TIBBİ HATA DAVALARINDA RESMİ BİLİRKİŞİLİK KURUMLARI VE YARGITAY UYGULAMASI

Av. Halide SAVAŞ

GİRİŞ

Hukuki uyuşmazlıkların çözümünde olayların geriye dönük olarak irdelenmesi gerekmektedir. Bu nedenle hakimlerin ve haklı olduklarını ispat etmeye çalışan tarafların işi gerçekten zordur. Geçmişte yaşanmış olguların günümüzde doğru olarak ortaya konulması; ortaya konulduğu kadarıyla değerlendirilerek bu konuda hakkaniyete, hukuka uygun karar verilmesi işlemlerinin gerçekleştirilmesi aşamasında, hukuk uygulamasında çok önemli yeri olan bilirkişilik kurumu karşımıza çıkar.

Sosyal yaşamda bireyler arasında her konuda uyuşmazlık olabilir. Uyuşmazlık konusu olayın çözümü için özellik arzeden teknik bilgi, deneyim gerekebilir. Tıbbi davalar da bu türden özellikli davalardır. Hakimin, tıbbi davaların yürütülmesi ve aydınlatılması sırasında, tıp eğitimi almış, konusunda uzman kişilerden yararlanması doğaldır. Bu durum ceza davalarında da, tazminat davalarında da geçerlidir. (CMUK m. 66 ve HUMK m. 275)

Tıbbi davalarda hangi bilirkişilere hangi koşullarda başvurulduğunu ve olaya hukuk kurallarının uygulanabilmesi için gerekli koşulları haiz bilirkişi raporlarının nasıl olması gerektiği konularında, mevcut kararlara bakarak fikir edinmek olasıdır.

Makalemizde[1], resmi bilirkişilik kurumlarını çok genel çerçevede tanıttıktan sonra, uygulayıcılara faydalı olması amacı ile tıbbi davalarda bilirkişilik uygulaması ile ilgili Yargıtay kararlarına değinmiş bulunmaktayız.

---

*(1) Makalenin yazımında **yazarın**, **"Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları"** isimli eserinin, **"Doktor ve Diğer Sağlık Çalışanlarının Yargılanmasında Başvurulan Bilirkişilik Kurumları"** isimli bölümünden faydalanılmıştır.*

"Bilirkişiler kendi ifadeleriyle dünyada kabul gören bilimsel gerçekleri mahkeme heyetine sunarlar."[2] Mahkemelerce başvurulan bilirkişiler şahıs olabileceği gibi kurul ya da kurum da olabilir. Makalemizde sadece tıbbi bilirkişilik kurumları incelenmiştir.

TIBBİ HATA DAVALARINDA RESMİ BİLİRKİŞİLİK KURUMLARI

Ülkemiz hukuk uygulamasında tıbbi hata davalarında başvurulan resmi bilirkişilik kurumları Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu ve Üniversitelerdir.

Yüksek Sağlık Şurası

Yüksek Sağlık Şurası'nın niteliği, görevleri, üyeleri, toplanma zaman ve şartları, 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun Üçüncü Faslında; 10. madde ile 17. madde arasında belirtilmiştir. 1593 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde, "Tababet ve şubeleri sanatlarını ifadan mütevellit adli meselelerde itibar vazifeleriyle mütevellit olmak üzere bir Yüksek Sağlık Şurası teşkil olunmuştur" denilmektedir.

Şura'nın tek görevi hekimlikle ilgili adli meselelerde görüş bildirmek değildir. 1593 Sayılı Kanun'un 10. maddesinde belirtildiği üzere; Sağlık Bakanlığınca tevdi edilecek konularda oyunu ve görüşünü bildirmek, Sağlık ve sosyal hizmet ve yardımlara ait kanun, nizamname ve talimatları birinci derecede tetkik etmek de, Şura'nın görevleri arasındadır. Şura sürekli bir kurul değildir.

Yüksek Sağlık Şurası belli periyodlarla (son zamanlarda iş fazlalığı sebebiyle ayda bir[3]) ve gerekli görüldüğünde toplanmaktadır. Şura'ya gelen dosyaların görüşülmesi ve değerlendirmesi çok ayrıntılı işlemler sonucunda olmaktadır[4].

---

(2) ***YORULMAZ*** *Coşkun,* ***KIR*** *Ziya,* ***KETENCİ*** *Çetin****; "Tıbbi Uygulama Hataları ve Bilirkişilik",*** *s.55, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis Ve Adli Raporların Düzenlenmesi Bildiri Kitabı, Editörler: Gürsel Çetin, Coşkun Yorulmaz, İstanbul 2006*

(3) ***KESKİN*** *Adem; "Şura'nın Hukuki Konumu ve Hukuktaki Yeri", 1-3 Kasım 2007 Sağlık Hukuku Kurultayı, s.352, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2008,*

(4) ***YOL*** *Sinan; "Şura'dan Ne Bekleniyor? Dosyalar Nasıl Hazırlanıyor" 1-3 Kasım 2007 Sağlık Hukuku Kurultayı, s.357-358, Ankara Barosu Yayını, Ankara 2008,*

" Yüksek Sağlık Şurası'na gelen dosyalara ilk geldiğinde ön inceleme numarası verilmekte, hukuk müşavirinin de içinde bulunduğu sekreterya tarafından bu dosyaların bir ön incelemesi yapılmakta, burada gelen dosyanın Şura'nın görev alanına girmediği açıkça anlaşılıyorsa, sağlıklı olarak incelenmesine veya karar verilmesine uygun değilse, eksikliği varsa veya dosyadaki bilgiler okunaklı değilse bu dosyalar genel müdürlüğümüz tarafından ilgili makama gerekçeleri de bildirilerekten aktarılmakta. Bu ön inceleme sonrasında Şura'da incelenmesi gereken dosyalar esas numaraları almakta ve bunlar raportör arkadaşlarımız tarafından işleme tabi tutulmakta. Burada yalnız bu işi yapan raportör arkadaşlarımız, bu işe adanmış raportör arkadaşlarımız bu dosyaları birazdan aktaracağım ölçüler içerisinde şuranın görüşüne hazırlamakta.

...Mart 2007'de ihtisas komisyonlarında her branş uzmanlarından oluşan doktorlardan dosya hazırlama aşamasında teknik destek ve yardım alınması konusunda bir kanuni düzenleme yapılmıştır. Raportör arkadaşlarımız bu dosyaları hazırlarken dosyanın hani mahkeme veya savcılıktan geldiğini, ne

Ayrıca Şura'da muayene olmaksızın dosya üzerinden inceleme yapıldığından; Şura'ya gönderilen dosyalardaki verilerin tamam olması, kayıtların yeterli, okunaklı olması, hastaya ait grafi, ekg vb. tetkiklerin ve sonuçlarının incelemeye müsait olması gerekmektedir. Tıbbi hata davalarında YSŞ ve diğer tıbbi bilirkişilerin daha sağlıklı çalışabilmeleri için hastane vb. sağlık kurumlarının arşivlerinin fiziksel şartları iyileştirilmeli, hasta dosyaları ve kayıtları (20 yıl süre ile[5]) her an incelenmeye müsait halde tutulmalıdır.[6]

Tıp mesleğinin icrasından kaynaklanan suçların irdelendiği ceza mahkemelerinde Yüksek Sağlık Şurası'na başvurma zorunluluğu bulunmaktadır.

1219 sayılı Tababet Kanunu'nun 75. maddesinde, "Tababet ve şuabatı san'atlarının ifasından mütevellid ceraimde (suçlarda) (...) Yüksek Sağlık Şurası'nın mütalası alınır " denilmekle; **TIBBİ DAVALARDA SADECE CEZA MAHKEMELERİ İÇİN** (diğer bilirkişilere başvurma hakkı saklı kalmak koşulu ile) **ŞURA'YA BAŞVURMA ZORUNLULUĞU GETİRİLMİŞTİR**.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi 24.4.1996 tarihli kararında, *ceza mahkemelerine yansıyan tıbbi konuların, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olmayan konulardan olduğu ve bu konularda* ***Şura'ya başvurulması gerekliliği;*** *"...**gelişen olayda sanıkların kusurlu olup olmadıkları ve varsa oranlarının tespiti, hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konulardan bulunmadığı,** (...) sanıkların sıfatları, durumları ve yetki dereceleri oluş içinde değerlendirilmek suretiyle kusurlu olup olmadıkları ve varsa derecesinin öncelikle **Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması suretiyle belirlenmesi** ve sonucuna göre sa-*

---

4. dipnot devamı: *sorulduğunu, olayla ilgililerin adlarını, olayın meydana geliş şeklini, olay ve olayların zamanını, nerede geçtiğini, kişinin olaylara katılış biçimini, olaya maruz kalana uygulanan tetkik ve tedaviler karar vermeye yetecek teferruatla dosya içerisinden birer, birer çıkartılarak olay gelişiyle beraber bir rapor haline dönüştürülür. Bu dosyalardaki uygulanmış olan, kişiye yapılmış olan tetkikler ile tedavilerin dosya karışıklığı içerisinde sağlıklı bir değerlendirme yapılabilmesi için düzenli bir şekilde ele alınmış olmasının önemini bir defa daha vurgulamakistiyorum. Yine bu inceleme esnasında olayla ilgisi bulunanların ifadeleri, suçlanan kişilerin ifadeleri, varsa Adli Tıp Raporu, otopsi tutanağı, bilirkişi veya muhakkik raporları da dosyanın özetinde çıkartılmakta. Bu hazırlıklar tamamen teknik olarak yapılmakta ve olayla ilişkisi olan ve olabilecek tüm detaylara tarih sırasıyla yer verilmekte. Daha sonra dosyaların görüşüleceği Şura'nın toplantı tarihi belirlenmekte ve toplantı tarihi öncesinde gündemiyle beraber bütün bu hazırlıklar Şura üyelerine aktarılmakta. Görüşmeler esnasında bütün ifadeler sesli kaydedilmekte ve o dosyayla ilgili kararlar yazılıp, kararın tüm üyelerce imzalanma aşamasına kadar bütün görü.meler sesli kayıtları saklanmakta. Ve burada bir hususu da özellikle belirtmekte fayda görüyorum, Şura kararları mahkeme kararları kesinleşinceye kadar da açıklanmamakta."*

(5) ***Özel Hastaneler Yönetmeliği'****nin 49.maddesinde, "özel hastanede tutulan hasta dosyalarının" ve Sağlık Bakanlığı'nın 06.11.2001 tarih ve 10588 sayılı onayı ile yürürlüğe* ***giren Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Hizmetleri Yönergesi'nin*** *15. maddesinde, "Adli vakalara ilişkin tüm tahlil, tetkik sonuçları ile her türlü kayıt, dökümanlar ve hasta dosyalarının" en az yirmi yıl süreyle kurumda muhafazasının zorunlu olduğu belirtilmektedir.*

(6) ***KÖK*** *Ahmet Nezih;* ***"YSŞ Kararlarında Hekim Kusurunun Tespitine İlişkin Sorunlar****", 28 Şubat-1Mart 2008, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008*

nıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri ***gerekirken*** *eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi, bozmayı gerektirmiştir." şeklinde belirtilmiştir.* **(Y. 2. CD., 24.4.1996 T., 1996/4493 E., 1996/4682 K.)**

Bu konuda yakın tarihli bir başka kararın ilgili bölümü şöyledir: *"…hekimi olan sanığın doğum tarihini tamamlayan bebeği, zamanında almayarak ölü doğuma yol açıp açmadığı hususundaki kusurunun bulunup bulunmadığının Yüksek Sağlık Şurasından görüş alınarak araştırılması gerekir."* ***(Y. 4. CD., 08.06.2004 T., 2003/9165 E., 2004/7226 K.)***

Hukuk mahkemeleri için Yüksek Sağlık Şurası raporlarının bağlayıcı bulunmadığının belirtildiği emsal kararlar şöyledir:

"Diğer taraftan ***Yüksek Sağlık Şurası****, 1219 Sayılı Yasanın hükmü ile CMUK'un 66/3 maddesi anlamında kendisine başvurulması zorunlu resmi bilirkişi ise de;* ***Hukuk mahkemelerinde resmi bilirkişi değildir.*** *O nedenle* ***Hukuk Hakiminin Sağlık Şurası raporuyla bağlı olduğu söylenemez****. (HUMK madde 286) (…)* ***davalı doktorun sorumsuzluğuna ilişkin rapordaki sonuç da, açıklananlar ışığında dosyadaki delilere uygun düşmemektedir." (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi T. 20.11.2000, E. 2000/8582, K.2000/10298)***[7]

* * *

"…Bütün bunlara ek olarak, esasen **1219 sayılı Yasanın 75. maddesi tıbbi konularda Yüksek Sağlık Şurası düşüncesinin (ceza mahkemesini) bağlayacağı** belirtilmiştir. Bu durumda bu **merciin düşüncesinin hukuk mahkemesini bağlayacağı da düşünülemez**. Yasa hükmü bu doğrultuda olduğuna göre Usul'ün 276/II. maddesine dayanılarak **Yüksek Sağlık Şurası'nın hukuk davalarında,** çözümlenmesi gerekli tıbbi sorunlar için seçilmesi ve düşüncesine **başvurulması zorunlu bilirkişi kurulu olduğu da kabul edilemez.**" **(Y. 13. HD., 14.3.1983T., 1982/7237 E., 1983/1783 K.)**

Tababet Kanunu'nun 75. maddesinde belirtilen, Yüksek Sağlık Şurası'nın hukuk mahkemeleri ve savcılıklar için resmi bilirkişi olmadığı hususu, Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarında da çok fazla vurgulanmış olmakla birlikte; **Yüksek Sağlık Şurası'nın aldığı 11-12 Mayıs 2006 tarihli-11362 sayılı Tavsiye Kararda da açıkça belirtilmiştir. B**u tavsiye kararda[8]; **"ceza mahkemelerinde açılmış davaların haricinde, adli ve idari davalar ile hazırlık soruşturması aşamasındaki davalarda, adli mercilerce Şura kararı istenilmemesi"** belirtilmiş ve karar mahkemelere dağıtılmak üzere Adalet Bakanlığı'na gönderilmiştir.

---

(7) 30 Kasım - 1Aralık 2007 tarihlerinde İstanbul Barosunun düzenlediği III. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu'nda tebliğ sunan Yargıtay 13.Hukuk Dairesi üyesi Syn. Harun ***KARA****'nın sunumundan alıntıdır.*

(8) Av.Ümit ***ERDEM****'in konuyla ilgili Sağlık Bakanlığı başvurusu üzerine, Bakanlık tarafından gönderilen, 25-26 Aralık 1997 tarihli, 9628 sayılı ve 11-12 Mayıs 2006 tarihli, 11362 sayılı Yüksek Sağlık Şurası Tavsiye Kararı*

Adli Tıp Kurumu

2659 numaralı **Adli Tıp Kurumu Kanunu**, 20.04.1982 tarihinde resmi gazetede yayımlanarak, yayımını takip eden ay başında yürürlüğe girmiştir. Kanun'un **1. maddesi** Adli Tıp Kurumu'nun bilirkişilik görevini şu şekilde belirtmektedir:

"Adalet işlerinde bilirkişilik görevi yapmak, adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı programları ile görev alanına giren konularda diğer adli bilimler alanlarında sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek ve bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak üzere Adalet Bakanlığına bağlı Adli Tıp Kurumu kurulmuştur."

Adli Tıp Kurumu'nun görevleri aynı Kanun'un 2003 tarihinde değişen 2. maddesinde şu şekilde belirtilmiştir:

a) Mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek,

b) Adli tıp uzmanlığı ve yan dal uzmanlığı eğitimini Tıpta Uzmanlık Tüzüğü çerçevesinde vermek,

c) Adli tıp ve adli bilimler alanlarında çalışmaları yürütmek üzere seminer, sempozyum, konferans ve benzeri etkinlikler düzenlemek, bunlara ilişkin eğitim programları uygulamak ve ilgili kurum, kuruluş ve kurulların hazırlayacakları adli tıpla ilgili eğitim programlarının yapılmasına ve yürütülmesine yardımcı olmak,

d) Adli tıp hizmetlerinin görülmesi sırasında yapılması zorunlu sağlık hizmetlerini vermek.

Tıbbi hata davalarında başvurulan Adli Tıp İhtisas Daireleri ya da Adli Tıp Genel Kurulu raporlarının, hükme esas olacak nitelikte kabul edilmediği emsal kararlardan bazıları şöyledir:

*"**Adli Tıp İhtisas Dairelerince verilen raporlar mahkemece bağlayıcı değildir.** Mahkemece bu yön gözetilerek **konusunda uzman üniversite öğretim üyelerinden oluşturulacak bilirkişi kurulu aracılığı ile** davacıya ait tüm raporlar dosyaya ibraz edilerek, yine dosyada bulunan Tabib Odası bilirkişi raporu, Adli Tıp Kurumu Raporu, C Tıp Fakültesinden alınan rapordaki görüşlerde esas alınarak**, davalının özen borcunu yerine getirmemesi nedeniyle davalıya izafe edilecek bir kusur olup olmadığının,** aldırılacak bilirkişi raporu ile tesbiti ile sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde **eksik inceleme ile karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup** bozmayı gerektirir." **(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2003/6060 K. 2003/10174 T. 16.9.2003)***

* * *

*"Hemen belirtelim ki **Adli Tıp Genel Kurulu raporu oyçokluğu ile verilmiş ve kurul içinde tek bir kadın doğum uzmanı bulunmaktadır. Raporda çoğunluk görüşünün doğru olmadığı yönünde azınlık tarafından inandırıcı gerekçeler ileri sürüldüğü görülmektedir.** Bu*

haliyle ***rapor inandırıcı ve tatminkar olmaktan uzaktır****. Öyle olunca* ***davalı tarafça da itiraz edilen Adli Tıp Genel Kurulu raporuna itibar edilip,*** *hüküm kurulmaz.* ***(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2002/13959 K. 2003/2380 T. 6.3.2003)***

Üniversiteler

Adli Tıp Kurumu Kanunu'nun "Diğer Adli Ekspertiz Kurumları" başlıklı **31. maddesinde** üniversitelerin resmi bilirkişiliği şu şekilde belirtilmektedir:

"**Yükseköğretim Kurumları veya birimleri**, adli tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olaylarında ve diğer adli konularda Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununa göre **resmi bilirkişi sayılır."**

Tıbbi davalarda üniversitelerin ilgili anabilim dallarından görüş istenmesi yoluna gidilmektedir. Bu konudaki ilgili içtihatlar şöyledir:

"Bu durumda ***mahkemece yapılacak iş: Üniversitelerin*** *Anabilim Dallarından seçilecek konularında uzman doktorlardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek, (...)* ***dayanak ve gerekçesi gösterilmek, taraf ve Yargıtay denetimine elverişli düşünce içeren bir rapor alınmak, (...)*** *sonuca uygun bir karar vermektir.* ***Eksik inceleme ve mevcut delilleri değerlendirmede yanılgıya düşülerek yazılı şekilde karar vermesini usul ve kanuna aykırı olup bozma nedenidir."*** ***(Yargıtay 13.Hukuk Dairesi T.20.11.2000, E.2000/8582, K.2000/10298)[9].***

* * *

"Bu durumda ***mahkemece yapılacak iş; Üniversitelerden konusunda uzman kişilerden oluşturulacak bilirkişi kurulundan****, yukarıda açıklanan ilkeler ışığında yapılması gerekenle yapılanın ne olduğu, yapılması gerekenle yapılanın birbiriyle uyumlu olup olmadığı,* ***böyle bir olayda böyle bir sonucun ortaya çıkmasının olağan olup olmadığı, tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılıp davranılmadığı, olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, hakim ve Yargıtay denetimine elverişli rapor almak,*** *oluşacak uygun sonuç çerçevesinde bir karar vermekten ibarettir.* ***Açıklanan hususlar gözetilmeksizin eksik araştırma ve incelemeyle yetersiz bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı biçimde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır****. Bozmayı gerektirir."* ***(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E: 2005/11159 K: 2005/17474 T: 28.11.2005)***

---

(9) 30 Kasım - 1Aralık 2007 tarihlerinde İstanbul Barosunun düzenlediği III. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu'nda tebliğ sunan Yargıtay 13.Hukuk Dairesi üyesi Syn. Harun ***KARA****'nın sunumundan alıntıdır.*

TIBBİ BİLİRKİŞİ RAPORLARININ NİTELİKLERİ

Tıbbi uygulamalara ilişkin davalar tıp biliminin niteliği gereği özellikli davalar olduklarından, bu davalardaki bilirkişilik uygulaması diğer davalara göre biraz daha fazla önem arzetmektedir. Örneğin, kıdem ve ihbar tazminatının talep edildiği bir işçi alacağı davası, (uygulamada bilirkişilere tazminat hesabı yaptırılmakla birlikte) hukuk eğitimi almış kişilerin, hele uygulayıcı olan hakimlerin çok yabancı olmadıkları bir konudur. Ancak bir ameliyatın mevcut tıp bilimi ve tekniğine uygun olup olmadığının karara bağlanacağı bir tıbbi davada hakimin, bilirkişi görüşü olmaksızın olayı irdelemesi mümkün olamamaktadır. Bu nedenlerle tıbbi bilirkişi raporları çok önemlidir.

Tıbbi bilirkişi raporlarının da diğer bilirkişi raporlarında olduğu gibi gerekçeli, maddi öğeye uygun, tarafsız, Yargıtay, mahkeme ve taraf denetimine elverişli olması gerekmektedir. Ancak tıbbi raporlarda bu genel niteliklerin yanında bazı özel niteliklerinin de bulunması gerekir. Bu özel nitelikler, her davadaki tıbbi olaya özgü olarak hakim ve taraflarca, belirlenebileceği gibi; tıbbi hatalarda hatayı yaptığı iddia edilen tıp mensubunun müdahalede gereken dikkat ve özeni gösterip göstermediği, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda ihmali olup olmadığı, müdahalede "tıbbi standart"lara[10] uyup uymadığı, tıp bilimi ve tekniğine göre yapılması gereken müdahale ile yapılan müdahale ve tedavinin farklı olup olmadığı gibi konuların özellikle açıklattırılması şeklinde de olabilir. Ayrıca tıp mensubu olan bilirkişilerin, davalı taraf olan tıp mensubu kişi ile empati kurarak, kendini onun yerine koyması ihtimali de tıbbi bilirkişi raporlarının güvenilirliği açısından sıkıntı yaratabilecek bir durumdur.

Uygulamada, tıbbi bilirkişi raporlarının kendi içinde çelişkili olduğu; raporun içeriğinde kusur tespiti şeklinde belirtilen hususlar bulunmasına rağmen, sonuç kısmında (gerekçesiz olarak) kusursuzluk tespiti yapıldığı; tıbbi hataya konu uzmanlık dalından bir doktorun görüşü alınmaksızın rapor yazıldığı; davacı hastanın muayene edilmesi gerekirken dosya üzerinden rapor yazıldığı; bilirkişiye sorulan hususun yanıtlanmadığı ya da sorulandan başka konuda görüş bildirildiği; sadece tıp bilim ve tekniği ile sınırlı kalınmayıp hakimin alanına giren hukuki konularda görüş bildirildiği görülmektedir.

Aşağıda Yüksek Mahkeme kararlarını, tıbbi bilirkişi raporlarında bulunması gereken nitelikler yönünden (sınırlı şekilde olmamak kaydı ile) 3 gruba ayırmış bulunmaktayız.Özetle tıbbi bilirkişi raporları, davaya konu uzmanlık dalından görüş alınarak hazırlanmalı, gerekçeli ve mahkemece çekişmesiz olarak tespit edilmiş somut olaya, maddi öğeye uygun şekilde tarafsız, denetime elverişli olmalıdır.

---

(10) ***HAKERİ*** *Hakan;* ***"Tıp Hukuku"****, s.327-334, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007*

1- Dava konusu ile ilgili uzmanların görüşleri alınmaksızın verilen, denetime elverişli olmayan raporların geçersiz olduğu hukuki yönden de sabit olmakla birlikte; bu konudaki Yargıtay Kararları da şöyledir:

"...Bu halde, ***adli tıp raporunu hazırlayan heyet içersinde kadın doğum uzmanı bulunmayışı, kadın doğum uzmanından görüş alınmayışı... sebebiyle mahkemece hükme dayanak yapılan Adli Tıp raporu hüküm kurmaya elverişli, inandırıcı ve tatminkar olmaktan uzaktır. Öyle olunca Adli Tıp Kurulu raporuna itibar edilip, hüküm kurulmaz.*** *0 halde* ***mahkemece yapılacak iş; üniversitelerin*** *ilgili anabilim dallarından ve özellikle kadın doğum uzmanlarından seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığı ile dosyadaki hastanede tutulmuş dosya ve kayıtlar taraf savunmaları tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu,* ***tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak*** *ve böylece hasıl olacak sonuca uygun karar vermektir.* ***Eksik inceleme ve mevcut delileri değerlendirmede yanılgıya düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup*** *bozma nedenidir."* ***(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2006/5554 K.2006/11186 T.6.7.2006)[11].***

* * *

"Mahkemece ***davacıya uygulanan tedavide, doktor hata ve kusuru bulunup bulunmadığı, Üniversiteden seçilecek üroloji, gastroloji, dahiliye uzmanlarının bulunduğu üç kişilik bilirkişi heyetinden alınacak açıklamalı, gerekçeli, denetime elverişli raporla belirlenip, sonucuna uygun karar verilmesi gerekirken, yeterli açıklamayı taşımayan bilirkişi raporuna dayanılarak yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup,*** *bozma nedenidir."* ***(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2006/10057 K. 2006/ 13842 T. 19.10.2006)***

* * *

2- Maddi öğeye uymayan, gerekçesiz, Yargıtay'da oluşan görüşe zıt olan tıbbi bilirkişi raporlarının dikkate almaması ve mahkemenin kendi kanaatine göre karar vermesi gerektiği yönündeki örnek karar şöyledir:

"Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımız da, (...) dolayısı ile ***ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan,*** *olayda* ***davalı hastahane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur.*** *Bu açıklamalar ışığında* ***doktorların kusurlu olmadıkları yolundaki rapor sonuçlarına itibar edilmeyerek, davalıların ku-***

(11) 30 Kasım - 1Aralık 2007 tarihlerinde İstanbul Barosunun düzenlediği III. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu'nda tebliğ sunan Yargıtay 13.Hukuk Dairesi üyesi Syn. Harun ***KARA****'nın sunumundan alıntıdır.*

surlu olduklarının kabulü ile, *davacıların maddi tazminata ilişkin talepleri açıklatılıp, delilleri sorulup, gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp belirlenip,* ***talep doğrultusunda maddi tazminata ve uygun bir manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, mahkemece aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup,*** *bozmayı gerektirir."* ***(Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2004/12088 K. 2005/1728 T. 7.2.2005)***

* * *

3- Bazı tıbbi hatalarda, mahkemece çekişmesiz olarak tespit edilmiş bir olgu nedeniyle kusur isnadı yapılabiliyorsa bilirkişiden görüş alınmasının dahi gerekli olmadığına karar verilmiştir.

Yargıtay aşağıdaki kararında, doktorun kusuru açık olduğundan bilirkişi incelemesine gerek duyulmaması gerektiğini hüküm altına almıştır. Üstelik, ameliyat yerinde 2 metre uzunluğunda gazlı bezin unutulduğu olayda ***YSŞ., doktorları kusursuz bulmuştur. Karar şöyledir:*** *"...****gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye incelettirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır."*** ***(Y. 13. HD., 14.03.1983T., E. 1982/7237 K. 1983/1783)***

TIBBİ BİLİRKİŞİ RAPORLARININ HAZIRLANMASINDA KARŞILAŞILAN SORUNLAR

Ülkemizde Yargıtay Kararlarına yansıyan tıbbi hata olaylarını ve yargılama seyrini incelendiğimiz bir makalemizde[12], **tıbbi hata davalarında bilirkişilerce yapılan inceleme ve tespitlerin genel olarak Yüksek Mahkemeyi tatmin etmediği**, eksik inceleme nedeniyle birçok kararın bozulduğu görülmüştür.

Tıbbi hata olgularını aydınlatmaya çalışan tıbbi bilirkişilerin geriye dönük olarak yaptıkları incelemelerinde; mahkemelerden gelen dosyaların, sorulan tıbbi görüşü oluşturacak tüm delilleri içermesi, tam bilgi vermesi[13] ve müzekkerelerde mahkemenin görüş sorduğu konunun net sınırlarının çizilmiş olması önemlidir. Zira bilirkişiler ellerindeki bilgi, belge ve verileri kullanarak raporlarını hazırlamaktadırlar.

Tıbbi bilirkişilerin dava dosyalarındaki eksiklikler hakkındaki izlenimleri şu şekildedir:

"Çok sayıda bilirkişilik dosyası değerlendirilirken edindiğimiz izlenim, genellikle tıbbi dosyaların büyük eksiklikler içerdiği şeklindedir. Bu durum yalnızca kayıtların düzgün tutulmadığı anlamına gelmemektedir.

---

(12) ***ŞAVAŞ*** *Halide;* ***Hekim Sorumluluğu Kapsamında Tıbbi Müdahale Hataları ve Yargıya Yansıyan Tıbbi Hata Örnekleri,*** *s.175-197, Ankara Barosu Yayınları, Ankara Barosu-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Sağlık Hukuku Kurultayı, 1-3 Kasım 2007 Ankara,*

(13) ***YORULMAZ*** *Coşkun,* ***KIR*** *Ziya,* ***KETENCİ*** *Çetin****; "Tıbbi Uygulama Hataları ve Bilirkişilik",*** *s.59, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis Ve Adli Raporların Düzenlenmesi Bildiri Kitabı, Editörler: Gürsel Çetin, Coşkun Yorulmaz, İstanbul 2006*

Dosyaların toparlanması sürecinde farklı bir çok sorun olayda etmendir. Hastaların birden fazla sağlık kuruluşunda, farklı zaman dilimlerinde tedavi olması ve bu kuruluşların dosyanın toparlanması sırasında aynı özeni göstermemesi sorunlardan sadece biridir. Temel olarak mahkemenin sorumluluğunda olan bu husus; olayın mağduru olmamak açısından davalı hekimlerin de dikkat etmesi gereken bir konu olmaktadır."[14]

Tıbbi hata davalarında tıbbi bilirkişilerin daha sağlıklı çalışabilmeleri için hastane vb. sağlık kurumlarının arşivlerinin fiziksel koşulları iyileştirilmeli, hasta dosyaları ve kayıtlarının yıpranması engellenmelidir.[15]

Uygulamada sağlık kurum ve kuruluşlarının, mahkemelerce ya da taraflarca talep edilen hasta kayıt ve bilgilerini, defalarca müzekkere yazılmasına rağmen vermemesi, vermekte gecikmesi, eksik belge vermesi gibi sorunlar da yaşanmaktadır. Bu sorunların aşılması amacıyla uygulamada sağlık kurum ve kuruluşlarının kayıtlarında tespit yaptırılması ya da kayıtların ihzaren getirtilmesi söz konusu olabilmektedir.

Kanaatimizce, tıbbi bilirkişi raporlarının mahkemeyi ikna eder nitelikte olamamasında, bilirkişilere gönderilen dava dosyalarındaki tıbbi kayıt eksiklikleri, kayıtların okunamaz durumda olması, mahkemeler ile bilirkişilerin iletişiminde aynı dili konuşmamaktan doğan sıkıntılar yaşanması da etkili olmaktadır. Ayrıca, tıbbi hata sonucu ölüm iddialarında otopsi[16] yapılmamış olması, geç yapılmış ya da ehil olmayan kişilerce yapılmış olması da tıbbi raporların hazırlanmasında bilirkişilerin karşılaştıkları sorunlardandır.

TIBBİ HATA DAVALARINDA BİLİRKİŞİLERİN KUSUR ÖLÇÜTÜ

5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, taksirli suçlardaki bilirkişi incelemesinde kusur tespiti sekizli ölçüye göre yapılıyordu. **Ancak yeni Ceza Kanunu ile bu sekizli ölçü kaldırılmıştır.**

765 sayılı Eski Kanun'un 45 / 3 ve 459 / son maddelerinde taksirli suçlarla ilgili olarak "...cezalar kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir." denilmekteydi. **Yürürlükten kalkan bu indirim hükmünün de yönlendirmesi ile bilirkişiler kusur oranlamasını sekizli ölçüye göre yapıyorlardı.**

5237 Sayılı Kanunun, taksiri tanımlayan **22. maddesinin gerekçesinde,** bu husus şu şeklide açıklanmıştır:

---

(14) ***YORULMAZ*** *Coşkun,* ***KIR*** *Ziya,* ***KETENCİ*** *Çetin,* ***"Tıbbi Uygulama Hataları ve Bilirkişilik",*** *s.59, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis Ve Adli Raporların Düzenlenmesi Bildiri Kitabı, Editörler: Gürsel Çetin, Coşkun Yorulmaz, İstanbul 2006*

(15) ***KÖK*** *Ahmet Nezih;* ***"YSŞ Kararlarında Hekim Kusurunun Tespitine İlişkin Sorunlar****", 28 Şubat-1Mart 2008, V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, Ankara 2008*

(16) ***YORULMAZ*** *Coşkun,* ***KIR*** *Ziya,* ***KETENCİ*** *Çetin,* ***"Tıbbi Uygulama Hataları ve Bilirkişilik",*** *s.57-60, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis Ve Adli Raporların Düzenlenmesi Bildiri Kitabı, Editörler: Gürsel Çetin, Coşkun Yorulmaz, İstanbul 2006*

"Taksirle işlenen suçlardan dolayı kusurluluk, bir değerlendirmeyle ancak olay hakimi tarafından yapılabilir. Bu nedenle, taksirden dolayı kusurluluğun matematiksel olarak ifadesi mümkün değildir. Ancak normatif değerlendirmeyle hakim tarafından belirlenen kusurluluk göz önünde bulundurulmak suretiyle, suçun cezasında belli oranda indirim yapılabilir."

22. maddenin gerekçesinde, taksir sorumluluğu ile ilgili su açıklamalara da yer verilmiştir:

"Taksir dolayısıyla kusurun değerlendirmesi normatif bir değerlendirmeyle mümkün olmakla birlikte, somut olayda dikkat ve özen yükümlülüğünün ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesi yaptırılabilir. Örneğin, ölümle sonuçlanan bir ameliyat sırasında hastaya yapılan tıbbi müdahalenin tekniğine uygun olarak yapılmış olup olmadığının belirlenmesi açısından bilirkişi incelemesine gerek bulunduğu muhakkaktır. Keza ölüm veya yaralama ile sonuçlanan bir trafik kazasında, sürücülerin trafik kurallarına uyup uymadıklarının, hangi trafik kuralının ne surette ihlal edildiğinin, trafiğe çıkarılan aracın teknik bakımdan her hangi bir arızasının olup olmadığının belirlenmesi açısından da bilirkişi incelemesi yapılabilir. Ancak bu durumlarda, bilirkişinin yapacağı inceleme, işin tekniği ile sınırlı olmalıdır. ***Bunun dışında bilirkişi tarafından münhasıran hakimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir değerlendirme yapılmamalıdır. Aksi yöndeki tutum bilirkişilik görevinin sınırını aşmayı ve hakimin yerine geçmeyi ifade eder."***

Yeni Ceza Kanunu'na göre **hakim, bilirkişilerden alınan teknik veriler çerçevesinde somut olayda failin kusurlu olup olmadığını takdir edecektir.** Failin kusurlu bulunması durumunda ise, kusurun ağırlığı ve diğer sebepleri de göz önünde bulundurulmak suretiyle suçun kanuni tanımındaki cezanın alt ve üst sınırı arasında bir cezaya hükmedecektir.

Hukuk yargılamasında da bilirkişi raporları, hakimlerin davayı karara bağlamakta yararlandığı **takdiri delillerdendir** (HUMK m. 275). **Kusur tespitinde**, ceza mahkemelerinde olduğu gibi **hukuk mahkemelerinde de matematiksel bir belirleme sözkonusu olmamalıdır**.

Mahkemeler tıbbi hata olgularında, ***"davalı sağlık mesleği mensubunun hatalı, ihmalkar, tıp bilimi ve tekniğine aykırı davranışı olup olmadığını? Şayet varsa, davacıda oluşan zararın bu hatalı davranıştan kaynaklanıp kaynaklanmadığını?"*** *tıbbi bilirkişilere sormalı ve* ***bilirkişiler*** *bu çerçevede tamamen* ***bilimsel, teknik bilgi vermelidirler****. Zira,* ***"olayda nedensellik bağı bulunup bulunmadığı?", "hastanın bilgilendirilmiş rızasının alınıp alınmadığı?" gibi hususlar, hukuk eğitimi almış olan hakimin değerlendirmesinde olan hususlardır.*** *Tıp eğitimi almış bilirkişilere hukuki sorular sorulması ve hukuki cevaplar verilen tıbbi raporlardaki cevaplara dayanılarak hüküm kurulması sıkıntı yaratır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı ve kanunlarla da sabit olduğu üzere;* ***"bir davada öne sürülen maddi olguların hukuki***

nitelemesini yapmak (...) hakimin doğrudan görevidir. *" (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 2001/4-595 K. 2001/643 T. 26.9.2001)*

Ayrıca, mahkemelerin bilirkişilerden görüş istemesi aşamasında taraf avukatlarının, bilirkişilere ve mahkemelere yönelik olarak yazdıkları açıklama ve beyan dilekçeleri, olayların hukuka uygun olarak sonuçlandırılmasında büyük önem taşımaktadır.[17]

Sonuç olarak tıbbi davalarda başvurulan resmi bilirkişilik kurumları; Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu ve üniversitelerdir. Bu kurumlardan Yüksek Sağlık Şurası, ceza mahkemeleri için başvurulması zorunlu bir kurum olup hukuk mahkemeleri için böyle bir zorunluluk yoktur. Yüksek Sağlık Şurası raporlarının hukuk hakimini bağlamayacağına dair oldukça fazla Yüksek Mahkeme Kararı bulunmaktadır.

Tıbbi hata davalarında mahkemeler bilirkişilerden; davaya konu tıbbi müdahalede "davalı sağlık mesleği mensubunun hatalı, ihmalkar, dikkatsiz ve özensiz, tıp bilimi ve tekniğine (tıbbi standartlara) aykırı davranışı olup olmadığını; şayet varsa, davacıda oluşan zararın bu hatalı davranıştan kaynaklanıp kaynaklanmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, gerekçeli, tarafsız, denetime elverişli" rapor talep etmektedirler.

Yargıtay uygulamasında; maddi öğeye uymayan, gerekçesiz, dayanağı gösterilmeyen; olayın aydınlatması için gerekli uzmanların görüşü alınmaksızın verilen; dosyadaki somut delillere, açık olgulara aykırı olan; inandırıcı ve tatminkar olmayan; Yargıtay, hakim ve taraf denetimine elverişli bulunmayan raporlar, hükme dayanak teşkil edecek nitelikte görülmemektedir.

Bilirkişi raporu ile bağlı olmayan hakim tıbbi hata davalarında, yukarıdaki nitelikleri taşımayan raporları hükme dayanak yapmadığı gibi, bazı çekişmesiz tıbbi hata olgularında bilirkişiye dahi başvurmaksızın karar verebilmektedir.

Tıbbi bilirkişi raporlarının hazırlanmasında; bilirkişilere gönderilen dava dosyalarında eksiklikler bulunması, kayıtların okunamaz durumda olması, ölüm olgularında otopsi yapılmamış olması, hukuk ve tıp dilindeki farklılık nedeniyle mahkemeler ile tıbbi bilirkişilerin sağlıklı iletişim kuramaması gibi konular sorun oluşturmaktadır.

Yeni Ceza Kanunu'na göre, kusurla ilgili olarak bilirkişi raporlarında eskiden kullanılan sekizli ölçü artık kullanılmamaktadır. Bilirkişi tarafından, münhasıran hakimin yetkisinde bulunan kusurluluk konusunda herhangi bir matematiksel değerlendirme yapılmaması gerekmektedir. Yeni Ceza Kanunu ile bilirkişilerden, davalının kusur derecesi değil, bilim ve tekniğe aykırı bir durum olup olmadığı vb. konular sorularak, olayın her yönü ile tam değerlendirmesi yargıca bırakılmak istenmiştir.

---

(17) ***SAVAŞ*** *Halide;* ***Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması****, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Seçkin Akademik ve Mesleki Yayınlar, Kasım 2007, Sayı 15, Ankara*