

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ-CERRAHPAŞA
ADLİ TIP VE ADLİ BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Danışman
Prof. Dr. Abdullah Coşkun Yorulmaz

TIBBİ UYGULAMA HATASI İDDİASI İLE AÇILAN HUKUK DAVALARINDA
BİLİRKİŞİ RAPORLARININ HUKUKİ DENETİME ELVERİŞLİLİĞİNİN
YARGITAY KARARLARI IŞIĞINDA İNCELENMESİ

SOSYAL BİLİMLER ANABİLİM DALI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAKİM EZGİ BESEN

İZMİR, 2019

İstanbul, 13 Eylül 2019

**İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ-CERRAHPAŞA
ADLİ TIP VE ADLİ BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ
SOSYAL BİLİMLER ANABİLİM DALI BAŞKANLIĞINA**

Lisansüstü Öğretim Yönetmeliğinin 36. maddesi uyarınca Enstitünüz Sosyal Bilimler Anabilim Dalı'nın yüksek lisans öğrencisi Ezgi BESEN'in,

"Tıbbi Uygulama Hatası İddiası İle Açılan Hukuk Davalarında Bilirkişi Raporlarının Hukuki Denetimine Elverişliliğinin Yargıtay Kararları Işığında İncelenmesi "

Adlı tezi jürimizce tetkik edilmiş ve kendisine tez savunması yaptırılmıştır.

Yukarıda adı geçen tezin ve tez savunmasının kabul edilmesine oy birliğiyle karar verilmiştir.


Prof. Dr. Ümit Naci GÜNDOĞMUŞ
Jüri Başkanı


Prof. Dr. A. Coşkun YORULMAZ
Danışman


Doç. Dr. Neylan ZİYALAR
Üye


Dr. Öğr. Üyesi Y. Tunç DEMİRCAN
Üye


Dr. Öğr. Üyesi Engin EKER
Üye

Özet

Tıbbi uygulamalarda uzmanlık alanlarının gelişmesi, hukuki ihtilafların çözümü için teknik bilgiye duyulan ihtiyacı ve dolayısıyla da bilirkişilik kurumunun yargı faaliyetleri içindeki önemini arttırmıştır. Bu çalışmada, Tıbbi Uygulama Hatası iddiaları ile açılan tazminat davalarında bilirkişi raporları sebebiyle verilen bozma kararları araştırılarak, Yargıtay'ın bilirkişi raporlarını hükme esas almaya elverişsiz bulma sebeplerinin sınıflandırılması ve taraf, mahkeme, Yargıtay denetimine elverişli bilirkişi raporlarının standartlarının ortaya konulması amaçlanmıştır.

Çalışmada Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 2013 ile 2018 tarihleri arasında tıbbi uygulama hatası nedeniyle açılan tazminat davalarında bilirkişi raporlarının yetersizliği sebebiyle verdiği bozma kararları incelenmiştir.

Çalışmanın sonuçlarına göre, Tıbbi uygulama hatası iddiası ile açılan tazminat davalarında bilirkişi raporları, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından ağırlıklı olarak davacının iddialarının tamamen karşılanmaması, raporların gerekçesiz olması ve soyut ifadelerle sonuca varılması sebepleriyle yetersiz bulunmaktadır. Raporlar arasındaki çelişkinin giderilmemesi, aydınlatılmış onam hususunun bilirkişi tarafından irdelenmemiş olması, konu ile ilgili uzman heyete katılmadan rapor düzenlenmiş olması, dosyada mevcut başka bir bilirkişi raporunun veya taraflarca başvurulmuş uzman görüşünün bilirkişi raporunda dikkate alınmamış olması, kararın dosya kapsamı ile çelişmesi, tutarlı olmaması, eksik veya sağlıklı olmayan kayıtlara dayanılarak rapor düzenlenmiş olması bilirkişi raporlarının diğer yetersiz bulunma sebepleri olarak belirlenmiştir.

Bilirkişi raporlarının yetersiz bulunduğu olgularda, Yargıtay'ın sıklıkla Üniversitelerin Tıp Fakültelerinde görevli öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi heyetinden taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli yeni bir bilirkişi raporu alınması gerekliliğini belirttiği görülmektedir.

Anahtar kelimeler: Bilirkişi Raporu, Yargıtay Kararları, Tıbbi Uygulama Hatası

Abstract

As areas of expertise have developed in medical applications, the expert authority has become more important for the resolution of legal disputes. The aim of this study is to determine how the expert examination must be applied in cases of medical malpractice and to reveal the standards of medical expert reports in accordance with the Supreme Court's specifications.

In this research 121 Supreme Court cases of claims for damages between the years of 2013-2018 were examined to classify the standards of medical expert reports.

According to the Supreme Court ; failure to meet plaintiff's claims, lack of logical justification are the main reasons for the medical expert reports to be insufficient. The reasons of the insufficiencies of the expert reports are as follows; the absence of the illumination of the patient informed consent, the absence of the reconciliation of the conflicts between other medical expert reports, the absence of the essential medical expert participation, the avoidance of all other expert opinions on the case, conclusions that are based on deficient medical records.

In case of insufficient evaluations, The Supreme Court tends to request new reports from academic experts in medical faculties, and this report is required to give a balanced opinion and be able to state the facts explaining the reasons why, and contain the details of literatures that has been relied on in making the report.

Key Words : Medical Expert Reports, Supreme Court Decisions, Medical Malpractice

Önsöz

Birikimi ve etik değerlere olan bağılılığıyla bana her zaman ilham veren, tez çalışmam boyunca değerli vaktini fazlasıyla ayıran, öğrencisi olmaktan onur duyduğum danışman Hocam Prof. Dr. Abdullah Coşkun Yorulmaz’a,

Meslek hayatımda tecrübesi ve desteğı ile önemli bir yeri olan, tez yazım sürecinde de önerileri ile değerli katkılar sağlayan Dr. Öğr. Üyesi Yusuf Tunç Demircan’a,

Araştırma sürecinde desteğini hiçbir zaman unutamayacağım Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı’ndan Dr. Işlay Balcı’ya

İstanbul Üniversitesi-Cerrahpaşa Adli Tıp ve Adli Bilimler Enstitüsü’nün bana yeni bir ufuk açan tüm Öğretim Üyelerine,

Teşekkürlerimle...

Ezgi Besen

İçindekiler

Özet	i
Abstract	ii
Önsöz	iii
İçindekiler	iv
Tablolar ve Şekiller Listesi	vi
Kısaltmalar	vii
1. Giriş ve Amaç	1
2. Genel Bilgiler	3
2.1. Tıbbi Uygulama Kavramı ve Kapsamı	3
2.2. Tıbbi Uygulama Hatası Tanımı	3
2.3. Tıbbi Uygulama Hatası Konusunda Temel Kavramlar	4
2.3.1. İzin verilen risk (komplikasyon)	4
2.3.2. İstenmeyen sonuç	5
2.3.3. Tıbbi bakım standardı	5
2.4. Bilirkişilik Tanımı, Kapsamı ve Bilirkişinin Nitelikleri	6
2.5. Bilirkişilik Standartlarının Tarihsel Gelişimi	7
2.5.1. Frye v. United States davası (1923) - Frye standardı ve 702 kuralı (1975)	7
2.5.2. Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. davası (1993) ve Daubert standardı	9
2.6. Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişilik Sistemleri	10
2.6.1. Anglo Sakson hukukunda bilirkişilik sistemi	10
2.6.2. Kıta Avrupası hukukunda bilirkişilik sistemi	11
2.7. Bilirkişi Görüşünün Hukuki Niteliği	11
2.8. Bilirkişilik Görevinin Hukuki Niteliği	13
2.9. Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler	13
2.10. Bilirkişi Raporunda Bulunması Gereken Nitelikler	14
2.10.1. HMK ve bilirkişilik mevzuatında düzenlenen asgari nitelikler	15
2.10.2. Bilirkişi raporunun yeterince açıklayıcı olması, soyut ifadeler içermemesi ve gerekçeli olması	16
2.10.3. Bilirkişi Raporunun Anlaşılır ve Tutarlı Olması	17
2.10.4. Bilirkişi Raporunun Eksiksiz Olması	17

2.10.5.	Bilimsel Verilere ve Gerçeğe Uygun Olması	18
2.11.	Bilirkişi Görüşünün Hakim Tarafından Değerlendirilmesi ve Denetlenmesi.....	18
2.11.1.	Bilirkişi Görüşünün Bağlayıcı Olmaması.....	19
2.11.2.	Bilirkişi Görüşünün Taraflarca Denetimine İmkan Tanınması	20
2.12.	Bilirkişi Raporunun Hüküm Vermeye Elverişsiz Olması	20
2.12.1.	Ek rapor	21
2.12.2.	Yeniden bilirkişi incelemesi	21
2.13.	Tıbbi Uygulama Hatalarının Değerlendirilmesinde Bilirkişilik	21
2.14.	Tıbbi Uygulama Hatalarının Değerlendirilmesinde Bilirkişilik Kurumları.....	22
2.14.1.	Adli Tıp Kurumu	23
2.14.2.	Yükseköğretim Kurumları veya birimleri	23
2.14.3.	Tabip Odaları Onur Kurulları.....	24
2.14.4.	Bilirkişi Listeleri	25
2.14.5.	Uzman Görüşü	26
3.	Gereç ve Yöntem	29
4.	Bulgular	30
5.	Tartışma	42
6.	Sonuç	84
7.	Kaynaklar	86
8.	Özgeçmiş	99

Tablolar ve Şekiller Listesi

Şekil I. Açılan Davaların Dağılımı.....	30
Şekil II. Davaların Sonuçlanma Durumuna Göre dağılımları.....	30
Şekil III. Olguların Ölümle Sonuçlanmalarına Göre Dağılımları.....	30
Şekil IV. Dava Açılmasından Yerel Mahkeme Sonuçlanıncaya Kadar Geçen Süreler.....	31
Şekil V. İlk Derece Mahkemesinde Karar Verildikten Sonra Yargıtay'ın Bozma Kararına Kadar Geçen Süre.....	31
Şekil VI. Tıbbi Uygulama Hatası Nedeniyle Hakkında Dava Açılan Sağlık Personelinin Uzmanlık Alanına Göre Dağılımı.....	31
Şekil VII. İlk Derece Mahkemesinin Hükme Esas Aldığı Raporların Yüzdesel Dağılımı...	32
Şekil VIII. Haklarında Dava Açılan Hekimlerin Cinsiyet Dağılımı.....	32
Şekil IX. Hastaların Cinsiyet Dağılımı.....	33
Tablo I. Hükme Esas Alınan Raporlarda Mevcut Zarar Tipi Ve Bu Zararların Medikolegal Yorumlarının Dağılımı.....	34
Tablo II. Hükme Esas Alınan Raporların Yargıtay Tarafından Yetersiz Bulunma Nedenleri.....	38
Tablo III. Yargıtay'ın Hükme Esas Almaya Elverişsiz Bilirkişi Raporları Nedeniyle Verdiği Bozma Kararlarında Yeniden Bilirkişi Raporu Temini İçin Belirlediği Kriterler.....	39

Kısaltmalar

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
ATK: Adli Tıp Kurumu
AYM: Anayasa Mahkemesi
APA: American Academy of Pediatrics
CMK: Ceza Muhakemesi Kanunu
HMK : Hukuk Muhakemesi Kanunu
HUMK : Hukuk Usulü Muhakemesi Kanunu
KBB: Kulak Burun Boğaz Hastalıkları
KHK: Kanun Hükmünde Kararname
SGK: Sosyal Güvenlik Kurumu
SUT: Sağlık Uygulamaları Tüzüğü
TBK : Türk Borçlar Kanunu
TBMM: Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK: Türk Ceza Kanunu
TTB : Türk Tabipler Birliği
USG: Ultrasonografi
UYAP: Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi
YÖK : Yüksek Öğretim Kurumları
YSS:Yüksek Sağlık Şurası

1. Giriş ve Amaç

Uzmanlık alanlarının gelişmesi ve derinleşmesiyle hukuki ihtilafların çözümü için teknik bilgiye duyulan ihtiyaç; bilirkişilik kurumunun yargı faaliyetleri içindeki önemini arttırmıştır. Bilirkişi raporlarının yetersiz olması, Hakimlerin hukuki ihtilafın çözümü için birden fazla bilirkişi incelemesi yaptırmak zorunda kalmasına ve yargılamanın uzamasına neden olmaktadır. Adalet sisteminin etkin ve hızlı işlemesi için öncelikle iyi işleyen bilirkişilik yapılanmasına ihtiyaç vardır. Bu da ancak delil değerlendirme vasıtası olan bilirkişi incelemesinin, doğru ve standartlara uygun olarak yapılması ile mümkündür.

Bilirkişilik kurumu ve bu konudaki yargı faaliyetlerine yönelik doktrinde ve uygulamada yer alan önemli eleştirilerden biri de “tartışma konusu olayın standardı” belirtilmeden rapor hazırlanmasıdır (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Gerekçesi; Doğan, 2018).

Bilirkişilerin denetime elverişli ve yargı mercilerini tatmin edecek şekilde rapor hazırlamamaları neticesinde ek rapor alınmaya gerek duyulması veya yeniden bilirkişi incelemesi yapılması, aynı konuda çeşitli uzmanlardan birbiriyle çelişen raporlar bulunması, heyet halinde çalışan bilirkişilerin rapora yeterli katkıyı vermeyip sadece imzalamakla yetinmeleri gibi hususlar bilirkişi kurumuna ve yargıya olan güveni azaltmaktadır (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Gerekçesi).

Bilirkişilik alanında yaşanan sorunlar ve çözüm arayışı neticesinde Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu 2010 yılında “ Adli Tıp Kurumu Başkanlığı’nın 2007, 2008 ve 2009 Yıllarına ait Faaliyet ve işlemlerinin Denetimi ile Adli Tıp Kurumu Hizmetlerinin Etkin ve Verimli Şekilde Yürütülmesinin ve Geliştirilmesinin Sağlanması” konulu bir rapor hazırlamıştır. Mevcut bilirkişi sisteminin detaylı olarak incelendiği ve sorunların ortaya koyulduğu bu rapor, bilirkişilik alanında gelişmelerin hızlandırılmasına, 2014-2018 yıllarını kapsayan Onuncu Kalkınma Planında bilirkişilik kurumunun geliştirilmesi hedefine yer vermiştir. Yine 17.04.2015 tarihinde açıklanan Yargı Reformu Stratejisinde bilirkişilik kurumunun yapısında değişikliklere gidilmesi, akreditasyon ve sertifikasyon sürecini yönetecek bir yapı kurulması, denetim sisteminin etkin bir şekilde oluşturulması, kalite standartlarının sağlanması gibi stratejiler belirlenmiştir (6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu Gerekçesi).

Nihayetinde 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile bilirkişilerin nitelikleri, eğitimi, seçimi ve denetimine ilişkin usul ve esasların belirlenmesi ile bilirkişilik için etkin ve verimli bir kurumsal yapı oluşturulması amaçlanmıştır (6754 Sayılı Kanun, 1.madde). Ancak Bilirkişi raporlarının içeriğinin standardizasyonu konusunda bir düzenleme halen bulunmamaktadır.

Bu tez ile öncelikle tıbbi uygulama hataları iddialarında bilirkişi raporlarının standartları Daubert Kurallarından yararlanılarak genel olarak ortaya konulduktan sonra, Yargıtay'ın bilirkişi raporlarının hukuki denetime, taraf denetimine elverişlilik kriteri ışığında bir hukuki ihtilafın çözümünde esas alınacak bilirkişi raporunun nasıl olması gerektiği açıklanacaktır. Böylelikle yargı makamlarının ve hatta tarafların bilirkişi raporlarının objektif ve bilimsel standartlara uygunluğunu denetlemeleri kolaylaştırılacaktır.



2. Genel Bilgiler

2.1. Tıbbi Uygulama Kavramı ve Kapsamı

Ehliyetli kişiler tarafından tıp alanında insanlar veya hayvanlar üzerinde tedavi, teşhis, koruma amaçlı yapılan her türlü uygulama tıbbi uygulamadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, 13/3.maddesinde “teşhis tedavi veya korumak gayesi” tıbbi uygulamanın amacı olarak belirtilmektedir (Gökcan, 2014). Tıbbi uygulama bedensel veya ruhsal bütünlüğe yönelik her türlü müdahaleyi kapsar. Bu bağlamda en ağır cerrahi müdahaleden röntgen çekimine kadar çeşitli faaliyetler tıbbi uygulama kapsamındadır (Cakmut Yenerer, 2003; Savaş, 2006).

Anayasanın 17/2.maddesinde tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı düzenlemesi mevcuttur, bu düzenleme tıbbi uygulamanın anayasal dayanağını oluşturur. Tıbbi uygulamanın hukuka uygun kabul edilmesi için ehliyetli kişiler tarafından yapılması, hastanın yapılacak tıbbi uygulama kapsamı ve olası riskleri hakkında aydınlatılmış onamının alınması ve bilimsel standartlara uygun olması gerekmektedir (Hakeri, 2012).

2.2. Tıbbi Uygulama Hatası Tanımı

Tıbbi uygulama Hatası diğer adıyla Tıbbi Malpraktis’in kökeni latince kötü uygulama anlamına gelen “mala” ve “praxis” ten gelmekte olup, Dünya Tabipler Birliği tarafından Hekimin hastaya tedavi vermemesi, standart güncel uygulamayı yapmaması veya beceri noksanlığı sonucu hastaya zarar vermesi olarak tanımlanmaktadır (World Medical Association,2005; Çetin ve Yorulmaz, 2006).

Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kurallarının 13.Maddesinde ise “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi “hekimliğin kötü uygulaması” anlamına geldiği belirtilmiştir (Türk Tabipler Birliği, 2012). Tıbbi Uygulama Hatalarının ortaya çıkmasına çoğu zaman birçok faktör birlikte sebep olmakta, dikkatsizlik, özensizlik gibi faktörlerin yanında sağlık sistemi ve organizasyon sorunları, tıbbi cihazlara ilişkin kusurlar, çevresel etkenler, birarada bulunmaktadır (İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri, 2006; Özkaya, Yılmaz, Özkaya, Can, Pakiş, Yıldırım ve diğerleri, 2011).

Yapılan çalışmalar, son yıllarda insanların sağlık hizmetine daha sorgulayıcı yaklaşımlarıyla tıbbi uygulama hatası iddialarının arttığını ortaya koymaktadır (Çetin ve Kaya, 2012). Hastaların sağlık hizmetlerinden beklentilerinin artması, sağlık sigorta sisteminin yerleşmesi, basın yayın organlarında tıbbi uygulama hatalarına daha çok yer verilmesi gibi etkenlerle tıbbi uygulama hatası iddiasına dayanan davaların sayısının arttığı bilinmektedir (Tuğcu, Yorulmaz ve Koç, 2009). Tıbbi uygulama hatası iddialarında yaşanan artış hekimlerin defansif tıp uygulamalarına yönelmesine, riski yüksek olan tıbbi uygulamalardan kaçınmasına, sağlık sisteminin daha maliyetli hale gelmesine, hasta ve sağlık personeli ilişkilerinin olumsuz etkilenmesine sebep olmaktadır (Dove, Brush, Chazal, ve Oetgen, 2010; Yeşiltaş ve Erdem, 2018). Bunun yanında Tıbbi uygulama hatası davalarındaki artışa bağlı olarak, dava riski yüksek olan Beyin Cerrahi, Kadın Hastalıkları ve Doğum, Genel Cerrahi, Ortopedi ve Travmatoloji gibi alanların Hekimler tarafından uzmanlık alanı olarak daha az tercih edilmeye başladığı görülmekte, nitekim bu alanlardaki uzmanlık sınavı puanlarının yıllar içerisinde anlamlı ölçüde düştüğü de bilinmektedir (Çetin ve Yorulmaz, 2006; Ertem, Oksel ve Akbıyık, 2009; Yeşiltaş ve Erdem, 2018).

2.3. Tıbbi Uygulama Hatası Konusunda Temel Kavramlar

2.3.1. İzin verilen risk (komplikasyon)

Her tıbbi müdahale için doğası gereği bir riski de barındırmaktadır. Hastanın, oluşabilecek riskler konusunda aydınlatılıp onamı alınmış olması kaydıyla her türlü tedbirin alınmasına rağmen, sağlık personelinin kusuru olmaksızın ortaya çıkan istenmeyen sonuca tıbbi komplikasyon, diğer bir deyişle izin verilen risk denir (Yavuz, 2006; Kıcalıoğlu, 2011; Mutlu, 2019).

Her türlü tedbirin alınmasına, gerekli özenin gösterilmesine rağmen ortaya çıkan istenmeyen sonuçtan, sağlık personeli veya sağlık personeli istihdam eden hastane sorumlu tutulamamaktadır. Ancak bunun için komplikasyonun iyi yönetilmiş olması, yani hekimin komplikasyonu zamanında farkedip, doğru bir şekilde müdahale etmiş olması ve tıbbi uygulamanın olası risklerinin hastaya hastanın anlayabileceği dilde anlatılmış olması, hastayı aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmiş olması gerekir. Hastayı aydınlatma yükümlülüğünün ihlali halinde, sağlık personelinin kusuru olmaksızın istenmeyen sonuç

ortaya çıksa dahi hukuki sorumluluk doğacaktır (Aşçıoğlu, 1993; Kıcalıoğlu, 2011; Polat ve Pakiș, 2011).

2.3.2. İstenmeyen sonuç

Tıbbi uygulama hatasına bağılı olarak gelişen veya komplikasyon olarak ortaya çıkan zarar istenmeyen sonuçtur, İstenmeyen sonucun neden ortaya çıktığı, her türlü özene rağmen meydana gelebilecek bir komplikasyon sonucu mu, tıbbi uygulama hatası nedeniyle mi ortaya çıktığı sorusu ancak konunun uzmanı bilirkişiler tarafından aydınlatılabilir, bu nedenle tıbbi uygulama hatası davalarında bilirkişilik mutlaka başvurulacak bir kurum olarak ortaya çıkmaktadır (Polat, 2005; Pakiș, 2014).

2.3.3. Tıbbi bakım standardı

Tıbbi Uygulama hatasına ilişkin uyuşmazlıklarda, bilirkişi tarafından kusur değerlendirmesi yapılırken, tıbbi bakım standardı ölçüt alınmaktadır. Tıbbi bakım standardı, tıp bilimine tanınmış, güncel, bilimsel uygulamalardır. Uygulamanın tıbbi standarda uygun olduğundan bahsedilebilmesi için diğer hekimler tarafından benzer vakalara uygulanıyor olması gerekir (Polat ve Pakiș, 2011; Doğan, 2018).

Tıbbi Bakım standardının uygulanıp uygulanmadığı saptanırken her somut olayın ayrı değerlendirilmesi gerekir. Hekimin bulunduğu koşullar, uygulamanın yapıldığı ortamın koşulları, uygulamanın acil şartlarda yapıp yapılmadığı, teknik donanım yeterliliği gibi hususların da göz önünde bulundurulması gerekir. Donanımlı bir hastanede görev yapan hekim ile kısıtlı şartlar altında görev yapan hekimin standart tıbbi uygulamayı aynı ölçüde sağlaması beklenemeyeceğinden kusur değerlendirmesi yapılırken koşullar da dikkate alınmalıdır. Günümüzde ulusal standartların yerleşmesiyle bölgesel farklılıkların azaldığı ölçüde “bir hastanın bakımını üstlenen hekimin, aynı bölgede çalışan diğer hekimler tarafından eğitim, yetenek ve sağlık bakımı ile ilgili olarak sunulan mesleki standarda sahip olması” olarak tanımlanan bölgesellik kuralına göre değerlendirme terkedilmektedir. Hekimin göstermesi beklenen yeterli özenin ölçüsü, aynı şartlarda bulunan ortalama düzeydeki bir hekimin göstereceği özendir. Tıbbi bakım standardı, aynı koşullar altında bulunan ortalama

bir sağlık profesyonelinin uyması beklenen asgari standartları karşılamaktadır (Timmermans ve Berg, 2003; Yorulmaz, 2005; Kıcalıoğlu, 2011; Moffett and Moore, 2011; Epstein, 2018).

2.4. Bilirkişilik Tanımı, Kapsamı ve Bilirkişinin Nitelikleri

Bilirkişi, hukuki bir uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması için özel ya da teknik bilgiye veya uzmanlığa ihtiyaç duyulan durumlarda Mahkeme ya da bir başka adli organın, görüşüne başvurduğu bağımsız, tarafsız üçüncü kişidir (Tanrıver, 2017). 3 Kasım 2016 tarih ve 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile bilirkişilik, hukukumuzda ilk defa yasal bir tanıma kavuşturulmuş ve bu tanımda; bilirkişinin gerçek veya özel hukuk kişisi olabileceğinden de bahsedilmiştir.

Bilirkişinin görevi, Hakimin veya Cumhuriyet Savcısının genel hukuk bilgisi ile çözemeyeceği konularda teknik veya özel bilgisi ile uyuşmazlığı aydınlatmak, adli makamlara yardımcı olmaktır. Bilirkişilik Kurumu bu anlamda uyuşmazlıkların aydınlatılması için Yargının başvurduğu önemli bir delil değerlendirmesi aracıdır. Uyuşmazlığı aydınlatmaya elverişli bir bilirkişi raporu, davaların hızlı bir şekilde sonuçlanmasına olanak sağlar (Mutlu, 2019). Hukukumuzda bilirkişiye başvurulamayacak haller HMK'nın bilirkişiliğe başvurulmasını gerektiren halleri düzenleyen 266. maddesine uygun ve ilave bir düzenleme ile 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinde belirtilmiştir, buna göre; genel bilgi veya tecrübeyle ya da Hakimlik mesleğinin gerektirdiği hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamayacaktır. Böylelikle bilirkişiliğin sadece teknik bilgiye ihtiyaç duyulan konularda başvurulacak bir kurum olduğu vurgulanmıştır (Deryal, 2017; Karaburun, 2017; Türkay, 2017).

Ceza Muhakamesi Kanunu'nun 63.maddesinin birinci fıkrasında da çözüümü uzmanlığı, özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınabileceği, hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenemeyeceği düzenlemesi mevcuttur. 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu'nun 3. maddesinin gerekçesinde; özel bilgiden kastın, hukuk bilimi dışında belirli bir bilim dalının araştırıp ortaya koyduğu sonuçlara ilişkin bilgi olup, teknik bilgi ise fizik kimya matematik gibi pozitif bilimlerin verilerinden elde edilen bilgi olduğu belirtilmektedir.

Bilirkişiye sadece özel veya teknik alanda başvurulabileceği bilirkişilik mevzuatında ve HMK'da vurgulanmıştır. Bu düzenlemelere göre, bilirkişinin hukuki bir konuda görüş beyan etmemesi, görev sınırlarının dışına çıkmaması gerekir. Hukuki değerlendirme sadece Hakim tarafından yapılabilir, bilirkişi Hakimin yetki alanına giremez. Bu nedenle Bilirkişinin raporlarında kusur tespitinde bulunmaması gerekmektedir. Uygulamada bilirkişilerin kusur tespitinde bulunmaları, kusur derecesi belirlemeleri sık karşılaşılan bir sorundur. Yargıtay 12.Ceza Dairesinin 04.02.2014 Tarih, 2013/6256 Esas, 2014/2619 Karar Sayılı ilamında kusur belirlemesinin sadece Hakim tarafından yapılabileceği vurgulanmıştır. Aynı yönde Yargıtay 9.Ceza Dairesinin 2006/4123 E, 2006/6229 Sayılı kararında da bu husus belirtilerek, kusurun hukuki bir konu olduğu ve bu nedenle hakim tarafından tespit edilmesi gerektiği belirtilmiştir (Yenisey ve Nuhoğlu, 2018, sf. 221).

Bilirkişinin yargılama faaliyetine ilişkin görevi nedeniyle her şeyden önce tarafsız, bağımsız ve alanında uzman olması gerekir. Bilirkişilik Kanunu'nun 10. maddesinde bilirkişiliğe kabul şartları düzenlenmiştir; maddenin 3 bendinde, bilirkişinin uzmanlık alanında belirlenen yeterlilik koşullarını taşıması gerektiğinden bahsedilmektedir. Bu yeterlilik koşulları kanunda veya yönetmelikte ayrıntılı olarak düzenlenmemekle birlikte meslekte 5 yıl kıdem koşuluna yer verilmiştir. Ayrıca Adalet Bakanlığı'na bağlı Bilirkişilik Daire Başkanlığı görevleri arasında, bilirkişilik temel eğitimine ilişkin usul ve esasları belirlemek, bilirkişilerin sahip olması gereken nitelikleri belirlemek ve bilirkişilerin uyması gereken rehber ilkeleri, hazırlayacağı rapor standartlarını belirlemek sayılmıştır (Deryal, 2017; Karaburun, 2017).

2.5. Bilirkişilik Standartlarının Tarihsel Gelişimi

2.5.1. Frye v. United States davası (1923) - Frye standardı ve 702 kuralı (1975)

Uzman görüşünün standardının belirlenmesi noktasında, 1923 yılındaki Frye v. United States davası dönüm noktası olmuştur. Frye dosyası bir cinayet dosyasıdır, kasten öldürme suçunun failinin bir türlü bulunamaması üzerine, hırsızlık suçundan gözaltında bulunan James Frye'in suçun faili olduğunu söylemesi ile Frye hakkında dava açılır. Ancak James Frye, Mahkeme karşısında suçu reddedip, olayla ilgisi olmadığı, arkadaşı ile failin bulunması halinde verilecek ödülü paylaşmak istediği için suçu üstlendiği yönünde savunma yapar. Frye'in soruşturma aşamasındaki beyanı dışında cinayeti işlediğine dair herhangi bir fiziksel

delil de bulunmamaktadır. Savunma avukatı, Frye’ı, fizyoloji alanında doktora yapan ve aynı zamanda polis olan John Agustus Larson tarafından sistolik kan basıncı testinden yola çıkılarak üretilen, yalan makinasına tabii tutarak, sonuçlarıyla ilgili mahkeme önünde uzman tanık dinletmek ister. Ancak Mahkeme, uzman tanığın dinlenmesini yalan makinesinin bilimsel olarak tanınan bir yöntem olmadığı gerekçesiyle reddeder. Dava sonunda Jüri Frye’ı suçlu bulur ve mahkumiyetine karar verilir. Sistolik kan basıncı testinin yaratıcısı psikolog William Moulton Marston, uzman tanık Mahkemede dinlenememiş olsa dahi, yapılan testin jüri üzerinde etkisinin olduğunu ve idam cezası yerine hapis cezasına hükmedildiğini iddia eder (Johnston and Sartwelle, 2013; Doğan, 2018).

Kararın üst mahkemeye taşınması üzerine, üst mahkeme; teknik bilgileri ve literatür bilgilerini içermeyen uzman görüşünün, genel kabul standartlarını karşılamadığını ve Mahkeme tarafından dikkate alınamayacağını ortaya koyan kararı ile birçok eyalette geçerli olan “Frye Standardı”nı oluşturur. Frye Standardına göre; bir mütalaanın veya delilin bilimsel değer taşıyıp taşımadığının ölçüsü ilgili olduğu alanda genel kabul görüp görmemesine bağlıdır (Atikian, 1994; Kara ve Yükseloğlu, 2015).

Frye Standardının temelinde delillerin değerlendirilmesi konusunda tutucu bir yaklaşım bulunmaktadır, Hakim adeta kalkan görevi üstlenerek ilgili bilimsel camiada genel kabul görmeyen bilirkişi görüşlerinin sunulmasına engel olmaktadır, genel kabul görme kuralı adeta delilin sunulmasında bir önkoşuldur (Kara ve Yükseloğlu, 2015).

1975’de Delillere İlişkin Federal Kurallar Yasası yürürlüğe girmiştir, bu yasada 702 sayılı madde ile Hakimin uzman görüşünün veya delilin bilimsel açıdan geçerli olup olmadığını jürinin önüne getirilmeden önce denetleyeceği düzenlemesi getirilmiştir. 2011 yılında bu kural daha da geliştirilerek, bilirkişi görüşünün nitelikleri ortaya konulmuştur, buna göre özel ve teknik bilgiyi gerektiren bilirkişi görüşünün;

“1. Mahkeme heyetinin bir delili anlamasına veya mevcut bir durumu tespit etmesine yardımcı olacak nitelikte olması,

2. Yeterli olgu ve veriye dayandırılmış olması,

3. Güvenilir ilke ve metotların bir ürünü olması,

4. İlke ve yöntemleri davadaki olgulara hatasız ve eksiksiz şekilde uygulamış olması”

niteliklerini taşıdığı takdirde hükme esas almaya elverişli olacağı öngörülmüştür. Böylelikle Frye standardının “bilimsel camiada genel kabul görme” ilkesinden farklı olarak daha somut nitelikler belirlenmiştir (Brown, 2014; Doğan, 2018).

2.5.2. Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. davası (1993) ve Daubert standardı

Daubert Standardına ismini veren Birleşik Devletler Yüksek Mahkemesi Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. kararı, bilirkişi görüşünün, metodolojik ve mantıksal temellerinin mevcut olup olmadığının, bu temellerin somut olaya uygulanabilir olup olmadığının Mahkeme tarafından araştırılarak, sunulan bilirkişi görüşünün kabul edilebilirliğinin tartışıldığı ve bilirkişi raporu standartlarının belirlendiği karar olması bakımından son derece önemlidir (Demirkapı, 2003; Margaret, 2005; Yükseloğlu ve Kara, 2015).

Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. kararına konu davada; Davacılar Jason Daubert ve Eric Schuller doğum anomalilerinin annelerinin gebelik döneminde kullandığı Bendectin isimli ilaç sebebiyle meydana geldiğini ileri sürmüş, davalı ilaç firması ise doğum anomalisi ile ilaç arasında nedensellik bağı olmadığını savunarak dönemin ünlü epidemiyolojisti Steven H.Lamm’ı Mahkemede uzman tanık olarak dinletmiştir. Davalı tarafından dinletilen uzman tanık Bendectin ile doğum kusurları arasında nedensellik bağı bulunmadığını gösteren birçok çalışmayı öne sürmüş, davacılar ise buna karşılık sekiz uzmanın görüşüne başvurarak Mahkemeye sunmuştur. Ancak Mahkeme tarafından Frye standardı uygulanarak; davacıların sunduğu görüşler, yayımlanmadıkları ve genel kabul görmedikleri için bilimsel olmadıkları değerlendirilmesiyse hükme esas kabul edilmemiştir (Abboud, 2017).

Daubert Kararında sunulan bilirkişi görüşünün Mahkeme tarafından kabul edilebilirliğinin değerlendirilmesi noktasında somut adımlardan bahsedilmiştir. Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Mahkemeler, bilirkişi raporlarının denetimini Daubert Standartlarını uygulayarak yapmaktadır. Bilirkişi raporları bu standartlarda belirlenen somut adımlara göre ön incelemeye tabii tutulur.

Daubert standartlarına göre bilirkişi görüşünün ;

- I. Sınırlarının belirli ve test edilebilir olması,
- II. İncelemeye ve değerlendirmeye tabii tutulabilir olması,

III. Hata payının istatistiksel anlamda belirlenebilir olması,

IV. Bilimsel camiada kabul görmüş olması gerekmektedir.

Buna göre Bilirkişi görüşündeki teori ya da metod; yanlışlanabilir veya test edilebilir nitelikte olmalı, uygulamasına ilişkin bir kontrol mekanizması ve standartları bulunmalı, bilimsel camia tarafından değerlendirilmiş ve yayımlanmış olmalı, ayrıca Mahkemece savunulan metodun hata payı da göz önünde bulundurulmalıdır (Demirkapı, 2003; Brown, 2014; Yükseloğlu ve Kara, 2015).

2.6. Karşılaştırmalı Hukukta Bilirkişilik Sistemleri

2.6.1. Anglo Sakson hukukunda bilirkişilik sistemi

Anglo Sakson Hukukunda taraflarca uzman tanık olarak başvuru bilirkşi sistemi esastır. Taraflar, iddialarını veya savunmalarını desteklemek için uzmanlara başvurmakta, uzman bilirkşiler çoğu zaman sözlü olarak Mahkemede görüşlerini açıklamaktadır. Bilirkşilerin hakimlere yardımcı olma görevi olmadığı gibi, Hakimler de bilirkşi görüşleri ile bağlı değildir. Bu sistemde bilirkşi tanık gibi değerlendirilir. Bilirkşiler sözlü olarak görüşlerini sunarken, çapraz sorgu yöntemi ile taraflarca sorgulanabilir, taraf bilirkşiliğinin ABD’de bir sektöre dönüşmesi ve rekabet, bilirkşinin nitelikleri konusunda uzmanlık dernekleri tarafından yazılı kuralları yayınlanmasına böylelikle bilirkşi nitelikleri ile ilgili yazılı standartların belirlenmesine de etki etmiştir. Bu yazılı kurallara uygun olmayan bilirkşiler, o bilirkşilere başvuran tarafın iddia veya savunmasına güvenilirliğini zedelediği için zarar vereceğinden taraflarca tercih edilmezler. Ayrıca taraf bilirkşisinin taraftan aldığı ücreti, diğer taraf öğrenme hakkına sahiptir, makul olmayan ücretlerin ödenmiş olması da taraf bilirkşisinin güvenilirliğine olumsuz etki edebilecektir (Demirkapı, 2003; Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi Hakkında Mukayeseli Çalışma, Görüşme Taslağı, 2010; Polat, 2015). Etik mevzuatına, yerleşen rehber kurallara ve uzman tanıkların bilimsel görüşleri sayesinde maddi gerçeğin açığa çıkarıldığı davalara rağmen, birçok hakim, jürinin ve avukatların halen uzman tanığı davanın tarafı olarak görme eğilimleri vardır (Johnston and Sartville, 2013).

2.6.2. Kıta Avrupası hukukunda bilirkişilik sistemi

Anglo Sakson Hukuk sisteminin aksine, Kıta Avrupası hukukunda bilirkişiler Hakim tarafından görevlendirilir. Kıta Avrupası sistemini benimseyen birçok ülkenin hukuk sisteminde resmi bilirkişi listesi bulunur, bilirkişi olarak listeye kaydolmak isteyenlerin belli şartları taşıması aranır. Bilirkişilerin raporlarını belli bir sürede yazılı olarak Mahkemeye sunmaları gerekmekte, sürenin geçirilmesi halinde Hakim tarafından yaptırım uygulanabilmektedir. Kıta Avrupası sisteminde bilirkişi ücretleri mevzuat ile belirlenir ve davayı kaybeden tarafa yükletilir (Dünya Bankası, 2010; Mutlu, 2019) . Mevzuatımızda Kıta Avrupa Hukuku sistemine benzer bir sistem esas olarak benimsenmiştir, bilirkişilerin Mahkeme tarafından tayin edilmesi esastır, ancak Hukuk ve Ceza Yargılamasında taraflar da uzman görüşüne başvurabilirler (CMK, 2004; HMK, 2011; Mutlu, 2019).

2.7. Bilirkişi Görüşünün Hukuki Niteliği

Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda, bilirkişilik takdiri deliller arasında düzenlenmiş olup, 6100 Sayılı yeni HMK’da Bilirkişi İncelemesi ispat ve deliller başlıklı dördüncü kısım altında düzenlenmiştir, 6100 Sayılı HMK, bilirkişi görüşünün hukuki niteliği açısından Mülga HUMK’dan farklı bir düzenleme getirmemiştir (Deryal, 2017). 6100 Sayılı HMK’nun 282. Maddesinde “ Hakimın Bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendireceği” düzenlemesi mevcuttur. Hakim, delilleri serbestçe takdir eder. Bilirkişi görüşü ile bağlı değildir. Delilleri takdir etme ve davayı çözüme kavuşturma yetkisi münhasıran Hakime ait olup bu yetki devredilemez (Karaburun,2017).

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

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

düşüncesi delil değil, delillerin değerlendirilmesi vasıtasıdır. Bu istişari niteliği nedeniyle hüküm veren hakimleri bağlamaz, çünkü bilirkişilerinde yanılmaları mümkündür. Şüphe ve tereddüt halinde hakim, aynı bilirkişiyi yahut tayin edeceği diğer bir bilirkişi görevlendirebilir düşüncesine başvurabilir”

Yargıtay 1. Ceza Dairesi 01.03.1991 Tarihli 1991-391 E., 1991-559 K. Sayılı kararında da bilirkişi görüşünün delil olmadığını, delil ile ilgili bir açıklama olduğunu belirterek, bilirkişi görüşünün hukuki niteliğini vurgulamıştır. Bilirkişinin Mahkemeye sunmuş olduğu raporun delil niteliğinin Hakim tarafından değerlendirilecek olması nedeniyle doktrindeki bazı görüşlere göre bilirkişi yargının asli bir unsuru sayılamaz ve hakimin yardımcısı olarak görülemez. Zira Bilirkişiye başvurmanın zorunlu olduğu, teknik ve özel bilgiyi gerektiren davalarda dahi bilirkişi raporu Hakim tarafından değerlendirilip, denetlenecektir, bu sebeple bilirkişiyi yargısal nitelikte görev ve yetkileri bulunan danışman olarak nitelendiren görüşler de mevcuttur. Ancak doktrinde Bilirkişinin Hakimin yardımcısı olduğunu ifade eden görüşler çoğunluktadır (Altay, 1957, sf. 735; Üstündağ, 2000, sf.649; Deryal, 2017).

Alman doktrini kaynaklı görüşlerde, bilirkişinin Hakimin Yardımcısı ve ispat aracı olarak görülmesi gerektiği ileri sürülmektedir. İtalyan doktrini kaynaklı görüşlerde ise bilirkişinin “teknik danışman” niteliğinde olduğu kabul edilmektedir (Kunter, Yenisey ve Nuhoğlu, 2010; Deryal, 2017). Bilirkişi görüşünün niteliği konusunda da doktrinde farklı görüşler bulunmakta; bir görüş takdiri delil nitelendirmesinde bulunurken bir görüş delil değerlendirme aracı olduğunu ileri sürmektedir. Bilirkişi delillerin açığa çıkmasına yardımcı olur veya gerektiğinde delillerin anlaşılması konusunda Hakimi aydınlatır (Yıldırım, 2004, sf. 833-841). Yargıtay 1.Ceza Dairesi’nin 01.03.1991 tarihli 391/559 E-K sayılı kararında, bilirkişi görüşünün delil değil, delil hakkında bir açıklama, delillerin değerlendirilmesi vasıtası olduğu vurgulanarak, bilirkişinin hakimin kendi teknik bilgisi ile delil muhtevasını tayin edemeyeceği durumlarda, delilleri inceleyerek, teknik ve bilimsel anlamda Hakimi aydınlatma görevini haiz olduğu belirtilmiştir (Sevük, 2006).

2.8. Bilirkişilik Görevinin Hukuki Niteliği

Bilirkişi adli hizmetlerin ifasına katkı sağlamakla, kamu hizmeti yürütmektedir. Yargı yetkisinin kullanılmasından kaynaklı bilgi alma, gerek gördüğü takdirde hakimın izni ile tarafların bilgisine başvurma, tanıkların kendi huzurunda yeniden dinlenilmesini talep etme gibi kamusal yetkileri de bulunmaktadır. Bilirkişi, kamu görevinin ifası sırasında kamu görevlisi olarak kabul edilmelidir (Yenipınar, 2016, sf. 46; Tanrıver, 2017, sf. 71).

2.9. Bilirkişilik Kanunu ile Getirilen Düzenlemeler

6754 sayılı Bilirkişi Kanunu ile bilirkişilik sisteminde denetleyici, düzenleyici, kalite standartlarını belirleyici bir yapı ihtiyacından hareketle kurumsallaşma yoluna gidilerek, Bilirkişilik Danışma Kurulu, Bilirkişilik Daire Başkanlığı, Bilirkişilik Bölge Kurulları kurulmuştur. Kanunun yürürlüğe girmesiyle, bilirkişilerin listeye kayıt ve listeden silinme işlemleri adli yargı adalet komisyonlarının yetkisinden alınarak, Bilirkişilik Bölge Kurullarına verilmiştir. Bilirkişilik Bölge Kurulları bilirkişi listesinin oluşturulması dışında ayrıca bilirkişilerin denetlenmesi ve performanslarının ölçülmesi konusunda da görevlendirilmiştir (Bilirkişilik Kanunu Gerekçesi).

Bilirkişinin bölge kurulları tarafından denetlenmesi; taşınması gerektiği öngörülen nitelikler, etik ilkeler ve mesleki özen ile sınırlı olup, bağımsız, tarafsız olması beklenen bilirkişinin görüşleri bu denetim kapsamında değildir. Ancak Bilirkişi sadece özel veya teknik bilgi hakkında görüş bildirmekle yükümlü olup, hukuki değerlendirme yapamayacağından, Bilirkişinin raporunda hukuki değerlendirme yaptığı haller de disiplin sorumluluğunu doğurabilecektir.

Bilirkişilik Kanunu'nun 11.maddesinde, Bilirkişi Bölge Kurulu'nun bilirkişi seçiminde neleri dikkate alacağı belirlenmiştir, bu düzenlemeye göre; kabul şartlarını taşıyanlar arasından mesleki tecrübe, yetkinliği gösteren belgeler dikkate alınarak liyakat esasına göre bir seçim yapılması öngörülmüştür.

Bilirkişilik Kanunu 20.maddesinde Bölge Kurulu'nun oluşumu ve üyelerin nitelikleri belirtilmektedir;

“MADDE 20- (1) Her bölge adliye mahkemesinin kurulu bulunduğu yerde bir bilirkişilik bölge kurulu oluşturulur.

(2) Bölge kurulu aşağıdaki üyelerden oluşur:

a) Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi tarafından istekleri bulunan ve bölge kurulunun bulunduğu yer bölge adliye mahkemesi üyeleri arasından seçilecek bir kişi.

b) Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi tarafından bölge kurulunun bulunduğu il merkezi adli yargı ilk derece hukuk ve ceza mahkemelerinde görev yapan birer hâkim ve bir Cumhuriyet savcısı ile idari yargı ilk derece idare ve vergi mahkemelerinde görev yapan birer hâkim olmak üzere seçilen toplam beş kişi.

(3) Bölge adliye mahkemesi üyeleri arasından Hâkimler ve Savcılar Kurulu Birinci Dairesi tarafından seçilen üye, bölge kurulunun başkanıdır.”

Bilirkişilik Kanunu ile Adalet Bakanlığı hukuk İşleri Genel Müdürlüğü bünyesinde Bilirkişilerin kabulüne ilişkin usul ve esasları, uyması gereken etik ilke, rehber kuraları ve hazırlayacakları raporların standartlarını belirlemekle görevlendirilen Bilirkişilik Daire Başkanlığı Kurulmuştur. Bilirkişi olarak kaydolmak isteyen gerçek kişilerin, zorunlu temel eğitime tabii tutulması Bilirkişilik Kanunu ile getirilen bir diğer önemli düzenlemedir. Gerçek kişilerin Bilirkişiliğe kabul şartı olarak öngörülen bilirkişilik temel eğitimlerini verecek olan kurumları belirleme, bu kurumlara izin verme, bilirkişilik eğitiminin usul ve esaslarını belirleme yetkisi de Bilirkişilik Daire Başkanlığı'na verilmiştir. Bilirkişilik Kanunu ve Yönetmeliği, bilirkişilik hizmeti verebileceği kanunlar ile öngörülen kurumları -Adli Tıp Kurumu, Yüksek Öğretim Kurumları gibi- resmi bilirkişileri kapsamamaktadır.

2.10. Bilirkişi Raporunda Bulunması Gereken Nitelikler

Bilirkişi Raporunun barındırması gereken asgari hususlar HMK m.279/2'de ve Bilirkişilik Yönetmeliğinin m.55. maddesinde düzenlenmiştir. Ancak bu düzenlemeler büyük ölçüde raporda yer alması gereken şekli unsurlara ilişkindir. Bilirkişi Raporunun içeriğine ilişkin nitelikler konusunda mevzutta bir düzenleme olmamakla birlikte, Yargıtay içtihatları ve doktrine göre nitelikler sıralanabilir.

2.10.1. HMK ve bilirkişilik mevzuatında düzenlenen asgari nitelikler

Bilirkişi raporunda bulunması gereken şekli nitelikleri belirten HMK 279/2. ve Bilirkişi Yönetmeliği 55. Madde düzenlemesi şu şekildedir;

HMK MADDE 279- (1)Mahkeme, bilirkişinin oy ve görüşünü yazılı veya sözlü olarak bildirmesine karar verir.

(2) 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 hâlinde de mahkemeye sunabilir.

MADDE 55-(1) Bilirkişi raporunda aşağıdaki hususlar yer alır:

- a) Görevlendirmeyi yapan merci.*
- b) Dosya numarası.*
- c) Yargılamanın taraflarına ait bilgiler.*
- ç) Görevlendirme tarihi ve süresi.*
- d) İncelemenin konusu.*
- e) Kendisinden gözlemlenmesi ve incelenmesi istenen maddi unsurlar.*
- f) İnceleme yöntemi.*
- g) Bilimsel ve teknik dayanaklar.*
- ğ) Gerekçeli sonuç.*
- h) Raporun düzenlenme tarihi.*
- ı) Bilirkişi gerçek kişi ise adı ve soyadı, unvanı, sicil numarası ve imzası.*
- i) Bilirkişi tüzel kişi ise ticaret unvanı, kanuni temsilcisinin adı ve soyadı, tüzel kişi adına raporu tanzim eden gerçek kişi bilirkişinin adı ve soyadı ile sicil numarası ve imzası.*

(2) Birden fazla bilirkişi görevlendirilen durumlarda, farklı görüşler varsa raporda ayrı

ayrı açıklanır. Farklı görüşler ayrı bir rapor halinde de mahkemeye sunulabilir.

(3) Bilirkişi raporuna, incelemeye esas maddi unsurları belgeleyen ve sonuçların açıklanmasına yardımcı olan şema, harita, kroki, fotoğraf, tablo ile diğer kayıt ve belgeler de eklenir.

(4) Bilirkişi, raporunda ve sözlü açıklamaları sırasında hukuki nitelendirme ve değerlendirmelerde bulunamaz.

Bilirkişilik Kanunu Kapsamında olup kural olarak bilirkişi listelerinden görevlendirilecek olan bilirkişilerin, hazırlayacakları bilirkişi raporlarının standartlarını oluşturma görevi Bilirkişilik Daire Başkanlığı'na verilmiştir. Bilirkişi Daire Başkanlığı tarafından yayımlanan Bilirkişilik Temel Eğitim Kitabında, mevzuatta belirtilen asgari hususlar hakkında açıklamalar getirilerek, bilirkişi raporunun taşınması gereken kısımlar; Kapak sayfası, İçindekiler kısmı, Görev Tanımının belirtildiği kısım, dayanılan kaynak, literatürün ve diğer materyallerin gösterildiği kısım, yapılan çalışmanın ve kullanılan yöntemin ayrıntılı ve ilgililerin anlayabileceği biçimde açıklandığı kısım, bilirkişiye yöneltilen sorulara sıra numarası altında gerekçeli cevapların verildiği analiz kısmı ve sonuç kısmı, imzaların olduğu kısım olarak belirlenmiş varsa karşı oy ile gerekçesinin belirtilmesi gerekliliği belirtilmiştir (Toraman, tarihsiz, sf. 160).

Yargıtay içtihatları ve doktrindeki görüşlere göre Mahkemece hükme esas almaya elverişli bir bilirkişi raporunun özellikleri; yeterince açıklayıcı, soyut ifadeler içermeyen ve gerekçeli, anlaşılır, eksiksiz, bilimsel verilere ve gerçeğe uygun olarak sıralanabilir (Gürel, 1967, sf.94; Karaburun, 2017; Toraman, 2017, sf.595).

2.10.2. Bilirkişi raporunun yeterince açıklayıcı olması, soyut ifadeler içermemesi ve gerekçeli olması

Bilirkişi Raporunun uyumsuzluk konusunun aydınlanması için yeterli açıklamayı içermesi gerekir. Bu bağlamda, öncelikle bilirkişinin kendisine sorulan hususları bütün yönleriyle değerlendirip konuyu ayrıntılı olarak irdelenmiş olması, bilirkişi raporunun soyut ifadeler içermemesi, raporda varılan sonucun nedenlerinin açıklanmış olması ve raporun mutlaka gerekçeli olması gerekmektedir (Gürel, 1967; Paki, 2014; Deryal, 2017, sf. 410; Toraman, tarihsiz, sf.620). Bilirkişi Raporunun gerekçeli olma zorunluluğu HMK 279/2. maddede düzenlenmiştir. Gerekçe barındırmayan, sadece görüş içeren raporlar hukuk muhakemesi kanununa açıkça aykırılık teşkil eder.

2.10.3. Bilirkişi raporunun anlaşılır ve tutarlı olması

Bilirkişi Raporunun Hakim ve davanın tarafları tarafından anlaşılacak şekilde sade bir dil ile yazılması, karmaşık, çelişik anlatımlar içermemesi gerekir. Yalnızca konunun uzmanı tarafından anlamlandırılabilen bir terminoloji ile yazılan bilirkişi raporları Hakimin özel ve teknik bilgi gerektiren konuda aydınlanmasını amaçlayan bilirkişilik kurumunun amacına aykırı düşmektedir (Deryal, 2017, sf. 395). Bilirkişi raporunun tarafların anlayabileceği bir dil ile yazılması gereği, hukuki dinlenilme hakkı kapsamındadır. Tarafların raporu anlaması ve gerektiğinde itiraz haklarını kullanabilmeleri gerekir (Toraman, tarihsiz, sf. 171).

2.10.4. Bilirkişi raporunun eksiksiz olması

Bilirkişi Raporunun eksiklik barındırmaması, Hakimin bütün sorularına cevap vermesi, Bilirkişinin raporunu dosyadaki tüm belgeleri inceleyerek düzenlenmesi, dosyada mevcut olmayan ancak bilirkişinin değerlendirme yapabilmesi için gerekli olan bir bilgi, belge veya kayıt eksikliği var ise, bu eksikliğin giderilmesi için görevlendiren yargı makamına bilgi vermesi gerekir (Kök, 2014).

HMK'nın 278.maddesinde bilirkişinin yetkileri düzenlenmiştir, maddenin 2.fıkrası;

“bilirkişi görev alanı veya sınırları hakkında tereddüde düşerse,bu tereddüdünün giderilmesini, her zaman mahkemeden isteyebilir.” düzenlemesini içermektedir.

Bilirkişilik Yönetmeliği'nin 54. maddesine göre;

“(1) Bilirkişi, yapacağı ön incelemede, incelemeyi gerçekleştirebilmesi için bazı hususların önceden araştırılması ve tespiti ile kendisine teslim edilen dosya ve belgelere ilave olarak başka kayıt ve belgelere ihtiyaç duyması halinde bir hafta içinde görevlendirmeyi yapan merciden talepte bulunur.

(2) Bilirkişi, görev alanı veya sınırları hakkında tereddüde düşerse, bunun giderilmesini, görevlendirmeyi yapan merciden her zaman talep edebilir”

Fransız hukukunda bilirkişi geniş yetkileri haiz olup, gerek duyduğu takdirde taraf veya üçüncü kişilerden bilgi belge isteyebilmektedir. Hukuk sistemimizde ise bilirkişi

görevini Mahkemenin idaresi altında sürdürmektedir. Mevzuatımıza göre bilirkişi böyle bir belge veya bilgiye ihtiyaç duyduğunda Mahkemeye başvurmalıdır (Deryal, 2017, s.387).

2.10.5. Bilimsel verilere ve gerçeğe uygun olması

Bilirkişinin raporunu hazırlarken bilimsel veya teknik kaynaklardan faydalanmış olması gerekmektedir. Bilirkişinin görüşünde belirttiği özel veya teknik bilginin güvenilir kabul edilmesi için ait olduğu uzmanlık alanının kurallarına uyması gerekir. Bilirkişinin hangi kaynaklardan yararlandığını raporunda göstermesi, vardığı sonucun dayanaklarını ortaya koyması, raporun yargı denetimine uygun olmasının bir koşuludur (Toraman, 2017).

Bilirkişinin gerçeğe uygun rapor verme gereği, üstlendiği kamu görevini dürüstlükle yapma yükümlülüğünün bir gereği olup, gerçeğe uygun olmayan rapor vermesi halinde Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesi uyarınca cezai sorumluluğu doğmaktadır. Türk Ceza Kanunu'nda bilirkişinin gerçeğe aykırı görüş bildirmesi durumunda bir yıldan üç yıla kadar hapisle cezalandırılacağı öngörülmüştür (5237 sayılı TCK). Bilirkişi tarafından yapılan tespitlerin, varılan sonucun nedenlerinin açıklanmadığı raporların hükme esas alınması halinde, Yargıtay tarafından Mahkeme ve Yargıtay denetimine uygun olmayan, hükme esas almaya elverişli olmayan rapora dayanılması sebebiyle bozma sebebi yapılmaktadır (Yargıtay 13.Hukuk Dairesi; E: 2016/23293 K: 2018/5805 K.T.: 15.05.2018).

2.11. Bilirkişi Görüşünün Hakim Tarafından Değerlendirilmesi ve Denetlenmesi

Hakim, uzmanlık alanına girmeyen, teknik veya özel bilgi gerektiren bilirkişi görüşünü değerlendirirken, bilirkişi görüşünün güvenilir olup olmadığını denetlemektedir. Bir bilirkişi raporunun güvenilir olması için belli kriterleri sağlaması gerekir. Mahkemenin denetimi esasen bu noktada toplanmaktadır. Bilirkişi görüşünün her şeyden önce akla ve mantığa uygun ve ikna edici olması gerekmektedir. Bir bilirkişi raporunun ikna edici olabilmesi için, varılan sonuç ile gerekçesi arasında bir mantık ilişkisinin bulunması gerekir. Hakim bu mantık ilişkisini denetleyecektir (Akil, 2011; Toraman, 2017, sf. 648). Hakim bilirkişi raporunun denetimini yaparken bunların yanında bilirkişinin uzmanlığını da değerlendirecektir. Her ne kadar bilirkişilik Kanunu ile Bilirkişi listelerine kaydolmak için belli kriterler getirilmiş ise de, liste usulü bir ön denetimi sağlamaktadır ve bilirkişinin uzmanlığının güvenilirliği açısından tek başına yeterli görünmemektedir (Toraman, 2017, sf.648).

2.11.1. Bilirkişi Görüşünün Bağlayıcı Olmaması

HMK'nun 282. maddesinde yer alan, Hakimin Bilirkişinin oy ve görüşünü diğer deliller ile beraber serbestçe değerlendireceği düzenlemesi, Hakimin bilirkişinin görüşüne göre karar vermek zorunda olmadığı anlamına gelmektedir. Aynı düzenlemeye Bilirkişi Yönetmeliği madde 56/1'de de yer verilerek, hakimin bilirkişi görüşüyle bağlı olmadığı ilkesi vurgulanmıştır. Ceza usulünde de aynı ilke geçerlidir (Öntan, 2014, sf 163; Tanrıver,2017).

Bilirkişi raporunun Hakim için bağlayıcı olmaması; dosyadaki bilirkişi görüşünün hakim tarafından dikkate alınmaması anlamına gelmemektedir, Hakim bilirkişi görüşüne genel hukuk bilgisi ile çözemeyeceği konularda başvurur, dolayısıyla böyle bir konuda özel ve/veya teknik bilgi yönünden yeterince aydınlatıcı bir bilirkişi raporu olmaksızın Hakimin kendini bilirkişi yerine koyup değerlendirme yaparak karar vermesi mümkün olamayacaktır. Aksine kabulde Hakimin delilleri serbestçe takdir etme yetkisinde keyfilik söz konusu olur (Karafakih, 1952; Pekcanitez, Atalay ve Özekeş sf.531, 2018; Temizer, 2018).

Ancak Hakim, bilirkişi raporunda belirtilen sonuca uygun karar vermek zorunda değildir. Şayet bilirkişi raporu, hakime başlangıçta eksik olan teknik ya da özel bilgiyi verecek nitelikte ise ve bu bilgiler ile hareket eden hakim bilirkişinin raporunda belirttiği sonucun doğru olmadığını takdir edebilecek derecede aydınlanmış ise, bilirkişi raporunu serbestçe takdir ederek-gerekçelerini göstermek kaydıyla-bilirkişi raporunun aksine karar verebilir. Böyle bir durumda hakimin kendisini bilirkişi yerine koyarak karar verdiği kabul edilmemelidir. Buradaki ayrım bilirkişi raporunun özel ve/veya teknik bilgi açısından hakimi sonuca ulaştıracak yeterlilikte olup olmaması ile ilgilidir (Akil, 2011).

Danıştay 9. Daire 11.02.1998, 3926/452 Sayılı kararında; Hakimin delilleri serbestçe takdir edeceği ilkesinden ve bilirkişi raporunun hakimi bağlamayacağı yönündeki kanuni düzenlemeden bahisle, bilirkişi raporundaki bilgi ve açıklamalardan, raporun sonucunun doğru olmadığını takdir edebilecek ölçüde bilgi sahibi olan hakimin, yeni bir bilirkişi incelemesine gitmeden raporun aksine karar verebileceğini belirtmiştir. Yargıtay içtihatlarında bilirkişi görüşünün Hakimleri bağlamayacağı ilkesinden hareketle, bilirkişilerin de yanılmalarının mümkün olduğu, şüphe ve tereddüt halinde Hakimin yeni bir bilirkişi görevlendirebileceği veya aynı bilirkişinin düşüncesine tekrar başvurabileceği belirtilmektedir (Deryal, 2017).

2.11.2. Bilirkişi görüşünün taraflarca denetimine imkan tanınması

Bilirkişi raporunun taraflarca tartışılmasına imkan tanınmış olması gerekmektedir. Tarafların itiraz haklarını kullanabilmesi için öncelikle bilirkişi raporundan haberdar edilmeleri ve bilirkişi raporunun tarafların anlayabileceği bir dilde, tarafların bütün iddialarını karşılayacak içerikte hazırlanmış olması gerekir. HMK 152. madde düzenlemesinde tarafların bilirkişiye soru yöneltme hakları bulunmaktadır (6100 sayılı HMK). Bu bağlamda bilirkişi raporuna yapılan itirazların karşılanması gerekir (Yargıtay 13.Hukuk Dairesi; E:2015/40413, K: 2018/5668, K.T.: 10.05.2018).

Taraflarca HMK 293. maddeye dayanılarak alınan uzman görüşleri de, taraf denetiminin etkin kullanılmasında önemli bir işleve sahiptir. Bilirkişi raporuna itiraz ederken taraflar uzman bilirkişi görüşünden yararlanabilirler. Bu durumda Uzman bilirkişi görüşü ile Mahkemece alınan bilirkişi görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekir (Yargıtay 13.Hukuk Dairesi; E: 2016/30023, K: 2018/11375, K.T.: 27.11.2018).

2.12. Bilirkişi Raporunun Hüküm Vermeye Elverişsiz Olması

Bilirkişi raporunun Hakimin tüm sorularına cevap vermediği, ikna edici olmadığı, diğer bir ifade ile; varılan sonuç ile gerekçesi arasındaki mantık ilişkisinin anlaşılır biçimde ortaya konulmadığı durumlarda, bilirkişi raporunun hükme esas almaya elverişsiz olduğu kabul edilmelidir. Bununla beraber, bilirkişi raporunun tarafların itiraz ve sorularına da cevap vermesi gerekmektedir. Bilirkişi raporunun Hakimin tüm sorularına cevap veremediği, ikna edici bulunmadığı, yetersiz olduğu veya taraflarca itiraza uğradığı durumda hukuki dinlenilme hakkının gereği olarak bilirkişiden ek rapor veya yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılması gündeme gelmektedir (Deryal, 2017, sf. 445; Tanrıver, 2017, sf. 118).

Bilirkişilik Kanununda temel ilkeler belirtilmiş olup, aynı konuda bir kez rapor alınmasının esas olduğu, eksiklikler olduğu takdirde aynı bilirkişiden ek rapor isteneceği düzenlemesi mevcuttur. Ek raporun da yetersiz kalacağının değerlendirildiği durumlarda ise Mahkeme hükme esas almaya elverişli yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırmalıdır. Hakimin özel veya teknik bilgi ile aydınlatılmasına ihtiyaç duyduğu bir konuyu, yetersiz rapora göre veya kendi tecrübesine göre çözmesi beklenemez (Deryal, 2017, sf. 445; Tanrıver, 2017, sf. 118).

2.12.1. Ek rapor

Ek rapor, bilirkişi raporunda bir takım eksiklikler veya belirsizlikler olması halinde ya da tarafların itirazı doğrultusunda aynı bilirkişiden alınan rapordur. Rapordaki eksikliklerin yeni bir bilirkişi seçimine gerek duyulmayacak nitelikte olması durumunda aynı bilirkişiden ek açıklamalar istenmektedir (Tanrıver, 2017, sf. 118; Toraman, 2017, sf. 622).

2.12.2. Yeniden bilirkişi incelemesi

Bilirkişi Rapordaki eksiklikler ek rapor ile giderilemeyecek düzeyde ise, yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Hakim eksikliklerin ek rapor ile giderilemeyeceği kanaatindeyse ek rapor almaksızın yeni bir bilirkişi incelemesi takdir edebilir (Toraman, 2017, sf. 622).

2.13. Tıbbi Uygulama Hatalarının Değerlendirilmesinde Bilirkişilik

Çözümü özel ve teknik bilgiyi gerektiren bir alan olan tıbbi uygulama hatalarına ilişkin davalarda bilirkişi görüşüne başvurulmadan uyuşmazlık konusu aydınlatılamamaktadır. Tıbbi uygulama sonucunda istenmeyen sonuç meydana geldiğinde, bu sonucun kusurlu bir eylem veya ihmal sonucu ortaya çıkıp çıkmadığını alanında uzman tıbbi bilirkişiler tespit etmektedir (Pakiş, 2014).

İstenmeyen sonucun sağlık çalışanının ve/veya hastanenin organizasyon kusurundan mı kaynaklandığı yoksa her türlü özene rağmen ortaya çıkan bir komplikasyon mu olduğu sorusunun aydınlatılması için ilgili alanın uzmanlarından alınan hükme esas almaya elverişli nitelikte, bilimsel verilere dayanan bilirkişi raporu, davanın çözümünde ve süresinde, belirleyici rol oynamakta, dolayısıyla adil yargılanma hakkının tesisinde önemli bir yer tutmaktadır (Kök, 2014; Polat ve Güven, 2015).

Tıbbi uygulama hatası dosyalarında bilirkişilerin dosyayı nasıl değerlendirmeleri gerektiği, hangi belge ve kayıtları ne şekilde incelemeleri gerektiği, standart bakım yaklaşımlarının ve tekniklerinin nasıl olması gerektiği konusu literatürde halen tartışılmakta olup, bu hususta henüz bir standardizasyon bulunmamaktadır (Doğan, 2018; Mutlu, 2019).

Vekalet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkları inceleyen Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2015/40413 Esas, 2018/5668 Karar Sayılı 10.05.2018 tarihli kararında vekil sıfatıyla hareket eden hekimin en hafif kusurundan dahi sorumlu olması nedeniyle tıbbi uygulama hatası iddiasıyla açılan tazminat davalarında bilirkişi raporunun olayın aydınlatılmasında daha da önem kazandığını belirterek, bilirkişinin inceleme yaparken nasıl bir yöntem uygulaması gerektiğinden bahsetmiştir.

Anılan karara göre bilirkişi; hekimin seçtiği tedavi yöntemini değerlendirecek, tedavi aşamalarında gerekli titizliği gösterip göstermediğini saptayacak, uygulanan tedavinin ne olduğunu, uygulanması gereken tedavinin ne olduğunu ayrıntılı ve gerekçeli biçimde açıklayacak ve mutlaka tarafların tüm iddia ve itirazlarını karşılayacak biçimde, aydınlatıcı bir rapor hazırlayacaktır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi içtihatlarında, salt uygulanan işlemin ne olduğunun belirtilerek, meydana gelen zararın her türlü özenin uygulanmasına rağmen oluşan komplikasyon olduğu sonucuna varılan bilirkişi raporlarını hükme esas almaya elverişli bulmamakta ve yeniden bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğini belirtmektedir.

2.14. Tıbbi Uygulama Hatalarının Değerlendirilmesinde Bilirkişilik Kurumları

Adli Tıp Kurumu, Yüksek Öğretim Kurumları tıbbi uygulama hatası iddialarında bilirkişi incelemesi yapan resmi bilirkişi kurumlarıdır. Hekimlerin mesleki disiplin soruşturmaları kapsamında gerekli gördüğü takdirde bilirkişi raporu düzenlemek üzere incelemeci görevlendiren Tabip Odaları Onur Kurulları ve İl Sağlık Müdürlüğünden de, yapılan inceleme sonucu düzenlenen rapor tıbbi uygulama hatası iddialarına ilişkin davalarda da dikkate alındığından bu başlık altında bahsedilmiştir. Tıbbi uygulama hatası iddialarında bilirkişi raporu düzenleyen bu kurumlar dışında Bilirkişilik Bölge Kurullarınca oluşturulan Bilirkişi Listelerinden bilirkişi görevlendirilebilmektedir.

1930 yürürlük tarihli Umumi Hıfzısıhha Kanunu ile kurulan ve 2009/69 Esas, 2010/79 Karar sayılı, 03.06.2010 tarihli Anayasa Mahkemesi İptal Kararından önce tıbbi uygulama hatası iddialarına ilişkin ceza davalarında zorunlu bilirkişi olarak görev yapan Yüksek Sağlık Şurası, 09.07.2018 Tarihli 703 Sayılı KHK ile kapatıldığından bu bölümde yer verilmemiştir.

2.14.1. Adli Tıp Kurumu

2659 Sayılı Adli Tıp Kurumu Kanunu ile kurulan ATK, adalet işlerinde resmi bilirkişi olarak görevlendirilmiş olup, başkanlık, başkanlar kurulu, ihtisas kurulları, ihtisas daireleri, grup başkanlığı ve şube müdürlüklerinden oluşur.

6754 Sayılı Bilirkişilik Kanunu ile yapılan değişiklik neticesinde; Adli Tıp Kurumu İhtisas Dairelerinin veya İhtisas Kurullarının verdiği bilirkişi raporlarının adli makamlar tarafından yeterli bulunmadığı, adli tıp ihtisas kurullarının oybirliği ile karar alamadığı durumlarda ya da ihtisas kurul veya dairelerinin raporu arasında çelişki olduğu durumlarda, konuyu inceleyip kesin karara bağlamak için görev yapan Adli Tıp Genel Kurulu idari yapıdan kaldırılarak, yerine bu durumlarda görev alacak üst kurullar getirilmiştir.

Yapılan değişiklik öncesinde, tıbbi uygulama hatası iddialarına ilişkin ölüm ile sonuçlanan vakalarda Adli Tıp 1.İhtisas Kurulu, ölüm ile sonuçlanmayan vakalarda ise 2. ve 3. İhtisas Kurulu değerlendirme yaparken, 01.01.2018 tarihinden itibaren, Tıbbi uygulama hataları ile ilgili uyuşmazlıklarda bilirkişilik yapmak üzere 7. ve 8. Adli Tıp İhtisas Kurulları görevlendirilmiştir.

Tıbbi uygulamalara ilişkin bilirkişi raporlarında ortaya çıkan çelişkileri ise; Adli Tıp 1., 7., 8. İhtisas Kurullarının Başkan ile üyelerinden oluşan Adli Tıp 3. Üst Kurulu karara bağlamaktadır.

2.14.2. Yükseköğretim kurumları veya birimleri

Yüksek Öğretim Kurumlarının veya Birimlerinin adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda CMK uyarınca resmi bilirkişi sayılacağı Adli Tıp Kanunu'nun 31. maddesinde “Diğer Adli Ekspertiz Kurumları” başlığı ile düzenlenmiştir.

Yüksek Öğretim Kanunu'nun 38. maddesinde de **“Yükseköğretim Kurulunun isteği ve ilgili kamu kuruluşunun onayı ile yükseköğretim kurumları veya birimleri, ilgili adli mercilerin talebi ile adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilirler.”** düzenlemesi mevcuttur.

Anılan düzenlemeler kapsamında, tıbbi uygulama hatalarına ilişkin uyuşmazlıklarda Tıp Fakülteleri Anabilim Dalları, Adli Tıp Enstitüsü resmi bilirkişi olarak görevlendirilebilmektedir.

2.14.3. Tabip Odaları Onur Kurulları

Her ne kadar Adli Makamlar tarafından görevlendirilen bir bilirkişi kurumu olmasa da, Tabip Odaları Onur Kurulları, tıbbi uygulama hatası iddialarını meslek etiği çerçevesinde değerlendirip, aykırılık gördüğü hallerde 6023 sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu uyarınca disiplin cezası verebildiği ve bu inceleme kapsamında düzenlenen rapor tıbbi uygulama hatasına ilişkin davaların seyrinde etkili olabildiği için bu bölümde yer verilmiştir.

Türk Tabipler Kanunu uyarınca; hastanın aydınlatılmış onamını usulüne uygun almaksızın tıbbi girişimde bulunmak, sonuçta hastanın ölümüne, sakatlığına sebep olmayıp da sağlığının kısa süreli geçici bozulmasına yol açan tıbbi hata ve ihmalde bulunmanın karşılığı para cezası yaptırımı ile hastalıkların tanı ve tedavisinde bilimselliği henüz kanıtlanmamış ya da bilim dışı yöntemleri uygulamak veya önermek, meslekte bilgi ve beceri yetersizliği, özen eksikliği, dikkatsizlik ve benzeri kusurlardan dolayı eksik ya da yanlış tanı ve tedavide bulunarak hastaya kalıcı zarar vermek ise Geçici Olarak Meslekten Alıkoyma yaptırımı ile sonuçlandırılmaktadır (Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği, 2010).

Tabip Odasına tıbbi uygulama hatası iddiası ile gelen bir yakınma üzerine, Tabip Odası Yönetim Kurulu yakınmayı ciddi görürse disiplin soruşturması başlatılmasına karar vererek oda üyelerinden bir veya birkaçını soruşturmacı olarak görevlendirir. Soruşturmacı tarafından şikayet edilen hekimin yazılı savunmaları alınarak ve diğer belgeler, deliller değerlendirilerek fezleke düzenlenir, anılan fezlekede soruşturmacı, hekimin kusurlu olup olmadığı ve verilmesini uygun gördüğü ceza konusunda yönetim kurulu ve onur kurulu açısından bağlayıcı olmayan şahsi yargısına yer verir. Yönetim kurulu tarafından disiplin kovuşturması açılmasına karar verilmesi halinde; Onur Kurulu dosyayı inceleyerek disiplin cezası veya ceza verilmesine yer olmadığına ilişkin karar verir, bu karara yapılan itirazlar Yüksek Onur Kurulu tarafından incelenip karara bağlanır (Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği, 2010).

Tıbbi uygulama hatası iddiaları ile açılan davalarda, bilirkişi tarafından dosyada bulunan Tabip Odası Onur Kurulu kararları da değerlendirilmelidir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Bilirkişi tarafından dosyada mevcut Onur Kurulu kararının incelenmediği hallerde raporu yetersiz kabul etmekte ayrıca bilirkişi raporu ile Onur Kurulu tarafından yaptırılan inceleme sonucunda hekimin özen, beceri eksikliği, ihmali olup olmadığı noktasında çelişki olduğu takdirde, bu çelişkiyi giderecek yeni bir bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğine

işaret etmektedir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 25.01.2018 Tarih ve 2015/39259 Esas 2018/573 Karar Sayılı Kararında; davalı hekim lehine değerlendirme içeren Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu ve Genel Kurul raporlarını yetersiz bularak şu ifadelerle yeni bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğini belirtmiştir : *“Ayrıca, Tabipler Birliği Onur Kurulu tarafından olay nedeniyle davalı doktora ceza uygulandığı ve verilen kararda gerekçe olarak, endikasyon olmadan interspinoz cihazları kullandığı için davalı doktorun kusurlu davrandığının belirtildiği anlaşılmıştır. O halde mahkemece, üniversitelerin ilgili anabilim dallarından seçilecek, konularında uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile davalıların hukuki konum ve sorumluluğu, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda hekim ve hastaneye kusur izafe edilip edilmeyeceğini gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasıl olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir”*

2.14.4. Bilirkişi listeleri

Tıbbi uygulama hatası iddialarında, adli merciler tarafından ATK ve Yüksek Öğretim Kurul veya Birimleri dışında, bilirkişilik bölge kurulları tarafından her yıl belirlenen bilirkişi listelerinden de bilirkişi görevlendirilebilmektedir (Bilirkişilik Kanunu).

Bilirkişilik kanunu’na göre adli makamlar, yetki çevresinde bulundukları bilirkişilik bölge kurulu tarafından belirlenen bilirkişi listesinden uzman seçebilecektir. Ancak diğer bir bölge kurulu listesindeki bilirkişi, görevlendirme yapılan yere daha yakın mesafede ise o bölge kurulu listesinden de görevlendirme yapabilecektir (Kırtışoğlu, 2018; Mutlu 2019).

Bilirkişilik Listesinde gerekli uzmanlık dalında bilirkişi bulunmadığı takdirde, diğer bölge kurullarının listelerinden, diğer bölge kurulu listelerinde de bulunmadığı takdirde Bilirkişilik Kanunu ile belirlenen belli şartları taşıyan liste dışı bilirkişiler görevlendirilebilecektir. Liste dışından görevlendirilen bilirkişiler, bölge kuruluna bildirilecektir (Kırtışoğlu, 2018; Mutlu 2019).

Şu anda mevcut Adana, Ankara, Antalya, Bursa, Erzurum, Gaziantep, İstanbul, İzmir, Konya, Sakarya, Samsun Bölge Bilirkişi Listeleri bulunmaktadır (Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Bilirkişilik Daire Başkanlığı).

İstanbul, Edirne, Kırklareli, Tekirdağ illerinin bağlı bulunduğu İstanbul Bölge Adliye Bilirkişi Listesine bakıldığında, listeye kayıtlı toplam 11970 bilirkişiden sadece 317 kişinin tıp alanında bilirkişilik yaptığı, tıp alanında bilirkişilik yapanlardan 79 kişinin Pratisyen Hekim olduğu, 51.02 koduyla kayıtlı olan Adli Tıp Alanında bilirkişilik yapanların sayısının 56 olduğu, ancak bu kişiler arasında 25 kişinin mesleğinin adli tıp uzmanı olarak kayıtlı olduğu anlaşılmaktadır. Radyoloji alanında 10, Nöroloji alanında 7, Çocuk Hastalıkları alanında 7, Psikiyatri alanında 9 uzman bulunmakta, Üroloji alanında listede sadece 1 uzman yer almaktadır. Onkoloji, Gastroenteroloji, Endokrinoloji uzmanlık alanlarında ise henüz listede bilirkişi bulunmadığı görülmektedir (İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu).

İzmir, Aydın, Manisa, Muğla, Uşak illerinin bağlı bulunduğu İzmir Bölge Bilirkişi Listesine kayıtlı olan 5106 bilirkişiden, sadece 130 bilirkişi tıp alanında hizmet vermektedir. 130 tıp bilirkişisi içinde 33 Pratisyen Hekim bulunmaktadır. Listedeki 51.02 olan Adli Tıp Bilirkişiliği kodunda 32 bilirkişi yer almakta, ancak adli tıp alanında bilirkişilik kaydı olanlardan 16 kişinin adli tıp uzmanı olduğu, pratisyen hekimlerin de adli tıp bilirkişiliği kaydının bulunduğu anlaşılmaktadır. Üroloji, Radyoloji, Nöroloji, Çocuk Hastalıkları alanlarında sadece 1'er uzman, Onkoloji, Gastroenteroloji, Endokrinoloji, Psikiyatri ve daha birçok uzmanlık alanlarında ise henüz kayıtlı bilirkişi olmadığı görülmektedir (İzmir Bilirkişilik Bölge Kurulu).

Tıbbi uygulama hatası iddialarına ilişkin uyuşmazlıkların sayısına göre, bilirkişi listelerinin uzman çeşitliliği ve uzman sayısı açısından Yüksek Öğretim Kurumları ve Adli Tıp Kurumu'na oranla henüz yeterli olmadığı söylenebilir.

2.14.5. Uzman görüşü

Anglosakson hukuk sisteminde önemli yer tutan uzman görüşü, HMK 293. maddesi ve CMK 67/6. maddesi düzenlemeleriyle hukuk ve ceza usul sistemimizde de bir yer bulmuş ve taraflara uyuşmazlık ile ilgili kendi seçtikleri uzmandan bilimsel mütalaa alıp mahkemeye sunma hakkı tanınmıştır (Akil, 2011).

Uzman görüşü kurumu, her ne kadar mevzuatımızda bilirkişilik kurumu olarak düzenlenmemiş ve Mahkeme tarafından görevlendirilen bilirkişilerin tabii olduğu hükümlerin dışında tutulmuş olsa da –bilirkişinin reddi ve çekilmesine ilişkin hükümler ve bilirkişinin gerçeğe aykırı raporundan zarar görülmesi halinde devletin de tazminat sorumluluğunun bulunması gibi- bilirkişi görüşü olarak dikkate alınmak zorundadır. Mahkemeler taraf

bilirkişisi olarak da tanımlanan uzman görüşünü keyfi olarak reddedemez ve dikkate almaktan kaçınmaz (Pekcanitez, 2009, sf. 416). Nitekim Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 10.11.2016, 5127/4635 Sayılı Kararında, uzman görüşünün mahkeme tarafından dikkate alınmamasının Anayasa'nın 36. maddesinde ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkını ihlal edeceğini belirten emsal kararı bulunmaktadır.

Her ne kadar halen taraflarca başvurulması nedeniyle yargı çevresinde uzman görüşünün tarafsız olmayacağına dair bir bakış açısı yaygın olsa da, -ABD'de uzman görüşünün bazı hukuk çevrelerinde avukatların çaldığı müzik enstürmanına benzetilmesi ve sadece çalınan notaların çıkarılabileceğinin belirtilmesi bu bakış açısını gösteren iyi bir örnektir- uzman görüşünün de bilimsel gerçeklere dayanması gerektiği ve taraflarca başvurulmasının taraflı olduğu anlamına gelemeyeceği kabul edilmelidir (Johnston ve Sartwelle, 2013).

Taraflarca başvuru uzman, Mahkeme tarafından gerekli görüldüğünde veya tarafların bu yöndeki talebinin Mahkemece kabul edilmesi üzerine görüşünü mahkeme huzurunda da açıklama ve taraflarca ve/veya mahkemece sorulan sorulara cevap vermek yükümlülüğü altındadır. HMK 293. Maddesi 2. fıkrasında; Hakim talep üzerine veya kendiliğinden kendisinden rapor alınan uzmanı duruşmaya davet edebileceği ve duruşmada uzmana hakim ve taraflarca gereken soruların sorulabileceği düzenlemesine yer verilmiştir. Aynı maddenin üçüncü fıkrası ise çağrıldığı duruşmaya geçerli bir mazereti olmadan gelmeyen uzmanın hazırladığı raporun mahkeme tarafından değerlendirmeye tabii tutulamayacağı düzenlemesi yer almaktadır (HMK).

Bu düzenlemeler uzman görüşü ile bilirkişi raporunun denetimi ve değerlendirilmesi açısından aynı yöntemlerin geçerli olduğunu göstermektedir. Nitekim Yargıtay Genel Kurulu'nun 09.10.2007 tarih ve 2006/7336 E, 2007/198 sayılı kararında bu husus açıkça belirtilerek tarafların kendi girişimiyle düzenlettirdiği uzman görüşünün duruşmada tartışılması ve değerlendirilmesi usulünün bilirkişi raporları ile aynı hükümlere tabii olduğundan bahsedilmiştir.

Uzman görüşünün nasıl olması gerektiğiyle ilgili henüz özel bir yasal düzenleme mevcut olmasa da, Tıbbi Uygulama hatası davalarında, uzman görüşü hazırlayanların çoğunlukla hekim olduğu ve hekimlerin her şeyden önce meslek etiği çerçevesinde, sanat ve mesleğini icra ederken hiçbir etki altına kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre

hareket etme yükümlölüklerinin bulunduğu da dikkate alınmalıdır (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi).

Bununla birlikte HMK ‘nın 29. maddesinde tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etme ve davanın dayanağı olan vakıalarla ilgili açıklamalarını gerçeğe uygun biçimde yapma yükümlölükleri de bulunmaktadır.

Bu düzenlemeler dikkate alındığında, uzman görüşünün objektif, bilimsel verilere dayanması gerekliliğı, mahkemece dikkate alınması için güvenilirliğinin denetlenebileceğı görölmektedir (Thirumoorthy, 2011).

Yargıtay kararlarında uzman görüşü ile bilirkişi raporu arasındaki çelişkinin giderilmesi gerekliliğinden de bahsedilmektedir, Yargıtay 15.Hukuk Dairesi tarafından verilen 2018/4622 Esas, 2018/4250 Karar sayılı içtihat, bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmeden hüküm kurulmuş olmasının Yargıtay tarafından kabul edilmediğini gösterir emsal kararlardan biridir.

3. Gereç ve Yöntem

Çalışma tıbbi uygulama hatası iddiaları nedeniyle açılan ve vekalet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkları inceleyen Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin Ocak 2013-Aralık 2018 tarihleri arasındaki bilirkişi raporlarının yetersizliği sebebiyle verdiği bozma ilamlarına ulaşılması ile gerçekleştirildi.

Bu amaçla önce çeşitli arama motorlarından ve UYAP sisteminden kontrol edilerek Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 01.01.2013- 31.12.2018 tarihleri arasında toplam 40474 bozma kararına ulaşıldı. Bu bozma kararları “denetime elverişli bilirkişi raporu” anahtar kelimesi ile yeniden taranarak 258 adet bilirkişi raporu sebebiyle bozma kararına ulaşılabildiği tespit edildi.

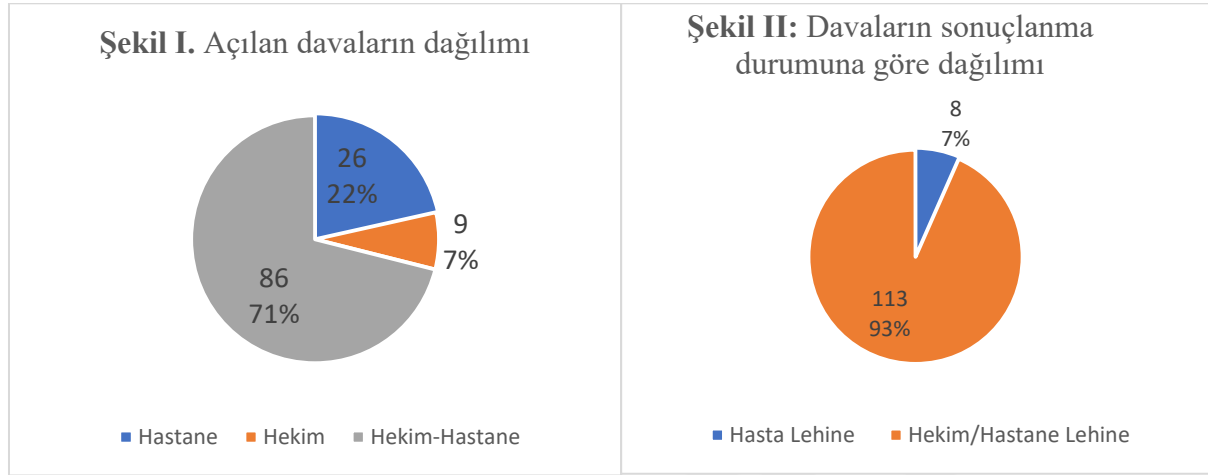
Tıbbi uygulama hatalarından kaynaklı tazminat davaları özelinde bilirkişi raporunun yetersizliği sebebiyle verilen bozma kararlarına ulaşmak için, bu kararlarda sık kullanıldığı kullanıldığı tespit edilen “hasta” ve “yargıtay denetimine elverişli rapor” anahtar kelimeleri birlikte yazılarak 183 sonuca ulaşıldı. Kararlar tek tek incelenilerek Sağlık Uygulama Tebliği hükümlerine aykırılık dolayısıyla SGK tarafından uygulanan cezai işlemin iptali istemiyle açılan uyuşmazlıklar veya eczaneler ile SGK arasındaki uyuşmazlıklara yönelik olduğu anlaşılan, tıbbi uygulama hatası iddiasına ilişkin olmayan kararlar ve Yargıtay kararı verilerinden ilk derece mahkemesi tarafından bilirkişi raporlarının hangi kurumdan alındığı belirli olmayan bir karar elenerek elde edilen toplam 121 karar inceleme kapsamına alındı.

İnceleme kapsamına alınan 121 kararda, ilk derece yargılamasının süresi, Yargıtay bozma ilamına kadar geçen süre, davalıların ve davacıların cinsiyet dağılımı, davalıların hekim-hastane dağılımları tespit edildi. Tüm kararlar tıbbi uygulama hatası iddiasının medikolegal değerlendirmesine göre sınıflandırılarak, uyuşmazlık kodları belirlenerek tablo ve şekillerle gösterildi.

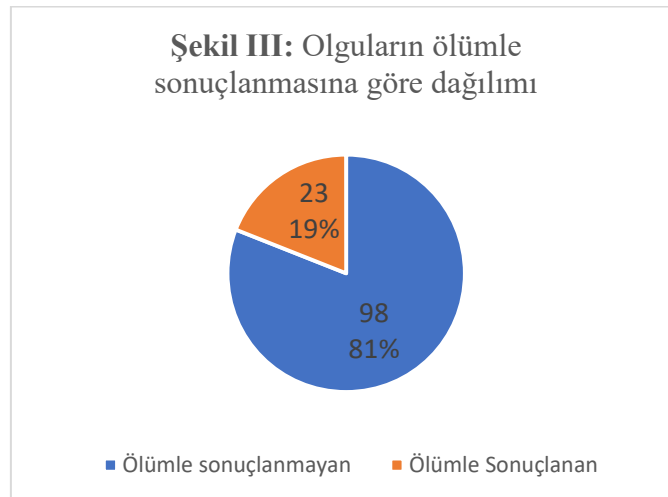
İnceleme kapsamına alınan kararlarda, ilk derece mahkemesi tarafından kaç kez bilirkişi incelemesi yaptırıldığı, hangi bilirkişilik kurumundan raporlar alındığı, alınan bilirkişi raporlarından hangi raporun hükme esas alındığı, hükme esas alınan bilirkişi raporlarının değerlendirme ve sonucu, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin hükme esas alınan bilirkişi raporunu hükme esas almaya elverişsiz bulma sebepleri ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bozma kararında aradığı bilirkişi incelemesi kriterleri belirlenip sınıflandırılarak tablolar ile gösterildi.

4. Bulgular

Vekalet Sözleşmesinden kaynaklanan tüm uyuşmazlıkları inceleyen Yargıtay 13.Hukuk Dairesi'nin 01.01.2013-31.12.2018 tarihleri arasında Tıbbi uygulama hatası iddiaları sebebiyle açılan tazminat davalarında hükme esas alınan bilirkişi raporlarının yetersizliğinden kaynaklandığı tespit edilen 121 bozma kararı incelendi.

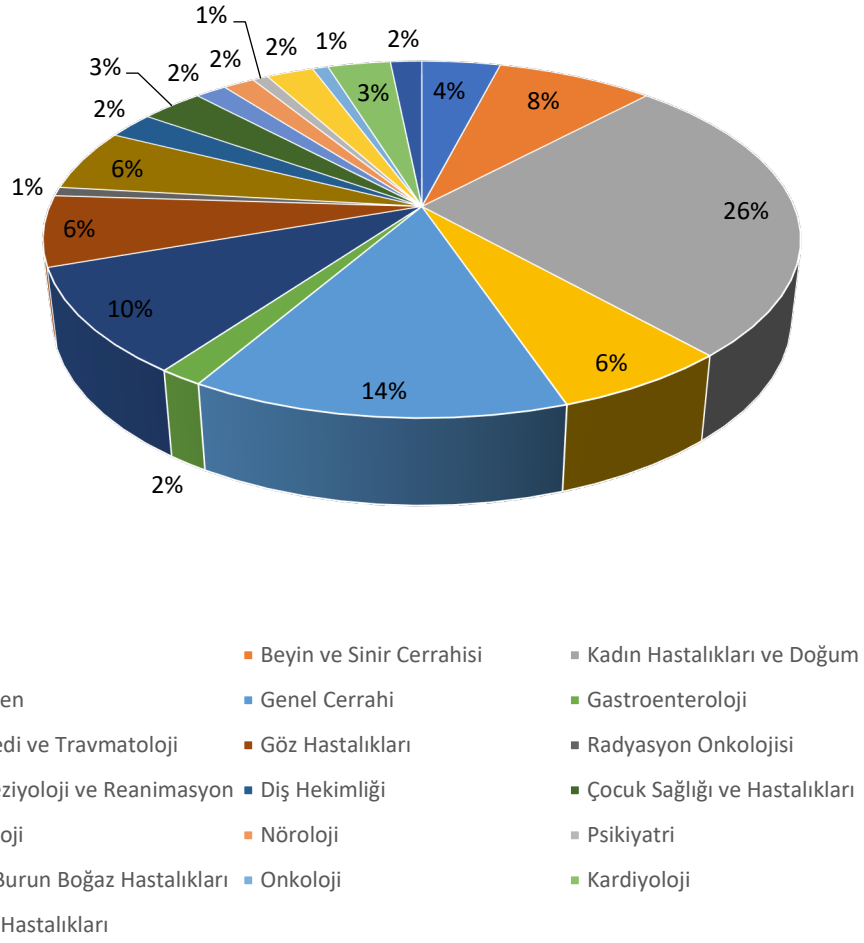


Açılan davaların hekim, hastane ya da hastane ve hekime birlikte açılma durumuna göre dağılım Şekil I'de gösterildi. Olguların %71'inde hekime ve hastaneye birlikte dava açıldığı görüldü (Şekil I). İlk Derece Mahkemesi sonuçlarına bakıldığında, olguların %93'ünde hekim lehine karar verildiği görüldü (Şekil II).



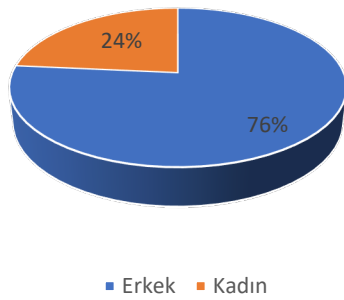
Davalarda değerlendirilen olguların ölümle sonuçlanma durumuna göre dağılımı incelendiğinde, %81'inin ölümle sonuçlanmadığı belirlendi (Şekil III).

Şekil IV: Tıbbi Uygulama Hatası Nedeniyle Hakkında Dava Açılan Sağlık Personelinin Uzmanlık Alanına Göre Dağılımı

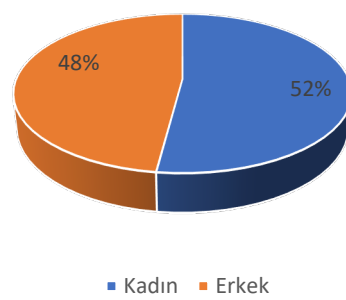


Şekil IV’de tıbbi uygulama hatası nedeniyle hakkında dava açılan sağlık personelinin uzmanlık alanına göre dağılımı gösterildi. En fazla olgunun Kadın Hastalıkları ve Doğum alanında ve sonrasında Genel Cerrahi branşında olduğu görüldü.

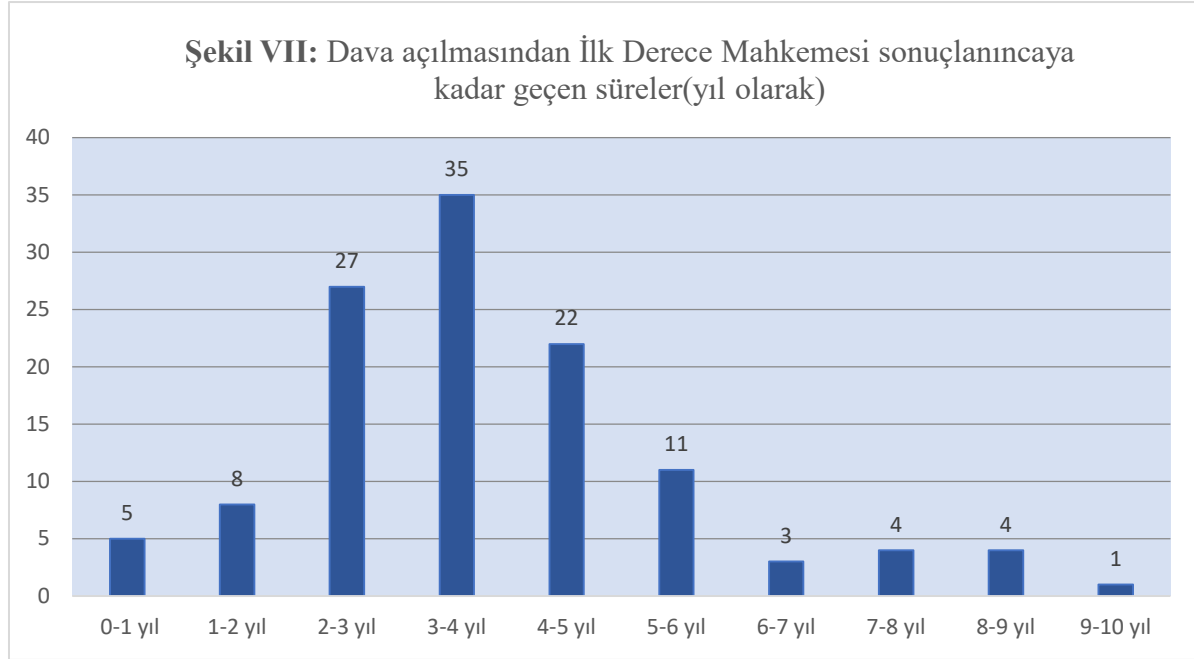
Şekil V: Haklarında dava açılan hekimlerin cinsiyet dağılımı



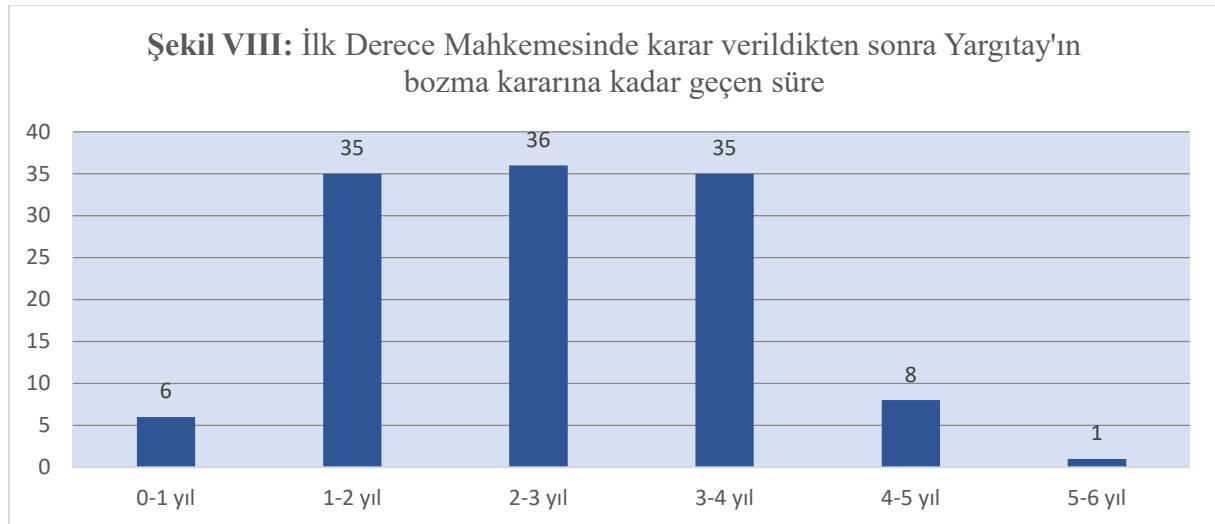
Şekil VI: Hastaların cinsiyet dağılımı



Haklarında dava açılan hekimlerin cinsiyet dağılımı incelendiğinde %76'sının erkek %24'ünün kadın olduğu belirlendi (Şekil V). Açılan davalarda hastaların cinsiyet dağılımları incelendiğinde ise %52'sinin kadın, % 48'inin erkek olduğu belirlendi (Şekil VI).

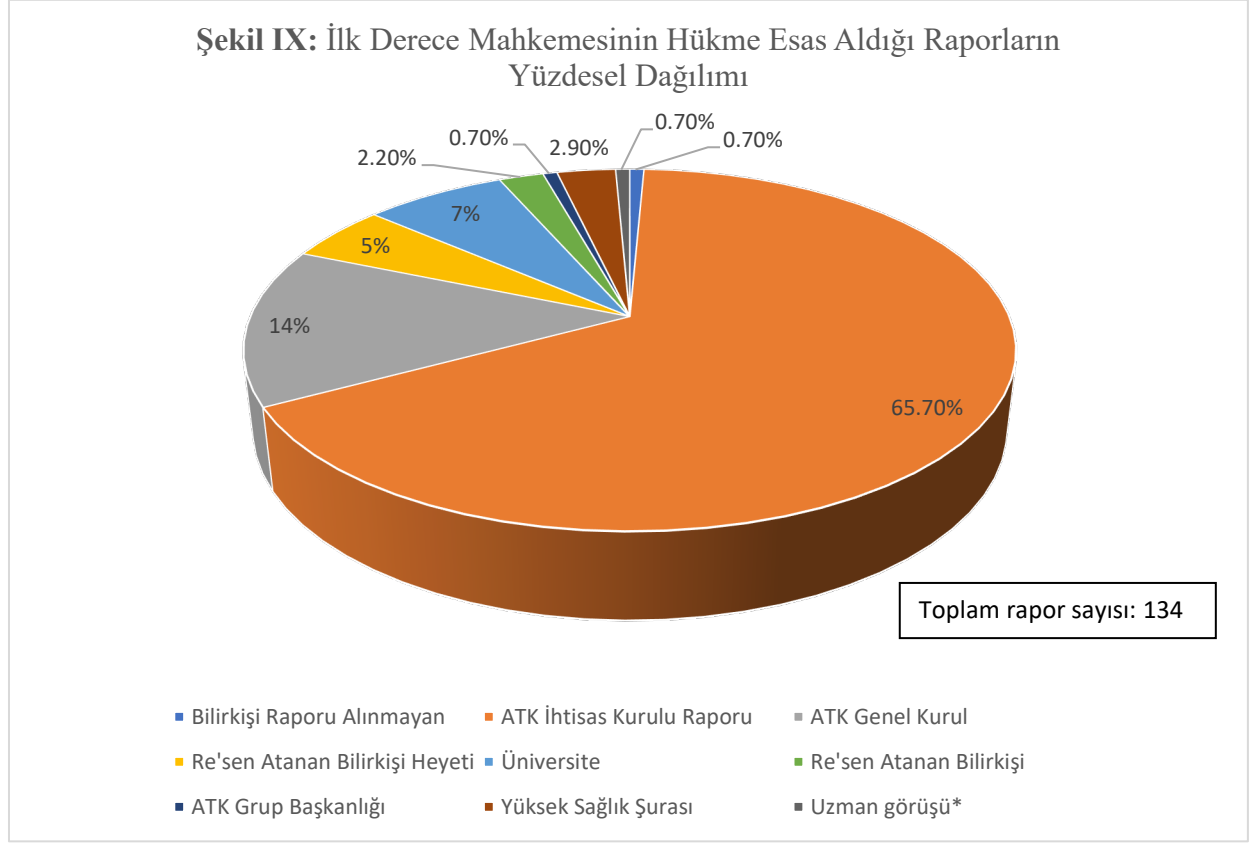


Dava açılmasından İlk Derece Mahkemesinde karar verilmesine kadar geçen sürelerin dağılımı incelendiğinde; olguların 2-5 yıl aralığında süren davalar şeklinde yoğunlaştığı görüldü. Sadece bir olgu 9 yılı aşan bir zaman diliminde sonuçlanmıştı (Şekil VII).



İlk derece mahkemesi kararı sonrası Yargıtay'ın bozma kararına kadar geçen sürelerin dağılımına bakıldığında; 1-4 yıl arasında olguların yoğunlaştığı belirlendi. Bu iki yargılama

sürecinin ne kadar sürdüğüne bakıldığında ise olguların en az bir en fazla 11 yıl sürede karara bağlanabildiği belirlendi (Şekil VIII).



**Bir olguda Re'sen atanan bilirkişi raporunun yanında dosyada bulunan uzman görüşü de hükme esas alınmıştır.*

İlk derece mahkemeleri tarafından hükme esas alınan ve Yargıtay tarafından hükme esas almaya elverişsiz bulunan toplam 134 bilirkişi raporunun 88'i ATK ilgili ihtisas kurulu tarafından, 19'u ATK Genel Kurul tarafından, 1'i ATK grup başkanlığı tarafından, 10'u üniversite öğretim üyelerinin bulunduğu heyet tarafından, 4'ü YSS, 7'si adli merci tarafından re'sen oluşturulan bilirkişi heyeti, 3'ü mahkeme tarafından re'sen atanan tek bilirkişi tarafından verilen bilirkişi raporu olup, 1 olguda ise bilirkişi raporu ile birlikte uzman mütalaasının da hükme esas alınarak karar verildiği görüldü (Şekil IX).

Tablo I'de İlk Derece Mahkemesinde hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumlarının dağılımı incelendi.

Tablo I. I: Beyin Cerrahisi olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Beyin Cerrahisi	(N)
Disk fitiği ameliyatlari sonucu çıkan istenmeyen sonuçların bir komplikasyon olduğu.	8
Beyin kanamalarının spesifik bulgu vermediğinde atlanabileceği, hastaların bulgular değiştiğinde erken dönemde hastaneye başvurusu gerektiği.	3
Ameliyat sırasında koter yanığı ve hatalı pozisyona bağlı sekellerin kusur olduğu.	2

Tablo I. II: Kadın Hastalıkları ve Doğum olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Kadın Hastalıkları ve Doğum	(N)
Vajende yabancı cisim unutulmasının komplikasyon olduğu.	1
Bütün doğumsal anomalilerin saptanması mümkün olmadığı olsa dahi bunun bir zarara yol açmadığı, hekimin eylemi ile nedensellik bağı bulunmadığı.	8
Doğum süreci hata olmadan da oksijensizlik hasarı ile sonuçlanabileceği, NST olmayan bir olguda görüş bildirilemeyeceği.	9,1
Down sendromunun belirlenememesinin bir komplikasyon olduğu.	1
Normal doğum sürecinde görülen omuz takılmasına bağlı sinir felcinin bir komplikasyon olduğu.	5
Sezaryen sırasında ekstremitte kırıklarının görülebileceği ve komplikasyon olduğu.	1
Kürtaj işleminde, rahim ağız darlığı nedeniyle hastaya dilatasyon uygulanması sırasında meydana gelen bağırsak ve rahim delinmesinin komplikasyon olduğu, ölümle nedensellik bağı kurulamayacağı.	1
Taraf cerrahisi hatası iddiası olmakla birlikte; Sağ overin doğuştan da olmayabileceği, ameliyat edildiğinin delilinin olmadığı.	1
Küretajların tümünde rest plesantanın (az miktarda plesanta parçası ve zarının rahim içinde kalması)komplikasyon olarak görülebileceği.	1

Tablo I. III: Dahiliye olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Dahiliye	(N)
Hastada mevcut enfeksiyonun tedavisinin uygun olmamasının sepsise neden olduğu.	3
INR takip yetersizliğinin ölümle nedensellik bağının bulunmadığı.	1
Atlanmış sıtma hastalığının komplikasyon olduğu.	1

Tablo I. IV: Pratisyen hekim uygulamalarında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Pratisyen Hekim	(N)
Lazer epilasyon sırasında yanık oluşmasının hekimin özensizliği sonucu olduğu.	1
İV uygulamada damar ekstrevasyasyonunun bir komplikasyon olduğu.	1

Tablo I. V: Üroloji olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Üroloji	(N)
Novalgin alerjisi sonrası arrest tablosu gelişen hipoksik iskemik ensefalopatinin bir komplikasyon olduğu.	1
Atlanmış testis torsiyonunda davalının da geç kontrole gelmesi nedeni ile hekime kusur atfedilemeyeceği.	1
Ürolojik girişimler sırasında üreter yaralanmasının komplikasyon olduğu.	4
TESE sonrası testis kaybının bir komplikasyon olduğu.	1

Tablo I. VI: Genel Cerrahi olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Genel Cerrahi	(N)
Kapalı Safra kesesi ameliyatı sonrası görülen istenmeyen sonuçların(damar ve içi boş organ hasarı) komplikasyon olduğu.	6
Kolonoskopi sırasında rüptürün komplikasyon olduğu.	1
Tiroid cerrahisi sırasında, rekürren sinir hasarının, komplikasyon olduğu, ancak bu durumun onamda belirtilmesi gerektiği.	1
AML hastalığının fark edilmemesinin ameliyat ile ölüm arasında nedensellik kurulmasına neden olmadığı.	1
Atlanmış apandisitinin bir komplikasyon olduğu.	1
Cerrahi alan enfeksiyonunun bir komplikasyon olduğu.	2

Zayıflama ameliyatı sonrası görülen enfeksiyon ve sızdırmaların ölüme de yol açabilecek komplikasyonlar olduğu.	2
Tip I DM'li hastada preop hazırlık yetersiz olmakla birlikte bu durum ile ölüm arasında nedensellik bağı kurulmadığı.	1

Tablo I.VII: Radyoloji ve patoloji olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Radyoloji ve Patoloji	(N)
Kanser tanısının radyolojik ve veya patolojik tanı olarak atlanmasının bir komplikasyon olduğu.	4

Tablo I. VIII: Psikiyatri olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Psikiyatri	(N)
Bilimselliği kanıtlanmamış yöntem kullanmasının tıp kurallarına uygun olmadığı.	1

Tablo I. IX. Ortopedi ve Travmatoloji olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Ortopedi ve Travmatoloji	(N)
Ortopedi ameliyatlari sonrası istenmeyen sonuçların(kırık kaynamaması, ağrı, protez kayması vb) ve tanı hatalarının(kırıgın görülmemesi) bir komplikasyon olduğu.	10
Ameliyat sırasında kullanılan aletin kırılmasının fark edilmemesinin bir komplikasyon olduğu.	1
Uzmanlık dışı girişim olmasına rağmen oksijen tedavisi ile parmağın amputasyonu arasında nedensellik bulunmadığı.	1

Tablo I. X: Göz Hastalıkları olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Göz Hastalıkları	(N)
Göz ve Katarakt ameliyatlari sonrası enfeksiyon ve görme kaybı oluşmasının komplikasyon olduğu.	7
ROP muayenesinin tıp kurallarına uygun yapılmış olduğu görme kaybının başka nedenlerle de gelişmiş olabileceği.	1

Tablo I. XI: Kardiyoloji olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Kardiyoloji	(N)
İskemik kalp hastalıklarının atlanması, ve anjio sırasında gelişen istenmeyen sonuçların(stent tıkanması, damar rüptürü, trombüs) komplikasyon olduğu.	6

Tablo I. XII: Radyasyon Onkolojisi olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Radyasyon Onkolojisi	(N)
Hatalı tarafa radyoterapi uygulandığı iddiasının doğru olmadığı.	1

Tablo I. XIII: Kulak, Burun, Boğaz olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

KBB	(N)
Nazal sinüs ameliyatlarının intrakranial komplikasyonlara yol açabileceği.	1
Estetik burun ameliyatı sonrası septum perforasyonunun komplikasyon olduğu.	1

Tablo I. XIV: Onkoloji olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Onkoloji	(N)
Terminal dönem hasta bakımının uygun yapılmadığı.	1

Tablo I. XV: Anestezi ve Reanimasyon olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Anestezi ve Reanimasyon	(N)
Spinal anestezi işlemi sırasında menenjit oluşmasının komplikasyon olduğu.	1
Malign hiperterminin bir anestezi komplikasyonu olduğu tıp kurallarına uygun yönetildiği.	1
Spinal anestezi sonrası nörolojik sekeller ile anestezi arasında nedensellik bulunmadığı.	1
Ameliyat sırasında koter yanığı ve hatalı pozisyona bağlı sekellerin kusur olduğu.	2

Tablo I. XVI: Hemşirelik uygulamaları olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Hemşirelik Uygulaması	(N)
Kas içi enjeksiyon sonrası görülen nöropatilerin (siyatik hasarına bağlı düşük ayak) komplikasyon olduğu.	3

Tablo I. XVII: Diş Hekimliği olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Diş Hekimliği	(N)
Diş tedavisi sırasında görülen (parotis kesisi, enfeksiyon gibi) durumların komplikasyon olduğu.	3

Tablo I. XVIII: Diğer olgularda hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Diğer	(N)
Konsültasyon istenmemesinin bir eksiklik olduğu	1
Yargıtay ilamında bilirkişi raporunun içeriği yer almamış olup ameliyat sonucu görülen nörolojik hadisenin komplikasyon olarak belirtildiği anlaşılmaktadır	1

Tablo I. XIX: Aydınlatılmış onam eksikliği değerlendirilen olgularında hükme esas alınan raporlarda mevcut zarar tipi ve bu zararların medikolegal yorumları.

Aydınlatılmış Onam	(N)
İstenmeyen sonuç komplikasyon olmakla birlikte onamın yetersiz olduğu	2
Cerrahi girişimin uygun olduğu ancak Aydınlatılmış Onam konusunda yetersizlik olduğu	1

Tablo II. Hükme esas alınan raporların Yargıtay tarafından yetersiz bulunma nedenleri

(N)	
50	Davacının iddia ve/veya itirazlarının tümüyle karşılanmaması.
44	Bilirkişi raporunun gerekçesiz, soyut ve yeterince açıklayıcı olmaması .
12	*Raporlar arasındaki çelişkinin giderilmemesi.
9	**Aydınlatılmış onamın değerlendirilmediği bilirkişi raporları.
7	Tek bir uzman tarafından düzenlenen veya konu ile ilgili uzman heyete katılmadan düzenlenen bilirkişi raporları.
3	Dosya kapsamına uygun olmayan bilirkişi raporu.
3	Dosyada mevcut bir başka bilirkişi raporunun, sağlık müdürlüğü ve tabip odası değerlendirmesi sürecinde temin edilen raporların, tarafların dosyaya kazandırdığı uzman raporlarının hükme esas bilirkişi raporunda değerlendirilmemiş olması.
3	Sağlıklı olmayan veya tarafsız kabul edilemeyecek davalı hastane kayıtlarına itibar edilerek düzenlenen bilirkişi raporları.
2	Kendi içinde çelişen bilirkişi raporu.
1	Eksik tıbbi kayıtlar temin edilmeden düzenlenen bilirkişi raporu (NST olmadan değerlendirmeye varılamayacağı).
1	Sağlık mevzuatı ile çelişen rapor.
1	Yargıtay 13.hukuk dairesi tarafından bilirkişi raporunun yetersiz bulunma sebebi belirtilmemiştir.

**Bir olguda konusu aynı olan bağlantılı dosyada aynı resmi bilirkişilik kurumunun farklı davacı için verdiği çelişkili rapor olduğu belirlenmiştir.*

***Aydınlatılmış onam eleştirisi birçok olguda diğer sebeplerle birlikte bulunmaktadır. Sadece 3 olguda Aydınlatılmış Onamın değerlendirilmemiş olması tek eksiklik olarak bulunmaktadır., Aydınlatılmış Onamın değerlendirilmemesinin tek eksiklik olarak belirtildiği bu 3 olguda yeniden bilirkişi incelemesi yapılması gerektiği öngörülmemiş, Mahkemenin Aydınlatılmış onamı değerlendirmesi gerektiği belirtilmiştir*

Hükme esas alınan raporların Yargıtay tarafından yetersiz bulunma nedenlerinin dağılımı Tablo II’de gösterildi. Ayrıca bir olguda dava hastanın terminal dönemde olması gerekçesiyle Mahkeme tarafından bilirkişi raporu alınmadan kusur değerlendirmesi yapılarak davalı hekim ve hastane lehine reddedilmişti. Bu durumun Yargıtay tarafından bozma sebebi yapıldığı belirlendi.

Yargıtay’ın bilirkişi raporlarındaki yetersizlik nedeniyle bozma kararı verdiği olgularda belirlediği rapor kriterleri Tablo III’de gösterildi. Bu kriterlerin; bilirkişi seçimi, bilirkişilerce belirlenmesi gerekli hususlar, raporların kapsamı, komplikasyonların medikolegal analizleri, nedensellik bağının belirlenmesi ve aydınlatılmış onamla ilgili hususları içerdiği görüldü.

Tablo III. Yargıtay’ın Hükme Esas Almaya Elverişsiz Bilirkişi Raporları Nedeniyle Verdiği Bozma Kararlarında Yeniden Bilirkişi Raporu Temini için Belirlediği Kriterler

Bilirkişi seçimi kriterleri
Olaya ilişkin uzmanlık alanlarını içeren deneyimli bir bilirkişi heyeti oluşturularak rapor temini,
Donanımlı bir Üniversiteden, aralarında dava konusu hususta uzman, akademik kariyere sahip üç kişilik bilirkişi kurulundan rapor temin edilmesi,
Bilirkişilerce belirlenmesi gerekli hususa ait kriterler
Bilimsel standartlara göre somut olayda yapılması gerekenlerin neler olduğu, bu standartlardan sapma olup olmadığını açıklayan rapor temin edilmesi,
Davalıların hukuki konum ve sorumlulukları, dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve işlemlerin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalılara kusur izafe edilip edilmeyeceğini gösteren rapor temini,
Davalılara atfı kabil bir kusur olup olmadığı hususunda, nedenlerini açıklayıcı rapor temin edilmesi,
Bilirkişi raporlarının kapsamı hakkındaki kriterler
Taraf, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli olması,
Dosyada mevcut raporların yetersizliğini giderir, davacı iddialarını, özellikle gelişen tablo karşısında gecikmiş müdahale olup olmadığını aydınlatacak şekilde rapor olması,

Davacıların iddialarını aydınlatacak şekilde, olayda ihmalin olup olmadığının açıklayıcı rapor olması,
Davacının bilirkişi raporlarına itirazlarını karşılayacak şekilde açıklama içeren yeni rapor temin edilmesi,
Konusunda uzman ve akademik kariyere sahip bilirkişilerin bulunduğu heyetten dosyadaki tüm raporlar arasındaki çelişkiyi giderebilecek yeniden rapor alınması,
Ceza dosyasından kazandırılan bilirkişi görüşündeki maddi unsurların da dikkate alınması,
İlgili branşlardan ameliyat öncesi konsültasyon istenmesinin gerekip gerekmediği, gerekiyor ise meydana gelen hasar ile bu özen eksikliği arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı ile ameliyatın tek hekim tarafından mı yoksa birden fazla hekimin katılımı ile yapılması gerektiği, birden fazla hekimle yapılması gerekiyorsa hangi hekimlerin ameliyatta bulunması gerektiği hususlarına açıklık getirilmesi,
Güncel yönetmeliğe uygun olması.
Komplikasyonların medikolegal analiz kriterleri
İstenmeden oluşan zarara sebep olma durumunun bir komplikasyon mu yoksa bir hata mı olduğu, bir komplikasyon ise davacının bu husustaki onamının alınıp alınmadığı, ayrıca aydınlatmanın yeterli olup olmadığı ve bu husustaki ispat külfetinin davalı yanda olduğu kabul edilerek, bu konuyla ilgili delilleri de toplamak suretiyle tıbbi kurallara göre olayda işlemi yapan sağlık hizmeti çalışanı ve hastaneye kusur izafe edilip edilmeyeceğini gösteren açıklayıcı rapor temini,
Davacıya yapılan enjeksiyonun usulüne uygun olarak yapılıp yapılmadığı, hastada oluşan hasarın, “enjeksiyonun hatalı uygulanmasına bağlı olarak gelişip gelişemeyeceği ve nöropatinin gelişme olasılıkları, kas içine ve usulüne uygun olarak yapılan bir enjeksiyon sonrasında “nöropati” gelişmesinin mümkün olup olamayacağı, mümkünse, bu durumun meydana getireceği bulguların neler olduğu, enjeksiyon öncesinde yapılması gereken muayenenin ve sonrasında gereken tüm tıbbi müdahalelerin yapılıp yapılmadığını açıklayan rapor temini,
Dosyadaki tüm belgelerin incelenmesi ile tanı aşamasında doğru bir değerlendirme yapılırsa idi söz konusu istenmeyen sonucun belirlenmesinin mümkün olup olmadığı, belirlenmesi halinde önlenmesinin mümkün olup olmadığını açıklayacak rapor temin edilmesi,
Oluşan enfeksiyonun hastaneden kaynaklanıp kaynaklanmadığını belirleyecek rapor temin edilmesi,
Operasyonun en ağır komplikasyonlarından olduğu belirtilen sonucun doğmaması için yapılması gereken iş ve işlemlerin gereği gibi yerine getirilip getirilmediği hususlarında tatmin edici açıklama getiren rapor temini,
Ameliyatın komplikasyonlarından olduğu belirtilen sonucun doğmaması için yapılması gereken iş ve işlemlerin gereği gibi yerine getirilip getirilmediği hususlarında tatmin edici açıklama getiren rapor temin edilmesi,
Nedensellik bağı kriterleri
Kullanılan antibiyotiğin spektrumunun yeterli olması durumunda bu sonucun yine de beklenebilir olup olmayacağı, sonucu nasıl etkileyeceğini belirten rapor alınması,
Erken tespit halinde tedavi imkanı bulunup bulunmadığı, ileri tetkik gerekliliği ve sonuca etkisi hususunda, nedenlerini açıklayıcı rapor temin edilmesi,
Küçükteki özürün erken tespiti halinde rahim tahliyesi imkanı olup olmadığını ve illiyet bağını açıklayan rapor temini,
Zararın artıp artmadığı yönünde detaylı incelemenin temini için, nedenlerini açıklayıcı rapor temin edilmesi,
Omuz takılmasına neden olabilecek doğum öncesi ve sürecindeki nedenlerin bütün olarak değerlendirilmesine ve oluşan zararın açıklandığı rapor temin edilmesi.

Aydınlatılmış onam kriterleri
Aydınlatılmış onam ispat külfetinin davalıda olduğu belirtilerek mahkemece bu hususun değerlendirilmesi ve konuya açıklık getirecek gerekli rapor temini,
Hastanın, kendisinin ve de bebeğin sağlığı açısından uygulanacak tedaviyi reddetme hakkının bulunup bulunmadığı, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya yakınlarına anlatılıp anlatılmadığı ve yazılı bir belgenin neden alınmadığına ilişkin inceleme ve değerlendirme yapılması,

Tablo III’de özetlendiği gibi; mutlaka değerlendirilen uzmanlık alanından bilirkişi seçimi, seçilecek bilirkişilerin akademik deneyimi önemli bir kriter olarak belirlenmiştir. 121 dosyanın 4’ünde Adli Tıp Kurumu’ndan yeni rapor temini istenmiş iken, geriye kalan tüm dosyalarda üniversitelerden rapor temini gerektiği belirtilmiştir.

Yine, dosyada mevcut tüm bilirkişilik incelemelerinin ayrıntılı analizi varsa çelişkilerin giderilmesi talebi önemli bir kriter olarak dikkat çekmektedir. Komplikasyonların açık ve net tanımı, önlenmesi ve yönetilmesi ile ilgili standartların raporda belirtilmesi bir kriter olarak sunulmuştur. Ayrıca, istenmeyen sonuca neden olan faktörlerin ya da nedensellik bağının belirtilmesi de bir kriter olarak getirilmiştir. Son olarak, aydınlatma yükümlülüğü konusunda kriterler getirildiği görülmektedir.

5. Tartışma

Tıbbi uygulama hatası iddialarının gün geçtikçe daha fazla gündeme geldiği bilinmektedir. Hasta hakları mevzuatının oluşturulması ve toplumun hasta hakları konusunda bilinçlendirilmesi sürecinin yanında, tüm dünyada basın yayın organlarının artan ilgisi ve son derece teknik bir alan olan tıbbi uygulamalar konusunda objektif olmayan ve bilimsel dayanaktan yoksun yayınların kamuoyunda hekimlere olan güveni sarsması, tıbbi uygulama hatası iddialarında artışın nedenleri arasında gösterilebilir (Öztürk, 2002; Yorulmaz, 2005; Mutlu, 2019).

Yorulmaz tarafından yapılan çalışmada, 1999-2003 yılları arasında İstanbul Tabip Odasına tıbbi uygulama hatası iddialarına ilişkin yapılan başvurularda %42 oranda artış tespit edilmiştir (Yorulmaz, 2005). Özkara ve arkadaşlarının 1994-1998 yılları arasında Yüksek Sağlık Şurası tarafından incelenen 866 olgunun değerlendirildiği çalışmasında, olgu sayısının 1994 yılında 151, 1996 yılında 251, 1998 yılında 237 olduğu saptanmıştır (Özkara, Nader, Gündoğmuş ve Arda, 2004; Mutlu, 2019). Adli Tıp Kurumunda değerlendirilen Tıbbi uygulama hataları iddialarının da yıllar içinde belirgin oranda arttığını gösteren bilimsel çalışmalar bulunmaktadır (Büken, 2003; Özkaya ve ark, 2011).

Yargı organları tarafından görevlendirilen bilirkişi veya tarafların başvurduğu bilirkişi ya da meslek etiği yönünden soruşturmacı olarak atanan uzman, hukuki sıfatı ne olursa olsun tıbbi uygulama hatası iddialarına ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesinde son derece önemli bir görev üstlenmektedir (Kök, 2014, sf. 129-154; Mutlu, 2019).

Hatalı tıbbi uygulama iddiasından dolayı açılan tazminat davalarında, hekimin bir sonuç vaadinde bulunduğu ve bu nedenle eser sözleşmesi niteliğinde olduğu kabul edilen estetik amaçlı operasyonlar ve acil müdahale gibi haksız fiil sorumluluğunu gerektiren ayrıksı durumlar hariç, hekimin ve/veya hastanenin hukuki sorumluluğu büyük ölçüde hastanın tedavi için hekime başvurması ile hekim ile hasta arasında kurulduğu kabul edilen vekalet sözleşmesinden kaynaklanmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 386-398 maddelerinde düzenlenen vekalet sözleşmesi uyarınca, vekil konumunda olan hekim, bir sonuç vaadinde bulunmadan, vekil eden hastanın yararına üstlendiği tedaviyi, tıbbi uygulamayı özenle yerine getirme yükümlülüğü altında olup, en hafif kusurundan dahi sorumludur. Vekil olan hekim, mesleğin gereklerini eksiksiz yerine getirerek, hastalığı zamanında teşhis edip, gereken tüm önlemleri tam olarak alarak ve gerekli tedaviyi gecikmeksizin belirleyerek uygulamakla yükümlüdür.

Asgari ölçüde de olsa, tereddüt oluşması halinde hekimin bu tereddüdü yok edecek nitelikte araştırmalar yapması ve tüm koruyucu önlemleri alması gerekmektedir. Hekim tedavi seçeneklerini değerlendirirken hasta ve hastalığın özelliklerini de dikkate almalı ve hasta için en az riskli tedavi yöntemini tercih etmelidir (Tandoğan, 1982, sf. 236). Yargıtay 13.Hukuk Dairesi, 28.02.2018 Tarih 2015/38670 Esas 2018/2593 Karar sayılı içtihadı gibi birçok kararında vekalet ilişkisini vurgulamış, hekimin en hafif kusurundan sorumlu olması nedeniyle bilirkişi raporlarının daha da önem kazandığının altını çizmiştir.

Bu çalışmada vekâlet sözleşmesinden kaynaklanan hasta-hekim/hastane ilişkisinde, hatalı tıbbi uygulama iddiasına yönelik tazminat davalarının Yargıtay'a intikal eden ve bilirkişi raporunun hükme esas almaya elverişsiz olması sebebiyle bozma konusu yapılan 01.01.2013-31.12.2018 tarihleri arasındaki 121 olgu incelenmiştir.

Açılan Davaların Davalıya Göre Dağılımı

Açılan davaların hekim, hastane ya da hastane ve hekime birlikte açılma durumuna göre dağılımında; olguların %22'sinde sağlık personeline veya hekime dava açılmaksızın sadece hastaneye dava açıldığı, olguların %71'inde ise hem hastaneye hem hekime dava açıldığı, olguların sadece %7'sinde hastanelere dava açılmadan sadece hekimlere dava açıldığı görülmüştür (Şekil I). Doğrudan hekimlerin dava edilmemesi, bazı durumlarda hasta-hekim ilişkisinin hala sürdürülüyor olmasından kaynaklanmaktadır. Bazı durumlarda ise tahsil kabiliyeti göz önüne alınmaktadır. Hekimler yerine hastanelerin muhatap alınması sıklıkla ekonomik nedenlidir. Hatta son yıllarda bu nedenle doğrudan sigorta şirketlerine yönelik davaların açıldığı da görülmektedir.

Diğer taraftan, günümüz toplumunda sağlık ve tıp hizmetleri, münferit veya toplu muayenelerde değil, çoğunlukla hastaneler aracılığıyla yürütülmektedir. Personele ve teknik donanım ile ilişkin kusurlar, hekimin gerektiği halde diğer uzman hekimlerden konsültasyon almaması gibi tıbbi iş bölümüne ilişkin kusurlar, hastane hizmet kalitesi ve aydınlatma organizasyonu kusurları, hijyen ve enfeksiyon kusurları, medikal cihaz ve donanım ile ilişkin kusurlar tıbbi organizasyon kusuru olup hastanelerin hukuksal sorumluluğunu doğurmaktadır (Demir, 2010). Hastanelerin tıbbi organizasyon kusurları tıbbi uygulama hatası iddialarında önemli bir yer kaplamakta ve çoğu zaman, hekimlere yönelen hatalı tıbbi uygulama iddiaları ile iç içe geçmektedir. Leape ve Arkadaşlarının 1995 tarihli

çalışması, tıbbi uygulama hatalarının %78'inin organizasyon hatalarını da içerdiğini saptamıştır (Leape, Bates, Cullen, Cooper, Demonaco, Gallivan ve diğerleri, 1995).

Türk Borçlar Kanunu'nun 66.maddesindeki işverenin objektif sorumluluğuna ilişkin düzenlemeye göre;

“MADDE 66- Adam çalıştıran, çalışanın, kendisine verilen işin yapılması sırasında başkalarına verdiği zararı gidermekle yükümlüdür.

Adam çalıştıran, çalışanını seçerken, işiyle ilgili talimat verirken, gözetim ve denetimde bulunurken, zararın doğmasını engellemek için gerekli özeni gösterdiğini ispat ederse, sorumlu olmaz.

Bir işletmede adam çalıştıran, işletmenin çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe, o işletmenin faaliyetleri dolayısıyla sebep olunan zararı gidermekle yükümlüdür.”

Hastanelerin, “adam çalıştıran” sıfatından kaynaklı sorumluluğu, davaların hastanelere de yönelmesine sebep olmaktadır. Hastaneler çalışma düzeninin zararın doğmasını önlemeye elverişli olduğunu ispat etmedikçe ve gözetim denetim sorumluluğunu eksiksiz bir şekilde yerine getirdiğini, personel seçiminde, organizasyon ile ilgili her türlü konuda özenli davrandığını ispat etmedikçe sorumluluktan kurtulamayacaktır. Borçlar Kanunundaki bu düzenlemenin organizasyon sorumluluğunu kapsadığı görülmektedir.

Tıbbi uygulama hatası iddiası içeren davalarda bilirkişi tarafından bütüncül bir inceleme yapılarak hastane organizasyonundan kaynaklı hatalar da değerlendirilmelidir (Mutlu, 2019). Hastanenin organizasyon hatasının bulunup bulunmadığı değerlendirilirken, çalıştırılan personel sayısı, nöbet sistemi, bulundurulmuş teknik donanımın yeterli ve gerekli kalibrasyona sahip olup olmadığı, çalışma şartları, hekimlerin koordinasyonu, sağlık çalışanının hata yapmaması için hastane tarafından ne kadar özen gösterildiği, etkin bir risk yönetiminin uygulanıp uygulanmadığı hususları önemli olacaktır. Hastanelerde hekimlerin, performans artışı için yapılan baskının, 24 saat ve üzeri nöbet sisteminin tıbbi uygulama hatalarının ortaya çıkması riskini arttırdığı bilinmektedir (Eisenberg, 2000; Yorulmaz, 2005; Mutlu, 2019). Hastanelerin organizasyon sorumluluğunun oldukça kapsamlı olduğu dikkate alındığında, çalışmada incelediğimiz olgularda davaların %7'sinin hastaneye açılmayıp sadece sağlık personeline açılmış olmasında; hukuki yardım veya tecrübe eksikliğinin etkisinin de olduğu değerlendirilmesi yapılabilir.

Hükme Esas Almaya Elverişsiz Olduğu Tespit Edilen Davaların İlk Derece Mahkemesinde Çoğunlukla Davalı Hekim-Hastane Lehine Sonuçlanması

Çalışmada incelenen davaların %93'ünün davalı hekim ve/veya hastane lehine sonuçlandığı görülmüştür. İncelenen olguların tamamında İlk Derece Mahkemesinin, hükme esas almaya elverişsiz bir bilirkişi raporuna dayanarak veya hükme esas almaya elverişli bilirkişi raporu olmadan hekim ve/veya hastane lehine karar verdiği Yargıtay tarafından tespit edilmiştir (Şekil II).

Dr. Mustafa Kırtıçoğlu 2010 ile 2017 yılları arasında tıbbi uygulama hatası sebebiyle Yargıtay'a intikal den 333 tazminat davası, 175 ceza davası olmak üzere 508 olguyu incelediği çalışmada; 333 hukuk (tazminat) davasından sadece 69 davada İlk Derece Mahkemesinin hekim ve/veya hastane aleyhine karar verdiğini, davaların İlk Derece Mahkemesinde çoğunlukla hekim ve/veya hastane lehine sonuçlandığını, %20,7'sinin hasta lehine sonuçlandığını tespit etmiştir (Kırtıçoğlu, 2018). Çalışmadaki bulgular Kırtıçoğlu'nun çalışması ile uyumlu olmakla birlikte, bu çalışmada sadece bozma kararları çerçevesinde bilirkişi raporlarının hükme esas almaya elverişsiz olması sebebi kapsama alındığından, ilk derece Mahkemesinin %93 gibi yüksek bir oranda hekim ve/veya hastane lehine karar vermesinin, aynı oranda hekim ve/veya hastane lehine sonuç bildiren, Yargıtay tarafından hükme esas almaya elverişsiz bulunan bilirkişi raporlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi yerleşik içtihatlarında, 10.05.2018 Tarih 2015/40413 Esas 2018/5668 Karar örneğinde olduğu gibi, istenmeyen sonucun meydana gelmesinin nedenlerinin açıklanmadığı, yapılan tıbbi işlemlerin ve sürecin anlatılarak komplikasyon olduğu değerlendirilmesine varıldığı bilirkişi raporlarının hükme esas alınamayacağını belirtmektedir.

Ölümlle Sonuçlanan Olgular ve Bilirkişi İncelemesinde Otopsinin Önemi

Çalışmada incelenen tıbbi uygulama hatası iddialarına ilişkin olgulardan 23'ünün (%19) ölümlle sonuçlanan olgu olduğu belirlenmiştir. Tıbbi uygulama sürecinde olgunun ölümlle sonuçlanması ve konunun Cumhuriyet Savcılığı'na intikali halinde tıbbi uygulama hatasına ilişkin değerlendirme yapılabilmesi ve konunun aydınlanması için otopsi zorunlu ve son derece önemlidir (Ayan, 1991; Rognum, 1997; Maeda, Fujita, Zhu ve Quan, 2003; Polat, 2005; Yorulmaz, 2005).

1968 ile 1978 yılları arasında Cerrahpaşa Tıp Fakültesinde yapılan 295 otopside, antemortem ile postmortem tanı farklılığının %47,8 olduğu belirlenmiştir. Adana’da entoksikasyon olgularının incelendiği bir çalışmada da antemortem tanı ile postmortem otopsilerde %28 tanı farklılığı olduğu tespit edilmiştir (Salaçin, Gülmen, Alper ve Çekin; 1994). Tüm dünyada, ölümle sonuçlanan olgularda hastane otopsilerine gittikçe daha az başvurulduğu bilinmektedir, bunun sebeplerinden birinin otopsi ücretinin hasta yakınlarına yansması, bir diğer sebebin ise hekimlerin tıbbi uygulama hatası iddiasından koruma tavrı olduğu belirtilmektedir (Salaçin ve ark., 1994). Yayıncı ve ark. tarafından 2004 yılında yapılan geriye bakış çalışmasında; otopsinin erken postmortem dönemde yapılmasının ölüm nedeninin belirlenmesine yüksek katkıda bulunduğu belirtilmektedir (Yayıncı, Üzün, Arslan ve Üris, 2004).

Uzmanı tarafından zamanında yapılan otopsi, uyuşmazlığın aydınlatılmasına hizmet ettiği ölçüde hekimleri de asılsız iddialardan ve salt klinik bulgulara dayanılarak varılabilecek yanlış değerlendirmelerden koruyacaktır. Dosyada sağlıklı bir otopsi raporunun bulunmaması, tıbbi uygulama hatası iddiasını irdeleyen bilirkişiler tarafından doğru değerlendirme yapılmasını zorlaştırmaktadır (Yayıncı ve ark, 2004; Yorulmaz 2005).

Davalıların Uzmanlık Alanlarına Göre Dağılımı

Çalışmada haklarında tıbbi uygulama hatası iddiası bulunan hekimlerin uzmanlık alanlarına göre oranları ile dış hekimi ve diğer sağlık personelinin oranları belirlendi. Olguların sayısal olarak büyük bir bölümünün cerrahi tıp branşlarında olduğu görüldü. Olguların %26’sını Kadın Hastalıkları ve Doğum uzmanları oluştururken, %14’ünü Genel Cerrahi , %10’unu Ortopedi ve Travmatoloji, %8’ini Beyin ve Sinir Cerrahisi uzmanlarının oluşturduğu, tüm olguların %69’unu cerrahi branşların oluşturduğu görüldü (Şekil 4). 1999-2003 yılları arasındaki 5 yıllık dönemde İstanbul Tabip Odası Hekimlik Uygulama Bürosu’na kabul edilen tıbbi uygulama hatası iddiası dosyalarının incelendiği çalışmada da tıbbi uygulama hatası iddialarının %66,2’sinin cerrahi tıp bilimleri alanında olduğu belirtilmiştir (Yorulmaz, 2005).

Cerrahi girişimler deneyim, beceri, birbiriyle uyum içerisinde çalışan yetkin bir ekip gerektiren ve olası bir hata veya ihmal olduğunda istenmeyen sonuçları ağır olabilecek uygulamalardır. Bu nedenle cerrahi, kadın doğum, ortopedi gibi branşlarda yalnız ülkemizde değil tüm dünyada tıbbi uygulama hatası iddialarının daha fazla olması beklenen bir sonuçtur

(Quam, 1987; Giray 1999). Birçok araştırmada en çok tıbbi uygulama hatası kadın hastalıkları ve doğum alanında saptanmıştır (Çankaya, 1992; Cinaver, 1999; Yayıcı ve ark, 2004; Yorulmaz 2005).

Yorulmaz'ın 1999-2003 yılları arasında İstanbul Tabip Odası Onur Kurulu'nda değerlendirilen tıbbi uygulama hataları iddialarının değerlendirildiği tez çalışmasında iddiaların %17,44'ünün, Pakiş'in 2001-2005 yılları arasında Adli Tıp Kurumu 1. ve 3. İhtisas Dairesi'nde değerlendirilen tıbbi uygulama hatası iddiası bulunan ve ölümle ya da ölü doğumla sonuçlanan olguların ele alındığı tez çalışmasında iddiaların %22,5'inin kadın hastalıkları ve doğum uzmanlık alanı ile ilgili olduğu görülmektedir (Yorulmaz, 2005; Pakiş, 2006).

Şanyüz ve arkadaşlarının 2009 yılında 3. Adli Tıp İhtisas Kurulu'na tıbbi uygulama hatası nedeniyle başvuran 707 olgu incelenmiş ve 197 olguda sağlık personeli uygulamaları tıp kurallarına uygun bulunmamıştır. Bu olguların 35'inin kadın hastalıkları ve doğum alanında olduğu görülmüştür (Şanyüz ve ark., 2012). Birçok araştırmada ortaya konan bu sonuç bu alanın daha riskli olduğu ve bu alanda çalışan uzmanların daha çok hata yaptıkları gibi bir yoruma neden olabilmektedir. Can ve arkadaşlarının Yargıtay'da karara bağlanan tıbbi uygulama hatası dosyalarını değerlendirdikleri bir çalışmada 10 dosyanın genel cerrahi branşı ile ilgili olduğu ve 7'sinin ölümle sonuçlandığı, 6 olgunun kadın hastalıkları ve doğum branşı ile ilgili olduğu ve 4'ünün ölümle sonuçlandığı, 4'er dosyanın anestezi, ortopedi ve travmatoloji ile pediatri branşları ile ilgili olduğu ve her branşta bir olgunun ölüm ile sonuçlandığı, 2 dosyanın da KBB branşı ile ilgili olduğu ve ölümle sonuçlanan olgu bulunmadığı belirtilmiştir (Can, Özkara ve Can, 2011). Ancak pasta grafiklerle sunulan yukarıdaki istatistiksel verilerin ilgili branştaki hekim sayısı dikkate alınmadan açıklandığı unutulmamalıdır. Örneğin hekim sayısı dikkate alındığında en fazla hatanın jinekoloji ve obstetrik alanında olmadığı belirlenebilmektedir (Yorulmaz, 2005).

Çalışmada incelenen kararlarda haklarında tıbbi uygulama hatası iddiası bulunan sağlık personelinin %6'sını pratisyen hekimlerin oluşturduğu belirlenmiştir. Pratisyen hekimlere açılan davaların dördünün acil şartlarda sağlık hizmeti verilirken atlanmış tanılara dayandırıldığı, tanı konulmasında gecikilen olguların üçünün miyokard infarktüsü, beyin kanaması, apandisit gibi hızlı tanı konulması ve acil müdahale edilmesi gereken olgular olduğu, diğerinin ise atlanmış tendon rüprütü olduğu saptanmıştır. Atlanmış beyin kanaması iddiasına dayanan olgunun ölümle sonuçlandığı belirlenmiştir.

Çalışmaya dahil olan olgulardan 3'ünün diş hekimliği uygulaması ile ilgili tıbbi uygulama hatası iddiaları ile ilgili olduğu belirlendi. Çalışma kapsamında incelenen üç diş hekimliği tıbbi uygulama hatası iddiasından birinde diş ağrısı nedeniyle başvurduğu, “dişindeki apse tedavi edilmeden morfin iğnesi vurulması nedeniyle apsenin beyine ulaştığı ve ameliyat olmak zorunda kaldığı” iddiasına dayanmakta olup, duruşma sırasında beyin ameliyatını yapan hekimin uzman bilirkişi sıfatı ile dinlendiği, ortodontist ve enfeksiyon hastalıkları uzmanının da görüşünün alınması gerektiğini ifade ettiği, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu'nun raporunun bu nedenle konu ile ilgili yetersiz kaldığı kanaatine varılarak ilk derece mahkemesinin kararın bozulmasına karar verdiği belirlendi. Bu olguda istenmeyen sonuç meydana geldikten sonra şahsın tedavi sürecinde rol alan bir hekimin duruşmada uzman tanık sıfatıyla dinlenmesi çok sık rastlanan bir durum olmaması nedeniyle dikkat çekicidir. İncelenen diğer kararlarda ilk derece mahkemesinin aldığı resmi bilirkişi raporlarının genelde taraf itirazları üzerine ya da alınan raporların birbiri ile çelişmesi, yeterince açıklayıcı olmaması gibi nedenlerle yetersiz bulunması gerekçesiyle karar bozulurken bu kararda bizzat duruşmada dinlenen bir uzman bilirkişinin hazırlanan raporun gerekli dallardaki uzman görüşlerini içermediğini belirtmesi üzerine raporun yetersiz olduğuna karar verilmiştir.

Diş Hekimliği uygulamaları ile ilgili bir diğer olgunun, yirmilik diş çekimi sırasında meydana gelen sinir hasarı ile ilgili olduğu, ATK 2. İhtisas Kurulu'nun bu durumun komplikasyon olduğunu kanaatini bildiren raporun gerekçe gösterilmeden yetersiz bulunarak kararın bozulduğu belirlendi. Bir diğer olgu diş hekimliği uygulamasında ise diş protezi uygulaması sırasında meydana gelen tükürük bezi kesisi iddiasına dayalı olup, ATK 3. İhtisas Kurulu bu durumun komplikasyon olduğunu ve erken tespit edilip hastanın tedaviye yönlendirildiğini belirtmiş olsa ya tükürük bezinin işlevini yitirip yitirmediği, mevcut zararın tedavisinin bulunup bulunmadığı gibi yargıtayın gerekli gördüğü hususların yeterince aydınlatılmamış bulunması nedeniyle bozma kararı verilmiştir. Her iki olguda da konu ile ilgili Adli Tıp Kurumu'ndan rapor talep edildiği anlaşılmış olup bozma kararları incelendiğinde bir olguda raporun yetersiz bulunma nedeninin açıklanmadığı, diğer olguda ise raporda yeterli açıklamanın bulunmadığının belirtildiği görüldü.

Diş Hekimliği ve uygulamaları sırasında gelişen istenmeyen sonuçlar tıp bilimi ile yakından ilişkili olmakla beraber diş hekimliği uygulamalarında standartların ne olduğu, hangi sonucun komplikasyon olarak değerlendirildiği, hangi uygulamanın standartlardan

sapma olarak değerlendirilebileceği, olası bir istenmeyen sonucun dış hekimi tarafından yönetiminin nasıl yapılacağı tıp branşı uzmanlarının yanında dış hekimliği alanındaki uzmanların aydınlatması gereken durumlardır. Dolayısı ile dış hekimliği ile ilgili bir uygulamanın sonucunda vücudun başka bir yerinde enfeksiyon veya bir hasar meydana geldiğinde, ağız ve diş sağlığı ile ilgili uzmanların da değerlendirmesini gerektirdiği görülmektedir.

Davalı Hekimlerin Cinsiyet Dağılımı

Çalışma kapsamında incelenen Yargıtay kararlarında davalı hekim cinsiyetlerinin dağılımına bakıldığında; haklarında tıbbi uygulama hatası iddiası bulunan hekimlerin %76'sının erkek, %24'ünün kadın olması dikkat çekmektedir (Şekil V). Yorulmaz tarafından 1999-2003 yılları arasında İstanbul Tabip Odası'na tıbbi uygulama hatası iddiası ile yapılan şikayetlerin incelendiği çalışmada, İstanbul Tabip Odasına kayıtlı olan hekimlerin %61'inin erkek, %39'unun kadın olduğu belirtilerek, disiplin cezası alan erkek hekim oranının %77, disiplin cezası alan kadın hekim oranının ise %23 olduğu belirlemesi yapılarak, disiplin cezası ve meslekten men cezası alan kadın hekim oranının erkeklere kıyasla dikkat çekici ölçüde düşük olduğu saptanmıştır. Davalı hekimlerin cinsiyet dağılımına ilişkin bulgunun, cinsiyet ile tıbbi uygulama becerisi arasında bir bağlantıyı gösterdiği söylenemez ancak; tıbbi uygulamalarda hekim-hasta arasındaki iletişimin tıbbi uygulama hatası iddialarında ve istenmeyen sonuçların oluşmasında son derece önemli olduğu kabul edilmelidir. Amerika Birleşik Devletlerinde yapılan çalışmalar, iletişim becerileri ile ilgili eğitimlerin tıbbi uygulama hatası iddialarını azalttığını ve erkek hekimlerin tıbbi uygulama hatası iddiaları ile karşı karşıya kalma konusunda daha fazla risk altında olduklarını ortaya koymuştur (Roter, 1991; Ely, Dawson, Young, Doebbeling, Goerd, Elder ve diğerleri, 1999). Surgery Dergisinde, 2002 yılında yayınlanan çalışmada hekimlerinin ses tonlarının tıbbi uygulama hatası iddiası ile karşılaşma oranlarını büyük ölçüde etkilediği ortaya konmuştur, bu çalışmaya göre ses tonları daha yumuşak ve ses tonlarından endişeli oldukları, hasta ve hasta yakınları ile empati içerisinde oldukları sezilen hekimlerin %50 oranda daha az tıbbi uygulama hatası ile karşılaştıkları belirtilmiştir. Sesleri daha dominant olanların ise bu iddialarla %2.74 daha fazla oranda karşılaştıkları saptanmıştır. Sonuç olarak erkeklere oranla tıbbi uygulama hatası iddiaları ile çok daha az karşılaşan kadın hekimlerin hasta ile daha olumlu iletişim söylenebilmektedir (Hickson, Charles, Federspiel, Pichert, Miller, Gauld-Jaeger ve Bost, 2002; Yorulmaz, 2005). Ancak iletişim becerilerinin yanında, kadın doğum,

genel cerrahi gibi daha fazla tıbbi uygulama hatası iddiaları ile karşılaşılacak riskli uzmanlık alanlarındaki cinsiyet dağılımının da göz önünde tutulması gerekmektedir.

Davacı Hastaların Cinsiyet Dağılımı

Tıbbi uygulama hatası iddiasında bulunan hastaların cinsiyet dağılımına bakıldığında kadınların olguların %52'sini, erkeklerin ise %48'ini oluşturduğu görülmektedir (Şekil VI). İsveç'te yapılan bir araştırmada kadınların erkeklerden daha fazla tıbbi uygulama hatası iddiası ile şikayette bulundukları belirlenmiş, ancak kadınların tıbbi uygulama hatası iddialarının daha yüksek oranda doğru olduğu incelenen kararlardan saptanmıştır (Karin, 2003). Bu çalışmada iddiada bulunan hastaların cinsiyet oranlarına bakıldığında az bir farkla kadın cinsiyetin önde olduğu görülmektedir. Bilimsel literatürde kadınların daha olumsuz koşullarda tıbbi hizmet aldığını gösterir çalışmalar mevcuttur. Kadınların erkeklerden daha fazla tıbbi uygulama hatası iddiasında bulundukları, ancak erkeklerin iddialarına oranla, yargılama sonucunda haklı bulunma oranlarının daha yüksek olduğu İsveç'te yapılan bir araştırmada tespit edilmiştir (Karin, Jonas, Roberto, Mats ve Andrew, 2003).

Haklarında iddiada bulunulan sağlık personelinin %26'sını Kadın Hastalıkları ve Doğum uzmanı hekimlerin oluşturduğu da göz önüne alındığında, kadın hastaların daha riskli ve tıbbi uygulama hatası yapılma olasılığının daha yüksek olduğu, gebelik takibi, doğum, jinekolojik hastalıklar gibi sorunlarının da olduğu; bu faktörün de istenmeyen sonucun kadınlarda görülme riskini arttırdığı düşünülmüştür (Yorulmaz, 2005).

Davaların Süresi

Çalışmada dava açılmasından İlk Derece Mahkemesinde karar verilmesine kadar geçen sürelerin dağılımı incelendiğinde; olguların 2-5 yıl aralığında süren davalar şeklinde yoğunlaştığı, bir davanın ise 9 yılı aşan bir zaman diliminde sonuçlandığı, iki yıldan fazla süren davaların birden fazla bilirkişi raporu alındığı davalar olduğu görüldü (Şekil VII). İlk derece mahkemesi kararı sonrası Yargıtay'ın bozma kararına kadar geçen sürelerin dağılımına bakıldığında 1-4 yıl arasında değiştiği, Yargıtay bozma kararına kadar geçen sürecin 11 yıla kadar çıkabildiği tespit edildi (Şekil VIII). Bu bulguları teyit eder şekilde 06.11.2018 tarihinde Yargıtay'ın ev sahipliğinde yapılan sempozyumda davaların sıklıkla sekiz on yıl sürdüğü belirtilmiştir (Akay, Taştemir ve Yorulmaz, 2018).

İnceleme konusu davalarda kararların Yargıtay tarafından yeni bir bilirkişi incelemesi yapılmasının gerektiği belirtilerek bozulduğu da dikkate alındığında; davaların kesinleşme sürecinin daha da uzun olacağı anlaşılmaktadır. Tıbbi uygulama hatası iddialarına yönelik davalar nitelikleri gereği bilirkişi görüşüne başvurulmadan çözülemeyen uyuşmazlıklardır. Bu davaların süresinde, dolayısıyla adil yargılanma hakkının tesisinde bilirkişi raporları doğrudan etkili olmakta, yeterli bir bilirkişi raporu yargılamayı kısaltırken, birden fazla bilirkişi görüşüne başvurulması ilk derece mahkemesinin karar verme süresinin 2-5 yıl arasında yoğunlaşmasına neden olmaktadır. Yargıtay bozma kararına kadar geçen süre ve bozma sonrası yargılama da dikkate alındığında; yetersiz bilirkişi raporlarının adil yargılanma hakkının ihlaline sebebiyet verdiği görülmektedir.

İlk derece Mahkemelerinin Başvurduğu Bilirkişilik Kurumlarının Dağılımı

İlk derece mahkemeleri tarafından hükme esas alınan ve Yargıtay tarafından hükme esas almaya elverişsiz bulunan toplam 134 bilirkişi raporunun 88'inin ATK ilgili ihtisas kurulu tarafından, 19'unun ATK Genel Kurul tarafından, 1'i ATK grup başkanlığı tarafından düzenlenmiş olduğu görülmektedir. Mahkemelerin hükme esas aldığı bilirkişi raporlarının %80,4'ünün ATK tarafından düzenlenmiş olduğu, bunun sebebinin yerel Mahkemelerin Adli Tıp Kurumunu daha güvenilir bulması ve bilirkişi incelemelerinde Adli Tıp Kurumunu tercih etmeleri olduğu değerlendirildi (Şekil IX).

Ülkemizde yürürlükte olan mevzuat gereği tıbbi bilirkişilik görevi; mesleğini yerine getirmeye yetkili sağlık profesyonellerine verilmiştir. Bu kapsamda Adli Tıp Kurumu (ATK), üniversitelerin iddia konusu olay ile ilgili uzmanlık alanını içeren Anabilim Dalları ve Adli Tıp Anabilim Dalları, Adli Tıp Enstitüleri, Tabip Odaları Onur Kurulları, Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu ülkemizde bilirkişilik görevini üstlenen kurumlardır. Meslek odaları ve birlikleri ile ilçelerde İlçe Disiplin Kurulları, illerde ise İl Disiplin Kurulları, tıbbi uygulama hatalarını disiplin suçu kapsamında ele almaktadırlar (Yorulmaz, 2005; Öztürk, 2002; Doğan, 2019). Çalışmada Şekil IX'de gösterildiği gibi, ilk derece mahkemelerinde hükme esas alınan bilirkişi raporlarının hazırlandığı bilirkişilik kurumlarının dağılımına bakıldığında; ilk sırada bariz bir üstünlükle Adli Tıp Kurumu'nun olduğu (%65.70 Adli Tıp Kurumu İhtisas Kurulları, %14 Adli Tıp Kurumu Genel Kurul, %0,70 Adli Tıp Kurumu Grup Başkanlığı) görülmektedir.

Elbette bu tercihin birden fazla nedeni bulunmaktadır. Öncelikle söz konusu büyük hizmeti sunabilmek açısından fiziki yapılanması en iyi bilirkişilik kuruluşudur. 6754 sayılı Bilirkişilik Kanunu ile 03.11.2016 tarihinde yapılanmasında değişiklikler yapılmıştır. Kurumun iş yoğunluğu ve ihtisas kurulları ile ihtisas dairelerine gelen işler göz önünde bulundurularak, Adli Tıp Genel Kurulu olarak bilinen kurulun isminin Adli Tıp Üst Kurulu olarak değiştirilmesi ve üç kuruldaki oluşacak şekilde düzenlenmesi sağlanmıştır. Daha önceden, ölümle sonuçlanan tıbbi uygulama hatalarına Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu, ölümle sonuçlanmayan tıbbi uygulama hatalarına İkinci Adli Tıp İhtisas Kurulu bakarken, yeni değişikliklerle, son yıllarda artış gösteren tıbbi uygulama hataları ile ilgili olarak iki ayrı ihtisas kurulu daha oluşturulmuş (7. ve 8. İhtisas Kurulları) ve bu kurulların sadece bu konu ile ilgili işlerle ilgilenmesi amaçlanmıştır. (Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 2016).

Bunun yanında 6100 Sayılı HMK 268. maddesinin 3. Fıkrası, “Kanunların görüş bildirmekle yükümlü kıldığı kişi ve kuruluşlara görevlendirildikleri konularda bilirkişi olarak öncelikle başvurulur.” hükmünü haizdir. Adli Tıp Kurumu, yargı makamlarınca resmi bilirkişi denildiğinde ilk akla gelen kurumdur. HMK’da resmi kurumlara öncelikli olarak başvurulacağı düzenlemesi, yargı makamlarının bilirkişi incelemesini Adli Tıp Kurumu’na yaptırımlarının önemli bir sebebidir. Öncelikli olarak başvurulması gereken bir resmi bilirkişi kurumu olması, yargı makamları tarafından zaman zaman zorunlu olarak başvurulması gereken bir bilirkişi kurumu olduğu şeklinde yorumlanabilmektedir. Oysa ki Anayasa Mahkemesi, ceza davalarında Yüksek Sağlık Şurasına zorunlu başvuru düzenlemesini anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir, zira hakimlerin belli bir bilirkişilik kurumuna başvurularının zorunlu tutulması Anayasa’nın 138.maddesinin 1.fıkrasında yer alan Hakimlerin görevlerinde bağımsız olduklarına, Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre karar hüküm vereceklerine dair düzenlemeye aykırı olacaktır (Anayasa Mahkemesi; E: 2009/69, K: 2010/79, K.T.: 03.06.2010).

Anayasa Mahkemesi anılan kararında;

“Ceza davasında amaç maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. İtiraz konusu kuralla, bu amaca hizmet edecek şekilde 1930’lu yıllarda YSS’na resmi bilirkişilik görevi verilmiştir. Söz konusu kuralda, mahkemelerin görüşünü alabileceği üniversitelerin tıp fakülteleri, eğitim veren devlet hastaneleri veya Adli Tıp Kurumu gibi donanımlı tıbbi kurumlara başvuru olanağının bulunmasına karşın, belirtilen yapıyla faaliyet gösteren YSS’nın görüşünü

almaya mahkemelerin zorlanması ve söz konusu Kurul'un görüşünün alınması için belli bir süre de öngörülmemesi davaların gereksiz yere uzamasına neden olabilecektir. Bu durumun Anayasadaki mahkemelerin bağımsızlığı ve adil yargılama ilkeleriyle bağdaşmadığı açıktır, kuralın iptali gerekir.”(Anayasa Mahkemesi; E: 2009/69, K: 2010/79, K.T.: 03.06.2010).

Kaldı ki Adli Tıp Kurumu gibi, Üniversiteler de resmi bilirkişidir. Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun 31. Maddesinde, diğer adli ekspertiz kurumları başlığında; Yükseköğretim Kurumları veya birimlerinin, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda resmi bilirkişi olarak kabul edileceği düzenlemesi mevcuttur. Yargı makamlarının resmi bilirkişi olarak yalnızca Adli Tıp Kurumu'nu akla getirdikleri ve tıbbi uygulama hatası dosyalarını uzun yıllar sadece Adli Tıp Kurumu'na gönderme eğiliminde oldukları çalışmanın bulgularından da anlaşılmaktadır. Nitekim İlk derece Mahkemesi tarafından hükme esas alınan raporların sadece %7'sinin Yüksek Öğretim Kurumları tarafından verilen bilirkişi raporları olduğu görülmektedir.

Bilirkişi raporlarında taraf iddia ve itirazlarının karşılanmaması – Hukuki Dinlenilme Hakkı

Çalışmada Yargıtay 13.Hukuk Dairesi tarafından bilirkişi raporlarının hükme esas almaya elverişli bulunmama sebepleri tasnif edilmiştir (Tablo II). Bazı olgularda birden fazla sebep birlikte bulunmaktadır. Bilirkişi raporlarının elverişsiz bulunma sebeplerinin en başında davacının iddialarını karşılayacak nitelikte bir bilirkişi raporu olmaması ve/veya davacının bilirkişi raporuna itirazlarının dikkate alınmaması gelmektedir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 50 olguda bilirkişi raporunda davacının iddia ve/veya itirazlarının karşılanmamış olmasını bozma sebebi yapmıştır.

Bilirkişiden tarafların tüm iddialarını aydınlatır nitelikte bir bilirkişi raporu hazırlaması beklenmektedir (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2015/41685, K: 2018/5417, KT: 09.05.2018). Yargıtay 13. Hukuk Dairesi ayrıca tarafların bilirkişi raporuna itirazlarının Mahkeme tarafından dikkate alınarak, itirazları karşılayacak bir rapor alınması gerektiğini içtihatlarında vurgulamaktadır (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2015/38686, K: 2018/5002, K.T.: 24.04.2018). Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 09.05.2018 Tarih 2015-41685 Esas 2018-5417 Karar Sayılı kararında “....dosya kapsamı incelendiğinde, alınan raporların davacı tarafın itirazlarını aydınlatır nitelikte olmadığı, özellikle davacının görme kaybının uyarılara rağmen geç farkına varıldığı, dolayısıyla bu husustaki tedavisinin geciktirildiği iddialarının

tam olarak aydınlatılamadığı anlaşılmaktadır. “ şeklinde ifadelerle rapordaki eksikliği belirterek, davacı iddialarını aydınlatacak şekilde bir bilirkişi raporu alınması gerekliliğinden bahsetmiştir.

Her ne kadar bilirkişi incelemesinin bir kez yapılmasının esas olduğu bilirkişi kanununda düzenlenmiş olsa da, davacının iddialarını tam olarak karşılamayan yetersiz bir rapora göre hüküm kurulması beklenemez, tarafların rapora itirazlarının dikkate alınması ve bilirkişiye soru yöneltme imkanı tanınması ise temel bir yargısal hak olmakla birlikte, HMK’nın 281. Maddesinin birinci fıkrasında, tarafların bilirkişi raporunda eksik gördükleri hususlara itiraz edebilecekleri veya belirsizlik durumunda bilirkişiden açıklama isteyebilecekleri düzenlemesi de mevcuttur. Uygulamada Bilirkişi raporuna taraflarca itiraz edildiği durumlarda Mahkeme tarafından aynı bilirkişiden itirazlara cevap verir nitelikte ek rapor alınabilmekte, usul ekonomisi ilkesi gereği ek raporun yetersiz olacağı değerlendirilirse yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılması yoluna gidilmektedir (Toraman, tarihsiz, sf.172; Yenipınar, 2016, sf. 43).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 11.03.2014 Tarih 2013/31720 Esas 2014/6920 Karar sayılı kararında; Adli tıp Raporuna karşı davacı tarafın itiraz dilekçesinde belirttiği hususların üzerinde durularak, ek rapor veya yeni bilirkişi incelemesi yapılması gerekliliğini, bilirkişi raporuna yapılan itirazın keyfi olarak reddedilemeyeceğini şöyle ifade etmektedir:

“Ne var ki, Mahkemece, bu itirazlar üzerinde durulmamış, ek rapor alınmadığı gibi, yeni bir rapor alınması yönünde bir işlem de yapılmamıştır. Mahkemece, 26.4.2012 tarihli celsede rapora itiraz reddedilmiş ise de, gerekçe gösterilmemiştir.”

Anılan karardan anlaşıldığı gibi Bilirkişi raporuna itirazın Mahkeme tarafından reddedildiği ve ek rapor veya yeni bir bilirkişi incelemesine gidilmediği durumlarda, mutlaka gerekçesinin de belirtilmesi gerekmektedir.

Tarafların bilirkişi raporuna itirazlarının karşılanması, hukuki dinlenilme hakkının bir gereği olarak ortaya çıkmakta, bilirkişi görüşünün taraflarca karşılıklı olarak tartışılmasına imkan verilmesi anlamına gelmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 2016/2317 Esas, 2018/61 Karar, 24.01.2018 Tarihli kararında; hukuki dinlenilme hakkının bilgilenme, bilgilendirme, açıklama yapılma ve dikkate alınma gibi hususları içerdiği, bu hususların yargılamanın her aşamasında dikkate alınması gerektiği, sadece tarafların açıklamalarını değil, hukuki dinlenilme hakkının bilirkişinin açıklamalarını da kapsayacağı belirtilmiştir.

Anılan karar, bilirkişinin, tarafların itirazları karşısında açıklama yapmasının önemini de göstermektedir.

“Bu kapsamda hukuki dinlenilme hakkı, bilgilenme/bilgilendirme, açıklama yapma, yargı organlarınca dikkate alınma ve kararların gerekçeli olması gibi hususları içerdiği açıktır. Bilgilenme hakkı, yargılamanın içeriğine dair tam bir bilgi sahibi olmanın yanında gerek karşı tarafın gerekse de yargı organlarının dosya içeriğine yapmış oldukları işlemleri öğrenmelerini kapsar. Bilgilenme/bilgilendirme hakkının etkin biçimde kullanılabilmesi için gönderilecek tebligat ve davetiyelerde kanunda öngörülmüş şekil şartlarına sıkı sıkıya uyulması gerekmektedir. Ayrıca bu hak sadece davanın başındaki iddia ve savunmalar açısından değil yargılamanın her aşamasında dikkate alınmalıdır. Bu kapsamda devam eden bir yargılamada tarafların açıklamaları için bilgilendirme yeterli olmayıp yargılamada yer alan diğer kişilerin (tanık, bilirkişi gibi) açıklamaları açısından da önemlidir. Bilgilenme hakkının usulüne uygun kullanımı ile tarafların haklarında öğrendikleri isnat ve iddialara karşı beyanda bulunabilme, davaya yönelik bilgi ve belge verebilme yani açıklama yapma hakkı da hukuki güvenceye bağlanmaktadır. Böylece davanın her iki tarafına eşit şekilde açıklama yapma hakkı tanınması ile adaletin görünür kılınması sağlanacaktır. Açıklamada bulunma hakkı, tarafların, yazılı veya sözlü şekilde iddia ve savunmalara karşı itirazda bulunabilme, davaya ilişki beyanda bulunmalarını sağlar.” (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu; E: 2016/2317, K: 2018/61, K.T.: 24.01.2018).

Tarafların bilirkişiye soru yöneltme, bilirkişi görüşüne karşı itirazlarını sunma haklarının etkin bir şekilde kullandırılmasına yönelik araçlar hukuk muhakemesi kanununda düzenlenmiştir. Bilirkişi raporu üzerinde etkin bir şekilde taraf denetiminin sağlanabilmesi bu düzenlemelerin uygulamada yer bulması ile mümkün olabilecektir (Toraman, 2017, sf.650).

Bilirkişi tarafından hazırlanan raporun sunulması ile bilirkişinin görevi son bulmamaktadır. HMK 152 ve 281/2. maddelerinde yer alan bilirkişinin duruşmada dinlenmesi, taraf vekillerinin bilirkişiye doğrudan soru yöneltebilmesi düzenlemeleri tarafların bilirkişi raporunu denetleme araçları olup, bu araçlar sayesinde bilirkişinin niteliğinin, uzmanlığının duruşmada ortaya konulması, düzenlediği raporun açıklattırılması ile raporun taraflar ve Mahkeme nezdinde güvenilirliği artırılabilir, taraf ve Mahkeme denetiminin etkin bir şekilde yerine getirilmesi sağlanabilecektir (Karaburun, 2017).

Taraf denetim enstrümanı olarak “uzman görüşü”

Taraflarca HMK 293.maddesi uyarınca alınan uzman görüşünün de taraf denetiminde önemli bir işlevi olduğu, uzman görüşü ile Mahkemece alınan bilirkişi raporu üzerinde şüphe yaratılarak, bilirkişi raporunun güvenilirliğinin sorgulandığı, taraflarca denetlendiği ve Mahkemeyi rapor üzerindeki tereddüdü giderecek yeni bir bilirkişi incelemesine sevk ettiği söylenebilir (Toraman, 2017, sf.666).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 10.12.2015 Tarih 2014-43980 Esas 2015-36163 Sayılı Kararında *“Mahkemece, dosyaya biri Kardiyoloji Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve biri de Ticaret ve Borçlar Hukuku Öğretim Üyesi olan iki kişilik kuruldan bilirkişi raporu alınmak suretiyle, davanın reddine karar verilmiştir. Oysaki davacılar alınan rapora itiraz etmiştir; itirazlarını destekler biçimde aldıkları özel raporları da dosyaya ibraz etmişlerdir. Mahkemece Alınan rapor hüküm kurmaya elverişli değildir. “* demek suretiyle taraf itirazlarını karşılar şekilde yeni bir bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğini belirtmiş, uzman görüşü ile desteklenen taraf itirazına dikkat çekmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, uzman görüşü ile desteklenmeyen taraf itirazlarını dahi karşılayan yeni bir bilirkişi incelemesi yapılması gerekliliğine işaret ediyorken, taraf itirazının bir de uzman görüşü ile desteklendiği bir durumda bunun yeni bir bilirkişi incelemesini gerektirmeyeceği söylenemez. Aksi yönde görüşler de mevcut olup, bazı kaynaklarda uzman görüşünün tek başına yeni bir bilirkişi incelemesi için haklı sebep oluşturmayacağı, ancak keyfi bir şekilde reddedilemeyeceği belirtilmektedir (Toraman, 2017, sf. 625). Yargıtay 13. Hukuk Dairesi içtihatlarına bakıldığında dosyadaki bilirkişi görüşü ile farklı görüş bildiren, çelişki oluşturarak söz konusu bilirkişi görüşü üzerinde tereddüt yaratan nitelikte bir uzman görüşünün tek başına yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılması için haklı bir gerekçe olduğu kabul edilmelidir.

Nitekim Yargıtay 15.Hukuk Dairesi’nin 10.11.2016 Tarihli, 2015/5127 Esas, 2016/4635 Karar Sayılı kararında uzman görüşü ile dosyadaki bilirkişi görüşünün çelişkili olması halinde uzman görüşünün dikkate alınarak yeni bir bilirkişi incelemesi yapılmasının Adil Yargılanma Hakkının bir gereği olduğunu vurgulamıştır.

“Alınan bilirkişi raporuna davalı vekili esaslı itirazlarda bulunmuş ve bu itirazlarına 6100 sayılı HMK’nın 293. maddesi gereğince alınan uzman görüşünü dayanak olarak eklemiştir. Bilindiği üzere 6100 sayılı HMK’nın 293. maddesinde düzenlenen uzman görüşü,

tarafaların uyuşmazlığın aydınlanabilmesi, anlaşılabilmesi ve iddia ve savunmaların ispatı için kendisinin belirlediği özel ve teknik bilirkişiden bir konuda bilgi alması olarak düzenlenmiş olup, uygulamada özel bilirkişi adı da verilmektedir. Taraflar kendi menfaatlerini koruyabilmek ve alınan bilirkişi raporundan tatmin olmamaları halinde olayın tam olarak aydınlanmasını sağlamak ve doğru ve adil kararın verilmesi için uzman görüşü alıp mahkemeye ibraz edebilecektir. Mahkeme özellikle özel ve teknik bilgiyi gerektiren konularda, tarafın sunduğu uzman görüşünün dava konusuyla ilgili olması halinde mutlaka dikkate almak ve değerlendirmek zorundadır. Bu anlamda alınan bilirkişi raporuna, taraflardan biri, uzman görüşüne dayanmak suretiyle itiraz etmiş ve bu itirazlar mahkeme tarafından hiç değerlendirmeye alınmamış ve itirazlar gerekçeli bir şekilde karşılanmamış ise uzman görüşüne dayanan tarafın 6100 sayılı HMK'nın 27., Anayasa'nın 36. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkının en önemli unsuru olan hukuki dinlenme hakkını ihlal etmiş olabilecektir. Dosyaya ibraz edilen uzman görüşünde bilirkişi raporu ile tespit edilen görüşlerinin aksine tespit ve görüşler ileri sürülmüş olup, bilirkişi raporu ile uzman görüşü ciddi şekilde çelişkiler içermektedir. Alınan bilirkişi raporu ile uzman görüşü arasındaki çelişkinin giderilmesi amacıyla dosyanın yeni bir bilirkişi heyetine tevdi edilmesi yerine yetersiz ve esaslı itiraza uğrayan rapora dayanılarak uzman görüşü karada gerekçeli olarak değerlendirilip tartışılmadan karar verilmiş olması doğru olmamış, bozmayı gerektirmiştir." (Yargıtay 15. Hukuk Dairesi; E: 2015/5127 K: 2016/4635 K.T.: 10.11.2016).

Çalışmada İncelenen bilirkişi raporlarının hükme esas almaya elverişsiz bulunduğu olguların hiçbirinde ilk derece mahkemeleri tarafından bilirkişilerin duruşmada dinlenmesi, tarafların soru sorma gibi denetim araçlarının kullanılmadığı, 50 olguda ise, itirazlara cevap verir nitelikte bilirkişi raporu alınmadan karar verildiği görülmüştür.

Bilirkişi Raporlarında Gerekçe ve Bireyselleştirme

Bilirkişi raporlarının elverişsiz bulunma sebeplerinin içinde Bilirkişi Raporunun Gerekçesiz, Soyut ve Yeterince Açıklayıcı Olmaması da önemli bir yer tutmaktadır. Rapor alınmadan karar verilen bir olgu hesaba katılmadığında 120 olgu içinde 43'ünde bilirkişi raporları gerekçesiz, soyut ve yeterince açıklayıcı olmadığı için hükme esas alınamayacağı belirtilerek Yargıtay tarafından bozma sebebi yapılmıştır.

Bilirkişi raporlarının Mahkeme tarafından yapılan görevlendirme kapsamında detaylı açıklamalar içermesi, gerekçeli olması, neden sonuç ilişkisinin anlaşılır bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir. HMK'nın 279/2. maddesi bilirkişi raporlarının gerekçeli olması gerektiği düzenlemesini içermektedir. Bilirkişi raporunun gerekçesiz olması kanuna açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Bununla beraber, Bilirkişi raporu ancak gerekçeli olduğu takdirde taraf, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli olabilir. Uygulamada bilirkişilerin şablon rapor denilen tek tip rapor kullanarak soyut ve genel geçer ifadelerle sonuca vardıkları, somut olayın özelliklerine ve hastaya göre bireyselleştirme yapmadıkları görülmektedir (Sayıcı, 2009; Işıkaçan, 2014; Pakiş, 2014, Deryal, 2017, sf. 410). Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 15.05.2018 Tarih 2016/23293 Esas 2018/5805 Karar Sayılı içtihadında Adli Tıp Genel Kurul Raporunu genel geçer ifadelerle komplikasyon sonucuna varması sebebiyle hükme esas almaya elverişli bulmayarak, raporların bireyselleştirilmesi gerekliliğine değinmiştir;

“hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulu'nun 23.07.2015 tarihli raporunda, yapılan ameliyat tekniğinin uygun olduğu ve ameliyat sonrası ortaya çıkan nörolojik tablosunun bu tür ameliyatlardan sonra her türlü özene rağmen oluşabilen her hangi bir tıbbi kusur ya da ihmal izafe edilemeyen "komplikasyon" olarak nitelendirildiği, kişinin ameliyatını gerçekleştiren sağlık çalışanlarına atfı kabil kusur tespit edilemediği mütalaasında bulunulmuştur. İşbu raporda, davacı hastanın ameliyat öncesi var olan durumu ve ameliyat sırası açısından davalı doktorun eylemlerinin ortaya çıkan sonuca etkileri değerlendirilerek neticeye gidilmiş olup, davacı yanın dava dilekçesi ile ileri sürdüğü üzere ameliyat sonrası nekahat döneminde davalı doktorca uygulanan ve/veya uygulanması gerekirken sarfinazar edilen fizik tedavi vb gibi olası tedavi seçeneklerinin önceki zaman diliminde uygulanması halinde ortaya çıkan sonucun yine de yaşanıp yaşanmayacağı değerlendirilmemiştir. Yine, gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve gerekse Anayasa Mahkemesi'nce benzer olaylarda yapılan bireysel başvurular sonucu alınan kararların incelenmesinde, mahkemece hükme esas alınan Adli Tıp Genel Kurulu raporunda ifade edildiği gibi "komplikasyon" genel sonucuna varan raporlara dayalı mahkeme kararları ısrarla eleştirilmekte ve ortaya çıkan sonucun bireyselleştirilmesi gereğinin altı çizilmektedir.”

Bilirkişi görüşleri arasındaki çelişkinin giderilmesi

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararlarında, dosyada çelişkili raporlar olduğu takdirde, hükme esas alınacak raporun çelişkiyi giderecek nitelikte bir rapor olması gerektiğini belirtmektedir. Bu durumda Yargıtay tarafından Çalışmada incelenen 12 olguda hükme esas

alınan raporun, dosyada mevcut diğer raporlar ile çelişkiyi giderir nitelikte olmaması sebebiyle raporun yetersiz ve hükme esas almaya elverişsiz olduğu kabul edilmiştir.

Raporlar arasında çelişki olduğu takdirde, raporların hangi kurumdan verildiğinin veya bilirkişinin kim tarafından görevlendirildiğinin önemi bulunmamakta, uygulamada bazen karşılaşılan yanlışlığın aksine resmi bilirkişi raporuna herhangi bir üstünlük tanınmamaktadır (Pakiş, 2014).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 22.03.2017 Tarih 2015/39729 Esas 2017/3455 Karar Sayılı İlâmına konu olguda; davacı karın ağrısı ve ateş şikayeti ile davalı hastane acil servisine başvurduğu, apandisit şüphelendiğini hekime defalarca söylediği halde gerekli tetkikler yapılmadan antibiyotik ve ağrı kesici verilerek gönderildiğini, aynı günün gecesinde tekrar aynı şikayetlerle acil servise başvurduğunu idrar testi yapılarak sabah bir dahiliye uzmanına görünmesinin önerildiğini, ertesi gün ağrıların şiddetlenmesi üzerine tekrar hastaneye başvurduğunu ve apandisit tanısıyla acil ameliyata alındığını, davalı hastane ve hekimin apandisit tanısını atlayarak ve gerekli tedaviyi zamanında yapmamış olması sebebiyle kusurlu olduğunu iddia ederek tazminat davası açmıştır. Mahkemece önce Adli Tıp Uzmanı bilirkişiden rapor alınmış, Adli Tıp Uzmanı bilirkişi raporunda; “cerrah olsun olmasın tüm hekimlerin akut apandisit konusunda ayrıntılı bilgi sahibi olmaları gerektiğini, somut olayda hastaya genel cerrahi konsültasyonu ve USG tetkiki yapılmadığını, akut apandisitte kontrendike olmasına rağmen analjezik tedavisi verildiğini, müşahede altına alınmadığını, hastanın ertesi sabah patlamış apandisit teşhisiyle acilen ameliyata alındığını, uygulanan tıbbi tedavinin ve hastanede yapılan işlemlerin eksik ve kusurlu tedavi niteliğinde olduğunu “ bildirmiştir. Mahkeme tarafından yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasına karar verilerek, bu sefer Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Kurulundan görüş istenmiştir. Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu raporunda; idrar tetkikinde idrar yolu enfeksiyonu bulgularının olduğunu, buna yönelik tedavi yapıp hastanın branş hekimine yönlendirildiğini, hastayı ilk olarak değerlendiren pratisyen hekimin ve diğer hekimlerin uygulamalarının tıp kurallarına uygun olduğunu, pratisyen hekimin gösterilmesi gereken özeni göstermesine rağmen söz konusu patolojik bulguyu ilk muayene sırasında tespit edememesinin tıbben beklenebilir bir durum olduğunu bildirir şekilde kanaate varılmıştır. Mahkeme tarafından Adli Tıp Kurumu raporuna üstünlük tanınarak, hekim ve hastane lehine karar verilerek dava reddedilmiştir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Adli Tıp Kurumu ile Adli Tıp Uzmanı Bilirkişi tarafından verilen bilirkişi raporunun, rapor sonucu itibarıyla çelişkili olduğunu ve mahkeme tarafından bu çelişkiyi

giderecek nitelikte yeniden bilirkişi raporu alınması gerektiğini belirterek bozma kararı vermiştir.

Anılan karardan anlaşıldığı gibi Adli Tıp Uzmanı bilirkişinin raporu ile Adli Tıp Kurumu Raporu arasında bir çelişki olduğunda, bu çelişkinin giderilmesi gerekmekte, bilirkişilik görevi kanunla düzenlenmiş olması sebebiyle resmi bilirkişi olarak nitelendirilen Adli Tıp Kurumu'nun raporuna üstünlük tanınmamaktadır. Ayrıca, Bilirkişilik Kanunu ile yapılan değişiklik sonucu idari yapıdan kaldırılan Adli Tıp Genel Kurulu, Adli Tıp İhtisas Kurulları veya Dairelerinin verdiği raporlar arasında çelişki oluşması halinde çelişkiyi gidermekle görevliydi. Ancak bu husus, Adli Tıp Genel Kurulu tarafından verilen rapor ile dava dosyasındaki diğer raporların çelişmesi durumunda Adli Tıp Genel Kurulu Raporuna üstünlük tanınacağı anlamına gelmemektedir. ATK Kanununun 23.maddesinde "Adli Tıp Genel kurulu kararları nihai olmakla beraber mahkemelerin delilleri serbestçe takdir hususundaki yetkilerini kısıtlamaz." düzenlemesi bulunmaktadır.

Ceza dosyasından kazandırılan bilirkişi raporlarının tazminat davasında da dikkate alınması ve çelişkinin giderilmesi

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.04.2014 Tarih 2013/29971 Esas 2014/10459 Karar Sayılı İlamında, İlk Derece Mahkemesinin, ceza dosyasından kazandırılan bilirkişi raporları ile çelişkiyi gidermeden Adli Tıp Genel Kurul raporunu hükme esas alarak karar vermesini bozma sebebi yapılmıştır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi *"alınan Adli Tıp Kurumu Genel Kurul raporu benimsenmek suretiyle, davanın reddine karar verilmiş ise de, dosya kapsamının incelenmesinde ilgili ceza dosyasında alındığı anlaşılan, Yüksek Sağlık Şurası'nın 4-5 Aralık 2003 tarihli inceleme raporunda Davalı Hekime kusur izafe edildiği, Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Kurulu'nun raporunda ise, ölüm sebebinin "kabakulak sonrası sekonder enfeksiyon olarak gelişen çift taraflı ampiyem" olarak tespit edildiği, buna rağmen mahkemece dosyaya kazandırılan 25.08.2010 tarihli Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu ve 26.07.2012 tarihli Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu raporlarında ise davalılara kusur izafe edilmediği anlaşılmakla, dosya içerisindeki raporlar arasında çelişki olduğundan ve bu durumun açığa kavuşturulmamış olması nedeniyle, mahkemece yapılacak iş, bir Üniversiteden, Öğretim Üyelerinden oluşturulacak aralarında "Enfeksiyon" ve "Çocuk Hastalıkları" uzmanının da yer alacağı konusunda uzman, akademik kariyere sahip bilirkişi kurulundan yapılan*

işlemlerin tıp bilimi açısından yeterliliği hususunda, davalılara atfı kabil bir kusur olup olmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, Hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalıların kusurlu olup olmadığının belirlenmesi...”

Anılan karardan anlaşıldığı gibi; ceza dosyasından kazandırılan bilirkişi raporlarının da, tazminat davasında dikkate alınması, çelişki olduğu takdirde bu çelişkiyi giderir nitelikte açıklayıcı rapor düzenlenmesi gerekmektedir. Bilirkişinin inceleme yaparken çelişkiyi giderebilmesi için, çelişki oluşturan raporları da inceleyerek meseleye açıklık getirmesi aranmaktadır.

Yargıtay’ın 04.04.2018 Tarih 2016/20933 Esas 2018/4147 Karar Sayılı kararına konu olguda, Mahkeme tarafından önce üç kişilik bir bilirkişi heyeti görevlendirilmiş, ancak bu raporda kesin bir görüş ortaya koyulmadığı ve bilirkişiler tarafından kusur olarak belirlenen davranışla ölüm olayı arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığı hususunun aydınlatıcı nitelikte olmadığı değerlendirilerek, rapora itibar edilmemiş, bu nedenle İstanbul Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Dairesi'nden yeni bir rapor alınmıştır. Adli Tıp Kurumu raporu üçlü bilirkişi heyeti raporu ile farklı görüş bildirmiş, Mahkeme Adli Tıp Kurumu Raporunu esas hükme esas almıştır.

Yargıtay, her ne kadar üçlü bilirkişi raporuna Mahkemece itibar edilmemiş ise de, üçlü bilirkişi raporunda belirtilen ve Adli Tıp Kurumu raporu ile çelişki oluşturan hususların da dikkate alınması gerektiğini, Adli Tıp Kurumu raporunun bu çelişkileri açıklayıcı nitelikte olmaması sebebiyle hükme esas alınamayacağını belirterek bozma kararı vermiştir.

İlgili Kararda Yargıtay tarafından şu ifadeler kullanılmıştır “ *Dosya kapsamı incelendiğinde, mahkemece her ne kadar itibar edilmemiş ise de, üçlü bilirkişi heyeti raporu ile karara esas alınan Adli Tıp Kurumu'nun raporu arasında çelişki olduğu, Adli Tıp Kurumu'nun raporunun bu çelişkiyi açıklayıcı nitelikte olmadığı, yine Adli Tıp Kurumu'nun raporunun tarafların iddialarını da karşılar açıklıkta ve davalıya isnat edilen kusur yönünden de aydınlatıcı nitelikte olmadığı anlaşılmaktadır.*”

İki bilirkişinin farklı görüşte olması halinde, çelişkinin giderilmesi her zaman üçüncü bir bilirkişi raporu alınması anlamına mı gelmektedir? Yargıtay 13. Hukuk Dairesi yukarıda anılan kararında; ikinci rapor olarak alınan Adli Tıp Kurumu Raporunun çelişkiyi açıklayıcı nitelikte olmadığını vurgulamıştır. Anılan karardan şu sonucu çıkarmak mümkündür. Adli Tıp Kurumu raporu, birinci rapordaki hususlar ile mevcut çelişkiyi açıklayıcı nitelikte

değildir. Eğer istenen nitelikleri haiz olsaydı gerekçesi belirtilerek Mahkeme tarafından Adli Tıp Kurumu raporuna üstünlük tanınabilecek, çelişkinin giderilmesi için üçüncü bir bilirkişi incelemesi yapılması gerekmeyecekti. Somut olayda olduğu gibi, ikinci rapor da çelişkiyi açıklar nitelikte değilse, o zaman üçüncü bir bilirkişi incelemesine gidilmesi gerekecektir. Hakim tarafından kanaat elde edilebilmesi için; ikinci raporun çelişkiyi açıklayıcı nitelikte olması gerektiği, bunun için de mutlaka bilirkişi tarafından dosyadaki diğer bilirkişi raporlarının da dikkate alınması gerektiği görülmektedir (Akil 2011; Karaburun, 2017).

Bilirkişinin diğer bilirkişi raporlarını dikkate alınması - Çelişkiyi açıklayıcı rapor

Bu çalışmada incelenen 3 olguda, dosyadaki başka bilirkişi raporunun, bilirkişi tarafından dikkate alınmamış olması bilirkişi raporunun yetersiz olma sebebi olarak kabul edilmiştir. Bilirkişinin tüm dosya kapsamını incelemesi dosyada mevcut diğer raporları da dikkate alması, şayet farklı görüşte ise bunun nedenlerini de açıklayıcı bir rapor hazırlaması gerekmektedir.

Bu husus bilirkişinin diğer bilirkişi raporlarını denetlemesi ve hakimın yetki alanına girmesi anlamına gelmemekte ancak varsa çelişkiyi açıklayıcı rapor düzenleyerek hakimi özel veya teknik bilgi hakkında aydınlatma görevini tam olarak yerine getirmesi anlamına gelmektedir. Hakim ancak böyle açıklayıcı bir rapor düzenlenmesi halinde yeni bir bilirkişi incelemesine gerek duymayabilecektir.

İncelenen olgulardan birinde, tazminat dosyasına ceza dosyasından kazandırılan davalıların tıbbi bakım standardından sapmadığının mütalaa edildiği Sağlık Şurası kararından söz edilerek, tazminat dosyasında Mahkeme tarafından alınan bilirkişi heyet raporuna itibar edilip, davalı hekim ve hastane lehine hüküm kurulduğu görülmüştür. Yargıtay bu olguda, ceza dosyasındaki Yüksek Sağlık Şurası dışındaki diğer bilirkişi raporları olan ve farklı görüş bildiren Adli Tıp Kurumu bilirkişi raporlarının hükme esas alınan bilirkişi heyet raporunda dikkate alınmamış olmasını raporun yetersizlik sebebi olarak kabul etmiştir.

“...ancak gerek hükme esas alınan 29.11.2010 tarihli bilirkişi heyeti raporunda, gerekse mahkeme gerekçesinde anılan adli tıp raporları üzerinde durulmamıştır (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2015/10933 K: 2016/17641 K.T.: 03.10.2016).

Görüldüğü gibi Yargıtay 13. Hukuk Dairesi bilirkişinin dosyadaki diğer bilirkişi raporlarının üzerinde durmasını aramaktadır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, Tabip Odası tarafından mesleki etik kapsamında başlatılan disiplin soruşturmasında, Tabip Odası tarafından soruşturmacı olarak atanan uzman raporunun da tazminat davasında bilirkişi incelemesinde dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir. İncelenen bir olguda Tabip Odası tarafından endikasyon olmadan interspinoz cihazı kullanması sebebiyle hekim hakkında verilen disiplin cezasının dikkate alınması gerektiği belirtilmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 03.10.2016 Tarih 2015/10933 Esas 2016/17641 Karar Sayılı Kararında, bilirkişi tarafından Sağlık Müdürlüğü'nün yaptığı inceleme sonucu düzenlenen incelemeci raporunun dikkate alınmaması, bilirkişi raporunun yetersizlik ve hükme esas almaya elverişsizlik sebebi olarak belirtilmiştir.

“Mahkemece, ATK Başkanlığı raporları hükme esas alınarak dava reddedilmiştir. Adli Tıp Kurumu raporlarında, hastada gelişen malign hipertermi tablosuna ilişkin bulguların ne zaman başladığı, davalı doktorlar tarafından zamanında anlaşılıp anlaşılamadığı, bu yönde yapılan tedavinin zamanında ve yeterli olup olmadığı, operasyona zamanında son verilip verilmediği, hastanın yoğun bakım ünitesine alınmayıp ameliyathanede tedavi uygulanmasının uygun olup olmadığı, hasta yoğun bakıma alınsa idi sonucun değişip değişmeyeceği, hastanın ameliyata alınması ile başka bir hastanenin yoğun bakımına sevk edilmesi arasında geçen zaman diliminin olağan olup olmadığı, sevkte bir gecikmenin bulunup bulunmadığı, hastanenin yoğun bakım ünitesinin somut olaydaki hasta için yeterli olup olmadığı hususlarının somut ve gerekçeli şekilde belirtilmediği ve Dr... ve Dr... tarafından düzenlenen “İnceleme Raporu”nun değerlendirilmediği anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenlerle Adli Tıp Kurumu raporları yetersiz olup hükme dayanak yapılamaz.”

Bu Yargıtay kararları, resmi bilirkişilik kurumu raporlarında, Türk Tabipleri Birliği ve Sağlık bakanlığı incelemelerine ait bilirkişi görüşlerinin de yadsınamayacağını açıkça göstermektedir.

Bilirkişi Raporlarında Aydınlatılmış Onam Değerlendirmesi

İncelenen 9 olguda ilk derece Mahkemesi tarafından hükme esas alınan bilirkişi raporunda Hastanın aydınlatılmış onamının alınıp alınmadığı hususunun irdelenmediği görülmüştür. Esasen Hastanın aydınlatılmış “onamının alınıp alınmadığı” hâkim tarafından saptanabilecek, hâkimin genel hukuk bilgisi ile çözümlenebilecek bir husus olduğu söylenebilir (Üstündağ, 2000, sf, 649, Deryal, 2019; Karaburun, 2019). Yargıtay 13. Hukuk

daresi de bu sebeple tek eksikliğin aydınlatılmış onamın varlığının ispat edilmediği durumlarda, yeniden bilirkişi incelemesi yapılmasını aramamış, Mahkeme tarafından ispat külfetinin davalıda olduğu dikkate alınarak bu hususta değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2015/42946 K: 2018/6144 K.T.: 23.05.2018). Ancak onam yeterliliği tartışma konusu olduğunda bilirkişi incelemesi zorunlu olabilmektedir.

Nitekim, Aydınlatılmış Onamın bilirkişi tarafından değerlendirilmesi, komplikasyonun öngörülebilir olup olmadığı ve aydınlatma formunda yer alması gerekip gerekmediği açısından önem taşıyabilmektedir. Bu nedenle literatürde tüm dosya kapsamını tetkik etmesi beklenen bilirkişinin, hasta dosyasında aydınlatılmış onam belgesinin mevcut olup olmadığını da dikkate alması, aydınlatılmış onam hususunu da irdelemesi beklenmektedir (Hancı, 2002; Erdoğan, Kara ve Hızal, 2011; Pakiş, 2014).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 18.03.2014 tarihli 2013/27507 Esas, 2014/7577 Karar Sayılı kararında bilirkişi raporunda aydınlatılmış onamın irdelenmemiş olmasını rapor eksikliği olarak tanımlamakta, aydınlatılmış onamın bilirkişi tarafından irdelenmesi gerektiğini belirtmektedir:

“Mahkemece alınan Adli Tıp Raporunda yapılan müdahalenin tıbbi kurallara uygun olduğu mütalaa edilmesi üzerine davanın reddine karar verilmiştir. Mahkemece hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu raporu, gelişen durumun bir komplikasyon olduğunu, neticeten davalıların uygulamalarının tıp kurallarına uygun olduğunu belirtmiş ise de, gelişen komplikasyon nedeni ile davacının onamının alınarak, bu hususta bilgilendirilip bilgilendirilmediği, davalı hekim tarafından yapılan işlemin gerekli olup olmadığı, yapılan müdahalenin tekniğine uygun olup olmadığı, başkaca tedavi yönteminin bulunup bulunmadığı hususlarının somut ve gerekçeli şekilde belirtilmediği, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler ışığında özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilmemiştir. Bu nedenle rapor yetersiz olup, hükme dayanak yapılamaz.”

Ancak Aydınlatılmış onam eleştirisi birçok olguda bilirkişi raporlarındaki diğer yetersizlik sebepleri ile birlikte yer almış, sadece 3 olguda tek yetersizlik sebebinin aydınlatılmış onamın irdelenmemesi olduğu görülmüştür. Aydınlatılmış onamın bilirkişi raporunda tek yetersizlik sebebi olarak ortaya çıktığı olgularda, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi

bilirkişi raporunda bu hususun değerlendirilmemiş olduğunu belirtmekle yetinmiş, Mahkeme tarafından aydınlatılmış onam ispat külfetinin davalılarda olduğunun gözetilerek değerlendirme yapılması gerektiğinden bahisle kararı bozmuş, yeni bir bilirkişi incelemesi yapılması gerekliliğini aramamıştır. Zira aydınlatılmış onam formunun dosyada hiç yer almadığı ve aydınlatılmış onam alındığının ispat edilemediği bir durumda Hakim tarafından aydınlatılmanın yapılmadığı kabul edilecektir (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2015/42946 K: 2018/6144 K.T.: 23.05.2018).

Biyotıp Sözleşmesinin 5. maddesinde Sağlık alanında herhangi bir müdahalenin kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabileceğinden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilmesi gerektiğinden bahsedilerek, aydınlatılmış onam her türlü tıbbi müdahalede bir gereklilik olarak ortaya konulmuştur (Biyotıp Sözleşmesi).

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'un 70.maddesinde;

“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)” düzenlemesi mevcuttur (1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun).

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesi ikinci fıkrasında ise ;

“Tabip ve dış tabibi hastasına ümit vererek teselli eder. Hastanın maneviyatı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali bulunmadığı takdirde, teşhise göre alınması gereken tedbirlerin hastaya açıkca söylenmesi lâzımdır. Ancak, hastalığın, vahim görülen akibet ve seyrinin saklanması uygundur. “ Düzenlemesi yer almaktadır (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi).

Anılan düzenlemelere bakıldığında; hastanın aydınlatılması, tıbbi uygulamanın hukuka uygunluğu için zorunlu olup, aydınlatmanın sadece büyük cerrahi işlemlerde yazılı olması zorunluluğu mevcuttur (1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun).

Ancak özellikle enjeksiyon uygulamalarında, enjeksiyon nöropatisinin bir komplikasyon olarak ortaya çıkabileceği bilinmektedir. Enjeksiyon hatalı bölgeye yapılmamış olmasına rağmen bir komplikasyon oluşması halinde hasta risk konusunda aydınlatılmamış ise Sağlık personelinin, hastanenin veya idarenin sorumluluğu doğacaktır.

Enjeksiyon uygulamaları büyük cerrahi işlem olmadığı için Aydınlatılmış onamın yazılı olmasının gerekmediği 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun 'un 70. maddesine atıfla 2019/11 Sayılı Sağlık Bakanlığı son Genelgesinde de belirtilmiştir.

Her ne kadar yazılı olması gerekliliği aranmasa da, enjeksiyon nöropatisi sonucuna bağlı olarak tıbbi uygulama hatası iddiası ile karşılaşan sağlık personeli, hekim, hastane veya idarenin, aydınlatılmış onam alındığını ispat etme yükümlülüğü altında olduğu, ispat edemediği takdirde, davanın aleyhine sonuçlanacağı açıktır. Dolayısıyla Aydınlatılmış onamın her türlü invaziv girişimde yazılı olarak alınmasının, hastaların aydınlatılma haklarını garanti altına almanın yanında, hekimleri ve sağlık personelinin de koruyacağı açıktır.

Nitekim, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 2015/11729 Esas, 2016/9861 Karar Sayılı, 07.04.2016 tarihli kararına ilişkin olguda; davacı hastanın kolununun kırılması sebebiyle tedavi amacıyla davalı hastaneye başvurduğu, ortopedi doktorunun muayenesi sonucu iğne yapıldığı, iğne yapılır yapılmaz ayak bileğinin düştüğünü ve topallamaya başladığını, ayağının sakat kaldığını iddia ederek tazminat davası açmıştır. Mahkeme bilirkişi raporunda komplikasyon olarak belirtilmesi karşısında, davalıların kusursuz olduğu değerlendirilerek karar vererek davayı reddetmiştir. Ancak Yargıtay aşağıda belirtilen gerekçe ile kararı bozmuştur;

“Aydınlatılmış onamda ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Somut olayda, dosyaya kazandırılan adli tıp raporu ve üniversite öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi heyetinden alınan raporda olayın komplikasyon sınırları içinde kaldığı belirtilerek davalının sorumlu olmadığı bildirilmiştir. Ayrıca bilirkişi raporunda, işlemi yapan doktorun işlemle ilgili hastasını bilgilendirmesinin tıbbi kurallara uygun olduğu da belirtilmesine karşın, az yukarıda belirtilen şekilde, davacının yapılan enjektör öncesi, enjektörün komplikasyonları konusunda bilgilendirildiğine ilişkin aydınlatılmış onam düzenlendiği davalı tarafça ispat edilememiştir. Vekil özenle davranma zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle davalı hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafifte olsa sorumluluğun

unsuru olarak kabul edilmelidir. O halde, mahkemeye bu yön gözetilerek uygun miktarda manevi tazminat takdiri gerekirken, davanın tümünden reddi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2015/11729, K: 2016/9861, K.T.: 07.04.2016).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi enjeksiyon sonucu komplikasyona ilişkin 2016 tarihli bir başka kararında, Mahkemenin Aydınlatılmış Onam hususunu değerlendirmeden eksik incelemeyle hüküm kurduğunu belirterek;

“Öncelikle davalı taraftan davacıya imzalatılan rıza formunun celbedilmesi gerekmektedir. Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir” demek suretiyle kararı bozmuştur (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2015/30631, K: 2016/7474, K.T.: 10.03.2016).

Yargıtay 13. Hukuk dairesi’nin enjeksiyon sonucu istenmeyen sonucun oluşmasına bağlı benzer bir tazminat davasında Adli Tıp Raporu değerlendirmesine göre, sonucun komplikasyon olduğu belirtilerek davanın reddedilmesini eksik inceleme ile hüküm kurulması kabul ederek, davalının davacıyı enjeksiyonun sonuçları ve olası komplikasyonu konusunda aydınlattığına ilişkin araştırma yapılması gerektiğini belirtmiştir (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2013/22821, K: 2013/28228, K.T.: 14.11.2013).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi benzer birçok kararında, enjeksiyon nöropatisinin komplikasyon olduğu sonucuna varan bilirkişi raporlarına göre, aydınlatılmış onam hususu değerlendirmeksizin verilen kararları eksik inceleme sonucu verilen kararlar olduğundan bahisle bozmuştur, ancak yeni bir bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğinden bahsetmemiş, aydınlatılmış onam hususunda “taraf delilleri” toplanarak mahkemeye değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla bozmaya uyan yerel Mahkeme Aydınlatılmış onam formunun mevcudiyetine göre bir karar verecektir. (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2013/14330, K: 2013/24995, K.T.: 10.10.2013 ve E: 2013/10600, K: 2013/25137, K.T.: 21.10.2013).

Görüldüğü enjeksiyon uygulamaları büyük cerrahi işlem olmadığı için Aydınlatılmış onamın yazılı olmasının gerekmediği Genelge’de belirtilmekte ise de, enjeksiyon nörapatisi sebebiyle tıbbi uygulama hatası iddiası ile karşılaşan Hekimin, hastanın Aydınlatılmış Onamını aldığını ispat etme yükümü bulunduğundan Genelge gerekçe gösterilerek yazılı Aydınlatılmış onam almama yoluna gidilmesi ispat bakımından hekimleri zor durumda

birakabilecek niteliktedir. Yargıtay kararlarında, düşük ayak riski gibi önemli bir engellilik halinin enjeksiyon sonrası oluşabileceğinin hastalar tarafından bilindiğinden emin olmak istenmektedir. Böyle bir yazılı onam formu, enjeksiyonların yapıldığı acil hizmet birimleri için nerede ise imkansızdır. Bu kadar çok sayıda formların saklanacağı arşiv dahi bulunmamaktadır. Belki bu enjeksiyonları reçete eden hekimlerin söz konusu bilgilendirmeyi yapması konuya bir çözüm oluşturabilir.

Bilirkişi Raporlarında İlgili Branştan Uzman Bulunmaması

Bilirkişi raporlarının tek bir uzman tarafından düzenlenmesi veya konu ile ilgili uzman heyete katılmadan düzenlenmemesi uygulamada sık rastlanan bir yetersizlik sebebidir. Çalışmada 7 olguda uzman eksikliğinin olduğu tespit edilmiştir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 28.05.2018 Tarih 2016/14676 Esas 2018/6278 Karar Sayılı kararında, bilirkişi raporunun tek bilirkişi tarafından düzenlenmiş olması yetersizlik sebebi olarak kabul edilmiş, heyet raporu alınması gerektiği belirtilmiştir. Göz ameliyatı sonrası istenmeyen sonucun irdelendiği olguya ilişkin 27.06.2018 Tarih 2015/39471 Esas 2018/7400 Karar Sayılı kararında ise Adli Tıp 2. İhtisas Kurulu heyetinde sadece bir göz uzmanının bulunması raporun yetersizlik sebebi olarak gösterilmiştir.

Dosya Kapsamına Uygun Olmayan Bilirkişi Raporu

İncelenen olgularda bilirkişi raporlarının elverişsizlik sebepleri arasında ayrıca dosyadaki diğer belgelerle çelişmesi nedeniyle dosya kapsamına uygun olmaması, Sağlıklı olmayan veya tarafsız kabul edilemeyecek davalı hastane kayıtlarına itibar edilerek düzenlenmesi, raporun kendi içinde çelişmesi, eksik tıbbi kayıtlar temin edilmeden düzenlenmesi sebeplerinin de bulunduğu görülmüştür.

Hakimin, bilirkişi raporunun dosya kapsamına uygun olup olmadığını denetlemesi gerekmektedir. Bilirkişi raporunun dosya kapsamına uygun olması, dosyadaki diğer belgeler ile çelişmemesi anlamına gelmektedir. Bilirkişi delillerin değerlendirilme vasıtası olarak, dosyadaki delilleri inceleyerek uyuşmazlığa özel veya teknik bilgisi ile açıklama getirmektedir, bilirkişi raporunun dosyadaki belgeler ile çelişmesi, dosyanın bilirkişi tarafından yeterince incelenmediğini göstermektedir. (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2013/31720, K: 2014/6920, K.T.: 11.03.2014)

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 2013/31720 Esas, 2014/6920 Karar Sayılı 11.03.2014 Tarihli kararına konu olguda; normal doğum ve vakum uygulaması sonrası bebekte 5 aylıkken ortaya çıkan nörolojik probleme ilişkin ATK bilirkişi raporunda “ çocuğun doğumdan 5 aylık oluncaya kadar geçen süre içinde yapılan takip, kontrol ve muayeneye ilişkin herhangi bir tıbbi kayıt bulunmaması, MR ve fizik bulgulara göre, çocukta mevcut rahatsızlığın doğum eylemi ile ilişkilendirilmesi yapılmadığından hastada mevcut doğum ile doğum eylemi arasında yapılan uygulamalar arasında illiyet bağının bulunmadığı” değerlendirmesi yapılması karşısında, ATK raporunun dosya kapsamına uygun olmadığını nitekim Adli Tıp Kurumu raporuna karşı davacı itirazında bebeğin 1 aylık iken boynunda şişlik oluştuğuna ve dosyada çocuk cerrahi uzmanı tarafından görüldüğüne ilişkin kayıtların sunulduğunu, doğum sonrası fotoğrafında da şişlik ve şekil bozukluğunun açık olduğunu, dosyada sağlık karnesi fotokopisinin de mevcut olduğunu ancak dosyadaki belgelerin bilirkişi tarafından yeterince incelenmeden rapor düzenlendiğini, bu haliyle raporun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

Bir başka olguda, ATK raporunda, hekimlerin beyanları dikkate alınarak Davacıların murisinin taburcu olduktan sonra kontrole çağrıldığıının kabulüyle değerlendirme yapılmış olması karşısında da; Yargıtay bilirkişi raporunun dosya kapsamına uygun olmadığını, taburcu işleminden sonra kontrole çağrıldığıının ispat yükünün davalılarda olduğunu, dosyada buna ilişkin bir belge bulunmadığını belirtmiştir (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2013/23055, K: 2013/27584, K.T.: 07.11.2013). Görülmektedir ki, dosya kapsamının dışına çıkılarak, olmayan bir belgeye rağmen, bilirkişi tarafından bir kabulde bulunulması da dosya kapsamına uygun olmayan rapor düzenlenmesi anlamına gelmektedir.

Güvenilir Olmayan veya Eksik Tıbbi Kayıtlara Dayanan Bilirkişi Raporları

Dikkat çekici bir başka olguda; hastanenin kayıtlarının sağlıklı olduğu ve sağlıklı kayıtlara dayanılarak düzenlenen bilirkişi raporunun kabul edilemeyeceğinden bahsedilmiştir. Nitekim dava konusu doğum 2004 yılında olmasına rağmen, davalı hastanenin hasta takip formunun 2006 yılı baskısına ait olduğu Yargıtay tarafından belirtilmiştir. Ancak Bilirkişi raporunda bu hususun dikkate alınmadığı veya dikkatten kaçtığı, sonuç olarak sağlıklı kayıtlara itibar edilerek rapor düzenlendiği anlaşılmaktadır.

“Mahkemece, her ne kadar alınan adli tıp raporu işaret edilmek suretiyle, davanın reddine karar verilmiş, alınan raporda da, dosyadaki kayıtlara göre gebenin hastaneye gelmesinden 20 dakika sonra doğumun gerçekleştiği belirtilmekte ise de, dosya kapsamından

hasta kayıtlarının sağlıklı olmadığı anlaşılmaktadır. Hasta dosyasını eksiksiz sunmakla davalı yükümlüdür ancak davalı, annenin gebeliği boyunca tutulan dosyasını sunamamıştır. Bu durumda, davalı, gebeye sezeryan önerildiği ancak gebenin kendi tercihi ile normal doğum yapmak amacıyla hastaneye son anda geldiği iddiasını ispatlayamamıştır. 2004 yılında olan doğuma ilişkin sunulan "hasta takip formu" nun da 2006 yılı baskısına ait olduğu anlaşılmakla da, davalının, tuttuğu kayıtların, dolayısıyla, gebenin son anda doğuma geldiği iddiasının itibarı kalmamıştır. Hal böyle olunca, davacıların iddiasına itibar etmek gerekir ki, davacılar da, hastaneye doğumdan 3-3,5 saat önce geldiklerini ifade etmektedirler (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2014/24534, K: 2015/15547, K.T.: 14.05.2015).

Bilirkişinin tarafların iddialarını ve itirazlarını karşılaması gerektiğinden birçok kararın irdelenmesinde söz edilmiştir. Davacıların davalı hastane tarafından yatış önerilmediğini iddia ettiği bir olguda, davalı hastane tarafından yatış önerildiğine dair düzenlenen tutanağa hastanın imzasını içermediğinden itibar edilemeyeceği belirtilmiştir. BU olguda bilirkişi davacının kabul etmediği, davalı hastane tarafından düzenlenen tutanağa itibar ederek rapor düzenlemiştir, bu durum da Yargıtay tarafından bilirkişi raporunun hükme esas almaya elverişli olmama sebebi olarak gösterilmiştir.

“Davacılar, davalı hastane doktorları tarafından yatış önerilmediğini, raporlarda bahsi geçen tutanak ve kayıtlarda imzalarının bulunmadığını, bu belgeleri kabul etmediklerini beyan etmişlerdir. Hasta sahiplerine yatış önerilip de kabul edilmediğine dair tutanak, hasta muayene raporu ve kayıtlarda davacıların imzalarının bulunmadığı görülmektedir. Hal böyle olunca sonradan her zaman düzenlenmesi mümkün olan bu belgelere itibar edilerek rapor düzenlenemez ve hüküm kurulamaz. O halde Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası raporları hüküm kurmaya elverişli bulunmamaktadır” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2012/28592, K: 2013/12803, K.T.: 16.05.2013)

Yargıtay burada ayrıca tıbbi kayıtların sonradan düzenlenebilir niteliğine ve davalı hastanenin düzenlemiş olduğu tek taraflı tutanağın davacının itirazı halinde kabul edilemeyeceğine dikkat çekmektedir. Hastane kayıtlarında sonradan düzenleme yapılamayacak güvenilir bir sistem oluşturulması uyumazlıkların aydınlatılması açısından son derece önemlidir.

Kayıtlara ilişkin bir başka olguda; Bilirkişi raporunda NTS kayıtlarının dosyada mevcut olmadığı için değerlendirme yapılamadığının belirtilmiş, Mahkeme tarafından bu

bilirkişi raporu hükme esas alınarak davacının iddiasını ispat edemediğinin kabulüyle dava reddedilmiştir. (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2012/27023, K: 2013/6504, K.T.: 18.03.2013).

Oysa ki kayıtları saklama ve gerektiğinde yargı mercilerine sunma yükümü davalıda bulunmaktadır ve kayıtların sunulmaması davacı aleyhine bir sonuç doğuramaz 2015/6926 Başvuru Numaralı, 04.04.2019 Tarihli Anayasa Mahkemesi kararında da tıbbi kayıtların saklanması ve yargı mercilerine sunulması sorumluluğunun davalıda olduğundan ve bunun davacı aleyhine sonuç doğurmasının kabul edilemeyeceğinden bahsedilmektedir.

“Somut olayda; Davacı N’nin davalı hekim tarafından hamileliği boyunca takibinin yapıldığı anlaşılmaktadır. Hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulu raporunda NTS’ler mevcut olmadığından eldeki verilere göre hekim hatası olup olmadığı yönünde görüş belirtilemeyeceği belirtilmiştir. K. Devlet Hastanesi kapatıldığından NTS’lere ulaşamadığı yine davalı doktorun muayenehanesini kapattığından hasta le ilgili belgelerin temin edilemediği anlaşılmaktadır. K. Devlet Hastanesinin Kapatıldığından bu hastanedeki belgelerin nereye devir edildiği belirlenerek, belgelerin gönderildikleri yerden davacıya ait NTS’lerin temin edilerek, Üniversitelerin ilgili ana bilim dallarından seçilecek, konularında uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile, davalının hukuki konum ve sorumlulukları, saklaması gereken evrakları da dosyaya sunmadığı da dikkate alınarak dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda hekim kusur izafe edilip edilmeyeceğini gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak ve böylece hasıl olacak sonuca uygun karar vermektir.” (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2012-27023, K: 2013-6504, K.T.: 18.03.2013).

Anılan karardaki anlatımdan, davalının hukuki konum ve sorumluluklarının, saklanması gereken evrakları dosyaya sunmadıklarının da dikkate alınarak mevcut delillerle bir bütün olarak değerlendirilmesi yükümünün, bilirkişiden beklendiği anlamı çıkarılabilmekte ise de, bilirkişinin hukuki değerlendirmeye giremeyeceği, davalının hukuki konum ve sorumluluklarını, saklanması gereken evrakı saklamayıp dosyaya sunmamasındaki sorumluluğu değerlendirmesi gerekenin Mahkeme olduğu açıktır, Yargıtay’ın buradaki kastının bu değerlendirmenin Mahkeme tarafından yapılması olduğunu kabul etmek gerekir.

Yeni bilirkişi incelemesinde, temin edilecek NTS kayıtlarının değerlendirilmesi, ancak NTS kayıtları temin edilemediği takdirde, Mahkeme tarafından tıbbi kayıtların saklanmaması ve sunulmaması göz önünde bulundurularak kusur değerlendirmesinin buna göre yapılması gerekmektedir.

Görülmektedir ki bilirkişilik hizmeti, tıbbi uygulama hatası iddialarında sorunun anlaşılabilmesi açısından birincil önceliğe sahiptir. Tıbbi uygulama hatası iddialarında yargı makamının söz konusu olayı sahip olduğu bilgi ile çözüme kavuşturma imkânı bulunmadığı için, bu konuda bilirkişinin uyuşmazlık konusunu hukukçuların anlayacağı şekilde açıklaması beklenmektedir. Zira, tıp uygulamaların kendine has terminolojisi ve teknik bilgi gerektiren karmaşık yapısı, yargı makamlarının bu tür davalarda olayı ve olayın gelişim sürecini anlamalarına engel oluşturmaktadır (Dönmez, 2007; Çoban, 2013; Kadane, 2005; Walton, 2013; Doğan, 2018).

Aşağıda sunulacak tıbbi uygulamalarda bilimsel standartlar dışında; bilirkişi raporlarının hazırlanmasında standart yaklaşım da çok önemlidir. Bu kapsamda Yükseloğlu ve Yorulmaz danışmanlığında Doğan tarafından hazırlanan tezde bilirkişi raporlarında olması gereken standartlar belirlenmeye çalışılmıştır. Bu tez kapsamında sunulan bir tıbbi dosyanın ele alınış algoritması; yukarıda sayılan dosya kapsamı ile çelişme dahil tüm eksikliklerin oluşmasını engelleyici niteliktedir. Söz konusu tezdeki başlıklar, raporun denetimini de kolaylaştırmaktadır. Bu kontrol listesi kullanıldığında; örneğin aydınlatılmış onamın alınıp alınmadığı, alındı ise yeterliliği ya da bilirkişinin hastada mevcut hastalığın fizyopatolojisini kavrayıp bununla ilgili standart yaklaşımın sergilenip sergilenmediğini test edip etmediği görülebilmektedir. Bu tür algoritmaların kullanılması konuya anlamlı çözüm sağlayabilir (Peeples ve ark, 2002; Doğan, 2018)

Bilirkişi Raporlarında Bilimsel Standartlara Uygunluk

Tablo III'te belirtilen Yargıtay'ın bilirkişi raporlarında olmasını beklediği önemli kriterlerden ikisi;

- a) Bilirkişilerce belirlenmesi gerekli hususa ait kriterler başlığı altında verilen *“Bilimsel standartlara göre somut olayda yapılması gerekenlerin neler olduğu, bu standartlardan sapma şeklinde bir kusur olup olmadığını açıklayan rapor temin edilmesi”* ve

- b) “..... yapılması gerekenle yapılan müdahale ve işlemlerin ne olduğunu açıkklar, rapor temini” şeklindedir.

Tıbbi uygulama hatası iddialarında, sağlık profesyonellerinin eylemi ile uygulanması gereken standart bakım karşılaştırılır. Karşılaştırma sonucu, “benzer olgularda ve durumda, aynı pratik alandaki sağlık profesyonelinin, ortalama bakım, beceri ve özeni” referans alınarak, standartların karşılanıp karşılanmadığı belirlenir (Yorulmaz, 2005; Doğan, 2018).

Türkiye’de ise üç temel ölçüt ile standart bakımın değerlendirildiği görülmektedir. Bu ölçütler; genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özenin gösterilmesi, orta seviyede tedbirli bir doktorun aynı hal ve şartlar altında göstereceği mutlak ihtimam ve özenin gösterilmesi, tıp bilimi kurallarının gözetip uygulanması olarak belirlenmiş ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin birçok kararında bu ölçütlere atıfta bulunulmuştur (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E:2000/8590, K:2000/9569, K.T.: 06.11.2000; E:2002/13959, K:2003/2380; K.T.: 06.03.2003). İngilizce literatürde de tıbbi uygulama hatası iddiası davalarında uzman bilirkişinin görevi, iddia edilen standartlardan sapmayı gösterecek bulguların olup olmadığını değerlendirmesi olarak tanımlanmaktadır (Peck, 1956; American Academy Of Pediatrics, 2002, Davies, 2005; Doğan 2018). Bu anlamda Yargıtay’ın oluşturduğu kriterlerin uluslararası karşılığı olduğu da görülmektedir. Nitekim aşağıda sunulan yabancı mahkeme kararı, Yargıtay kararlarının uluslararası literatürle bağımlı açıkça gösterecektir.

Bolam testi bakım vazifesi ihlali testi; objektiftir ve makulluk testini temel almaktadır. hekimler için birinci vazife ihlali testi Friern Hastane Yönetim Komitesi’ne karşı Bolam davasında [1957] ortaya çıkmıştır. Bay Bolam depresyon hastalığı için elektrokonvulsif tedavisi (EKT) görmüştür. Bolam’a EKT anestezi yapılmadan uygulanmıştır. İndüklenen nöbetin konvulsif fazı sırasında pelvis kemiğini kıran Bolam bunu dava konusu yapmıştır. Dilekçesinde, anestezi uygulanması gerektiğini iddia etmektedir. Bolam’ın anestezi almış olması halinde kırığın meydana gelmeyeceği kabul edilmiştir. 1950’lerde iki farklı görüş bulunmaktaydı, İlki EKT’nin hasta anestezi alsa da almasa da beyinde kimyasal değişiklik ortaya çıkardığı görüş, ikincisi ise etkinin ortaya çıkması için hastanın EKT’nin farkında olması gerektiği görüşüydü ve bu nedenle bu görüş uyarınca anestezi kontraendike idi.

McNair J hekimler için şu görüşü öne sürmüştür: “Test bir özel beceriyi yapan ya da meslek edinen olağan beceri sahibi kişinin standardına göredir. Tamamen uygun bir veya daha fazla standart olabilir ve bir tıp adamı bu uygun standartlardan birine uymuşsa taksirli

davranış göstermiş sayılmaz. Yani, davacı kusur olduğu iddia edilen şekilde davranacak ya da davranmış hiçbir makul ve sorumlu hekim grubunun bulunmadığını kanıtlamak zorundadır. Hekim (Bolam'da olduğu gibi) aynı şekilde davranacak olan bir hekim grubunun varlığını ispatlar ve Mahkeme bu uygulamayı makul ve sorumlu bulursa, davalı tarafından dayanak alınan hekimler grubu az kişiden oluşsa bile davalı lehine olacaktır. Bolam ("makul ve sorumlu" hekim) testi tıbbi uygulama hatası iddiaları için geçerlidir (Thomas Watson, 2010).

Yukarıda sözü edildiği gibi tıbbi uygulama hatası iddiası davalarında uzman bilirkişinin görevi, esasen söz konusu davada standart bakımın sağlanıp sağlanmadığını saptamaktır. Konu ile ilgili verilen görüş, konu hakkında teknik bilgisi olmayan kişiler tarafından anlaşılacak şekilde, söz konusu durumla ilgili güncel referanslar, hastalığın doğasındaki karmaşık fizyolojik ilişkinin anlaşılması ve tedavinin risk ve faydalarının değerlendirilmesinin ayrıntılı bir şekilde anlatılmasını gerektirmektedir. Bilirkişilerin, dosya içeriğinden, standartlardan sapmayı gösterecek bulguları açıklıkla göstermesi beklenir. Eğer eylem standartların altında ise uzman bilirkişiden, standartlardan sapma ile hastada oluşan zarar arasında nedensellik bağı bulunup bulunmadığı konusuna açıklık kazandıracak bilgi vermesi istenir. Zira mahkeme, uzman bilirkişilere, standart bakım ile hastada oluşan zarar arasında nedensellik bağının anlaşılır şekilde anlatılması konusunda ihtiyaç duymaktadır. Uzman görüşünün net, mantıklı ve olayın gerçekleştiği zamandaki standart bakım ile tutarlı olması gerekmektedir. Uzman bilirkişi, tedavi seçeneklerini dışlayarak standart bakımı sadece kendi görüşü doğrultusunda savunmamalı ve standardı dar bir çerçevede tanımlamamalıdır (American Academy Of Pediatrics, 2002; Peebles, Harris ve Metzloff, 2002; Jones, McCullough ve Richman, 2004; Doğan, 2018).

Bilirkişi Raporlarında Nedensellik Bağı

Tablo III'de Nedensellik bağı kriterleri başlığı altında sunulan bölümde ortaya çıkan istenmeyen sonuçlarla hekimlerin eylemleri arasındaki ilişkinin açıklanmasının Yargıtay tarafından bir kriter olarak ele alındığı görülmektedir. Ayrıca bu değerlendirmenin, konu ile ilgili kişilerin ifadeleri, sağlık kuruluşu kayıtları, tıbbi belgeler, radyolojik görüntülemeler, laboratuvar incelemeleri ve varsa otopsi gibi dosya içeriğinin bir bütün olarak değerlendirilmesi ile yapılabileceği anlaşılmaktadır (Gündoğmuş, 1997; Gündoğmuş, 2002; Yorulmaz, 2005; Çoban, 2013; Doğan, 2019). Türkçe literatürde tıbbi uygulama hatalarında nedensellik bağının nasıl belirlenebileceği ile ilgili dikkat çeken bir makale bulunmamaktadır.

Buna karşılık konuya açıklık getiren bazı yabancı mahkeme kararları bulunmaktadır. Bolitho testi ya da “bakım vazifesi testi”, hekimin ihmal eylemlerinin mantıki bir temeli olması gereği üzerinedir. Bebek Bolitho kruplu 3 yaşında bir çocuktur. Hastaneye solunum güçlüğü ile yatırılmıştır. Kıdemli bir anestezi uzmanı hastayı görmüş ve entübasyonun gerekli olmadığını söylemiştir. Bolitho’nun solunumu iyileşmiştir. Daha sonra ikinci bir solunum sıkıntısı atağı geçirmiştir. Anestezi uzmanı yeniden gelmiş ve entübasyonun gerekli olmadığını söylemiştir. Bolitho’nun solunumu yine iyileşmiştir. Üçüncü bir solunum sıkıntısı atağı olmuş anestezi uzmanı ile iletişime geçilmiş ancak, uzman aynı kararı daha önce verdiği gerekçesiyle hastayı görmeye gelmemiştir. Bebek Bolitho ölmüştür. bilirkişiler (pek çoğu) üçüncü keresinde hekimin hastayı görmesi gerekip gerekmediği konusunda görüş ayrılığına düşmüşlerdir. Üçüncü keresinde anestezi uzmanının hastayı görmemesinin uygun standartın altında kaldığı (gelmiş olması gerektiği) kararına varılmıştır. Ancak, Mahkeme hekimin gelmiş olsaydı bile hastayı entübe etmeyecek olmasının, makul olduğu kararını vermiştir. Hekimin kanıtı entübasyon yapmadığı önceki 2 muayeneye dayanmıştır. Bulgular değişmemiştir. Entübasyon yapılmaması makul uygulama sınırları içinde olduğu ve mantıki bir temeli olduğu için, ihlalin (hastayı görmemenin) zararlar (entübe etmeme) nedensel bir bağlantısı olmadığı gerekçesiyle dava reddedilmiştir (Todd, 2011).

Bakım vazifesi ihlali eylem, yapılmaması gereken bir şeyi yapmak veya yapılması gereken bir şeyi yapmamak (ihmal) şeklinde olabilir. Bolitho daha önce vazife ihlali bağlamında ele alınmıştır. Mahkeme anestezi uzmanının üçüncü kerede de hastayı görmesi gerektiğine karar vermişti, ihlal hasta yanına gitmemektir. Davacı, anestezi uzmanı hasta yanına gitmiş olsaydı hastayı entübe edecek olduğunu (ve bunun da zararı yani Bebek Bolitho’nun solunum arrestinden ölmesini) önleyeceğini kanıtlamak zorundaydı. Bu davada entübe etmeme kararının makullüğü test edilmiştir. Yani, bakım vazifesi pozitif bir yükümlülük içeriyor ise (bu vakada entübe etmek) hekimin taksirle hareket ettiği kabul edilecektir. Ancak Bolitho olgusunda davacı, anestezi uzmanı gelmiş olsaydı dahi bebeği entübe edecek olduğunu kanıtlayamamıştır. Davacı entübe etmeme kararının mantıklı bir temeli olmadığını kanıtlamaya çalışabilirdi. Ancak, entübe etmeme kararının tıp kurallarına uygun olduğunu gösteren bir bilirkişi raporu olduğu sürece bu kararın mantıklı bir temele dayanmadığını kanıtlamak oldukça zordur.

Bir başka test “hep ya da hiç” testidir: davacı zarar için nedenselliği kanıtlarsa zarar için tazminat alır. Nedensellik kanıtlanamazsa davacı hiç tazminat alamaz. Davacı iddia

edilen vazife ihlalinin iddia edilen zarar ile nedensel olarak ilişkili olduğunu kanıtlamakla yükümlüdür. Nedensellik testi “olasılıklar dengesi üzerinde” durur. Yani davacı, ihlal olmasaydı zararın ortaya çıkmayacak olma olasılığının %50’den fazla olduğunu kanıtlamalıdır. Tersine, istenmeyen olayın ortaya çıkma olasılığı %50’den azsa, taksir olsa bile davacının zararı tazmin edilmez .

“Olmazsa olmaz” testi iddia edilen vazife ihlali ve görülen zarar arasında nedensellik bağı olup olmadığını saptamak için kullanılır. (i) ihlal olmasaydı zarar ortaya çıkmayacak idi ise ve (ii) zarar ihlali takip etmişse, o zaman (iii) vazife ihlali hasara neden olmuştur. Vazife ihlali olmamış olsa da zarar ortaya çıkacak idi ise “olmazsa olmaz” nedensellik ortaya çıkmamıştır ve ihlal zarara neden olmamıştır. Chelsea ve Kensington Hastane Yönetim Komitesine karşı Barnett davasında; üç gece bekçisi daha sonra arsenik ile kontamine olduğu saptanan çay içtikten sonra kusmaya başlamışlardır. Bir polikliniğe başvurmuşlardır. Dr Banarjee (hemşire tarafından telefon edilmesine karşın) gelmemiş ve hemşireye hastaları eve yollamalarını ve onların da aile hekimlerini aramasını söylemiştir. Hastalar ölmüştür. Vazife ihlali (hastaneye kabul etmeme) kanıtlanmıştır. Ancak, vazife ihlali olmasına karşın ön tanı besin zehirlenmesi olduğu için (hiç kimse başlangıçta arsenik zehirlenmesi düşünmez) ve besin zehirlenmesindeki standart tedavi uygulanmış olsaydı dahi hastalar yine de ölecek olduğu için taksirli eylem ile sonuç arasındaki nedensellik kanıtlanamamıştır. Taksirli eylem olmamış olsa dahi ölümler büyük olasılıkla (neredeyse kesinlikle) ortaya çıkacağı değerlendirilerek davacının davası kabul edilmemiştir (Todd, 2011).

Tüm bu kararların Türk Hukukunda uygulaması tartışmalıdır. Ancak benzer kuralların uygulandığı açıktır. Benzer kararları tartışan makalelerin bilirkişilere yol göstereceği açıktır. Bu tez kapsamında önemli bir tartışma konusu ise nedensellik bağının hukuki mi yoksa adli-tıbbi bir konu mu olduğudur. Nedensellik bağı gibi yargı makamlarının yetkisindeki hukuki bir konuda bilirkişi görüşü hazırlanması, yasal olmadığı gibi, bilirkişilerin kendilerini yargı makamlarının yerine koyması anlamına da gelmektedir. Bilirkişiler nedensellik bağının olup olmadığını belirlemezler, nedensellik araştırmasında kullanılacak tıbbi verileri sunarlar. Bu nedenle hukuki illiyet bağı tartışmasının bir çok hekim bilirkişi tarafından hatalı yapıldığı görülmektedir.

Bilirkişinin Niteliği

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; yetersiz olması sebebiyle hükme esas almaya elverişli olmayan bilirkişi raporlarına dayanılarak hüküm kurulmuş olması karşısında; aynı bilirkişiye

tekrar başvurularak ek rapor alınmasını eksikliğin giderilmesi için yeterli görmeyerek, çoğunlukla uzman ve akademik kariyere sahip, öğretim üyelerinden oluşan bilirkişi kuruluna başvurulup yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılması gerekliliğine işaret etmektedir. Böylelikle bilirkişinin niteliği de Yargıtay tarafından vurgulanmaktadır. Şöyle ki Yargıtay'ın bozma kararları incelendiğinde; 121 dosyanın sadece 4'ünde Adli Tıp Kurumu'ndan yeni rapor temini istenmiş iken, geriye kalan tüm dosyalarda Üniversitelerden rapor temini gerektiği belirtilmiştir. Yargıtay'ın bu tercihi önemli olup, tartışılması gerekli bir husustur. Bilirkişilik alanında yaşanan sorunlar uzun zamandır bizzat Adalet Bakanlarının da katıldığı tartışma konusudur. Bilindiği gibi, bu sorunlar ile ilgili Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulunun 2010 yılında hazırladığı “Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'nın 2007, 2008 ve 2009 Yıllarına Ait Faaliyet ve İşlemlerinin Denetimi ile Adli Tıp Kurumu Hizmetlerinin Etkin ve Verimli Şekilde Yürütülmesinin ve Geliştirilmesinin Sağlanması” konulu raporda; ülkemizdeki mevcut bilirkişilik sistemi ve temel görev alanı “adalet işlerinde bilirkişilik yapmak” olan ATK ayrıntılı olarak ele alınıp değerlendirilmiştir (Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü, 2016; Cumhurbaşkanlığı Devlet Denetleme Kurulu, 2010).

Yine Adalet Bakanlığı tarafından 2010 yılında hazırlanan bilirkişilik konulu İnceleme Raporunda da bilirkişilik sisteminin aksayan yönleri ile çözüm önerileri ortaya konulmuştur. Her iki raporda da bilirkişilik alanında yaşanan sorunların; bilirkişilerin eğitimi, denetimi ve seçimi gibi konularda kurumsal yapı eksikliğinden kaynaklandığı belirtilmiştir. Ayrıca, Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü'nün 04.03.2016 tarihli, 31853594-101-1227-683 sayılı Bilirkişilik Kanunun Gerekçesinde; “Adalet Bakanlığı ile Avrupa Birliği arasında 2013 ile 2015 yılları arasında yürütülen, “Geliştirilmiş Bilirkişilik Sistemi Eşleştirme Projesi” sonucunda ve 17.04.2015 tarihinde kamuoyuna duyurulan Yargı Reformu Stratejisinde; bilirkişilik alanında yaşanan sorunların çözümü için bilirkişilerin sertifikasyonu, akreditasyonu, eğitimi, denetimi ve performans ölçümlerinin yapılması, bilirkişilere yönelik düzenleyici ve denetleyici bir yapının kurulması, bilirkişi seçiminin mesleki yetkinlik sağlayacak ölçütlere bağlanması ve kalite standartlarının oluşturulması hedefleri” ortaya konmuştur.

Elbette bu yeni düzenlemelerin sonuçları gelecek on yılda görülebilecektir. Zira Şekil 7 ve 8'de görüldüğü gibi yargılama süreçleri on yılı aşabilmektedir. Ayrıca, Yargıtay sempozyumunda söz edildiği gibi, son 10 yılda açılan tıbbi uygulama hataları ile ilgili davaların henüz sadece %10'u sonuçlandırılabilmiştir (Akay, Taştan ve Yorulmaz, 2018).

Bu sürelerin uzunluğu başlı başına tartışılması, çözümlenmesi gereken bir konudur. Bu tür davaların sürelerinin uzunluğunda belirleyici unsur; alınan bilirkişilik hizmetinin kalitesidir (Narang ve Paul, 2017; Alkhanizan ve Shafiq, 2018; Booth,Watts ve Dufour; 2019). Bu kapsamda Yargıtay’ın, Tablo III’te gösterilen bilirkişi seçimi ile ilgili “üniversite, alanından uzman, akademik deneyime sahip bilirkişi” gibi kriterleri önemli bir mesaj olarak görülmüştür.

Üniversitelerin bilirkişi olarak görevlendirilebilmesi hususu, Adli Tıp Kanunu ve Yükseköğretim Kanunu’nda da düzenlenmiştir (Adli Tıp Kurumu Kanunu, Yükseköğretim Kanunu). Uygulamada, tıbbi uygulama hatalarına ilişkin dava dosyalarında, bilirkişi raporları arasında çelişkilerle karşılaşıldığı görülmektedir. Dava dosyası bilirkişiden döndüğünde, bilirkişi raporu aleyhine olan taraf rapora itiraz etmekte ve itiraz sebepleri, gerekçeleri ile açıklandığında dosya ikinci kez bilirkişiye gönderilmektedir. İki rapor aynı görüşte olduğunda hâkim tarafından genellikle bilirkişi raporu doğrultusunda karar verilmektedir. Ancak birinci rapor ile ikinci rapor arasında çelişki mevcut olduğunda ya da bilirkişi raporu yeterince açıklayıcı bulunmadığında dosyanın bir kez daha bilirkişiye gönderilmesine karar verilmektedir. Çelişkiler Adli Tıp Kurumu’nun verdiği raporlar arasında ise Adli Tıp Üst Kurulu’nun vereceği kararla çelişki giderilmeye çalışılmakta, bazı durumlarda ise hâkim kendi takdir yetkisi ile Üniversitelerin ana bilim dallarından görüş sormaktadır.

Bilirkişi raporlarıyla ilgili olarak ortaya çıkan problemler yalnızca bundan ibaret değildir. Çoğu zaman Adli Tıp Kurumu’nun ve diğer bilirkişilerin vermiş olduğu raporlarda eksiklikler ve belirsizlikler bulunmaktadır. Hekimler, hastayı değerlendirip, tıbbi bilgilerini uygulayarak hastanın hastalığını açıklamakta ve tedavi sürecini hazırlamaktadırlar. Her hastaya özgü fizyolojik farklılıklar, tıp bilimindeki eksiklikler ve büyük orandaki tıbbi bilginin göz önünde bulundurularak hastaya tıbbi uygulamaların gerçekleştirilmesi nedeni ile tıp bilimine tamamen hâkim olunamadığı düşünülmektedir. Bu sebeple tıbbi uygulamanın iyileştirici özelliği ile birlikte zarar verme riskinin de her zaman olduğu göz önünde bulundurulmalıdır. Bu durum, “tıpta sonuç garantisi bulunmamaktadır” şeklinde de ifade edilmektedir (Jones ve ark., 2004). Tüm bu sorunların göz önüne alınmamasından kaynaklanan eksiklikler ve belirsizlikler çoğu zaman karar açısından hayati rol oynamaktadır. Zira mevcut iş yükü içerisinde, hâkimlerin bilirkişi raporlarının bilimsel standartlara uygun olup olmadığını belirleme fırsatı olduğu düşünülmemektedir. Bu tür davalarda, bilirkişilerin üzerine büyük vazifeler düşmektedir. Şayet hâkim, çelişkili raporlardan birisi doğrultusunda

karar verir ise genellikle Yargıtay yerel mahkeme hâkimi tarafından verilen kararı bozmaktadır. Yargıtay'ın, bilirkişi raporları arasındaki çelişkilerin, eksikliklerin ve belirsizliklerin giderilmesine ilişkin birçok kararı mevcuttur.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2007/3757 Esas ve 2007/7421 Karar sayılı kararında davacı, yapılan katarakt ameliyatı sonucu görme kaybı olduğunu iddia etmektedir. Adli Tıp Raporu'nda davacıda görme kaybının oluşup oluşmadığı ve görme kaybı varsa bunun niçin meydana geldiği açık ve net anlaşılamamaktadır. Yerel mahkeme, davayı reddetmiştir. Yargıtay, davacının bilirkişi raporuna yaptığı itiraz neticesinde dosyanın başka bir bilirkişiye gönderilmemesini, eksik inceleme saymış ve kararı bozmuştur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin başka bir kararında (E: 2006/13122, K: 2006/16638); yaptığı tetkikler neticesinde sağlıklı bir bebeğin dünyaya geleceğini söyleyen doktorun, gerçekleştirmiş olduğu doğumda, fekomeli (bebeğin sol kol altındaki kemiğinin olmadığı ve sol elinin bilekten başladığı) görülmüştür. Adli tıp kurumunun vermiş olduğu raporda hekimin uygulama hatası bulunmadığı değerlendirilmiş ve ilk derece mahkemesi davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay; Adli Tıp Kurumu raporunun yetersiz olduğu, hekimin görevini yerine getirip getirmediği ile ilgili tespit yapılmadığı gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 18.03.2008 tarihli, 2007/14545 Esas ve 2008/3803 karar sayılı kararında ise ; safra kesesi ameliyatı sonrası hastanın kaybedilmesi üzerine açılan ve Adli tıp kurumu raporuna dayanılarak davalı hekimin kusurlu kabul edildiği davada "laproskopik kolesistektomi ameliyatı sırasında mide ön ve orta yüzde perforasyon, ileumda seroza yaralanması koledok tam kesisi meydana gelmesinin tıp kurallarına uygun olmadığı oybirliği ile mütalaa olunur." İçerikli adli tıp kurumu raporunun, 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 içermemesi sebepleriyle olayda davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli olmadığını belirterek kararı bozmuştur. Tüm bu örneklerde çalışmada saptandığı gibi, sıklıkla üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kuruluna dosyanın tevdi edilerek yeni bir bilirkişi incelemesi yapılması gerektiğinin belirtildiği görülmektedir.

Yukarıda belirtilen ve çalışmadaki benzer kararlar incelediğinde; tıbbi uygulama hatası iddiası içeren davalarda uyuşmazlığın çözümü için bilirkişi incelemesine başvurulmasının gereklilik olarak kabul edildiği görülmektedir. Ayrıca dikkat etmek gerekir ki, Yargıtay

verdiği kararlarda, Adli Tıp Kurumu raporlarının yetersiz bulunduğu hallerde, akademik kariyere sahip uzman bilirkişiler olarak öğretim üyelerinin oluşturacağı raporlara başvurulmasından yanadır. Bu tercih, uygulamada bilirkişi denildiğinde ilk akla gelen Adli Tıp Kurumu olsa da, bilirkişilik açısından Adli Tıp Kurumu ile benzer hukuki dayanağa sahip üniversite öğretim üyelerinden oluşan kurulların bilirkişi olarak seçilmesini yaygınlaştırmaktadır. Üniversiteler bilirkişilik açısından adeta davanın tüm taraflarının tercihi haline gelmektedir.

Denetlenebilirlik Kriterleri -Taraf, Mahkeme ve Yargıtay Denetimine Elverişlilik

“Taraf, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli” rapor temin edilmesi beklentisi önemlidir. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, bu yöndeki yerleşik içtihatlarına emsal nitelikte bir kararında plexus brakialis lezyonunun ilgili hekimlerin uygulamaları nedeni ile meydana gelip gelmediği konusunda Adli Tıp Kurumu tarafından düzenlenen bilirkişi raporunun niteliği sebebi ile ilk derece mahkemesi kararını bozmuştur. Anılan kararda ilgili bilirkişi raporunun; hekimlerin sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli olmadığı vurgulanmış ve mahkemenin eksik araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurmuş olmasının usul ve yasaya aykırı olduğu belirtilerek, yeni bir bilirkişi raporu alınmasına karar verilmiştir. (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi; E: 2014/11049 K: 2015/2645 K.T.: 05.02.2015). Bu sonuç, Türk hukuk sisteminde bilirkişi raporları için “denetlenebilirlik” kriterinin olması konusunda bir kararlılık olduğunu ortaya koymaktadır.

Anayasa Mahkemesi 2015/6926 Başvuru numaralı, tıbbi ihmal sonucu gerçekleşen sakatlık nedeniyle kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği iddiasına dayalı E. Kurt Başvurusunda, daha önceki kararlara atıf yaparak başvuru dosyasında bulunan tıbbi bilgi ve belgelerden hareketle bilirkişilerin vardığı sonuçların doğruluğu hakkında fikir yürütmenin Anayasa Mahkemesinin görevi olmadığını, ancak kişinin maddi ve manevi varlığını koruma kapsamında yerine getirilmesi gereken usul yükümlülüklerinin somut olayda yerine getirip getirmediğinin nesnel bir şekilde değerlendirilmesi için ilgili anayasal kurallar bağlamında derece mahkemelerinin kendilerine tanınmış takdir yetkileri çerçevesinde hareket edip etmediklerinin denetlenmesi gerektiği, bu bağlamda tıbbi müdahaleyi haklı göstermek için öne sürülen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığının incelenmesi gerektiğinden bahsetmiştir. Bu bağlamda derece mahkemelerinin gerekçelerinin, tarafların kanun yoluna başvuru imkanlarını etkili kullanabilmesini sağlayacak surette ayrıntılı olarak ortaya

konulması, ulaşılan sonuçların yeterli açıklıktaki bilimsel görüş ve raporlar gibi somut, nesnel verilere dayandırılması gerektiğinden söz edilmiştir (Anayasa Mahkemesi; Başvuru no: 2015/6926, K.T.: 04.04.2019).

Somut olayda, Başvurucu sol bacağına hatalı enjeksiyon yapıldığı ve hatalı enjeksiyon sebebiyle sakat kaldığını iddia ederek idareye tam yargı davası açmıştır. İdare Mahkemesi tarafından Adli Tıp Kurumundan istenmeyen sonucun hatalı enjeksiyondan kaynaklanıp kaynaklanmadığı hususunda gerekçeli bilirkişi raporu istenmiştir. ATK 3. İhtisas Dairesi raporunda; başvurucuyu muayene ederek, enjeksiyon sonucu gelişen bulguların enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğunu, enjeksiyon nöropatisinin enjeksiyonun beklenebilir komplikasyonlarından olduğunu, enjeksiyonun doğru bölgeye uygulanması durumunda da ödem, hematoma, ilacın difüzyon yoluyla sinire toksik etkisi ve vücut yapısı gibi farklı sebeplerle de nöropatinin gelişebileceği, muayene bulguları dosyada yer almadığından hekimin eylemi yönünden hatalı bölgeye uygulama yapılıp yapılmadığının değerlendirilemediğini bildirmiştir. İdare Mahkemesi rapora dayanarak, idarenin ağır hizmet kusurunun bilimsel verilere dayalı ve kesin olarak saptanamadığı gerekçesiyle davayı reddetmiştir, Danıştay 15. Dairesi tarafından kararın onanması ve karar düzeltme talebinin de reddedilmesi sonucu, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunulmuştur.

Anayasa Mahkemesi kararında, tıp biliminin güncel kurallarına uygun davranılıp davranılmadığının tespitinin büyük ölçüde teşhis ve tedavi sürecinde tutulan kayıtların incelenmesi ile anlaşıldığını, kayıtların tutulması ve verilerin kaydedilmesi, makul bir süre saklanması ve gerektiğinde yargısal mercilere ibraz edilmesinin sağlık kuruluşunun sorumluluğunda olduğunu belirterek, kayıtların tutulmaması veya saklanması hususunda gerekli özeni göstermeyen sağlık kuruluşunun tıbbi sorumluluklarına uygun davranıp davranmadığı değerlendirilirken, sağlık kuruluşuna nazaran daha zayıf konumda olan başvurunun aleyhine yorum yapılmaması gerektiğinden bahsetmiştir.

Anılan kararda Anayasa Mahkemesi, muayene bulgularının davalı tarafından dosyaya sunulmamış olmasının hasta aleyhine yorumlanmasının adil olmadığı, Mahkemenin enjeksiyonun yapılış tekniği bakımından hatalı olup olmadığı konusunda yeterli bir gerekçe ortaya koymadığı, başvurunun iddialarının yeterli bir şekilde tartışılmadığı, böylelikle mahkeme tarafından ATK raporuna dayanılarak, idarenin sorumluluğunun ispatlanamadığı sonucuna varmakla, “etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğü”ne aykırı inceleme yaptığı

böylelikle Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kişinin maddi ve manevi varlığını koruma hakkının ihlal edildiği kanaatine varmıştır.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin kararlarında vurguladığı, Bilirkişi raporlarının taraf, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli olma kriteri, esasen Anayasa Mahkemesinin kararında belirtilen “devletin etkili yargısal sistem kurma yükümlülüğü”nün gereklerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır.

Her şeyden önce Mahkeme kararlarının gerekçeli olması Adil yargılanma hakkının ve hukuki dinlenilme hakkının gereğidir. Mahkeme tarafından davanın taraflarının açıklamaları dikkate alınmalı, değerlendirilmelidir. Mahkemelerin sadece bilirkişi raporuna atıf yaparak karar vermeleri gerekçeli karar hakkının ihlali niteliğinde olup, delillerin mutlaka gerekçede tartışılması gerekmektedir. Hakimin gerekçe belirtebilmesi için öncelikle genel hukuki bilgisi ile çözemediği uyuşmazlık hakkında, bilirkişi görüşü ile aydınlatılmaya ihtiyaç duyduğu açıktır.

Dolayısıyla, Hakimin hükme aldığı bilirkişi raporunun uyuşmazlığı aydınlatmaya yetecek açıklamaları içermesi, tarafların iddialarını ve itirazlarının bilirkişi raporu ile karşılanmış olması, bilirkişi raporunda neden-sonuç ilişkisinin açıklayıcı biçimde ortaya konulması, raporun Hakimin ve tarafların anlayabileceği sadelik ve açıklıkla yazılmış olması gerekmektedir.

Bilirkişilik hizmeti, tıbbi uygulama hatası iddialarında sorunun anlaşılabilmesi açısından birincil önceliğe sahiptir. Tıbbi uygulama hatası iddialarında yargı makamının söz konusu olayı sahip olduğu bilgi ile çözüme kavuşturma imkânı bulunmadığı için, bu konuda bilirkişinin uyuşmazlık konusunu hukukçuların anlayacağı şekilde açıklaması beklenmektedir. Zira, tıp uygulamaların kendine has terminolojisi ve teknik bilgi gerektiren karmaşık yapısı, yargı makamlarının bu tür davalarda olayı ve olayın gelişim sürecini anlamalarına engel oluşturmaktadır (Kadane, 2005; Dönmez, 2007; Çoban, 2013; Walton, 2013; Doğan, 2018).

Hakimin yeterince açıklama içermeyen, salt yapılan tıbbi işlemlerin anlatılarak komplikasyon sonucuna varılan raporları, genel mantık kuralları çerçevesinde denetleyemeyeceği, neden-sonuç ilişkisini kuramayacağı ve buna rağmen hükme esas aldığı takdirde yetersiz bir bilirkişi raporuna dayanmak dışında gerekçe belirtemeyeceği açıktır.

Bilirkişi raporlarının hukuki denetiminin hâkim tarafından sağlanamaması, uyuşmazlıkların soyut, gerekçesiz, hastanın özelliklerine göre bireyselleştirilmemiş bilirkişi

raporları esas alınarak, rapor doğrultusunda karar verilmesi hâkimin yetkisini adeta bilirkişiye devretmesi ve uyuşmazlıkların denetime elverişli olmayan raporlar düzenleyebilen bilirkişiler tarafından sonuçlandırılması anlamına gelecektir.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi 2016/16428 Esas, 2016/12347 Karar Sayılı, 24.05.2016 Tarihli kararında Mahkemelerin her türlü kararının gerekçeli yazılması gerektiği, gerekçede hukuki esas ve kurallara dayanılması ve nedenlerinin açıklanması gerektiği, bu hususun Anayasan'ın 36. Maddesinde ve AİHS'nin 6. Maddesinde düzenlenen Adil yargılanma Hakkının ve 6100 Sayılı HMK'nın 27. maddesinde düzenlenen Hukuki Dinlenilme Hakkının en önemli unsuru olduğu belirtilerek, salt bilirkişi raporuna dayanılarak hüküm kurulmasının, gerekçeli karar anlamına gelmeyeceği, eksik, şekli ve görünüşte gerekçe yazılamayacağı, bilirkişi raporuna atıfla gerekçe olmayacağı vurgulanmıştır.

“Mahkemece davanın kabulünün gerekçesi hiçbir bir şekilde açıklanmamış, içeriği dahi yazılmayan bilirkişi kurulunun raporuna atıf ile yetinilmiştir. Bilirkişi raporuna atıf kararın gerekçeli olduğunu göstermez. Mahkemenin kararı T.C. Anayasası' nın 141 ve HMK. nun 297. maddesinin amaçladığı anlamda gerekçe taşımamaktadır. Gereksiz karar yazılması, adil yargılanma hakkının ihlali olup, kararın salt bu nedenle bozulması gerekmiştir.” (Yargıtay 9. Hukuk Dairesi: E: 2016/16428, K: 2016/12347, K.T.: 24.05.2016).

Sonuç olarak, Tıbbi uygulama hatası iddialarına ilişkin uyuşmazlıklarda alınan bilirkişi raporlarının Yargıtay 13. Hukuk Dairesi kararlarında belirtilen “taraf, Mahkeme, Yargıtay tarafından denetlenebilirlik” kriterlerini sağlamasının adil yargılanma hakkı ve hukuki dinlenilme hakkının tesisi için gerekli olduğu ve bilirkişi raporlarının hukuki denetime elverişli kabul edilmesi için Tablo III'de (Yargıtay'ın hükme esas almaya elverişsiz bilirkişi raporları nedeniyle verdiği bozma kararlarında yeniden bilirkişi raporu temini için belirlediği kriterler) belirtilen özellikleri taşımasının beklendiği görülmektedir.

6. Sonuç

Bilindiği üzere hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hem de Ceza Muhakemesi Kanunu'nda, çözümü teknik ve özel bilgiyi gerektiren konularda yargı makamının bilirkişiden görüş alması esası getirilmiştir. İstisnaları olmakla birlikte, kural olarak yargı makamının bilirkişiye başvuru zorunluluğu bulunmamaktadır. Ancak, tıbbi konular gibi son derece teknik ve özel bilgiyi gerektiren ihtilafların sözkonusu olduğu dava ve soruşturmalarda, yargı makamının bilirkişi görüşü almaksızın ihtilafı çözüme kavuşturması neredeyse imkansızdır.

Bu nedenle, tıbbi uygulama hatası iddiası ile yargı makamlarına intikal eden uyuşmazlıkların tümünde bir ya da birden çok bilirkişi görüşü alınmakta, ihtilaf bu bilirkişi görüşleri çerçevesinde çözülmektedir. Bu bağlamda, tıbbi uygulama hatası davalarında, bilirkişi görüşünün son derece etkili olduğunu ve önemli bir yer tuttuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Hükme gerekçe oluşturan bilirkişi raporlarının ise belirli standartları taşıması, tarafların iddia ve itirazlarını karşılaması ve ihtilafın çözümünde hakime ışık tutması gerektiği tartışılmazdır.

Bilirkişi raporunun yukarıda belirtilen niteliklerinin ve taşıması gereken standartların eksik olması, ek ve yeni bilirkişi raporlarının alınmasına, yüksek yargı incelemesi sırasında hükmün bozulmasına, kaldırılmasına ve böylece yargılamaların uzamasına sebebiyet verebilmektedir. Yargılamaların makul sürede bitmemesi ise, öncelikle tarafların ve sonrasında toplumun adalete ve adaletin işleyişine yönelik güvenini sarsabilmektedir. Nitekim bu konunun önemi sebebiyle, T.C. Adalet Bakanlığı Strateji Geliştirme Başkanlığı tarafından Yargıda Hedef Süre Uygulaması başlatılmıştır. Yargılamanın hedeflenen makul sürede tamamlanabilmesinin unsurlarından biri de, bilirkişi raporlarının hükme esas oluşturabilecek standartları taşımasıdır.

Bu amaçla çalışmada, tıbbi uygulama hatası iddialarının bulunduğu davalarda alınan bilirkişi raporlarının hangi yönlerinin yargı makamlarınca eksik ve yetersiz bulunduğu incelenmiş ve sınıflandırılmaya çalışılmıştır. Tespit edilen eksiklikler, uygulamada bilirkişilere, bilirkişi kurumlarına ve yargı makamlarına faydalı olabilecek, bilirkişi raporlarının standartlarının yükseltilmesi, yeterliliğinin artırılması ve böylelikle daha verimli hale getirilmesi konusunda kullanılabilecektir. İhtilafı tüm yönleriyle ele alıp değerlendiren, dosya kapsamına uygun ve çelişki içermeyen raporların yargılamanın hedeflenen makul sürede tamamlanmasına hizmet edeceği görülmektedir.

Tüm tıbbi uygulamaları kapsayan bu öncü çalışmanın, tıbbın farklı uzmanlık alanlarına özgü olarak daraltılması ve derinlemesine araştırmalar içeren başka çalışmaların yapılması, tıp dışında, teknik ve özel bilgiyi gerektiren diğer konularda da benzer çalışmalar yapılması şüphesiz yargı kalitesinin artırılmasına ve doğal olarak toplumun adalete ve işleyişine yönelik güvenini artıracaktır.

7. Kaynaklar

Abbound, A. (2017) Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. (1993),

Alıntı:<https://embryo.asu.edu/pages/daubert-v-merrell-dow-pharmaceuticals-inc-1993> (Erişim tarihi: 30.05.2019).

Adli Tıp Kurumu Kanunu (20.04.1982),

Alıntı:http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=5:adli-ip-kurumu-kanunu&catid=1:yasa&Itemid=28 (Erişim Tarihi:11.06.2019).

Akay, A., Taştırmir, Y., Yorulmaz, A.C. (2018) Hukuk Profesyonellerinin Hekim Sorumluluğuna Yaklaşımı: Bir Ankara Seyahati, Tıbbın Ustaları Dergisi, 2:110-114.

Akil, C. (2011) Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun Hakimin Bilirkişi Raporuyla Baplı Olup Olmadığı Hakkında Vermiş Olduğu 24.12.2008 Gün ve E.2008/4-734, K.2008/766 Sayılı Kararının Tahlili, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 60(3):693-731.

Alkhenizan, H.A., Shafiq, M.R.(2018) The process of litigation for medical errors in Saudi Arabia and the United Kingdom, Saudi Med J, 39(11):1075-1081.

Altay, Ş. (1957) “bilirkişi mütalaası ve Hakim”AD.,1957/8.

Aşçıoğlu, Ç. (1993) Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar.

Atabek, ME., Oran, B., Çoban, H., Erkul, İ. (1999) Çocuk acile başvuran hastaların özellikleri. Selçuk Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi, 15(2):89-92.

Atikian, K. M. (1994) Nasty Medicine: Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. Applied to a Hypothetical Medical Malpractice Case, Loyola of Los Angeles Law Review, 27(4):1513-1558.

Ayan, M. (1991) Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Kitap, Ankara.

Bilirkişilik Kanunu. Kanun No: 6754, Kabul Tarihi: 03.11.2016, Resmi Gazete Tarihi: 24.11.2016, Sayısı: 29898,

Alıntı: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6754.pdf> (Erişim Tarihi: 11.05.2019).

Başbakanlık Kanunlar ve Kararlar Genel Müdürlüğü (2016) Bilirkişilik Kanun Tasarısı ve Gerekçesi,

Alıntı: <https://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0687.pdf> (Erişim tarihi: 10.05.2019).

Biyotıp Sözleşmesi,

Alıntı: <https://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5013.html> (Erişim Tarihi: 11.05.2019)

Booth, B.D., Watts, J., Dufour, M. (2019) Lessons from Canadian Courts for All Expert Witnesses, *J Am Acad Psychiatry Law*, 47(3).

Bölge Bilirkişi Listeleri, Hukuk İşleri Genel Müdürlüğü Bilirkişilik Daire Başkanlığı,

Alıntı: <http://bilirkisilik.adalet.gov.tr/sayfalar/bilirkisilisteleri.html> (Erişim Tarihi: 03.06.2019)

Brown, A. (2014) Expert Testimony and the Daubert and Frye Standards,

Alıntı: <http://www.aquilologic.com/pdf/expert%20testimony%20and%20the%20daubert%20and%20frye%20standards.pdf> (Erişim tarihi: 30.05.2019).

Büken, N.Ö., Büken, Ö. (2003) Tıbbi Malpraktis Konusunda Tartışmalar, *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği-Hukuku-Tarihi*, 11:140-147.

Cakmut Yenerer, Ö. (2003) Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi. Legal Yayıncılık, Birinci Baskı, Ocak Yayınları, İstanbul.

Can, İ.Ö., Özkara, E., Can, M. (2011) Yargıtay'da Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi, Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi,25(2):69-76.

Ceza Muhakemesi Kanunu. Kanun No: 5271, Kabul Tarihi: 04.12.2004, Resmi Gazete Tarihi: 17.12.2004, Sayısı: 25673,

Alıntı:<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf> (Erişim Tarihi: 10.06.2019).

Çankaya, H. (1992) Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğunun Temel Prensipleri ve Hekim Sorumluluğunda Kusurun Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, Adli Tıp Kurumu, İstanbul.

Çetin, G., Yorulmaz, A.C. (2006) Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul Yelken Matbaası, İstanbul.

Çetin, G. (2012) Acillerde Yaşanan Adli Tıbbi Sorunlar, İ.Ü.Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri Sempozyum Dizisi No 78:22-31.

Çetin, G., Kaya, A. (2012) Hekimlik Uygulamalarının Adli Tıbbi Güncellemesi, İ.Ü. Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitim Etkinlikleri Sempozyumu, İstanbul.

Çoban, İ. Adli Tıp Kurumu'na Görüş Bildirilen Nöroloji ve Nöroşirürji Dalı'nda Tıbbi Uygulama Hatası İddiası Olgularının Değerlendirilmesi (2013), Uzmanlık Tezi, Adli Tıp Kurumu, İstanbul.

Davies, J. (2005) The Case Against Differential Diagnosis: Daubert, medical causation testimony, and the scientific method, Medicine and Law, 24:243-257.

Demir, M. (2010) Tıbbi Organizasyon Kusuru Açısından Hastanelerin Hukuksal Sorumluluğu, 1. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara.

Demirkapı, E. (2003) Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 5(2):39-75.

Deryal, Y. (2017) Türk Hukukunda Bilirkişilik, 6. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara.

Doğan, M.B. (2018) Tıbbi Malpraktis İddialarının Değerlendirilmesinde Standart Yaklaşım Modeli Oluşturulması, İstanbul Üniversitesi, İstanbul.

Dove, J.T., Brush, J.E., Chazal, R.A., Oetgen, W.J. (2010) Medical Professional Liability and Health Care System Reform, Journal of the American College of Cardiology, 55:2801-2803.

Dünya Bankası (2010) Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi Hakkında Mukayeseli Çalışma Görüşme Taslağı, sf. 1-23.

Eisenberg, J.M. (2000) Continuing education meets the learning organization: The Challenge of a systems approach to patient safety, Journal of Continuing Education in the Health Professions, 20(4): 197-207

Ely, J.W., Dawson, J.D., Young, P.R., Doebbeling, B.N., Goerd, C.J., Elder, N.C., ve diğerleri (1999) Malpractice claims against family Physicians. Are the best doctors sued more? J.Fam.Pract., 48:23-30.

Epstein, N. E. (2018) Legal and evidenced-based definitions of standard of care: Implications for code of ethics of professional medical societies. Surgical neurology international, 9.

Erdoğan, N., Kara, M., Hızal, S.A. (2011) Aydınlatılmış Onam: Uygulama ve Tıp Hukuku Açısından Sorunlar, *Erciyes Tıp Dergisi*, 33 (2):165-170.

Ertem, G., Oksel, E., Akbıyık, A. (2009) Hatalı tıbbi uygulamalar (malpraktis) ile ilgili retrospektif bir inceleme, *Dirim Tıp Gazetesi*, 84:1-10.

Giray, A.Ü. (1999) Malpraktis Açısından Hekimlerin Karakteristikleri ve İşyeri Fiziksel Koşullarının Akciğer Tüberküloz Hastalığı Teşhisinde Kullanılan Muayene Protokolü Uygulama Yeterliliğine Etkisi: Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara.

Glancy, G.D. (2007) The Admissibility of expert Evidencein Canada, *J Am Acad Psychiatry Law*, (35):551-356.

Gökcan, H.T. (2014) Tıbbi müdahaleden doğan hukuki ve cezai sorumluluk, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Gündoğmuş, Ü.N., Ersoy, N., Biçer, Ü. (1998) Yüksek Sağlık Şurası Kararlarının Etik Açıdan Değerlendirilmesi, *Toplum ve Hekim*, 13: 8-14.

Gürelli, N. (1967) Türk Ceza Muhakemesinde Bilirkişilik, İstanbul.

Hakeri, H. (2012) Tıp Hukuku, 5. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara,

Alıntı:https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf (Erişim tarihi: 25.04.2019).

Hancı, İ.H. (2002) Malpraktis/ Tıbbi Girişimler nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Hickson, G.B., Charles, F., Federspiel, C.F., Pichert, J.W., Miller, C.S., Gauld-Jaeger, J., Bost, P.(2002) Patient Complaints and malpractice risk, *JAMA*, 287:2051-2957.

İstanbul Bölge Bilirkişi Listesi, İstanbul Bilirkişilik Bölge Kurulu,

Alıntı: <http://www.istanbulbbk.adalet.gov.tr/dokumanlar/bilirkisilistesi.pdf> (Erişim Tarihi: 03.06.2019).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu, Kanun No: 6100, Kabul Tarihi: 12.01.2011, Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Sayısı: 27836,

Alıntı:<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2011/02/20110204-2.htm> (Erişim Tarihi: 10.06.2019).

İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Sürekli Tıp Eğitimi Etkinlikleri (2006) Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, (G. Çetin, A. C. Yorulmaz, Eds) s. 31-42, İstanbul Yelken Matbaası, İstanbul.

İzmir Bölge Bilirkişi Listesi, İzmir Bilirkişilik Bölge Kurulu,

Alıntı:<http://www.izmirbbk.adalet.gov.tr/bolgebilirkisilistesi/liste.pdf> (Erişim Tarihi: 03.06.2019).

Johnston, J.C., Sartwelle, T.P. (2013) The expert witness in medical malpractice litigation: through the looking glass. *Journal of child neurology*, 28(4): 484-501.

Jones, J. W ., McCullough, L. B., Richman, B. W. (2004) Standard of care: What does it really mean? *Journal of Vascular Surgery*, 40(6):1255-1257.

Kabaroğlu, K., Eroğlu, S.E., Onur, Ö., Denizbaşı, A., Akoğlu, H. (2013) Acil Serviste Hasta Memnuniyetini Etkileyen Faktörlerin Araştırılması, *Marmara Medical Journal*, 26: 32-89.

Karaburun, G. (2017) Karar Örnekleriyle Yargıtay'ın Bilirkişiliğe Bakışı ve Bilirkişiliğin Sorunları, *Adli Tıp Bülteni*, 22(3):200-207.

Karafakih, İ.H. (1952) *Hukuk Muhakemeleri Usulü Esasları*, Ankara.

Karin, P., Jonas, L., Roberto, V., Mats, B., Andrew, G.F. (2003) Do Women Simply complain more? National patient injury claims data show gender and age differences. *Q. Manage. Health Care*, 12(4):225-231.

Kıcalıoğlu, M. (2011) Doktorların ve Hastanelerin Tıbbi Müdahaleden Kaynaklanan Hukuki Sorumlulukları, 1. Baskı, Adalet Yayıncılık, Ankara.

Kırtıçoğlu, M. (2018) Yargıtay'da 2010-2017 Yılları Arasında Karara Bağlanan Hatalı Tıbbi Uygulama (Malpraktis) Dava Kararlarının Değerlendirilmesi, Uzmanlık Tezi, Çukurova Üniversitesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Adana.

Kök, AN. (2014) Hatalı Tıbbi Uygulamalarda Türk Ceza Adalet Sistemine Göre Bilirkişi Raporu Nasıl Hazırlanmalıdır?, Tıp Hukuku Atölyesi-2, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Kunter, N., Yenisey, F., Nuhoğlu, A. (2010) Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 17. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul.

Leape, L.L., Bates, D.W., Cullen, D.J., Cooper, J., Demonaco, H.J., Gallivan, T. et al. (1995) Systems analysis of adverse drug events, *Jama*, 274(1):35-43.

Maeda, H., Fujita, M.Q., Bao-Li, Zhu., Li, Quan., Taniguchi, M. (2003), Medical practice-related fatalities in forensic autopsy during the past 6 years in the southern half of Osaka city and surrounding areas, *Legal Medicine, Article In Pres*, 5:322-324.

Margaret, A., Berger, J.D. (2005) What Has a Decade of Daubert Wrought? *American Journal of Public Health*, 95(1): 59-65.

Moffett, P., Moore, G. (2011) The standard of care: legal history and definitions: the bad and good news. *Western Journal of Emergency Medicine*, 12(1):109.

Mutlu, B. (2019) Tıbbi Uygulama Hatası İddialarında Bilirkişilik Ve Uzman Mütalaas, Uzmanlık Tezi. İstanbul Üniversitesi İstanbul Tıp Fakültesi, İstanbul.

Narang, S.K., Paul, S.R. (2017) Expert Witness Participation in Civil and Criminal Proceedings, *American Academy of Pediatrics*, 139(3).

Öntan, Y. (2014) Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, Ankara.

Quam, L., Dingwall, R., Fenn, P. (1987) Medical malpractice in perspective 1. the American experience, Br. Med. J., 294:1529 –1532.

Özdemir, M.H., Çekin, N., Gülmen, M.K. (1999), Malpraktis İddialarında Otopsinin Önemi: Bir Olgu Sunumu, Ankara Patoloji Bülteni, 16(1):43-45.

Özkara, E., Naderi, S., Gündoğmuş, Ü.N., Arda, N. (2004) Yüksek Sağlık Şurası’nda 1994-1998 Yılları Arasında İncelenen Spinal Cerrahi Olgularının İncelenmesi, Türk Nöroşirirji Dergisi, 14(3):151-157.

Özkaya, N., Yılmaz, R., Özkaya, H., Can, M., Pakiş, I., Yıldırım, A. ve diğerleri. (2011) Tıbbi uygulama hatası iddiası ile Adli Tıp Kurumu’na Gönderilen 0-18 yaş grubu olguların değerlendirilmesi, Türk Pediatri Arşivi, 46:151-158.

Pakiş, I. (2006) Ölüm Ya Da Ölü Doğumla Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımında Adli Otopsinin Rolü, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul.

Pakiş, I. (2014) Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik. Turkish Journal of Forensic Sciences, 13(3):51-59.

Peck, D.W. (1956) A Succesful New Plan: Impartial Medical Testimony, American Bar Assosiation Journal, 42(10):931-934.

Peeples, R., Harris, C.T., Metzloff, T.B. (2002) The Process of Managing Medical Malpractice Cases: The Role of Standard of Care, Wake Forest Law Review, 37:877-902.

Pekcanitez, H. (2009) Özel uzman (bilirkişi) görüşü ve değerlendirilmesi “Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara, sf. 397-418.

Pekcanitez, H., Atalay, O., Özekeş, M. (2018) Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.

Polat, O. (2005) Tıbbi Uygulama Hataları: Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları, Seçkin yayıncılık, Ankara.

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

Polat, O., Güven AT. (2015) İngiliz, Amerikan ve Türk Hukukunda Bilirkişilik Uygulamalarının Karşılaştırılması, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 28:97-114.

Quam, L., Dingwall, R., Fenn, P. (1987) Medical malpractice in perspective 1. the American experience, *Br. Med. J.*, 294: 1529 –1532.

Rognum, T.O., Vege, A. (1997) Forensic autopsy after possible medical malpractice: a 3-year material from the Institute of Forensic Medicine in Oslo, *Tidsskr Nor Laegeforen*, 117(20): 2969-2973.

Roter, D., Lipkin, M., Korsgaard, A. (1991) Sex differences in patients' and physicians' communication during primary care medical visits, *Med. Care*. 29: 1083- 1093.

Salaçin, S., Gülmen, M.K., Alper, B., Çekin, N. (1994) Entoksikasyon ön tanılı olgularda antemortem-postmortem tanı farklılıkları, *Ankara Patoloji Bülteni*, 11: 12-15.

Savaş, H. (2006) Ülkemizde sağlık çalışanlarının ve sağlık kurumlarının tıbbi müdahaleden doğan cezai sorumluluğu, Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul.

Sevük, H.Y. (2006) Ceza Muhakemesi hukukunda Bilirkişilik,

Alıntı: <https://dergipark.org.tr/download/article-file/95756> (Erişim tarihi: 30.05.2019).

Şanyüz, Ö., Yorulmaz, AC., Altınok, A., Birge, N., Kinoğlu, K., Orhan, Z. ve arkadaşları. (2012) Effects of new regulatins about expertise on the evaluation of cases with malpractice claim, 22nd Congress of The Interational Academy of Legal Meicine, İstanbul.

Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun,

Alıntı:<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.1219-20141119.pdf> (Erişim Tarihi: 16.06.2019).

Tandoğan, H. (1982). Borçlar hukuku : Özel borç ilişkileri, 2. Baskı, Banka Ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayıncılık, Ankara.

Tanrıver, S. (2017) Hukukumuzda Bilirkişilik, 12. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara.

Temizer , B., Kaya, B (2018) Biirkişilik Müessesesi ve Bilirkişiliğin Bağlayıcılığı Üzerine Düşünceler,

Alıntı:https://www.goksusafiisik.av.tr/Articleletter/2018_Winter/GSI_Articleletter_2018_Winter_Article14.pdf (Erişim tarihi: 31.05.2019).

Thirumoorthy, T. (2011) MPS and SMA Training Course for Medical Experts,

Alıntı:<https://www.sma.org.sg/UploadedImg/files/CMEP/Practice%203.pdf>(Erişim Tarihi: 12.05.2019)

Thomas Watson, H. 2010, Determining Whether Medical Causation is Established, *Law Journal Newsletters*.

Alıntı: <https://www.horvitzlevy.com/230F70/assets/files/News/attachment428.pdf> (Erişim Tarihi: 02.06.2019)

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi (19.02.1960),

Alıntı: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/2.3.412578.pdf> (Erişim Tarihi: 11.05.2019)

Timmermans, S., Berg, M. (2003). The practice of medical technology. *Sociology of health & illness*, 25(3):97-114.

Todd, N. V. (2011), Medical Negligence: Legal Theory and Surgical Practice, *Orthopaedics and Trauma*, 25(1), 64-74.

Toraman, B. (tarihsiz) Rapor Yazım Usul ve Esasları, Canbolat, T., T.C. Adalet Bakanlığı, Ankara.

Alıntı:https://bilirkisilik.adalet.gov.tr/dokumanlar/bilirkisiliksempozyumkitaplari/temelegitim_kaynak.pdf (Erişim Tarihi:01.06.2019)

Toraman, B. (2017) Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik İncelemesi, 4. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara.

Tuğcu, H., Yorulmaz, C., Koç, S. (2009) Hekim Sorumluluğu Ve Tıbbi Malpraktis, *Klinik Gelişim*, 22:6-10.

Türk Ceza Kanunu , Kanun No: 5237, Kabul Tarihi: 26.9.2004, Resmi Gazete Tarihi: 12.10.2004, Sayısı: 25611,

Alıntı:<http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf> (Erişim Tarihi: 10.05.2019).

Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği, Resmi Gazete Tarihi: 28.4.2004, Sayısı: 25446,

Alıntı:http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&view=article&id=125:t_k-tablerbldl-yetmel&catid=2:ymelik&Itemid=33 (Erişim Tarihi: 10.06.2019).

Türk Tabipler Birliği (2012) Hekimlik Meslek Etiği Kuralları,

Alıntı: https://www.ttb.org.tr/kutuphane/h_etikkural.pdf (Erişim tarihi: 30.05.2019).

Türkay, İ. (2017) 6754 Sayılı Bilirkişilik Kanununun Genel Değerlendirilmesi,

Alıntı:<http://archive.ismmmo.org.tr/docs/malicozum/139malicozum/8%20%C4%B0mdat%20T%C3%9CRKAY.pdf> (Erişim Tarihi:16.06.2019).

World Medical Association (2005) World Medical Association Statement on Medical Malpractice

Alıntı:<https://www.wma.net/policies-post/world-medical-association-statement-on-medical-malpractice> (Erişim Tarihi: 17.06.2019).

Yargılamada Bilirkişilik Müessesesi Hakkında Mukayeseli Çalışma, Görüşme Taslağı, Dünya Bankası, 2010:1-8.

Yavuz, M. F. (2006) Malpraktis Komplikasyon Ayrımı, 2. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu. İstanbul.

Yaycı, N., Üzün, İ., Arslan, M.M., Üris, M. (2004) Postoperatif ölümle sonuçlanmış ve tıbbi uygulama hatası iddiası bulunan olgularda otopsinin değeri, *J. Foren. Med.*, 1(2): 57-61.

Yenipınar, FB. (2016) Hukuk Mahkemelerinde Bilirkişilik, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Yenisey, F., Nuhoğlu, A. (2018) Ceza Muhakemesi Kanunu, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Yeşiltaş, A., Erdem, R. (2018) Defansif Tıp Uygulamalarına Yönelik Bir Derleme. Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi, 10(23):137-150.

Yıldırım, K. (2004) Bilirkişi Delilinin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75.Yaş Günü İçin Prof Dr.Baki Kuru Armağanı, Ankara, 833-841.

Yorulmaz, A. C. (2005) İstanbul Tabip Odası'na Yansıyan Hekim Hatası İddiası Bulunan Olguların Adli Tıp Açısından İrdelenmesi, İstanbul Üniversitesi Adli Tıp Enstitüsü, İstanbul.

Yükseköğretim Kanunu, Kanun No: 2547, Kabul Tarihi: 4.11.1981, Resmi Gazete Tarihi: 6.11.1981, Sayısı: 17506,

Alıntı: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.2547.pdf> (Erişim Tarihi: 11.06.2019).

Yükseloğlu, H., Kara, U. (2015) Hukukçular ve Genetikçiler için Temel Adli Genetik, 1. Baskı, Nobel Tıp Kitabevleri, İstanbul, sf:1-28.



8. Özgeçmiş

Ezgi Besen 1983 yılında İstanbul’da doğdu. İlk ve orta öğrenimini Terakki Vakfı Özel Şişli Terakki Lisesinde, Lisans öğrenimini 2008 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde tamamladı. 2009-2017 yılları arasında Avukatlık yaptı. 2018 yılından itibaren Hakim olarak görev yapmaktadır.

