

T.C KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TIBBİ UYGULAMA HATALARINDA BİLİRKİŞİLİK

CANAN YÜKSEL

T.C KADİR HAS ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

TIBBİ UYGULAMA HATALARINDA BİLİRKİŞİLİK

CANAN YÜKSEL

DANIŞMAN

YRD. DOÇ. DR. EKREM KURT

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS TEZİ

TIBBİ UYGULAMA HATALARINDA BİLİRKİŞİLİK

ÖZET

Yargılama sürecinin doğru ve güvenilir olması yanı sıra tüm yargılama ilkelerinin korunmasını sağlamak hakimin görevidir. Hakim bu görevi yerine getirirken yargılamaya konu olan olay ya da olguyu belirleyip olaya uygun hukuk kuralını işletmelidir. Kimi zaman hakimin dava konusunu belirleyebilmesi için yaşam tecrübesi ve sahip olduğu genel bilgiler yeterli gelmez. Bu durumda gerekli teknik bilgiye sahip bilirkişilerden yardım alır.

Tıbbi uygulama hatası davalarında bilirkişiye başvurmak neredeyse kaçınılmazdır. Böyle bir davada, yapılan tıbbi uygulamanın hatalı olup olmadığı konusunda görüş bildirecek kişi, söz konusu uygulama alanında uzman olan hekim ya da sağlık çalışanıdır. Sağlıkla ilgili olarak özel yasal düzenlemelerin bulunmadığı Türk hukukunda, bilirkişilik ile ilgili genel hüküm ve düzenlemeler tıbbi bilirkişiler için de geçerlidir.

Bu çalışmada bilirkişilik ile ilgili genel hukuki bilgilerin ardından tıbbi uygulama hatası ve ilgili kavramlar hakkında bilgilere yer verilmiştir. Son olarak örnek kararlar üzerinden tıbbi uygulama hatası davalarındaki bilirkişi raporları incelenmiş, belirlenen sorunlar sıralanmış ve çözüm önerileri sunulmuştur.

ABSTRACT

As well as providing an accurate and reliable trial process, the person who is responsible for the protection of all judgment principles is the judge. While performing this task, the trial judge should specify the event or phenomenon which will be judged and the rule of law which will suit it. In some cases, the life experience or general knowledge the judge has will not be enough for him to determine the subject of litigation. In such cases, he asks for technical help from the experts of the subject.

In cases of medical malpractice, it is almost inevitable to apply to the expert. In such a case, the person who is going to deliver opinion whether the medical practice is faulty or not is a specialist or health care worker in that branch. Since there are no specific legal regulations for Medicine in Turkish judicial system, the general provisions and regulations related to expertise also apply to the medical experts.

The study gives information about medical malpractice and the concepts related to it following the general legal knowledge on expertise. And lastly, expert reports in medical malpractice trials were analyzed through the judicial precedent, detected problems were listed and solutions were suggested.

KISALTMALAR:

AD.: Anabilim Dalı

ark. : Arkadaşları

ATK. : Adli Tıp Kurumu

BK. : Borçlar Kanunu

Bkz.: Bakınız

CD. : Ceza Dairesi

CK. : Ceza Kanunu

CMK. : Ceza Muhakemeleri Kanunu

E. : Esas

EMG : Elektromyografi

HD. : Hukuk Dairesi

HGK. : Hukuk Genel Kurulu

K. : Karar

KBB. : Kulak Burun Boğaz

MK. : Medeni Kanun

MR : Manyetik Rezonans

NPHK: Nüfus Planlaması Hakkında Kanun

s. : Sayfa

S. : Sayı

SBE. : Sosyal Bilimler Enstitüsü

T. : Tarih

TTB.: Türk Tabipleri Birliği

UHK: Umumi Hıfzıssıha Kanunu

vb. : Ve benzeri

vd.: Ve devam eden

Y. : Yargıtay

yy. : Yüzyıl

İÇİNDEKİLER:

ÖZET.....	i
ABSTRACT.....	ii
KISALTMALAR.....	iii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

**BİLİRKİŞİLİK ve BİLİRKİŞİLİK KURUMUNUN TIP
HUKUKUNDAKİ YERİ**

1.1 BİLİRKİŞİNİN TANIMI.....	6
-------------------------------------	----------

1.2 BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİ GEREKTİREN HALLER.....	8
--	----------

1.2.1 TIP HUKUKUNDA BİLİRKİŞİYE BAŞVURMA ZORUNLULUĞU.....	11
--	-----------

1.2.2 BİLİRKİŞİYE BAŞVURU KONUSUNDA YARGICIN TAKDİRİ.....	12
--	-----------

1.3 BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN KAPSAMI.....	14
---	-----------

1.4 BİLİRKİŞİLİK GÖREVİ, BİLİRKİŞİNİN GÖREV ALANI ve RESMİ BİLİRKİŞİLER	16
1.4.1 ADLİ TIP KURUMU.....	21
1.4.2 YÜKSEK SAĞLIK ŞURASI.....	26
1.4.3 YÜKSEK ÖĞRETİM KURUMLARI.....	32
1.4.4 TABİP ODALARI ONUR KURULLARI.....	33
1.5 BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ VE RAPOR DÜZENLEMESİ.....	36
1.5.1 BİLİRKİŞİNİN RAPORU HAZIRLAMASI İÇİN VERİLEN SÜRE.....	40
1.5.2 BİLİRKİŞİNİN YEMİNİ.....	41
1.5.3 BİLİRKİŞİNİN RAPOR HAZIRLAMASI.....	41

1.5.3.1 Raporun Şekli.....	41
1.5.3.2 Raporun Taraflara Tebliği.....	46
1.5.3.3 Ek Rapor İstenmesi.....	46
1.5.3.4 Yeni Bilirkişi İncelemesi.....	48
1.6 BİLİRKİŞİ GÖRÜŞÜNÜN YARGILAMAYA ETKİSİ.....	50
1.7 USUL KANUNLARINDA BİLİRKİŞİLİK.....	54
1.7.1 HUKUK DAVALARINDA.....	51
1.7.2 CEZA DAVALARINDA.....	56
1.7.3 İDARİ YARGIDA.....	58
1.8 BİLİRKİŞİLİK ÜCRETİ.....	59
1.9 BİLİRKİŞİLİKTEN ÇEKİLME HAKKI.....	60
1.10 BİLİRKİŞİLERİN SORUMLUĞU ve İŞLEYEBİLECEĞİ SUÇLAR.....	62
1.11 BİLİRKİŞİNİN ETİK YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	66

1.12 BİLİRKİŞİLİĞİN YAKIN KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ.....	69
1.12.1 BİLİRKİŞİNİN HAKİMDEN AYIRT EDİLMESİ.....	69
1.12.2 BİLİRKİŞİNİN TANIKTAN AYIRT EDİLMESİ.....	70
1.12.3 BİLİRKİŞİNİN BİLİRKİŞİ-TANIKTAN AYIRT EDİLMESİ...71	

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMA HATASI VE HEKİMİN SORUMLULUĞU

2.1 HEKİMİN SORUMLULUĞU.....	72
2.1.1 HEKİMİN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU.....	72
2.1.2 HEKİMLER TARAFINDAN İŞLENEBİLECEK SUÇLAR.....	77
2.1.2.1 Kasten ya da Taksirle Adam Öldürme/ Yaralama.....	78

2.1.2.2	Hasta İle Cinsel İlişki Kurma.....	82
2.1.2.3	İnsan Üzerinde Deney ve Deneme.....	83
2.1.2.4	Organ ve Doku Nakli Suçu.....	83
2.1.2.5	Çocuk Düşürtme.....	84
2.1.2.6	Kısırlaştırma ve Hadımlaştırma.....	86
2.1.2.7	Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Bırakma.....	87
2.1.2.8	Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali.....	87
2.1.2.9	Dolandırıcılık.....	89
2.1.2.10	Belgede Sahtecilik.....	89
2.1.2.11	Çocuğun Soy Bağını Değiştirme Suçu.....	89
2.1.2.12	İrtikap Suçu.....	90
2.1.2.13	Rüşvet Suçu.....	90
2.1.2.14	Görevi Kötüye Kullanma.....	91
2.1.2.15	Kamu Görevlisinin Ticaret Suçu.....	91
2.1.2.16	Bilirkişi Hekimin Cezai Sorumluluğu.....	91
2.1.2.17	Sağlık Mensuplarının Suçu Bildirmemesi.....	92
2.1.2.18	Genital Muayene Suçu.....	93
2.1.3	HEKİMİN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU.....	94
2.1.4	KAMUDA ÇALIŞAN HEKİMİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN SORUMLULUĞU.....	99

2.2 TIBBİ UYGULAMA HATASI VE TIBBİ STANDART KAVRAMLARI.....	100
2.3 MALPRAKTİS-KOMPLİKASYON AYIRIMI.....	108
2.4 TIBBİ UYGULAMA HATALARI VE TIBBİ BİLİRKİŞİLİĞİN TARİHÇESİ.....	115
2.5 TIBBİ BİLİRKİŞİLİK VE STATÜSÜ.....	121
2.6 TIBBİ UYGULAMA HATALARININ DEĞERLENDİRİLMESİNDE OTOPSİ.....	124
2.7 BEDENSEL ZARARLARDAN KAYNAKLANAN TAZMİNATIN HESAPLANMASI.....	128
2.7.1 BEDEN GÜCÜ KAYBINDAN DOĞAN ZARARLAR.....	130
2.7.1.1 Çalışma Gücündeki Kayıp Oranının Tespiti.....	130
2.7.1.2 Beden Gücü Kaybı Zararlarının Kapsamı ve Tazminat Hesabı.....	131
2.7.1.2.1 Tedavi Giderlerinden Doğan Zararın Hesaplanması.....	131

2.7.1.2.2	Kazanç Kaybından Doğan Zararın Hesaplanması.....	132
2.7.1.2.3	Çalışma Gücünün Azalması ya da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar Nedeniyle Oluşan Zararların Hesaplanması.....	132
2.7.1.2.4	Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Kayıplardan Kaynaklanan Zararın Hesaplanması.....	132

2.7.2	KİŞİNİN ÖLÜMÜNDEN DOĞAN ZARARLAR.....	133
-------	---------------------------------------	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMA HATASI DAVASI KARARLARININ BİLİRKİŞİ RAPORLARI AÇISINDAN İNCELEMELERİ VE DEĞERLENDİRMELERİ

3.1	BİLİRKİŞİ RAPORLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....	136
-----	---	-----

3.1.1	ÖRNEK KARARLAR.....	136
-------	---------------------	-----

3.1.2	GENEL DEĞERLENDİRME.....	265
-------	--------------------------	-----

3.2	TARTIŞMA VE SONUÇ.....	266
-----	------------------------	-----

	KAYNAKLAR.....	272
--	----------------	-----

GİRİŞ

Demokratik ve sosyal bir devlet olabilmenin şartı hukuk devleti olabilmektir¹. Hukuk devleti; *güçler ayrılığı, mahkemelerin bağımsızlığı, idarenin yasayla sınırlılığı, idareye karşı bağımsız yargı yoluyla ve her türlü idari eylem ve işlemlerden dolayı kişilere verilen zararın giderimi düşüncesi* ilkelerine sahip bir devlettir.

Hukuk devletinde, silahların eşitliği ilkesi ile dengelerin korunması önem taşımaktadır. Herkesin adil ve doğru yargılanma hakkı vardır. Bu bir insanlık hakkıdır². Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde güvenilir ve adil yargılanma hakkı ile ilgili düzenleme oldukça geniş bir biçimde yapılmıştır³. Bunun sağlanması da hakimin yükümlülüğüdür⁴.

¹ ÖKÇESİZ, Hayrettin, “*Hukuk Devleti ve Hakimi*”, Etik ve Meslek Etikleri, Yayına Hazırlayan Harun TEPE, Ankara 2009, s. 197

² AŞÇIOĞLU, Çetin, “*Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları*”, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001, s. 50

³ MOLE Naula, HARBY Catharina, “*Adil Yargılanma Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. Maddesi Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*”, s. 7, http://www.ihop.org.tr/dosya/coe/adil_yargilanma.pdf 19.04.2012, saat 09.50

“6. Madde Adil Yargılanma Hakkı:

1. Herkes, gerek medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili nizalar, gerek cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından davasının makul bir süre içinde, hakkaniyete uygun ve açık olarak görülmesini isteme hakkına sahiptir. Hüküm açık oturumda verilir, ancak, demokratik bir toplumda genel ahlak, kamu düzeni ve ulusal güvenlik yararına, küçüklerin korunması veya davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veya davanın açık oturumda görülmesinin adaletin selametine zarar verebileceği bazı özel durumlarda, mahkemenin zorunlu göreceği ölçüde, duruşmalar dava süresince tamamen veya kısmen basına ve dinleyicilere kapalı olarak sürdürülebilir.”

⁴ MOLE, HARBY, s. 11

Hukukun üç temel değerinin, adalet, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği, çatışması halinde bir yorum yaparak karar verme görevi hakimindir⁵. Bu yorum kimi zaman genişletici, kimi zaman ise daraltıcı nitelikte olacaktır. Hangi yönde yorum yapacağına hakim kendisi karar verecektir. Hakim yorum yolu ile verdiği kararın hukuki gerekçesini açıklayabilmelidir. Bu değerlendirme, yorum yapma ve duruma özgün, uygun karar verme yükümlülüğü hakimi bir karar verme otomatı olmaktan çıkarıp bağımsız yargılama sorumluluğunun yükü altına sokmuştur.

Hakim, görevli olduğu davada yargılamanın doğru ve güvenilir olması yanı sıra tüm yargılama ilkelerinin korunmasını sağlamak zorundadır⁶. Baktığı dava hakkında gerekli teknik bilgiye sahip olmaması bu zorunluluğu ortadan kaldırmaz. Hakimin gördüğü davayı karara bağlamaması, hakkı yerine getirmekten kaçınma olacaktır. Kanunen yasak olan bu durumda hakimin hem hukuki hem de cezai sorumluluğunu doğacaktır⁷.

Yargılama sürecinde hakim iki temel konuda karar vermelidir. Bunlardan ilki yargılamaya konu olan olay ya da olgunun belirlenmesidir. Bu maddi mesele (maddi unsur) olarak adlandırılır. Maddi mesele tanımlandıktan sonra hakim sorunun çözümünde hangi hukuk kuralını işleteceğine karar verir. Bu da hukuki meseledir⁸.

Maddi vakıanın taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu ülkemizde⁹, maddi mesele yanlarca açıklığa kavuşturulur. Hukuki meselenin çözümlenmesi işi

⁵ ÖKÇESİZ, s. 201

⁶ GÖKÖZ Cengizhan, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Bilirkişilik Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar ile Çözüm Önerileri", Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 213

⁷ ATALAY Oğuz, "Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik", Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001, s. 174

⁸ AŞÇIOĞLU, s. 52

⁹ DERYAL Yahya, "Türk Hukukunda Bilirkişilik", Ankara 2010, s. 22

ise hakimindir¹⁰. Bu süreçte hakimın en güçlü yardımcısı avukatlardır. Doğru ve güvenli yargılanma hakkının kullanılabilmesi avukatların göstereceği etkinliğe de bağlıdır. Yanlar iddialarının dayanağını oluşturan olguların gerçekleşip gerçekleşmediğini ispat etmek zorundadır¹¹. Bunun için de mahkemeye sunmaları gereken bilgi ve belgeler vardır. Geçmişte yaşanmış olguların doğru olarak ortaya konulması ve bu şekilde değerlendirilerek dava konusunda adil ve doğru karar verilmesi hukuk uygulamasında son derece önemlidir¹². Çoğu kez taraf ve tanık beyanları hakimın hükmünü kurmasını sağlayamaz¹³.

Olgunun değerlendirilmesi ve çözüm için hakimın hukuk bilgisi ya da sahip olduğu yaşam tecrübesi dahilinde ise maddi meseleyi tanımlayacak, ardından uygun hukuk kuralını işletecek ve davayı çözüme ulaştıracaktır. Ancak hukuk dışı bir konuda maddi mesele belirlemesi gerekiyorsa şöyle bir yöntem izlemelidir¹⁴:

İlk olarak; *kanıtları değerlendirerek olguları saptamaya çalışacaktır.*

Eğer yanların getirdiği kanıtlar olgunun belirlenmesine yetmiyorsa *yaşam tecrübesi ve mantık kurallarıyla çözüme ulaşıp ulaşamayacağını* tartmalıdır.

Bütün bunlara rağmen söz konusu uyuşmazlığı belirleyemiyorsa ya yanların isteği ya da re'sen *bilirkişiyeye başvuracaktır.* Her türlü bilim dalında bir dekatta neredeyse kuşak farkı oluşturacak kadar hızlı gelişmelerin yaşandığı günümüzde hakimın bilirkişiyeye başvurma gerekliliği ve ihtiyacı her geçen gün artmaktadır¹⁵. Bu

¹⁰ TANRIVER Süha, “*Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*”, Ankara 2002, s. 30

¹¹ ALANGOYA Yavuz, “Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler”, İstanbul 1979, s. 175

¹² SAVAŞ Halide, “*Tıbbi Uygulama Hatalarında Tıbbi Bilirkişilik Kurumları ve Yargıtay Uygulaması*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 82, S. 3, Yıl 2008, s. 1355-1366

¹³ DERYAL, s. 22

¹⁴ AŞÇIOĞLU, s. 84

¹⁵ TARMAN Zeynep Derya, “*Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Bilirkişinin Üçüncü Kişiyeye Karşı Olan Sorumluluğu*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001, s. 11

yalnızca ölkemizde ve yalnızca tıbbi uygulama hatası (malpraktis) davalarında değil, tüm dünyada görölen herhangi bir konudaki uyuşmazlık için geçerlidir¹⁶.

Davanın çözümlenmesinde hakimin yardımcısı konumundaki *bilirkişi*; “*hakimin yargılamada ortaya çıkan olgu sorunlarını çözümede doğal bilgi eksikliğini gidermek amacıyla oluşturulmuş yargılama hukukunun bir kavramı ve kurumudur*”¹⁷.

Öyleyse, yargılama sürecinde hakimler ve avukatların yanı sıra doğru ve güvenilir bir yargılama için bilirkişilerin de rolü büyüktür. Ancak bu süreç içinde görevinin sınırlarını ve yükümlölüklerini bilen, raporunu bunları gözeterek hazırlayan bilirkişi yargıya yardım görevini yerine getirmiş olacaktır. Gerek kendini hakimin yerine koyarak raporunda davayı karara bağlayan bilirkişi, gerekse de bilirkişinin görüş ve değerlendirmelerini kendi akıl süzgecinden geçirmeksizin hüküm kuran hakim, doğru ve güvenilir yargılama için son derece tehlikelidir. Teknik bilgi ve uzmanlık alanlarının genişlemesi yanı sıra dava sayılarının artmasıyla da ilintilendirilen bu durum, haklı olarak “*bilirkişiler hakimleşiyor, hakimler memurlaşıyor*”¹⁸ genel yargı ve endişesini doğurmaktadır.

Bu hassas dengeyi korumak için hakime düşen görev, bilirkişilerin yetki ve sorumluluklarının farkında olmasını sağlamak, davaya en yüksek yararı sağlayacak bilirkişi raporunun nasıl olması gerektiği konusunda bilirkişiye yol göstermektir.

Geniş teknik ve uzmanlık bilgisi gerektiren tıp uygulamalarının yargıya yansıyan hali tıbbi uygulama hatalarıdır. Hakimin bir tıbbi uygulama hatası iddiasının maddi unsurunun tanımlanması için, çok ender durumlar dışında,

¹⁶ KIZILOT Şükrü, KIZILOT Zuhâl, “*Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*”, Ankara 2010, s. 722

¹⁷ AŞÇIOĞLU, s. 28

¹⁸ AŞÇIOĞLU, s. 44

bilirkişiyeye başvurma ihtiyacı duyacağı kuşkusuzdur. Hatta birçok davada bu bir zorunluluktur.

Bilirkişiliğe ilişkin genel tanımlar ve yasal düzenlemelerin ardından tıbbi uygulama hatası ve tıbbi bilirkişiliğin ele alındığı bu çalışmada, seçilen örnek kararlar ışığında tıbbi bilirkişilik kurumunda yaşanan sorunları tespit etmek ve çözüm önerileri sunmak hedeflenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

BİLİRKİŞİLİK ve BİLİRKİŞİLİK KURUMUNUN TIP HUKUKUNDAKİ YERİ

1.1 BİLİRKİŞİNİN TANIMI

Bilirkişilik kavramının sözcük anlamı açısından en sade ve açıklayıcı tanımlaması Türkiye Bilimler Akademisi tarafından uzun süren titiz bir çalışma sonrasında, geçtiğimiz günlerde yayınlanan “Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü-Sosyal Bilimler” adlı eserde yer almaktadır¹⁹:

Bilirkişi: “huk. Özel bilgi ve deneyimi dolayısıyla soruşturma ya da duruşma sırasında ortaya çıkan ve özel bilgi gerektiren olay ve konularda, hakimin, gerçeğin aydınlatılması için bilgisine başvurduğu kişi. ulusi. Bir sorunun çözümünde görüşü istenen kişi.”

Günlük kullanımında “bilen kişi” olarak yerleşmiş bilirkişinin konuyla ilgili pek çok farklı kaynaktan ayrıntılı olarak tanımları yer almaktadır. Bunlardan birkaçını sıralayacak olursak;

ÜSTÜNDAĞ bilirkişiyi; “hakime, kendi emri üzerine, tecrübe prensiplerine dayanarak gerçekleşmiş bir olgudan sonuçlar çıkararak veya kendi özel mesleki

¹⁹ Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü Sosyal Bilimler, Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara 2011

bilgisine dayanarak ihtilafli olayları tespit eden olguları tespit eden kişi”²⁰ olarak tanımlamaktadır.

Bir takdiri delil olarak bilirkişiliği PEKCANITEZ ; “tecrübe prensipleri hakkında hakimde eksik olan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine dayanarak sabit olan bir olaydan sonuçlar çıkaran veya kendi özel bilgisine dayanarak uyuşmazlık konusu olayları tespit eden kişi” tanımlamasıyla açıklamaktadır²¹.

2001 yılında Samsun’da yapılan Bilirkişilik Sempozyumu’nda yaptığı konuşmasında AŞÇIOĞLU bu tanımları kapsayan, bir bakıma da sadeleştiren bir anlatımla bilirkişiyi tanımlamıştır. Bu tanıma göre; “*bilirkişi, bir yargılamada dayanılan olay ve olguların değerlendirilip onlardan sonuçlar çıkarılmasında özel ve teknik bilgiye gereksinim duyulan durumlarda, bilgisine ve görüşüne başvurulmuş ve verdiği bilgi ve düşünce açıklamalarıyla hakime yardımcı olan kişidir ve bu nedenle yargılamada hakime yardım eden kişidir*”²².

Türk vergi yargısında bilirkişiliği inceleyen yüksek lisans tezinde SOYDAN’ ın yapmış olduğu tanımlamada bilirkişinin kim olduğu, yaptığı iş üzerinden yola çıkılarak anlatılmıştır. SOYDAN’ a göre, “hakime, bakmakta olduğu bir dava ile ilgili hükmünü kurarken, dava (uyuşmazlık) konusu meselenin maddi yönünün aydınlatılması sırasında ve delilleri takdir ederken, çözümü özel veya teknik bilgiyi gerektiren konularda başvuracağı ve yardım alacağı hukuk kurumu” bilirkişilik kurumudur²³.

DERYAL bilirkişiyi; “yargılama sürecinde, özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren konularda, hakim tarafından bilgi ve görüşüne başvurulmuş uzman kişi”

²⁰ ÜSTÜNDAĞ Saim, “*Medeni Yargılama Hukuku*”, İstanbul 2000, s. 740

²¹ PEKCANITEZ H., “*Medeni Usul Hukuku*”, B.2, Ankara 2001, s. 425

²² AŞÇIOĞLU, s. 29

²³ SOYDAN Başar, “*Türk Vergi Yargısında Bilirkişilik*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008, s. 3

olarak tanımladığı eserinde²⁴ bazı kaynaklarda bilirkişilerin “hakimin dürbünü” olduğu nitelemesinin yapıldığını aktarmaktadır.

Yargıtay 1. Ceza Dairesi vermiş olduğu bir kararda bilirkişilik kurumuna olan ihtiyacı şöyle tanımlamaktadır:

“Hakimlerin teknik sahalarda uzman olmalarına imkan yoktur, hüküm verebilmek için delil muhtevasının öğrenilmesi gerekir, bu nedenle hakim, diğer delillerle birlikte çoğu kez bilimsel ve teknik bilgilere de ihtiyaç duyar. Muhtaç oldukları bu teknik ve bilimsel bilgilerin uzman olan kişi ve kurumlardan sağlanması yoluna gidilir. Bilirkişi olay hakkında bilgi sahibi değildir. Onun katkısı teknik sahadaki istişari yardım, neticesi itibariyle hakimi aydınlatmaktadır. Çünkü hakim kendi teknik bilgisi ile delil muhtevasını öğrenemez.”²⁵

1.2

BİLİRKİŞİ

İNCELEMESİNİ

GEREKTİREN HALLER

Hakim, bir davada maddi meselenin tanımlanması için özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyduğunda bilirkişi görüşüne başvurabilir. Bilirkişiye başvurup başvurmamak hakimin takdir edeceği bir durumdur. Ancak hukuk bilgisi ile çözümlenebilecek durumlarda hakimin bilirkişi görüşü istemesi kanunen yasaktır²⁶.

²⁴ DERYAL, s. 41

²⁵ 1. CD., 04.02.1985, 93/341, YKD., C. XI, S. 2, Eylül 1985, s. 1377

²⁶ “HMK MADDE 266- (1) Mahkeme, çözümü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvuramaz.”

Ancak bunun dışında bazı durumlarda kanun bilirkişiye başvurulmasını zorunlu kılmıştır²⁷. Örneğin;

“Akıl hastalığına dayanarak açılan boşanma davasında, davalı eşin akıl hastası olup olmadığının bilirkişi raporu ile tespit edilmesi gerekir (MK m. 133).

Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı nedeniyle hacir kararı, ancak bilirkişi raporu üzerine verilebilir (MK m. 359).

Akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle verilmiş olan hacir kararının kaldırılması, hacir için bir neden kalmadığını gösteren bilirkişi raporuna bağlıdır. (MK m. 418)

Hayvan alım satımında hayvanın ayıplı olduğunun bilirkişi raporu ile tespiti gerekir (BK m. 224).

Neşir (yayım) sözleşmesinde, yazarlık ücretinin miktarı, bilirkişinin görüşü alındıktan sonra, hakim tarafından takdir olunur (BK m. 496).

Kamulaştırma bedeline itiraz davalarında kamulaştırılan gayrimenkulün kıymeti bilirkişiler tarafından takdir edilir (Kamulaştırma Kanunu m.15).”

Bunlara ek olarak hukuk usulünde cinsiyet değişikliği talep eden kişinin bir eğitim araştırma hastanesinden resmi sağlık kurulu raporu alması yasal zorunluluktur (MK m. 40).

Eser sözleşmesinde de oluşturulan eserin ayıplı olup olmadığının tespiti için bilirkişi görüşü alınmalıdır (BK m. 474).

²⁷ KURU Baki, “Medeni Usul Hukuku”, Ankara 2000, s. 509

Ayrıca şüpheli ve sanığın akıl hastası olması halinde gözlem altına alınması (CMK m.74), ölünün kimliğinin belirlenmesi ve adli muayenesi (CMK m. 86), zehirlenme şüphesi üzerine yapılacak işlemler (CMK m. 89), yeni doğanın cesedinin adli muayenesi veya otopsisini yani yeni doğan çocuğun yaşayıp yaşamadığı, vaktinde doğup doğmadığı yaşayacak durumda olup olmadığı (CMK m. 88) gibi hallerde de tıbbi bilirkişi atanmasının zorunlu olduğu hallerdir²⁸.

Bunların dışında hakim özel ve teknik bilgiye ihtiyaç olduğunu düşündüğü her durumda bilirkişiye başvurabilir. Bununla beraber Yargıtay'a göre de *"mesleki bilgiyle çözümü olanaklı olmayan konularda hakim bilirkişiye başvurması yasa gereğidir"*²⁹. Bilirkişinin raporu hakimi bağlamaz, takdiri hakime aittir³⁰. Yargıtay'a göre de bilirkişi raporu takdiri delildir³¹.

Alman hukukunda ise hakim bilirkişi raporu üzerindeki takdir yetkisi oldukça sınırlandırılmıştır³².

Fransız hukukunda, davanın çözümü için gerekli olan fiili temellerin tespiti hakim üzerine kaydırılmış olmakla birlikte bilirkişiliğe de açık kapı bırakılmıştır³³.

Kendinde eksik olan bilgiyi almak için bilirkişiye başvuran hakim bilirkişi raporunu nasıl takdir edeceği gerçekten tartışmalı bir konudur. Hakimin bilirkişi raporundan ayrılması ancak yeterli gerekçe göstermesi ile mümkündür³⁴. Hakim

²⁸ GÜLDİKEN, s. 8

²⁹ 15. HD. 12.3.1996, Yargı D., 1996/4, s. 91

³⁰ ÜSTÜNDAĞ Saim, "Medeni Yargılama Hukuku", İstanbul 2000, s. 752

³¹ 11. HD., 24.10.1986, ABD., 1986/6, s. 913

³² ÜSTÜNDAĞ, s. 753

³³ ÜSTÜNDAĞ, s. 753

³⁴ ÜSTÜNDAĞ, s. 754

bilirkişi raporunu yeterli görmezse aynı bilirkişi tarafından eksiklerinin giderilmesini isteyebileceği gibi, yeni bir bilirkişi incelemesine de karar verebilir³⁵.

Hakim, bilirkişi incelemesine kendisi karar verebileceği gibi, taraflardan birinin talebi üzerine de bilirkişi incelemesi isteyebilir. İkisinin arasındaki fark, incelemeyi hakimin istemesi durumunda bilirkişi giderlerinin taraflarca ödenmemesidir. Eğer bilirkişi incelemesini taraflardan biri istemişse, incelemeyi isteyen taraf giderleri karşılayacaktır³⁶.

1.2.1 TIP HUKUKUNDA BİLİRKİŞİYE BAŞVURMA ZORUNLULUĞU

Tıp hukuku açısından hakimin bilirkişiye başvurmasının kanunen zorunlu olduğu haller yukarıda tartışıldığı gibidir. Bunların dışında hastada tıbbi uygulama sonrası bir zarar ortaya çıktığında bunun uygulamaya bağlı olup olmadığının, uygulamayı yapanın kusurunun bulunup bulunmadığının bilirkişi tarafından belirlenmesi zorunludur. Tıbbi uygulamaya bağlı olarak ortaya çıkan kötü sonuç; istenmemiş, öngörülemediği yahut öngörülüp tedbir alınmış olmasına rağmen oluşmuşsa bu durumda uygulamayı yapan sağlık çalışanının sorumluluğu söz konusu değildir.

Tıbbi özel bilgiye ulaşmak, mevcut uygulamanın dünyadaki ve ülkemizdeki standartları ile ilgili bilgi almak için uzmanlık örgütlerinden ve meslek odalarından

³⁵ "HMK m. 281: (2) Mahkeme, bilirkişi raporundaki eksiklik yahut belirsizliğin tamamlanması veya açıklığa kavuşturulmasını sağlamak için, bilirkişiden, yeni sorular düzenlemek suretiyle ek rapor alabileceği gibi, tayin edeceği duruşmada, sözlü olarak açıklamalarda bulunmasını da kendiliğinden isteyebilir.

(3) Mahkeme, gerçeğin ortaya çıkması için gerekli görürse, yeni görevlendireceği bilirkişi aracılığıyla, tekrar inceleme de yaptırabilir."

³⁶ KURU, s. 512

faýdalanılabilir. Bu kurumların hazırladığı kılavuzlardaki bilgi olgunun değerlendirilmesinde kullanılabilir³⁷. Ancak hekim, kılavuzların tıbbi standarda uygunluğunun hem uygulamacı hem de bilirkişi olarak denetlemek zorundadır.

1.2.2 BİLİRKİŞİYE BAŞVURU KONUSUNDA HAKİMİN TAKDİRİ

Hakimin dava konusuyla ilgili kendi özel bilgisini, bilirkişiye ihtiyacı olup olmadığını değerlendirmek için nesnel bir ölçüt oluşturmak mümkün değildir. Hangi konuda bilirkişinin yardımıyla edineceği bilgiye ihtiyacı olduğunu kuşkusuz kişinin kendisi takdir edecektir³⁸.

Danıştay 9. Daire 28.02.2007 tarih, 2005/2527 esas ve 2007/633 sayılı kararında:

“...hakim, bir davada özel ve teknik bilgiye gerek bulunup bulunmadığını, gerekli ise kendi özel ve teknik bilgisinin o davada yeterli olup olmadığını, başka bir deyimle o davada bilirkişiye başvurulmasının gerekli olup olmadığını kendisi takdir eder ve karara bağlar.”

şeklinde bir hükme varmıştır. Ancak özellikle ceza davalarında adil yargılanma hakkının kullanılabilmesi için hakimin takdir hakkını bilirkişiden yana kullanmasında yarar vardır³⁹.

Yargıtay da *“hakim, özel ve teknik bilgisinin yetmediği hallerde bilirkişiden kendisine yardım etmesini ister. O halde hakim, önce kendi özel ve teknik bilgisinin o davada yeterli olup olmadığını takdir edecek; ayrıca davanın karara bağlanabilmesi*

³⁷ AFŞİN H., “Adli Diş Hekimliği”, İstanbul 2004, s. 415-492

³⁸ KURU Baki, “Hukuk Muhakemeleri Usulü”, C. III, 6. B., İstanbul 2001, s. 2624

³⁹ CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008, s. 267

için gerçekten özel ve teknik bir bilginin gerekli olup olmadığını inceleyecek ve sonunda davanın gerektirdiği ve fakat kendisinin bu özel ve teknik bilgiye sahip olmadığı kanısına varırsa, işte o zaman bilirkişiye başvurmak zorunda kalacaktır” görüşündedir⁴⁰.

“Hakim, hukuk bilgilerinin dışında kalan ve fakat kendi öğrenim seviyesinde olan bilgileri kullanmakla beraber, uzmanlığı gerektirecek kadar derin bilgilerle olayı çözmek durumunda bu işi yapamaz. Bu gibi hallerde başvurmak durumu ortaya çıkar. Hakim, bir uyuşmazlığı çözerken hangi hususta uzman yardımından yararlanacağını kendisi takdir eder. Kural olarak Bu konuda hakimi serbest bırakmakla beraber, istisnai olarak sanığın bilincinin incelenmesi (CUMK. M. 74) gibi belirli bir ilmi ve tekniği ilgilendiren, özel bir bilgiyi gerektiren incelemeler halinde hakimi bilirkişi tayininde zorunlu tutmaktadır⁴¹.”

Eğer hakim özel inceleme gerektiren bir dava konusunda bilirkişi istemeksizin kendisi hüküm kurmuşsa bu HMK. 266. maddenin hükümlerine aykırı olacaktır. Ancak açık bir takdir hatası olmadıkça bilirkişiye gidip gitmemesi hususunda hakim kararına müdahale edilmemesi gerekir⁴².

Yargıtay konuyla ilgili görüşünü aşağıdaki kararda şöyle ifade etmiştir:

“Hakim ancak ve yalnız özel ve hukuk bilgisi dışında bilgi gerektiren hallerde soruşturma görevini kolaylaştırmak üzere bilirkişiye müracaat edebilir. Bunun dışında bilirkişiye başvurma, hakim resmi görevini yapmama veya başkasına

⁴⁰ 4.HD., 08. 12. 1982, 10559/11360, Yasa HD., 1983/1, s. 99, 100

⁴¹ 1. CD., 01. 03. 1991, 391/559, KÖROĞLU Hasan, “Uygulamada Ve İctihatta Bilirkişilik”, Ankara 1995, s. 105

⁴² KURU, s. 1806

yaptırma mahiyetini taşıyabileceğinden kabul edilemez. Aksi halde hüküm hakime değil, bilirkişiye bırakılmış olur⁴³.”

1.3 BİLİRKİŞİ İNCELEMESİNİN KAPSAMI

Kanuna göre çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi görüşüne başvurulur. Hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün konularda bilirkişiye başvurulamaz.

Genel hukuk bilgisi, hakimlerin hukuk fakültesindeki lisans eğitimleri sırasında aldıkları bilgiler ile sonrasında meslek içi eğitimlerle edindikleri bilgileri kapsamaktadır⁴⁴. Hakimin hayat tecrübeleri ile çözebileceği konular da genel bilgi kapsamında değerlendirilebilir⁴⁵. Belli bir öğrenim görmüş herkesçe bilinebilecek teknik kurallar ve bilimsel konularda da bilirkişiye başvurma gereği yoktur⁴⁶.

Tıbbi uygulama hatalarında maddi meselenin hukuki bilgi ile çözümlenemeyeceği açıktır. Ancak tıbbi uygulamalarda da bazı hatalar yaşam tecrübesiyle değerlendirilebilecek niteliktedir. Yargıtay da verdiği bir kararda, ameliyatta hastanın karnında 2 metre uzunluğunda gazlı bez unutulması sonrasında açılan davada konunun incelenmesi için bilirkişi görüşü alınmasına gerek olmadığı, bu durumda tıbbi hata ve kusurun açıkça görüldüğü kararına varmıştır⁴⁷.

⁴³ 1. CD., 18.03.1972, 613/1284, ARSLAN Hatice Seval, “*Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporu ve Bağlayıcılığı*”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002, s. 18

⁴⁴ DERYAL, s. 118

⁴⁵ ÜSTÜNDAĞ Saim, “*Medeni Yargılama Hukuku*”, C.I, İstanbul 1984, s. 648

⁴⁶ AŞÇIOĞLU, Bilirkişinin fonksiyonları, s. 91

⁴⁷ 13. HD., 04.03.1994, 8557/2138, YKD. 1994/9-1288

“Doktorlar hastaların zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre de herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur kendinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimama) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü, objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır.

Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat sırasında 2 metre uzunluğunda gazlı bez unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu bir davranıştır. Sırf bu niteliği itibariyle olayın bir uzman tarafından incelenmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü; bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır.

Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurasının olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sırasında unutulmasının nadir de olsa mümkün olaylardan kabul etmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun 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 aracılığıyla tekrar incelenmesine de gerek yoktur. Öyleyse gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiyeye incelettilmesine gerek duyulmamalıdır.”

Türk Yargıtay'ının aksine Alman Yargıtay'ı hastanın vücudunda yabancı cisim unutulmasını mutlak her olayda kusurlu davranış olarak yorumlamamaktadır⁴⁸.

Kuşkusuz *her somut olay kendi koşulları içinde değerlendirilmelidir*. Hastanın bir başka *üstün yararı* söz konusu olduğunda hekim hızlı düşünüp buna uygun davranmak zorunda kalabilir. Örneğin; yaşamı tehdit eden bir kanamanın güçlükle kontrol altına alındığı bir ameliyatta, karın içinde gazlı bez unutulduğu hasta henüz ameliyathaneden çıkarılmadan fark edilmiş bile olsa hiçbir şey yapılamayabilir. Bu durumda *hekimin yapması* gereken ameliyat notunda ameliyatla ilgili her şeyi ayrıntılı olarak yer vermesi, daha sonra hastayı da durum hakkında bilgilendirmesidir. Aksi takdirde hatasını örtbas etmeye çalışan hekim *komplikasyon* olarak değerlendirilebilecek bir *süreci kötü yöneterek malpraktise* yol açmış olur.

1.4 BİLİRKİŞİLİK GÖREVI, BİLİRKİŞİNİN GÖREV ALANI ve RESMİ BİLİRKİŞİLER

Bilirkişilik gönüllülük esasına dayalı bir görevdir. Kural olarak bilirkişilik teklif edilen kimse bu görevi kabul etmeye zorunlu değildir. Ancak kanunla kendilerine bilirkişilik görevi verilen kurumlar ve kişiler bilirkişilik görevini kabule zorunludur⁴⁹. Bu kurumlar arasında Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası sayılabilir.

⁴⁸ ÜNVER Yener, "Hekimin Cezai Sorumluluğu", ROCHE Sağlık Hukuku Günleri- 7 Bölge 7 Nokta, İstanbul 2007, s. 150

⁴⁹ DERYAL, s. 212

Ayrıca HMK 270. madde gereği başvurulacak hususu bilmeksizin sanatını icra etmesi mümkün olmayan ve açıkça sanatını icra edenler de bilirkişiliği kabule zorunlu tutulmuşlardır.

Bunların yanı sıra adliyeye başvurup kendi belirttikleri uzmanlık alanında görüş bildirmek üzere adlarını resmi bilirkişi listesine yazdıranlar da kendilerine verilen bilirkişilik görevini kabul etmeye mecburdur⁵⁰.

Resmi bilirkişilik kurumu incelenecek olursa:

Resmi bilirkişi; ihtiyaç duymaları halinde yargı organlarına yardımcı olmak ve onlara bilirkişilik yapmakla kanun tarafından görevlendirilmiş bilirkişidir⁵¹. Resmi bilirkişiler için bilirkişilik yapmak yasal bir yükümlülüktür⁵².

HMK m. 270 ve CMK m. 65 bilirkişilik yapmaya zorunlu olanları 3 ana grup altında toplamaktadır:

- a) Resmi bilirkişilikle görevlendirilmiş listelerde yer alanlar.
- b) İncelemenin yapılması için gerekli olan özel ve teknik bilgiyi kullanarak mesleğini yapanlar.
- c) İncelemenin yapılması için gerekli mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar.

CMK m.65 de bilirkişi olarak atanabilecekler şöyle sıralanmaktadır:

⁵⁰ ŞAHİN Cumhur, "Ceza Muhakemesinde Bilirkişi Atanması ve Zorunlu Bilirkişilik", Bilirkişilik Sempozyumu, SAMSUN 2001, s. 231

⁵¹ DERYAL, s. 213

⁵² 1. CD., 30.10.1985, 3266/3702, YKD., C.12, S.3, Mart 1986, s. 425: "...resmi bilirkişiler, çekilme ve yasaklık gibi nedenler yoksa bilirkişiliği kabul zorundadır."

“(1) Bilirkişiler, il adli yargı adalet komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilirler. Cumhuriyet savcıları ve hakimler, yalnız buldukları il bakımından yapılmış listelerden değil, diğer illerde oluşturulmuş listelerden de bilirkişi seçebilirler. Bu listelerin düzenlenmesine veya listelerde yer verilenlerin çıkarılmalarına ilişkin esas ve usuller, yönetmelikte gösterilir.

(2) Atama kararında, gerekçesi de gösterilmek suretiyle, birinci fıkrada belirtilen listelere girmeyenler arasından da bilirkişi seçilebilir.

(3) Kanunların belirli konularda görevlendirdiği resmi bilirkişiler öncelikle atanırlar. Ancak kamu görevlileri, bağlı buldukları kurumla ilgili davalarda bilirkişi olarak atanamazlar.

(4) Bilirkişi olarak atanan bir tüzel kişi ise, kendisi adına incelemeyi yapacak gerçek kişi veya kişilerin isimlerini, bilirkişi atayacak yargı merciinin onayına sunar.

(5) Listelere kaydedilen bilirkişiler, il adli yargı adalet komisyonu huzurunda "Görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim." sözlerini tekrarlayarak yemin ederler. Bu bilirkişilere görevlendirildikleri her işte yeniden yemin verilmez.

(6) Listelerde yer almamış bilirkişiler, görevlendirildiklerinde kendilerini atamış olan merci huzurunda yukarıdaki fıkrada öngörülen biçimde yemin ederler. Yeminin yapıldığına ilişkin tutanak hakim veya Cumhuriyet savcısı, zabıt katibi ve bilirkişi tarafından imzalanır.

(7) Engel bulunan hâllerde yemin yazılı olarak verilebilir ve metni dosyaya konulur. Ancak bu hâle ilişkin gerekçenin kararda gösterilmesi zorunludur.”

Bilirkişilik yapmakla yükümlü kişiler görevlerini yapmak zorundadır. Bu görevi yerine getirmeyen bilirkişilere tanıklar için geçerli olan yaptırımlar uygulanabilir⁵³. Ayrıca hakim mahkemeye gelmeyen bilirkişinin zorla getirilmesine de karar verebilir. Ancak bu yaptırımların uygulanabilmesi için bilirkişinin usulüne uygun bir davetiyeyle mahkemeye çağrılmış olması ve bu davetiyenin duruşma gününden en az iki gün önce bilirkişiye tebliğ edilmiş olması gerekir.

Resmi bilirkişilere uygulanabilecek yaptırımlar şu şekildedir; bilirkişilik yapmaya zorunlu olanlar veya görevi gönüllü olarak kabul edenler usulüne uygun olarak çağırıldıkları halde bir mazereti olmaksızın duruşmaya gelmezlerse görevlerini yerine getirmemiş olacaklardır. Bu durumda kanun hükmü gereği tanıklara uygulanan esaslarla cezalandırılır. Duruşmaya gelmiş olmakla birlikte yemin etmekten ya da oy ve görüş bildirmekten kaçınırsa da cezalandırılacaktır. Uygulanabilecek yaptırımlar; zorla getirme (CMK m. 146/7), hafif para cezası ve duruşmanın ertelenmesinden kaynaklanan masrafların tazminidir. Ayrıca görevi yapıncaya kadar 3 ay ile sınırlı disiplin hapsi de uygulanabilmektedir (CMK m. 60/1, 71).

Bilirkişiler kanunda tanımlanan tanıklıktan çekilme esaslarına uymak kaydıyla bilirkişilikten çekinebilirler. Ayrıca kendilerinden istenen görev uzmanlık alanları dışında kalıyorsa, o konuda daha önce görüş açıklamışsa, davanın tarafları ile

⁵³ HMK m. 245: “(1) Kanunda gösterilen hükümler saklı kalmak üzere, tanıklık için çağrılan herkes gelmek zorundadır. Usulüne uygun olarak çağrıldığı hâlde mazeret bildirmeksizin gelmeyen tanık zorla getirilir, gelmemesinin sebep olduğu giderlere ve beşyüz Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına hükmolunur. Zorla getirilen tanık, evvelce gelmemesini haklı gösterecek sebepleri sonradan bildirirse, aleyhine hükmedilen giderler ve disiplin para cezası kaldırılır.

arasında iş veya akrabalık bağı bulunduğunda ya da görevini olumsuz etkileyecek bir başka sebep varlığında görevi iade edebilir⁵⁴.

Bilirkişi ceza kanunu anlamında kamu görevlisi sayıldığından⁵⁵ bilirkişilik görevini yapmaktan kaçınmaları halinde TCK m. 257/2'ye göre görevi ihmalden cezalandırılabilir.

Resmi bilirkişiler, her yıl düzenlenen resmi bilirkişi listesinde yer alanlar ile resmi bilirkişilik kurumlarında çalışanlardır. Bunların dışında konunun gerektirdiği uzmanlık bilgisine sahip olarak çalışan fakat listede yer almayan kişiler de bilirkişi olarak görevlendirilebilir (HMK m. 268/1 ve 268/2).

Özel veya teknik bilgi desteği gereken hallerde hakim bilirkişi incelemesine karar verecektir. Bu gerekliliği takdir etmek hakimin yetkisindedir. Davanın sonuçlanması için gerekli olan bir bilgiyi özel veya teknik yapan şey hakimin söz konusu bilgiye genel hukuk bilgileri ya da hayat tecrübesi ile sahip olamamasıdır. Hakimden bir hekim gibi hastalığın gelişimi, seyri ve tedavisi hakkında bilgi sahibi olması beklenemez. Aynı şekilde bir yaralanmanın ağırlığını ve yaşamsal tehlikenin varlığını değerlendirmesi de beklenemez⁵⁶.

Teknik bilgi; pozitif bilimlerin uygulamasına yeterli olan bilgidir. Özel bilgi ise, hukuk bilimi dışındaki bir bilim dalının araştırmaları sonucu ulaştığı bilgilerin, bu alanlardaki deneyimlere dayanan kuralların, genel kabule ulaşıncaya kadar tecrübe kuralına dönüşmesi biçiminde tanımlanabilir⁵⁷. Bunun yanı sıra tıp veya mühendislik

⁵⁴ TANRIVER Süha, "Bilirkişinin, Hukuki Statüsü, Yükümlülükler Yetkileri ve Sorumluluğu", Ankara 2002, s. 48

⁵⁵ HMK m.284: "1) *Bilirkişi, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir.*"

⁵⁶ KILIÇOĞLU Ahmet, "Yargıda Bilirkişi Çıkmazı" Ankara Barosu Dergisi, Y.1986, S. 5, s. 644

⁵⁷ ARSLAN, s. 190-211

gibi bir bilime ait olmayan ancak o işin ustası bir zanaatkar tarafından bilinebilecek bilgi de özel ve teknik bilgi olarak değerlendirilmelidir⁵⁸.

Sağlık hukuku alanında en sık başvuru alan iki resmi bilirkişilik kurumu Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurasıdır. Uygulama bu kurumlara gereğinden sık başvurulduğunu düşünen bir görüşe göre; alınan raporların yargı için bağlayıcı olmamasına rağmen kararları fazlasıyla etkilediği, hatta zaman zaman yargının hatalı karar vermesine yol açtıkları savunulmaktadır⁵⁹. ÜNVER hatanın kaynağı olarak da bu kurumların hukuk kuralları çerçevesinde değil, etik ve genel ahlak kuralları ile konuyu değerlendirmesi olduğunu söylemektedir.

1.4.1 ADLİ TIP KURUMU:

Adli tıbbın tarihsel gelişimine bakacak olursak kesin bir tarih verememekle birlikte çok eski çağlara kadar uzandığını söylemek mümkündür. Hekimlik uygulamaları ve hekim hataları insanlarda hep büyük bir merak uyandırmıştır. Yaralanmanın sonuçları ve ölüm nedeni gibi birçok konuda çalışan insanlar ilk çağlarda daha çok büyücüler, din adamları ve bir takım şifacıları⁶⁰.

Tıp ve hukuk zaman içinde birbiriyle etkileşerek geliştiler. Bu gelişim içinde ilk adli tabip olarak kabul edilecek kişi M.Ö 3000 yılında Eski Mısır'da baş hakim Pharaoh Zoser'in özel hekimi olan, oluşturduğu yazılı kurallarla da bilinen

⁵⁸ ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, "Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku", Ankara 2003, No. 548

⁵⁹ ÜNVER Yener, "Türk Tıp Ceza Hukukunda Hukuk ve Etiğin Çatışma Alanları", Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar arası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, İstanbul 2008, s. 367

⁶⁰ DEMİRER Mustafa, "Dünyada ve Türkiye'de Adli Tıp Yapılanmalarında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Uzmanlık Tezi, Isparta 2007, s. 11

İmhotep'tir. Daha sonra Hammurabi Kanunlarıyla başlayarak tarihsel süreç içinde yazılı belgelerde, gittikçe ayrıntılandırılan kurallarıyla birlikte yer almıştır⁶¹.

M.Ö 2000 yılında Orta Asya Türkleri kil içinde buldukları parmak izlerini delil olarak kullanmıştır. Çin ve Japonya'da da M.Ö 700 civarında bununla ilgili kanun çıkarılmıştır⁶².

Türk hukukunda 1808 yılında yapılan ilk usul hukuku düzenlemesi ile bilirkişilik ve adli tıp uygulamaları ile yasal düzenleme yapılmıştır. 1840 yılında kabul edilen Ceza Kanunname-i Hümayunu, ölüm halinde yapılan keşiflerde adli tabip bulunmasını koşul saymıştır. 1851 ve 1858'de çıkarılan ceza kanunlarıyla da hekim, ebe ve hemşirelerin bilirkişiliğine başvurma zorunlu kılınmıştır. İlk kez 1839 yılında Mektebi Tıbbiye-i Şahane'nin eğitim programında adli tıp yer almıştır⁶³. İlk otopsi Dr. C. A. Bernard tarafından yapılmıştır.

1879 tarihli Muhakematı Cezaiye Kanunu'nun 40 ve 41. Maddelerinde adli tıp ve bilirkişilik uygulamaları ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Bu gelişmelerde 1867 yılında ilk sivil tıp okuluyla hızlanan tıp eğitiminin katkısı büyüktür⁶⁴.

1920 yılında 38 sayılı Tababeti Adliye Kanunu kabul edilmiştir. Bu kanunun 3. maddesinde adli rapor düzenlenmesi işi hekimlere verilmiştir. Hekimin olmadığı küçük yerleşim yerlerinde ise sağlık memurlarına, her ikisi de yoksa adliyece tayin edilecek bilgisine güvenilecek kişilere verilmiştir. Ancak "fethi meyyit" yalnızca hekimlerin görevi olarak tanımlanmıştır. 1926' da cumhuriyet tarihinin ilk adli tıp düzenlemesi yapılmıştır. "Tıbbi Adli Müessese Kanunu" ile adli teşkilatı

⁶¹ BİÇER Ü., "Türkiye' de Adli Tıp Hizmetleri ve Geline Durum", Türk Tabipleri Birliği, Tıp Dünyası, 15 Ekim 2003 S. 112

⁶² KAYGISIZ M., "Hukuk Sistemimizde Olay Yeri İncelemesi Delil ve Bilirkişilik", Ankara 1998, s. 16-18

⁶³ KAYGISIZ, s. 21

⁶⁴ SOYSAL Z., ÇAKALIR C., Adli Tıp Cilt I s. 29-31

düzenlenmiştir. 1953 yılında kanunda değişiklikler yapılmış, son olarak 1982 yılında 2659 sayılı Adli Tıp Kurumu kabul edilmiştir⁶⁵.

Bu yapılan düzenleme ile adli tıp kurumunun günümüzdeki yapılanması oluşturulmuştur. Buna göre Adli Tıp Kurumunda bilirkişilik görevini üstlenen 3 ayrı birim bulunmaktadır: “Adli Tıp İhtisas Daireleri”, “Adli Tıp İhtisas Kurulları”, ve “Adli Tıp Genel Kurulu”. Bu birimlerde tıbbi bilirkişilik uygulamaları yanı sıra toksikolojik, biyolojik, balistik ve trafikle ilgili çalışmalar sürdürülmektedir⁶⁶.

Adli Tıp İhtisas Daireleri; Morg, Gözlem, Kimyasal Tahlil, Biyoloji, Fizik İncelemeleri, ve Trafik İhtisas Dairesinden oluşmaktadır. Adli Tıp İhtisas Daireleri veya adli tabipler ve bilirkişiler tarafından verilen fakat mahkemelerce tatmin edici bulunmayan veya birbirleriyle çelişen raporlar Adli Tıp İhtisas Kurulları tarafından incelenir.

Adli Tıp İhtisas Kurulları;

1. **İhtisas Kurulu;** adli tıp, patolojik anatomi, iç hastalıkları, kardiyoloji, genel cerrahi, beyin cerrahisi, kadın hastalıkları ve doğum uzmanı olan üyelerden oluşur ve *ölümle* ilgili olayları inceler.
2. **İhtisas kurulu;** *müessir fiil, kamu düzeni ve aile aleyhine işlenen suçlar* hakkında rapor düzenleyen kuruldur. Adli tıp, kadın hastalıkları ve doğum, radyoloji, göz, kulak burun boğaz hastalıkları, genel cerrahi uzmanlarından oluşur.

⁶⁵ DEMİRER, s. 14

⁶⁶ POLAT Oğuz, “Klinik Adli Tıp”, Adli Tıp Uygulamaları, Ankara 2004, s. 3

3. **İhtisas Kurulu;** 2. *İhtisas kurulunun görev alanına girmeyen Sosyal Sigortalar ve İş Kanunu ile ilgili olaylar, maluliyet, meslekte kazanma gücü kaybı, meslek hastalıkları ve mesleki kusurlar, sürekli hastalık, sakatlık ve kocama sebepleri il kişinin cezalarının hafifletilmesi veya kaldırılmasına ilişkin işlemler hakkında rapor düzenler. Adli tıp, genel cerrahi, ortopedi ve travmatoloji, nöroloji, iç hastalıkları, göğüs hastalıkları ve tüberküloz uzmanlarından oluşur.*
4. **İhtisas Kurulu;** *ceza ehliyetini kaldıran ve hafifleten sebeplerle hukuki ehliyetin tespiti, uyuşturucu madde bağımlılığı, hacir altına alınma gibi konularda araştırma yapmak üzere adli tıp, ruh sağlığı ve hastalıkları, çocuk ruh sağlığı ve hastalıkları, nöroloji, anatomi, radyoloji uzmanlarının oluşturduğu bir kuruldur.*
5. **İhtisas Kurulu;** *zehirlenmeler, alerjik olgular, nesep tayini, toplumun sağlığıyla ilgili gıda ve ilaca alışkanlık yapan maddeler hakkında rapor düzenler. Adli tıp, mikrobiyoloji ve enfeksiyon hastalıkları, farmakoloji, biyokimya, analitik kimya, alerji, immünoloji, anestezi ve reanimasyon uzmanlarından oluşur.*

Adli Tıp Genel Kurulu ise Adli Tıp İhtisas Kurulundan alınan rapora da itirazların olması halinde söz konusu olayı inceleyip sonuca bağlayan kuruldur.

Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunca kesinleşerek yargıya sunulan rapor Adli Tıp Kurumu içinde nihai rapor olmakla birlikte hakim için bağlayıcı nitelikte

değildir⁶⁷. Yargıtay da özellikle yetersiz Adli Tıp Kurumu kararlarını bozma nedeni saymaktadır:

“Hemen belirtelim ki Adli Tıp Genel Kurulu Raporu oy çokluğuyla verilmiş ve kurul içinde tek bir kadın doğum uzmanı bulunmaktadır. Raporda çoğunluk görüşünün doğru olmadığı yönünde azınlık tarafından inandırıcı gerekçeler ileri sürüldüğü görülmektedir. Bu haliyle rapor inandırıcı ve tatminkar olmaktan uzaktır. Öyle olunca davalı tarafça da itiraz edilen Adli Tıp Genel Kurul raporuna itibar edilerek hüküm kurulamaz.

O halde mahkemece yapılacak iş; üniversitelerin ilgili ana bilim dallarından ve özellikle kadın doğum uzmanlarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığıyla dosyadaki hastanede tutulmuş dosya ve kayıtlar taraf savunmaları tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak ve böylece hasıl olacak sonuca uygun karar vermektir. Eksik inceleme ve mevcut delilleri değerlendirmede yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir⁶⁸.”

Yanlış değerlendirme yapan Adli Tıp Kurumu raporuna göre verilen kararları bozma nedeni olarak kabul eden pek çok Yargıtay kararı mevcuttur.

⁶⁷ ÜSTÜNKAYA Faruk Feza, “Hakim Karşısında Bilirkişi Raporunun Hukuki Değeri” Ankara Barosu Dergisi, Y. 39, 1982/4, s. 84-95

⁶⁸ 13. HD. 06.03.2003, 2002/13949, 2003/2380, <http://www.tazminathukuku.com/guncel-konular/yargic-bilirkişi-seciminde-ozgurur.htm>, 23.04.2012, saat 22.30

1.4.2 YÜKSEK SAĞLIK ŞURASI:

Yüksek Sağlık Şurası, tıbbi uygulama hataları konusunda görüş bildirmekle görevlendirilmiş resmi bilirkişilik kurumlarından biridir. 1219 sayılı ve 1928 yılında kabul edilmiş Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesi ile Şuraya bu görev verilmiştir⁶⁹. Bu bilirkişilik görevi Anayasa Mahkemesinin 22.10.2010 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 3/6/2010 tarih ve E. 2009/69, K. 2010/79 sayılı kararına kadar ceza davalarında zorunlu iken, hukuk davalarında başvurma zorunluluğu yoktu. Ceza davalarında Şura'ya başvurmak zorunlu olmakla birlikte hakim bu görüşle bağlı kalmak zorunda değildi.

Kadirli 1. Asliye Ceza Mahkemesi, görüş almak için gönderilen dava dosyalarının çok geç raporlanmasını ve buna bağlı olarak davaların karara bağlanmasının yıllar aldığını gerekçe göstererek itiraz yoluyla yaptığı başvuru sonucunda Anayasa Mahkemesi Yüksek Sağlık Şurasının ceza davalarında zorunlu bilirkişi olması ile ilgili maddeyi iptal etmiştir⁷⁰.

Esasen Yüksek Sağlık Şurası'nın kuruluş amacı yalnızca tıbbi uygulama hatalarıyla ilgili bilirkişilik yapmak değildir. 1593 sayılı ve 24.04.1930 tarihli Umumi Hıfzıssıha Kanunu'un üçüncü faslı Yüksek Sağlık Şurası ile ilgili hükümlere yer vermektedir. Şuranın görevlerinin tanımlandığı 10. maddede:

⁶⁹ 1219 Sayılı Kanun m. 75: *"Tababet ve sanatlarının icrasından mütevellit ceraimde mahkemelerin muvafık göreceklere muhtebirin rey ve mütalasına müracaat hakkındaki serbestisileri baki kalmak şartıyla meclisi alii sıhhinin mütalası istifsar edilir."*

⁷⁰ HAKERİ Hakan, *"Yüksek Sağlık Şurasının Resmi Bilirkişilik Görevi Sona Erdi"*, <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yukse-saglik-srasinin-resmi-bilirkisilik-gorevi-sona-erdi-72-64-2592.html>,

“Sihhat ve İçtimai Muavenet Vekaletince tevdi edilecek yüksek sıhhi ve içtimai meseleler hakkında rey ve mütalaasını beyan ve sıhhi içtimai hizmet ve muavenetlere ait kanun, nizamname ve talimatnameleri birinci derecede tetkik eylemek ve tababet ve şubeleri sanatlarını ifadan mütevellit adli meselelerde ihtibar vazifeleriyle mükellef olmak üzere bir Yüksek Sıhhat Şurası teşkil olunmuştur.”

Yukarıdaki maddede açıkça görülüyor ki Yüksek Sağlık Şurasının asıl kuruluş amacı yalnızca tıbbi uygulama hatalarında bilirkişilik yapmak değil, sağlıkla ilgili konularda görüş bildirmek ve yine sağlıkla ilgili yasal düzenlemeleri incelemektir. Ama zaman içinde gerek tıbbi uygulama hatası dosyalarının sayısının katlanarak artması, gerekse de sağlık ve hukuk çevrelerince Şuranın bilirkişilik görevinin daha ön plana çıkarılması nedeniyle kurum yalnızca bilirkişilik yapan bir oluşum şeklinde algılanmaya başlamıştır.

Bu algı yanlışlığı nihayetinde 2.11.2011 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile yasallaşmıştır. Bu KHK’de tüm Sağlık Bakanlığı Teşkilatında olduğu gibi Yüksek Sağlık Şurasının görevi ve yapısıyla ilgili düzenlemeler yapılmıştır. Söz konusu KHK’nin 21/1. maddesinde Şuranın görevi “sağlık meslek mensuplarının mesleklerini icra ederken ortaya çıkan adli konularda mahkemelere görüş vermek ve idarî soruşturmacılar ve uzlaşma komisyonları için bilirkişi listesi belirlemek” olarak tanımlanmıştır.

663 sayılı KHK ile Yüksek Sağlık Şurası’nın birimlerinden olan Danışma Kurulları ve İhtisas Komisyonları’nın çalışma esaslarının Bakanlık tarafından belirleneceği ifade edilmektedir. Şuranın bilirkişilik görevi devam ettiği için bilirkişilik süreci içinde yer alan İhtisas Kurullarının çalışmalarında bir değişiklik olmayacağı söylenebilir. Ancak görevi; Şura toplantılarında değerlendirilmek üzere

Bakanlık tarafından tespit edilen ülkemizdeki sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesine yönelik konularda Şura'ya teknik görüş ve öneriler sunmak olan Danışma Kurulları'nın çalışma esaslarının nasıl düzenleneceği önemlidir.

663 sayılı KHK ile ilk olarak burada tanımlanan "uzlaşma prosedürü" içinde yer alacak bilirkişileri belirlemek görevi de Yüksek Sağlık Şurası' na verilmiştir.

KHK de yapılan değişikliklerden bir diğeri üye sayısı ve yapısı ile ilgilidir. Üye sayısı on üçten on beşe çıkarılmış, müsteşar veya müsteşarın görevlendireceği Müsteşar Yardımcısı ile I. Hukuk Müşaviri veya görevlendireceği hukuk müşaviri doğal üyeler olarak belirlenmiştir.

Doğal üyeler dışında kalan on üç üye Bakan tarafından, ülkede sağlık hizmetleri veya eserleri ile tanınmış kişiler arasından seçilecektir. Üyelerin görev süreleri 2 yıl olup, mazeret belirtmeksizin üst üste iki toplantıya katılmayanın üyeliği düşer (663 sayılı KHK, m. 21).

Yüksek Sağlık Şurası ile ilgili olarak, hukukçu ve sağlıkçılar arasında yaygın bir başka hatalı bilgi de yılda yalnızca 1 kez toplanıyor olmalarıdır. Kanımızca bu yanlışlığa 19.12.2000 tarih ve 6831 sayılı Yüksek Sağlık Şurası Çalışma Yönergesi m. 8 de yer alan "*Şura en az yılda bir defa olmak üzere toplanır*" ifadesinin "*Şura yılda bir kez toplanır*" şeklinde algılanması yol açmaktadır. Oysa Şura yaz ayları hariç olmak üzere, yılda sekiz kez, bir toplantı peş peşe gelecek iki günden oluşacak şekilde toplanmakta ve onlarca dava dosyası hakkında görüş bildirmektedir.

663 sayılı KHK m. 21/5 de yer alan "Şura yılda en az dört kez toplanır" ifadesi umarız "Şura yılda dört kez toplanır" şeklinde bir başka yanlış görüşün yaygınlaşmasına neden olmaz.

Yüksek Sağlık Şurası Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönerge 663 sayılı KHK.' ya göre yeniden hazırlanmıştır. Buna göre Şura en az sekiz üyenin katılımıyla, Müsteşar veya görevlendireceği Müsteşar yardımcısının başkanlığında toplanır. Toplantıya üyeler ve görevlilerden başka kimse giremez. Başkan gerek görürse Şura'yı programlananın dışında bir tarihte toplantıya çağırabilir.

Şuranın toplanmadığı zamanlarda acil olarak yapılması gereken işleri karara bağlamak üzere üç kişilik bir alt kurul seçilir. Bu kurulu Şura her yıl kendi üyeleri arasından, bir yıllık süre için seçer.

Toplantı gündemini başkan belirler. Şurada görüşülmesi istenen konular ve dosyalar hakkındaki bilgi başkana genel müdürlükçe sunulur. Toplantı tarihinin ve gündemin Başkan tarafından belirlenmesinden sonra gerekli belgeler Şura üyelerine en az 1 hafta önceden bildirilir. Belirlenen gündemin dışında ek konuların toplantıda tartışılabilmesi için Başkan'ın ya da katılan üyelerin üçte birinin yazılı ya da sözlü talebi gereklidir.

Şura toplantısında tartışmalar gündemde belirlenen sıraya göre yapılır. Şura gerekli gördüğünde incelenecek konuyla ilgili bilirkişi görüşü alabilir, bilirkişiyi toplantıya davet edip görüşlerini dinleyebilir. Yapılan tüm tartışmalar sesli olarak kaydedilir ve kararlar tüm üyelerce imzalanıncaya kadar saklanır.

Tartışmalar sonlanıp oylamaya geçildikten, hatta karar verildikten sonra karar yargı kurumlarına iletinceye kadar geçen süre içinde, üyelere herhangi biri tartışmanın tekrarını isteyebilir.

Bu durumda, görüşmenin tekrarlanması başkan tarafından oya sunulur. Oylamanın sonucuna göre, hazır bulunanların yarısından fazlasının tekrarlama yolunda oy kullanmış olduğu görülür ise, konu ve dosya yeniden görüşülür.

Tartışmalar tamamlandıktan sonra başkan söz almak isteyen olup olmadığını sorar ve ardından açık oylamaya geçilir. Oylamada ilgili meslek mensubunun ya da meslek mensuplarının kusurlu olup olmadığı değerlendirilir. İhtisas Komisyonları üyeleri, raportörler, bilirkişi sıfatıyla toplantıya davetli olarak katılanlar oy kullanamazlar.

Üyeler oylamada çekimser kalmaz ve kararlar oy çokluğu ile verilir. Karara karşı görüşte bulunanlar rapora karşı oy kararını ek olarak düşerler.

Şurada görüşülecek dosyaların hazırlanması ve sonrasında raporlanması Şura Sekreteryası tarafından yürütülür.

Şura'nın toplantılarında ele alınacak konular hakkında danışma görevi yapmak; teknik görüş ve önerilerini Şura'ya sunmak üzere genel müdürlüğün teklifi ve Müsteşarlık makamının onayı ile sayısı üçten az olmamak üzere konunun uzmanlarından oluşan danışma kurulları oluşturulur. Kurulun görev süresi 1 yıl olup, üyeler aynı esaslar gözetilerek kurula yeniden seçilebilirler.

Danışma kurulu, ilk toplantısında bir başkan seçer. Kurul, Şura gündemine alınacak konuları inceler ve Şura'ya sunulmak üzere konu hakkında bir ön görüş raporu hazırlar.

Mahkemelerden gelen dosyaları incelemek, Şuraya bilimsel görüş ve rapor vermek üzere de ihtisas komisyonları oluşturulur. İhtisas komisyonları, danışma kurullarına benzer bir şekilde konunun uzmanı en az üç kişiden oluşur ve üyelerin görev süresi 1 yıldır.

Kurul ve komisyonlar, başkanının davetiyle ve üyelerin çoğunluğunun katılımıyla toplanır. Kendilerine gönderilen dosyaları inceleyerek görüşlerini bildiren raporlar hazırlarlar.

Danışma kurulu ve ihtisas komisyonları başkanları, görevleri ile ilgili olan ya da Kurul veya Komisyonca hakkında ön rapor hazırlanmış bulunan konuların görüşülmesi sırasında, Şura toplantılarına oy hakkı bulunmaksızın üye olarak katılırlar.

Yüksek Sağlık Şurası dosyaları kendisine geliş sırasına göre inceler. Ancak zamanaşımı süresi yaklaşmış olan, mahkemece bir an önce görüşülmesi istenen, davası görülen sağlık çalışanının tutuklu olduğu, daha önceden görüşülmüş olup tekrar değerlendirilecek dosyalara öncelik tanınır.

Sağlık mesleği mensuplarının dışındaki kırıkçı çikıkçı, şifacı gibi kişilerin yaptığı uygulamalardan kaynaklanan hatalara ilişkin açılan davalarda bilirkişi olarak Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş istenmemelidir. Zira KHK'de Şuranın görev tanımlaması yapılırken açıkça "sağlık mesleği mensuplarının mesleklerini icra ederken" ifadesi kullanılmıştır.

Şura toplantıları sağlık bakanının başkanlığında, bakan olmadığı zaman müsteşar ya da görevlendirdiği müsteşar yardımcısının başkanlığında salt üye sayısı çoğunluğunda yapılır. Danışma kurulu ve ihtisas komisyonu raporları ilgili gündem maddesi tartışılırken okunur. Şura gerek görürse üçüncü kişilerden uzman görüşü alabilir, bu uzmanı toplantı sırasında dinleyebilir. Adli dosyaların görüşüldüğü toplantılar basına kapalı olarak yapılır. Genel sağlık politikalarının görüşüldüğü toplantılarda ise bu şart aranmaz. Şura toplantılarında yapılan tüm görüşmeler sesli kayıt altına alınır. Şura kararları dosya ile ilgili mahkeme karara bağlanınca açıklanır⁷¹.

⁷¹ İLGİLİ, s. 117

1.4.3 YÜKSEK ÖĞRETİM KURUMLARI:

Yüksek öğretim kurumları Adli Tıp Kurumu Kanunu ve Yüksek Öğretim Kanununda düzenlenen maddeler gereğince resmi bilirkişilik kurumları arasındadır⁷². Adli Tıp Kurumu Kanunu m 31. de:

“Yüksek Öğretim Kurumları veya birimleri, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre resmi bilirkişi sayılır. Bu birim ve kliniklerde tetkik edilecek adli tıp ile ilgili işler yönetmelikte belirlenir” ifadesi ile yüksek öğretim kurumlarının adli tıp uygulamaları içindeki yeri işaret edilmiştir.

Yüksek Öğretim Kanununda da benzer yönde bir hüküm yer almaktadır. Kanunun m. 37 ve m. 38/2’de bilirkişilikle ilgili hükümlere yer verilmiştir. Yüksek Öğretim Kanunu m. 37’de mahkemelerin tetkik ve uzmanlık isteyen her konuda üniversite ve bağlı birimlerden faydalanabileceğini, bilirkişi olarak görüş isteyebileceğini belirtmiştir. Kanunun devam eden maddesinde Yüksek Öğretim Kurulu’nun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yüksek öğrenim kurumları ya da birimleri, ilgili adli makamların talepleri ile adli tıp ile ilgili yasal düzenlemeler kapsamında, adli tıp ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilecekleri hükme bağlanmıştır.

⁷² PAKIŞ, Işıl, “Ölüm ya da ölü Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımda Adli Otopsinin Rolü”, Doktora Tezi, Adli Tıp AD., İstanbul 2006, s. 33

1.4.3 TABİP ODALARI ONUR KURULLARI:

6023 sayılı yasa ile kurulmuş ve kamu yararın çalışan bir sivil toplum örgütü olan TTB ve ona bağlı tabip odaları, toplum sağlığını iyileştirmek ve hekimlik mesleği üyelerinin maddi manevi haklarını korumak için faaliyetlerde bulunur⁷³. Hekimin tıbbi uygulama hataları etik boyutuyla Tabip Odaları Onur Kurulları ile TTB Yüksek Onur Kurulunda ele alınmaktadır. Bu kurullar tıbbi uygulama hatası şikayetlerini etik ihlal açısından değerlendirmekte ve önlerine gelen dosyaları 28.4.2004 tarih ve 25446 sayılı TTB Disiplin Yönetmeliği ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğünde belirlenen esaslara göre karar vermektedir.

Ancak 663 sayılı KHK ile TTB ve bağlı odaların işleyişleriyle ilgili köklü değişiklikler yapılmıştır. Bu KHK ile tanımlanan *Sağlık Meslekleri Kurulu*'na olağanüstü yetkiler tanınmıştır. Kurulun görevi, sağlık mesleklerinde eğitim müfredatı, mesleki alan ve dal belirlemek, istihdam planlamalarında görüş bildirmek, mesleki yeterlilik değerlendirmesi yapmak, sağlık meslekleri etik ilkelerini belirlemek, meslekten geçici veya sürekli men kararı vermek olarak tanımlanmıştır.

Kurul;

- Mesleğinde yetersizliği tespit edilenler ile dikkatsiz ve özensiz davranışla ölüme veya vücut fonksiyon kaybına sebep olanların yetersiz görüldükleri alanda mesleki yeterlilik eğitimine tabi tutulmalarına,

- Hasta hakları uygulamalarına veya etik ilkelere aykırı davranışı olan sağlık personelinin hasta hakları ve etik ilkeler eğitimine tabi tutulmasına,

⁷³ YORULMAZ, Ç., "İstanbul Tabip Odasına Yansıyan Hekim Hatası İddiası Bulunan Olguların Adli Tıp Açısından İrdelenmesi", Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul, 2005

- Meslek icrası esnasında neticesini öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veyahut görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek bir kişinin ağır derecede olmayan özürlülüğüne sebebiyet verenlerin üç aydan bir yıla kadar meslekten geçici men edilmesine,
- Meslek icrası esnasında neticesini öngörerek veya görevinin gereklerine aykırı hareket ederek veyahut görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek bir kişinin ağır özürlülüğüne veya ölümüne sebebiyet verenlerin bir yıldan üç yıla kadar meslekten geçici men edilmesine, bu fiillerin beş yıl içinde tekrarı halinde meslekten sürekli men kararı verilmesine
- Mesleğini icra etmesine engel ve iyileşmesi mümkün olmayan akli, ruhi ve bedeni hastalığı ortaya konulan sağlık meslek mensuplarının mesleğini icradan yasaklanmasına, karar verme hakkına sahiptir.

Sağlık personelinin eyleminden dolayı ceza veya disiplin soruşturmasına başlanmış olması, soruşturma sonucunda sağlık personelinin mahkum olup olmaması, disiplin cezası alıp almaması, Kurulun mesleki müeyyide uygulamasını etkilemeyecektir. Kurul, karar vermek için ceza veya disiplin soruşturması sonucu beklemek zorunda olmayacaktır.

Aynı eylem meslek örgütünün de soruşturma yetki alanına girmiş olsa bile bu kanun hükümleri uygulanacaktır.

Meslekten geçici men edilmesine karar verilen devlet memurları, bu süre içinde aylıksız izinli sayılacaktır veya talepleri halinde aynı süreyle mesleği ile ilişkisi bulunmayan durumlarına uygun başka bir kadroya atanır.

Meslekten sürekli men edilmesine karar verilen devlet memurları istekleri halinde, mesleği ile ilişkisi bulunmayan durumlarına uygun başka bir kadroya

atanacak aksi halde görevleri sona erecek. Meslekten sürekli men edilmesine karar verilen sözleşmeli personelin sözleşmeleri sona erecektir.

663 sayılı KHK ile 6023 sayılı Kanununun 1. maddesinde yer alan, “tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak” ibaresi çıkarılmış, ayrıca meslek örgütünün disiplin cezası verme yetkisi kısıtlanmıştır.

Sağlık Meslekleri Kurulu, mesleki yetersizliği olan sağlık personelinin;

- mesleki yeterlilik eğitimine tabi tutulmasına,
- meslekte ihmal ve gecikme göstererek bir kişinin ağır derecede olmayan özür lülüğüne sebebiyet verenlerin üç aydan 1 yıla kadar meslekten geçici menine,
- meslekte ihmal ve gecikme göstererek bir kişinin ağır derecede özür lülüğüne veya ölümüne sebebiyet verenlerin 1 yıldan 3 yıla kadar meslekten geçici menine,
- fiillerin 5 yıl içinde tekrarı halinde meslekten sürekli menine karar verebilecektir.

Kurul ayrıca, olayla ilgili başlatılan ceza ve disiplin soruşturmasının sonucu ile bağılı olmaksızın ve bu soruşturma sonuçlarını beklemeksizin karar verme yetkisine sahip olacaktır. Sağlık personelinin meslekten geçici veya sürekli men etme yetkisine, meslek içi eğitime tabi tutma yetkisi olan Kurulun yapısı dikkat çekicidir.

İlk bakışta, sağlık personelinin meslek içi eğitime tabi tutulması gibi algılanan bu düzenleme, sağlık personelinin mesleğini hukuki güvenlik ve mesleki bağımsızlık içinde uygulama hakkı açısından bir tehdit oluşturmaktadır.

Anayasamızın 38. maddesinde suç ve cezaya ilişkin temel kurallara yer verilmiş, suçluluğu hükmen sabit oluncaya kadar kimsenin suçlu sayılamayacağı, kanunsuz suç ve ceza olamayacağı düzenlenmiştir.

663 sayılı KHK ile ise kurula, ceza soruşturması sonucunu beklemeden sağlık personelini meslekten men etme yetkisi verilmiştir.

Yapılan düzenlemeler her ne kadar tabip odalarının onur kurullarının bilirkişilik yapma işlevini direk olarak etkilemese de onur kurulundan ceza verme yetkisinin alınmış olması meslek odasının zaman içinde bilirkişi kurumu olarak da etkisizleşmesi tehlikelerini taşımaktadır.

1.5 BİLİRKİŞİ İNCELEMESİ VE RAPOR DÜZENLEMESİ

Hakim davanın maddi konusunun aydınlatılmasında bilirkişiden istediği yardımın çerçevesini üç şekilde çizebilir⁷⁴:

- Hakim bilirkişiden *yalnızca belli bir konudaki teknik veya özel bilgiyi* aktarmasını isteyebilir. Örneğin; ortopedi uygulamalarında diz protezinin nasıl yapılacağı, meme biyopsi materyallerinde patolojik incelemenin esaslarının neler olduğu gibi.
- *Somut olayın bu özel bilgi ile uyumsuzluğunun* tespiti istenebilir. Çoğunlukla bilirkişiden yapması istenen de budur. Aynı örneklerden yola çıkacak olursak; diz protezi ameliyatı sonrasında gelişen hareket kısıtlılığının kullanılan ameliyat yöntemiyle bir ilişkisinin olup olmadığı, meme biyopsisinde ileri inceleme yapmaksızın kanser tanısı vermenin mümkün olup olmadığı gibi.
- Son olarak hakim bilirkişiden yalnızca maddi meselenin tespitini değil bunların yol açacağı sonuçları da öğrenmek isteyebilir. Diz protezi

⁷⁴ AŞÇIOĞLU, Çetin, "Bilirkişi Görevinin Sınırları", II. Bilirkişi Eğitim Semineri TÜRMOB, Ankara 2000, s. 51

ameliyatında A yönteminin kullanılmasının hareket kısıtlılığına neden olup olmayacağı ve bu hareket kısıtlılığının hastada iş gücü kaybı ortaya çıkarıp çıkarmayacağı, meme biyopsisinde ileri inceleme yapmaksızın kanser tanısı verilip verilemeyeceği, verilirse bunun sonuçlarının (yanılgı payı, farklı bir sonuç verilseydi değişebilecek tedavi seçenekleri vb.) neler olacağı gibi.

Bilirkişi hakimın kendine yönelttiği soruya bağlı kalarak raporunu hazırlamalıdır. Bilirkişi raporunun davanın maddi olayının çözümlenmesine yardımcı olabilmesi için ona yöneltilen sorular doğru ve net olmalıdır. Olayın açıklığa kavuşması için gerek görülürse bilirkişinin mahkeme tarafından sözel olarak da aydınlatılması yoluna gidilebilir⁷⁵. Ancak *kanaatimizce* bilirkişi yaptığı inceleme sırasında davanın *maddi olayının aydınlatılmasında* kendine yöneltilen sorularda *eksiklikler* olduğunu ve bu *eksikliklerin adil yargılamayı, dava sonucunu değiştireceğini* düşünüyorsa, raporunda *kendine yöneltilen soruların cevaplanmasının yanı sıra* bu konulara da dikkat çekmelidir. Bunu yaparken *görev sınırlarını aşmamak adına, ayrıntılı bilgilendirme yoluna gitmeyip yalnızca tespit ettiği noktalara değinip* bu noktalara *hakimin dikkatini çekmekle* yetinmelidir. Bilirkişi böylece davanın güvenilir ve doğru bir süreç içinde çözümlenmesinde hakimın zihninde oluşacak yeni sorulara ayrıca ek bir raporla yanıt verebilecektir.

Bilirkişinin incelemeleri sırasında doğrudan uzmanlık bilgilerinin kullanılmasına bağlı olarak elde ettiği bilgiler “bulgu/bağlantı vakıaları” olarak adlandırılabilir. Bunun yanı sıra incelemesini yaparken ulaştığı yeni bilgiler ise

⁷⁵ ULUKAPI, “Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, S. 3-4, 2001, s. 200

“ilave vakıalar”dır⁷⁶. Örneğin; ruh hekiminin sanığın davranışlarının organik bir bozukluğa bağlı olduğunu tespit etmesi bulgu vakıadır. Ancak yaptığı görüşme sırasında elde ettiği sanığın aynı zamanda cinsel istismar mağduru olduğu bilgisi ilave vakıadır. Bilirkişi raporunda yalnız bulgu vakıalara yer vermeli, tespit ettiği ilave vakıaları mahkemeye tanık sıfatıyla sunmalıdır.

Duruşma sırasında tarafları dinleyen hakim bilirkişiye belirtilecek soruları belirler⁷⁷. Bilirkişinin görevini en iyi şekilde yerine getirebilmesi için olayın bütün ayrıntılarıyla açıklanmış, soruların anlaşılır biçimde yöneltilmiş olması gerekir. Bu aynı zamanda yasal bir zorunluluktur. Böylece daha sonra ortaya çıkacak pek çok sorun daha ortaya çıkmadan çözümlenmiş olacaktır⁷⁸.

Bilirkişiye sorulacak soruların belirlenmesinden önce yapılacak iş davada maddi ve hukuki meselenin iyi tanımlanmış olmasıdır⁷⁹. Görevinin sınırları net bir şekilde çizilmiş, yapacakları açıkça ifade edilmiş bilirkişinin davaya en yüksek yararı sağlayacağı şüphesizdir⁸⁰.

Uygulamada karşılaşılan sorunlardan biri de yüksek yargının bilirkişi raporundaki eksiklikleri bozma gerekçesi olarak göstermesidir. Bu durumda karara uyan ilk derece mahkemesi bilirkişiden ek bir rapor düzenlemesini

⁷⁶ ÜNVER/HAKERİ, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, C. 1, Ankara 2009, s. 232

⁷⁷ HMK MADDE 273- (1) Mahkeme, tarafların da görüşünü almak suretiyle bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında, aşağıda belirtilen hususlara yer vermek zorundadır:

- a) İnceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi.
- b) Bilirkişinin cevaplama gereken sorular.
- c) Raporun verilme süresi.

(2) Bilirkişiye, görevlendirme yazısının ekinde, inceleyeceği şeyler, dizi pusulasına bağlı olarak ve gerekiyorsa mühürlü bir biçimde teslim edilir, ayrıca bu husus tutanakta gösterilir.

⁷⁸ DUMAN, İlker Hasan, “Yargı Sistemimizin Kanayan Yarası: Bilirkişilik”, Adalet Dergisi, Y. 5 (1994), S. 31, s. 3-5

⁷⁹ ALANGOYA, s. 75

⁸⁰ SALKAYA, Şükrü, “HUMK’ da Bilirkişilik (Ehli-vukuf), Uygulama ve karşılaşılan Sorunlar”, TÜRMÖB II. Bilirkişi Eğitim Semineri, Ankara 2000, s. 17

isteyebileceği gibi başka bir bilirkişiden görüş isteyebilir. Aynı bilirkişiden yeniden görüş istenmesi durumunda bilirkişinin ilk görüşünde direnmesi yargıyı sıkıntıya düşüren problemlerden biridir⁸¹.

Görevlendirme yazısında bilirkişinin sorularla yönlendirilmesi gereklidir. Bilirkişiye yöneltilecek sorular tarafların görüşü alınarak hakim tarafından hazırlanır. Yasada açık olarak yer alan bu hükme rağmen uygulamada dosyanın mahkeme tarafından bilirkişiye sevki sırasında hazırlanan görev yazısında “dosyanın bilirkişiye tevdi ve dava hakkında görüşünün alınması” gibi genel ifadeler kullanıldığı gözlenmektedir⁸².

Bilirkişinin görev sınırları hakim tarafından iyi çizilmediği takdirde, hukukçu olsa bile yargı mekanizması içinde yer almayan bilirkişi görev sınırlarını aşmakta ve hatalı raporlar düzenlemektedir. Böylelikle bilirkişi tamamen iyi niyetli olmasına karşın yargının işini zora sokmakta, zaman zaman hatalı kararlar verilmesine neden olmaktadır⁸³.

Görevlendirme yazısında; tarafların görüşünü alan hakimin hangi konunun incelenmesini ve hangi soruların cevaplanmasını istediğini net bir şekilde ifade etmesi gereklidir. Bu konuda 4. HD. 02.04.1987 tarih ve 1690/2468 sayılı kararı vurgulayıcıdır: “...*Hakim, görevlendireceği bilirkişinin konunun uzmanı olmasına bilhassa özen göstermeli ve onu somut olay içinde soyut hukuk kurallarına göre yönlendirmelidir.*”

CMK m. 68/1-3 gereğince bilirkişi, ilgililerden birinin isteği üzerine açıklamalarda bulunmak üzere duruşmaya çağrılabilir. Bilirkişilerden duruşma

⁸¹ DERYAL, s. 299

⁸² ÇAĞA, Tahir, “Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu”, C. V, Ankara 1988, s. 123

⁸³ DERYAL, s. 301

sırasında fikirlerini sözlü olarak ifade etmenin dışında yöneltilen sorulara cevap vermesi de istenebilir. “Çapraz sorgu” olarak tanımlanan bu durum bilirkişi görüşünün ve güvenilirliğinin tartışılmasına olanak sağlayan bir uygulamadır⁸⁴.

1.5.1 BİLİRKİŞİNİN RAPORU HAZIRLAMASI İÇİN VERİLEN SÜRE:

Hukuk davalarında; HMK m. 274/1 uyarınca bilirkişinin raporu hazırlaması için verilen süre 3 ayı geçemez. Ancak bilirkişinin isteği, üzerine yine 3 ayı geçmeyecek şekilde mahkeme tarafından ek inceleme süresi verilebilir.

Ceza davalarında, bilirkişinin raporu hazırlaması için verilen süre CMK. 66/1’de düzenlenmiştir. Bu maddeye göre sürenin ne kadar olduğu görev yazısında belirtilir. Rapor hazırlamak için bilirkişiye verilen süre 3 ayı geçemez. Ancak zorunlu hallerde bilirkişinin isteği üzerine mahkeme tarafından 3 ay daha uzatılabilir.

Yasal düzenlemelerin böyle olmasına karşın uygulamada bilirkişi raporunun düzenlenmesinin birkaç yılı bulduğu çok sayıda dava vardır⁸⁵. Yüksek Sağlık Şurası’ nın ceza davalarında zorunlu bilirkişi olmasına ilişkin kanun hükmünün

⁸⁴ YILDIZ, Ali Kemal, “Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu”, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, HFD, C. III, S. 2, Özel Sayı: 2006, s. 424

⁸⁵ ÖZBEK, “Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu”, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, HFD, C. III, S. 2, Özel Sayı: 2006, s. 391

Anayasa Mahkemesi tarafından iptalinin gerekçesi de bu kuruma gönderilen dosyaların inceleme sürelerinin çok uzun olmasıdır⁸⁶.

1.5.2 BİLİRKİŞİNİN YEMİNİ:

Hukuk davalarında; bilirkişilik listelerinde yer alanlar, yargı yılının başında il yargı adalet komisyonu huzurunda yemin ettirilir⁸⁷. Eğer liste dışından seçilmiş bir bilirkişiye görev verilecekse o da yasada geçen metne uygun olarak mahkeme huzurunda yemin ettirilir.

Ceza davalarında; bilirkişi listelerine adlarını kaydettirmiş olanlar yine il yargı adalet komisyonu huzurunda CMK. M. 64/5 uyarınca “görevimi adalete bağlı kalarak, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsızlıkla yerine getireceğime namusum ve vicdanım üzerine yemin ederim” sözlerini tekrarlayarak yemin

⁸⁶ HAKERİ Hakan, “Yüksek Sağlık Şurasının Resmi Bilirkişilik Görevi Sona Erdi”, <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yukse-saglik-srasinin-resmi-bilirkisilik-gorevi-sona-erdi-72-64-2592.html>

⁸⁷ HMK MADDE 271- (1) Listelere kaydedilmiş kişiler arasından görevlendirilmiş olan bilirkişilere, il adli yargı adalet komisyonu huzurunda, “Bilirkişilik görevimi sadakat ve özenle, bilim ve fenne uygun olarak, tarafsız ve objektif bir biçimde yerine getireceğime, namusum, şerefim ve kutsal saydığım bütün inanç ve değerlerim üzerine yemin ederim.” şeklindeki sözler, tekrarlatılmak suretiyle yemin verilir. Bu bilirkişilere, görevlendirildikleri her dava veya işte ayrıca yemin verdirilmez, sadece görevlendirme yazısında, bilirkişilere önceden etmiş buldukları yemine bağlı kalmak suretiyle oy ve görüş bildirmek zorunda oldukları hususu hatırlatılır.

(2) Listelere kaydedilmemiş olan kişiler arasından bilirkişiler görevlendirilmişse, kendilerine, görevlendiren mahkemece, huzurda, göreve başlamadan önce, birinci fıkrada belirtilen şekilde yemin verdirilir. Yemine ilişkin tutanak, hâkim, zabıt kâtibi ve bilirkişi tarafından imzalanır.

ettirilir. Ceza davalarında bilirkişiye yemin ettirilmemiş olması bozma nedeni sayılmaktadır⁸⁸.

1.5.3 BİLİRKİŞİNİN RAPOR HAZIRLAMASI:

Bilirkişi görevini yerine getirirken büyük bir titizlikle çalışmalıdır. Kendine yöneltilen sorulara açık olarak cevap veren, sonuca nasıl ulaştığını ortaya koyan bir rapor hazırlamalıdır⁸⁹. Rapor hazırlanırken hakimin bilirkişiye yönelttiği sorular esas alınır. Hakimin istediği bilginin niteliğine göre (yalnızca teknik ve özel bilgi vermek, bu bilgiyi somut olayla ilişkilendirmek ya da olayın sonuçlarına da yer vermek gibi) rapor hazırlanmalıdır. Bu nedenle bilirkişi raporlarının içeriği ve genişliği bakımından farklılıklar olacaktır⁹⁰.

Bilirkişi incelemesinin yapılacağı dosya, ekleri ve varsa hastaya yapılmış tetkiklere ait tüm verilerle birlikte tutanak düzenlenerek, imza karşılığında bilirkişiye teslim edilir⁹¹.

Ceza davalarında bilirkişinin rapor hazırlarken izleyeceği yolu gösteren CMK. m. 67'ye göre; incelemenin bitiminde bilirkişi hazırladığı raporu imzalayıp ilgili makama gönderir. Mühür altındaki şeyler de ilgili makama gönderilir veya verilir. Durum tutanağa bağlanır.

⁸⁸ YURTCAN , E.,*Ceza Yargılaması Hukuku*, İstanbul 1998, s. 298

⁸⁹ TANRIVER,*Bilirkişinin Statüsü*, s. 33

⁹⁰ DERYAL, s. 311

⁹¹ ŞAHİN, Cumhuriyet, "Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruları İlkesi)", Ankara, 2001, s. 168

Bilirkişinin birden fazla olması durumunda kişiler arasında görüş ayrılığı varsa raporda bu durum gerekçeleriyle birlikte ayrıntılı olarak belirtilmelidir.

Hukuk davalarında bilirkişinin yetkilerinin düzenlendiği **HMK m. 278'e** göre, bilirkişi inceleme sırasında gerek görürse mahkemenin izniyle ve her iki tarafın da katılımıyla taraflarla görüşebilir, onlara soru sorabilir. Bilirkişi eğer görev alanı, sorumlulukları ve sınırlarıyla ilgili tereddüde düşerse mahkemeden yardım isteyebilir.

Ceza davalarında bu uygulamaya ek olarak “bilirkişi, görevini yerine getirmek amacıyla bilgi edinmek için şüpheli veya sanık dışındaki kimselerin de bilgilerine başvurabilir” ifadesi yer almaktadır (CMK. M. 66/4). Devam eden hükümlerde bilirkişinin gerekli olması halinde mağdur, şüpheli ya da sanığa mahkeme başkanı, hakim veya Cumhuriyet Savcısı aracılığıyla soru sorabileceği belirtilmiştir. Bunların yanı sıra Cumhuriyet Savcısı bilirkişiye doğrudan soru sorması için izin de verebilir. Hukuk davalarında ise bilirkişinin tanık dinleme yetkisi kabul edilmemektedir⁹².

Bilirkişi inceleme ve rapor hazırlama sürecinde tüm işleri bizzat kendileri yapmakla yükümlüdür. İşin tamamını ya da bir kısmını kendisinden daha tecrübeli bile olsa bir başkasına devredemez, bir başkasını görevlendiremez. Günlük işleyiş sırasında rastlanan bu tip uygulamalar “alt bilirkişiler” ya da “gölge bilirkişiler” olarak adlandırılmaktadır⁹³.

Ceza davalarında ise bilirkişinin ihtiyaç duyması halinde başkalarından yardım alabilmesi mümkündür. Bilirkişi uzmanlık alanına girmeyen bir konuda

⁹² KURU, Şerh, C. II, s. 1874

⁹³ ÇINAR, Sinan, “*Vergi Hukukunda Bilirkişilik Kurumu ve Analizi*”, Gazi Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s. 123

aydınlatılmak isterse, hakim, mahkeme heyeti veya Cumhuriyet Savcısının huzurunda konusunda uzman, nitelikli ve tanınmış kişilerle bir araya gelebilir. Bu şekilde çağrılan kişiler de yemin eder ve verecekleri raporlar, bilirkişi raporunun tamamlayıcısı olarak dosyaya koyulur.

1.5.3.1 Raporun Şekli:

Hukuk davalarında, HMK m. 279 da bilirkişinin hazırlayacağı raporun nasıl olacağına ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Buna göre; *“raporda, tarafların ad ve soyadları, bilirkişinin görevlendirildiği hususlar, gözlem ve inceleme konusu yapılan maddi vakıalar, gerekçe ve varılan sonuçlarla, bilirkişiler arasında görüş ayrılığı varsa, bunun sebebi, düzenlenme tarihi ve bilirkişi ya da bilirkişilerin imzalarının bulunması gerekir. Azınlıkta kalan bilirkişi, oy ve görüşünü ayrı bir rapor halinde de mahkemeye sunabilir.”*

Bilirkişi raporu;

- Tarafların ad ve soyadları,
- Bilirkişinin çözümü ile görevlendirildiği hususları,
- İnceleme konusu yapılan maddi olayları,
- Gerekçeyi,
- Sonucu,
- Bilirkişilik arasında anlaşmazlık varsa bunun sebebini,
- Düzenlendiği günü,
- Bilirkişilerin imzalarını

içermelidir⁹⁴.

Bilirkişi raporları; tam olmalıdır. Sorular herkesin anlayacağı bir dil kullanarak, net cevaplanmış olmalıdır. Konunun uzmanı olan bilirkişi raporunda hukukçu olan hakimin ve yanların anlamakta güçlük çekeceği terminolojik anlatım kullanmaktan kaçınmalıdır. Raporun dili adli yazışma kurallarına uygun olmalıdır. Bu çerçevede hazırlanacak bilirkişi raporu şu aşamalardan geçmelidir⁹⁵:

- Bilirkişi kendinden ne istendiğini tam ve anlaşılır biçimde öğrenmelidir.
- Somut olayla ilgili araştırma yapmalıdır.
- Yaptığı araştırma sonucunda elde ettiği bilgileri yazılı hale getirip düzenlemeli, son olarak da yazdıklarının doğruluğunu kontrol etmelidir.

Bilirkişi raporu kısa, açık ve net olmalı, ayrıntı içinde boğulmamalıdır. Gereksiz ayrıntıyla kirlenen raporlarda meselenin özü kolaylıkla kaçırılabilir. Raporda kesin ifadeler kullanılmalı, şüpheye neden olunmamalıdır. Genel yazım ve dilbilgisi kurallarına uyulmalıdır⁹⁶.

Bilirkişi raporlarında CMK. M. 67/3 gereği *“hakim tarafından yapılması gereken hukuki değerlendirmelerde bulunulamaz.”*

Kuşkusuz bilirkişi, raporunu hazırlarken bilimsel gerçeklere dayanmalıdır⁹⁷. Tartışmaya açık, bilimsel olarak temellendirilemeyecek ifadeler kullanılmamalıdır.

Belli bir plan çerçevesinde yazılan raporun en önemli kısmı olan sonuç bölümünde daha özenli olunması gerekir. Sonuç bölümünde, hakim tarafından

⁹⁴ ULUKAPI, Ömer, *“Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”*, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001, s. 300

⁹⁵ YILMAZ, E., *“Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları”*, Mali Hukuk, 1996/62, s. 26

⁹⁶ YILMAZ, s. 27

⁹⁷ DERYAL, s. 323

yöneltlen soruların cevapları sade, açık, anlaşılır ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde özetlenmelidir⁹⁸. Bilirkişi raporunun birincil muhatabının hakim olduğu unutulmamalıdır. Bilirkişi raporunu hazırlarken onun karar vermesine yardımcı olmayı hedeflemeli, buna uygun bir anlatım kullanmalıdır.

Tıbbi uygulama hatalarında bilirkişinin yapması gereken; bahsedilen kurallar çerçevesinde, somut olay temelinde konu ile ilgili tıbbi uygulamanın standartlarını tanımlayarak, içinde bulunulan durumu açıklayan tamamen nesnel, güvenilir, denetime açık ve anlaşılır bir rapor hazırlamaktır.

Bilirkişi hazırladığı raporu, kendine teslim edilen dosya ve diğer evrakla beraber mahkeme kalemine teslim eder. Mahkemeye teslim edilen rapor kesinleşmiştir, bilirkişi teslim ettiği rapor üzerinde değişiklik yapamaz, görüşünden kendiliğinden dönemez. Yargıtay'ın da görüşü bu yöndedir⁹⁹.

1.5.3.2 Raporun Tarafalara Tebliği:

Mahkemeye teslim edilen bilirkişi raporu kanun gereği üzerine tarih atılarak taraflara iletilir. (HMK. m. 280) Tarafların rapora itiraz süreleri 15 gündür. (HMK. m. 281/1) Taraflar, raporda eksik yada hatalı gördükleri konuların düzeltilmesini, cevaplanmadığını düşündükleri soruların cevaplanarak raporun eksiklerinin giderilmesini isteyebilir.

Güvenilir ve doğru yargılama sürecinin gereği olarak dava dosyasının içeriğini öğrenmek, delilleri incelemek ve dosya içeriğine ilişkin belgelerin örneğini alma

⁹⁸ DERYAL, s. 331

⁹⁹ 1. HD., 21.06.1954, 1700/5433, DERYAL, s. 338

yetkisi son derece önemlidir. Böylece aynı zamanda silahların eşitliği ilkesi de işletilmiş olmaktadır¹⁰⁰.

CMK m. 153/1 uyarınca müdafî soruşturma süresince dosya içeriğini inceleyebilir, bilirkişi raporu dahil istediği belgelerin bir örneğini harçsız olarak alabilir.

Hakimin taraflara tebliğ edilmeyen bilirkişi raporuna göre hüküm kurması hatalıdır¹⁰¹.

1.5.3.3 Ek Rapor İstenmesi:

Bilirkişinin düzenlediği raporda mahkemeye tespit edilen eksikliklerin giderilmesi üzerine yapılan ikinci bir inceleme sonucunda oluşturulan rapora “ek rapor” denir. Ek raporla belirsizliklerin giderilmesi amaçlanır. Ek rapor istenmesiyle bilirkişi raporuna itiraz edilmesi farklı işlemlerdir. Ek rapor isteminde mevcut bilirkişi raporundaki açıkların tamamlanması istemi varken, itiraz da bilirkişi raporu tamamen ret edilmektedir. Ek rapor istemiyle mahkemeye başvurma süresi iki haftayla sınırlıyken, bilirkişi raporuna itiraz süresiz olarak mümkündür. Ayrıca ek rapor isteminin yazılı olması gerekirken, itiraz bir şekilde bağlanmamıştır¹⁰².

Bilirkişi incelemesi yapılırken taraflardan birinin sunduğu belgelere dayanarak hazırlanmış rapor, hiç şüphe yok ki yeterince araştırma yapılmadan

¹⁰⁰ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama”, Ankara Üniversitesi, SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995, s. 32-35

¹⁰¹ DERYAL, s. 341

¹⁰² SATIR, Necdet, “Sağlık Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Yargısal Yaklaşımı”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, Y. 1, S. 1, Ankara 2009, s. 388

hazırlanmış, tek yönlü bir rapor olacaktır. Bu durumda bilirkişi raporu yetersiz sayılacaktır¹⁰³.

Yargıtay, ek rapor hazırlanması sırasında her iki tarafın da itirazlarının göz önünde alınması gerektiği yönünde kararlar almaktadır¹⁰⁴.

Hakim, mahkemeye çağırdığı bilirkişiden tamamlayıcı bilgilerde bulunmasını isteyebilir. Buna “bilirkişinin isitevabı” denir. Gereği halinde mahkemeye çağrılıp sözlü olarak ek görüş alınabileceğinden haberdar olan bilirkişi, raporunu hazırlarken daha nesnel ve dikkatli davranmaya özen gösterecektir¹⁰⁵.

Ek rapor istenmesi durumunda da bilirkişiden yemin alınması veya yemininin hatırlatılması gerekir¹⁰⁶.

1.5.3.4 Yeni Bilirkişi İncelemesi:

Bilirkişi raporunu yetersiz bulan mahkeme gerek görürse yeni bir bilirkişi incelemesi isteyebilir. (HMK m. 281/3) Yasada ek rapor istenmesi için iki haftalık süre tanındığı halde bilirkişiye itirazın süresi ile ilgili düzenleme yapılmamıştır. Bu durum belirsizliklere yol açmaktadır. Ek rapor istemek için geçerli olan sürenin itiraz için de geçerli olacağını savunan görüşlerin¹⁰⁷ yanı sıra bu sürenin yeniden bilirkişi

¹⁰³ DERYAL, s. 344

¹⁰⁴ 15. HD., 27.02.1979, 2522/382: “Bilirkişi raporuna hem davacı ve hem de davalı itiraz etmiştir. Davalı Tarafın itirazları nazara alınmayarak sadece davacı tarafın itirazları ile ilgili ek rapor alınarak hüküm tesisi doğru değildir.”, DERYAL, s. 346

¹⁰⁵ AKYOL, Şener, “Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125. Yıl Dönümü, İstanbul 1991, s. 72

¹⁰⁶ 3. CD., 16. 01. 2005, 16869/22324, DERYAL, s. 348

¹⁰⁷ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, “Medeni Usul Hukuku”, Ankara 2004, s. 430

istenmesinde söz konusu olmadığını savunanlar da mevcuttur¹⁰⁸. Yargıtay da bu son görüşü desteklemektedir¹⁰⁹.

İtirazın süreye bağlı olmadığı kabul edilecek olursa, tarafların hüküm verilinceye kadar itiraz edebilme hakları mevcuttur. Bu durumda bilirkişiden de hüküm verilinceye kadar açıklama istenebilecektir¹¹⁰. DERYAL' e göre; itirazın hüküm verilinceye kadar yapılabilecek olması hak düşürücü nitelik taşıyan ek rapor isteme süresini de anlamsızlaştırmaktadır.

Ceza davalarında da hakim taraflara bilirkişi raporunu incelemeleri ve itiraz edebilmeleri için bir süre belirler. Bu süre sonunda tarafların rapora itirazı ve yeni bilirkişi istekleri mahkemede görüşülür. Hakim itirazları kabul etmezse, üç gün içinde bu hususta gerekçeli karar vermek zorundadır (CMK 67/5).

İtiraz edilmeyen rapor taraflarca kesinleşmiş sayılmakla birlikte hakimi bağlayıcı nitelik taşımaz.

Bilirkişi raporlarına taraflarca çoğunlukla itiraz edilmektedir. Taraflardan biri ya da ikisi rapora kısmen ya da tamamen itiraz edebilir. Taraflarca itiraz edilmeyen az sayıda bilirkişi raporu vardır. Bilirkişi raporuna itirazlar “gerçeği yansıtmaması”, “dava ile ilgili bazı konuların atlanmış olması”, “tarafı hazırlanmış olması”, “bilirkişinin dava konusunda ehliyetli olmaması” gibi nedenlerle yapılmaktadır¹¹¹.

¹⁰⁸ GÖKÖZ, s. 218

¹⁰⁹ HGK., 26.02.1986, 1984/5-794/164

¹¹⁰ DERYAL, s. 365

¹¹¹ ARSLAN, Yaşar, “Bilirkişi Raporuna İtiraz ve Uzman Mütalaası”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Ekim 2008, s. 58

Bilirkişi raporuna itirazın açık, anlaşılır ve gerekçeli olması gerekir¹¹². Yargı sürecini uzatmaya yönelik kötü niyetli itirazlarla temelsiz itirazların hakim tarafından dikkate alınmamasıdır¹¹³.

Yeniden bilirkişi incelemesi isteyip istememek hakimin takdirindedir. Yargıtay da bu düşünceyi destekler görüştedir¹¹⁴. Ancak kabul etmek gerekir ki özel ve teknik bilgi gerektiren bir konuda yetersiz olduğu için bilirkişi görüşü isteyen hakimin hazırlanan bilirkişi raporunu yetersiz bulması durumunda hüküm kurmaması ve yeniden bilirkişi incelemesi istemesi gereklidir¹¹⁵.

Birden fazla uzmandan oluşan bilirkişi heyetinde bilirkişilerden birinin değerlendirmeye katılmaması nedeniyle de yeni bir bilirkişi değerlendirmesi istenebilir¹¹⁶.

Bir başka görüşe göre ise bilirkişi raporuyla bağlı kalmak zorunda olmayan hakim, ilk raporu yeterli bulmasa bile, tekrar bilirkişi incelemesi istemeksizin hüküm kurabilmelidir¹¹⁷. Karşıt görüşte olan DERYAL' a göre ise hakim bilirkişi raporunun yeterli olup olmadığına karar verebilir, ancak bilirkişi raporunu yetersiz bulmasına karşın davanın maddi unsurunu sağlıklı bir biçimde değerlendirip hüküm kuramaz¹¹⁸.

DERYAL' a göre; birden fazla bilirkişi raporu alındığı hallerde raporlar arasında çelişki bulunabilir. Böyle bir durumda çelişkili rapor esas alınarak da hüküm kurulmamalıdır. Yargıtay'a göre de raporlar arasında çelişki varsa, sonradan

¹¹² KURU, s. 2745

¹¹³ DERYAL, s. 363

¹¹⁴ 1. HD., 10.03.1997, 2609/3094, YKD., C. 20, S.1, s. 35: *"Elbette, davalıların itirazları üzerine raporun yeterli olup olmadığı, yeni bir keşif yapılarak ikinci bir rapor alınmasının gerekip gerekmediği mahkemece takdir edilecektir."*

¹¹⁵ ÜSTÜNDAĞ, Saim, "Medeni Yargılama Hukuku", C.I, İstanbul 1984, s. 660

¹¹⁶ ALANGOYA, s. 319

¹¹⁷ KURU, Baki, "Hukuk Muhakemeleri Usulü", C.II, İlaveli 5. Baskı, İstanbul 1990, s. 1894

¹¹⁸ DERYAL, s. 350

düzenlenen raporda bu çelişkili durum etraflıca tartışılarak net bir sonuca gidilmesi sağlanmalıdır. İkinci kez bilirkişi incelemesi istenen davada ilk rapora dayanılarak hüküm kurulması düşünülmemelidir.

Taraflar ikinci rapora da itiraz edebileceği gibi, yeni bilirkişiden de ek rapor düzenlemesi istenebilir.

Birbiriyle çelişen bilirkişi raporları söz konusu olduğunda üçüncü kez bilirkişiye gitmek mümkündür. Ancak dört kez bilirkişi incelemesi yapılan bir davada, alınan raporları geçersiz kılacak bir neden bulunmaksızın tekrar bilirkişi incelemesine gidilmesi haklı görülemez.

1.6 BİLİRKİŞİ GÖRÜŞÜNÜN YARGILAMAYA ETKİSİ

Hakim, diğer deliller gibi bilirkişi raporunu da serbestçe değerlendirme ve takdir yetkisine sahiptir. Ancak bilirkişi görüşünün hakim için bağlayıcı olmaması, keyfi karar vereceği anlamını taşımaz¹¹⁹.

“Hukuk mesleğinin gerektirdiği bilgiyle değil, ancak özel ve teknik bilgilerin sonuçlarıyla belirlenebilecek konularda bilirkişice verilen rapor göz ardı edilemez¹²⁰.”

“Hakimin serbest takdir hakkı kuşkusuz sınırsız olmayıp objektif esaslara dayanması gerekir.¹²¹”

¹¹⁹ DUMAN, İlker Hasan, “Hukuk Muhakemesinde Bilirkişilik”, İstanbul 1985, s. 35

¹²⁰ 1. HD., 13.07.1997, 2609/3094, YKD., C. 23, S. 8, s. 1213

Bilimsel verilere dayanan, niteliği gereği bütünüyle teknik ve nesnel, hakime değerlendirme alanı bırakmayan bilirkişi raporunun bir bakıma hakimi bağlayıcı nitelikte olduğu kabul edilebilir¹²². Bunun dışında kalan istisnai hallerde hakim, gerekçelendirilmesi şartıyla, yeni bir bilirkişiye gitmeyecek ölçüde aydınlanmış olarak bilirkişi raporunun aksine karar verebilir¹²³.

Heyet şeklinde hazırlanan bilirkişi raporlarında, heyet üyeleri arasında görüş ayrılığı bulunduğu durumlarda raporda azınlık görüşü gerekçeli olarak yer almalıdır. Yargıtay değerlendirmelerinde bu azınlık raporunun gerekçesinin, çoğunluk gerekçelerinden daha temelli ve tutarlı olması durumunda hakimin azınlık görüşünü doğrultusunda karar verebileceği veya yeniden bilirkişi değerlendirmesi istemesi gerektiği yönündedir.

“Hükme esas alınan bilirkişi raporunda çoğunluk görüşü, yapılan işlemin hafifletme olmadığı noktasına ağırlık vermişse de, karşı görüşte olan muhalif bilirkişi Samim'in görüşü de güçlü gerekçeye dayanmaktadır. Bu durumda, konunun uzmanı yeni bir bilirkişi heyeti teşekkül ettirilip, onların da görüşü alındıktan sonra sonuca gidilmelidir¹²⁴.”

Ceza davaları açısından da bilirkişi raporu hakim için bağlayıcı nitelikte değildir. Konuyla ilgili olarak ÜNVER' in görüşü şöyledir:

¹²¹ HGK., 20.04.1988, 160/343, DERYAL, s. 371

¹²² KONURALP, H., “Medeni Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları”, Ankara 1999, s. 107, 108, ARSLAN, Ramazan, “Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 190-211

¹²³ KURU/ARSLAN/YILMAZ, “Medeni Usul Hukuku”, Ankara 1989, s. 518

¹²⁴ 11. HD., 03.03.1994, 921/1635, KURU/ARSLAN/YILMAZ, s. 520

“Bir bilirkişi veya bilirkişilik kurumuna başvurmanın zorunlu olması farklı bir şey, bu bilirkişinin bağlayıcı olup olmaması farklı bir şeydir. Kanunen zorunlu olarak bilirkişiye başvurulması gereken hallerde dahi, bilirkişinin raporu savcıyı-hakimi-mahkemeyi bağlayıcı değildir. Bu adli merciiler bu raporları değerlendirir ve gerektiğinde başka bir bilirkişiye giderek veya gitmeyerek bu bilirkişi raporundan tamamen veya kısmen ayrı bir sonuç verebilir.¹²⁵”

Delil (kanıt); bir olayın ispatı için başvuru vasıtalarıdır¹²⁶. Deliller, kesin ve takdiri deliller olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin deliller; ikrar, yemin, belge ve senet olmak üzere üç tanedir. Kesin deliller, hakimi bağlayıcı niteliktedir. Hakim, kesin delillerden biri ile ispat edilen bir olayı, ispat edilmiş (doğru) olarak kabul etmek zorundadır; yani hakimin bu delilleri takdir yetkisi yoktur. Takdiri deliller yine 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda tanık, bilirkişi, keşif, uzman görüşü, kanunda düzenlenmemiş diğer deliller ve delil sözleşmeleri olarak düzenlenmiştir. Bunlara takdiri delil denilmesinin nedeni, hakimin bu delilleri serbestçe takdir yetkisine sahip olmasıdır.

Bilirkişi görüşünün delil olarak ispat gücü ile ilgili görüşleri inceleyecek olursak:

Bilirkişi görüşünün hukuki değeri hakkında doktrinde üç ayrı görüş vardır. Bunlardan ilki bilirkişi görüşünü “*delil*” olarak kabul ederken¹²⁷, diğeri “*delil*

¹²⁵ ÜNVER, Yener, “Doktorların Malpraktis Nedeniyle Ceza Hukuku Sorumluluğu ve Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı”, Mersin Barosu, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu (Ceza Hukuku-Medeni Hukuk- İdare Hukuku), Mersin 2009, s. 174

¹²⁶ ÖZKAYA, Nesrin, “Bilirkişilik”, <http://www.pediatriportali.com/makalebrosur.asp?ID=1586>, 27.05.2012, saat: 13.00

¹²⁷ ÇAKMUT, Özlem, “Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik”, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları”, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008, s. 1141

*değerlendirme aracı*¹²⁸” olarak kabul eder. Üçüncü görüşte olanlar ise bilirkişi raporunun kimi zaman “delil” kimi zamansa “delil değerlendirme aracı¹²⁹” olduğunu savunmaktadır.

CMK m. 62'nin gerekçesinde ise açıkça “*bilirkişiliğin kendisi bir delil olmamakla birlikte, bilirkişi incelemesi sonucu elde edilen delil, iz, eser ve emare delildir. Başka bir deyişle bilirkişilik, delillere ulaşmak için bir araçtır*” denmektedir. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹³⁰.

*Kısaca diyebiliriz ki; bilirkişi raporunda yer alan görüşler hakimın kararını etkilemek ve belirlemek üzere düzenlenmiş olmamalı, hür iradesiyle karar veren hakimın hüküm kurmasını kolaylaştırıcı nitelikte olmalıdır*¹³¹.

1.7 USUL KANUNLARINDA BİLİRKİŞİLİK:

¹²⁸ YENİSEY, F., “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişiliği İncelenmesi*”, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, HFD, III, 2(2006), s. 310

¹²⁹ GÜRELLİ, N., “*Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*”, İstanbul 1967, s. 18, ÖZBEK, “*Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*”, 2006, s. 393

¹³⁰ 1. CD., 01.03.1991, 391/559: “*Bilirkişi düşüncesi delil değildir. Delil hakkında bir açıklamadır. Bir başka anlatımla delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Delil, bilirkişinin incelemesi gerekli olan bir şeydir. Hakim, bilirkişi düşüncesi ile bağlı değildir. Bilirkişinin görevi, teknik ve bilimsel alanda hakimi aydınlatmaktır. Çünkü hakim, kendi teknik bilgisi ile delil muhtevasını tayin edemez.*”, YENİSEY, F., s. 310

¹³¹ YAŞIN, Mehmet, “*Vergi Yargısında Bilirkişilik ve Yeni Bir Kurum: Uzman Görüşü II*”, Yaklaşım Dergisi, S. 197, Mayıs 2009

Yargılamaya hakimın egemen olması esası kabul edilmiştir. Bu esas, dava sırasında tüm gerçekleri ortaya çıkaracak ve kuralları uygulayacak kişinin hakim olduğunu göstermektedir¹³².

Bilirkişiliğe dair genel esaslar ceza ve hukuk davalarında hemen hemen aynıdır. Yalnızca ceza ve hukuk davalarının niteliklerinden kaynaklanan bazı farklılıklar mevcuttur. Bilirkişinin görevi, işlevi, sayısı, reddedilmesi, bilirkişi incelemesi ve raporlanmasının yanı sıra bilirkişi raporlarının yargılamadaki yerine ilişkin hükümler arasında ciddi farklar yoktur. Bu anlamda bilirkişilik her iki yargılama düzeninde aynı temel fonksiyonlara sahiptir¹³³. Doğrudanlık ilkesi gereği hakimın, davanın çözümünde gerekli olan tüm delilleri, aracı olmaksızın kendisinin değerlendirebilmesi gereklidir. Bu doğru ve güvenilir yargılanma sürecini güvenceye alan bir ilkedir. Bu kuralın iki istisnasından biri hakimın yetki alanı dışında olan delillere ulaşabilmesi için bu delillerin bulunduğu yer mahkemesinin istinabe edilmesi, ikincisi ise hakimın bilirkişinin görüşüne başvurmasıdır¹³⁴.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yapılan bir değişiklik ile daha önce yürürlükte olan HUMK' da düzenlenmemiş olan sadece tanıklığın bilirkişiliğe engel olmamasına ilişkin hüküm madde 272(1)'de açıklığa kavuşturulmuştur¹³⁵. CMK' da bilirkişilik yapmaya zorunlu olanlar,

¹³² AŞÇIOĞLU Çetin, "Yargılanma Hakkımız", s. 168

¹³³ ARSLAN Ramazan, "Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri", İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-8 Nisan, 2000

¹³⁴ AŞÇIOĞLU Çetin, "Yargılanma Hakkımız", s. 175

¹³⁵ HMK madde 272(1): "Hâkimler hakkındaki yasaklılık ve ret sebepleriyle ilgili kurallar, bilirkişiler bakımından da uygulanır. Ancak, bilirkişinin, aynı dava veya işte daha önceden tanık olarak dinlenmiş bulunması, bir ret sebebi teşkil etmez."

bilirkişilikten çekilme halleri ve bilirkişinin yemini gibi konular HMK' dan biraz daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir¹³⁶.

1.7.1 HUKUK DAVALARINDA:

Hukuk sistemimizin temeli Kara Avrupa'sı hukuk düzenidir. Bu nedenle bilirkişilik kurumu aynı sistemi uygulayan diğer ülkelerle benzerlikler göstermektedir. Bilirkişiliğin bugünkü anlamıyla hukuk sistemimize girişi 1927 tarihli Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile olmuştur. Bu kanunun kaynağı İsviçre Neuchatel Kantonu Medeni Usul Kanunu 246-257. maddelerinde yer alan hükümlerdir¹³⁷. HUMK' daki bilirkişilikle ilgili hükümler uzun yıllar kullanılmış, 1985 ve 2003 yılında değişikliğe uğramış ve 2011'de HUMK yürürlükten kaldırılmış, yerine getirilen Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile yeni düzenlemeler yapılmıştır.

Farklı ülke hukuk sistemlerinde olduğu gibi bilirkişiliğin hukuki niteliği federal sisteme sahip İsviçre'de ülke genelinde de tartışmalıdır. Bilirkişinin “hakimin yardımcısı” mı yoksa “ispat aracı” mı olduğu sorununun aşılabilmesi için üzerinde durulan ilke “delillerin serbestçe takdiri” ilkesidir¹³⁸.

Tarafların anlaşmaları, feragat ve kabul işlemlerinin kural olarak mümkün olmadığı ceza yargılamasından farklı olarak hukuk davalarında taraflar davanın her

¹³⁶ ERSOY Yüksel, “Bilirkişilik ve Benzeri Kavramlar”, Ankara Barosu Kurultayı, Ceza Hukuku Bildiri XIV., Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilikten Doğan Sorunlar, C II, Ankara 2000, s. 430

¹³⁷ DERYAL, s. 28

¹³⁸ TANVERDİ M., “Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik”, İstanbul 1991, Doktora Tezi, s. 21-22

aşamasında iradeleri ile davaya yön verebildikleri gibi son da verebilir, aralarında anlaşarak bilirkişi seçebilirler¹³⁹.

1.7.2 CEZA DAVALARINDA:

Bilirkişilik 4.12.2004 tarih ve 5271 sayılı Ceza Muhakemeleri Kanununun 62-72. maddeleri arasında düzenlenmiştir.

Medeni usul hukukunun amacı özel hukuk kurallarına aykırılık durumunda yapılacak işlemleri düzenlemek ve bireysel hakları korumaktır. Ceza usul hukukunun işlevi ise kamusal niteliği ile bağlantılı olarak istisnalar dışında kendiliğinden harekete geçerek suçluyu bulup cezalandırmak yoluyla cezanın genel önleme işlevini gerçekleştirmek ve kişisel öç alınmasını engellemektir¹⁴⁰.

Hukuk davalarında esas olan şekli gerçekliğin ortaya çıkarılmasıdır. Ceza usulünde ise maddi gerçeğin ortaya çıkarılması amaçlanır¹⁴¹.

Ceza davalarında süreç bir kişinin suç şüphesi taşıyan bir eylemde bulunması sonucu başlar. Bu süreç şüpheyi yenmeye kadar sürer. İddia, savunma ve yargı olmak üzere üç aşamada yürür¹⁴². CMK ceza yargılamasını soruşturma ve kovuşturma olmak üzere ikiye ayırmıştır. Cumhuriyet Savcısının, şüphelinin suç sayılan bir fiili kusurlu olarak işleyip işlemediğinin belirlenmesini sağlamak üzere, kamu davası açılması için yeterli şüphe bulunup bulunmadığı araştırdığı evre

¹³⁹ DERYAL, s. 29

¹⁴⁰ DERYAL, s. 31

¹⁴¹ YURTCAN E., s. 42

¹⁴² YURTCAN E., s. 6

soruşturma evresidir. Savcı kusur görürse bir iddianame düzenler. İddianamenin mahkemece kabulüyle dava açılır ve yargılama evresine geçilmiş olur¹⁴³.

Ceza davalarında soruşturma evresinde savcı bilirkişi isteyebilir¹⁴⁴. Bu ceza usulünün hukuk ve idari yargı usulünden ayrıldığı noktalardan biridir.

Tıbbi bilirkişiler yapacakları araştırmalarda konumları itibariyle delil değerlendirme aracı değil, delil elde etme aracıdır. Bu nedenle kanunun delil yasaklarını düzenlediği hükümler bilirkişiler için de geçerli olacaktır¹⁴⁵.

Tanıklıktan çekilme hakkı gerek tanık, gerekse de bilirkişilikle görevlendirilen hekim için geçerlidir¹⁴⁶. Ancak bilirkişinin bu hakkını kullanması engellenmişse bir “delil aracı yasağı”, hekimin hastası hakkındaki sırrı açıklaması halinde ise “delil konusu yasağı” söz konusudur ve bu açıklamalar delil değeri taşımaz¹⁴⁷.

Raporunu hazırlayıp mahkemeye sunan bilirkişinin maddi gerçeğe ulaşma ve adil yargılanma hakkının kullanılabilmesi için mahkemede bulunup görüş bildirmesi

¹⁴³ KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, “*Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*”, İstanbul 2006, s.22

¹⁴⁴ CMK Madde 63 - (1) Çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına re'sen, Cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafinin veya kanunî temsilcinin istemi üzerine karar verilebilir. Ancak hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukukî bilgi ile çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemez.

(2) Bilirkişi atanması ve gerekçe gösterilerek sayısının birden çok olarak saptanması, hâkim veya mahkemeye aittir. Birden çok bilirkişi atanmasına ilişkin istemler reddedildiğinde de aynı biçimde karar verilir.

(3) Soruşturma evresinde Cumhuriyet savcısı da bu Maddede gösterilen yetkileri kullanabilir.

¹⁴⁵ GÜLDİKEN Fatma Özge, “*Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Bilirkişilik*”, Ankara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005, s. 10

¹⁴⁶ GÜLDİKEN, s. 11

¹⁴⁷ GÜLDİKEN, s. 11

istenebilir. Bilirkişiyeye tarafların ve hakimin doğrudan soru yöneltebilmesini sağlayan bu çapraz sorgu sisteminin amacı belirsizlikleri aydınlatmak, itirazları açıklığa kavuşturmak, yanlış eğilimleri düzeltmek ve tanığın/bilirkişinin güvenilirliğini sınamaktır¹⁴⁸. Bu sistemle her iki yanın bilirkişileri görüşlerini mahkemeye sunabilirler. Çapraz sorgu hakimin huzurunda yapılabildiği gibi savcının huzurunda da yapılabilir.

1.7.3 İDARİ YARGIDA:

Kamu hizmetlerinin yürütülebilmesi için kendine verilen yetkileri kullanan idarenin görevlerinin yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesinde, idarenin yapmış olduğu iş ve işlemlerin niteliğine göre kamu hukuku ya da özel hukuk kuralları uygulanır¹⁴⁹. Bu durumlarda idarenin görevlerinin yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi için, görev alanının özelliğine göre kamu hukuku ya da özel hukuk kuralları uygulanır¹⁵⁰. Bu kuralların uygulandığı davalarda bahsedilen esaslara uygun olarak bilirkişilik kurumuna yer verilebilir.

Tıbbi bilirkişi incelemesi idari yargıda idarenin uyguladığı işlemler sonucunda kişinin vücut bütünlüğü zarara uğrarsa gerekli olmaktadır. Anayasanın 125. maddesine göre idarenin her türlü işlem ve eylemleri yargı denetimine tabidir.

¹⁴⁸ ÖZDERİN Metin, “*Tıp Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişinin Çapraz Sorgusu*”, <http://www.metinozderin.av.tr/capraz-sorgu.ozderin-avukatlik-burosu-ankara-turkiye> 20.04. 2012, saat: 22.00

¹⁴⁹ DEMİRKOL, Selami, “*İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu*”, <http://www.xn--saytay-r9a28a.gov.tr/dergi/icerik/der40m5.pdf>, 4.06.2012, saat: 11.00

¹⁵⁰ GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, “*Yönetim Hukuku*”, Ankara 2000, s. 13

Sağlık hukuku alanında idari yargıda özellikle tam yargı davaları söz konusudur. Bu davalarda da çoğu kez bilirkişi görüşüne bağlı kalındığı göz önüne alındığında bu davalarda bilirkişinin hakimin görevini üstlendiği söylenebilir¹⁵¹.

İdari yargının bilirkişilik kurumunu ilgilendiren bir başka alanı resmi bilirkişilerin memur sayılmalarından kaynaklanmaktadır.

1.8 BİLİRKİŞİLİK ÜCRETİ:

Bilirkişiyeye yaptığı iş karşılığında ödenecek ücreti hakim takdir eder. Ücret hesaplanırken HMK m. 283 ve CMK m. 72’de yer alan hükümlere göre hesaplama yapılır. Bu esaslar kanunda; “çalışma ile orantılı ücret”, “inceleme giderleri” ve “seyahat giderleri” olarak sıralanmıştır.

Bilirkişinin ücreti belirlenirken; harcadığı emeğin değeri, yaptığı incelemenin niteliği ve gerektirdiği mesai, dosyanın kapsamı, incelemenin gerektirdiği harcama ve giderler, bilirkişinin kariyer ve mesleki performans düzeyi göz önünde bulundurulması gereken unsurlardır¹⁵².

Bilirkişinin fikir ürünü olarak ortaya koyduğu emeğini değerlendirip, ücret takdir edebilmek son derece önemlidir. Bilirkişilik ücretini belirleyen hakim, bilirkişinin yılların birikimi olan deneyiminin karşılığını ile davanın en az giderle sonuçlandırılması ilkesi arasında denge kurmaya çalışmaktadır¹⁵³. Ücretin düşük olarak takdir edilmesinin işinin uzmanı, deneyimli ve bilgili, yıllarını bu işe vermiş

¹⁵¹ KONURALP Haluk, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik*”, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001, s. 503

¹⁵² TAŞPINAR, Sema, “*Bilirkişi Ücreti*”, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001, s. 363

¹⁵³ DERYAL, s. 400

kişilerin bilirkişilikten uzaklaşmasına neden olacağı unutulmamalıdır. Bu durumda ihtiyacı karşılamak üzere göreve istekli olanlar daha deneyimsiz ve bilgisiz meslek mensupları olup bilirkişiliği kazanç kapısı gibi görenler olacaktır. Deneyimsiz kişiler tarafından hazırlanmış, eksik ve hatalı raporlarla doğru ve güvenilir yargılama yapılamayacağı açıktır.

1.9 BİLİRKİŞİLİKTEN ÇEKİLME HAKKI:

Bilirkişi kendine danışılan konuda tarafsızlığını koruyarak adil ve doğru değerlendirme yapamayacağını, nesnel davranamayacağını düşünüyorsa çekilebilmelidir. Bu yargının temeli olan tarafsızlığın gereklerinden biridir¹⁵⁴. Kanundaki düzenlemeler de bu yöndedir. Ceza ve hukuk davalarında bilirkişilikle ilgili birçok uygulama tanıklıkla paralel olarak düzenlenmiştir. Çekilme de bunlardan biridir. Hatta bilirkişilik görevini kabule zorunlu olanlar da tanıklıktan çekilme hükümlerinden yararlanarak bu haklarını kullanabilir¹⁵⁵.

Ayrıca yer alan hakimin bir davaya bakmaktan yasaklı olduğu hallerde bilirkişinin reddi söz konusu olacaktır.

Bilirkişinin davadaki taraflardan biriyle hısımlığının bulunmaması gerekir. Daha önce tarafların vekili, vasisi veya kayyım sıfatıyla görev yapmışsa da

¹⁵⁴ KUNTER N./YENİSEY F., Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2000, s.561

¹⁵⁵ TANRIVER, s. 90

bilirkişilikten çekilmesi gerekir. Kişi bünyesinde çalıştığı kurum ya da kuruluşu ilgilendiren davalarda da bilirkişilikten çekilmelidir.

Bir kişinin bilirkişilik yapması sonucunda kendinin ya da yakınlarından birinin zarar görmesi söz konusuysa bilirkişilik görevinden çekilme mümkün olmalıdır¹⁵⁶. Bilirkişinin görüş açıklaması meslek ya da devlet sırrının açıklanması niteliğinde olacaksa bilirkişilik görevi iade edilebilir¹⁵⁷.

CMK m. 70/1 uyarınca tanıklıktan çekilmeyi gerektiren sebepler ceza davalarında bilirkişilikten çekilmenin de sebepleridir. CMK m. 45'te düzenlenen tanıklıktan çekilme hükümleri doğrultusunda bilirkişilikten çekilme incelenecek olursa:

- Şüpheli ya da sanığın nişanlısı
- Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi
- Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları
- Şüpheli veya sanıkla evlatlıktan bağı bulunanlar

durumlarını bildirerek bilirkişilikten çekinebilirler. Bunların dışındaki bazı durumlarda da bilirkişilikten çekinilebileceği yasada vurgulanmıştır (CMK m. 70/1). Örneğin; bilirkişi, siyasi görüş farklılığı ve yasada sayılanların dışında bir akrabalık bağı gibi geçerli bir gerekçe bildirerek görevinden çekinebilir¹⁵⁸.

¹⁵⁶ DERYAL, s. 285

¹⁵⁷ TANRIVER, s. 91

¹⁵⁸ ÖZBEK Veli Özer, "Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu", Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, HFD, C. III, S. 2, Özel Sayı: 2006, s. 398

CMK m. 47/2 de yer alan tanıklıktan çekilme ile ilgili hüküm gereğince bilirkişilik yapacağı konuda fikir açıklaması devlet sırrı niteliğini taşıyorsa bilirkişinin görüşü mahkeme hakimi veya heyeti tarafından zabıt katibinin dahi olmadığı bir oturumda dinlenir. Hakim ya da mahkeme başkanı daha sonra bu bilgilerden devlet sırrı niteliği taşımayan ancak davanın çözümünde etkili olacakları tutanaklara geçirir¹⁵⁹.

1.10 BİLİRKİŞİLERİN SORUMLUĞU ve İŞLEYEBİLECEĞİ SUÇLAR:

Bilirkişinin yükümlülükleri genel olarak şöyle sıralanabilir¹⁶⁰:

- Bazı hallerde bilirkişiliği kabul yükümlülüğü
- Bildirimde bulunma yükümlülüğü
- Doğruyu (gerçeği) beyan yükümlülüğü
- Yemin etme yükümlülüğü
- Tarafsız davranma yükümlülüğü
- Görevini sadakat ve özenle yerine getirme yükümlülüğü
- Görevini bizzat yerine getirme yükümlülüğü
- Sır saklama yükümlülüğü

¹⁵⁹ DERYAL, s. 286

¹⁶⁰ TANRIVER, s. 45-76

- Bazı hallerde tarafların reddetmesini beklemeden kendisini reddetme yükümlülüğü
- Bilgisine başvuru konuda kendisine verilen sürede oy ve görüş bildirme yükümlülüğü
- Kural olarak görevlendirilme durumunda istişare ve müzakerelerde bulunma yükümlülüğü

Resmi bilirkişiler, bilirkişilik yapmakla yükümlü olanlar ve bilirkişiliği gönüllü olarak kabul edenler, raporlarını hazırlarken yukarıda sıralanan yükümlülüklerine uygun olarak davranmalıdır. Bu kişiler usulüne uygun olarak çağrıldıkları halde geçerli bir mazeretleri olmaksızın, belirtilen gün ve yerde bulunmazsa ya da gelip de oy ve görüş bildirmezse, yeminden kaçınırsa tanıklara ilişkin hükümlerden faydalanılarak bazı yaptırımlar uygulanacaktır. Bu yaptırımlar hem ceza yargısı, medeni yargı ve idari yargı usul kanunlarında açıkça belirlenmiştir.

Yaptırımlar; zorla getirilme, hafif para cezası, ve ertelemeden kaynaklanan zararın tazminidir.

İdare hukuku açısından, 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'na göre memur sayılan resmi bilirkişiler, görevlerini yerine getirirken işledikleri suçlarda Memur Muhakematı Kanunu uygulanacaktır. İdari suçlardan dolayı da 1609 sayılı Bazı Cürümlerden Dolayı Memurlar ve Şerikleri Hakkında Takip ve Muhakeme Usulüne Dair Kanun hükümlerine göre il ve ilçe idarelerince soruşturma yapılacaktır¹⁶¹. Soruşturma için bilirkişinin çalıştığı kurumdan izin alınması gereklidir. Eğer bilirkişilik adli bir görev olarak verilmişse soruşturma izin almaksızın savcılık

¹⁶¹ ÖZDEMİR H. Enver, "Ceza Davaları ile Trafik Kazalarında Keşif ve Bilirkişilik", 2. Baskı, İstanbul 1985, s.63-65

tarafından yürütülecektir. Resmi olmayan bilirkişilerde ise TCK hükümleri uygulanacaktır.

Gördükleri ve deneyimleri ışığında bildiklerini açıklaması istenen bilirkişinin beyanının doğru ve gerçeğe uygun olması esastır. Kasten gerçeğe uygun olmayan görüş bildiren bilirkişi, TCK. M. 276/1 uyarınca “gerçeğe aykırı bilirkişilik” suçu işlemiş sayılır ve 1-3 yıl arası hapisle cezalandırılır.

Bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlediği rapora dayanılarak hüküm kurulan davalarda bu durum usul hukukumuzca bozma nedeni olarak kabul edilmektedir. (HMK. m. 285, CMK. m. 311/b, İYUK. m. 53/1-d)

Gerçeğe aykırı görüş bildirme suçu, doğru olmayanı doğruymuş gibi göstermektir. Bu suç adliye karşı işlenen suçlardandır¹⁶². Cezalandırılması için bilirkişinin gerçeğe aykırı olarak düzenlediği raporun hükme etkisinin olması gerekli değildir. Ancak bilirkişinin gerçek dışı görüş bildirme suçu işlediğinden bahsedebilmek için kasıtlı ve sonuçlarını bilerek doğruyu çarpıtmış ya da gizlemiş olması gereklidir. Dikkatsizlik ve ihmal ile ortaya çıkan gerçek dışı beyan suç sayılmamalıdır¹⁶³.

Eğer bir kimse mahkemede gerçek dışı bilirkişilik yapma vaadiyle, birini suç işlemeye ikna ederse ve mahkemede bu vaadi doğrultusunda görüş bildirirse suça iştirak etmiş olur. Aynı zamanda gerçeğe aykırı bilirkişilik (TCK m. 276) ve yargı görevi yapmanı etkileme (TCK. m. 277) suçlarını işlemiş sayılır¹⁶⁴.

¹⁶² EREM, Faruk, “Yalan Şahadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık”, AÜHFD., 1954, S. 3-4, s. 46

¹⁶³ ŞENGÜN, Oğuz, “Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları”, AD., 1969/7., s. 462

¹⁶⁴ AYDIN, Devrim, “Türk Ceza Hukukunda İştirak”, Ankara Üniversitesi, SBE, Doktora Tezi, Ankara 2008, s. 292, 293

Bilirkişi görevini yaparken ve görevi gereği öğrendiği sırları saklamakla yükümlüdür (HMK m. 277). Bilirkişi sır niteliği taşıyan bilgileri haklı bir neden olmaksızın açıklarsa özel hayatın gizliliğini ihlal suçunu işlemiş olur (TCK m. 134 ve 137). Açıklama suçunun basın yayın yoluyla yapılmış olması suçu nitelikli hale sokar ve ağırlaştırma kapsamına girer (TCK m. 134/2, c.2).

Suçun soruşturma ve kovuşturması şikayete bağlı olup (TCK m. 137) uzlaşma kapsamındadır (TCK m. 73/son).

Bilirkişi raporunu kendine verilen süre içinde hazırlayıp teslim etmelidir. İncelemek için ek süreye ihtiyaç olduğunda bilirkişi mahkemeye başvurup ek süre istemelidir.

Bilirkişi eğer haklı bir mazereti yokken raporu belirlenen süre içinde hazırlayıp vermezse bilirkişilik görevinden kaçınmış sayılır. Bu durumda HMK m. 253 de tanıklar için belirtilen hükümler uygulanır. Bu hükümlere göre; *“beş yüz Türk Lirasından beş bin Türk Lirasına kadar disiplin para cezasına ve bu yüzden doğan giderleri ödemesine hükmedilerek, yeniden dinlenilmek üzere yargılama başka güne bırakılır.”* Eğer kişi direnir, kabul ettiği halde bilirkişilik yapmaz rapor düzenlemezse iki haftayı geçmemek üzere disiplin hapsine hükmedilir. (HMK m. 253/2) Bilirkişilik yapacağını beyan eden kişi tahliye edilir.

Bilirkişinin hukuki sorumluluğu yasal düzenlemelerimizde özel olarak ele alınmamıştır. Doktrinde hakim görüş, bilirkişilerin hukuki sorumluluğunun Borçlar Kanunundaki haksız fiil hükümlerine dayandığı yönündedir¹⁶⁵. Bilirkişinin kasten gerçeğe aykırı olarak düzenlediği rapordan zarar gören kişiler BK m. 49’da yer alan haksız fiil hükümlerine dayanarak tazminat davası açabilirler. Tazminata

¹⁶⁵ YILMAZ, Ejder, *“Hukumumuzda Bilirkişilik Kurumu”*, Yaklaşım D., Y.4, S.42, Haziran 1996, s.30

hükmedilebilmesi için ortaya çıkan zararlar, bilerek gerçeğe aykırı düzenlenmiş bilirkişi raporu arasında illiyet bağı bulunmalıdır.

Bazı hukukçular bilirkişinin kast dışında ağır ihmal sonucu düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı rapordan da sorumlu olması gerektiği görüşündedir¹⁶⁶.

Anayasa m. 129/V bağlamında kamu görevlisi ve Anayasa m. 40/son bağlamında resmi görevli sayılan bilirkişinin, kusurlu olarak gerçeğe aykırı rapor düzenlemesinden kaynaklanan zararlardan dolayı devlete karşı hukuki sorumluluk davası açılabilir. Dava sonucunda ödenecek tazminat devlet tarafından bilirkişiye rücu edilebilecektir¹⁶⁷.

Gerçeğe aykırı olarak düzenlenmiş rapordan kaynaklanan zararda devletin sorumlu tutulabilmesi için; bilirkişi kasten ya da ağır ihmali davranış ile gerçeğe aykırı rapor düzenleyip bunu mahkemeye vermiş ve kişi de bundan zarar görmüş olmalıdır.

Görevi sırasında, görevleriyle bağdaşmayan, yasal düzenlemelere aykırı, kusurlu ve zararlı davranışlarda bulunan bilirkişiler hakkında bağlı buldukları meslek odalarına ya da kamu kurumuna başvurulabilir. Bu başvuru ile bilirkişiler hakkında disiplin soruşturması açılması ve bilirkişinin disiplin cezası alması mümkün olabilir¹⁶⁸.

1.11 BİLİRKİŞİNİN ETİK YÜKÜMLÜLÜKLERİ:

¹⁶⁶ YILMAZ, s. 31

¹⁶⁷ TANRIVER, s. 147-149

¹⁶⁸ DERYAL, s. 422

Felsefenin bir dalı olarak etik; davranışların ahlaki temellendirmesi ile uğraşır. Yalın haliyle ahlaktan bu özelliği ile ayrılır¹⁶⁹. Hukuk kuralları da esas olarak ahlak ilkelerine dayanır ya da en azından hukuk ile ahlaklılık arasında örtüşme vardır. Hatta DAVRAN “*etik kurallardan türetilen ya da onlara uygun düşen meşru normlar olmaksızın, hukuk kuralları ‘iyi’ yasalar olamazlar ve yasanın en üst şey olmasını sağlayamazlar*” görüşündedir¹⁷⁰.

Bilirkişinin yasal yükümlülüklerinin hangi etik ilkelere, değerlere dayandığını yahut bu yasal düzenlemelerin içinde yer alan etik ilkeleri şöyle sıralayabiliriz¹⁷¹:

Uzmanlık: Bilirkişilik görevini kabul eden kimse inceleyeceği konuda uzman olmalıdır. Dosyayı incelediği zaman dava konusunun kendi uzmanlık alanına girmediğini ya da sorulan soruları cevaplayacak kadar mesleki birikim ve bilgiye sahip olmadığını düşünüyorsa mahkemeye gerekçelerini bildirip görevi iade etmelidir. Kişinin uzman olmadığı bir konuda bilirkişi görüşü oluşturmaya çalışması aynı zamanda hekimlik meslek etiği kurallarına da aykırıdır.

Gerekçe: Bilirkişi raporunda yer alan görüşlerini bilimsel gerekçelere dayandırmalıdır. Bilimsel verilere dayanarak hazırlanmış bir rapor gerek mahkeme heyeti ve hakim, gerekse de taraflar için daha güvenilirdir.

Eşitlik ve Adalet: Tıp etiğinin dört temel ilkesinden biri olan eşitlik ve adalet ilkesi, hekimin bilirkişilik görevi sırasında da aklından çıkarmaması gereken bir etik

¹⁶⁹ ÜLMAN, Işıl Yeşim, “*Etik, Biyoetik ve Hukuk: Temel Kavramlar ve Yaklaşımlar*”, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Ocak 2010, s. 1-4

¹⁷⁰ DAVRAN, Zeynep, “*Hukuk Kurallarının Etik Temelleri*”, Etik ve Meslek Etikleri, Editör: Harun TEPE, Ankara 2009, s. 163

¹⁷¹ GAZİOĞLU, Namık, “*Bilirkişilik Mevzuatı*”, Kamulaştırma Bilirkişi Eğitimi, Ankara 2011, <http://www.hkmo.org.tr>, 23.04.2012, saat 14.30

ilkedir. Bilirkişi olan hekim davaya konu olan olayı taraf olmadan inceleyebilmeli, öncelikle adil olmayı hedeflemelidir.

Tarafsızlık: Eşitlik ve adalet ilkesi ile yakından ilintili olan tarafsızlık, bilirkişinin görevini tamamen özgür olarak yerine getirmesiyle mümkün olacaktır. Bilirkişi hiçbir etki altında kalmaksızın incelemesini yapmalı, raporunu oluştururken duygularıyla değil, sahip olduğu mesleki bilgi birikimi ve tecrübesiyle hareket etmelidir.

Özen: Hekimin yasal yükümlülüklerden biri olan özen, bilirkişilik uygulamalarının da temelinde yer alır. Mahkeme sürecinde hakime yardımcı olarak görev alan hekim bilirkişi, görevinin adil ve güvenilir yargılamanın bir parçası olduğunu bilmeli ve bu sorumlulukla titiz bir çalışma yürütmelidir.

Bilirkişi raporunun hem içerik, hem de biçimsel olarak mahkemenin isteklerine uygun olmasına özen göstermelidir.

Sır Saklama: Hekim tıp etiği ve tıp hukuku kuralları gereği mesleğini uygularken öğrendiği bilgileri sır olarak saklamaya yükümlüdür. Bu yükümlülük her türlü bilirkişilik uygulaması için de geçerlidir.

Ekip Çalışması: Hakim birden fazla kişinin yer aldığı bilirkişi heyetinin davayı inceleyip sorularını yanıtlamasını istemişse, olayın özelliğine göre aynı ya da farklı alanlardan uzmanlar dosya üzerinde birlikte çalışacaklardır. Bilirkişi heyetinin çalışma şekli çok bilimli ekip çalışmalarında yatay işbirliğinin bir örneğidir¹⁷². Bu ekip içinde yer alan herkes diğer uzmanın görüşüne saygılı olmak, bilgisini davayı aydınlatmak için kullanmak zorundadır.

¹⁷² DOĞAN, Yıldırım B., “Çok Bilimli (Multidisipliner) Ekip Çalışması”, Hasta ve Hekim Hakları Sempozyumu, Samsun 2012

1.12 BİLİRKİŞİLİĞİN YAKIN KAVRAMLARDAN AYIRT EDİLMESİ

1.12.1 BİLİRKİŞİNİN HAKİMDEN AYIRT EDİLMESİ:

Tarihsel gelişimi içinde başlarda hakim bilim adamı, din adamı, yargılamanın sorumlusu ve bilirkişi olarak çalışmaktaydı. Bu kadar sorumluluğun tek kişide toplanmış olması nedeniyle hakimler toplumun en bilgili ve donanımlı kişileri arasından seçilmekteydi¹⁷³. Roma Hukukunda davadaki uyuşmazlığı çözmek üzere başvurulan yine hakim olan, bir bilirkişiydi¹⁷⁴. Zamanla bilimsel ve teknolojik gelişmelerin yanı sıra insan ilişkilerinin karmaşıklaşması, her konudaki bilgi birikiminin gün geçtikçe artması nedeniyle davaların çözümlenmesinde uzman görüşüne ihtiyaç doğmuştur¹⁷⁵.

Hakim önüne gelen davanın maddi unsurunun ne olduğunu belirledikten sonra hukuki kuralın ne olacağını saptar. Ancak hakim kendi hukuk bilgisi ve yaşam tecrübesi ile maddi unsurunu belirleyemediği davalarda bilirkişiden yardım ister. Bilirkişi, maddi unsurun belirlenmesinde hakime yardımcı olan kişidir. Hukuki

¹⁷³ TANVERDİ, s. 1-25

¹⁷⁴ YILDIRIM, Kamil, “*Bilirkişilik Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu*”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004, s. 833

¹⁷⁵ DERYAL, s. 1

unsurun belirlenmesi, değerlendirilmesi ve çözülmesi hakim işidir, bir başkasına devredilemez¹⁷⁶.

1.12.2 BİLİRKİŞİNİN TANIKTAN AYIRT EDİLMESİ:

Tanıklık, davanın tarafları dışındaki kişilerin, dava ile ilgili bir olay hakkında dava dışında bizzat edinmiş oldukları bilgiyi mahkemeye bildirmeleridir¹⁷⁷.

Tanık beyanı, kişilerin özel çıkarlarının korunmaya çalışıldığı hukuk usulü açısından araştırılması ve değerlendirilmesi hakime bırakılmış takdiri delillerdendir. Oysa ceza usulünde genel çıkarları ihlal eden suçluların aranması, faillerin ortaya çıkarılması ve cezalandırılması esastır ve ceza davalarında tanık beyanı en önemli delil kaynaklarından biridir¹⁷⁸.

Tanık sadece gördüklerini, işittiklerini ve bildiklerini aktarır, görüş bildirmez. Görevi davanın maddi unsurunun aydınlatılmasında uzman görüşü bildirmek olan bilirkişiden burada ayrılır¹⁷⁹. Tanık olay hakkında doğrudan bilgisi olan kişidir ve bu özel durum nedeniyle herkes tanıklık yapamaz. Söz konusu olay ile ilgili bilgi sahibi olması gereklidir. Oysa konunun uzmanı ve yeterli donanıma sahip olan herhangi biri bilirkişi olarak seçilebilir. Öte yandan; yeterlilik açısından bakıldığında herhangi bir

¹⁷⁶ AŞÇIOĞLU, Çetin, “Bilirkişi Görevinin Sınırları”, İstanbul Serbest Muhasebeciler ve Mali Müşavirler Odası (İSMMM): Bilirkişi Eğitim Semineri, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (TÜRMOB) Yayını, Baskı: Siyasal Kitabevi, Ankara, Ocak 2002, s. 128

¹⁷⁷ KURU/ARSLAN/YILMAZ, “Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı”, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara 2007, s. 441

¹⁷⁸ YURTCAN, Erdener, “Ceza Yargılaması Hukuku”, İstanbul 2007, s. 272

¹⁷⁹ PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 507

konuda uzmanlık derecesinde bilgisi olmasa da olayla ilgili bilgi sahibi olmak tanıklık için yeterli olacağından duyu organları sağlıklı olan herkes tanıklık yapabilir.

Tanık reddedilemezken bilirkişi reddedilebilir¹⁸⁰.

1.12.3 BİLİRKİŞİNİN BİLİRKİŞİ-TANIKTAN AYIRT EDİLMESİ:

Amerikan hukuk sisteminde mahkemeye taraflardan birinin davetiyle dahil olan, o tarafın savını kuvvetlendirmek üzere görüş bildiren, belli bir konuda eğitim görmüş, özel bilgi ve beceriye sahip kişiye “bilirkişi tanık-expert witness” denir. Mahkeme sırasında tanık bilirkişiye karşı taraf da soru yöneltebilir. İşte bu çapraz sorgu sırasında tanık bilirkişinin bildirdiği görüş diğer tarafın lehine bir hal alabilir¹⁸¹.

Uzman tanık ile ilgili düzenlemeler HMK m. 293’te düzenlenmiştir. Taraflar davanın kendi lehlerine sonuçlanmasına katkıda bulunmak amacıyla ya da yalnızca davayı kazanma ihtimallerini öğrenebilmek için uzman görüşüne başvurabilirler.

AKİL uzman tanık görüşünü genel olarak şöyle tanımlamaktadır¹⁸²:

“Uzman tanığın hazırlamış olduğu rapor “taraf beyanı”, daha doğrusu “tarafın belgeye dayalı beyanı” olarak değerlendirilmektedir. Uzman tanığın beya-

¹⁸⁰ BİLGE, Yaşar, “Ankara Üniversitesinde Bilirkişilik- Çalıştay Raporu”

¹⁸¹ BAKICI, Sedat, “Bilirkişilerin Nitelikleri, Reddi ve Resmi Bilirkişilik”, Yargı Dünyası, Sayı: 54, Haziran 2000, s. 17

¹⁸² AKİL, Cenk, “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı”, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2, s. 174

nının (raporunun) “delil” olmadığı kabul edilmektedir. Bundan dolayı, Alman hukukunda tarafların, mahkemeden, uzman tanığın görüşünü duruşmada sözlü olarak açıklamasını yahut mahkeme tarafından atanan bilirkişiye soru sorabilmesini talep edemeyeceği kabul edilmektedir. Tarafların anlaşması durumunda ise, mahkeme, uzman tanığın raporunu senet delili olarak hükme esas alabilecektir.”

Ancak mahkemeye sunulan uzman görüşleri arasında çelişki olması durumunda bilirkişiye başvurma zorunluluğu söz konusudur.

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMA HATASI VE HEKİMİN SORUMLULUĞU

2.1 HEKİMİN SORUMLULUĞU

Geniş bir tanımlama ile “*resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin yaşamını, sağlığını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal bir takım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak, tıp biliminin genel olarak kabul edilmiş kurallarına ve teknik gereklerine uygun biçimde*

*gerçekleştirilen bir girişim*¹⁸³” olarak ifade edilebilecek tıbbi müdahale nedeniyle hekimlerin hem özel hukuk, hem de ceza hukuku sorumluluğu söz konusudur.

2.1.1 HEKİMİN CEZA HUKUKU SORUMLULUĞU:

Hekim mesleği gereği, kişilerin vücut bütünlüğüne ve sağlığına yönelik müdahalelerde bulunur¹⁸⁴. Bu müdahalelerde bulunan hekimin ya da sağlık çalışanının amacı elbette hastaya zarar vermek değil, aksine hastalık nedeniyle zarar görmüş vücut bütünlüğünü yeniden sağlamaktır. Tıbbi uygulamaların temelini oluşturan bu amaç, hukukun koyduğu kurallara uygun yapılan müdahalede sağlık çalışanını sorumluluktan kurtarmaktadır. Ancak bu sorumsuzluk sınırsız değildir. Sağlık çalışanının hareketinin temelinde yatan bu üstün yarar amacı onun her davranışından sorumsuz olacağı anlamını taşımaz. Tıbbi uygulamanın koşullarına ve yapılış şekline bağlı olarak, kasti ya da taksirli bir davranış sonucunda sağlık çalışanının cezai sorumluluğu doğacaktır.

Yasal düzenlemelerimizde sağlık çalışanları için tanımlanmış özel ceza hukuku hükümleri bulunmamaktadır¹⁸⁵. Sağlık çalışanları da diğer insanlar gibi hukuk önünde eşittir ve aynı ceza kanunlarına tabidir.

Tıbbi müdahalede bulunan sağlık çalışanının cezalandırılmaması için eyleminin hukuka uygunluk sebepleri taşıması gerekir. *Hukuka uygunluk sebepleri*; “ceza normunun yasakladığı bir fiilin istisnai koşullarda işlenmesine izin vererek, onun hukuka aykırı olmasını önleyen kurallar” olarak tanımlanır¹⁸⁶.

¹⁸³ ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, “Tıbbi Müdahaleye Rıza”, İstanbul 1993, s. 15

¹⁸⁴ YENERER ÇAKMUT, Özlem, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ocak 2011, s. 273

¹⁸⁵ YENERER ÇAKMUT, s. 276

¹⁸⁶ SAVAŞ, Halide, “Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları”, Ankara 2011, s. 192

Bir eylemin suç oluşturması için; kanuni unsur, hukuka aykırılık, maddi unsur, manevi unsur, bulunması gereklidir¹⁸⁷. TCK’ daki hukuka uygunluk nedenleri; hakkın kullanılması (m. 26, f.1), kanun hükmünü yerine getirme (m. 24, f.1), meşru savunma (m. 25, f.1) ve ilgilinin rızasıdır (m. 26, f.2). Tıbbi müdahalenin bir suç teşkil edip etmediğı ve hukuka uygunluğu bu ilkelere yola çıkılarak tartışılacaktır.

Öğretide genel olarak kabul gören görüş sağlık çalışanının yaptığı tıbbi müdahalenin tipik birer adam öldürme ya da yaralama niteliğinde olduğudur¹⁸⁸. Bunun yanı sıra tıbbi müdahalenin suçun unsurlarının bulunmadığı görüşü de mevcuttur¹⁸⁹.

Bu görüşlere göre tıbbi müdahalede suçun tipikliği bulunmamaktadır. Zira başarılı bir tıbbi müdahale kişinin sağlığını kazandırmak ile sonuçlanır. Kişiyeye zarar vermeyen bir eylem de suç olarak nitelendirilemez. Burada dikkat edilmesi gereken husus yapılan müdahalenin geçerli bir tıbbi nedene, endikasyona dayanması gereğidir. Sağlık çalışanı endikasyonun ve rızanın olmadığı bir tıbbi müdahalede adam yaralamadan dolayı cezalandırılacaktır. Görüldüğü üzere uygun endikasyonla yapılan, iyiliğini amaçlayan tıbbi girişim kasten adam yaralama ya da öldürme suçlarını oluşturmaz. Tıbbi müdahalenin amacına ve anlamına göre değerlendirilmesi gerektiğini savunan bu görüş, tıbbi müdahale ile beden yararının korunduğı temeline dayanmaktadır.

Bahsedilen görüşü savunan hukukçular tıbbi müdahalelerin kuralına uygun yapıp yapılmadığının değerlendirilmesi gerektiğini, kuralına uygun yapılan bir tıbbi

¹⁸⁷ DÖNMEZER/ERMAN, “Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku”, Genel Kısım, C II., 10.B, İstanbul 1994, s. 39

¹⁸⁸ HAKERİ, Hakan, “Tıp Hukuku”, Ankara 2011, s. 598

¹⁸⁹ BAYRAKTAR, “Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğı”, İstanbul 1972, s. 65

müdahaleden yapanın sorumlu tutulamayacağını söylemektedir¹⁹⁰. Bir başka görüş ise başarılı tıbbi müdahalenin adam yaralama olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır. Yalnız bu görüşün aksayan ayağı başarısız tıbbi müdahalenin nasıl değerlendirileceğidir. Bu görüş bağlamında tıbbi müdahaleyi ele alıp suçun unsurları açısından inceleyecek olursak; iyileştirme amaçlı bir tıbbi müdahale kastı içermemekte, böylece kasten yaralama suçu oluşmamaktadır. Tıbbi müdahale özen yükümlülüğüne uygun yapılırsa taksirli bir suçtan da söz etmek mümkün değildir.

Tıbbi müdahalenin suç sayılamayacağını kabul eden bir diğer görüş; düşüncesinin temelini hekim ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşmesel olmasına dayandırmaktadır¹⁹¹. Gerçekten hekimin müdahalesinin zarar verici nitelikte olmadığı söylenemez. Tıbbi müdahalenin sonucuna göre sorumluluğu tanımlamak doğru olmaz¹⁹².

Bütün bu görüşlere rağmen Türk ve Alman hukuk uygulaması hekimin tıbbi müdahalesinin yaralama veya öldürme suçunun tipikliğini oluşturduğunu kabul etmektedir¹⁹³.

Tıbbi müdahaleyi suçun maddi unsuru açısından ele alan görüşe göre de; hekim müdahale ile başta hastaya zarar vermiş olsa da hasta iyileşince söz konusu zarar ortadan kalkacağı için suçun maddi unsuru bulunmamaktadır¹⁹⁴. Bu görüşün eleştirilmesi gereken nokta başarılı tıbbi müdahalede suçun maddi unsurunun gerçekleşmemiş olmasına karşın başarısız müdahalede gerçekleşmiş olmasıdır.

¹⁹⁰ HAKERİ, s. 599

¹⁹¹ BAYRAKTAR, s. 69

¹⁹² DÖNMEZER/ERMAN, s. 31

¹⁹³ HAKERİ, s. 600

¹⁹⁴ BAYRAKTAR, s. 69

Manevi unsur açısından ele alan görüşe göre; tıbbi müdahalede kast söz konusu değildir. O zaman suçun unsurlarından biri gerçekleşmemiş olur. Bu görüşü savunanlar müdahaleyi yapan hekimin niyetinin hastaya zarar vermek olmadığı, aksine iyileştirmek amaçlı müdahalede bulunduğu fikrinden yola çıkarlar¹⁹⁵. Bu görüşe eleştiriler kast ile saikin karıştırıldığı yönünden gelmektedir. Zira ameliyatta hastasının bir organını çıkaran hekim bu hareketi iradesiyle ve organı yerinden çıkarmak sonucunu isteyerek, kasten gerçekleştirmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması görüşünü savunan yazarlar tıbbi müdahalelerde tipik ve kusurlu bir eylem olduğunu kabul ederler. Burada eylemi hukuka uygun hale getiren koşullardan bahsedilir. Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği ileri sürülen iki görüşten biri hakkın kullanılması, diğeri hastanın rızasıdır.

Hakkın kullanılması teorisini kabul eden görüş, tıp fakültesinden mezun olan ve meslek odasına kaydolarak mesleğini uygulama izni almış olan hekimin, kendine verilen hakkı kullanarak tıbbi müdahalede bulunduğunu ileri sürmektedir¹⁹⁶.

Hastanın rızasının bulunmasının tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiğini savunan görüşün çıkış noktası, kişinin kendi geleceğini belirleme hakkıdır. Hastanın kişiliğine saygı gösterilmesi rızanın hukuka uygunluk sebebi kabul edilmesinin nedenidir¹⁹⁷. Tıbbi müdahaleye karar verme yetkisi, temyiz kudretine sahip olması şartıyla bizzat hastanın kendisindedir. Rızanın hukuken

¹⁹⁵ DÖNMEZER/ERMAN, s. 46

¹⁹⁶ DÖNMEZER/ERMAN, s. 51

¹⁹⁷ BAYRAKTAR, s. 94

geçerli olabilmesi için zorlayıcı etkilerin altında kalmaksızın, serbestçe açıklanmış olması gereklidir¹⁹⁸.

Tıbbi müdahalede hasta ile hekimin rıza bakımından uyum içinde olması gerekliliği uygulamada en çok kabul edilen görüştür¹⁹⁹. Hasta hekime kendi bedeni üzerinde sınırsız bir tasarruf hakkı tanımamaktadır. Hasta tedavi süreci içinde ilacı kesebilir ya da yöntemin değiştirilmesini isteyebilir. Bu nedenle hekimin endikasyona bağlı hareket etmesi, durumun acilliği sonucu değiştirmez. Hasta iradesiyle örtüşmeyen ve sözleşmeye dayanmayan bir müdahale hukuka aykırıdır.

Kural olarak hastanın rızası hekimi sorumsuz kılar. Ancak bu sorumsuzluk sınırsız değildir. Hekim hastasının rızası olmayan hiçbir şeyi yapamayacağı gibi rıza gösterdiği her şeyi de yapamaz.

Bazı yazarlar tarafından hastanın rızasının tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirdiği görüşü de eleştirilmektedir. Bu görüşe göre; kişinin kendi vücudu üzerinde tasarruf hakkı olmadığına göre rızası da geçersizdir. Üstelik hekimin bilgisinin getirdiği baskın güç konumunda olması kişinin özgür iradesiyle karar vermesini engelleyecektir²⁰⁰.

HAKERİ tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan koşulların yukarıda sıralananların hepsi olduğunu söylemektedir. Tıbbi müdahaleyi yapanın bu konuda yetkili olması, endikasyonun varlığı, aydınlatılmış hastanın rızası ve müdahalenin tıbbi standartlara uygun olarak yapılması hukuka uygunluğu sağlayan nedenlerdir²⁰¹.

¹⁹⁸ ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, "Tıbbi Müdahaleye Rıza", İstanbul 1993, s. 75

¹⁹⁹ HAKERİ, s. 605

²⁰⁰ BAYRAKTAR, s. 80

²⁰¹ HAKERİ, s. 609

2.1.2 HEKİMLER TARAFINDAN İŞLENEBİLECEK SUÇLAR:

Sağlık personeli tıbbi müdahalede bulunurken kasten ya da taksirle adam öldürme/yaralama, intihara yönlendirme, insan üzerinde deney deneme, organ veya doku ticareti, çocuk düşürtme, kısırlaştırma, kişisel verileri açıklama, görevi ihmal ve belgelerde sahtecilik gibi suçları işleyebilir²⁰². Bir suçun oluşması için yukarıda tartışılan unsurlarının; kanuni unsur, hukuka aykırılık, maddi unsur, manevi unsur, bulunması gereklidir²⁰³. Bu unsurlar göz önünde bulundurularak sağlık çalışanının işleyebileceği suçları inceleyecek olursak:

2.1.2.1 Kasten ya da Taksirle Adam Öldürme/ Yaralama:

2.1.2.1.1 Kasten Adam Öldürme/Yaralama:

Bu suçlarda korunan yarar yaşam ve vücut bütünlüğü haklarıdır. Suç teşkil eden eylemin bilerek, isteyerek yapılmış olması durumunda sorumluluk kasttan

²⁰² HAKERİ, s. 613

²⁰³ DÖNMEZER/ERMAN, s. 309

doğar²⁰⁴. TCK m. 21/1 e göre kast suçun kanuni tanımdaki unsurlarının bilerek, istenerek çiğnenmesidir.

Doğrudan kast, eylemi gerçekleştiren kişinin sonucu istemesi ve buna uygun hareket etmesidir²⁰⁵. Tıbbi müdahale açısından ele alacak olursak; bir bel fitiği ameliyatı sırasında, hekimin hastanın ölmesini isteyerek, bunu amaçlayarak büyük damarlardan birini kesmesi ve hastanın ölmesi durumunda doğrudan kastla adam öldürme suçu gerçekleşmiş olacaktır. Görüldüğü üzere tıbbi uygulama hatasının bir suç tipi olarak doğrudan kasta uygun olması söz konusu değildir.

Olası kast; kişinin eyleminin neden olabileceği sonucu görmesine rağmen sonuçtan kaçınmaması, suçun oluşmasını umursamamasıdır. Eylemde bulunan kişi doğabilecek sonucu istemiyor ve hedeflemiyordur, ancak aynı zamanda öngördüğü bu sonucu önlemek için hiçbir şey yapmadan yalnız kendi hedefiyle ilgilenmektedir²⁰⁶. Aynı örnekten yola çıkarsak; ameliyat sırasında hekim eyleminin büyük damarlara zarar verebileceğini bilmesine rağmen bunu umursamaz, olası durum için tedbirleri almaz ve kusurlu eylemine devam ederse ortaya çıkan zararda olası kasttan bahsedilir.

Kasten adam öldürme suçu TCK m. 81, kasten adam yaralama suçu ise TCK m. 86'da tanımlanmıştır.

²⁰⁴ SAVAŞ, Yargıya Yansıyan, s. 194

²⁰⁵ DÖNMEZER/ERMAN, s. 398

²⁰⁶ CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, "Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve ilgili Mevzuata Göre Yenilenmiş Üçüncü Baskı", İstanbul 2005, s. 398

*Hekimin hastanın rızasını almadan, endikasyonsuz, hastayı aydınlatmadan, tıbbi standartta aykırı olarak yaptığı her müdahale kasten yaralama/öldürme suçunu oluşturur*²⁰⁷.

Sağlık çalışanlarının işleyebileceği ve bu başlık altında tartışılması gereken suçlardan biri *ötanazidir*. Ötanazi TCK da ayrıca düzenlenmemiş olup m. 84 hükmü gereği intihara yönlendirme suçundan dolayı cezalandırılmaktadır.

Pasif ötanazi; sağlık çalışanının hastanın isteği doğrultusunda davranıp yaşamsal önem taşıyan bir müdahaleyi yapmayarak ölmesine yardımcı olmasıdır.

Aktif ötanazide sağlık çalışanı hastanın yaşamına son verecek eylemi, hastanın iradesi doğrultusunda, bilerek ve isteyerek gerçekleştirir.

Dolaylı ötanazi olarak adlandırılan bir başka ötanazi eylemi ise yapılan/yapılması gerekli tedavinin kaçınılmaz sonucunun ölüm olmasıdır.

Yasal düzenlemelerimize bakacak olursak Tıbbi Deontoloji Tüzüğü m. 14 ve Hasta Hakları Yönetmeliği m. 13 aktif ötanaziyi yasaklamaktadır. Ancak hastanın tedaviyi ret etme hakkından yola çıkarsak pasif ötanazi mümkündür.

Aktif ötanazi doğrudan ölüme yardımdır. Öğretide iyileşmesi mümkün olmayan bir insanın acılarını dindirmek amacıyla yaşamına son vermenin suç sayılmaması ve cezalandırılmaması gerektiğini savunan görüşler olmasına karşın yaygın olarak kabul edilen görüş aktif ötanazinin kasten adam öldürme suçunu oluşturduğudur²⁰⁸. Hekimin saikinin kural olarak dikkate alınmadığı düşünülürse

²⁰⁷ HAKERİ, s. 616

²⁰⁸ ERMAN, Barış, s. 127

hekimin hastasına acıyarak, onun isteği doğrultusunda davranmış olması ancak TCK m. 62 gereği cezada indirim yapılmasını sağlayabilir²⁰⁹.

Öldürme yalnızca icrai bir davranış sonucunda gerçekleşmez. İhmali davranışla da adam öldürme suçu işlenebilir. Buradaki ihmalden kastedilen tedbirsizlik sonucunda ölüme sebebiyet verme değil, eylemsizlik sonucunda ölüme sebep değildir. Sağlık çalışanı açısından bakıldığında hastanın ölmesi ya da yaralanması amacıyla, bilerek ve isteyerek müdahalede bulunmayı ihmal etmesi anlamına gelir ve TCK m. 83 ve 88 hükümlerince cezayı gerektirir. Sağlık çalışanı hastanın ölmesi ya da yaralanması sonucunu istememesine rağmen müdahalede bulunmayı ihmal eder ve bundan bir zarar doğarsa o zaman TCK m. 85 ve 89 uygulanacaktır²¹⁰.

2.1.2.1.2 Taksirle Adam Öldürme/Yaralama:

Sözcük anlamı “bir işi eksik yapma, bir şeyi yapabilecekken çekinip yapmama, kusur” olan taksirin hukuki anlamı failin öngörülebilir nitelikteki sonucu öngörmemesi ya da öngörmesine rağmen istememesidir²¹¹. Kanunda taksirli suçların düzenlenmesiyle bireyleri dikkatli davranmaya, hukuk kurallarına uymaya özen göstermeye yönlendirmektir. Kanun yaptığı işler ağır riskler taşıyan, eylemleri toplum için önemli zararlara neden olabilecek meslek mensuplarının daha dikkatli ve özenli çalışmalarını sağlamayı hedeflemiştir²¹². İşin gerektirdiği özen ve dikkatin gösterilmediği eylemlerde taksir ortaya çıkar²¹³.

²⁰⁹ HAKERİ, s 630

²¹⁰ HAKERİ, s. 636

²¹¹ SAVAŞ, Yargıya Yansıyan, s. 194

²¹² DÖNMEZER/ERMAN, s. 253

²¹³ İÇEL, “Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk”, İstanbul 2000, s. 26

Bilinçli taksir; eylemin sonucunda doğabilecek istenmeyen zararlı sonucun öngörüldüğü halde ortaya çıkmaması için tedbir alınmamasıdır. Örneğin; kas içine ilaç uygulaması yapan bir sağlık personeli bu ilacın yaşamı tehdit edecek alerji riski taşıdığını bilir, ancak bu sonucun nasılsa gerçekleşmeyeceği düşüncesinden hareket ederek, tedbir almaksızın uygulamayı yapar ve gelişen alerjik reaksiyon nedeniyle hasta zarar görürse sağlık çalışanının eyleminde bilinçli taksir söz konusudur.

Basit taksir; eylemin sonucunda zararlı bir sonuç doğabileceğinin öngörülememesi durumudur. Aynı örnekten hareket edersek; sağlık çalışanı uygulayacağı ilacın böyle bir risk taşıdığını bilmediği, yaşamsal riski öngöremediği için gerekli tedbirleri almamış ve sonunda istemeyen durum yaşanmıştır.

Hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması ile hastanın ölümüne ya da yaralanmasına yol açması durumunda taksir söz konusudur (TCK 22/2)²¹⁴.

Netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama;TCK 87/4'de tanımlanan bu suçun sağlık çalışanı tarafından işlenmesi pek mümkün görünmemektedir. Zira bu suçun oluşabilmesi için, sağlık çalışanı yaptığı tıbbi müdahale ile kişiyi yaralamayı amaçladığı halde ölümüne sebep vermesi gereklidir²¹⁵.

2.1.2.2 Hasta İle Cinsel İlişki Kurma:

²¹⁴ HAKERİ, s. 649

²¹⁵ HAKERİ, s. 672

Yasalarımızda hekimin reşit olan hastasıyla müdahale öncesinde, sırasında ya da sonrasında, karşılıklı rızayla cinsel ilişkide bulunması suç olarak tanımlanmamıştır. Ancak etik bulunmayan bu davranış sonucunda hastanın ruhsal olarak zarar görmesine bağlı olarak tazminat sorumluluğundan bahsedilebilir²¹⁶.

2.1.2.3 İnsan Üzerinde Deney ve Deneme:

Türk yasalarında ilk kez 5237 sayılı TCK ile insan üzerinde deney ve denemeye ilişkin hükümler düzenlenmiştir. “İnsan üzerinde deney” başlığını taşıyan TCK m. 90’da bu suçu nelerin oluşturacağı ve cezası yer almaktadır. Kanun ile korunan yarar insanın kendisi, yaşamı ve vücut bütünlüğüdür.

İnsan üzerinde deney ve deneme suçu sağlık çalışanlarına özgü bir suç olmayıp herkes tarafından işlenebilir²¹⁷. Bu maddede tanımlanan suç tehlike suçu olup eylemin sonucunda kişinin yaralanması ya da ölmesi gerekli değildir. Mağdura yönelik bir zarar olmasa bile kanunda belirtilen şartların gerçekleşmemiş olması suç için yeterlidir.

Maddede “insan üzerinde” ifadesi kullanıldığı için ceset veya cenin üzerinde yapılan deney ve deneme bu madde kapsamında değerlendirilemez. Aynı şekilde hayvan ve embriyo üzerinde yapılan deney ve denemelerde de bu madde hükmü kullanılamaz²¹⁸.

2.1.2.4 Organ ve Doku Nakli Suçu:

²¹⁶ HAKERİ, s. 674

²¹⁷ ÜNVER, Yener, “İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s. 151

²¹⁸ HAKERİ, s. 677

Organ ve doku nakli ile ilgili yasal düzenlemelerimiz Organ ve Doku Nakli Kanununun 15. maddesi ile TCK' nun 91. maddesinde düzenlenmiştir.

Organ ve doku Nakli Kanununun 15. maddesinde yasak eylemler ve cezası; *“bu kanuna aykırı şekilde organ ve doku alan, saklayan, aşıl原因 ve nakledenlerle bunların alım ve satımını yapanlar, alım ve satımına aracılık edenler veya bunun komisyonculuğunu yapanlar hakkında, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği takdirde iki yıldan dört yıla kadar hapis ve 50.000 liradan 100.000 liraya kadar adli para cezasına hükmolunur”* şeklinde tanımlanmıştır.

“Organ veya Doku Ticareti” başlığını taşıyan TCK m. 91:

“(1) Hukuken geçerli rızaya dayalı olmaksızın, kişiden organ alan kimse, beş yıldan dokuz yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Suçun konusunun doku olması hâlinde, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(2) Hukuka aykırı olarak, ölüden organ veya doku alan kimse, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Organ veya doku satın alan, satan, satılmasına aracılık eden kişi hakkında, birinci fıkrada belirtilen cezalara hükmolunur.

(4) Bir ve üçüncü fıkralarda tanımlanan suçların bir örgütün faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis ve on bin güne kadar adli para cezasına hükmolunur.

(5) Hukuka aykırı yollarla elde edilmiş olan organ veya dokuyu saklayan, nakleden veya aşıl原因 kişi, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(6) *Belli bir çıkar karşılığında organ veya doku teminine yönelik olarak ilan veya reklam veren veya yayınlayan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

(7) *Bu maddede tanımlanan suçların bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*

(8) *Birinci fıkrada tanımlanan suçun işlenmesi sonucunda mağdurun ölmesi hâlinde, kasten öldürme suçuna ilişkin hükümler uygulanır.”*

Canlılar arasında organ naklinin hukuka uygunluğundan bahsedebilmek için önce iyileştirmeye yönelik bir amacı olmalıdır. Bunun dışında hangi nedenle olursa olsun yapılan nakilde vericinin rızasının olması bir hukuka uygunluk sebebi oluşturmayacaktır²¹⁹. Alıcı ya da vericinin öleceğini bildiği halde aktarımı yapan hekim kast ya da olası kastla insan öldürme suçundan sorumlu tutulacaktır²²⁰.

Canlı vericiden nakillerde organın alındığı kimse için uygulanan işlem sağlığını iyileştirmeye yönelik bir tıbbi müdahale değildir. Bu durumda etraflıca yapılan bir aydınlatma sonucunda, hile ve tehdit altında olmadan verilen rıza geçerli sayılabilecektir. Ölülerden yapılan nakiller TCK kapsamında değerlendirilmeyecektir²²¹.

2.1.2.5 Çocuk Düşürtme:

Çocuk düşürtme ile ilgili genel hükümler TCK m. 99’da düzenlenmiştir.

Konuyla ilgili düzenlemeler ayrıca Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, Türk Ceza

²¹⁹ TOROSLU, Nevzat, “Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk”, AÜHFD 1978, s. 101

²²⁰ SOYASLAN, Doğan, “Organ Nakilleri” Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s. 129

²²¹ HAKERİ, s. 685

Kanunu ve Rahim Tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine İlişkin Tüzük'te düzenlenmiştir.

TCK m. 99:

“ (1) Rızası olmaksızın bir kadının çocuğunu düşürten kişi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Tıbbi zorunluluk bulunmadığı hâlde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Bu durumda, çocuğunun düşürtülmesine rıza gösteren kadın hakkında bir yıla kadar hapis veya adli para cezasına hükmolunur.

(3) Birinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi altı yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, on beş yıldan yirmi yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(4) İkinci fıkrada yazılı fiil kadının beden veya ruh sağlığı bakımından bir zarara uğramasına neden olmuşsa, kişi üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır; fiilin kadının ölümüne neden olması hâlinde, dört yıldan sekiz yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.

(5) Rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftayı doldurmamış olan bir kadının çocuğunun yetkili olmayan bir kişi tarafından düşürtülmesi halinde; iki yıldan dört yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan diğer fiiller yetkili olmayan bir kişi tarafından işlendiği takdirde, bu fıkralara göre verilecek ceza, yarı oranında artırılarak hükmolunur.

(6) Kadının mağduru olduğu bir suç sonucu gebe kalması halinde, süresi yirmi haftadan fazla olmamak ve kadının rızası olmak koşuluyla, gebeliği sona erdirene ceza verilmez. Ancak, bunun için gebeliğin uzman hekimler tarafından hastane ortamında sona erdirilmesi gerekir.”

Şeklinde bir düzenleme getirmiştir. Bu kanunla ceninin yaşam hakkı korunmuştur. Ceninin ne zaman insan sayılacağı ile ilgili varılacak kanı, işlenen suçun insan öldürme kapsamında olup olamayacağı sorusunun cevabı olacaktır. MK m. 28’in; *“kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümlerle sona erer. Çocuk hak ehliyetini, sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düştüğü andan başlayarak elde eder”* hükümleri gereği cenin yasalarımızda insan olarak değerlendirilmemektedir. Bu nedenle cenine karşı işlenecek suçlarda, ceninin hukuki anlamda insan olma niteliğini kazanıp kazanmadığının saptanması son derece önemlidir.

2.1.2.6 Kısırlaştırma ve Hadımlaştırma:

Kısırlaştırma ile kasit çocuk yapma yeteneğinin ortadan kaldırılmasıdır. Çocuk yapma yeteneğinde azalma olması kısırlaştırma sayılmaz²²². Kısırlaştırma hadımlaştırmadan farklı olarak cinsel ilişki yeteneğini etkilememektedir. Hukukumuzda Nüfus Planlaması Kanunu m. 4’ e göre; reşit kişinin isteği üzerine yapılan ve tıbbi sakıncası olmayan kısırlaştırma girişimleri serbesttir. Böylece kanunumuzda isteğe bağlı kısırlaştırma kabul edilmiştir, ancak zorunlu kısırlaştırma yasal değildir²²³.

²²² HAKERİ, s. 718

²²³ HAKERİ, s. 718

Kısırlaştırma TCK m. 101'in "*Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır*" hükmü gereği cezalandırılabilir. Maddenin devamında kısırlaştırmanın yetkili olmayan biri tarafından yapılması durumunda kişinin rızası olsa bile bir yıldan üç yıla kadar hapse hükmedilmiştir.

Hadımlaştırma, cinsel salgı bezlerinin alınmasıyla cinsel fonksiyonların tamamen ortadan kaldırılması işlemidir. Kısırlaştırmadan daha radikal bir girişim olup NPHK m. 4/3'e göre yalnızca tıbbi bir endikasyon nedeniyle yapılabilir. Bunun dışında hadımlaştırma işleminin yapılması yasaktır²²⁴.

2.1.2.7 Kişiyi Hürriyetinden Yoksun Bırakma:

Sağlık çalışanının hastasını sağlık kuruluşunda zorla alıkoyması şeklinde olabilecek bu suç sıkça yaşanan bir suç türü değildir. Yakın geçmişimizde hastane faturalarını ödeyemediği için hastanede rehin kalan hastalar oluyordu. Ancak günümüzde böyle sıkıntılar yaşanmamaktadır. Kişinin rızası olmaksızın hastanede alıkonulması ve tedaviye zorlanmasının tek örneği psikiyatrideki zorla tedavi olabilir.

2.1.2.8 Sır Saklama Yükümlülüğünün İhlali:

Hekimin mesleğini uygularken hastasıyla ilgili öğrendiği tüm bilgileri meslek sırrı olarak saklaması kuralı yüzyıllardır pek çok yasal ve etik düzenlemede yer almıştır²²⁵. Bu suç tipiyle hem kişinin sağlık hakkı hem de toplum yararı koruma

²²⁴ HAKERİ, s. 723

²²⁵ SERT, Gürkan, "*Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı*", İstanbul 2008, s. 30

altına alınmıştır²²⁶. Sağlık çalışanının sır saklama yükümlülüğünün ihlali TCK m. 136'da düzenlenen "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçu kapsamındadır.

Sağlık çalışanlarının mesleklerini uygularken öğrendikleri bilgiler dolayısıyla tanıklıktan ve bilirkişilikten çekilme hakları vardır. Ancak çekilme sebebi olmasına ve hastanın rızası bulunmamasına rağmen tanıklık ya da bilirkişilik yapar ve bu bilgileri açıklarsa kişisel verileri açıklama suçu işlemiş olur²²⁷.

Meslek sırrı kapsamında saklanması gereken veri; belli kişilere verilen ve gizli tutulması için hastanın anlaşılır bir nedeninin bulunduğu tüm verilerdir²²⁸. Hastanın özel yaşamına ait kişisel verilerin yanı sıra tanı ve tedavisine ait her türlü bilgi sır kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir. Hekim muayene ettiği hastanın kimliğini, hatta kişinin muayenehanesine geldiğini bile sır olarak saklamak zorundadır. Burada vurgulanması gereken hekimin özel yaşamı sırasında kazandığı bilgilerin bunu kapsama girmediğidir. Kişisel veriler ölümden sonra da sır olarak saklanmak zorundadır.

Hastanın rızası, zorunluluk hali ve kanuni mecburiyet nedeniyle kişisel verilerin yetkili makama verilmesi hukuka uygun olacağından sağlık çalışanı cezalandırılmayacaktır²²⁹.

²²⁶ AŞÇIOĞLU, Çetin, "Hekimlerin Sorumluluğunda Kusur ve Belirlenmesi", Yüksek Teknoloji Tıbbi ve Hekim Hasta İlişkisi, İstanbul 2006, s. 137

²²⁷ DONAY, Süheyl, "Meslek Sırrının Açıklanması Suçu", İstanbul 1978, s. 161

²²⁸ HAKERİ, s. 728

²²⁹ HAKERİ, s. 738

2.1.2.9 Dolandırıcılık:

Dolandırıcılık suçunun işlenebilmesi için sağlık çalışanının mesleğini uygularken, hileli bir davranışla bir kimseyi aldatması ve bundan kazanç sağlaması gereklidir²³⁰. Söz konusu suç TCK m. 157’de tanımlanmış, M 158/1 de ise nitelikli hali açıklanmıştır. Bu durumda, aldatıcı bazı etkinliklerle kamu kurumlarından haksız kazanç sağlayan sağlık çalışanları suçun nitelikli halini işlemiş olurlar.

2.1.2.10 Belgede Sahtecilik:

Belge Yargıtay’a göre; “*hukuki bir sonuç doğurmaya veyahut bir durumu belli veya ispat etmeye yarayan yazılar*”dır²³¹. Belgede sahtecilik ile ilgili hükümler TCK m. 204 ve devamında yer almaktadır. Kamu görevlisi olan hekimin düzenlediği belgede sahtecilik resmi belgede sahtecilik hükümlerine tabiidir²³². Kamu görevlisi olmayan sağlık personelinin düzenlediği belge özel belge niteliğinde olduğu için düzenlenmesi yetmeyip kullanılması gerekir.

2.1.2.11 Çocuğun Soy Bağını Değiştirme Suçu:

TCK. m. 231/1 hükümleri gereği “bir çocuğun soy bağını değiştiren ya da gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”. Maddenin devamında ‘*sağlık çalışanının ihmali sonucunda çocukların karışması durumunda sağlık personeli bir yıla kadar cezalandırılır*’ hükmü yer almaktadır. Maddenin birinci fıkrasında suçun kasti, ikinci fıkrasında ise taksirli hali tanımlanmıştır.

²³⁰ ÖZBEK, “*Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*”, Ankara 2010, s. 683, 684

²³¹ HAKERİ, s. 756

²³² SOYASLAN, Doğan, “*Ceza Hukuku, Özel Hükümler*”, Ankara 2005, s. 413

2.1.2.12 İrtikap Suçu:

Kamuda çalışan sağlık çalışanının hastanın güvenini kötüye kullanarak kendine veya bir başkasına çıkar sağlaması anlamını taşıyan irtikap, sağlık hukukunda karşımıza “bıçak parası” şeklinde çıkmaktadır²³³. Kamuda çalışan hekimin yapacağı ameliyat için hastadan ek olarak aldığı para “bıçak parası” olarak adlandırılmaktadır.

TCK m. 250:

“(1) Görevinin sağladığı nüfuzu kötüye kullanmak suretiyle kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi icbar eden kamu görevlisi, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Görevinin sağladığı güveni kötüye kullanmak suretiyle gerçekleştirdiği hileli davranışlarla, kendisine veya başkasına yarar sağlanmasına veya bu yolda vaatte bulunulmasına bir kimseyi ikna eden kamu görevlisi, üç yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) İkinci fıkrada tanımlanan suçun kişinin hatasından yararlanarak işlenmiş olması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

2.1.2.13 Rüşvet Suçu:

Kamu görevlisinin görevi gereği zaten yapması gereken bir iş için vatandaştan yarar sağlaması TCK m. 253Te görevi kötüye kullanma olarak tanımlanmaktadır²³⁴. Rüşvet olabilmesi için kişilerin arasında bir rüşvet anlaşması

²³³ HAKERİ, s. 767

²³⁴ HAKERİ, s. 775

olmalıdır ve rüşvet suçunda yalnızca sağlık çalışanı değil rüşveti veren de suçun failidir.

İrtikap suçundan farklı olarak; hem veren, hem de alan bakımından suç teşkil eder, hasta ile hekim arasında bir anlaşma söz konusudur, Rüşvette hasta da yarar sağlamaktadır ve rüşvet çoğu kez sağlık çalışanından değil hastadan gelir²³⁵.

2.1.2.14 Görevi Kötüye Kullanma:

Görevi kötüye kullanma kamuda çalışan sağlık görevlisinin işleyebileceği bir suçken, özelde çalışanlar için söz konusu değildir. Görevin kötüye kullanılması; görevin gereklerine aykırı hareket etmek veya görevin gereklerinin yapılmaması yoluyla kamunun zararına neden olmak ya da kişilere haksız yarar sağlamak şeklinde gerçekleşebilir. TCK' da bir başka maddede düzenlenmemiş suçlar görevi kötüye kullanmanın düzenlendiği m. 257 kapsamında değerlendirilir.

2.1.2.15 Kamu Görevlisinin Ticaret Suçu:

TCK m. 259 yürüttüğü görevin sağladığı nüfuzu kullanarak bir başkasına mal veya hizmet satmaya çalışan kamu görevlisinin eylemini kamu görevlisinin ticaret suçu olarak tanımlamakta ve altı aya kadar hapis ya da adli para cezasına hükmetmektedir.

2.1.2.16 Bilirkişi Hekimin Cezai Sorumluluğu:

Hekim mahkemenin kendine yönelttiği soruları nesnel ve bağımsız olarak yanıtlamalıdır. Bilirkişi olarak atandığı alanda uzman olmalıdır. Sır saklama yükümlülüğüne bağlı kalmalı ve raporunu zamanında hazırlamalıdır. Aynı zamanda

²³⁵ HAKERİ, s. 776

raporunu hazırlarken yetki sınırlarını aşmamalıdır²³⁶. Bilirkişinin bu yükümlülüklerini ihlal etmesi hem tazminat hem de ceza sorumluluğunun doğmasına neden olacaktır.

Bilirkişilik görevini yerine getirmeyen hekime disiplin hapsi uygulanabilir. Bunun yanı sıra tazminat sorumluluğu ve görevi ihmal suçu nedeniyle ceza sorumluluğu doğacaktır²³⁷.

Gerçeğe aykırı bilirkişilik yapan kişi TCK m. 276 gereğince cezalandırılır:

“Yargı mercileri veya suçtan dolayı kanunen soruşturma yapmak veya yemin altında tanık dinlemek yetkisine sahip bulunan kişi veya kurul tarafından görevlendirilen bilirkişinin gerçeğe aykırı mütalâada bulunması hâlinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.”

Duruşmaya davet edilerek görüşünü sözlü olarak açıklanması istenen bilirkişinin gerçeğe aykırı görüş bildirmesi durumunda yalan tanıklık suçunu işlemiş olacaktır²³⁸.

2.1.2.17 Sağlık Mensuplarının Suçu Bildirmemesi:

TCK 280. maddesine göre; *“görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.”*

Kanun bütün kamu görevlilerine suçu yetkili makamlara bildirme yükümlülüğü vermektedir (TCK m. 279). Sağlık çalışanının suçu bildirme

²³⁶ HAKERİ, s. 790

²³⁷ HAKERİ, s. 791

²³⁸ ÜNVER, Yener, “Adliye’ye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)”, Ankara 2010, s. 207

yükümlülüğünün ayrı bir maddeyle düzenlemiş olmasının nedeni kamuda çalışmayan sağlık çalışanlarının da suçu bildirmekle yükümlü kılınmak istenmesidir²³⁹. Kanun ancak görevin yapıldığı sırada öğrenilen suçların bildirilmesini zorunlu kılmıştır, özel olarak öğrenilen suçların bildirimini zorunlu değildir. Sağlık çalışanlarının suçu bildirmemesi, hasta haklarına aykırı olması ve sağlık çalışanının asıl görevinin yanında geniş bir ihbar yükümlülüğü altında bırakması hükme getirilen eleştiriler arasındadır²⁴⁰.

2.1.2.18 Genital Muayene Suçu:

Cinsel ilişki muayenesi ile ilgili etik düzenleme Hekimlik Meslek Etiği Kuralları m. 39'da geniş olarak yapılmıştır. Bu maddeye göre hekim yalnızca mahkeme ve savcılık tarafından gelen cinsel ilişki muayenesi isteğine uyar. Böyle resmi bir istek olması halinde hekim ilgili kişinin, reşit değilse veli ya da vasisinin aydınlatılmış onamını aldıktan sonra muayeneyi yapar.

TCK m. 287'de bahsedilen etik düzenlemeye kısmen uyularak, savcı ya da hakim dışında bir makam ya da kişiden gelen genital muayene isteğine uyarak muayeneyi yapan ve bu istekte bulunan hakkında cezaya hükmedilmiştir.

²³⁹ HAKERİ, s. 796

²⁴⁰ ÜNVER, Yener, "Türkiye'de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihteki Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun", Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005, s. 111

2.1.3 HEKİMİN ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞU:

Tıbbi uygulama hatası nedeniyle hekimin cezai, idari ve tazminat sorumlulukları doğabilir²⁴¹. Bu üç sorumluluktan sağlık çalışanı için en önemlisi tazminat sorumluluğudur. Çünkü sağlık çalışanlarının tıbbi uygulama hataları nedeniyle açılan davalarda ceza alıp hapse girmeleri oldukça güçtür. Buna karşın sağlık çalışanın yüksek miktarlarda tazminat ödemesine hükmedilen davaların sayısı gittikçe artmaktadır. Bu nedenle tazminat sorumluluğu sağlık çalışanı açısından daha caydırıcı bir sorumluluktur.

Sağlık çalışanın tıbbi müdahaleden kaynaklanan tazminat sorumluluğu sözleşme²⁴² ya da haksız fiil kaynaklı olabilir²⁴³. Ayrıca tıbbi müdahale kimi zaman vekaletsiz iş görme koşullarını da taşıyabilir. Genel olarak sağlık çalışanı ile hasta arasındaki ilişkinin sözleşmesel bir ilişkidir. Böyle bir ilişkinin varlığında yapılan tıbbi müdahale aynı zamanda bir suç oluşturuyorsa haksız fiilden de sorumluluk doğacaktır²⁴⁴.

Sağlık çalışanın tazminat sorumluluğundan bahsedebilmek için belli şartların gerçekleşmiş olması gerekir. Bunlardan ilki *hukuka aykırılıktır*. Hukuka aykırılık sözleşmesel ilişki içinde sözleşmenin ihlali şeklinde ortaya çıkar. Bunun dışında haksız fiil şeklinde de olabilir. Sonuçta yapılan tıbbi müdahalenin ister

²⁴¹ HAKERİ, s. 573

²⁴² DOĞAN, Murat, "Hekimin Hukuki Sorumluluğu", Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk-Sempozyum, Mersin 2009, s. 41

²⁴³ DOĞAN, s. 43

²⁴⁴ HAKERİ, s. 575

sözleşmenin ihlalden, isterse haksız fiilden kaynaklanıyor olsun hukuk kurallarıyla ters düşmüş olması gereklidir²⁴⁵.

Bu hukuka aykırı davranış aynı zamanda *kusurlu* olmalıdır²⁴⁶. Hukuki anlamda kusur; “hukuk düzenince kınanabilen, hoş görülmeleyen bir davranıştır. Kınanmasının nedeni ise, başka türlü davranma olanağı varken ve uyulması zorunlu iken o biçimde davranmayıp somut olaydaki gibi davranmış olmasıdır”²⁴⁷.

Kusurun öznel ve nesnel iki yönü vardır²⁴⁸. Nesnel yön uygulamanın tıbbi standardın gereklerine uygun yapıp yapılmamış olmasıdır. Sağlık çalışanından aynı koşullarda, aynı eğitime sahip orta seviyede bir meslektaşının göstereceği özenle uygulamayı yapması beklenir. Bu standardın dışında hareket etmek sağlık çalışanın kusurunun nesnel yönünü oluşturur.

Kusurun öznel yönü ise; zarara sebep olan kişinin bundan sorumlu tutulabilmesi için kişinin isnad yeteneğine sahip olması gerekliliği ile açıklanabilir²⁴⁹.

Kast ya da ihmalden kaynaklanan bir kusur olabilir. Sağlık çalışanın müdahaleyi tıbbi endikasyonların dışındaki bir nedenle, örneğin maddi çıkarları için, yapması ve bundan zarar doğması durumunda kasten kusurlu davranıştan bahsedilebilir²⁵⁰.

²⁴⁵ KICALIOĞLU, Mustafa, “Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Mücadeleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları”, Ankara 2011, s. 146

²⁴⁶ DOĞAN, s. 54

²⁴⁷ EREN, Fikret, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, İstanbul 2003, s. 259

²⁴⁸ AYAN, Mehmet, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Ankara 1991, s. 101

²⁴⁹ HAKERİ, s. 576

²⁵⁰ DOĞAN, Murat, “Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, s. 44

Özensiz tıbbi uygulama yapılmış olması durumunda ihmal söz konusudur. İhmal değerlendirilirken kişinin öznel mazeretleri değerlendirilmeksizin, tıbbi müdahalenin standartlara uygun yapılıp yapılmadığı sorgulanır²⁵¹.

Aynı zamanda hukuka aykırılık unsurunu taşıyan bu kusurlu davranışın bir *zarara* neden olması da gereklidir. Sonucunda bir zarar doğmayan kusurlu davranıştan sağlık çalışanı sorumlu tutulamaz. “Kişinin şahıs veya malvarlığında kendi iradesi dışında azalma meydana gelmesi” olarak tanımlanan zarar maddi ya da manevi olabilir²⁵².

Mevcut zarar ile kusurlu davranış arasında bir *nedensellik* bağının bulunması sağlık çalışanının tazminat sorumluluğunun son koşuludur. Yani ortaya çıkan zarara sağlık çalışanının kusurlu davranışının neden olması gereklidir.

Özetleyecek olursak; sağlık çalışanının hukuka aykırı olarak yaptığı tıbbi müdahale kusurluysa ve hastada bu kusurun neden olduğu bir zarar meydana gelmişse müdahaleyi yapanın tazminat sorumluluğu doğmuş olur.

Maddi tazminat; tıbbi müdahaleye bağlı olarak kişinin mal varlığında olan azalmayı karşılamak amacıyla ödenen tazminatı tanımlar²⁵³. Söz konusu hatalı müdahale için yaptığı sağlık harcamaları, sonrasında ilk müdahalenin zararlarını gidermek amacıyla yapılmış olan diğer sağlık harcamaları, rehabilitasyon giderleri, kazançtan yoksun kalma, gibi maddi kayıplar değerlendirilerek maddi tazminat hesaplanır.

Maddi tazminatın hesaplamasında zarardan daha fazla bir tazminata hükmedilemeyeceği ilkesi geçerlidir. Bu nedenle maddi zarar dikkatle

²⁵¹ DOĞAN, Hekimin Kusuru, s. 45, 46

²⁵² DOĞAN, s. 56

²⁵³ HAKERİ, s. 579

hesaplanmalıdır²⁵⁴. Haksız fiil ve sözleşmeden kaynaklanan maddi zararların ispatı zarar görene (hastaya) aittir (BK m. 50/1). Ancak zarar gören bu zararı ispatlayamıyorsa hakim zarar miktarını hakkaniyete uygun olarak hesaplar (BK m. 50/2).

Hasta ile hekim arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu için hekimin kusuru hafif bile tazminatta indirimle gidilemez. Zira vekil işçi gibi davranmak zorunda olduğundan en küçük kusurundan bile sorumludur (BK m. 400). Bu konuda Yargıtay'ın görüşü de sağlık çalışanının özen borcuna aykırı en ufak bir kusurundan dahi sorumlu olduğu ve indirimle gidilemeyeceği yönündedir²⁵⁵.

Yalnız zararın ortaya çıkmasında zarar görenin de etkisi varsa tazminatta indirimle gidilebilir (BK m.52). Örneğin hasta hekimin tavsiyelerine uymamış, ilaçlarını düzenli kullanmamış ya da kendisine önerilen zamanda kontrole gitmemişse tazminat miktarında indirim yapılabilir²⁵⁶. Zarar görenin kusuru değerlendirilirken nesnel ölçü esası kullanılır. Yani “ benzer bir durumda makul bir insan nasıl davranırdı? ” sorunun cevabı ile zarar görenin eylemi karşılaştırılır. Burada zarar görenin ağır kusuru nedeniyle bu sonuç ortaya çıkmışsa nedensellik bağı kesilir ve hekim sorumluluktan kurtulur.

Tazminatın miktarının belirlenmesinde bilirkişi görüşü istenebilir²⁵⁷. Özellikle destekten yoksun kalma miktarının hesaplanması gibi teknik işlerde uzmanlardan yardım alınması gereklidir.

Yargıtay hatanın giderilmesi ve zararı görenin çalışma gücünden yoksun kalmasının engellenmesi için önerilen yeni tedaviyi kabul etmeyen mağdurun kusura

²⁵⁴ DOĞAN, s. 57

²⁵⁵ HAKERİ, s. 580

²⁵⁶ DOĞAN, s. 58

²⁵⁷ HAKERİ, s. 580

ortak kabul edilebilmesi için bazı şartların olması gerektiğini kabul etmiştir²⁵⁸. Yargıtay'ın görüşüne göre ameliyat tehlikeli, çok acı verici olmamalıdır. Zarar görenin sağlığına kavuşma ihtimali yüksek olmalıdır. Bu tedavinin giderleri sorumlu kişi tarafından tedavi öncesinde karşılanmış olmalıdır.

Eczacının kendisine verdiği yanlış ilacı prospektüsünü okumadan kullanıp zarar gören hasta, yanlış ilaç veren eczacıyla birlikte kusurludur²⁵⁹.

Haksız fiilden doğan zararların tazmininde BK hükümleri uygulanır. Temmuz 2012 de yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı BK' nun 53. maddesinde haksız fiil sonucunda ölüm meydana gelmişse cenaze giderleri, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderleri ile çalışma gücü azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar ve ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin uğradıkları zararların tazminine hükmedilmiştir.

Yasanın devam eden maddesine göre bedensel zarar söz konusuysa tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıpların tazmini gerekir.

Manevi tazminatın miktarını ise hakim takdir eder (6089 sayılı BK m. 56). Zararı görenin yakınları da manevi tazminat istemiyle dava açabilir. BK m. 56 ve m. 58 de tanımlanan manevi tazminat ile MK m. 24'te düzenlenmiş kişilik haklarının korunması amaçlanmıştır.

Manevi zarar, kişilik değerlerinde meydana gelen ve kişinin ruhsal durumunu bozan eksilmedir. Kişinin tedaviye bağlı olarak çektiği acılar, yaşam sevincinde azalması gibi sıkıntılar manevi zarara örnek olarak verilebilir²⁶⁰.

²⁵⁸ DOĞAN, s. 59

²⁵⁹ DOĞAN, s. 60

Manevi zararın hesaplanması zor ve sıkıntılıdır. Hakim manevi tazminatı belirlerken dava konusu olayın özel koşullarını göz önünde bulundurur ve MK m. 4 gereği hak ve nefasete, adalete uygun olarak karar verir. Manevi tazminatın miktarı uğranılan zararlarla orantılı, duyulan acıyı hafifletecek nitelikte olmalıdır²⁶¹. Manevi tazminat zarar verene kusurundan dolayı yapılmış bir kötülük değil, mağdurun huzurlu olması için hükmedilmiş bir tazminattır. Sınırları belirlenirken bu özellikleri yanı sıra tarafların sosyoekonomik durumları da göz önünde bulundurulmalıdır. Manevi tazminat bir taraf için zenginleşme diğer taraf için yıkım nedeni olmamalıdır.

Bununla beraber son zamanlarda uygulamada caydırıcılığı olması için yüksek miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği gözlenmektedir²⁶².

Vekalet sözleşmesine dayalı davalarda zaman aşımı BK m. 147 gereği beş yıldır. Bu süre zararın öğrenildiği an başlar. Haksız fiil sorumluluğunda ise zaman aşımı zarar görenin zararı ve zarar vereni öğrendiği andan başlayacak şekilde iki, herhalde zararın meydana gelmesinden itibaren de on yıldır.

2.1.4 KAMUDA ÇALIŞAN HEKİMİN İDARE HUKUKU AÇISINDAN SORUMLULUĞU:

İdare hukukunda tazminat sorumluluğu hizmet kusurundan kaynaklanan tazminat sorumluluğu olarak karşımıza çıkar. Hizmetin hiç işletilmemiş, geç ya da

²⁶⁰ YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, “*Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*”, İstanbul 2006, s. 146

²⁶¹ HAKERİ, s. 582

²⁶² HAKERİ, s. 583

eksik işletilmiş olmasından kaynaklı kusur söz konusudur. Personelin yaptığı işten ayrılabilir bir kusurunun varlığında idarenin sorumluluğu ortadan kalkar²⁶³.

Kural olarak idarenin sorumluluğu kusur sorumluluğudur. Ancak kamu görevlisinin mesleğini uygularken ortaya çıkan risklerden üçüncü kişi konumundaki birinin zarar gördüğü hallerde, idarenin mesleki risklerden ve geçici işbirlikçilerinin (çalışanların) uğradığı zararlardan kusursuz sorumluluğu kabul edilmektedir²⁶⁴.

Tazminat sorumluluğunun oluşması için gerekli genel şartlar, yukarıda sağlık çalışanının tazminat sorumluluğunda da geçerli olan şartlardır. Yani ortada kusurlu eylemle arasında nedensellik bağı bulunan bir zarar olmalıdır. Söz konusu zarar; gerçek ve kesin olmalı, aynı zaman da özel ve para ile takdir edilebilir olmalıdır²⁶⁵.

Gerçekleşen zararda kamuda çalışan sağlık personelinin kusuru söz konusuysa ve maddi ya da manevi tazminata hükmedilmişse, idare bu tazminatı çalışanına rücu edecektir.

2.2 TIBBİ UYGULAMA HATASI VE TIBBİ STANDART KAVRAMLARI:

Malpraktis, kelime anlamı olarak “kötü uygulama” demektir. Latince günümüz kullanımına geçmiş olan kelime “*male*” kötü ve “*praxis*” uygulama köklerinin birleşmesiyle oluşmuştur. Tüm meslek uygulamaları için geçerli olmasına karşın zamanla bugünkü kimliğini kazanmış, terimleşmiş ve hemen hemen tüm

²⁶³ HAKERİ, s. 588

²⁶⁴ ÇAĞLAYAN, Ramazan, “Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2010, s. 100

²⁶⁵ KIZILYEL, s. 220

dillerde “tıbbi uygulama hatası” anlamında yaygın olarak kullanılmaya başlanmıştır²⁶⁶.

Terimi Türkçeleştirme çabaları sonucunda ortaya çıkanlar arasında “tıbbi girişim hatası”, “hekimliğin kötü uygulaması”, “tıbbın kötü uygulaması” ve bu çalışmada kullanılacak olan “tıbbi uygulama hatası” sayılabilir²⁶⁷.

Tıbbi uygulama hatası hekimin mevcut şartlarda, meslekte ortalama tecrübeye sahip, aynı eğitimi almış bir diğer meslektaşının yapacağı, makul olan tıbbi uygulamayı yapmaması ve bunun sonucunda ortaya zarar çıkması olarak tanımlanabilir²⁶⁸.

Tıbbi uygulama hatası, hekim ve diğer sağlık çalışanlarının mesleklerini uygularken bir zarar ortaya çıkacak şekilde davranmaları sonucunda oluşur. Bu görevi ihmal şeklinde olabileceği gibi hatalı davranış şeklinde de karşımıza çıkabilir²⁶⁹. Dünya Tabipler Birliği; “hekimin tedavi sırasında standart güncel uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar”ı tıbbi uygulama hatası olarak tanımlamaktadır²⁷⁰. Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları’nın 13. maddesinde de tıbbi uygulama hatası (malpraktis) tanımı; “bilgisizlik, ilgisizlik, deneyimsizlik nedeniyle hastanın zarar görmesi” şeklinde yapılmaktadır. Genel kullanımıyla terim, yalnızca hekimin meslek uygulamaları sırasında doğan zararlı sonucu değil, hemşire, fizyoterapist, diyetisyen, psikolog, teknisyen ve diğer tüm sağlık çalışanlarının hastaya müdahaleleri ya da

²⁶⁶ KAYBEYOĞLU İlker, “*Tıbbi Uygulama Hataları ve Adli Tıp Açısından İncelenmesi*”, Doktora Tezi, İstanbul 2000, s. 12

²⁶⁷ İLGİLİ Önder, “*2000-2005 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurası Kararlarında Kadın Hastalıkları ve Doğum Alanına Giren Vakaların Deontolojik Değerlendirilmesi*”, Doktora Tezi, Ankara 2011, s. 30

²⁶⁸ BİLGE, Yaşar, “*Adli Tıp*”, Ankara 2008, s. 83-91

²⁶⁹ KÖK Ahmet Nezh, GÜLER Mustafa, ÇALANGU Semra, “*Hekimlikte Malpraktis*”, ANKEM Derg 17 (No. 4): 345-351 (2003)

²⁷⁰ ÇETİN Gürsel, “*Tıbbi Malpraktis*”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006, s. 31-42

diğer günlük mesleki uygulamaları sırasında, tıbbi standartların dışında hareket etmeleri sonucu oluşan zararı da kapsamaktadır.

Bu anlamda kapsayıcı bir başka tanım da *Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı*'nda yer almaktadır:

“Sağlık personelinin kasıt, kusur ve ihmali ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhiste bulunması ya da hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlar.”

Tıbbi uygulamalarda standartlara uygun davranmış olmak, tıbbi uygulama hatasına yaklaşımda anahtar noktadır. “Standart” kavramı, olaylara ve tehlikelere devamlı uyum sağlayabilme sürecini ifade eden, dinamik bir oluşu anlatmaktadır²⁷¹. Teknolojik ve bilimsel gelişmelerin son derece hızlı yaşandığı günümüzde tıbbi uygulamalardaki standart da yıllar içinde değişmektedir. Birkaç yıl önce standart dışı sayılan bir uygulama, örneğin kök hücre tedavisi ya da lazer bıçak cerrahisi gibi, bugün standartlar içinde sayılabilmektedir. Bir tıbbi uygulamanın hatalı olup olmadığı incelenirken yapıldığı zaman dilimi göz önüne alınmalı ve o günkü standartlara uygun davranılıp davranılmadığı incelenmelidir.

Tıbbi standart tanımlaması İlk kez Carstensen tarafından yapılmış ve bu alanda çalışan pek çok hukukçu tarafından benimsenmiştir. Yazar tıbbi standardı şöyle tanımlamaktadır²⁷²:

“Tıbbi standart; güncel tıp biliminin, teorik ve bilimsel bilgi birikim düzeyi ile bir tıbbi tedavinin amacına ulaşabilmesi için gereken ve deneysel tıp alanında da kanıtlanıp benimsenmiş olan deneyimlere dayalı mevcut durumdur.”

²⁷¹ HAKERİ, s. 497

²⁷² CARSTENSEN Gerd, “Von Heilvursuch zum medizinische Standard”, in: DABI. 86 (1989), B-1736

Yasal düzenlemelerimizde de birçok yerde tıbbi müdahalenin standartlara uygun olması gerektiğiyle ilgili düzenleme mevcuttur²⁷³. Bunlardan bazıları:

Biyo-Tıp Sözleşmesi md. 4:

“Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü md. 13:

13/1 *“(Hekim) ilmi icaplara uygun teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder.”*

13/2 *“tababet prensip ve kaidelerine aykırı ... mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.”*

Hasta Hakları Yönetmeliği md. 11:

“Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.”

Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kuralları md. 5:

“Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de hekimin öncelikle ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler.”

Yargıtay da verdiği kararlarda tıbbi standarda uygun müdahaleye dikkat çekmektedir: *“Hekim tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir anlatımla tıp biliminin*

²⁷³ HAKERİ, s. 496-497

*kurallarını gözetip uygulamakla görevlidir.*²⁷⁴” Benzer birçok karardan safra kesesi ameliyatıyla ilgili uygulama hatasının incelendiği yakın tarihli bir kararda bilirkişiden, “*yapılan uygulamanın tıbbi gerek ve kurallara uygun olup olmadığı*” na ilişkin bir rapor düzenlemesi istenmiştir²⁷⁵.

Tıbbi standartlara uygunluk sorgulanırken, yalnızca müdahalenin yapıldığı zaman değil, müdahalenin yapıldığı koşullar ve mevcut tıbbi standarda ulaşabilme imkanı da göz önünde bulundurulmalıdır. Henüz yaygınlık kazanmamış yeni yöntemler söz konusu olduğunda da halen geçerliliğini koruyan eski yöntemin kullanılmış olması tıbbi standarda aykırı davranış olarak değerlendirilmemelidir²⁷⁶. Sağlık personelinin içinde bulunduğu koşullarda ulaşabileceği standart ölçüttür.

Aynı eserinde HAKERİ, ABD’deki uygulamalardan ve “bölgesellik kuralı”ndan (*locality rule*) bahsetmektedir. Burada kastedilen, söz konusu tıbbi müdahale ile ilgili olarak, ülkede ya da dünyada geçerli olan standartların ve “ortalama bir hekimin” bu durumda nasıl davranacağı değil, aynı koşullarda aynı eğitim ve tecrübeye sahip bir başka hekimin nasıl davranacağıdır. Örneğin aynı tıbbi müdahale için, büyük bir şehirdeki üniversite hastanesinde aranacak standart ile küçük bir yerleşim yerindeki, olanakları kısıtlı devlet hastanesinde aranacak tıbbi standartlar elbette farklıdır. Müdahalenin mevcut koşullar içinde sağlanması gereken tıbbi standarda uygun olması kuşkusuz hekimin özen yükümlülüğünün de gereğidir.

Her ne kadar uygulamanın yapıldığı yer ve zaman için bölgesellik kuralından bahsetsek de aynı yaklaşım üniversitelerde verilen eğitim açısından doğru değildir.

²⁷⁴ 4. HD, 19.06.1977, 2876/5612, YKD., 1978/10, s. 1635,1636

²⁷⁵ 13. HD, 09.04.2003, 711/4255, HAKERİ, s.499, “...konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan veya Adli Tıp Kurumu’ndan, ameliyatta safra kesesi çıkartılırken keseyi ana safra yoluna bağlayan kanalın bir kısmının bırakılmasının bütün ameliyatlarda gerekip gerekmediğinin irdelenerek tıbbin gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenleri açıklayıcı, taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmalıdır.”

²⁷⁶ HAKERİ, s. 500

Hangi üniversitenin tıp fakültesinden mezun olursa olsun hekimin, diplomasını alıp çalışmaya başladığı an o ülkede var olan standart tıp eğitimini aldığı kabul edilir. Diplomasını alan hekim, ülke genelindeki tıbbi standardı biliyor demektir. Bir tıbbi uygulama hatasında hekim, eksik eğitim aldığını, bu nedenle mevcut tıbbi standartlara uygun müdahale yapamadığını neden olarak ileri süremez. Eğer hekim bilgi ve tecrübesinin söz konusu girişim için yetersiz olduğunu düşünüyorsa müdahalede bulunmamalıdır. Bulunur ise doğacak zararda hekimin üstlenme kusuru nedeniyle sorumluluğu ortaya çıkacaktır²⁷⁷.

Mesleğe yeni başlayan hekimlerin acemiliklerinden kaynaklanabilecek riskleri önlemek için gerekli ek önlemler alınmalıdır. Kaldı ki hekimin meslekteki tecrübesizliği hasta açısından kabul edilebilir bir risk değildir²⁷⁸.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi bir kararında sebep her ne olursa olsun tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulayan hekimin, mesleğinin gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru olduğunu ifade etmektedir²⁷⁹.

Elbette ki yüksek tıbbi standartların maliyeti de yüksektir. Bu nedenle tıbben mümkün olan ile ekonomik açıdan mümkün olan her zaman örtüşmemektedir. Ülkenin ekonomik koşulları ve hastanın sağlık sigortasının koşulları nedeniyle tıbben yapılması mümkün olan kimi tanı ya da tedaviye yönelik girişimler yapılamamaktadır. Böyle bir durumda yapılacak şey elbette mevcut koşulları ne pahasına olursa olsun zorlamak değildir. Ancak içinde bulunulan durumda sağlanması gereken en temel tıbbi standarttan vazgeçmek ve bunu da ekonomik

²⁷⁷ HAKERİ, s. 502

²⁷⁸ HAKERİ, s. 503

²⁷⁹ OKTAY, Ahsen, "Tıbbi Malpraktis Kavramı ve Sonuçları", http://www.turkhukusitesi.com/makale_1183.htm, 21.05.2012, saat: 18.30

koşullara dayandırmak kabul edilemez bir mazerettir²⁸⁰. Hekim, tanı ya da tedavi için mutlak gerekli ve ulaşması mümkün bir yöntemi, hastanın sigortası ödemediği için uygulamazsa özen borcuna aykırı hareket etmiş olacaktır. Aynı durumda hastayı bilgilendirmemişse hem özen, hem de aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olacaktır.

Meslek örgütlerinin, konuyla ilgili derneklerin ya da bilimsel kuruluşlar tarafından oluşturulan kılavuzların rehberliğinde müdahale yapılmış olması elbette girişimin güvenilirliği açısından önemli bir göstergedir. Ancak unutulmaması gereken böyle kılavuzlarda da hatalar, tıbbi standartlarla çelişen görüşlerin yer alabileceğidir. Hekim kullanmayı planladığı kılavuz ile tıbbi standardın uygunluğunu kontrol etmekle de yükümlüdür. Tıbbi standartlar ile çelişen bir kılavuza göre hareket eden hekim, uygulama sonucunda ortaya çıkacak zarardan sorumlu olmadığını ileri süremez²⁸¹.

Tıbbi standartlardan sapmayı gerektiren koşullarla karşı karşıya kalınabilir. İçinde bulunan koşullar nedeniyle yaşanan sapmalar dışında sıkça yaşanan bir diğer neden standart tedavi ile sonuç alınamayan ya da durumun taşıdığı kendine özgü riskler nedeniyle mevcut standart yöntemin kullanılmadığı hallerde henüz standartlar arasında yer almayan yeni yöntemlere başvurulmasıdır. Standart dışı bir uygulama yapmaya karar veren hekimin sorumluluğu artmaktadır²⁸². Özellikle hastanın daha geniş anlamda aydınlatılması, konunun tüm detayları açıklanarak hastanın onayının alınması gerekmektedir.

²⁸⁰ HAKERİ, s. 504

²⁸¹ HAKERİ, s. 506

²⁸² ÜNVER, Deney-Deneme, s. 165; HAKERİ, s. 507

HAKERİ eserinde, uygulamaya yeni girmiş, henüz standartlaşmamış ya da tamamen olağan dışı bir tedavi nedeniyle doğan zarara ilişkin tıbbi uygulama hatası davasında özel hukuka ilişkin hükümlerin uygulanmasının, ceza hukukundan daha elverişli olduğunu belirtmektedir²⁸³. Yazar böyle durumlarda uygulamayı yapan, nedensellik bağının ispatında güçlük olacağı için, ceza hukukunun “şüpheden sanık yararlanır” kuralı gereğince beraat edecektir. Özel hukukta ise ispat kolaylığı söz konusudur. Zira özel hukuk davasında ispat yükümlülüğü gereği uygulamayı yapanın farklı bir tedavi yöntemiyle de sonucun değişmeyecek olduğunu kanıtlaması gerekmektedir. Ayrıca özel hukuk açısından, tek başına standart dışı davranılmış olması, rızanın varlığı halinde bile tek başına kusur sayılmaktadır.

Tıbbi standartlara uygun davranılıp davranılmadığının tespiti hakimin görevidir. Hakimin bu değerlendirmeyi yapabilmesi için gerekli özel uzmanlık isteyen bilgiyi kendine sağlaması için bilirkişiye başvurması çoğu kez kaçınılmazdır. Ancak ayrıcalıklı durumlarda, örneğin hakimin benzer bir dava nedeniyle edindiği özel bilgisini kullanması ya da söz konusu uygulamanın uzman bilgisi gerektirmeyecek şekilde belirgin olması durumunda hakim bilirkişiden yardım istemeyebilecektir. Konu ile ilgili tıbbi standartlar hakim tarafından saptandıktan sonra bu standartlara aykırılığı ispat edecek kişi de davacı hastadır²⁸⁴.

Buraya kadar genel olarak ele alınan tıbbi standart kavramını, hekimlik standardı ve hastane standardı olmak üzere iki alt başlık içinde inceleyip genişletmek mümkündür²⁸⁵. Tıbbi uygulama hatasının araştırıldığı bir olayda hekimin özen sorumluluğunu yerine getirip getirmediği araştırılırken öncelikle davranışlarının

²⁸³ HAKERİ, s. 509

²⁸⁴ HAKERİ, s. 509

²⁸⁵ DEMİR Mehmet, “*Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu*”, Ankara 2010, s. 51

genel tıbbi standartlara uygunluğu, ardından somut olaya özgü tıbbi standartlara uygunluğu sorgulanır. Hastane standardı kavramı ise; ilk olarak İngiliz ve Amerikan hukuk sistemlerinde ortaya çıkıp daha sonra Almanya ve diğer kıta Avrupası ülkelerinin hukuk sistemlerine de giren objektif bir özen ölçüsü olarak hizmet standardı kavramına dayanmaktadır²⁸⁶.

Hastanelerle ilgili standartlar ilk kez 1913 yılında American Colleauge of Surgeons: ACS (Amerikan Cerrahlar Okulu) tarafından tanımlanmıştır. Belirlenen standartlar ile hastanede hasta güvenliği ve hastane tıbbi bakım kalitesinin izlenmesi, denetlenmesi amaçlanmıştır. Yıllar içinde gelişmeye devam eden hastane standardı kavramı seksenli yıllarda sağlık hizmetinin sürekli iyileştirilmesi odaklı hastane akreditasyon uygulama sürecine geçilmiştir.

2.3 MALPRAKTİS-KOMPLİKASYON AYIRIMI:

Kuşkusuz her eylem ya da eylemsizlik, bulunduğu koşullar içinde değerlendirildiğinde bazı riskler taşır. En masum eylem olarak tanımlanabilecek uykunun bile taşıdığı yaşamsal riskler vardır. Örneğin; uykuda solunumun durmasıyla karakterize “uyku apnesi” hastalığı olan biri için huzur dolu yatağına her uzanışı bir daha uyanamama riskini taşımaktadır.

Sözlük anlamıyla *risk*; “gerçekleşme olasılığı bulunan tehlike” demektir²⁸⁷. Mesleki faaliyetlerin kimi uygulayıcısı, kimi de üzerinde uygulama yapılan için değişik boyutlarda riskler taşır. Tıp ise hem uygulayıcısı, hem de hasta için insan

²⁸⁶ DEMİR, s. 53

²⁸⁷ Türkçe Bilim Terimleri Sözlüğü, Sosyal Bilimler, Türkiye Bilimler Akademisi, Ankara 2011, s. 983

hayatına mal olabilecek ölçüde ciddi riskler taşıyan bir alandır. Artan risk beraberinde artan özen yükümlülüğünü ve sorumluluğu getirir²⁸⁸. Kuşkusuz sağlık çalışanlarının mesleki uygulamalarının temelinde yatan neden hastanın yararına iş görme, onu sağaltma, faydalı olmasıdır. Ancak bu uygulamaların her biri doğası gereği belli oranda risk taşır ve uygulama bu riskler göze alınarak, yarar-zarar dengesi gözetilerek yapılır. Kimi zaman da yapılan uygulama, hiç istenmemesine rağmen zararlı sonuçlanır. Bu zararlı sonuç, bazı kaynaklar tarafından nedenine bakılmaksızın “tıbbi istenmeyen sonuç” olarak tanımlanmaktadır²⁸⁹. Bu tanım içinde tıbbi uygulama hatalarından kaynaklananların yanı sıra komplikasyon sonucu ortaya çıkan zararlar da yer almaktadır.

Tıbbın gerekleri yerine getirilerek yapılan müdahale istenmeyen şekilde sonuçlanırsa bile müessir fiil suç tipini oluşturmayacaktır²⁹⁰. Burada suç tipinin belirlenmesinde hareketin niteliklerine bakılarak yapılan bir değerlendirme söz konusudur. Doğru endikasyonla, tıbbın gereklerine uygun olarak gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin sonucu ne olursa olsun müessir fiil ya da adam öldürme olarak değerlendirilemez²⁹¹.

Hekimin ya da sağlık çalışanının sorumluluğundan bahsedebilmek için yapılan uygulamada bir kusur bulunması ve bu kusur ile zarar arasında nedensellik

²⁸⁸ “Bir meslek dalında beklenen özen mesleğin niteliğine göre değişir. Riskli ve tekel niteliğinde olan mesleklerde en üst düzey özen beklenir. Kişi yaşamının söz konusu olduğu tıpta da hekimden en yüksek düzey özen ve dikkat beklenir. Bu beklenti mesleki ve bilimsel bilgi ve becerinin en üst düzeye çıkmasına yardımcı olur. Çağdaş hukuk, meslek adamının sorumluluğu için özel kurallar öngörmemekte ve kusura dayalı genel sorumluluk kuralı yeterlidir. Kusur varsa sorumluluk da vardır, kusur yoksa sorumluluk da yoktur.” ÜNVER Yener, “Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu/ Doktorların Tıbbi Malpraktis Nedeniyle Ceza Sorumluluğu”, Mersin 2009, s. 151

²⁸⁹ PAKİŞ, s. 11

²⁹⁰ ERMAN, Barış, “Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu”, Ankara 2003, s. 36

²⁹¹ ERMAN, Barış, s. 37

bağı bulunması gereklidir²⁹². Kural olarak kusurun olmadığı yerde sorumluluktan bahsedilemez. Tıbbi uygulama hatasında uygulamayı yapanın kusurlu olduğu son derece açıktır. Ancak zarar bir komplikasyon sonucunda meydana gelmişse hekimin sorumluluğundan bahsedilemez²⁹³.

Dilimize Fransızca’ dan geçmiş olan komplikasyonun kelime anlamı “karışıklık” tır²⁹⁴. Bir tıp terimi olarak komplikasyon; hastalığın gidişi sırasında ya da yapılan tıbbi girişime bağlı olarak ortaya çıkan, gösterilen her türlü özen ve dikkate rağmen önlenemeyen ve geçirilen hastalığa ya da yapılan tıbbi girişime bağlı olarak gelişebileceği bilimsel olarak kabul edilmiş tıbbi kötü sonucu ifade etmektedir²⁹⁵.

IŞIK komplikasyonu “*tanı ve tedavi uygulamalarında hekim ya da hekimler tarafından gösterilen tüm titizlik ve özene karşın gelişebilen istenmeyen durum*” olarak tanımlamaktadır²⁹⁶. Komplikasyon hastanın yapısal özelliklerine, mevcut hastalığın o kişideki seyrine, işlemin kendisine, kullanılan yöntem ve araç-gerece bağlı olarak gelişebilir.

Komplikasyon hukuki açıdan “izin verilen risk” kapsamı içinde değerlendirilebilir²⁹⁷. Ancak izin verilen riskin sağlık hukuku uygulamalarında, hukukun diğer alanlarındakinden farklı olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindeyiz. Zira burada konu edilen risk kişinin yaşamıdır. Kişinin yaşamı ile ilgili bu riske kimin izin vereceği ya da kimden alınan iznin bu riski meşru kılacağı

²⁹² KICALIOĞLU, s. 140

²⁹³ HAKERİ, s. 511

²⁹⁴ Büyük Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr/bts/>, 10.04.2012, 18.30

²⁹⁵ İLGİLİ, s. 30

²⁹⁶ IŞIK, Sedat, “Sağlıkta Malpraktis”, Sağlık Çalışanı-Hasta İlişkisinde Güncel Konular, Editör: Prof. Dr. Nazmi ZENGİN, Konya 2012, s. 63-70

²⁹⁷ HANCI İ. Hamit, “Malpraktis mi Komplikasyon mu?”, Mevzuat Dergisi, Yıl 8, Sayı 90, Haziran 2005, HAKERİ, s. 511

tartışılmalıdır. IŞIK komplikasyonun neden izin verilebilir risk kapsamında değerlendirmemesi gerektiği doğrultusundaki görüşünü şöyle açıklamaktadır:

“Klinik sorunun kendisi mi, kullanılan araç-gereç mi, hastanın yapısal özellikleri mi? Hangisi risk ya da riskleri izin verilebilir, göze alınabilir kılar²⁹⁸.”

Hekim yaptığı tedavi ile hastasının iyileşeceğini garanti edemez, sonuca yönelik bir anlaşma sözleşmesi yapamaz²⁹⁹. Ancak yapacağı her türlü tıbbi müdahalede özenli olmak ve tıbbi standartlara uymak yükümlülüğü vardır³⁰⁰.

Tıbbi uygulama hatası kuşkusuz yalnızca hekimlerin meslek uygulamalarına özgü değildir. Hastaya müdahalede bulunun tüm sağlık çalışanlarının faaliyetlerinde komplikasyon veya malpraktis ortaya çıkması mümkündür. Tıbbi uygulamaya ilişkin tartışılan tüm hususlar hemşireler ve teknisyenlerin uygulamaları için de geçerlidir.

KÜRŞAT hemşirelerin hukuki sorumluluğunu tartıştığı makalesinde hemşirelik uygulamalarında en sık rastlanan hataları gerekli temizlik şartlarına uymamaları, örneğin kullanılacak malzemeyi yeterince sterilize etmemeleri; hastanın hastalığına uygun olmayacak şekilde hareket ettirilmesi; tıbbi müdahale esnasında dikkat dağıtacak davranışlarda bulunmaları; ameliyatlarda hasta karnında gazlı bez, tampon gibi malzemeler unutmaları; nöbet teslimlerinde kurallara uymamaları ve özellikle hastaların bilgilerinin aktarımı ile ilgili özensiz davranmaları olarak sıralamaktadır³⁰¹.

²⁹⁸ IŞIK, s. 67

²⁹⁹ Ancak bunun istisnası, genel kabul gören görüş olarak hasta-hekim ilişkisinde eser sözleşmesi hükümlerinin geçerli sayıldığı estetik operasyonlar ve bazı diş hekimliği uygulamalarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz: ÖZAY Merter, “Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Ankara 2006, s. 85

³⁰⁰ İLGİLİ, s.29

³⁰¹ KÜRŞAT, Zekeriya, “Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu”, İÜHF C. LXVI, S.1, 294 s. 293-322, 2008

Tıbbi uygulama hatası yalnızca yapılan girişim ya da müdahaledeki yanlışlıktan kaynaklanmaz. Aynı zamanda yapılması gerektiği halde yapılmayan bir işlem de tıbbi uygulama hatası kapsamı içine girecektir³⁰².

Tıbbi uygulama hataları; yargı hataları, teknik hatalar, beklenti hataları, mekanik hatalar ve sistem hataları olarak sınıflandırılabilir³⁰³.

SAVAŞ *tıbbi hataları kaynakları yönünden de insan kaynaklı, teçhizat kaynaklı ve sistem (organizasyon) kaynaklı* olmak üzere üç gruba ayırmaktadır³⁰⁴. Yazar insan kaynaklı hataları açıklarken alt başlık olarak iletişim hatalarından da bahsetmektedir. Burada söz konusu olan yalnızca hekim ve hasta arasındaki iletişim sorunları değil, aynı zamanda ekipte yer alan tüm sağlık personelinin birbiriyle olan iletişimidir. Bir başka deyişle iletişim kaynaklı tıbbi uygulama hatası, hasta muayene odasının kapısından girdiği anda başlamaktadır.

Tıbbi uygulama hatası uygulamada hasta-sağlık çalışanı ilişkisinin değişik aşamalarından kaynaklı olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bunlar ÜNVER tarafından³⁰⁵; *teşhis-tanı hatası, tedavi hatası, organizasyon kusuru, üstlenme hatası ve tedavi sonrası yükümlülüklerin ihmali hatasıdır*.

Kusurun saptanması açısından meydana gelen zararın komplikasyon mu yoksa tıbbi uygulama hatası mı olduğu ayırdının yapılması gereklidir. Tıbbi standartlara uygun davranan hekim, hedeflediği sonuca ulaşamasa ve hasta zarar görse bile hukuken sorumlu tutulamaz³⁰⁶. Bir tıbbi kötü sonucun komplikasyon olarak değerlendirilebilmesi için öngörülememesi ya da öngörülse bile alınan tüm

³⁰² ÜNVER, *Malpraktis Nedeniyle*, s. 152

³⁰³ SAVAŞ, *Yargıya Yansıyan*, s. 45

³⁰⁴ SAVAŞ, *Yargıya Yansıyan*, s. 46

³⁰⁵ ÜNVER Yener, *"Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu"*, İstanbul 2008, s. 56

³⁰⁶ ÜNVER, *Sağlık Mensupları*, s. 60

önlemlere rağmen önlenememesi gereklidir. Yani gerçek komplikasyon bir çeşit mücbir sebeptir ve uygulayıcı her ne yaparsa yapsın önüne geçemez. ÜNVER bu bağlamda komplikasyonu izin verilen risk çerçevesinde değerlendirmektedir³⁰⁷. Ancak “*her komplikasyonun izin verilen risk olarak kabul edilemeyeceğini*” belirtmektedir. Eserin devam eden paragrafında yazarın;

“istenmeyen neticelerin önceden öngörülmesi mümkünken öngörülmemişse veya ortalama bir hekimden tıbbi standart bazı doğabilecek riskleri öngörme veya önleme ya da doğduğunda meydana getireceği neticeleri giderme veya zarar ya da tehlikesini azaltma için bazı önlemlerin alınmasını emretmesine karşılık hekim bu önlemleri almamışsa, bu durumda doğan yeni gelişmeler ve olumsuz netice, hekim tarafından istenmeyen olumsuz netice dahi olsa, izin verilen risk alanında görülemez; hekimin davranışı taksirli, yani özensiz tıbbi müdahale olarak kabul edilerek sorumluluğun doğacağına kabulü gerekmektedir”

şeklinde belirttiği fikir *kanımızca tartışılmalıdır*. Zira ÜNVER burada açıkça tıbbi uygulama hatasını tanımlamaktadır. Yazarın tariflediği zarara yol açan zaten komplikasyon değil tıbbi uygulama hatasıdır. Bir başka deyişle; komplikasyon şeklinde başlayan olay, sürecin iyi yönetilememesi nedeniyle tıbbi uygulama hatasına dönüşmüştür.

Bir örnekle açıklayacak olursak; pek çok ilaç yan etki olarak ölüme neden olan alerjik reaksiyonu başlatabilir. Ancak bu konudaki en sabıkalı ilaç, yaygın olarak kullanılan kas içi penisilin preparatlarıdır. Yüksek alerji riski nedeniyle yalnızca acil servis koşullarında uygulanması tıbbi standart gereği önerilen *ilacın taşıdığı risk bilindiği halde, müdahale imkanlarının bulunmadığı bir yerde yapılması*

³⁰⁷ ÜNVER, Sağlık Mensupları, s. 61

sonucu gelişen ölümcül alerji komplikasyon değil tıbbi uygulama hatasıdır. Eğer öngörülmesi gereken bu durum için gerekli tedbirler alınmış, anında müdahale edilmiş olmasına rağmen hasta yine de hayatını kaybederse o vakit olay komplikasyon olarak değerlendirilmelidir.

Herhangi bir tıbbi müdahalenin tıbbi uygulama hatası halini alması için uygulanan girişimin eksik, fazla, gereksiz, yanlış, zamansız, uygunsuz yapılmış olması veya müdahale edenin yetkisiz olması söz konusudur³⁰⁸. Ayrıca hastanın aydınlatılmamış ve onayının alınmamış olması da tıbbi uygulama hatasına neden olmaktadır. Ancak hekimin tüm yükümlülüklerini yerine getirdiği hallerde dahi istenmeyen sonuçlarla karşılaşılabilir. İşte bu *gerçek komplikasyondur* ve gerçek komplikasyonda *uygulayıcının bir kusuru yoktur. Dolayısıyla sorumluluğundan bahsedilemez.*

Burada tartışılması gereken bir başka nokta komplikasyonun ne zaman malpraktis olacağıdır. Tıbbi istenmeyen sonucun komplikasyon mu, yoksa malpraktis kaynaklı mı olduğunun ortaya çıkarılabilmesi için öncelikle sorgulanması gereken tanının ve işlemin endikasyonunun doğru olup olmadığıdır. Herhangi bir sorumuzun cevabı “hayır” sa uygulama malpraktistir. Her ikisi de doğru ise;

Sorumlu hekimin yaptığı işlem ile ilgili güncel bilgisinin bulunup bulunmadığı,

Deneyim düzeyi,

Olası komplikasyonlar için ne gibi tedbirler aldığı,

³⁰⁸ ÜNVER, Sağlık Mensupları, s. 62

Ortaya çıkan istenmeyen kötü sonucun kendi uygulamalarındaki rastlanma sıklığı sorgulanmalıdır³⁰⁹. Alınacak cevaplar komplikasyonun nasıl yönetildiğini ortaya koyacaktır. Yönetilememiş bir komplikasyon hiç kuşku yok ki malpraktisttir.

2.4 TIBBİ UYGULAMA HATALARI VE TIBBİ BİLİRKİŞİLİĞİN TARİHÇESİ

Tıbbi uygulama hatalarına ilişkin ilk yasal düzenlemeler, tarihin en eski ve en iyi korunmuş yazılı kanunları olan *Hammurabi Kanunları*'nda yer almaktadır³¹⁰. Bu kanunlar Mezopotamya'da MÖ 1795-1750 yılları arasında oluşturulmuştur. İki yüz seksen iki maddeden oluşan kanunların 215-221. maddeleri hekim hukukuna ait hükümlere yer vermektedir ve hekim hataları para cezası ile ya da kısasa kısas kuralıyla cezalandırılmaktadır³¹¹.

³⁰⁹ IŞIK, s. 69

³¹⁰ http://www.canaktan.org/hukuk/insan_haklari/magna-carta/hamurabi.htm, 20.04.2012, saat 22.30

³¹¹ "215. Bir doktor operatör bıçağı ile derin bir yarık açarsa ve onu tedavi ederse ya da bir operatör bıçağı ile (gözün üstünde) bir tümörü açarsa ve gözü kurtarırsa on şikel alır.

216. Hasta eğer azad edilmiş bir adamsa beş şikel alır.

217. Başka birinin kölesi ise sahibi doktora iki şikel verir.

218. Bir doktor operatör bıçağı ile derin bir yarık açarsa ve hastayı öldürürse ya da bıçak ile bir tümörü açıp gözü keserse doktorun elleri kesilir.

219. Bir doktor operatör bıçağı ile azad edilmiş bir adamın kölesinde derin bir yarık açarsa ve onu öldürürse o köleyi başka bir köle ile ikame etmelidir.

220. eğer operatör bıçağı ile bir tümörü açar ve gözünü çıkarırsa kölenin değerinin yarısını öder.

221. Eğer bir doktor kırık bir kemiği ya da insanların hastalıklı kısımlarını iyileştirirse hastalar ona nakit olarak beş şikel verirler.

222. Azad edilmiş bir adam ise üç şikel verir.

223. Köle ise sahibi doktora iki şikel verir."

Ayrıca *Eski Mısır, Hint* ve ardından *Yunan* uygarlıklarında kimisi yazılı kanunlar halinde, kimisiyse tapınak duvarlarındaki kitabelerde yer alan yasal düzenlemeler dikkati çekmektedir. Bunların arasında Hipokrates'in yeri oldukça önemlidir³¹². İlk adli raporun, MÖ 44 yılında 23 bıçak darbesi ile öldürülen Julius Caesar'ın ölüm nedeninin göğüs boşluğuna giren bıçak yarası olduğu bildirilen rapor kabul edilmektedir.³¹³ Hekim sorumluluğu *Eski Roma'da* ağır kusurlara dayandırılmaktadır. Örneğin; hekim ihmal, acemilik, bilgisizlik gibi ağır kusurlarından sorumlu tutulmaktaydı³¹⁴. Bununla birlikte Roma hukukunun ilk dönemleri incelendiğinde bilirkişilikle ilgili ayrıntılı bilgiye rastlanılmamaktadır. Bunun nedenlerinden biri; o dönemde ispat kuralları ve, ispat hukukunun günümüzdeki anlamda yer almamasıdır. Bir diğer neden ise; Roma Hukukunda özel bilgi gerektiren davalar için özel hakimlerin seçilmesi ve bilirkişilik sorununun böyle çözümlenmesidir³¹⁵.

Zamanla genişleyip büyüyen Roma İmparatorluğunun diğer ülkelerle ilişkileri zamanla arttıkça katı kurallara bağlı olarak işleyen adalet sisteminde değişiklikler yaşanmıştır. Başlarda davaların bazı formüllere dayandırıldığı (legis actio) katı şekilci bir sistem mevcuttu. Bu sistem yerini zaman içerisinde şekilciliğin ve formüllerin esnetildiği formula usulüne bırakmıştır. Yeni sistem ile birlikte günümüzdeki anlamıyla bilirkişilik uygulamalarının başladığını görmekteyiz³¹⁶.

Ortaçağda Kara Avrupa'sındaki uygulamaya baktığımızda *Alman* hukukunda bilirkişilikle ilgili uygulama olmadığı görülmektedir. *İtalya'da* ise 13.-15. yy.larda

³¹² TÜRKMEN Ali, "*Hasta ve Hekim Hukuku*", Samsun 2009, s. 18

³¹³ BİLGE Yaşar, "*Ankara Üniversitesinde Bilirkişilik-Çalıştay Raporu*", Ankara 2010

³¹⁴ REUTER S.R., "*Physicians as good samaritans: Should they receive immunity for their negligence when responding to hospital emergencies?*", The Journal of Legal Medicine, Volume 20, No:2, pp. P 157, June 1999

³¹⁵ TANVERDİ, s. 3

³¹⁶ TANVERDİ, s. 3

bilirkişilik kavramı ortaya çıkmakta ve gelişmektedir³¹⁷. Almanya’da bilirkişiliğin ortaya çıkması müşterek usul hukuku döneminde olmuştur. Profesyonel hukukçuların egemen olması, bu hukuk sisteminde yer alan hakimlerin özel bilgi gerektiren davalarda görüş almak üzere bilirkişiye başvurma ihtiyacını doğurmuştur³¹⁸ ve bilirkişiler “tanık”, “hukuk danışmanı”, “seçkin tanık”, “keşfin bir vasıtası” olarak nitelendirilmiştir³¹⁹. 1507 yılında Bamberg Piskoposu tarafından hazırlanan ve “Coda Bambergensis” de denilen kanun sistemi ile ilk defa “tıbbi ekspertiz – tıbbi bilirkişilik” deyiimi kullanılmıştır. Bilirkişi raporlarının mahkemede göz önünde tutulması gerektiği belirtilmiştir³²⁰. Böylece itham sistemi yerine tahkik sistemine geçilmiştir. Roma Hukukunda tanıklar için geçerli olan hükümler bilirkişiler için de kullanılmıştır. Ancak tanık ile bilirkişi arasındaki farkı vurgulamak için, mahkemede olgu tespiti yapanlara “tanık bilirkişi”, karar vermede yardımcı olanlara ise “hakim yardımcısı” adı verilmiştir.

Tıbbi uygulama hatalarına ait kayıtlar incelendiğinde, 14 yy.da *İngiltere*’de konuyla ilgili düzenlemelerin yer aldığı görülmektedir. İngiliz kanunlarında tıbbi uygulama hatasına ilişkin bulunan en eski kayıt 1374 yılına aittir. O dönemde Ada Avrupasında cerrahlık, eczacılık ve berberlik farklı bir grup meslek olarak değerlendiriliyordu. Bu nedenle tıbbi uygulama hatalarına ilişkin hazırlanan kanunda hekimlerin yanı sıra ayrı bir başlık altında bu meslek gruplarına ait düzenlemeler de yer almaktaydı. Bu meslek mensuplarından yüksek standartta hizmet vermeleri beklenmekteydi. İngiliz hakim Tindal’ in 1883 yılında yaptığı “tıbbi ihmal” tanımında yine bu yüksek standart esas alınmıştır. Tanımında hakim bahsi geçen

³¹⁷ TANVERDİ, s. 6-7

³¹⁸ TANVERDİ, s. 8

³¹⁹ ÜSTÜNDAĞ Saim, TANVERDİ Mücahit, “*Alman Bilirkişilik*”, *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları*, Yargıtay 125.yıl yayını, Ankara 1991, s. 4

³²⁰ ÖZDEN Yaşar Salih, “*Tıbbi Bilirkişiliğin Tarihi Gelişimi ve Adli Psikiyatride Bilirkişinin Özellikleri*”, *Düşünen Adam*, 1977, 10(2): 44-47

meslek mensuplarının mesleklerine ait bilgi ve becerilerini makul ölçüde geliştirmek zorunda olduklarını belirtmiştir³²¹.

İngiltere'nin sağlık hukuku tarihinin yakın geçmişine bakacak olursak; 1990'ların başında köklü değişiklikler yapıldığını görürüz. Bu değişiklikler bağlamında Ulusal Sağlık Hizmetleri'nde reforma gidilmiş ve hasta hakları ile ilgili çalışmalar başlamıştır³²². İngiltere'de tıbbi hatalarınla ilgili olarak çalışan birçok sistem mevcuttur. Bu sistemler tıbbi hataların belirlenmesi ve önlenmesine yönelik tedbirler alınması hususlarında çalışmaktadır. İngiltere'de sağlık hizmetinden kaynaklanan zararların tazmininde kusura dayalı olmayan tazmin sistemi kullanılmaktadır. Benzer bir uygulama İsveç ve Yeni Zelanda'da da mevcuttur. Üstelik bu ülkelerde zararların tazmini kamusal fonlarla finanse edilen ve sağlık kurumları tarafından katkı sağlanan kamusal bir sistem ile karşılanmaktadır³²³.

Amerika Birleşik Devletleri'nde bağımsızlığın ilanının ardından tıbbi uygulama hatası iddiası ile davalar açılmaya başlamıştır³²⁴. Tıbbi uygulama hatası davalarının sıklığı ve bu davalar sonucunda yüksek miktarlarda tazminatların ödenmesi modern tıbbin yaygınlaşmaya başladığı 1970'lerde hız kazanmıştır. 1973-75 yılları arasında tıbbi uygulama hataları ABD de ciddi bir sorun haline almıştır³²⁵.

1965 yılında görülen bir tıbbi uygulama hatası davasında ilk kez hastanenin de sorumlu olduğuna hükmedilmiştir³²⁶.

³²¹ KAYABEYOĞLU, s. 18

³²² SAVAŞ, Yargıya Yansıyan, s. 53

³²³ <http://www.ttb.org.tr/kutuphane/malpraktis.pdf> 23.04.2012, saat 17.00

³²⁴ KAYABEYOĞLU, s. 19

³²⁵ RODRİGUEZ K.F., "Suing Health Care Providers for Saving Lives: Liability for providing unwanted life-sustaining treatment", The Journal of Legal Medicine, Volume 20, No1:, pp. 1-79, March 1999

³²⁶ <http://www.sinclair.edu/classenhancements/alh103e/MedicalLegal/sld031.htm> Darlin vakası olarak bilinen olayda, futbol oynarken ayağı kırılan 18 yaşındaki erkek hastanın hastanede tedavisi sürerken bir şeylerin yolunda gitmediğini fark eden hemşireler tedaviyi yapan hekimi uyarır. Ancak

ABD de tıbbi uygulama hatası davalarının sayısı ve ödenen tazminatlar yıllar içinde çığ gibi büyümüştür. ‘90lı yıllarda bu uygulamanın savunmacı tıbbı yol açtığı ve sonuçta hastaların ve ülke ekonomisinin zarara uğradığı görülmüştür. Sorumlu tutulmaktan korkan hekimler birçok gereksiz tetkik yaptırmakta ve tanıyı geciktirmektedir. Amerikan Tabipler Birliği bu tür gereksiz uygulamaların maliyetinin yıllık 15 milyon doların üzerinde olduğunu hesaplamıştır³²⁷.

1972 yılında Amerikan Hastaneler Birliği “Hasta Hakları Beyannamesi”ni yayınlamıştır. Bu belge hasta hakları konusundaki ilk belgedir ve haklar ile sorumlulukların tanımlanması açısından önem taşır³²⁸. Amerikan yargı sisteminde bir tıbbi uygulama hatası davası görülürken öncelikle söz konusu davranış kabul edilen standart bakım ile karşılaştırılır. İhmal tanımlanırken bu standart göz önünde bulundurulur. Jürinin standarttan sapmanın olup olmadığına karar vermesi için *uzman tanığın* (expert witness) görüşünü dinlemesi gereklidir. Aksi takdirde ayırımı özel bilgi gerektiren komplikasyon ile tıbbi uygulama hatası arasındaki farkı değerlendirmesi beklenemez³²⁹.

Amerikan hukukunda mahkeme tarafından atanan bilirkişiler ve tanık bilirkişiler olmak üzere iki ayrı statüye sahip bilirkişi mevcuttur. Mahkeme tarafından atanan bilirkişilerin durumu Türk hukukundaki bilirkişilik kurumu ile

hekim bu uyarıları dinlemez. Sonunda hastanın bacağı kesilmek zorunda kalır ve ilk kez tıbbi uygulama hatası nedeniyle bir hastanenin sorumlu olduğu karar bağlanır.

³²⁷ TOWSE A., DANZON P., “Medical negligence and the NHS: an economic analysis”, Health Economy Mar, 8(2) 93-101, (abstr), 1999

³²⁸ GÖRKEY Şefik, “Hasta Hakları”, s. 3,

http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/indir/ULUSLARARASI_HASTA_HAKLARI.pdf

³²⁹ SAVAŞ, Yargıya Yansıyan, s. 52

benzerdir. Tanık-bilirkişilerin ise hukuki durumları farklıdır ve kararları bağlayıcı nitelikte değildir³³⁰.

ABD de kusura dayalı tazmin esası kabul edilmiştir. Bu zararlar primlerini hekimlerin ödediği özel sigortacılık şirketleri tarafından giderilmektedir³³¹.

Fransız Hukukunda bilirkişilik Medeni Usul Kanununda düzenlenmiştir. Bu kanun yapıldığından bugüne değişik zamanlarda yeniden düzenlenmiş ve çağın gereklerine uygun hale getirilmeye çalışılmıştır³³².

İslam hukukunda da şahitliğin ispatlanması gerekmektedir³³³. Türk hukukunda bilirkişilik kurumunun ilk izlerini Osmanlılar döneminde loncalarda görev alan “ehl-i hibre” ya da “ehl-i vukuf” adı ile görev yapan kişilerin faaliyetlerinde buluruz. Bu kişiler mesleklerinde söz sahibi, iyi ahlaklı kimselerdir ve locadaki görevlerine atama yoluyla gelmedikleri gibi görevleri süreli de değildir. Ayrıca günümüz bilirkişi kurullarına benzer bir oluşum da şehrin ileri gelenlerinden oluşan ve kendilerine danışılan konularda fikirlerini açıklayan bir kurul olan “şühü’ d-ül müslimin” idi³³⁴. İslam hukukunda bilirkişilik görevlerini, yerine getirenler için “Ehlü’l-İlm”, “Ehlü’l- Basar ve’l-Ma’rife” gibi tabirler de kullanılmaktaydı³³⁵.

1808’de Fransız Ceza Usul Kanunu’ undan alınan ve 1929 yılına kadar yürürlükte kalan 1879 tarihli Usul-ü Muhekkemat-ı Cezaiye Kanun-u Muvakkatı’nda,

³³⁰ ÖZSUNAY Ergun, “Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık (Expert Witness)”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125. Yıl Yayını, Ankara 1991, s. 101-104

³³¹ <http://www.ttb.org.tr/kutuphane/malpraktis.pdf> 23.04.2012, saat 17.00

³³² ÖZTEK Selçuk, “Fransız Hukukunda Bilirkişilik”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları”, İstanbul 1991, s. 45

³³³ BİLGE Yaşar, “Ankara Üniversitesinde Bilirkişilik-Çalıştay Raporu”, Ankara 2010

³³⁴ ABACI N., “Osmanlı Dönemi Bilirkişilik Uygulamaları Üzerine Bir Araştırma”, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi. 2002, 3(3): 75-84

³³⁵ ATAR Fahreddin, “İslam Adliye Teşkilatı”, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Ankara, 1979, s. 204

bilirkişiliğe ilişkin düzenleme yoktur. Ancak öğreti ve mahkeme içtihatlarıyla bilirkişilik uygulaması imkanı sağlanmıştır³³⁶.

1840 yılında kabul edilen “Ceza Kanunname-i Hümayunu” isimli ceza kanunu ile ölü keşiflerinde adli tabip bulunması gereği kabul edilmiştir. 1851 ve 1858’de yapılan düzenlemelerde ilgili davalarda ebe, hemşire ve hekimlerin bilirkişiliğine başvurmayı zorunlu kılmıştır³³⁷.

Meclisi Umuru Tıbbiye-i Mülkiye İdaresi, Sultan Abdülmecit tarafından 1857’de kurulmuştur. Böylece adli tıp işleri hekimlere verilmiştir. Ardından 1879’da bir başka adli hekimlik kurumu olan Zabıta Tababeti Adliyesi ve 1908’de İstanbul Morg İdaresi kurulmuştur.

Bugünkü bilirkişilik kurumunun 1929 yılında çıkarılan Tük Ceza Muhakemesi Hukuku ile yapılmıştır.

2.5 TIBBİ BİLİRKİŞİLİK ve STATÜSÜ:

“Tıbbi bilirkişilik” denildiğinde ilk akla gelen hekimin adli tıp bilgilerini kullanarak yaptığı danışmanlıktır. Medeni usul hukukunda genel anlamda tıbbi bilirkişiliği inceleyen yüksek lisans tezinde GÜLDİKEN de tıbbi bilirkişiyi tanımlarken; hekimin, adli yargı organına, tıbbi uygulama hatalarının görüldüğü

³³⁶ GÜLDİKEN, s. 33

³³⁷ KAYGISIZ, s. 21

davalardan çok adli tıp alanında sahip olduğu tıbbi bilgi görgü ve deneyimleri ile yardımcı olmasını esas almıştır³³⁸.

HAKERİ de eserinde hekimin yükümlülüklerini tanımlarken bilirkişilik yapma yükümlülüğünden de bahsetmektedir³³⁹. Yazar bu başlık altında tıbbi uygulamalardaki bilirkişilik çalışmalarının neler olduğunu sıralarken öncelikle ve ağırlıklı olarak adli tıp uygulamalarına yer vermekle birlikte hekimin, malpraktis davalarındaki bilirkişilik yapma yükümlülüğünü vurgulamaktadır. Zira yapılan müdahalenin tıbbin gereklerini karşılayıp karşılamadığı ve hastanın yaşadığı kötü durum ile hekimin eylemi ya da eylemsizliği arasında nedensellik bağının olup olmadığı ile ilgili bilgiyi hakime verecek olan hekimdir.

Kuşkusuz hakimin, herhangi bir hastalık ve tıbbi müdahale ile ilgili olarak hekim gibi geniş, teknik ve uzmanlık isteyen bir bilgiye sahip olması beklenemez. Bir tıbbi uygulama hatası iddiası söz konusu olduğunda hakimin başvuracağı tıbbi bilirkişi konunun uzmanı hekimdir.

Sağlıkla ilgili adalet uygulamalarında bilirkişiler hekimlerdir³⁴⁰. Tıbbi içerikli hukuk ve ceza davalarında tıbbi bilirkişilerden görüş alınabilir. Her ne kadar kural olarak hakim bilirkişi raporu üzerinde tasarruf yetkisine sahipse de tıbbi bilirkişinin görüşü hakimi büyük ölçüde bağlayıcı niteliktedir. Çünkü tıp biliminin verilerinin takdiri oldukça özel ve teknik bilgiler olması nedeniyle hakim takdir yetkisini zorlamaktadır. Tıbbi bilirkişi raporunun aksine karar veren hakim kararını ayrıntılı biçimde gerekçelendirmelidir.

³³⁸ GÜLDİKEN, s. 38

³³⁹ HAKERİ, s.472

³⁴⁰ BİLGE Y., GÜNDOĞMUŞ Ü. N., GÜNDÜZ T., HANCI İ. H., YAVUZ İ. C., KADLI TIP KURUMUICI U., KÖK A. N., "Hekimlerin Yasal Sorumlulukları", 1. Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı, Türk Tabipler Birliği ve Adli Tıp Uzmanları Derneği, Ankara 1999, s. 11

Tıbbi bilirkişi yalnızca adli tıp uygulamalarında bilirkişilik yapan uzman değildir. Ayrıca tıbbi uygulama hatasının araştırıldığı her türlü davada konunun uzmanı hekimden bilirkişi görüşünün alınması mümkündür.

Adaletin sağlanmasında hakimın yardımcısı konumunda olan ve çok özel olması nedeniyle sorgulanmaya pek de açık olmayan bir alanda bilirkişilik yapan hekim güvenilir ve objektif olmalıdır. Ayrıca makul bir kesinlik kurmak için zorunlu tıbbi deneyiminin ve akademik başarısının olması gereklidir³⁴¹.

Adaletin gerçekleşmesinde mahkemelere yardımcı olan kişileri dedektif olarak niteleyen görüşe göre tıbbi bilirkişiler bir çeşit tıbbi dedektiflerdir³⁴². Nitekim dosya incelemesi yanı sıra otopsi ve insan vücudundan delillerin toplanması gibi işlemleri de yaparak maddi unsurun aydınlanmasını sağlamaya çalışan tıbbi bilirkişiler birer dedektif gibi çalışmaktadır.

Tıbbi bilirkişinin hukuki statüsü net bir şekilde belirlendiği takdirde bilirkişilik kurumunun kötüye kullanılması önlenecektir. Bunun için de tıbbi bilirkişinin yükümlülük, yetki ve sorumlulukları tanımlanmalıdır³⁴³. Bilirkişi, adli organ tarafından belirlenen sınırlar içinde yine adli organın kendine verdiği görevi yerine getiren kişidir. Bu görevi adli organ hatta devlet adına yerine getirmektedir. Bilirkişiler, kendilerini görevlendiren ilgililerin ihtiyaçlarının karşılayacak şekilde kesintisiz olarak çalışan kamu görevlileridir. Bu aslilik ve süreklilik unsurları bilirkişilerin şahıslarıyla ilgili olmayıp yaptıkları görevin gereğidir ve bu özelliği sayesinde farklı bilirkişilerin görevlendirilmesi halinde de değişmemektedir. Bilirkişiler taraflara soru sorabilen, dava dosyasındaki kamusal nitelikteki belgeleri

³⁴¹ KÜPELİ Ahmet, "CMK ve TCK' da Adli Tıp Uzmanının Bilirkişilik Yükümlülüğü ve Çapraz Sorgu", Tıpta Uzmanlık Tezi, Isparta 2007, s. 9

³⁴² KÜPELİ, s. 10

³⁴³ DERYAL, s. 167

inceleyebilen, tarafsızlığına gölge düşürecek her türlü davranış suç sayılan kamu görevlileridir³⁴⁴.

TCK m. 6/1-c' de kimlerin kamu görevlisi sayılacağı belirtilmiştir. Burada yapılan tanımlamaya göre; “*kamusal faaliyetlerin yürütülmesine atama veya seçilme yoluyla ya da herhangi bir surette sürekli veya geçici olarak katılan kişi*” kamu görevlisidir. Tanımdaki ölçüt kişinin kamu faaliyeti yürütmesidir. Ayrıca maddenin gerekçesinde bilirkişilik, tercümanlık ve tanıklık faaliyetlerini yürütenlerin kamu görevlisi sayılacakları ifade edilmiştir.

TCK' da belirtilen kamu görevlisinin işleyebileceği suçlar bilirkişi için de geçerlidir. Bu suçlar; rüşvet (TCK m. 252), irtikap (TCK m. 250) ve görevi kötüye kullanmadır (TCK m.257). Bilirkişi görevi sırasında, görevi nedeniyle öğrendiği ve gizli kalması gereken bir bilgiyi kötüye kullanır ya da açıklarsa göreve ilişkin sırrın açıklanması suçunu (TCK m. 258) işlemiş olur³⁴⁵.

2.6 TIBBİ UYGULAMA HATALARININ DEĞERLENDİRİLMESİNDE

OTOPSİ:

Ölüm; somatik, hücrel ve beyin ölümü şeklinde sınıflandırılmaktadır³⁴⁶.

Somatik ölüm; temel vücut fonksiyonları olan santral sinir sistemi, solunum ve dolaşım sistemlerinin işlevlerini geri dönüşsüz olarak yitirmesi halidir. *Hücre*

³⁴⁴ TANRIVER S., “*Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumlulukları*”, Ankara 2002, s. 31-38

³⁴⁵ DÖNMEZ, Burcu, “*Yeni CMK' da Bilirkişilik Kavramı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, 2007, s. 1168

³⁴⁶ KOÇ, CAN, “*Ölü Kavramı ve Ölü Muayenesi*”, Klinik Gelişim, s. 11, <http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/2009-ozel.html>, 24.05.2012, saat 15.30

ölümünde ise, tek başına hücrenin yaşamsal fonksiyonlarının sona ermesi söz konusudur. 20. Yüzyılın başlarında organ naklindeki gelişmelerle ortaya çıkan *beyin ölümü* kavramında ise solunum ve dolaşım işlevleri dışarıdan desteklendiği sürece beden canlılığını korur. Ancak bu destek kesildiğinde solunum ve dolaşım durur.

Ölünün defnedilebilmesi için öncelikle defin ruhsatı alınmalıdır (UHK m. 215). Ölenin kimliği, ölüm nedeni ve gömülmesine izin verildiği bilgisinin yer aldığı bu belge hekim tarafından düzenlenir. Ölü muayenesinde temel olarak yapılan solunum ve dolaşımın devam edip etmediğinin kontrolüdür.

Ölüm nedeninin kesin olarak anlaşılmasını otopsi sağlar. Kelime anlamı “kendi gözleriyle görme” olan otopsi; “*patolojik olayların ortaya çıkarılması, bunların klinik olaylar ve anamnez ile ilişkisinin saptanması ve rastlanılan değişikliklerin nedeni veya nedenlerinin belirlenmesi için cesette yapılan bilimsel incelemedir*”³⁴⁷. Tıbbi uygulama hatası iddiası olan bir olayda ölüm nedeninin uygulama hatasına bağlı olup olmadığının en net verileri ancak otopsi ile mümkün olabilir³⁴⁸.

Otopsiler nedenlerine ve yapılaş şekillerine göre ikiye ayrılabilir³⁴⁹:

Adli otopsi; şüpheli ölümlerde olayı aydınlatmak üzere, yapılması yasalarla zorunlu kılınan otopsilerdir.

Tıbbi otopsi; ölüm nedeninin aydınlatılması, tanının koyulabilmesi, tıp eğitimi için tedaviyi yürüten hekim ya da ölen kişinin yakınlarının talebi üzerine yapılan, yapılmasında yasal zorunluluk bulunmayan otopsidir. Bu otopsiye “hastane otopsisisi/patolojik otopsi” adı da verilmektedir³⁵⁰.

³⁴⁷ ERSOY/TOPRAK, “*Güncel Durumu ile Hukuki ve Tıbbi Açısından Otopsi Süreci*”, Klinik Gelişim, s. 64, http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/klinik_2009_22/10.pdf, 10.05.2012, saat 09.30

³⁴⁸ POLAT, s. 39

³⁴⁹ KNIGHT, B., “*Forensic Pathology*”, London 1996, s.1-10

³⁵⁰ ERSOY/TOPRAK, s. 65

Adli otopsiler yasal zorunlulukla yapıldıkları için ölenin yakınlarının iznine gerek yoktur. Ancak tıbbi otopsilerde, hatta ölüm sonrası doku ve organ örneklemelerinde ölenin yakınlarının izni mutlak gereklidir³⁵¹. Ölenin yakınının kim olduğu konusunda 2238 sayılı Organ, Doku Alınması Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun m. 14 de kullanılan “ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının” ifadesinden yola çıkılarak, “ölüm anında kişinin yanında bulunan” tanımlaması yapılabilir³⁵².

Umumi Hıfzıssıha Kanunu m. 70’de yer alan “bulaşıcı ya da salgın hastalığı bulunduğu şüphesi bulunan bir kişi üzerinde gereği gösterildiği takdirde ilgili hekim tarafından otopsi uygulanabilir” hükmü gereği, salgın hastalık durumlarında ilgili hekim ölenin yakınlarından izin almaksızın otopsiye karar verebilir.

CMK m. 87 de adli otopsiyi kimlerin yapacağı düzenlemiştir. Bu maddeye göre; “otopsi, Cumhuriyet savcısının huzurunda biri adli tıp, diğeri patoloji uzmanı veya diğeri dallardan birisinin mensubu veya biri pratisyen iki hekim tarafından yapılır. Müdafî veya vekil tarafından getirilen hekim de otopside hazır bulunabilir. Zorunluluk bulunduğu otopsi işlemi bir hekim tarafından da yapılabilir; bu durum otopsi raporunda açıkça belirtilir.”

Kanunun devam eden maddesine göre bu işlem, ölüyü son hastalığında tedavi eden hekime yaptırılamaz. Bu kısıtlamanın nedeni tıbbi uygulama hatası söz konusuysa, hekimin kendi hatasını ortaya çıkaracak incelemede nesnel olamayacağı görüşüdür³⁵³.

³⁵¹ PAKİŞ, s. 25

³⁵² ERSOY/TOPRAK, s. 65

³⁵³ CELBİŞ ve ark., “Türkiye’de Adli otopsi Uygulamasında Güncel Hukuki Durum”, İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 11(1) 53-56, 2004

Tıbbi uygulama hatası iddiasıyla Cumhuriyet Savcısına yapılan suç duyurusu sonrasında yapılan otopsiler adli otopsi kapsamında değerlendirilmelidir. Ancak tıbbi uygulama iddiası olmayan, fakat nedeni belirlenememiş hastane ölümlerinde ölenin yakınlarının isteğiyle tıbbi otopsi yapılabilir. Tıbbi otopsi patoloji uzmanları tarafından yapılır.

Bahsedilen yasal düzenlemelerin yanı sıra teknik bazı farklılıklar da mevcuttur³⁵⁴. Her iki otopside de kural olarak her üç boşluğu (kafa, göğüs, karın) açmak ve tüm organları incelemek gerekirse de adli otopsilerde çoğu kez ölüm nedenine yönelik muayene ve inceleme yapılmaktadır. Örneğin ateşli silahla kafasından vurulan ya da trafik kazasında kafa travması geçiren kişinin otopsi işlemi sırasında yalnızca kafa boşluğu açılıp incelenmektedir. Oysa kişinin diğer organ ve sistemlerindeki olası hastalık (siroz, kalp damar hastalığı vb.) ceza davası dışında açılacak tazminat davasının sonucunu etkileyecektir.

Tıbbi otopsilerde ise her zaman üç boşluk açılır ve ölüme neden olabilecek herhangi bir patoloji makroskobik olarak tespit edilmese dahi diğer tüm organlar örneklenir. Bu, tıbbi otopsinin aslında kural olarak her iki otopsinin de gereğidir.

Otopsi tıp eğitiminin bir parçası ve tıpta ilerlemenin gereğidir. Tüm dünyada tartışmasız kabul gören bu görüşe rağmen son otuz yılda tıbbi otopsi sayılarında ciddi bir düşüş görülmektedir. Örneğin İngiltere’de otopsi oranı son yıllarda %50’den %30’a düşmüştür. Amerika’da da durum bunun paralelindedir³⁵⁵. Bu düşüşün nedeni olarak tıbbi otopsilerin ek ücretlendirmesinin olmaması, hatta ücreti ölenin yakınlarının ödemesinin gerekmesi ilk sıralarda gelmektedir. Ayrıca otopsi sonucunda tıbbi uygulama hatası ile karşılaşma olasılığı hekimleri tıbbi otopside uzaklaştırmaktadır. Pek kabul görmeyen bir başka görüş ise ölüm öncesi yapılan

³⁵⁴ ERSOY/TOPRAK, s. 67

³⁵⁵ GOLDMAN/SAYSON/ROBBINS/COHN/BETMANN/WEISBERG, “The Value of Autopsy in Three Medical Areas”, N Engl J Med., 308:1000-1005, 1983

tanısal girişimlerle, çoğu hastalığın tanısının otopsiye gerek kalmaksızın koyulabildiğidir³⁵⁶.

Ülkemizde kesin sayılar bulunmamakla birlikte tıbbi otopsi sayısı neredeyse sifıra yakın olduğu için düşüştten bahsetmek olanaksızdır.

Tıbbi otopsi sayısının arttırılması eğitim ve bilimsel gelişmeler alanında tıp, tıbbi uygulama hatası iddialarının görüşüldüğü ya da görüşüleceği davalarda da hukuk için son derece önemlidir. Bu nedenle hekimlerin tıbbi otopsi yapmaya teşvik edilmesi, hukukçuların ve özellikle ölenin yakınlarının bu konuda bilgilendirilmesi son derece önemlidir.

2.7 BEDENSEL ZARARLARDAN KAYNAKLANAN TAZMİNATIN HESAPLANMASI:

Tıbbi uygulama hatası davalarında maddi ve manevi tazminata hükmedilebilir. Maddi tazminatın miktarı bir takım hesaplamalar sonucunda belirlenirken manevi tazminatın ne kadar olacağı hakim takdirine bırakılmıştır. Hakim uğranılan zarar nedeniyle zarara uğrayanın ya da yakınlarının yaşadığı üzüntü, acı, keder gibi bir takım sıkıntıların karşılığı olarak davalı tarafından ödenmesine hükmettiği manevi tazminat miktarını belirlerken başlıca şu ilkeleri göz önünde bulundurur³⁵⁷:

- Ölüm şeklinin ölenin yakınlarında yarattığı ruhsal yaranma

³⁵⁶ LUNDBERG, GD., "Low-tech Autopsies in the Era of High-tech Medicine: continued value for quality assurance and patient safety", JAMA 1998,280:1273-1274

³⁵⁷ SAVAŞ, Nuriye; "Hekimin Tazminat Sorumluluğu", İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Sağlık Hukuku Makaleleri", İstanbul 2012, s. 167

- İş göremezlik oranı, iş göremezliğin kalıcı ya da geçici olması
- Kusurlu davranış sonucunda hastanın vücudunda kalıcı iz oluşması, izin olduğu yer
- Hastanın yaşı, cinsiyeti, mesleği
- Kusur oranları
- Tarafların sosyal ve ekonomik durumları.

Bu ilkeler gözetilerek belirlenen manevi tazminatın miktarı bir taraf için zenginleşme aracı, diğer taraf için de yoksullaşma nedeni olmamalıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun da kararları bu yöndedir³⁵⁸.

Manevi tazminat isteminde bulunabilecek kişilerin kimler olduğu yargı tarafından oldukça geniş bir kapsamda ele alınmaktadır. Zararı gören kişinin ailesi, birinci derece akrabaları ve bakmakla yükümlü olduğu ya da yakın ilişkisi olan ve sağlık çalışanın kusuru nedeniyle ortaya çıkan kötü sonuca bağlı olarak manevi zarara uğrayan herkes manevi tazminat istemiyle mahkemeye başvurabilir. Bu konuda Yargıtay bir kararında sağ doğmak kaydıyla, olay günü anne rahmine düşmüş olan ceninin de manevi tazminat talep etme hakkı olduğunu bildirmektedir.

“... Oysa manevi tazminat yalnız çekilen acılara değil, çekilecek acılara karşılık da takdir olunur. Nitekim bu olaylarda sağ doğması kaydıyla olay gününde ana rahmine düşmüş çocuk yararına dahi böyle bir tazminata hükmedilmesi gerekmektedir. Gerçekten küçük davacılar yaşları itibariyle olay günü acı çekme

³⁵⁸ Yargıtay HGK. 24.10.2001 T. 2001/4-1016 E.-2001/757 K. : “...manevi tazminatın bir taraf için zenginleşme diğer taraf için de fakirleşme aracı olarak görülmemesi gerekir.”, SAVAŞ, Nuriye, s. 167

*durumunda olmasalar bile ileride büyüdüğü zaman kardeşleri Cevahir'in bu şekilde kaybindan ötürü bir ızdırıp duyacakları muhakkaktır. O halde adları geçen davacılar yararına da tazminat takdiri gerekirken isteklerinin belirtilen gerekçe ile reddine karar verilmiş olması bozmayı gerektirir.*³⁵⁹”

Tıbbi müdahale sonucunda oluşan bedensel zarar nedeniyle mağdura ödenecek maddi tazminat miktarının hesaplanmasında kaza ya da yaralanma gibi nedenlerle oluşan tüm bedensel zararlarda izlenen yol takip edilir. Zarar, beden gücü kaybı ya da ölüm olabilir. Her iki durumda farklı hesaplama yöntemleri kullanılsa da genel tazminat hesaplanması ilkeleri geçerlidir³⁶⁰.

2.7.1 BEDEN GÜCÜ KAYBINDAN DOĞAN ZARARLAR:

2.7.1.1 Çalışma Gücündeki Kayıp Oranının Tespiti:

Bedensel zarar sonucunda ortaya çıkan çalışma gücündeki kayıp oranı hesaplanırken başlıca iki yasal düzenleme esas alınır. Bunlardan *ilki Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğidir*. Yaşlılık sigortası kapsamındakilerin beden gücü kaybı hesaplanmasında ise, yönetmeliğin ilgili maddesi gereğince *Özürlülük Ölçütü, Sınıflandırması ve Özürlülere Verilecek Sağlık Kurulu Raporları Hakkında Yönetmelik* esaslarına göre hesaplama yapılır³⁶¹.

³⁵⁹ 4. HD. 12.10.1983 T. 1983/7784 E.-1983/8331 K., SAVAŞ, Nuriye, s.166

³⁶⁰ DEMİRBAZ, Adem, “*Bedensel Zararların Kapsamı ve Tazminat Hesapları*”, Sağlık Çalışanı-Hasta ilişkisinde Güncel Konular, Editör: Prof. Dr. Nazmi ZENGİN, Konya 2012, s. 131

³⁶¹ DEMİRBAZ, s. 131

Çalışma Gücü ve Meslekte Kazanma Gücü Kaybı Oranı Tespit İşlemleri Yönetmeliğine göre kişinin bedensel zarara uğradığı sıradaki uğraşı mesleği sayılır ve buna göre hesaplama yapılır.

2.7.1.2 Beden Gücü Kaybı Zararlarının Kapsamı ve Tazminat

Hesabı:

Diğer tüm haksız fiil ya da hukuka aykırı eylemlerin sonucunda oluşan zararlar gibi tıbbi müdahale hatası sonucunda ortaya çıkan bedensel zararlarda da TCK m. 89' da tanımlanan; *duyulardan veya organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflaması, duyulardan veya organlardan birinin işlevinin yitirilmesi ve konuşmada sürekli zorluk veya konuşma yeteneğinin kaybolması, yüzde sabit iz oluşması veya yüzün sürekli değişikliğe uğraması, iyileşme olanağı bulunmayan bir hastalığa yakalanma veya bitkisel hayata girme yahut çocuk yapma yeteneğinin kaybolması* hallerinde ceza hukuku açısından sorumluluğun doğacağı kuşkusuzdur. Ceza davalarında düzenlenen raporlarda tanımlanan zararların sonucunda beden gücü kaybı ve buna bağlı mutlak surette iş göremezliğin belirlenmesinde dikkate alınacaktır. Bu nedenle iş göremezlik raporlarının büyük bir titizlikle hazırlanması gereklidir³⁶².

Sürekli iş göremezlik tam ya da kısmi olabilir. Sürekli tam iş göremezlik durumunda kişinin bakıma ihtiyacı varsa tazminat tutarına bu gider de eklenir.

6098 sayılı Borçlar Kanununun 54. maddesinde tedavi giderleri, kazanç kaybı, çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan kayıplar, ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıplar bedensel zararlar olarak düzenlenmiştir.

³⁶² DEMİRBAZ, s. 133

2.7.1.2.1 Tedavi Giderlerinden Doğan Zararın Hesaplanması:

Bu kalem hesaplanırken tıbbi uygulama hatası sonrasında ortaya çıkan zararın giderilmesi için yapılan ve SGK tarafından karşılanmayan tedavi giderleri, bunların yanı sıra ulaşım, iletişim, refakat gibi kaçınılmaz giderlerden oluşan zararlar uzman bilirkişiler tarafından hesaplanır³⁶³.

2.7.1.2.2 Kazanç Kaybından Doğan Zararın Hesaplanması:

Tedavi ve iyileşme sürecinde çalışamamaktan kaynaklanan kazanç kaybının tazmini “geçici iş göremezlik” adı altında hesaplanmaktadır. Bu süreç zararın ortaya çıktığı andan yeniden çalışmaya başlanan ana kadar geçen süredir.

2.7.1.2.3 Çalışma Gücünün Azalması ya da Yitirilmesinden Doğan Kayıplar Nedeniyle Oluşan Zararların Hesaplanması:

Bu hesaplama yapılırken kişinin aktif olarak çalışacağı zamanki ortalama kazancına, pasif/emeklilik dönemindeki kazancı eklenir. Aktif dönem hesabı yapılırken yıllık ücret artışı %10 olarak hesaplanır. Ayrıca bu tazminat peşin olarak alınacağından toplam miktar üzerinden yapılacak %10 iskonto da göz önünde bulundurulur.

Çalışma gücünün kaybı geçici ise maddi tazminat miktarı hesaplanırken bu güç kaybı nedeniyle kişinin çalışmadığı gün sayısı esas alınmalıdır³⁶⁴.

2.7.1.2.4 Ekonomik Geleceğın Sarsılmasından Doğan Kayıplardan Kaynaklanan Zararın Hesaplanması:

³⁶³ DEMİRBAZ, s. 134

³⁶⁴ OKTAY, “Tıbbi Malpraktis Kavramı ve Sonuçları”

Tıbbi uygulama sonrasında kişinin güç kaybı olmamasına rağmen ortaya çıkan fiziksel zarar nedeniyle kazanç kaybı da yaşanabilir. Örneğin hatalı yapılan bir estetik girişim sonucunda görünümü değişen, çirkinleşen ve bu nedenle mesleğini yapamayacak olan kişinin güç kaybından söz edilemez. Ancak kişinin ekonomik geleceğinin sarsıldığı muhakkaktır. Bu hesap yapılırken zarar görenin bekar bir genç kız olması durumunda gördüğü zarar nedeniyle gelecekte evlenemeyeceği ve bu nedenle eş desteğinden yoksun kalacağı da göz önünde bulundurulur³⁶⁵. Bu durumda maddi zararın hesaplanması gerçekten son derece güçtür.

2.7.2 KİŞİNİN ÖLÜMÜNDEN DOĞAN ZARARLAR:

Ölüme neden olan tıbbi uygulama hatalarında maddi tazminat hesaplanırken Borçlar Kanunundaki ilgili hükümlere göre karar verilir. 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı BK m. 53'te ölüm halinde uğranılan zararlar şöyle tanımlanmıştır:

- Cenaze giderleri.
- Ölüm hemen gerçekleşmemişse, zararın doğmasından ölüme kadar geçen zaman içinde, tedavi giderleri ile çalışma gücünün azalmasından ya da yitirilmesinden doğan zararlar.
- Ölenin desteğinden yoksun kalan kişilerin bu sebeple uğradıkları zararlar.

Cenaze giderleri hesaplanırken kişinin dininin tüm gerekliliklerinin yerine getirilmesi için yapılan harcamalar belirlenir. Örneğin ölen İslam dinine mensupsa; cenaze yıkama, kefenleme, mezar kazma, defnetme, din görevlisi, cenaze yemeği,

³⁶⁵ DEMİRBAZ, s. 137

mezar taşı satın alınması ve bunun nakliyesi ile yerleştirilmesi, sonrasında okutulacak mevlid, dua ve yemekler cenaze masrafları içinde değerlendirilir³⁶⁶.

Ölüm nedeniyle tazminat hesaplaması yapılırken miras nedeniyle ortaya çıkan maddi kazanç göz önünde bulundurulmalıdır³⁶⁷. Destek tazminatı hesaplanırken ölenin geliri, yaşı, tarafların kusur durumları, hastanın ölümü ile hak sahiplerine ödenecek miras geliri, ölen hastanın erkek ya da kadın olması geride kalan eşin yeniden evlenme şansı gibi hususların dikkate alınır³⁶⁸.

Destekten yoksun kalma hesaplanırken destek görenin ölen ile yakınlığı ve sağladığı desteğin miktarı esas alınır. *Çocuklarına destek olan anne ya da babanın ölmesi* durumunda erkek çocuklara 18 yaşına kadar destek olacağı hesaplanır. Kız çocuklar için evlenme yaşı göz önünde bulundurularak kırsal kesim için 18 yaşına, kentsel kesim için 22 yaşına kadar destek hesabı yapılır. Eğer çocuklar yüksek öğrenim görüyorlarsa 25 yaşa kadar tazminat alır. Çocukların özürlü olması ve ebeveynin sürekli bakımına muhtaç olması durumunda tazminat ömür boyu olacaktır. Hesaplar ebeveynin gerçek kazancı üzerinden, eğer bu tespit edilemiyorsa asgari ücret üzerinden yapılır³⁶⁹.

Eşlerin birbirine destek olması durumunda hesaplama yapılırken, eşler arasında eşitlik ilkesi esas alınır. PMF yaşam tablosundaki bakiye ömür sürecinin yanı sıra evlenme şansı ve ihtimali de hesaba katılır. Evlilik dışı serbest ilişkide de aynı esaslar gözetilir. Ancak evlenme şansı daha yüksek hesaplanır³⁷⁰.

³⁶⁶ DEMİRBAZ, s. 139

³⁶⁷ REİSOĞLU, Sefa, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", İstanbul 2002, s. 181

³⁶⁸ ÖZTÜRKLER, Cemal, "Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları", s. 104 -105, Ankara 2008

³⁶⁹ DEMİRBAZ, s. 140

³⁷⁰ DEMİRBAZ, s. 143

Çocukların anne ve babalarına destek olmaları durumunda ise kural olarak çalışıp para kazanabilecekleri en erken yaş olan 18 yaşından itibaren aktif olarak çalışacağı süre, emekliliği ve ebeveynlerin ortalama yaşam süreleri hesaplanarak bir sonuca ulaşılır.

Ölüm nedeniyle *kardeşin ya da kan bağı olsun olmasın üçüncü kişinin* yoksun kalması durumunda da benzer ilkeler kullanılarak tazminat hesabı yapılır.

Nişanlıların birbirlerine destek olması durumunda ise geride kalan nişanlının destekten yoksun kalması söz konusuysa, yukarıda bahsedilen esaslar kadının üç yıl içinde, erkeğinse hemen evlenebileceği göz önünde bulundurularak hesaplama yapılmalıdır³⁷¹.

³⁷¹ DEMİRBAZ, s. 143

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ UYGULAMA HATASI DAVASI KARARLARININ BİLİRKİŞİ RAPORLARI AÇISINDAN İNCELEMELERİ VE DEĞERLENDİRMELERİ

3.1 BİLİRKİŞİ RAPORLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ:

Çalışmanın bu bölümünde 36 yüksek yargı kararı bilirkişi raporları açısından ele alınacaktır. Bilirkişi raporları ile ilgili değerlendirme ilk olarak karar metninin ardından tartışılacak, daha sonra elde edilen bulgular topluca değerlendirilecektir.

3.1.1. ÖRNEK KARARLAR:

KARAR 1:

“ 1 - Tıp mesleğini yürütmeye yasaca yetkili hekim, tıbbın uygulayıcısı olarak bütün faaliyetlerinde tıp biliminin kurallarını ve verilerini yanlışsız ve eksiksiz

uygulamak; mesleğinin özel görevlerine gereği ve yeteri kadar uymak; yasaların öngördüğü kuralları gözetmek ve böylece tıbbın amacını gerçekleştirmek zorundadır; aksi davranış sorumluluğu gerektirir.

2- Hastanın rızasının ya da ıstırar halinin varlığı, hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru ve hukuka uygun sayılmasını gerektirmez.

3- Hekim, hastanın daha az önemdeki bir hukuksal yararını tehlikeye ya da zarara sokarken, daha büyük değerdeki bir hukuki yararı ancak bu şekilde kurtara biliyorsa, hukuka aykırı davranışından söz edilemez.

4- Hastanın açık ya da zımni rızasının hukuksal yönden geçerli olabilmesi, o kişinin sağlık durumunu; yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bütün ayrıntıları ile bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması, iradesini baskı altında açıklamaması gerekir.

5- Hakim, olayların özelliğine uymayan, dayanakları gösterilmeyen ve özellikle kesinlikle saptanan maddi olgular karşısında inandırıcı olmaktan uzak bulunan Yüksek Sağlık Şurası raporu ve kanaati ile bağlı değildir.

Davacı avukatı; davalı doktorun dikkatsizliği yüzünden, muayene sırasında müvekkilesinin kızlığının bozulduğunu, durumun gazetelerde ilan edilip resimlerinin yayınlanarak müvekkilesinin teşhir edildiğini ileri sürerek 60.000 lira manevi tazminatın alınmasını istemiştir.

...

Hekim, tababeti yerine getirirken. tıbbi uygularken kişinin yaşamasını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi, gerektiğinde yan etkili tedavi yollarına, yeni usullere başvurulması gibi çeşitli konuları kapsamaktadır.

İşte hekim bu faaliyetlerde bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek ve geniş bir deyimle tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak zorundadır. Aksi halde hekim tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa, mesleğine gerektirdiği özel görevlere gereği ve yeteri kadar uymamışsa mesleki kusuru var emektir ki, bu eylem ve davranışı da hukuka aykırılık nedeniyle sorumluluğunu gerektirecektir.

Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü rızanın ya da ıstırar halin varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tababette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki, hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz. Keza hekim, hastanın daha az önemdeki bir hukuki menfaatini tehlikeye ya da zarara sokarken, daha büyük değerdeki bir hukuki yararı

ancak bu şekilde kurtarabiliyorsa hukuka aykırı davranışta bulunmamış olacaktır. Söz gelimi; anneyi kurtarmak amacıyla çocuğun düşürülmesi, sıhhatin korunması ve düzeltilmesine yönelmiş tedavi ve müdahaleler böylece hukuka uygun hale gelmektedir. (Dr. Köksal Bayraktar - Hekimin tedavi nedeniyle cezai sorumluluğu İstanbul 1972-Sayfa 71). Toplum yararının kişi yararına ağır bastığı durumlarda da kural aynıdır. Türk Doktrininde de üstün yarar görüşü olarak nitelenen bu görüşe rağmen, gerçekten zorunlu müdahale halleri dışında mağdurun rızasına önem verilmesi ile artık rıza teorisine dönüldüğü müşahade edildiğinden rıza konusu üzerinde kısaca durulmasında yarar görülmüştür. (Bayraktar - age - 73, 78 vd.)(Sulhi Dönmezer/Sahir Erman - Nazan ve Tatbiki Ceza Hukuku - Cilt (II - 56)(Çetin Özek - Hekim ve Hukuk, Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları - İstanbul Tıp Fakültesi Mecmuası - 1965- Cilt XXVIII, Sayfa -4, Sayfa 449). Çünkü olayımızda da tıbbi müdahale, açık olmamakla beraber zımni ya da mefruz rızaya dayanmaktadır.

Bayraktar'ın da belirttiği gibi, (age-83) kişinin hiçbir hakkı sınırsız değildir. Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayırık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bulunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuraldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile

sonuçlarını bilmesi, (Bayraktar - age - 125 vd.) bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibardır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukukun değeri olan bir rızadır. (Bayraktar-age79-80 ve orada anılan eserler) Hatta C. Musotto; daha ileri gitmekte ve "kişi, sosyal fonksiyonlarını önemli ölçüde aksatacak müdahalelere razı olmak yetkisine sahip değildir" demek suretiyle 3. bir şart ön görmektedir. (Bayraktar - age-80, dip not 64; 104) Rızanın geçerli sayılabilmesi için ayrıca, tıp mesleğinin bu çeşit müdahalelere cevaz vermesi yani bu konuda bir müdahaleye hekimin hakkı olması gereklidir. (Çetin Özek - agm - 455). Nitekim Umumi Hıfzısıhha Kanununun 70. maddesinde de rızanın aranacağı ilke olarak belirtilmiştir. O halde yukarıdaki açıklamalardan çıkan sonuca göre; hastanın rızası ve hekimin tıbbi müdahalede bulunma hak ve görevine sahip oluşu, sonucu ne olursa olsun tıbbi müdahalenin hukuku uygun olduğunun kabulünü gerektirmez. Türk hukukunda da kabul edilen ve yukarıda kısaca değinilen karma görüşe göre; hekim sağlıkla ilgili fiillerde, rızayı sağladıktan sonra tıp biliminin sınırları içinde hareket etmek yükümlülüğü altındadır ve hastanın rızasının kapsamına bağlı bulunmamaktadır.

Davamıza konu olan olay şöyledir. 13.7.1972 günü 1948 doğumlu (Y) karnındaki bir rahatsızlığı nedeniyle Sosyal Sigortalar Kurumu Buca Hastanesi Kadın Dahiliye servisine yatmıştır. Tedavisi sırasında davacı 19.7.1972 günü yine hastalanmış ve nisaiye mütehasssının ilgili olması nedeniyle, acele olarak ambulans ile aynı kurumun Tepecik Doğum Evine sevk edilmiş ve davalı hekim tarafından muayene edilmek üzere odaya alınmış ve Jinekolojik muayenesi sırasında davalı hekim tarafından rektal tuşe yapılmış bu sırada baş parmağı ile himene tazyik etmek suretiyle anüler olan kızlık zarının saat 6 hizasında yırtılmasına sebep olmuştur. Bu

yöne taraflar arasında uyuşmazlık konusu olmadığı gibi ayrıca dosyalar münderecatından, dinlenen tanıkların beyanından, davalının ikrarından, raporlardan ve özellikle Yüksek Sağlık Şurasının 26 Kasım 1973 gün 6663 sayılı raporundan anlaşılmaktadır.

Davalı aleyhine açılan ceza davası, Yüksek Sağlık Şurasının anılan raporundaki (hekimin kusurunun bulunmadığı) görüşüne dayanılarak beraatla sonuçlanmış ve müdahilin temyizi üzerine dava Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesince 1803 sayılı Af Yasası hükümlerince ortadan kaldırılmıştır.

Hukuk Hakimi de aynı rapordaki görüşe dayanarak tazminat davasını reddetmiş bulunmaktadır. O halde, bu davada öncelikle çözümlenmesi gereken sorun;

1) Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için gerekli şartların nelerden ibaret bulunduğu,

2) Hukuka uygunluğun sınırlarının,

3) Olayda, davalı hekimin taksirli davranışının bulunup bulunmadığının,

4) Yüksek Sağlık Şurası Raporunun her halükarda hukuk hakimini bağlayıp bağlamayacağına saptanması olmalıdır. Bu itibarla anılan yönler üzerinde kısaca da olsa durulmasında yarar vardır.

Doktrinde Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu için bazı şartların gerçekleşmesi öngörülmüştür. Bunlar sırasıyla;

A) Hekimin tıp mesleğini icraya kanunen yetkili olması,

B) Hastanın rızası bulunması,

C) Eylemin tıp biliminin objektif ve sübjektif sınırları içinde kalmasıdır.

İlk koşul olayımızda mevcuttur. Hastanın rızasının bulunması koşuluna gelince;

Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir deyimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar - age - 127 vdi. Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira, tuşe rektumdan yapılmıştır.

Nihayet, HUMK. hükümlerine göre hakim ancak, olayların özelliğine uyduğu, dayanakları gösterdiği, inandırıcı olduğu takdirde bilirkişi raporları ile bağlıdır. Bunun dışında bazı ayırık durumlar hariç hangi merci ve makam tarafından verilirse verilsin, anılan nitelikleri haiz olmayan bilirkişi raporları bağlayıcı sayılmaz. Yüksek

Sağlık Şurası raporu da bu niteliktedir. Çünkü rapor, gerekçeli ve inandırıcı değildir. Hekimin, muayenenin muhtemel sonuçlarını hastaya bildirip bildirmediği konusu üzerinde durulmamıştır. Kaldı ki ceza davasında kast bulunmadığından beraat kararı verilmiştir. Hukuk Hakimi Borçlar Kanununun 53. maddesine göre, bu beraat kararı ile bağlı değildir. İhmali davranış tazminat hükmedilmesi için yeterlidir. Bu ihmal ise, meslek kurallarına aykırı davranıştır.

- O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerini davacıya açıkça bildirdiği sabit olmadıkça davalı tazminatla sorumlu olacaktır Aksi düşüncelerle verilen karar anılan nedenlerle bozulmalıdır.”

(Y. 4. HD. 07.03.1977 T. 1976/6297 E.- 1977/2541 K.³⁷²)

Değerlendirme:

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 1977 tarihli bu kararı *sağlık hukuku esaslarının özeti* niteliğini taşımaktadır. Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşulları, hastanın rızasının yeri ve bilirkişi raporlarının genel özellikleri, yargılamadaki yeri sıralanmaktadır.

Bilirkişi raporlarıyla ilgili olarak yüksek mahkemenin dikkat çektiği unsur bundan sonraki incelemelerimizin de temelini oluşturacaktır. *Bilirkişi raporu ancak olayın özelliklerine uygun, dayanaklı ve inandırıcı ise yargı tarafından itibar edilecek özelliktedir. Bu özellikleri taşımayan raporlar her zaman itirazlara ve yüksek yargı tarafından kararın bozulmasına neden olmaktadır.*

³⁷² İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

KARAR 2:

"... Yüksek Sağlık Şurası' nın ilk raporunda ölümün acemice bir müdahaleden ileri geldiği belirtilmiş olmasına rağmen ikinci Şura raporunda ölüm sebebinin gerekçesiz olarak septisemiye bağlanmış olması bir çelişkidir. Davalı doktorun müteveffaya aletle müdahalede bulunduğu hakkında yeterli delil mevcut olduğuna göre Yüksek Sağlık Şurası raporları arasındaki çelişki halledilmeden ve kesin olarak verilmiş bulunan ilk rapor nazara alınmadan davanın reddini yasaya aykırı olduğu" gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

...

KARAR : 1 - Davacıların miras bırakanı Sabiha' nın düşük yaptıktan sonra plasenta (eş)in gelmemesi üzerine akrabaları tarafından kürtaj için davalı doktorun muayenehanesine götürülerek ücret ödenmek suretiyle kürtaj yaptırıldığı kürtajdan hemen sonra doktorun hastayı evine gönderdiği kanamanın durmaması ve hastanın sağlık durumunun endişe verici bir hal alması üzerine yine davalı doktora başvurulduğu bu defa doktorun serum reçetesi yazarak özel bir hastane ismi vermek suretiyle oraya gitmesini bildirdiği, burada yapılan seruma rağmen iyileşme olmaması karşısında hastanın devlet hastanesine götürüldüğü ve kısa bir süre sonra hastanede öldüğü dosyada bulunan belge ve sair delillerden açıkça anlaşılmaktadır.

2 - Otopsi raporunda rahim mukozası ve rahim adalesinin ileri derecede parçalandığı ve parçalarının yer yer koştığı ve bir elin parmakları seklinde saçaklı bir vaziyette harabiyete uğradığı, ölümün gerçek nedeni rahim mukozası ve rahim adalesinin ileri derecede parçalanarak harabiyete uğraması olduğu belirtilmiştir.

3 - Yüksek Sağlık Şurası' nın 29.5.1968 gün ve 6170 sayılı raporunun (3) numaralı bendinde, olayın cereyan ettiği şehirde mütehassıs tabip bulunan Devlet Hastanesiyle hususi hastane bulunduğuna göre bilinmeyen ve şüpheli şartlar içinde usule gelen gayri tam bir sıkıt vakasına bu gibi vakaların büyük ölçüde muhtemel ihtilatları düşünülmeden ve gerekli müddet yatakta müşahade altında tutmadan sağlık kurumları dışında müdahale edilmesinin tedbirsizlik olduğu ve yine aynı raporun (1) numaralı bendinde de mahallinde yapılan otopsi sırasında tespit edilmiş olan rahim içi ensicesindeki harabiyete göre yapılan müdahalenin dikkatsizce ve acemice yapılmış bir müdahale olduğu açıklanmıştır.

4 - Her ne kadar morg mütehassısı³⁷³ ile bilirkişi patolog tarafından düzenlenen 11.8.1965 günlü Adli Tıp Raporu ile Yüksek Sağlık Şurası' nın 28.5.1970 günlü raporlarında ölüm septisimiye bağlanmış ise de yukarıda ayrıntıları ile belirtilen olayların inkisafı ve özellikle otopsi sonuçları, ölümün davalı doktor tarafından tedbirsiz ve acemice yapılan kürtaj sonucu rahim mukozası ve adalelerinin ileri derecede harabiyete uğramasından ileri geldiğinin ve ilk nedenselliğin tedbirsiz ve acemice yapılan kürtaj ile bağlantılı olduğunun kesin delilleridir.

³⁷³ "Morg mütehassısı" tanımına bu kararda rastlanılmıştır. İlginç olan bu adlandırma kanımızca adli tıp hekimi ya da uzman olmasa bile adli tıp kurumunda çalışan, adli hekim olarak çalışan pratisyen hekim kavramlarını karşılamaktadır.

5 – Kaldı ki davalı doktorla müteveffa arasında kürtaj yapılması konusunda akdi bir bağ doğduğuna göre BK. nun 96. maddesi hükmü karşısında davalı doktor kendisine hiç bir kusur isnat edilemeyeceğini kanıtlamadıkça yaptığı işten doğan zararı tazmine mecburdur. 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 direnilmesi usul ve yasaya aykırı olduğundan direnme kararı bozulmalıdır.”

(Y. HGK. 28.06.1978 T. 1976/3596 E.- 1978/696 K.³⁷⁴)

Değerlendirme:

Olayda muayenehane koşullarında yapılan kürtaj sonrasında kanaması durdurulamayan hastaya kürtaji yapan hekim önerileri doğrultusunda önce özel bir sağlık kuruluşunda müdahale edilmiştir. Durumun kötüleşmesi üzerine başvuru devlet hastanesinde hasta yaşamını kaybetmiştir.

Otopside, yapılan girişim sonucunda rahmin duvarının parçalandığı görülmüştür. Alınan ilk Yüksek Sağlık Şurası raporunda da otopsi raporunda bildirilen görüş doğrultusunda dikkatsiz ve özensizce yapılan girişim nedeniyle hekim kusurlu bulunmuştur. Bu arada bir morg hekimi ve patoloğ hastanın septisemi sonucu öldüğüne dair rapor düzenlemişlerdir. Yine Şura tarafından düzenlenen ikinci raporda ise bu kez iki hekim tarafından hazırlanan son rapora itibar edilmiş ve hastanın septisemiden öldüğü, bu nedenle doktora atfi kabil kusur olmadığı bildirilmiştir.

³⁷⁴ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

Öncelikle kendisine başvuran hastaya müdahalede bulunan hekim yalnız girişimi sırasında değil sonrasında hastanın takibinde de özenli davranmak zorundadır. Hastaya yapılan girişim ve takibiyle ilgili olarak düzenlenmiş bir kayıt olmadığı gibi yapılan otopsi sonucunda elde edilen kesinlikle somut ve nesnel tek delil görmezden gelinmiştir. Hekim, müdahalesinde kusursuz bile olsa hastanın genel durumunu bozacak kadar bol miktardaki kanamaya müdahale etmeli, en uygun şekilde takibini sağlamalıydı. Kaldı ki hekim yaptığı girişimle rahme yaşamı tehdit edecek ölçüde büyük zarar vermiştir.

Hekim girişimi sırasında dikkatli olmalı ve böylesi bir zararın doğmasına meydan vermemeliydi. Ancak tüm dikkat ve özenine rağmen zararın doğması durumunda ise yaralanmayı zamanında fark etmeli ve hastayı en uygun şekilde tedavi etmeli ya da edilmesini sağlamalıydı. Bu koşullarda da hasta ölebilirdi ve yine hekimin sorumluluğu söz konusu olurdu ancak *kanımızca*, mevcut haliyle “*olası kast*” şeklinde bile değerlendirilebilecek ağırlıktaki ihmal, “*basit taksir*” haline dönüşecekti.

Olay *bilirkişi raporları açısından* bir kez daha *ele alınacak olursa*; bahsedildiği üzere *eldeki somut ve nesnel tek delil otopsi raporudur*. Burada da açıkça belirtildiği şekliyle *yaşamı tehdit eden yaralanma* söz konusudur. Hekimin kusurunu araştırırken daha sonra düzenlenen ve ölümü sepsisemiye bağlayan rapordan bile yola çıkılacak olsa *sepsiseminin sebebi sorgulanmalıdır*. “Enfeksiyona sebep olan mikroorganizmanın kana karışması” anlamını taşıyan *sepsiseminin ciddi bir sebep olmaksızın* tabloya eklenemeyeceğini ve *hastanın ölümüne neden olamayacağı sonucuna varmak için bir uzmanlık bilgisine ihtiyaç olmadığı açıktır*. Kişinin yaşamını sonlandıracak kadar ağır bu *enfeksiyon tablosunun nedeni de yapılan girişim* olmalıdır. Eğer enfeksiyonun önceden var olduğu savından yola

çıkılacak olursa da hekimin enfeksiyonu fark etmiş ve duruma uygun tedbirleri almış olması gerekirdi.

Kusurun uzmanlık bilgisi gerektirmeyecek kadar açık olduğu 1978 tarihli bu olayda Yüksek Sağlık Şurası' nın düzenlemiş olduğu rapor kuruma duyulan güveni sarsacak niteliktedir. Somut verileri görmezden gelinerek, nedenler incelenmeden adeta hekimi sorumluluktan kurtarma çabasıyla hazırlanmış rapor nedeniyle kurumun daha sonraki tarihlerde düzenleyeceği raporlara da gölge düşmüştür.

KARAR 3:

"...Davacılar vekili, karı koca olan müvekkillerinden Hüsniye' nin 7 aylık hamile iken rahatsızlandığını, davalılardan Dr. A.O.'nun sahibi bulunduğu Hastanesi' ne götürüldüğünü; burada davalı Dr. A.D.' nin muayenesi ile doğum yapacağını teşhis edildiğini ve aynı gün gece saat 2.00 sularında sancılarının artması üzerine hastanenin doğumhane kısmına alındığını ve yaklaşık bir saat sonra bir erkek çocuğunun dünyaya geldiğini, bir süre sonra çocuğun öldüğünü ve morga kaldırıldığını Dr. A.D.' nin bildirdiğini, aynı günün sabahı da ölümü belgeleyen ve Bursa Sağlık İşleri Müdürlüğü'ne yazılmış yazının hastane tarafından kendilerine verildiğini, mezarlığa götürmek için çocuklarını hastaneden aldıklarında çocuğun ölmeyip sağ olduğunun tespit edildiğini, davalıların paniğe kapılarak hemen çocuğu Bursa Tıp Fakültesi Hastanesi'ne sevk ettiklerini, doğumun akabinde küveze alınmaması ve 8 saat morgda kalması nedeni ile aynı günün gecesi saat 12.00 sularında tüm uğraşılara rağmen öldüğünü, davalıların gerekli özen göstermemeleri, ihmalleri ve mesleklerindeki acemilikleri nedeni ile olayın vukua geldiğini öne

sürerek, her bir müvekkili için 40.000.000 TL. manevi ve Hüsniye için 7.500.000 TL., Emrullah için 2.500.000 TL . maddi tazminatın ortaklaşa ve zincirleme davalılardan alınmasına karar verilmesini istemişlerdir.

Davalılar; hastanın muayenesinde elde edilen bulgularla erken doğum yapma zorunluluğunun tespit edildiğini, doğumundan sonra 25-26 haftalık doğan bebeğin yaşama şansının az olduğunu, prematüre servisi olan Fakülteye götürülebileceğinin hasta sahiplerine bildirdikleri halde kabul edilmediğini, bebeğin aspire edilip oksijen verilerek Anestezi ve Reanimasyon uzmanı tarafından tedaviye ve küveze alındığını, bu arada Dr. A.D.'nin bir iki saat dinlenmek üzere uyuduğunda Sekreter Nuray'ın telefonla bebeğin öldüğünü, ölüm raporuna ölüm nedeninin ne olacağını A.D.'den sorduğunu, onun da (immatürite) olabilir dediğini; sekreterin bu şekilde düzenlediği ölüm raporunun Dr. Ayşe ile Hastane Başhekimi yerine Dr. B.C. imzaladığını ve bebeğin dedeleri olduğunu söyleyen bir kişiye verildiğini, bebeğin hastaneden alınması istenildiğinde, Dr. E.G.'nin çocuğun yaşadığını hasta sahiplerine bildirdiğini, buna rağmen bir yanlışlık neticesi verilen ölüm raporuna davacılar dayanıp hazırladıkları senaryo ile hemen Mezarlıklar Müdürlüğü'ne başvurarak mezar kazdırıp gazetecileri de çağırarak artistik pozlar verip resim çektirdiklerini, bebeğin Fakülteye nakli hususunda Dr. E.G.'nin önerisine hasta sahiplerinin ısrarla karşı koyduklarını, bebeğin normal sağlık durumu nedeni ile yaşatılmadığını, bebeğin morga alınması gibi bir olayın olmadığını, tüm gerekli tıbbi müdahale ve tedavilerin yerine getirildiğini, kusurları bulunmadığını savunmuşlar, davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece; davalıların olayda tıbbi kusurları bulunmadığını belirten Yüksek Sağlık Şurası' nın raporuna dayanılmış, davanın reddine karar verilmiştir.

...

Hemen belirtelim ki, bu savunma kendi içinde çelişkileri taşıdığı gibi yargılamada toplanan delillerle de doğrulanmamıştır. Davalıların kabulünde olduğu şekilde prematüre bir bebeğin dünyaya getirildiği anlaşılmaktadır. Böyle bir bebeğin tıp verilerine göre prematüre servisine gecikmeden ve hemen gerekli özen ve dikkatle aktarılması kaçınılmaz bir zorunluluk olduğu çok açıktır. Kaldı ki davalılarda buna gerek görmüşler, yalnız hasta sahiplerinin bunu reddettiklerini savunmalarına dayanak yapmışlardır.

Yine davalılar savunmasından; Dr. A.D.' nin bebeği bırakıp uyuduğu, sekreterin sağlıksız ve bizzat dayanağı olmayan bebeğin öldüğüne dair sözlerine inanarak ve bebeği görme ihtiyacını dahi duymadan ölüm sebebini sekretere "immatürite" diye yazdığını ve ölüm raporunu imzaladığı ve hasta sahiplerine verildiği çok açık şekilde belirlenmiştir. Dr. A.D.' nin uyuması sırasında hastanın başında uzman bir doktorun bulundurulduğuna değinen savunma bölümü de kanıtlanmamıştır. Öte yandan, davalıların önerilerine rağmen Fakültede bulunan prematüre servisine bebeğin nakledilmesini hasta sahiplerinin karşı koydukları ve ölüm raporunu sekreteri kandırarak alıp hemen mezar yeri temin etmeye gittikleri şeklindeki savunmada hayatın olağan akışına, hayat deneyimlerine, tamamen aykırıdır, kabul edilemez. En önemlisi, insanlarda doğuştan var olan çocuklarını korumak, kurtarmak için her türlü çareye başvurma duygusuyla bağdaşmaz. Yine bu psikolojik bunalım içinde bulunan anne ve babanın sırf mizansen yaratmak amacıyla mezar yeri temin etmeye gitmeleri de hiç bir suretle düşünülemez. Dahası, bebeğin prematüre doğacağını davalıların anneyi ilk muayenelerinde anladıklarından böyle bir doğumun akabinde beklenilmeden gerekli özeni gösterip tedbirleri alarak prematüre servisine hemen göndermeleri hasta sahiplerinin iradelerine bağlı olmayıp bilakis davalıların vekaletin özenle ifa yükümlülüğünün içinde olduğunda

kuşku ve duraksama olmamalıdır. Tüm dosyadaki delil ve belgeler ile davalıların savunmaları ölmeyen bir bebeğe ölü raporu düzenlenip verildiğini tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun müdahale ve tedbirler alınarak bebeğin hemen prematüre servisine nakledilmediğini, aradan hayli zaman geçtikten sonra bebeğin Fakülteye gönderildiğini ve orada öldüğünü, böylece olayın bir kayıtsızlık ve kargaşalık içinde cereyan ettiğini çok acık bir şekilde doğrulamıştır. Şu durum karşısında, orta seviyede bir kimsenin yani tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutlak ihtimam ve özenin davalılarca gösterilmediği açık olup ihmal ve tedbirsizliklerinin kabulü zorunlu olmaktadır.

Hal böyle olunca, böyle bir olayın içerisinde yaşayan anne ve babanın ruh ve bedeni huzurlarının bozulmadığını düşünmek mümkün değildir. O nedenle, olayda belirlenen özel hal ve şartlar, duyulan elem ve acı göz önünde tutularak başka bir araştırmaya da gerek görülmeden evveleminde davacılar yararına manevi tazminat takdir olunup hükmedilmelidir.

Yine Mahkemece, Yüksek Sağlık Şurası' nın olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek dosyadaki delillere; özellikle davalılarca kabul edilen olgulara uygun düşmeyen yetersiz görüşlerini benimsemesi Usulün 275 ve ardından gelen maddeleri hükümlerine aykırıdır. Doktorun sorumluluğunu tayin ederken hakim; olayların özelliğine uymayan, dayanakları gösterilmeyen ve özellikle kesinlikle saptanan maddi olgular karşısında inandırıcı olmaktan uzak bulunan Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı değildir. Bütün bunların yanında, esasen 1219 sayılı Yasanın 75. maddesi tıbbi konularda Yüksek Sağlık Şurası düşüncesinin Ceza Mahkemesini bağlayacağı belirtilmiştir. Bu durumda, bu merciin görüşlerinin Hukuk Mahkemesini bağlayacağı da düşünülemez. Yasa hükmü bu doğrultuda olduğuna göre Usulün 276/II. maddesine dayanılarak Yüksek Sağlık Şurası' nın hukuk

davalarında, çözümlenmesi gerekli tıbbi sorunlar için seçilmesi ve düşüncesine başvurulması zorunlu bilirkişi kurulu olduğu da kabul edilemez.

Şu durum karşısında maddi tazminat yönünden; davalıların mesleki özen ve ihtimama ilişkin yükümlülüklerini şifa sırasında gösterdikleri az yukarıda açıklanan eksik eylemleri ile zararlı sonuç (bebeğin ölümü) arasında uygun illiyet bağının var olup olmadığı, eylemin niteliği itibariyle olayların doğal ve alışılmış (mutat) akışına, hayat deneyimlerine ve objektif ihtimallere göre, meydana gelmiş zarar türünden bir zararı doğurmaya elverişli olup olmadığı öncelikle saptanmalıdır. Bunun için Mahkemece, bebeğin nakledildiği Fakültede tutulmuş dosya ve kayıtlar varsa getirtilmeli dava dosyası ile birlikte Adli Tıp Büyük Kurulu' na gönderilmeli, dosyadaki iddia, savunma, tüm delillerin ve olayın gelişiminin verdiği kanaatle değerlendirilerek zararın meydana gelmesinde davalıların varlığı kanıtlanan mesleki ihmal ve tedbirsizliklerinin zararın (ölümün) meydana gelmesinde mutlak ve tek etken olup olmadığı konularında gerekçeli ve dayanakları yazılmış görüş istenmeli hasil olacak uygun sonuç çerçevesinde maddi tazminat yönünden de bir karar verilmelidir.

Hukuki nitelendirmede, maddi olgular ve delillerin takdirinde apaçık hataya düşülerek özellikle dosya içeriğine uygun düşmeyen Yüksek Sağlık Şurası raporu benimsenerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir.”

(Y. 13. HD. 04.03.1994 T. 1994/8557 E.- 1994/2138 K.³⁷⁵)

Değerlendirme:

³⁷⁵ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

Aktarılan olayda peş peşe yaşanan ihmallerin ördüğü zincirleme hata örgüsü sonucunda bebek yaşamını kaybetmiştir. 25-26 haftalık doğan, henüz gelişimini tamamlamamış bir bebeğin, olayın tarihi de göz önüne alındığında tıbbi destek olmaksızın yaşamasının neredeyse imkansız olduğu tartışmasız bir gerçektir.

Olayı ifadelerden yola çıkarak inceleyecek olursak; doğumu gerçekleştiren hekim prematüre doğan bebeği serviste bırakarak uyumaya gitmiştir. *Hekimin iddiası* bebeği serviste *bir anestezi ve reanimasyon uzmanının gözetiminde bıraktığı* yönündedir. İddiasının *doğru olduğunu kabul edersek* yapılan müdahale *tıbbin gereklerine uygundur*. Ancak *hekim bu iddiasını delillerle kanıtlanamamaktadır*. Öyleyse *iki ihtimal söz konusudur*:

İlk olarak davalı hekim *bebeği serviste gözetimsiz bırakarak gitmiştir* ki bu durumda *hem tıbbi hem de hukuki açıdan yükümlülüklerine aykırı* davranmış olur.

Diğer ihtimal ise; bebeği ilgili uzmana teslim etmiş ancak *bunu kayıt altına almamıştır*. Bu durumda da hekim kayıt tutma yükümlülüğüne aykırı davrandığı için *yasal yükümlülüğünü yerine getirmemiş* ve bunun sonucunda kendisi zarar görmüştür.

Davranışı her iki halde de kusurludur.

Olayın devamında telefonda kendisine bebeğin öldüğünü haber veren sekretere bebeğin genel durumuna uygun bir tanı söylemiştir. Davalının iddia ettiği gibi *bebek bir başka hekimin gözetiminde olsa idi rapor düzenleme sırasında sekreterin muhatabı o uzman* olurdu. Böylece kayıtlarla kanıtlanamayan ve kim olduğu bilinmeyen anestezi uzmanının aslında hiç olmadığı yönündeki düşünce kuvvetlenmekte, davalının ifadesi güvenilir olmaktan uzaklaşmaktadır. O zaman

hekimin bebeği tedavisiz bıraktığı, ölüm haberi geldiğinde bile gidip muayene etmediği açıktır.

Ardından sekreterin düzenlediği ve hekim tarafından imzalanan raporu *bebeğin dedesi olduğunu ifade eden birine* verdiği belirtilmektedir. Buraya kadar tartışılanlara eklenen *bir diğer yasal hata* da hazırlanan *raporun kim olduğu bilinmeyen birine, kimliği doğrulanmadan verilmiş olmasındır* ki bu da sağlık çalışanının sorumluluğunu gerektirir.

Sonrasında bebeğin aileye verilmesi sırasında olaya dahil olan, *uzmanlığının ne olduğu ve olaydaki rolü* karardan *anlaşılamayan* diğer doktor E.G. nin bebeğin *yaşadığını ve derhal bir fakülte hastanesine götürülmesi gerektiğini* söylediği anlaşılmaktadır. Yüksek mahkemenin de kararda vurguladığı üzere *bebeğin prematür olduğu ve desteğe ihtiyacı olacağı doğumun başladığı andan bellidir. Öyleyse* bu ifade doğru bile olsa *gecikmiş bir karar olduğu ortadır.*

Davalıların ifadelerinde birbirleriyle *elişen bir başka konu* da *bebeğin fakülte hastanesine sevk edildiği zamandır.* Bazı ifadelerde *doğumdan hemen sonra,* bazı yerlerde ise *aile bebeği almak istediği zaman sevk edildiği* fakat her iki durumda da *ailenin bebeği götürmeyi reddettiği* söylenmektedir. Bu noktada da *yazılı bir kayıt olmaması nedeniyle güvenilir veriye ulaşmak mümkün değildir.*

Tutarsız ve birbirleriyle çelişen ifadeler nedeniyle davalıların hem *sözlerine* hem de *doğru tıbbi müdahaleyi zamanında yaptıklarına olan güven* yitirilmektedir.

Olayda bilirkişi olarak görüşüne başvurulan *Yüksek Sağlık şurası* raporunda sağlık çalışanları kusursuz bulmuştur. Yukarıda değinilen *hususlar dikkate alındığında değerlendirmenin gerekçesiz ve hatalı olduğu açıktır.* Her ne kadar *doğum haftası nedeniyle bebeğin yaşama şansı düşük bile olsa hiçbir şey*

yapmaksızın bebeği serviste gözlemsiz bırakmak kusurlu bir davranıştır. Öte yandan davalıların iddia ettikleri üzere kontrolsüz bırakmamış bile olsalar kayıt tutma, bilgilendirme gibi yükümlülüklerini yerine getirmedikleri ve ortada bir görevi savsama durumu olduğu tartışmasıdır.

Yüksek mahkeme olayın, bilirkişi görüşü olmaksızın hayatın olağan akışı içerisinde, hakimin yaşam tecrübesi ile değerlendirildiğinde bile manevi tazminata hükmetmek gerektiğine karar vererek davalıların kusurlu olup olmadığının bilirkişiyeye görüş sorulması gereken bir konu olmadığına işaret etmektedir. Yalnız maddi tazminat hesaplanması için davalıların kusur oranlarının belirlenmesi maksadıyla Adli Tıp Kurumu tarafından yeni bir görüş alınması istenmiştir.

KARAR 4:

“...Devlet Hastanesinde yapılan guatr ameliyatı esnasında, bir saatlik ameliyatta 15 dakikalık oksijen kaldığının anlaşılması üzerine, oksijen tüpünün değiştirilmesi sırasında; oksijen tüpü yerine üzerinde karbondioksit yazısı ve CO2 rumuzunu taşıyan, rengi ayrı, vanası farklı olarak kırmızı olan karbondioksit tüpünün takılmasından bir süre sonra, hastanın dudaklarının morarması ile bu durumun fark edilmesi ve yapılan müdahaleye rağmen hastanın bu sebeple ölmesi şeklinde cereyan ettiği belirlenen olayda;

Ameliyattan önce anestezi işlerini bizzat hazırlayıp, ameliyat esnasında bulunup bizzat yapmak ve teknisyenlere nezaret etmekle görevli hastane Anestezi ve Reanimasyon Uzmanı Dr. Sanık Mehmet'in, bu görevlerin hiç birini yerine getirmemek ve baştan sona özensiz ve denetimsiz davranmakla, olayda asli kusurlu olması gerektiği, anestezi teknisyeni sanıklar Hüsniye ile Bediha'nın da anestezi cihazını ve ameliyat masasını ameliyattan önce kontrolle ameliyata hazır hale

getirmek, oksijen ve azot peroksit tüplerinin dolu olup olmadığını kontrol etmekle ve ameliyat esnasında değiştirilen oksijen tüpünü de bizzat değiştirmekle görevli oldukları halde, ameliyat öncesinde bunları yapmayarak bir saatlik ameliyatta 15 dakikalık oksijen kaldığını ancak ameliyat esnasında fark edip, kendileri yerine yetkisiz hizmetliye tüpü değiştirmek ve tüm ayırıcı özelliklerine rağmen kontrol etmemekle, sıfatları ve konumları itibariyle Uzman Dr. kadar olmasa da ağırlıklı ve büyük kusurlarının bulunduğu, tıbbi konularda Yüksek Sağlık Şurası'ndan kusurlu olup olunmadığı yönünden rapor alınması gerekli ise de, kusur oranları bakımından bu raporun bağlayıcılığı bulunmadığı gözetilmeden, nedenlerini de yeterince açıklamayan Yüksek Sağlık Şurası'nın sanıklara ayrı ayrı 3/8'er kusur izafe eden, hiç bir gerekçe gösterilmeden mücerret bir ifade ile 5/8 oranındaki kusuru da diğer sebeplerle sağlık personelinin kusur ve ihmaline izafe edilemeyecek diğer faktörlere bağlayan raporundaki bu kusur oranlarına dayanılarak ve yukarıda belirtilen oluş, sanıkların konumu ve tüm dosya münderecaatı değerlendirir şekilde Adli Tıp Kurumu'ndan yeni bir rapor alınmadan eksik soruşturma ile hüküm tesisi, Bozmayı gerektirmiş, müdahil Mustafa ile sanık Mehmet vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı isteme aykırı olarak (BOZULMASINA), 5.2.1996 gününde oybirliği ile karar verildi.”

(Y. 2. CD. 05.02.1996 T. 1996/268 E.- 1996/1025 K.³⁷⁶)

Değerlendirme:

Olayda ameliyat ekibinin özensiz ve dikkatsiz davrandığı son derece açıktır. Olay tarihinde ceza davalarında başvurulması zorunlu bilirkişi olan Yüksek Sağlık

³⁷⁶ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

Şurası da anestezi ekibini eş oranda (3/8) kusurlu bulmuştur. Geri kalan kusurun ise sağlık personeline bağlı olmayan sebeplerden kaynaklandığı ileri sürülmüştür.

Yargıtay bozma kararında, Yüksek Sağlık Şurası' nın ceza davasında görüşü alınması zorunlu bilirkişi olduğu ancak mahkemenin Şura raporuyla bağlı olmadığını vurgulamaktadır. Ayrıca kusurlu oldukları tartışmasız sağlık personeline verilen kusur oranları ve diğer etkenlere bağlı oldukları ifade edilen ancak bu diğer etkenler hakkında açıklama yapılmayan rapor, yüksek yargı tarafından hüküm kurmak için yetersiz bulunmuştur.

Görüşümüze göre de Yüksek Sağlık Şurası' nın raporu yukarıda tartışılan birçok raporda olduğu gibi gerekçelerin açıkça ifade edilmemesi, kusurlar ekipte yer alan eğitimi, yetki ve sorumlulukları farklı olan her bir sağlık çalışanı için, olay temelinde ve nedenleriyle birlikte somut olarak ortaya konulmaması nedenleriyle yetersizdir. Bu durumda bilirkişi heyeti tarafından yapılması gereken öncelikle, ekibi oluşturan tüm sağlık çalışanlarının görev ve yetki alanlarının, gerek tıbbi zorunluluklar gerekse de hukuksal sorumluluklar açısından net olarak tanımlanmasıdır. Ardından olayda sanıkların bu gerekleri yerine getirip getirmediikleri ele alınarak kusur oranlarının belirlenmesi gerekliydi.

KARAR 5:

“...Davacı, davalı hastanede koroner anjiyografi olduğunu, bundan birkaç gün sonra sağ bacağında şişme ve morarma meydana geldiğini, neticede yapılan anjiyografi sırasında davalı hastaneden hastane mikrobu kapıldığını ve

ayağının kesildiğini ileri sürerek 2.000.000.000 TL. maddi ve 10.000.000.000 TL. manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı, davacının şeker hastası olduğunu ve hastane mikrobu başka yerden kapmış olabileceğini savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, Yüksek Sağlık Şurası raporu esas alınarak davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Hükme esas alınan Yüksek Sağlık Şurası rapor ve ek raporunda ibraz edilen deliller tek tek ele alınıp irdelenmemiş, davacıya 25.3.1998 gününde davalı hastanede yapılan anjiyografi sırasında davacının hastane mikrobu kapıp kapmadığı ve bunun sonucunda ayağının kesilip kesilmediği, yapılan anjiyografi işlemi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı açıkça ortaya konulup tartışılmamıştır. Rapor gerekçesiz olup, hükme elverişli değildir. Öte yandan Yüksek Sağlık Şurası raporları ceza mahkemeleri yönünden bağlayıcı olup, hukuk hakimini bağlayıcı olacağına ilişkin bir yasal düzenleme de yoktur. Öyleyse 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 sonucuna göre karar verilmelidir. Bu hususun göz ardı edilerek yetersiz ve gerekçesiz Yüksek Sağlık Şurası raporu esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması, usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

(Y. 13. HD. 09.04.2002 T. 2002/1376 E.- 2002/3840 K.³⁷⁷)

Değerlendirme:

Şeker hastalığı da olan hastanın sağ bacağındaki şikayetleri koroner anjiyografinin yapıldığı yerde, girişimden iki gün sonra ortaya çıkmıştır. Nihayetinde

³⁷⁷ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

tedavi edilemeyip bacağı kesilmesiyle sonuçlanmıştır. Karardan anlaşıldığı üzere, bacadaki zararın oluşmasında etken mikroorganizma hastane enfeksiyonu etkenlerindedir.

Yaptığımız değerlendirmeye göre; söz konusu zarar ile yapılan girişimin arasındaki zamanının kısalığı bir yana, hasarlı dokudan izole edildiği anlaşılan mikroorganizmanın hastane dışı ortamlarda çok sık rastlanmaması ve bu nedenle “hastane mikrobu” olarak adlandırılması göz önüne alındığında Şuranın kararı birbiri ile çelişen ifadeler içermekte olup hatalıdır. Kaldı ki hastane enfeksiyonunun tanımı ve ne olduğu yalnızca konunun uzmanı kişiler için değil, temel tıp eğitimi almış olan tüm hekimler için son derece açıktır³⁷⁸. Bu nedenle konunun uzmanı hekimlerin görüşlerinin alındığı Yüksek Sağlık Şurası’ nın raporunda tartışma ya da çelişki yaşanması beklenmez. Üstelik davacının koroner anjiyografi incelemesine karar verilmesi aşamasında şeker hastası olduğu davalılar tarafından biliniyor olmalı ve duruma uygun önlemler alınmalıydı. Bu hekimin özen borcunun gereğidir.

Hastane enfeksiyonunun önlenmesi için gerekli tedbirlerin alınmış olduğu kanıtlanmış, ayrıca tedbirlerin alınmış olmasının yanı sıra zararın hemen fark edilmiş ve tedaviye derhal başlanması durumunda davalıların kusursuz olduğundan bahsedilebilirdi.

Ancak zararın nedeninin hastane enfeksiyonu olduğu tartışmasız ise unutulmamalıdır ki; hastane enfeksiyonları hiçbir zaman komplikasyon olarak kabul

³⁷⁸ AYGÜN, Gökhan; “Hastane Kaynaklı Salgınlar”, Klinik Gelişim s. 47-50, http://www.klinikgelisim.org.tr/kg_23_3/9.pdf

edilemez³⁷⁹. Ortaya çıktığında gerek hastanenin gerekse de tedaviyi yürüten hekimin sorumluluğuna gidilmelidir.

KARAR 6:

“... Trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen ölenin, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli sanık doktor İlker ile hemşire Hatice' nin uzun süre geçmesine rağmen zamanında ve yeterli kontrol-muayene ile ölemlde gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeniyle Yüksek Sağlık Şurasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kusurlu bulunduğunun belirtilmiş olması karşısında; dosya ile birlikte, ölen ile ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek suretiyle, Adli Tıp Kurumundan sanıkların tedavide kusur veya savsamalarının bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde yükletilen savsama niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyetin belirlenmesine yönelik olarak, sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin görüş alınarak; sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayı kaçınılmaz biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda, eylemlerinin görevi savsama suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yükletilen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etkili olduğu sonucuna varılması durumunda da taksirle ölüme neden olmak suçunu

³⁷⁹ ÖZTÜRK, Recep; “Hastane Enfeksiyonları: Sorunlar, Yeni Hedefler ve Hukuki Sorumluluk”, <http://www.rshm.gov.tr/enfeksiyon/dosya/hukuk20093.pdf>

oluşturacağı ve kusur oranlarına göre cezalandırılmaları gerekeceği gözetilmeden, eksik soruşturmayla görevi savsama suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırı ve sanıklar İlker, Hatice'nin temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden (HÜKMÜN BOZULMASINA), yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 11.2.2004 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

(Y. 4. CD. 11.02.2004 T. 2003/1064 E.- 2004/2055 K.³⁸⁰)

Değerlendirme:

Genel vücut travması olan bir hastanın serviste takip edildiği sırada öldüğü olayda servisin sorumlusu hekim ve o sırada çalışan hemşire hakkında görevi ihmal ve özensizlik iddialarıyla ceza davası açılmıştır. Yüksek Sağlık Şurası raporunda hekim ve hemşire, hastanın takibinde gerekli özeni göstermedikleri ve gelişen sorunlara zamanında müdahale etmedikleri için kusurlu bulunmuşlardır.

Yüksek mahkeme Adli Tıp Kurumu'ndan görüş istenmesi gerektiği kararını gerekçelendirirken Yüksek Sağlık Şurası raporunda eksik bulduğu noktaları sıralamaktadır. Yargıtay, olayın maddi unsurunun belirlenmesinde sanıkların görevlerinin gereklerini yerine getirip getirmediği, eğer savsama söz konusuysa bunun ölüm ile ilişkisinin olup olmadığının belirlenmesi gerektiğini belirttiği kararında ölenin takip ve tedavisi tıbbın gereklerine uygun yapılırsa bile ölümün kaçınılmaz olup olmadığının da bilirkişi raporunda yer alması gerektiğini vurgulamaktadır.

³⁸⁰ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

Burada bilirkişinin saptamalarına göre sanıkların suçu değişecektir. Yüksek Sağlık Şurası raporunda hekim ve hemşirenin hastanın takibinde ve genel vücut fonksiyonlarının kontrolünde ihmalleri olduğu görüşündedir.

Kanımızca, bu durumda Şuranın kusur konusundaki kararının görevi savsama olduğu açıktır. Savsama nedeniyle hastada serviste yattığı süre içinde gelişen tehlikeli durum fark edilememiş ve gerekli tedbirler alınamamıştır. Ancak yüksek mahkemenin haklı eleştirisi; “sanıklar takipleri düzgün yapsalardı ölüm yine de kaçınılmaz mıydı?” sorusuna cevap verilmemiş olmasıdır. Zira görevi savsama sonucu değiştirmeyecektiye sanıklar taksirle öldürme ile suçlanmayacaklardır. Ancak ortada bir ihmal söz konusu olduğuna ve hasta yaşamını yitirdiğine göre sanıkların takipleri gereği gibi yapıp zamanında müdahalede bulunsalardı bile ölümün kaçınılmaz olduğunun bilirkişi tarafından dosya incelemesi ile saptanmasının son derece güç olduğu düşüncesindeyiz.

KARAR 7:

“...Davacılar, davacılarından N.B.'nin eşi diğer davacıların da anneleri olan müteveffa N.B.'nin 25.2.1999 gününde aniden rahatsızlanarak B. Hastanesine getirildiğini, burada hastayı muayene eden davalılardan Dr. H.A.'nın üst solunum yolu enfeksiyonu teşhisi koymak suretiyle reçete yazıp hastayı evine gönderdiğini, murislerinin durumunun ağırlaşması üzerine 2.3.1999 gününde tekrar anılan hastaneye getirdiklerini, buradaki doktorların sadece oksijen sayımı yaptıktan sonra hastayı yatağı bulunmayan B. Kliniğine gönderdiklerini, burada murislerinin boynunda bir kitlenin varlığının tespit edilmesi nedeniyle tekrar B. Hastanesine

gönderildiğini neticede tüm davalıların gerekli ilgi ve özeni göstermemeleri ve başta yanlış teşhis koymaları nedeniyle murislerinin 03.03.1999 gecesinde saat 01: 00'de vefat ettiğini ileri sürerek her bir davacı için 10.000.000.000 TL. manevi, davacı eş için de 10.000.000.000 TL. maddi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemişlerdir. Davalılar, davacıların murislerinin ölümünde kendilerine atfedilecek herhangi bir kusur bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Ne var ki dosya içerisindeki 25-26 Ekim 2001 tarihli Yüksek Sağlık Şurası Raporunda davacıların murislerinin hastaneye ilk getirildiğinde bu hastayı muayene eden davalılardan Dr. H.A.'nın 2/8 oranında kusurlu olduğu kabul edilmiş, bundan sonra alınan gerek Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesinin 6.10.2002 ve gerekse Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun 5.6.2003 tarihli raporu ve 13.5.2004 tarihli ek raporlarında hic bir davalıya izafe edilebilecek kusurun bulunmadığı belirtilmiş olmasına rağmen Adli Tıp Kurumu Raporlarında davacıların murislerin ilk hastaneye getirildiği tarih itibariyle teşhisin doğru olarak konulması halinde tedavinin mümkün olup olmayacağı, hastanın kurtarılıp kurtarılamayacağı konusunda yeterli açıklık bulunmamaktadır. Yeri gelmişken hemen açıklamak gerekir ki doktor ile hasta arasındaki ilişki vekalet sözleşmesine dayalı bir ilişki olup vekilin müvekkiline karşı görevini ifa ederken bu görevi dikkat, özen ve sadakatle yerine getirme zorunluluğu vardır. O nedenle vekilin sorumluluğu işçinin sorumluluğu ile eşdeğerde tutulmuş ve vekilin en ufak kusurundan dahi sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Hal böyle olunca yukarıda açıklanan eksiklikler konusunda ve yine yukarıda vekilin sorumluluğuna ilişkin ilke ve esaslar da göz önünde bulundurulmak suretiyle mahkemece, üniversite kürsüsünden birisi kulak burun boğaz uzmanı olmak üzere üç kişiden mütevelli bilirkşi kurulundan kusura ilişkin olarak taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli açıklamalı rapor alınmalı, sonucuna göre bir karar

verilmelidir. Bu hususlar gözetilmeden Yüksek Sağlık Şurası Raporu ile Adli Tıp Kurumu raporları arasındaki çelişkiler giderilmeden bir kısım idari kararlarda esas alınmak suretiyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

(Y. 13. HD. 27.12.2005 T. 2005/13615 E.- 2005/19261 K.³⁸¹)

Değerlendirme:

Dava dosyasında biri Yüksek Sağlık Şurası, ikisi Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanmış üç adet bilirkişi raporu mevcuttur. Raporlardan ilki Yüksek Sağlık Şurası' nın hazırlamış olduğu ve hekimin kusurlu bulunduğu rapordur. Ardından Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesi ve Genel Kurulu tarafından hazırlanan raporlarda hekime atfedilecek kusur bulunmadığı kararına varılmıştır. Burada *yüksek mahkemenin haklı olarak dikkat çektiği nokta* ortada atlanmış bir tanı ve gecikmiş müdahale olduğudur. Yargıtay bilirkişinin inceleme yaparken yalnız tıbbi gerekliliklere değil, müdahalenin hukuka uygun olup olmadığına ilişkin yönlerde değinmesi gerektiğini, vekilin özen borcuna uygun şekilde davranılıp davranılmadığı sorusuna da cevap isteyerek bir kez daha vurgulamaktadır.

Kanımızca; yüksek mahkeme hastanın sağlık kuruluşuna ilk başvurduğu sırada üst solunum yolu enfeksiyonu tanısı almasından hareketle oluşturulacak yeni bilirkişi kurulunun birinin kulak burun boğaz uzmanı olmasını karara bağlamıştır. Bunun yanı sıra dikkat edilmesi gereken bir diğer husus incelemeyi yapacak kurulda yer alacak uzmanların seçimi yapılırken ölüm nedeninin de göz önünde bulundurulmasıdır. Böylece zararın oluştuğu sistemle ilgilenen uzmanlık dalında

³⁸¹ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

alışan bir akademisyenden de görüş alınarak, zararın nedeni ve müdahalede bulunan hekimlerin kusuru olup olmadığı daha doğru bir Şekilde açıklanabilecektir.

KARAR 8:

“...Davacının gözüne, davalı doktor tarafından, diğer davalı özel hastaneye ait ameliyathanede cerrahi müdahalede bulunulduğu uyuşmazlık konusu değildir. Davacı, doktor hatası nedeniyle, ameliyattan sonra gözünde kalıcı arazlar oluştuğunu ve irkinleştiğini ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davadan önce delil tespiti yoluyla Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Plastik Cerrahi Anabilim Dalı'ndan alınan 6.9.1996 günlü raporda, sonuç olarak davacının her iki gzkapağındaki görünüm kalıcı iatrojenik ektropion olarak değerlendirildiği belirtilmiş; yargılama sırasında alınan Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu' nun 2.11.1998 günlü raporunda ise, her iki alt göz kapağında ameliyat öncesinde mevcut torbalanmaların ameliyat sonrasında düzeltilmiş olduğu, alın ve st kapaktaki ameliyat öncesi durumun ameliyattan sonra eski travmalı halinden daha kötü olmadığı, o nedenle ameliyatı yapan hekime atfı kabil bir kusurun bulunmadığı açıklanmış; itiraz zerine Yüksek Sağlık Şurası tarafından düzenlenen 6.4.1999 günlü raporda da, ise, ameliyatı yapan davalı doktorun ameliyat öncesinde ve sonrasında tıbbın kural ve gereklerine uygun davranmadığı hastasına gereken özeni göstermediği ve böylece söz konusu zararlı sonuca yol açtığı gerekçesiyle,6/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. Görüldüğü üzere, yargılama sırasında alınan raporlar arasında, değerlendirmeler ve varılan sonuçlar açısından tam bir çelişki bulunmaktadır. Bilirkişi raporları arasındaki çelişkiler giderilmeden, bunlardan

birine itibar edilerek hüküm kurulamaz. Bu noktada hemen vurgulanmalıdır ki; Yüksek Sağlık Şurası, 11.4.1928 gün ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun' un 75. Maddesindeki açık hüküm nedeniyle, CMUK. nun 66/3. maddesi anlamında kendisine başvurulması zorunlu olan bir bilirkişi durumundaysa da, hukuk davalarında, HUMK 276/2. maddesinde öngörülen nitelikte, resmi bilirkişi değildir. Mahkeme, Yüksek Sağlık Şurası' na başvurup başvurmamakta serbesttir ve herhangi bir bilirkişi raporuyla bağlı olmadığı gibi, onun raporuyla da bağlı değildir (HUMK. madde 286). Bu durumda, somut olayda, raporlar arasındaki değinilen çelişkinin giderilmesine hukuken bir engel; eş söyleyişle Yüksek Sağlık Şurası raporuna mutlak surette itibar etme zorunluluğu yoktur. Öte yandan, anılan Şura raporunda, davalı doktorun 6/8 oranında kusurlu bulunduğu yolundaki sonucun hangi maddi verilere dayandırıldığı; hangi kusurlu davranışı, ihmali ya da mesleki hatası nedeniyle davacının zarar görmesine neden olduğu somut ve denetime elverişli bir biçimde ortaya da konulmamış, soyut bir değerlendirme yapılmakla yetinilmiştir. Bu haliyle de, raporun hükme esas alınmasına olanak yoktur. Hal böyle olunca, mahkemece yapılması gereken iş, uygulanan cerrahi müdahalenin göze ilişkin olması ve estetik yönünün de bulunması nedeniyle, üniversitelerin bu ana bilim dallarında görevli, konusunda uzmanlık sahibi başka bilirkişilerden oluşturulacak bir kurula inceleme yaptırılarak, cerrahi müdahaleden önce, müdahale sırasında ve sonrasında, böyle bir müdahale yönünden alınması gereken önlemler, hazırlıklar, yapılacak işlemler, müdahale sırasında ve sonrasında uyulması ve uygulanması gereken tıbbi kural ve ilkeler çerçevesinde, olması gerekenler ile davalı hekimin yaptıkları arasında bir farklılık bulunup bulunmadığının, varsa bunların nelerden ibaret olduğunun, davalının eylemiyle doğan zararlı sonuç arasında bilimsel bir nedensellik bağı bulunup bulunmadığının,

davalının kusuru varsa bunun oranının somut, dayanakları gösterilmiş ve denetime de elverişli bir şekilde saptanması, sonuçta ortaya çıkacak uygun duruma göre bir karar verilmesidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usule ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir.”

(Y. 13. HD. 09.05.2000T. 2000/1446E.- 2000/4438K.³⁸²)

Değerlendirme:

Olayda davacı, geçirdiği bir kaza nedeniyle hasar gören göz kapaklarının onarılması ve gözaltlarında oluşan torbaların alınması istemiyle başvurduğu hekimin hatalı cerrahi uyguladığı, bunun sonucunda zarar gördüğü iddiasıyla tazminat davası açmıştır. Dava dosyasında *üç adet bilirkişi görüşü* mevcuttur. Bunlardan *ilki*, delil tespiti sırasında *Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Plastik Cerrahi AD*.dan alınmış uzman görüşüdür. Bu görüşte ameliyat sonrası ortaya çıkan hasarın çift taraflı *iatrojenik* yani *tıbbi girişime bağlı* olarak ortaya çıktığı belirtilmiştir.

Daha sonra dava sırasında *Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu* tarafından hazırlanan raporda gözaltı torbalarının alınmış olduğu, göz kapaklarında ve alındaki görünümün ise ameliyat öncesinden farklı olmadığı gerekçeleriyle *hekim kusursuz bulunmuştur*.

Dosyadaki *son bilirkişi değerlendirmesi* Adli Tıp Kurumu raporuna davacının itirazı sonrasında başvuru olan *Yüksek Sağlık Şurası* tarafından hazırlanan rapordur. Bu raporda Şura, *doktorun ameliyat öncesi ve sonrasında tıbbin gereklerine uygun davranmadığını* belirterek hekimi 6/8 oranında *kusurlu* bulmuştur.

³⁸² İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

Burada dava öncesinde alınan *uzman görüş ve Yüksek Sağlık Şurası' nın görüşleri birbirini destekler niteliktedir. Üniversite Hastanesi tarafından hazırlanan raporda hastada meydana gelen zararın yapılan girişime bağlı olduğu kanaatine yer verilmiştir. Yüksek Sağlık Şurası da hekimi tıbbın gereklerine uygun davranmadığı için kusurlu bulmuştur. Ancak her iki raporda da olay temelli değerlendirme yapılmadığı, tıbbın gerekleri söz konusu girişim ele alınarak incelenmediği için hazırlanılan raporlar yüksek yargı tarafından yetersiz bulunmuştur.*

Bu davada da daha önce pek çok kararda tartışıldığı üzere bilirkişi raporlarının yetersiz bulunmasının nedeni olaya özgü değerlendirmelerin yapılmamış olmasıdır. *Oysa her iki uzman görüşünde de nedenler açıklanarak hatalar ortaya konmuş olsaydı mahkemenin soruları cevapsız kalmayacaktı.*

Kararda *dikkat çeken bir diğer özellik Yüksek Sağlık Şurası' nın hukuk davalarında resmi bilirkişi olmadığına yapılan vurgudur. Daha önce tartışıldığı üzere Yüksek Sağlık Şurası hukuk davalarında da resmi bilirkişi sıfatını taşımaktadır, ancak başvurusu zorunlu bilirkişi değildir. Yalnız bu kararında daha önce tartışılan karardan farklı olarak Şuraya başvurunun hakim tercihi olduğu ve hakim yalnız Şura raporuyla değil hiçbir bilirkişi raporuyla bağlı olmadığını belirten yüksek mahkeme yasal düzenleme ve öğretisi ile uyuşan bir ifade kullanmıştır.*

KARAR 9:

“...Dava, sezaryenle doğum ameliyatı sırasında hatalı anestezi uygulandığı ve bu nedenlerle ölüm gerçekleştiği iddiasına dayalı maddi ve manevi zararın

tazmini istemine ilişkindir. Davada, davalı hastanenin doğumun gerçekleştirilmesi amacıyla kendisine başvuran davacıyı, görevli doktorları aracılığı ile doğumu gerçekleştirmeyi üstlendiği açıktır. Uyuşmazlık, ameliyat sırasında anesteziyi yapan davalı doktorun hukuka aykırı bir eyleminin, kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

...

Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir tercih yaparken de hastasının ve hastalığının özelliklerini göz önünde tutmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı, en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de hasta, tedavisini üstlenen meslek mensubu doktorundan tedavisinin bütün aşamalarında mesleğin gerektirdiği titiz bir ihtimam ve dikkati göstermesini, beden ve ruh sağlığı ile ilgili tehlikelerden kendisini bilgilendirmesini güven içinde beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nın 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor sorumlu tutulmamalıdır.

Somut olayda, davacılardan Erdoğan'ın eşi ve diğer davacının annesi Sebile, davalı şirkete ait hastaneye dava dışı Dr. Muhsin tarafından operasyon gerçekleştirilmek için yatırılmış, davalı Dr. Aynur da bu ameliyata anestezi uzmanı

olarak katılmıştır. Ameliyat sırasında hastanın beyin fonksiyonları durmuş ve sonrasında vefat etmiştir. Davalı doktor hakkında açılan ceza davası 4616 sayılı Yasa gereğince ertelenmiş olduğuna göre, kesinleşmiş mahkeme kararı bulunduğundan söz edilemez. Mahkemece ceza davasında alınan Adli Tıp ve Yüksek Sağlık Şurası raporlarına dayanılarak sonuca gidilmiştir. Davalılar tarafından bu raporlara itiraz edilmesine rağmen, mahkemece bu itirazlar üzerinde yeterince durulmamıştır. Bu durumda, mahkemece davalıların ceza dosyasında alınan raporlara vaki itirazları üzerinde durularak üniversiteden konusunda uzman, anestezi ve kadın doğum hastalıkları uzmanlarının da bulunduğu üç kişilik bilirkişi heyetinden açıklamalı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, olayda davalı doktor ve hastanenin kusuru olup olmadığı belirlenip sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

(Y. 13. HD. 10.10.2006 T. 2006/10068 E.- 2006/13288 K.³⁸³)

Değerlendirme:

Olayda; ilk derece mahkemesi tarafından ceza davasının görülmesi sırasında alınan Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası' nın düzenlediği bilirkişi raporlarına dayanılarak tazminata hükmedilmiştir. Mahkemenin davalı tarafın raporlara itirazını dikkate almayarak hüküm kurması ise Yargıtay tarafından hükmün bozulmasına esas olarak kabul edilmiştir. Kararın dikkat çeken yanı iki bilirkişi raporuna da itiraz eden davalı tarafın isteğinin yüksek mahkemece değerlendirilerek yeni bir bilirkişi incelemesine karar verilmesidir.

³⁸³ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 17.00

Bilirkişi incelemesine karar vermek ve hazırlanan raporu dayanak olarak hüküm kurmak her ne kadar *hakimin takdirindeyse* de Yargıtay'ın, hakimin rapora yapılan *itirazları dikkate alması* ve böylece *her iki taraf için de güvenilir, kabul edilebilir bir karar* oluşturulması gerektiği yönündeki görüşü aktarılan olayda gözlenmiştir.

KARAR 10:

“Mahkemece, Adli Tıp ve Yüksek Sağlık Şurası raporlarına dayanılarak davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı başka şikayetlerle gittiği doktora 2 aydır adet görmediğini söylemesine rağmen yaptırılan testte hamile olmadığı bildirilmesi ve brucella teşhisi üzerine yoğun ilaç kullandığını, 2 ay sonra gittiği doktora 4 aylık hamile olduğunu öğrendiğini, istemesine rağmen doktorların sağlıklı olduğu gerekçesiyle çocuğu almadıklarını ve elsiz bir bebek dünyaya getirdiğini ileri sürerek davalıların neden olduğu maddi ve manevi zararın tazmini için bu davayı açmıştır. Adli Tıp 3. İhtisas Kurulundan alınan raporda gebelik testi yapıldığında annenin 10-11 haftalık gebe olduğu, fetusta organ oluşumunun tamamlanmış ve bedenin tam olarak teşekkül ettiğini, kullanılan ilaçların elsizliğe ve bebeğin tahliyesine neden olamayacağı ve testin yapıldığı dönem itibarıyla yalancı negatiflik görülmesinin mümkün olduğuna dayanılarak davalıların kusurlarının olmadığı bildirilmiştir. Yüksek Sağlık Şurası raporunda Dr. İ.D. nin yeterli değerlendirme tetkikleri yapmadığını, ancak bebeğin ellerinde sakatlığın bundan kaynaklanmadığını, dahiliye uzmanı olan Dr. D. İ.'nin davacının vajinal yakınma üzerine kadın hastalıkları uzmanına göndermek yerine kendisinin ilaç yazdığını, göndermiş olsaydı gebeliğin daha önce saptanabileceğini, verilen ilaçlar ya da Brucella enfeksiyonunun bebekte oluşan sakatlığa etkisi

olmadığı, testin hangi seviyeden sonra gebeliği saptayabileceğinin raporla belirtilmesi gerektiğini, 10-11 haftalık gebelikte testin pozitif çıkması gerektiğini, değerlendirme hatası, kullanılan testin duyarlılığı, uygun koşullarda saklanması gerektiği, ayrıca anomalinin gebeliği sonlandırmayı zorunlu kılan bir sakatlık olmadığını, özel eğitimi olmayanların el yokluğunu ultrasonla saptayamayabileceğini, saptansa dahi 4 aylık bebeğin alınmasının mümkün olmadığını bildirmiştir.

2827 sayılı NPHK'un Gebeliğin Sona Erdirilmesi başlıklı 5. Maddesin 2. Fıkrasında 10 haftadan fazla gebeliklerdeki gebeliği sona erdirme hallerini belirtmiş, Rahim tahliyesi ve Sterilizasyon Hizmetlerinin Yürütülmesi ve Denetlenmesine ilişkin Tüzüğün 5. Maddesinde "Gebelik süresi 10 haftayı geçenlerde rahim tahliyesinin yapılmayacağı, bunun ancak Tüzük'e ekli 2 sayılı listedeki hastalıklardan birinin bulunması halinde ve kadın hastalıkları ve doğum uzmanı tarafından rahim tahliyesinin yapılabileceği, ekli 2 sayılı listede yer alan M-Enfeksiyon hastalıkları bölümü 5. Maddesinde "Brucella ve diğer ağır kronik enfeksiyonlar" şeklinde Brucella hastalığının gebeliği sona erdirme hallerinden biri olarak kabul edildiğinin açıkça belirtilmiş olduğu, davacı tarafça bu hususun ileri sürülmüş olmasına rağmen mahkemece bu konu ile ilgili hiçbir değerlendirmenin yapılmamış olduğu görülmektedir. Hal böyle olunca mahkemece yeniden üniversiteden seçilecek kadın doğum uzmanı ile biyokimya uzmanından oluşturulacak bilirkişi heyetinden ilgili kanun ve tüzük de gözetilmek suretiyle davalıların eylemleri ile sonuç arasındaki illiyet bağı gözetilmek suretiyle kusurları olup olmadığı hakkında değerlendirmeler yapılarak yeniden rapor alınarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken davacı tarafın itirazları giderilmeksizin

yazılı şekilde ve yeterli olmayan Adli Tıp ve YÜKSEK SAĞLIK ŞURASI raporlarına dayalı olarak hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir.”

(Y.13. HD. 6.3.2008 T, 2007/13653 E-2008/3101K.³⁸⁴)

Değerlendirme:

Davada hakim ilk olarak Adli Tıp Kurumu'ndan görüş sormuştur. Dosyayı bilirkişi olarak değerlendiren 3. İhtisas Kurulu maddi unsuru tanımlarken gebelik testinin yalancı negatifliği ve söz konusu anomaliye Brucellanın neden olup olmayacağı üzerinde durmuştur. Sonuçta gebelik testinde yalancı negatifliğin ilk aylarda nadir olmayarak görülmesi ve elin gelişmemesinin Brucella ya da tedavisine bağlı olmayacağı görüşüyle davalıların kusursuz olduğu görüşüne varmıştır.

Burada bilirkişi olgudan ayrılarak, kendisine iki bağımsız bilimsel soru sorulmuş gibi davranarak raporunu oluşturmuştur. Oysaki bulunması gereken cevaplar; gebelik testi, Brucella tedavisi ve sonrasında gebeliğin takibinin davaya konu olan olgu ile kotarılarak aranmalıdır.

Bu açıdan bakıldığında Yüksek Sağlık Şurası raporunun yaklaşımı Adli Tıp Kurumu'na göre daha olgu temellidir. “Jinekolojik yakınmaları olan hasta zamanında bir kadın hastalıkları ve doğum uzmanına konsülte edilseydi, gebelik hastalığının başında teşhis edilebilirdi ve sorun doğmadan engellenirdi” şeklindeki görüş bu yaklaşımın sonucunda ortaya çıkmıştır. Öte yandan bebeğin bir elinin olmaması brucella enfeksiyonundan bağımsız olarak değerlendirilmiş ve bu anomalinin tek başına gebeliğin sonlandırılmasına neden olmayacağı yönünde görüş sunulmuştur. Burada yüksek mahkemenin haklı olarak dikkat çektiği nokta bebekte görülen

³⁸⁴ KICALIOĞLU, s. 177

anomali dışında annede brucella enfeksiyonu olmasının gebeliği sonlandırmak için yeterli ve yasal bir endikasyon³⁸⁵ olduğudur.

Sonuç olarak; yüksek mahkeme üniversite hastanelerinde görevli akademisyen kadın hastalıkları ve doğum uzmanlarından oluşan bir heyetten uzman görüşü alınması gerektiğini bozma kararında hükme bağlamıştır. Bu üçüncü bilirkişi raporunda da yaşananlar ve ortaya çıkan durum arasındaki nedensellik bağının bilimsel açıdan ortaya konmasının yanı sıra olgunun konuyla ilgili yasal düzenlemeler eşliğinde değerlendirilip görüş bildirilmesi istenmiştir ki kanımızca isabetli bir değerlendirmedir.

KARAR 11:

“...Olayla ilgili mahkemece Adli Tıp Kurumu’ndan alınan raporda davalı doktor tarafından yapılan biyopsi işleminin kişinin tedavisine yönelik hasta yararına yapılmış bir işlem olduğu; sol sural sinirin sütüre edilirken boğulmasının bu işlem sonrasında gelişen bir komplikasyon olarak değerlendirildiği, hekim eyleminin tıp kurallarına uygun olduğu belirtilmiştir. Şu durumda davalı doktorun kişisel kusuru olduğundan bahsedilemez. Davalı Dr. S. S. Hakkındaki davanın da esastan reddi gerekir.

³⁸⁵ Endikasyon; herhangi bir tıbbi işlemin, tıbbın gereklerine uygun ve tıp otoritelerince kabul edilen, yapılma nedeni.

Mahkemenin anılan yönü gözetmemesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

(Y 4. HD. 09.10.2008 T., 2008/8542 E-2008/11495 K.³⁸⁶)

Değerlendirme:

Dava konusu olayda bacadan kitle çıkarılırken komşuluğunda yer alan büyük sinirlerden biri zedelenmiştir. Dosyada yer alan tek bilirkişi raporu ADLİ TIP KURUMU 3. İhtisas Kurulundan alınan rapor olup davalının kusursuz olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Oysa rapor kendi içinde çelişen ifadeler içermektedir. Zira raporda ifade edildiği şekilde sinirin “sütüre edilirken/dikiş atılırken” zedelendiği anlaşılmaktadır. Öyleyse bu zarar ameliyat sırasında gelişmiş olup raporun devam eden ifadelerinde yer aldığı üzere sonradan ortaya çıkmış bir komplikasyon değildir. Kaldı ki her cerrahi girişimde müdahalenin yapılacağı yere göre büyük damar ve sinirlerin anatomik pozisyonları ve varyasyonları cerrahi ya da uygulamacı tarafından biliniyor olmalıdır.

Ayrıca raporun başlangıç cümlesinde girişimi yapan hekimin hastanın tedavisine yönelik, iyi niyetle ve yararı için davrandığının ek olumlu bir özellik gibi bahsedilmesi gereksizdir. Çünkü müdahalede bulunan tüm sağlık çalışanlarının hareketlerinin dayanağı hastanın iyiliği olup tüm hükümler niyet temel alınarak oluşturulursa idi suçların yalnız kasten işlenmiş hallerinin cezalandırılabilirliği olması gerekirdi.

Olayda kanaatimizce; kendi içinde çelişen ifadeler kullanıldığı özel ve teknik bilgiye sahip olmaksızın da anlaşılabilir rapora dayanılarak hüküm kurulması doğru değildir. Seçilebilecek en akılcı yol Adli Tıp Kurumu’ndan ek rapor isteyip

³⁸⁶ KICALIOĞLU, s. 57

durumun aydınlatılmasını sağlamak ya da davanın yeni bir bilirkişi tarafından incelenmesi ve maddi unsurun tanımlanabilmesi için somut verilere dayalı, açık ve tutarlı ifadeler kullanılan bir rapor hazırlanmasıdır.

KARAR 12:

Bacakta kırık nedeniyle başvurduğu hastanede ameliyat sonrası damar tıkanıklığı ve buna bağlı dolaşım bozukluğu gelişen davacının bacağı kesilmek zorunda kalmıştır. Bunun üzerine açılan davanın temyiz kararında:

“Mahkemece, K. Cumhuriyet Başsavcılığının 2005/8859 hazırlık sayılı dosyasında alınan Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 25.12.2006 tarihli raporunda sonuç olarak “post-op 8. Günde gelişen arteriyel iskeminin³⁸⁷ kemik kırığı sonucu endotelde³⁸⁸ oluşan hasara bağlı tromboz³⁸⁹ oluşmasıyla izah edilebileceği ve daha önce yapılan doplerde³⁹⁰ arterin açık bulunması nedeniyle yapılan işlemlerin tıbbi kurallara uygun olduğu” müteala edilmiş mahkemece bu rapora itibar edilerek hüküm kurulmuş ise de anılan rapor, hastaya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, olabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata, ihmal olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli

³⁸⁷ Arteriyel iskemi; atar damarlardaki kan dolaşımının bozulması nedeniyle bu damarların beslediği alanlarda meydana gelen hasar.

³⁸⁸ Endotel; damarların iç yüzünü döşeyen hücre tabakası

³⁸⁹ Tromboz; kan pıhtısı

³⁹⁰ Dopler; damarların değerlendirildiği bir ultrasonografik inceleme yöntemi

değildir. Bu rapora dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde... Üniversite öğretim üyelerinde kurulacak damar cerrahisi uzmanının da içinde yer alacağı konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, davacıya uygulanan tedavi ve ameliyatta davalı doktora atfi kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalı doktorun az yukarda açıklanan ilke ve esaslara göre kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”

(Y. 13. HD. 27.1.2009 T, 2008/14648 E-2009/689 K.³⁹¹)

Değerlendirme:

Maddi unsurun belirlenmesinde yardım istenen kurumun Adli Tıp Kurumu olduğu davada, bilirkişi raporunda davacının bacağına kesilmesine neden olan damar tıkanıklığının kırığa bağlı endotel zedelenmesi sonucu ortaya çıktığı bildirilmektedir. Bu raporun muhatabı eğer bir hekim olsaydı bilirkişinin ne demek istediğini anlayabilirdi. Zira bilirkişi raporunda; mevcut zarara hekim müdahalesinin neden olmadığı açıklanmaya çalışılırken tıbbi gerekçeler üzerleri örtülü bir şekilde yer almıştır. Bilirkişinin söylemeye çalıştığı şey; ameliyat öncesi ve sonrasında damarların durumunu değerlendirmek için yapılan özel bir inceleme olan doppler ultrasonografisinde damarların iyi olduğu, ancak özellikle büyük kemik kırıklarında daha sık karşılaşılan direk travmanın etkisinden bağımsız olarak gözlenen damar hasarının hastanın bacağına kesilmesine neden olduğudur.

³⁹¹ KICALIOĞLU, s. 58-59

Kuşkusuz bu rapor hakimin kafasında oluşan dava ile ilgili soruların cevaplarını vermek üzere hazırlanmıştır. Raporu okuyup buna göre hüküm oluşturacak kişi bir hukukçu olan hakimdir. Aynı şekilde yanlar da raporu okuduğu zaman yoruma gerek kalmaksızın kafalarındaki sorulara cevap bulabilmelidir. Bilirkişi raporu ancak bu şekilde güvenilirlik kazanabilir.

Yüksek yargı da aynı nedenle açıklayıcı ve nedensellik bağı ile ilgili değerlendirme isteyen ayrıntılı, yanlar, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık bir rapor alınması gerektiğine hükmetmiştir.

Olayda; eğer hazırlanan ilk raporda yukarıda bahsettiğimiz gerekçeler, hatta damar hasarının nasıl oluştuğuna ilişkin konuyu ana hatlarıyla hakim, mahkeme ve yanların anlayacağı bir ifade kullanarak açıklanmış olsaydı ve hekimin olayda gerekli özeni gösterip göstermediği açıkça yer alsaydı ikinci kez bilirkişi incelemesine gerek kalmayacaktı. Böylece yargılama sürecinde zaman ve para kaybı yaşanmamış olacaktı.

KARAR 13:

Davacının kalçasındaki kırık nedeniyle gittiği hastanede iki kez ameliyat edildikten sonra artık ayağının üzerine basabileceğinin söylendiği ve bunu takip eden süreçte gittiği başka hastanelerde aslında kırığın kaynamadığı, davacının ayağının üzerine basmasının durumunu kötüleştirdiğinin tespit edilmesi üzerine açılan davada:

“Davacının kalçasındaki kırık nedeniyle davalı üniversitenin Adana’da bulunan uygulama ve araştırma Merkezine müracaat ettiği diğer davalı doktor

tarafından muayene ve kontrolünün yapılarak 1.8.2003, 1.9.2003 ve 22.10.2003 tarihlerinde ameliyat edildiği, yapılan kontroller sonunda davalı doktor tarafından düzenlenen 11.6.2004 tarihli raporda davacının kalçasındaki kırığın kaynakığının ve tam yükü ayağının üzerine basmasının tavsiye edildiği ve raporun başhekim tarafından da imzalandığı anlaşılmaktadır. Ne var ki davacının daha sonra başvurduğu Ç.Ü. Tıp Fakültesi tarafından düzenlenen raporda davacı hastanın kırığında kaynamanın bulunmadığı ve üzerine ağırlık vermemesi gerektiği bildirildiği gibi, davalı Üniversitenin Ankara'da bulunan hastanesinden alınan 27.7.2004 tarihli raporda da hastanın kırığının kaynamadığı ve sol ayağının üzerine basmamasının tavsiye edildiğinin bildirildiği görülmektedir. Mahkemece hükme esas alınan ADLİ TIP KURUMU raporunda davacının ameliyatının ve davalı doktorun yaptığı diğer tedavilerin tıp kurallarına uygun olduğu belirtilerek mahkemece sorulan diğer hususlarda da görüş bildirmeye mahal olmadığı bildirilmiştir.

Davacının bu davadaki talebi, davalılar tarafından kırık kaynamaması ve ayağının üzerine basmaması gerekmesine rağmen yanlış bilgilendirildiği ve oyalandığı için maddi ve manevi zararının oluştuğu iddiasına dayalı tazminat istemidir. Dosyada bulunan bilgi belgeler incelendiğinde hükme esas alınan ADLİ TIP KURUMU raporunun soyut ve gerekçesiz olup iddialarını karşılamaktan uzak ve hükme esas alınamayacağı anlaşılmaktadır. Bu itibarla mahkemece davalı üniversite dışındaki diğer üniversitelerden konusunda uzman bilirkişilerden oluşturulacak uzman bilirkişi kurulundan dosya içinde bulunan ve az yukarıda belirtilen raporlar da dikkate alınmak suretiyle taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak sonucuna göre hüküm kurulması gerekir.”

(Y. 13. HD. 9.2.2009 T, 2008/9605 E-2009/1324K.³⁹²)

Değerlendirme:

Davaya konu olan yalnızca hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tıbbin gereklerine uygun olup olmaması değildir. Aynı zamanda hekimin tıbbi müdahale sonrasında, hastanın iyileşmesi aşamasındaki görevlerini yerine getirip getirmediğidir.

Hekimin vekalet ilişkisi içinde bulunduğu hastasına karşı en önemli yükümlülüğü özen yükümlülüğüdür³⁹³. Hekim tanımlanan tüm diğer yükümlülüklerini yerine getirirken özenli davranmakla yükümlüdür. Bir hastalığın iyileştirilmesi sürecinde tanı koyma, tedavi ve takip bir bütündür. Bu aşamaların herhangi birinde özen yükümlülüğünün yerine getirmemesi hekimin sorumluluğuna neden olur.

Bu açıklamalar ışığında davalının yalnızca tıbbin gereklerine uygun bir ameliyat yapmış olması onun kusursuz olduğu anlamına gelmez. Aynı zamanda iyileşme sürecini takip etmeli, gerekli önerilerde bulunmalı ve iyileşmenin seyrine göre gerekirse yeni tedavi yöntemleri uygulamalıdır. Bilirkişi raporunda davalının uygun yöntem kullanarak ameliyatı yapmış olması ve sonrasındaki tedavi yöntemlerinde de bir hata olmamasından yola çıkılarak kusursuz olduğu bildirilmiştir. Tartışmasız olarak kabulü gereken; ortada davalı hekim tarafından düzenlenmiş ve hastanenin başhekimisi tarafından onaylanmış, daha sonra iki ayrı üniversite hastanesinden alınan raporlarla çelişen bir rapor olduğudur. Görünen o ki; bilirkişi değerlendirmesinde diğer iki raporu yok saymış yalnızca davalı tarafından düzenlenen raporu esas almıştır.

³⁹² KICALIOĞLU, s. 67-69

³⁹³ HAKERİ, s. 408

Olayda; bilirkişi kurumu iki noktada hatalı davranmıştır. İlki; hastayı iyileştirmeye yönelik girişimi cerrahi müdahaleden ibaret sayıp, iyileştirme sürecini bir bütün olarak görmeyen yaklaşımıdır. İkincisi ise; mahkeme tarafından kendisine yöneltilen soruları cevapsız bırakması, hatta cevaplamayı açıkça reddetmesidir. Bu tutumu ile bilirkişi kurumu güvenilirliğini ve açıklığını yitirmektedir. Yüksek yargı yerinde kararıyla yeniden bilirkişi incelemesi istemiş, tercihini de üniversite hastanelerinde görevli uzman hekimler lehine yapmıştır ki kanaatimizce bu da yerinde bir tutumdur. Çünkü dosyada yer alan iki farklı üniversite hastanesi tarafından düzenlenen raporda iyileşmenin olmadığı yönünde görüş bildirilmiştir.

KARAR 14:

Doğumun hemen sonrasında ölen bebeğin yakınları doğumu yaptıran hekime karşı özensiz tıbbi müdahale iddiasıyla ilgili idari mahkemede dava açmıştır. İdare mahkemesi hekimi kusurlu bulmuş ve kamu görevlisi olması nedeniyle Sağlık Bakanlığının manevi tazminat ödemesine hükmetmiştir. Aşağıda aktarılacak karar idarenin tazminatı hekime rücu etmek üzere açtığı davanın temyizine ilişkindir.

“Davacı idare, davalının hekimlik görevini yürütürken gerekli özeni göstermemesi sonucu dava dışı N. Kılıç ve C. Kılıç tarafından Sağlık Bakanlığı

aleyhine O. Doğum Hastanesinde yeni doğan bebeklerinin ölümü nedeniyle hizmet kusuruna dayalı olarak açılan tazminat davasında idarenin manevi tazminat ödemesine karar verildiğini ve anılan şahıslara ödeme yapıldığını belirterek ödediği tazminatın rücu tahsilini istemiştir. Mahkemece, iki çocuk hastalıkları uzmanı doktor ve bir hukukçu bilirkişiden alınan raporlar doğrultusunda istem reddedilmiştir.

Olayla ilgili olarak üçüncü kişiler tarafından O. İdare Mahkemesinde Sağlık Bakanlığına karşı açılan tazminat davasında ADLİ TIP KURUMU'ndan alınan raporda olay tüm yönleri ile açıklanıp “ölen bebekte herhangi bir anomali bulunmadığı, acil müdahale edildiğinde kurtulma ihtimali bulunduğu, acil müdahaleye karar vermeyen hekimin kusurlu olduğu” belirtilmiş ve bu nedenle idarenin hizmet kusuru olduğu gerekçesiyle Sağlık Bakanlığı tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.

Eldeki davada alınan bilirkişi raporları Adli Tiptan alınan rapor gücünde olmadığı, çocuk hekiminden alındığı anlaşılmaktadır. Hükme dayanak yapılan doktor bilirkişi raporunun sonuç kısmında zararın davalıdan alınmasının haksız olabileceği, doğum öncesi kontrollere gelmeyen çocuğun ailesinin de hatalı olduğu belirtilmiştir. Oysa yukarıda ifade edilen ADLİ TIP KURUMU raporunda acil müdahaleye karar vermeyen hekimin yani davalının özensizliği belirtilmektedir. Şu durumda davalı sorumlu tutulmalıdır. Ancak, olayın gelişimi ve diğer olgular gözetildiğinde tazminattan indirim yapılarak kısmen hükmedilmesi gerekirken davanın tümünden reddi dosya kapsamı ile usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”

(Y 4. HD. 25.11.2001 T. 2004/5153 E,-13368K.³⁹⁴)

Değerlendirme:

Kusurlu olan hekimin kamu görevlisi olması nedeniyle idare mahkemesinde açılan davada görüşü alınan Adli Tıp Kurumu ayrıntılı olarak düzenlediği otopsi raporunda bebekte ölümüne neden olacak yapısal bir sorunun olmadığı belirtilmiştir. Ayrıca acil müdahale yapmayan hekimin kusurlu olduğu vurgulanarak mahkemenin dikkati bu yöne çekilmiş ve kusur ile ölüm arasındaki nedensellik bağı açıkça vurgulanmıştır. Böylece mahkeme tereddütsüz bir şekilde kararını vermiş ve tazminata hükmetmiştir. Bu davada usulüne uygun hazırlanmış, güvenilir bilirkişi raporu sayesinde doğru yargılama yapılabilmektedir. Rücu davasına bakan mahkemece istenen ve çocuk hastalıkları uzmanı hekimler ve bir hukukçu bilirkişi tarafından düzenlenen raporda yalnızca acil müdahalede bulunmayan hekimin değil aynı zamanda gebelik sırasında kontrollere gelmeyen ailenin de sorumlu olduğu, bu nedenle tazminatın bütün olarak hekime rücu edilmesinin hatalı olabileceği vurgulanmıştır.

Kanaatimizce; Adli Tıp Kurumu raporunu tamamen reddetmeyen bu rapor, bebek acil müdahale yapıldığı halde kurtarılamasaydı ve bu acil müdahaleye kusur atfedilmiş olsaydı göz önünde bulundurulmalıydı. Yargıtay'ın da kararında belirttiği gibi Adli Tıp Kurumu raporu kadar güçlü olmayan bu ikinci bilirkişi raporunun esas alınarak hüküm kurulmuş olması hatalıdır. Olayla ilgili bir başka görüşümüz; az evvel belirtildiği gibi, Yargıtay'ın tazminatta indirim kararının bebek acil müdahaleye rağmen kaybedilseydi ve yapılan müdahale kusurlu olması durumunda daha yerinde bir karar olacaktı.

³⁹⁴ KICALIOĞLU, s. 76-77

KARAR 15:

Burun tıkanıklığı şikayetiyle doktora giden davacı, hekimine yalnızca tıkanıklığı giderecek, burnun şekline müdahale edilmeyecek bir ameliyat yapması için onam verir ve rızasını bu yönde açıklar. Ancak burun ameliyatı sırasında şekline de müdahale edilir ve ameliyata bağlı şekil bozukluğu ortaya çıkar. Bunun onarılması amacıyla tekrar ameliyat olmasına karşın şekil bozukluğu düzelmeyen hasta hekime “bedenine istemi dışında müdahale yapıldığı” gerekçesiyle dava açar.

“1- Taraflar arasındaki uyuşmazlık doktor hata ve kusuruna dayalı olan tazminat, isteğine ilişkindir. Doktor hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu, tıbbi açıdan zamanında gecikmeksizin saptayıp, somut durumunda gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedavi yöntemini de gecikmeden belirleyip uygulamak, uygulama sırasında özen borcunu sonuna kadar yerine getirmek zorundadır. Hastanın meslek mensubu doktordan özen, titizlik, ihtimam ve dikkati bekleme hakkı vardır.

Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesinden rapor alınarak karar verilmiş ise de, Adli Tıp Kurumu raporunda “kurulca yapılan muayenesinde saptanan burna konan greftin³⁹⁵ hareketli olması ve konan yere tam uyum sağlamamış olmasının, burun dorsumundaki³⁹⁶ asimetri ve septumdaki³⁹⁷ deviasyonun halen devam ediyor olmasının birden fazla burun ameliyatı geçirmelerde görülebilecek

³⁹⁵ Graft; doku onarımı için kullanılan yama.

³⁹⁶ Dorsum; organın sırtı, dış yüzeyi. “Burun dorsumu”, burun çatısı/sırtını ifade etmektedir.

³⁹⁷ Septum; perde. “Burun septumu”, burnun delikleri arasındaki bir kısmı kemik bir kısmı kıkırdaktan oluşan perde/ayırıştır.

komplikasyonlardan olduğu, yapılan septorinoplasti³⁹⁸ operasyonuna bağlı olarak davalı hekimlerin kusurlu olmadığı” belirtilmiş olmakla, gerek davanın ilk ameliyatın hatalı olması iddiasına dayanması, gerekse burna konan greftin ikinci ameliyatta konulmuş olması dikkate alındığında, Adli Tıp raporunun yeterli olmadığı anlaşılmaktadır.

Hal böyle olunca, yukarıda açıklanan eksiklikler konusunda ve yine vekilin sorumluluğuna ilişkin ilke ve esaslar da göz önünde bulundurulmak suretiyle mahkemece, üniversite kürsüsünden en az biri kulak burun boğaz uzmanı olmak üzere üç kişiden oluşan bilirkişi kurulundan kusura ilişkin olarak taraf, mahkeme ve Yargıtay denetiminde elverişli açıklamalı rapor alınmalı, sonucuna göre bir karar verilmelidir. Mahkemece aksi düşüncelerle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”

(Y.13. HD. 16.9.2008 T, 2008/5617 E-2008/10667K.³⁹⁹)

Değerlendirme:

Söz konusu olay yukarıda incelenen dava ile benzerlikler içermektedir. Burada da bilirkişi son ameliyatı tıbbi uygunluk açısından incelemiş ve müdahalenin tıbbin gereklerine aykırı olmadığı gerekçesiyle hekimin kusursuz olduğu bildirilmiştir. Oysa burada da sağlık hukukuyla ilgili temel bir ihlal mevcuttur. Hekim hastasının rızası dışında bir müdahalede bulunmuştur. Her şey yolunda gitse

³⁹⁸ Septorinoplasti; hem burnun dış görünüşe hem de içinde yer alan kemik ayrıca müdahale edilen ameliyat

³⁹⁹ KICALIOĞLU, s. 82-83

idi bile yapılan tıbbi müdahale hukuka uygun olmayacaktı. Kaldı ki yukarıdaki dava özetinden net olarak anlaşılamayan bir sebepten kaynaklanan zarar ortaya çıkmıştır. Zararın giderilmesine yönelik yapılan ikinci girişim de başarısız olmuş, mevcut tıkanıklık giderilemediği gibi üzerinde şekil bozukluğu da eklenmiştir. Bilirkişi dosyayı değerlendirirken müdahalenin tıbbi gereklere uygun yapılıp yapılmadığının yanı sıra dosyada *aydınlatılmış hastanın neye rıza gösterdiği* bilgisine de ulaşmaya çalışmalıdır.

KARAR 16:

Doğum sırasında omuz takılmasına bağlı kalıcı sinir zedelenmesi nedeniyle doğumu yaptıran hekime ve hastaneye karşı açılan davada:

“Somut olayda, davacı Aytül’ün 13.4.1998 tarihinden itibaren hamilelik aşamasında davalı doktorun takibinde olduğu ve 19.8.1998 tarihinde doğum için de davalı doktora başvurduğu ve doktor kontrolünde doğum gerçekleştirildiği, doğum sırasında omuz distosisi⁴⁰⁰ nedeni ile küçükte obstetrik⁴⁰¹ kol paralizisi meydana gelerek sakatlandığı anlaşılmaktadır. Davamızda doğum sırasındaki arızanın meydana gelmesinde ve küçüğün sakat kalmasında davalı doktorun kusuru olup olmadığının saptanması gerekir. Mahkemece hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 19.11.2000 günlü raporunda, doktorun kişinin gebelik takibini özenli yapmış olduğu, doğumunda gebeyi sevk ettiği hastanenin ilgili şefi ile

⁴⁰⁰ Omuz distosisi; doğum sırasında bebeğin omzunun annenin kalça kemiklerine takılması.

⁴⁰¹ Obstetrik; doğumla ilgili.

kollabere⁴⁰² ederek, hasta hakkında hekimin bilgilendirildiği, ve beraberce kişinin normal doğum yapabileceği endikasyonuna karar verdikleri ve doğum eyleminde usulüne uygun olarak, gerekli manevralarla 4500 gr. Ağırığında bebeğin doğumunun gerçekleştirildiği, her ne kadar bebekte obstetrik kol paralizisi meydana gelmiş olmakla beraber, hekime atfi kabil kusurun bulunmadığı bildirilmiştir. Ayrıca raporda, Kurulda kadın doğum uzmanı üye bulunmadığından 1. İhtisas Kurulu üyesinin davet edilerek son toplantıda karar verildiği açıklanmıştır. Yine raporda doğum sırasında olduğu bildirilen arızadan dolayı yaşına göre küçüğün son durumunun ne olduğu açık ve net olarak açıklanmamıştır. Adli Tıp tarafından, davalı doktorun beyanları esas alınarak, yapılması gerekenin ne olduğu açıklanmadan gerekçe ve açıklama yapılmadan, soyut ifadelerle rapor verilmiştir. Bu haliyle rapor olaya ışık tutacak ve hükme dayanak yapılacak nitelikte değildir. O halde mahkemece yapılacak iş; üniversitelerin ilgili anabilim dallarından ve özellikle kadın doğum uzmanlarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığıyla dosyadaki hastanede tutulmuş dosya ve kayıtlar, taraf savunmaları, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle, yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak ve böylece hasıl olacak sonuca uygun karar vermektir.”

(Y. 13. HD. 18.4.2005 T., 2004/15960 E.-2005/6528 K.⁴⁰³)

Değerlendirme:

⁴⁰² “Kollabere” kelimesiyle kararda ne anlatılmak istendiği anlaşılammaktadır. Kelimenin karşılığı olan bir tıp terimi bulunmamakla birlikte cümlemin genel ifadesinden çıkarılan anlam

“konsültasyon/danışma, aktarım” olarak değerlendirilmiştir.

⁴⁰³ KICALIOĞLU, s. 82-82

3. İhtisas Kurulu dava dosyasını incelerken özenli davranmaya çalışmıştır. Olayın kadın doğum uzmanı görüşü gerektirmesi nedeniyle toplantıya diğer kurullardan uzman hekim davet etmiş, onun görüşünü aldıktan sonra raporu karar bağlamıştır. Öte yandan hekimin takip ve doğum işlemi sırasında yaptıklarının tıbbi gereklere uygunluğu hakkında görüş bildirirken nedenlerle ilgili aydınlatıcı bilgi verilmemiş, raporda tıbbi terminoloji kullanılmıştır. Bunun bir nedeni omuz takılması/distosisinin iri bebeklerin doğumunda sıkça karşılaşılan bir sorun olması ve bunun uzmanlık alanı gerektirmese bile hekimlerin hemen hepsi tarafından bilinmesi olabilir. Bunlara ek olarak Yargıtay'ın dikkat çektiği önemli bir konu doğum sırasında gerçekleşen hasarın bugünkü durumu ve gelecekte nasıl bir gelişme beklendiğiyle ilgili bilginin raporda yer almamasıdır.

Sonuç olarak; bilirkişi karşısındaki mahkeme heyeti ve tarafların tıbbi bilgiye sahip olmadığını dikkate alıp günlük dil kullanılarak raporunu hazırlamalıydı. Ayrıca bilirkişi sakatlığın derecesi ve ileriki yaşama etkisinin hekimin sorumluluğunun değerlendirilmesi yanı sıra hükmedilecek tazminatın hesaplanması aşamasında da son derece önemli olduğunu aklından çıkarmamalıdır. Kanımızca; Bütün bunlar göz önünde bulundurularak, anlaşılır ve değerlendirmeye açık bir rapor hazırlanmış olsaydı yargılama süresi kısılacak, maliyet de düşecekti.

KARAR 17:

İnmemiş testis nedeniyle ameliyat edilen çocuğun ameliyat sonrasında ölmesi nedeniyle ailenin hekime açtıkları davanın temyiz kararında:

“...Dosyada mevcut Ş. Cumhuriyet Başsavcılığının 2003/36067 soruşturma sayılı dosyasında alınan Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun 30.03.2005 tarihli raporunda sonuç olarak “küçüğün ölümünün genel anestezi uygulaması sonrasında gelişen akciğer ödemeine bağlı solunum yetmezliğinden ileri geldiği yine aynı dosyada alınan 3. İhtisas Kurulunun 19.10.2005 tarihli raporunda “küçüğün operasyona hazırlanmasında gerekli tetkik ve incelemelerin yapılmış olup seçilen anestezi metodunun yerinde olduğu, kullanılan anestezi maddelerinin de uygun doz ve nitelikte oldukları, her ne kadar 45 dk. kadar süren operasyonlarda entübe⁴⁰⁴ edilerek ventilasyon⁴⁰⁵ sağlanmasının tercih edilen bir uygulama olmasına rağmen maske ile ventilasyonun kısa süren operasyonlarda tercih edildiğini, ancak bu tür uygulamanın da anestezi prosedüründe kontrendike⁴⁰⁶ olmadığı” mütalaa edilmiştir. Yargılama sırasında alınan 07.04.2008 tarihli bilirkişi raporunda ise ameliyat öncesi yapılan tetkiklerin yeterli sayılabileceği, ancak, çocuğun sıkça hastalandığı ve aynı hastanede takip edildiği düşünülürse takip eden çocuk doktorundan ameliyat öncesi bir konsültasyon istenebileceği, bunun dosyadan anlaşılamadığı, laboratuvar analizlerinde pek çok testin normal sınırlar dışında olduğunun doğru olduğu, bu konudaki soru işaretleri için çocuk hastalıkları uzmanı bir hekimden görüş alınmasının uygun olacağı, ameliyat öncesinde çocuğun doğumundan ölümüne kadar olan dönemde sıkça hastalanması ve bu hastalıkların bir kısmının akciğer kaynaklı olması nedeniyle davacı tarafın neden akciğer filmi istenmediği sorusunu yöneltme gereği duymasına yol açtığı, bu konuyla ilgili de yine çocuk hastalıkları uzmanı bir hekimden görüş alınmasının uygun olacağı, olayın bronkospazma⁴⁰⁷ bağlı olduğu düşünüldüğünde neden bronkospazmın bu denli tedaviye yanıtız ve ölümcül

⁴⁰⁴ Entübasyon; solunumu duran kişide üst solunum yollarına konulan bir tüp yardımıyla dışarıdan solutulmaya devam edilmesi.

⁴⁰⁵ Ventilasyon; solunum

⁴⁰⁶ Kontrendike; yapılmaması gereken girişim, uygulama.

⁴⁰⁷ Bronkospazm; hava yollarının kasılması.

seyrettiğini anlamanın güç olduğunu, bu konuda da çocuk hastalıkları uzmanı bir hekimden görüş alınmasının uygun olacağı, hastanenin yoğun bakım ünitesi bulunmadığı anlaşıldığından yoğun bakım ünitesi bulunmayan bir hastanede ameliyat yapılmasının sakıncalı olduğu, sonuç kısmında da mevcut kanıtlara dayanılarak hastanın hata ve ihmale bağlı kaybedilip kaybedilmediği hakkında görüş bildirilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. Bu olgular karşısında, mevcut raporlar olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir. Bu raporlara dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde mahkemece ölen çocuğun davalı hastanede yapılan ameliyat ve tedavilerine ilişkin tüm belgeler, ameliyat ve tabela kağıtları, epikriz ve raporlar ve tüm dosya birlikte gönderilip, Üniversite Öğretim Üyelerinden oluşturulacak, Çocuk hastalıkları Uzmanı ve Anestezi Uzmanının da içinde yer alacağı konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, yapılan ameliyat ve sonucunda meydana gelen ölüm olayında davalılara atfi kabil bir kusur olup olmadığı konusunda nedenleri açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalıların kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir.”

(Y. 13. HD. 4.6.2009 T, 2009/1774 E-2009/7756 K.⁴⁰⁸)

Değerlendirme:

İncelenen davada üç bilirkişi raporu yer almaktadır. Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulunun düzenlediği rapor küçüğün otopsisini içermektedir. Bu raporda ölüm nedeni akciğer ödemi olarak belirtilmiş, bu tablonun genel anestezi sonrasında geliştiği söylenmekle beraber yöntem ve ölüm nedeni arasındaki nedensellik bağı net

⁴⁰⁸ KICALIOĞLU, s. 125-128

olarak ifade edilmemiştir. Zira genel anestezi sonrasında gelişen hastalık tablosu başka bir nedene de bağlı olabilir.

Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas kurulunun raporunda anestezi sırasında kullanılan yöntemin tercih edilen bir yöntem olmamasına karşın, geçerli tıbbi kurallara da ters düşmediği belirtilmektedir. Bu raporda da ölüm ve kullanılan anestezi yöntemi arasındaki nedensellik bağı net olarak ortaya konmamakla birlikte kullanılan ifadeler ve verilen bilginin anestezi yöntemi üzerinde ayrıntılandırılması, dikkatleri bu noktaya çekmektedir.

Yargılama sırasında alınan, kimin tarafından düzenlendiği kararda belirtilmeyen üçüncü rapor öncekilere göre oldukça ayrıntılıdır. Konuyu aydınlatacak net bilgiler içermemekle birlikte maddi sorunu tanımlamaya yönelik yerinde saptamalarda bulunulmuş ve bu sorulara cevap verebilecek bir uzmandan görüş sorulması önerilmiştir.

Kanaatimizce; bu son rapor olayı küçüğün tıbbi geçmişinden başlayarak değerlendirdiği, yalnızca ameliyat sırasında yapılanlara bağlı kalmadığı ve nedenlerin açıklanabilmesi için uzman hekimin yanıtlaması gereken sorular oluşturması nedeniyle yargıya da yol gösterici olmuştur. Yargıtay, tıbbi müdahale ile ölüm arasındaki nedensellik bağının açıklığa kavuşturulabilmesi için dosyayı yeniden incelemek üzere oluşturulacak bilirkişi kurulunda anestezi uzmanının yanı sıra çocuk hastalıkları uzmanının da bulunması istenmiştir.

KARAR 18:

Estetik amaçlı yapılan ameliyat sonrasında konulan tespit alçısını kendi kararıyla çıkaran ve sonrasında burun çatısı çöken, görünümü çirkinleşen hasta hekimin kusurlu olduğu iddiasıyla dava açmıştır.

“...Davada dayanılan maddi olgu estetik ameliyat yapılmak suretiyle istenilen ve kararlaştırılan biçim ve şekle uygun güzel bir görünüm kazandırılmasıdır. Bu olgudan hareket edildiğinde böyle bir sözleşmede sonucun ortaya çıkması yönünden teminat verilerek borç altına girildiği, diğer bir anlatımla belli bir sonucun elde edilmesinin kararlaştırıldığı kuşku ve duraksamaya yer olmayacak şekilde açıktır. O nedenle, bu tip sözleşmenin eser sözleşmesi olarak kabul edilmesi halin icaplarına ve tarafların iradesine uygun düşeceğinin kabul edilmesi gerekir.

...

Mahkeme Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanarak hüküm kurmuştur. Oysa, rapor dosya içerisindeki iddia ve savunmaya, delillere uygun olmadığı gibi karara esas tutulacak yeterlikte de değildir. Şöyle ki; raporda, davacının ileri derecede deformasyon ve burun tıkanıklığının giderilmesi için davalı doktora müracaat ettiği, bunun üzerine septorinoplasti ameliyatı yapıldığı açıklanmıştır. Halbuki, ameliyat öncesi davalıya ait resimlere çıplak gözle bakıldığında; burunda hiçbir suretle ileri derecede bir deformasyon olmadığı açıkça görülmektedir. Yine burnun şeklinin hasta tarafında beğenilmediği belirtilerek ikinci bir operasyon yapıldığına, raporda değinilmişse de; böyle bir olgu davalı tarafından ileri sürülmemiş olup tam aksine davalı vekili davaya cevap dilekçesinin ikinci sahifesinde; ilk ameliyat ile burnun hafif çöktüğünü, bir iki hafta sonra da daha çok çöktüğünü, o nedenle kendisi tarafından ikinci ameliyata lüzum görüldüğünü açıklamıştır. Raporun son

bölümünde belirtilen bu tip sonuçların ameliyat şekillerinde nadir de olsa görülebileceği; bu nedenle de doktora atfedilecek bir kusurun bulunmadığı görüşü de davalının hukuksal sorumluluğu ile çelişmektedir. Gerçekte de; Doktor hastasına uygun tedaviyi tavsiye etmek ve gerekli her türlü tedbirleri düşünüp alarak işi yapmak ve tamamlamak zorundadır. Özellikle müdahale sırasında ameliyat tekniğinin, halin icaplarının, gerektirdiği bütün önlemleri almalı, bu tip sonuçlar nadirde görülebilecekse hastayı aydınlatıp uyarmalı ve onun rızasını muhakkak surette almalıdır. Ameliyatta rizikoları; muhtemel hasil olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ona rağmen ameliyata bilerek rıza gösterdiği davalı tarafından savunulmamış ve kanıtlanmamıştır. Burada asıl çözümlenmesi gereken sorun, davalı doktorun ameliyatta davacı burnuna koyduğu tespit alçısının davacı tarafından alınması olayının, zararın meydana gelmesinde mutlak ve tek neden olup olmayacağına tıp bilimi kuralları altında aydınlığa kavuşturulmasında toplanmaktadır. Yüksek Sağlık Şurası raporuna bakıldığında; bu yönde gerekçeleri açıklanmış bir görüş getirilmemiş, mücerret bir kabul tercih edilmiştir. Öyleyse davalı doktorun sorumluluğunu tayin ederken hakimin, olayların özelliğine, iddia ve savunmaya uymayan, dayanakları gösterilmeyen, yargılamada kesinlikle saptanan maddi olgular karşısında inandırıcı olmaktan uzak Yüksek Sağlık Şurası raporu ile bağlı olmayacağına duraksamaya yer olmamalıdır. Bu durumda; mahkemece yapılacak iş, öncelikle az yukarıda açıklanan hukuk kurallarının ışığı altında uyumsuzluk incelenmeli dosya tomarı ile Adli Tıp Büyük Kuruluna gönderilmeli, gerekirse davacı da muayene ettirilerek bu tip ameliyatlarda konulan tespit alçısının zamanından önce alınmasının, dosyadaki iddia, savunma tüm delillerin ve olayın gelişiminin verdiği kanatla değerlendirilerek, zararın meydana gelmesinde mutlak ve tek etken

olup olmadığı veya bunun BK. nun 44. Maddesinin uygulanmasını gerekli kılan bir olgu olarak kabul edilip edilmeyeceği yönünden anılan kuruldan gerekçeli ve dayanakları yazılmış görüş istenmeli, hasıl olacak uygun sonuç çerçevesinde karar verilmelidir. Hukuki nitelendirmede, delillerin takdirinde hataya düşülerek özellikle dosya içeriğine uygun düşmeyen Yüksek Sağlık Şurası raporu benimsenerek yazılı şekilde davanın reddine karar verilmesi usule ve yasaya aykırıdır. Bozma nedenidir.”

(Y. 13. HD. 5.04.1993 T, 1993/131 E-2741K.⁴⁰⁹)

Değerlendirme:

İlk derece mahkemesinin kararına esas olan Yüksek Sağlık Şurası raporu, hekimin müdahalesiyle ilgili hem tıbbi gereklilikler, hem de yasal sorumluluklar açısından eksiklikler ve bilirkişi raporunda olmaması gereken yanlışlıklar içermektedir. Öncelikle raporda yer verdiği “ileri derece deformasyon” tanımlamasıyla neyin anlatılmak istendiği belirsizdir. Yüksek mahkemenin algıladığı haliyle “burnun dış görünüşünde bozukluk” anlamı taşıyabileceği gibi eşlik eden septum eğrilinin neden olduğu bir bozukluk da anlatılmaya çalışılmış olabilir. Bu noktada yukarıda farklı dava örneklerinde tartışılan dil ve anlaşılır net ifade sorunu tekrar karşımıza çıkmaktadır.

Ortaya çıkan zarar ile hekimin yaptığı müdahalenin arasında olası nedensellik bağının incelendiği görülmekle beraber, davacının tespit alçısını kendisinin çıkarmış olmasının olaya katkısından hiç bahsedilmemektedir. Bu noktanın yanında atlanan bir diğer husus ikinci ameliyatın yapılma nedeninin hastanın burnunun şeklini beğenmemesi değil, burun çöküklüğünü fark eden doktorun önerisidir. Oysa dava

⁴⁰⁹ KICALIOĞLU, s.132-133

dosyasında yer alan bilgilere göre; davalı yaptığı bu ikinci müdahaleyi aktarırken, ilk ameliyat sonrası ortaya çıkan bozukluğu giderme önerisi ve girişimini iyi niyetinin, tıbbi gerekleri yerine getirmek üzere çabasının bir göstergesi gibi ifade etmektedir. Görülen odur ki bilirkişi dosya içinde yer alan bilgileri tam olarak incelemeyen rapor oluşturmuştur. Hal böyle olunca dosyadaki açık ifadelerin bile okunmadığı izlenimi veren bilirkişi güvenilirliğini yitirmektedir.

Olay değerlendirildiğinde; hekimin yaptığı tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk koşullarını yerine getirebilmesi için taşıması gereken unsurlar, bilirkişi raporunda üzerinde hiç durulmayan konulardır. Yargıtay'ın dikkat çektiği üzere; gelişen istenmeyen kötü sonuç, zarar bir komplikasyon idiye bile elde hastanın aydınlatıldığına ait hiçbir bulgu yoktur.

Yalnızca girişim sırasında ve yalnızca işlemin eylem safhasına özgü ayrıntılarla sınırlı bir özen, hekimi sorumluluktan kurtarmaz. Hekim ameliyatı tıbbin gereklerine uygun yapmış, burun yine de çökmüş olabilir. Ancak hastanın bu kötü olasılığı bilseydi ameliyata rıza göstermeme ihtimali var ise, yine hekimin sorumluluğu doğar. Zira aydınlatılmamış hastanın rızası sakatlanmış demektir. Bu durumda tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk nedenlerinden en temel olanı ortadan kalkmaktadır.

Yüksek mahkeme haklı olarak; “eğer davacının, ameliyat işlemine bağlı olarak gerçekleşme ihtimali olan riskler hakkında etraflıca bilgisi olsaydı, sonrasında iyileşme sürecinde neyi yapıp neyi yapmaması gerektiği hakkında bilgilendirilip sonuçlar için uyarılsaydı, bu kötü sonuç yine de doğar mıydı?” sorusuna yanıt aramaktadır. Üstelik söz konusu müdahalenin estetik nedenlerle gerçekleştirilmesi, aydınlatmanın daha geniş yapılması gerekliliğini taşımaktadır.

Olayda; dava dosyası tam ve doğru olarak incelenmeden hazırlanan, dava konusuyla uyum göstermeyen bilirkişi raporu güvenilirliğini yitirmiştir. Öte yandan bir bilirkişi raporunun en önemli özelliği, maddi unsurun tanımlanmasını sağlayacak net bilgiler içermesidir. Tam aksine dosya ile çelişen bilirkişi raporu hakime yardımcı olmaktan çok maddi unsuru tanımlamaya çalışan hakimin kafasını karıştırmaktan, hatta adaleti yanıltmaktan başka bir işe yaramaz.

Ayrıca; adı geçen rapor kendine yöneltilen soruları olgu temelinde incelemeyen, anlaşılmaz ifadeler kullanarak yalnızca teorik değerlendirme yapılan, dolayısıyla yargının itibar edemeyeceği bir rapordur ve Yargıtay dosyanın tüm içeriği ile Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunda değerlendirilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir. Mahkemenin bu kararı da usulen hatalıdır.

İhtisas Kurullarında görüşülmeyen bir dosyanın direk Genel Kurula sevkî Adli Tıp Kurumu' nun yasalarla düzenlenmiş olan işleyişine aykırıdır.

KARAR 19:

“...Davacı davalı doktor N.S tarafından yapılan kalça protez ameliyatı sonrasında beden gücü kaybına uğradığını belirterek maddi manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Yerel mahkemece davanın reddine karar verilmiştir.

Dosyadaki bilgi ve belgelerden davacının davalı Dr. N.S tarafından ameliyat sonrasında sağlık durumunun düzelmediği ve başka ameliyatlara da geçirmek zorunda kaldığı ve %50 oranında beden gücü kaybına uğradığı anlaşılmaktadır. Yargılama sırasında görüşüne başvurulmuş Yüksek Sağlık Şurasının 27-28 Aralık 2001 tarihli raporunda 2/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir. Davalı tarafından anılan rapor kabul edilmemiştir. Yerel mahkemece Yüksek Sağlık Şurası raporunda davalının kişisel kusurunun tatminkar şekilde kanıtlanmadığı ve Anayasanın 129/5. maddesi gereğince sorumluluk söz konusu olmadığından davanın reddine karar verilmiştir.

Davalının kusuruna ilişkin bir rapor bulunduğu ve konunun incelenmesi teknik bilgi gerektirdiğinden bilirkişi incelemesi zorunludur. Dosyadaki rapor yetersiz görüldüğüne göre Adli Tıp Kurumundan olayı tüm yönleriyle irdeleyen bir rapor alınması gerekir. Açıklanan yönlerin gözetilmeksizin eksik inceleme ile karar verilmiş olması... usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”

(Y. 4. HD. 1.12.2003 T, 2003/8890 E-3145 K.⁴¹⁰)

Değerlendirme:

İncelenen davada yerel mahkeme, Yüksek Sağlık Şurası raporunda “kişisel kusurun tatminkar kanıtlanmadığı” gerekçesiyle bilirkişinin görüşünün hatalı olduğuna hükmetmiş ve davayı reddetmiştir. Yani mahkeme uzman görüşü istediği davada aldığı raporu eksik bulduğu için tamamen yok saymış, hatta aksine karar vermiştir.

⁴¹⁰ KICALIOĞLU, s. 189

Olayda; eylem ile zarar arasındaki nedeni açıklamada zayıf kaldığı düşünölen bilirkişi raporunun eksiklerinin giderilmek üzere aynı kurum ya da mahkemenin belirleyeceği bir başka kurum tarafından yeniden incelenmesinin istenmesi gerekirken dava reddedilmiştir. Bir anlamda mahkemece eksik bulunan rapor, davalının kusursuzluğunun ispatı gibi kullanılmıştır. Yüksek yargının bu yaklaşım karşısındaki tutumu yerinde ve son derece açık nedenlere dayanmaktadır.

KARAR 20:

Dava konusu olayda burun tıkanıklığı nedeniyle hekime başvuran hastanın ameliyat sonrası, damağında yaralar oluşmuş, bir süre sonra da yedikleri burnundan gelmeye başlamıştır. Hasta ameliyat öncesi sağlam olan damağının gördüğü zarardan hekimi sorumlu tutmuş ve tazminat istemiyle dava açmıştır.

“...Olayımızda davacı burun rahatsızlığından dolayı davalı hastanede çalışan diğer davalı doktor tarafından ameliyat edildiği, ancak ameliyattan sonra ağzında yanma ve ağrılar oluştuğu, yediklerinin burnundan gelmeye başladığı yapılan muayene sonucunda yanlış ameliyat nedeniyle damağın delindiğinin anlaşıldığı ve bu deliğin giderilmesi için davalı doktor tarafından dikiş atıldığı, ancak şikayetin giderilmediği, sonuçta davacının kulağından bir parça alınarak damağındaki deliğin Ege Üniversitesi Hastanesinde yeniden yapılan bir ameliyat neticesinde kapatıldığı uyumsuzluk konusu değildir.

Davalılar, davaya cevaplarında, davacının talimatların hiçbirine uymadığını, rutin kontrollerin hiçbirine gelmediğini, davacının talimatlara uyararak, kontrollerine

gelmiş olsaydı, tıbben böyle bir tedaviye gerek duyulmamış olacağını, kusurlarının bulunmadığını bildirerek, davanın reddini dilemişlerdir. Ancak davalıların bu savunması yargılamada toplanan delillerle doğrulanmamıştır.

Mahkemece itibar edilen Adli Tıp 2. İhtisas Kurulunun 14.09.2001 tarihli raporunda “yapılan ameliyatın usulüne uygun olduğu, damakta ortaya çıkan fistülün olağan ameliyat komplikasyonu olarak kabul edilmesi gerektiği, doktora atfedilecek herhangi bir kusur bulunmadığı” görüşüne yer verilmiştir. Ancak bu raporu düzenleyen kurul içerisinde KBB uzmanı bulunmamaktadır. Bu nedenle bu rapora itibar edilerek hüküm kurulamaz.

Bu durumda mahkemece yapılacak iş, üniversitelerin anabilim dallarından seçilecek konularında uzman doktorlardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek, davalıların açıklanan hukuki konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, dayanak ve gerekçesi gösterilmek, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli düşünce içeren bir rapor alınmak, gerektiğinde davalılara savunmalarını ispat durumunda delilleri sorulmak, böylece hasil olacak sonuca uygun karar vermekten ibarettir.

Eksik inceleme ve mevcut delilleri değerlendirmede, yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve kanuna aykırı olup, bozma nedenidir.”

(Y. 13. HD. 25.4.2002 T. 2002/2589 E.-2002/4560 K.⁴¹¹)

Değerlendirme:

⁴¹¹ KICALIOĞLU, s. 195-196

Dava dosyasını inceleyen bilirkişi kurulunun düştüğü hata yukarıda incelenen kimi dosyalarda da gözlenen; yapılan müdahaleyi yalnızca teorik tıp bilgisiyle inceleyip sorulara olgu temelinde yanıt aranmamasından kaynaklanmaktadır. Aslına bakılırsa KBB uzmanı üyesi bulunmayan kurul bu kararı verebilecek yeterliliğe de sahip değildir.

Davalı hekimin davranışları yasal sorumluluklar açısından ele alındığında ise kayıt tutma yükümlülüğünün yerine getirilmesi ile ilgili bir sıkıntı olduğu anlaşılmaktadır. Sağlık çalışanının kayıt tutma yükümlülüğu yalnızca hasta yararına bir yükümlülmüş gibi düşünölmemelidir. Sağlık çalışanının sorumsuzluğunu ispat edebilmek için, düzgün olarak tutacağı kayıtlara ihtiyacı vardır. Yukarıda aktarılan olayda davalıların iddia ettiği gibi davacı üzerine düşen yükümlölükleri yerine getirmemiş, kontrollere gelmemiş ve hekiminin ameliyat sonrası önerilerine uymamışsa ortaya çıkan zararda onun da sorumluluğu söz konusudur. Üstelik tıbbi açıdan incelendiğinde eğer bu kontroller doğru zamanda yapılıyadı ve ameliyat sonrası öneriler uygulansaydı, hastanın gördüğu zarar önlenebilecektiye hekime atfi kabil kusur yok denebilecektir.

Yasal sorumlulukları incelemeye devam edersek; hastanın kontrole gelmeyi ihmal etmesinin nedeni olarak, hekimin aydınlatma yükümlölüğünü gereği gibi yerine getirip getirmediğinin sorgulanması gerekliliği karşımıza çıkar. Bu durumda da sağlık çalışanına yardımcı olacak tek delil usulüne uygun olarak tuttuğu kayıtlardır.

Kanaatimizce; söz konusu olayda Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulu tarafından düzenlenen rapor, göz ardı edilen, olgu-tıbbi kural karşılaştırılmalı incelemesi ve incelemenin konunun uzmanı olmayan hekimler tarafından yapılmış

olması nedeniyle yargı tarafından itibar edilmemesi gereken bir rapordur. Bu gerekler yerine gelseydi ve olgu temelinde uygulanan tıbbi girişimler gereklere uygun olsaydı bile hekimin yasal sorumluluklarını yerine getirmemesi durumunda sorumluluğu doğacaktı.

Öte yandan davalıların iddialarını ispat için kullanabileceği tüm kayıtlar ve delillerin incelemesi yapılmadan, yetersiz bir bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulmuş olması yüksek yargı tarafından bozmaya hükmedilmesine neden olmuştur. Yargıtay kararında yalnızca bilirkişinin eksikliklerinin değil, aynı zamanda mahkemenin de yargılama sırasında eksikliği olduğunu altını çizmiştir.

KARAR 21:

Ameliyat sırasında beyin hasarı oluşan çocuk hastanın ailesi ortaya çıkan zarardan anestezi uygulamasını yapan hekimi ve hastaneyi sorumlu tutarak tazminat davası açmıştır.

“...Davalılar, genel anestezi uygulanan davacıların çocuklarının ameliyatının 40. Dakikasında beyni yumuşatmak amacıyla verilen pentothal adlı ilaç nedeniyle oluşan arazlar meydana çıktığını, bu olayın tıp uygulaması açısından karşılanması mutata nitelikte olan ve yapılan müdahalelerdeki her hangi bir kusura bağlanamayan bir komplikasyon olduğunu, kusurlarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

...

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu ve Genel Kuruldan alınan raporlarda, hastada gelişen nörolojik hasarın verilen ilacın yan etkisine bağlı olduğu, hastanın rahatsızlığının ortadan kaldırılmasına yönelik cerrahi girişim için tetkiklerin yeterli olduğu, mevcut bulgulara göre iyileşmenin ameliyatla giderilebileceğinden, konulan ameliyat endikasyonunun ve yapılan tetkik ve cerrahi işlemlerin tıp kurallarına uygun olup, teşhis ve tedavide bir kusur bulunmadığı, ilaç uygulamasının ve yoğun bakımdaki tedavi yöntemlerinin uygun olduğu, anestezi ekibinin bir kusuru tespit edilmediği, hastanede verilen sağlık hizmetlerine ve hekimlere atfedilecek bir kusurun bulunmadığının belirtilmesine dayanılarak davanın reddine karar verilmiştir. Davacı tarafın temyizi üzerine karar, Adli Tıp Kurumu raporlarında pentotal adlı ilacın verilmesinden önce hastaya test uygulanmasının gerekli olup olmadığı, test uygulandığı takdirde bu tür yan etkilerin oluşup oluşmayacağı belirlenip belirlenemeyeceği, bu ilacın bünye tarafından kabul edilip edilmeyeceği hususunda açıklık olmadığı, ilacın hastanın yaşı, kilosuna gibi unsurlara bağlı olarak uygun dozda verilirken verilmemesi konusunda açıklık bulunmadığı gerekçesi ile bu hususların araştırılması için bozulmuştur. Mahalli mahkemece Dairemiz bozmasına uyulmuş, alınan raporlardan Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulunun oybirliği ile ve Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun oy çokluğu ile verdiği raporlarda; hastanın ameliyatına ilişkin tüm bilgilerin ameliyattan sonra 4.5.1996 tarihinde düzenlenmiş belgelere dayalı olduğu, ameliyat bülteni, anestezi formu gibi girişim anında düzenlenmesi gereken hiçbir belgenin, ayrıca ameliyatla ilgili video kasetin dosyada olmadığı, dosyadaki kasetin daha sonraki ameliyata ilişkin olduğu, ilacın test dozu olarak 1-2 ml. IV. Enjeksiyondan sonra beklenerek hastaya yan etki yapıp yapmadığının gözlenmesi ve gelişebilecek hipotansiyona karşı geri kalan dozun yavaş bir şekilde enjekte edilmesi, eğer endikasyonda

kullanılıyorsa, yeterli anestezi derinliğinin kirpi refleksi veya solunum durması ile takip edilerek doz ayarlamasının yapılması gerektiği, ancak test dozu uygulamasının bile komplikasyon oluşmasını kesin olarak önleyemeyeceği, hastaya verilen 17 mg. IV. Pentothal hastanın yaş ve vücut ağırlığı dikkate alındığında optimal (uygulanabilir) doz olarak kabul edilebilir ise de, küçüğün genel anestezi altında olması dikkate alındığında, beraber verilen diğer ilaçlar sinerjizm (önceki kullanılan ilaçlarla aynı yöndeki etkiyi arttırma) ve potansiyalizasyon (önceden kullanılan ilaçların etkisini arttırma) göstermesi nedeniyle, küçüğe daha düşük doz pentothal verilmesinin uygun olacağı, ancak gelişen nörolojik hasarın uygulanan ilaca bağlı alerjik reaksiyon sonucunu, yoksa ilacın doğrudan sistemik etkisi sonucunda mı meydana geldiğini ayırt etmek için yeterli tıbbi verinin olmadığı belirtilmiştir.

Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun azınlık görüşünde ise; hastaya uygulanan 75 mg.ın normal hastalar için ameliyata başlama dozu olduğu, çocuk olan hasta için bu dozun yüksek olduğu, oluşan nörolojik hasarın ilacın hatalı dozda uygulanmasının sonucu meydana geldiğinin kabulü gerektiği, bu nedenle ne amaçla olursa olsun anestezi maddelerinin uygulanmasından sorumlu olan Dr. S. Bilgin'in göstermesi gereken azami dikkat ve tedbiri göstermediğinde 4/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiştir.

Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu, Adli Tıp Kurumu Genel Kurulunun çoğunluk görüşü ve azınlık görüşü tarafından hazırlanan raporlarda ittifakla, hastanın genel anestezi altında olduğu, verilen diğer ilaçlarla sinerjizm ve potansiyalizasyon gösterebilmesi nedeniyle, hastaya yaşı ve kilosuna nazara alındığında daha düşük dozda pentothal verilmesi gerekirken buna uyulmadığı belirtilmiştir. Yine ameliyat sırasında tutulması gereken belgelerin tutulmadığı, ameliyat raporunun 6-7 ay sonra yazıldığı da dosyadan anlaşılmaktadır.

Bu noktada dava konusu uyuşmazlığın ve maddi olguların hukuksal yönden nitelendirilmesi gerekir. Bu davda dayanılan maddi olguları hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK. 76. maddesi gereği doğrudan hakimın görevidir. Dava, davacının tedavisini üstlenen davalı hastane ve personeli olan doktorların tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesine ilişkindir. Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK 386-390)

Uyuşmazlığın uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımızda, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosuna ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur.

Bu açıklamalar ışığında doktorların kusurlu olmadıkları yolundaki rapor sonuçlarına itibar edilmeyerek, davalıların kusurlu olduklarının kabulü ile, davacıların maddi tazminata ilişkin talepleri açıklatılıp, delilleri sorulup, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp belirlenip, talep doğrultusunda maddi tazminata ve uygun bir manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, mahkemece aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

(Y. 13. HD. 7.2.2005 T., 2004/12088 E-2005/1728 K.⁴¹²)

Değerlendirme:

⁴¹² KICALIOĞLU, s. 196-199

Bu davadaki bilirkişi raporlarının dikkat çekici özelliği raporun karar kısmında yer alan görüş yerine azınlık görüşünü kabul eden yüksek mahkemenin bozma kararı vermesidir. Oldukça ayrıntılı hazırlanmasına rağmen mahkemenin sorularına tam olarak cevap vermeyen bilirkişi raporu tekrar incelenmek ve ek rapor oluşturulmak üzere Adli Tıp Kurumu'na geri gönderilmiştir. Genel Kurul dosyayı yeniden değerlendirmiş ve uygulanan ilacı hastanın çocuk olmasını ve ameliyat sırasında kullanılan diğer ilaçları da esas alarak yeni ve oldukça detaylı bir rapor hazırlamıştır. Genel Kurulun oy çokluğu uygulamanın hatalı olabileceğini ancak zararın bundan kaynaklandığının net olarak söylenemeyeceği görüşünde de olsa, rapora nedenlerini daha da ayrıntılandırıp ve tıbbi gerekçelerini hasta temelli aktaran azınlık görüşü davalıların kusurlu olduğu konusunda kuşkuya yer bırakmamıştır.

Yüksek mahkeme olayı yasal sorumluluklar açısından değerlendirirken, tıbbi girişimler ya da tedavi sırasında kullanılan ilaçların yan etkilerinin hastanın yaşı ve vücudunun özellikleri göz önünde bulundurularak uygulamanın yapılması gereğini sözleşme ilişkisine dolayısıyla vekilin özen borcuna dayandırmıştır.

Olayda Yargıtay tarafından; tıbbi müdahalelerin, tıp bilimi gereklilikleri ile hastanın ve hastalığının özel durumların kaynaklanan uygunluğun birlikte değerlendirilip, yasal sorumluluklar da gözetilerek yapılması zorunluluğu bir kez daha vurgulanmıştır. Ayrıca görülmüştür ki bilirkişi raporunda kararın oluşmasında etkin olan çoğunluğun görüşü yanı sıra karşıt azınlık görüşünün de raporda ayrıntıları ve dayanaklarıyla yer alması, mahkemenin kararında etkili olmaktadır. Hakim bilirkişi raporuna dayalı kararını takdir ederken yalnızca karar kısmı ile yetinseydi, raporların böyle ayrıntılı hazırlanmasına, hele ki karşıt görüşlerin temellendirilmesine gerek kalmayacaktı.

Bilirkişi raporunda yer alan bilgileri mutlak doğrular olarak kabul etmeyip sorgulayarak, davanın maddi unsurunu aydınlatmaya çalışan hakim bilirkişinin kararıyla bağlı değildir. Tam aksine bilirkişi raporunu dava özelinde değerlendirmeyip kararı olduğu gibi kabul eden mahkeme kararları yüksek yargı tarafından usule aykırı ve yetersiz olarak nitelendirilip, karar bozulmaktadır.

KARAR 22:

İnmemiş testis nedeniyle ameliyat olan küçüğe ameliyat sonrası ağrısı olması üzerine servis hemşiresi tarafında doktorun talimatı ile yapılan kas içi enjeksiyon sonrasında küçüğün bacağına hissizlik ve güç kaybı gelişen olayda, aile tarafından tıbbi uygulama hatası iddiası ile hekime ve hemşireye karşı dava açılmıştır.

“ Davacılar, oğulları R'nin davalı hastaneye ait ilgi Hastanesinde kasık fıtığı ve inmemiş testis ameliyatı olduğunu, ameliyattan sonra hemşire tarafından “Voltaren ve Novalgine” iğnesi yapılıncaya R'nin sol ayağında uyuşma olduğunu, bacağına hareket ettiremez hale geldiğini, ayak bileğinden itibaren felç olduğunu, tedavisinin mümkün olmadığını ortaya çıktığını, davalıların Sağlık Bakanlığı tarafından yasaklanan Voltaren isimli ilacı vererek ve hemşirenin yanlış yere iğne vurarak bu sonuca neden olduklarını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak üzere 10.000-TL maddi, 50.000-TL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini istemişlerdir.

Davalılar, Voltaren yerine muadili bir ilacın yapıldığını, ilacın kullanımının yasaklanmadığını, ameliyatla ilgili bir komplikasyon olmadığını, hastanın sol ayağında hareket azlığı meydana geldiğini, düşük ayak teşhisi konulduğunu,

hastanede ücretsiz ve sürekli fizik tedavi gördüğünü, büyük ölçüde iyileştiğini, ameliyat dahil bütün ihtiyaçların hastane tarafından karşılandığını savunarak, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu raporları esas alınarak ve davalıların kusur ve ihmallerinin bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

...

Somut olaya baktığımız da, davacı R'nin davalı şirkete ait hastanede davalı doktor tarafından kasık fıtığı ve inmemiş testis ameliyatı olduğu, davalı doktorun orderi⁴¹³ ile davacı R'a hemşire tarafından ağrı kesici iğne yapıldığı ihtilafsızdır. Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 3. İhtisas Kurulu'nun 14.12.2007 tarihli raporunda, "Davacı R'in 09.10.2004 tarihinde kasık fıtığı ve inmemiş testis ameliyatı olduğu, bu tip ameliyatlardan sonra ağrısı olan hastalara kalçadan ağrı kesici enjeksiyonu yapılmasının genel tababet kuralları içinde olduğu, bu nedenle ağrı kesici order eden davalı doktorun eyleminin tıp kurallarına uygun olduğu, kişide meydana gelen sol ayak güçsüzlüğünün enjeksiyon nöropatisi⁴¹⁴ ile uyumlu olduğu ve yapılan ameliyatla ilgisinin bulunmadığı, enjeksiyona bağlı gelişen bir komplikasyon olarak kabul edildiği, davalı doktor ve davalı şirkete atfi kabil bir kusur bulunmadığı" açıklanmış, davacıların itirazı üzerine alınan Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 3. İhtisas Kurulu'nun 28.05.2007 tarihli raporunda, "..Voltaren ve muadili Deflamat isimli ilaçların intramüsküler enjeksiyonunun halen serbest olarak yapılmakta olduğu, enjeksiyonu yapan hemşirenin ifadesinden enjeksiyonun yapıldığı yerin doğru olarak

⁴¹³ Order; hemşirenin hasta takibini nasıl yapacağı ve uygulayacağı ilaçların yazılı olduğu, hekim tarafında düzenlenen çizelge.

⁴¹⁴ Nöropati; sinir hasarı.

tarif edildiği ve yanlış yere yapıldığına dair tıbbi kanıt olmadığı, hemşirenin yaptığı işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu..” bildirilmiş, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı Genel Kurulu’nun 25 Aralık 2008 tarihli raporunda ise, “Davacı R T’nin 09.10.2004 tarihinde kasık fitiği ve inmemiş testis ameliyatı olduğu, bu tip ameliyatlardan sonra ağrısı olan hastalara kalçadan ağrı kesici enjeksiyonu yapılmasının genel tababet kuralları içinde olduğu, bu nedenle ağrı kesici order eden davalı doktorun eyleminin tıp kurallarına uygun olduğu, kişide meydana gelen sol ayak güçsüzlüğünün enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu ve enjeksiyona bağlı gelişen bir komplikasyon olarak kabul edildiği, davalı doktor ve davalı şirkete atfi kabil bir kusur bulunmadığı..” görüşüne yer verilmiştir. Görüldüğü üzere, davacı R’da oluşan enjeksiyon nöropatisinin(düşük ayak), enjeksiyona bağlı gelişen bir komplikasyon olduğu, sol siyatik sinirin peroneal dalında ağır, tibial dalında hafif-orta derecede denervasyon⁴¹⁵ bulgularının eşlik ettiği parsiyal aksonal⁴¹⁶ dejenerasyon saptandığı ve siyatik sinir lezyonu bulunduğu, EMG raporları ve Adli Tıp Kurumu raporlarında açıkça ortaya konulmuştur. Ancak, davacıda gelişen enjeksiyon nöropatisinin enjeksiyon ile ilgisi, enjeksiyonun yapım şekli, yeri yada enjekte edilen ilaçlar nedeniyle mi meydana geldiği, bir başka ifade ile nedeninin ne olduğu doyurucu şekilde açıklanmamış, soyut bir ifadeyle sadece bir komplikasyon olduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Bu nedenle, Adli Tıp Kurumu raporları, bu haliyle hüküm kurmaya elverişli bulunmamaktadır. “O halde (mahkemece yapılacak iş, Üniversitelerin ana bilim dallarından seçilecek aralarında nöroloji uzmanının da bulunduğu, konularında uzman doktorlardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek, davalıların açıklanan hukuki konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, tıbbın gerek ve kurallarına

⁴¹⁵ Denervasyon; sinirde iletimin olmaması.

⁴¹⁶ Akson; sinir hücresinin bölümlerinden biri.

göre olayda davalıların sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar vermekten ibarettir. Mahkemece, değinilen bu yön göz ardı edilerek yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.”

(Y. 13. HD. 04.11.2010 T. 2010/13528 E.- 2010/14640 K.⁴¹⁷)

Değerlendirme:

Yukarıda aktarılan davaya konu olan kalçaya yapılan kas içi enjeksiyon sonrası gelişen sinir zedelenmesi söz konusudur. Bacaktaki en büyük sinir olan siyatik sinir ve dallarının kas içi enjeksiyona bağlı olarak zedelenmesi sıkça gördüğümüz bir durumdur. Bu zarar nedeniyle açılan dava sayısı da oldukça fazladır.

Bu konuyla ilgili *bir diğer örnek*; yine 13. Hukuk Dairesi tarafından 9.7.2007 gün E.7502-K.9890 sayılı kararından alınmıştır⁴¹⁸. Bu davada da hastaya sırt ağrısı nedeniyle başvurduğu bir özel sağlık kuruluşunda kalçadan kas içi ağrı kesici enjeksiyonu yapılmıştır. İğnenin yapılması anından itibaren kalçasının yandığını ve felç olduğunu, Adli Tıp raporuyla da belirtildiği üzere sakat kaldığını söylemektedir. Davalılardan biri olan ilacı yazan hekim savunmasında, sorunun iğneden değil, davacının çok zayıf bedeni yapısından ve iğnenin tatbikinden kaynaklandığını savunarak davanın reddini dilemiştir. Davayı ilk gören mahkeme davayı reddedince davalı temyiz etmiştir. Bu temyiz davasında mahkemenin kararı:

⁴¹⁷ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

⁴¹⁸ ÖZKAN/ AKYILDIZ, S. 351-352

“.... Mahkemece davanın reddine dair verilen ilk kararın, Dairemizce ‘Yüksek Sağlık Şurası raporuna dayanılarak hüküm kurulamaz, anılan Şura raporunda varılan sonucun hangi maddi verilere dayandırıldığı, davalı doktor tarafından davacıya uygulanması uygun görülen iğnenin somut rahatsızlık itibariyle gerçekten uygun bulunup bulunmadığı, bunun tatbiki sırasında her hangi bir mesleki hata ya da ihmalin olup olmadığı, felç sonucunun uygun iğne seçimine ve bunun doğru şekilde tatbikine rağmen meydana gelip gelmediği somut ve denetime elverişli bir biçimde ortaya koyulmamış soyut bir değerlendirme yapılmakla yetinilmiştir. Bu haliyle hükme esas alınmasına da olanak yoktur. Öyle olunca mahkemece yapılması gereken iş üniversitelerin Ana Bilim Dallarında görevli, konusunda uzmanlık sahibi başka bilirkişilerden oluşturulacak bir kurula inceleme yaptırılarak davacıya uygulanan iğnenin seçimi ve bunun uygulamasında herhangi bir mesleki ihmâl, tedbirsizlik ya da dikkatsizlik bulunup bulunmadığı açık denetime elverişli bir tarzda belirlenmesi kusur oranlarının bu çerçevede saptanması ve ortaya çıkacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar verilmesidir.’ gerekçesiyle bozulmuş....”

Benzer şekilde pek çok karar mevcuttur. Yukarıda verilen örneklerde hasara neden olan uygulama senelerce tıp ve hukuk çevrelerinde tartışılmıştır. Uzun yıllar boyunca siyatik sinirin seyrinde görülen varyasyonların bu tür yaralanmalara neden olabileceği görüşü yaygın olarak kabul edilmiştir. Siyatik sinirin anatomik varyasyonları olduğu bilimsel bir gerçektir. Ancak bu varyasyonlardan hiçbiri emniyetli alana, doğru teknikle uygulanan enjeksiyonlarda yaralanma eğilimi yaratmamaktadır⁴¹⁹. En riskli varyasyonlarda bile enjeksiyonun uygulanması için önerilen bölge emniyetlidir. Siyatik sinir zedelenmesini önlemek için kullanılacak

⁴¹⁹ KADIOĞLU Hakan Hadi, “İlaç Enjeksiyonuna Bağlı Siyatik Sinir Yaralanması: Bir Komplikasyon mudur?” AÜTFD 2004; 36 65-70

iğne en az 3.8 cm. uzunluğunda olmalıdır. 23-20 numaralı iğneler tercih edilmelidir. İğnenin dokuya giriş açısı 90 derece olmalıdır. Sinir direk iğneyle yaralanabileceği gibi dokuya verilen ilacın etkisiyle de hasarlanabilir. Kalça kasları yetişkinde normal koşullarda 3 cc. ilacı içine alabilir. Kalça kaslarının zayıf olması, hastanın beş yaşın altında olması, hatalı pozisyonda verilmesi, fazla miktarda ilaç uygulanması, uygun kalınlık ve uzunluğa sahip olmayan iğnelerin kullanılması zedelenmeye neden olur. Ayrıca uygulayıcının acemi ve dikkatsiz olması istenmeyen sonuçların doğmasına neden olur.

Bu nedenlerle kalçaya uygulanan kas içi enjeksiyonlarda siyatik sinirin zedelenmesi tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmelidir.

Aktarılan olaylarda farklı bilirkişiler tarafından verilen raporlar yüksek yargı tarafından benzer gerekçelerle yetersiz bulunmuştur. İlk enjeksiyonun yapıldığı çocuk hastada neden düşük ayak geliştiğinin açıklanmamış olmasına dikkat çeken yargı, zararın sebebinin tespit edilebilmesi için yeni bir bilirkişi değerlendirmesi istemiştir. Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporda siyatik sinir zedelenmesinin komplikasyon olduğunun belirtilmesiyle yetinilmiştir.

Yakın zamana kadar hekimler tarafından yaygın olarak kabul gören bu düşüncenin doğru olmadığı bilimsel verilerle kanıtlandığına yukarıda değinilmiştir. Bu nedenle düzenlenen raporun bilimsel verilere dayanmadığı açıktır. Raporun aksi görüşün gerçekliğine inanan hekimler tarafından düzenlendiği düşünülecek olursa; rapor bildirilen görüşü destekleyen ve açıklayan bilimsel veriler içermediği için yine de eksik, itibar edilemez olacaktır.

İkinci olarak aktarılan davanın bozma kararında yüksek yargı doğrudan uygun iğnenin, doğru teknikle yapılıp yapılmadığının açıklanmadığı noktasına dikkat

çekmektedir ki kanımızca bu tıp biliminin enjeksiyona bağı sıyatik sinir zedelenmesini komplikasyon değil, tıbbi uygulama hatası olarak görmesinin yargıya yansıyan sonucudur.

KARAR 23:

“ Davacılar murislerinin 15.03.2006 tarihinde genel cerrah olan davalı Doktor tarafından, diğer davalıya ait hastanede laparoskopik⁴²⁰ safra kesesi ameliyatı olduğunu, hatalı ameliyat ve sonrasında gerekli tedavi ve bakımın yapılmaması sebebi ile 03.04.2006 tarihinde vefat ettiğini, murislerinin basit bir ameliyat sonrası ölmesi nedeniyle duydukları üzüntü karşılığı her biri için ayrı ayrı 25.000,00.-TL. manevi tazminatın olay tarihinden yasal faizi ile davalılardan alınmasını istemişlerdir.

...

Mahkemece, Adli Tıp Raporu gereğince davalıların kusurlu olduğu kabul edilerek davanın kısmen kabulüne her bir davacı için 1.000,00.-TL. manevi tazminatın davalılardan alınmasına, Islahla maddi tazminat istenemeyeceğinden bu talebin reddine karar verilmiş, hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

...

Uyuşmazlık, uygulanan tedavi ve ameliyatta davalı doktorun herhangi bir kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır.

⁴²⁰ Laparoskopik; dışarıdan yapılan küçük kesilerle ve kamera eşliğinde organlara yapılan müdahale.

Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre davanın temelini vekalet sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalının vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK: 386, 390 md)ı

Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. (BK: 390/11) vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (BK.321/1) o nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp bilimini kurallarına gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerin alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirin" almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamak, en emin yolu tercih etmelidir. Müvekkil durumundaki hasta, doktor olan vekilden, titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklıdır. Özen göstermeyen bir vekil, BK 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Somut olayda, davacılar murisinin davalı şirkete ait hastanede diğer davalı doktor tarafından safra kesesi ameliyatı olduğu, ameliyat sonrası tam olarak sağlığına kavuşamaması nedeniyle başka hastanelerde müdahalelerde bulunduğu ve 03.06.2006 tarihinde vefat ettiği dosya kapsamında anlaşılmaktadır. Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun 20.12.2006 tarihli raporunda sonuç olarak "R. S.nin

15.03.2006 tarihinde Dr. Y. tarafından yapılan laparoskopik kolesistektomi ameliyatı sırasında mide ön ve orta yüzde perforasyon, ileumda seroza yaralanması, koledok tam kesisi meydana gelmesinin tıp kurallarına uygun olmadığı oybirliği ile mütaala olunur." Denilmiş, mahkemece de bu rapora itibar edilerek hüküm kurulmuş ise de anılan rapor, hastaya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata, ihmal olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden, olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir. Bu raporu dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde mahkemece, hastanın gerek davalı hastanede gerekse sonradan götürüldüğü diğer hastanelerde yapılan ameliyat ve tedavilerine ilişkin tüm bilgiler, ameliyat ve tabela kağıtları, varsa çekilen filmler, sonografik inceleme raporları, epikriz ve Adli Tıp Raporu birlikte gönderilip, üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak, genel cerrahi konusunda uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan, davacıların murisine uygulanan tedavi ve ameliyatta davalı doktora atfı kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalı doktorun az yukarıda açıklanan ilke ve esaslara göre kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."

(Y. 13. HD. 18.03.2008 T. 2007/14545E.- 2008/3803 K.⁴²¹)

Değerlendirme:

⁴²¹ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

Bu davada diğerklerinden farklı bir değerkendirme söz konusudur. Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu düzenlediğı raporda ameliyatı yapan hekim kusurlu olduğuna oy birliğı ile karar vermiş olmalarına karşı bu kararlarının dayandığı tıbbi, bilimsel gerekçelere yer veren, açıklayıcı bir rapor hazırlanmadığı için Yargıtay değerkendirmeyi yetersiz bulmuştur.

Kanımızca Yüksek Yargının kararı tartışmalı bir karardır. Zira Adli Tıp Kurumu raporunda ameliyat sırasında hastanın vücudunda oluşan zararlar nedenleri belirtilmemiş bile olsa sıralanmıştır. Midenin iki ayrı yerinde, ince bağırsakta (ileum) ve ana safra kanalında (koledok) hastanın yaşamını tehlikeye atacak ciddiyette yaralanmalar meydana gelmiştir ve böyle büyük bir hasarın komplikasyon olmayacağı açık olup kanaatimizce uzman görüşüne bile ihtiyaç yoktur. Kaldı ki Yargıtay'ın hastanın karnında gazlı bez unutulmasıyla ilgili verdiği kararda belirttiğı görüşte de vurgulandığı üzere hekimin mesleğini uygularken, uzmanlığından bağımsız olarak göstermesi gereken dikkat ve özenin olayda gösterilip gösterilmediğinin belirlenmesi için uzman görüşüne ihtiyaç yoktur. Ortada büyük ve birden fazla yaralanma söz konusudur.

Olayda hekimin vekalet ilişkisinden kaynaklanan özen borcunu yerine getirmediğı açıktır. Vekalet ilişkisinde vekilin en küçük kusurundan bile sorumlu olduğu düşünülecek olursa, yalnızca hekimin kusurunun derecesini belirleme noktasında aydınlatıcı bilgi verebilecek olan bilirkişi raporunun karara etkisi olması beklenmemelidir.

Bununla beraber bilirkişi raporunun yetersiz olduğu görüşüne katıldığımız olayda; raporda yaralanmaların neler olduğunun sıralanıp bırakılması yerine nedenleri ve sonuçlarına yer verilseydi zararlı sonucun bir tıbbi uygulama hatası

olduğu konusunda mahkemece de bir kuşku kalmayacağı görüşündeyiz. Ayrıca, raporun ayrıntılı hazırlanmamış olmasının yanı sıra kullanılan *terminolojik dilin*, anlaşılmasını daha da güçleştirdiği görölmüştür. Bu nedenle hekim tarafından oluşturulan *organ hasarlarının neler olduğu*, bunların *benzer girişimlerdeki sıklığı*, alınacak *hangi tedbirlerle önlenebileceği* ve *neden hekimin kusurlu olduğu* sağlık çalışanı olmayan *mahkeme heyetinin ve tarafların anlayabileceği bir dil* kullanılarak açıklanmalıydı.

KARAR 24:

Koldan kitle çıkarılması ameliyatı sırasında kitlenin komşuluğundaki sinirin kesilmesi sonucu hastanın kolunun felç olduğu olayda tıbbi uygulama hatası iddiası ile doktor aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açılmıştır. Temyiz kararında:

“...Davacı, koltuk altındaki şişlik nedeniyle yapılan tetkikleri sonunda damar kökenli bir tümör cinsi olan hemanjiyom teşhisi konulduğunu ve ameliyatla ve kütlenin alınması gerektiğinin bildirilmesi üzerine 13.11.1999 tarihinde davalı doktor tarafından ameliyat edildiğini, ameliyattan önce böyle bir ihtimalden hiç bahsedilmemiş olmasına rağmen, davalı doktorun hata ve kusuru nedeniyle, ameliyat sırasında sol kolundaki sinirlerin kesilmesi sonucu sol kolunun felç olduğunu, ameliyat sonrası davalının, kolunun tedavisi için yeni bir operasyon yapılmasının mümkün olmadığını belirterek fizik tedavi önerdiğini, ancak daha sonra sinir ekleme olabileceğini öğrenmesi üzerine 12.04.1999'da başka bir doktora sinir ekleme operasyonu yaptırdığını, ancak, geç kalınmış olması nedeniyle ikinci ameliyatın başarısız olduğunu ileri sürerek 26.000.000.000 TL. maddi 6.000.000.000 TL.

manevi tazminatın tahsilini istemiştir. Davalı, ameliyat öncesi MR raporlarında atardamar ve toplardamar sorunlarından bahsedilse de sinir tutulumundan bahsedilmediğini, ameliyat sırasında davacı eşinin sinir kesilmesine muvafakat ettiğini, sinir kesilmesinin bir hata olmayıp tıbbi bir zorunluluk olduğunu ve sinir ekleme operasyonunun, başarı şansı çok düşük bir ameliyat olması ve hastanın birinci ameliyatta bu işleme tabi tutulması için 3-4 saatlik narkoza daha ihtiyacı olup hastanın buna dayanamayacağını düşündüğünü savunarak davanın reddini dilemiştir. Mahkemece, Yüksek Sağlık Şurasından alınan rapora dayanılarak davalının kusursuz olduğundan bahisle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir. Dava, koltuk altındaki kütlenin alınması amacıyla davalı doktor tarafından yapılan ameliyat sırasında kütlenin alınmasıyla birlikte sinirlerin de kesilmesi sonucu sol kolun felç olması nedenine dayanan maddi-manevi tazminat davasıdır. Taraflar arasındaki ilişki vekalet aktidir. Vekil, vekalet görevine konu iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. Vekil (BK m. 390/2) işçi gibi özenle davranmak zorunda olup hafif kusurundan dahi sorumludur (BK m. 321/1) O nedenle vekil konumunda olan ve davacıyı tedavi eden doktorun bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmesi gerekir. Hükme dayanak alınan Yüksek Sağlık Şurası Raporu ""Hemanjiyom vakalarındaki ameliyatların çok kanamalı olduğu ve kanamanın durdurulması için damarların bağlanması gerektiği, yapılan tedavinin doğru olduğu, eğer ameliyat edilmezse, 10 cm"lik bir hemanjiyom"un giderek büyüyeceği ve bulunduğu yere baskı yapacağı, zamanla da sinirin kendiliğinden atrofiye uğrayacağı, ameliyat sırasında çıkarılan 6 cm"lik sinir kesisinin tamiri

olamayacağından, ikinci ameliyatın gecikmesinin söz konusu olmadığı cihazlarla Dr. M. K.'nin kusursuz olduğuna" ibareleri ile davalıya atfı kabil kusur bulunmadığını bildirmiş ise de, bunun gerekçeleri tam ve doyurucu değildir. Şura'nın bahsettiği, tümör alınmazsa giderek büyüyeceği ve bulunduğu yere baskı yaparak zamanla siniri atrofiye edeceği ihtimali kabul edilebilir bir gerekçe olamaz. Hasta mevcut durumda iken 3-5 yıl sonra gelebileceği konum ihtimaline göre kusur verilemez. Kaldı ki, Yüksek Sağlık Şurası 11.04.1928 gün ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına dair Kanununun 75. maddesindeki açık hüküm nedeniyle, CMUK'nun 66/3. maddesi anlamında kendisine başvurulması zorunlu olan bir bilirkişi durumunda ise de, hukuk davalarında HUMK 276/2 maddesinde öngörülen nitelikte, resmi bilirkişi değildir. Mahkeme Yüksek Sağlık Şurasına başvurup başvurulamakta serbesttir ve onun raporuyla bağlı bulunmamaktadır (HUMK m. 286). Eş söyleyişle, hukuk davalarında, mahkemelerin Yüksek Sağlık Şurası raporlarına itibar etme zorunlulukları yoktur. Mahkemece yapılacak iş, Yüksek Sağlık Şurası raporu ile ameliyat öncesi ve sonrası tüm gözlem raporları, tetkik sonuçları, ameliyat raporu buna ilişkin MR, tahlil sonuçları vs. ile birlikte Adli Tıp'a, gerektiğinde hastanın da bizzat sevki suretiyle davalıya atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda gerekçeli, dayanaklarını gösterir, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli bir rapor alınmalı ve ortaya çıkacak sonuç çerçevesinde bir karar verilmelidir. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."

(Y. 13. HD. 15.10.2002 T. 2002/7925 E.- 2002/10687 K.⁴²²)

Değerlendirme:

⁴²² İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

Bu olay daha önce tartışılan ve kitle çıkarılması sırasında dikiş atılırken bağlanması nedeniyle zedelenen sinire bağlı güç kaybı olan dava ile benzerlikler taşımaktadır. Benzerliklerin yanı sıra ayrılan yönleri de mevcuttur. Bunlar tartışılacak olursa:

Çıkarılması planlanan kitlenin koltuk altı yerleşimli olduğu düşünüldüğünde bölgenin anatomik yapısı nedeniyle damar ve sinir zedelenmesi olabileceği bilgisi bir hekim için uzmanlık eğitimine gerek olmayan, temel tıp bilgilerindedir. Mahkemenin dikkat çektiği üzere hekimin sahip olması gereken bu temel tıp bilgisini kullanarak tedaviyi planlaması ve girişimde bulunması vekilin özen borcunun gereğidir. Aktarılan olay için sinirin zedelenebileceği ya da davalının iddia ettiği şekliyle tıbbi gereklilik sonucunda kesilmesi gerekeceği ameliyat öncesinde öngörülebilir olmalıydı. Hekimin özen borcu bu sonucu öngörmesini gerektirirdi.

Bununla beraber davalı tarafından ameliyat sırasında bu gerekliliğin ortaya çıktığı ve hastanın eşinden ameliyatın genişletilebilmesi için izin alındığı ifade edilmektedir. Burada tıbbi müdahalenin genişletilmesi için hastanın anestezi önce verdiği rızanın dışında hareket edilmesi, hastanın varsayılan rızasına ve yakınının rızasına dayanılarak müdahalede bulunulması söz konusudur.

HAKERİ' nin ameliyatın genişletilmesi durumunda rıza ile ilgili görüşü şöyledir⁴²³:

“...Bu tip durumlarda da varsayılan rızaya ilişkin prensiplere göre hareket etmek ve ameliyatın genişletilmesinin neden olacağı risklerin ameliyatın yarıda bırakılmasından yüksek olmaması durumunda, hastanın muhtemel (varsayılan) rızasına göre hareket edilmelidir. ... Hekimin yanlılığı, taksirli davranışından

⁴²³ HAKERİ; s. 382-382

kaynaklanıyorsa, örneğin ameliyattan önce ameliyatın genişletilmesi ihtimalini görmesi gerekiyor ve hasta da bu genişletilmeye rıza göstermeyecek idiyse, hekim taksirli yaralamadan dolayı sorumlu olur.

...

Hekim hastanın hayati tehlikesi bulunması durumunda, ameliyatın genişletilmesine yönelik açık bir iradesi bulunmadığı müddetçe ameliyatı genişletmeye sadece yetkili olmayıp aynı zamanda yükümlüdür de.”

Aynı eserde konunun devamında HAKERİ’ nin aktardığı bir örnek kararda Tokyo Eyalet mahkemesi meme kanseri nedeniyle ameliyat olan hastanın diğer memesinde de kitle fark eden hekimin ameliyatı genişleterek diğer memeye de müdahale etmesinin hastasının rızasına aykırı, dolayısıyla hukuka uygunluğu olmayan bir müdahale olduğu kararına varmıştır.

Olayda hekimin hastanın yasal temsilcisinden aldığı rızayla ya da varsayılan rızayla hareket etmesi bu esaslar çerçevesinde tartışıldığında; sinir kesisinin tıbbi gereklilik olarak öngörülmesi gerektiği kabul edilirse bu müdahalenin taksirli yaralamaya gireceği tartışmasızdır. Öte yandan öngöremeyeceği kanısına varılırsa da bu müdahaleyi yapmanın ya da ertelemenin yaratacağı sonuçlar ve gelecekte yapılabilecek girişimlerin değerlendirilmesi ve böylece bir sonuca varılması gereklidir.

Yüksek Sağlık Şurası’ nın raporunda damar kaynaklı bir tümör olan hemanjiyomun ameliyatında kanamanın beklenen bir komplikasyon olduğundan bahsedilmektedir. Oysa dava konusu tümörle birlikte çıkarılan ve onarım şansı olmayan 6 cm. uzunluğundaki sinirin kaybı sonucu oluşan zarardır. Raporda bu uzunluktaki bir sinir parçasının çıkarılmasından sonra onarılma şansı bulunmadığı

belirtilmektedir. Öyleyse davalının hastanın rızası konusunda daha titiz davranması gerektiği bilirkişi raporu tarafından da vurgulanmış olmaktadır.

Raporda bir varsayımdan yola çıkarak eğer sinir çıkarılmasaydı bile yıllar içinde fonksiyon kaybı olacaktı kanısına ulaşılması hatalıdır. Kanımızca Şuranın dile getirmeye çalıştığı husus “eğer hekim tıbbi standartlara uygun davransa idi bile bu zarar ortaya çıkacaktı” savıdır. Bu savın kabul edilmesi durumunda da bilirkişi ve mahkeme tarafından kabul edilmesi gereken, olayda tıbbi standartlardan sapıldığıdır. Bu durumda hekimin kusuru bulunmadığı yönünde hazırlanan rapor kendi içinde çelişmiş olacaktır.

Kararın son bölümünde yüksek mahkeme Yüksek Sağlık Şurası’ nın hukuk davalarında resmi bilirkişi olmadığı, bu nedenle raporunun mahkemeyi bağlamayacağı görüşüne yer vermektedir. Bu ifadenin hatalı olduğu kanaatindeyiz. Yüksek mahkemenin Yüksek Sağlık Şurası’ nın davanın görüldüğü tarihte ceza davalarında başvurulması zorunlu bilirkişi olduğu ancak hukuk davalarında böyle bir zorunluluğun olmadığı yolundaki görüşü doğru ve yasalara uygundur. Ancak kararda yer alan şekliyle Yüksek Sağlık Şurası’ nın resmi bilirkişi olmadığı ifadesi hatalıdır. Yüksek Sağlık Şurası olay tarihinde hukuk davalarında görüş alınması yasal olarak zorunlu bilirkişi kurum olmamakla birlikte kuşkusuz resmi bilirkişilik niteliğini halen taşımaktadır. Kaldı ki hakim yalnızca Yüksek Sağlık Şurası’ nın değil hiçbir bilirkişinin raporuyla bağlı değildir.

KARAR 25:

Kolunu tarım makinesine kaptıran ve ön kolda parçalı kırık, doku kaybı olan hasta başvurduğu hastanede kendisine hatalı tedavi uygulandığı, bu ihmale bağlı olarak gelişen kangren nedeniyle kolunun kesilmek zorunda kaldığı iddiasıyla başvurduğu hastaneye ve tedavisini yürüten hekime maddi ve manevi tazminat davası açmıştır.

“Davacının kolunu patoza kaptırması sonucu kırıldığı, davalıya ait şifa hastanesinde cerrahi müdahalede bulunduğu, kolunun kötüleşmesi nedeniyle hastaneden ayrılıp Ankara Hacettepe Tıp Fakültesi Hastanesine başvurduğu, burada kolunun kesildiği uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık davalıya ait hastanedeki ilk tedavinin tıbbın gereklerine uygun yapıp yapılmadığı, olayda doktor hatası olup olmadığı noktasında toplanmaktadır. Davacı, doktor hatası nedeniyle kolunun kangren olduğu ve bunun sonucu kesildiğini ileri sürerek tazminat istemiştir. Taraflar arasındaki ilişki bir vekalet ilişkisidir. Dava özen borcuna aykırılık iddiası ile açılmıştır. Vekil (doktor) işini yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır. (BK: x. 386-390, 321) bu nedenle en hafif kusurundan dahi sorumludur. Doktor hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koymalı, önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz. Mahkemenin kararına dayanak yaptığı 23.6.2000 tarihli el cerrahisi, ortopedi ve travmatoloji uzmanlarından oluşan bilirkişi kurulu raporunda, olayın oluşumu ve uygulanan tedavinden söz edilip, “..bunun ortopedi uzmanlığını almış her ortopedist tarafından yapılabilmesi nedeni ile tıbbi hata düşünülmemiştir.” denilmiştir. Raporda, somut olaydaki gibi bir kırıkta, tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler

doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilmemiştir. Bu nedenle bilirkişi raporu yetersiz olup hükme dayanak yapılamaz. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan veya adli tıp kurumundan, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında yapılması gerekenle, yapılanın ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak; oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermektir ibarettir.”

(Y. 13. HD. 08.02.2001 T. 2001/380 E.- 2001/1303 K.⁴²⁴)

Değerlendirme:

Olayda; tarım makinesiyle çalışırken kolunda ciddi yaralanma oluşan hastaya ilk müdahaleyi yapan ve beş gün kadar takip eden davalı hekim tarafından uygulanan tedaviyi inceleyen bilirkişi heyeti tarafından tıbbi standartlara uygun davranılıp davranılmadığının tespitini yaparken yanlış bir yol izlemiştir.

Kanımızca; *tıbbi standardın*, aynı eğitimi almış hekimin, benzer şartlarda uygulaması gereken tıbbi yöntemler tanımından yola çıkarak *standart hata* tanımı yapılmak istenmiştir. “...*ortopedi uzmanlığını almış her ortopedist tarafından yapılabilmesi nedeni ile*” ifadesi bu anlamı taşımaktadır. Oysa tıbbi standart, komplikasyon çerçevesinde kalmak kaydıyla ortaya çıkabilecek, istenmeyen aynı zamanda önlenemeyen hataları da içeren bir kavramdır. Bu tanımın dışına çıkarak standart hata tanımlaması yapıp buna dayanarak hekimin kusursuz olduğu iddia edilemez. Zira böyle bir yol izlendiği takdirde her sürücünün kırmızı ışıkta

⁴²⁴ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 16.00

geçebileceği, bu nedenle gerçekleşen kazada sürücünün kusurlu olmayacağı sonucuna da ulaşmak mümkündür.

Yüksek risk taşıyan bir mesleği uyguluyor olmak hekime fazladan hata yapma hakkı kazandırmaz. Aksine, hukuk yüksek riskli meslekleri uygulayanlardan daha fazla özen göstermelerini beklemektedir⁴²⁵.

Tıbbi standarttan sapma olarak tanımlanan malpraktis için ayrıca standartların oluşturulması, açıkça özen yükümlülüğünün ihlalidir. Aktarılan olayda yalnız davalı hekimin değil raporu hazırlayan bilirkişi kurulunun da özen yükümlülüğünü yerine getirmediği açıktır.

Raporda kullanılan ifadeden yola çıkılarak, kurul tarafından hekimin hatalı olduğunun kabul edildiği, ancak herkes tarafından yapılabilecek bir hata olduğu düşünüldüğü için kusurlu bulunmadığı anlaşılmaktadır. Nedenler ve zarar sonuç ilişkisi hakkında bilgi içermeyen rapor, bu özelliği nedeniyle konu hakkında bu bilgilendirmeden istemli olarak kaçınıldığı izlenimini vermektedir. Böylece kurul olarak hem kendilerine, hem de genel anlamda tıbbi bilirkişilik kurumuna olan güveni sarsmaktadır.

Nitekim yüksek mahkeme de bilimsel ve nesnel olmayan bu görüşe itibar edilmemesi gerektiği kararına varmıştır.

KARAR 26:

⁴²⁵ SAVAŞ Halide; “Yargı Kararlarında Komplikasyon ve Tıbbi Malpraktisten Doğan Sorumluluk”, Sağlık Çalışanı-Hasta İlişkisinde Güncel Konular, Editör: Prof. Dr. Nazmi ZENGİN, Konya 2012, s. 74

“18.4.1962 tarihinde böbrek taşı ve böbrek kisti teşhisiyle Hastanesi'ne yatırılan ve Op. Dr. (Y.L.) tarafından nefrektomi⁴²⁶ ameliyatı yapılarak 30.4.1962 tarihinde taburcu edilen davacı Servet'de, takriben 10 yıl sonra hipokodrium⁴²⁷ "da ağrılı bir şişlik husule geldiğinden, 19.7.1972 tarihinde Numune Hastanesi" nde yapılan ameliyatta, ilk ameliyatta unutulmuş (2) metre uzunluğunda gaz tamponun çıkartıldığı, ancak bundan sonra sağlığına kavuşabildiği dosyadaki delillerle çok açık belirlenmiştir. Mahkemenin talimatı üzerine önüne getirilen dava dosyasını inceleyen Yüksek Sağlık Şurası, 19 Kasım 1975 günlü kararı ile "ameliyat sırasında vücutta gazlı bez unutulması nadirde olsa mümkün olaylardan olup, büyük ameliyatların görülebilen ihtilaflarındandır. Bu itibarla ilk ameliyat sahasında gaz tamponu bırakan Op. Dr. (Y.L.)"ye atfi kabil bir hata yüklenemez" mütalaasında bulunmuş; mahkemede bu görüşü benimseyerek davayı ret etmiştir.

Bütün sorun, hekimin tıp kural ve gereklerine uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmekte toplanmaktadır.

Kusur sorumluluğunün sübjektif şartıdır. BK. kusuru kasıt ve ihmâl olmak üzere ikiye ayırmıştır (BK m. 41). İhmâlde; bir kimse hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesini istememiştir, buna rağmen böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun gereken dikkati sarf etmemesi veya tedbiri almaması yüzünden vuku bulmuştur. İhmâlinde; hafif ve ağır olmak üzere iki derecesi vardır anlayışlı; normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında apaçık bulacağı en ilkel dikkat ve tedbirlerin ve özen görevini yerine getirilmemesi durumunda ihmâl ağırdır. Bu ayırım özellikle tazminatın kapsamı ve türünü tayin ederken önem kazanır. Şu yönü önemle

⁴²⁶ Nefrektomi; böbreğin çıkarılması ameliyatı.

⁴²⁷ Hipokondriyum; gövdenin yan tarafları, böğür.

vurgulamakta yarar vardır; doktorun meslek alanı içinde ola bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur kendisinden beklenen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır. Diğer bir ifade ile ölçü; objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır.

Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla, olayın bir uzman önünde incelettirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü; bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla 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 nadir de olsa mümkün olaylardan kabul etmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun 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. Öyleyse, gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye incelettirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır. Bütün bunlara ek olarak, esasen 1219 sayılı Yasanın 75. maddesi

tıbbi konularda Yüksek Sağlık Şurası düşüncesinin (ceza mahkemesini) bağlayacağı belirtilmiştir. Bu durumda bu merciin düşüncesinin hukuk mahkemesini bağlayacağı da düşünülemez. Yasa hükmü bu doğrultuda olduğuna göre Usulün 276/II. maddesine dayanılarak Yüksek Sağlık Şurası'nın hukuk davalarında, çözümlenmesi gerekli tıbbi sorunlar için seçilmesi ve düşüncesine başvurulması zorunlu bilirkişi kurulu olduğu da kabul edilemez.

Dosya kapsamına ve oluşan kanıtlara göre, davacının davalı hastaneye ameliyat olmak için yattığı, geçici de olsa; belli olayın (ameliyatın) yürütülmesi amacıyla davalı doktoru hastanenin çağırdığı, operasyonun birlikte yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Bu durumda, davalı hastanenin sorumluluğu, kusursuz sorumluluk olup; Borçlar Yasasının 55. maddesine ilişkindir.

Davacı, davalı hastaneye yatmakla, diğer davalı doktor ile olan ilişkisi değişir, doktor artık hasta ile hastanenin işçisi (kullandığı kişi) olarak ilgilenir. Bir anlamda, doktor ile olan hukuki ilişki, hastane ile olan hukuki ilişkiye dönüşmüştür. Bu nedenle hastane, doktorun gerekli özeni göstermemesinden ve ihmalden dolayı BK. m. 55 uyarınca davacıya karşı sorumludur. Çünkü davalı hastaneye yükletilen borç, kendi hastanesinde fennin ve tıbbın gerektirdiği bütün işlemleri, fen kuralları, doğruluk içerisinde yapılmasını gerektirir.

Yukarıda açıklamaların ışığı altında mahkemece yapılacak iş, kural olarak davalıların sorumlulukları kabul edilmeli, iş gücü kaybı dışında kalan maddi tazminat miktarı ile olayın işleniş şekil ve özelliği, davalıların ağır kusuru (ihmali); davacının olayda müterafik kusurunun bulunmayışı gibi olgular dosyadaki diğer delillerle HUMK.nun 240. maddesi doğrultusunda değerlendirilerek manevi tazminatın kapsamı takdir ve tayin olunmalı sonra hükmedilmelidir.

Mahkemenin anlatılan yönleri gözden kaçırması usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını gerektirir.”

(Y. 13. HD. 10.07.2008 T. 2008/3938 E.-2008/9675 K.⁴²⁸)

Değerlendirme:

Ameliyatlarda sırasında kanama kontrolü amacıyla değişik büyüklüklerde gazlı bezlerden hazırlanan tamponlar kullanılır. Bu tamponlar ameliyat alanı içine yerleştirilirken sayılır. Ameliyat bitiminde ise bölgenin kapatılmasına geçmeden önce görevli sağlık personeli tarafından tekrar sayılır ve kullanılan kadar tamponun vücudun dışına çıkarıldığından emin olunur. Tamponları saymak çoğu kez ameliyat hemşiresinin, onu denetlemek de ameliyatı yapan hekimin görevidir.

Özellikle karın boşluğunun açıldığı ameliyatlarda ameliyat alanında tampon unutulması nadir değildir. Ancak bu olayın görülme sıklığının az olmaması hata olmadığı anlamını taşımaz. Burada Yüksek Sağlık Şurası yine tıbbi standart yerine standart hata tanımını üzerinden yola çıkmaktadır ki bu kesinlikle yanlıştır.

Kararın bir diğer dikkat çeken özelliği yüksek mahkemenin, ilk derece mahkemesinin bilirkişiden görüş istemesine gerek olmadığı doğrultusundaki “...*bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır*” görüşüdür. Burada yüksek mahkeme tarafından vurgulanan hekimin uzmanlığı dışında, yaptığı işin gereği olan yüksek dikkat ve özenin gösterilmediğine dikkat çekmektedir. Diğer bir deyişle; hekimin ameliyat alanında gazlı bez unutulmasının kusur oluşturup oluşturmadığının tespiti için hakim hayata tecrübesinin yeterli görülmesi, ayrıca bilirkişi görüşü istenmesine gerek olmadığı kararına varılmıştır.

⁴²⁸ KICALIOĞLU, s. 210-212

Ameliyat alanında gazlı bez unutulmasının komplikasyon gibi değerlendirilebilmesi için ameliyatın çok özel koşullar altında yapıyor olması gerekir. Örneğin; yaşamı tehdit eden, son derece ciddi kanaması olan bir hastaya karın ameliyatı yapılır. Ameliyat sırasında kanama güçlükle durdurulur ve yaşamsal fonksiyonlar güçlükle dengelenip hasta kapatılacağı sırada gazlı bezlerin sayısının eksik olduğu fark edilir. Bu durumda gazlı bezi aramak için güçlükle kontrol altına alınmış kanama alanına ikinci kez müdahalede bulunmanın doğuracağı risk ile gazlı bezin karın içinde bırakılmasının sonuçları hekim tarafından tartılmalı ve ona göre karar verilmelidir.

Kanımızca; eğer gazlı bezi bulup çıkarmak uğruna kanama tekrar başlatılacak ve hastanın hayatı riske edilecekse hekimin gazlı bezi olduğu yerde bırakıp ameliyatı sonlandırması hatalı bir davranış değildir. Ancak *yaşanan olayı, gerekçeleri ile birlikte ameliyat notunda anlatmalı, ameliyat sonrasında hastayı ve yakınlarını konu ile ilgili olarak bilgilendirmeli, sonrasında takip etmeli ve uygun gördüğü zaman ikinci bir müdahaleyle gazlı bezi çıkarmalıdır.* Böyle davranan hekim özen borcunu yerine getirmiş, *gazlı bezi karın içinde bırakmasına rağmen hukuka uygun bir tıbbi müdahale yapmış olur.* Olayın ayrıntılarına ve gerekçelerine ameliyat notunda yer verilmemesi, hasta ve yakınlarının konuyla ilgili olarak bilgilendirilmemesi durumunda ise hekimin girişimi, yaşam lehine davranmış olmasına rağmen hukuka aykırı olacaktır.

KARAR 27:

Estetik amaçlı bir girişimin konu olduğu dava şöyledir:

“...Davacı, yüzündeki gülümseme çizgi ve kırışıklıkların giderilmesi için 1999 yılı Haziran ayında davalı kliniğe başvurduğunu, davalı doktor Hande tarafından yüzüne tam olarak ne olduğu bilinmeyen bir dolgu malzemesi enjekte edildiğini, yüzünde çeşitli reaksiyonlar oluştuğunu, davalı doktorun iyileştirme vaadi ile müdahalelerde bulunduğunu, her seferinde durumunun daha da kötüleştiğini, yüzünde kalıcı yumru kütleler, çöküntüler ve morluklar oluştuğunu, uzmanların bir daha iyileşme ve cerrahi müdahale ile dahi iyileşme şansı olmadığını bildirdiklerini, davalı doktorun özensiz ve kusurlu davranışları sonucu ortaya çıkan zarardan davalıların sorumlu olduklarını ileri sürerek çektiği elem ve ıstırabın karşılığı 200.000,00 YTL manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek faizi ile birlikte davalılardan tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar, 12.05.1999 tarihinde kliniğe gelen davacının burun kenarında oluşan çizgileri azaltmak amacıyla enjeksiyonla kozmetik tedavi yapılmasını istediğini, çok basit ve sık uygulanan bir yöntemle burun kenarlarına new-fill denen bir dolgu maddesinin enjekte edildiğini, iki seans uygulamadan sonra davacının İtalya'ya yerleşmesi nedeniyle bir daha görmediklerini, kusurları bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davacının yüzünde oluşan yumruların, Adli Tıp Kurumu ve Tabip Odası Onur Kurulu raporlarına göre bir komplikasyon sonucu oluştuğunun anlaşıldığı, işin kötü yapılması veya kötü malzeme kullanımı söz konusu olmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

...

Somut olaya bakıldığında, davacının yüzündeki kırışıkları gidermek için davalı klinik ve doktora başvurduğu, davalı doktorun davacının yüzüne fill-new adlı dolgu malzemesi enjekte ettiği, sonuçta davacının yüzünde giderilmesi mümkün olmayan hasar oluştuğu, taraflar arasında ihtilaflı değildir. Çözümlemesi gereken husus, davalının üstlendiği tedaviyi yaparken özen borcunu yerine getirip getirmediğidir. Dosya içerisinde bulunan raporlarda davacının yüzünde oluşan hasarın nedeni, yabancı cisim reaksiyonu olarak bildirilmiştir. 22.12.2006 tarihli Adli Tıp Raporunda, enjeksiyon işleminin ve daha sonra gelişen deri altı yabancı cisim reaksiyonu sonrası uygulanan kortikosteroid tedavisi işleminin günümüz tıp kurallarına ve kozmetik cerrahisi tekniğine uygun bir işlem olduğu, daha sonra yüz bölgesinde gelişen lezyonların, bu işlem sonrası nadir gelişen komplikasyonlardan olduğu bildirilmiş ise de, davalının bu işlemi yapmadan önce davacıya işlemin muhtemel komplikasyonları hakkında bilgi verip vermediği, riskleri anlatıp anlatmadığı, özetle aydınlatılmış rıza alınıp alınmadığı konusunda bir inceleme yapılmamıştır. Davalı doktor, davacının şikayeti üzerine Onur Kurulu'nda verdiği 23.09.2005 tarihli ifadesinde, davacıya yapılacak işlemin ayrıntılarını anlattığını, dolgu malzemesinin doğal bir madde olduğunu söylediğini, ancak her maddenin alerji yapma riski bulunduğunu, nadir de olsa bir komplikasyon oluşursa tedavi edilebileceğini anlattığını, ancak bu hususları kayıt altına almadığını, o zamanlar onama belgesi alınmadığını bildirmiştir. Davalı, davacıyı müdahalenin komplikasyonları konusunda aydınlattığını yazılı belge ile ispat edemediği gibi, beyanında geçen komplikasyon oluştuğu halde tedavisinin de mümkün olmadığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan bilirkişi raporlarında davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz. O halde, mahkemece yukarıda açıklanan

hususlarla ilgili olarak varsa taraf delillerini topladıktan sonra davalının aydınlatılmış onam alma yükümlüğünü yerine getirip getirmediği, giderek kusuru bulunup bulunmadığı yönünde inceleme yapılmak üzere, dosyanın tomar halinde üniversitelerden seçilecek konusunda uzman bilirkişilere teslimi ile taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık, ayrıntılı ve gerekçeli rapor tanzim edilmesinin istenmesi...”

(Y. 13. HD. 18.09.2008 T. 2008/4519 E.- 2008/10750 K.⁴²⁹)

Değerlendirme:

Olayda bir estetik müdahale sonrasında ortaya çıkan kalıcı zarar söz konusudur. Gerek Adli Tıp Kurumu, gerekse de Tabip Odası Onur Kurulu tarafından yapılan incelemelerde hekimin girişiminin tıbbın gereklerine uygun olduğu rapor edilmiştir. Hekim bir uygulama hatası yapmamış, uygun maddeyi uygun şekilde kullanmıştır. Ancak kişinin yapısal özelliğinden kaynaklanan bir istenmeyen sonuç ortaya çıkmıştır. Üstelik bu zarar giderilmesi mümkün olmayan, kalıcı bir zarardır.

Hekimin estetik müdahalesini yaparken mesleğinin gerektirdiği tıbbi sorumluluklarını yerine getirdiği, ancak hukuki sorumluluklarına yerine getirmediği görülmektedir. Hastanın olası riskler ve sonuçları hakkında *aydınlatılmamış olmasının yanı sıra kayıt tutma yükümlülüğü de yerine getirilmemiştir.* Aydınlatılmış onamın büyük cerrahi girişimler dışında yasal olarak bir şekli olmamakla birlikte, olayda olduğu gibi, yasal sorunlar yaşandığında ispat açısından yazılı olması gereklidir. Hekimler tarafından çoğu kez lüzumsuz bir iş gibi algılanan aydınlatılmış onamla ilgili kayıtların tutulmuş olmasının önemi yukarıdaki olayda bir kez daha dikkat çekmiştir.

⁴²⁹ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 17.00

Hekim kusursuz olduğunu ispat edebilmek, kendini kötü niyetli yaklaşımlardan koruyabilmek için hastayla ilgili tüm işlemlerin kayıtlarını tutmalı ve yasal sürelerle uygun olarak bu kayıtları saklamalıdır.

Dosyayı inceleyen bilirkişiler de aynı yaklaşımla girişimin yalnızca tıbbi yönüyle ilgilenmişlerdir. Oysa yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu sağlayan koşulların yerine gelip gelmediği incelenmemiştir.

Her ne kadar tıbbi bilirkişilere yapılan tıbbi müdahale ile ilgili uzman görüşleri sorulmuş olsa da yapılan incelemelerde öncelikle girişimin hukuki açıdan tıbbi müdahale niteliği kazanıp kazanmadığı, yasal yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediği de sorgulanmalıdır. Bu değerlendirmenin yapılabilmesinin ön koşulu bilirkişinin bu yükümlülüklerin neler olduğunu bilmesi, girişimi sağlık hukuku açısından da değerlendirebilecek donanıma sahip olmasıdır.

Aksi takdirde, olayda olduğu gibi, yasal sorumlulukların yerine getirmemiş olması hekim açısından muhtemel bir komplikasyonun malpraktise dönüşmesine, olayın yasal sorumluluklar açısından incelenmemiş olması da bilirkişi raporunun geçersiz bulunmasına neden olacaktır.

KARAR 28:

Olayda; hastanın memesindeki kitle ameliyat öncesinde USG eşliğinde tel ile işaretlenmiştir. Ameliyat sonrasında bazı sıkıntılar yaşayan hasta bir başka sağlık kuruluşuna başvurmuş, orada vücudunda metal parçası unutulduğu söylenmesi

üzerine tıbbi uygulama hatası iddiası ile ameliyatı yapan hekim aleyhine tazminat davası açmıştır.

“Davacının 10.11.2000 tarihinde davalı hastaneye müracaat ettiği aynı tarihte davacının göğsünde mevcut bulunan kitleye müdahale öncesi USG altında tel kanca ile işaretleme yapıldığı akabinde kitlenin operasyon sonucu çıkarıldığı operasyon sonrası dava dışı özel Sağlık Kuruluşu tarafından yapılan kontrol grafisinde işaretleme yapılan parçanın bir bölümünün davacının göğüs dokusu içinde kaldığının anlaşıldığı uyuşmazlık konusu değildir. Uyuşmazlık, yapılan bu operasyonda tıbbin gereklerine uyulup uyulmadığı, olayda doktor hatası olup olmadığı, davacının bu olay nedeniyle zarar görüp görmediği noktasında toplanmaktadır. Taraflar arasındaki ilişki bir vekalet ilişkisidir. Dava özen borcuna aykırılık iddiası ile açılmıştır. Vekil (doktor) isini yaparken bir işçi gibi özen göstermek zorundadır. (BK m. 386-390, 321) Bu nedenle en hafif kusurundan dahi sorumludur. Doktor tıbbi açıdan önlemleri eksiksiz biçimde ve gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. Tıbbin gerçek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonucu değişmemiş ise doktor sorumlu tutulamaz. 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 meydana- getirecek tıbbi bir komplikasyon söz konusu olmadığı, bu nedenle uygulamayı yapan hekime yüklenecek kusur bulunmadığı belirtilmektedir. Raporunda somut olaydaki gibi bir vakada tıbbin gereklerine ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı bu konuda az yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği yapılması gerekenle yapılanın uyuşup uyuşmadığı, böyle bir operasyonda vücutta yabancı bir maddenin kalıp kalmayacağına olağan olup olmadığı ve böyle bir riskin bulunup

bulunmadığı konusunda herhangi bir açıklama ve bilgiye yer verilmemiştir. Bu nedenle son mercii niteliğinde bulunmayan kuruldan alınan bilirkişi raporu yetersiz olup hükme dayanak alınamaz. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; Üniversitelerden konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında yapılması gerekenle yapılanın ne olduğu, yapılması gerekenle yapılanın birbiriyle uyumlu olup olmadığı, böyle bir olayda böyle bir sonucun ortaya çıkmasının olağan olup olmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak, oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermektir. Açıklanan hususlar gözetilmeksizin eksik araştırma ve incelemeye yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.”

(Y. 13. HD. 28.11.2005 T. 2005/11159 E.- 2005/17474 K.⁴³⁰)

Değerlendirme:

Yüksek yargı tarafından bozma nedeni olarak bilirkişi raporunun yetersiz olması gösterilmiştir. Bunun nedenlerinden biri; Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporunda yapılan tıbbi müdahale ile ilgili genel bilgilerden yola çıkıp hekimin kusursuz olduğu kararını vermesidir. Yapılan girişim olay temelinde ele alınmamıştır. Genel ifadeler ve terminolojik bir dil kullanılarak hazırlanan rapor, mahkeme heyetinin maddi unsur konusunda sorularına yanıt vermektir. Vücutta kalan işaret telinin zaten zaman içinde eriyip kaybolacağı, bu nedenle

⁴³⁰ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 17.00

herhangi bir zarara neden olamayacağı tıbbi terimlerle belirtilmiş, rapor açıklama yapılmaksızın sonuca bağlanmıştır.

Oysa tel ile işaretleme işinin niçin, hangi koşullarda yapıldığı, kullanılan malzemenin özellikleri, girişim sırasında yaşanabilecek sorunlar, sıklıkları ve çözümleri, dava konusu olayda yaşananlar ayrıntılarıyla ele alınmış ve sonrasında hekimin kusursuz olduğu belirtilmiş olsaydı mahkeme heyetinin sorularına cevap veren, dolayısıyla güvenilir bir rapor hazırlanmış olacaktı.

Raporun eleştirilmesi gereken bir diğer eksik yönü, olayın yalnızca tıbbi boyutunun ele alınmış, hekimin yapmış olduğu müdahalenin hukuka uygunluk açısından incelenmemiş olmasıdır.

KARAR 29:

“Davacı, 1997 yılında geçirdiği kalp rahatsızlığı nedeniyle Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinin kardioloji bölümünde uygulanan by pass ameliyatı sırasında sağ bacağından damar alındığını, hastanede kaldığı süre içerisinde ve sonrasında sağ bacağında bazı ağrılar hissettiğini, aradan geçen uzun sürede sağ bacağının tutmaz duruma geldiğini, ameliyatı gerçekleştiren davalının sakat kalmasına yol açtığını belirterek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuştur. Yerel mahkemece, Adli Tıp Kurumunun 14.12.2001 tarihli raporu gerekçe gösterilerek maddi tazminat isteminin reddine, bypass ameliyatı sırasında damar alınan sağ bacağın gerektiği gibi işleme tabi tutulmaması sonucu zarar gördüğü benimsenerek manevi tazminat isteminin bir bölümünün kabulüne karar

verilmiştir. Kararı davalı temyiz etmiştir. Davacının yapılan ameliyat ve tedaviden sonra sakat kaldığı ve zarar gördüğü dosyadaki bilgi ve belgelerden anlaşılmaktadır. Ancak bu sonucun davalının kusurlu eyleminden kaynaklanıp kaynaklanmadığının tartışılması gerekir. Bu konuda Adli Tıp Kurumundan alınan raporda, olayın gelişiminden söz edildikten sonra; dava dosyası arasında bulunmayan ve İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Kalp Damar Cerrahisi Anabilim Dalından alındığı belirtilen 8.11.2001 gün ve 303 sayılı mütalaada "hastanın tedavisinde iyi niyetli acil olarak ameliyat yapıldığı, tedavinin her safhasında yakın izlenen hastanın bu alevli devrede bacağına iki gün önce yapılmış olan anjiyo kateter⁴³¹ giriş yerine ait damar lezyonunda oluşan tıkanmanın gecikmeyle fark edildiği, yine acil olarak müdahale edildiği, fakat bacakta kompartman sendromu⁴³² gelişerek uzun süre pansuman yapılması gerekirken bacak lezyonu oluştuğu, acil şartlarda girişim yapılması gereken bu tür ağır kalp hastalarının tedavisi ve ameliyat sonrası izlenmesinde bu tür problemlerin ortaya çıkmasının olası olduğu, kardiyak nedenli komplikasyon tedavisi sırasında damar tıkanıklığına müdahalenin ikinci sırada yer almasının hayati fonksiyonların düzenlenmesindeki aciliyet bakımından doğal sıralama olduğu, gelişen komplikasyonlarda hekim hatası olarak değerlendirilebilecek husus görülmediği belirtildiğine" biçiminde görüş bildirildiği açıklanarak davacıda geliştiği bildirilen komplikasyonların yapılan müdahalelerin beklenebilir sonucu olduğu, davalıya atfedilecek kusur bulunmadığı belirtilmiştir. Anılan raporda, davacının bacağına iki gün önce yapılmış olan anjiyo kateter giriş yerine ait damar lezyonunda oluşan tıkanmanın gecikmeyle fark edildiği, fakat bacakta kompartman sendromu gelişerek uzun süre pansuman yapılması gerekirken

⁴³¹ Kateter; girişim yapıldığı iğne uçlu aparat.

⁴³² Kompartman Sendromu; kol ve bacaklarda kasların arasında kalan sinirlerin ve küçük damarların, şişlik kanama ya da benzer nedenlerle sıkışması sonucunda dokuda ortaya çıkan dolaşım bozukluğu ve hasar.

bacak lezyonu oluştuğu belirlendikten sonra davalının kusuru bulunmadığı sonucuna ulaşılması, raporun yeterli olmadığını göstermektedir. Diğer yandan, mahkemenin karar yerinde anılan bu rapordan söz edip davalının kusurlu bulunmadığını benimseyerek davalının maddi tazminattan sorumlu olmayacağı gerekçesiyle maddi tazminat istemi reddedildiği halde davalının manevi tazminatla sorumlu tutulması da çelişki oluşturmaktadır. şu durumda, dava konusu olay etraflıca incelenerek davalının kusurlu olup olmadığı kesin olarak belirlenmeli, bunun için, somut olayın özelliği itibariyle davalının tıp biliminin gerektirdiği konularda gerekli özeni gösterip göstermediği, diğer bir anlatımla, somut olaya göre bilimin öngördüğü biçimde hareket edip etmediği saptanmalıdır. O halde, dosyadaki tüm veriler gönderilip bunlar değerlendirilmek suretiyle Adli Tıp Kurumundan, gerekirse Üst Kuruldan doyurucu bir rapor alınmalıdır. Mahkemece, anılan yönler gözetilmeden yazılı biçimde hüküm kurulmuş olması doğru değerildir.”

(Y. 4.HD. 06.05.2003 T. 2003/307 E.- 2003/5910 K.⁴³³)

Değerlendirme:

Olayda yüksek mahkemenin ilk derece mahkemesinin kararını bozmasına esas oluşturan iki tutarsızlıktan ilki bilirkişi raporu, diğeri ise davalının kusursuz olduğu kabul edilerek maddi tazminata hükmedilmezken manevi tazminata hükmedilmiş olmasıdır. Bilirkişi raporu ve mahkemenin kararları çelişkili ifadeler içermektedir. Mahkemenin hüküm kurarken esas olarak kabul ettiği uzman görüşü bu olayda bilirkişi raporunun da dayanağıdır. Bu görüşte olay zinciri içerisinde ilk olarak belirtilen yapılan anjiyo girişim yerinde yaşanan damar tıkanıklığının geç fark edildiğidir. Anjiyo girişim yerinde damar sorunlarının görülebilmesi her ne kadar

⁴³³ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 17.00

komplifikasyonsa da bu istenmeyen sonucun geç fark edilmiş olması komplifikasyonun kötü yönetildiği anlamını taşır. Buna bağlı olarak da komplifikasyon malpraktise dönüşmüştür. Sonrasında yapılan işlemler ve sıralaması, müdahaleyi yapan ekibin iyi niyetli olması bu sonucu değiştirmez.

Kanımızca müdahaleyi yapan hekim zen borcunu yerine getirmemiştir. Müdahale sonrasında yaşanan damar tıkanıklığı anjiyo işleminin komplifikasyonlarından biri olduğuna göre öngörülebilir ve gerekli tedbirlerin alınmasıyla da önlenebilir bir risktir. O halde hekim girişim yerinde ortaya çıkması muhtemel bu rahatsızlık açısından uyanık olmalı ve sonrasında yaşanacak kalıcı zararın önüne geçebilmek amacıyla gerekli tedbirleri almış olmalıydı. Ayrıca zarar ortaya çıktıktan sonra müdahaleyi yapan sağlık çalışanının bu girişimi iyi niyetiyle, hastayı iyileştirmek için yaptığından bahsetmek bilirkişi raporunda kusuru rt bas etme çabası gibi görülmekte ve rapora olan güveni sarsmaktadır.

Dolayısıyla *Yargıtay*, *hekimi hatalı ancak kusursuz bulan bilirkişi raporunu esas alarak kusursuz bulduğu hekimi manevi tazminat ödemeye mahkum eden ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur.*

KARAR 30:

“...Davacı, davalı doktor tarafından tespit edilen gebeliğin 20.4.2000 tarihinde kürtajla sona erdirildiğini, ancak 15.5.2000 tarihinde karın ağrısı, ishal, tansiyon düşüklüğü şikayeti ile hastaneye kaldırıldığını, hastanede 8 haftalık dış gebelik teşhisi konulamaması sonucu hayati tehlike atlattığını ileri sürerek 2.650.000.000 TL. maddi, 10.000.000.000 TL. manevi tazminatın olay tarihinden itibaren yasal faiziyle tahsilini istemiştir.

Davalı, davacıda 5 hafta 4 günlük iç gebelik saptandığını, 20.4.2000 de içi gebeliğin tahliye edildiğini, bir hafta sonra kontrole geldiğinde hiçbir şikayetinin olmadığını, dış gebelik belirtilerinin bulunmadığını, hastayı 15 gün sonra çağırmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

....davacının Tabip Odasına şikayeti üzerine aldırılan bilirkişi incelemesinde, hastaya ait olduğu bildirilen ultrasonografik fotoğrafta iç gebelik gözüktüğü ve bunun tahliye edildiği, tahliye sonucu elde edilen materyalin histopatolojik tetkike gönderilmediği, zira dış gebelik şüphesi yokken bu uygulamanın mutad olmadığını ancak böyle bir histopatolojik inceleme yapılmamışsa hastada geçmişe yönelik heterotopik (iç ve dış gebeliğin aynı anda var olması) gebeliği tanısı konulamayacağını zaten bu tip gebeliğin teşhisinin de çok zor olduğunu, tahliyeden 10 gün sonraki kontrolde BHCG kan testi ile iç ve dış gebelik hakkında bilgi verici sonuç alınacağını ancak tüm bunların bir dış gebelik şüphesi olduğu takdirde yapılacağını, eğer varsa heterotopik gebeliğin bir doktorun hayatında bir iki kez karşılaşılabilecek kadar nadir rastlanan bir vaka olduğu bildirilmiştir. Adli Tıp raporuna dayanak teşkil eden C. Tıp Fakültesi Öğretim Üyesi K.ya ait raporda; hastaya ait ultrason fotoğrafında iç gebelik bulunduğunu, bunun tahliyesi sonucunda elde edilen materyalin histopatolojik incelemesinin mutad olmayıp dış gebelik ya da molar gebelik şüphesi halinde mümkün olduğu, hastada muhtemelen heterotopik

gebelik bulunduğunu, bunun nadir rastlanan sıklığı 1/3889-1/6778 oranında olduğu, %50sinde tanının iç kanama nedeniyle yapılan ameliyat ile batın içine girildiğinde anlaşılabilirdiği, belirti vermeden gelişebileceği bu yüzden ilk başta teşhis edilememesinin meslek kusuru, ihmal sayılamayacağı vurgulanmıştır. Açıklanan bu bilirkişi raporları doğrultusunda; davalı doktorun dış gebelik ihtimalini göz önünde tutularak, bu ihtimalin araştırılmasının gerekip gerekmediği, yani özen borcunun bu şekilde yerine getirilip getirilmediğine ilişkin bilirkişi raporunda gerekçeli ve ikna edici bir açıklama bulunmamaktadır. Adli Tıp İhtisas Dairelerince verilen raporlar mahkemece bağlayıcı değildir.

Mahkemece bu yön gözetilerek konusunda uzman üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığı ile davacıya ait tüm raporlar dosyaya ibraz edilerek, yine dosyada bulunan Tabip Odası bilirkişi raporu, ADLİ TIP KURUMU raporu, C. Tıp Fakültesinden alınan rapordaki görüşler de esas alınarak, davalının özen borcunu yerine getirip getirmemesi nedeniyle davalıya izafe edilecek bir kusur olup olmadığının, aldırılacak bilirkişi raporu ile tespiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”

(Y. 13. HD. 16.09.2003 T. 6060 E.- 10174 K.⁴³⁴)

Değerlendirme:

⁴³⁴ AKYILDIZ/ÖZKAN; “Hasta-Hekim Hakları ve Davaları”, Ankara 2008, s. 281-282

Olayda görüşü alınan bilirkişiler durumu tıbbi açıdan oldukça geniş ele almış, ayrıntılı raporlar hazırlamışlardır. Ancak hazırlanan raporlarda 5 hafta gibi erken gebeliklerde rahim içi ya da dış gebeliklere ait ultrason görüntüsünün birbiri ile karışabileceği, gebeliğin başlarında ceninin gözlenmediği gebelik kesesi ile dış gebeliğe bağlı oluşan rahim içindeki yalancı gebelik görüntüsünün birbirine benzediğinden bahsedilmemiştir. Zira bahsedilen ultrason fotoğrafında ceninin görülme ihtimali yoktur. Görülen içinde ceninin gelişeceği kesedir ve dış gebeliklerde de rahmin içinde benzer değişiklikler gözlenebilir. Bu nedendir ki gebelik tahliyelerinde kısa zaman aralıklarıyla kan testleri yapılır ve gebelik hormonu takip edilir. Bilirkişi raporlarında dikkatlerin oldukça nadir görülen aynı anda rahim içi ve dış gebeliğin birlikteliğine çekilip daha sıklıkla yaşanan bir durum olan dış gebeliğin atlanmasından bu denli uzaklaşılması bilirkişi görüşleri hakkında kuşklar uyandırmaktadır.

Üstelik olay hekimin yasal yükümlülükler açısından değerlendirildiğinde yüksek mahkemenin dikkat çektiği konu, hekimin özen borcunu yerine getirip getirmediğidir. Eğer dış gebelik ihtimali her gebelik için atlanmaması gereken bir ayırıcı tanı ise hekim, bu olasılığı her zaman aklında tutmalı ve atlamamak için en yüksek gayreti ve özeni göstermelidir.

Kanımızca; olayda yapılan bilirkişi incelemeleri gerek hekimin yasal sorumluluğu, gerekse de tıbbi boyutu açısından tatmin edici ve güvenilir olmaktan uzaktır.

KARAR 31:

“...Davacılar, davacı Yüksel’in davalı doktorun çalıştığı diğer davalının işlettiği hastaneye gittiğinde, sağ gözünde katarakt bulunduğu ve ameliyat olması gerektiğinin söylendiğini, 15 gün süren muayene ve tetkiklerden sonra ameliyat günü doktorun sağ gözdeki miyobu 13’den 3’e düşüreceğini, kataraktı alıp Amerika’dan getirttiği mercekli lensi takacağını söylediğini, ameliyat sırasında davalı doktorun gözünün uyuşması için yaptığı iğneyi, sağ göz retinasına batırması sonucu kanama başladığını, birkaç kez tampon yapılmasına rağmen kanama durmayınca ameliyatın ertelendiğini davalı doktorun içinde bulunduğu tehlikeli durumu kendisine anlatmayarak oyaladığını, 45 gün sonra da göz ardı damarlarından zayıf olduğundan bahisle başka doktorlara gönderdiğini, bir sürü doktor gezdiğini, hepsinin de retinanın delindiğini ve artık yapacak bir şeyin olmadığını, gözün görme şansının bulunmadığını söylediklerini, özen borcunu yerine getirmeyen davalının kendisini oyalayarak kör olmasına neden olduğunu ileri sürerek...

Davalı, davacı Yüksel’in gözünde yüksek miyop olması nedeniyle ağ tabakasının çok ince ve retina dekolmanına eğilimli olduğunu, ameliyat başlamadan önce sağ gözde ışık profoksiyon hissi seviyesinde görme tespit edilmesi nedeniyle operasyon odasından çıkarıldığını, sonrasında yapılan muayenede dekolman olayını yakaladığını, ince ve gergin retinalı miyop gözlerde operasyon sonrasında %100 tam görüş sağlanamayacağını söylediğini ancak davacının operasyon teklifini kabul etmediğini, kendisinin kusur ve ihmali bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemiştir.

...

Somut olayda, davacı davalının yanlış tedavisi sonucu sağ gözünün göremez olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir.... Mahkemece aldırılan 13.11.2002 tarihli bilirkişi raporunda, davacı Yüksel'in 62 yaşında kataraktlı, yüksek miyopisi ve yine sağ gözde şaşılığı olan bir hasta olduğu, davalıya ilk müracaatında gözün %20 görme gücünde bulunduğunu, bu tip gözlerde göz küresi normalden büyük olduğundan retinanın gergin ve normale göre ince olması sebebiyle dekolman riskinin de fazla olduğu belirtilmiş, ameliyat komplikasyonları açıklanmış, müdahale sonrası davalının, davacının tedavi şansının devam etmesi için ameliyat olmasına gayret ettiği fakat davacının bunu kabul etmediğinden tedavi şansını yitirdiği açıklandıktan sonra sonuç olarak gözün kaybedilmesinin kesin sebebinin ameliyat başlangıcında yapılan iğne olmadığı, muhtemelen hastanın kendisinde bulunan dejeneratif miyopinin yol açtığı, yine gözün kaybedilmesinde davacının ameliyatı reddetmesinin de etken olduğu, davalının olaydaki kusur nispetinde değerlendirilmesinde gözün başlangıçtaki görme derecesi, bu derecenin ameliyatla dahi tam (%100) görme şansı olmadığı, şahsın tedavide kendi ihmalkarlığı da bulunduğu dikkate alındığında 2/8 olarak kabul edilmesinin uygun olduğu bildirilmiş ise de davalı doktorun hangi kusurlu davranışı nedeniyle kusurlu bulunduğu açıklanmamıştır. Hükmeye dayanak alınan Yüksek Sağlık Şurası'nın 2-3 2004 tarihli raporunda ise davalıların kusursuz oldukları bildirilmiş ise de raporda yeterli gerekçe bulunmamaktadır. Her iki rapor birlikte değerlendirildiğinde, 13.11.2002 tarihli rapor, kendi içinde çelişkili bulunduğu gibi Yüksek Sağlık Şurası raporu ile de çelişmektedir. Yine Yüksek Sağlık Şurası raporu açıklamalı ve gerekçeli değildir. Öyle olunca bu rapora itibar edilerek hüküm kurulamaz.

Bu nedenlerle, mahkemece, dosya içindeki tüm raporlar, 13.11.2002 tarihli kurul raporu, Yüksek Sağlık Şurası raporu hastanın geçmişte varise raporları, davalı

hastanedeki ilk muayene ve bundan sonraki tüm tabela ve müşahade kağıtları, ameliyat ve kontrollere ilişkin evraklar hep birlikte değerlendirilerek Üniversite Öğretim Üyelerinden oluşturulacak konusunda uzman üç kişilik bilirkişi raporundan her bir raporun içeriği, sonuçları, birlikte gerekçeli şekilde tartışılarak, davacının maluliyeti hususunda, tedavisini üstlenen doktor ve hastaneye atfı kabil kusur olup olmadığı konusunda rapor alınarak, davalı doktorun en hafif kusurunun belirlenmesi halinde tazminatla sorumlu olduğu kabul edilip, sonucuna uygun bir karar verilmelidir.”

(Y. 13. HD. 01.12.2005 T. 11653 E.- 17791 K.⁴³⁵)

Değerlendirme:

Olayda iki bilirkişi raporu mevcuttur. İlki mahkemece istenen ve *bilirkişi kurulu tarafından hazırlanandır*. Bu raporda *kişinin hastalığı ve tedavisinin riskleri konusunda ayrıntılı bilgiler yer almaktadır*. Yine raporda yer alan ifadelerden *anlaşıldığı üzere hasta ameliyat öncesinde girişimin riskleri açısından aydınlatılmıştır*. Yalnız burada davalının ifadesiyle çelişen ve durmaksızın vurgulanan husus görmenin tedavi sonrasında da %100 oranında iyileşemeyeceğidir. *Davacının böyle bir beklentisi ya da iddiası yoktur. 13 derece olan miyopisinin 3 dereceye ineceği ve gözündeki kataraktlı lensin alınıp yenisinin takılacağı bir ameliyata rıza göstermiştir*.

Bilirkişi raporunda belirtildiği ve davalı doktorun da ifade ettiği üzere hasta bu girişim açısından *yüksek riskli bir grupta yer almaktadır. Tedavi şansı düşük, zarar görme olasılığı yüksektir*. Bilirkişi raporunda davacıya ait *dosya üzerinde yapılan inceleme sonrasında her ne kadar davacıya konuyla ilgili komplikasyonlar*

⁴³⁵ AKYILDIZ/ÖZKAN; “Hasta-Hekim Hakları ve Davaları”, Ankara 2008, s. 324-326

hakkında bilgi verildiği tespit edilse de olayların seyrinden anlaşıldığı üzere hastanın aydınlatıldığı kabul edilemez. Mevcut durumundan daha iyi göreceği beklentisiyle ameliyatı kabul eden hastanın ilk girişim sonrasında riskler yeterince anlatıldığı halde tamamen kör olmayı göze alarak tedaviyi reddettiğinin kabulü hayatın olağan akışına aykırıdır. Eğer böyle ise de yine hastanın yeterince aydınlatılıp aydınlatılmadığının araştırılması gerekir.

Tıbbi gereklilikler açısından ele alındığında ise; *yüksek riskli girişimler yapan hekimden beklenen özenin de aynı oranda yüksek olduğu tartışmasızdır. Hekimin iddiasında ameliyata başlamazdan önce yapılan testte görülen olumsuz sonuç nedeniyle ameliyatın ertelendiğinden bahsedilmektedir. Bu ihtimalden davacının haberdar edilmediği açıktır. Davacının konu hakkında bilgisi olsaydı ameliyatın neden ertelendiği ve sonrasında yapılacaklar hakkında cevapsız soruları olmazdı. Yapılacak girişimin yüksek dekolman⁴³⁶ riski taşıması demek bu girişim sırasında ve sonrasında dekolman gelişimi açısından yüksek dikkat gerekiyor demektir. Ameliyat sonrasında retina hasarının tesadüfen tespit edildiği ifade eden hekim aslında özen borcunu yerine getirmediğini bir kez daha kendisi dile getirmektedir.*

Bilirkişi raporunda davacının taşıdığı risklerden bahsedilmiş ancak hekimin aldığı önlemler, dahası alması gerekenlere değinilmemiştir.

Yüksek Sağlık Şurası raporunda ise gerekçe belirtilmeksizin hekim suçsuz bulunmuştur. Gereksiz bir rapora dayanılarak hüküm kurulamayacağı gibi üstelik daha önce alınan bilirkişi raporuyla bir çelişki doğması nedeniyle olayın farklı bir bilirkişi heyeti tarafından değerlendirilmesi zorunluluğu doğmuştur. Yüksek yargının kararının son bölümündeki dikkat çeken ifade; “her bir raporun içeriği, sonuçları,

⁴³⁶ Retina dekolmanı; gözün görme işlevini yerine getiren sinirden zengin tabakasının hasar görüp göz tutunduğu yerden ayrılması.

birlikte gerekçeli şekilde tartışılarak' görüş bildirilmesinin istenmesidir. Tartışılan diğer kararlardan farklı olarak burada yüksek yargının önceki raporların da ayrıntılı olarak değerlendirilmesini istediğinin altını çizmesidir ki kanımızca son derece önemli bir vurgulamadır.

KARAR 32:

“Davacı gözlerindeki rahatsızlık nedeniyle davalı doktora başvurduğunu, sol gözüne kornea nakli, sağ gözüne lazer tedavisi amacıyla operasyon yapıp aynı gün taburcu edildiğini, ertesi gün dayanılmaz ağrı ile doktora gittiğini, gözde ağır enfeksiyon tespit edilip tedavi edilmeye çalışıldığını ancak sol gözünü tümünden kaybettiğini, bunun davalıların kurudan kaynaklandığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı hastane, sadece ameliyatın hastanelerinde yapıldığını, davacının davalı doktorun özel hastası olduğunu, hastanelerin gerekli hijyeni sağladığını savunarak, davalı doktor ise korneanın B. Göz Hastanesi Kornea Bankasından temin edildiğini, gözdeki enfeksiyona, kornea tüpünde üreyen bakterinin sebep olduğunun tespit edildiğini, kendi kusurunun olmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, Adli Tıp Kurumu raporuna dayanılarak davanın reddine karar vermiş, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

...Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'ndan alınan raporlarda, sol gözdeki kaybın iltihaplı kornea naklinden olduğu, ancak göz bankasından temin edilen

korneanın nakil yapılmadan önce yeniden mikrobiyolojik incelemeden geçirilmesinin alışılabilir bir uygulama olmadığı bildirildiği görülmüştür. Adli Tıptan alınan ilk raporda bir adet göz hastalıkları uzmanının bulunduğu, ek raporda ise hiç göz hastalıkları uzmanı olmadığı görülmektedir.

...

Hal böyle olunca öncelikle mahkemece, üniversiteden seçilecek göz hastalıkları uzmanı olan üçlü bilirkişi heyetinden; dava dışı göz bankasından davalı hastane vasıtasıyla temin edilen ve davalı doktor tarafından davacıya nakledilen iltihaplı korneadan kaynaklanan göz kaybından dolayı, davalıların kusurlarının olup olmadığı, göz bankasından temin edilen kornealarda bakteri üreme olasılığının doktor ve hastane tarafından öngörülmesinin mümkün olup olmadığı, ameliyat öncesi korneada yapılacak mikrobiyolojik inceleme yapılmasına ilişkin gerekli laboratuvar koşullarının bulunup bulunmadığının taraf ve yargı denetimine elverişli açıklayıcı olarak alınacak bilirkişi raporu ile saptanıp sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken konusunda uzman tek doktorun bulunduğu rapora itibar ederek hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”

(Y. 13. HD. 10.7.2008 T. 2008/3938 E.-2008/9675 K.⁴³⁷)

Değerlendirme:

Olayda enfekte kornea nakli yapıldığı ve buna bağlı ortaya çıkan enfeksiyon sonucunda davacının gözünü kaybettiği çekişmesizdir. Davanın konusu zararın ortaya çıkmasına kimin kusurlu davranışının neden olduğudur. Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu tarafından hazırlanan ilk raporda tek göz hastalıkları uzmanı bulunması, ek raporu hazırlayan kurulda ise göz hastalıkları uzmanı bulunmaması

⁴³⁷ KICALIOĞLU; s. 211-212

nedeniyle davalıların kusurlu olmadığı bildirildiği rapor yüksek yargı tarafından yetersiz bulunmuştur.

Adli Tıp Kurumu tarafından hazırlanan raporlarda her iki tarafın da kabul ettiği enfeksiyon etkeninin nakledilen kornea ile bulaştığı ve gözün bu enfeksiyon nedeniyle kaybedildiği gerçeği bir kez daha belirtilmiştir. Ancak bu *enfeksiyonun nedeni olan bulaşın sorumlusunun kim olabileceğine dair değerlendirme yapılmamıştır. Yani bir kusurun varlığını kabul eden bilirkişi raporunda, mevcut kusurun kime atfedilebileceğine ve söz konusu zararın ortaya çıkmaması için kimin ne önlem alması gerektiğine* dair bir bilgi yer almamaktadır.

Kanımızca kusuru tanımlayan bilirkişi heyetinin eksiksiz ve yargılama sürecini aydınlatacak bir rapor hazırlayabilmesi için, bu kusur sonucu ortaya çıkan zararın önlenmesi için kimin, ne gibi tedbirler alması gerektiği konusuna açıklık getirmesi gerekirdi.

KARAR 33:

“...Davacılar, davacılarından R. ve T. 'nin küçük kızları Aysun'un rahatsızlığı üzerine götürdükleri hastanede subaortik çıkıntı teşhisi nedeniyle açık kalp ameliyatı önerilerek davalı K. Vakfı F.N. Hastanesine sevk edildiğini, bu hastanede yapılan tahlil ve tetkiklerden sonra 12.11.1999 tarihinde küçüğe açık kalp ameliyatı yapıldığını, ameliyattan sonra ateşi yükselen Aysun' un 16 gün yoğun bakımda kalmasına rağmen durumunun giderek kötüleştiğini, aradan geçen zamanda hiçbir iyileşme olmadığı gibi bitkisel hayata mahkum olduğunu, davalı hastane ve

doktorların özensiz ve kusurlu davranışları nedeniyle zarara uğradıklarını ileri sürerek Küçük Aysun için, ...anne-baba R. ve T. için ... Aysun'un kardeşleri ... manevi tazminatın davalılardan tahsilini istemişlerdir.

Davalılar, küçük Aysun'un doğuştan gelen üç anomali nedeniyle ameliyat edildiğini, operasyondan sonra eko bulgularının düzelmeyi gösterdiğini, muhtemelen 10 aylık olan hastanın yaşı nedeniyle geçirdiği ağır ameliyat sonrası vücudunun gösterdiği tepkiye bağlı bir komplikasyon sonucu ateşinin yükseldiğini, yapılan ameliyat ve tedavinin tıp kurallarına uygun olduğunu, ihmal ve kusurlarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece ceza yargılaması sırasında alınan Adli Tıp Raporlarına göre, tıbbi kayıtların düzenli tutulma zorunluluğu olup takip belgelerinde eksiklik bulunduğu, bu durumun dahi davalıların gerekli dikkat ve özeni göstermeyerek kusurlu olduklarının kabulünü gerektirdiği, gerekçesiyle davanın kısmen kabulü ... manevi tazminatın olay tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile davalılardan müşterek ve müteselsilen tahsiline, fazla isteğin reddine karar verilmiş; hüküm davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

...

Somut olaya bakıldığında, davalılardan A.B. P.'in ameliyat ekibinin şefi, A.R. K.'nin ameliyat ekibindeki doktor, F.B.'nin anestezi uzmanı, S. Y. Y.'in küçüğün ameliyat öncesi ve sonrası tedavisi ile ilgilenen çocuk kalp hastalıkları uzmanı oldukları anlaşılmaktadır. Mahkemece hükme esas alınan ADLİ TIP KURUMU raporları ceza yargılaması sırasında alınmış olup, asliye Ceza Mahkemesince zamanaşımına uğraması nedeniyle düşürülmesine karar verildiği görülmektedir. 27.2.2006 tarihli raporda; küçüğe uygun cerrahi yapıldığı, postoperatif dönemde

ortaya çıkan tablonun görülebilen komplikasyonlardan olduğu, mevcut tıbbi belgelere göre, küçüğün yoğun bakım takiplerinin (tıbbi belgelerin tamamının mevcut olmaması nedeniyle) ortaya çıkan komplikasyonlara doğru ve zamanında müdahale yapılıp yapılmadığı konusunda görüş bildirilemeyeceği açıklanmıştır. Bu rapordan sonra temin edilen bir kısım belge dosya içine sunulduktan sonra düzenlenen ADLİ TIP KURUMU' nun 8.1.2007 tarihli raporunda ise anestezi uzmanı F. B. İle çocuk kardiyoğlu A.S. Y.'in uygulamalarının tıp kurallarına uygun olduğu, ameliyat ekibinin şefi B. P. İle ameliyat ekibinde yer alan R. K. 'nın da uygun tedaviyi yapmış olduğu, küçüğün takiplerinde de uygun tedavinin yapılmış olduğu ancak bu tip ameliyatlardan sonra beklenir komplikasyonlardan olan kalp ritminin yavaşlaması ve durmasının meydana geldiği, tıbbi kayıtların düzenli olarak tutulma zorunluluğu bulunduğu, dosyadaki takip belgelerinde eksiklik olduğu bildirilmiştir. Mahkemece, tıbbi kayıtların düzenli olarak tutulmaması nedeniyle davalıların gerekli dikkat ve özeni göstermedikleri ve kusurlu oldukları kabul edilerek davanın kısmen kabulüne karar verilmiş ise de hangi davalının kusurlu olduğu hususu açığa kavuşturulmamıştır.

...dosyanın tomar halinde üniversitelerden seçilecek konusunda uzman bilirkişilere teslimi ile küçüğün tedavisinde yer alan hangi doktorun ne sebeple kusurlu ya da kusursuz olduğu, tıbbi belgelerin eksik olması anlaşılması halinde ise hangi doktor veya doktorların sorumluluğunu yerine getirmediği açıklanarak taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine açık, ayrıntılı ve gerekçeli rapor tanzim edilmesinin istenmesi, bundan sonra hasıl olacak sonuca göre karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ve araştırma sonucu tüm doktorları sorumlu tutacak şekilde hüküm tesis edilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.”

(Y. 13. HD. 18.9.2008 T. 2008/4215 E.-2008/10749 K.⁴³⁸)

Değerlendirme:

Olayda Adli Tıp Kurumu yapılan tıbbi müdahaleyi incelerken hekimlerin davranışlarını gerek tıbbi zorunluluklar, gerekse de yasal yükümlülükler açısından ele almışlardır. Bir kez daha görülmüştür ki tıbbi gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediğinin ispatı için olması şart tıbbi kayıtların tutulmaması halinde sağlık çalışanları kusursuz olduklarını kanıtlayamamaktadır.

Ameliyattan sonra bebeğin ateşinin ve kalbinde ritim bozukluğunun yaşanması hem müdahaleyi yapan hekimler, hem de bilirkişi tarafından komplikasyon olarak değerlendirilmiştir. Burada komplikasyon/malpraktis ayrımından bir kez daha bahsetmekte yarar vardır.

Bir tıbbi girişimin sonucunda, tüm tıbbi gereklilikler yerine getirilmiş olmasına rağmen, girişimi yapan tarafından kimi zaman öngörülebilir ve alınan tedbirlere rağmen önüne geçilemeyen, kimi zaman ise öngörülemez zararlar komplikasyondur. Oysa malpraktis tıbbi girişimin kötü uygulaması sonucu ortaya çıkan zarardır, yani malpraktiste uygulamayı yapanın kusuru söz konusudur. Öngörülmesi gerekirken öngörülmemiş ya da öngörüldüğü halde önlem alınıp zamanında müdahale edilmemiş komplikasyonlar, süreç iyi yönetilmediğinden malpraktis halini almış olur.

Tartışılan olayda da ortaya çıkan istenmeyen sonuçlar komplikasyon olarak nitelendirilmektedir. Bu sonuçlar bilirkişi raporunda ifade edildiği üzere, bu tip ameliyatların sonrasında görülmesi muhtemel durumlar ise davalıların her birinin bu süreci yönetmek için tedbirler almış olması gereklidir. Eğer davalıların ifade ettiği

⁴³⁸ KICALIOĞLU; s. 212-214

üzere beklenmedik şekilde bebeğin vücut özellikleri nedeniyle ortaya çıkmış ise de istenmeyen sonucun tespit edildiği andan itibaren tedavi ve takip sürecinde neler yapıldığı önem kazanmaktadır.

Her iki halde de yapılanlar ile yapılması gerekenlerin karşılaştırılabilmesi için elde somut verilerin yani tıbbi kayıtların olması gereklidir.

Bu davada bilirkişinin ve yüksek yargının değerlendirmeleri oldukça yerindedir. Ayrıca ilk derece mahkemesinin, özen borcunu kayıt tutma yükümlülüğü ile ilişkilendirerek değerlendirme yapan Adli Tıp Kurumu' nun eksikliğine işaret ettiği belgelerin tamamlanarak yine Adli Tıp Kurumu' a gönderilmesi ve ek rapor istenmesi kararı da yerindedir. Zira pek çok kararda tartışıldığı üzere yerel mahkemeler genellikle ilk değerlendirmeden sonra aynı bilirkişiden ek rapor istemek yerine yeni bir bilirkişiye danışmak yolunu seçmektedir ki bu da yargı sürecini uzattığı gibi karmaşıklştırmaktadır.

Tüm bu doğru hamlelerden sonra değerlendirmedeki eksiği saptayan yüksek yargı bilirkişi heyetinden özen borcunu kimin yerine getirmediği sorusuna cevap istemiştir. Zira kayıt tutma yükümlülüğüne dayandırılacak olan kusur, kayıt tutmakla yükümlü olmayan bir sağlık çalışanına yüklenemez. Bu noktada belki de başka sağlık çalışanlarının da sorumluluğundan bahsetmek mümkün olacak, o vakit davanın akışı değişecektir.

Kanımızca yakın tarihli olan bu karar, yargılama sistemi içerisinde bilirkişilik kurumunun yerini bulmaya başladığının, gerek bilirkişi kurumlarının, gerekse de mahkeme heyetlerinin bu konudaki evrimlerinin bir göstergesidir.

KARAR 34:

“Davacı, 1998 yılı kasım ayı içerisinde baş ağrısı şikayetiyle davalılardan Ö. Sağlık Hizmetleri Ltd. Şti.’ nin işlettiği hastaneye başvurduğunu, burada kendisini diğer davalı doktor S. A.’in muayene ettiğini, sinüzit teşhisi koyduğunu, verilen ilaçların ağrısını geçirmediğini, bundan sonra diğer davalı K. Hastanesine başvurduğunu, burada çalışan öteki davalı doktor Y. K. Tansiyonu ölçmeden yüksek tansiyon teşhisi koyduğunu ve tansiyon ilacı verdiğini, 31.12.1998 günü baygın vaziyette dava dışı K. Devlet Hastanesine kaldırıldığını, beyin kanaması geçirdiğini, 3 kez ameliyat olduğunu, bir yıldır çalışmadığını, hayati tehlikesinin devam ettiğini, tüm bu olaylara davalıların yanlış teşhislerinin ve yanlış ilaç vermelerinin neden olduğunu ileri sürerek, maddi ve manevi tazminatın müstereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalılar olayda kusurlarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, Yüksek Sağlık Şurası raporu esas alınarak davanın reddine karar verilmiş; hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

...

Somut olayda davacı, davalı hekimlerin yanlış teşhis ve tedavileri sonucu maddi ve manevi yönden zarara uğradığını ileri sürerek eldeki davayı açmıştır. Yargılama sırasında alınana Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu’nun 30.1.2002 günlü raporunda Kızılay Polikliniğinde çalışan hekimin hatalı teşhis koyup, yanlış tedavi uygulaması nedeniyle 2/8 oranında kusurlu olduğu belirtilmiş olup itiraz üzerine

ADLİ TIP KURUMU Genel Kurulu'ndan alınan 24.10.2002 tarihli raporda davacının her iki özel hastaneye müracaat ettiği tarihler itibariyle kanamasının başlamış olduğu, erken teşhis konulması halinde dahi subdural hematom nedeniyle uygulanan tedavi girişimlerinde bir değişiklik olamayacağı, ayrıca teşhis konulmasında gecikmenin bu vakiada ortaya çıkan zararlarla sebep sonuç ilişkisi bakımından klinik tablonun daha belirgin hale gelmesi dışında ölüm ve sakat kalma yönünden bir sorun oluşturmadığı, tüm bu nedenlerle de doktorlara atfedilecek kusur bulunmadığı yönünde görüş bildirilmesine rağmen daha sonra alınan aynı Genel Kurulun 2.6.2005 tarihli raporunda bu kez davalı Dr. Y. K.'nin davacı kafasındaki subdural hematomu⁴³⁹ daha önceki dönemde teşhis etmemekle ve uyguladığı Nörodral tedavisinin kanamayı arttırıcı etkisinin bulunduğu, 23-31.12.1998 tarihleri arasında gereksiz tedavi uyguladığı, ancak halen sekel olarak kalan bulguların ne kadarının hekimin kusurlu eylemi sonucu ortaya çıktığının tıbben tayin edilmesinin mümkün olmadığı yönünde görüş bildirilmiştir. İtiraz üzerine alınan Yüksek Sağlık Şurası'nın 12-13-14 Aralık 2007 tarihli raporunda dosyadaki bilgi ve belgeler değerlendirildiğinde davacıda ilerleyici serebral dejeneratif⁴⁴⁰ hastalığının bulunduğu, hastada gelişen kanamanın mevcut hastalığın kolaylaştırıcı etkisinden dolayı geliştiği, Nörodral adlı ilacın da kanamayı kolaylaştırıcı etkisi bulunmadığı ve doktorlara kusur izafe edilemeyeceği yönünde görüş bildirilmiştir. Görüldüğü üzere yargılama sırasında alınan raporlar arasında, değerlendirmeler ve alınan sonuçlar açısından tam bir çelişki bulunmaktadır. Bilirkişi raporları arasındaki çelişkilerin giderilmeden, bunların birine itibar edilerek hüküm kurulamaz

...

⁴³⁹ Subdural hematom;

⁴⁴⁰ Serebral dejeneratif hastalık;

Hal böyle olunca, mahkemece yapılması gereken iş, üniversitelerin bu anabilim dallarında görevli bir kurula inceleme yaptırılarak nedensellik bağının bulunup bulunmadığının ve davalıların kusurları varsa bunun oranının somut dayanakları gösterilerek ve denetime de elverişli bir şekilde saptanmalı, sonuçta ortaya çıkacak uygun duruma göre bir karar verilmesi gerekir.”

(Y. 13. HD. 23.12.2008 T., 2008/7761 E.- 2008/15420 K.⁴⁴¹)

Değerlendirme:

Olayda üçü Adli Tıp Kurumu, biri Yüksek Sağlık Şurası tarafından düzenlenen dört bilirkişi raporu mevcuttur. İlk değerlendirmede kurul hastanın ikinci kez başvurduğu sağlık kuruluşunda çalışan ve davacıyı muayene edip tedavi başlayan hekimi kusurlu bulmuştur. Daha sonraki genel kurul incelemesinde hekimler teşhis konusunda yanılmasalardı da aynı zararın ortaya çıkacağı dayanak olarak gösterilerek hekimlerin kusursuz olduğu yönünde görüş bildirilmiştir. Ardından yine Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen raporda bu kez hekimler subdural hematoma tanısı atlayıp başladıkları tedavi ile hastanın genel durumunun kötüleşmesine neden oldukları, ancak bu durumda hekimlerin kusur payının ne olduğunun belirlenmesinin mümkün olmadığından bahisle rapor sonuca bağlanmadan bırakılmıştır.

Dosyadaki son raporda ise Yüksek Sağlık Şurası diğer raporlarda yer almayan bir konuya değinip hastanın ilerleyici serebral dejeneratif hastalığının da ortaya çıkan hasara etkisi olabileceğini bildirmektedir. Ayrıca Adli Tıp Kurumu

⁴⁴¹ KICALIOĞLU, s.268-270

tarafından düzenlenen son raporda bildirilenin aksine verilen tedavinin kanamayı arttırıcı bir etkisi olmadığı vurgulanmaktadır.

Raporlar topluca ele alınacak olursa; Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun raporunda gerekçeler belirtilmeksizin hekim hatalı tanı ve tedavi nedeniyle 2/8 oranında suçlu bulunmuştur. Gerekçeleri açıklanmamış ve geriye kalan kusurun neye bağlı olduğu bildirilmemiş olan raporun esas alınarak hüküm kurulamayacağı açıktır.

Ardından alınan Genel Kurul raporunda ise teşhis konulsaydı da aynı gelişmelerin yaşanacağından yola çıkılarak hekimlerin kusursuz olduğu kanısına varılması bilimsel bir sonuç olmaktan çok varsayımdır. Genel Kurul düşüncesini bilimsel olarak temellendirmemiş, yalnızca bir takım kişisel görüşlerle zararlı sonucun her halde yaşanacağı sonucuna varmıştır. Ancak *Genel Kurul bu ifadesi ile ortada bir tanı ve tedavi hatası olduğu gerçeğini kendisi de dile getirmektedir. O zaman hekimin kusurlu olduğu açıktır ve doğan zararın tazmini gereklidir.*

Üstelik aynı kurulun hazırladığı diğer raporda bu kez hekimler hem tanıyı atladıkları, hem de verdikleri tedavinin hastanın genel durumunu kötüleştirdikleri görüşüyle bu kez da hekimleri kusurlu bulmuştur. Ancak yaşanan zararın hangi oranda hekimin kusuruna bağlı olduğu yönünde değerlendirme yapılamamıştır. Vekilin en küçük kusurundan bile sorumlu olduğu göz önüne alındığında beyin kanaması gibi ciddi bir tanıyı atlayan hekimin özen borcunu yerine getirmediği tartışmasızdır.

Olayın daha da karmaşık bir hal almasına neden olan *Yüksek Sağlık Şurası* raporunda davacının daha önceki incelemelerde bahsedilmeyen bir başka hastalığından söz edilmektedir. Belirlenen bu yeni durumun yaşanan beyin kanamasına neden olabileceğinden hareketle hekimler kusursuz bulunmuştur. Oysa

bu durumda hekimler yalnız beyin kanamasını değil, ilerleyici beyin hasarıyla giden hastalığı da atlamış, yanlış tanı sonucunda yanlış tedavi uygulamışlardır. Aslına bakılırsa; *olayı yeni bir hastalığın eşliğinde değerlendiren Yüksek Sağlık Şurası bu noktada hekimin özen borcunun daha ağır bir şekilde ihlal edildiğinin altını bizzat kendisi çizdiği halde hekimleri kusursuz bularak hem diğer raporlar, hem de kendi ile çelişen bir karara varmıştır.*

Tüm bilirkişilerin raporlarını hazırlarken göz ardı ettikleri nokta *hekimin özen borcunun yerine getirilip getirilmediğidir.* Burada açık olan yaşamsal tehdit oluşturabilecek ciddiyette bir tanının atlandığı ve yanlış tedaviler verildiğidir. *O halde bilirkişi raporlarının hiçbirinde olayın hekimin hukuki sorumlulukları açısından ele alındığı söylenemez.* Diğer yandan tıbbi gereklilikler açısından bir hata olup olmadığının nasıl incelendiği, gerekliliklerin yerine getirilip getirilmediği de tartışmalı ve çelişkilidir.

Kanımızca raporlardan hiçbiri mahkeme heyetinin sorularını cevaplandırabilecek ve davanın maddi unsurunu aydınlayabilecek güçte değildir.

KARAR 35:

“...Dosya kapsamına göre, olay gecesini saat 01.30’da davacıların desteği H. Ö.’in silahla yaralanması sonucu şuuru kapalı şekilde SSK G. Hastanesine kaldırıldığı, bu sırada nöbetçi uzman doktor olan davalının, desteğe tıbbi müdahaleleri yaptığı bu bağlamda, damar yolunu açtığı ve serum bağladığı sabah

itibariyle desteğin şuurunun açık olduğu ancak davlı uzman doktorun nöbeti devralan dava dışı pratisyen hekime desteğin durumunu haber vermeden nöbetini devrettiği ve öğlen saatlerinde desteğin fenalaşarak vefat ettiği anlaşılmıştır.

Mahkemece davalının tanı eksikliğinde bulunarak önlenabilir bir tehlikenin önlenmesinde gerekli özeni göstermediği olayda 4/8 kusurlu olduğu kabul edilerek davanın kabulüne karar verilmiştir.

Davalı uzman doktor F' nin Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu raporuna göre 4/8 kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak silahla meydana gelen yaralanmanın şekli de göz önünde bulundurularak, tanı ve tedavide kusurlu davranılmasa bile bu yaralanma nedeni ile desteğin hayatını kaybetme olasılığının ne olduğu üzerinde durulmamıştır. Mahkemece yapılması gereken iş; öncelikle bu durumun inceleme konusu yapılması ve sonucuna göre gerekirse Borçlar Kanununun 43. Maddesi gereğince belirlenen tazminattan uygun bir indirime gitmesidir.”

(Y. 13. HD. 22.04.2008 T., 2007/10589 E. 2008/5721 K.⁴⁴²)

Değerlendirme:

Olayda yüksek mahkeme bilirkişi raporlarının incelenen diğer davalardan farklı bir konuda eleştirmiş ve ayrıntılı inceleme gerekliliğini vurgulamıştır. Silahlı yaralanma sonrasında hastanede takibe alınan destek, gözlem altındayken yaşamını yitirmiştir. Davalı hekimin nöbetini devrederken gerekli özeni göstermediği

⁴⁴² KICALIOĞLU, s. 450-451

iddiasıyla açılan davada iki resmi bilirkişi kurumunun ikisi de hekimi kusurlu bulmuştur.

Yüksek mahkemenin de hekimin kusurlu olduğundan kuşkusu bulunmamaktadır. Ancak desteğin hastaneye başvurma sebebinin ateşli silah yaralanması olduğu göz önüne alındığında gerekli tıbbi özen gösterilseydi bile yaşamını kaybetme ihtimalinin olup olmadığının araştırılmasını isteyen Yargıtay tazminat miktarı hesaplanırken bu unsurun dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır.

KARAR 36:

“...Davacı, gebeliğinin 10. haftasında küçük bir kanamayla davalı Ç. M. Hastanesine başvurduğunu, diğer davalı Doktor S. A.’ın kendisine ilaç vererek kontrole çağırdığını, bir hafta sonra kontrole gittiğinde, bebeğin öldüğü belirtilerek, kürtajla alındığını, kürtaj sonrasında olağandışı bir kanama olduğunu, 3-4 saat gözlem altında tutulduğunu, bir hafta sonraki kontrolde ise, rahimde hematoma olduğu gerekçesiyle ikinci kez kürtaj yapıldığını, kanama şikayetinin devam etmesi üzerine başvurduğu dava dışı Doktor T. K. tarafından yapılan ultrason incelemesi sonucunda, rahim içinde cenin parçaları bulunduğunun, yeni bir operasyon yapılması gerektiğinin bildirildiğini, üçüncü kez kürtaj olmak zorunda kaldığını, kanamanın durmaması ve hayati tehlike nedeniyle kaldırıldığı Şişli Eftal Hastanesinde rahminin alındığını, davalı hastane ve davalı doktorun ihmal ve mesleki kusurundan dolayı, üç kez operasyon geçirmek zorunda kaldığı gibi, bundan sonra da çocuk sahibi olamayacağını ileri sürerek, fazlaya ilişkin hakları saklı

kalmak kaydıyla 30.000,00 TL manevi tazminatın, haksız fiil tarihinden itibaren faiziyle birlikte davalılardan müteselsilen tahsiline karar VERİLMESİNİ İSTEMİŞTİR.

Davalı I. Sağlık Hizmetleri A.Ş., davacıya yapılan kürtaj operasyonunda herhangi bir doktor hatasının bulunmadığını, davacının kontrollere gelmeyip, tedavisini yarım bıraktığını belirterek, diğer davalı S. A. ise, davacının sürekli hastası olmadığını, poliklinikte muayenesini yaptığını, ancak davacının kontrollere gelmediğini, tedavisini yarım bıraktığını, davacıya ikinci kez uygulanmak zorunda kalınan kürtaj işleminin bir hekim hatası değil komplikasyon olduğunu, rahminin alınması sonucunu doğuran operasyonun ise kendisi ve diğer davalı Hastane dışında yapılan bir operasyon olduğunu, herhangi bir kusur ve ihmalinin bulunmadığını savunarak, davanın REDDİNİ DİLEMİŞTİR.

Mahkemece, hükme esas alınan, 6.2.2009 havale tarihli bilirkişi raporuna göre, davacıya yapılan tedavi ve müdahalelerin tıp kurallarına uygun olduğu, davalılara yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm, davacı tarafından TEMYİZ EDİLMİŞTİR.

Uyuşmazlık, davacıya uygulanan tedavi ve operasyonlarda, davalılara atfi kabil herhangi bir kusurun bulunup bulunmadığı NOKTASINDA TOPLANMAKTADIR.

Davadaki ileri sürülişe ve kabule göre davanın temelini vekalet SÖZLEŞMESİ OLUŞTURMAKTADIR. Eş deyişle dava, davalının vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık OLGUSUNA DAYANMAKTADIR. (BK:386, 390 md)

Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle GÖRÜLMEMESİNDEN SORUMLUDUR. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin KURALLARA BAĞLIDIR. (BK:390/11) vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan BİLE SORUMLUDUR. (BK.321/1) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak KABUL EDİLMELİDİR. Doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak YAPMAK ZORUNDADIR. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve koruyucu tedbirler ALMAKLA YÜKÜMLÜDÜR. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı, en emin yolu TERCİH ETMELİDİR. Müvekkil durumundaki hasta, doktor olan vekilden, titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını BEKLEMEKTE HAKLIDIR. Özen göstermeyen bir vekil, BK. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa ETMEMİŞ SAYILMALIDIR.

Somut olayda, davacının gebeliğinin 10. haftasında kanama şikayetiyle davalı Hastaneye geldiği, davalı doktor tarafından ilaç tedavisi uygulandığı, bir hafta sonraki kontrolde ise ana rahminde ölen ceninin aynı doktor tarafından kürtajla alındığı, kısa süre sonra hematoma oluştuğu gerekçesiyle aynı Hastanede 2. kez kürtaj yapıldığı, şikayetlerin devam etmesi üzerine ise bu kez başka bir doktor tarafından özel bir muayenehanede 3. kürtajın yapıldığı, kanamanın durmaması üzerine de acilen kaldırıldığı Şişli Eftal Hastanesinde davacının rahminin alındığı anlaşılmakta olup, mahkemece görüşüne başvurulmuş İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Kadın Hastalıkları ve Doğum Ana Bilim Dalı öğretim üyelerinden oluşan üç kişilik bilirkişi kurulundan alınan 6.2.2009 tarihli bilirkişi raporunda, “Histerektomi yapılmasına neden olan durdurulamayan kanama durumuna, patolojik incelemede saptanmış olan küretaj sonucunda oluşmuş olan perforasyon⁴⁴³ ya da plesenta incretatanın neden olmuş olabileceği, küretaj sırasında oluşan uterus perforasyonunun, yapılan küretaj işleminin komplikasyonu olarak kabul edilmesi gerektiği, toplamda üç kez küretaj işlemi uygulanan hastanın hangi işlem sırasında uterus perforasyonuna uğradığının belirlenmesinin mümkün olmadığı, plesentanın rahim duvarına ilerlemesi durumu olan “plesenta increta”nın özellikle erken gebelikte, uterus operasyonla çıkarılmadan tanısının konulmasının oldukça zor olduğu, tıbbi tedavilere yanıtız uterus kanamalarında total abdominal histerektominin sıklıkla başvurulmuş bir yöntem olduğu, devam eden kanamalar ve son kürtaj sonrasında hastaneye başvurulması göz önüne alındığında, yapılan operasyonun hayat kurtarıcı olduğu belirtilerek, davalı doktor ve 3. kürtajı gerçekleştiren dava dışı T. K.’ın olayda herhangi bir ihmali ve kusurlarının olmadığı” mütalaasında bulunulmuş, mahkemece de bu gerekçeyle davanın reddine

⁴⁴³ Perforasyon; delinme.

karar verilmişse de anılan rapor, davacıya uygulanan tedavi ve yapılan operasyonlarda özen borcunun yerine getirilip getirilmediği hususunda yetersiz olduğundan, olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine YETERLİ DEĞİLDİR. Eksik incelemeye dayanılarak hüküm kurulamaz. O halde mahkemece, davacının tedavi ve kürtaj operasyonlarına ilişkin tüm tıbbi bilgi ve belgeler, varsa çekilen film ve sonografik inceleme raporları ile 6.2.2009 havale tarihli bilirkişi raporu da birlikte gönderilerek, Adli Tıp Kurumundan, davacıya uygulanan tedavi ve yapılan kürtaj operasyonlarında gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, komplikasyon olasılığına karşı yapılması gereken işlemlerin yapılıp yapılmadığı, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, böyle bir sonuca meydan verilmemesi için, tüm tedbirlerin alınıp alınmadığı ve yapılması gereken tüm tıbbi müdahalelerin yapılıp yapılmadığı üzerinde durulup irdelenmek suretiyle, olayda davalılara atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve YARGITAY denetimine elverişli rapor alınarak az yukarda açıklanan ilke ve esaslara göre davalıların kusurlu olup olmadığı belirlenmeli, sonucuna göre KARAR VERİLMELİDİR. Eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

(Y. 13. HD. 23.03.2010 T. 2009/13214 E.- 2010/3694 K.⁴⁴⁴)

Değerlendirme:

Olayda karara esas alınan bilirkişi raporunda yapılan işlemlerin değerlendirmesi tıbbi olarak, üstelik genel bilgiler eşliğinde yapılmış, olgu temelli

⁴⁴⁴ İstanbul Barosu Bilgi Bankası, www.istanbulbarosu.org.tr, 15.04.2012, saat 17.00

sorgulamaya yer verilmemiştir. Davalının gereken özeni gösterdiğine, tıbbi gereklere ve hukuka uygun bir müdahale yaptığına dair değerlendirme yapılmamıştır.

Yaşananların, davalı doktorun iddia ettiği üzere komplikasyon olarak değerlendirilmesi durumunda bile olası istenmeyen durum ile ilgili hangi tedbirleri aldığı, hastanın bu durum hakkında aydınlatılıp aydınlatılmadığı, müdahale sonrasında hangi belirtilerle karşılaşırsa durumun aciliyet taşıyacağı ve derhal kendisine ya da bir hekime başvurması gerektiği konusunda uyarılıp uyarılmadığı bilinmemektedir. Karardan anlaşıldığı kadarıyla hasta dosyasında bu durumlar ile ilgili uyarıcı ve aydınlatıcı bilgi yer almamaktadır.

Olayı ikinci kez inceleyecek olan bilirkişi heyetinin bu konuları göz önünde bulundurması gereklidir. Yüksek yargı da kararın son kısmında tüm bu unsurlara dikkat çekerek, yeni incelemeyi yapacak olan bilirkişi kuruluna yol göstermektedir.

Kanımızca sorunun yargı tarafından açık bir şekilde ortaya konduğu böyle kararlar bilirkişi raporlarının yeterliliğinin sağlanması açısından son derece önemlidir.

3.1.2 GENEL DEĞERLENDİRME:

İncelenen 36 karardan 34'i özel hukuk, 2'si ceza davasına aittir. Daha fazla sayıda ceza davası incelenememesinin nedeni ulaşılabilen ceza davası kararlarında bilirkişi raporları hakkında değerlendirme yapılabilecek bilgi bulunmamasıdır. Karar örneklerinde yer alan bilirkişi raporları ile ilgili değerlendirmelere bir arada göz atılacak olursa:

Kararlardan 19'unda Adli Tıp Kurumu'ndan, 17'sinde Yüksek Sağlık Şurası'ndan, 2'sinde TTB Onur Kurulu'ndan alınmış bilirkişi raporu mevcuttur. Bir davada yalnızca üniversite hastanesinden alınmış bilirkişi raporuna dayanılarak verilen kararın bozulduğu görülmüştür.

Tek bilirkişi raporu bulunan dosya sayısı 20, 2 bilirkişi raporu bulunan dosya sayısı 12 ve 3 bilirkişi raporu bulunan dosya sayısı ise 2'dir. Yalnızca 1 dosyada 4 ayrı bilirkişi raporu mevcuttur.

Ceza davalarında yalnızca Yüksek Sağlık Şurası'ndan alınan bilirkişi raporu bulunmaktadır.

Yukarıda incelenen davalardaki bilirkişi raporlarında tespit edilen eksiklikleri altı ana başlık altında toplamak mümkündür:

- Tıbbi uygulama ile zararlı sonuç arasında nedensellik bağının incelenmemiş olması.
- Söz konusu tıbbi girişimin yalnızca genel tıp kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi, olay temelinde değerlendirme yapılmamış olması.
- Hazırlanan raporda olayın ayrıntılı olarak incelenmemesi.
- Olay ele alınırken yalnızca tıbbi gereklilikler açısından değerlendirilmesi ve yasal sorumlulukların göz önüne alınmaması.

- Raporun maddi unsurun çözümlenebilmesi için gerekli tüm ayrıntıları içermesine rağmen kullanılan terminolojik dil nedeniyle mahkeme heyeti tarafından anlaşılabilmesi.
- Raporda birbiriyle çelişen, karmaşık ve üstü kapalı ifadelerin kullanılması.

Bilirkişi raporlarında genellikle sıralanan hatalı yaklaşımlardan birkaçı bir arada gözlenmektedir.

3.2 TARTIŞMA ve SONUÇ:

Hukuk devletinde, insanlık hakkı olan adil ve doğru yargılanma hakkının sağlanması hakimin yükümlülüğüdür⁴⁴⁵. Adalet, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği hukukun üç temel ilkesidir. Bu ilkeler zaman zaman birbiriyle çatışır. Çatışma yaşanan durumlarda hakim görevli, olduğu davada doğru ve güvenilir yargılamanın yanı sıra bu ilkelerin de korunmasını sağlamak zorundadır⁴⁴⁶.

Teknoloji ve bilimin her dalında kuşak farkı yaratacak kadar büyük gelişmelerin birkaç on yıl içinde yaşandığı günümüzde, hakimin her dava konusunda yeterli donanıma sahip olamayacağı açıktır.

Hakimin yargılamada ortaya çıkan olgu sorunlarını çözüme doğal bilgi eksikliğini gidermek amacıyla oluşturulmuş, yargılama hukukunun bir kavramı ve

⁴⁴⁵ MOLE, HARBY, s. 11

⁴⁴⁶ GÖKÖZ, Cengizhan, s. 213

kurumu olarak bilirkişilik, doğru ve güvenilir yargılama sürecinde hakimin yardımcısı konumu ile önemli bir rol üstlenmektedir.

Tıbbi uygulama hatası davaları 1970' li yılların başında önce ABD, ardından tüm dünyada giderek artan bir sıklıkta görülmeye başlamıştır. Gerek baş döndürücü bir hızla yol alan tıbbi teknikler, gerekse de sağlık hukuku kavramındaki gelişmeler bu artışın hem sebebi hem de sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır. Tıbbi uygulama hatası davalarında hakimin bilirkişiye başvurması neredeyse kaçınılmaz bir durumdur.

Bilirkişi değerlendirmesinin yargıya en üst düzeyde fayda sağlayabilmesi bazı koşullara bağlıdır.

Öncelikle olay hakkında tüm bilgiye ve hukuk bilgisine sahip olan hakimin bilirkişiyi doğru yönlendirmesi gereklidir. Olayın maddi unsurunun çözümlenebilmesi için ihtiyaç duyduğu bilgilerin neler olduğunu tespit eden hakim, bilirkişiye hangi sorulara cevap vermesini istediğini açıkça ifade etmelidir. Böylece daha sonra yaşanacak pek çok sorun baştan aşılmış olacaktır.

Bunun yanı sıra bilirkişilerin yalnız uzman oldukları konulardaki teknik bilgiye değil, uzman oldukları mesleğin yasal yükümlülüklerini de biliyor olmaları, raporlarını hazırlarken olayı hem teknik, hem de yasal yükümlülükler açısından ele alabilmelidir. Ancak burada bilirkişi karar verecek makamın kendisi olmadığını farkında olmalıdır. Zira mesleğinin gereği olan yasal yükümlülükleri biliyor ve buna göre değerlendirme yapabiliyor olmak, olayı tüm unsurlarıyla değerlendirip karar verebileceği, hakimin yerine geçeceği anlamını taşımamaktadır. Bilirkişilerin hakim gibi karar verme yetkisini kendilerinde görmelerinin ve hazırladıkları raporlarda

sınırlarını aşarak hukuki değerlendirmeye girmelerinin bir başka nedeni de hakimlerin çoğu kez bilirkişi raporlarının tamamını değil, yalnızca sonuç bölümünü okuyup olduğu gibi kararda yer vermeleridir⁴⁴⁷. Bu nedenle ortaya çıkan tablonun yalnızca bilirkişilerin yanlış tutumundan kaynaklandığını söylemek hata olacaktır.

Ayrıca bilirkişilik kurumuyla ilgili özel yasal düzenlemelerin sınırlı olması, konuya özel etik kuralların ilgili kurumlarca ortaya konulmaması, bilirkişilerin uzman oldukları konu hakkında nasıl bilirkişilik yapacaklarına ilişkin bir eğitimden geçmemiş olmaları da genel anlamda bilirkişilik kurumunun çalışmalarını çıkmaza sokan konulardır.

Tıbbi uygulama hatalarında bilirkişilik uygulamalarının incelendiği bu çalışmada günlük uygulamalarda sıkça karşılaşılan sorunlar, çözümleri ve yeni usul kanunu ile Türk hukukunda yerini alan yeni kavramlar tartışılmıştır.

Bunların arasında; tıbbi uygulama hatalarında başvuru alan resmi bilirkişilik kurumları ve yapıları, bu kurumlarda biri olan Yüksek Sağlık Şurası ve 663 sayılı KHK ile getirilen yeni düzenlemeler, HMK ile tanımlanan uzman bilirkişi kavramı, ülkemizde pek başvurulmayan tıbbi otopsi işlemi ve bilirkişi raporları açısından incelenen raporlarda dikkati çeken aksaklıklar belli başlı olanlardır.

Türk hukukunda tıbbi uygulama hatası davalarında başvuru alan resmi bilirkişilik kurumları; Adli Tıp Kurumu, Yüksek Sağlık Şurası, üniversitelerin ilgili bilim dallarında görevli akademisyenler ve meslek odasının onur kurullarıdır.

Yüksek Sağlık Şurası' nın yapısı, çalışmaları ve olaylara yaklaşımlara ilişkin olarak gerek sağlık çalışanları gerekse de hukukçular arasında önyargılı ve hatalı

⁴⁴⁷ Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi, Çalıştay Raporu, Ankara 2010

kanılar oldukça yaygındır. Açıklık getirmek gerekir ki Yüksek Sağlık Şurası; asıl görevi kanun gereği ÷lkedeki sağlık politikalarını belirlemede ve sorunların çözümünde kendisine yöneltilen sorulara cevap vermek, çözüm önerileri sunmak olan, saygın sağlık çalışanlarından oluşan bir kuruldur. Yüksek Sağlık Şurası tarafından hazırlanan, tıbbi uygulama hatalarının kusur bakımından incelendiği eski tarihli raporlarından bir kısmının yanlı olduğu izlenimi verdiği, yargı tarafından yetersiz ve gerekçesiz bulunduğu gör÷lmektedir. Ancak zamanla sağlık hukukundaki gelişmelerle paralel olarak Şura raporlarının da farklılandığı izlenmektedir.

Sağlık çalışanları tarafından acımasız bir engizisyon mahkemesi, hukukçular tarafından ise meslektaşların kayırıldığı bir meslek kuruluşu gibi gör÷len Şura hakkında, kararlarda gözlemlendiğimiz bir başka yanılığı da Yüksek Sağlık Şurası' nın hukuk davalarında resmi bilirkişi olmadığı ve Şura kararının hakimi bağlamayacağı görüşüdür. Oysa Şura resmi bilirkişi olma sıfatını baktığı dava dosyasının niteliğinden bağımsız olarak, kanunun kendine verdiği yetki ile taşımaktadır. 22.10.2010 tarihine kadar tıbbi uygulama hatası iddiası ile açılan ceza davalarında başvurulması zorunlu resmi bilirkişi idi. Anayasa Mahkemesinin kararı ile bu tarihten sonra bu zorunluluk kaldırılmıştır. Ancak Şura halen resmi bilirkişilik sıfatını korumaktadır. Ayrıca bir kez daha hatırlatmak gerekir ki hakim hiçbir bilirkişi raporuyla bağlı değildir. Hatta Adli Tıp Kurumu Genel Kurul raporu da yalnızca verildiği kurum açısından son karar niteliği taşımaktadır. Ancak hakim bu rapor doğrultusunda karar vermek zorunda değildir.

Türk hukukunda “uzman mütealası” adı ile eskilerden beri yeri olan, fakat hakkında yasal düzenlemenin HMK ile yapıldığı yeni bir kavram olan uzman görüşü/ uzman bilirkişi raporunun sağlık hukuku davaları açısından önemli olduğu

görüşündeyiz. Doğru kişilerden alınacak, usulüne uygun, yansız uzman bilirkişi raporlarının yargılama sürecine katkısı bulunacaktır. Elbette tüm bilirkişi raporları için gerekli olan tüm genel kurallar ve rapor düzenleme esasları uzman bilirkişi raporları için de geçerlidir ve hazırlanırken aynı hassasiyetin gösterilmesi gerekir.

Dikkat çekmek istediğimiz bir diğer konu tıbbi uygulama hatası iddialarının aydınlatılabilmesi için tıbbi otopsiye daha çok başvurulmasının zorunluluğu olduğudur. Savcılığın istemi olmaksızın, ölenin yakınlarının isteği üzerine patoloji uzmanı tarafından yapılacak tıbbi otopsi ile birçok kuşkulu ölüm aydınlatılabilecektir. Tıp ve hukuk dünyalarının yanı sıra toplumda da tıbbi otopsi konusunda bilinçlenme sağlanabilirse gereksiz davaların önüne geçilebileceği gibi, olası bir tıbbi hatasına bağlı ölümden de daha yargılama süreci başlamadan elde somut deliller olacaktır.

Çalışma sırasında incelenen 36 karardaki bilirkişi raporlarında gözlemlenen eksikliklerden biri de terminolojik ifadeler içeren karmaşık bir dil kullanılmasıdır. Görülmüştür ki kullanılan dil nedeniyle bilirkişi ve mahkeme heyeti arasında iletişim sağlanamadığı için hazırlanan ilk raporun mahkemenin sorularına cevap veren bir içeriğe sahip olmasına karşın doğru yargılama yapılamamış ya da yeniden bilirkişi değerlendirmesi istenmiştir.

Sağlık hukuku ülkemizde yaklaşık on yıl kadar önce sözü edilir olmuş, henüz gelişme aşamasında olan bir kavramdır. Bu kavramın bileşeni olan sağlık hukuku uygulayıcıları, sağlık çalışanları, sağlık idarecileri ve tıbbi bilirkişilerin de gelişime zaman içerisinde ayak uyduracağı muhakkaktır.

Gelişimin hızlanmasına ve doğru yolda ilerlenmesine katkıda bulunmak amacıyla yapılan bu çalışmada görülmüştür ki; tıbbi uygulama hatalarında adil ve

güvenilir yargılanma sürecinin işleyebilmesi için bilirkişilik kurumu son derece önemlidir. Bu kurumun gelişmesi için sağlık hukukuna emek vermiş sağlık çalışanları, hukukçular, etikçiler ve hatta iletişim uzmanlarının birlikte çalıştığı çok bilimli ekiplere, aydınlık fikirlere ve uzun çalışma saatlerine ihtiyaç vardır.

KAYNAKLAR:

ABACI N., “Osmanlı Dönemi Bilirkişilik Uygulamaları Üzerine Bir Araştırma”, Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyal Bilimler Dergisi. 2002, 3(3): 75-84

AFŞİN H., “Adli Dış Hekimliği”, İstanbul 2004

AKYILDIZ/ÖZKAN, “Hasta-Hekim Hakları ve Davaları”, Ankara 2008

AKİL, Cenk, “Medeni Yargılama Hukukunda Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi-Uzman Tanık Ayrımı”, Ankara Barosu Dergisi, 2011/2

AKKAYA Tolga, “Medeni Usul Hukukunda İstinafa Başvuru, İstinaf İncelemesi ve İstinaf Mahkemelerinin Verebileceği Kararlar”, Anadolu Üniversitesi, SBE, Yüksek Lisans Tezi, Eskişehir 2008

AKYOL, Şener, “Hukuk Usulünde Bilirkişilerle İlgili Bazı Problemler”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125. Yıl Dönümü, İstanbul 1991

ALANGOYA Yavuz, “Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler”, İstanbul 1979

ARSLAN Hatice Seval, “Medeni Usul Hukukunda Bilirkişi Raporu ve Bağlayıcılığı”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002

ARSLAN Ramazan, “Bilirkişilik, Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, İzmir Barosu Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir, 5-8 Nisan, 2000

ARSLAN, Yaşar, “Bilirkişi Raporuna İtiraz ve Uzman Mütalaası”, Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi, Ekim 2008

AŞÇIOĞLU Çetin, “Yargılama Çalışmalarında (Hukuk Davalarında) Nitelendirme ve Bilirkişinin Fonksiyonları”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125. Yıl Dönümü, İstanbul 1991 (Bilirkişinin fonksiyonları)

AŞÇIOĞLU, Çetin, “Bilirkişi Görevinin Sınırları”, II. Bilirkişi Eğitim Semineri TÜRMOB, Ankara 2000, (Eğitim Semineri)

AŞÇIOĞLU, Çetin, “*Bilirkişilik Kavramı ve Görev Sınırları*”, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001

AŞÇIOĞLU, Çetin, “*Bilirkişi Görevinin Sınırları*”, İstanbul Serbest Muhasebeciler ve Mali Müşavirler Odası (İSMMM): Bilirkişi Eğitim Semineri, Türkiye Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler Odaları Birliği (TÜRMOB) Yayını, Baskı: Siyasal Kitabevi, Ankara, Ocak 2002

AŞÇIOĞLU, Çetin, “*Hekimlerin Sorumluluğunda Kusur ve Belirlenmesi*”, Yüksek Teknoloji Tıbbı ve Hekim Hasta İlişkisi, İstanbul 2006

ATALAY Oğuz, “*Bilirkişinin Seçimi ve Zorunlu Bilirkişilik*”, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001

AYAN, Mehmet, “*Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*”, Ankara 1991

AYDIN, Devrim, “*Türk Ceza Hukukunda İştirak*”, Ankara Üniversitesi, SBE, Doktora Tezi, Ankara 2008

AYGÜN, Gökhan, “*Hastane Kaynaklı Salgınlar*”, Klinik Gelişim s. 47-50, http://www.klinikgelisim.org.tr/kg_23_3/9.pdf

BAKICI, Sedat, “*Bilirkişilerin Nitelikleri, Reddi ve Resmi Bilirkişilik*”, Yargı Dünyası, Sayı: 54, Haziran 2000

BAYRAKTAR, “*Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*”, İstanbul 1972

BİÇER Ü., “*Türkiye’ de Adli Tıp Hizmetleri ve Geline Durum*”, Türk Tabipleri Birliği, Tıp Dünyası, 15 Ekim 2003 S. 112

BİLGE, Yaşar, “*Adli Tıp*”, Ankara 2008

BİLGE Yaşar, “*Ankara Üniversitesinde Bilirkişilik-Çalıştay Raporu*”, Ankara 2010

BİLGE Y., GÜNDOĞMUŞ Ü. N., GÜNDÜZ T., HANCI İ. H., YAVUZ İ. C., KATKICI U., KÖK A. N., “*Hekimlerin Yasal Sorumlulukları*”, 1. Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı, Türk Tabipler Birliği ve Adli Tıp Uzmanları Derneği, Ankara 1999

CARSTENSEN Gerd, “*Von Heilvursuch zum medizinsche Standard*”, in: DABI. 86 (1989), B-1736, Çeviren: Salih YILMAZ

CELBIŞ ve ark., “*Türkiye’de Adli otopsi Uygulamasında Güncel Hukuki Durum*”, İnönü Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 11(1) 53-56, 2004

CENTEL/ZAFER, Ceza Muhakemesi Hukuku, İstanbul 2008

CENTEL/ZAFER/ÇAKMUT, “*Türk Ceza Hukukuna Giriş, 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve ilgili Mevzuata Göre Yenilenmiş Üçüncü Baskı*”, İstanbul 2005

ÇAĞA, Tahir, “*Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*”, C. V, Ankara 1988

ÇAĞLAYAN, Ramazan, “*Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusursuz Sorumluluğu*”, Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti, Girne Amerikan Üniversitesi Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2010

ÇAKMUT, Özlem, “*Tıp Ceza Hukukunda Bilirkişilik*”, V. Türk- Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, “*Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları*”, Türkiye Barolar Birliği, Ankara 2008

ÇETİN Gürsel, “*Tıbbi Malpraktis*”, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, Sempozyum Dizisi No: 48, Şubat 2006

ÇINAR, Sinan, “*Vergi Hukukunda Bilirkişilik Kurumu ve Analizi*”, Gazi Üniversitesi SBE, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009

ÇİLİNGİROĞLU, Cüneyt, “*Tıbbi Müdahaleye Rıza*”, İstanbul 1993

DAVRAN, Zeynep, “*Hukuk Kurallarının Etik Temelleri*”, Etik ve Meslek Etikleri, Editör: Harun TEPE, Ankara 2009, s. 163

DEMİR Mehmet, “*Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu*”, Ankara 2010

DEMİRBAZ, Adem, “*Bedensel Zararların Kapsamı ve Tazminat Hesapları*”, Sağlık Çalışanı-Hasta ilişkisinde Güncel Konular, Editör: Prof. Dr. Nazmi ZENGİN, Konya 2012

DEMİRER Mustafa, “*Dünyada ve Türkiye’de Adli Tıp Yapılanmalarında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Önerileri*”, Uzmanlık Tezi, Isparta 2007

DEMİRKOL, Selami, “*İdare Hukukunda İdari Eylemler Olgusu*”, <http://www.xn--saytay-r9a28a.gov.tr/dergi/icerik/der40m5.pdf>, 4.06.2012, saat: 11.00

DERYAL Yahya, “*Türk Hukukunda Bilirkişilik*”, Ankara 2010

DUMAN, İlker Hasan, “*Hukuk Muhakemesinde Bilirkişilik*”, İstanbul 1985, (Bilirkişilik)

DOĞAN, Murat, “*Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk-Sempozyum, Mersin 2009

DOĞAN, Murat, “*Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı*”, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007 (Hekimin Kusuru)

DOĞAN, Yıldırım B., “*Çok Bilimli (Multidisipliner) Ekip Çalışması*”, Hasta ve Hekim Hakları Sempozyumu, Samsun 2012

DONAY, Süheyl, “*Meslek Sırrının Açıklanması Suçu*”, İstanbul 1978

DÖNMEZ, Burcu, “*Yeni CMK’ da Bilirkişilik Kavramı*”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı, 2007

DÖNMEZER/ERMAN, “*Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku*”, Genel Kısım, C II., 10.B, İstanbul 1994

DUMAN, İlker Hasan, “*Yargı Sistemimizin Kanayan Yarası: Bilirkişilik*”, Adalet Dergisi, Y. 5 (1994)

EREN, Fikret, “*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*”, İstanbul 2003

EREM, Faruk, “*Yalan Şahadet, Hakikate Aykırı Bilirkişilik ve Tercümanlık*”, AÜHFD., 1954, s. 3-4

ERMAN, Barış, “*Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*”, Ankara 2003

ERSOY Yüksel, “*Bilirkişilik ve Benzeri Kavramlar*”, Ankara Barosu Kurultayı, Ceza Hukuku Bildiri XIV., Türk Ceza Hukukunda Bilirkişilikten Doğan Sorunlar, CII, Ankara 2000

GOLDMAN/SAYSON/ROBBINS/COHN/BETMANN/WEISBERG, “The Value of Autopsy in Three Medical Areas”, N Engl J Med., 308:1000-1005, 1983

GÖKÖZ Cengizhan, “*Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Bilirkişilik Kurumu ve Uygulamadaki Sorunlar ile Çözüm Önerileri*”, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “*Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Göre Doğru Yargılama*”, Ankara Üniversitesi, SBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995

GÖRKEY Şefik, “*Hasta Hakları*”, s. 3

http://www.ism.gov.tr/hastahaklari/indir/ULUSLARARASI_HASTA_HAKLARI.pdf

GÖZÜBÜYÜK A. Şeref, “*Yönetim Hukuku*”, Ankara 2000

GÜLDİKEN Fatma Özge, “*Medeni Usul Hukukunda Tıbbi Bilirkişilik*”, Ankara Üniversitesi, Sosyal bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2005

GÜRELLİ, N., “*Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik*”, İstanbul 1967

HAKERİ Hakan, “*Yüksek Sağlık Şurasının Resmi Bilirkişilik Görevi Sona Erdi*”, <http://www.medimagazin.com.tr/authors/hakan-hakeri/tr-yukse-saglik-srasinin-resmi-bilirkisilik-gorevi-sona-erdi-72-64-2592.html>

HAKERİ, Hakan, “*Tıp Hukuku*”, Ankara 2011

HANCI İ. Hamit, “*Malpraktis mi Komplikasyon mu?*”, Mevzuat Dergisi, Yıl 8, Sayı 90, Haziran 2005

İÇEL, “*Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk*”

İLGİLİ Önder, “*2000-2005 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurası Kararlarında Kadın Hastalıkları ve Doğum Alanına Giren Vakaların Deontolojik Değerlendirilmesi*”, Doktora Tezi, Ankara 2011

KAYBEYOĞLU İlker, “*Tıbbi Uygulama Hataları ve Adli Tıp Açısından İncelenmesi*”, Doktora Tezi, İstanbul 2000

KAYGISIZ Mustafa, “*Hukuk Sistemimizde Olay Yeri İncelemesi Delil ve Bilirkişilik*”, Ankara 1998

KICALIOĞLU, Mustafa, “*Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Mücadeleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları*”, Ankara 2011

KILIÇOĞLU Ahmet, “*Yargıda Bilirkişi Çıkmazı*” Ankara Barosu Dergisi, Y. 1986, S. 5

KIZILOT Şükrü, KIZILOT Zuhul, “*Vergi İhtilafları ve Çözüm Yolları*”, Ankara 2010

KIZILYEL, Serkan, “*İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu*”, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara 2008

KNIGHT, B., “*Forensic Pathology*”, London 1996

KOÇ, CAN, “*Ölü Kavramı ve Ölü Muayenesi*”, Klinik Gelişim,

KONURALP Haluk, “*Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yolları ve Bilirkişilik*”, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001

<http://www.klinikgelisim.org.tr/eskisayi/2009-ozel.html>

KÖK Ahmet Nezih, GÜLER Mustafa, ÇALANGU Semra, “*Hekimlikte Malpraktis*”, ANKEM Derg 17 (No. 4):345-351 (2003)

KÖROĞLU Hasan, “*Uygulamada Ve İctihatta Bilirkişilik*”, Ankara 1995

KUNTER N./YENİSEY F., Muhakeme Hukuku Dalı olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Baskı, İstanbul 2000

KUNTER, YENİSEY, NUHOĞLU, “*Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*”, İstanbul 2006

KURU, Baki, Şerh, C.II, s. 1874

KURU, Baki, “Hukuk Muhakemeleri Usulü”, C.II, İlaveli 5. Baskı, İstanbul 1990

KURU Baki, “Hukuk Muhakemeleri Usulü”, C. III, 6. B., İstanbul 2001

KURU/ARSLAN/YILMAZ, “Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı”, Değiştirilmiş 18. Baskı, Ankara 2007

KÜPELİ Ahmet, “*CMK ve TCK’ da Adli Tıp Uzmanının Bilirkişilik Yükümlülüğü ve Çapraz Sorgu*”, Tıpta Uzmanlık Tezi, Isparta 2007

KÜRŞAT, Zekeriya, “*Hemşirenin Hukuki Sorumluluğu*”, İÜHFMC. LXVI, S.1, 294 s. 293-322, 2008

LUNDBERG, GD., “*Low-tech Autopsies in the Era of High-tech Medicine: continued value for quality assurance and patient safety*”, JAMA 1998,280:1273-1274

MOLE Naula, HARBY Catharina, “*Adil Yargılanma Hakkı: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 6. Maddesi Uygulanmasına İlişkin Kılavuz*”, s. 7,

http://www.ihop.org.tr/dosya/coe/adil_yargilanma.pdf 19.04.2012

OKTAY, Ahsen, “*Tıbbi Malpraktis Kavramı ve Sonuçları*”,

http://www.turkhukuksitesi.com/makale_1183.htm

ÖKÇESİZ, Hayrettin, “*Hukuk Devleti ve Yargıcı*”, Etik ve Meslek Etikleri, Yayına Hazırlayan Harun TEPE, Ankara 2009, s. 197

ÖZAY Merter, “*Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu*”, Ankara 2006

ÖZBEK Veli Özer, “*Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*”, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, HFD, c.III, S.2, Özel Sayı: 2006

ÖZBEK, “*Tıbbi Deliller ve Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu*”, 2006

ÖZBEK, “*Türk Ceza Kanunu Özel Hükümler*”, Ankara 2010

ÖZDEMİR H. Enver, “*Ceza Davaları ile Trafik Kazalarında Keşif ve Bilirkişilik*”, 2. Baskı, İstanbul 1985

ÖZDEN Yaşar Salih, “*Tıbbi Bilirkişiliğin Tarihi Gelişimi ve Adli Psikiyatride Bilirkişinin Özellikleri*”, Düşünen Adam, 1977, 10(2): 44-47

ÖZDERİN Metin, “*Tıp Hukukunda Bilirkişilik ve Bilirkişinin Çapraz Sorgusu*”, <http://www.metinozderin.av.tr/capraz-sorgu.ozderin-avukatlik-buros-ankara-turkiye>

ÖZKAYA, Nesrin, “*Bilirkişilik*”,

<http://www.pediatriportali.com/makalebrosur.asp?ID=1586>

ÖZSUNAY Ergun, “Amerikan Hukukunda Bilirkişi Tanık (*Expert Witness*)”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları, Yargıtay 125. Yıl Yayını, Ankara 1991

ÖZTEK Selçuk, “Fransız Hukukunda Bilirkişilik”, *Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları*, İstanbul 1991

ÖZTÜRK, Recep, “Hastane Enfeksiyonları: Sorunlar, Yeni Hedefler ve Hukuki Sorumluluk”, <http://www.rshm.gov.tr/enfeksiyon/dosya/hukuk20093.pdf>

ÖZTÜRK/ERDEM/ÖZBEK, “Uygulamalı Ceza Muhakemesi Hukuku”, Ankara 2003, No. 548

PAKİŞ, Işıl, “Ölüm ya da ölü Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımında Adli Otopsinin Rolü”, Doktora Tezi, Adli Tıp AD., İstanbul 2006

PEKCANITEZ H., “Medeni Usul Hukuku”, B.2, Ankara 2001

PEKCANITEZ/ATALAY/ÖZEKES, “Medeni Usul Hukuku”, Ankara 2004

POLAT Oğuz, “Klinik Adli Tıp”, Adli Tıp Uygulamaları, Ankara 2004

REİSOĞLU, Sefa, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, İstanbul 2002

REUTER S.R., “Physicians as good samaritans: Should they receive immunity for their negligence when responding to hospital emergencies?”, *The Journal of Legal Medicine*, Volume 20, No:2, pp. P 157, June 1999

RODRİGUEZ K.F., “Suing Health Care Providers for Saving Lives: Liability for providing unwanted life-sustaining treatment”, *The Journal of Legal Medicine*, Volume 20, No1:, pp. 1-79, March 1999

<http://www.sinclair.edu/classenhancements/alh103e/MedicalLegal/sld031.htm>

SALKAYA, Şükrü, “*HUMK’da Bilirkişilik (Ehlivukuf), Uygulama ve karşılaşılan Sorunlar*”, TÜRMOB II. Bilirkişi Eğitim Semineri, Ankara 2000

SATIR, Necdet, “*Sağlık Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıkların Çözümünde Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin Yargısal Yaklaşımı*”, Ankara Barosu Sağlık Hukuku Digestası, Y.1, S.1, Ankara 2009

SAVAŞ Halide, “*Tıbbi Uygulama Hatalarında Tıbbi Bilirkişilik Kurumları ve Yargıtay Uygulaması*”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 82, S. 3, Yıl 2008, s. 1355-1366

SAVAŞ, Halide, “*Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*”, Ankara 2011 (Yargıya Yansıyan)

SAVAŞ Halide, “*Yargı Kararlarında Komplikasyon ve Tıbbi Malpraktisten Doğan Sorumluluk*”, Sağlık Çalışanı-Hasta İlişkisinde Güncel Konular, Editör: Prof. Dr. Nazmi ZENGİN, Konya 2012

SAVAŞ, Nuriye, “*Hekimin Tazminat Sorumluluğu*”, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Merkezi Sağlık Hukuku Makaleleri”, İstanbul 2012

SERT, Gürkan, “*Tıp Etiği ve Mahremiyet Hakkı*”, İstanbul 2008

SOYASLAN, Doğan, “*Ceza Hukuku, Özel Hükümler*”, Ankara 2005

SOYASLAN, Doğan, “*Organ Nakilleri*” Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007, s.129

SOYDAN Başar, “*Türk Vergi Yargısında Bilirkişilik*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2008

SOYSAL Z., ÇAKALIR C., Adli Tıp Cilt I

ŞAHİN, Cumhuriyet, “*Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğruluğu İlkesi)*”, Ankara, 2001

ŞENGÜN, Oğuz, “*Bilirkişinin Sorumluluğu ve Sonuçları*”, AD., 1969/7

TANRIVER Süha, “*Bilirkişinin Hukuki Statüsü, Yükümlülükleri, Yetkileri ve Sorumluluğu*”, Ankara 2002, (Bilirkişinin Statüsü)

TANVERDİ M., “*Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik*”, İstanbul 1991, Doktora Tezi

TARMAN Zeynep Derya, “*Bilirkişilik Sözleşmesinin Hukuki Niteliği ve Bilirkişinin Üçüncü Kişiye Karşı Olan Sorumluluğu*”, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2001

TAŞPINAR, Sema, “*Bilirkişi Ücreti*”, Bilirkişilik Sempozyumu, Samsun 2001

TOROSLU, Nevzat, “*Organ Aktarma ve Cezai Sorumluluk*”, AÜHFD 1978

TOWSE A., DANZON P., “*Medical negligence and the NHS: an economic analysis*”, Health Economics Mar, 8(2) 93-101, (abstr), 1999

TÜRKMEN Ali, “*Hasta ve Hekim Hukuku*”, Samsun 2009

ULUKAPI, Bilirkişi Raporu ve Bilirkişi Raporunun Delil Olarak Değeri”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, S.3-4, 2001

ÜLMAN, Işıl Yeşim, “*Etik, Biyoetik ve Hukuk: Temel Kavramlar ve Yaklaşımlar*”, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, Ocak 2010

ÜNVER, Yener, “*Türkiye’de Ceza Hukuku Alanında Yapılan Yakın Tarihli Düzenlemelerde Tıp Hukukuna İlişkin Birkaç Sorun*”, Uluslararası Katılımlı I. Tıp Etiği ve Tıp Hukuku Sempozyum Kitabı, İstanbul 2005

ÜNVER Yener, “Hekimin Cezai Sorumluluğu”, ROCHE Sağlık Hukuku Günleri- 7 Bölge 7 Nokta, İstanbul 2007 (7 Bölge)

ÜNVER, Yener, “*İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları*”, Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunundaki Düzenlemeler, İstanbul 2007 (Deney-Deneme)

ÜNVER Yener, “*Tıbbi Uygulama Hataları (Malpraktis) Komplikasyon ve Sağlık Mensuplarının Sorumluluğu*”, İstanbul 2008 (Sağlık Mensupları)

ÜNVER Yener, “*Türk Tıp Ceza Hukukunda Hukuk ve Etiğin Çatışma Alanları*”, Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslar arası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, İstanbul 2008

ÜNVER Yener, “*Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluk Sempozyumu/ Doktorların Tıbbi Malpraktis Nedeniyle Ceza Sorumluluğu*”, Mersin 2009 (Malpraktis Nedeniyle)

ÜNVER/HAKERİ, “*Ceza Muhakemesi Hukuku*”, C.1, Ankara 2009

ÜNVER, Yener, “*Adliye’ye Karşı Suçlar (TCK m. 267-298)*”, Ankara 2010

ÜSTÜNDAĞ, Saim, “*Medeni Yargılama Hukuku*”, C.I, İstanbul 1984

ÜSTÜNDAĞ Saim, TANVERDİ Mücahit, “*“Alman Bilirkişilik”, Mukayeseli Hukukta Bilirkişilik ve Sorunları,*” Yargıtay 125.yıl yayını, Ankara 1991

ÜSTÜNDAĞ Saim, “*Medeni Yargılama Hukuku*”, İstanbul 2000

YAŞİN, Mehmet, “*Vergi Yargısında Bilirkişilik ve Yeni Bir Kurum: Uzman Görüşü II*”, Yaklaşım Dergisi, S.197, Mayıs 2009

YAVUZ İPEKYÜZ, Filiz, “*Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*”, İstanbul 2006

YENERER ÇAKMUT, Özlem, “*Hekimin Cezai Sorumluluğu*”, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslar arası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ocak 2011

YENİSEY, F., “*Yeni Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Tıbbi Deliller ve Bilirkişiliği İncelenmesi*”, Özel Sayı: Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, HFD, III, 2(2006),

YILDIRIM, Kamil, “*Bilirkişilik Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu*”, Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara: Türkiye Barolar Birliği, 2004

YILDIZ, Ali Kemal, “*Trafik Suçları Bağlamında Bilimsel Delillerin İspat Fonksiyonu*”, Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Yeditepe Üniversitesi, HFD, C.III, S.2, Özel Sayı: 2006

YILMAZ, Ejder, “*Hukukumuzda Bilirkişilik Kurumu*”, Yaklaşım D., Y.4, S.42, Haziran 1996

YILMAZ, Ejder, “*Uygulamada Bilirkişilik ve Bilirkişi Raporları*”, Mali Hukuk, 1996/62

YURTCAN , Erdener, “*Ceza Yargılaması Hukuku*”, İstanbul 1998

YURTCAN, Erdener, “*Ceza Yargılaması Hukuku*”, İstanbul 2007

