



TIBBİ MÜDAHALE HATALARINDAN DOĞAN ZARARLARIN GİDERİLMESİ

Akın TIKIROĞLU

**Aralık 2017
DENİZLİ**

**TIBBİ MÜDAHALE HATALARINDAN DOĞAN ZARARLARIN
GİDERİLMESİ**

**Pamukkale Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü
Yüksek Lisans Dönem Projesi
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı
Siyaset Bilimi Ve Kamu Yönetimi Programı**

Akın TIKIROĞLU

Danışman: Yrd. Doç. Dr. Senem ERMUMCU

**Aralık 2017
DENİZLİ**

YÜKSEK LİSANS PROJE ONAY FORMU

Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı, Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Bilim Dalı öğrencisi Akın TIKIROĞLU tarafından Yrd. Doç. Dr. Senem ERMUMCU yönetiminde hazırlanan “**TIBBİ MÜDAHALE HATALARINDAN DOĞAN ZARARLARIN GİDERİLMESİ**” başlıklı Yüksek Lisans Projesi tarafımdan okunmuş, kapsamı ve niteliği açısından Yüksek Lisans Projesi olarak kabul edilmiştir.

Yrd. Doç. Dr. Senem ERMUMCU

Danışman

Pamukkale Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yönetim Kurulu'nun
...../...../.....tarih ve sayılı kararıyla onaylanmıştır.

Prof. Dr. Mehmet Vefa NALBANT
Müdür

BİLİMSEL ETİK SAYFASI

Bu projenin tasarımı, hazırlanması, yürütülmesi, araştırmalarının yapılması ve bulgularının analizlerinde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini; bu çalışmanın doğrudan birincil ürünü olmayan bulguların, verilerin ve materyallerin bilimsel etiğe uygun olarak kaynak gösterildiğini ve alıntı yapılan çalışmalara atıfta bulunulduğunu beyan ederim.

Akın TIKIROĞLU

ÖN SÖZ

Proje çalışmam süresince değerli görüş ve yardımlarıyla beni özveri ile destekleyen proje danışmanım Sayın Yrd. Doç. Dr. Senem ERMUMCU'ya, yüksek lisans eğitimimde katkısı büyük olan Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Anabilim Dalı değerli öğretim üyelerine, çalışmam esnasında desteğini sunan iş arkadaşlarıma ve bu süreçte yanımda olan eşim ve oğluma sonsuz teşekkürlerimi sunarım.

ÖZET

TIBBİ MÜDAHALE HATALARINDAN DOĞAN ZARARLARIN GİDERİLMESİ

TIKIROĞLU, Akın
Yüksek Lisans Dönem Projesi
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi ABD
Siyaset Bilimi ve Kamu Yönetimi Programı
Proje Danışmanı: Yrd. Doç. Dr. Senem ERMUMCU

Aralık 2017, 44 Sayfa

Tıbbi müdahaleler sonucunda doğan zararların giderilmesi günümüzde büyük bir önem arz etmektedir. Zararların giderilmesi boyutu hasta haklarının yeterince savunulabilmesi ve hekimlerin meslek kurallarını uygulamalarını teşvik edici özellikleri açısından oldukça önemlidir. Ayrıca insanların en temel hakkı olan ve anayasa ile güvence altına alınan; yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkının bir uzantısı olarak da tıbbi müdahaleler karşısında oluşabilecek zararların giderimi büyük önem arz etmektedir.

Bu çalışmada genel hatları ile Tazminat Hukuku ve Hekimin Tazminat Sorumluluğu üzerinde durulmuş, hasta ve hekim arasındaki ilişkinin hukuksal niteliği incelenmeye çalışılmıştır.

Anahtar Kelimeler : Tıbbi Müdahale, Hukuksal Koruma, Zarar Giderimi, Maddi Tazminat, Manevi Tazminat.

ABSTRACT

REMOVAL OF NATURAL DAMAGES FROM MEDICAL INTERFERENCE CAUSES

TIKIROĞLU, Akın
Graduate Term Project
Political Science and Public Administration Department
Political Science and Public Administration Program
Adviser of Project: Asst. Prof. Senem ERMUMCU

December 2017, 44 Pages

It is of great importance nowadays to eliminate the damages arising as a result of medical interventions. The elimination of harm is very important in terms of the ability of patient rights to be adequately defended and to encourage physicians to practice their professional rules. In addition, the right to life, which is guaranteed by the constitution of the people, is the most fundamental right, and as a security and extension of the right to protect and develop the material and spiritual existence, the restoration of the damages that may occur in the face of medical interventions is of great importance.

In this study, the general lines of Physician Compensation Compensation and Liability Law, focuses on the legal nature of the relationship between patient and physician have been studied.

Keywords : Medical Intervention, Legal Protection, Loss Damage, Pecuniary Compensation, Non-pecuniary Compensation.

İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ.....	iii
ÖZET.....	iv
ABSTRACT.....	v
İÇİNDEKİLER.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM TIBBİ MÜDAHALE

1.1. Tıbbi Müdahale Kavramı.....	3
----------------------------------	---

İKİNCİ BÖLÜM TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

2.1. Şartlar.....	5
2.1.1 İcraya Yetkili Kişi.....	5
2.1.2 Aydınlatma ve Rıza.....	6
2.1.2.1. Aydınlatma.....	6
2.1.2.2. Rıza.....	8
2.1.3. Tıbbi Verilere Göre Gerekli Uygun Müdahale.....	12
2.1.3.1. Gereklilik.....	12
2.1.3.2. Tıbbi Verilere Uygun ve Özenli Tıbbi Müdahale.....	13

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

3.1. Genel Kapsam.....	15
------------------------	----

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM TIBBİ HATA

4.1. Genel Kapsam.....	19
------------------------	----

BEŞİNCİ BÖLÜM TIBBİ MÜDAHALELERİN YANLIŞ UYGULANMASI SEBEBİ İLE HUKUKİ SORUMLULUK

5.1. Genel Olarak.....	20
5.2. Maddi Tazminat.....	22
5.3. Manevi Tazminat.....	24

5.4. İspat.....	26
5.5. Zamanaşımı.....	26
5.6. Hekim Hatalarından Dolayı İdarenin Sorumluluğu.....	28
5.6.1 İdare Tarafından Gerçekleştirilen Sağlık Hizmetlerinden Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu	28
5.6.2 Özel Hukuk Kişilerince Gerçekleştirilen Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Sorumluluğu	30

ALTINCI BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE NEDENİYLE CEZAI SORUMLULUK

6.1. Genel Olarak.....	31
SONUÇ.....	35
KAYNAKLAR	36
ÖZ GEÇMİŞ.....	37

GİRİŞ

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 3. maddesinde; yaşamanın, herkesin hakkı olduğu, 25. maddesinde de sağlık hakkının en temel insan hakkı olduğu kabul edilmiştir. Gerek kendisi gerek ailesi için tıbbi bakım da dahil olmak üzere, sağlık ve refahını sağlayacak uygun bir yaşam düzeyine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, yaşlılık veya geçim olanaklarından kendi iradesi dışında yoksun bırakacak başka durumlarda herkesin sahip olması gereken <güvence hakkı> şeklinde tanımlanmıştır.

Açıklandığı üzere sağlık hakkı; kişinin, içinde yaşadığı toplum (ülke, devlet) tarafından güvence altına alınmış ve kendisine tanınmış temel insan haklarından biridir.

Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı altında Anayasa'nın 2. Bölümünün ilk düzenlemesinde ve 17. Madde de yar alan düzenlemede;

“Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz.

Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz.”

Hükmü yer almaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 56/3. Maddesinde yer alan düzenlemeler ile de kişilerin sağlık hukuku teminat altına alınmıştır. Bu düzenlemelere göre; “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, iş birliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” Aynı maddenin dördüncü fıkrasında; “Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir.”

Toplum içerisinde sürdürülen yaşamın her alanında kişiler sürekli olarak diğer bireyler, tüzel kişiler ya da devletle birtakım münasebetlerde bulunmaktadır. Bu münasebetler neticesinde ister istemez bir takım olumlu ya da olumsuz sonuçlar

doğabilmektedir. Olumsuz sonuçlarla karşılaştığında ve tarafların bir tanesinin bu vakıadan zarar görmesi durumunda zararın giderimi gerekmektedir. Ve bu zararın giderimi anayasa ve kanunlarla güvence altına alınmıştır.

Tıbbi müdahaleler neticesinde de hekimlerin cezai ve hukuki sorumlulukları doğmakta ve cezai sorumluluk devlet yaptırımını ile hukuki sorumluluk ise zarar görenin zararının giderimi ile sonuçlanmaktadır. Cezai ve hukuki sorumluluk birbirinden tamamen farklı olup, hukuki sorumluluk cezai sorumluluğun sonucuna bağlı değildir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE

1.1 Tıbbi Müdahale Kavramı

Tıbbi müdahale kavramı, tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbin sınırları içinde gerçekleştirilen fiziki ve ruhi girişimler şeklinde hasta hakları yönetmeliğinde tanımlanmıştır. Öğretide kabul gören bir diğer tanım ise “Tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder” şeklindedir.¹

Yukarıda açıklanan tanımlar, doğru kabul edilebilirse de yetersiz olduğu ortadadır. Tedavi ya da teşhis kriterlerinin amaç bakımından ölçüt alınması durumunda; doku ve organ nakli ile tıbbi ve psikolojik endikasyonun bulunmadığı estetik ameliyatların tıbbi müdahale olmadığı kabulü gerekir. Zira, doku ve organ nakli operasyonlarında bağışlayan konumunda bulunan kişi üzerinde gerçekleştirilen müdahaleler ve estetik operasyonlar tedavi ya da teşhis amacı taşımamaktadır. Kısırlaştırmaya ilişkin müdahaleler de teşhis veya tedavi özelliği taşımayan tıbbi müdahalelere örnek gösterilebilir.

Sonuç olarak tıbbi müdahale kavramını en sade ve kapsamlı haliyle “İnsan üzerinde tıp biliminin uygulanması ile bağlantılı olarak yapılan her türlü müdahale tıbbi müdahaledir.”² şeklinde tanımlamak bizce de en doğru olanıdır. Yargıtay’da bir kararında tıbbi müdahaleyi, “Tıp biliminin kuralları uygulanmak suretiyle yapılan her türlü müdahale tıbbi müdahaledir.”³ şeklinde tanımlayarak aynı görüşte olduğunu belirtmiştir.

Tıbbi müdahale kavramıyla beraber özellik arz eden diğer husus, ne tür müdahalelerin tıbbi müdahale kapsamında değerlendirileceğidir. Yargıtay’ın 1977 yılında verdiği ve halen kullandığı “hekim, tababeti yerine getirirken, tıbbi uygularken kişinin yaşamını düzenlemek, sağlığını sağlayabilmek amacıyla çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadır. Bu faaliyetler hastalığın teşhisi, gerekli ilaçların verilmesi, cerrahi müdahalelerin yapılması, hastalığın devamlı olarak gözetilmesi gerektiğinde yan etkili

¹ Mehmet Ayan, *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara 1991, s. 5.

² Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 10.Baskı, s. 43.

³ Yargıtay 2.HD, 2014/149E, 2014/8841K.

tedavi yollarına yeni usullere başvurulması gibi çeşitli usulleri kapsamaktadır.”⁴ Kararında nelerin tıbbi müdahale kapsamında değerlendirileceği belirlemiştir. Bu tanımdan yola çıkarak teşhis, tedavi, reçete yazılması, organ bağışçısından organ alımı, kısırlaştırma, estetik müdahale, adli muayene tıbbi müdahaleye verilebilecek örneklerden olduğu söylenebilir.

⁴ Yargıtay 4.HD, 1976/6297 E., 1977/2541 K.

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

2.1. Şartlar

Hukuka uygun bir tıbbi müdahale;

- Tıbbi müdahalenin tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanması,
- Aydınlatma ve rıza,
- Tıp biliminin verilerine göre gerekli ve bu verilere uygun müdahale, şartlarının varlığına bağlıdır.

2.1.1. İcraya Yetkili Kişi

Tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler, konuyla ilgili temel düzenleme niteliğinde bulunan 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'da tahdidi olarak belirtilmiştir. İlgili kanun hükümlerince; doktorlar, sağlık memurları, diş hekimleri, acil bakım ve yardımla sınırlı kalmak kaydıyla acil tıp teknikerleri, hastabakıcılar, ebeler ve hemşireler tıbbi müdahalede bulunabilecek kişilerdir. Hemen belirtmek gerekir ki, sünnetçiler 1219 sayılı kanunda 2014 yılında yapılan değişiklikle ilgili madde metninden çıkarılmış olup, tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler arasında sayılmasına imkân kalmamıştır.

Bu konuda incelenmesi gereken önemli hususlardan biri, hekimin uzmanlık alanı dışında bir alanda müdahalede bulunması nedeniyle doğan zarardan sorumluluğudur. Her ne kadar tıp fakültesinden mezun olarak hekim sıfatını kazanmak müdahaleyi meşru kılsa da, özellik arz eden bir takım müdahalelerde uzmanlık şartı aranmıştır. Lokal veya genel anesteziyle yapılan büyük ameliyatlar, gebeliğin sona erdirilmesine ilişkin işlemler bunlardan bazılarıdır.

Hekimin uzman olmadığı bir alanda gerçekleştirdiği müdahale dolayısıyla meydana gelen zarar, komplikasyon sonucu meydana gelmiş olsa bile eylem hukuka aykırıdır, zira Tıpta Uzmanlık Tüzüğü'nün 4.maddesi "bu tüzük hükümlerine göre uzmanlık belgesi almayanlar, hiçbir yerde ve şekilde uzmanlık unvan ve yetkisini

kullanamazlar ve uzmanlıkla ilgili tıbbi faaliyetlerde bulunamazlar” hükmünü içermektedir. Her ne kadar konunun kanun metniyle değil, tüzükle düzenlenmiş bulunması tartışmalara yol açsa da tıptaki hızlı ve daimî gelişmeler karşısında uzmanlık şartı aranması yerindedir.

Tıp fakültesi öğrencileri ise ancak kanuni düzenlemeler de belirtilen hallerde ve gözlem altında müdahalede bulunabilirler. Belirtmek gerekir ki Yargıtay kanuni düzenlemeler de belirtilen haller dışında öğrencinin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerden doğan zararlar nedeniyle, açılacak tazminat davasının, öğrencinin kamu görevlisi olmaması nedeniyle doğrudan öğrenciye yöneltilmesi gerektiği görüşündedir.

2.1.2. Aydınlatma ve Rıza

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için gereken diğer şart hastanın aydınlatılması, ardından rızasının alınmasıdır.

2.1.2.1. Aydınlatma

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4.maddesine aydınlatma kavramının tanımı şu şekilde yapılmıştır. “Yapılması planlanan her türlü tıbbi müdahale öncesinde tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubu tarafından kişiye gerekli bilginin verilmesidir.” Yargıtay'da “Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarla ki, ancak aydınlatılmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır.” kararıyla aydınlatma yükümünün önemini vurgulamıştır.⁵

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 15.maddesinde aydınlatmanın kapsamı detaylı olarak belirtilmiştir. Buna göre;

- ❖ Hastalığın muhtemel sebepleri ve seyri,
- ❖ Tıbbi müdahalenin kim tarafından, nerede, nasıl ve ne şekilde yapılacağı ile tahmini süresi,
- ❖ Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki olası etkileri,

⁵ Yargıtay 4.HD 1976/6297 E. 1977/2541K.

- ❖ Olası komplikasyonlar,
- ❖ Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda riskleri,
- ❖ Kullanılacak ilaçlar ve ilaçların önemli özellikleri,
- ❖ Sağlığı için kritik yaşam tarzı önerileri,
- ❖ Gerektiğinde aynı konuda tıbbi yardıma nasıl ulaşabileceği aydınlatmanın kapsamı olarak belirlenmiştir.

Aydınlatmanın şekli konusunda ise kesin bir kanuni düzenleme yapılmamış olup, konunun hassasiyeti ve kişiye özel olması nedeniyle hekime bırakılmıştır. Hekim, hastaya yapacağı aydınlatmanın şeklini kendisi belirleyebilir. Sonuç olarak aydınlatmanın sözlü olarak yapılmasında kanuni bir engel bulunmamaktadır. Ancak bu durum hekim açısından ispat sorununu beraberinde getireceğinden aydınlatmanın yazılı olarak yapılması hekim lehine olacaktır. Son olarak matbu aydınlatma formları hakkında Yargıtay'ın 2013 tarihli kararına değinmeyi faydalı görüyorum, “Ameliyatın rizikoları, muhtemel hasıl olacak sonuç ve komplikasyonlar hakkında yeterli derecede davacının aydınlatıldığı ve ona rağmen rıza gösterdiği davalı tarafından ispat edilememiştir. Davacıya ameliyat öncesi imzalatılan aydınlatılmış onam formu, davacının geçireceği ameliyat ve sonuçları ve oluşabilecek komplikasyonlar konusunda bir açıklama içermemekte, matbu önceden hazırlanmış belge hastaya imzalatılmıştır.”⁶ Söz konusu karar Yargıtay'ın kişiye özel yapılması gereken aydınlatmanın, matbu yapılmaması gerektiği konusundaki görüşünü açıkça ortaya koymaktadır. Ayrıca, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 18. Maddesinde aydınlatmanın, şüphe ve tereddüte yer vermeyecek şekilde, sade ve basitleştirilmiş olarak, hastanın sosyal ve kültürel seviyesine uygun olarak anlatılması gerektiği de belirtilmiştir.

Aydınlatmanın, kural olarak tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekim tarafından, hastanın bizzat kendisine karşı yapılması gerekmektedir. Ayrıca hastanın bir başkasının bilgilendirilmesini isteme hakkı da bulunmaktadır. Bu durumda hastanın başkasının bilgilendirilmesine ilişkin isteği yazılı olarak, imzasıyla beraber kayda alınır. Mümeyyiz küçük ve kısıtlılar bakımından hem yasal temsilcisinin hem de küçük ve kısıtlının aydınlatılması gerekir.⁷ Tam ehliyetsizler içinse fiil ehliyeti bulunmadığından yasal temsilcinin aydınlatılması yeterli görülmektedir.

⁶ Yargıtay 13.HD 2013/1737E, 2013/29148K.

⁷ Yargıtay 4.HD 1976/6297 E., 1977/2541K.

Belirtmesinde fayda olan önemli bir nokta ise, aydınlatma konusunda hekimin takdir yetkisidir. Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyrinin ve sonucun vahim görülmesi halinde hasta Hakları Yönetmeliği'nin 19. Maddesine göre teşhisin saklanması caizdir, denilerek hekime takdir yetkisi tanınmıştır. Hasta veya yakınlarına bilgi verilip verilememesi; verilecekse bunun kapsamı belirtilen şartlar çerçevesinde hekimin takdirine bağlıdır.

2.1.2.2. Rıza

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmamasının en önemli koşullarından biri rızadır. Hasta yukarıda açıklanan aydınlatma ile neye rıza göstereceğini öğrenmektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği 28. Maddesi; “Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekilde bağlı değildir.” hükmü ile rızanın herhangi bir şekilde tabi olmadığını açıklamaktadır. Rıza sözlü olabileceği gibi zımnide olabilir. Burada hastanın göstereceği zımnî rızadan kasıt, hastaneye yatması⁸ gibi davranışlarıdır.

Rızanın, esas itibarıyla hukuki işlem niteliğinde⁹ olması ehliyet sorununu da beraberinde getirmektedir. Rızayı verme yetkisi rızanın ilişkin olduğu hakkın sahibine aitse de¹⁰; sorun ayırtım gücüne sahip küçük ve kısıtlılarda kendini göstermektedir.

Öncelikle ayırt etme gücünden yoksun büyükler açısından konuyu incelemek gerekirse; 1219 sayılı kanunun 70. maddesinde “Doktorlar, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her tür ameliye için hastanın, hasta ...tahtı hacirde ise... vasisinin evveleminde muvafakatini alırlar. Büyük ameliye cerrahiler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (...vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahsi ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.) Bir diğer hüküm Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24.maddesidir; “Hasta ...mahcur... ise vasisinden izin alınır. Hastasının vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.” Neticeten vücut bütünlüğü hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı ve tedaviye gösterilecek rıza da vücut bütünlüğüyle ilgili olsa da tam ehliyetsiz kişi tedavinin hayati önemini kavrayamayacak durumda ise, veli veya vasisinin bu konuda

⁸ Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu* s.140

⁹ Kemal Oğuzman; Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005* s.500

¹⁰ Timur Demirbaş, *Tıp Ceza Hukukunun Güncel Sorunları* s.301

göstereceği rıza yeterli olacaktır.¹¹ Ancak burada hastanın rıza yeteneğinin olup olmadığını denetleme görevinin hekime ait olduğu da belirtilmektedir.¹²

Konu ayırt etme gücüne sahip küçükler açısından incelendiğinde ise karşımıza Türkiye’nde taraf olduğu Biyotıp Sözleşmesinin 6. maddesi çıkmaktadır. “...küçüğün iradesinin de göz önünde bulundurulması gerektiği ve bunun yaş ve olgunluk durumuyla orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınmalıdır.” Burada dikkate alınması gereken diğer husus Yargıtay’ında, özellikle yeni TCK sonrası dönemde verdiği kararlarda 15 yaşından büyüklerin iradesine geçerlilik tanıma yönünde bir eğiliminde olduğudur.¹³

Ayrıca, 2827 Sayılı Kanun’un 6.maddesi “5.maddede belirtilen müdahale (gebeliğin sonlandırılması), gebe kadının iznine, küçüklerde küçüğün rızası ile velinin iznine...” hükmü ile küçüğün rızasının mutlak surette aranacağını belirtmiştir.

Tüm bu açıklamalar göstermektedir ki, keskin bir sınır belirlemek yerine; kanunda ayrıca belirtilen haller dışında 15 yaşından büyük, 18 yaşından küçük, ayırt etme gücüne sahip kişilerde, yaş, olgunluk, ruhsal vaziyet gibi etkenler değerlendirilerek somut olayın koşullarına göre bir sonuca varmak mevcut yasal düzenlemeler kapsamında en doğrusu olacaktır.

Rızanın kanuni temsilciye ait olduğu ve verilmediği durumlarda tıbbi müdahalede bulunulması hakim kararına bağlıdır.¹⁴ Zorunlu aşı uygulaması kapsamında, bir velinin çocuğuna aşı yapılmasına icazet vermemesi sonucunda konu yargıya taşınmış ve Yargıtay 2015 tarihli kararında zorunlu aşı uygulamasında, çocuğun üstün yararı bulunduğunu gerekçe göstererek rızanın aranmaması gerektiğine hükmetmiştir.¹⁵ Ancak Anayasa Mahkemesi, hastanın rızası olmadan yapılan tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmadığını, vücut bütünlüğünü ihlal ettiğini; hastanın rızası olmadan yapılacak tıbbi müdahalenin ancak kanunda öngörülen hallerde yapılabileceğini; kanunda ise temel çerçeveyi ortaya koyarak, uygulama koşulları ile usuli işlemlerin düzenleyici işlemlere bırakılabileceğini; bu durumda ise işlemlerin muhataplarınca kavranabilir ve onları

¹¹ Ebru SEVİNDİK ATICI, *Hekimin Meslek Hatalarından Kaynaklanan Hukuksal ve Cezai Sorumluluğu* (Yayınlanmış Yüksek Lisans Tezi), s.14

¹² Klaus Ulsenheimer, *Arztstrafrecht in der Praxis*, 108

¹³ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 10.bası, s.278

¹⁴ Türk Medeni Kanunu; m. 346-347

¹⁵ Yargıtay 19.CD 2015/87 E., 2015/6676 K.

yeterince aydınlatılabilecek nitelik ve şeffaflıkta olması gerektiğinden bahisle zorunlu aşı uygulamasının anayasaya aykırı olduğu sonucuna varmıştır.¹⁶

Hemen belirtelim ki rızanın bulunmaması gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin mutlak olarak hukuka aykırı olduğunu göstermez. Zira, kanunda açıkça rıza bulunmasa da gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka uygun olduğu haller belirtilmiştir.

Anayasamızın 17.maddesinde kanunda belirtilen haller ve tıbbi zorunluluklar dışında kimsenin vücut bütünlüğüne dokunulamaz hükmüyle konu açıklanmıştır. Anayasa'nın 17. maddesi temel hak ve hürriyetlere ancak kanunla sınırlama getirilebileceğini belirtse de Anayasa mahkemesi yukarıda belirtilen kararında, kanunla genel çerçevenin belirlenerek, uygulama ve usule ilişkin konuların düzenleyici hukuk kurallarına bırakılabileceğini belirtmiştir. Kanımızca Anayasa Mahkemesi'nin kararı yerinde değildir. Zira, temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına neden olacak kadar önemli işlemlerin uygulama ve usulüyle ilgili belirlemelerin dahi kanunla düzenlenmesi gerekir. Aksi durum, Anayasa'nın ihlali anlamı taşıyacağı gibi, keyfi uygulamalara ve olumsuz sonuçlara neden olabilecektir.

TCK, 49. maddesi düzenlemesi ışığında “tehlike” sayılması gereken hastalıklar kişinin hayat ve sağlığını ileride düzeltilmeyecek derecede tehdit eden hastalıklar olarak gösterilebilir. Benzer olarak, baştaki teşhisin yanlış, eksik olması veya başka herhangi bir nedenden dolayı yeni tedbirlere gereksinme, hastanın rızası alınarak başlanan bir cerrahî müdahale sırasında da duyulabilir.¹⁷

Hastanın rızasının alınmayacağı durumlarda “mefruz rıza” kavramına başvurulduğu görülse de; burada da zaruret hali kavramından hareket edilmesi daha uygun olacaktır.¹⁸ Hastanın rızasının aranmayacağı hallere verilebilecek örnekler;

- ✓ Hasta Hakları Yönetmeliği madde 31 uyarınca, hastaya tıbbi müdahale yapılırken, işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda ve müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybı veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek zorunluluk hallerinde rıza olmadan da tıbbi müdahale genişletilebilir,

¹⁶ R.G. 24/12/2015-29572, 2013/1789

¹⁷ Prof.Dr.Yüksel ERSOY, *Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları*, TBB Dergisi Syı 53, s.172

¹⁸ Köksal Bayraktar, *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, İstanbul, 1972, s. 141

- ✓ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. maddesi, hastanın bir organının kaybı veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı ile hastanın rızasının alınmadığı, hayati tehlikesinin bulunduğu bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile halinde, hastaya, tıbbi müdahale rızaya tabi değildir,
- ✓ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 22. maddesi, suçun delillerinin kendisinin veya mağdurun üzerinde olduğu düşünülen hallerde bir suç işlediği şüphesi bulunan şüpheli veya mağdurun tıbbi müdahaleye tabi tutulması hâkimin, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde savcının talebine bağlıdır.
- ✓ Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24. Maddesi uyarınca, tıbbi müdahalede, küçük ve kısıtlı bulunanın ifade gücünün olmadığı, velisinin veya vasisinin bulunmadığı veya hazır olamadığı hallerde rıza aranmaz,
- ✓ Salgın hastalık mağduru kişiler, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılarının, akıl hastaları, açlık grevi ve ölüm orucu eyleminde bulunanların tedavisi¹⁹ ve delil elde edilmesi amacıyla ilgilinin rızası alınmaksızın tıbbi müdahale yapılabilir,
- ✓ TMK 284. maddeye göre, soy bağının tespiti için zorunlu olan ve sağlık bakımından sakınca yaratmayan kan ve doku alımına, tüm ilgililer rıza göstermek zorundadır,
- ✓ Umumî Hıfzıssıhha Kanununun 57. Maddesinde belirtilen veba, kolera, karahumma, lekeli humma, gibi bulaşıcı ve salgın hastalıklarda rıza aranmaz,
- ✓ Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tâbi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 25. maddesi gereğince bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, haftada iki defa, 23'üncü maddede yazılı kadınlarda, on günde bir defa kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar.

¹⁹ İnfaz Kanunu m.82

Burada rızanın aranmaması, bazen hastanın menfaati nedeniyle hukuka uygun kabul edilirken, bazen de MK 24. madde gereği üstün nitelikli kamusal yarar gerekçe gösterilerek hukuka uygun kabul edilmektedir.

2.1.3. Tıbbi Verilere Göre Gerekli Uygun Müdahale

2.1.3.1. Gereklilik (Endikasyon)

Endikasyon, tıbbi gereklilik ya da tıbbi müdahalenin yönelebileceği amaç, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 13.maddesinde “Tabip ve dış tabibi; teşhis tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.” şeklinde tanımlanmıştır. Konunun düzenlendiği bir üst norm olan Anayasa’da kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluklar dışında dokunulamayacağı dolayısıyla tıbbi müdahalenin hukuka uygun kabul edilebilmesi, söz konusu müdahaleyi zorunlu kılan bir gerekliliğin bulunmasına bağlı olduğu kabul edilmiştir.

Günümüzde sadece hastalığın ortadan kaldırılmasına ilişkin gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler değil, hazırlayıcı, teşhis edici veya sonraki müdahaleleri de tıbbi zorunluluk içerdiği kabul edildiğinden, ameliyat, kan alma, röntgen çekme gibi müdahaleler bakımından da tıbbi endikasyonun varlığı kabul edilmektedir.²⁰

Ancak sünnet, estetik operasyon, kan bağışında bulunulması, tıbbi zorunluluk olmaksızın gerçekleştirilen rahim tahliyesi ve sterilizasyonu işlemleri tıbbi endikasyon olmaksızın gerçekleştirilmektedir. Söz konusu müdahaleler bakımından tıbbi endikasyon bulunmasa dahi, sosyal ve psikolojik endikasyonun bulunduğunu, bu gerekliliğinse müdahaleyi hukuka uygun kıldığını savunan bir görüş bulunmakla beraber; gösterilen rızanın endikasyon yerine geçeceğini savunan başka bir görüşte bulunmaktadır.

Son olarak belirtmek gerekir ki teşhis, tedavi, hastalığın hafifletilmesi, acının dindirilmesi veya hastalıktan korunmak ya da nüfus planlaması amacıyla yapılan tıbbi müdahaleler kanuni endikasyonun varlığı gerekçesiyle hukuka uygun kabul edilmektedir.

²⁰ Hakan Hakeri, *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Koşulları ve Hekimin Yükümlülükleri*, s.35; 2.Ulusal Sağlık Hukuku “Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları Sempozyumu s.61.

2.1.3.2. Tıbbi Verilere Uygun ve Özenli Tıbbi Müdahale

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14. maddesinde "Personel, hastanın durumunun gerektirdiği tıbbi özeni gösterir. Hastanın hayatını kurtarmak veya sağlığını korumak mümkün olmadığı takdirde dahi, ıstırabını azaltmaya veya dindirmeye çalışmak zorundadır." hükmü ile Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin, doktorun, teşhis ve tedavini tıp ilke ve kurallarına aykırı ve aldatıcı mahiyette uygulayamayacağı hükmü ile hekimin özenli tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğüne 13. maddesinde vurgu yapmıştır.

Tıbbi olarak kabul edilemeyen ya da yeteri kadar denenip yararlı olduğu kesin olarak tespit edilemeyen yöntemlerin hastalar üzerinde uygulanması kabul edilemeyeceğinden, hekim sürekli gelişme içerisinde olan tıp dünyasını takip ederek hastalıklarla mücadele konusunda benimsenen yeni yöntemleri de bilmelidir.²¹ Ancak hekimin bu yükümlülüğü, sınırsız olmayıp bulunduğu coğrafyaya, zamana ve uzmanlık alanına göre değişiklik gösterecektir.

Yargıtay'ın 2015 tarihli kararı, hekimin özen yükümlülüğü konusuna ışık tutmaktadır; "Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır.²² Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafifi kusurundan bile sorumludur. O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedavi her türlü ihtiyat tedbirleri olarak yapmak zorundadır. Doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır."²³

²¹ Çakmut, *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Caza Hukuku Açısından İncelenmesi* s.37

²² BK m.390/2

²³ Yargıtay 13.HD, 2014/2657 E., 2015/33584 K.

Doktor, mesleğin gerektirdiği özel koşullara gereği ve yeteri kadar uymamışsa, tıp biliminin verilerini yanlış ya da eksik uygulamışsa mesleki kusurunun varlığı kabul edilmelidir.²⁴ Doktor, kusuru bulunmadığını ve meslek bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini ispatla zorunludur. Aksi durumda, BK. m.96 (yeni BK. m.112) gereğince sorumludur.²⁵

²⁴ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku* 10.Bası s.366

²⁵ Yargıtay 13.HD 1993/131 E., 1993/2741 K.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ HUKUKİ İLİŞKİ

3.1. Genel Kapsam

Hasta ile bağımsız çalışan bir doktor arasında;

- Sözleşme ilişkisi;
- Vekâletsiz İş Görme İlişkisi
- Haksız Fiil İlişkisi

Olarak üç ayrı şekilde söz konusu olabilir. Hekimin sorumluluğu, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki niteliğine göre değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Hasta ile hekim arasında genellikle bir sözleşme ilişkisi vardır. Kural olarak hekim hastayı aralarındaki sözleşmeye dayanarak tedavi eder. Ancak hekimin sorumluluğu bir sözleşme ilişkisi dışında da ortaya çıkabilir. Sözleşme ilişkisi söz konusu olduğunda, doktor ile hasta arasındaki sözleşmenin “vekâlet sözleşmesi” olduğu kabul edilmektedir.

6098 sayılı Borçlar Kanunu 502. Maddesi uyarınca;

“Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir.

Vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştükleri ölçüde, bu Kanunda düzenlenmemiş olan işgörme sözleşmelerine de uygulanır.

Sözleşme veya teamül varsa vekil, ücrete hak kazanır.” Hekim ile hasta arasındaki sözleşme de tedavi (iş görme) sözleşmesidir. Bu sözleşme ile hekim, öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi uygulamak yükümü altına girer. Hekim burada, hastayı iyileştirmek için tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle çalışma borcu altına girmekte, fakat belli bir sonucu taahhüt etmemektedir. Hekim, tıp biliminin gereklerini yerine getirmişse, hasta iyileşmemiş, hatta ölmüş olsa dahi, borcunu yerine getirmiş sayılır ve herhangi bir sorumluluk altına girmez.

Bazı durumlarda hekimin belli bir sonucu sağlama borcu yüklenmesi de söz konusu olabilir. Diş Protezi, takma kol, takma bacak takılması, estetik ameliyatlarda

durum böyledir. Bu gibi hallerde hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişki bir istisna (eser) sözleşmesine dayanmaktadır.²⁶

Bazı durumlarda ise hekim ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi olmamasına rağmen, hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunması söz konusu olabilir. Bu durum öncelikle zaruret halinde ortaya çıkabilir. Ya da sözleşme ilişkisi bulunsa da planlanmış müdahalenin dışına çıkılması gerekebilir. Ancak bunun için, hasta bakımından hayati tehlike ortaya çıkmış bulunmalı, müdahalenin genişletilmesinin riski, muvafakatinin alınması için beklenmesi halinde, karşılaşılabilecek tehlikeden daha az olmalıdır.²⁷

Hekimle hasta arasında bir sözleşme ilişkisi hiç yoksa bu durumlarda haksız fiil hükümleri esas alınacaktır. Bu duruma örnek olarak, tıbbi müdahalenin özel hastanede yapılması ve sözleşmenin özel hastane işleticisi ile hasta arasında kurulması durumunda söz konusu olabilir.²⁸ Hekimin meslek kurallarına aykırı her davranışında bir hukuka aykırılık vardır ve arada sözleşme varsa bu aykırılık sözleşmeye aykırılık; sözleşme yoksa haksız fiil sorumluluğu şeklinde tezahür eder.²⁹ Haksız fiil sorumluluğuna; hekimin hiç haber vermeksizin hasta üzerinde deney uygulaması, hastanın hayatına son vermesi gibi durumlar örnek olarak verilebilir.

Burada özellik arz eden durum hekimin bağımsız mı, bir hastaneye bağlı olarak mı görev yaptığı ve müdahalenin yapıldığı hastanenin özel hastane mi, kamu hastanesi mi olduğudur. Zira belirtilen ihtimallerin tamamında değişen sadece yargı yeri değildir. Zarar görenin zararını ispat koşulları ve zamanaşımı şartları gibi yargılamaya ilişkin birçok konuda farklılıklar kendini göstermektedir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki kamu hastanelerinde çalışmayan bir hekimin tıbbi müdahalesinden doğan zarar nedeniyle açılacak tazminat davaları adli yargıda görülecektir. “Özel hastaneler ve muayenehanelerle ilgili davalar adli yargıda görülmekte olup gerek dairemizin gerekse HGK’nın uygulaması bu yöndedir.”³⁰ Bağımsız çalışan bir hekime karşı açılacak dava, eğer arada bir sözleşme bulunuyorsa tüketici

²⁶ Hasan Erman, “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, *Bülent Davran’a Armağan*, İstanbul 1998, s. 143.

²⁷ Erman, H. , “*a.g.m.*” s.144.

²⁸ Hakan Hakeri, “*Tıp Hukuku*”, İstanbul 2012, s.496.

²⁹ Şenocak, *Özel Sorunlar*, s.243, Aktaran Hakeri H. , “*a.g.e.*” s.497.

³⁰ Yargıtay 13.HD, 2014/2829 E., 2014/19675 K.

mahkemelerinde açılacakken³¹, sözleşmenin bulunmadığı ve dolayısıyla haksız fiile dayanılarak açılacak davalar ise asliye hukuk mahkemelerinde görülecektir.

Özel hastanelerde, hastaya imzalatılan “hastaneye kabul sözleşmesi” ise vekalet sözleşmesi hükümlerine tabidir. “Türk Hukukunda hastaneye kabul sözleşmesinin, asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması...”³² Burada hasta ile hekim arasında bir sözleşme kurulmamış olup, muhatap, sözleşmenin tarafı konumundaki özel hastanedir. Özel hastaneler de şirket statüsünde olduğundan ve ticari faaliyet yaptıklarından ticaret mahkemeleri görevli olacaktır.³³

Konuyu kamu hastaneleri açısından incelemeden önce, hangi hastanelerin kamu hastanesi niteliğinde kabul edildiğini incelemek gerekir. Kamu hastaneleri ile hasta arasındaki ilişki sözleşme ilişkisi değildir. Burada hasta, kamu hizmetinden yararlanan kişi konumundadır.³⁴ Vakıf hastaneleri, Sosyal Sigorta Kurumu hastaneleri, üniversite hastaneleri, devlet hastaneleri, vakıf üniversitelerinin hastaneleri ve askeri hastaneler kamu hastaneleri olarak kabul edilmektedir.

Yargıtay, uzunca bir süre kamu hastanelerine meydana gelen tıbbi hatalarda hizmet kusuru ve kişisel kusur ayırımına giderek, dava açılacak yargı yeri konusunda büyük karmaşaya yol açmıştır. Zira, meydana gelen kusurun şahsi hatadan mı, hizmet kusurundan mı kaynaklandığının tespiti, davacı açısından neredeyse mümkün olmayıp, esasen rücu davasının konusunu oluşturmaktadır. HGK’da 2012 tarihli içtihadında³⁵ kişisel kusur ve hizmet kusuru ayırımı yapılamayacağını, yasada bu yönde bir hüküm bulunmadığını, Anayasa’nın 129/5 maddesinde kast veya ihmâl ayırımına gidilmeden idarenin sorumluluğunun güvence altına alındığını belirterek idari yargı mahkemelerini kesin yargı yeri olarak belirlemiştir.

Hasta hekim arasındaki arası ilişkinin sözleşmeye dayanması tarafların uyması gereken birtakım yükümlülükleri beraberinde getirir. Hekimin yükümlülüklerinin başında şahsen ifa yükümlülüğü gelmektedir. Burada, BK m.506 gereğince yetki verildiği hallerde, durumun zorunlu kıldığı hallerde ve teamülün mümkün kıldığı hallerde işin

³¹ Yargıtay 13.HD, 2014/30305E., 2014/35473K.

³² HGK, 2009/13-393 E., 2009/452 K.

³³ H.Hakeri, *Tıp Hukuku*, 10.Bası, s.611

³⁴ H.Hakeri. *Tıp Hukuku*, *Tıp Hukuku*, 10.Bası s.600

³⁵ HGK, 2011/4-592 E., 2012/25 K.

başkasına yaptırılması mümkün olduğunu da³⁶ belirtmek gerekir. Ayrıca hekim, hastanın tedavi ve teşhisi sırasında öğrendiği hastaya ait sırları saklamakla yükümlüdür. Ancak hastanın rızasının bulunması ve kamu sağlığının gerektirdiği durumlarda bu yükümlülüğün kalktığı kabul edilmektedir.³⁷ Hekimin bir diğer yükümlülüğü ise Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 16.maddesi gereğince teşhis ve tedavi süresinde tutulan belge ve raporların kayıt altına almasıdır. Bunlarla beraber hekimin, en uygun tedaviyi seçme, aydınlatma ve sadakat yükümlülüğü de bulunmaktadır.

Bunlara karşın hastanın ise, gerekli belge ve bilgileri verme, hekimin tedaviye ilişkin önlemlerine uyma ve ücret ödeme yükümlükleri bulunmaktadır.

³⁶ "Tıbbi Müdahalenin Hukuki Yansımaları" Sempozyumu, s.122

³⁷ HGK, 2004/4-155 E., 2004/157 K.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ HATA

4.1. Genel Kapsam

Tıbbi Hata; Doktorun, meslekte acemilik, tedbirsizlik, dikkatsizlik veya kurallara uymama sonucu hastasının zarar görmesine yol açan tedavi ve bakım standartlarına uymayan davranışlarıdır.³⁸ Tıbbi hataya, sağlık hizmeti veren kişiler neden olabilir. Bu kişiler, hekim, diş hekimi, hemşire, tıp teknisyeni, hastane veya hastane çalışanı olabilir.³⁹

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Sorumluluk Kanunu tasarısının 3. maddesi tıbbi kötü uygulamayı, “sağlık personelinin kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya tedavi vermemesi ile zarar meydana getiren fiil ve durum” olarak tanımlanmıştır. Bu tanımda kötü uygulama olarak belirtilen durumlar esasen tahdidi olarak belirlenmiştir ve bunlar; sağlık çalışanın kusuru ile standart uygulamayı yapmaması, yanlış veya eksik teşhis ve tedavi uygulanması ya da tedavi vermemesidir.⁴⁰

Tıbbi hata, teşhis, tedavi ve tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali ile ortaya çıkabileceği gibi, organizasyon kusuru ile de meydana gelebilir. Ancak, tıbbi hata her ne sebeple meydana gelirse gelsin, hekimin sorumluluğu ancak kusurunun varlığı halinde gündeme gelecektir. Bu sebeple komplikasyon (izin verilen risk) sonucunda meydana gelen zarardan hekim sorumlu tutulamaz.

Tıbbi hata nedeniyle tazminatın söz konusu olabilmesi için; giderilebilir bir zararın bulunması, genellikle hasta-hekim ilişkisine dayanan, hastaya karşı bakma yükümlülüğünün bulunması, uygulanabilir bir tedavi veya bakım standardı ve bunun ihlali ile bakım ve tedavi standardının ihlali ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması, şartlarının varlığı ve ispatı gereklidir.⁴¹

³⁸ Zeynep Şişli, “Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı Hakkında”, İnternet yayını, 02.08.2003.

³⁹ Öztürkler C., *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Tedavi ve Tıbbi Müdahalelerden Doğan Tazminat Davaları*, 2003 Ankara, s.272

⁴⁰ Av.Berna ÖZPINAR, *Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları*, Ankara Barosu Dergisi, yıl.66; sayı.3; s.93

⁴¹ Ersoy Y., *Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları*”, TBB Dergisi Sayı 53, s.161

BEŞİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALELERİN YANLIŞ UYGULANMASI SEBEBİ İLE HUKUKİ SORUMLULUK

5.1. Genel Olarak

Ülkemizde hekimlerin yasal sorumluluklarını düzenleyen herhangi bir özel yasal düzenleme bulunmamaktadır. Hekimlerin, mesleki uygulamalarındaki yasal sorumlulukları çeşitli yasa, tüzük ve yönetmeliklerle düzenlemelerde yer almış ve 1219 sayılı “Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun” halen temel kanun niteliğindedir.

Ayrıca;

- 6023 sayılı TTB (Türk Tabipler Birliği) Yasası

- Özel Hastaneler Yasası

- Adli Tıp Müessesesi Kanunu

- Sağlık Hizmetleri Temel Yasası

- Tıbbi Deontoloji Tüzüğü

- TTB Meslek Etiği Kuralları Yönetmeliği, TTB Soruşturma ve Sorgulama Yönetmeliği ilgili yönetmelikler arasındadır.

Bunların dışında 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu, TCK (Türk Ceza Kanunu), Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun ilgili maddeleri de çeşitli hükümler içermektedir.

Yasalarla getirilen kurallara aykırı davranmakla başkasına zarar verilerek bir borç ilişkisinin doğumuna yol açılmış olabilir. Bu halde, zarar veren kişi zarar görene karşı tazmin borcu altına girmiş bulunmaktadır.

Sorumluluk halinde bir yaptırımın bulunmadığı sürece uygulamada bir anlam ifade etmeyecektir. Tazminat hukuku bu yaptırımı alacaklıya sağlamaktadır. Tazminat hukuku bir yönü ile borç ilişkisi nedeni ile alacaklının alacak hakkının garantisi olarak,

borçlunun malvarlığına el koyabilme yetkisini düzenlemekte, diğer yönüyle de alacaklının zararının tazmine edilmesi ilkelerini belirlemektedir.⁴²

Haksız fiil sorumluluğunun temeli kusura dayanmaktadır. Hekim ister cihaz ve teknolojik kaynaklı ister insan kaynaklı olsun, hastaya bir hata sonucu zarar vermişse kusurlu sayılır. Kusur ise sorumluluk getirir.

Hekimler kural olarak her türlü kusurlarından (kast, ağır ihmal, hafif ihmal) sorumludurlar. Ancak, önem taşımayan basit yanlışlar hekimin sorumluluğuna yol açmaz. Meslek kurallarının açık bir biçimde çiğnenmesinden ve hekimlik biliminin genellikle bilinen verilerinin bilinmemesinden ötürü hekimler sorumludurlar. Hasta tamamen aydınlatılmış olsa dahi; hekim yaptığı müdahalelerde alması gereken tıbbi önlemleri almamış, yanlış teşhiste bulunmuş veya yanlış tedavi uygulamışsa, yine de sorumlu olacaktır.⁴³

Hekimlik uygulamalarında kusur çeşitleri şunlardır:

- Dikkatsizlik

Bir tıbbi girişim sırasında yapılmaması gerekeni yapmaktır.

- Tedbirsizlik

Önlenebilir bir tehlikeyi önlemede geç kalmak, unutmak, yetersiz kalmak olarak tanımlanır.

- Meslekte acemilik-yetersizlik

Meslek ve sanatın esaslarını ve optimal klasik bilgilerini bilmemek, temel beceriden yoksun olmak.

- Özen eksikliği
- Emir ve yönetmeliklere uymamak

Hekim ile hasta arasında ister sözleşme ilişkisi bulunsun isterse bulunmasın zararın giderimi genel olarak haksız fiil hükümleri uyarınca sağlanmaktadır. Çünkü

⁴² Hasan Tahsin Gökcan, “*Haksız Fiil Hukuku Ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları*”, Ankara 2009, s.29.

⁴³ Erman, H. , “*a.g.m.*” s.149.

tıbbi müdahale esasen kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne karşı bir müdahale olup, sözleşmeye aykırı davranış borçlar kanunu anlamında da haksız fiil teşkil eder.

Hekim, teşhis ve tedavide yardımcı kişiler kullanmışsa, bunların verdikleri zararlardan BK uyarınca sorumludur. Hasta özel bir kliniğe başvurmuşsa, burada hekim bu kliniğe bağlı olması sebebi ile tedavi ile ilgilenmişse, hastaya verilen zarardan klinik sahibi sorumlu olur. Bu durumda hastanın haksız fiil hükümleri uyarınca hekime de dava açma hakkı saklıdır. Hasta resmi bir hastanede tıbbi müdahale hatası ile karşılaşmışsa verilen zarardan hastaya karşı hastanenin bağlı olduğu kamu kuruluşu sorumlu olur. Hasta resmi hastaneye döner sermaye çerçevesinde başvurmuşsa; resmi hastanenin sorumluluğu, doğrudan bir hekime başvurursa; özel hukuk ilişkisine dayalı sorumluluk söz konusu olur.⁴⁴

Tıbbi müdahale hatalarından kaynaklanan sorumlulukta, genel olarak belirli bir miktar tazminat ödenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Kusurlu olduğuna karar verilen sağlık çalışanı, sorumluluğu gerektiren sebeplerin ve şartların bulunması halinde hastanın hem maddi hem de manevi zararlarının gidermek zorundadır.

Tazminat davalarında amaç, kişilik hakkı tecavüze uğrayan kişinin, tecavüz eden tarafından, mümkün olduğu kadar tecavüz öncesi durumuna getirilmesinin sağlanmasıdır. Sözleşmeye ya da haksız fiile dayanan dava seçiminin tazminatın hesaplanması yönünden bir farklılığı bulunmamaktadır. Ancak zamanaşımı ve kusurun ispatı açısından sözleşmeye dayanan davalarda bir farklılık ortaya çıkacaktır.⁴⁵

Tazminat davalarında sorumsuzluk anlaşması, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma, uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, BK M.115/3 uyarınca; kesin olarak hükümsüz kabul edilmiştir.

5.2. Maddi Taminat

Maddi tazminat davası, maddi zararın tazminin sağlanması amacıyla yöneliktir. Tıbbi müdahale hatalarında hekimler çoğunlukla maddi tazminat ödemek zorunda kalmaktadırlar. Maddi tazminatın kapsamına ilave tedavi için yapılan masraflar ve yeni bir ameliyat için yapılan masraflar girmektedir. Hastanın kusurlu tedavi yüzünden

⁴⁴ Oğuzman, K., Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, s.61-62, Aktaran Erman, H. , “a.g.m.” s.153.

⁴⁵ Ayan M. , “a.g.m.” s.121.

uğramış olduğu kazanç kaybı da maddi tazminatın kapsamı içerisinde yer almaktadır.⁴⁶ Bu tür durumlarda doktor, çalışma yeteneğinin kaybindan doğan zararları, hastanın yapmak zorunda kaldığı tedavi masraflarını, malvarlığının pasifinde meydana gelebilecek artmaları ve iktisadi geleceğinin sarsılmasından doğan zararları da karşılamak zorundadır.⁴⁷ Hemen belirtmek gerekir ki hatalı yapılan tıbbi müdahaleye ilişkin giderlerin istenilmesi mümkün değildir. Yargıtay'a göre bu giderler hastanın başka bir sağlık merkezine başvurması halinde de yapacağı giderlerdir.⁴⁸ Maddi tazminat zarar gören kişiye ödenir ancak ölüm halinde geride kalanlara da destekten yoksun kalma tazminatı ödenir. Tazminat miktarı olayın oluş şekline, zarar veren ve zarar gören arasındaki hukuki ilişkiye kısacası her olayın kendisine özgü yapısı içerisinde değişen ölçütlere göre belirlenecektir. ".....Devlet Hastanesinde 24.10.2001 tarihinde yapılan ameliyat sonucunda, kist zannedilerek tiroit bezinin alınması nedeniyle, olayda davalı idarenin hizmet kusur bulunduğu bahisle 87.748,00 TL maddi, çocuk Ebru için 10.000,00 TL, davacı için 5.000,00 TL, davacı için 5.000,00 TL manevi zararın tazminine karar verilmesi istemiyle açılan dava sonucunda, Hatay İdare Mahkemesi'nce, davanın reddi yönünde verilen karar Dairemiz bozma kararına uyularak, uygulanan sağlık hizmetinin kusurlu olduğu dolayısıyla olayda davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu gerekçesiyle maddi tazminat isteminin kısmen kabulü ile 39.010,00 TL maddi tazminatın davalı idare tarafından davacılara ödenmesine, fazlaya ilişkin maddi tazminat istemi yönünden davanın reddi ve manevi tazminat isteminin kabulü ile için 10.000,00 TL, için 5.000,00 TL, için 5.000,00 TL manevi tazminatın davalı idare tarafından ödenmesi yolunda verilen kararın... hukuka ve usule uygun olduğu, kararın bozulmasını gerektirecek yasal bir sebebin bulunmadığı sonucuna varılmıştır."⁴⁹ Tıbbi sorumlulukta maddi zarar; yükümlülüğüne uygun bir müdahale gerçekleşseydi hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yapılan hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farkı ifade etmektedir.

Maddi zararın içeriğini; tedavi giderleri, çalışma gücü kaybı, ölüm halinde destekten yoksun kalma zararları, ölünün gömülmesi vb oluşturur. Danıştay 15.Dairesi 2016 tarihli bir kararında karın boşluğunda makas unutulmuş davacının, iş gücü kaybı bulunmaması nedeniyle maddi tazminat isteminin reddine dair yerel mahkeme kararını

⁴⁶ Ayan M. , "a.g.m." s.121.

⁴⁷ Ayan M. , "a.g.m." s.121.

⁴⁸ Yargıtay 13.HD 2002/12275 E., 2003/1077 E.

⁴⁹ Danıştay 15.Dairesi 2015/8811 E., 2016/18K.

onadığı görülmektedir.⁵⁰ Tazminat davasında ister sözleşmeye ister haksız fiile dayanılsın BK 50/1 gereğince zararı ispat yükü davacıya aittir.

Hasta-hekim ya da hasta-hastane arasındaki ilişkiye genel olarak vekalet sözleşmesinin hükümlerinin uygulanacağı daha önce belirtilmişti. BK 400 gereğince vekil, işçi gibi özenli davranmak zorunda olup en hafif kusurundan bile sorumlu olacaktır. Yargıtay ise bununla bağlantılı olarak, en hafif kusurundan bile sorumlu olan hekimlerin zararın tamamından sorumlu tutulmaları gerekirken, maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılmasını hukuka aykırı bulmaktadır.⁵¹

Tazminat miktarı belirlenirken, uğranılan kaybın tam olarak tespiti çoğu zaman mümkün olamamaktadır. Bu tür durumlarda hâkim olayın özelliklerini göz önünde bulundurarak ödenecek tazminatı belirler. Burada tarafların kusur durumuna göre indirime de gidilebilir. Kusur tespitinin ise bilirkişilerce yapılması gerekir. Ancak bilirkişi görüşünün hâkimi bağlayıcı olmadığını ve hatta bilirkişi raporunun aksi yönünde hüküm kurulabildiğini de hatırlatmak isteriz. Ceza mahkemelerinde devam etmekte olan yargılamanın hukuk mahkemelerince bekletici mesele yapılmasının kaynağı da bu husustur. Yargıtay 2016 tarihli bir kararında bu konuya ışık tutmuştur, “Mahkemece, Adli tıp 2. İhtisas Kurulundan 21.03.2014 tarihli ve İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi'nce oluşturulan bilirkişi kurulunun 06.01.2015 tarihli, davalıların kusursuz olduklarını belirten raporları benimsenmek suretiyle hüküm kurulmuştur. Oysa, davalı doktorun Bakırköy 9. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2011/121E. sayılı dosyasıyla taksirle yaralamaya neden olma suçundan adli para cezası ile cezalandırılmasına karar verildiği ve kararın 01.03.2012 de kesinleştiği anlaşılmıştır. Dosya kapsamı incelendiğinde, doktorun kusurunun açık olduğu değerlendirildiğinden, bu husus göz önünde bulundurulmak suretiyle, sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”⁵²

5.3. Manevi Tazminat

Manevi tazminat davasında, kişilik değerlerinde, manevi değerlerde meydana gelen eksilmenin giderimi amaçlanır. Tıbbi müdahale hatalarında, vücut bütünlüğü ve

⁵⁰ Danıştay 15.Dairesi 2013/4033 E., 2016/77K.

⁵¹ Yargıtay, 13.HD 2006/5518 E., 2006/11185 K.

⁵² Yargıtay 13.HD. 2015/20772 E., 2016/15689 K.

sağlığı zarara uğrayan kimse, bu zararların yol açtığı, acı, elem, ıstırap ve yaşama sevincinin azalması gibi manevi zararlarla karşılaşır. Bu tür zararlarda bir maddi kayıp bulunmamaktadır. Acı ve ıstırapın bir nebze olsun dindirilmesi için zarar verene belli bir paranın ödettirilmesi yolu ile manevi zararın giderimine çalışılır.

Maddi zarardan farklı olarak manevi zararın ve tazminatın belirlenmesi oldukça güçtür. Manevi zararın tayini BK 56. Maddesi uyarınca yargılamayı gerçekleştiren hâkimin takdirindedir. Burada hâkim somut olayın özelliklerine göre MK. 4. Maddesi uyarınca hak ve nesafete uygun olarak olayı ve zarar görenin durumunu değerlendirerek manevi tazminatın miktarını takdir edecektir.

“Bakılan uyuşmazlıkta; dava konusu olay nedeniyle davacılarından ...’un sepsis nedeniyle uzun süre yoğun bakımda kaldığı, tedavi sürecinde safra kesesi ve rahminin zorunlu olarak alındığı, kişinin olay tarihinde 22 yaşında olduğu ve ilk gebeliği sonrasında bu elim hadisenin gerçekleştiği, hatalı tıbbi uygulamalar nedeniyle hastanın yoğun bakım süreci de dahil olmak üzere ağır bir tedavi gördüğü ve tedavinin çoklu organ kaybıyla sonuçlandığı, davacıların bir daha çocuk sahibi olabilmemesinin fiziken mümkün olmadığı, bir ailenin fizyolojik kısıtlar nedeniyle çocuk sahibi olamamasının vereceği manevi elem ve ıstırapın parayla tarifinin ve tatmininin mümkün olamayacağı, Mahkemece davacılarından anne için 25.000,00 TL, baba için ise 8.000,00 TL manevi tazminata hükmedilmiş ise de; dava konusu olayın oluş şekli, idarenin bariz hizmet kusurunun varlığı, zararın niteliği ve sonuçları dikkate alındığında, davacılar için takdir edilen manevi tazminat miktarının, duyulan elem ve ıstırapı giderecek düzeyde olmadığı sonucuna varılmıştır.”⁵³

Manevi tazminatta amaç zarar görenin ruhi ıstırapının, üzüntüsünün giderilmesidir. Manevi tazminat hesaplanırken, ülkenin ekonomik koşulları, paranın alım gücü, tarafların mali ve içtimai durumları, davalıların eyleminin niteliği ve atfedilen kusur gibi tüm ilke ve kurallar nazara alınmalıdır.⁵⁴ Danıştay, davacıların babasının başından alınan ve patoloji birimine gönderilen parçanın hizmet kusuru işlenerek kaybolduğu böylelikle hastalıkla ilgili gerekli tedbirlerin alınamaması nedeniyle babalarını 01.01.2008 tarihinde İtalya’da beyin metastasimelanomasına bağlı beyin koması nedeniyle kaybeden davacıların maddi tazminat istemini reddederken,

⁵³Danıştay 15.Dairesi 2016/399 E., 2016/4145K.

⁵⁴ Hakeri H. , “a.g.m.” s.604.

manevi tazminat istemini kabul etmiştir. “Dava konusu olayda, davacılar yakınından alınan ve patolojik incelemeye gönderilen doku örneğinin Patoloji Laboratuvarına ulaşmaması ve patolojik incelemesinin yapılmaması, yakınları 01.01.2008 tarihinde beyin metastasimelanomasına bağlı beyin koması nedeniyle vefat eden davacılar, nezdinde, sağlık uygulamalarının kusurlu işletildiği hususunda (özellikle patolojik inceleme yapılmayarak, teşhis noktasında gecikme yaşandığı noktasında) yaratılan şüphe ve ruhsal çöküntü manevi tazmin talebinin karşılanması gereğini ortaya koymaktadır.”⁵⁵ Danıştay bir başka kararında ise, tıbbi müdahaledeki gecikme ve eksiklikler nedeniyle ayağının diz altından kesilmesinden ve MRSA adı verilen hastane enfeksiyonu bulaşmasından dolayı uğranılan manevi zararlara karşılık 25.000 TL manevi tazminat ödenmesine karar vermiştir.⁵⁶

5.4. İspat

Tıbbi hata kaynaklı tazminat davalarında tazminata hükmedilmesi için zarar, kusur (ya da hizmet kusuru) ve illiyet bağının var olması gerektiği belirtilmişti. Burada ispat yükü HMK gereğince lehine hak çıkaran davacı hastaya ait olacaktır.

Sözleşmeye dayanılarak açılan tazminat davalarında hasta, en azından sözleşmeye aykırı davranıldığını ispat etmekle yükümlüyken, kusur konusunda ispat yükü hekime düşmektedir. “Davalı doktor, mesleki bilgisinin tüm icaplarını yerine getirdiğini, kusuru bulunmadığını ispata zorunludur.”⁵⁷

Haksız fille dayalı davalarda ise hekimin kusurunu ispatlamak her ne kadar hastaya yüklenmişse de, meslek kurallarına aykırılık, kusurun varlığına karine oluşturur. Bu aşamadan sonra hekim bu karineyi çürütmeye çalışacak, bir başka deyişle kusursuz olduğunu ispat edecektir. Sonuç olarak ispat yükü sözleşmeye dayalı davalarda olduğu gibi yine hekime düşecektir.

5.5. Zamanaşımı

Tazminat davalarında zamanaşımı, BK m.72’de düzenlenmiştir. Tazminat istemi, zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her halde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar.

⁵⁵ Danıştay 15.Dairesi, 2015/613 E., 2016/150 K.

⁵⁶ Danıştay 15.Dairesi 2015/7960 E., 2016/15 K.

⁵⁷ Yargıtay 13.HD 1993/131 E., 1993/2741 K.

Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.

Taraflar dilerlerse bir sözleşme ile bu süreleri uzatıp kısaltabilirler. Burada BK M. 148’de yer alan zamanaşımı süreleri sözleşme ile değiştirilemez kuralı uygulanmaz.

58

Kamu hastanelerinde meydana gelen zararlardan doğan davalarda ise zamanaşımı süreleri ise 2577 sayılı Kanun’un 13’üncü maddesinde düzenlenmiştir. İlgili maddede idari eylemlerden dolayı hakları ihlal edilmiş olanların dava açmadan önce bu eylemlerin yazılı bildirim üzerine veya başka suretle öğrendikleri tarihten itibaren bir yıl ve her durumda eylem tarihinden itibaren beş yıl içinde yetkili makama başvurarak zararlarının tazminini istemeleri, bu isteklerin kısmen veya tamamen reddi hâlinde ise bu konudaki işlemin tebliğ tarihinden ve altmış gün içinde cevap verilmediği takdirde bu sürenin bittiği tarihten itibaren altmış gün içinde tam yargı davası açmaları gerektiği, görevli olmayan yargı mercilerine açılan tam yargı davalarının görev yönünden reddi halinde idareye başvurma şartının aranmayacağı düzenlenmiştir.

Danıştay yakın tarihli bir kararında bu sürelerin hesaplanmasında dikkate alınacak kriterleri belirtmiştir. “Dava açma süresini saptarken, bir yandan davanın hakkaniyetine hâlel getirecek kadar abartılı şekilcilikten, öte yandan, kanunla öngörülmüş olan usul şartlarının ortadan kalkmasına neden olacak kadar aşırı bir gevşeklikten kaçınılması gerektiğinden, 2577 sayılı İdari Yargılama Usulü Kanununda yer alan süreye ilişkin mevzuat kurallarının yorumlanmasında kişilerin haklarının ihlali yönünde ağır sonuçlara varan yorumdan kaçınmak gerekmektedir.”

Hukuki sorumluluğun koşullarının, her zaman, maddede öngörülen süreler içinde, olayın meydana geldiği anda ve bir arada ortaya çıkması mümkün olamamaktadır.

Zararın idari eylemden kaynaklandığının bu sürelerden sonra ortaya çıkması mümkün olabildiği gibi, zararın gerçek miktarı veya illiyet bağı daha sonra da ortaya çıkabilmektedir. Bütün bu olasılıklar göz önünde bulundurulduğunda, 2577 sayılı Kanun’un 13. maddesinin, yargıya başvuru hakkını ortadan kaldırmayacak, ancak

⁵⁸ Fikret Eren, “*Borçlar Hukuku*”, İstanbul 2003, s.794.

maddeyi de işlevsiz bırakmayacak bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.”⁵⁹

5.6. Hekim Hatalarından Dolayı İdarenin Sorumluluğu

5.6.1 İdare Tarafından Gerçekleştirilen Sağlık Hizmetlerinden Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu

Kamu hastanesi niteliği taşıyan hastanelerde yapılan hatalı tıbbi müdahaleler nedeniyle, idarenin sorumluluk kaynağı hizmet kusurudur. Hizmet kusuru, hizmetin normal işleyişi içerisinde bir veya birden çok kamu görevlisine; ancak kişisel olarak bunlara yönlendirilemeyen bir eksiklik⁶⁰ şeklinde açıklanabilir. Hizmet kusuru, temel olarak hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlemesi şeklinde ortaya çıkar.

Gerçekleşen zarar ile hizmet kusuru arasında illiyet bağının varlığı halinde idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmiştir. “İdarenin tazmin sorumluluğu belirlenirken öncelikle hizmet kusuru ilkesinin araştırılması, kusurun belirlenmemesi halinde kusursuz sorumluluk ilkesinin olayda uygulanıp uygulanamayacağının belirlenmesi gerekir.”⁶¹

İdarenin sorumlu tutulabilmesi, kötü veya geç işleyen ya da hiç işlemeyen bir hizmetin varlığına; bu hizmet sonucu bir zararın doğmasına, son olarak da hizmet kusuru ile zarar arasındaki illiyet bağının varlığına durumunda söz konusu olacaktır. Ancak, zarar idari bir davranışın sonucu olmayıp, olayların normal akışı içinde beklenmeyen bir sonuç ise, nedensellik bağı söz konusu olmayabilir.⁶²

Meydana gelen zarar ile idari işlem arasındaki illiyet bağı bazı hallerde zayıflayabilir ya da tamamen ortadan kalkabilir. Söz konusu durumlarda idarenin sorumluluğu azalabileceği gibi tamamen ortadan kalkabilir. Bu durumlar, genel olarak mücbir sebep, zarar görenin veya 3.kişinin kusuru şeklinde kendini göstermektedir. Burada zarar görenin veya 3. kişinin kusuru idarenin sorumluluğunu tamamen ortadan kaldırmayacağı gibi, sorumluluğun, bu fiillerin zarar üzerindeki etkisi kadar azalmasına da neden olabilir.

⁵⁹ Danıştay 15.Dairesi, 2016/1466 E., 2016/2755 K.

⁶⁰ Mukbil Özyörük, *İdare Hukuku Dersleri 1972-73*, AÜHF s.241

⁶¹ Danıştay 10.Dairesi, 1995/482 E., 1996/5981 K.

⁶² Kemal Gözler, *İdare Hukuku 2.Cilt*, 2003, s.1172

Sağlık hizmetlerinden doğan zararlar sonucunda genel olarak idarenin kusursuz sorumluluğu kabul edilmemektedir. Bir başka deyişle sağlık hizmetlerinin sunulması sonucunda meydana gelen her zararda idarenin sorumluluğu doğmaz. Burada temel kıstas gerçekleştirilen müdahalenin tıbbi standartlar ile dikkat ve özen yükümlülüğüne uygun olmasıdır.

“Davacının riskli bir ameliyat sonrası bacaklarında oluşan felcin normal bir ameliyat komplikasyonu olduğu tıbbi bilirkişi raporu ile anlaşıldığından; davalı idarenin uğranıldığı belirtilen zararın tazmini ile yükümlü tutulamayacağı açıktır.”⁶³

“Katarakt ameliyatı sonrasında gelişen komplikasyon sonucu gözünü kaybeden davacı subayın maruz kaldığı bu durumun doğal bir ameliyat riski olduğu tıbbi bilirkişi raporu ile anlaşıldığından; davalı idarenin tazmini gerekli bir yükümlülüğünden söz edilemez.”⁶⁴

“Bypass ameliyatı ile birlikte anevrizmektomi ameliyatı yapılması planlanmasına karşın ameliyat sırasında by pass yapılması uygun görülmemekle bilimsel, teknolojik olanaklara uygun biçimde yalnızca anevrizmektomi ameliyatı yapılmasının bir eksiklik olarak değerlendirilemeyeceği olaydan dolayı idarenin hizmet kusuru ve tazmin sorumluluğunun bulunma(maktadır)”⁶⁵

Verilen örneklerde görüldüğü üzere, muhtemel komplikasyonlar, ameliyatın doğal riskleri ve tıbbi verilere uygun tedaviye rağmen meydana gelen zarar sonucunda idarenin sorumluluğu bulunmayacaktır ancak hekimin kusuru bulunmadığı hallerde idarenin sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Nitekim Danıştay, müdahaleyi gerçekleştiren hekimlerin kusurunun bulunmadığının belirlendiği bir davada idareyi zarardan sorumlu tutmuştur. “İdarenin araç/gereç/cihaz eksikliği, teşkilatı yetersiz kurması yahut tıbbi ameliyedeki organizasyon eksikliği (olayda radyoloji tetkik sonucunun gerekli sürede çıkmaması ve değerlendirilememesi gibi) nedeniyle tedavide aksamaya yol açması da bir tür hata olarak nitelendirilmekte, İdarenin sunduğu sağlık hizmetinin gereği gibi işlememesini ifade etmektedir.”⁶⁶

⁶³ AYİM.2.D., T.16.05.2001, 1999/851 E., 2001/422 K.

⁶⁴ AYİM.2.D., T.22.06.2001, E.1998/944, K.2001/581

⁶⁵ Danıştay, 10D., E.1997/3111, K.1999/5383,

⁶⁶ Danıştay 15.Dairesi, 2014/5311 E., 2016/154 K.

5.6.2. Özel Hukuk Kişilerince Gerçekleştirilen Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Sorumluluğu

Hatalı tıbbi müdahale nedeniyle meydana gelen bir zarar nedeniyle idarenin sorumlu olabilmesi için müdahalenin kamuya ait sağlık kuruluşlarında yapılmış olması şart değildir. Zira idarenin özel hastaneler ve özel muayenehaneler üzerinde denetim ve gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Özel hastane ya da özel muayenehanelerde meydana gelen bir zararda, idarenin denetim ve gözetim yükümlülüğüne aykırı davranışının etkisi söz konusu ise idarenin sorumluluğu burada da söz konusu olacaktır.

İstanbul 3.İdare Mahkemesi'nde görülen bir davada, yapılan denetimlerde bir eksiklik saptanmadığının belirtilmemesine rağmen, ameliyathanesinde birçok eksiklik bulunan özel hastanede yapılan tiroit ameliyatı sonrasında oluşan ölüm olayında İstanbul İl Sağlık Müdürlüğü tazminat ödemeye mahkûm edilmiştir. Mahkeme, “kamu idarelerinin hizmetinin kötü veya geç işlemesi ve bu yönden bir zarara sebebiyet verilmiş olması halinde, idareye meydana gelen zararların tazmin sorumluluğunu yükler” gerekçesiyle bu hükmü vermiştir.⁶⁷

⁶⁷ Hakan Hakeri, *Tıp Hukuku*, 10.Bası, s.600

ALTINCI BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE NEDENİYLE CEZAI SORUMLULUK

6.1. Genel Olarak

Hekimin cezai sorumluluğunun belirlenmesinde öncelikli olarak kast ve taksir değerlendirmesinin yapılması gerekmektedir. Kast, konusu suç olan fiili, bilerek ve isteyerek işlemek iradesiyken; isteyerek yapılan bir davranıştan, öngörülebilir ve önlenemez nitelikte bir sonucun tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte acemilik, talimatlara uymama gibi nedenlerle ortaya çıkması durumunda ise taksir söz konusu olacaktır. Hekim tarafından işlenen suçun kasıtlı olması halinde; söz konusu fiilin (suçun), malpraktis (tıbbi hata) kavramı içerisinde değerlendirilmemesi gerekir. Zira bu fiiler tıp biliminin icrasından değil; tıp biliminin suça alet edilmesinden kaynaklanmaktadır. Bu nedenle herhangi bir kişi tarafından işlenebilen ve tıbbi bir yönü bulunmayan suçlardır ve fiilin bir hekim tarafından işlenmesi suçun ancak niceliğini etkilemektedir.⁶⁸

Açıklandığı üzere tıbbi hata, yani malpraktis kavramı ancak taksirli suçlarda söz konusu olacaktır. Ayrıca belirtmek gerekir ki tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkan zarardan dolayı cezai sorumluluğun doğabilmesi; tipiklik (ceza kanunda suç olarak tanımlanan bir fiil), kusur ve hukuka aykırılık unsurlarının bir arada bulunmasına bağlıdır. Hemen belirtilmelidir ki, bahsi geçen kusur sadece ağır değil hafif kusuru da kapsamaktadır.

Taksir belirlenirken, önce objektif olarak dikkatli ve özenli davranışın ne olması gerektiği, mesleki kurallar, uygulamalar (standartlar) dikkate alınarak ortaya koyulur ve objektif olarak özenli davranışın failin davranışlarıyla uyumlu olup olmadığı kontrol edilir.⁶⁹

Esasen hekimlik mesleğinin icrası kasten yaralama suçunun maddi ve manevi unsurlarını oluşturmaktadır. Ancak bir fiilin cezalandırılabilmesi için sadece ceza kanununda tanımlanmış olması yeterli değildir. Söz konusu fiilin aynı zamanda hukuka aykırı bir eylem olması da gerekmektedir. İşte hekimin cezalandırılmasını engelleyen de tıbbi müdahalede hukuka uygunluk nedenleri bulunmasıdır. Tıbbi müdahalenin

⁶⁸ Yüksel Ersoy, *Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları*; TBB Dergisi, sayı 53, s.167

⁶⁹ Yargıtay 13.HD, 2000/1146 E., 2000/4438 K.

hukuka uygunluk şartlarından bahsedilmişti. Üzerinde durulması gereken nokta bu hukuka uygunluk şartlarında eksiklik ya da noksanlık olmasıdır. Hekimin işlediği fiili suç olmaktan çıkararak hukuka uygunluk nedenlerinde, eksiklik veya noksanlık mevcut olduğunda artık hekimin cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Hekimin cezai sorumluluğu kusurundan kaynaklanabileceği gibi ilgili eylemde hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasından da kaynaklanabilir. Mesleki faaliyetin icrasında standart uygulamadan sapılarak ya da dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak müdahalenin yapıldığı kişide organ ve doku kaybı ya da ölüm gibi istenmeyen sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu durumlarda hekimin taksirle ölüme neden olma ya da taksirle yaralama suçlarından sorumluluğu doğabilir.

Hekimin sorumluluğu her zaman kusur veya ihmalden kaynaklanmayabilir. Çocuk düşürtme, kısırlaştırma ve hadımlaştırma, genital muayene suçu gibi, tıbbi marifetlerin amacı dışında kullanılması sonucunda meydana gelen suçlarda hekimin ceza hukuku açısından sorumlu olmasının nedeni söz konusu fiilde hukuka uygunluk nedeninin bulunmamasıdır.

Hekimin taksirli suçlar nedeniyle cezai sorumluluğunun temelinde, dikkat ve özen yükümlülüğüne uymama ve standart tedaviyi uygulamama yatmaktadır. Tıp biliminin genel olarak kabul edilmiş kural ve uygulamaları tıbbi standardı oluşturur. Tıbbi müdahalenin standart olduğunun kabul edilebilmesi için, hekimlerin çoğunluğu tarafından, benzer hadiseye, devamlı uygulanmakta olması gerekir. Aynı olaya uygulanabilecek birden fazla metod bulunması durumunda, yapılacak tedaviyi hekim belirler. Bu durum hekim adına mutlak bir bağımsızlık anlamına gelmez. Hekim, riski en az olan tedavi metodunu seçmekle yükümlüdür. Hekimin özen yükümlülüğü ise en uygun tedavi yöntemini gerekli tüm kontrollerin ardından tıp bilimi verilerine uygun olarak gerçekleştirmesini ifade eder. Burada hekimin doğru tedavi yöntemini saptayamaması, ya da doğru tedavi yöntemini yanlış uygulaması cezai sorumluluğunu gerektirebilir.

Hemen belirtmek gerekir ki hekimin tıbbi standartları, tıbbi verilere uygun olarak uygulamasına rağmen yanlış teşhiste bulunması Yargıtay uygulamasında kusur kabul edilmemektedir. Zira birçok hastalığın semptomları benzerlik gösterebilmekte ve bunları birbirinden ayırmak çok güç olabilmektedir. Burada önemli olan husus hekimin tıbbi standardı gerekli dikkat ve özenle uygulamasıdır.

Taksirli suçları kasıtlı suçlardan ayıran en önemli özellik sonucun istenmemesidir. Ancak fiilin suç olarak kabul edilmesinin sebebi, sonucun öngörülebilir ve önlenabilir olmasıdır. Sonucun öngörülebilir olmadığı hallerde ise hekime sorumluluk yüklenemez.

Uygulamada hekimin kusuru, bilirkişi marifetiyle belirlenir. Ülkemizde hekimin kusurunun belirlenmesinde Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu etkin rol oynamaktadır. 1219 sayılı kanunun 75 maddesi uyarınca Yüksek Sağlık Şurasının mütalaasının alınması zorunluyken, söz konusu madde 2010 yılında Anayasa Mahkemesi⁷⁰ tarafından iptal edilerek bu zorunluluk ortadan kaldırılmıştır. Yargıtay uygulaması doğrultusunda, sayılan kurumlarda tatminkâr raporların alınmadığı hallerde üniversitelerden rapor alınabilmektedir. “...hastada gelişen durumun komplikasyon olduğu belirtilmiş ise de, yapılan ameliyatta davalı doktorlara açıkça atfedilebilecek bir kusur olup olmadığının, gelişen durumun doktorların ihmali veya kusuruyla mı meydana geldiğinin yeterince aydınlatılmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece, bu konuda rapor düzenlemeye ehil ve donanımlı bir Üniversiteden, aralarında konularında uzmanların bulunduğu, akademik kariyere sahip 3 kişilik bilirkişi kurulundan, dava konusu olayda davalılara atfı kabil bir kusur olup olmadığı hususunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, Mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınarak, davalıların kusurlu olup olmadığının belirlenmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, bu yön göz ardı edilerek, eksik incelemeye dayanılarak, yazılı şekilde hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.”⁷¹

Burada hekimin sorumluluğunu doğuran bir başka unsur, meydana gelen zararlar kusurlu eylem arasındaki nedensellik bağıdır. Hekimin fiili ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunmadığı durumlarda hekim sorumlu tutulamaz. “Adli Tıp Kurumu raporu ve dosya içeriğine göre, hekim olan sanığın hareketi ile ölüm olayı arasında nedensellik bağı kurulamadığının anlaşılması karşısında, ölüme neden olan eylemden beraat kararı vermek gerekir.”⁷² Hemen belirtmek gerekir ki, Yargıtay nedensellik bağı konusunda çok hassas davranmakta, hekimin fiili ile zarar arasında nedensellik bağı kurulamadığında ya da tereddüt bulunduğu kusur incelemesine dahi geçilemeyeceğini belirtmektedir. “Sanığın hukuki durumunun tayin ve tespiti için

⁷⁰ AYM, 2010/69E., 2010/79K.

⁷¹ Yargıtay 13. HD. 2015/22169 E., 2016/15692 K.

⁷² Yargıtay, 4.CD 2001/94 E., 2001/2276 K:

zararlı sonuç ile arasındaki yakın ve uygun sebebiyet bağının açıklığa çıkarılması gerekir. Ancak bu husus açıklığa çıkarıldıktan sonra kusurun ağırlığı üzerinde durulabilir.”⁷³

Son olarak belirtilmesi gereken husus kamu hastanelerinde görev yapan hekimler hakkında ceza yargılamasının koşullarıdır. Ülkemizde, özel muayenehanesinde ve özel hastanede çalışan hekimler bakımından ceza yargılaması usulü bir özellik arz etmemektir. Ancak kamuda görev yapan hekimlerle ilgili ceza davası açılabilmesi kamu görevlisi olmaları nedeniyle birtakım şartlar gerektirmektedir. 4483 sayılı Memurlar ve Diğer Kamu Görevlilerinin Yargılanması Hakkında Kanun’un 3. Maddesinde belirtilen makamlardan savcılık tarafından izin alınması gerekmektedir. Üniversitelerde görev yapan hekimler hakkında yapılacak soruşturmanın usulü ise 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu’nda düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre, özellikleri kanunda belirtilen soruşturmacı tarafından hazırlanan rapor; yine özellikleri kanunda belirtilen heyet tarafından değerlendirilerek, savcılık soruşturmasına izin verilip verilmeyeceği belirlenir. 4483 sayılı kanun uyarınca verilen kararlara ilişkin itirazlar bölge idare mahkemesi tarafından incelenirken, 2547 sayılı kanun uyarınca verilen men-i muhakeme kararları doğrudan, lüzum-u muhakeme kararları ise ilgililerin itirazı üzerine Danıştay 2.Dairesi’nce incelenir.

⁷³ Yargıtay, CGK, 1984/9-456 E., 1984/3301 K.

SONUÇ

İnsanın ruh, beden ve kişilik bütünlüğüne yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahaleler de kişinin kişilik değerlerine ve yaşam hakkına karşı bir müdahale oluşturur. Tıbbi müdahale, hukuk düzenin belirli bir riski ihtiva etse de yapılmasına izin verdiği türden bir müdahaledir. Tıbbi müdahale ile aynı zamanda insan yaşamının devamlılığı ve sağlıklılığı sağlanmaya çalışılır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için; kanunen müdahalede bulunmaya yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi ve hukuken kabul edilen tedavi gibi bir amaçla, hastanın ayrıntılı bir şekilde aydınlatılması ile bu aydınlatmaya dayalı rızanın alınması, yapılan müdahalenin tıp biliminin uygulamaları ve esaslarına uygun olması gereklidir.⁷⁴

Tıbbi müdahalelerde doğabilecek hatalar sonucunda; hastanın çalışma gücü kaybı, tedavi giderleri vb maddi zararların; hastanın ve koşulları bulunması durumunda yakınlarının çektiği acının, ıstırapın ve üzüntüsünün manevi tazminatla bir nebze olsun giderilmesini gerektirmektedir. Menfaat dengesi de hukuken bu şekilde korunabilmektedir.

⁷⁴ Berna ÖZPINAR, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri ve Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, 66/3, Ankara 2008,s.103.

KAYNAKLAR

- Ateş T. , (2007). Hekimlerin Cezai Ve Hukuki Sorumlulukları, Nobel Tıp Kitapevi Yayınları, İstanbul.
- Ayan M. , (1991). Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Yayınları, Ankara.
- Eren F. , (2003). Borçlar Hukuku, Beta Yayıncılık, İstanbul.
- Erman B. , (2003). Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Erman H. , (1998). “Hekimin Hukuki Sorumluluğu”, Bülent Davran’a Armağan, İstanbul.
- Gökcan H.T. , (2009). Haksız Fiil Hukuku Ve Maddi-Manevi Tazminat Davaları, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Hakeri H. , (2016). Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Hancı İ.H. , (2006). Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza Ve Tazminat Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara.
- Özpınar B. , (2008). “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamadan Doğan Hukuki Sorumluluğun Sebepleri Ve Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, Ankara.
- Şenocak Z. , (1998). Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara.

ÖZ GEÇMİŞ

1984	Denizli doğumlu.
1995	Buldan Zafer İlkokulu
2002	Buldan Ali Tunaboşlu Anadolu Lisesi
2006	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
2007	Denizli Barosu Serbest Avukat (Devam Etmektedir.)
2013	Adalet Bakanlığı Arabulucu (Devam Etmektedir.)
2018	Adalet Bakanlığı İş Hukuku Uzman Arabulucu (Devam Etmektedir.)

İLETİŞİM BİLGİLERİ

İşyeri	Aydın Avukatlık Ortaklığı Sırapapılar Mah. 1583 Sok. No:13 K:1 Merkezefendi/DENİZLİ
Tel	0 532 306 8730
E-Posta	av_akin@hotmail.com