

# HATALI TIBBİ UYGULAMADAN (MALPRAKTİS) DOĞAN HUKUKİ ve CEZAI SORUMLULUK

*Incorrect Medical Application (Malpractices) Caused Legal And Criminal Responsibility*

*Ulaş Can DEĞDAŞ<sup>1</sup>*

## Özet

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında malpraktis kavramı; bilgisizlik, tecrübesizlik ya da hekimin hatasından dolayı hastanın zarar görmesi şeklinde tanımlanmıştır. Bu tür olumsuzluklar sebebiyle hastanın zarar görmesi halini hukuk sistemimiz güvence altına almıştır. Her tıbbi müdahale belli ölçüde hasta açısından risk oluşturur. Zira korunması gereken hak hastanın yaşama hakkıdır. Hastalara sağlık hizmeti verilirken tıbbi müdahalenin amaçlandığı şekilde tamamlanamaması tıbbi hata olarak tanımlanır. Tıbbi hatalar; yanlış işlemi yapmak, doğru işlemi yapmamak ve yahut doğru işlemi yanlış yapmaktan dolayı meydana gelebilir. Hekimlerin yanlış teşhiste bulunması ve hastanın yanlış tedaviye yönlendirilmiş olması halinde hekim dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışından sorumlu olacaktır. Hekimlerin hatalı tıbbi uygulama sonucu hukuki anlamda kusurları oranında cezai açıdan ise kanunda Türk Ceza Kanunu'nda belirtilen ilkeler çerçevesinde sorumluluğu gündeme gelecektir. Bunun yanında tıbbi standartların doğru ve eksiksiz bir biçimde uygulanması hâlinde hastada oluşabilecek komplikasyonlardan hekim sorumlu tutulamayacaktır.

## Anahtar Kelimeler

Tıbbi Müdahale, Tıbbi Standart, Malpraktis, Komplikasyon, Kusur.

## Abstract

The concept of malpractice in Turkish Medical Association Medical Ethics Rules; Unexperienced, inexperienced, or injured by the physician's fault. Our legal system guarantees the damage of the patient due to such negativities. Every medical intervention poses a certain risk to the patient.

1 Hakim Adayı

H: Hakemli Makale

The right to be protected is the patient's right to life. Medical malpractice is defined as the failure to complete the medical intervention as intended when ill health care is provided. Medical errors; Doing wrong, not doing the right thing, or doing the wrong thing wrong. If the physicians are misdiagnosed and the patient is directed to the wrong treatment, the physician will be responsible for the behavior contrary to the obligation of care and care. If the physicians are penalized in terms of the flaws in the legal meaning resulting from the faulty medical application, their responsibility will come into their minds in the framework of the principles stated in the Turkish Criminal Code. In addition, if the medical standards are applied correctly and completely, the physician will not be held responsible for the complications that may occur in the patient.

### Keywords

Medical Intervention, Medical Standard, Malpractice, Complication, Defect.

## GİRİŞ

Hekim olmak için doğası gereği riskli bir meslektir. Hekimlerin yaptıkları için insanların temel hakkı olan yaşama hakları ile doğrudan bağlantısı vardır. Dolayısıyla hekimlerin, mesleklerinde yaptıkları tıbbi uygulamalarda kendilerinden beklenen özeni en yüksek şekilde göstermeleri gerekir. Bilakis, özenin eksik gösterilmesi sonucunda hekimlerin sorumluluğu gündeme gelecektir. Muhakkak ki yapılan her tıbbi uygulama sonucunda, tıp biliminin kabul ettiği kötü sonuçlardan hekim sorumlu tutulamaz. Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulu'nda kabul edilen bildirgesine göre; Tıbbi Malpraktis ( hatalı Tıbbi Uygulama) "hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar" şeklinde tanımlanmış, malpraktisin tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve hekimin hatası olmayan durumlardan (komplikasyon) ayırt edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Hekimlerin hastanın zararına sonuçlanan tıbbi müdahalelerinde(yanlış teşhis yahut yanlış tedavide) kusurunun olup olmamasına göre sorumluluğunun doğacağından bahsetmek mümkündür. Bunun yanında tıbbi müdahalenin doğru ve eksiksiz bir biçimde uygulanması hâlinde hastada oluşabilecek komplikasyonlardan hekim sorumlu tutulmayacaktır. Hatalı tıbbi uygulama sonucunda hekimler ya da sağlık personeli iki tür dava şekliyle karşı karşıya kalabilir. Bunlar, ortaya çıkan maddi ve manevi zararların tazmini için açılan tazminat davaları ve eylemin Türk Ceza Kanunu anlamının da suç kabul edildiği durumlarda açılan ceza davalarıdır. Bu tarz davalar adli yargıda görülür. Ancak idare tarafından yürütülen sağlık hizmetinin sunumundan dolayı birey zarara uğramış ise, bu zararın tazminin yükümlüsü idaredir. İdare'nin verdiği sağlık hizmeti nedeniyle ortaya çıkan zararın tazmini için İdare aleyhine, idare mahkemelerinde tam yargı davaları açılabilir.

## 1. TIBBİ UYGULAMAYI GERÇEKLEŞTİREBİLECEK KİŞİLER

Tıbbi uygulamayı gerçekleştirebilecek kişilerin kim olduğunun bilinmesi malpraktisten doğan gerek hukuki gerek ise cezai sorumluluk açısından önemlidir. Zira hatalı tıbbi uygulamadan söz edebilmek için bu uygulamayı yapan kişinin kanunen uygulamayı yapmaya yetkili olması gerekir.

Tıbbi müdahalelerin bireyler üzerinde yaratabileceği olumsuz etkiler dolayısıyla tıbbi müdahale yetkisi sağlık personeline (esas itibarıyla hekime) verilmiştir. Böylece bireyin dolayısıyla toplumun da korunması amaçlanmıştır.<sup>2</sup> Esas itibarıyla hekimlere ibaresini kullanmamızın sebebi ise 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesinde hekim ve dış hekim dışındaki sağlık mensuplarının hastalıklarla ilgili doğrudan teşhiste bulunarak tedavi planlayamaması ve reçete yazamaması hususundaki düzenlemedir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'unun<sup>3</sup> 1. vd. maddeleri ile ve 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Yasası'nda<sup>4</sup> tıbbi uygulamaları gerçekleştirebilecek kişiler düzenlenmiştir. Kanunlardaki düzenlemeler emredici norm niteliğinde olduğundan bireyin –acil durumlar hariç- olmak üzere bireyin hekim ve ya sağlık personeli dışında bir kimseye tedavi yetkisi vermesi geçersizdir. Nitekim Türk Medeni Kanun'unun 23. maddesi ve Anayasamızın 17. maddesinde bu husus koruma altına alınmıştır.

1219 sayılı Kanun'a göre tıbbi müdahalede bulunabilecek kişiler, hekimler, dış hekimleri, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler ve hastabakıcı hemşirelerdir. Bu kişilerin nitelikleri, görevleri, bu ünvana sahip olma şartları kanunda düzenlenmiştir. Dolayısıyla köyde doğum yaptırdığı için ebe olarak tanınan bir kişinin yaptırdığı müdahale ile eczacının akıtma yapması hallerindeki müdahale hukuka aykırı tıbbi müdahale olacaktır. Öğrencilerin ise tıbbi müdahalede bulunabilmesi belli şartlar altında mümkündür. Bu şartlar Doktorluk, Hemşirelik, Ebelik, Dış Hekimliği, Veterinerlik, Eczacılık ve Mimarlık Programlarının Asgari Eğitim Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik'te sayılmıştır.<sup>5</sup>

Tıp fakültesinden mezun olarak diploma sahibi olan kişiye 'hekim' adı verilir. 1219 sayılı Kanun'un 1. maddesine göre:

2 Hakeri, Hakan, (2016), "Tıp Hukuku", Seçkin Yayınları, 11. Baskı, s. 172.

3 Resmi Gazete Tarihi: 14.4.1928, www.mevzuat.gov.tr.

4 Resmi Gazete Tarihi: 31.1.1953, www.mevzuat.gov.tr.

5 Bkz. "Doktorluk, Hemşirelik, Ebelik, Dış Hekimliği, Veterinerlik, Eczacılık ve Mimarlık Programlarının Asgari Eğitim Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik" Resmi Gazete Tarihi: 02.02.2008, Sayı: 26775.

*“Türkiye Cumhuriyeti dâhilinde tababet icra ve her hangi surette olursa olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesinden diploma sahibi olmak şarttır.”*

Kanun maddesinden de anlaşılacağı üzere tıp bilimini icra edecek kişinin yerine getirmesi gereken şart sadece tıp fakültesi mezunu olmasıdır. Kanun’un 2. maddesinde mecburi hizmet yükümlülüğünün yerine getirilmesi ve diplomanın onaylanması şartı aranmaktaysa da kanaatimizce bu şart kurucu değil<sup>6</sup> bildirici nitelikte bir şarttır. Hekimin, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olması şartı da aranmamaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki Yabancı uyruklu hekimler Türkiye’de yalnızca özel hastaneler ve tıp merkezlerinde çalışabilmektedir.<sup>7</sup>

Tıp fakültesinin son sınıfında okuyan öğrencilere verilen ad olan ‘intörn hekimler’ ise henüz diploma almadıkları için hekim sayılmazlar. İntörn hekimler temel tıp eğitimini tamamlamış, fakat henüz eğitim süreci devam ettiği için hekimlik yapma yetkileri yoktur.

## 2. HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ İLİŞKİNİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

### 2.1. Genel Olarak

Hatalı tıbbi müdahale nedeni ile hekimlerin hukuki sorumlulukları bakımından tek bir hukuki kavram ve dayanaktan söz etmek mümkün değildir. Hekimin sorumluluğunu incelerken, hizmet verdiği kurum ve kuruluşun niteliğini de göz önünde tutmak gerekmektedir. Bu nitelik ise hasta-hekim arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesi problemini ortaya çıkarmaktadır. Çünkü hatalı tıbbi uygulama sonucu açılacak davalarda ileri sürülebilecek hukuksal sebepler açısından ilişkinin hukuksal niteliği belirlenmelidir. Hasta ile hekim arasındaki doğrudan ilişkisinin türü hakkında öğretideki baskın görüş “vekâlet sözleşmesi” olup, (TBK.m.502)<sup>8</sup> Yargıtay’ın yerleşik kararları da bu yöndedir. Bu nitelikle gereği, tedaviden ve hekim hatasından zarar gören hastanın açacağı tazminat davasında sözleşmeye aykırılık hükümleri uygulanacaktır.

Hasta, doğrudan hekime başvurmak yerine, bir hastaneye veya benzeri bir sağlık kuruluşuna giderse ve gittiği hastanede önceden seçtiği ve anlaştığı bir hekim yoksa hastane yönetiminin görev-

6 Erol, H. Gürel, (2015), “Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları”. Seçkin Yayınları, 4.Baskı, s. 118.

7 Bkz. “Yabancı Sağlık Meslek Mensuplarının Türkiye’de Özel Sağlık Kuruluşlarında Çalışma Usul Ve Esaslarına Dair Yönetmelik”, Resmi Gazete Tarihi: 22.02.2012, <http://www.mevzuat.gov.tr/>

8 MADDE 502- Vekâlet sözleşmesi, vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşmedir. , Türk Borçlar Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>, (Erişim Tarihi:11.03.2017).

lendirdiği hekime muayene ve tedavi olacak; bu durumda doğrudan ilişki hasta ile hekim arasında değil, hasta ile hastane arasında kurulmuş olacaktır. Burada, hastanenin türüne göre bir ayırım yapmak gerekmektedir:

- A)** Eğer gidilen hastane özel bir sağlık kuruluşu ise, hastanın tedavi için içeri alınmasıyla, hasta ile hastane arasında bir sözleşmesel ilişki kurulmuş olacaktır. Buna “hasta kabul sözleşmesi” denilmektedir. Böyle bir durumda, hekim kendi adına değil, hastane adına tedaviyi üstlendiğinden TBK.m.116<sup>9</sup> 'ya göre “yardımcı kişi” konumundadır.
- B)** Hastanın gittiği yer bir kamu hastanesi ise, hasta ile hastane arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olmaz. Kamu görevlisi olarak tedaviyi üstlenen hekim ile hasta arasında da doğrudan bir ilişki yoktur. Burada hasta yönünden bir “kamu hizmetinden yararlanma” söz konusudur. Bu nedenle de, eğer hasta tedaviden zarar görürse, doğrudan hekimi ve sağlık personelinin dava edemeyip, hizmet (görev) kusuru nedeniyle kamu hastanesinin bağlı bulunduğu devlet kurumuna karşı dava açabilir. Çünkü kamu hastaneleri ve sağlık personelinin sorumlulukları, kural olarak, hizmet kusuru sayılmakta, bu hastanelerde çalışanlar kamu görevlisi olduklarından (657 sayılı yasanın 36/3. ve Anayasa'nın 40/2. maddeleri nedeniyle haklarında doğrudan dava açılmayıp) Anayasa'nın 129/5. maddesi gereği yalnızca ilgili kamu kuruluşuna karşı dava açılabilir.

## 2.2. Bağımsız Çalışan Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği

Hasta, doğrudan doğruya sağlık hizmeti için hekime başvurmuş olursa, aralarındaki ilişki bizim de katıldığımız öğreti<sup>10</sup> ve Yargıtay kararlarına göre **vekâlet sözleşmesine** dayanmaktadır. Türk Borçlar Kanunu m. 501/1 ve 502/2'ye göre vekâlete ilişkin hükümler, niteliklerine uygun düştikleri ölçüde Borçlar Kanunu'nda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanacaktır. Hekim ile olan sözleşme de bu tür bir iş görme sözleşmesidir ve dolayısıyla vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanacaktır. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin bir iş ya da hizmet değil de vekâlet sözleşmesi olmasının arkasındaki temel neden, vekilin iş ya da hizmet sözleşmesine nazaran daha geniş hare-

9 MADDE 116- Borçlu, borcun ifasını veya bir borç ilişkisinden doğan hakkın kullanılmasını, birlikte yaşadığı kişiler ya da yanında çalışanlar gibi yardımcılarına kanuna uygun surette bırakmış olsa bile, onların işi yürüttükleri sırada diğer tarafa verdikleri zararı gidermekle yükümlüdür. ,Türk Borçlar Kanunu, <http://www.mevzuat.gov.tr/Mevzuat-Metin/1.5.6098.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.03.2017).

10 Özkan, Hasan ve Akyıldız, Sunay, (2008). “Hasta Hekim Hakları ve Davaları”. Seçkin Yayınları, s.198 ve Öztürkler, Cemal , (2003), ”Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları”, Seçkin Yayınları, s. 57.

ket serbestisine sahip olmasıdır.<sup>11</sup> Vekâlet akdinde bir ast-üst ilişkisi ve yahut hizmet sözleşmesindeki gibi işverene bağımlılık yoktur. Sözleşmeye vekâlet denildiğinde öne çıkan en önemli unsur vekilin işi özenle görme borcudur. Ayrıca iş ve ya hizmet sözleşmesi belirli bir süre için kurulurken vekâlet sözleşmesinde kural olarak böyle bir süre yoktur. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2014/17432 E. ve 2015/8358 K. sayılı içtihatında hasta ile hekim arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi olduğunu vurgulayarak vekilin vekâlet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilememesinden değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumlu olduğunu belirtmiştir. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. Keza Yargıtay'ın hasta-hekim arasındaki ilişkinin vekâlet akdi olduğu yönünde değişik içtihatları mevcuttur.<sup>12</sup>

Hekim ile hasta arasındaki sözleşmeye “tedavi sözleşmesi” veya “hekimlik sözleşmesi” adı da verilmektedir. Bu sözleşme ile hekim, tıbbi müdahalede bulunmak; hasta da bunun karşılığında ücret ödeme yükümlülüğü altına girmektedir.<sup>13</sup> Bazı durumlarda hekim ile hasta arasındaki ilişkiye TBK m. 470<sup>14</sup> vd. maddelerinde düzenlenen eser sözleşmesi hükümleri uygulanmalıdır. Örneğin, konusu estetik tedavi olan hukuki ilişkilere eser sözleşmesi hükümleri uygulanır.<sup>15</sup> Bu sözleşmede asıl olan hekimin bir iş görmesi değil, bir eserin meydana getirilmesidir. Bu durum dişçilik ve ortopedide de görülür. Örneğin, hastaya takma kol takmak, takma diş yapmayı üstlenmek gibi edimler söz konusu ise hasta-hekim arasında eser(istisna) sözleşmesi vardır ve sorumluluk TBK m.470 vd. hükümlerine göre tespit edilir.

Bazı durumlarda örneğin bir kaza durumunda hekim hastasının rızasını alabilecek durumda olmadığından hekimlik mesleğinin gereği olarak hastasına müdahale ettiğinde hasta-hekim arasındaki ilişkiye TBK m.527<sup>16</sup> vd. maddelerinde vekâletsiz iş görmeden doğan sorumluluk hükümleri uygulanacaktır.

11 Hakeri, a.g.e. ,s.338.

12 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2014/10131 ve 2014/34506 K. sayılı içtihadı ve Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2014/17432 E. ve 2015/8358 K. sayılı içtihadı. [www.emsal.yargitay.uyap.gov.tr](http://www.emsal.yargitay.uyap.gov.tr), (Erişim Tarihi: 12.03.2017).

13 Hakeri, a.g.e. ,s.338.

14 MADDE 470- Eser sözleşmesi, yüklenicinin bir eser meydana getirmeyi, iş sahibinin de bunun karşılığında bir bedel ödemeyi üstlendiği sözleşmedir. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.03.2017).

15 Donay, Süheyl, (1968), “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, s. 10.

16 MADDE 527- Vekâletsiz iş gören, her türlü ihmalden sorumludur. Ancak, iş gören bu işi, iş sahibinin karşılaştığı zararı veya zarar tehlikesini gidermek üzere yapmışsa, sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir. <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>, (Erişim Tarihi: 11.03.2017).

### 2.3. Özel Hastane ile Hasta Arasında Kurulan İlişkinin Hukuki Niteliği

Özel hastane ile hasta arasında kurulan sözleşme Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş tipik bir sözleşme değildir. Doktrinde bu sözleşmeye özel hastaneye başvuran bir hasta veya kanuni temsilcisi ile yapılan ve özel hastane işleticisinin hem tıbbi hem de diğer mutad edimleri (yatırma, yemek-içme) yerine getirmeyi üstlendiği “hasta kabul sözleşmesi” adı verilmektedir.<sup>17</sup>

Hastaneye kabul sözleşmesinde, tıbbi tedavi, barındırma, yedirip içirme ve diğer hastane bakımına ilişkin edimler bir araya toplanmıştır. Bu edimlerden tıbbi tedavi ve hastane bakımı vekâlet sözleşmesinin; barındırma, kira veya otelcilik sözleşmesinin unsurlarını içinde taşır. Türk hukukunda, Alman ve İsviçre hukukunda olduğu gibi hastaneye kabul sözleşmesinin karma sözleşme<sup>18</sup> olduğu kabul edilir. Bu sözleşmenin kurulması için herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır.

Hastaneye kabul sözleşmesiyle ulaşılmak istenen asıl amaç tedavidir. Sözleşmenin, hasta ile özel hastane arasında yapılmasındaki asıl amaç hastanın eski sağlığına kavuşmasıdır. Sözleşmede asıl edim bir iş görme edimi niteliğindedir. Bu edim de vekâlet sözleşmesine ait bulunmaktadır. Yatırma, yeme-içme ve diğer bakım hizmetleri bu amacın gerçekleştirilmesine hizmet eden yan edim yükümlülükleridir. Hasta kabul sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır.

Alman hukukunda hâkim olan görüş hasta kabul sözleşmesinin çeşidi ne olursa olsun hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması iken, İsviçre hukukunda, ise hasta ve özel hastane arasındaki ilişkiye serbest çalışan bir hekim ve hasta ilişkisinde olduğu gibi vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması yönündedir.<sup>19</sup>

Hastaneye kabul sözleşmesinin asıl edimini oluşturan tıbbi tedavi ediminin ait olduğu tip, yani vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması, ancak diğer yükümlülüklerle ilişkin tipik sözleşme hükümlerinin (barınma için kira, yeme-içme için satım gibi) de niteliklerine uygun düştüğü oranda kıyasen uygulanması bizim de katıldığımız ve doktrinde çoğunlukla kabul edilen görüştür.<sup>20</sup>

17 Özdemir, Hayrunnisa, (2004, “Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi”, Yetkin Yayınları, s. 51.

18 Karma sözleşmelerle ilgili ayrıntılı bilgi için Bkz. Zevkliler, Aydın, (2004), “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, Seçkin Yayınları, s.44 ve Serozan, Rona, (2002), “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, Filiz Kitabevi, s.64-67.

19 Ayan, Mehmet, (1991), “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Kazancı Yayınevi, s.140-141.

20 Er, Ünal, (2008), “Sağlık Hukuku”, Savaş Yayınevi, s.70-71.

Sonuç olarak özel hastanelerde sözleşme ilişkisi hastane ile hasta arasında kurulmuş olur. Tedaviyi yürüten hekim veya yardımcı personel sözleşmenin tarafı olmadığından hasta doğrudan hastane ile muhatap olur. Hekim ise hastane adına hastaya tedavi hizmeti sunan kişi yani TBK m.116'daki tanımıyla 'ifa yardımcısı' konumundadır.<sup>21</sup> Hastane ise hekimin hatalı tıbbi uygulamasından ötürü ifa yardımcısının davranışlarından kusursuz olarak sorumlu olur.

#### 2.4. Kamu Hastanesi ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuksal Niteliği

Hastanın bir kamu hastanesine başvurması durumunda hastane ve hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi söz konusu olmaz. Devlet hastanelerinde kamu hizmeti verildiği için buradaki ilişki vekâlet ilişkisi değildir, idare hukuku ilişkisi söz konusu olmaktadır. Hasta burada hizmetten yararlanan konumundadır. Dolayısıyla sorumluluk idare hukuku kurallarına göre çözümlenir. Kamu hastanesi ile hasta arasındaki ilişki kamu hukuku kurallarına bağlıdır. Hasta, kamu hizmetinden yararlanan kişi durumundadır. Bu nedenle, kamu hastanesindeki tedavilerden bir zarar görürse, somut olayın özelliklerine göre devlete veya ilgili kamu tüzelkişisine karşı dava açabilir; doktoru ve öteki sağlık personelinin hasım gösteremez. Çünkü Anayasa'nın 129. maddesi 5.fikrasına göre "*Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir.*" 657 sayılı devlet memurları Kanunu'nun 13.maddesine göre de: "*Kişiler kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan dolayı bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil, ilgili kurum aleyhine dava açarlar.*"

Görüldüğü gibi, Anayasa, kamu görevlerinin yerine getirilmesi sırasında ortaya çıkabilecek zararlar için devletin asli ve birinci derecede sorumluluğu esasını kabul etmiştir. Kamu hastanelerinde yapılan tıbbi müdahale ve bakım hizmeti yüzünden zarar gören kişi, öncelikle devleti veya ilgili kamu tüzel kişisini dava edebilecek; davacıya tazminat ödemek zorunda kalan devlet de ilgili personele rücu edebilecektir. Ancak hizmet kusuru dışında, kamu görevlisi olmasına karşın hekimin veya herhangi bir hastane personelinin haksız eylem niteliğinde "görevden ayrılabilir kişisel kusuru" varsa, haklarında doğrudan "adli yargı" yerinde dava açılabilmektedir.<sup>22</sup>

21 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.12.2002 tarih, 2002/13-1011 E. ve 2002/1047 K. sayılı içtihadı, www.emsal.yargitay.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 13.03.2017).

22 *Dava, doktor hatası sonucu desteğin ölümü nedenine dayalı maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Memurların ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken verdikleri zararlar nedeniyle açılacak davaların idare aleyhine açılması gerekir. Ancak idare aleyhine dava açılabilmesi, eylemin hizmet kusurundan kaynaklanması şartına bağlıdır. Somut olayda ise, kişisel kusurlara dayanılmıştır. Bu durumda mahkemece, idarenin hizmet kusuru dışında, davalı gerçek kişilerin hizmetten ayrılabilen kişisel kusurları olup olmadığı araştırılarak sonucuna göre karar verilmelidir.* Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 29.03.2006 Tarih, E.2006/4-86 K.2006/111 sayılı kararı , www.emsal.yargitay.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 13.03.2017).



### 3. HATALI TIBBİ UYGULAMA (MALPRAKTİS) KAVRAMI

#### 3.1. Genel Olarak

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulu'nda, "Tıpta Yanlış Uygulama" konulu duyuru yayımlanmıştır. Bu duyuruda, "hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar" tıbbi yanlış uygulama olarak tanımlanmıştır.

Malpraktis, özen eksikliği ile tıbbi uygulama hataları sonucunda oluşan aynı zamanda, görevi kötüye kullanmayı da ifade eden bir süreçtir.<sup>23</sup> Buradan da anlaşılacağı gibi malpraktis sözcüğünün kökeni Türkçe olmamakla birlikte kısaca tıbbi uygulama hatası anlamı da taşımaktadır.

Hatalı tıbbi uygulama (bir diğer adıyla malpraktis) mevzuatta tanımlanmamıştır. Malpraktis, hasta-hekim ilişkisinde edimin ifası bakımından gereği gibi ifa etmemenin görünüm şeklidir. Teşhis ve tedaviyi uygulayacak hekimin, bilgi noksanlığı ve dikkatsizliği malpraktisi oluşturan nedenlerdir.

Tıbbi uygulama hataları sağlık hizmetlerinin sunulması sırasında görevli sağlık personelinin kusurlu hareket etmesi sonucu ortaya çıkan olaylardır. Hekim, hastasına özenli tıbbi müdahalede bulunmak zorundadır.<sup>24</sup> Tıbbi müdahale hukuka uygunluğunu sağlayan tüm koşullara uyularak gerçekleştirilmiş olmasına rağmen tıp bilimi ve uygulamasının gerektirdiği çağdaş standarda aykırı gerçekleştirilmiş ise hekim yaptığı müdahale bakımından sorumluluktan kurtulamayacaktır. Bu sorumluluk disiplin, özel hukuk ve ceza hukuku alanlarından biri veya birkaçı veyahut tümü bakımından söz konusu olabilir.<sup>25</sup>

---

"Ağaçtan düşerek kolunu kıran davacı Devlet Hastanesine giderek tedavi olmak istemiş; davalı doktor tedaviye hemen başlamadığı ve görevini savsakladığı için hastanın durumu ağırlaşmış ve kangren olan kol, başka bir Devlet Hastanesinde, omuz hizasından kesilmiştir. Sağlık Bakanlığı müfettişlerince yapılan araştırma sonucu davalı doktorun zamanında gerekli tedaviyi yapmadığı, kusurlu olduğu saptanmış; ayrıca davalı doktor ceza mahkemesinde yargılanıp TCK.459/2.maddesine göre cezalandırılmış ve mahkemenin kararı onanıp kesinleşmiştir. Böylece, davalı doktorun kişisel kusurunu oluşturan ve görevden ayrılabilen eyleminin Anayasa'nın 129.maddesi kapsamında yer almayacağı ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu'nun 13.maddesinin uygulama yeri bulunmadığı belli olmuş; hakkında adli yargı yerinde kişisel kusuruna dayanılarak dava açılmasında bir yanlışlık bulunmamıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 26.09.2001 Tarih, E.2001/4-595 K.2001/643 sayılı kararı, www.emsal.yargitay.uyap.gov.tr, (Erişim Tarihi: 13.03.2017).

23 Türk Dil Kurumu (TDK), "Malpraktis", Büyük Türkçe Sözlük, Ankara, 2015.

24 "...Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel yaşam deneyimlerine Göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır.", Bkz. Tandoğan, Haluk, (1982), "Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri", Ankara, s. 236 vd.

25 Çakmut, Özlem Yenerer, "Malpraktis ve Komplikasyon", Özyeğin Üniversitesi tarafından düzenlenen Sağlık Hukuku Sertifika Programı (1), 26.11.2011 tarihli sunumundan, Slâyt.2.

Modern hukukta sağlık personellerinin sorumluluğuna ilişkin özel hükümler sevk edilmemiştir. Sorumluluk Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen kusura dayanan genel sorumluluktur. Ancak, tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise hekim ve hastane sorumlu tutulamaz.<sup>26</sup> Tıp hukukunda bu duruma komplikasyon adı verilir ve malpraktis kavramından tamamen farklıdır.

### 3.2. Mevzuatta Malpraktis

Genel bir tanımlama yapılacak olursa hatalı tıbbi uygulama (malpraktis), *hatalı davranış veya görev ihmali sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmaktır*. Hatalı tedavi ya da tıbbi ihmali diye özetlenebilir. Bir başka tanımla tıpta yanlış uygulama (malpraktis), *hekimin hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle zarar vermesidir*.<sup>27</sup>

Malpraktis kavramı ulusal ve uluslararası mevzuatta tanımlanmaya çalışılmıştır. Uluslararası alanda en önemli düzenleme Anayasamızın 90. Maddesinin 5. fıkrası gereği iç hukukumuzun parçası olan Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'dir.<sup>28</sup> Sözleşmenin 4. Maddesinde malpraktis kavramı ile ilgili olarak "*Araştırma dâhil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.*" şeklinde düzenleme mevcuttur.

Hasta Hakları Yönetmeliği m. 11'de ise malpraktis "*Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı ve ya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.*" şeklinde ifade edilmiştir. Türk Tabipler Birliği Hekimlik Mesleği Etik Kuralları'nın 5. maddesinde hekimlerin görevlerini ve yükümlülükleri açıklanmış, 13. Maddesinde ise malpraktis kavramı tanımlanmıştır. Söz

26 Yargıtay'a göre, "Doktor ve hastane, hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da, koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yaptırırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta), mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK'nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. **Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, doktor ve hastane sorumlu tutulmamalıdır.**" Yargıtay 13. H.D. 2008/4519 E. ve 2008/10750 K. sayılı içtihadı, <https://emsal.yargitay.gov.tr>, (Erişim Tarihi: 28.03.2017).

27 Hancı, İsmail Hamit, (2005), "Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu", 2. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, s.30

28 Bu Sözleşme, Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından, "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun" adıyla ve 5013 Kanun numarası ve 03.12.2003 tarihinde kabul edilmiştir.

konusu maddede malpraktis “bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi “hekimliğin kötü uygulaması” anlamına gelir.” şeklinde tanımlanmıştır.<sup>29</sup>

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı m.3-d’de ise “Tanımlar” başlığı altında Tıbbi Kötü Uygulama kavramına yer verilmiş olup maddede malpraktis“-Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durum” olarak tanımlanmıştır.<sup>30</sup> Düzenlemelerde yer alan deneyimsizlik kavramı hekimin meslek hayatının ilerleyen süreçlerde gerçekleştirmiş olduğu tedavilere bağlı olarak ortaya çıkan kavram olduğundan hekim eksikliği olarak değerlendirilmelidir. Zira mesleğe yeni başlayan bir hekimden deneyimli bir hekim gibi davranması değil tıbbi standartlara uygun bir müdahale gerçekleştirmesi beklenmelidir.

Yukarıda anlatılanlardan varılacak sonuç malpraktis kavramının günümüz tıp teknolojisinin geldiği en son noktaya göre hekimin edinmiş olduğu bilgilerini tıbbi müdahale sırasında tıbbin gereklerine uygun olarak göstermemesi, tıbbi standardın altında hizmet vermesi veya hiç vermemesi durumunda ortaya çıkan bir kavram olduğudur.

### 3.3. Tıbbi Standart Kavramı

Hastaya uygulanan tıbbi müdahaledeki özen yükümlülüğünün ihmali ile ortaya çıkan kusurun altında tıbbi standart eksikliği yatmaktadır. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13’e göre hekim tıbbin gereklerine göre teşhis koymakla yükümlü olup tıbbin kurallarına aykırı tedavi ve teşhis yasaklanmaktadır.<sup>31</sup> Mevzuatımızdaki bu hüküm hekimin tıbbi standardı takip etmek ve uygulamakla yükümlü olduğunu ortaya koymaktadır. Keza insanların en üst düzey ve asli hakkı olan yaşama hakkı ve bununla bağlantılı sağlık hakkının hekim tarafından tıbbi standartlara uygun olarak korunması gerekmektedir.

Tıbbi standardın tespitinde esas alınması gereken ölçüt; ülkenin sağlık koşullarına göre bir hekimin gösterebileceği dikkat ve özendir. Tıbbi standart kavramını açıklamak gerekirse tıp biliminin içinde bulunduğu gelişim evresi içerisinde oluşan, hekimlerin geneli tarafından kabul görmüş ve pratikte sıklıkla uygulanan tedavi yöntemleridir. Hekimin sorumsuzluğu için olağanüstü dikkat ve özeni göstermesi elbette beklenemez. Somut olayda hekimden beklenen dikkat ve özen ortalama tıbbi bilgiye sahip hekimin göstereceği dikkat ve özeni göstermesi ve önlemlerini almasıdır.

29 [http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&id=65&Itemid=31](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&id=65&Itemid=31), (Erişim Tarihi:28.03.2017).

30 <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-1030.pdf>, (Erişim Tarihi:28.03.2017).

31 Bkz.[http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com\\_content&task=view&id=52&](http://www.ttb.org.tr/mevzuat/index.php?option=com_content&task=view&id=52&),(Erişim Tarihi:29.03.2017).

Çağdaş tıbbi standart için esas alınacak ölçüt; Tıbbın o ülkede eriştiği seviyedir.<sup>32</sup>

#### 4. HATALI TIBBİ UYGULAMA NEDENİYLE HUKUKİ ve CEZAI SORUMLULUK<sup>33</sup>

##### 4.1.Genel Olarak

Özel hukukta sorumluluk kavramı bir kimsenin hukuka aykırı bir fiille başkasına vermiş olduğu zararı tazmin etmekle yükümlü olması anlamına gelir. Sağlık çalışanlarının sorumluluğu kavramı ise, sağlık çalışanlarının tıbbi uygulamaları yaparken hastaya vermiş olduğu zarara karşı hukukten sorumludur. Sorumluluğunun kaynağını sağlık çalışanları ile hasta arasında önceden açık veya örtük olarak kurulmuş bir sözleşme ya da haksız fiil teşkil eder.<sup>34</sup>

Tıbbi hatalar, aydınlatma kurallarının ihlalinde, teşhiste veya tedavi yönteminin belirlenmesinde ya da belirlenen yöntemin uygulanmasında ortaya çıkabilir.<sup>35</sup> Hekim tarafından hastaya uygulanan tedavi yönteminin hukuka uygun olması için; tıp biliminin ve tıp mesleğinin kurallarına uygun olması zorunludur.

Tıbbi hatadan söz edilebilmesi için meydana gelen neticeyi hekimin öngörebilmesi ve önleyebilmesi gerekmektedir. Bu öngörülebilirlik kime göre aranacaktır? Hekimin, hatalı tıbbi uygulamadan dolayı kastının mı veyahut ihmalinin mi olduğu nasıl tespit edilecektir? Doktrinde kabul edilen görüşe göre, failin yaşı, zekâsı, görgüsü, eğitim ve sosyal seviyesi gibi özelliklerinin gözetilmesi sebebiyle neticeyi öngörüp öngöremeyeceği belirlenmelidir.<sup>36</sup> Bu bakımdan tıbbi tedaviyi gerçekleştiren hekimin aldığı eğitim, mesleki tecrübesi, çalışma koşulları, hastanın ve hastalığın niteliği ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği zaman ve şartlara göre öngörme ögesi belirlenmelidir. Örneğin köydeki doktor ile büyükşehirde görev yapan doktorların aynı tıbbi standardı sağlamaları beklenemez. Birincisinde doktorun tek başına yükleneceği sorumluluklar artacak bu da kusurunun belirlenmesinde gözetilecektir. Oysa ikincisinde hastadan sorumlu olan hekimlerin birlikte hareket etmesi, birbirlerine danışması gerekecek, bunları yapmadıkları veya eksik yaptıkları zaman kusurları ortaya çıkacaktır.

32 Çakmut, a.g.s. ,slâyt 8-9.

33 Bu bölümde malpraktis sonucu hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu örnek yargı kararları ve doktrin görüşleri çerçevesinde anlatılmıştır.

34 Şenocak, Zarife, (1998), “Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu”, No.529, Ankara, ss.3-4.

35 Polat, Oğuz, (2015), “Tıbbi Uygulama Hataları”, Ankara, Seçkin Yayınevi, s.153 vd.

36 Artuk/Gökçen/Yenidünya, (2008), “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 3.Baskı, s.508 ve Ünver, Yener, “Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku”, İstanbul, s.60.

## 4.2. Malpraktisin Ortaya Çıkış Halleri ve Türleri

### 4.2.1. Malpraktisin Kasten, İhmalen ve Taksirli Davranış Sonucu Ortaya Çıkması

Malpraktisin kelime anlamı olarak içerisinde hata kelimesini barındırması bize ceza hukuku bağlamında taksir kelimesini çağrıştırmaktadır. Ancak tıbbi hataların temelinde kast teriminin de bulunduğu olasılığı göz ardı edilmemelidir. Kast ceza hukukundaki anlamıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımındaki unsurlarının bilinerek ve istenerek gerçekleştirilmesidir.(TCK m.21/1) Tıbbi hatanın kasten gerçekleştirilmesi durumuna örnek olarak steril(mikroptan arınmış) olmadığı bilinen aletlerle hekimin ameliyat yapması gösterilebilir. Bu durumda hekimin davranışı hukuki sorumluluk yönünden “haksız fiil” sayılacak ve Türk Borçlar Kanunu m.49 vd. hükümlerinde yer alan haksız fiil sorumluluğu gündeme gelecektir. Davranışın kasten icra edilmesinin ceza hukuku bakımından hekim açısından sonucu kasten(olası kast-doğrudan kast) öldürme veya yaralama suçlarının oluşmasıdır. (TCK m.81-82,86-87) Hekim, hatalı tıbbi uygulama sonucu meydana gelen neticeyi öngörür fakat meydana gelen netice bakımından olursa olsun deyip, neticeyi göze alarak hareket ederse olası kastla öldürme veya yaralama suçundan söz edilir. Olası kast halinde cezada indirim yapılır. (TCK m.22/2)

Tıbbi hatanın kasten ve ihmali davranışla gerçekleştirilmesi de mümkündür. Örneğin kanunen yükümlü olduğu halde hastasını kasten tedavi etmekten kaçınarak hastanın sağlığına zarar verilmesi halinde hekim kasten yaralamanın (TCK m.88) veya kasten öldürmenin (TCK m.83) ihmali davranışla işlenmesinden sorumlu olacaktır.

Tıbbi hatanın özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla gerçekleşmesi durumunda, kusurun taksir niteliğinde olduğundan söz edilir. Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkiyi bir önceki bölümde açıklamıştık. Hasta ile hekim arasındaki tedavi sözleşmesi gereği özenli tıbbi yardımda bulunmayan hekimin eylemi, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla da hukuki sorumluluğa neden olacaktır.

### 4.2.2.Malpraktisin Türleri

Tıbbi hatalar tedavi süreci öncesinden başlayıp tedavi süresinde veya tedavi sonrasında ortaya çıkabilir. Tıbbi hataların çeşitli oluşu bu hataların sınıflandırılmasını zorunlu kılmaktadır. Zira konunun anlaşılması bakımından hataların sınıflandırılmasında fayda vardır.

### 4.2.2.1. Sağlık Hizmeti Sürecine İlişkin Tıbbi Hatalar

#### 4.2.2.1.1. Teşhis Hatası

Teşhis, hastanın muayenesi ve yapılan tetkikler neticesinde hastalığın tanınması ve bulguların araştırılması işlemine verilen addır. Tıp hukukunda mutlak ve kesin anlamda bir teşhisin bulunmadığı, teşhisin hekimin hastalığı tanımasına yönelik bir değerlendirme kavramı olduğu ifade edilmektedir.<sup>37</sup> Hekimin teşhiste başarılı olma yükümlülüğü bulunmaktadır. Önemli olan hekimin uzmanlığının ve hastalığın gerektirdiği biçimde hareket etmesidir.<sup>38</sup> Tanı hatalarına örnek olarak; kadın doğum uzmanının konjenital anomalileri tanımaması, anne ve bebeğin klinik durumunun doğru değerlendirilememesi, gebelik yaşını tespiti ilişkin tüm bilgileri eksiksiz olarak saptanamadığından doğum zamanında hata yapılması, gebelik sürecinde toksemi gibi komplikasyonları işaret eden bulgulara karşı dikkatli olunmaması vb. davranışlar gösterilebilir.<sup>39</sup> Örneğin baş ağrısı ve kusma şikâyeti ile gelen hastaya hekim hasta istemese bile tomografi ve emar çekimini yaptırmalıdır.

Yüksek Sağlık Şurası'nın malpraktis ile ilgili vermiş olduğu bir kararında; 49 yaşında trafik kazası geçiren hastanın, kaldırıldığı hastanenin acil servis doktoru tarafından muayenesinin yapıldığı, ancak hastanın hayati tehlikesinin olmadığını belirtir geçici rapor verilerek evine yollandığı ve aynı gün hastanın evinde öldüğü belirtilmiştir. YSS (YÜKSEK SAĞLIK ŞURASI) kararında, dosyada hastaya ait filmlerin olmadığı, otopsi tutanağından, ölümün, künt beden travmasına bağlı çok sayıda kaburga kırığı ile birlikte iç organ yaralanmasından gelişen iç kanamanın etkisiyle meydana geldiğinin anlaşıldığı, dolayısı ile hekimin hastayı dikkatli muayene etmediğinden ve toraks travmasını iyi değerlendirmediklerinden dikkatsizlik ve tedbirsizlik açısından kusurlu olduğuna karar verilmiştir.<sup>40</sup>

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 2006/6143 E. 2006/11224 K. sayılı kanser hastalarına ilişkin verdiği kararında kanser hastalığının ölümcül bir hastalık olduğu bilinse bile erken teşhis ve tedavi ihtimalinde hastalığın önlenebileceğine işaret ederek hekimin teşhis yükümlülüğüne işaret etmiştir.<sup>41</sup> Kanaatimizce teşhiste hatanın tespiti için mahkemelerin, hekim hataları ile ilgili bilirkişilik yapan uzmanlardan hekimin hastaya teşhisi koyduğu durum anında elinde mevcut olan imkânlara göre teşhisinde hata olup olmadığını araştırmalarını gerekmektedir. Keza her vakıa kendine özgü özellikleri bünyesinde barındırmaktadır. Bunun içindir ki somut olayda hangi tetkiklerin gerekli olduğunun

37 Hakeri, Hakan, (2013), "Tıp Hukuku",7. Baskı, Seçkin Yayınları, s.344.

38 Hakeri, Hakan, (2012), "Tıp Hukuku",4. Baskı, Seçkin Yayınları, s.517.

39 Polat, a.g.e. s.35.

40 Aktaran Türkan, Hülya ve Tuğcu, Harun, (2004), "2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları", Gülhane Tıp Dergisi, C.46, Sayı: 3, s.223.

41 Aktaran; Erol, Hatırnaz Gültezer, (2015), "Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları", Seçkin Kitabevi, s.324.

araştırılması ve bu tetkiklerin gerçekleştirilmemesi yâda gerçekleştirilememesinde hekimin hatalı tıbbi uygulamasının olup olmadığı araştırılmalıdır. Yargıtay bir kararında gözüne tel saplanmış bir hastaya göz damlası vererek gönderen hekimi kusurlu bulmuştur.<sup>42</sup> Keza Yargıtay bir başka kararında iki kolu kırık olan hastanın bir kolunu alçıya alıp diğer kolunu alçıya almayan doktorun cezai sorumluluğunun araştırılmasını istemiştir.<sup>43</sup> Hekimin teşhiste hatası cezai sorumluluğunu gündeme getirecektir. Yargıtay, hekimin teşhiste hatasının olup olmadığı Adli Tıp Kurumu'ndan alınacak bir raporla tespit edilmesi gerektiği görüşündedir. Kanaatimizce hekimin yapmış olduğu teşhis hatasının neticeyi meydana getirip getirmediği yani illiyet bağının tespiti uzman bilirkişiden alınacak raporlarla tespit edilmelidir.

#### 4.2.2.1.2. Tedavi ve Tedavi Sonrası Yükümlülüklerin İhlali

Hekim, hastasının hastalığını teşhis ettikten sonra tedavi süreci başlayacaktır. Tedavi sırasında hekim tarafından yapılacak hatalarda malpraktis söz konusu olur hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu ortaya çıkar. Tedavi sürecinde hekimden beklenen tedaviyi tıp biliminin verilerine uygun olarak yapmasıdır. Bazen teşhis doğru olsa bile hekimin uyguladığı tedavi geçerli tıbbi bilgiler ışığında uygunsuz ya da yetersiz olabilir. Bazen de uygulanan tedavi metodu tümüyle yanlıştır. Tıp bilimi kendini sürekli teknolojiye bağlı olarak geliştiren bir bilim dalıdır. Dolayısıyla hekimden beklenen yeni tedavi metotlarını kullanarak hastasını tedavi etmesidir. Tıbbi gelişmeleri izleyip yeni tedavi metotlarını yapmış ya da yapacağı tedavi yöntemlerinde kullanmasını hekimin yükümlülüğü arasındadır. Hekimin bilimsel ve mesleki sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla tedavi metotlarından özgür iradesiyle seçtiğini hastaya uygulaması kusur olarak değerlendirilemez.<sup>44</sup> Yargıtay kararlarına yansıyan tedavi hatalarına örnek olarak, hekimin uzmanlık alanından olmayan cihazı kullanarak tedavi yapması,<sup>45</sup> hekimin acil servise gelen hastaya başka bir sağlık mensubu arkadaşına telefonla talimat vererek tedavi yaptırması,<sup>46</sup> travma geçiren hastaya gözlem altında tutması gerekirken hekimin hastayı yatırmayıp taburcu etmesi,<sup>47</sup> vücutta ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bez unutması,<sup>48</sup> burun ame-

42 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 18.01.2010 tarihli 2009/10899 E. ve 2010/225 K. sayılı kararı, aktaran Gökcan, Hasan Tahsin, (2013), "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk", Seçkin Kitabevi, s.251

43 Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 25.02.2008 tarihli 2006/8143 E. ve 2008/1835 K. sayılı kararı, aktaran Gökcan, a.g.e. s.251.

44 Özdemir, a.g.e. ,s. 164.

45 Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 17.12.2016 Tarihli, 1976/692 E. ve 1976/11046 K. sayılı kararı. www.kazancı.com

46 Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 30.04.2007 Tarihli, 2007/8605 E. ve 2007/3604 K. sayılı kararı aktaran Gökcan a.g.e. s.255.

47 Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 20.11.2006 Tarihli, 2006/4047 E. ve 2006/6290 K. sayılı kararı aktaran Gökcan a.g.e. s.255.

48 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 14.03.1983 Tarihli,1983/7237 E. ve 1983/1783 K. sayılı kararı. www. Kazancı. com.

liyati sırasında hastanın burnunda kırık iğne ucu bırakıp acı çekmesine sebep olması,<sup>49</sup> hekimin test yapmadan penisilin uygulaması<sup>50</sup> verilebilir.

Hekimin tedavide mutlak başarı garantisi vermesi de beklenemez. Örneğin, ayağındaki ağrılar için ilaç tedavisi uygulayıp ağrıyı gideremeyen hekim salt bu konudaki başarısızlığı nedeniyle sorumlu tutulmamalıdır.<sup>51</sup>

#### 4.2.2.1.3. Sağlık Kurumunun ve Tedavi Hizmetinin Organizasyonuna İlişkin Hatalar

Sağlık kuruluşlarının hangi tıbbi donanıma ve ya personele sahip olmaları gerektiği hususu Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği<sup>52</sup> ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu<sup>53</sup> 'nda belirlenmiştir. Hastanenin türü ve büyüklük derecesine göre hangi boyutta sağlık hizmeti vereceği bu düzenlemelerde belirtilmiştir. Hastane yönetimi bu boyut kapsamında hastanın güvenliği için gerekli tedbirleri almalıdır. Zira hastanede gerçekleşen tıbbi müdahaleden hastane yönetimi birinci derece sorumludur.<sup>54</sup> Bu anlamda hastalığın teşhis ve tedavisi için gerekli olan yeterli uzmanlar, donanımlı ameliyathanesi, teknik cihazlar, acil hallerde hastanın bir başka kuruma naklini sağlayacak gerekli ekipmanlar vb. birçok hizmet hastane bünyesinde mevcut olmalıdır.

Anayasamızın 65. maddesindeki devletin herkesin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesi ile ilgili yükümlülüğünün mali kaynakları ölçüsünde olması kamu hastaneleri açısından bir sınır oluşturmaktadır. Yargıtay, özel hastanelerin tacir olması ve bunun sonucunda basiretli bir tacir gibi hareket etmesi gerektiğinden bahisle gerekli tıbbi şartları sağlaması ve özen yükümlülüğü bakımından diğer hastane türlerinden daha fazla çaba göstermesi görüşündedir.<sup>55</sup> Kanaatimizce de hasta özel hastaneye kendisine en iyi sağlık hizmetini vereceğini, daha fazla özen göstereceğinin düşünerek gitmektedir. Dolayısıyla özel hastanelerin daha fazla özen göstermesi gerekir. Tıbbi müdahalede organizasyon kusuruna örnek olarak hastane yiyeceklerin bozuk olması sebebiyle hastanın zehirlenmesi, ısıtma sisteminin çalışmaması sebebiyle hastanın hastalığının ağırlaşması veya yeni bir hastalığa

49 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 06.11.2000 Tarihli,2000/8590 E. ve 2000/9569 K. sayılı kararı. www. Kazancı.com.

50 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 19.09.2006 Tarihli,2006/6680 E. ve 2006/12109 K. sayılı kararı aktaran Erol a.g.a. s.328.

51 Öztürkler, Cemal, "Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk", Seçkin Kitabevi, 2006, s. 302.

52 RG Tarihi: 13.01.1993, www.mevzuat.gov.tr.

53 RG Tarihi: 05.06.1933, www.mevzuat.gov.tr.

54 Ayan, a.g.e. ,s. 129.

55 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 23.06.2004 Tarihli 13-291/370 sayılı kararı, www.kazancı.com.



yakalanması, kompresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanığa yol açması verilebilir.<sup>56</sup>

Hastanenin sağlık bilgisi kurallarına uygun olarak yönetilmesi, hastalıkların diğer hastalara ve ziyaretçilere bulaşmaması için de gerekli tedbirler alınmalıdır. Sağlık çalışanları başına düşen hasta sayısındaki artışla bakım ve verilen hizmet kalitesindeki düşüş doğru orantılı olmaktadır. Özellikle hemşireler hastalara bakım verici ve tedavi uygulayıcı rolleriyle hastalarla daha çok temas ettiğinden ve daha yakın ilişki kurduklarından enfeksiyon bulaşımı konusunda hemşirelere diğer sağlık çalışanları arasında daha büyük görev düşmektedir. Gerek hemşirelerin kullandıkları malzemeler ile gerekse de elleri aracılığı ile bir hastadan başka bir hastaya taşınan mikroorganizmalar sonucu hastane enfeksiyonları oluşmaktadır.<sup>57</sup>

Sağlık çalışanları tedavi ve bakım hizmeti sunarken kullandıkları malzemelerin güvenliğinden emin olmalıdır. Eğer sağlık çalışanları malzemelerin güvenliğinden ve uygunluğundan emin değilse bu malzemeler kullanılmamalıdır. Açık ve yırtık ambalajlı malzemeler kesinlikle kullanılmamalıdır. Kullanılan malzemelerin doğru amaçlara hizmet etmesi açısından kontrollerinin sağlanması gereklidir. Malzemelerin doğru yerde muhafaza edilmesi de gerekmektedir. Isı, ışık, nem ihtiyacına göre fiziksel ortam ayarlanmalıdır.<sup>58</sup>

Hekimin yükümlülüğünün mutlak anlamdan hastanın iyileştirilmesini sağlamak değil, tedavi hizmetini tıp biliminin gereklerine uygun olarak icra etmesi gerektiğini belirtmiştik. Hekim bu anlamda tedavi için gerekli araç- gereç seçimi, gerekli ortamın hazırlanması, yardımcı sağlık personelinin niteliklerine uygun olarak seçilmesi<sup>59</sup> vb. konular bakımından özenli davranmakla yükümlüdür. Tedavi sorumluluğunu üstlenen hekimin ayrıca tedavi sırasında kullanacağı teknik cihazın çalışır durumda olup olmadığını önceden kontrol etmesi gerekmektedir. İlgili teknik cihazın tedaviden sorumlu hekimin denetimi dışında başka bir tıp mesleği mensubunca kullanılacak olması durumunda, cihazın bakım ve çalışır halde bulundurulması konusunda sorumlu olan kişi ilgili uzman personelidir.<sup>60</sup>

56 Hakeri, 2012, a.g.e. ,s. 556 vd.

57 Günaydın, Murat, "El Hijyeni ve Dezenfektanların Kullanımı", [www.muratomu.tripod.com /elhiiveni.pdf](http://www.muratomu.tripod.com/elhiiveni.pdf), 2002, (Erişim Tarihi: 02.05.2017 ).

58 Çetin, Gürsel, ve Yorulmaz, Coşkun, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi, İstanbul, 2006, s. 76.

59 Yargıtay, ilaç enjekte etme işini bizzat yapmayıp stajyer hemşireye yaptıran ve bunun sonucunda hastanın bacağına zarar görmesine sebebiyet veren hekimi kusurlu saymıştır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 02.12.2009 Tarihli 1369/13627 nolu kararı, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

60 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 31.05.2012 Tarihli 2012/7386-14143 nolu kararı, [www.kazanci.com](http://www.kazanci.com).

Hekim, hastanın hastalığı konusunda yeterli bilgi ve deneyime sahip olmadığı durumda hastayı konunun uzmanı bir başka hekime yönlendirmelidir. Bunu yapmayıp hastanın tedavisini üstlenmesi sorumluluğunu doğuracaktır. Acil durumlarda ise acili yeti giderici gerekenlerin yapılması daha sonra ilgili hekime veya kuruma yönlendirmenin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.<sup>61</sup>

#### 4.2.2.1.4. Hekimin Tedaviden Kaçınması veya Tedaviyi Geciktirmesi

Hekimin hukuken tıbbi yardım yükümlülüğü bulunduğu halde yardımdan kaçınması veya yardımı geciktirmesi de tıbbi hata sayılır.<sup>62</sup> Bu tıbbi hata türü, hukuki yönden sözleşmeye aykırılık veya haksız fiil teşkil edecekken, ceza hukuku bağlamında ise hekimin ihmalinin türüne göre kast ya da taksire dayanan cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Alman Yargıtay'ına konu olan olayda hastanın yüzük parmağını ameliyat eden ortopedistin klinikten 33 saat uzakta kalması ve yerine başka bir hekim bırakmaması nedeniyle hastanın parmağının kesilmesine sebebiyet verilmesi olayında kusurlu sayılmıştır.<sup>63</sup>

Kamu hastanelerinde çalışan sağlık personelleri, kamu görevlisi olarak çalışmaları ve görevlerinin kaynağının kanun olması sebebiyle, tedavi yükümlülüğünü yerine getirmezlerse bu yükümlülüğün ihmali sayılır ve Türk Ceza Kanunu m. 257'de düzenlenen görevi kötüye kullanma suçuna vücut verir. 5237 sayılı TCK'nın 257/2. Maddesindeki ihmali davranışla görevi kötüye kullanma suçunun oluşması için, görevin gereklerine aykırı hareketin; kişilere haksız kazanç sağlaması, kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına yol açması gerekmektedir. Bu unsurlar suçun maddi unsurlarıdır. Tıp mesleğini icra eden kişinin yaptığı fiil bu neticelerden birine sebebiyet vermezse, fiil disiplin suçu niteliğinde kalacaktır.<sup>64</sup>

Örneğin; hekimin hastanın annesi ile tartışıp hastasını muayene etmemesi<sup>65</sup>, doğum için gelen hastayı kabul etmeyip il hastanesine sevk etmesi<sup>66</sup> gibi hastaların mağduriyetlerine sebebiyet veren olaylar 5237 sayılı TCK'nın 257/2 maddesindeki ihmali davranışla kötüye kullanma suçuna vücut verir.

61 Çakmut, a.g.s. , 7. Slâyt.

62 GÖKCAN, a.g.e. ,s. 273.

63 Aktaran, Hakeri, 2012, a.g.e. s. 351.

64 Gökcan, Hasan Tahsin, (2008), "Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar", Seçkin Yayınevi, Ankara, s.81.

65 Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 12.05.2004 Tarihli, 2003/7302 nolu kararı aktaran Gökcan a.g.e. , s. 368.

66 Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 02.02.2005 Tarihli, 12677/509 nolu kararı aktaran Gökcan a.g.e. , s. 368.

Kamu hastanelerinde çalışan sağlık personelleri 224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun'un 12. maddesi<sup>67</sup> uyarında sağlık kurumlarından gönderilen ve durumları acil müdahaleyi gerektiren ya da doğrudan hastaneye başvuran hastaları ayakta veya yatarak tedavi etmek ve üstlendikleri sağlık hizmetini yapmakla mükelleftirler. Özel hastaneler bakımından ise 2219 sayılı kanunda benzeri<sup>68</sup> düzenleme yer almaktadır. Nitekim Kanun'un 32. maddesinde "*Ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal tedavilerini yapmak mecburidir.* Denilmektedir.

Bu düzenlemelerden de anlaşılacağı üzere kamu veya özel hastaneye tedavi amaçlı getirilen ve tıbben derhal tedavisi için müdahale edilmesi zorunlu bulunan hastaya müdahalenin hekim tarafından yapılmaması hukuki ve cezai sorumluluğa neden olacaktır. Hastane de zarar gören hastaya karşı tazminat ödemekle yükümlü hale gelir. Yargıtay bir kararında acil servise getirilen hastaya müdahalede geciken hastanın cezai sorumluluğunun araştırılmasına hükmetmiştir.<sup>69</sup>

TCK'nın 83. maddesinde kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi, 88. maddesinde ise kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçları düzenlenmiştir. Bu suçlar, sözleşme veya yasa gereği ya da önceden gerçekleştirdiği bir davranış dolayısıyla belirli bir şekilde davranmak zorunda olan kişilerin yükümlülüklerini ihmal etmelerinden doğan ölüm veya yaralanma neticelerinden kasten suç işlemiş olarak sorumlu tutulacaklarını öngörmektedir. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 18. Maddesinin yorumu bize hekimin acil hallerde hastasına bakmaktan kaçınmasının sorumluluğunu getirdiğini ifade etmektedir.<sup>70</sup> Ancak burada hekimin ihmali davranışı sonucu meydana gelen netice arasındaki illiyet bağı unsurunun kanıtlanması gerekmektedir.

---

67 Madde 12 – "*Hastaneler, sağlık ocaklarından veya sağlık merkezlerinden veya diğer hastanelerden gönderilen veya durumları acil müdahaleyi icap ettiren veya 13 üncü madde hükümlerine göre müracaat eden hastaları ayakta veya yatarak tedavi etmek ve uhdelere verilen koruyucu ve sosyal sağlık hizmetlerini yapmakla mükelleftirler. Hastanelerdeki sağlık personeli sağlık ocakları ve sağlık merkezleri personelinin mesleki tekâmülüne de yardım ederler.*" RG Tarihi: 12.01.1961, www.mevzuat.gov.tr.

68 Resmi Gazete Tarihi: 05.06.1933, www.mevzuat.gov.tr

69 Yargıtay 9. Ceza Dairesi'nin 30.04.2007 Tarihli 2006/8605 E. ve 2007/3604 K. sayılı kararı aktaran Gökcan, a.g.e., s. 274.

70 Madde 18 – Tabip ve dış tabibi, acil yardım, resmi veya insani vazifenin ifası halleri hariç olmak üzere, mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı reddedebilir. RG Tarihi: 19.02.1960, www.mevzuat.gov.tr

## 5. MALPRAKTİS-KOMPLİKASYON AYRIMI

Sağlık hukuku uygulamasında komplikasyon - malpraktis ayrımı önemlidir. Hastalara önceden oluşması ihtimali öngörülen, tahmin edilen zararlı sonuçlar hekim tarafından anlatılmalıdır. Hasta tıbbi uygulama sırasında ve sonrasında, kusur olmasa da oluşması ihtimali olan bu zararlı sonuçları (komplikasyonları) bilerek uygulamaya onay vermelidir ki; tıbbi müdahale hukuka uygun olsun.

“Hemen hemen her tür tıbbi uygulamanın bir takım riskleri vardır. Uygulama bu riskler göze alınarak, yarar-zarar dengesi gözetilerek yapılır. Kesin ortaya çıkacağı veya çıkma ihtimali bulunduğu bilinen yani öngörülebilir riskler, belirgin derecede hasta yararına olan uygulamanın yapılmasına engel kabul edilmez. Hekim hastanın bilgisi dâhilinde olması durumunda bu zararların ortaya çıkmasından sorumlu değildir”<sup>71</sup>

Hekimin, komplikasyonlardan sorumlu tutulmaması için; hastayı, komplikasyonlar konusunda bilgilendirmiş ve hukuka uygun olarak rızasını almış olması gerekir. Tıbbi müdahalenin tüm komplikasyonlarının bildirilmesi mümkün olmayabilir. Ancak makul derecede, oluşması ihtimali hastanın durumuna göre yüksek olan komplikasyonlar bildirilmelidir. Tıbbi müdahalelerde, öngörülebilir ama önlenmesi mümkün olmayan, oluşması ihtimali önceden hastaya usulüne uygun olarak bildirilmiş ve hasta tarafından kabul edilmiş olan durumlar nedeni ile de hekim sorumlu tutulamaz. **Hekimin sorumluluğu ancak kusurlu uygulama hatasından dolaydır.**<sup>72</sup> Her tıbbi müdahaleden doğan davalarda hekimin kusurunun ne yönde araştırılmalı meydana gelen neticenin malpraktise mi yoksa komplikasyona sebebiyet verdiği araştırılmalıdır. Durumu bir tablo ile özetlemek gerekirse şu şekilde bir durumu ortaya çıkacaktır:

---

71 Yorulmaz, Coşkun, “ <tt>İstanbul Tabip Odası’na Yansıyan Hekim Hatası İddiası ...”</tt>, ( Erişim Tarihi: 04.05.2017).

72 Hakeri, a.g.e. ,2012, s. 328.

Meydana gelen Netice		Sonucun İsmi	Sonuçtan Sorumluluk
Öngörülemeyen	Önlenemeyen	Kaza, Tesadüf	Sorumluluk Doğmaz.
Öngörülebilir	Önlenemeyen	Komplikasyon	Sorumluluk Doğmaz.  (Öngörülebilir(beklenen) zararlı sonuç hakkında hastanın bilgilendirilmiş rızasının alınmış olması ve kusurlu fiillerle zarara sebebiyet verilmemiş olması koşulu ile )
Öngörülebilir	Önlenebilir	Malpraktis	Sorumluluk Doğar.

Tablodan da anlaşıldığı üzere aydınlatılması gereken kavram “öngörülebilirlik” kavramıdır. Öngörülebilirliğin burada hekim tarafından ölçülüp değerlendirileceği ifade edilmektedir.<sup>73</sup>

Neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi açısından subjektif ölçünün kullanılacağı görüşünde olan Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11. 5. 2004 tarihli kararında; bu durumu, “...*Neticenin öngörülebilmesi ( tahmin edilebilmesi ) ise, failin hareketlerinin sonuçlarını tahmin edebilme yeteneğini ifade eder. Bu bakımdan failce neticenin öngörülebilir olup olmadığının belirlenmesi bakımından failin yaş, görgü, meslek vs. gibi niteliklerinin nazara alınmasını zorunlu kılar...*”<sup>74</sup> şeklinde belirtmiştir.

Malpraktis’ten kaynaklı davalarda, mahkeme sonucun öngörülebilir olup olmadığı konusunda uzman bir bilirkişiden yararlanır. Bilirkişiye sorulması gereken soru; “Uyuşmazlık konusu tıbbi

73 Hakeri, a.g.e. ,2012, s. 328.

74 Yargıtay Ceza Genel Kurulu’nun 11.05.2004 Tarihli, E. 2004/2-97 K. 2004/115 sayılı kararı, www.kazancı.com.

hatanın, zarar verdiği iddia edilen hekimle aynı nitelik ve şartlardaki bir hekim tarafından öngörülebilir olup olmadığı?” hususudur. Kusur tespiti yapılırken bilirkişilerce, “fail ile aynı şartlardaki bir hekimin şu hususlara dikkat ederek bu durumu öngörmesi ve şu önlemleri alarak önlemesi gerekirdi” denilebiliyorsa hekim kusurlu kabul edilir. Aksi durumda ise karmaşa durumu mevcut olup hekim sorumlu tutulamaz.<sup>75</sup>

Cezai sorumluluk bakımında olaya bilinçli taksirle sorumluluk açısından bakarsak TCK m. 22. Maddesinin 3. Fıkrasında “ *Kişinin öngördüğü neticeyi istememesine karşın, neticenin meydana gelmesi halinde bilinçli taksir vardır.*” şeklindeki düzenlemenin lafzı yorumu bize öngörülen her olumsuz neticeden failin sorumlu tutulduğunu göstermekte ise bunu hekimin tıbbi hataları bakımından uygulamak güçtür. Çünkü hekim her tıbbi müdahalesinde meydana gelebilecek neticeleri öngörmektedir.<sup>76</sup> Kanunu yanlış yorumlayarak, hekimin tıbbi müdahalede bulunurken öngördüğü bütün olumsuz sonuçlarda bilinçli taksirin oluştuğunu kabul etmek hatalıdır. Zira her tıbbi müdahalenin öngörülebilir olumsuz sonuçları vardır ve bu öngörülebilir olumsuz sonuçların önlenebilir olup olmadığı noktasından yola çıkmak gerekmektedir. Bu olumsuzluklardan önlenebilir nitelikte olanlar için hekim tarafından gereken önlemler alınır ve oluşması engellenir. Gereken tüm önlemler alınmış olmasına rağmen yine de olumsuz sonuç gerçekleşmişse hastanın hukuka uygun onamının alınmış olması şartı ile hekim sorumlu tutulmaz. Çünkü izin verilen risk alanı içinde bir zarar oluşmuştur.<sup>77</sup>

Doktrinde tıp hukuku çerçevesinde hekimin tıbbi müdahalesinde bilinçli taksirin kabulü için ilave bir takım koşulların aranması gerektiği, hekimin neticeyi öngörmesi yeterli görülmeyip, mesleki cüret vb. nedenlerle yapmaması gereken bir tıbbi müdahaleye girişmesi halinde bilinçli taksirin varlığının kabul edileceği ifade edilmektedir.<sup>78</sup>

Yargıtay bir kararında tıp biliminin esaslarına uygun olarak gerçekleşen ameliyat sonrasında enfeksiyon gelişmesinin olağan komplikasyon kapsamında olduğunu ifade etmiştir.<sup>79</sup> Yargıtay bir başka kararında ise yirmilik diş çekimi sırasında diş kökünün kırılmasının sık görülen bir durum olduğu, özen gösterilmesine rağmen görülebilecek bir komplikasyon olduğunu ifade etmiştir.<sup>80</sup>

75 Polat, a.g.e. , s. 31.

76 Hakeri, a.g.e. ,2012, s. 320.

77 Yener, Ünver, (1998), “Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk”, Beta Basım Yayın, s. 194.

78 Hakeri, a.g.e. ,2012, s. 321.

79 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 21.01.2002 Tarihli E. 2001/10959 K. 2002/487 sayılı kararı, www.kazancı.com.

80 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 20.05.2014 Tarihli 2014/13021 E. ve 2014/15777 K. sayılı kararı, www.kazancı.com.

## SONUÇ

Hekimlik riskli bir meslektir. Her tıbbi girişimin kendisine özgü risk ve sapmaları bulunmaktadır. Dolayısıyla, oluşabilecek her kötü sonuçtan hekim sorumlu tutulması beklenmez. Hekimler çalışmalarını hukuki perspektifte “izin verilen risk” kavramı çerçevesinde yerine getirirler. İzin verilen risk kavramı tıbbi literatürde “komplikasyon” olarak tanımlanmaktadır. Tek başına kusur olarak görülmez. Tıbbi malpraktis, Dünya Tabipler Birliği tarafından, “hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar” şeklinde tanımlanmış olup, tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen komplikasyonların malpraktisten ayırt edilmesi gerektiği vurgulanmıştır.

Mesleki hata anlamına gelen “Malpraktis” her meslek için geçerli olan bir kavramdır. Ancak hekimlerin mesleklerini sağlıklı yaşama hakkına ve dokunulmazlığına sahip insanlar üzerinde ifa etmeleri sebebiyle hekimlerin sorumluluğunun geniş olduğu ve mesleklerini ifa ederken diğer mesleklerden daha fazla dikkat ve özen ile yerine getirmeleri gerektiği aşikârdır. Nitekim tıbbi malpraktis sebebiyle oluşan zararların, zararın aynen tazmini müessesesi ile çözümlenmesi mümkün olmadığı için nakden tazmin müessesesiyle giderildiği görülmektedir. Dolayısıyla mağdur olan hastalar büyük çoğunlukla tıbbi müdahaleden önceki durumlarına kavuşamamaktadır. Her ne kadar gerek özel hukuk gerekse ceza hukuku kapsamında hastaların zararlarını tazmin hakları olsa da bu çeşit bir tazminatın insanın sağlıklı yaşama hakkı ile eşdeğer olmadığı şüphesizdir.

Hekim tazminat sorumluluğu kapsamında hafif kusurundan dahi sorumludur. Cezai sorumlulukta ise öncelikle tıbbi müdahaleye uyan ve TCK’da suç olarak düzenlenen hukuka aykırı hareket bulunmalıdır. Hekimin TCK sebebiyle sorumluluğu, genel olarak yaralama kavramının unsurlarını oluşturduğu için taksirle veya kasten yaralama olarak görülmektedir. Hekimin tıbbi malpraktis oluşturan hareketinin hangi suç içerisinde değerlendirilmesi gerektiği hususu ise somut olayın özelliklerine göre incelenerek tespit edilecektir. Hekimlik mesleğinin mesleğin niteliği ve hekimin aldığı eğitim uyarınca kasten öldürmeye elverişli olmaması sebebiyle kasten öldürme suçunun nadiren gerçekleştiği söylenebilir. Bu nedenle hekimin sorumluluğu daha çok taksirle öldürme ve taksirle yaralama ile hekimin garantörlük durumu sebebiyle ihmal suretiyle icrai bir hareketi gerçekleştirmesi halinde ise ihmal suretiyle kasten öldürme veya yaralama olarak değerlendirilecektir.

Sonuç olarak, hekimlik mesleğinin özgür olarak ifa edilmesi gereken bir meslek olması sebebiyle hekimlerin tıp fakültesinde aldıkları eğitimleri ve uzmanlık eğitimleri sırasında tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk sınırları ile hukuki hak ve sorumlulukları konusunda ciddi bir eğitim almaları sağlanırsa hasta - hekim haklarının dengeli bir şekilde korunacaktır.

## KAYNAKLAR

**ARTUK/Gökçen/Yenidünya**, “Ceza Hukuku Genel Hükümler”, 3.Baskı, s.508.Ünver, “Tıbbi Malpraktis ve Ceza Hukuku”, İstanbul, 2008.

**AYAN**, Mehmet, “Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Kazancı Kitabevi, Ankara, 1991.

**ÇAKMUT**, Özlem Yenerer, “Malpraktis ve Komplikasyon”, Özyeğin Üniversitesi tarafından düzenlenen Sağlık Hukuku Sertifika Programı (1), 26.11.2011 tarihli sunumu.

**ÇETİN**, Gürsel, ve **YORULMAZ**, Coşkun, “Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi”, İstanbul, 2006.

**DONAY**, Süeyl, “Doktorun Hukuki Sorumluluğu”, İktisadi ve Ticari İlimler Dergisi, 1968, s. 10.

**ER**, Ünal, “Sağlık Hukuku”, Savaş Yayınevi, 1. Baskı, 2008.

**EROL**, Gültezer, Hatırnaz, “ Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları”. Seçkin Yayınları, 4.Baskı, 2015.

**GÖKCAN**, Hasan Tahsin, “Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikâp, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.

**GÖKCAN**, Hasan Tahsin, ”Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk”, Seçkin Kitabevi, 2013.

**HAKERİ**, Hakan, “Tıp Hukuku”,4. Baskı, Seçkin Yayınları, 2012.

**HAKERİ**, Hakan, “Tıp Hukuku”,7. Baskı, Seçkin Yayınları, 2013.

**HAKERİ**, Hakan, “Tıp Hukuku”, Seçkin Yayınları, 11. Baskı, 2016.



**HANCI**, İsmail Hamit, “Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu”, 2. baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara,2008.

**ÖZDEMİR**, Hayrunnisa, “Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi”, Yetkin Yayınları, 2004.

**ÖZKAN**, Hasan, ve **AKYILDIZ**, Sunay, “Hasta Hekim Hakları ve Davaları”. Seçkin Yayınları, 2008.

**ÖZTÜRKLER**, Cemal, ”Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları”. Seçkin Yayınları, 1.Bası, Ankara, 2003.

**ÖZTÜRKLER**, Cemal, “Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk” Seçkin Kitabevi, 2006.

**POLAT**, Oğuz, “Tıbbi Uygulama Hataları”, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2015.

**SEROZAN**, Rona, “Borçlar Hukuku Özel Hükümler”, Filiz Kitabevi, 2002.

**ŞENOCAK**, Zariye, “Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu”, No.529, Ankara,1998.

**TANDOĞAN**, Haluk, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, Ankara, 1982.

**TÜRKAN**, Hülya ve **TUĞCU**, Harun, “2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları”, Gülhane Tıp Dergisi, C.46, Sayı: 3, s.223, 2004.

Türk Dil Kurumu (TDK), “Malpraktis”, Büyük Türkçe Sözlük, Ankara, 2015.

**YENER**, Ünver, “Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk”, Beta Basım Yayınevi, 1998.

**ZEVKLİLER**, Aydın, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, Seçkin Yayınları, 2004.