çoğu kere bilirkişinin belli bir kişi olması zorunlu değildir ve kabul etmeyenine yerine bir başka kişinin bilirkişi olarak görevlendirilmesi daima mümkündür.¹⁰¹ Kanunla kendilerine bilirkişilik görevi verilen kişi ve kurumlar ise bilirkişilik görevini ret edemezler. Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası gibi kurumlar belli bir alanda inceleme ve araştırma yapmak üzere yeterli donanıma kavuşturulmuş ve görüş bildirmekle yetkili kılınmış kamu makamlarıdır.¹⁰²

Ceza Muhakemesi Kanunu (m.65) bilirkişi kabul yükümlülüğü düzenlemiştir. Bu hükme göre;

- a) Resmi bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar ile CMK.m.64'te belirlenen listelerde yer almış olanlar,
- b) İncelenmenin yapılması için bilinmesi gereken fen ve sanatları meslek edinenler,
- c) İncelenmenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar¹⁰³ bilirkişiliği kabul etmekle yükümlüdürler.

CMK. m.64' e göre; Bilirkişiler adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek ve tüzel kişiler arasından seçilir. Gerekçesi gösterilmek şartıyla bu listeye girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilir. Bu listede yer almış olanların bilirkişiliği kabul yükümlülüğü vardır.¹⁰⁴ Ayrıca, HMK.m.270/1 uyarınca, bilgisine başvurulacak konuyu bilmeksizin, meslek ve zanaatlarını icra etmesine olanak bulunmayanlar ile bilgisine başvurulacak konu hakkında meslek veya zanaat icrasına resmen yetkili kılınmış olanlar, bilirkişilik görevini kabulle yükümlü tutulmuşlardır. Doktor, mühendis, eczacı, avukat gibi ruhsatla mesleğini icra zorunluluğu olmayan ebeler de bu kapsamda sayılmaktadır.¹⁰⁵

⁹⁹ Savaş Halide, *Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, Ceza-Hukuk, Ankara 2007, s 246

¹⁰⁰ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 478

¹⁰¹ Gürelli, N, *Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 1967,s 62

¹⁰² Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul,2012 s 221

¹⁰³ RG, 10.06.2005,no.25832

¹⁰⁴ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012 s 478

¹⁰⁵ Karahasan Mustafa, R, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C.I,İstanbul,1992,s 1107*

Adli hekimlerin olmadığı ya da olup da mazereti nedeniyle gelemediği hallerde serbest çalışan hekimlerin serbest bilirkişi olarak görevlendirilebileceği belirtilmiştir.¹⁰⁶ İçtimai Muavenet Vekaleti Teşkilat ve Memurin Kanunu m.31'de hükümet tabiplerinin adli hekim olmayan yerlerde onların yerine görevlendirilebilecekleri ifade edilmiştir. Sağlık ocakları hekimleri Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkındaki 224 sayılı Kanun m.10/2 uyarınca sadece kendi bölgelerinde adli hekimlik görevini yürütmekle yetkili kılınmışlardır.¹⁰⁷

Amerikan hukukunda hekimler bilirkişiliğe zorlanamamaktadır. Hekimlerin kendi meslektaşları hakkında bilirkişilik yapmaya pek istekli olmadıkları aktarılmaktadır. Bunun nedeni, hem meslektaşlarının öfkelerini üzerine çekmemek, hem de kendileri de aynı durumda kalınca, meslektaşlarının olumsuz rapor yazma endişeleridir. Hekim, tanıklıktan çekilme hakkının ve sır saklama yükümlülüğünün bulunduğu hallerde, bilirkişilikten çekilebilir. Hekimler, eczacılar, avukat ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler, meslek sırrı kapsamında olduğundan tanıklık gibi bilirkişilik yapmaktan da çekinme hakkına sahiptirler (CMK.m.46/2). Ayrıca kamu görevlileri, bağlı buldukları davalarda bilirkişilik yapamazlar (CMK.m.46/2). Bilirkişi diğer taraftan da tanığa benzemektedir. Tanıklıktan çekilme ile ilgili yasal düzenlemeler bilirkişiler hakkında da uygulanacaktır (CMK m 62). Tanıklıktan yasal çekilme durumları CMK. m.45 ile düzenlenmiştir.¹⁰⁸ Buna göre;

- a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı,
- b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi,
- c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üst-alt soyu,
- d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları,
- e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlatlık bağı bulunanlar.

Bilirkişi olarak görevlendirilen kişiler, kendilerinden istenen görevin uzmanlık alanı dışında kaldığını, o konuda daha önce görüş açıkladığını, davanın taraflarıyla iş veya akrabalık bağı bulunduğunu ve tarafsızlığını etkileyecek başka sebeplerin varlığını ileri sürerek, görevi iade edebilir.¹⁰⁹ Bu özür açıklamalarının meşruluğu, haklılığı ve gerçeğe uygunluğu ise hakimnin takdir ve kararına bağlıdır.

¹⁰⁶ 38 sayılı tababeti adliye kanunu m.4

¹⁰⁷ Çakmut Özlem Yenerer, *Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik başlıklı tebliğ*, 5. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s 1165

¹⁰⁸ Çakmut Özlem Yenerer, *Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik başlıklı tebliğ*, 5. Türk- Alman tıp hukuku sempozyumu s.1140

¹⁰⁹ Tanrıver Süha, *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara,2002,s 48

9) BİLİRKİŞİNİN REDDİ VE BİLİRKİŞİ RAPORUNA İTİRAZ

Bilirkişinin hazırlayıp mahkemeye vereceği raporun, gerçeğin belirlenmesinde ve hakim kararında etkili olacağı bilinen bir gerçektir. Bu durum bilirkişilik görevinin hakimlik görevine yakın görülmesine ve bu nedenle hakimler için öngörülen bazı kanun maddelerinin bilirkişiler içinde uygulanmasına neden olmuştur. Nitekim CMK. m.69'da “*Hakimin reddini gerektiren sebepler, bilirkişi hakkında da geçerlidir*” denilerek bu husus açıkça ortaya konulmuştur. CMK.m.22 ve m.24 düzenlemelerinde bilirkişiyi ret nedenleri şunlardır;

- a) Suçun işlenmesinden zarar görmüşse,
- b) Sonradan kalksa bile şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlilik, vesayet veya kayınlık ilişkisi varsa,
- c) Şüpheli, sanık veya mağdurun kan veya kayım hısımlığından üstsoy veya alt soyundan biri ise,
- d) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında üçüncü derece dahil kan hısımlığı varsa,
- e) Şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında evlat edinme bağlantısı varsa,
- f) Evlilik sona ermiş bile olsa, şüpheli, sanık veya mağdur ile aralarında ikinci derece dahil kayın hısımlığı varsa,
- g) Aynı davada Cumhuriyet savcılığı, adli kolluk görevi, şüpheli veya sanık müdafiliği veya mağdur vekilliği yapmışsa,
- h) Aynı davada tanık veya bilirkişi sıfatıyla dinlenmişse,
- i) Tarafsızlığını şüpheyeye düşürecek diğer bir sebep varlığında (CMK.m.24).

Hakim veya mahkeme, atanan bilirkişinin adını ve soyadını, ret hakkına sahip olanlara bildirecektir. Reddi isteyen kişi, bunun nedenini, dayandığı olguları göstererek açıklamak yükümlülüğündedir.¹¹⁰

Bilirkişilerce yapılan tespitler ve hazırlanan rapor, çoğu kere tarafları memnun etmez. Her iki tarafında memnun kalacağı, itiraz etmeye gerek duymayacağı raporlara çok ender rastlanır. Bilirkişi raporlarına genellikle şu nedenlerle itiraz edilmektedir; “*Bilirkişi raporu gerçeği yansıtmamaktadır*”, “*Rapor, bilirkişilerden istenen hususları net ortaya koymamıştır*”, “*Bilirkişi raporunda dava ile ilgili bazı konular atlanmıştır*”, “*Bilirkişi raporu taraflı hazırlanmıştır*”, “*Bilirkişiler, rapor düzenlediği konuda ehliyetli ve uzman*

¹¹⁰ Çakmut Özlem Yenerer, *Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik başlıklı tebliğ*, 5. Türk- Alman tıp hukuku sempozyumu , s 1139.

değildir”, “*Bilirkişinin reddini gerektirecek sebepler mevcuttur*”, “*Bilirkişi raporunda hesap ve işlem hataları yapmıştır.*”¹¹¹

Bilirkişi, HMK.m.280 gereğince, raporunu mahkemeye verir, verildiği tarih rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir. Taraflar raporda eksik gördükleri kısımların bilirkişiye tamamlattırılmasını, belirsizlik gösteren hususlar hakkında açıklama yapılmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını talep edebilirler.¹¹² Rapora itiraz süresi HMK.m.281/1’e göre “*iki hafta*”, HUMK.m.283’de “*bir hafta*” olarak belirtilmiştir. Ancak Yargıtay’ın içtihatları, hüküm verilinceye kadar bilirkişi raporuna itiraz edebilecekleri şeklindedir.¹¹³

10) BİLİRKİŞİNİN GÖREVİ

Bilirkişinin en önemli görevi inceleme, araştırma yapması istenen konuda gerekli özeni göstererek çalışmak ve böylece kendisinden beklenen faydayı en üst düzeyde ortaya koyan, sonuca neden ve nasıl ulaştığını da açıklayan bir rapor hazırlamaktır.¹¹⁴ Bilirkişi kendisinden istenen raporu hazırlarken maddi olayla doğrudan doğruya temas etmeli araya aracı koymamalıdır.¹¹⁵ Bilirkişinin istinabe yoluyla dinlenmesine olanak tanıyan CMK m.180 doğrudan doğruyalık ilkesi ile çelişmektedir.¹¹⁶

Bilirkişinin görevi CMK m.66-67’de düzenlenmiştir. Bu maddelere göre; bilirkişi yaptığı incelemeleri bitirdiğinde, kendisinden istenenleri yaptığını belirtecek, gerçekleştirdiklerini ve vardığı sonuçları açıklayan bir raporu hazırlayıp imzalayarak ilgili kuruma verecek veya gönderecektir.¹¹⁷ Atanmış birden fazla bilirkişi varsa ve söz konusu bilirkişiler değişik görüşleri savunuyorlarsa bu durumu gerekçeleri ile birlikte rapora yazmalıdırlar (CMK m. 67/2).

Bilirkişiler hazırladıkları raporlarda, Hakim tarafından yapılması gereken hukuki konularda yorumda bulunamazlar (CMK m. 67/3). Bilirkişilerin faaliyet alanı hukuk bilgisi dışında

¹¹¹ Arslan Yaşar, *Bilirkişi Raporuna İtiraz Ve Uzman Mütalası*, *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Ekim 2008, s 58

¹¹² Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012. s. 384

¹¹³ 15.HD 21.04.1986,186/1590,YKD,1986/9, s.406; HGK, 26.02.1986, 5-794/164 ,YKD, 1987/8 s.1126, Deryal Yahya *Türk Hukuk* s385

¹¹⁴ Erem Faruk, *Diyalektik açıdan Ceza Yargılaması Hukuku*, Ankara,1986, s 418

¹¹⁵ Şahin Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesinde İspat , Delillerin Doğrudan Doğruyalığı İlkesi*, Ankara, 2001, s 168

¹¹⁶ Ünver Yener, *Ceza Muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, CHD.1,2, Aralık,2006, s 170*

¹¹⁷ Çakmut Özlem Yenerer , *Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik başlıklı tebliğ*, 5. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s 1152

kalan, uzmanlık gerektiren özel ve teknik bilgilerdir. Özel ve teknik bilgi ile çözümünü gereken bir sorunun varlığı halinde keşif sırasında da bilirkişi hazır bulundurulabilecektir.¹¹⁸

Bilirkişinin açıklamalarda bulunmak üzere duruşmada dinlenmesine, mahkeme tarafından duruşmanın herhangi bir safhasında karar verilebilir. Ayrıca ilgililerden birinin istemesi halinde de açıklamalarda bulunmak üzere bilirkişi mahkemeye çağrılabilir (CMK m. 68/1). Bilirkişi yaptığı açıklamalardan sonra mahkeme başkanı veya hakim tarafından çekilmesine izin verilmedikçe duruşma salonunda kalacaktır. Bilirkişi, lüzum görürse ve mahkeme tarafından izin verilirse, şüpheli ve sanık dışındaki kişilerin bilgisine başvurabilir, tanıkları dinleyebilir, sanığı sorguya çekebilir (CMK m.66/4).

Birden fazla bilirkişi olması durumunda birlikte salona alınmaları ve birbirlerinin mütalaalarını dinlemeleri mümkündür. Hakim tarafından aksi yönde bir karar da alınabilir (CMK m. 68/1, 2).

11)TIP HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

Tıbbi uygulama hatası iddiaları, son yıllarda basın yayın organlarında giderek artan oranlarda gündeme gelmekte ve toplumun ilgisini çekmektedir. Sağlık sistemindeki aksaklıkların kamuoyunda yarattığı hoşnutsuzluk, hukuk sistemimizdeki yetersizlikler medyanın ilgisinin başlıca nedenleridir. Bilimsel verilere dayanmayan, dolayısı ile bilgilendirme sorumluluğunu da yerine getirmeyen bu yayınlar hekimlerin yeteneği, bilgisi, davranışı ve hastaya yaklaşımını sorgulayan olumsuz tutumu ile hastaları hekimlere karşı dava açmaya yönlendirmektedir. Bazı sağlık personelinin de hasta haklarına bilerek veya bilmeyerek gösterdikleri umursamazlık, tıbbi uygulamalar sonrasında birçok sağlık personelinin haklı - haksız suçlanmasına zemin hazırlamaktadır. Bilirkişilik kurumlarına hasta haklarını ihlal etmek iddiası ile yapılan başvurularda, son yıllarda görülen artış önceki yılların birkaç misli rakamlara ulaşmıştır.¹¹⁹

Hastada bir zarar ortaya çıktığında, bunun tıbbi uygulamadan kaynaklanıp kaynaklanmadığını, uygulamanın kusurlu olup olmadığını belirleme görevi tıbbi bilirkişilerindir. Tıbbi uygulamadan kaynaklanan zararlara “iyatrojenik zarar” adı verilir.

¹¹⁸ Yokuş Seviük Handan, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*, İHFM ,C.LXIV, S.1, Y.2006, s 90

¹¹⁹ Yorulmaz /Kır/Ketenci, *Tıbbi Malpraktis ve Adil Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s .55-69*

Tıp biliminin bugün ulaştığı bilimsel ve teknik düzey, uygulamanın yapıldığı ortamın koşulları, uygulamayı yapanın eğitim düzeyi göz önünde bulundurulduğunda; aynı ortam koşullarında, aynı yetkinlik düzeyinde bir hekimin göstermesi gereken özen gösterildiği halde, öngörülemeyecek bir sonuç oluştuysa bu istenmeyen sonuçtur ve hekimin bunda sorumluluğu yoktur.¹²⁰

Hekimler ve diğer sağlık mesleği mensuplarının gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin tıbbi standartlara uygun olup olmadığı konusunda mahkemeler, tıp mesleği mensubu uzman bilirkişilerin görüşlerinden faydalanır. Zira tıbbi hatalar hakimlik mesleğinin bilgi ve tecrübesi dahilinde değerlendirilebilecek konulardan değildirler.¹²¹

Tıbbi bilirkişinin açıklamaları olmadan, kabul edilebilir standart tedavinin sınırlarını belirlemek, ihmal veya tıbbi hata sonucu oluşan zararları (malpraktis), kaçınılmaz ve önlenemez olanlardan (komplikasyon) ayırt etmek, mahkeme ve hakim için çoğu defa mümkün değildir.¹²² Haksız fiil ile zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağının kurulmasında, uzmanlık gerektiren konular için bilirkişiye başvurulabileceği gibi; tıbbi müdahaleden kaynaklanan hatalara ilişkin uyuşmazlıklarda da sadece kusurun tespiti için değil, nedensellik bağının tespiti için de tıbbi bilirkişiye başvurulması, örneğin Adli Tıp Kurumundan görüş alınması uygulamada benimsenmiş görünmektedir.¹²³

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle açılan davalarda, mahkemenin kararı, tıbbi bilirkişinin görüşlerinden önemli ölçüde etkilenmektedir. Mahkemenin doğru karar vermesi, tıbbi bilirkişinin doğru seçilmesiyle doğrudan ilişkilidir. Tıbbi bilirkişi mahkemenin kendinden ne istediğini anlamalı, katı bir tarafsızlık içinde olmalı, anlaşılabilir bir dil kullanmalı, kendi uzmanlık alanı içinde kalmalı, hukuki yorumlarda bulunmamalı, raporunu belirlenen süre içinde hazırlamalı ve sorumluluk sahibi olmalıdır.¹²⁴

Yargılama makamları sağlık alanında başvuracakları uzman bilirkişilerden, her somut olayın özelliğine göre farklılık gösterse de genel olarak, tıbbi hatanın bulunup bulunmadığı, hata varsa bu hatayı yapanın belirlenmesi, gerçekleşen neticeye mağdurun katkısının olup olmadığı, nedensellik bağının olup olmadığı, varsa meslekte kazanma gücünün kaybına

¹²⁰ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara,2005, s 31

¹²¹ Aktan Necla, *Diş Hekimlerinin Aydınlatılmış Onam Hakkında*, Kocaeli Üniversitesi, S.B.E, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli,2005

¹²² Localio AR, Lawthers AG, Brennan TA, et al. ,*Results of the Harvard Medical Practice Study III. N Engl J Med.*1991;325 (4):245– 251

¹²³ Ünver Yener, *Doktorların Malpraktis , Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu*, Mersin, 2009, s 147-148

¹²⁴ Ulsenheimer K, *Quality assurance by experts*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/Pub med>

ilişkin oran, tıbbi müdahaleyi yapanın resmi olarak yetkili ve görevli olup olmadığı konularının tespiti istenmektedir.¹²⁵

Tıp ve hukuk, insanların daha sağlıklı ve adil bir yaşam sürmelerini sağlayarak, global düzeyde iyi olma halini hedefleyen bilim dallarıdır. Birlikte harmoni içinde çalışmalarını bu hedefe ulaşmada çok daha etkili olmalarını sağlar. Bir hekim için hukuk temel kavramlarını bilmek, mesleğini daha iyi yapabilmesi için tamamlayıcı bir unsurdur. Aynı şey hukuk alanında çalışanların, tıp temel kavramlarını bilmesi içinde söylenebilir. Tıp ve hukuk bilim dallarının tam kesişme noktasında yer alan tıbbi bilirkişilik görevini yapacak hekimin, hukuk kavramlarına, hukukçu bakış açısına ve hukuk terminolojisine aşina olması çok daha önemlidir.¹²⁶

12) TIP HUKUKUNDA BAŞVURULAN ZORUNLU BİLİRKİŞİLİK KURUMLARI

Hekimlerin uygulamalarından doğan aksaklıklarda, var olan mevzuat çerçevesinde nasıl bir süreçten geçecekleri ile ilgili bilgi eksikliği, uygulamanın incelenmesi aşamasında sorunlara yol açabilmektedir. Türkiye de malpraktis konusu disiplin suçu kapsamında ilçelerde İlçe Disiplin Kurulları, illerde İl Disiplin Kurulu, etik boyutuyla mesleki denetleme kurumu olarak Tabip Odaları Onur Kurulları ve Türk Tabipler Birliği Yüksek Onur Kurulunda ele alınmaktadır. Hukuk alanında ise ceza ve tazminat yönünden yapılacak değerlendirmede, büyük oranda Sağlık Bakanlığı düzeyinde Yüksek Sağlık Şurası, Adalet Bakanlığı içinde Adli Tıp Kurumu bilirkişiliği ile mahkemeler tarafından karara bağlanmaktadır.¹²⁷

i. Yüksek Sağlık Şurası

Yüksek Sağlık Şurasının kuruluş ve çalışma esasları, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıha kanununda ve Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararname¹²⁸ ile düzenlenmiştir. Buna göre YSS, önemli sağlık konuları hakkında ve tıbbi uygulamalar sonrası oluşan adli nitelik kazanmış olaylarda görüş bildirmekle yükümlü bir bilirkişilik kuruluşudur. Sağlık Bakanlığınca ülkede

¹²⁵ Savaş Halide, *Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması*, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Y.2 S:15, Kasım 2007, s 122

¹²⁶ George J. Annas, J.D., M.P.H, *Doctors, Patients, and Lawyers, Two Centuries of Health Law*, *N Engl J Med* 2012; 367:445-450

¹²⁷ Yorulmaz /Kır/Ketenci, *Tıbbi Malpraktis ve Adil Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s .55-69*

¹²⁸ RG., 14.12.1983, 18251

hizmetleri veya eserleri ile tanınmış kişiler arasından 11 üye seçilmektedir.¹²⁹ Bakanlık Müsteşarı, Araştırma, Planlama ve Koordinasyon kurulu Başkanı, Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürleri ile 1. Hukuk müşaviri Kurulun tabii üyeleridir.

Seçim yoluyla şura üyesi olanların görev süresi iki yıldır. Şura yılda en az dört kere toplanır. Müsteşar veya görevlendireceği müsteşar yardımcısı şuraya başkanlık eder, lüzum gördüğü hallerde şurayı toplantıya çağırabilir. Şura toplantılarına üst üste iki defa mazeretsiz olarak katılmayanların üyeliği düşer. Şura yılda en az dört kere, en az sekiz üyenin katılımıyla toplanır ve oy çokluğu ile karar alınır. Oyların eşitliği halinde başkanın oyu doğrultusunda karar alınır.¹³⁰

Yüksek Sağlık Şurası'nın bilirkişilik görevi tababet sanatının ifasından kaynaklanan adli uyuşmazlıklarla ve hekim hatalarının belirlenmesi ile sınırlı tutulmuş olup, geri kalan geniş alanda Adli Tıp Kurumu yetkilidir.¹³¹ Tıp mesleğini icra yetkisi olmayan kırıkçı vb. gibi kimselerin kusurlu davranışlarıyla ilgili olarak şuradan görüş sorulmamaktadır.¹³² Böyle durumlarda, failin davranışı ile oluşan zarar arasındaki nedensellik bağının varlığı konusunda uzman bir kişi, heyet veya adli tıp kurumundan görüş alınmaktadır. Keza hekimin sahte evrak düzenlemesi durumunda da, Yüksek Sağlık Şurasından görüş sorulmasına gerek yoktur. Sadece tedavi ile ilgili işlemler dolayısıyla Şuradan görüş alınacaktır.¹³³

Yüksek Sağlık Şurasında dosyalar üzerinden inceleme yapılarak görüş bildirilmektedir. Adli olayla ilgili görülen kişilerin ifadeleri, sağlık kuruluşu kayıtları, hasta evrakı ve filmleri, laboratuvar incelemeleri, diğer bilirkişilerin görüşleri, varsa otopsi ve patoloji raporlarının yorumları değerlendirilmektedir. Bu sırada ilgililerin muayeneleri yapılmamakta, ifadeleri alınmamaktadır. Bu nedenle gönderilen dosyanın tüm delilleri içermesi, tam bilgi vermesi önemlidir. Genellikle dosyalarda büyük eksiklikler mevcuttur. Bu durum yalnızca kayıtların düzgün tutulmadığı anlamına gelmemektedir. Dosyaların toparlanması sürecinde farklı pek çok sorun olayda etmemdir. Hastaların birden fazla sağlık kuruluşunda, farklı zaman dilimlerinde

¹²⁹ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 294

¹³⁰ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012 s 121

¹³¹ Feridun Yenisey, *Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tıbbi Deliller Ve Bilirkişi İncelemesi*, YÜHFD, C 3, S 2, 2006, s 310

¹³² Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012 s 590

¹³³ Hakeri Hakan, *Hekimin Cezai Sorumluluğu*, Tıbbi müdahale Hukuki Sorumluluk Sempozyumu 16- 17 Ocak 2009, Mersin, s 79

tedavi olması ve bu kuruluşların dosyaların toplanması aşamasında aynı titizliği göstermemiş olması sorunlardan sadece biridir.¹³⁴

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un m. 75 hükmü nedeniyle, Yüksek Sağlık Şurasından bilirkişi sıfatıyla görüş alınması zorunlu görülüp, aksi uygulama Yargıtay tarafından “*eksik soruşturma*” sayılarak, incelemeye tabi karar bozularak dava dosyası bu eksiklik giderilmek üzere yerel mahkemeye geri gönderilmekte idi.¹³⁵

Hekimin fiilinin taksirli olup olmadığı veya mesleki bir hata, bir malpraktis bulunup bulunmadığı konularında ceza mahkemelerinin öncelikle YSS'na resmi bilirkişi sıfatıyla başvurmak zorunda olduğu; sadece yetersiz YSS görüşü karşısında Adli Tıp Kurumu ve üniversiteler gibi başka uzman bilirkişilere yönelebileceği, 1219/75 amir hükmünün zorunlu sonucu olarak kabul edilmekte idi.¹³⁶

Yüksek Sağlık Şurası'na zorunlu resmi bilirkişi olarak başvurmak ve hüküm vermek için bu kurumun raporunun beklenmesi, makul sürede yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi, 03.06. 2010 tarih ve 2009/69, 2010/79 sayılı kararıyla 1219 sayılı Kanunun 75. Maddesini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir.¹³⁷ Böylece Yüksek Sağlık Şurasının zorunlu bilirkişilik statüsü kaldırılmış olmaktadır. Artık mahkemeler hem hukuk hem de ceza davalarında resmi bilirkişilerden ve bilirkişi listelerinden hatta üniversitelerden ve diğer uzman kişilerden yararlanabileceklerdir. Yüksek Sağlık Şurasına başvuru zorunluluğu kalkmış ancak YSS tarafından düzenlenecek olan bilirkişi raporlarının hukuksal öneminde bir azalma olmamıştır.¹³⁸

Bu Anayasa Mahkemesi kararının, yerinde, haklı ve gecikmiş bir karar olduğu ve ileride Anayasa Mahkemesi'ne veya İnsan Hakları Mahkemesi'ne benzer bir başvuru, Adli Tıp Kurumu için yapıldığında da aynı yönde bir karar verilmesi gerektiği savunulmaktadır.¹³⁹

¹³⁴ Yorulmaz /Kır/Ketenci, *Tıbbi Malpraktis ve Adil Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s 60*

¹³⁵ 9. CD., 20.09.2006, 3517/4496 ; 9. CD.,28.02.2006, 2005/6000; 4. CD., 08.06.2004, 9165/7226, Deryal Yahya, *Türk Hukuku, s 243*

¹³⁶ Ünver Yener, *Türk Tıp Ceza Hukukunda Hukuk ve Etiğin, Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu,17-19 Nisan 2008. s366*

¹³⁷ RG., 22.10.2010, 27737

¹³⁸ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku, , İstanbul, 2012, s122*

¹³⁹ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku, , İstanbul, 2012 s122*

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin bir kararında, Yüksek Sağlık Şurası görüşünün ceza davaları bakımından kesin delil niteliğinde ve bağlayıcı olduğu ileri sürülmesine rağmen, 9. Ceza Dairesi, YSS görüşünün mahkemeler için bağlayıcı olduğunu kabul etmemekte, YSS görüşü yerine bir başka bilirkişiden de görüş alınabileceğini benimsemektedir.¹⁴⁰

Doktrinde ise, Yüksek Sağlık Şurası raporlarının ne hukuk davaları ne de ceza davaları bakımından hakimi bağlayıcı bir delil niteliğinde sayılmayacağı ileri sürülmektedir.¹⁴¹ Şuranın kararları da diğer bilirkişi raporlarında olduğu gibi herhangi bir bağlayıcılığa sahip değildir. Nitekim kanun da “mahkemelerin bu konudaki serbesiyetleri saklı kalmak koşuluyla” demektedir.¹⁴²

Bilirkişi olarak YSS’na sadece adli mahkemeler değil, Danıştay da dahil olmak üzere bütün mahkemeler başvurabilmektedir.¹⁴³

ii.Adli Tıp Kurumu

1982 tarihli ve 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu Kanununa göre, adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak üzere Adalet Bakanlığını bağlı Adli Tıp Kurumu kurulmuştur. Adli Tıp Kurumu, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlüdürler (ATK m.2).

Adli tıp, insan vücudunu ve insan davranışlarının sonuçlarını, kendine özgü bilimsel kural ve yöntemler ışığında inceleyen, psikoloji, hukuk, kriminoloji, sosyoloji, genetik, biyoloji, biyokimya, patoloji gibi uzmanlık alanlarıyla işbirliği içinde çalışan multidisipliner bir bilim dalıdır. Tıbbi içerikli konularla ilgilenen adli tıp, bilirkişilik boyutunda, tıbbi uygulamaları hukukun gerçeğe ulaşmasında kullanan bir bilim dalı olduğu için hukuka yakındır.¹⁴⁴

¹⁴⁰ 9. CD. 25.10.2007, 6643/7571; 9. CD. 18.04.2007, 2006/8338, Deryal Yahya Türk Hukukunda, s249

¹⁴¹ Özdemir Hayriinnisa, Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara,2004, s 168 .

¹⁴² Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, İstanbul, 2012 s 590

¹⁴³ Savaş Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, Ankara,2007, s250

¹⁴⁴ Polat Oğuz,Klinik Adli Tıp, Ankara, 2009, s 9

Tıbbi bilgilerin hukuk alanına uygulanmasıyla ilgili olan adli tıp, suçla suçlunun ilgisini inceleyen adalet psikolojisi, yara ve ölümlerle ilgili adli patoloji, akıl hastalığının etkisini inceleyen adli psikiatri, adli olaylarda zehirlenme vakalarını inceleyen adli toksikoloji, lekelerle ilgili araştırma yapan adli biyoloji gibi alanlarda yaptığı inceleme ve araştırmalarla adaletin sağlanmasında mahkemeye yardımcı olmaktadır.¹⁴⁵ Bunun dışında suç araçlarının araştırılmasında, suçlunun kimliğinin belirtilmesinde, yaşının, cinsiyetinin saptanmasında adli tıp yöntemlerinden yararlanılmaktadır.¹⁴⁶ Adli tıp konuları, kimlik tespiti, ölüm ve yaralanma halleri, iş kazaları, cinsel suçlar, babalığın tespiti, zehirlenmeler, bağımlılık yapan maddeler, medikal hatalar, ötenazi, kadına yönelik şiddet, aile içi şiddet olguları, insan hakları ihlalleri, sporun adli tıp yönleri ve tıbbi uygulama hatalarının saptanmasıdır.^{147 148} Tıbbi uygulama hatalarında kesin ölüm nedeninin saptanmasında uygulanan ve adli tabiplerce yapılan otopsi işlemi, adaletin doğru bir şekilde gerçekleşmesi için son derece etkili ve önemlidir.¹⁴⁹

Adli Tıp Kurumunda üç birimin resmi bilirkişilik görevi vardır. Bu birimler, Adli Tıp İhtisas Daireleri, Adli Tıp İhtisas Kurulları ve Adli Tıp Genel Kuruludur.¹⁵⁰

a) Adli Tıp İhtisas Daireleri

Adli Tıp Kurumu bünyesinde, altı adet ihtisas dairesi bulunup her birinin görev ve yetkileri, inceleme yapmaları gereken alanlar ve bu incelemeleri yaparken dikkat etmeleri gereken hususlar ATK Kanunu'nun ilgili maddelerinde düzenlenmiştir.^{151 152} Morg, gözlem, kimyasal tahlil, biyoloji, fizik incelemeleri ve trafik dairelerinden oluşan ihtisas daireleri, yargılama makamlarının doğrudan başvurusu üzerine resmi bilirkişi olarak görev yapar.

¹⁴⁵ Bilge Yaşar, *Adli Bilimler Sözlüğü*, Ankara, 2002, s6

¹⁴⁶ Kaygısız Mustafa, *Hukuk sistemimizde Olay Yeri İncelemesi Delil ve Bilirkişilik*, Ankara 1998, s 46

¹⁴⁷ Polat Oğuz, *Klinik Adli Tıp*, Ankara, 2009, s 9

¹⁴⁸ Kaygısız Mustafa, *Hukuk Sistemimizde Olay Yeri İncelemesi Delil ve Bilirkişilik*, Ankara 1998, s 50

¹⁴⁹ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 317

¹⁵⁰ Kuru Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C II, İstanbul*, 2001, s 2664-2676

¹⁵¹ Bilge Yaşar, *Adli Bilimler Sözlüğü*, Ankara, 200, s 7-10

¹⁵² Polat Oğuz, *Uygulamada Bilirkişilik ile İlgili Sorunlar ve Çözümleri*, Adli Tıp Kurumu Yayınları I, İstanbul, 2001, s 6

b) Adli Tıp İhtisas Kurulları

Adli Tıp İhtisas Kurulları mahkemelere doğrudan bilirkişilik hizmeti vermezler. Onun yerine mahkemelerce kanaat verici nitelikte görülmeyen bilirkişi raporlarındaki tartışmalı durumları bilimsel ve teknik düzeyde sonuçlandırmakla görevlidirler.¹⁵³ İhtisas Kurulundan rapor istenebilmesi için, mahkemenin ilk önce HMK'na uygun biçimde seçilen bir ya da birden çok kişiye başvurması ve bilirkişilerin verdikleri raporların kanaat verici nitelikte görülmemesi ya da birden çok bilirkişi raporu arasında çelişki bulunması gerekir (ATK m. 16/1,a). Öyleyse, mahkemenin HMK'na uygun biçimde seçilen bir ya da birden çok bilirkişiye başvurmadan, Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulundan rapor istenmesine yasal yönden asla imkan bulunmamaktadır.¹⁵⁴

Yargıtay, devlet hastanelerinde çalışan hekimlerden alınacak bilirkişi raporlarının yetersiz bulunması halinde de, dosyanın ATK İhtisas Kurullarına gönderilmesi gereğine işaret etmektedir.¹⁵⁵ Danıştay da ağır hizmet kusurunun belirlenmesi noktasında Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerektiği görüşündedir.¹⁵⁶

Adli Tıp kurumu bünyesinde gerekli incelemeleri yapan beş ihtisas kurulu bulunmaktadır. İşlerin uzman kişilerce yerine getirilmesi amacıyla, her bir kurulun farklı görevleri yerine getirme yetkisiyle donatıldığını görmekteyiz.

Ölümlle ilgili olgular ve diğer kurulların görev alanına girmeyen işler hakkında rapor düzenleyen 1.İhtisas Kurulu adli tıp, patolojik anatomi, iç hastalıkları, kardiyoloji, genel cerrahi, beyin cerrahisi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olan üyelerden oluşur. Müessir fiil, kamu düzeni ve aile aleyhine işlenen cürümler hakkında rapor düzenleyen 2.İhtisas Kurulu, adli tıp, kadın hastalıkları ve doğum, radyoloji, göz, kulak burun boğaz hastalıkları, genel cerrahi uzmanlarından oluşur. İkinci İhtisas Kurulunun görevine girmeyen Sosyal Sigortalar ve İş Kanunu ile ilgili olaylar, maluliyet, meslekte kazama gücü kaybı, meslek hastalıkları ve mesleki kusurlar, sürekli hastalık, sakatlık ve yaşlanma sebepleri ile kişilerin cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılmasına ilişkin işlemler hakkında rapor düzenleyen 3. İhtisas Kurulu, adli

¹⁵³ Polat Oğuz, *Uygulamada Bilirkişilik ile İlgili Sorunlar ve Çözümleri*, Adli Tıp Kurumu Yayınları I, İstanbul, 2001,, s 3-7

¹⁵⁴ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s 23

¹⁵⁵ 1. CD, 30.05.2001, 1107/2438, Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, s233

¹⁵⁶ 13.HD, 09.04.2003, 711/4255, Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, s 587

tıp, genel cerrahi, ortopedi ve travmatoloji, nöroloji, iç hastalıkları, göğüs hastalıkları ve tüberküloz uzmanı üyelerden oluşur. Adli tıp, ruh sağlığı ve hastalıkları, çocuk ruh sağlığı ve hastalıkları, nöroloji, anatomi, patolojik anatomi ve radyoloji uzmanlarından oluşan 4. İhtisas Kurulu ceza ehliyetini kaldıran ve hafifleten sebeplerle hukuki ehliyetin tespiti, uyuşturucu madde bağımlılığı gibi konularda araştırma yapar. Son olarak adli tıp, mikrobiyoloji ve enfeksiyon hastalıkları, farmakoloji, biyokimya, analitik kimya, alerji, immünoloji, anestezi ve reanimasyon uzmanı üyelerden oluşan 5. İhtisas Kurulu, zehirlenmeler, alerjik vakalar, nesep tayini, toplum sağlığıyla ilgili gıda, ilaç ve alışkanlık yapan maddelere ilişkin işler hakkında rapor düzenlemektir.^{157 158}

c) Adli Tıp Genel Kurulu

Adli Tıp Genel Kurulu ihtisas kurulları ve ihtisas daireleri tarafından mahkemeye verilen ve mahkeme tarafından yeterli bulunmayan raporlar, ihtisas kurullarında oybirliği ile karara bağlanmamış işler, ihtisas kurullarıyla ihtisas dairelerinin verdiği raporlar arasında ortaya çıkan çelişkiler hakkında kesin bir karar vermekle yükümlüdür (ATK m.15). Yargıtay, Ceza Genel Kurulu, ATK İhtisas Kurulları ve İhtisas Daireleri Tarafından verilip mahkemelerce kanaat verici bulunmayan işlerin ATK Genel Kurulunda incelenebilmesi için, neden kanaat verici bulunmadığının gerekçeleriyle açıklanması zorunluluğu bulunduğu görüşündedir.¹⁵⁹

Adli Tıp Kurumundaki bu üç birim, inceleme yaptıkları konularla ilgili belge ve bilgilere ulaşmak veya daha detaylı inceleme yapmak amacıyla tıp ve uzmanlık alanlarında kurum dışındaki uzmanların bilgi ve tecrübelerinden bilirkişi sıfatı ile yararlanabilirler. Ancak, dışarıdan yardımına başvuru bu uzman kişiler, oylamaya katılmayarak sadece görüşünü bir rapor halinde Genel Kurul, İhtisas Kurulu veya Daire Başkanlığına bildirirler (ATK m.24).

Adli Tıp Genel Kurulu'nun resmi bilirkişi olarak yargı organlarına sunduğu raporlar kesin olmakla beraber bu raporlar, hakimin delilleri serbestçe takdir etme yetkisini kısıtlayacak nitelikte bir bağlayıcılık taşımaz. Hakim, bu raporlarla bağlı olmayıp bu

¹⁵⁷ Polat Oğuz, *Uygulamada Bilirkişilik ile İlgili Sorunlar ve Çözümleri*, Adli Tıp Kurumu Yayınları I, İstanbul, 2001, s2-5

¹⁵⁸ Bilge Yaşar, *Sözlük Adli Bilimler Sözlüğü*, Ankara, 2002, s 7

¹⁵⁹ YKD, CXXII, S.8, Ağustos 1996, s 1326, Deryal Yahya *Türk Hukukunda*, s 237

raporlardan tamamen bağımsız bir karar da verebilmektedir.¹⁶⁰ Nitekim 2569 sayılı Kanunda, Adli Tıp Genel Kurulu kararlarının nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe değerlendirmelerini kısıtlamayacağını belirtmektedir (ATK m.23). Yargıtay Ceza Genel Kurulu kesin karara bağlama yetkisini tıbbi konularla, Adli tıp İhtisas kurullarının görev alanına giren konularla kısıtlamıştır. Örneğin müessir fiile maruz kalan mağdurlarda meydana gelen zararın kaç gün iş kaybına sebebiyet vereceği, mağdurdaki işitme kaybının oranı veya zehirlenerek ölen şahsın hangi çeşit zehir etkisiyle öldüğü, olay yerinde bulunan boş kovanların aynı tabancadan atılıp atılmadığı gibi konularda Adli Tıp Genel Kurulu'nca verilen raporlar kesin ve bağlayıcıdır. Ancak düzenlenen bu raporlara göre yasaların hangi hükümlerinin ihlal edilmiş sayılacağını tayin ve tespiti görevli mahkemeye aittir.¹⁶¹

iii. Üniversitelerin ilgili Anabilim dalları

Tıp ve yan dallarında gerçekleştirilen faaliyetlerde, sağlık çalışanlarının hatalı uygulamalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemeler, YSS ve ATK' nun dışında üniversitelerin özellikle tıp fakülteleri ve diğer birimlerine, uzmanlık derneklerine veya bu nitelikteki kurumlara başvurabileceklerdir. Adli Tıp Kurumu Kanunu m.31 "*diğer adli ekspertiz kurumları*" başlığı altında yüksek öğretim kurumları veya birimlerinin, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemesi Yasası'na göre resmi bilirkişi sayılacağını belirtmiştir. Bu düzenlemeyle ifade edilmek istenenin yüksek öğretim kurumları veya birimleri ile Üniversitelerin Tıp Fakültelerinin Adli Tıp Kürsüleri ve Adli tıp Enstitüleri olduğu belirtilmektedir.¹⁶² Aynı şekilde Yüksek Öğrenim Kanunu'nun 37. maddesinde mahkemelerin teknik bilgi ve uzmanlık gerektiren her konuda üniversite ve bağlı birimlerinden yararlanabileceği, bilirkişi olarak görüş isteyebileceği belirtilmiştir. Ayrıca aynı Kanununun 38/2. maddesinde Yüksek Öğrenim Kurulunun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yüksek öğrenim kurumları ya da birimlerinin, ilgili adli makamların talepleri ile adli tıp mevzuatı kapsamında adli tıp ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilecekleri belirtilerek konu daha da netleşmiştir.

¹⁶⁰ Üstünkaya Faruk Feza, *Yargıç Karşısında Bilirkişi Raporunun Hukuki Değeri*, Ankara Barosu Dergisi, Y.39, 1982/4, s 90

¹⁶¹ CGK,19.03.1984, 4-393/97, Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*,s 239

¹⁶² N.Centel/H.Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul,2007, s 294

Yargıtay'ın son zamanlardaki eğilimi, tıp hukuku uyuşmazlıklarında yetersiz görülen resmi bilirkişi raporları yerine üniversitelerden akademik kariyer sahibi bilirkişilere başvurmak yönündedir.¹⁶³

iv. Tabip Odaları Onur Kurulları

Türk Tabipler Birliği, tabipler arasında mesleki dayanışmayı ve tıp ahlakını korumak, tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak ve meslek mensuplarının hak ve yararlarını korumak amacıyla kurulmuş kamu kurumu niteliğinde mesleki bir kuruluştur (TTB kanunu m.1). Hudutları içinde tabip odalarına kayıtlı en az yüz tabip bulunana her ilde tabip odası kurulur (TTB kanunu m.6).

Tabip odaları bir bilirkişilik kurumu olarak bilinmemekle birlikte tıbbi uygulama hatası iddiaları, etik boyutuyla mesleki denetleme kurumu olarak Tabip Odaları Onur Kurulları ve Türk Tabipler Birliği Yüksek Onur Kurulunda ele alınmaktadır. Tabip adasının tıbbi uygulama hatalarına ilişkin olarak da disiplin yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu yetki bir cezalandırma sürecinden ziyade, tıbbi uygulama niteliğini denetleme ve bu niteliğin geliştirilmesine yönelik bir iç denetim mekanizması olarak algılanmaktadır.¹⁶⁴

Onur kurulunun verebileceği cezalar 6023 sayılı yasa m.39'da “*yazılı ihtar, para cezası, on beş günden altı aya kadar sanat icrasından men, meslekten men*” olarak sayılabilir.¹⁶⁵ Yüksek onur kurulu, TTB'nin içinde yer alan en yüksek disiplin organıdır. Onur kurulunun kararlarına itiraz edilebilir. İtiraz süresi on beş gündür. Yapılan itirazlar yüksek onur kurulunda değerlendirilir. Meslekten men kararlarında otomatik olarak yüksek onur kuruluna gidilir. Yüksek onur kurulu kararı onaylamazsa dosya tekrar görüşülmek üzere oda onur kuruluna gönderilir.¹⁶⁶

v. Diğerleri

Adli Hekimlerin olmadığı ya da olup da mazereti nedeniyle gelemediği hallerde serbest çalışan hekimlerin resmi bilirkişi olarak görevlendirilebileceği 38 sayılı

¹⁶³ Savaş Halide, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpraktis-Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları*, Ankara,2011, s 239

¹⁶⁴ Yorulmaz/Kır/Ketenci, *Tıbbi Malpraktis ve Adil Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s 55-69*

¹⁶⁵ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara,2005, s 296

¹⁶⁶ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, , İstanbul, 2012 s72-73

Tababeti Adliye Kanunu m. 4' de belirtilmiştir.¹⁶⁷ Benzer düzenleme hükümet tabipleri için Sıhhat ve İctimai Muavenet Vekaleti Teşkilat ve Memurin Kanunu m.31 de yer almıştır.¹⁶⁸ Bu maddeye göre adli hekim bulunmayan yerlerde onların görevlerinin hükümet tabipleri tarafından yerine getirileceği belirtilmiştir. Hükümet Tabibi ve adli hekim olmayan yerlerde ise resmi bilirkişilik görevi 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu¹⁶⁹ m.22 uyarınca belediye tabipleri tarafından yerine getirilecektir. Ayrıca 05.01.1961 Gün ve 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin sosyalleştirilmesi hakkındaki yasa m.10/2'ye göre sağlık ocağı hekimleri sadece kendi ocakları içinde adli hekimlik görevini yürütmekle yetkili kılınmışlardır ve bu bakımlardan resmi bilirkişilik yapabilirler.¹⁷⁰

13) TIBBİ BİLİRKİŞİNİN NİTELİKLERİ

i. Tıbbi Bilirkişinin Ehliyeti

Bir kişinin kendi fiilleriyle hak edip borç altına girebilmesi yani fiil ehliyetine sahip olabilmesi için ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan bir ergen olması gerekir (TMK m. 9-13). Buna göre bilirkişi olarak görevlendirilecek kişinin akıl hastası olmaması, kısıtlı olmaması, iyiyi kötüden ayırabilecek, belli bir konuda doğru kanaat bildirebilecek yaşta olması ve yaptığı her işlemin sebep ve sonucunu bilecek iradeye sahip olması gerekir.¹⁷¹

Kamu hizmetlerinden yasaklılık veya belli bir meslek ve sanatı icranın tatili cezasına mahkum olanlar da bu süre içinde bilirkişilik yapamazlar.¹⁷² Yine CMK m.87/3' e göre hastayı son muayene eden hekim otopsi yapamaz.

Ayrıca kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgi davalarda bilirkişilik yapamazlar(CMK m. 64/3). Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları gibi tüm sağlık mesleği mensupları ile muhasebe meslek mensupları, avukatlar ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler, meslek sırrı kapsamında olduğundan tanıklık gibi bilirkişilik

¹⁶⁷ 11.10.1920 Gün ve 38 Sayılı Yasa, RG., 12.3.1921, No.6

¹⁶⁸ 09.06.1936 Gün ve 3017 sayılı Yasa, RG.; 23.06.1936, No 3337

¹⁶⁹ 24.04.1930 Gün ve 1593 sayılı Yasa, RG.; 06.05.1930, No 1489

¹⁷⁰ RG., 12.01.1961, No 1075

¹⁷¹ H.Enver, Ceza Davaları ile Trafik Kazalarında Keşif ve Bilirkişilik, İstanbul, 1985, s 42-43

¹⁷² Ersoy Yüksel, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulama, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C.II, Ankara 2000, s 439

yapmaktan da çekinme hakkına sahiptirler (CMK m. 46/1). Bunlardan avukatlar, avukat stajyerleri ve yardımcıları hariç diğerleri, ilgilinin rıza göstermesi halinde bilirkişilik yapmakla yükümlü tutulabilirler (CMK m 46/2).

ii. Tıbbi Bilirkişinin Mesleki Yeterliliği

Bilirkişilerin davanın çözümündeki etkileri dikkate alındığında, bilirkişi raporlarının ve bu raporları hazırlayan uzmanların, herhangi bir meslek mensubuna göre daha yüksek standartlara ve ortalamanın üstünde özel bir bilgi ve tecrübe birikimine sahip olması gereklidir.¹⁷³

Bazı düzenlemelerde görevlendirilecek bilirkişinin mesleki özellikleri de belirtilmektedir. Örnek olarak, iç beden muayenesi veya vücuttan kan ve benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir (CMK m.75/3).

Otopsi işlemi, Cumhuriyet savcısının huzurunda biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılabilir. Zorunluluk bulunduğu tek bir hekim tarafından da yapılabilir (CMK m.87/1).

Girişimsel olmayan tıbbi görüntüleme yöntemleri, bedenin dış muayenesi sayılmış ve hekim gözetiminde bir sağlık mesleği mensubu tarafından yapılabilmesi kabul edilmiştir (CMK Bilirkişi Yönetmeliği m.5).

Tıbbi bilirkişi olarak görevlendirilenlerin, söz konusu davada özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda ve maddi vakaların nitelendirilmesinde hakime yardımcı olacağı için kendisinden inceleme yapılması istenen konuda uzman olması gerekmektedir.¹⁷⁴ Bazı durumlarda, bilirkişilerin uzman olarak kabul edilebilmeleri için mesleki bir eğitim almaları yeterli olmayıp, mesleki bir tecrübeye sahip olmaları, mesleğini belli bir süredir icra ediyor olmaları gerekli görülmektedir.¹⁷⁵

Mahkeme tarafından tıbbi bilirkişinin uzman olarak kabul edilebilmesi için bilirkişinin, uzmanın sahip olması gereken nitelikleri taşıdığıının kanıtlanması ve

¹⁷³ Tarman Zeynep Derya, *Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği*, İ.Ü. SBE, *Özel Hukuk ABD, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005, s 15*

¹⁷⁴ Kaygısız Mustafa, *Hukuk Sistemimizde Olay Yeri İncelemesi Delil ve Bilirkişilik*, Ankara 1998

¹⁷⁵ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s 65

uzman olduğu, görüşlerinin gerçeğe dayanacağı ve güvenilir olacağı konusunda hakimin ikna edilmesi gerekir.¹⁷⁶

Bu amaçla, bilirkişilerin kimlik ve uzmanlık bilgilerinin denetlenebilir şekilde açık olarak yazılmasında ve belgelendirilmesinde yarar vardır. Bilirkişinin kimlik ve uzmanlık durumunun kararda belirtilmemesi usule aykırı olsa bile, hükmü temyiz edenin buna itiraz etmemesi durumunda, bu usulsüzlük karara etkili olmayacağından, kararın bozulmasına da yol açmayacaktır.¹⁷⁷

İsviçre hukukun da, bilirkişilerin uzman olması gerektiği kabul edilmiş hatta bazı kanton kanunlarındaki düzenlemelerde bilirkişinin yeterli uzmanlığa sahip olmaması halinde verilen görevin kendisinden alınacağı yani bilirkişilik görevine son verileceği kabul edilmiştir.¹⁷⁸

Amerikan Yargılama usulünde de bir kişinin uzman olup olmadığının belirlenmesi, uzmana veya herhangi bir idari makama değil hakimin takdirine ilişkin bir sorundur,; ancak bilirkişinin uzmanlığına ilişkin hakimde bir kanı oluşturabilmesi için ruhsat sunması gerekli görülmemektedir. Hakim, bilirkişinin uzman olup olmadığına karar verirken, bu kişinin belirli bir alanda eğitim görerek yetiştirilip yetiştirilmediğine, dava ile ilgili çekişmeli teknik hususların aydınlatılması için gerekli bilgi, deneyim ve araştırma kapasitesine sahip olup olmadığını araştırmalıdır.¹⁷⁹

Amerika'nın pek çok eyaletinde mahkemeler, bilirkişilerin uygunluğunu ve güvenilirliğini test etmek için, Daubert ve Frye standartlarını referans olarak kullanılmaktadır. Frye standardı, bilirkişi görüşünün bu uzmanlık alanında genel kabul görmeyi referans olarak alır ve ilk kez seksen yıl önce kullanılmıştır. Halen Amerika'nın bazı eyaletlerinde kullanılmaktadır. Daubert standardı, ilk defa 1993 yılında üst mahkeme tarafından kullanılmış ve pek çok eyalet tarafından benimsenmiştir. Daubert standardının bilirkişi görüşünü değerlendirmeye alması için dayandığı dört kriter mevcuttur; (1) Tıbbi bilirkişinin savunduğu görüş denenmiş veya denenebilir olmalıdır. (2) Savunulan teori veya teknik diğer meslektaşların incelemesine, yayınlanabilmeye uygun olmalıdır (3) Savunulan teori veya görüşün hata oranı bilinmelidir (4) Teori veya

¹⁷⁶ Hancı Hamit, *Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu*, Ankara, 2003, s 20

¹⁷⁷ Dağlı Neslihan, *Usul Hukukuna İlişkin Temyiz Nedenleri*, Ankara Üniversitesi, SBE, *Yüksek Lisans Tezi*, Ankara, 2007

¹⁷⁸ Alangoya H.Yavuz, *İsviçre Hukukunda Bilirkişilik*, Yargıtay 125. Yıl Yayını, Ankara 1991 s 39

¹⁷⁹ Özsunay Ergin, *Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık*, Yargıtay 125. Yıl Yayını, Ankara 1991 s 99

görüş konuyla ilgili akademik çevrede genel kabul görmelidir. Mahkeme bilirkişinin görüşünü kabul ettikten sonra bunun kanıt olarak değerini serbestçe yorumlama yetkisine sahiptir.¹⁸⁰

Mahkemede savunulan bilirkişi görüşü çürütülebiliyorsa, gözlem veya deneyle aksi kanıtlanabiliyorsa kanıt olarak kabul edilmemektedir. Üst mahkemelerin kararları bozmasının en sık nedeni bilirkişi raporlarının bu kriterleri karşılamamasıdır. Üst mahkemeler bir yerde bilirkişi görüşlerinin denetçisi rolünü üstlenmişlerdir. Ancak hakimler ve jüri üyeleri çok karmaşık öğelerden oluşan, anlaşılması zor olan tıbbi konularda bu prensipleri uygulama konusunda isteksiz davranmışlar, pratikte uygulama çok sınırlı olmuştur. Mahkemelerde tıbbi bilirkişilere uygulanan çapraz sorgu, teknik bilgi ve tecrübenin eksikliği nedeniyle nadiren faydalı olmaktadır.¹⁸¹

iii. Tıbbi Bilirkişinin Tarafsızlığı

Tıbbi bilirkişileri sahip olması gereken bir diğer nitelik de bilirkişilerin görevlerini ifa ederken tarafsız davranmaları, raporun bilimsel ve objektif kriterlere uygun olmasını engelleyecek her türlü dış etkiden uzak kalarak görüşlerini açıklayabilmeleridir.^{182 183}

Bilirkişinin tarafsız olması ve kalması o kadar önemlidir ki, yargılama süreci sonunda hedeflenen maddi gerçeğe ulaşmayı engelleyecek şekilde ve delilleri karartmak amacıyla bilirkişi üzerinde baskı kurulması girişimleri tutuklama nedeni sayılmaktadır.¹⁸⁴

Bilirkişinin tarafsızlığına gölge düşmesi için taraflarla menfaat ilişkisi içinde olması zorunlu değildir. Bazen zayıf taraf lehine duyulan acıma duygusu, meslek dayanışması kaygısı ya da bilirkişinin karakter zaafı da tarafsızlığa zarar veren sonuçlar doğurabilir.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Kassirer JP, Cecil JS. Inconsistency in evidentiary standards for medical testimony, *JAMA*.2002;288 (11):1382– 1387

¹⁸¹ B.Somny Bal, MD, MBA, *The expert witness in medical malpractice litigation*, *Clin Orthop Relat Res*.2009 February; 467(2):383-391

¹⁸² Aslan Ramazan, *Bilirkişilik Sorunları ve Çözüm Önerileri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 2000, s 201*

¹⁸³ Aydılek, H.Behzat, *Hukuk Yargılaması Açısından Bilirkişilik, İBD, 1992, S. 4, Y.57, s 40*

¹⁸⁴ Özbek Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006, s 271*

¹⁸⁵ Akyol Şener, *Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler, Yargıtay 125. Yıl Yayını, İstanbul, 1991, s 60-63*

Tıbbi bilirkişinin tarafsızlığının sağlanabilmesi için öncelikle taraflardan biri ile akrabalık bağının ya da maddi veya manevi menfaate dayalı bir ilişkinin olmaması gerekir.¹⁸⁶

Bilirkişilerin tarafsızlığı, sadece tarafların etki veya baskısından uzak olmayı değil aynı zamanda, hakimin görüş ve telkinlerinden bağımsız düşünebilmeyi de gerektirir. Hakim bilirkişiyi görevlendirirken görevinin sınırlarını ve kendisinden istenen görüşün çerçevesini hatırlatması mümkün ve hatta gereklidir.¹⁸⁷ Fakat hakimin bilirkişiyi etkilemeye çalışması, ona telkin ve tavsiyede bulunması da kanuna aykırıdır.¹⁸⁸

İsviçre hukukunda bilirkişilerin hakimin yardımcısı olmaları nedeniyle, tarafsız ve bağımsız olması gerektiği yani hakim olarak reddedilmesi mümkün olmayan kişiler arasından seçilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Federal Mahkeme, bir hastane başhekiminin dava taraflarından birinin tedavisine katılmış olması halinde tıbbi bilirkişi olarak tarafsız olamayacağı ve hekimlik görevinin kendisi “*konuya katılmış*” duruma getireceğine karar vermiştir. Bunun dışında Federal Mahkeme, tıbbi bilirkişi olarak inceleme yapan anestezi profesörünün, tıbbi bilirkişilik görevine son verilen hekimle iletişiminin güçlü olması ve dava sırasında inceleme konusu olayla ilgili beyanda bulunmasını tarafsızlığını şüpheye düşürecek bir olay olarak kabul etmektedir.¹⁸⁹

Tıbbi bilirkişilerin tarafsızlığını sağlamaya yönelik tedbirlerden biri de, rapor vermeden önce tarafsız inceleme yapacaklarına, vicdani kanılarına ve gerçeğe uygun olarak rapor vereceklerine ilişkin olarak kendilerine yemin ettirilmesidir.^{190 191}

¹⁸⁶ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s 90

¹⁸⁷ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s 93

¹⁸⁸ Akyol Şener, *Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler*, Yargıtay 125. Yıl Yayını, İstanbul, 1991, s 60-63

¹⁸⁹ Alangoya H. Yavuz, *İsviçre Hukukunda Bilirkişilik*, Yargıtay 125. Yıl Yayını, Ankara 1991 s 39

¹⁹⁰ Demirer Gürtan, *Bilirkişilik ve Uygulamadaki Sorunlar*, ABD, 1976/6, Y.33, s 1030

¹⁹¹ Duman İlker Hasan, *Hukuk Muhakemesinde Bilirkişilik*, ABD, 1984, S.5, s 742

iv. Tıbbi Bilirkişinin Dürüstlüğü

Herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır (MK m. 2/1). Burada sözü edilen dürüstlük kuralları, herkes için geçerli bir “doğruluk ve dürüstlük” ilkesini anlatmaktadır.¹⁹²

Hukukun bu genel ilkesi, hukuki sonuç doğuran tüm insan davranışları ve sosyal ilişkiler için geçerli bir davranış kuralı öngörmektedir. Yani, herkes haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken, doğruluktan ayrılmayan, namuslu, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilen orta zekada bir kimse gibi davranmalıdır.¹⁹³

Dürüstlük, ahlaki bir tavır ve erdemdir. Bu niteliği eksik olan bilirkişinin, tarafsızlığı ve uzmanlığı da zarar görür. Zira dürüstlüğü kaybetmiş bir kimse, uzmanlığını da bu ahlaki zaafına kolayca kurban edebiliyor demektir. Bu bakımdan hakimin, ne ölçüde uzman olursa olsun dürüstlük konusunda sabıkası bulunan kişileri ayıklaması ve bilirkişi olarak görevlendirmemesi gerekir.¹⁹⁴

Amerikan Ortopedi Cerrahları Derneği bilirkişilik yapacak hekimlerde bulunması gereken özellikleri standardize etmiştir. Bu standartlar tarafsızlık, konu hakkında bilgi, yeterlilik ve ücret başlıkları altında toplanmıştır.¹⁹⁵

A. Tarafsızlık

1. Bilirkişi, kasten mahkemeyi yanılgıya düşürecek, gerçek dışı bilgiler vermemelidir.
2. Bilirkişi, görüşlerini adil ve tarafsız bir şekilde bildirmelidir.
3. Bilirkişi, uygulanan tedavi ve bakımı değerlendirirken en son kabul edilen genel standartları ve tedavinin uygulandığı koşulları temel olarak almalıdır.
4. Bilirkişi, genel standartların altına düşmüş bir uygulamayı desteklemeyeceği gibi, standartlara uygun bir müdahaleye de olumsuz yaklaşımlarda bulunmamalıdır.

¹⁹² Oğuzman M. Kemal, *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul, 1994, s 128

¹⁹³ İmre Zahit, *Medeni Hukuka Giriş*, İstanbul, 1971, s 310

¹⁹⁴ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012 s 94

¹⁹⁵ B.Sonny Bal,MD,MBA, *The expert witness in medical malpractice litigation*,*Clin Orthop Relat Res.*2009 February; 467(2):383-391

5. Bilirkişinin görüşü, genel kabul gören standartlardan farklıysa bunun sebeplerini belirtmelidir
6. Bilirkişi, görüşünü bildirmeden önce hastayla ilgili bütün tıbbi tahlil ve tetkiklere ulaşmalı ve bunları incelemelidir.

B. Konu hakkında bilgi

1. Bilirkişi, dava konusu tıbbi müdahaleyle ilgili güncel, genel kabul görmüş tıbbi standartları bilmeli, bu konuda sorulan sorulara cevap verebilmeli, bilimsel kanıtlar sunabilmelidir.
2. Bilirkişi, kendi uzmanlık alanının içinde ve sadece klinik deneyimi ve bilgisi olduğu müdahalelerle ilgili görüş bildirmelidir.
3. Bilirkişi, görüşünün kişisel bir tecrübeye mi yoksa klinik veya bilimsel bir kanıtı mı dayandığını açıklamalıdır.

C. Yeterlilik

1. Bilirkişinin mesleğini aktif olarak sürdürebilmek için güncel, geçerli ve kısıtlanmamış bir yeterlilik belgesine sahip olması gereklidir.
2. Bilirkişi mesleğini aktif olarak sürdürüyor olmalı ve dava konusu müdahale ile ilgili yeterli tecrübeye sahip olmalıdır.
3. Bilirkişi kendisiyle ilgili akademik özgeçmiş, yeterlilik ve tecrübe konularında yanıltıcı bilgiler vermemelidir.

D. Ücret

1. Bilirkişi davanın sonucuna göre belirlenecek bir ücret üzerinden taraflarla anlaşmamalıdır.
2. Bilirkişinin alacağı ücret harcadığı emek ve zamanla uyumlu olmalıdır.

14) TIBBİ BİLİRKİŞİLERİN YETERLİLİKLERİNİ ARTTIRMAK

Tıbbın farklı alanlarındaki uzmanlık dernekleri, bilimsel temeli olmayan bilirkişi raporlarını engellemek için çalışmalar yapmaktadırlar. Bilirkişi raporlarının güvenilirliğini arttırmak için yapılması gerekenleri Amerikan Pediatrik Akademisi, eğitim, önlem, meslektaşın gözden geçirmesi ve yaptırım başlıkları altında toplamıştır;

i. Eğitim

Tıbbi bilirkişiler, kendi alanlarıyla ilgili güncel gelişmelerden haberdar olmalıdır. Tıbbi bilirkişilik yapacak meslek sahiplerinin, bu görev için de eğitilmiş olmaları çok faydalıdır. Amerikan pediatrik akademisinin yaptığı bir çalışmada, üyelerin pek azı tıbbi bilirkişilik için gerekli eğitimi aldıklarını ifade etmişlerdir. Tıbbi bilirkişi eğitimi için önerilecek yöntemlerden biri daha önceki davalardaki hatalı, bilimsel olmayan bilirkişi görüşlerini ve bunların sonuçlarını incelemek, akademik ortamlarda tartışmaktır.¹⁹⁶

ii. Önlem

Tıbbi bilirkişilerin dava sonucundaki verilecek kararda çok önemli etkileri olduğu bilinmesine rağmen bilirkişilik yapacaklarda olması gereken standartlar belirlenmemiştir. Bilirkişilik yapacakların sahip olması gereken mesleki tecrübe, özel eğitim, sertifika ve benzer faktörlerin düzenlenmesi, hatalı bilirkişi görüşlerini azaltmaya yönelik bir önlem olarak Amerika'nın bazı eyaletlerinde kullanılmaktadır.¹⁹⁷ Tıbbi bilirkişiler ücretlerini davanın sonucuna göre belirleyecek şekilde anlaşma yapmamalıdır. Tıbbi bilirkişiler, buldukları bölgenin uzmanlık derneklerine üye olmalı, bu dernekler tarafından denetlenebilmelidir. Amerikan'ın bazı eyaletlerinde tıbbi bilirkişilik tıbbi bir uygulama kabul edilmekte ve hatalı yapılması durumunda uzmanlık derneklerinin yaptırımlarına maruz kalmaktadır.¹⁹⁸

iii. Meslektaşın Gözden Geçirmesi

Tıbbi bilirkişilerin mahkemeye sunduğu görüşlerin panellerde tartışılması, yüksek güvenilirliği olan bilimsel dergilerde yayımlanabilmesi için çalışmalar yapılmalıdır.¹⁹⁹

¹⁹⁶ *McAbee GN, Deitschel C, Berger J, Medical Liability and Risk, Pediatric medicolegal education, Pediatrics.2006;117 (5):1790– 1792*

¹⁹⁷ *Gomez JCB, Silencing the hired guns: ensuring honesty in medical expert testimony . J Leg Med.2005;26 (3):385– 399*

¹⁹⁸ *American Medical Association; Expert Witness Testimony, Available at: https://www.aapl.org/AMA_expert_witness.htm.*

¹⁹⁹ *Milunsky A, Lies, damned lies, and medical experts, J Child Neurol.2003;18 (6):413– 419*

iv. Yaptırım

Bilimsel temeli olmayan, taraflı, yetersiz, gerçeği yansıtmayan bilirkişi görüşlerini engellenmenin en etkili metodu, bu görevi sorumsuzca yerine getirenlere yaptırım uygulamaktır. Bilirkişinin kasıtlı olarak mahkemeyi yanıltması sonucunda, hukuk sisteminin uyguladığı cezai yaptırımlar mevcuttur. Tıp alanındaki uzmanlık derneklerinin bilirkişilik uygulamalarını disiplin altına almaları, lisans iptali gibi yaptırımlar uygulamaları, tıbbi bilirkişilik görevinin daha yüksek kalitede yapılmasında yardımcı olacağını savunanlar olduğu gibi,²⁰⁰ uygulanacak sert disiplin tedbirlerinin hekimlerin bu görevden kaçınması sonucu doğuracağını ve sistemi olumsuz etkileyeceğini iddia eden çalışmalar da vardır.²⁰¹

15) HATALI TIBBİ MÜDAHALE (MALPRAKTİS)

i) Genel olarak

Tıbbi müdahale deyince akıllara genellikle deri bütünlüğünü bozma yoluyla gerçekleştirilen “*ameliyat*” ve benzeri uygulamalar akla gelmektedir. Oysaki ameliyat, tıbbi müdahalelerden sadece biridir. Tıbbi müdahale kişileri hastalık, sakatlık ve diğer istenmeyen tıbbi durumlardan koruma, bu durumlar oluşmuşsa teşhis ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki sosyal iyilik halinin devamını sağlama vb gibi meşru sebeplerle, konusunda eğitim almış yetkili kişiler tarafından, tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, rıza dahilinde gerçekleştirilen, kişinin beden ve ruh tamlığını etkileyen müspet ya da menfi fiillerdir.²⁰²

Tıbbi uygulama hataları uluslar arası jargonda malpraktis olarak tanımlanmaktadır. Tıbbi uygulama hataları, “*Medical malpractice*” deyiminin Türkçe karşılığıdır.²⁰³

Malpraktis farklı bir açıdan, başka birinin zararına neden olan, meslek erbabı kişinin kötü, dikkatsiz faaliyeti, bir işi profesyonelce yapmakta olan kişilerin, kötü ve hatalı uygulamaları, makul olmayan beceri ve özen eksiklikleri sonucu hizmet alanın zarar görmesi veya sağlığının tehlikeye sokulması olarak ta tanımlanabilir. Belirtilen

²⁰⁰ Weinstein, *Improving expert testimony*, Univ Richmond Law Rev.1986;20 (3):473– 497

²⁰¹ Freeman JM, Nelson KB, *Expert Medical Testimony, Responsibilities of Medical Societies*. Neurology.2004;63 (9):1557– 1558

²⁰² Savaş Halide, *Sağlık Çalışanları ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları*, s 54

²⁰³ Polat Oğuz *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 31

nitelikteki eylem tıp/sağlık alanını ilgilendiriyorsa, bu durum “*tıbbi malpraktis*” ya da “*tıbbi uygulama hatası*” ya da “*tıbbi kötü uygulama*” anlamlarında da kullanılan bir terimdir.²⁰⁴

Tıbbi hatanın hukuki dayanağını haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık oluşturur. Tıbbi hata denildiği zaman genellikle tıbbi tedavi ve bakım için gerekli sorumlulukların yerine getirilmemesi anlaşılır. Tıbbi hata nedenleri ihmal, yetersiz aydınlatılmış onam, sözleşmeye uymamak, hastanın itibarına zarar vermek, gizli kalması gereken bilgilerini ifşa etmek, üçüncü kişileri etkileyen ve öngörülebilir zararları engelleyememek olarak sayılabilir. Tıbbi ihmal diğer nedenlerden daha sık rastlanan bir hata sebebidir. Tıbbi hata, benzer koşullarda tedbirli, mantıklı bir hekimin uygulayacağı standart bakımı yerine getirmemek olarak tarif edilmiştir.²⁰⁵

İhmal olduğunu iddia eden (1) hekimle hasta arasında bir hekim-hasta ilişkisi olduğunu, hekimin hastaya karşı sorumluluğu olduğunu (2) standart bakım ve tedavilere uyulmadığını (3) zarar oluştuğunu (4) standart bakımın ihlal edilmesiyle oluşan zarar arasında neden –sonuç ilişkisi olduğunu kanıtlamalıdır. Tıbbi hata iddiasıyla açılan davalarda tıbbi bilirkişi’den bu sorulara cevap vermesi, bu konularda fikrini söylemesi beklenir. Eğer bilirkişi bu alanda uzman değilse sorulara en doğru açıklamaları getiremez.

Tıbbi müdahalenin meşruluğu için dört temel şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar; tıbbi müdahaleyi yapanın hekim (sağlık personeli) olması, endikasyon (tıbbi gereklilik), aydınlatılmış hastanın rızası ve son olarak tıp biliminin verilerine uygun tıbbi müdahaledir.²⁰⁶

Hekimin hastasına özenli tıbbi müdahalede bulunması gerekliliği, tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için gerekli zorunlu koşulların en önemlilerinden birisidir. Tıbbi eylemi gerçekleştiren sağlık personelinin eyleminin malpraktis olmaması için göstermesi gereken objektif özen, eşdeğeri statüde bulunan, ortalama düzeydeki bir sağlık personelinin, aynı hal ve şartlarda göstereceği özendir.²⁰⁷

²⁰⁴ Ünver Yener, *Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku*, S 53

²⁰⁵ Garner BA, ed. *Black's Law Dictionary*. 8th ed. Eagen, MN: Thomson-West Publishing Co; 2004; <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>

²⁰⁶ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, , İstanbul, 2012 s122

²⁰⁷ Ünver Yener, *Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku*, S 53

Tıbbi müdahale sonucunda hastanın durumu daha iyiye gidebilir, kötüleşebilir veya aynı kalır. Yapılan müdahalenin kusursuz olması bu sonucu değiştirmeyebilir. Tıbbi müdahaleler de pek çok faktör ve bu faktörlerin permütasyonları sonucu etkilemektedir.²⁰⁸

Gerekli özen ve dikkat gösterilse bile meydana gelen olumsuz neticeler tıbbi müdahalelerin normal sapmaları, riskleri olarak değerlendirilmektedir.²⁰⁹ Tıbbi Deontoloji nizamnamesi 13. Maddede “*tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı Deontoloji bakımından muaheze edilemez*” denilmektedir. Dünya Tabipler Birliği’nin 44.Genel Kurulu’nda kabul edilen sonuç bildirgesine göre, tıbbi kötü uygulama “*hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi uygulanmaması ile oluşan zarardır. Tıbbi uygulama sırasında öngörülemeyen bilgi ya da beceri noksanlığı sonucu oluşan ise istenmeyen neticedir ve bundan hekimin sorumluluğu yoktur*” şeklinde tanımlanmıştır.

Yargıtay da verdiği bir kararda aynı hususları belirtmiştir “*Hekim, tedavisini yaptığı hastayı mutlaka iyileştirme yükümlülüğü altında değildir. Bütün sorun, hekimin tıp kural ve gereklerine uygun davranıp davranmadığını tespit etmektir. Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi yöntemlere uygun hareket etmiş ise artık eylem ve davranışın hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden, tedavi sonrası hasta iyileşmemiş olsa dahi hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir.*”²¹⁰

Hekim ya da sağlık çalışanlarının, her türlü tıbbi uygulamalarında bir takım riskler vardır. Uygulama bu riskler göze alınarak, yarar- zarar dengesi gözetilerek yapılır. Kesin ortaya çıkacağı veya çıkma ihtimali olduğu bilinen yani öngörülebilir riskler, uygulama belirgin derecede hasta yararına ise uygulamanın yapılmasına engel kabul edilmez. Hekim, hastanın bilgisi dahilinde (aydınlatılmış onam) olması durumunda,

²⁰⁸ Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson MS, Institute of Medicine, National Academies Press;2000, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>.

²⁰⁹ Ünver Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998, s195

²¹⁰ 4.HD, 10.4.1980, 2175/4735, Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s 511

bu zararların ortaya çıkmasından sorumlu değildir. Hukukta “izin verilen risk olarak” olarak ifade edilen bu kavramın tıpta karşılığı komplikasyondur.²¹¹

Tıp alanında daha çok istenmeyen olumsuz gelişmeleri ifade etmek için komplikasyon terimi kullanılmaktadır. Komplikasyon, eğer ortaya çıkan netice öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen bir netice ise, öğretilerde genellikle izin verilen risk olarak tanımlanır. Ancak her kötü sonucu izin verilen risk olarak kabul etmek doğru bir yaklaşım değildir. Bu istenmeyen neticelerin önceden görülebilmesi mümkün iken öngörülmemişse veya tıbbi standartlar ortalama bir hekimden oluşabilecek riskleri öngörme, tehlikeleri önleme, oluşabilecek zararları azaltmaya yönelik bazı tedbirlerin alınmasını emretmesine karşılık, hekim bu tedbirleri almamışsa, bu durumda doğan yeni gelişmeler ve olumsuz netice izin verilen risk alanında görülemez. Hekimin bu davranışının taksirli, yani özensiz tıbbi müdahale olarak kabulü gerekmektedir.²¹²

Nadirde olsa ortaya çıkması muhtemel gelişmeler her somut vaka için peşinen komplikasyon olarak değerlendirilmemeli, müdahaleyi yapan hekimin gelişecek riskleri görerek önlem alması gerekmektedir. Komplikasyon terimi hukuksal açıdan sorumsuzluğu ifade etmemeli, öngörülemeyen, önlenemeyen, ve her türlü önlem alınmasına rağmen gerçekleşen zararların sorumluluğa yol açmayacağı kabul edilmelidir.²¹³

Yargıtay da, hekimin tüm komplikasyonlardan sorumsuz olmadığını, öngörülebilir ve önlenebilir, yani özenli bir tutum ve tedbirler alınarak önlenmesi mümkün komplikasyonlardan da hekimin özen yükümlülüğüne dayalı sorumluluk anlayışı çerçevesinde sorumlu olduğuna karar vermiştir.²¹⁴ Aslında önlenebilen, öngörülebilir ve buna rağmen oluşmaması için gerekli tedbirlerin alınmadığı durumlar için komplikasyon terimini kullanmayı terk etmek ve bunları tıbbi uygulama hatası çerçevesinde değerlendirmek daha doğru bir yaklaşımdır.

Tıbbi uygulama hatasındaki bilgi, beceri, deneyim eksiklikleri soruşturulurken, hekimin içinde bulunduğu durum da dikkate alınmalıdır. Tıbbi uygulama hatalarını değerlendirirken cevaplanması gereken temel sorular şunlardır:

²¹¹ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 32

²¹² Ünver Yener, *Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku*, S 61.

²¹³ Ünver Yener, *Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku*, S 62.

²¹⁴ 13.HD.07.12.2000., E.10347, K.11083, Ünver Yener, *Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku*, S 62.

1. Hekim uygun ve yeterli öykü aldı mı?
2. Hekim uygun ve yeterli fizik muayene yaptı mı?
3. Gerekli testler yapıldı mı?
4. Hekimin tanısı doğru muydu?
5. Hekimin seçtiği tedavi doğru muydu?
6. Tedavinin uygulanma süreci doğru muydu?
7. Ortaya çıkan komplikasyon önlenabilir nitelikte miydi?
8. Ortaya çıkan komplikasyonun tanısı doğru biçimde ve zamanında kondu mu?
9. Ortaya çıkan komplikasyona yönelik uygulanan tedavi planı uygun ve yeterli miydi?

Bu sorular, ele alınan konuya ve ayrıntı düzeyine bağlı olarak çok fazla arttırılabilir.²¹⁵

Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, genelde tipik olarak üç alanda yoğunlaşmaktadır. Bu üç alandaki kusurları, uygulama kusuru (Teşhis, endikasyon, tedavi, tedavi sonrası bakım), aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak isimlendirmek mümkündür. Bunların tümü malpraktis kavramı içinde değerlendirilmelidir.²¹⁶

Tıbbi hata (malpractice) ve istenmeyen kötü sonuç(komplikasyon) arasında karar vermek hem tıp hekimleri arasında hem de hukuk camiasında tartışılan bir konudur. Mahkemelerin kararında bu ayırım çok önemli rol oynar. Bu terimlerin birbiriyle ilişkili olduğu, farklı anlamlar içerdiği ve pratik uygulamada gerçekçi bir yaklaşım olmadığı bazı tıp çevrelerince savunulmaktadır. İstenmeyen her durum bir hatayla ilişkili değildir. Önemli olan zararın hangi koşullarda oluştuğu, zararın nedeni, önlemek için neler yapılabileceği konularını açıklığa kavuşturmadır. Bu alanda liyakatlı bilirkişilerin yapacağı çalışmalar ve mahkemeye sunacağı görüşler çok önemlidir.²¹⁷

Tıbbi hata davalarında iddia sahibi, iddiasının diğer savunulan fikir ve teorilerden daha gerçeğe yakın olduğunu mahkemeyi ikna edecek şekilde ispatlamalıdır. Her iki

²¹⁵ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 32

²¹⁶ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012 s515

²¹⁷ Petrović O, *Do We need to differentiate*, *Lijec Vjesn*, 2013 Mar-Apr;135(3-4):100-3. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>.

tarafın avukat ve bilirkişileri iddialarının daha nesnel, doğru ve güvenilir olduğuna mahkeme ve hakimi ikna etmek için kanıtlar sunar.²¹⁸

Amerika'nın bazı eyaletlerinde tıbbi hata iddiaları, dava öncesinde bilirkişiler tarafından incelenir, standart tedaviden sapmalar ve bunun sonuçlarıyla ilgili görüş bildirilir.²¹⁹

ii. Tıbbi standart

Tıp, sürekli gelişen ve tamamıyla bilinmesi, keşfedilmesi, belli kalıplara oturturulması mümkün olamayan, aynı uygulamanın her insanda farklı sonuçlanabileceği bir bilim dalıdır. Meslek uygulamaları sırasında ortaya çıkan ve istenmeden gerçekleştirilen hatalı uygulamalar tam olarak bilinmeyen sebeplerden de kaynaklanabilir.²²⁰

Tıbbi ilişkide; hastanın durumu iyileşir, aynı kalabilir, bazen de kötüleşir. Tıbbi olanaklar içinde yapılması gereken her şey yapıldığı halde, bu üç olasılıkta söz konusudur. Sonucu etkileyen pek çok değişken vardır. Negatif bir sonuç tek başına tıbbi uygulamada bir ihmal, hata olduğunu kanıtlamaya yeterli değildir. Dünya Tabipler Birliği'ne göre tıbbi uygulama hatası; “*hekimin tedavi esnasında standart tedaviyi yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*”dır.²²¹

Sağlık alanında araştırma dahil, her türlü müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun yapılması gerekmektedir.²²²

Yargıtay da bu hususa işaret etmektedir: “*Hekim tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı meslek şartlarını yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir anlatımla tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamakla görevlidir.*”²²³ Yargıtay pek

²¹⁸ Mackauf SH. *Neurologic malpractice: the perspective of a patient's lawyer. Neurol Clin.*1999;17 (2):345

²¹⁹ McAbee GN, Freeman JM. *Expert medical testimony: responsibilities of medical societies. Neurology*,2005;65 (2):337

²²⁰ Savaş Halide, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları , Tıbbi Malpraktis-Tıbbi davaların Seyri ve Sonuçları*,Ankara, 2011, s 230

²²¹ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005,s 31

²²² *Biyo-Tıp Sözleşmesi m.4*

²²³ 4. HD, 29.06.1977, 2876/5612, Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, s516

çok kararında “yapılması gerekenle yapılan tedavinin ne olduğu” kavramını kullanarak tıbbi standardı kastetmektedir.²²⁴

Önceleri özen yükümlülüğünün ölçütü olarak “son durum” kavramı kullanılırken, bugün için “standart” teriminin kuvvetle vurgulandığı gözlenmektedir. Son durum kavramı, mevcut, ulaşılmış bir durumu ifade ederken, standart kavramı olaylara ve tehlikelere devamlı uyum sağlayan bir süreci ifade etmektedir. Bu itibarla standart kavramı dinamik bir oluşumu anlatmakta ve daimi bir gelişmeyi ifade etmektedir.²²⁵

Tıbbi standart, hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmektedir.²²⁶

Tıbbi standart kavramı ile anlatılmak istenen, tıp biliminin genel olarak tanınmış kabul edilmiş kuralları, başka ifadeyle, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır.²²⁷ Tıp bilimince genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralın varlığından söz edilebilmesi için, onun, hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer hadiselerde sürekli uygulanıyor olması gerekir. Çok sayıda farklı, hatta çelişkili görüşün bulunduğu tıbbi uygulamalarda henüz tıbbi standardın bulunmadığı söylenebilir.²²⁸

Tıp hukukunda standart bakım “makul ve tedbirli bir hekimin aynı veya benzer şartlarda uygulayacağı bakım ve tedavi” olarak tarif edilmektedir. Hekimin uyguladığı tedavi bu standartların dışındaysa oluşan zarardan sorumlu olacağı düşünülür. Uygulanan tedavi standartları, makul ve tedbirli hekim kriterleri bölgelere göre değişmektedir. Amerika da bazı mahkemeler uzmanlık derneklerinin yayınladıkları standartları ve rehberleri, daha önemli bulup, ulusal bakım standartlarına uygun değerlendirmeler yaparken, diğerleri yöresel standartlara uygunluk kriterini benimsemektedirler.²²⁹

Teşhis ve tedavide standart bakımın referans olarak kullanılması, tıbbi hata iddialarını araştıran mahkemelerin kararında bazen çok öne çıkmaktadır. Kaliforniya da bayılma

²²⁴ 4. HD, 10.3.1972, 14538/2058, Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s 518

²²⁵ Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, , İstanbul, 2012 s515

²²⁶ Yorulmaz /Kır/Ketenci, Tıbbi Malpraktis ve Adil Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s 56

²²⁷ Ayan Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara,1991, s105

²²⁸ Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, , İstanbul, 2012, s517

²²⁹ Lewis MH, Gohagan JK, Merenstein DJ. The locality rule, national standard of care. JAMA.2007;297 (23):2633– 2637

şikayeti ile acile getirilen bir diş hekim hastanın, yapılan muayene ve tetkiklerinde olağandışı bulguya rastlanmayınca, aile hekimine başvurması ve kontrollere gelmesi söylenerek evine gönderilir. Hasta kendine söylenenleri yapmaz ve ölür. Yapılan otopsi sonucu hastanın ölüm nedeni aort diseksiyonu (Ana büyük arterin katmanları arasında yırtılma) olarak rapor edilir. Kamuoyunun ve uzmanlık derneklerinin dikkatini çekecek kadar yüksek bir tazminat davası açılır. De Bakey Üniversitesi Kardiyoloji bölümünden mesleki tecrübesine ve tarafsızlığına güvenilen bir hekim tıbbi bilirkişi olarak atanır. Tıbbi bilirkişi aort diseksiyonunun çoğunlukla doğru olarak teşhis edilemediğini, hastaların evlerine gönderildiklerini, kötü bir sonun onları beklediklerini ifade eder. Mahkeme hastanın eve gönderilmeyip, zamanında operasyona alınsaydı yaşabileceğini kabul eder. Ancak hastanede yapılan muayene, biyokimyasal tetkikler, EKG çekimi ve diğer tıbbi işlemler standartların altında olmadığı, uzmanların çoğu bu hastalığı teşhis edemediği için, hastane ve hekim sorumlu tutulmaz.²³⁰

Genel kabul gören, şimdiye kadar kullanılan, tedavi ve müdahaleler standart olarak kabul edilmektedir. Tıbbi müdahale hatası iddiasıyla açılan davalarda, hekimin ihmali belirlenirken standartlar göz önüne alınmaktadır. Standart sağlık hizmeti her zaman hastanın iyi bir hizmet aldığı anlamına gelmez. Bazı mahkemeler kararlarını verirken hastanın yarar-zarar dengesini gözetmektedirler. Amerika'da göz doktoru olan hekim, kırk yaşındaki hastasında glokom teşhis edemediği ve hasta zarar gördüğu için dava edilir. O günün koşullarında, kırk yaşın altında glokom taraması yapmak standart dışı bir uygulamaydı. Mahkeme yapılacak glokom tarama riskinin, hastaya sağlanacak büyük fayda yanında, çok önemsiz olduğunu gerekçe göstererek, hekimin ihmali olduğuna karar verdi.²³¹

Amerikan Ortopedi cerrahlarının tedavilerinde de ihmal unsuru araştırılırken standartlara uyum referans olarak alınmaktadır. Ortopedi cerrahları, standart tedavinin tıbbi hata iddialarında referans olarak kullanılmasını eleştirmektedir. Standartlara uyma ilkesi, mahkemelerde karşı tarafı savunan uzman bilirkişinin kendi fikirlerini savunmak için uygun ortam bulması dışında bir amaca hizmet etmemektedir. Standart

²³⁰ Suraj Achar, MD, and Wigin Wu How to reduce your malpractice risk, *Fam Pract Manag.* 2012 Jul-Aug;19(4):21-26

²³¹ Valerie Blake, JD, MA, *Medicine, the law and conceptions of evidence, Virtual Mentor.* January 2013, Volume 15, Number 1: 46-50

bakım majör önerme, minör önerme ve sonuç bölümlerinden oluşan bir mantıksal temele dayanmaktadır.²³²

Majör önerme: Yaptığım müdahale, mantıklı, özenli ve güvenli olursa tıbbi müdahale hatası nedeniyle sorumlu tutulmam.

Minör önerme: Ortopedi cerrahlarının çoğunluğunun uyguladığı müdahale, mantıklı olmanın, özenli olmanın ve güvenli olmanın bir ölçüsüdür.

Sonuç: Yaptığım müdahale Ortopedi cerrahlarının çoğunluğuyla uyumlu olursa, mantıklı, özenli ve güvenilir kabul edildiği için tıbbi hata nedeniyle sorumlu tutulmam.

Buradaki mantıksal temelin zayıflığını minör önerme oluşturmaktadır. Ortopedi cerrahlarının çoğunluğunun belli hastalıklarda veya belli bölgelerde uyguladıkları müdahalelerin, mantıklı, özenli veya güvenilir olması her zaman tartışmaya açık konulardır. Hekimin standartlardan uzaklaşması mantıksız, özensiz ve güvenilir olmadığı anlamına gelmez. Tam tersine tıp bilimindeki ilerlemeler, standart dışı uygulamalar yapan ve alternatif fikirler sunan hekimler sayesinde gerçekleşmektedir. Tıbbi bilgilerinin ve klinik deneyimlerin sürekli arttığı, çeşitli üniversite ve eğitim kurumlarının farklı tıbbi müdahale biçimlerini tercih ettiği günümüzde, tıbbi standartları, hekim ihmalinin ölçütü olarak kullanmak pratikte zor görünmektedir. Yeni üretilmiş, ilk kullanımları başarılı sonuçlar veren bir protezin daha sonraki kullanımlarında iyi sonuçlar alınamayabilir. Bu protezin standart olarak kabul edilmesi için ne kadar veri toplanmasını beklemek gereklidir? Bu protezi ilk kullanan cerrahların standart altı bir uygulama yaptıkları söylenebilir mi? Tıbbi müdahalelerin doğruluğunda uygulanacak kriter hastanın göreceği yarar-zarar oranı olmalıdır. Uygulanacak tedavinin hastaya sağlayacağı düşünülen yararı, göze alınan risklerden daha ağır basıyorsa bu kararın doğru olduğu kabul edilmelidir.²³³

Oluşan istenmeyen sonuç mutlaka profesyonel bir ihmali göstermez, böyle durumları tıbbi hatanın olmadığı başarısızlık olarak değerlendirmek gereklidir. Tıbbi bilirkişilerin bir diğer önemli görevi de dava konusu olan müdahaleyle ilişkili standartların belirtilmesi, standartlardan sapmalarla ilgili fikir yürütebilmesidir.

²³² Lawrence H. Brenner, JD, Alison Tytell Brenner, *Beyond the Standard of Care, Clin Orthop Relat Res.* 2012 May; 470(5): 1357-1364

²³³ Lawrence H. Brenner, JD, Alison Tytell Brenner, *Beyond the Standard of Care, Clin Orthop Relat Res.* 2012 May; 470(5): 1357-1364

Standart altı bir müdahalenin, oluşan zararlı sonucun muhtemel nedeni olup –olmadığı konusunda da mahkemeye açıklayıcı bilgiler vermesi gereklidir. Tıbbi bilirkişi, sadece çoğunluğun uyguladığı standart tedavi dışında kalan diğer kabul edilebilir alternatif tedavileri de bilmelidir. Standart tedavi kapsamını geniş anlamıyla kabul etmeli, kendi kişisel görüşlerini dayanak noktası yapmamalıdır.²³⁴

Bir hekimin tıbbi uygulamada standartlar içerisinde kaldığı ve hangi seviyede sağlık bakım hizmetinin standart dışına çıktığı nasıl tespit edilecektir? Geçmişe bakıldığında tıbbi malpraktis davalarında davalı tarafın hangi standartlara bağlı olduğunun yerel standartlar üzerinden değerlendirildiği görülmektedir. Bölgesellik Kuralı olarak adlandırılan bu kural, “*bir hastanın bakımını üstlenen hekimin, aynı bölgede çalışan diğer hekimler tarafından eğitim, yetenek ve sağlık bakımı olarak sunulan mesleki standartlara sahip olması*” olarak tanımlanmaktadır.²³⁵

Amerika Birleşik Devletlerinde tıbbi standart konusunda “*ortalama bir hekim*” değil aynı şartlar altında aynı bölgede çalışan hekim esas alınmaktadır. Bu suretle, ABD’ de hukukta tıbbi standart konusunda “*yöre kuralı*” geliştirilmiştir. Buna göre bir hekimin görev yaptığı yer, tıbbi standardın belirlenmesinde önem taşır. Kırsal bölgede görev yapan hekim yeni yöntemleri, yeni tıbbi cihazları öğrenmek konusunda şehirde çalışan meslektaşlarına göre daha az olanaklara sahiptir ve aynı standartlara göre değerlendirilmeleri haksızlık olacaktır.²³⁶

Standart tedavinin önemli bir unsuru da teşhis ve tedavide kullanılan araçların teknik özellikleri ve teşhis edebilme hassasiyetleridir. Bu araçlar bölgeye ve hastaneye göre önemli farklılıklar gösterir. Sağlık kimsenin azıyla yetinemeyeceği bir hizmet olduğu için ülkenin sağlık politikalarının bu organizasyonları yapması ve uzmanlık dernekleri ile işbirliği içinde olması gereklidir.

Bölgesellik kuralının olumsuz yönü, aynı bölgede çalışan bütün hekimlerin, yetersiz yerel standartlara göre değerlendirilmesidir. Ulusal standartların uygulanmasıyla beraber doktorlar arasındaki bölgesel farklılıklar da ortadan kalkma aşamasındadır.

²³⁴ *Expert Witness Participation in Civil and Criminal Proceedings, American Academy of Pediatrics, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>*

²³⁵ *Yorulmaz /Kır/Ketenci, Tıbbi Malpraktis ve Adil Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s 66*

²³⁶ *Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, , İstanbul, 2012, s520*

Günümüzde beklenti meslek odaları ve uzmanlık derneklerinin kendi alanlarında standartlarını belirlemeleridir.²³⁷

iii. Aydınlatılmış onamdaki eksiklikler

Tıbbi hata davaların bir diğer önemli sebebi yetersiz aydınlatılmış onam alınmasıdır. Aydınlatılmış onam yapılacak tıbbi müdahalenin faydalarını, oluşabilecek riskleri, alternatif tedavileri, olası yan etkileri, tedavi yapılmazsa neler olabileceğini hastaya anlatmak, hastanın da bunları anlamış olması demektir. Tıbbi bilirkişi, her müdahale için farklı olan aydınlatılmış onam standardına hakim olmalıdır. Mahkemelerde temel olarak kabul edilen iki farklı aydınlatılmış onam tipi mevcuttur. Bunlardan birincisi makul bir hastanın öğrenmek isteyeceği yarar, risk gibi bilgilerin anlatılmasını esas alan “*makul hasta*” standardıdır. Diğeri ise makul bir hekimin anlatması gereken yarar, risk gibi bilgileri esas alan “*makul hekim*” standardıdır. İlkinde bazen, ikincisinde daima tıbbi bilirkişi tanıklığına gerek duyulur.²³⁸

Hastaya yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için hastanın bu müdahaleye rıza göstermesi, yapılacak müdahalenin tehlikesi ve sonuçları hakkında kapsamlı olarak bilgi sahibi olması gerekir.²³⁹ Aydınlatma yükümlülüğü 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. Maddesinde düzenlenmiştir.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14/2’nci fıkrasına göre de “*tabip ve diş tabibi, hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerine fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artma ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır. Ancak, hastalığın vahim görülen sonuç ve seyrinin saklanması uygundur*” diyerek aydınlatma yükümlülüğünü belirtmiştir.

Tıp etiğinin en başta gelen ilkelerinden ilki “*önce hastaya zarar verme*” prensibidir. Bu bakış açısıyla tıp alanında iyi sonuç için, daha önemsiz ya da daha küçük olasılık taşıyan bir olumsuzluğu göze almak yönünde bir denge sorunu ortaya çıkmaktadır. Bu denge etik bir dengedir. Burada çok önemli bir nokta, bu süreçler içinde hasta ve/veya

²³⁷ Yorulmaz /Kır/Ketenci, *Tıbbi Malpraktis ve Adil Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s 66*

²³⁸ Merz JF. *An empirical analysis of the medical informed consent doctrine* ,www.piercelaw.edu/risk/vol2/winter/merz.htm

²³⁹ Yılmaz Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2010, s 35

yakınlarının görüşlerine başvurulması gereğidir. Bu dengenin bir tarafında her zaman hasta hakları vardır.²⁴⁰

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15/1. maddesinde aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin açık bir hüküm yer almıştır; “*Hasta, sağlık durumunu, kendine uygulanacak tıbbi işlemleri, bunların faydaları ve muhtemel sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel sonuçları ve hastalığın seyri ve neticeleri konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi istemek hakkına sahiptir*”.

Hasta tıbbi müdahalenin nedeni, kapsamı, riskleri, başarı şansı, muhtemel yan etkileri, alternatif tedavi yöntemleri, müdahale yapılmamasının sonuçları, tedavi sonrası uyması gereken kurallar, ilaç kullanımı, yaşam şeklindeki değişiklikler konusunda bilgilendirilmelidir. Hasta aydınlatılmadan alınan rızaya dayanılarak yapılan tıbbi müdahale tıp biliminin gereklerine uygun olarak yapılmış olsa bile hastanın vücut bütünlüğü ve özerkliği ihlal edildiği için en azından manevi tazminat talep hakkı doğmaktadır.²⁴¹

Tıbbi zorunluluk durumlarında hastanın rızası olmaksızın gerçekleştirilen müdahaleler bakımından, gerek müdahalenin hukuka uygunluk sebebi, gerekse hekim ile hasta arasındaki ilişkinin hukuki niteliği açısından, “*vekaletsiz iş görme*” hükümlerinin uygulanması kabul edilmektedir.²⁴²

iv. Teşhis hataları

a. Genel olarak

Hastanın yakınmalarını açıklayan bir teşhis konulması tedaviye giden yolda en önemli aşamadır. Tüm tedavi doğru bir teşhisle başlar. Ancak tanı işleminin ne denli karmaşık ve zor evrelerden geçtiği, değişik kaynaklardan alınan verilerin hata paylarının bulunduğu gözetildiğinde kesin ve doğru tanının sınırları olacağı kabul edilmelidir. Hekimin bilgisi, deneyimi, muhakeme gücü ve sezgi yeteneği kendisini

²⁴⁰ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 40

²⁴¹ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s300-324

²⁴² Yılmaz Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2010, s 35

teşhis hatalarından her zaman koruyamaz.²⁴³ Bu nedenle hekimin tanı hatasından her durumda sorumlu olmayacağı kabul edilmektedir.²⁴⁴ Hekim, hastasına her durumda kesin tanı koyamayabilir. Ancak, eldeki olanaklarla tanı konabilecek bir hastalığın tanısının konmaması önemli bir tıbbi hatadır.²⁴⁵

Hekim, hata paylarına rağmen doğru tanı koyabilmek için kendinden beklenen özeni gösterme borcu altındadır.²⁴⁶

Yargıtay, hekimin özen borcunu yerine getirirken en küçük ayrıntısına kadar özen borcunu yerine getirmesinin gerektiğini belirtmektedir. “*Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zarardan sorumludur.*”²⁴⁷

Hekimin tanı koyarken özen borcunu yerine getirmesi; hasta öyküsünü alma, muayene, gerekli tetkikleri isteme ve kayıtların tutulması aşamasında tıp biliminin kurallarına uygun davranması anlamına gelmektedir.

b. Hasta öyküsü (anamnez) almada eksiklik

Hastanın yakınma ve hikayesinin hekim tarafından dinlenmesine, sorulara yanıt alınmasına “*hastalığın hikayesi*” veya anamnez denir. Hastanın hikayesi kendisinden veya etrafındakilerden alınabilir.²⁴⁸

Polikliniklerde her hasta için en az 20 dakika ayırmadan, teşhise yardımcı olacak bir anamnez almak, fizik bulguları sağlamak, doğru bir sentez yapmak olanağı yoktur. Bu 20 dakika içinde hastaya hastalığı hakkında bilgi vermek, ilacını ve perhizini tarif etmekte dahildir. Hastanın kültür durumu da hekimin anamnez almasını kolaylaştırır veya güçleştirir.²⁴⁹

²⁴³ Yılmaz Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2010, s 127

²⁴⁴ Aşçıoğlu Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara, 1993, s79

²⁴⁵ Polat Oğuz, *Tıbbi uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s35

²⁴⁶ Yılmaz Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2010, s 55

²⁴⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.K, 2005/3645-11796, T: 8.7.2005, Yılmaz Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı*, s56

²⁴⁸ Vahe aleksanyan, *Teşhiste Temel Bilgi, Propeditik*, İstanbul, 1982, s 1

²⁴⁹ Vahe aleksanyan, *Teşhiste Temel Bilgi, Propeditik*, İstanbul, 1982, s 2

Hastalığın hikayesi alınırken hastanın özgeçmişi (geçmişteki hastalık ve operasyonlar), soygeçmişi (ailevi-kalıtsal hastalıklar), sosyal durumu, alışkanlıkları (sigara, alkol, aşırı çay kahve), bedensel fonksiyonları (iştah, uyku, işeme, dışkılama, çalışma gücü, libido) hakkında bilgi edinilmesi için her biri ayrı ayrı sorgulanmalıdır.²⁵⁰

Hastanın öyküsünün alınması ve teşhise yönelik muayenesinin yapılması büyük önem arz etmektedir. Bunların yapılmaması doğrudan uygulama hatası olarak kabul edilmektedir.²⁵¹

Anamnez alınması veya fizik muayenenin tamamlanması için standart hale getirilmiş bir form kullanıldığında, bütün boşluklar doldurulmalıdır. Boşluklar doldurulmazsa, sorunun sorulmamış veya muayenenin yapılmamış olduğu kabul edilir. Eğer Hekim duyarlı konuları ele alıyorsa, hasta ile arasında geçen konuşmaları banda alarak saklaması gerekebilir.²⁵²

c)Eksik muayene

Hastanın anamnezi alındıktan sonra hekimin teşhis hakkında bir fikri oluşmuştur. Fakat bu ön teşhis doğru olmayabilir. Hastayı muayeneye başlarken bu ilk teşhisin etkisi altında kalmamayı ve muayeneyi tam yaparak sonuna kadar objektif kalmayı bilmelidir. Midesinden yakınan ve mide hastası izlenimini bırakan bir kimsede akciğer tüberkülozu, kalp yetersizliği veya karaciğer hastalığı söz konusu olabilir.²⁵³

Muayene önce hastaya dikkatle bakmakla (inspeksiyon) başlar. Şişmanlık, zayıflık, sarılık, nefes darlığı, morarma, şişme(ödem), yatış ve oturuş şekli daha inspeksiyon sırasında fark edilir.²⁵⁴

Muayeneye hastanın yakınması ile ilgili organdan başlamak doğru değildir. Tıpta uygulamanın iki büyük hatası olabilir; yetersiz muayene ve yakınlara yönelik tedavi.²⁵⁵ Mahkeme karın ağrısı durumunda, ağrının nedenini belirlemeden ağrı kesici

²⁵⁰ Vahe aleksanyan, *Teşhiste Temel Bilgi, Propeditik, İstanbul,1982, s 5-6*

²⁵¹ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku, İstanbul, 2012, s543*

²⁵² Polat Oğuz, *Tıbbi uygulama Hataları, Ankara, 2005, s164*

²⁵³ Vahe aleksanyan, *Teşhiste Temel Bilgi, Propeditik, İstanbul,1982, s 5-6*

²⁵⁴ Vahe aleksanyan, *Teşhiste Temel Bilgi, Propeditik, İstanbul,1982, s 5-6*

²⁵⁵ Vahe aleksanyan, *Teşhiste Temel Bilgi, Propeditik, İstanbul,1982, s 7*

ilaç verilmesinin temel tıp kurallarına aykırı olduğu gerekçesiyle, hekimin kusurlu olduğuna karar vermiştir.²⁵⁶

Sistemik muayene hiç akla gelmemiş bir patolojik durumu ortaya çıkarabilir. Sistemik muayene bir “*meslek namusu*” dur. Hekime başvuran hastanın muayenesinin gereği gibi yapılmadığından ötürü hastalık açığa kavuşmazsa, hekim mesleğine karşı suç işlemiş, sorumsuz davranmış demektir. Kalabalık polikliniklerde çalışan meslektaşlarımız bu aksaklığın acısını her zaman duymaktadırlar.²⁵⁷

Fransız Yargıtay’ı telefonla edindiği yüzeysel bilgilerden hareketle olguyu yanlış değerlendirerek hastayı ağır risk altına sokan hekim davranışını hatalı olarak nitelendirmiştir.²⁵⁸

d) Gerekli tetkiklerin yapılmaması

Anamnezi dinlenmiş ve hastasını muayene etmiş olan hekim bunların sentezini yaparak teşhise ulaşabilir. Teşhis edemediği durumlarda gerekli laboratuvar ve görüntüleme tetkiklerine başvurur. Her şeyi laboratuardan bekleyen hekim hem iyi düşünüp teşhis koymayı beceremez, hem de laboratuvarın esiri olur. Yanlış bir sonuç hekimin de yanlış teşhis koymasına neden olur.²⁵⁹ Teşhis noktasında tekniğe çok önem vermesi veya kendini hukuken güvence altına almak için bütün olanakları tamamıyla kullanan hekimin de doğru hareket etmediği söylenebilir.²⁶⁰

Hekim tanı koymada araç olarak kullanması zorunlu olan tüm yöntem ve araçları tüketmek zorundadır. Bunların eksik yapılması kusur olarak kabul edilmektedir. Burada hata, tanı koymak için zorunlu araştırmaların hiç yapılmaması veya eksik yapılmasından kaynaklanmaktadır.²⁶¹

e) Kayıt hataları

Hastanede yatmakta olan hastanın müşahade yaprağında, gerek anamnezden, gerekse çeşitli muayenelerden elde edilen bilgiler kaydedilir. Daha sonraki günlerde, husule

²⁵⁶ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 561

²⁵⁷ Vahe Aleksanyan, *Teşhiste Temel Bilgi, Propeditik*, İstanbul, 1982, s 7

²⁵⁸ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 543

²⁵⁹ Vahe Aleksanyan, *Teşhiste Temel Bilgi, Propeditik*, İstanbul, 1982, s 12.

²⁶⁰ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s539

²⁶¹ Yılmaz Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2010, s 127

gelen değişiklikler ve tedavi ile elde edilen sonuçlar da düzenli aralıklarla not edilir. Hastaneden çıkan hastaya bir özet rapor (epikriz) verilir.²⁶²

Vekil durumunda olan hekimin, yapmış olduğu faaliyetler hakkında hastaya veya kanuni temsilcisine gerektiğinde açıklama yapabilmesi vekalet sözleşmesi hükümlerine göre özen borcunun gereğidir. İlerde çıkması olası anlaşmazlıklarda ispat kolaylığı sağlar.

Tıbbi sorumluluk davalarında, olay sıklıkla muayenehane veya hastane dosyasının, hekimin kararlarını ve hareketlerini destekleyecek gerekli bütün bilgileri tam ve doğru olarak içerip içermediğinin kontrolüne dönüşür. Önemli verilerin eksikliği, hekimin doğru hareket ettiği yolundaki savunmasını, iddianın temelsiz olduğunu kanıtlamada başarısız kalmasına yol açacak derecede zedeleyebilir.²⁶³

Kayıtlar, mahkeme salonunda hekimin en büyük dostu veya düşmanıdır. Hekimlerin, kontrolleri altındaki kayıtların bir davacının başarısında anahtar rol oynamasına izin vermeleri bağışlanamaz bir hatadır.²⁶⁴

Kayıt tutma yükümlülüğü Hasta Hakları Yönetmeliği madde 16 ve madde 17 ile de düzenlenmiştir.

v. Tedavi hatası

a) Genel olarak

Hekimin tedavisi denildiğinde, geleneksel olarak anlaşılan husus, bir insanın vücudunda gerçekleştirilen ve hastalıkları, acıları, vücuttaki zararları, hastalıktan kaynaklanmayan şikayetleri veya ruhsal bozuklukları önlemek, tespit etmek, iyileştirmek veya azaltmak amacına yönelik olarak hekimin bütün müdahale ve tedavi amaçlı tedbirleri anlaşılmaktadır.²⁶⁵

Bazı durumlarda tanı doğru olabilir, ama hekimin uyguladığı tedavi, geçerli tıbbi bilgiler ışığında uygunsuz veya yetersiz olabilir. Başka bir tedavinin daha öncelikli

²⁶² Vahe Aleksanyan, *Teşhiste Temel Bilgi, Propeditik, İstanbul, 1982, s 12*

²⁶³ Polat Oğuz, *Tıbbi uygulama hataları, Ankara, 2005, s 46*

²⁶⁴ Polat Oğuz, *Tıbbi uygulama hataları, Ankara, 2005, s162*

²⁶⁵ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku, İstanbul, 2012, s 429*

olarak seçilmesi zorunluluğu olabilir. Bu durumda da hasta uygulamadan önemli ölçüde zarar görebilir.²⁶⁶

Hekim kural olarak tanı ve tedavide kullanacağı yöntemleri seçmede serbesttir. Ancak hekim tıp biliminin kabul ettiği çeşitli tanı ve tedavi araçları arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı ve seçimi haklı gösterebilmelidir. Genelleşmiş ve öncelikli yöntemlerden ayrılan hekim, bu tercihini objektif nedenlere dayandırmalıdır.²⁶⁷

Hekim, tedavi yöntemini seçerken hastaya en çok yararı ve en az zararı verecek yöntemi uygulamak zorundadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. ve 10. maddelerinde tedavi yönteminin seçilmesi ve uygulanması ile ilgili hükümler yer almaktadır. Araştırma yapmakta olan tabip ve diş tabibi, bulduğu teşhis ve tedavi usulünü, yeterli derecede tecrübe ederek faydalı olduğuna veya zararlı neticeler tevlit etmeyeceğine kanaat getirmedikçe, tatbik veya tavsiye edemez.²⁶⁸

Yöntemler arasında, herhangi birinin üstünlüğü kesinlikle kabul edilmediği veya somut olayda yöntemlerden hangisinin başarılı olduğu saptanamadığı hallerde hekimin kusurundan söz edilmemeli ve tartışılmamalıdır.²⁶⁹

Yargıtay, hekimin tıp biliminin kabul ettiği çeşitli tanı ve tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın özelliklerini dikkate alması ve seçimini haklı gösterebilmesi gerektiğine işaret etmektedir.²⁷⁰

Hekimin tıbben gerekli olmayan bir müdahaleyi yapması tedavi hatası olabileceği gibi; tıbben gerekli olan bir müdahaleyi yapmaması da tedavi hatası olarak değerlendirilmelidir.²⁷¹

b)Müdahalenin yapılmaması

Hekim mesleğin icrasında serbesttir, tedaviyi reddedebilir. Esasen hiç kimse, hiçbir mesleği yapmaya zorlanamaz (Anayasa m.18.48.49). Anayasanın tanıdığı

²⁶⁶ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 46.

²⁶⁷ Yılmaz Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2010, s 130

²⁶⁸ *Tıbbi Deantoloji Nizamnamesi m.10*

²⁶⁹ Aşçıoğlu Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, Ankara,1993, s 82

²⁷⁰ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.K:1974/2637-2492, T:14.10.1974, Yılmaz Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı*, s130

²⁷¹ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 545

olduğu hareket özgürlüğü de (Anayasa m.23) hekimin tedaviyi üstlenmesi veya reddetmesi konusunda özgür olmasını gerektirmektedir.²⁷²

Böylece hekim, bir tedaviyi üstlenip üstlenmemeye serbestçe karar verebilir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 18. Madde “*Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir*” ‘sine göre hekim, acil haller ve kamu görevi haricinde tedaviyi üstlenmeyi reddedebilir. Ancak hekim, hastanın tedavisini üstlendikten sonra tedavi yükümlülüğünün gereklerini yerine getirmek zorundadır. Tedaviyi haklı bir neden olmadığı müddetçe tek taraflı olarak sona erdiremez.²⁷³

Gerekli olan bir tıbbi müdahalenin yapılmaması veya geç yapılması hukuksal açıdan bakıldığında, ihmali hareket niteliğindedir.²⁷⁴ Danıştay, acil serviste, hastaya zamanında tıbbi destek sağlanmamasında idareyi kusurlu bulmuştur.²⁷⁵

Hastanın kalp krizi geçirmesi üzerine kaldırıldığı hastanede nöbetçi hekimlerin hastaya bakmamaları ve bakım işini birbirleri üzerine atmaları yüzünden geç kalınıp hastanın öldüğü bir davada, mahkeme hekimleri kusurlu bulmuş. Karar Yargıtay tarafından onanmıştır.²⁷⁶

c) Yanlış müdahale metodunu seçme

Tedavi yöntemini seçme konusundaki genel prensip hasta için en az tehlikeli ve en az acı verecek müdahale biçimini öncelikli olarak uygulamaktır. Somut olayın özelliklerine göre hekimin hastası için daha tehlikeli veya daha fazla acılara neden olabilecek bir yöntemi seçmesi de durumun özelliklerine göre gerekli olabilir.²⁷⁷

Hasta ile görüşülecek en kritik noktalardan biri uygulanacak tedavi metodunun alternatifleridir. Ameliyat yerine ilaç tedavisi veya ışın tedavisi imkanı varsa, başarı şansı ve riskleri hastaya anlatılmalıdır. Burada cerrahın her zaman

²⁷² Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 430

²⁷³ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 430

²⁷⁴ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 547

²⁷⁵ 10.D, 13.02.2001, 3789/487, Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, s 547

²⁷⁶ 4.HD, 09.11.1967, 2548/8440, Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, s 547

²⁷⁷ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 551

düşünmesi gereken bir alternatif, belli bir girişim konusunda daha uzman olan hekimleri önerip önermemesidir.²⁷⁸

Seçilen tedavi yöntemi gibi, yöntemin uygulanışı da hatalı olabilir. Tedavi, doğru yerde, doğru kişi tarafından ve doğru zamanda yapılmalıdır. Bu noktalardaki hatalar, hekimin kusurlu olduğunu gösterir.²⁷⁹

Hekim, ciddi tereddütler dolayısıyla başka bir yöntemi takip etmek zorunda olduğu sonucuna varırsa, kuraldan sapması yönünde bir yükümlülüğü de söz konusu olabilir. Bir başka yöntemin üstünlüğünün genel olarak kabul ediliyor olduğu yerde tedavi özgürlüğü sona erer. Bu yöntemi uygulamamak, hastanın bu yönde rızası olsa bile, hatalı uygulama olur.²⁸⁰

d)Hasta vücudunda yabancı madde unutulması

Vücutta yabancı cisimlerin unutulması, genellikle büyük ve karmaşık cerrahi müdahalelerden sonra karşılaşılan bir durum olmakla birlikte literatürde dış çekimlerinden sonra da görüldüğü belirtilmektedir.²⁸¹ Düşünüldüğünden çok daha sık rastlanan ve yüzde yüz önlenemeyen bir sorundur.²⁸²

Hasta vücudunda yabancı madde unutulması öğretilerde “ *tedaviye eşlik eden kusur*” olarak adlandırılmaktadır.²⁸³

Yüksek mahkeme, vücutta unutilan yabancı cisimleri izin verilen risk kapsamında değil, tıbbın kötü uygulaması sonucu ortaya çıkan ihmaller olarak değerlendirmektedir.²⁸⁴

Alman uygulaması yerleşik içtihatlarında yabancı madde unutulmasının otomatik olarak tedavi hatası olarak kabul edilmesi görüşünü paylaşmamıştır. Esas olan somut olayın özellikleridir. Ameliyatın hangi koşullar çerçevesinde gerçekleştiği, ameliyat sırasındaki özellikli durumlar, hekimin bütün tedbirleri alıp almadığı

²⁷⁸ Polat Oğuz, *Tıbbi uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s158

²⁷⁹ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 551

²⁸⁰ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 524

²⁸¹ Tunalı M, Gözlü M, Yörük T, *Çekim Soketinde Unutilan Elavatör Parçası, SÜ Dış Hekimliği Fakültesi Dergisi*, 2007, S 16, s 52-54

²⁸² İ.Ethem Geçim, *Uygulama Hatası mı, İdari Sorumluluk mu?*, *Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları*, s 42

²⁸³ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s549

²⁸⁴ Kerem Yılmaz, *Cerrahi Müdahale Srasında Vücutta Yabancı Cisim Unutulması*, *Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları*, s 69

değerlendirilecektir. Cerrah, ameliyat sonrasında gerekli kontrolleri yapmalı ve hemşireden her şeyin tam sayıda olduğu teyit ettikten sonra operasyonu sonlandırmalıdır. Hekimin bütün bu tedbirleri almadığı anlaşıldığı takdirde bir tedavi hatası olduğu sonucuna ulaşılabilir.²⁸⁵

Ameliyat bitiminde yeterli zaman ayrılarak kullanılan alet ve sargı bezlerinin sayılması ile sorun rahatlıkla ortadan kalkabilir. Ancak sayımda eksiklik olup nerede olduğunun bulunmadığı durumlarda, radyo opak endikatörlü gaz kompreslerinin kullanılmış olması cerrahi ekibi rahatlatır.²⁸⁶

Amerika Birleşik Devletleri'nin önemli hastanelerinde ameliyatta kullanılan tüm pamuk ve elyaf malzemeler özel radyo opak maddelerle işaretlenmekte, operasyon sonrasında direk filmleri çekilmektedir. Ayrıca iki hemşire kullanılan malzemelerin ameliyat öncesi ve sonrasında sayımı ile görevlendirilir.²⁸⁷

Hasta karnında unutulmuş yabancı maddelerle ilgili olarak ortaya çıkan sorun, ekip çalışması halinde gerçekleştirilen ameliyatta kimin bundan sorumlu tutulacağıdır. Birden fazla kişinin katılımı ile gerçekleştirilen müdahaleler neticesinde bir suçun oluşması halinde kim ya da kimlerin sorumlu olduğunun tespiti hususunda yol göstermesi bakımından “güven ilkesi” önem kazanmaktadır.²⁸⁸

Güven ilkesi, belirli riskli bir hareketi yapan kimsenin, benzer harekette bulunan başka bir kimsenin, riskleri azaltmak veya ortadan kaldırmak amaçlı olarak kabul edilmiş güvenlik normlarına uygun davranacaklarına güvenebileceğini, bu güvenmesinin kendisi aleyhine hukuksal sonuç çıkarmak için yorumlanamayacağı, insanların hareketlerini sürekli başkalarının olası hatalı davranışlarına göre şekillendirmek zorunda olmadıkları, hiç kimsenin diğerinin hareketinin doğuracağı tehlikeyi azaltmak veya ortadan kaldırmak ve ondan sonra kendi hareketini gerçekleştirmek yükümlülüğü bulunmadığı anlamına gelmektedir.²⁸⁹

²⁸⁵ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 524

²⁸⁶ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 190

²⁸⁷ Angus R. O'Connor, Fergus V. Coakley, M. V. Meng. *Imaging of Retained Surgical Spongess*. A. J. of Roentgenology, 2003, S 180, s 481-489

²⁸⁸ Nazan Altundere, *Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi*, Sağlık Hukuku Makaleleri, 10/17 Eylül 2011, s 105-115

²⁸⁹ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 145

Hekim, göze çarpacak derecede net vasıf eksikliği ya da hatalar mevcut olmadığı sürece iş arkadaşının işleri gereken özen ve ihtimam içinde yerine getirdiğini varsayar.²⁹⁰

Hekim birlikte çalıştığı sağlık personelinin hareketlerini sürekli kontrol etmek zorunda değildir. Bu bir iş paylaşımının sonucudur. Örneğin, operasyonu gerçekleştiren bir hekim birlikte çalıştığı anestezi teknisyeninin yapmış olduğu işi kontrol etmekle mükellef değildir. Aksi halde kendi birincil sorumluluk alanındaki görevi olan operasyonu layıkıyla yapamaz hale gelir.²⁹¹

Hekimin ikincil sorumluluk alanı birlikte çalıştığı personeli gerekli dikkat ve özen içinde seçmesi, gerekli talimatlar vererek denetim altında tutmasıdır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 21. Maddesinde “başkalarının yardımı ile yapılacak cerrahi ameliyatlara ile diğer tedavilerde operatör, müdavi tabip ve dış tabibi, beraber çalışacağı elemanları seçmekte serbesttir” hükmü yer almaktadır.

Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 4.1.2001 tarihli genelgesinde, vücutta yabancı cisim unutulması konusuna değinilmiştir. Bu genelge uyarınca; uygulama sırasında görülen bu tür olumsuzlukların önlenmesi bakımından spanç, kompres gibi malzemelerin, belli sayıda steril edilerek kullanıma sunulması, ameliyat işlemi esnasında ameliyat hemşiresi tarafından kaç adet spanç veya kompres kullanıldığının tespit edilmesi, aynı işlemin eş zamanlı olarak ameliyathane teknisyeni tarafından da yapılarak ameliyathane hemşiresince tespit edilen sayıyla eşleştirilmesi, söz konusu malzemelerin radyo opak materyal ile işaretlenerek gerektiğinde radyolojik inceleme ile görülebilir hale getirilmesi tavsiyelerinde bulunulmuştur. Genelgede ameliyathane teknisyenlerinin iş bölümüne dahil edilmesini doğru bir yaklaşım olarak görmüyorum. Bu yaklaşım tıp hukukunun “güven ilkesi” prensibiyle çelişmektedir.

ABD’de Alabama üst mahkemesi vücutta yabancı cisim unutulmasıyla ilgili açılan bir davada, ameliyatı yapan hekimin ekip şefi olarak operasyon sırasında meydana

²⁹⁰ Nazan Altundere, *Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi, Sağlık Hukuku Makaleleri*, 10/17 Eylül 2011, s 109

²⁹¹ Nazan Altundere, *Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi, Sağlık Hukuku Makaleleri*, 10/17 Eylül 2011, s 111

gelebilecek her olaydan sorumlu olduğuna değinmiş, sayımı yapan ve onay veren hemşirenin sorumlu olduğu savunmasına itibar etmemiştir.²⁹²

ABD’ de “geminin kaptanı” (captain of the ship doctrine) kuralı gereğince, hekimin sorumluluğu altında çalışan kimselerden dolayı, kaptan olarak hekimin sorumlu olacağı kabul edilmektedir. Ancak bunun için, hekimin diğer personel üzerinde emir ve kontrol yetkisine sahip olması gerekir. Nitekim hasta karnında gazlı bez unutulması ile ilgili bir başka davada mahkeme, hastanede ameliyatı yapan hekimin bu personeli seçme yetkisi bulunmaması nedeniyle, bu kuralın uygulanamayacağı ve gazlı bezin unutulması dolayısıyla sorumluluğun hastaneye ait olduğuna karar vermiştir.²⁹³

İtalyan Yüksek mahkemesi, hastanın karnında unutilan tampon nedeniyle, ekibi denetleme görevi olmayan anesteziistin ceza sorumluluğu olmadığına, ancak ameliyat sırasında asistanın davranışlarını denetleyip izlemekle görevli cerrahın denetleme görevini ihlal etmesi nedeniyle sorumlu olduğuna karar vermiştir.²⁹⁴

Geminin kaptanı hekimdir gibi bir sorumluluk anlayışından ziyade, somut olayda, sayma ve kontrol işlemini yapan kimselerin sorumlu tutulması daha adil görünmektedir. Burada hekimin sorumluluğu, sayma işleminin yapıp yapılmadığı yönünde gerekli denetim ve gözetimi yapması olabilir. Bu takdirde hemşirenin veya teknisyenin yanı sıra hekim de sorumlu olacaktır.²⁹⁵

e) Yanlış taraf cerrahisi

Yanlış bacağın ampüte edilmesi (kesilmesi) gibi hatalar ilgisizlik örneklerini oluşturur ve affedilemez.²⁹⁶

Danıştay kararına konu olan bir olayda da hastanın sol kalça yerine, sağ kalçasının ameliyat edilmesi ağır kusur olarak değerlendirilmiştir.²⁹⁷

²⁹² Öztürkler Cemal, *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahale*, Ankara, 2003, s 241-242

²⁹³ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 149

²⁹⁴ Ünver Yener, *Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi*, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu Ankara, 2008, s 895-896

²⁹⁵ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 524

²⁹⁶ Polat Oğuz, *Tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 190

²⁹⁷ Danıştay 10. D.10.10.1996, 5933/934, Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, s 554

Hastanın dosyası incelenmeden tümörlü sol göz yerine sağlam sağ gözü ameliyat edilerek alındığı, daha sonra durum fark edilerek diğer gözünde ameliyat edilmek suretiyle alındığı dava konusu olayda Yargıtay, çift organlarda tarafların karıştırılmasını hekim hatası olarak değerlendirmiştir.²⁹⁸

Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında “*Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ*” de yanlış taraf cerrahi uygulamaların ve hasta karıştırmanın önüne geçmek için alınması gereken tedbirler belirlenmiştir.

Bu tebliğin 2. Madde’sinde ameliyat öncesinde tabibin hastaya da sorarak ameliyat edilecek tarafı “ *ameliyat öncesi serviste hasta ile ilgili son kontroller tabip tarafından yapılarak hastanın da katılımıyla taraf işaretleme süreci gerçekleşir*” işaretlemesini vurgulamaktadır. Uygulamada ameliyat edilecek tarafın hastaya sorulması pek çok hekim tarafından güvenli bir yöntem olarak kabul edilmektedir. Hekim hastadan aldığı bilgiyle yetinmemeli, mutlaka hastayla ilgili film ve raporları ameliyat öncesi incelemelidir. Hastanın verdiği yanlış bilgi sonucuna güvenerek yanlış taraf cerrahisi yapan operatör sorumluluktan kurtulamayacaktır.

vi. Tedavi sonrası bakım yükümlülüklerinin ihlali

Tıbbi müdahaleler açısından söz konusu olan özen yükümlülüğü tedavi sonrası için de geçerlidir.²⁹⁹

Bu kapsamda hekimin ilk yükümlülüğü tedavi sonrasına ilişkin tavsiye ve uyarılarda bulunmaktır. Bu yükümlülüğün ihlali tıbbi uygulama hatası olur.³⁰⁰

Hasta tedavinin sadece bir objesi olmayıp, tedaviye katılmak durumunda olan ve kendisini tedaviye göre ayarlaması gereken bir süjedir. Bu nedenle hekim, hastasına önerilerde bulunmak, hastasını bilgilendirmek durumundadır. Hekimin hastasına

²⁹⁸ 2.C.D.E. .1996/ 4493 K. 1996/4682 T.24.4.1996,Savaş Halide,Tıbbi Müdahale Hataları, s 138

²⁹⁹ Aşçıoğlu Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara,1992, s 90

³⁰⁰ Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, , İstanbul, 2012, s 560

diyete girmesi gerektiği, sigara içmemesi gerektiği, eksersiz yapması gerektiği gibi hususları belirtmemesi de tedavi hatasıdır.³⁰¹

a)Hasta başı vizit ve kontroller

Hekim, riskli ve tehlikeli sonuçları önlemek için hastasını, hastalığın gelişimini yakından izlemek ve gerekli önlemleri almak zorundadır. Bu yolda gösterilecek özensizlik kusur kabul edilmektedir.³⁰²

Hastaya tıbbi müdahalede bulunan hekim sabah ve akşam vizitleriyle hastadaki olumlu ve olumsuz gelişmeleri fark eder ve tedaviyi tekrar düzenler, gerektiği durumlarda ikinci bir operasyon kararı verebilir. Hekim hastanın genel durumundaki değişiklikleri kayıt altına alır. Hasta başı vizitleri hasta hekim arasındaki güven ilişkisinin oluşmasında ve hastanın moralinin yüksek tutulmasında da önemli bir role sahiptir.

Hasta ile hekim arasındaki ilişkinin sona ermesine rağmen, hekimin tedavi sonrası bazı yükümlülükleri söz konusu olabilir. Nitekim uygulamada da hastaya uygulanan bir tıbbi cihazın çeşitli risk ve yan etkilerinin olduğunun sonradan anlaşıldığı durumlarda, hekimin hastaya ulaşmak için çaba göstererek, onu uyarması gerektiğine karar verilmiştir.³⁰³

Ameliyat edilen hastanın erken taburcu edilmesi neticesinde ölümü üzerine açılan davada Yargıtay hekimi kusurlu bulmuştur.³⁰⁴

b)Oluşan komplikasyonu zamanında fark etmek

Tıp biliminin kurallarına uygun olarak yapılan, gerekli özen ve dikkatin gösterildiği müdahalelerden sonra da istenmeyen durumlar ortaya çıkabilir. Tıp literatüründe komplikasyon olarak adlandırılan bu durumlar hastasını özenle takip eden bir hekim tarafından genellikle kolayca fark edilir. Tıbbi müdahalelerden sonra ortaya çıkan erken dönem komplikasyonlarının fark edilememesi, hastada önlenmesi mümkün olmayan kalıcı zararların oluşmasına sebebiyet verebilir.

³⁰¹ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 560

³⁰² Aşçıoğlu Çetin, *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk*, Ankara,1993, s 86

³⁰³ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 560

³⁰⁴ Yargıtay 13. HD, E:2000/8590, K:2000/9569, T: 06.11.2000, Yılmaz Battal, *Açıklamalı- İçtihatlı Hekimin*, s 547

Eğer bir komplikasyon oluşursa hastanın bilgilendirilmesi gerekir. Hastada zarar meydana getiren olay ciddi ve özenli bir şekilde ele alınmalıdır. Hasta ile sakin bir şekilde konuşulmalı, ne olduğu açıkça söylenmeli ve zararı en az düzeyde tutmak için neler yapılacağı planlanmalıdır.³⁰⁵

Hastaya bir zarar verdiğini fark eden veya zarar vermiş olabileceğini düşünen hekim, tedavi ilişkisinin bitmesinden sonra dahi bu zararın etkilerini mümkün olduğunca az tutabilmek için gerekeni yapmak zorundadır.³⁰⁶

c) Müdahale sonrası beklenmeyen durumları hastaya bildirmek

Hekim, uygulama hatası yaptığından eminse veya haklı şüphelere sahipse bunu hastasına bildirmesi, ancak hastanın sağlığının bunu gerekli kılması halinde zorunludur. Bu zorunluluğa rağmen, uygulama hatasının hastadan saklanması da bir uygulama hatasıdır.³⁰⁷

Hekimin yol açtığı zarar açıklandıktan sonra, yapılması gerekenler araştırılır. Bu kapsamda da bizzat zarara yol açan hekimin mi, yoksa bir başka hekimin mi ek müdahale yapacağı ve hangi şartlar altında hastanın böyle bir müdahaleyi kabul etmek zorunda olduğu ele alınmalıdır. Güven ilişkisinin bozulması durumunda, hasta bir başka hekime yönlendirilebilir.³⁰⁸

Çevre baskısı ve korkusu hekimi hatayı gizleme davranışına sürüklemektedir. Çoğunluk hatalarından ders çıkarıp, bir şeyler öğrenmeyi ister. Duygusal açıdan bakılırsa, bir hata yaptıklarında desteğe ve meslektaşları ile hastaları tarafından anlaşılmaya ihtiyaçları vardır. Tıpta hata olmaz anlayışı, çok yarışmalı rekabete dayanan tıp ortamı, hekimleri hatalarını gizlemeye, korku, suçluluk, kızgınlık, sıkıntı ve utancın karışımı duygusal yıkımı tek başlarına göğüslemeye itmektedir. Tıbbi uygulama hatası nedeniyle açılan davalardaki artış, yargı aşamasında uzman görüşünün gereğince ağırlığının olmayışı gibi sebepler de hekimi hatasını gizlemeye itmektedir.³⁰⁹

³⁰⁵ Polat Oğuz, *Tıbbi uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 161

³⁰⁶ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, , İstanbul, 2012, s 560

³⁰⁷ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, , İstanbul, 2012, s 587

³⁰⁸ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, , İstanbul, 2012, s 560

³⁰⁹ Polat Oğuz, *Tıbbi uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 63

vii. Organizasyon kusuru

Hastaneler günümüzde sadece tıbbi tedavi sağlayan kurumlar olmayıp, yemek, barınma, güvenlik gibi hasta bakımının tüm yönlerini ilgilendiren bir hizmet sağlamakla yükümlüdürler.³¹⁰

Hastane işletmesi ister bir gerçek veya tüzel kişiye, isterse kamuya ait olsun, hastanede gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden birinci derecede hastane yönetimi sorumludur.³¹¹ Nitekim Danıştay, “*Halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür*” şeklinde bu konudaki görüşlerini belirten bir karar vermiştir.³¹²

Her ekip çalışması tipik iletişim riskleri ile ayrılmaz bir şekilde bağlantılıdır. İletişim risklerinden kaynaklanan ve aslında her tıbbi müdahale hatasının altında yatan temel faktörü organizasyon kusuru olarak tanımlayabiliriz. Organizasyon kusurları; iletişim eksiklikleri, koordinasyon eksikliği, vasıf eksikliği, yetki sınırlamalarında eksiklik ve görevlendirmede eksiklik başlıklarında toplanabilir.³¹³

Hastane idarecisi gerek tıbbi, gerekse tıbbi olmayan personeli seçerken özenli hareket etmek ve personelini yeni gelişmelere uygun hale getirmek zorundadır. Bu amaçla hizmet içi kurslar düzenlemeli, kongrelere katılım sağlanmalıdır. Bunları temin etmek için gerekli denetimler yapılmalıdır.³¹⁴

Hastane idaresinin vücutta yabancı cisim unutulması olaylarını en az düzeye indirebilmek için radyoskopi cihazı alması, makinenin başına en azından bir teknisyen koyması gerekir. Yanlış uygulama ve komplikasyon için tıbbi ve adli olarak kim sorumlu tutulacaksa, tedbir aşamasında da onun istekleri kabul görmelidir.³¹⁵

Hastane idaresi iş bölümü paylaşımıyla ilgili düzenlemeler yapmalı ve operasyonu

³¹⁰ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 564

³¹¹ Ayan Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991. s 129

³¹² Danıştay 10.D, 03.05.1995, 3258/2379, Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, s 564

³¹³ Nazan Altundere, *Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi, Sağlık Hukuku Makaleleri*, 10/17 Eylül 2011, s 105-115

³¹⁴ Ayan Mehmet, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, 1991. s 160

³¹⁵ İ.Ethem Geçim, *Uygulam Hatası mı, İdari Sorumluluk mu?*, *Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları*, s 48

gerçekleştiren hekimine geminin kaptanı olacak yetkiler (*birlikte çalışacağı personeli seçebilme ve denetleme*) vermelidir. Bu düzenlemeleri yapmayan idare organizasyon kusuru nedeniyle sorumlu tutulmalıdır.

Ülkemiz genelinde acil servislerde hekimler, uzmanlık alanı dışında, tecrübe ve birikimlerinin olmadığı hastalıklara müdahale etmeye zorlanmakta ve resmi olarak görevlendirilmektedirler. Acil servisler yaşamı tehdit eden hastalık ve kazaların en sık karşılaşıldığı yerlerdir. Buradaki sağlık mesleği mensuplarının bilgi ve becerilerinin en üst seviyede olması ve kendi uzmanlık alanı içinde müdahalede bulunmasını sağlamaya yönelik tedbirlerin alınması gerekmektedir. Hastanelerin acil servislerinde bu yönde bir düzenleme yapılamamış olması Sağlık Bakanlığında kaynaklanan bir organizasyon kusuru olarak düşünülebilir.

Hastane yönetiminin yanlış görevlendirmesi veya zorlaması, hekimin gerekli standarttan hasta aleyhine taviz vermesini haklı gösteremez. Böyle bir durumda hem hekimin hem de hastane yönetiminin kusurlu olacağına tereddüt yoktur. Ancak hastane yönetiminin resmi görevlendirmesi durumunda, bu husus hekimin cezasının belirlenmesinde göz önünde bulundurulabilir.³¹⁶

Hastanın ameliyata en iyi şekilde hazırlanması, ameliyat edilmesi, hastane enfeksiyonundan korunması hastanenin sorumluluğu altındadır. Son zamanlarda modern bir uygulama olarak hastanın ameliyat öncesi çekilen röntgen filmleri hastaya dijital olarak verilmekte, hasta ve/veya doktor talep etse bile filmin kendisine ulaşmamaktadır. Hastanın ek maliyeti üstlenmesi de durumu değiştirmemektedir. Röntgen filmleri, pek çok durumda, ameliyat esnasında cerraha yol göstererek ameliyatın doğru planlanmasına yardımcı olur. Ameliyathane ortamında görüntüleme tekniklerinin kılavuzluğundan mahrum cerrahların hatalı karar verme ve yanlış müdahalede bulunmaları riski artmaktadır. Kanımca böyle durumlarda da organizasyon kusuru söz konusudur.

viii.Üstlenme kusuru

Hekim, vekalet sözleşmesinin güven unsuru nedeni ile kural olarak tedaviyi kendisi yürütmek zorunda olmakla birlikte, tedaviyi sonuna kadar yürütmek zorunda değildir.

³¹⁶ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 568

Özellikle mesleki bilgi, beceri, araç ve gereç yönünden kendisinin yeterli olmadığı durumlarda tedaviyi yürütmekten vazgeçmelidir. Bu konuda hastayı başka doktora yönlendirmek konusunda gerekli özeni de göstermelidir.³¹⁷

Hekim hastayı tedavi etmeyi üstlenirken, tıbbi standardı sağlamak konusunda, yeterli bilgiye ve tecrübeye sahip olup olmadığını değerlendirmek durumundadır. Hekim bu standardı sağlayamayacağını gördüğü takdirde, başka bir ifadeyle kendi olanaklarının sınırına ulaşması halinde artık, başka hekimlere danışması veya hastayı bir uzmana veya hastaneye havale etmesi gerekir. Hekimin uzmanlık yetkisini aşması durumunda “*üstlenme kusuru*” olur.³¹⁸

Hekimin herhangi bir acil durun olmaksızın, yeterli uzmanlığı olmamasına rağmen veya yeterli uzmanlığı olsa bile yorgunluk, sarhoşluk, hastalık gibi bir sebeple uzmanlığını gereğince yerine getiremeyeceği görüldüğü halde tıbbi bir faaliyeti üstlenmesi, özen yükümlülüğünün de ihlali anlamına gelmektedir.³¹⁹

Tıbbi tedaviler sırasında öngörülme olanağı olan riskli durumları önleyecek araç ve gereçlerin bulundurulmaması ve gerektiğinde başka bir uzman hekimin veya hastanenin yardımının istenmemesi kusurlu bir davranıştır.³²⁰

Hekim, kendi uzmanlık alanı dışındaki konularda yetki sınırlarını aşmamalıdır. Hekimler hastaları için seçtikleri konsültan hekim hatalarından sorumlu tutulabilirler.³²¹

Gerek personel gerekse donanım bakımından yeterli bir tıbbi standarda sahip olmayan hastanede görev yapan hekimin, sevk yükümlülüğü vardır. Bunun aksi bir davranış üstlenme kusuruna neden olacaktır.³²² Hekime verilen diploma ile ülkemizdeki tıbbi standardı bildiği kabul edilmektedir. Hekim diplomasına rağmen tıbbi standart içinde sayılacak bilgilere sahip olmadığını düşünüyorsa, tıbbi müdahaleye girişmemelidir.

³¹⁷ Yılmaz Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2010, s 59

³¹⁸ Doğan Murat, *Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2007, s 43

³¹⁹ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 578

³²⁰ Yılmaz Battal, *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2010, s 143

³²¹ Polat Oğuz, *Tıbbi uygulama Hataları*, Ankara, 2005, s 35

³²² Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 521

Bu durumda yapılan müdahale sonucu oluşan zararda hekimin üstlenme kusuru nedeniyle sorumluluğu doğmaktadır.³²³

16) TIBBİ BİLİRKİŞİ RAPORU

Bilirkişi olarak görevlendirilen kişinin en önemli görevi, inceleme ve araştırma yapmak, görüş bildirmesi istenen konuda gereken özeni göstererek çalışmak ve böylece kendisinden beklenen faydayı en üst düzeyde ortaya koyan, sonuca neden ve nasıl ulaştığını da gösteren bir rapor hazırlamaktır.³²⁴

Hakim bazen bilirkişiden araştırma ve sonuç çıkarma yerine bir bilim alanındaki tecrübe kuralının kendisine bildirmesini talep edebilir.³²⁵ Böyle durumlarda raporun hazırlanma yöntemi ve içeriği de doğal olarak farklı olacaktır. Adli olaylarda, tıbbi bilirkişi olarak görev alan doktorların, ölüm olguları ve bunlara bağlı olarak yapılan keşif ve otopsi çalışmalarının sonuçlarını belgeleyen raporlarında da kendine özgü hazırlanma ve yazma yöntemleri vardır.³²⁶

Ceza davalarında sıkça rastlandığı gibi bilirkişi incelemesi, maddi olay, olgu ve nesnelere üzerinden yapılması gerekiyorsa, bilirkişinin bu inceleme konusu eşya ile doğrudan teması sağlanmalıdır. İncelenecek eşyanın sayımı yapılarak listesi hazırlanarak mühürlü şekilde bilirkişiye teslimi yapılmalı ve teslim işlemi karşılıklı imzalanacak bir tutanağa bağlanmalıdır.³²⁷

Ceza davalarındaki bilirkişi raporlarının hazırlanması usulü CMK m.267/1'de gösterilmiştir. Buna göre, incelemeleri sona erdiğinde bilirkişi yaptığı işlemleri ve vardığı sonuçları açıklayan bir raporu, kendisinden istenen incelemeleri yaptığını ayrıca belirterek, imzalayıp, mühür altındaki şeylerle birlikte ilgili makama verir veya gönderir.

Eğer bilirkişiler birden fazla ise ve görüş ayrılığına düşmüşlerse, bu durum gerekçeleri ile birlikte rapora yansıtılmalıdır (CMK m. 67/2). Bilirkişi raporunda, hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelere yer verilmesi yasaklanmıştır (CMK m. 67/3).

³²³ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 521

³²⁴ Toroslu, N, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 1999, s 199

³²⁵ Kaygısız Mustafa, *Hukuk Sistemimizde Olay Yeri İncelemesi Delil ve Bilirkişilik*, Ankara, 1998, s 42

³²⁶ Oğuz Polat, *Klinik Adli Tıp*, Ankara, 2009, s 27-30

³²⁷ Şahin Cumhuriyet, *Ceza Muhakemesinde İspat, Delillerin Doğrudan Doğruları İleri İleri*, Ankara, 2001, s 168

i. Bilirkişi Raporunun Şekli

Yeni HMK m. 279/2' ye göre “ *bilirkişi raporunda, tarafların ad ve soyadları, görevlendirildiği hususlar, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakalar, gerekçe ve varılan sonuçlarla, bilirkişiler arasında görüş ayrılığı varsa, bunun sebebi, düzenleme tarihi ve bilirkişi ya da bilirkişilerin imzalarının bulunması gerekir. Azınlıkta kalan bilirkişi, oy ve görüşünü ayrı bir rapor halinde de mahkemeye sunabilir*” Bu düzenlemeye göre, bilirkişi raporunda Şu hususlar yer almak zorundadır.³²⁸

- 1) Tarafların ad ve soyadları
- 2) Bilirkişinin görevlendirildiği hususlar
- 3) Gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakalar
- 4) Bilirkişi görüşünün gerekçeleri
- 5) Bilirkişi görüşünün sonuç hükmü
- 6) Bilirkişiler arasında görüş ayrılığı varsa sebepleri
- 7) Bilirkişilerin imzaları
- 8) Raporun düzenlenme tarihi

Tıbbi bilirkişi raporunun belli bir sistematik içerisinde olması değerlendirmeyi pratik ve daha kolay hale getirecektir. Bilirkişi, raporunu hazırlarken değerlendirmelerini kabul görmüş literatüre dayandırmalıdır. Kısaca Tıbbi bilirkişi raporunun yapılanması Őöyle olmalıdır.³²⁹

1. Giriş

- Tıbbi bilirkişinin kimliği, uzmanlığı, adresi, tarih
- Konu olan hastanın/Şikayet sahibinin kimliği, adresi, olay tarihi, dosya numarası
- Bilirkişi raporunun kim tarafından istendiği, istem tarihi, dosyanın içeriğiyle ilgili zet bilgiler
- Vakanın oluşumuyla ilgili somut olaylar, radyolojik bulgular, operasyon bulguları, yapılmış olan tedaviyle ilgili bilgiler tarafsız

³²⁸ Deryal Yahya *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul,2012 s 334

³²⁹ Berova Kandemir, *Hekimin ve Hastanenin Sorumluluğunda Bilirkişinin Rolü, KKTC Hukuk Sempozyumu,28-29 Nisan 2001, s 2*

ve önyargısız olarak ortaya konur (Bu bölümde hastanın ifadeleri kullanılmaz).

2. Sorgulama

- Hastanın şikayetleri belirtilir. Gereği halinde hastanın kendisi bilirkişi tarafından dinlenir ve kayıt tutulur.
- Şikayet konusu olan sağlık mesleği mensubunun veya hastane sorumlusunun savunması kayıt edilir

3. Muayene Tetkik

- İhtiyaç duyulması halinde uzman hekim hastanın muayenesini bizzat kendisi yapar ve gereken tetkiklerini tekrar ister.

4. Tanılar

- Tanılar anlaşılır şekilde yazılır

5. Bilirkişi görüşü

6. Amaca yönelik soruların cevaplanması

7. Notlar

ii. Bilirkişi Raporunun İçeriği

Raporda, incelenen maddi vakaların tespiti veya değerlendirilmesinde hangi bilimsel yöntem ve kaynakların, nasıl kullanıldığı belirtilmeli, yapılan hazırlık işlemlerine değinilmeli, keşfe gidilmişse, keşif sırasında ne gibi incelemeler ve tespitler yapıldığı ve tarafların dinlenip dinlenmediği de ayrıntılarıyla yazılmalıdır.³³⁰

Her şeyden önce tıbbi bilirkişi raporunun maddi vakalar ve sonuç bölümünün Hakim, özel ve teknik bilgiyi gerektiren alandaki eksikliğini gidererek, hakimde bir kanaat oluşturacak nitelikte olması gerekir. Buna göre tıbbi bilirkişi raporlarının, davanın sonucunu belirten nitelikte olmaması, konu hakkındaki özel ve teknik bilgisini hakime sunarak davanın çözümüne yardımcı bir niteliğe sahip olması

³³⁰ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012 s 335

gerekir.³³¹ Bu nedenle tıbbi bilirkişinin uyuşmazlığın temelini oluşturan olgu ve olayların araştırılmasında ve araştırma sonucu elde edilen verilerin değerlendirilmesinde teknik saptamalar yapması gerekir.³³²

Tıbbi bilirkişi raporundaki en önemli unsur gerekçedir. Tıbbi Bilirkişi, mahkemeye vereceği raporunda, incelemesi sonucu edindiği görüşün gerekçesini ayrıntılı olarak belirtmek zorundadır. Yani tıbbi bilirkişi raporunun Yargıtay'ın denetim yapabilmesine elverişli gerekçeleri kapsamaması gerekir.³³³ Gerekçeden yoksun, bilirkişinin sadece olay hakkındaki görüşünü içeren raporların hukuksal değeri yoktur.³³⁴ Bilirkişi raporunun gerekçe taşıması zorunluluğuna HMK m.279/2 de özel olarak vurgu yapılmaktadır.

Bunların dışında tıbbi bilirkişilerin açıklamalarının gerçeğe, sahip olduğu bilgi ve deneyimin gereklerine uygun olması ve mahkemeye sunduğu raporun bilimsel bir dayanağının olması gerekir.³³⁵ Tıbbi bilirkişinin tanık ifadelerine dayanması ve raporuna kendi yaptığı incelemeler dışında bu tanıkların görüşlerine yer vermesi mümkün değildir.³³⁶

Uygulamada bilirkişi raporları hakkında en çok şikayet edilen konuların başında, raporların son derece kısa, açıklamasız ve gerekçesiz, klişe bir şekilde hazırlanmasıdır.³³⁷ Raporun, hakim sorduğu sorular kapsamında kalmak kaydıyla geniş açıklamalar ve ayrıntılı bilgiler içermesi gerekir.³³⁸ Uygulamada, boş bırakılan kimlik bilgilerinin yazılarak benzer davalarda kullanılmak üzere hazırlanmış ve aynı gerekçelerin kullanıldığı tek tip rapor örneklerine (şablon raporlara) rastlanmaktadır.³³⁹

Bilirkişinin raporunda, Yargıtay içtihadını eleştirme hakkı bulunmadığı, bu durumun öncelikle görev sınırlarının dışına çıkmak anlamına geldiği, ayrıca bilirkişinin

³³¹ Kılıçoğlu Ahmet, *Yargıda Bilirkişilik Çıkması*, ABD, 1986/5, Y.43, s 647

³³² Aşçıoğlu Çetin, *Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları, Bilirkişilik Sempozyumu*, Samsun, 2001, s.28

³³³ İlker Hasan Duman, *Hukuk Muhakemesinde Bilirkişilik*, ABD, 1984, S.5, s 748

³³⁴ Aydılek Behzat, *Hukuk Yargılaması Açısından Bilirkişilik*, İzmir Barosu Dergisi, 1992/3, s 42

³³⁵ İlker Hasan Duman, *Hukuk Muhakemesinde Bilirkişilik*, ABD, 1984, S.5, s 742

³³⁶ Musluoğlu Lütfi, *Ehli vukufların Rey Beyan Etmeleri ve Rapor*, ABD, 1957, Y.14, S.2-3, s72

³³⁷ Sayıcı Bilge, *Türkiyede Hukuk ve Adli Bilimler Açısından İmza ve Karşılaşılan Sorunlar*, İÜAT E, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009, s

38.

³³⁸ Gürelli N, *Türk Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik*, İstanbul, 1967, s 94

³³⁹ Aydılek Behzat, *Hukuk Yargılaması açısından Bilirkişilik*, İzmir Barosu Dergisi, 1992/3, s 42

tarafsızlığı ilkesinin ihlalinin açık kanıtı olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.³⁴⁰

Bu görüşe katılmayanlar yüksek yargı organlarına ait bile olsa Yargıtay içtihatlarının eleştirilebileceğini, uzman bir bilim insanının gerçeği ortaya koymak ve görüşünü gerekçelendirmek veya tezini ispatlamak adına bu bilimsel donanıma ve cesarete sahip olması gerektiğini savunmaktadır.³⁴¹

Bilirkişinin raporunda dikkat etmesi gereken hususlardan biri de hakim tarafından kendisine sorulan sorulara odaklanmış olup olmadığıdır.³⁴² Hakim, bilirkişiye sorular yönelterek onu incelemesinin sınırları bakımından yönlendirmekle yükümlü olduğu gibi; bilirkişi de raporunda, bu sorulara tam ve eksiksiz olarak ikna edici cevaplar vermek zorundadır.³⁴³

iii. Bilirkişi Raporunun Özellikleri

Raporda açıklanan görüşlerin, inandırıcı ve kanaat verici şekilde akla, mantığa ve bilime uygun üslupla gerekçelendirilmiş olması şarttır.³⁴⁴ Soyut ifadelerle ve afaki bir dille, yüzeysel şekilde yazılan raporlar kabul görmeyecektir.³⁴⁵

Bilirkişi raporu sade bir dil ve anlaşılabilir bir terminoloji ile yazılmalıdır. Sadece erbabı tarafından anlaşılabilir teknik terimlerden ibaret bir rapor, bilirkişilik kurumu ile bağdaşmaz. Zira bilirkişi, Hakimin hukuk bilgisi ve deneyimi ile altından kalkamadığı özel ve teknik konuları Hakim için anlaşılır şekilde çözmek ve açıklığa kavuşturmak için vardır. Bilirkişi görüşü; teknik bilginin hukuk kalıbında ifadesi olmalıdır.³⁴⁶

Bilirkişi raporunun hakime yardımcı olabilmesi için tıbbi bilirkişi görüşünün dili ve ifade şeklinin de hakimin ve raporu inceleyen diğer kişilerin anlayabileceği şekilde olması, karmaşık ve çelişik ifadelerle yer verilmemesi gerekir.³⁴⁷ Ayrıca rapordan beklenen amaca ulaşılabilmesi için tıbbi bilirkişinin araştırmaları sırasında izlediği

³⁴⁰ Aşçıoğlu, 2010, s 278 aktaran Yahya Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, 2012, s 336

³⁴¹ Yahya Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul 2012, s 336

³⁴² Gürelli N, *Türk Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik*, İstanbul, 1967, s 94

³⁴³ Yahya Deryal, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012 s 349

³⁴⁴ Kuru Bakı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C III*, İstanbul 2001, s 2736

³⁴⁵ Belgesay M R, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C I*, İstanbul 1939, s 139

³⁴⁶ Anık Selehaddin, *Anılarda Bilirkişilik*, İBD, 2008, 82/3, s 1200

³⁴⁷ Güldiken F. Özge, *Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Bilirkişilik*, Ankara, 2005, s 170

yöntemin test edilebilir nitelikte olup olmadığının, hata payının ne kadar olduğunun ve bilimsel topluluklar ve diğer uzman bilirkişilerce kabul görüp görmediğinin mahkeme tarafından araştırılması gerekir.³⁴⁸

Bilirkişi görüşünün, hakim ve taraflarca anlaşılır bir dil ve yazım içinde hazırlanmaması durumunda, ilk olarak hakimin bilirkişinin oy ve görüşünü serbestçe değerlendirme yetkisi ortadan kalkacak, sonrasında tarafların itiraz haklarını kullanmaları kısıtlanmış olacaktır.³⁴⁹

Bilirkişi görüşünü içeren rapor, hiçbir kuşkuya ve tereddüde yer vermeyecek ölçüde açık, inandırıcı, net ve kesin bir sonuç hükmü taşımalıdır.³⁵⁰

Sonuç kısmının, uyumsuzluğu çözer bir üslup içinde, hüküm kurar gibi, bir mahkeme edasında kaleme alınması da uygulamada şikayet konusu edilmektedir.³⁵¹

Bilirkişiler, konuyu birlikte inceleyip aralarında müzakere ettikten sonra sonucu ortak bir rapor halinde hazırlayıp mahkemeye sunarlar. Yoksa bir araya gelmeksizin her bir üyenin ayrı ayrı görüş belirtmesi ve rapor yazması kabul edilebilir değildir. Kurul halinde görevlendirilen bilirkişiler yaptıkları görüşmelerde fikir ayrılığına düşerler ve oybirliğine ulaşamazlar ise, ayrık görüş raporda dayanakları ile birlikte özellikle belirtilmelidir.³⁵²

Rapor, somut olaylara dayalı mı, gereksiz ayrıntılar içeriyor mu, ilk okumada anlaşılabilir mi, mantıklı mı, tartışmalara yol açabilir mi, ikna edici mi, Hakimin istediği tüm soruların yanıtlarını kapsıyor mu gibi sorulara cevap verir nitelikte ise eksiksiz bir rapor olarak değerlendirilir.³⁵³

Tıbbi bilirkişilerin rapor üzerinde değiştirme veya yaptıkları yanlışları düzeltme amacıyla yaptıkları karalamaların yanına açıklamasını yaparak imzalarını atmaları

³⁴⁸ Hancı Hamit, *Bilirkişilik ve Çapraz sorgu*, s 21 Ankara, 2003

³⁴⁹ Tanrıver Süha, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bilirkişi İncelemesi*, *Hukuki Perspektifler Dergisi*, S. 8, Eylül 2006, s 92

³⁵⁰ Yargıtay 5. HD., 24.02.1998, 19535/1911, YKD., C.24, S 4, s 512, Deryal Yahya, *Türk hukukunda Bilirkişilik*, s 347

³⁵¹ Saran Bedir, *Bilirkişilik Uygulaması Hakkında Genel Değerlendirme*, <http://www.hukuki.bakis.com/detay>

³⁵² Belgesay M .R, *Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, C I, İstanbul 1939., s.139

³⁵³ Süha Tanrıver, *Bilirkişinin Hukuki statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara 2002, s 74

gereklidir.³⁵⁴ Eğer söz konusu karalamalar bilirkişi raporunun geçerliliğini etkileyecek nitelikte ise tıbbi bilirkişi raporu kısmen veya tamamen geçersiz sayılabilir.³⁵⁵

Raporun yetersiz, eksik ve çelişkili olması, ek rapor veya yeni bilirkişi incelemesine yol açacağından ve böylece hem dava gereksiz yere uzayacağından hem de yargılama masrafları artacağından ya da yetersiz ve çelişkili bir raporla hüküm kurulması bozma sebebi olacağından, raporun eksiksiz ve tatminkar olmasına özenle riayet edilmelidir.³⁵⁶

17) EKSİK BİLİRKİŞİ RAPORU NEDENİYLE BOZULAN KARARLAR

i.Adli Tıp Kurumunun hükme esas alınmayan bilirkişi raporları

Adli Tıp Genel Kurulunun kararları nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe değerlendirme hususundaki yetkilerini kısıtlamaz (ATK m.23). Karara dayanak yapılan bilirkişi raporlarının kabul edilemez olması sebebiyle bozulan çok sayıda karar vardır.³⁵⁷ Adli Tıp Kurumu raporlarının hükme dayanak olacak nitelikte olmamasının sebepleri genel olarak “*raporun inandırıcı, tatminkar ve yeterli olmaması, dosyadaki birden fazla Adli Tıp Kurumu raporunun birbiriyle çelişkili olması, raporu hazırlayan kurulda ilgili uzman olmaması, raporun somut olayın özelliklerine uygun olmaması*” şeklinde belirtilmiştir. Adli Tıp Kurumu raporlarının yetersiz olduğu belirtildikten sonra genellikle üniversiteden görüş istenmeli şeklinde karar çıkmıştır.³⁵⁸

Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurullarında incelenecek konunun, ilgili uzman üyenin hazır bulunmaması halinde müzakere edilemeyeceği 2659 sayılı kanunla hükme bağlandığından, Yargıtay Ceza Genel Kurulu, kalp yetmezliğinden ölen bir hastanın durumunun görüşüldüğü Adli Tıp İhtisas Kurulunda kardiyoloji uzmanı üyenin yokluğunu bozma sebebi saymıştır.³⁵⁹

³⁵⁴ Ömer Ulukapı, *Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001, s 301*

³⁵⁵ Kuru Bakı, *Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 2001, C.II, s 2742*

³⁵⁶ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul, 2012, s 349*

³⁵⁷ Savaş Halide, *Yargıtaya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpraktis-Tıbbi davaların Seyri ve Sonuçları, Ankara, 2011, s 230*

³⁵⁸ Savaş Halide, *Yargıtaya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpraktis-Tıbbi davaların Seyri ve Sonuçları, Ankara, 2011, s 230*

³⁵⁹ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul, 2012, s235*

İncelenen dosyada, hükme dayanak yapılan Adli Tıp Kurumu Birinci İhtisas Kurulunun 14.4.1989 gün, 8564-890404-297/607 sayılı raporu yeter sayıda üyenin katılımıyla düzenlenmiş ise de, raporda; maktulün kalp yetmezliğinden öldüğü ve olayın stresinin ölüme etkisi bulunduğu belirtildiği halde, kardiyo­loji uzmanı üye müzakereye katılmamıştır. Bu itibarla, konunun uzmanının katılmadığı ihtisas kurulu raporuna dayanılarak hüküm kurulması yasaya aykırıdır. Sair yönden incelenmeyen direnme hükmünün öncelikle, bu usule ilişkin nedenle bozulmasına karar verilmelidir.³⁶⁰ Yargıtay, konunun uzmanının görüş bildirmediği veya uzman görüşünün kabul görmediği Adli Tıp Kurumu Kararlarını dayanak alarak hüküm kurulamayacağını, böyle durumlarda üniversitelerin ilgili anabilim dallarında seçilecek uzman öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi kurumlarından rapor alınarak hüküm kurulması gerektiğine işaret etmektedir.³⁶¹

Yüksek Mahkeme, taraflar arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğunu ve davalı vekil doktorun en hafif kusurundan ve özensizliğinden bile sorumlu olduğunu, doktorun ihmal ve kusurunun kabul edilmesi ile manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Karara konu olayda davacı hasta, nefes almakta zorlandığı için Kulak Burun Boğaz uzmanı davalı doktora gitmiş ve ameliyat olmuştur. Ameliyattan bir süre sonra rahatsızlık duyup tekrar davalı doktora gitmiş ve burnunda önceki ameliyattan kalan bir kırık iğne ucu olduğunu, kemiğe saplanmış olduğunu öğrenmiş başka bir doktora iğne ucunu çıkarttırmıştır. Davalı uzman doktorun ameliyat sırasında, burun içinde kırılan iğne ucunu bütün aramalara rağmen bulamadığı, bu haliyle ameliyata son verdiği, durumdan davacı hastayı da haberdar etmediği, kırık iğne ucunun uzun süre davacı hastanın burnunda kaldığı konusu çekişmesizdir.

Ameliyat sırasında kırılan iğne ucunu tüm aramalara rağmen bulamadığını ve zorunlu olarak ameliyata son verdiğini, davalı doktorun davacı hastaya ameliyat sonrası bildirmesi gerekirdi. Davacıda uzun süre vücudundaki kırık iğne ucu ile yaşamak zorunda kalmazdı. Bu durum karşısında orta seviyede tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği ihtimam ve özenin, davalıya gösterilmediği açık olup,

³⁶⁰ CGK, 12.11.1990, 1-250/276, YKD., C.17, S.10, Ekim 1991, s 1551, Deryal Yahya, Tıp Hukukunda, s 235

³⁶¹ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2002/13959, K.2003/2380, T.6.3.2003; Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E.2002/2589, K.2002/4560, T.25.4.2002, Savaş Halide, Tıbbi Müdahale Hataları, s 234-238

ihmal ve kusurun kabulü zorunludur. O nedenle olayda belirlenen özel hal ve şartlar ile duyulan acı ve elemde göz önünde tutularak başkaca bir araştırmaya da gerek görülmeden davacı yararına BK m.47 ve MK m.4 uyarınca değerlendirip, adalete uygun bir manevi tazminata mahkemece hükmedilmesi gerekirken, olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iten, dosyadaki olgulara uygun düşmeyen Adli tıp kurumu raporundaki görüş HUMK 275. Maddesi hükmüne aykırı olarak benimsenip, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.³⁶²

Bu olayda doktorun, iğne ucunun kırıldığını ve burun içinde kaldığını hastaya söylememiş olması tıp ahlakı açısından da, genel ahlak kuralları açısından da kabul edilebilir bir durum değildir. Burada hekim, hastaya durumu anlatmak ve birlikte karar vermek yerine artık terk edilmesi gereken paternalist bir yaklaşımı benimsemiş veya adam sendeci bir tutum içine girmiştir. Hekimin kusurlu olduğu çok açıktır.

Burada cevaplandırılması gereken asıl soru, davalı doktorun, iğne ucunun kırılarak burun içinde kaldığını ve tüm gayretlerine rağmen kırık ucu bulup çıkartamadığını hastaya söylemesi durumunda da kusurlu olup olmadığının belirlenmesidir. Ameliyat sırasında iğne ucunun kırılması ve burun içinde bırakılması ilk bakışta meslekte acemilik, özensiz bir davranış olarak gözükmektedir. Ancak bu tür durumlar pek çok cerrahın en az bir defa başına gelmiş olaylardandır. Bu tür vakalarda hekimin kusurunu belirlemek hiç kolay bir iş değildir. Kusurun belirlenmesinde bu tip ameliyatlara yeterli sayıda yapmış ve halen aktif olarak yapan, tecrübeli bilirkişilerin görüşüne ihtiyaç vardır. Bu bilirkişilerin hukukun temel ilke ve kavramlarına aşina olması, hukukçu bakış açısına yatkın olması, gerçeğe ulaşmada çok önemlidir.

Hakim, maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış kusurlu fiiller bulunduğunda, olaya uymayan bilirkişi raporu doğrultusunda değil, delilleri kendisi değerlendirip, somut olayın özelliklerini ve dosyadaki diğer verileri esas alarak, kusurun mevcut olup olmadığını kendisi takdir edip belirlemelidir (HUMK m.286/1).

Davaya konu olayda davacıların çocuğu, ameliyatta verilen narkoz sonrası bitkisel hayata girmiştir. İlk derece mahkemesi davaya konu olan tıbbi müdahale ile ilgili olarak Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan rapor almış ve bu rapor doğrultusunda

³⁶² Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2000/8950, K. 2000/9569, T.6.11.2000, Yılmaz Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin, s 115

maddi-manevi tazminat davasının reddine karar vermiştir. Yüksek mahkeme, somut olayda maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış kusurlu fiiller bulunduğundan hakimin inandırıcı ve tatminkar olmayan bilirkişi raporu doğrultusunda değil, davacılara tazminat ödenmesi yönünde hüküm kurması gerektiğine karar vermiştir.³⁶³

Somut olaya baktığımızda, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu, hastanın anestezi altında olduğu, verilen ilaçların birbirini etkileyerek hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısıyla ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan, davalı doktor ve hastanenin kusurlu olduklarının kabulü zorunludur. Bu açıklamalar ışığında doktor ve hastanenin kusurlu olmadığı yönündeki rapor sonuçlarına itibar edilemez. Davalıların kusurlu olduklarının kabulü ile, delilleri sorulup, gerektiğinde tekrar bilirkişi incelemesi yaptırıp, talep doğrultusunda maddi tazminata ve uygun manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.³⁶⁴

Yüksek mahkeme, Adli Tıp Raporundaki tespitin aksinin ispatı halinde, davalıların kusurlu olduklarının kabul edilmesi görüşündedir. Dava, doğum esnasında oksijensiz kalma sonucu bebekte zeka geriliği oluşmasından doğan zararların tazminine ilişkindir. Davacılar davalı doktorun sezaryen yapması gerektiği ve bu konuda anlaşma yapıldığı halde normal doğum yaptırarak bebeği tehlikeye attığını iddia etmektedir. Davalılar da davacının sezaryen teklifini ve vakum önerisini reddettiği yönünde savunmada bulunmaktadır. İlk derece mahkemesi olayla ilgili olarak Adli Tıp Kurumundan rapor almış ve davalıları kusursuz bulan bu rapor doğrultusunda davayı reddetmiştir. Dosyadaki Adli Tıp Kurumu raporlarında, davalıların kusursuzluğunun gerekçesi olarak, davacının sezaryen ameliyatını ve vakum önerisini kabul etmemesi gösterilmektedir.

Dosya içinde bulunan 1.11.1998 tarihli muvafakat belgesinde, davacının hastalığının tedavisinin davalı doktor tarafından yapılmasına, zaruret görüldüğü takdirde cerrahi ameliyat yapılma suretiyle tedavisine muvafakat ettiği anlaşılmaktadır. Her ne kadar bu belge davacı tarafından imzalanmayıp, davacının yakını tarafından imzalanmış ise

³⁶³ Savaş Halide, *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpraktis-Tıbbi davaların Seyri ve Sonuçları*, Ankara, 2011, s 231

³⁶⁴ *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2004/12088, K.2005/1728, T.7.2.2005, Savaş Halide, Tıbbi Müdahale Hataları, s 231*

de, davacıların artık bu belge ile cerrahi müdahalede dahil olmak üzere tüm tıbbi müdahaleler hususunda muvafakatlerinin olduğunun kabulü gerekir. Hal böyle olunca, bu durumun tersine tezahür eden, davacının sezaryen ve vakum önerisini kabul etmediğinin de davalılar tarafından yazılı belgeyle ispatlanması gereklidir. Davalılar ise böyle yazılı bir belge sunmadıkları gibi, savunmalarını kanıtlayıcı yasal bir delil de ibraz etmiş değillerdir. Her ne kadar davalıların tanıkları, davalıları doğrular şekilde beyanda bulunmuş iseler de, bu konuda tanık dinlenemeyeceğinden beyanlarına itibar edilemez. Mahkemece, davalıların olayın vuku bulmasında kusurlu oldukları kabul edilmek suretiyle, davacıların taleplerinin değerlendirilerek, hasıl olacak sonuca uygun karar vermesi gerekirken, yazılı şekilde davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.³⁶⁵

Bu karar, ispat hukuku yönünden önemli bir karardır. Çünkü hastanın imzaladığı onay belgesi (aydınlatılmış onam) Yüksek Mahkeme tarafından hasta lehine ispat vasıtası olarak kabul edilmiştir. Davacı hastanın lüzum görülen cerrahi işlemlere onay verdiğini gösteren bu belge, davalıların savunmalarını ve bilirkişi raporundaki kusursuzluk gerekçesini çürütmüştür.³⁶⁶

Yüksek Mahkeme eksik inceleme ve mevcut delilleri değerlendirmede yanılıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesini usul ve yasaya aykırı bulmakta ve bozma nedeni saymaktadır.

Kararda, ilk derece mahkemesinin hükme dayanak yaptığı bilirkişi raporundaki eksiklikler belirtilmiş ve tekrar üniversiteden rapor alınması gerektiği vurgulanmıştır. Ayrıca tıbbi davalarda mahkemelerin bilirkişilere sorması gereken sorular da detaylı olarak kararda yer almaktadır.

Mahkemenin kararına dayanak yaptığı Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun raporunda, davacının vücudunda kalan maddenin inert bir madde olduğu, hastada reaksiyonel bir gelişime yol açacak nitelikte olmadığından çıkarılmasının gerekmediği, hastada bir komplikasyon oluşturmasının söz konusu olmadığı, bu nedenle olayda uygulamayı yapan davalı doktora yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı belirtilmektedir. Raporunda somut olaydaki gibi bir vakada tıbbın

³⁶⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2006/16810, K.2007/1248, T. 05.02.2007, Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s 334

³⁶⁶ Savaş Halide, Yargıtaya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları , Tıbbi Malpraktis-Tıbbi davaların Seyri ve Sonuçları, Ankara, 2011, s 232

gereklerine ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle yapılanın uyuşup uyuşmadığı, böyle bir operasyonda vücutta yabancı madde kalmasının olağan olup olmadığı ve böylece bir riskin bulunup bulunmadığı konusunda herhangi bir açıklamaya ve bilgiye yer verilmemiştir.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş; Üniversitelerden konuyla ilgili uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan, yapılması gerekenle yapılanın ne olduğu, yapılması gerekenle yapılanın uyumlu olup olmadığı, böyle bir zararın ortaya çıkmasının olağan olup olmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren, nedenleri açıklayıcı, taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor almak, oluşacak uygun sonuç çerçevesinde karar vermektir. Açıklanan hususlar gözetilmeden eksik araştırma ve incelemeyle yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır, bozmayı gerektirir.³⁶⁷

Tıbbi müdahalede hekimin özenli davranıp davranmadığı, dosya üzerinden, ameliyat raporları, ameliyat öncesi ve sonrası istenen tetkikler incelenerek belirlenmektedir. Verilen tıbbi müdahale kararının doğruluğu, müdahale öncesi yapılan hazırlıkların ve sonrası takibin tıbbın kurallarına uygun ve özenli olduğu konusunda bu dosya incelemeleri bize fikir verebilir. Ancak tıbbi müdahale anında yapılan ve zararlı sonuç oluşturan fiillerde hekimin özensiz davranıp davranmadığını belirlemek çok zordur. Ameliyat ve diğer müdahale raporları bizzat işlemi gerçekleştiren hekim tarafından daha sonra yazıldığı için gerçekçi bir fikir vermektir uzaktır. Müdahale ekibinde yer alan ve müdahalenin tek görgü tanığı olan sağlık mesleği mensupları dışında hiç kimse bu konuda fikir yürütemez. Böyle durumlarda tanık ifadelerine de itibar edilemeyeceğinden bu sorunun cevabı şimdilik çözümsüz gibi gözükmektedir.

Yüksek Mahkeme, Adli Tıp raporunda belirtilen görüşlerin dayanak ve gerekçeleri açıklanmamışsa, bu raporun hükme esas alınmayacağı görüşündedir.

Dava konusu olayda davacılar sağlıklı bir çocuk sahibi olmayı beklerken bir kolu sakat bir evlat sahibi olduklarını görmeleri ve bu duruma hazırlıksız olmaları, hamilelik döneminde bu sakatlığın giderilmesi veya hamileliğin sonlandırılması

³⁶⁷ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E.2005/11159, K.2005/17474, T. 28.11.2005, Savaş Halide, Tıbbi Müdahale Hataları, s235

ihtimalleri değerlendirilmediği için bir zarara uğradıklarının kabulü gerekir. Adli Tıp raporunda, bu arızanın tespiti halinde dahi tıbbi rahim tahliyesi endikasyonu oluşturmayacağı belirtilmiş ise de bu görüşün dayanakları ve gerekçeleri açıklanmamış olup, esasen hamileliğin sonlandırılması için yeterli bir sakatlık olmasa bile, davacıların böyle bir sakatlığı önceden bilme hakları vardır. Yine Adli Tıp raporunda mevcut anomalinin anne karnında tespit edilemeyeceği görüşü de dayanağı ve gerekçesi açıklanmamış bir görüştür. Davalının hamileliği takip sırasında yapması gereken rutin kontrollerin neler olduğu, davalının bunlardan hangilerini yaptığı, hangilerini yapmadığı, dosya içinde bulunan hamilelik dönemine ait ultrason görüntülerinden bu anomalinin tespit edilip edilemeyeceği, takip sırasında bebeğe ait verilerin, organların gelişimlerinin saptanarak kaydedilip kaydedilmediği, davalının ne şekilde görevini yerine getirdiği konusunda bir tespit yapılmamıştır.

Bu nedenlerle, mahkemece, dosya içindeki tüm raporlar, davalının tuttuğu takip kartları incelenerek, davalı doktorun yaptığı işlemler ile hamilelik döneminde yapılması gereken işler karşılaştırmalı olarak değerlendirilmek üzere, gerektiğinde radyoloji uzmanının da dahil olacağı Üniversite öğretim üyelerinden oluşacak, kadın doğum uzmanı üç kişilik bilirkişi kurulundan davalıya aftı kabil bir kusur olup olmadığı konusunda rapor alınarak, sonuca uygun karar verilmelidir. Eksik inceleme sonucu, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.³⁶⁸

ii.Yüksek Sağlık Şurasının hükme esas alınmayan kararları

Yargıtay Yüksek Sağlık Şurasının kararlarını, pek çok olguda eleştirmektedir. Yüksek sağlık Şurası Raporu, hükme esas alınacak nitelikte olmadığından bozulan çok sayıda karar vardır. Raporların hükme esas alınmayacak, kabul edilemez nitelikte olma sebepleri genel olarak “*dosyadaki raporun inandırıcı, tatminkar, gerekçeli ve yeterli olmaması, raporun somut olayın özelliklerine uygun olmaması, dosyada maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış rapora zıt olayların varlığı, Y.S.Ş'nin hukuk davalarında başvurulması zorunlu bilirkişi kurulu olduğunun kabul edilmemesi*” gibi sebeplerdir. Bozulan kararlarda hüküm kurulmalı veya başka bilirkişiye gönderilmeli şeklinde karar çıkmıştır. Dosyaların gönderildiği bilirkişiler; Adli Tıp Büyük Kurulu, Üniversite, Uzman Kişilerden Oluşacak Bilirkişi Kurulu veya Adli Tıp Kurulu, Adli

³⁶⁸ Yargıtay 13.Hukuk Dairesi E.2006/ 13122, K.2006/ 16638, T. 21.2.2006,Savaş Halide,Tıbbi Müdahale Hataları, s 367

Tıp Kurumu İhtisas Dairesi, Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesi veya Üniversitelerden seçilecek konusunda uzman Bilirkişi Kurulu şeklindedir.³⁶⁹

Yargıtay, YSS kararlarının bağlayıcı olmadığını vurgulamakta ve özellikle tereddüt halinde Adli Tıp Kurumundan bilirkişi raporu alınması gerekliliğine hükmetmektedir.

Hakimin, davalı doktorun sorumluluğunu tayin ederken olayların özelliğine, iddia ve savunmaya uymayan, dayanakları gösterilmeyen, yargılamada kesinlikle saptanan maddi olgular karşısında, inandırıcı olmaktan uzak Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı olmayacağı konusu çekişmesizdir. Söz konusu dava, yapılan septorinoplasti (burnundan nefes almayı ve şekil bozukluğunu düzeltmeye yönelik tıbbi müdahale) ameliyatı sonucu davacıda oluşan zarar iddiasıdır. Burada esas çözümlenmesi gereken sorun, davalı doktorun ameliyat esnasında davacı burnuna koyduğu tespit alçısının davacı tarafından zamanından önce alınmasının, zararın meydana gelmesinde tek ve mutlak etken olup olmadığının tıp biliminin kuralları altında aydınlığa kavuşturulmasıdır. Yüksek Sağlık Şurası raporuna bakıldığında; bu yönde gerekçeleri açıklanmış bir görüş öne sürülmemiş, mücerret bir kabul tercih edilmiştir. Bu durumda mahkemece yapılacak iş, öncelikle hukuk kurallarının ışığı altında uyumsuzluk incelenmeli, dosya tomarı ile Adli Tıp Büyük Kuruluna gönderilmeli gerekirse davacı da muayene ettirilmelidir.³⁷⁰

Katılanın, sanığın zamanında tanı koymaması nedeniyle tedavide yeterli ve elverişli sonuç alınmadığını ileri sürmesi ve Y.S.Ş tarafından verilen raporun yeterli gerekçeyi içermemesi karşısında; sanığın, katılanın çocuğunun hastalığını teşhis edip gereken tedaviyi yapması hususunda bir savsamının ya da özensizlik, meslekte acemiliğin bulunup bulunmadığı, zamanında yapılan tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceği ve sanığa yüklenebilecek bir sorumluluk bulunup bulunmadığı açısından, dosya gönderilerek Adli Tıp Kurumundan görüş alınması ve sonuca göre sanığın hukuksal durumunun değerlendirilmesi gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle beraat kararı verilmesi yasaya aykırıdır.³⁷¹

Mahkemenin kararını dayandırdığı Yüksek Sağlık Şurası'nın 26-27 Nisan 2001 tarihli raporunda olayın oluşumu ve uygulanan tedavi açıklanıp, dosyadaki bilgi ve bulgular

³⁶⁹ *Savaş Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpraktis-Tıbbi davaların Seyri ve Sonuçları, Ankara, 2011, s246*

³⁷⁰ *13. HD., 05.04.1993,131/2741, Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s593.*

³⁷¹ *4. CD., 14.06.2006, 7277/8623, Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s591.*

değerlendirildiğinde; yapılan ameliyatın doğru olduğu, ameliyat sonrası gelişen enfeksiyonun beklenen bir komplikasyon olduğu, bu nedenle hastane ve görevli doktorların kusursuz oldukları belirtilmiştir. Raporunda, somut olaydaki kırıkta, tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bu konuda gereken özenin gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilmemiştir.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş, konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan veya Adli Tıp Kurumundan, yapılması gerekenle yapılanın ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren, nedenleri açıklayıcı, tarafların, mahkeme ve Yargıtayın denetimine elverişli rapor alınarak, hasıl olacak sonuca uygun karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.³⁷²

Hükme esas alınan 22-23 Şubat 2001 tarihli YSS raporu, davalı doktorun ceza dosyasındaki savunması ve Türk Tabipler Birliğince hazırlatılan 23.7.1999 tarihli muhakkik Y.G tarafından düzenlenen tahkikat raporu esas alınarak hazırlanmış olup, hastane evrakları ve özellikle bu evraklar içindeki 26.5.1998 tarihli bizzat davalı hastane tarafından düzenlenen rapora hiç değinilmemiştir. Öte yandan davalı doktorun kusursuzluğunun hangi maddi verilere dayandırıldığı açıklanmadığı gibi, olayda diğer davalı hastanenin kusurunun bulunup bulunmadığı da tartışılmamıştır. Öyleyse mahkemece, gerektiğinde davacıyla birlikte hastane evrakları, bu konudaki tüm bilgi ve belgeler Adli Tıp Kurumu ilgili ihtisas dairesine veya Üniversitelerden seçilecek konusunda uzman bilirkişi kuruluna sevki ile, davacının görme kaybında davalıların kusurunun bulunup bulunmadığı, kusur varsa miktarları konusunda taraf ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmalı, sonuca göre karar verilmelidir. Bu hususun göz ardı edilerek, ceza dosyası içindeki yetersiz YSS raporu esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.³⁷³

Yargıtay mevcut delilleri tek tek değerlendirmeyen, gerekçesiz YSS raporunun hükme dayanak yapılmayacağını belirtmektedir; Hükme esas alınan YSS raporu ve ek raporunda deliller tek tek ele alınıp irdelenmemiş, davacıya 25.03.1998 gününde

³⁷² 13.HD., E.2001/10959, K.202/487, T.21.1.2002, Savaş Halide, Tıbbi Müdahale Hataları, s 252

³⁷³ 13.HD., E. 2002/11640, K.2003/415, T.21.1.2003., Savaş Halide, Tıbbi Müdahale Hataları, s 253

davalı hastanede yapılan anjiyografi sırasında davacının hastane mikrobi kapıp kapmadığı ve bunun sonucunda ayağının kesilip kesilmediği, yapılan angiografi eylemi ile oluşan zarar arasında illiyet bağının bulunup bulunmadığı açıkça ortaya konup tartışılmamıştır. Bu durumda mahkemece, davacının rapora itirazları da göz önünde bulundurularak, dosyanın yeniden konusunda uzman bilirkişi kuruluna veya Adli Tıp Kurumuna gönderilerek taraf ve Yargıtay denetimine elverişli, gerekçeli rapor alınmalı sonuca göre karar verilmelidir. Bu hususun göz ardı edilerek, ceza dosyası içindeki yetersiz YSS raporu esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.³⁷⁴

Yüksek Sağlık Şurası ile Adli Tıp raporu arasındaki çelişki durumunda ise Adli Tıp Genel Kurulundan görüş alınması gerektiği içtihat edilmektedir. Somut olayda hemşire sanığın yaptığı enjeksiyon sonucu, mağdur hastanın bacağına fonksiyon azalması yani uzuv zaafı oluşmuştur. Pendik Sağlık Grup Başkanlığının 06.03.2000 tarihli, İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi nöroşirurji Ana bilim Dalının 25.01.2001 tarihli ve Adli Tıp Kurumunun 18.05.2001 tarihli raporlarında arızanın enjeksiyona bağlı olduğunun ve sanık hemşirenin kusurlu olduğunun bildirilmesine karşın, Yüksek Sağlık Şurasının 27-28 Mart 2002 tarih ve 10502 karar sayılı sanığın savunmasını dayanak kabul ederek verdiği soyut nitelikteki “*enjeksiyonun doğru yerinden yapıldığını ve siyatik sinir seyrinin kişilere göre farklılık gösterdiğinden bahisle sanığın kusursuz olduğunu*” bildiren raporuna hangi gerekçelerle üstünlük tanınıp hükme esas alındığı açıklanarak, sanığın savunmasında iddia ettiği, müdahilin başka yerde enjeksiyon yaptırıp yaptırmadığı hususu da müdahilden sorulduktan sonra, raporlar arasında husule gelen çelişkinin giderilmesi yönünden Adli Tıp Kurumu Genel Kurulundan görüş alınarak sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.³⁷⁵

Yargıtay, operasyon sırasında hastada gazlı bez unutulması olayında, tıbbi hata veya kusur halinin apaçık olduğunu ve bilirkişiye sorulacak bir yönünün bulunmadığını belirtmektedir.³⁷⁶

Yargıtaya göre; Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni

³⁷⁴ 13. HD., E.2002/1376, K. 2002/3840, T.9.4.2002, Yılmaz Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin , s81

³⁷⁵ 2. CD., 19.04.2005, 21965/6580, Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s594

³⁷⁶ 13.HD., 14.03.1983, 8557/2138; 13.HD, 14.03.1983, 7237/1783, Deryal Yahya, Tıp Hukukunda, s 129

göstermek zorundadır. Doktorların davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesinde ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü, objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır.

Kusur sorumluluğun sübjektif şartıdır. Kusur, kasıt ve ihmal olarak ikiye ayrılmıştır. (BK m.41). İhmalde; kişi hukuka aykırı bir sonucun oluşmasını istememiştir. Buna rağmen böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun gerekli özen ve dikkati göstermemesi veya gerekli tedbirleri almamasından dolayı oluşmuştur. İhmalinde hafif ve ağır olarak iki çeşidi vardır. Ağır ihmal, normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında göstereceği en basit dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmemesidir. Doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında gazlı bez unutulması, bizzat sorumlu olmasını gerektiren ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutmama hoş görülmesi, hoşgörü ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla, olayın uzman önünde incelettirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü; bir operatörün ameliyat esnasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya meydan vermemesi asıldır.

Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurasının olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadirde olsa mümkün olaylardan kabul etmesi yetersiz olup, ayrıca sorun niteliğini kavramaktan da uzaktır. Bu görüş Usulün 275 ve ardından gelen maddeleri hükmünce mahkemeyi bağlamayacaktır.

Kaldı ki; maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış ve çekişmesiz durumların bilirkişi aracılığı ile tekrar incelenmesine de gerek yoktur. Öyle ise, gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye incelettirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır.³⁷⁷

Türk Yargıtayı, ameliyatta hastanın karnında pens bırakılması gibi tıbbi hata hallerini, bilirkişi incelemesi gerektirmeyen açık ve ağır bir kusur olarak nitelendirirken, Alman

³⁷⁷ 13.HD., 04.03.1994, 8557/2138; 13.HD., 14.03.1983, 7237/1783, Deryal Yahya, *Türk Tıp Hukukunda*, s129

Federal Mahkemesi, ameliyat sonucu vücutta yabancı madde bırakmanın mutlaka her olayda kusurlu bir davranış olarak yorumlanamayacağı görüşündedir.³⁷⁸

Yüksek Sağlık Şurası'nın çalışanları koruma refleksiyle çok sayıda yanlış ve açık hatalı karara imza attığı, bu yapı ve görüntü içinde Şura'nın miadını doldurduğu görüşü belirtilmektedir.³⁷⁹

Yüksek Sağlık Şurası üyeleri, Sağlık Bakanlığınca ülkede sağlık hizmetleri veya eserleri ile tanınmış kişiler arasından seçilir. Seçilen kişilerin liyakat, dürüstlük ve tarafsızlık gibi bilirkişilerde aranan özelliklere sahip olup olmaması tamamen sağlık politikalarımız, eğitim politikalarımız ve adalet sistemimizi sorgulamamızı gerektiren bir konudur. Ancak Şuranın dosya üzerinden karar vermesi, gerekli inceleme ve keşifleri yapmaması bilirkişilik göreviyle bağdaşmayan bir uygulamadır. Bilirkişiler bu göreve zaman ve emek verebilecek kişiler arasından seçilmelidir.

Yargıtay'ın vücutta yabancı cisim bırakılması gibi durumlarda bilirkişi incelemesine ihtiyaç duyulmaması görüşünü ve bu konuda içtihat oluşmasını gerçeğe ulaşma hedefi açısından sakıncalı olduğunu düşünüyorum. Tıp biliminin "*Hastalık yok hasta vardır*" prensibi günümüze kadar geçerliliğini korumuştur. Her hastalığın bünyedeki seyri kişiler arasında farklılık gösterir. Her ameliyatın, ismi aynı da olsa, zorluk derecesi, gerekliliği, aciliyeti, yapıldığı koşullar, yarar-zarar oranı parmak izi gibi birbirinden farklıdır. Acil koşullarda, elverişsiz ortamda, birden fazla müdahale zorunluluğuyla birlikte yapılan uzun, zor ve hayat kurtarıcı bir operasyonla, önceden planlanan, endikasyonu bile tartışmalı olan operasyon aynı zararlı sonucu oluşturabilir. Bütün bu farklılıkları göz ardı ederek, tüm olguları bir kabul edip hüküm kurmak, içtihat oluşturmak gerçeği bulma çabasından çok, kolay karar verme gayreti gibi gözükmektedir.

Tıbbi müdahalelere karar verme, değişkenlerin göz önüne alındığı matematiksel bir olasılık işlemidir. Gerçek genellikle mutlak ve tek değildir. Karar verme işlemi esnasında, yeni gelişen durumlara göre tekrar- tekrar değerlendirme, analiz ve muhakeme yapmak gerekmektedir. Olağan üstü koşullar, kişilerin bilinçsel işlemlerini, muhakeme ve analiz yeteneklerini olumsuz etkileyerek, karar verme süreçlerindeki hata olasılıklarını artırır. Hukuk sistemi tıbbi müdahalelerde hatanın

³⁷⁸ Ünver Yener, *Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, 2007, s 150*

³⁷⁹ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul, 2012 s 249*

varlığını araştırır. Hata belirsizlik durumlarında daha da sık karşımıza çıkan doğal bir davranıştır. Hata doğruyu bulma aşamasında önemli bir adımdır, yaratıcı çözümler bulmaya ve tıp bilimimin de ilerlemelere yol açar. Hatanın varlığı-yokluğuna odaklanan, belirsizlikleri, ayrıntıları göz ardı eden hukuk sistemi, bir taraftan tıbbi gelişmelerin önünü kapatırken, diğer taraftan da gerçeği bulmaktan uzaklaşmaktadır. Hukuk sisteminin dayanak noktası hata değil, ihmal olmalıdır. İhmal hatanın nadir sebeplerinden biridir. Hata ve ihmalin değerlendirilmesinde tıbbi bilirkişiler görevlendirilmelidir. Bilirkişilerin konuyu incelemelerine, farklı yorumlar getirebilmelerine imkan tanınmalıdır. Bilirkişilerin hatanın kaynağını araştırmaları, ayrıntılı yorum yapabilmeleri hem hasta, hem hekim, hem de toplum sağlığı için daha faydalı olacaktır.³⁸⁰

Hekimden özenin beklenemeyeceği hallerde, kusurdan bahsetmek mümkün olmaz. On dokuz saat aralıksız çalışmadan sonra fiziki aşırı yüklenme dolayısıyla hata yapan hekimin, bir tıbbi hata yaptığı kabul edilmekle birlikte, hekimin konsantrasyona ihtiyacı olduğu, aşırı yorgunluk neticesinde yaptığı hatanın ona yüklenemeyeceğine karar verilmiştir.³⁸¹

Hastane idaresi, vücutta yabancı madde unutulması vakalarını en aza indirmek için, iş bölümü paylaşımıyla ilgili düzenlemeler yapmalıdır. Bunları yapamayan idarenin organizasyon kusuru söz konusudur. Aslında pek çok tıbbi hatanın altında yatan sebep organizasyon kusurlarıdır.³⁸²

Hakimler bilirkişi görüş ile bağlı değildirler (HMK m.282). İstedikleri bilirkişilerden sonsuz sayıda görüş alabilirler ve sonuçta kararlarını bağımsız olarak verebilirler. Tüm bilirkişilerin meslektaşlarını koruma refleksiyle hareket ettiği ön kabulü, gerçeğe ulaşma çabasını çözümsüz hale getirir. Tıp ve hukuk, insanların daha sağlıklı ve adil bir yaşam sürmelerini sağlayarak, global düzeyde iyi olma halini hedefleyen bilim dallarıdır. Birlikte harmoni içinde çalışmalarını bu hedefe ulaşmada çok daha etkili olmalarını sağlar.

³⁸⁰ Wood C, *The misplace of litigation in medical practice*, Aust N Z J Obstet Gynaecol. 1999, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>.

³⁸¹ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012 s 513

³⁸² Nazan Altundere, *Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi, Sağlık Hukuku Makaleleri*, 10/17Eylül 2011, s 105-115

iii.Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası ve diğer bilirkişi kurumlarından alınan kabul edilemez raporlar

Yargıtay, kusursuzluk raporuna dayanarak davanın reddedilemeyeceğini ve davalı doktorun kusursuz olsa da sözleşmeye aykırı davranışları nedeniyle sorumlu tutulması gerektiğini belirtmektedir.

Söz konusu davada, morg mütehassısı ile bilirkişi patolog tarafından düzenlenen 11.8.1965 günlü Adli Tıp Raporu ve Yüksek Sağlık Şurasının 28.5.1970 günlü raporlarında ölüm septisemiye bağlanmıştır. Otopsi raporlarında, rahim mukozası ve adalelerinde ileri derecede hasar tespit edilmiş, bu hasarın acemice yapılan kürtajla ilişkili olduğu rapor edilmiştir. Bu rapor, ilk nedenselliğin tedbirsiz ve acemice yapılan kürtajla bağlantılı olduğunun kanıtı olarak düşünülmelidir.

Davalı doktorla, davacı hasta arasında kürtaj yapılması konusunda akdi bir bağ oluşmuştur. Buna göre davalı doktor kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini kanıtlamadıkça yaptığı işten doğan zararı tazmine mecburdur (BK m,96). Dosyadaki deliller, davalı doktorun bu ispat yükümlülüğünü yerine getirmiş sayılmasına elverişli nitelikte değildir.

Bu nedenlerle tazminat yönünden gerekli inceleme yapılarak bir karar verilmesi gerekirken, önceki kararda ısrar edilmesi usul ve yasaya aykırı olup, direnme kararı bozulmalıdır.³⁸³

Yüksek mahkeme, dosyadaki raporların davanın esasını çözmek için gerekli bilgi ve görüşleri içermemesi durumunda, bu raporlara dayanılarak hüküm kurulamayacağına işaret etmektedir.

Davada, Yüksek Sağlık Şurasının 25-26 Ekim 2001 tarihli raporunda hastayı ilk muayene eden doktorun 2/8 oranında kusurlu olduğu kabul edilmiştir. Daha sonra Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesinin 6.10.2002 tarihli, Adli Tıp Genel Kurulunun 5.6.2003 tarihli ve 13.5.2004 tarihli ek raporlarında davalıya izafe edilecek kusurun bulunmadığı belirtilmiştir. Ancak Adli Tıp Kurumu raporlarında, hastanın hastaneye ilk getirildiği tarih itibarıyla doğru teşhis konulsaydı tedavisinin mümkün olup

³⁸³ Yargıtay hukuk Genel Kurulu E. 1976/4-3596, K.1978/696, T.28.6.1978, Savaş Halide, Tıbbi Müdahale Hataları, s 239

olmayacağı, hastanın kurtarılıp kurtarılamayacağı konusunda yeterli açıklama yapılmamıştır.

Hal böyle olunca vekilin sorumluluğuna ilişkin ilke ve esaslar da göz önünde tutularak mahkemece biri konunun uzmanı olmak üzere üç kişiden oluşan bilirkişi heyetinden kusura ilişkin olarak taraf, mahkeme, ve Yargıtay denetimine elverişli açıklamalı rapor alınmalı, sonuca göre karar verilmelidir. Bu hususlar gözetilmeden, Yüksek Sağlık Şurası ile Adli Tıp Kurumu raporu arasındaki çelişkiler giderilmeden, bir kısım idari kararlar da esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.³⁸⁴

Bilirkişi raporları arasındaki çelişkiler giderilmeden, bunlardan birine itibar edilerek hüküm kurulamayacağı Yargıtay tarafından belirtilmektedir.

Yargılama sırasında Hacettepe Üniversitesi, Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurasından alınan raporlar arasında, değerlendirmeler ve varılan sonuçlar açısından tam bir çelişki bulunmaktadır. Bu haliyle raporun hükme esas alınmasına imkan yoktur.

Bu durumda mahkemece yapılması gereken, üniversitelerin bu ana bilim dallarında görevli, konusunda uzmanlık sahibi başka bilirkişilerden oluşturulacak bir kurula inceleme yaptırması, cerrahi müdahaleden önce, müdahale sırasında ve sonrasında uygulanması gereken tıbbi ilke ve kurallar çerçevesinde, yapılması gerekenler ile davalı hekimin yaptıkları arasında bir farklılık bulunup bulunmadığı, varsa bunların nelerden ibaret olduğu, davalının eylemiyle doğan zararlı sonuç arasında bilimsel bir nedensellik bağının varlığı, davalının kusuru varsa bunun oranının somut, dayanakları gösterilmiş ve denetime de elverişli bir şekilde saptanması, sonuçta ortaya çıkacak uygun duruma göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması usule ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.³⁸⁵

³⁸⁴ Yargıtay 13. hukuk Dairesi E.2005/13615, K. 2005/19261, T.27.12.2005, Savaş Halide, Tıbbi müdahale Hataları, s242

³⁸⁵ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2006/ 10068, K.2006/13288, T.10.10.2006, Savaş Halide, Tıbbi müdahale Hataları, s243

18) BİLİRKİŞİNİN SORUMLULUĞU

i.Genel olarak

Bilirkişilik görevi ile birlikte bilirkişilerin üstlendikleri yükümlülükler şu şekilde sıralanabilir.³⁸⁶

1. Bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğü
2. Bildirimde bulunma yükümlülüğü
3. Gerçeği beyan yükümlülüğü
4. Yemin etme yükümlülüğü
5. Tarafsız davranma yükümlülüğü
6. Görevini sadakat ve özenle yerine getirme yükümlülüğü
7. Görevini bizzat yerine getirme yükümlülüğü
8. Sır saklama yükümlülüğü
9. Bazı hallerde tarafların reddetmesini beklemeden kendi kendisini reddetme yükümlülüğü
10. Bilgisine başvurulmuş konuda süresi içinde görüş bildirme yükümlülüğü
11. Kurul olarak görevlendirme halinde işi işare ve müzakerelerde bulunma yükümlülüğü

ii.Bilirkişinin cezai sorumluluğu

a)Memur gibi sorumluluk

Bilirkişiler, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabii bir kamu görevlisi olmasalar bile, mahkemece bilirkişi olarak görevlendirildiklerinde ve bu görevi kabul ettiklerinde, eski TCK madde 279 anlamında “memur” sayılıyor ve bilirkişilik görevi nedeniyle işledikleri suçlardan dolayı 02.12.1999 tarih ve 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun hükümlerince yargılanıyorlardı.³⁸⁷

10.CD 26.12.1994,11900/14671 sayılı kararında “Mahkemece görevlendirilen bilirkişinin suçu, kaynağını TCK.282. maddesinden alır. Hakim tarafından

³⁸⁶ Tanrıver Süha, *Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*, Ankara,2002, s 45-76

³⁸⁷ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul,2012, s 436

görevlendirildiği için bilirkişi ile devlet arasında özel bir bağ kurulmuş olduğundan TCK. 279. Maddesinin 1. fıkrasının 2. Bendinde gösterilen, adli bir kamu görevi yapan kimseler kavramı kapsamına girer. Bu nitelikteki bilirkişi memur sayılır.” diyerek bilirkişileri memur kabul etmiştir.³⁸⁸

Yeni TCK “ *memur*” yerine kamu görevlisi terimini tercih etmiş, kimlerin kamu görevlisi sayılacağını m.6/1-c’de belirtmiştir. Buna göre kamu görevlisi, “*kamusal faaliyetin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli, süreli veya geçici olarak katılan kişi*” olarak tanımlamıştır. Yeni HMK madde 284 “*Bilirkişi Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir*” demekle yetinmiştir.

Bilirkişilerin atandıktan sonra işin tamamlanması veya görevlerini yerine getirmeleri için en fazla üç ay süre verilir, özel durumların zorunlu kıldığı hallerde, Hakim kararıyla bu süre üç ay daha uzatılabilir (CMK.m.66). Bilirkişiler belirlenen sürede görevini yapmazlarsa, gecikme nedeniyle bir zarar oluşursa, bu zarar kendisine ödetilebilir, bilirkişi listelerinden çıkartılıp, hapis cezasına karar verilebilir. Bilirkişiler görevlerini yerine getirirken sadece kamu görevlilerinin işleyebileceği özgün (mahsus) suçların faili olabileceklerdir.³⁸⁹

Bu kapsamda bilirkişiler rüşvet (TCK m. 252), irtikap (TCK m.250), görevi kötüye kullanma (TCK m.257) suçlarının faili olabileceklerdir. TCK madde 257’e göre; “(1) *görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız menfaat sağlayan kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kanunda ayrıca suç olarak tanımlanan haller dışında, görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olan ya da kişilere haksız menfaat sağlayan kamu görevlisi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*”.

Bu düzenlemenin doğal sonucu olarak görevi nedeniyle bilirkişiye hakaret edildiğinde, aynen memurlara karşı işlenmiş bir suç gibi ağırlaştırılmış ceza uygulanacaktır (TCK. m .125).

³⁸⁸ YKD, 1995/4, s 681

³⁸⁹ Ali Yılmaz, *Ceza Davalarında Tıbbi Bilirkişilik İncelemesi*, 4. Sağlık Hukuku Kurultayı, 5. Oturum, Ankara, 23.09.2011, s 427

b)Sır saklama yükümlülüğü

Bilirkişi üstlendiği bilirkişilik görevi sırasında, görevi nedeniyle kendisine verilen veya aynı nedenle edindiği ve gizli kalması gereken belgeleri, kararları ve diğer tebligatı açıklar, yayımlar veya bir şekilde başkalarının bilgi edinmesini kolaylaştırırsa, bunun sonucu olarak “*göreve ilişkin sırrın açıklanması suçu*” oluşur (TCK m.258). Aynı maddenin ikinci fıkrasında, kamu görevi sona erdikten sonrada sır saklama yükümlülüğünün devam ettiği, buna uyulmaması durumunda cezai sorumluluğun olduğu açıkça belirtilmiştir.

Yargılama faaliyetinde hakimin yardımcısı olan ve adaletin dağıtılmasında önemli katkıda bulunan, kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinleme yetkisine sahip olan bilirkişinin, görevi gereği edindiği bilgileri ifşa etmemesi “*sır saklama yükümlülüğü*” gereğidir. Bilirkişinin sır saklama yükümlülüğü HMK. m.277 de “ (1) *Bilirkişi, görevi sebebiyle veya görevini yerine getirirken öğrendiği sırları saklamak, kendisi veya başkaları yararına kullanmaktan kaçınmakla yükümlüdür.*” şeklinde belirtilmiştir. Bilirkişi, yerine getirdiği görevin niteliği ile bu görevin icrası sırasında taşıdığı resmi sıfat ve kullandığı kamusal yetkilerin gereği olarak edinmiş bulunduğu tarafların sır niteliğindeki bilgilerini, haklı bir neden ortaya çıkmadığı sürece, mutlak suretle açıklamaktan kaçınmak ve saklamak zorundadır. Bilirkişi görevinin icrası sırasında, öğrendiği sırları, yardımını aldığı kişilerle dahi paylaşmaktan kaçınmalıdır. Yardımını aldığı kişinin öğrendiği sırlarla ilgili fiillerinden ötürü, bilirkişi, kendi fiili gibi sorumlu olur.³⁹⁰

Suç Gelirlerinin Aklanmasının Önlenmesi Hakkında 5549 sayılı Kanunda “*sırrın ifşası*” kenar başlıklı 22. maddesinde, bu kanun kapsamında görev yapanların görevleri nedeniyle öğrendikleri bilgilerin sır olarak saklanması ve açıklanmamasını öngörmekte ve aksi davranışı cezai yaptırımını olan bir suç olarak düzenlemektedir.³⁹¹

Bu hükme göre kişiler öğrendikleri bilgileri açıklarsa, kendilerinin veya üçüncü şahısların yararına kullanırlarsa, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar. Bu sırlar maddi menfaat karşılığında ifşa edildiğinde verilecek hapis cezası iki yıldan az olamaz.

³⁹⁰Taylan Özgür Kiraz, *Gerekçeli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Kasım 2012, Ankara, s 243*

³⁹¹RG, 18.10. 2006, 26323

Dosya kapsamında öğrendiği taraflara ait “sır” niteliği taşıyan bilgilerin haklı bir neden olmaksızın başkasına ifşa edilmesi halinde TCK.madde 134 kapsamında “*özel hayatın gizliliğini ihlal*” suçunu işlemiş sayılır. TCK.m.134’e göre “ (1) *Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Gizliliğin görüntü ve seslerin kayda alınması suretiyle ihlal edilmesi halinde, verilecek ceza bir kat arttırılır. (2) Kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya sesleri hukuka aykırı olarak ifşa eden kimse iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İfşa edilen bu verilerin basın yayın yoluyla yayımlanması halinde de aynı cezaya hükmolunur.*”

Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetkiyi kötüye kullanmak suretiyle veya meslek ve sanatın sağladığı kolaylıklardan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranda arttırılır (CMK.m.137).

c) Bilirkişilik görevinin yapılmaması

Bilirkişilik yapmak üzere davet edildiği halde kabul edilebilen bir mazeret göstermeden daveti kabul etmeyen veya kabul ettiği halde gelmeyen, haklı bir gerekçeye dayanmadan kamu görevinden kaçan kişiler mülga 765 sayılı TCK döneminde m.282 uyarınca altı aya kadar hapis ve ayrıca meslek ve sanatın tatili cezası ile cezalandırılmaktaydılar.³⁹²

Bu hüküm yeni TCK kapsamına alınmamıştır. Yeni TCK.m. 260/1de “*hukuka aykırı olarak ve toplu biçimde, görevlerini terk eden, görevlerine gelmeyen, görevlerini kısmen veya tamamen yapmayan, işi yavaşlatan kamu görevlilerinin her biri hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezası*” verilmesi öngörülmüştür. Bu maddenin son fıkrasında “*kamu görevlisinin sayısının üçten fazla olması halinde*” ceza verileceğini emrettiği için bu hükmün bilirkişilere uygulanması zor görülmektedir. Çünkü ilke olarak “*mahkeme, bilirkişi olarak, yalnızca bir kişiyi görevlendirebilir. Ancak, gerekçesi gösterilmek suretiyle, tek sayıda, birden fazla kişiden oluşabilecek bir kurulun bilirkişi olarak görev yapması da mümkündür*” (HMK.m.267). Açıklığa kavuşturulması gereken maddi vaka birden fazla uzmanlık alanına ait bilgilerin bir araya getirilmesini ve birleştirilmesini gerektirdiği hallerde, hakim bu hususu

³⁹² 2. CD, 22.10.1985, 61/8304, Deryal Yahya, Tıp Hukukunda, s440

belirterek, tek sayı oluşturacak şekilde, birden fazla bilirkişiyi, kurul halinde çalışmak üzere görevlendirebilecektir.

Yargılama usulünde bilirkişinin en fazla benzediği suje tanık olduğu için, tanıklara ilişkin yasal düzenlemelerin aykırı olmayan kısımlarının bilirkişiler içinde uygulanması yoluna gidilmiştir.³⁹³

Geçerli bir özrü olmaksızın mahkemece yapılan davete uyup, zamanında mahkemede hazır bulunmayan veya bulunup ta yemin etmekten veya oy ve görüş bildirmekten kaçınan bilirkişiler hakkında tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır (HMK.m.269/2).

Tanıklara ilişkin HMK .m.253 hükmünü bilirkişilere uyguladığımızda kanuni bir sebep göstermeden bilirkişilikten çekilen, yemin etmeyen, görevini yerine getirmekten kaçınan bilirkişiler beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar para cezasına ve gelmemesinin sebep olduğu diğer giderleri ödemeye hükmedilerek, yeniden dinlenmek üzere yargılama başka güne bırakılır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, bilirkişi sorulara cevap vermez veya yemin etmemekte direnirse o mahkemece iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine mahkum edilir. Hakim gelmeyen bilirkişinin zorla getirilmesine karar verebilir. Zorla getirilen tanık/bilirkişi, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen para giderleri ve disiplin hapsi kaldırılır (HMK.m.245), (CMK.m.146/7). Bu yaptırımların uygulanabilmesi için, 7201 sayılı tebligat kanunu hükümlerine göre, davetiyenin usulüne uygun olarak en az iki gün önce bilirkişiye tebliğ edilmiş olması gerekir.³⁹⁴

Ceza yargılaması bakımından da benzer bir yaptırım usulü benimsenerek, usulüne uygun çağrıldığı halde gelmeyen veya gelip de yeminden, oy ve görüş bildirmekten çekinen bilirkişiler hakkında, tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekilmeyi ve yaptırımını düzenleyen CMK m.60 hükümleri uygulanacaktır (CMK m 71).

Tanıklıktan ve yeminden sebepsiz çekinme (CMK m 60): *“(1) Yasal bir sebep olmaksızın tanıklıktan veya yeminden çekinen tanık hakkında, bundan doğan giderlere hükmedilmekle beraber yeminin veya tanıklının gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve her halde üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir.*

³⁹³ Çakmut Özlem Yenerer, *Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik* başlıklı tebliğ, 5. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, s 1140

³⁹⁴ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s 442

Kişi, tanıklığa ilişkin hükümlüğüne uygun davranması halinde, derhal serbest bırakılır. (2) Bu tedbirleri almaya hakim ve istinabe olunan mahkeme ile soruşturma evresinde sulh hakimi yetkilidir. (3) Davanın görüldüğü sırada bu tedbirler alındıktan ve yukarıdaki süreler suçun türüne göre tümüyle uygulandıktan sonra o dava veya aynı işe ilişkin diğer davada tekrar edilmez. (4) Disiplin hapsi kararına itiraz edilebilir.”

Yargıtay da görevini yapmayan bilirkişi hakkında görevi ihmal hükümlerinin uygulanamayacağına, Ceza Muhakemesi Kanunu’nda belirtilen işlemlerin yapılacağına karar vermiştir.³⁹⁵

Disiplin hapsi, düzeni korumak için verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanamayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverme hükümleri uygulanamayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapsi ifade etmektedir (CMK.m.2/1).

d)Gerçeğe aykırı bilirkişilik

Gerçeğe aykırı görüş bildirme suçu, adliyeye karşı işlenebilen suçlardan olup, doğru olmayı doğru imiş gibi göstermek veya doğru olanı saptırmak olarak anlaşılmalıdır.³⁹⁶

Ceza verilebilmesi için, bilirkişi görüşünün hükme etkili olması da gerekli değildir, sadece gerçek dışı görüş bildirmiş olmak yeterlidir.³⁹⁷

TCK madde 276/1 gereğince, gerçeğe aykırı bilirkişilik cezalandırılmaktadır: “*Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip kişi veya kurul tarafın görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalada bulunması halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*” Bu suçun işlenebilmesi için bilirkişinin kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinleme yetkisine sahip bulunan kişi ve kurul tarafından (mahkeme veya hakim) görevlendirilmiş olması gerekir.³⁹⁸

³⁹⁵ 4.CD, 10.9.1975, 433/4399, Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, s480

³⁹⁶ Erem Faruk, *Yalan Şahadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık*, A.Ü.H.F.D 1954, s 3-4, s 46

³⁹⁷ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda İstanbul*, 2012, s 439

³⁹⁸ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 817

Bilirkişi raporunun gerçeğe aykırı olup olmadığı ancak bir başka bilirkişi tarafından belirlenebilir.³⁹⁹ Bu nedenle, bu hükme yönelik olarak, mütalanın gerçeğe aykırılığının nasıl belirleneceği, kim tarafından belirleneceği konusunda eleştiriler yöneltilmektedir. Aslında maddede cezalandırılması gereken husus, maddi veya manevi menfaat elde etmek veya görev ve yetkiyi bilerek suistimal etmek olmalıydı.⁴⁰⁰

Hakimin bilirkişi raporunu kabul etmeyip, başka bir bilirkişiye başvurması bu raporun kasten gerçeğe aykırı hazırlandığı ve dolayısıyla raporu hazırlayan sağlık mesleği mensubunun cezalandırılacağı anlamına gelmemektedir. Bunun için gerçeğe aykırı rapor hazırlama kastının ortaya konması gerekmektedir. Yargıtay da verdiği kararlar bu hususa dikkat çekmektedir;

“Suça konu somut olayda ırza geçmek ve kızlık bozma suçlarının mağduru Meryem’in 24.3.1994 günü İskilip Devlet Hastanesi adli tabipliğinin sevk edilmesi üzerine, sanık tarafından yapılan muayene sonucu düzenlenen raporda, “darp, cebir, kızlık zarı ve fiili livata muayenesi için gelen şahsın kendi rızası dahilinde ilişkiye girdiği ifade ediliyor, darp cebir izine rastlanılmadı” şeklinde kanaat belirtilmiştir. Çorum Devlet Hastanesi’ne ait raporlarda ise mağdurenin kızlık zarının yapısı itibarıyla duhule müsait olmadığı ve bakire olduğu belirtilmiş, aynı bulgular Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu’na düzenlenen 1994 ve 1995 tarihli raporlarda da tekrar edilerek, mağdure Meryem’in bakire olduğu saptanmıştır. Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu’na düzenlenen 1996 tarihli raporda ise “taze kanamalı yırtık mevcut olduğu şeklinde raporun tıbbi ve fenne uygun olmadığı” belirtilmiştir. Sanık aşamalarda savunmasında saptadığı bulguları rapora yazdığını, mağdure ile yaptığı konuşmada da cinsel ilişkiye girdiğinin kendisine söylendiğini, iş yoğunluğu nedeniyle hata yapmış olabileceğini, kastının olmadığını belirtmiştir.

Olayın mağduresi Meryem ile sanığı Şenol kendileri hakkındaki dosyada cinsel ilişkiye girdiklerini beyan etmişlerdir. İncelenen dosya kapsamına göre sanık tarafından düzenlenen raporun gerçeği yansıtmış ise de; atılı suçun oluşması için failde ...kastının bulunması gerektiği, olayın ...sanığın mesleki deneyimsizliğinden kaynaklandığı ve bir muayene yanılgısı olarak değerlendirilmesinde zorunluluk

³⁹⁹ 4. CD, 11.05.1999, 4641/5302, Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s817

⁴⁰⁰ Ünver Yener, Türkiye de Ceza Hukuku, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, İstanbul 2005, s 110

*bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu itibarla sanığın yüklenen suçun manevi unsurunun oluşmadığı...*⁴⁰¹ Olayda dava görevi ihmal suçuyla açılmıştır.

Bilirkişi raporunun maddi bir çıkar karşılığında gerçeğe aykırı düzenlenmesi durumunda ayrıca rüşvet suçundan ötürü de cezalandırılması gündeme gelecektir.⁴⁰² TCK.m.252’de düzenlenmiş rüşvet suçunda, bilirkişi sıfatı ağırlaştırıcı neden sayılmıştır .

TCK.m.252/7: “ *Rüşvet alan veya bu konuda anlaşmaya varan kişinin, yargı görevi yapan, hakem, bilirkişi, noter veya yeminli mali müşavir olması halinde, birinci fıkraya göre verilecek ceza üçte birden yarısına kadar artırılır*” düzenlemesiyle ağırlaştırıcı sebep kapsamını genişletmiştir. Rüşvetin varlığı için bilirkişiye yarar sağlaması veya yarar sağlanacağı konusunda anlaşmaya varılmış olması yeterlidir. Rüşvet konusunda anlaşmaya varılması halinde, suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur (TCK.m.252/3). Rüşvet suçuna sebebiyet veren “*yarar*” ile kastedilen bilirkişinin ekonomik, hukuksal veya kişisel durumunu objektif olarak iyileştiren her türlü edimdir. Örneğin kiralık araba verilmesi, kredi sağlanması, kıdemin yükseltilmesi hatta (cinsel ilişki türünden) manevi olmayan bazı avantajlar sağlanması rüşvet kapsamında değerlendirilirken, taraf veya avukatının bilirkişi ile yemek yemesi veya bilirkişiye pahalı bir kalem hediye etmesi rüşvet kapsamında kabul edilmemekte ancak tarafsızlığı gölgeleyebileceği için disiplin suçu sayılabilecektir.⁴⁰³

Bilirkişi taraflardan biri tarafından teklif edilen bir menfaat karşılığı gerçek dışı rapor vermiş veya görüş açıklamışsa, bu eylemiyle hem TCK.m.252 anlamında “ *rüşvet suçu*” hem de TCK.m.276/1 anlamında “*gerçeğe aykırı bilirkişilik*” suçu işlemiş olur. Bu halde sanık bilirkişiye, her iki suç nedeniyle ayrı ayrı ceza verilir ve bu cezalar gerçek içtima kurallarına göre birleştirilir.

Bilirkişilik görevi yaptığı sırada kamu görevlisi sayılan bilirkişilerin, incelediği dosya ve yaptığı araştırmalar sırasında, soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suç işlendiğini öğrenmiş olması durumunda, bunu yetkili makamlara bildirmekle yükümlü olacağından, bu görevi ihmal eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır (TCK.m.279).

⁴⁰¹ CGK, 6.10.1988, 6-214/296, Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s 818

⁴⁰² Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, İstanbul, 2012 s 819

⁴⁰³ Tezcan, Erdem, Önok, 2008, s 813

Yakalama, Göz Altına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği gereğince verilen sağlık raporunu düzenleyen hekimin, mağdurun adli muayenesini yönteme uygun yapmayarak, sadece beyana göre rapor düzenlemesi görevi kötüye kullanma suçunu oluşturur.⁴⁰⁴

Cumhuriyet Başsavcılığının soruşturma aşamasında bilirkişi görevlendirdiği hallerde, savcılık makamının ceza verme yetkisi olmadığından bilirkişilere ilişkin cezai yaptırım uygulanamayacağı, bu nedenle uygulamada savcıların sulh ve ceza hakimine başvurarak ceza uygulaması yoluna gittikleri belirtilmektedir.⁴⁰⁵

Suç, raporun bilirkişiyi atayan makama ulaşması ile tamamlanır. Birden fazla bilirkişinin ortak olarak gerçeğe aykırı görüş bildirmeleri halinde “müşterek faillik” söz konusu olur. Birden fazla bilirkişi atanıp da bunlardan karşı oy kullananlar cezalandırılmaz.⁴⁰⁶

iii.Bilirkişinin hukuki sorumluluğu

Bilirkişi, görevini yaparken dürüst davranmalı, kendisinden istenen hususları, bilimsel ve teknik bilgilerin ışığı altında, tarafsızlık ilkelerinden ödün vermeksizin, ciddiyet ve özenle hazırlayıp yargı makamlarına sunmalıdır.

Mahkemece görevlendirilen bilirkişilerin, yaptıkları inceleme ve tespitlerle veya sundukları raporlarla mahkemeye gerçeğe aykırı bilgiler vermeleri sonucunda, yanlış hükmün kurulması ve tarafların zarar görmesi söz konusu olabilir.

Doktrindeki hakim görüş, bilirkişinin hukuki sorumluluğunun Borçlar Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğuna dayandırıldığıdır.⁴⁰⁷

Yeni HMK.m.285 bu konuda bir düzenleme getirmiştir.

“*Bilirkişilerin hukuki sorumluluğu*” kenar başlıklı HMK.m.285'e göre;

“(1)*Bilirkişilerin kasten veya ağır ihmâl suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için Devlete karşı dava açabilirler.*

⁴⁰⁴ 4. CD, 13.6.2005, 19418/5688, Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, s819

⁴⁰⁵ Köroğlu H, Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları 2001, s 65

⁴⁰⁶ Meran Necati, Kamu Görevlisine ve Adliyeyle İlişkin Suçlar, Ankara, 2006, s 299-301

⁴⁰⁷ Tanrıver Süha, Bilirkişinin Sorumluluğu,, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005/56, s 133- 166

(2) Devlet, ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rucu eder.”

Genel olarak haksız fiil sorumluluğunda fail, her türlü ihmalden sorumlu iken, bilirkişinin sorumluluğu kasıt ve ağır ihmal türünden kusurluluk ile sınırlı tutulmuştur. Bu nedenle, hafif ihmal suretiyle gerçeğe aykırı rapor düzenleyen bilirkişi görüşü hükme esas alınsa ve bu nedenle bir zarar ortaya çıkmış olsa bile bilirkişinin hukuki sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

Yeni HMK.m.285 düzenlemesine göre, bilirkişinin kasıt veya ağır ihmali ile gerçeğe aykırı olarak düzenlediği rapor mahkemece hükme esas alınır ve bu nedenle taraflar bir zarar görürlerse, zararın tazmini için açılacak tazminat davası Devlete yöneltilecek, tazminat ödemeye mahkum edilen Devlet, sorumlu bilirkişiye rucu edecektir.

Bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi sonucu zarar gören kişiler, haksız fiil hükümlerine (BK.m.41) dayanarak tazminat davası açabilirler. Bilirkişinin sorumlu tutulabilmesi için;

- 1)Bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş olması,
- 2)Gerçeğe aykırı rapor düzenlemenin kasten veya ağır ihmal suretiyle yapılmış olması,
- 3)Gerçeğe aykırı raporun mahkemece hükme esas alınması,
- 4)Gerçeğe aykırı raporun hükme esas alınması ile ortaya çıkan zarar arasında uygun bir nedensellik bağı bulunması şartlarının oluşması gereklidir.⁴⁰⁸

Eğer rapor olmasaydı bile dava aynı şekilde sonuçlanacak idiyse, rapor ile zarar arasında uygun illiyet bağının olmadığı, dolayısıyla tazminat sorumluluğunun doğmadığı kabul edilir.

Bilirkişilik görevinin üstlenemez hale gelmesini önlemek amacıyla, gerçeğe aykırı rapor vermekten kaynaklanan zarardan devletin tazminata sorumlu tutulmasın da, gerçeğe aykırı olarak verilmiş ve hükme dayanak yapılmış raporun, bilirkişinin kastı veya ağır ihmali içeren iradesinin ürünü olması aranmış, bu düzenlemede hakimler bağlamında yapılan tercihte olduğu gibi, hafif ihmal hali ise tümüyle devre dışı bırakılmıştır.⁴⁰⁹

Kasten veya ağır ihmali ile gerçeğe aykırı olarak yazdığı rapor, mahkemece hükme esas alındığı için zarara neden olan bilirkişiye doğrudan tazminat davası açılmaması; davanın

⁴⁰⁸ Deryal Yahya, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, İstanbul, 2012, s 448

⁴⁰⁹ Taylan Özgür Kiraz, *Gereğçeli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat*, 1. Baskı, Kasım 2012, Ankara, s 254

öncelikle Adalet Bakanlığına yöneltilmesi zorunluluğu, kamu görevlisi sayılan bilirkişiye tanınmış bir dokunulmazlık sayılabilir.

İdari yargılama usulü kanunun da bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı beyanda bulunduğu mahkeme kararıyla belirlenmesini, yargılamanın yenilenmesi sebebi olarak görmektedir (m.53/1-d).

19) MESLEK KURULUŞLARI VE MESLEKİ DİSİPLİN

Tıp hukukunun ana kaynaklarından birisini de tıp etiği oluşturmaktadır. Tıp hukukunda benimsenen birçok prensip etikte de yer almaktadır.⁴¹⁰

Hekimlik faaliyetinin hukuka uygun olmasını sağlayan husus tıbbi etkinliğin toplumsal yararlılığı ve hekimlik mesleğinin etik kurallarıdır.⁴¹¹ Tıp hukuku alanındaki temel meslek etiği kuralları 1960 tarihli “*Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (Tüzüğü)*” nde düzenlenmiştir. Bu tüzüğün 1. Maddesinde hekim ve dış hekimlerinin deontoloji (Tıp Ahlakı) bakımından uymakla yükümlü olduğu kurallar gösterilmiştir. Ayrıca Türk Tabipler Birliğinin 47. Genel Kurulunda (10-11Ekim1998) hekimlerin uyması gereken “*Hekimlik Meslek Etiği Kuralları*” kabul edilmiştir.

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 46. Maddesine göre, “*hekimler bu kurallara aykırı davranışlarda bulduklarında, 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Yasası'na göre tabip odaları yönetim kurulları tarafından onur kurullarına sevk edilirler*” Ayrıca TTB disiplin Yönetmeliğine göre 3. ve 6.maddede belirtilen disiplin suçlarını işleyenlere bu maddelerde belirtilen disiplin cezaları uygulanır.⁴¹²

Tabip odasının tıbbi uygulama hatalarına ilişkin olarak da disiplin yetkisi bulunmaktadır. Ancak bu yetki, bir cezalandırma sürecinden ziyade, tıbbi uygulamaların niteliğini denetleme ve bu niteliğin geliştirilmesine yönelik bir iç denetim mekanizması olarak algılanmaktadır.⁴¹³

Hekimlerin meslek kuruluşları olarak, Tabipler Odası ve Türk Tabipler Birliği dışında Uzmanlık Dernekleri de sayılmalıdır.

⁴¹⁰ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku, İstanbul, 2012 s 45*

⁴¹¹ Bakbak Özdemir Handan, *Hekimin Disiplin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Makaleleri, 2011, s 244*

⁴¹² Bakbak Özdemir Handan, *Hekimin Disiplin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Makaleleri, 2011, s248*

⁴¹³ Yorulmaz /Kır/Ketenci, *Tıbbi Malpraktis ve Adil Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s 60*

Uzmanlık Dernekleri, Tıpta Uzmanlık Tüzüğünde yer alan tıpta uzmanlık ana dalları ve yan dallarıyla ilgili eğitim, araştırma, hasta bakımı ve halk sağlığı alanında en yüksek düzeyde hizmeti sağlamak amacıyla kurulmuşlardır.⁴¹⁴

Amerikan Tıp Birliği 1990'ların sonlarında bilirkişi tanıklığının tıbbi uygulama olduğu ve burada yapılan hatalarında tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinde uzmanlık alanlarına göre oluşturulan derneklerin tıbbi bilirkişilileri denetleme görevleri vardır. Washington üst mahkemesi 1997 yılındaki bir davada, görevi sırasında etik davranmadığını düşündüğü bilirkişiye ilgili olarak psikiatri derneğinin yaptırım uygulamasına karar vermiştir. Kuzey Carolina Tıp birliği 2002 yılında tıbbi uygulama hatası nedeniyle görülen davada bilirkişi cerrahın hatalı bilgi vermesi nedeniyle lisansını iptal etmiş ancak Üst mahkeme bilirkişinin iyi niyetle davrandığını söyleyerek kararı geçersiz saymıştır.⁴¹⁵

Amerikan ortopedi cerrahları akademisi 2004 yılındaki yıllık toplantısında bilirkişilerin tıbbi bilgilerle uyumlu, tarafsız, dürüst tanıklık yapmaları için standart rehberler geliştirmiştir. Bu standartlara uymayan tıbbi bilirkişiler için kınama, açığa alma ve üyelikten çıkarma gibi disiplin kararları almıştır. Diğer uzmanlık derneklerinin de benzer uygulamaları mevcuttur. Bu uygulamalar tıbbi bilirkişilerin dayanağı olmayan, hatalı ve taraflı tanıklıklarını önemli ölçüde azaltmıştır. Amerikan Beyin Cerrahları birliği tarafından, hatalı bilirkişilik görevi nedeniyle, hakkında disiplin cezası kararı alınan bir hekim birliğe karşı dava açmış ancak yüksek mahkeme birliğin kararını onamıştır. Tıbbi bilirkişiler yaptıkları hatalı yorumlar ile taraflardan birinin mağduriyetine yol açıyorsa taraflara karşı da hukuken sorumlu tutulmaktadır.⁴¹⁶

Amerikan Pediatri derneği tıbbi bilirkişilerin görev alanları ve nasıl davranmaları gerektiği konusunda 1989 yılından başlayarak üyelerine rehberlik etmiştir. Derneğin amacı pediatristlerin daha adil, bilinçli ve üst düzeyde bilirkişilik yaparak mahkemelerin doğruyu bulmasında yardımcı olmalarını sağlamaktır.⁴¹⁷

⁴¹⁴ Hakeri Hakan, *Tıp Hukuku*, İstanbul, 2012, s 64

⁴¹⁵ B.Sonny Bal,MD,MBA, *The expert witness in medical malpractice litigation*, Clin Orthop Relat Res.2009 February; 467(2):383-391

⁴¹⁶ B.Sonny Bal,MD,MBA, *The expert witness in medical malpractice litigation*, Clin Orthop Relat Res.2009 February; 467(2):383-391

⁴¹⁷ The American Academy of Pediatrics, *Expert Witness Participation*, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/Pub med>

Bu kuruluşun 2000 yılı önerilerine göre pediatristlerin uzman tanık (bilirkişi) olarak çalışmaları için eğitim, sertifikasyon ve deneyim olarak aşağıdaki koşullara sahip olmalarını istemiştir.⁴¹⁸

1. Hekimlik yaptığı eyalette geçerli, güncel, sınırsız tıbbi lisans sahibi olmalı.
2. Uzman tanık kabul gören bir boarddan sertifikalı olmalıdır.
3. Görüş bildireceği uzmanlık alanında aktif olarak çalışıyor olmalıdır.

Türkiye de halen meslek örgütleri ile uzlaşma içerisinde, bir tıbbi malpraktis yasası ile ilgili beklentiler sürmektedir.⁴¹⁹

20) SONUÇ VE ÖNERİLER

Sosyal ilişkiler ağı içerisinde ortaya çıkan uyumsuzlukları çözmekle görevli yargı makamlarının ve hakimlerin, uzmanlık alanlarının her geçen gün çeşitlendiği ve derinleştiği günümüz dünyasında, uyuşmazlıkların sonlandırılmasında, maddi bir olayın ispatında, özel ve teknik bilgiye olan ihtiyaç her geçen gün artmaktadır.

Hakim, önüne gelen her hukuki uyuşmazlığı ve bu uyuşmazlıkların dayandığı maddi vakalar bütününe yeterince bilmesi mümkün olmadığı halde, uyuşmazlıkları çözüme kavuşturmak ve hüküm vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülüklerini yerine getirmezse hukuki ve cezai sorumluluk doğar.

Yargılama yetkisi ile donatılmış ve bu görevlerinde bağımsız kılınmış hakimlerin, yargılama aşamasında hukuk bilgisi ve formasyonu ile çözmekte zorlandıkları konularda, bu konunun uzmanı kişilerden yardım ve destek almaları, sağlıklı ve süratli bir yargılama için bir zorunluluktur.

Özel bilgi gerektiren konularda hakimlerin kişisel bilgisi bulursa bile, hakim yargılama sırasında bunu tartışma konusu yapmak, sanığın kendisini savunmasına olanak sağlamak için, bu konuların bilirkişiye inceletirilerek görüşüyle ilgili raporunun alınması gerekecektir. Bilirkişinin raporu duruşmada ortaya konacak ve taraflarca tartışılacaktır.

Bilirkişinin raporları hakimleri bağlamaz (HMK m. 282). Hakim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hakimlerin vicdani

⁴¹⁸ Polat Oğuz, *tıbbi Uygulama Hataları*, Ankara,2005, s117

⁴¹⁹ Yorulmaz /Kır/Ketenci, *Tıbbi Malpraktis ve Adil Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s55-69*

kanaatiyle serbestçe değerlendirilir (CMK.m.217/1). Hakim, deliller ve bu delilleri takdir konusunda serbesttir. Ancak bu serbestlik keyfilik demek değildir. Özellikle gerekçelendirilmeyen, mantık kurallarına aykırı bir değerlendirme söz konusu olamaz.

Tıp hukukunda bilirkişi raporunun delil niteliği somut olaya göre değişmektedir. Tıp bilimindeki gelişmeler sayesinde bugün artık, insan kanında olan ve hiçbir zaman değişmeyen faktörler, kalıtım biyolojisindeki tekniklerle incelenmekte ve % 99.9 kesinlik içeren testlerle, anne, baba ve çocuk arasındaki biyolojik bağlantı tespit edilebilmektedir. Bu bakımdan, soy bağının kurulması ve babalığın tespiti veya nesebin reddi gibi dava türlerinde, davanın sonuçlandırılması bakımından tıbbi bilirkişi raporları en önemli delil özelliğine sahiptir.

.Ceza Muhakemesi Kanunu yargılama süreci içinde hakimi bilirkişiye başvurma bakımından serbest bırakmış ona takdir hakkı vermiştir. Ancak bazı uyuşmazlıkların çözümünde hakimin genel bilgisinin yeterli olmayacağı varsayılarak, bu özel ve teknik bilgi alanının hakim tarafından bilirkişiye götürülmesi zorunluluğu yasal düzenlemelerde yer almıştır. Bilirkişi görüşüne başvurmadan çözülemeyecek özel ve teknik bilgi alanı her geçen gün artmaktadır.

Psikiyatri ve adli tıp bilgileri, ceset üzerindeki incelemeler, parmak izleri ve benzeri metotlar, toksikoloji, biyoloji, kimya, muhasebe, mimari, mekanik, trafik, arkeoloji gibi pek çok yeni konuda bilirkişi görüşüne başvurmak bir zorunluluk halini almıştır. Ameliyatın başarısızlığı ile hastanın ölümü arasındaki nedensellik bağının belirlenmesi, ceza ve medeni yargılamada hekimin yapacağı müdahalenin riskleri konusunda hastayı aydınlatmasındaki hatanın tespiti de bu kapsamda değerlendirilmektedir.

Tarafların iddia ve savunmalarını güçlendirmek için ücret ödeyerek uzman kişilerden alacakları ve mahkemeye sunacakları raporların da, tarafların iddia ve savunmalarının bir parçasını oluşturacağı ve bu konuda bir sakınca görülemeyeceği ileri sürülmektedir.

Tarafların seçtiği bilirkişi yasa tarafından CMK m.67/6' da "uzman", hazırladığı raporda "uzman görüşü" olarak isimlendirilmiştir.

Yasa tarafından belirlenen resmi bilirkişiler dışında, sağlık çalışanlarını bilirkişilik yapma bakımından yükümlü tutan herhangi bir düzenleme yoktur. Kural olarak, bilirkişilik görevini kabul etmek zorunlu değildir. Kanunla kendilerine bilirkişilik görevi verilen kişi ve kurumlar ise bilirkişilik görevini ret edemezler. Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası gibi kurumlar

belli bir alanda inceleme ve araştırma yapmak üzere yeterli donanıma kavuşturulmuş ve görüş bildirmekle yetkili kılınmış kamu makamlarıdır.

İncelenmenin yapılması için bilinmesi gereken fen ve sanatları meslek edinenler, mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar da bilirkişiliği kabul etmekle yükümlüdürler (CMK m. 65).

Doktor, mühendis, eczacı, avukat gibi ruhsatla mesleğini icra zorunluluğu olmayan ebeler de bu kapsamda sayılmaktadır. Bilirkişilik görevinden kaçınamayacağı kabul edilen sağlık mesleği mensubu kişilerin temel hukuk kavramlarına ve hukukçu bakış açısına aşina olmaları gereklidir. Tıp fakültelerinde tıp hukuku derslerinin okutulması, uzmanlık derneklerinin konuyla ilgili seminerler, konferanslar düzenlemesi, tıp dergilerinde konunun akademik olarak tartışılması hem sağlık hizmetini hem de bilirkişilik görevini daha üst standartlara taşıyacaktır.

Hekimler, eczacılar, avukat ve noterlerin bu sıfatları dolayısıyla hizmet verdikleri kişiler hakkında öğrendikleri bilgiler, meslek sırrı kapsamında olduğundan tanıklık gibi bilirkişilik yapmaktan da çekinme hakkına sahiptirler (CMK.m.46/2).

Bilirkişi olarak görevlendirilen kişiler, kendilerinden istenen görevin uzmanlık alanı dışında kaldığını, o konuda daha önce görüş açıkladığını, davanın taraflarıyla iş veya akrabalık bağı bulunduğunu ve tarafsızlığını etkileyecek başka sebeplerin varlığını ileri sürerek, görevi iade edebilir. Bu özür açıklamalarının meşruluğu, haklılığı ve gerçeğe uygunluğu ise hakimin takdir ve kararına bağlıdır

Bilirkişilik görevinin hakimlik görevine yakın görülmesi, hakimler için öngörülen bazı kanun maddelerinin bilirkişiler içinde uygulanmasına neden olmuştur. Nitekim CMK. m.69'da "*Hakimin reddini gerektiren sebepler, bilirkişi hakkında da geçerlidir*" denilerek bu husus açıkça ortaya konulmuştur.

Hakim veya mahkeme, atanan bilirkişinin adını ve soyadını, ret hakkına sahip olanlara bildirecektir. Reddi isteyen kişi, bunun nedenini, dayandığı olguları göstererek açıklamak yükümlülüğündedir.

Bilirkişi, HMK.m.280 gereğince, raporunu mahkemeye verir, verildiği tarih rapora yazılır ve duruşma gününden önce birer örneği taraflara tebliğ edilir. Taraflar raporda eksik gördükleri kısımların bilirkişiye tamamlattırılmasını, belirsizlik gösteren hususlar hakkında açıklama yapılmasının sağlanmasını veya yeni bilirkişi atanmasını talep edebilirler.

Hekimler ve diğerk sağlık mesleği mensuplarının gerçekteştirdiği tıbbi m¼dahalelerin tıbbi standartlara uygun olup olmadığı konusunda mahkemeler, tıp mesleği mensubu Uzman bilirkişilerin g¼r¼řlerinden faydalanır. Zira tıbbi hatalar hakimlik mesleğinin bilgi ve tecr¼besi dahilinde değerlendirilebilecek konulardan değerdirler.

Yargılama makamları sağlık alanında başvuracakları uzman bilirkişilerden, her somut olayın ¼zelliđine g¼re farklılık g¼sterse de genel olarak, tıbbi hatanın bulunup bulunmadığı, hata varsa bu hatayı yapanın belirlenmesi, gerçekteşen neticeye mağdurun katkısının olup olmadığı, nedensellik bağının olup olmadığı, varsa meslekte kazanma g¼c¼n¼n kaybına ilişkin oran, tıbbi m¼dahaleyi yapanın resmi olarak yetkili ve g¼revli olup olmadığı konularının tespiti istenmektedir.

Tıbbi bilirkişinin açıklamaları olmadan, kabul edilebilir standart tedavinin sınırlarını belirlemek, ihmal veya tıbbi hata sonucu oluşan zararları (malpraktis), kaçınılamaz ve ¼nlenemez olanlardan (komplikasyon) ayırt etmek, oluşan zararla yapılan m¼dahalenin sebep sonuç ilişkisini ortaya koymak, mahkeme ve hakim için çoğu defa m¼mk¼n değerdir.

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle açılan davalarda, mahkemenin kararı, tıbbi bilirkişinin g¼r¼řlerinden ¼nemli ¼lç¼de etkilenmektedir. Mahkemenin sağlıklı karar verebilmesi, tıbbi bilirkişinin doğru seçilmesiyle doğrudan ilişkilidir. Tıbbi bilirkişi mahkemenin kendinden ne istediğini anlamalı, katı bir tarafsızlık içinde olmalı, anlaşılabilir bir dil kullanmalı, kendi uzmanlık alanı içinde kalmalı, hukuki yorumlarda bulunmamalı, raporunu belirlenen s¼re içinde hazırlamalı ve sorumluluk sahibi olmalıdır.

Sağlık Bakanlığı d¼zeyinde Y¼ksek Sağlık şurası, Adalet Bakanlığı içinde Adli Tıp Kurumu kanunla g¼revlendirilmiş resmi bilirkişi kurumlarıdır. Mahkemelerin başvurması halinde bu kurumlar bilirkişiliği kabule zorunludurlar.

Y¼ksek Sağlık şurası'nın bilirkişilik g¼revi tababet sanatının ifasından kaynaklanan adli uyuşmazlıklarla ve hekim hatalarının belirlenmesi ile sınırlı tutulmuş olup, geri kalan geniş alanda Adli Tıp Kurumu yetkilidir.

Y¼ksek Sağlık şurasında dosyalar ¼zerinden inceleme yapılarak g¼r¼ř bildirilmektedir. Adli olayla ilgili g¼r¼len kişilerin ifadeleri, sağlık kuruluşu kayıtları, hasta evrakı ve filmleri, laboratuvar incelemeleri, diğer bilirkişilerin g¼r¼řleri, varsa otopsi ve patoloji raporlarının yorumları değerlendirilmektedir. Bu sırada ilgililerin muayeneleri yapılmamakta, ifadeleri

alınmamaktadır. Bu nedenle gönderilen dosyanın tüm delilleri içermesi, tam bilgi vermesi önemlidir.

Yüksek Sağlık Şurası'na zorunlu resmi bilirkişi olarak başvurmak ve hüküm vermek için bu kurumun raporunun beklenmesi, makul sürede yargılanma hakkını ihlal etmektedir. Anayasa Mahkemesi, 03.06. 2010 tarih ve 2009/69, 2010/79 sayılı kararıyla 1219 sayılı Kanununun 75. Maddesini anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Böylece Yüksek Sağlık Şurasının zorunlu bilirkişilik statüsü kaldırılmış olmaktadır.

Adli Tıp Kurumu, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüşlerini bildirmekle yükümlüdürler.

Adli tıp konuları, kimlik tespiti, ölüm ve yaralanma halleri, iş kazaları, cinsel suçlar, babalığın tespiti, zehirlenmeler, bağımlılık yapan maddeler, medikal hatalar, ötenazi, kadına yönelik şiddet, aile içi şiddet olguları, insan hakları ihlalleri, sporun adli tıp yönleri ve tıbbi uygulama hatalarının saptanmasıdır. Tıbbi uygulama hatalarında kesin ölüm nedeninin saptanmasında uygulanan ve adli tabiplerce yapılan otopsi işlemi, adaletin doğru bir şekilde gerçekleşmesi için son derece etkili ve önemlidir.

Tıp ve yan dallarında gerçekleştirilen faaliyetlerde, sağlık çalışanlarının hatalı uygulamalarından kaynaklanan uyuşmazlıklarda mahkemeler, YSS ve ATK' nun dışında üniversitelerin özellikle tıp fakülteleri ve diğer birimlerine, uzmanlık derneklerine veya bu nitelikteki kurumlara başvurabileceklerdir.

Türkiye' de bilirkişilik sisteminin çağdaş standartlara uygun hale getirilmesi, YSS ve özellikle ATK'nun siyasi etkilerden uzak, bağımsız akademik yapılar haline gelecek şekilde değişiklikler yapılması gerekli görülmektedir. Tüm bu değişiklikler yapılırken, değişikliklerin toplumsal ve hukuksal yapıya uygun olmasına, ihtiyaçları karşılmasına önem verilmeli ve tüm gelişmiş ülkelere benzer bir yapılanmaya gidilmelidir.

Bilirkişi olarak görevlendirilecek kişinin akıl hastası olmaması, kısıtlı olmaması, iyiyi kötüden ayırabilecek, belli bir konuda doğru kanaat bildirebilecek yaşta olması ve yaptığı her işlemin sebep ve sonucunu bilecek iradeye sahip olması gerekir.

Kamu hizmetlerinden yasaklılık veya belli bir meslek ve sanatı icranın tatili cezasına mahkum olanlar bu süre içinde bilirkişilik yapamazlar. Yine CMK m.87/3' e göre hastayı son muayene eden hekim otopsi yapamaz. Ayrıca kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgi davalarda bilirkişilik yapamazlar(CMK m. 64/3).

Tıbbi bilirkişi olarak görevlendirilenlerin, söz konusu davada özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda ve maddi vakaların nitelendirilmesinde hakime yardımcı olacağı için kendisinden inceleme yapılması istenen konuda uzman olması gerekmektedir. Bazı durumlarda, bilirkişilerin uzman olarak kabul edilebilmeleri için mesleki bir eğitim almaları yeterli olmayıp, mesleki bir tecrübeye sahip olmaları, mesleğini belli bir süredir icra ediyor olmaları gerekli görülmektedir.

Mahkeme tarafından tıbbi bilirkişinin uzman olarak kabul edilebilmesi için bilirkişinin, uzmanın sahip olması gereken nitelikleri taşıdığına kanıtlanması ve uzman olduğu, görüşlerinin gerçeğe dayanacağı ve güvenilir olacağı konusunda hakimin ikna edilmesi gerekir.

Bu amaçla, bilirkişilerin kimlik ve uzmanlık bilgilerinin denetlenebilir şekilde açık olarak yazılmasında ve belgelendirilmesinde yarar vardır.

Tıbbi bilirkişileri sahip olması gereken bir diğer nitelik de bilirkişilerin görevlerini ifa ederken tarafsız davranmaları, raporun bilimsel ve objektif kriterlere uygun olmasını engelleyecek her türlü dış etkiden uzak olarak görüşlerini açıklayabilmeleridir.

Bilirkişinin tarafsızlığına gölge düşmesi için taraflarla menfaat ilişkisi içinde olması zorunlu değildir. Bazen zayıf taraf lehine duyulan acıma duygusu, meslek dayanışması kaygısı ya da bilirkişinin karakter zaafı da tarafsızlığa zarar veren sonuçlar doğurabilir.

Bilirkişilerin tarafsızlığı, sadece tarafların etki veya baskısından uzak olmayı değil aynı zamanda, hakimin görüş ve telkinlerinden bağımsız düşünebilmeyi de gerektirir. Hakim bilirkişiyi görevlendirirken görevinin sınırlarını ve kendisinden istenen görüşün çerçevesini hatırlatması mümkün ve hatta gereklidir. Fakat hakimin bilirkişiyi etkilemeye çalışması, ona telkin ve tavsiyede bulunması da kanuna aykırıdır.

Bilirkişilerde olması gereken en önemli özellik dürüstlüktür. Dürüstlük, ahlaki bir tavır ve erdemdir. Bu niteliği eksik olan bilirkişinin, tarafsızlığı ve uzmanlığı da zarar görür. Zira dürüstlüğüne kaybetmiş bir kimse, uzmanlığını da bu ahlaki zaafına kolayca kurban edebiliyor demektir.

Hakimlerin de mesleki yeterlilik, ehliyet düzeyi itibariyle hangi nitelikte ve inceleme alanı itibariyle hangi konuda bilirkişiye başvurması gerektiğini çok dikkatlice belirlemesi,

bilirkişinin dürüst ve tarafsız kişiliğini çok iyi araştırması, tarafların görüşü de alınarak hazırlayacağı sorularla bilirkişiyi yönlendirmesi gerekmektedir.

Bilirkişiyeye yemin yaptırılması ihmal edilmemelidir. Yeni HMK düzenlemesi ile yemin zorunluluğu kabul edilmiştir. Yeminin yasal ve zorunlu bir tedbir olarak kabul edilmesi ve dosyayı tevdi ederken hakim önünde yemin yaptırılması, bilirkişilik kurumuna ciddiyet kazandıracaktır.

Bilirkişinin alacağı ücret harcadığı emek ve zamanla uyumlu olmalıdır. Taraf bilirkişisi davanın sonucuna göre belirlenecek bir ücret üzerinden taraflarla anlaşmamalıdır.

Tıbbi bilirkişiler, kendi alanlarıyla ilgili güncel gelişmelerden haberdar olmalıdır. Tıbbi bilirkişilik yapacak meslek sahiplerinin, bu görev için de eğitilmiş olmaları çok faydalıdır. Tıbbi bilirkişi eğitimi için önerilecek yöntemlerden biri daha önceki davalardaki hatalı, bilimsel olmayan bilirkişi görüşlerini ve bunların sonuçlarını incelemek, akademik ortamlarda tartışmaktır.

Bilirkişilik yapacakların sahip olması gereken mesleki tecrübe, özel eğitim, sertifika ve benzer faktörlerin düzenlenmesi, hatalı bilirkişi görüşlerini azaltmaya yönelik bir önlem olarak düşünülmelidir.

Tıbbi bilirkişiler, buldukları bölgenin uzmanlık derneklerine üye olmalı, bu dernekler tarafından denetlenebilmelidir. Amerikan'ın bazı eyaletlerinde tıbbi bilirkişilik tıbbi bir uygulama kabul edilmekte ve hatalı yapılması durumunda uzmanlık derneklerinin yaptırımlarına maruz kalmaktadır.

Tıbbi bilirkişilerin mahkemeye sunduğu görüşlerin panellerde tartışılması, yüksek güvenilirliği olan bilimsel dergilerde yayınlanabilmesi için çalışmalar yapılmalıdır.

Tıp alanındaki uzmanlık derneklerinin bilirkişilik uygulamalarını disiplin altına almaları, lisans iptali gibi yaptırımlar uygulamaları tıbbi bilirkişilik görevinin daha yüksek kalitede yapılmasında yardımcı olabilir.

Tıbbi müdahale kişileri hastalık, sakatlık ve diğer istenmeyen tıbbi durumlardan koruma, bu durumlar oluşmuşsa teşhis ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki sosyal iyilik halinin devamını sağlama vb gibi meşru sebeplerle, konusunda eğitim almış yetkili kişiler tarafından, tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde, rıza dahilinde gerçekleştirilen, kişinin beden ve ruh tamlığını etkileyen müspet ya da menfi fiillerdir. Tıbbi müdahale hataları, “*Medical malpractice*” deyiminin Türkçe karşılığıdır.

Tıbbi hatanın hukuki dayanağını haksız fiil ve sözleşmeye aykırılık oluşturur. Tıbbi hata denildiği zaman genellikle tıbbi tedavi ve bakım için gerekli sorumlulukların yerine getirilmemesi anlaşılır. Tıbbi hata nedenleri ihmal, yetersiz aydınlatılmış onam, sözleşmeye uymamak, hastanın itibarına zarar vermek, gizli kalması gereken bilgilerini ifşa etmek, üçüncü kişileri etkileyen ve öngörülebilir zararları engelleyememek olarak sayılabilir.

Tıbbi müdahalenin meşruluğu için dört temel şartın gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlar; tıbbi müdahaleyi yapanın hekim (sağlık personeli) olması, endikasyon (tıbbi gereklilik), aydınlatılmış hastanın rızası ve son olarak tıp biliminin verilerine uygun tıbbi müdahaledir.

Tıbbi eylemi gerçekleştiren sağlık personelinin eyleminin malpraktis olmaması için göstermesi gereken objektif özen, eşdeğeri statüde bulunan, ortalama düzeydeki bir sağlık personelinin, aynı hal ve şartlarda göstereceği özendir.

Gerekli özen ve dikkat gösterilse bile meydana gelen olumsuz neticeler tıbbi müdahalelerin normal sapmaları, riskleri olarak değerlendirilmektedir.

Tıp alanında istenmeyen olumsuz gelişmeleri ifade etmek için daha çok komplikasyon terimi kullanılmaktadır. Komplikasyon, eğer ortaya çıkan netice öngörülemeyen ve/veya önlenemeyen bir netice ise, öğretilde genellikle izin verilen risk olarak tanımlanır. Bu istenmeyen neticelerin önceden görülebilmesi mümkün iken öngörülmemişse veya tıbbi standartlar, ortalama bir hekimden oluşabilecek riskleri öngörme, tehlikeleri önleme, oluşabilecek zararları azaltmaya yönelik bazı tedbirlerin alınmasını emretmesine karşılık, hekim bu tedbirleri almamışsa, bu durumda doğan yeni gelişmeler ve olumsuz netice izin verilen risk alanında görülemez. Hekimin bu davranışının taksirli, yani özensiz tıbbi müdahale olarak kabulü gerekmektedir.

Dünya Tabipler Birliği'ne göre tıbbi uygulama hatası; *“hekimin tedavi esnasında standart tedaviyi yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar”*dır. Sağlık alanında araştırma dahil, her türlü müdahalenin ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun yapılması gerekmektedir.

Tıbbi standart kavramı ile anlatılmak istenen, tıp biliminin genel olarak tanınmış kabul edilmiş kuralları, başka ifadeyle, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır. Tıp bilimince genel olarak bilinen ve tanınan bir kuralın varlığından söz edilebilmesi için, onun hekimlerin büyük çoğunluğu tarafından aynı veya benzer hadiselerde sürekli uygulanıyor olması gerekir.

Çok sayıda farklı, hatta çelişkili görüşün bulunduğu tıbbi uygulamalarda henüz tıbbi standardın bulunmadığı söylenebilir.

Tıp hukukunda standart bakım “ *makul ve tedbirli bir hekimin aynı veya benzer şartlarda uygulayacağı bakım ve tedavi*” olarak tarif edilmektedir. Hekimin uyguladığı tedavi bu standartların dışındaysa oluşan zarardan sorumlu olacağı düşünülür.

Tıbbi bilirkişilerin bir diğer önemli görevi de dava konusu olan müdahaleyle ilişkili standartların belirtilmesi, standartlardan sapmalarla ilgili fikir yürütebilmesidir. Standart altı bir müdahalenin, oluşan zararlı sonucun muhtemel nedeni olup –olmadığı konusunda da mahkemeye açıklayıcı bilgiler vermesi gereklidir. Tıbbi bilirkişi sadece çoğunluğun uyguladığı standart tedavi dışında kalan diğer kabul edilebilir alternatif tedavileri de bilmelidir. Standart tedavi kapsamını geniş anlamıyla kabul etmeli, kendi kişisel görüşlerini dayanak noktası yapmamalıdır.

Hekimin özen yükümlülüğünün ihlali, genelde tipik olarak üç alanda yoğunlaşmaktadır. Bu üç alandaki kusurları, uygulama kusuru (Teşhis, endikasyon, tedavi, tedavi sonrası bakım) aydınlatma kusuru ve organizasyon kusuru olarak isimlendirmek mümkündür. Bunların tümü malpraktis kavramı içinde değerlendirilmelidir.

Tıbbi hata (malpractice) ve istenmeyen kötü sonuç(komplikasyon) arasında karar vermek hem tıp hekimleri arasında hem de hukuk camiasında tartışılan bir konudur. Mahkemelerin kararında bu ayırım çok önemli rol oynar. İstenmeyen her durum bir hatayla ilişkili değildir. Önemli olan zararın hangi koşullarda oluştuğu, zararın nedeni, önlemek için neler yapılabileceği konularını açıklığa kavuşturmadır. Bu alanda liyakatli bilirkişilerin yapacağı çalışmalar ve mahkemeye sunacağı görüşler çok önemlidir.

Tıbbi uygulama hatalarının oluşumunda pek çok defa organizasyon kusurları önemli bir yer tutmaktadır. Hatalı tıbbi müdahale davalarında organizasyon kusurları hemen her zaman göz ardı edilmektedir. Tıbbi bilirkişilerin bu kavramın içeriğine hakim olması, raporlarında bu hususu belirtecek cesarete ve güvenceye sahip olmaları daha sonra bu zararların tekrarlamasını önlemeye yönelik çok önemli tedbirlerdir.

Tıbbi bilirkişiler ulaştıkları sonuçları bir rapor halinde mahkemelere ulaştırırlar. Tıbbi bilirkişi raporunun belli bir sistematik içerisinde olması değerlendirmeyi pratik ve daha kolay hale

getirecektir. Bilirkişi, raporunu hazırlarken değerlendirmelerini kabul görmüş literatüre dayandırmalıdır.

Bilirkişi raporunun maddi vakalar ve sonuç bölümünün Hakimın, özel ve teknik bilgiyi gerektiren alandaki eksikliğini gidererek, hakimde bir kanaat oluşturacak nitelikte olması gerekir.

Bilirkişilerin açıklamalarının gerçeğe, sahip olduğu bilgi ve deneyimin gereklerine uygun olması ve mahkemeye sunduğu raporun bilimsel bir dayanağının olması gerekir. Tıbbi bilirkişinin tanık ifadelerine dayanması ve raporuna kendi yaptığı incelemeler dışında bu tanıkların görüşlerine yer vermesi mümkün değildir.

Tıbbi bilirkişi raporundaki en önemli unsur gerekçedir. Tıbbi Bilirkişi, mahkemeye vereceği raporunda, incelemesi sonucu edindiği görüşün gerekçesini ayrıntılı olarak belirtmek zorundadır. Yani tıbbi bilirkişi raporunun Yargıtay'ın denetim yapabilmesine elverişli gerekçeleri kapsamalıdır. Gerekçeden yoksun, bilirkişinin sadece olay hakkındaki görüşünü içeren raporların hukuksal değeri yoktur.

Uygulamada bilirkişi raporları hakkında en çok şikayet edilen konuların başında, raporların son derece kısa, açıklamasız ve gerekçesiz, klişe bir şekilde hazırlanmasıdır. Raporun, hakimın sorduğu sorular kapsamında kalmak kaydıyla geniş açıklamalar ve ayrıntılı bilgiler içermesi gerekir.

Birden fazla kişiden oluşan bilirkişiler kurulunun ortak çalışması denetlenmeli, tek kişinin çalışarak hazırladığı raporu diğer üyelerin hiçbir katkısı olmaksızın sonradan imzalamaları engellenmelidir.

Bilirkişi raporunun hakime yardımcı olabilmesi için tıbbi bilirkişi görüşünün dili ve ifade şeklinin de hakimın ve raporu inceleyen diğer kişilerin anlayabileceği şekilde olması, karmaşık ve çelişik ifadelere yer verilmemesi gerekir. Bilirkişi raporu sade bir dil ve anlaşılabilir bir terminoloji ile yazılmalıdır. Sadece erbabı tarafından anlaşılacak teknik terimlerden ibaret bir rapor, bilirkişilik kurumu ile bağdaşmaz. Raporun yetersiz, eksik ve çelişkili olması, ek rapor veya yeni bilirkişi incelemesine yol açacağından ve böylece hem dava gereksiz yere uzayacağından hem de yargılama masrafları artacağından ya da yetersiz ve çelişkili bir raporla hüküm kurulması bozma sebebi olacağından, raporun eksiksiz ve tatminkar olmasına özenle riayet edilmelidir.

Karara dayanak yapılan bilirkişi raporlarının kabul edilemez olması sebebiyle bozulan çok sayıda karar vardır.

Yargıtay Yüksek Sağlık Şurasının kararlarını, pek çok olguda eleştirmektedir. Raporların hükme esas alınamayacak, kabul edilemez nitelikte olma sebepleri genel olarak “*dosyadaki raporun inandırıcı, tatminkar, gerekçeli ve yeterli olmaması, raporun somut olayın özelliklerine uygun olmaması, dosyada maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış rapora zıt olayların varlığı, Y.S.Ş’nin hukuk davalarında başvurulması zorunlu bilirkişi kurulu olduğunun kabul edilmemesi*” gibi sebeplerdir. Bozulan kararlarda hüküm kurulmalı veya başka bilirkişiye gönderilmeli şeklinde karar çıkmıştır. Dosyaların gönderildiği bilirkişiler; Adli Tıp Büyük Kurulu, Üniversite, Uzman Kişilerden Oluşacak Bilirkişi Kurulu veya Adli Tıp Kurulu, Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairesi, Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Dairesi veya Üniversitelerden seçilecek konusunda uzman Bilirkişi Kurulu şeklindedir.

Yargıtay, YSS kararlarının bağlayıcı olmadığını vurgulamakta ve özellikle tereddüt halinde Adli Tıp Kurumundan bilirkişi raporu alınması gerekliliğine hükmetmektedir.

Hakim, davalı doktorun sorumluluğunu tayin ederken dayanakları gösterilmeyen, yargılamada kesinlikle saptanan maddi olgular karşısında inandırıcı olmaktan uzak Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı değildir.

Yüksek Sağlık Şurasının pek çok kararında yapılan müdahalenin doğru olduğu, oluşan zararın beklenen bir komplikasyon olduğu, bu nedenle hastane ve görevli doktorların kusursuz oldukları rapor edilmektedir. Raporlarda, somut olayda tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bu konuda gereken özenin gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilmemektedir.

Yargıtaya göre bu durumda mahkemece yapılması gereken iş, konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan veya Adli Tıp Kurumundan, yapılması gerekenle yapılanın ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren, nedenleri açıklayıcı, tarafların, mahkeme ve Yargıtay’ın denetimine elverişli rapor alınarak, hasıl olacak sonuca uygun karar verilmesidir. Eksik inceleme ve yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak, yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

Adli Tıp Genel Kurulunun kararları nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe değerlendirme hususundaki yetkilerini kısıtlamaz (ATK m.23). Karara dayanak yapılan bilirkişi raporlarının kabul edilemez olması sebebiyle bozulan çok sayıda ATK kararı vardır.

Adli Tıp Kurumu raporlarının hükme dayanak olacak nitelikte olmamasının sebepleri genel olarak “*raporun inandırıcı, tatminkar ve yeterli olmaması, dosyadaki birden fazla ATK raporunun birbirleriyle çelişkili olması, raporu hazırlayan kurulda ilgili uzman olmaması, raporun somut olayın özelliklerine uygun olmaması*” şeklinde belirtilmiştir”. Adli Tıp Kurumu raporlarının yetersiz olduğu belirtildikten sonra genellikle üniversiteden görüş istenmeli şeklinde karar çıkmıştır

Yüksek Mahkeme, Adli Tıp raporunda belirtilen görüşlerin dayanak ve gerekçeleri açıklanmamışsa, bu raporun hükme esas alınmayacağı görüşündedir.

Yargıtay’a göre bu durumda mahkemece yapılması gereken iş; Üniversitelerden konuyla ilgili uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan, yapılması gerekenle yapılanın ne olduğu, yapılması gerekenle yapılanın uyumlu olup olmadığı, böyle bir zararın ortaya çıkmasının olağan olup olmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren, nedenleri açıklayıcı, taraf, Hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor almak, oluşacak uygun sonuç çerçevesinde karar vermektir. Açıklanan hususlar gözetilmeden eksik araştırma ve incelemeyle yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır, bozmayı gerektirir.

Yüksek mahkeme, dosyadaki raporların davanın esasını çözmek için gerekli bilgi ve görüşleri içermemesi durumunda, bu raporlara dayanılarak hüküm kurulamayacağına işaret etmektedir. Bilirkişi raporları arasındaki çelişkiler giderilmeden, bunlardan birine itibar edilerek hüküm kurulamayacağı Yargıtay tarafından belirtilmektedir.

Bu durumda mahkemece yapılması gereken, üniversitelerin bu ana bilim dallarında görevli, konusunda uzmanlık sahibi başka bilirkişilerden oluşturulacak bir kurula inceleme yaptırması, cerrahi müdahaleden önce, müdahale sırasında ve sonrasında uygulanması gereken tıbbi ilke ve kurallar çerçevesinde, yapılması gerekenler ile davalı hekimin yaptıkları arasında bir farklılık bulunup bulunmadığı, varsa bunların nelerden ibaret olduğu, davalının eylemiyle doğan zararlı sonuç arasında bilimsel bir nedensellik bağının varlığı, davalının kusuru varsa bunun oranının somut, dayanakları gösterilmiş ve denetime de elverişli bir şekilde

saptanması, sonuçta ortaya çıkacak uygun duruma göre karar verilmesidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması usule ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.

Bilimsel temeli olmayan, taraflı, yetersiz, gerçeği yansıtmayan bilirkişi görüşlerini engellemenin en etkili metodu bu görevi sorumsuzca yerine getirenlere yaptırım uygulamaktır. Bilirkişinin kasıtlı olarak mahkemeyi yanıltması sonucunda, hukuk sisteminin uyguladığı cezai yaptırımlar mevcuttur.

Bilirkişinin gerçeğe aykırı görüş bildirmesi, adliye karşı işlenebilen suçlardan olup, doğru olmayanı doğru imiş gibi göstermek veya doğru olanı saptırmak olarak anlaşılmalıdır.

Ceza verilebilmesi için, bilirkişi görüşünün hükme etkili olması da gerekli değildir, sadece gerçek dışı görüş bildirmiş olmak yeterlidir. TCK madde 276/1 gereğince, gerçeğe aykırı bilirkişilik cezalandırılmaktadır. Bu suçun işlenebilmesi için bilirkişinin kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinleme yetkisine sahip bulunan kişi ve kurul tarafından (mahkeme veya hakim) görevlendirilmiş olması gerekir.

Hakimin bilirkişi raporunu kabul etmeyip, başka bir bilirkişiye başvurması bu raporun kasten gerçeğe aykırı hazırlandığı ve dolayısıyla raporu hazırlayan sağlık mesleği mensubunun cezalandırılacağı anlamına gelmemektedir. Bunun için gerçeğe aykırı rapor hazırlama kastının ortaya konması gerekmektedir.

Yeni HMK madde 284'e göre bilirkişi TCK anlamında kamu görevlisidir. Bu nedenle bilirkişiler görevlerini yerine getirirken sadece kamu görevlilerinin işleyebileceği özgün (mahsus) suçların faili olabileceklerdir.

Geçerli bir özrü olmaksızın mahkemece yapılan davete uyup, zamanında mahkemede hazır bulunmayan veya bulunup ta yemin etmekten veya oy ve görüş bildirmekten kaçman bilirkişiler hakkında tanıklığa ilişkin disiplin hükümleri uygulanır (HMK.m.269/2).

Bilirkişi raporunun maddi bir çıkar karşılığında gerçeğe aykırı düzenlenmesi durumunda ayrıca rüşvet suçundan ötürü de cezalandırılması gündeme gelecektir. TCK.m.252'de düzenlenmiş rüşvet suçunda, bilirkişi sıfatı ağırlaştırıcı neden sayılmıştır .

Bilirkişilerin gerçeğe aykırı rapor düzenlemesi sonucu zarar gören kişiler, haksız fiil hükümlerine (BK.m.41) dayanarak tazminat davası açabilirler. Bilirkişinin sorumlu tutulabilmesi için; bilirkişinin gerçeğe aykırı rapor düzenlemiş olması, gerçeğe aykırı rapor düzenlemenin kasten veya ağır ihmal suretiyle yapılmış olması, gerçeğe aykırı raporun

mahkemece hükme esas alınması, gerçeğe aykırı raporun hükme esas alınması ile ortaya çıkan zarar arasında uygun bir nedensellik bağı bulunması şartlarının oluşması gereklidir.

Yeni HMK.m.285 düzenlemesine göre, bilirkişinin kasıt veya ağır ihmali ile gerçeğe aykırı olarak düzenlediği rapor mahkemece hükme esas alınır ve bu nedenle taraflar bir zarar görürlerse, zararın tazmini için açılacak tazminat davası Devlete yöneltilecek, tazminat ödemeye mahkum edilen Devlet, sorumlu bilirkişiye rucu edecektir.

Başta ABD olmak üzere pek çok ülkede meslek kuruluşlarının bilirkişileri denetleme görevi vardır. Bilirkişi tanıklığının tıbbi uygulama olduğu ve burada yapılan hatalarında tıbbi uygulama hatası olarak değerlendirilmesi gerektiği bazı uzmanlık derneklerince kabul edilmektedir.

Bilirkişilerin tıbbi bilgilerle uyumlu, tarafsız, dürüst tanıklık yapmaları için standart rehberler geliştirmiştir. Bu standartlara uymayan tıbbi bilirkişiler için kınama, açığa alma ve üyelikten çıkarma gibi disiplin kararları alınmıştır. Bu uygulamaların, tıbbi bilirkişilerin dayanağı olmayan, hatalı ve tarafı tanıklıklarını önemli ölçüde azalttığı ileri sürülmektedir.

Hekimlerin meslek kuruluşları olarak ülkemizde Tabipler Odası ve Türk Tabipler Birliği dışında Uzmanlık Dernekleri de sayılmalıdır.

Tıp ve hukuk, insanların daha sağlıklı ve adil bir yaşam sürmelerini sağlayarak, global düzeyde iyi olma halini hedefleyen bilim dallarıdır. Birlikte harmoni içinde çalışmalarını bu hedefe ulaşmada çok daha etkili olmalarını sağlar. Uzmanlık dernekleriyle işbirliği içerisinde hazırlanacak bir malpraktis yasası ve bilirkişilik rehberleri gerçeğe ulaşma çabasında çok faydalı bir adım olacaktır.

KAYNAKLAR

- 1- Abacı Nurcan, Osmanlı Dönemi Bilirkişilik Uygulamaları Üzerine Bir araştırma, Uludağ Üniversitesi Fen –Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y3, 2002.
- 2- A. Coşkun Yorulmaz, Ziya Kır, H. Çetin Ketenci, Tıbbi Uygulama Hataları ve Bilirkişilik, İ.Ü Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğilimi Etkinlikleri, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbı Malpraktis ve Adil Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006.
- 3- Ahmet Küpeli/Çetin L. Baydar, CMK ve TCK'da Adli Tıp Uzmanının Bilirkişilik Yükümlülüğü ve Çapraz Sorgu, Tıpta Uzmanlık Tezi, İsparta, 2007.
- 4- Aktan Necla, Diş Hekimlerinin Aydınlatılmış Onam Hakkındaki Bilgi Tutum ve Deneyimlerinin İncelenmesi, Kocaeli Üniversitesi, S.B.E, Yüksek Lisans Tezi, Kocaeli, 2005.
- 5- Akyol Şener, Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125. Yıl Yayını, İstanbul,1991.
- 6- Alangoya H. Yavuz, İsviçre Hukukunda Bilirkişilik, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125. Yıl Yayını, Ankara, 1991.
- 7- Alangoya H. Yavuz, Medeni Usul Hukukunda Vakaların ve Delillerin Toplanmasına ilişkin ilkeler, İstanbul.1979.
- 8- Ali Yılmaz, Ceza Davalarında Tıbbi Bilirkişilik İncelemesi Adlı Tebliğ, 4. Sağlık Hukuku Kurultayı, 5. Oturum, Ankara, 23.09.2011.
- 9- Altay Şakir, Bilirkişi mütalası ve Hakim, AD,1957/8.
- 10- American Medical Association. Expert Witness Testimony Available at: https://www.aapl.org/AMA_expert_witness.htm. Accessed March 7, 2008.
- 11- Angus R. O'Connor, Fergus V. Coakley, Maxwell V.Meng. Imaging of Retained Surgical Sponges in the Abdomen and Pelvis, American Journal of Roentgenology, 2003, S 180, s 481-489.
- 12- Anık Selehaddin, Anılarda Bilirkişilik, İBD, 2008, 82/3, s 1195-1200.
- 13- Arslan Ramazan, Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 5-8 nisan 2000.

- 14- Arslan Ramazan, Bilirkişilik Uygulaması ve Bu Uygulamaya Yargıtay'ın etkisi, Yargıtay D. C.XV, S.1-4,1989.
- 15- Arslan Yaşar, Bilirkişi Raporuna İtiraz Ve Uzman Mütalası, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Ekim 2008.
- 16- Arslan Ramazan, Bilirkişilik Sorunları ve Çözüm Önerileri, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 2000.
- 17- Aşçıoğlu,2010, s 278 aktaran Yahya Deryal,Türk Hukukunda Bilirkişilik, Seçkin Hukuk basımevi,İstanbul 2012, s 336
- 18- Aşçıoğlu Çetin, Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun, 2001.
- 19- Aşçıoğlu Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluk, Ankara,1993.
- 20- Aşçıoğlu Çetin, Yargılama Çalışmalarında Hukuk Davalarında Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125. Yıl Dönümü, İstanbul,1991.
- 21- Aşçıoğlu Çetin, Yargılama Çalışmalarında, Hukuk Davalarında Nitelendirme ve Bilirkişinin Görevi, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125. Yıl Dönümü, İstanbul,1991.
- 22- Atalay Oğuz, Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun, 2001.
- 23- Ayan Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara,1991.
- 24- Aydılek Behzat, Hukuk Yargılaması açısından Bilirkişilik, İzmir Barosu Dergisi, 1992/3.
- 25- Aydılek, H.Behzat, Hukuk Yargılaması Açısından Bilirkişilik, İBD, 1992, S. 4, Y.57, s 40.
- 26- B.Sonny Bal,MD,MBA, The expert witness in medical malpractice litigation,Clin Orthop Relat Res.2009 February; 467(2):383-391.
- 27- Bakbak Özdemir Handan, Hekimin Disiplin Sorumluluğu, Sağlık Hukuku Makaleleri, 2011, s244.
- 28- Belgesay M .R, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C I, İstanbul 1939.
- 29- Berova Kandemir, Hekimin ve Hastanenin Sorumluluğunda Bilirkişinin Rolü, KKTC Hukuk Sempozyumu,28-29 Nisan 2001.
- 30- Bilge Yaşar, Adli Bilimler Sözlüğü, Ankara, 2002.

- 31- Brent RL, The irresponsible expert witness: a failure of biomedical graduate education and professional accountability, *Pediatrics*.1982;70 (5):754– 76.
- 32- Centel/ Cafer, Ceza Muhakemesi Hukuku, 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu ile ilgili Mevzuata göre yenilenmiş ve Gözden Geçirilmiş 5. Bası, İstanbul,2008, s 7.
- 33- Çakmut Özlem Yenerer, Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik Başlıklı Tebliğ, 5. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu s1141.
- 34- Dağlı Neslihan, Usul Hukukuna İlişkin Temyiz Nedenleri, Ankara Üniversitesi, SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara,2007.
- 35- Danışman Mustafa, Trafik Kazalarında Bilirkişilik, *Terazi Hukuk Dergisi*, Ekim2009.
- 36- Demircan, Y.Tunç, Hasta Hakları, *Güncel Hukuk*, Mart 2006.
- 37- Demirer Gürtan, Bilirkişilik ve Uygulamadaki Sorunlar, *ABD*, 1976/6, Y.33.
- 38- Doğan Murat, Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, *Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ankara, 2007.
- 39- Duman İlker Hasan, Hukuk Muhakemesinde Bilirkişilik, *ABD*, 1984, S.5.
- 40- Eloy JA, Svider PF, Patel D, Setzen M, Baredes S, Comparison of plaintiff and defendant expert witness qualification in malpractice litigation in otolaryngology, *Otolaryngol Head Neck Surg*.2013 May;148(5):764-9. doi:10.1177/0194599813481943. Epub 2013 Mar 12.
- 40- E.Yurtcan, Ceza Yargılaması Hukuku, 12. Bası, İstanbul,2000.
- 41- Erem Faruk, Ceza usulü Hukuku, Ankara, 1986.
- 42- Erem Faruk, Diyalektik açıdan Ceza yargılaması Hukuku, Ankara,1986.
- 43- Erem Faruk, Yalan, Şahadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık A.Ü.H.F.D 1954, S 3-4.
- 44- Erhan Bulut, *Mevzuat Dergisi*, Kasım 2001, sayı:4, <http://www.mevzuatdergisi.com/2001>
- 45- Ersoy Yüksel, Bilirkişilik ve Benzeri Kavramlar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, Ceza Hukuku Bildiri XIV. Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan Doğan Sorunlar, C.II, Ankara, 2000.
- 46- Ersoy Yüksel, Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilik ve Uygulamadan doğan sorunlar, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2000, C.II, Ankara 2000.

- 47- Expert Witness Participation in Civil and Criminal Proceedings, From the American Academy of Pediatrics available at <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>.
- 48- Feridun Yenisey, Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tıbbi Delirler Ve Bilirkişi İncelemesi başlıklı tebliğ, Türk-Alman Hukuku Sempozyumu Özel Sayı, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 3, sayı 2, 2006.
- 49- Freeman JM, Nelson KB. Expert medical testimony: responsibilities of medical societies, *Neurology*.2004;63 (9):1557– 1558.
- 50- Garner BA, ed. Black's Law Dictionary. 8th ed. Eagen, MN: Thomson-West Publishing Co; 2004, <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>.
- 51- George J. Annas, J.D., M.P.H, Doctors, Patients, and Lawyers -Two Centuries of Health Law, *N Engl J Med*, 2012; 367:445-450 , August 2, 2012DOI: 10.1056/NEJMra1108646,PUB med.
- 52- Gomez JCB, Silencing the hired guns: ensuring honesty in medical expert testimony through state legislation. *J Leg Med*.2005;26 (3):385– 399.
- 53- Gözübüyük. A.Şeref, Yönetim Hukuku,14.Baskı, Ankara, 2000.
- 54- Güldiken, F. Özge, Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Bilirkişilik, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2005.
- 55- Günday Metin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Hükümlerinin İdari Yargıda Uygulama Alanı, İdari Yargının Yeniden Yapılandırılması ve Karşılaştırmalı İdari Yargılama Usulü Sempozyumu, Ankara, 2001.
- 56- Güreli N, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul,1967.
- 57- Hakeri Hakan, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Mersin Barosu, Tıbbi müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Ceza Hukuku, Medeni Hukuk, İdare hukuku, 16- 17 Ocak2009.
- 58- Hakeri Hakan, Tıp Hukuku, İstanbul, 2012.
- 59- Hancı Hamit, Bilirkişilik ve Çapraz Sorgu, Ankara, 2003.
- 60- İ.Ethem Geçim, Uygulama Hatası mı, İdari Sorumluluk mu?, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları.
- 61- İlker Hasan Duman, Hukuk Muhakemesinde Bilirkişilik, ABD, 1984, S.5.
- 62- İmre Zahit, Medeni Hukuka Giriş, İstanbul, 1971.
- 63- Jena AB, Seabury S, Lakdawalla D, Chandra A. Malpractice risk according to physician specialty. *N Engl J Med*. 2011;365:629–636.

- 64- Karahasan Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Cilt I, Ankara, 2009.
- 65- Karahasan Mustafa. R, Türk Borçlar hukuku, Genel Hükümler, C.I,İstanbul,1992.
- 66- Karavelioğlu Celal, İdari Yargılama Usulü Şerhi, 4. Baskı, Trabzon, 1999.
- 67- Kassirer JP, Cecil JS. Inconsistency in evidentiary standards for medical testimony: disorder in the courts. JAMA.2002;288 (11):1382– 1387.
- 68- Kaygısız Mustafa, Hukuk Sistemimizde Olay Yeri İncelemesi Delil ve Bilirkişilik, Ankara, 1998.
- 69- Kerem Yılmaz, Cerrahi Müdahale Sırasında Vücutta Yabancı Cisim Unutulmasının Hasta Hakları Açısından Değerlendirilmesi, Medikolegal Düzlem Tıpta Uygulama Hataları.
- 70- Kılıçoğlu Ahmet, Yargıda Bilirkişilik Çıkmazı, ABD, 1986/5, Y.43.
- 71- Koç Sermet, İstanbul Tabib Odasına Başvurulan Tıbbi Uygulama Hataları, 2006.
- 72- Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson MS, Institute of Medicine, Committee on Quality of Health Care in America, To Err Is Human: Building a Safer Health System. Washington, DC: National Academies Press; 2000 aviable at <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>.
- 73- Köroğlu H, Türk Mahkemelerinde Bilirkişilik ve Bilirkişi Kurumları, Ankara 2001.
- 74- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C III, İstanbul 2001.
- 75- Kuru Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü,C II, İstanbul, 2001.
- 76- Lawrence H. Brenner, JD, Alison Tytell Brenner, MPH, Eric J. Awerbuch, BA, and Daniel Horwitz, MD, Beyond the Standart of Care, A new model to judge medical negligence, Clin Orthop Relat Res. 2012 May; 470(5): 1357–1364, Published online 2012 March 1. doi: 10.1007/s11999-012-2280-0, PMCID: PMC3314771.
- 77- Levis Thomas, Tübitak Popüler Bilim kitapları 288, 2008.
- 78- Lewis MH, Gohagan JK, Merenstein DJ. The locality rule and the physician's dilemma: local medical practices vs the national standard of care. JAMA.2007;297 (23):2633– 2637.
- 79- Localio AR, Lawthers AG, Brennan TA, et al. Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence: results of the Harvard Medical Practice Study III. N Engl J Med.1991;325 (4):245– 251.

- 80- Mackauf SH, Neurologic malpractice: the perspective of a patient's lawyer. *Neurol Clin.*1999;17 (2):345.
- 81- McAbee GN, Deitschel C, Berger J; American Academy of Pediatrics, Committee on Medical Liability and Risk Management. Pediatric medicolegal education in the 21st century. *Pediatrics.*2006;117 (5):1790– 1792.
- 82- McAbee GN, Freeman JM, Expert medical testimony: responsibilities of medical societies. *Neurology*,2005;65 (2):337.
- 83- Meran Necati, *Kamu Görevlisine ve Adliyeye ilişkin Suçlar*, Ankara, 2006.
- 84- Merz JF, An empirical analysis of the medical informed consent doctrine [sic]: search for a “standard” of disclosure. Available at: www.piercelaw.edu/risk/vol2/winter/merz.htm. Accessed February 28, 2008.
- 85- Milunsky A. Lies, damned lies, and medical experts: the abrogation of responsibility by specialty organizations and a call for action, *J Child Neurol.*2003;18 (6):413– 419).
- 86- Musluoğlu Lütfi, *Ehli-vukufların Rey Beyan Etmeleri ve Rapor*, ABD, 1957, Y.14, S.2-3.
- 87- N.Centel/H.Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul, 2007.
- 88- Nazan Altundere, *Tıp Ceza Hukuku ve Güven İlkesi*, Sağlık Hukuku Makaleleri,10/17Eylül 2011.
- 89- Oğuzman M. Kemal, *Medeni Hukuk Dersleri*, İstanbul, 1994.
- 90- Ömer Ulukapı, *Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri*, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001.
- 91- Özbek Veli Özer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, Ankara, 2006.
- 92- Özbek Veli Özer, *Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*, Türk-Alman Tıp hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, HFD, C.III, S.2, 2006.
- 93- Özdemir H.Enver, *Ceza Davaları ile Trafik Kazalarında Keşif ve Bilirkişilik*, İstanbul,1985.
- 94- Özdemir Hayrünnisa, *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, Ankara, 2004.
- 95- Özlü Tefik, *Hasta Hakları*, 4. Türk-Alman Tıp hukuku sempozyumu, Sağlık Hakkı Özel Sayı, Kasım 2007.
- 96- Özsunay Ergin, *Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları*, Yargıtay 125. Yıl Yayını, Ankara 1991.
- 97- Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, Ankara,1983.
- 98- Öztürk Bahri, *Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku*, 3. Baskı, Ankara, 1995.

- 99- Öztürk/Erdem/Özbek, Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2003, No.548.
- 100- Öztürkler Cemal, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları, Ankara, 2003.
- 101- Pekcantez/Atalay/Özekeş, Medeni usul hukuku, Ankara.
- 102- Petrović O, Do We need to differentiate between malpractice and complicitation, Lijec Vjesn. 2013 Mar-Apr;135(3-4):100-3 available at <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>
- 103- Polat Oğuz, Klinik Adli Tıp, Ankara, 2009.
- 104- Polat Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara, 2005.
- 105- Polat Oğuz, Uygulamada Bilirkişi ile İlgili Sorunlar ve Çözümleri, Adli Tıp Kurumu Yayınları I, İstanbul, 2001, s 8.
- 106- Postacıoğlu İlhan, Medeni Usul Hukuku Dersleri İstanbul, 1975.
- 107- Salih.Y.Özden, Tıbbi Bilirkişiliğin tarihi Gelişimi ve Adli Psikiyatride Bilirkişinin Özellikleri, Düşünen adam; 1977,10(2):44-47.
- 108- Saran Bedir, Bilirkişilik Uygulaması Hakkında Genel Değerlendirme, <http://www.hukuki.bakis.com/detay>.
- 109- Savaş Halide, Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları, Tıbbi Malpraktis-Tıbbi Davaların Seyri ve Sonuçları, Ankara, 2011.
- 110- Savaş Halide, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi müdahaleden doğan sorumlulukları, Ceza-Hukuk, Ankara, 2007.
- 111- Savaş Halide, Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.2 S:15, Kasım 2007.
- 112- Sayıcı Bilge, Türkiyede Hukuk ve Adli Bilimler Açısından İmza ve Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul Üniversitesi, Adli Tıp Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2009.
- 113- Suraj Achar, MD, and Wiggin Wu How to reduce your malpractice risk, Fam Pract Manag. 2012 Jul-Aug;19(4):21-26.
- 114- Şahin Cumhuriyet, Ceza Muhakemesinde İspat, Delillerin Doğrudan Doğruyalığı ilkesi, Ankara, 2001.
- 115- T.Taner, Ceza Muhakemeleri Usulü, Ankara, 1955.
- 116- Tanrıver Süha, Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu, Ankara, 2002.

- 117- Tanrıver Süha, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bilirkişi İncelemesi ile İlgili Hükümlerine Bir Bakış, Hukuki Perspektifler Dergisi, S. 8, Eylül 2006.
- 118- Tanrıver Süha, Bilirkişinin Sorumluluğu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2005/56.
- 119- Tanrıverdi M, Medeni usul hukunda bilirkişilik, İstanbul 1991, Doktora tezi.
- 120- Tarman Zeynep Derya, Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Bilirkişinin Üçüncü Kişiye Karşı Olan Sorumluluğu, İÜSBE, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2005.
- 121- Taşpınar Sema, Bilirkişilik Ücreti, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun,2001.
- 122- Taylan Özgür Kiraz, Gerekçeli 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, 1. Baskı, Kasım 2012, Ankara.
- 123- Tezcan, Erdem, Önok, 2008.
- 124- Toroslu. N, Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 1999.
- 125- Tunalı M, Gözlü M, Yörük T, Çekim Soketinde Unutulan Elavatör Parçası, SÜ Dış Hekimliği Fakültesi Dergisi, 2007.
- 126- Türk Sami Hikmet, Bilirkişilik, AD Ocak 2001.
- 127- Ulsenheimer K, Quality assurance by experts,<http://www.ncbi.nlm.nih.gov/Pubmed>.
- 128- Ünver Yener, Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998.
- 129- Ünver Yener, Ceza muhakemesinde İspat, CMK ve Uygulamamız, CHD.1,2, Aralık, 2006.
- 130- Ünver Yener, Deliller ve Değerlendirilmesi, legal HD, 3, 32, Ağustos 2005.
- 131- Ünver Yener, Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis- Komplikasyon Ayırımı, Mersin Barosu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu, Mersin, 2009.
- 132- Ünver Yener, Adliye karşı suçlar (TCK.m. 267, 298), 2. Baskı, Ankara, 2010.
- 133- ÜnverYener, Türkiye de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun, Uluslararası Katılımlı 1. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyumu Kitabı, İstanbul, 2005.
- 134- Ünver Yener, Hekimin Cezai Sorumluluğu, Roche Sağlık Hukuku Günleri, İstanbul, 2007.
- 135- Ünver Yener, Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, S 16,İstanbul,2008.

- 136- Ünver Yener, Tıp Ceza Hukukunda Güven İlkesi, Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları, V. Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2008.
- 137- Ünver Yener, Türk Tıp Ceza Hukukunda Hukuk ve Etiğin Çatışma Alanları, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar arası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008.
- 138- Ünver Yener/ Hakeri Hakan, Sorularla Ceza Muhakemesi Hukuku, Ankara, 2006.
- 139- Ünver Yener/Hakeri Hakan,Ceza Muhakemesi Hukuku, cilt I, 2009.
- 140- Ünver Yener, Hakan Hakeri ,Ceza Muhakemesi Hukuku Temel Bilgiler, 7. Baskı, Ankara, 2012.
- 141- Üstündağ Tanverdi, Alman Usul Hukunda Bilirkişilik, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay'ın Kuruluşunun 125. Yılı Sempozyumu,İstanbul 1991.
- 142- Üstünkaya Faruk Feza, Yargıç Karşısında Bilirkişi Raporunun Hukuki Değeri, Ankara Barosu Dergisi, Y.39, 1982/4.
- 143- Vahe aleksanyan, Teşhiste Temel Bilgi, Propeditik, İstanbul,1982.
- 144- Valarie Blake, JD, MA, Medicine, the law and conceptions of evidence, Virtual Mentor. January 2013, Volume 15, Number 1: 46-50.
- 145- Weinstein J. Improving expert testimony, Univ Richmond Law Rev.1986;20 (3):473– 497.
- 146- Wood C, The misplace of litigation in medical practice (1998; 38, 365-376), Aust N Z J Obstet Gynaecol. 1999, PubMed - indexed for MEDLINE, PMID: 9890212, aviable at <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed>.
- 147- Yahya Deryal, Türk Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul,2012.
- 148- Yıldırım Kamil, Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75. Yaş Günü İçin Prof.Dr.Baki Kuru Armağanı,Ankara,2004.
- 149- Yıldız Ali Kemal, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, EÜHFD,C:X,S 3-4, Erzincan,2006.
- 150- Yılmaz Battal, Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2010.
- 151- Yokuş Sevük Handan, Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İHFM, C.LXIV, S.1,Y.2006.

SON SÖZ:

*“İlacın tedavi edemediği hastalıkları bıçak, bıçağın tedavi edemediklerini ateş tedavi eder.
Ama ateşin tedavi edemediğini hiçbir şey tedavi edemez.”*

(Hipokrat, aforizmalar kitabı, son deyiş)

