



KOMPLİKASYON – MALPRAKTİS AYIRIMININ TİBBÎ ÖZEL HUKUK SORUMLULUĞUNA ETKİSİ*

The Effect of Complication-Malpractice Distinction on Medical Private Law Liability

Mehmet DEMİR*

Ecem KİRKİT**

ÖZ

Hekimin tıbbî sorumluluk hukukundan kaynaklanan (tıp hukukuna özgü) sorumluluğu, sözleşmesel borç ilişkisi veya haksız fiil sorumluluğuna dayanmaktadır. Esasen, hekimin kusura dayanan sorumluluğunun doğabilmesi için gerekli yasal unsurlar, sorumluluk olgusunda büyük ölçüde benzerlik gösterir. Kusur, zarar ve nedensellik bağı unsurları her iki hukuksal sorumluluk olgusu için de aranır. Sözleşme sorumluluğunda sözleşmesel borca aykırı fiil (edim yükümüne aykırılık) ; haksız fiil sorumluluğunda ise, hukuka aykırı fiil unsuru mutlaka bulunmalıdır. Tıbbî özel hukuk sorumluluğunun kurucu olgusu olan kusurlu eylem anlamında olmak üzere, tıbbi meslek kusurunun (malpraktis) varlığı vazgeçilmez bir ön yasal koşuldur. Ayrıca, ortaya çıkan tazmini gerekli bir zarar ile tıbbî meslek kusuru arasında uygun nedensellik bağı da bulunmalıdır.

Tıbbî müdahaleyi, herhangi bir müdahaleden ayıran ve meşru kılan unsurlardan birisi de tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara (tıbbî standartlara) uygun olmadır. Bu ilke ve kurallara uyulmasında gerekli dikkat ve özeni göstermeyen bir hekim kötü veya yanlış (hatalı) uygulamada bulunmuş; bir başka ifadeyle, tıbben malpraktis gerçekleştirmiş olur. Malpraktis, tıbbi meslek kusuru olarak değerlendirilir. Tıp biliminin barındırdığı risklerden, izin verilen ve sorumluluk yaratmayan risklere komplikasyon denilmektedir. Komplikasyonun gerçekleşmesi, kural olarak malpraktise yol açmaz. Meğerki hekim komplikasyonun öncesi veya sonrası aşamada klinik tıp sürecinin yönetiminde

* **Gönderi:** 18.04.2022 - **Kabul:** 12.05.2022 | **Received:** 18.04.2022 - **Accepted:** 12.05.2022.

* Prof. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Hukuk Anabilim Dalı, Ankara, Türkiye ✉
mdemir@law.ankara.edu.tr • ORCID 0000-0003-4623-0445.

** Arş. Gör. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Adana, Türkiye ✉
ecemkirkir@gmail.com • ORCID 0000-0001-5826-4170.

Atıf Şekli / Cite As: DEMİR, Mehmet, KİRKİT, Ecem (2022). Komplikasyon – Malpraktis Ayırımının Tıbbî Özel Hukuk Sorumluluğuna Etkisi. ÇÜHAD, (1), 58-91.

İntihal / Plagiarism: Bu makale bir intihal engelleme yazılımı aracılığıyla denetlenmiş ve en az iki hakem incelemesinden geçmiştir. / This article has been checked via a plagiarism prevention software and reviewed by at least two referees.



Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.

hatalı davranmış olsun.

Hekimin tıbbî hukuk yönünden sorumluluğu belirlenirken, malpraktis ve komplikasyon ayrımının net bir şekilde yapılabilmesi tıbben olduğu kadar hukuken de önem taşır. Aynı koşullar altında aynı mesleki deneyime ve aynı eğitim-bilgi birikim düzeyine sahip başka bir hekimin göstereceği özenin somut vakada gösterilmemesi halinde malpraktis ve dolayısıyla tıbbi meslek kusuru vardır. Bu ayırım, hukuken belirlenen ilkeler ışığında, hekimler tarafından her somut olay özelinde tıp biliminin kuralları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Çalışmamızda, özel hukuk açısından malpraktis ve komplikasyon olguları arasındaki ayırım ve bu ayırımın hekimin tıbbî sorumluluğuna etkisi değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Malpraktis, Komplikasyon, Tıbbi müdahale, Sorumluluk.

ABSTRACT

Physician's liability arising from medical liability law (specific to medical law) is based on contractual debt relationship or tort liability. Essentially, the legal elements required for the physician's fault-based liability to arise are largely similar in the liability law. Fault, damage and relation of causality elements are sought for both legal liabilities. There must be an element of contravention of contract (contravention to performance obligation) in contractual liability, and an element of unlawful act in tort liability. The existence of medical professional defect (malpractice) is an indispensable legal prerequisite in the sense of faulty action, which is the founding phenomenon of private medical legal responsibility. There must also be an appropriate relation of causality between an indemnified damage and a medical professional fault.

One of the elements that distinguishes and legitimizes medical intervention from any other intervention is that it conforms to the principles and rules (medical standards) generally accepted by medical science. A physician, who does not show the necessary attention and care in complying with these principles and rules, has made a bad or wrong (erroneous) practice, in other words, he has perform medical malpractice. Malpractice is considered a medical professional fault. The risks that are permissible and do not create responsibility among the risks of medical science are called complications. The occurrence of complications, as a rule, does not lead to malpractice. Unless the physician makes a mistake in the management of the clinical medicine process before or after the complication.

While determining the responsibility of the physician in terms of medical law, it is important legally as well as medically to make a clear distinction between malpractice and complications. If the care shown by another physician with the same professional experience and the same level of education and knowledge under the same conditions is not shown in the concrete case, there is malpractice and therefore a medical professional fault. This distinction should be evaluated by physicians appointed as experts, in the light of legally determined principles, within the framework of the rules of medical science for each concrete case. In our study, the distinction between malpractice and complication concepts terms of private law and the effect of this distinction on the medical responsibility of the physician were evaluated.

Keywords: Malpractice, Complication, Medical Intervention, Liability.

GİRİŞ

Türk-İsviçre hukuk sisteminde özel hukuk temelinde tıbbî sorumluluğu düzenleyen veya genel olarak hekimlik meslek hatalarına ilişkin ayrı bir yasal düzenleme (tıbbî malpraktis yasası) bulunmadığından tıbbî sorumluluk olguları, Medenî Hukuk genel teorisi ve Borçlar Hukuku temel ilkelerine göre çözümlenmektedir. İsviçre’de kusursuz sorumluluk normu getirilmesi düşünülmüşse de tıp bilimi üzerindeki var olan baskının artırılmaması için getirilmemiştir¹. Ülkemizde, 2002 yılından itibaren zaman zaman “Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Yasa Tasarısı” çalışmaları yasama süreçlerinde gündeme gelmektedir. Ancak, gerek hekimlik (tıbbî iş görme = tababet) faaliyeti gerekse diğer sağlık mesleklerini (acil sağlık, laborant, narkozitör, yoğun bakım hemşiresi vs. paramedik branşlar gibi) de kapsayacak şekilde genel nitelikli malpraktis yasası henüz mevcut değildir. Ancak, 2022 yılı içerisinde TBMM Genel Kurulu gündeminde sırasını bekleyen ve 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu’nda da ek ve geçici madde önerileri içeren “*Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*” başlıklı yasa teklifi metninde, özellikle malpraktis konulu tıbbî sorumluluk olaylarıyla ilgili olarak zarar görenler tarafından tazminat / tam yargı davaları açılmasından önce, başvuruda bulunulacak olan bir ‘Mesleki Sorumluluk Kurulu’ oluşturulmakta; bu Kurulun, Sağlık Bakanı tarafından belirlenen bir bakan yardımcısı, Sağlık Hizmetleri, Kamu Hastaneleri, Hukuk Hizmetleri, Yönetim Hizmetleri genel müdürleri veya yardımcıları, profesör veya doçent unvanlı biri dâhili biri cerrahi branştan iki hekimden ibaret biçimde kurulması; özel sağlık kurum ve kuruluşları ile vakıf üniversitelerinde görevli sağlık çalışanları yönünden ise, 4483 sayılı yasanın 5. maddesine göre yapılacak bir ön incelemede, il sağlık müdürü ve yardımcılarının görevlendirilebilmesi sağlanmakta; söz konusu bu Kurul’un kararlarına karşı 10 gün içinde Ankara Bölge İdare Mahkemesi’nde dava açılabileceği ve en çok üç ay içinde kesin olarak karar verileceği; hâlihazırda süren davalarda durma kararı verilerek “izin” alınacağı; ayrıca, sağlık idaresi tarafından bir tazminat ödenmesi durumunda, kamu sağlık çalışanlarına rücu edilip edilmeyeceğine ve rücu tutarına ilgilinin görevinin gereklerine aykırı davranmak suretiyle görevini kötüye kullanıp kullanmadığı hususu

¹ GATTIKER, s. 645.

ile birlikte hekim(ler)in kusur durumları da göz önüne alınarak Kurul tarafından bir karar verileceği yönünde özel yasa kuralları öngörülmektedir².

Sorumluluk hukuku çerçevesinde, tıbbî müdahaleler hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ile sonuçta birer hukuka uygun müdahale hale gelen fillerdir. Aksi takdirde, olağan olarak hukuka aykırılık alanında yer alırlar. Zira hastanın kişilik hakkını ihlâl edebilecek nitelik taşırlar.

Hukuka uygun tıbbî müdahaleler yönünden hekimin özen yükümlülüğü vardır. Özen yükümlülüğü, hekim ile hasta arasında sözleşme bulunmasından bağımsız olarak vardır³. Özen yükümlülüğüne aykırı müdahaleler hekimin sorumluluğuna yol açar. Malpraktis olarak bilinen bu hallerde hekim tazminat yaptırımını ile karşılaşır.

Hekimin özel hukuk sorumluluğunun belirlenmesinde, malpraktis olgusu kadar önemli bir diğer kavram ve olgu ise komplikasyondur. Hekim ne kadar özenli davranırsa davranırsın, tıp biliminin doğasından kaynaklanan ve öngörülüp, önlenmesi her zaman mümkün ol(a)mayan bir takım risklere bağlı olarak zararlar doğabilir. İşte, bu türden zararların doğmasında hekimin, kendisine isnat edilebilir kusuru bulunmadığı ölçüde hukuken sorumluluğu da doğmaz. Bu anlamda, hekim komplikasyonlar hakkında bilgilendirme yükümlülüğünü ihlâl ettiği ve/ veya olası komplikasyonlarla ilgili olarak klinik sürecin yönetiminde özensiz davrandığı takdirde tıbbî sorumluluk gündeme gelecektir.

² Ayrıca, mezkûr yasa önerisinde (madde 15 hükmünde), 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu'na eklenen geçici madde 13 hükmü ile, 4483 sayılı Kanun hükümleri uyarınca haklarında kesinleşmiş bir soruşturma izni verilenler bakımından soruşturma veya kovuşturmalara devam olunacağı; kamu kurum ve kuruluşları ve Devlet üniversitelerinde görev yapan hekim ve diş hekimleri ile diğer sağlık meslek mensuplarının sağlık mesleğinin icrası kapsamında yapmış oldukları muayene, teşhis ve tedaviye ilişkin tıbbi işlem ve uygulamalar nedeniyle idare tarafından ödenen tazminattan dolayı açılan rücu davalarından, maddenin yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla yargılaması devam edenler bakımından ek madde 18/II uyarınca karar verilmek üzere Mesleki Sorumluluk Kurulu'na başvurması için davacıya iki aylık süre verileceği; başvuru yapılmaması halinde davanın usulden reddedileceği ve bu durumda, yargılama giderlerinin taraflar üzerinde bırakılıp, davacı aleyhine vekalet ücreti hükmedilemeyeceği öngörülmektedir. 2022 yılı başlarında TBMM gündemine gelen ve Genel Kurul toplanma sırasını bekleyen söz konusu "*Türk Ceza Kanunu ve Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun Teklifi*" metninin içerik ve kapsamı için bkz.: https://www5.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=312253 (E.T.: 08.04.2022).

³ ERMAN, s. 150.

I. TIBBÎ MÜDAHALE KAVRAMI ve HEKİM–HASTA ARASINDAKİ HUKUKSAL İLİŞKİ

A. Tıbbî Müdahale ve Kişilik Hakkına Müdahalede Riske İzin Verilmesi

Kişinin kişilik hakkının korunması kapsamında kural olarak kişinin hayat, sağlık, vücut tamlığı değerini ihlâl edecek tüm müdahaleler hukuka aykırıdır⁴. Ancak, kişinin yararını sağlamak maksadıyla gerçekleştirildiği kabul edilen tıbbî müdahaleler belirli koşullarla bu kuralın istisnası niteliği taşır.

Tıbbî müdahale, “gerçekleştirilen müdahale bakımından yetkili kılınmış kişilerce, hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olarak, tıp biliminde genel kabul görmüş kurallar ışığında, müdahalenin yöneldiği kişinin bilgilendirilmiş rızası ve/veya diğer hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı şartıyla gerçekleştirilen her türlü müdahale” dir⁵.

Tıbbî müdahalenin hukuka uygunluğunu acil durumlar dışında kişinin bilgilendirilmiş rızası sağlar⁶. Ancak bilgilendirilmiş rıza, müdahale bakımından yetkili kılınmış kişilerce, hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olarak, tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olan müdahaleleri hukuka uygun hale getirir⁷. Hukuken öngörölmüş amaçlardan en önemlisi endikasyondur⁸. Endikasyon, herhangi bir müdahalenin tıp bilimi açısından gerekli ve/veya yararlı görülmesidir⁹.

Hukuka uygun hale gelmeyen müdahaleler hekimin sorumluluğuna yol açar. Hekimin hukuksal sorumluluğu iki halde karşımıza çıkar¹⁰: İlki, tıbbî müdahaleyi hukuka uygun hale getiren sebeplerin¹¹ bulunmamasıdır. İkinci olarak ise, hekimin fiiline rıza gösterilmiş olmasına karşın, fiil, tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara (tıbbî standartlara) uygun değildir¹².

⁴ STEHLE, REICHLE, s. 27; GATTIKER, s. 648; BÜCHLER, MICHEL, s. 208.

⁵ KİRKİT, s. 15.

⁶ KİRKİT, s. 115; STEHLE, REICHLE, s. 27; GATTIKER, s. 648; BÜCHLER, MICHEL, s. 208.

⁷ KİRKİT, s. 41; STEHLE, REICHLE, s. 27.

⁸ Tıbbî müdahalenin unsurları arasında yer alan hukuken öngörülen amaçlara yönelme unsuru yerine endikasyonun (mutlak /nisbî anlamda) varlığını yeterli gören bir görüş de vardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. KİRKİT, s. 16; DOĞRAMACI, s. 98.

⁹ DOĞRAMACI, s. 98; ÖZDEMİR G., s. 49-50.

¹⁰ STEHLE, REICHLE, s. 28; GATTIKER, s. 648.

¹¹ Rıza ve diğer sebepler ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KİRKİT, s. 113 vd.

¹² GATTIKER, s. 648.

Hekim, sorumluluk hukuku açısından dikkate alınması gereken tehlikeli bir faaliyette bulunur. Bu sebeple, meydana gelen her zarar hekimin sorumluluğuna yol açmaz¹³. Bu durum, tıp ceza hukukunda izin verilen risk kavramıyla açıklanmaktadır¹⁴. İzin verilen risk durumu ile ifade edilmek istenen husus ise, yapılması gerekli ve fakat doğası gereği tehlikeli bazı davranışlardan vazgeçilmesinin mümkün olmaması karşısında davranışı yapan kişilerin hukuksal sorumluluklarının doğmamasıdır¹⁵. Özel hukukta ise, aynı şekilde isimlendirilmese de tıbben izin verilen ve bu sebeple sorumluluğa yol açmayan bilgi ve/veya beceri eksikliklerinin bulunduğu kabul edilmiştir¹⁶.

Tıbbî müdahalenin gerçekleştirilmesi, hekim ile hasta arasında bir hukuksal ilişkinin kurulmasına yol açar.

B. Hekim-Hasta Arasındaki Sorumluluk Hukuku İlişkinin Hukuksal Niteliği

1. Genel Olarak

Hekim ile hasta arasında, tıbbî müdahalenin gerçekleştirildiği özel durum ve koşullara göre farklı hukuksal ilişkiler kurulur. Hekimin tıbbî sorumluluğu da izlenen amaç ve tekniklerle kurulan bu hukuksal ilişkinin niteliğine göre farklılık gösterir¹⁷. Devletin kamu hastanesi söz konusu olduğunda idare hukuku kapsamında bir kamu hukuku ilişkisi ve dolayısıyla idarî hizmet sunumu gerçekleşir. Özel hastane veya özel muayenehanede yürütülen hizmet (iş görme) ilişkisi ise, hastane, hekim ve hasta arasında sözleşmesel borç ilişkileri (hekimlik sözleşmesi ekli olan / olmayan bir hastaneye kabul sözleşmesi) biçiminde gerçekleşebilir¹⁸. Tüm bunların dışında, hekim acil bir durumda veya başkaca bir sebeple sözleşme ilişkisi bulunmaksızın hastaya müdahale edebilir. Bu hallerde ise halin gereğince vekâletsiz iş görme veya haksız fiil hükümleri gündeme gelir.

Özel hukuktan doğan sorumluluk hukuku bakımından, hekimin sorumluluğuna yol açan hukuksal ilişki önem taşır. Hekimin hukuksal sorumluluğu, çoğunlukla sözleşmeden doğmaktaysa da haksız fiil ve vekâletsiz iş görme hükümlerinden de kaynaklanabilir¹⁹. Sözleşme görüşmeleri safhasında hastaya zarar tehlikesine karşı uyarıda bulunmayan hekimin,

¹³ STEHLE, REICHLER, s. 42.

¹⁴ HAKERİ, C. I, s. 211.

¹⁵ PAKEL, s. 44.

¹⁶ DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246.

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 227-232.

¹⁸ Tam hastaneye kabul sözleşmesiyle özel hastane ve hasta arasında sözleşmenin kurulduğu haller, hekimin sözleşme tarafı olmaması sebebiyle bu kapsamda değildir. Hekim – hastane ilişkisi temelinde tıbbî sorumluluk ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Hukuksal Görünüm Biçimleri.

¹⁹ KIRKİT, s. 48-49.

sözleşme öncesi aşamadaki görüşme kusurundan kaynaklanan (*culpa in contrahendo*) sorumluluğu doğar^{20, 21}

2. Sözleşme

Hekim ile hasta arasında hekimin tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kuralları çerçevesinde teşhis koymak ve bu teşhise uygun tedaviyi yürütmek borcu altına girdiği sözleşme ilişkisi kurulur. Atipik vekâlet sözleşmesi görünümünde olan bu sözleşmenin nitelendirilmesi ve isimlendirilmesinde doktrinde tam bir görüş birliği yoktur. Esasen, isimsiz bir iş görme sözleşmesi görünümündeki tıbbî vekâlet edimlerini içeren bu sözleşme, yaklaşım farklılığı nedeniyle tedavi sözleşmesi²², hekimlik sözleşmesi²³ ve tıbbî müdahale sözleşmesi²⁴ gibi isimlerle anılmaktadır.

Hekimlik veya tıbbî müdahale sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen rızai bir sözleşmedir²⁵. Sözleşme için tarafların anlaşması yeterli olup, şekil şartına tabi değildir. Sözleşmenin tarafları bağımsız çalışan bir *hekim*²⁶ ve hekimden tıbbî müdahale edimini talep eden *hasta*²⁷ dır. Hekimin üstlendiği asli edim olan tıbbî müdahale edimine karşı hastanın ödeyeceği bedelin belirli veya belirlenebilir olması gerekir²⁸. Vekâlet sözleşmesi niteliği taşıyan sözleşmede ücret ödenmesi teamül gereği olduğundan, taraflar kararlaştırmamış olsalar dahi Türk Tabipler Birliği tarafından ilan edilen tarife çerçevesinde hekim ücrete hak kazanır²⁹.

Hekimlik veya tıbbî müdahale sözleşmesinden hekimin asli borcu olan tıbbî müdahale ediminin yanı sıra, hastanın bilgilendirilmiş rızasının alınması, hekimin kendisini geliştirmesi, özen gösterme, kayda geçirme ve sır saklama gibi yan edim yükümlülükleri de sözleşmesel borç ilişkisinden doğar³⁰. Hekimin başarılı sonucu ortaya çıkarma yükümü ve garanti verme yetkisi yoktur; yalnızca dikkat ve özen borcu vardır³¹. Hastanın da asli edimi ücret ödemenin

²⁰ AYAN, s. 49.

²¹ Hekimin hukuksal sorumluluğu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 217 vd.

²² AYAN, s. 49.

²³ DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 232.

²⁴ KİRKİT, s. 49-50.

²⁵ DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 235; KİRKİT, s. 50.

²⁶ Hekim, tıp fakültesi diplomasına sahip, tabip odasına kayıtlı, hekimlik mesleğini sürekli ya da geçici olarak icra etme engeli bulunmayan kişidir. KİRKİT, s. 20-27.

Bağımsız çalışan hekim için bkz. DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 231.

²⁷ Hasta için farklı tanımlar yapılmaktadır. Bknz. DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 234.

²⁸ DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 233.

²⁹ DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 236.

³⁰ AYAN, s. 58; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 35-69.

³¹ GATTIKER, s. 646-647; LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 253.

yanı sıra hekimin vekâleti ifa maksadıyla yaptığı masrafları ödeme, hekimin sorularına doğru cevap verme ve tedaviyi başarısız kılacak davranışlardan kaçınma yükümlülüğü vardır³².

3. Vekâletsiz İş Görme

Hekim ile hasta arasında sözleşme bulunmamasına karşın, hastanın iradesine dayanmayan ve fakat hastanın menfaatine tıbbî müdahale gerçekleştiren hekim ile hasta arasındaki hukuksal ilişkiye vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır³³. Vekâletsiz iş görmenin gündeme geldiği haller; acil durumlar, ameliyatın genişlemesi ve hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin geçersiz olması halleridir³⁴.

Vekâletsiz iş görmede hekimin sorumluluğu, TBK m. 527 hükmü çerçevesinde her türlü ihmali kapsar. Ancak hekim çoğunlukla, hastanın zararını veya zarar tehlikesini gidermek maksadıyla hareketin etiğinden sorumluluğu daha hafif olarak değerlendirilir. TBK m. 527/f. II hükmünde düzenlenen iş sahibinin açıkça veya örtülü olarak yasaklaması halinde beklenmedik halden de sorumlu olunması, fiil ehliyeti olmayan hastanın kanuni temsilcisinin rızası olmaksızın tedavi etmesi örneğinde uygulama alanı bulur³⁵.

4. Haksız Fiil

Hekim ile hasta arasında haksız fiil hükümlerinin de uygulama alanı bulabilmesi imkân dâhilindedir. Örneğin, hekimin hastaya haber vermeksizin hastayı deneyde kullanması haksız fiil teşkil eder³⁶.

Başkaca hukuksal ilişkinin bulunmadığı her durumda haksız fiil hükümleri uygulama alanı bulur³⁷. Hekim ile hasta arasında kural olarak bir sözleşme yoksa ve vekâletsiz iş görmenin şartları gerçekleşmemişse bu halde hekim fiilinden haksız fiil hükümleri çerçevesinde sorumlu olur³⁸. Ayrıca, haksız fiilden doğan sorumluluk ve sözleşmeden doğan sorumluluk yarışır³⁹. Bir başka deyişle, hekimin sözleşmeye aykırı bir davranışı aynı anda haksız fiil de teşkil eder⁴⁰. Sözleşmeye aykırılık unsuru ile hukuka aykırılık unsuru paralellik gösterir⁴¹. Davacı hastanın kusurun ispatı, zamanaşımı süresi ve yardımcı kişilerden sorumluluk

³² AYAN, s. 58-59; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 70.

³³ ÖZ, s. 118; BÜCHLER, MICHEL, s. 201.

³⁴ KİRKİT, s. 65.

³⁵ ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 106.

³⁶ AYAN, s. 61.

³⁷ OFTINGER, STARK, s. 2; BÜCHLER, MICHEL, s. 201.

³⁸ AYAN, s. 61.

³⁹ BELGESAY, s. 108-109; AYAN, s. 62; BÜCHLER, MICHEL, s. 201.

⁴⁰ AYAN, s. 116.

⁴¹ AYAN, s. 61-62.

yönünden farklılık arz eden bu iki sorumluluk türünden kendisi için avantajlı olanını seçmesi mümkündür.

II. HEKİMİN HUKUKSAL SORUMLULUĞUNUN KOŞULLARI

A. Genel Olarak

Sözleşme ve sözleşme dışı sorumluluğun temel amacı ve işlevi, bir kişinin diğerine verdiği zararın giderilmesidir⁴². Hangi sorumluluk kaynağı olursa olsun sorumluluğun şartlarının hukuken mevcut olması gerekir. Sözleşme sorumluluğunda kişinin yapma veya yapmama şeklindeki davranışı, sözleşmesel borca aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı unsurları aranır. Haksız fiil sorumluluğunda ise, kişinin yapma veya yapmama şeklindeki davranışı (haksız fiil), hukuka aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı unsurları aranır. Bu bakımdan, hekimin yapma veya yapmama şeklindeki davranışı, kusur, zarar ve nedensellik bağı unsurları her iki sorumluluk için de aranan unsurlardır. Farklılık, hukuka aykırılık ve sözleşmeye aykırılık unsuru yönünden ortaya çıkmaktadır. Hukuka aykırılık genel yükümlülükleri içerir ve herkes tarafından ihlâl edilebilir⁴³. Sözleşme sorumluluğunda ise nispi yükümlülükler doğar ve ilgililerini bağlar⁴⁴. Haksız fiilde taraflar zarar gören-zarar veren olarak anılırken, sözleşme sorumluluğunda alacaklı-borçlu olarak anılır⁴⁵. Kanun koyucu bu iki sorumluluk türünü ayrı ayrı düzenlemiş ve zamanaşımı süresi, kusurun ispatı, yardımcı kişilerden sorumluluk yönünden farklı sonuçlara bağlamıştır⁴⁶.

Sorumluluk hukukunun unsurları genel olarak; hukuka veya sözleşmeye aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağı olarak özetlenebilir⁴⁷.

Malpraktis ve komplikasyon ayırımının hekimin hukuksal sorumluluğuna etkisini konu edinen çalışmamız yönünden de sorumluluğun olgusal unsurları bir bütün olarak değerlendirilmektedir.

B. Hukuka / Sözleşmeye Aykırılık Unsuru Olarak Özen Yükümlülüğünün İhlâli

Yukarıda da belirtildiği üzere, hekimin hukuksal sorumluluğunun doğabilmesi için, haksız fiil yönünden hukuka aykırılık; sözleşme yönünden sözleşmeye aykırılık unsurunun gerçekleşmesi gerekir. Türk-İsviçre hukukunda hukuka aykırılık unsuru, kusurdan bağımsız bir

⁴² EREN, Borçlar Genel, s. 575.

⁴³ EREN, Borçlar Genel, s. 575-576.

⁴⁴ EREN, Borçlar Genel, s. 576.

⁴⁵ EREN, Borçlar Genel, s. 576.

⁴⁶ EREN, Borçlar Genel, s. 576; BÜCHLER, MICHEL, s. 201.

⁴⁷ BÜCHLER, MICHEL, s. 201.

unsurdur⁴⁸. Sözleşmeye aykırılık söz konusu olduğunda, fiilin ayrıca hukuka aykırı olması gerekmez⁴⁹. Sözleşmede üstlenilen yükümlülüğün yerine getirilmemesi yeterlidir.

Hukuka aykırılık kavramına yüklenen anlam için objektif teori ve sübjektif teori farklı öneriler getirmektedir⁵⁰. Sübjektif teoriye göre, hukuka aykırılık failin yetkili ve izinli olmadığı bir davranışı gerçekleştirmesi sebebiyle doğar. Objektif teoriye göre ise hukuka aykırılık failin zarar vermeme ödevi vardır. Zarar verme olgusu değil, failin genel davranış kuralı haline gelmiş normlara aykırı davranışı hukuka aykırılıktır.

İsviçre Federal Mahkemesi, zarar göreni korumaya amaçlayan bir davranış normunu veya zarar görenin mutlak bir hakkını ihlâl ederek zarara yol açıyorsa fiilin hukuka aykırı olduğunu kabul etmektedir⁵¹.

Hekimin, hasta ile arasında sözleşme bulunsun veya bulunmasın özen yükümlülüğü vardır⁵². Hekimin özen yükümlülüğünün ihlâli haksız fiilde hukuka aykırılık unsuruna; sözleşmede sözleşmeye aykırılık unsuruna tekabül eder⁵³. Hekimin özen yükümlülüğü, hastanın mutlak hakkını ve korunmasını amaçlayan davranış normunu ihlâl etmemesini içerir.

Hekimin özen yükümlülüğü, hekimin tıp biliminde genel kabul görmüş kuralları bilmek ve bu kurallara uygun şekilde hekimlik sanatını icra etmesidir⁵⁴.

Hekimin özen yükümlülüğünün belirlenmesinde genel geçer soyut ölçütler (kesin bağlayıcı objektif kriterler) yoktur⁵⁵. Her bir somut olayda, tıbbî müdahalenin türüne, tıbbî müdahaleye ilişkin risklere, hekimin takdir yetkisinin kapsamına, hekimin somut vaka için kullanabileceği zamana ve araçlara, hekimin uzmanlık alan(lar)ına göre özen yükümlülüğünün ihlâlinden doğan sorumluluğun kapsamı belirlenir⁵⁶. Özen yükümlülüğünün konu, tür ve dereceleri her bir somut tıbbî vakada farklılık göstermektedir⁵⁷. Dolayısıyla, somut tıbbî

⁴⁸ EREN, Borçlar Genel, s. 645.

⁴⁹ OFTINGER, STARK, s. 169.

⁵⁰ EREN, Borçlar Genel, s. 660.

Bu ayrımın önemsiz olduğu doktrinde savunulmaktadır. OFTINGER, STARK, s. 171.

⁵¹ BGE 119 II 127.

⁵² ERMAN, s. 150.

⁵³ AYAN, s. 62; DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 257; STEHLE, REICHEL, s. 23; GATTIKER, s. 647; LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 253; BÜCHLER, MICHEL, s. 208.

⁵⁴ AYAN, s. 89; GATTIKER, s. 647.

⁵⁵ LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 255.

⁵⁶ LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 255; BÜCHLER, MICHEL, s. 212; BGE 113 II 429 E. 3a; BGE 120 Ib 411 E. 4a.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. BAŞPINAR, s. 171-191.

sorumluluk olayında bir belirleme ve değerlendirme yapılırken tıbbî özen yükümlülüğünün konusu, kapsamı, türü ve derecesi ciddi önem taşır.

C. Tıbbî Meslek Kusuru

Kusur, hukuk düzenince hoş görülme, kınanan davranıştır⁵⁸. Kusur, yapma veya yapmama şeklinde ortaya çıkabilir⁵⁹. Tıbbî meslek kusurunu, yalnızca ihmal, özen yükümlülüğünün ihlali veya yanlış tedavinin bir parçası olarak gören görüşler vardır⁶⁰. Çalışmamızda tıbbî meslek kusuru, sorumluluk olgusu olan kusur unsuruna karşılık gelmek üzere, yargılama sürecinde takdir edilen kusuru ifade etmek amacıyla kullanılmaktadır.

Kusur kavramı objektif ve sübjektif yön olmak üzere iki olgusal yönden oluşur⁶¹. Bir ayırma göre: kusurun objektif yönü zarara kasten veya ihmalle neden olmayı ifade eder⁶². Sübjektif yönü ise, ekimin zararı meydana getiren kusurlu fiili gerçekleştirirken ayırt etme gücüne sahip olmasını ifade eder⁶³.

Diğer ayırma göre: objektif yön, kusurlu fiilin ortalama ve makul kişinin sergileyeceği örnek davranıştan sapmasıdır⁶⁴. Sübjektif yön ise, kusurlu fiili gerçekleştiren ayırt etme gücüne sahip kişinin sorumluluk ehliyeti ile ilişkilidir⁶⁵. Diğer ayırım çerçevesinde tıbbî meslek kusurunun objektif yönünü tıp bilimince genel kabul görmüş kurallara aykırılık; sübjektif yönünü ise, hekimin fiilinde tıbbî özen yokluğu veya özensizlik bulunması oluşturur⁶⁶. Kanaatimizce, objektif yön, tıp bilimince genel kabul görmüş kurallara aykırı şekilde zarara kasten veya ihmalle neden olmayı ifade eder. Sübjektif yön ise her iki ayırmada ortak olduğu üzere, hekimin ayırt etme gücü ve sorumluluk ehliyeti ile ilişkilidir.

Sorumluluk hukukunda ve dolayısıyla tıbbî meslek kusurunda kusur, kast veya ihmal şeklinde ortaya çıkabilir⁶⁷. Kast, zarar veren sonucun zarar veren tarafından bilerek ve isteyerek gerçekleştirilmesi halidir⁶⁸. Kast doğrudan veya dolaylı kast olmak üzere ikiye ayrılır. Doğrudan kastta zarar veren doğacak sonucu ister ve kabul eder⁶⁹. Dolaylı kastta ise doğrudan

⁵⁸ AYAN, s. 100; EREN, Borçlar Genel, s. 643.

⁵⁹ OFTINGER, STARK, s. 192.

⁶⁰ AYAN, s. 104 dñn. 459'da anılan yazarlar.

⁶¹ DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 246; BÜCHLER, MICHEL, s. 215.

⁶² BÜCHLER, MICHEL, s. 215.

⁶³ BÜCHLER, MICHEL, s. 215.

⁶⁴ DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 246.

⁶⁵ DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 246.

⁶⁶ DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 258.

⁶⁷ AYAN, s. 101; NOMER, s. 185; DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 245.

⁶⁸ EREN, Borçlar Genel, s. 649; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 80.

⁶⁹ EREN, Borçlar Genel, s. 649.

doğruya zararlı sonuç istenmemekte ve fakat göze alınmaktadır⁷⁰. Hekimin, yüksek tedavi ücreti için gereksiz tıbbî müdahalelerde bulunması hali doğrudan kast; yeni bir tedavi yöntemini hastanın ölebileceği ihtimalini öngörmesine rağmen bunu göze alarak uygulaması hali ise dolaylı kast teşkil eder⁷¹.

İhmal, meydana gelen zarar istenmemesine rağmen sonucun meydana gelmemesi için gereken özenin gösterilmemesidir⁷². İhmali kısaca özen eksikliği veya aynı şartlar altında aynı nitelikteki kişilerin gösterdikleri özenin gösterilmemesi olarak da tanımlanabilmektedir⁷³. Davranışın zarar meydana getireceğinin bilinmemesi halinde ihmal gerçekleşmez⁷⁴.

İhmal somut olayın özellikleri göz önünde tutularak objektif ölçüye göre belirlenir, hekimin sübjektif özellikleri dikkate alınmaz⁷⁵. Objektif kusur kavramından farklı olarak kusurun objektifleştirilmesi, sadece gerçekleşen somut olaydaki davranışı tek başına değil de aynı şartlar altındaki makul, ortalama kişinin objektif davranışı esas ölçü olarak alır⁷⁶. Hekim elinden geleni yapmış, her türlü çabayı göstermiş olmasına ve bu sebeple kendisinde meslek ahlâkı ve tıp etiği yönünden bir eksiklik bulunmasa dahi, hekimin fiili objektif davranışından (yani, basiretli bir hekimin davranışından) sapıyorsa, bu sapma objektifleştirilmiş kusur halini ortaya çıkarır⁷⁷. Örneğin, nöbet ve sonrası çalışmasında 36. saatinde çalışmakta olan hekim uykusuzluğun yol açtığı kafa karışıklığı ile anamnez alırken, bir önceki hastanın ailesinde kalp rahatsızlığı olmadığı bilgisiyse bir sonraki hastada hareket etmesi sebebiyle genç yaştaki hastanın kalp rahatsızlığı geçirme ihtimalini atlarsa ve hasta kalp krizi geçirip ölürse, hekimin sorumluluğu doğar. Hekimin mevcut koşullar altında elinden gelen özeni göstermiş olmasına karşın, objektif davranış anamnezin doğru alınması olduğundan bu sapma hekimin kusurudur.

Kasttan farklı olarak ihmalin belirlenmesinde, somut olaydaki hekimin fiili öngörmesi değil, aynı nitelikteki ortalama bir hekim tarafından öngörülebilmesi aranır⁷⁸.

Zarar veren fiilin gerçekleştiği tarihte tıp biliminin ulaştığı seviye çerçevesinde değerlendirme yapılır. Fiilin gerçekleşmesinden sonra ortaya çıkan gelişmeler hekimin

⁷⁰ EREN, Borçlar Genel, s. 649; AYAN, s. 102; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 80.

Dolaylı kast yerine, ceza hukuku kavramı olan olası kast ifadesinin, gerçekleşmesi ihtimali görüldüğü halde zarar verenin fiiline devam etmesi halleri için kullanılabilmesi yönünde bkz. NOMER, s. 185 dpn. 617.

⁷¹ AYAN, s. 102; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 80-81.

⁷² AYAN, s. 102; EREN, Borçlar Genel, s. 651.

⁷³ AYAN, s. 102; GATTIKER, s. 647; LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 253.

⁷⁴ OFTINGER, STARK, s. 194.

⁷⁵ EREN, Borçlar Genel, s. 651; AYAN, s. 102; YILMAZ, s. 167; POLAT, s. 282; HERRING, s. 116; LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 254.

⁷⁶ BAŞPINAR, s. 180; EREN, Borçlar Genel, s. 652.

⁷⁷ EREN, Borçlar Genel, s. 652.

⁷⁸ AYAN, s. 103; EREN, Borçlar Genel, s. 654.

sorumluluğunun belirlenmesinde rol oynamaz⁷⁹. Özellikle Covid-19 pandemisi örneğinde karşılaşıldığı üzere, tıp biliminin araştırmaya devam ederken ortaya koyduğu veriler zamanla değişiklik gösterebilmektedir. Tıbbî müdahale tarihinde geçerli olan tıp bilimince genel kabul görmüş kurallar önem taşır. Sonraki tarihte, bu bilgilerin aksinin ortaya çıkması hekimin sorumluluğuna yol açmaz. Vurgulamak gerekir ki bahse konu bilgilerin tıp bilimince genel kabul görmüş kurallara dayanması gerekir. Tıp bilimince kabul edilmeyen bir takım tedavi yöntemlerini uygulayan hekim bakımından sorumluluk doğar.

İhmal, ağırlık derecesine göre ağır ihmal ve hafif ihmal olmak üzere ikiye ayrılır⁸⁰. Ağır ihmal, aynı şartlarda aynı nitelikteki ortalama herkesin alacağı en basit önlemlerin alınmamasıdır⁸¹. Örneğin, damardan enjekte edilmesi gereken ilacın kastan enjekte edilmesi, ameliyatta kompres ve penslerin unutulması ağır ihmaldir⁸².

Hafif ihmal ise aynı şartlarda aynı nitelikteki dikkatli kişilerin alacağı önlemlerin alınmamasıdır⁸³. Operasyon kullanılacak teknik aletin işlev göremeyecek düzeyde bozuk olduğunun dikkatli kontrolle anlaşılabilir olmasına karşın hekim tarafından anlaşılmadığı örnekte hafif ihmal söz konusudur⁸⁴. Hekim hem ağır hem de hafif ihmalden sorumludur⁸⁵.

İhmal, iki şekilde gerçekleştirilebilir: bilerek ihmalin gerçekleştirilmesi ve dikkatsizce ihmalin gerçekleştirilmesi⁸⁶. Bilerek ihmalin gerçekleştirilmesi hali hekimin bilerek tedavi vermemeyi seçmesi halidir. Örneğin, kan değerlerinde düşüklük tespit etmiş olmasına rağmen mide kanaması ihtimaline karşı test yapmayan hekim bilerek ihmali gerçekleştirmiş durumdadır. Birkaç gün sonra hastanın mide kanaması şikâyeti ile yoğun bakıma alınması halinde hekimin sorumluluğu doğar. Dikkatsizce ihmalin gerçekleştirilmesi hali ise fark etmeden veya yanlışlıkla ihmalin gerçekleştirilmesi halidir. Örneğin, hastanın hastalığın ilerleyişi ile ilgili belirli tür bilgileri almak istememesine rağmen, hekimin unutarak bu bilgileri hastaya vermesi halidir⁸⁷.

⁷⁹ ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 81-82; HERRING, s. 112.

⁸⁰ AYAN, s. 103; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 82.

EREN, ağır ihmal, hafifi ihmal ve orta ihmal olmak üzere ikiye ayırmaktadır. EREN, Borçlar Genel, s. 655.

⁸¹ AYAN, s. 103; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 82.

⁸² DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246.

⁸³ AYAN, s. 103; EREN, Borçlar Genel, s. 655.

⁸⁴ DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246.

⁸⁵ AYAN, s. 103.

⁸⁶ BEAUCHAMP, CHILDRESS, s. 120.

⁸⁷ BEAUCHAMP, CHILDRESS, s. 120.

Tıbbî sorumluluk hukuku, kast ve ihmal arasındaki ayırmadan çok hekimin tıbbî fiilinin en azından hafif ihmal niteliği taşıyıp taşımadığına odaklanır⁸⁸.

D. Zarar

Hekimin sözleşmeden veya haksız fiilden sorumluluğunun doğması için, sözleşmeye veya hukuka aykırı fiilinin zarar meydana getirmesi gerekir⁸⁹. Zarar genel anlamıyla herhangi bir dezavantajdır⁹⁰. Sorumluluk hukukunda zarar, dar anlamıyla, kişinin malvarlığı değerinde kişinin iradesi hilafında meydana gelen azalmadır⁹¹. Dar anlamda zarar maddi zararı kapsar. Manevi zarar, kişilik haklarının uğradığı saldırı sebebiyle kişinin bedensel, bedensel ve/veya ruhsal (manevi) acı duyması, hayat zevkinde azalma meydana gelmesidir⁹². Geniş anlamıyla tazminat hukukuna giren zarar kavramı hem maddi hem de manevi zararı kapsar⁹³. Manevi zarar, tazminat hukukuna özgü dar ve teknik anlamda bir zarar (parasal değer kaybı) kalemi değildir. Manevi zarar, maddi zarar kalemleri arasında yer almayan, tazminat yaptırımını ile belli ölçüde telafi ya da tatmin edilen; maddi olmayan (malvarlıksal=parasal değer taşımayan) adaletsizlik olarak tanımlanmaktadır^{94,95}.

Sorumluluk hukukunda tazmin yükümlülüğüne konu zarar, kişinin hakkını veya korunan değerini ihlâl eden, iradesi dışında meydana gelen fiil veya olayların olumsuz sonucudur⁹⁶. Bu anlamda zararın, maddî zarar/manevî zarar; normatif zarar/gerçek (fiilî) zarar; kişisel zarar/nesnel zarar ayırımları gibi farklı ölçütlere göre belirlenen değişik türleri vardır⁹⁷.

Hekimin tıbbî meslek kusuru sebebiyle sorumlu tutulabilmesi hastanın malvarlığı ve/veya kişi değerlerinde azalma meydana gelmelidir. Örneğin, hastanın hekimin tıbbî meslek kusuru sebebiyle yeni bir ameliyat geçirmek zorunda kalması veya diğ hekiminin dikkatsizliği neticesinde hastanın ağız boşluğunun parçalanması hallerinde maddi zarar doğmuştur⁹⁸.

Manevi zararda adaletsizlik sebebiyle ortaya çıkan acı ve ızdırabın hafifletilmesi maksadıyla tazminat ödenmektedir. Kötü uygulama sebebiyle hastanın psikolojik veya ruhsal

⁸⁸ BÜCHLER, MICHEL, s. 216.

⁸⁹ HERRING, s. 119.

⁹⁰ OFTINGER, STARK, s. 70.

⁹¹ NOMER, s. 179; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 75.

⁹² ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 76; BÜCHLER, MICHEL, s. 202.

⁹³ ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 75.

⁹⁴ OFTINGER, STARK, s. 72; AYAN, s. 110.

⁹⁵ Manevi zarar ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. DOĞRAMACI, s. 115 vd.

⁹⁶ DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 247; ÖZDEMİR H., s. 65.

⁹⁷ DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 247; ÖZDEMİR H., s. 65.

⁹⁸ AYAN, s. 110.

değerlerinde manevi azalma meydana getiren hekim tazminat yükümlüsü olabilir⁹⁹. Örneğin, hayati tehlikesi bulunmayan Yehova şahidinde rızası hilafına kan verilmesi halinde fiziki bir zarar meydana gelmemesine karşın manevi zarar doğar.

E. Nedensellik Bağı

Hekimin kusurlu fiili ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağı kurulabilmelidir¹⁰⁰. Hayatın olağan akışına göre hekimin fiili meydana gelen zararı doğurmakta elverişli olmalıdır¹⁰¹.

Bazı hallerde fiil ile meydana gelen zarar birbirine uygun olmaz. Bu hallerde *uygun olmayan illiyet* veya *uygunsuzluk/elverişsizlik* söz konusu olur¹⁰². Uygunsuzluk, *uygunluğun yokluğu* veya *uygunluğun kesilmesi* şeklinde ortaya çıkabilir. Başlangıçtan itibaren, fiil mahiyeti itibariyle zararı meydana getirmeye uygun değilse *uygunluğun yokluğundan* bahsedilir¹⁰³. Nedensellik bağının kesilmesi ise somut olayda yeni bir olayın ortaya çıkmasıyla mevcut fiilin arka planda kalmasıyla gerçekleşir¹⁰⁴.

Nedensellik bağı, zarar görenin veya üçüncü kişinin kusurunun veya mücbir sebebin varlığı halinde kesilir¹⁰⁵.

Mücbir sebep (zorlayıcı neden) olgusu, doktrinde objektif teori ve sübjektif teori ile açıklanmaktadır. Sübjektif teori, sorumlu veya borçluyu esas alır¹⁰⁶. Sübjektif teoriye göre; mevcut şartlarda azami özenin gerçekleşme şekli ve şiddeti sebebiyle aşan her olay mücbir sebeptir¹⁰⁷. Objektif teoride, kişi bazlı (özne temelli) değil somut olayın meydana gelişinden değerlendirme yapılmaktadır¹⁰⁸. Mücbir sebep, sorumlu veya borçlunun faaliyeti dışında (haricen) meydana gelen, borcun veya genel bir normun ihlâline mutlak kaçınılmaz şekilde yol açan, öngörülmesi veya engellenmesi mümkün olmayan, kaçınılamaz türden olağanüstü olaylardır¹⁰⁹.

⁹⁹ DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 249.

¹⁰⁰ REİSOĞLU, s. 9; NOMER, s. 182; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 88; ÖZDEMİR H., s. 66; STEHLE, REICHLE, s. 74; BÜCHLER, MICHEL, s. 212.

¹⁰¹ NOMER, s. 182; STEHLE, REICHLE, s. 74.

¹⁰² EREN, Uygun İlliyet, s. 171; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 94.

¹⁰³ EREN, Uygun İlliyet, s. 171; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 94.

¹⁰⁴ EREN, Uygun İlliyet, s. 173; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 94.

¹⁰⁵ NOMER, s. 185; OFTINGER, STARK, s. 154; BÜCHLER, MICHEL, s. 214.

¹⁰⁶ EREN, Uygun İlliyet, s. 175.

¹⁰⁷ EREN, Borçlar Genel, s. 630.

¹⁰⁸ EREN, Uygun İlliyet, s. 175.

¹⁰⁹ EREN, Uygun İlliyet, s. 176; EREN, Borçlar Genel, s. 630.

Beklenmedik hal (umulmayan durum) olgusu da zararlı sonucu doğurmaya elverişli bir diğer sebeptir¹¹⁰. Beklenmedik hal, sorumlu kişinin irade ve davranışından bağımsız şekilde sözleşmenin veya genel bir davranış normunun nispeten öngörülemez ve kaçınılmaz olarak ihlâli sonucuna yol açan sorumluluğu azaltıcı ve hafifletici bir olaydır¹¹¹.

Tesadüfi olayların iki ayrı türü olan mücbir sebep ve beklenmedik hal arasında nitelik yönünden değil nicelik yönünden fark vardır¹¹². Mücbir sebep teşkil eden olay daha şiddetlidir; herkesçe öngörülemez ve mutlak surette kaçınılmazdır ve bu nedenle nedensellik bağıni her durumda keser. Oysa beklenmedik hal teşkil eden olay ya da durum, daha az şiddetlidir ve herkesçe değil de belli kesimlerce öngörülebilir ve karşı konulabilir olduğu için nedensellik bağıni kesebilecek yoğunlukta değildir¹¹³.

Zarar görenin kusuru, nedensellik bağıni kesen sebeplerdendir. Zarar görenin kusuru, zararlı sonucun doğumunda nedensellik bağıni tamamen keserse hekim sorumluluktan kurtulur¹¹⁴. Ancak nedensellik bağıni tamamen kesmemiş, zararlı sonucun doğumuna katkıda bulunmuşsa ortak nedensellik sebebiyle tazminattan indirim yol açar, sorumluluktan kurtarmaz¹¹⁵. Örneğin, obez hastada rahim ameliyatı ameliyat sonrası dikişin patlamaması için korse giyilmesi ve her gün pansumanın yenilenmesi gerektiği taburcu edilirken hekim tarafından bildirilmesine rağmen, hasta ve hasta yakınları tarafından bakım ihmal edilmiştir. Ameliyat yarası enfeksiyon kapmış ve sepsis (enfeksiyonun tüm vücuda yayılması) sebebiyle hasta çoklu organ yetmezliğine girip vefat etmiştir. Bahse konu bakımın yerine getirilmemesi sebebiyle meydana gelen zarara, zarar görenin kusuru yol açmıştır. Hekimin sorumluluğu doğmaz.

Üçüncü kişinin kusuru, nedensellik bağıni kesecek yoğunlukta ise fail sorumluluktan kurtulur. Nedensellik bağıni kesecek yoğunluk; üçüncü kişinin kusurunun failin kusurundan yoğun olmasıdır¹¹⁶. Failin kusuru örneğindeki obez hastanın ileri yaş sebebiyle kendisine bakamayacak durumda olması halinde, hasta yakınlarının bakım vermesi gerekmektedir. Hasta yakınlarının bakım verme yükümlülüğünü ihlâl etmesi sebebiyle, mevcut ölüm neticesi doğduğundan hekim sorumlu tutulamaz.

¹¹⁰ EREN, Uygun İlliyet, s. 139.

¹¹¹ EREN, Uygun İlliyet, s. 139.

¹¹² EREN, Uygun İlliyet, s. 176.

¹¹³ EREN, Uygun İlliyet, s. 176.

¹¹⁴ EREN, Uygun İlliyet, s. 187; EREN, Borçlar Genel, s. 636.

¹¹⁵ EREN, Borçlar Genel, s. 636.

¹¹⁶ EREN, Borçlar Genel, s. 639.

Meydana gelen zarar, hekimin fiili kadar hastanın biyolojik yapısından kaynaklanabilir veya artabilir. Hekimin davranışı kadar etki eden biyolojik etmen söz konusu olduğunda sebepler yarışır¹¹⁷. Ancak, hekimin özen yükümlülüğü gereği dikkate alması gereken bir biyolojik etmen söz konusu ise bu kez hekimin fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağı kurulur¹¹⁸. Örneğin, ameliyat sırasında kan kaybından ölen hastanın hemofili hastası olması halinde ölüm neticesini doğuran ameliyatın kendisi değil, hemofili hastalığıdır. Ancak unutulmamalıdır ki hekimin özen yükümlülüğü kapsamında hastanın hemofili hastası olma ihtimalini ameliyat öncesinde araştırması gerekir. Araştırmayı yapmayan hekim, kusurlu olarak bu ihtimali göz ardı ettiğinden sebeplerin yarışması söz konusu olmaz¹¹⁹.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir kararında; bilinci kapalı olan çocuğu saat 07.15'te acil servise götürmek yerine hekimin muayenehanesinde 3-4 saat muayenehanenin açılmasını bekleyen ebeveynin kusurlu olduğunu tespit etmiştir. Ancak ebeveynin kusurunun, hekimin çocuğun klinik tablosunu önemsiz olarak aktarması ve tedavi seçenekleri hususunda eksik bilgilendirmesinden kaynaklanması sebebiyle nedensellik bağını kesmeyeceğine hükmetmiştir¹²⁰.

III. TIBBÎ SORUMLULUK HUKUKUNDA MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON AYIRIMI

A. Malpraktis

Tıbbî meslek kusuru veya sanat hatası (*Kunstfehler*), hekimin tıp biliminde genel kabul görmüş kuralları özen eksikliği sebebiyle göz ardı etmek suretiyle bu kurallara aykırı davranması olarak tanımlanmıştır¹²¹. Türk sorumluluk hukuku doktrininde bir görüş, meslek kusuru kavramını ihmalden farklı bir kavram olarak değerlendirmektedir¹²². Bu görüşe göre; meslek kusurunda zorunlu olarak ihmal vardır. Ancak her ağır ihmal bir meslek kusuru değildir. Diğer bir görüş ise, meslek kusuru kavramını ihmal kavramı içerisinde değerlendirmekte ve böyle bir kavram yaratılmamış olsaydı dahi ihmal kapsamında kusur sorumluluğunun yine de doğacağını savunmaktadır¹²³.

¹¹⁷ AYAN, s. 112; ÖZDEMİR H., s. 67; DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 251.

¹¹⁸ AYAN, s. 112; ÖZDEMİR H., s. 67; DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 251.

¹¹⁹ AYAN, s. 112.

¹²⁰ BGE 116 II 519.

¹²¹ KUHN, s. 605; BEAUCHAMP, CHILDRESS, s. 120; AYAN, s. 104 vd.; ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 83 vd.; ÖZDEMİR H., s. 65.

¹²² ŞENOCAK, Hekimin Sorumluluğu, s. 84.

¹²³ ÖZDEMİR H., s. 65.

Meslek kusuru, meslek hatası olarak ifade edilen kavram Almanca *Kunstfehler*, İngilizce *Malpractice* kelimesinin karşılığıdır. Tıbbî kusurlu eylem, tıbbî kötü uygulama veya doğrudan dilimize geçmiş haliyle malpraktis, tıp biliminin teorik ve pratik alanda belirlenmiş, genel kabul görmüş kurallara uyulmasında gerekli dikkat ve özenin gösterilmemesi neticesinde sağlığın bozulmasına yol açabilecek nitelikte hukuka aykırı davranışta bulunmaktır¹²⁴. Malpraktis, hekim ile hasta arasında sözleşme bulunup bulunmamasına göre haksız fiil veya sözleşmeden doğan sorumluluğa yol açar¹²⁵.

Türk Tabipler Birliği Meslek İlkeleri m. 13'te malpraktis "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi 'hekimliğin kötü uygulaması'*" olarak tanımlanmaktadır.

Tıbbî Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Yasa Tasarısı m. 3'te tıbbî kötü uygulanma olarak anılan kavram; "*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.

Malpraktis hekim tarafından gerçekleştirildiğinde hekimliğin kötü uygulaması olarak da adlandırılabilir¹²⁶.

Malpraktis kavramını oldukça geniş yorumlayan ve hangi sebeple olursa olsun sağlık çalışanının bir müdahalesi veya müdahaleden kaçınması neticesinde hastanın zarar gördüğü tüm halleri malpraktis olarak yorumlayan bir görüş de vardır¹²⁷.

1. Tıbbî Standart

Tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kuralları kısaca tıbbî standart olarak anılmaktadır¹²⁸. Hekimin tıbbî standarda uygun davranma yükümlülüğünü İnsan Hakları ve

¹²⁴ DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246; VOJKOVIC, s. 50.

¹²⁵ HERRING, s. 107.

¹²⁶ ÖZDEMİR G., s. 34.

¹²⁷ HAKERİ, C. I, s. 290.

¹²⁸ UYGUR, s. 362; AYAN, s. 88 vd.; ŞENOCAK, Özel Sorunlar, s. 244.

Biyotıp Sözleşmesi¹²⁹ m. 4¹³⁰, Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi¹³¹ m. 13¹³² ve Hasta Hakları Yönetmeliği¹³³ m. 11¹³⁴ hükümleri düzenlenmiştir.

Yargıtay tarafından yapılan bir tanıma göre: “...‘Tıbbi Standart’ hekimin tedavinin amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade etmekte olup, denenmiş ve bilinen temel meslek kurallarıdır...”¹³⁵.

Tıbbî standart kavramı, olay ve tehlikelere sürekli uyum sağlayan dinamik oluşu ve daimî bir gelişmeyi ifade eder¹³⁶.

Tıbbî standarttan sapan hekimin fiili tıbbî kusurlu eylem niteliği taşıyır ve tıbbî kusurlu eylem ise hekimin sorumluluğuna yol açar¹³⁷. Tıbbî standart, tıbbî açıdan hekimin özen yükümlülüğünün kapsamını belirler. Bu yönüyle hekimin sorumluluğunun belirlenmesinde önemli ve belirleyici bir hukuksal enstrüman olarak rol oynar¹³⁸. Ancak, kanunlarla değil, tıp bilimi çerçevesinde yayımlanan makale ve kılavuzlarla belirlenir¹³⁹.

Hekimin hukuksal sorumluluğu belirlenirken, ayırıcı bir unsur olan hekimin tıbbî standarda uygun davranıp davranmadığı hususunun tıbbî bilirkişilerce ortaya konulması gerekir. Aksi durumda, mahkemenin yargısal takdir yetkisini kullanarak standarttan sapan tıbbî yöntemi esas alması bilimsel özgürlüğün devlet eliyle kısıtlanması anlamı taşıyabilecektir¹⁴⁰.

¹²⁹ TBMM genel kurulunca onaylanması hakkında karar için bkz: RG. T. 20.04.2004 S. 25439.

¹³⁰ İnsan Hakları ve Biyotıp Avrupa Sözleşmesi m. 4 hükmü: “Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”

¹³¹ RG. T. 19.2.1960 S. 10436.

¹³² Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13 hükmü: “Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez.

Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır.

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.”

¹³³ RG. T. 01.08.1998 S. 23420.

¹³⁴ Hasta Hakları Yönetmeliği m. 11 hükmü: “Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir.

Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz.”

¹³⁵ Y. 15 HD. T. 30.09.2019, E. 2019/2716, K. 2019/3692, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022; Y. 15 HD. T. 09.11.2020, E. 2020/1808, K. 2020/2925, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

¹³⁶ HAKERİ, C. II, s. 1095.

¹³⁷ UYGUR, s. 362.

¹³⁸ ŞENOCAK, Özel Sorunlar, s. 244; HAKERİ, C. II, s. 1096.

¹³⁹ BÜCHLER, MICHEL, s. 212.

¹⁴⁰ ŞENOCAK, Özel Sorunlar, s. 244.

Tıbbî standartlar özen yükümlülüğünün içeriğini belirler. Hekimin özen yükümlülüğünü ihmalinin belirlenmesinde ölçü objektiftir. Buna karşın, özen yükümlülüğünün kapsamı soyut ve genel anlamda önceden tanımlanamaz¹⁴¹. Özen yükümlülüğünün kapsamı somut olayın koşullarına, yani tıbbî müdahalenin türüne, ilişkili risklere, hekimin takdirine ve mevcut zamanda hekimden nesnel olarak beklenebilecek eğitim ve performansa göre belirlenir¹⁴². Hekimin vakaya ayırabileceği süre de özenin belirlenmesinde önem taşır¹⁴³. Bu sebeptir ki tam teşekküllü bir hastanede gerçekleştirilen bir tıbbî müdahale ile bu olanaklara sahip olmayan bir hastanede gerçekleştirilen tıbbî müdahalede gösterilmesi beklenen özen yükümlülüğü farklıdır.

Aynı koşullar altında aynı mesleki deneyime ve aynı eğitim düzeyine sahip başka bir hekimin (makul, basiretli bir hekimin) göstereceği objektif özenin somut tıbbî olayda gösterilmesi beklenir¹⁴⁴.

Hekimin hangi yöntemi kullanacağı hususunda takdir yetkisi vardır¹⁴⁵. Hekim tıbbî takdir yetkisini kullanırken hastanın somut korunması gerekli üstün nitelikte özel yarar konusu olarak her zaman menfaatini ön planda tutmak zorundadır. Hekimin tababet takdir (tıbbî değerlendirme) yetkisi bazı hallerde tıp biliminde tanınan ve fakat henüz yaygınlaşmamış yöntemleri araştırıp, en güvenilir olan yöntemi seçip kullanmayı da içerir. Ancak, yeni modern yöntemin tıp biliminde genel olarak tanınan geleneksel yöntemle nazaran daha fazla iyileştirme şansı sunması ve hasta için de genel yöntemle eşit veya daha az tehlikeli (riskli) olması şartlarının birlikte (kümülatif) varlığı gerekir¹⁴⁶.

Gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin gerçekleşme risk yüzdesi ve yaratacağı olumsuz sonucun etki yoğunluğu (tehlikelilik derecesi), gösterilmesi gereken özenin ölçüsünü ağırlaştırır¹⁴⁷.

Hekim tababet eğitimi eksikliğinden ve erişilebilir güncel tıp bilgilerine erişmemiş olmasından sorumludur¹⁴⁸. Öte yandan, fiilin gerçekleştiği tarihte henüz yaygınlaşmamış teknolojik aygıtların veya yeni yayınlanmış makalede yer alan tıbbî bilginin

¹⁴¹ STEHLE, REICHLER, s. 44-45.

¹⁴² STEHLE, REICHLER, s. 44-45; LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 254; BGE 120 II 248; BGE 113 II 429; BGE 120 Ib 411 E. 4a.

¹⁴³ GATTIKER, s. 647.

¹⁴⁴ LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 253.

¹⁴⁵ AYAN, s. 106.

¹⁴⁶ AYAN, s. 106.

¹⁴⁷ AYAN, s. 103; GATTIKER, s. 647.

¹⁴⁸ KUHN, s. 615.

kullanılmamasından sorumlu tutulamaz¹⁴⁹. Ancak, internetin bilgiye erişimi kolaylaştırması karşısında, geçmişte belirlenen sürelerden daha kısa süreler için hekimin sorumlu tutulabilmesi gerekir¹⁵⁰. Kanaatimizce, her somut olayda tıbbî bilginin yaygınlaşıp yaygınlaşmadığı ayrıca değerlendirilmelidir.

Hekimin kaç yıl tecrübeli olduğu, öğrenci olup olmaması, yaşı gibi hususlar kural olarak önem arz etmez¹⁵¹. Hekimin çalıştığı meslek kategorisi ihmal için aranan özenin düzeyinde önem arz eder. Uzman hekimi çağırması mümkün olduğu halde, çağırmayan ve müdahaleyi gerçekleştiren hekimin sorumluluğu doğar¹⁵². Pratisyen hekimden uzman hekimin göstermesi gerekli özen beklenemez¹⁵³. Tıbbî ceza hukuku sorumluluğu bağlamında bir görüş¹⁵⁴, uzman hekim ile pratisyen hekim arasında özen değil, bilgi ve tecrübe farkı olması gerektiğini savunmaktadır. Tıbbî standartlara uyma ve bilgi noktasında daha fazla beklentinin söz konusu olduğunu vurgulamaktadır. Kanaatimizce, özen yükümlülüğü olarak ifade edilen husus ile tıbbî standartlara uyma ve bilgi noktasında daha fazla beklenti arasında bir fark yoktur. Şöyle ki tıp bilimi sürekli olarak güncellenen ve yeni tıbbî aletlerin kullanımı ve bilimsel gelişmelerin tıbbî standartlara uyma ve bilginin takibini gerektiren bir bilimdir. Hekimin görevi bu gelişmeleri takip etmektir¹⁵⁵. Uzman hekimin, uzmanlık alanında yayınlanan yeni makaleler ve yeni gelişmeleri pratisyen hekime kıyasla daha yakından takip etmesi gerekir¹⁵⁶. Tıbbî standartlara uyma ve meslekî bilgi birikimini arttırma da hekimin özen yükümlülüğü kapsamında değerlendirilir.

Özetle, hekim, tedavi amacına hizmet eden gerekli tüm önlemleri almakla yükümlü iken; uygun ve yararlı olmayan ve dolayısıyla endikasyon dışı yani amaca ters düşen, tıbbî gerekliliklere hizmet etmeyen tüm davranışlardan kaçınmalıdır¹⁵⁷.

¹⁴⁹ HERRING, s. 112.

¹⁵⁰ HERRING, s. 112.

¹⁵¹ HERRING, s. 116.

¹⁵² KUHN, s. 616; GATTIKER, s. 647.

¹⁵³ BELGESAY, s. 109; AYAN, s. 103; HERRING, s. 116.

¹⁵⁴ HAKERİ, C. II, s. 1090-1091.

¹⁵⁵ STEHLE, REICHLER, s. 45; ÖZTÜRKLER, s. 91.

¹⁵⁶ STEHLE, REICHLER, s. 45.

¹⁵⁷ GATTIKER, s. 647.

2. Tıbbî Uygulama Hatası / Malpraktis Kavramı ve Uygulamadan Örnekleri

Tıbbî sorumluluk hukukunda malpraktis olgusu, kusur kavramı ile ilişkilidir. Hekim ile hasta arasında sözleşmesel borç ihlâlinden doğan hukuksal sorumluluğa; aksi takdirde, sözleşme kapsamında bir edim dışı yüküm ihlâline dayalı haksız fiil sorumluluğuna yol açar¹⁵⁸.

Malpraktis, sözleşmeden doğan sorumluluk kapsamında TBK m. 506/I-II hükmünde düzenlenen özen yükümlülüğünün ihlâlidir^{159,160}. Tüm özen yükümlülüğünün ihlâli halleri malpraktis değildir¹⁶¹. Malpraktis, teşhis, tedavi veya terapi fark etmeksizin hekim-hasta ilişkisinin herhangi bir evresinde ortaya çıkabilir¹⁶².

Malpraktis, hekimin hukuksal sorumluluğunu doğurur¹⁶³. Tazminat yükümlülüğüne yol açar.

Tıbbî uygulama hataları; yargı hatası, mekanik hatalar, teknik hatalar, beklenti hataları ve sistem hataları olmak üzere beş grupta incelenebilmektedir¹⁶⁴. Bilgi eksikliği, kast ve ihmale bağlı hatalar yargı hatasıdır. Ekipmanla ilgili hatalar mekanik hatalar olarak adlandırılır. Tekniğin uygulaması sırasında oluşan hatalar teknik hatadır. Hastayı bilgilendirirken olabilecekleri saptırarak veya saklayarak farklı beklenti oluşturmak beklenti hatasına yol açar. Kurumdan veya uygulama şekline kaynaklanan kişiden kaynaklanmayan hatalar ise sistem hatasıdır.

Malpraktis teşhis veya tedavi aşamasında gerçekleşebilir. Tedavi hataları; hiç müdahale yapılmaması, ön muayenenin eksik yapılması veya yetersiz anamnez alınması, teşhise yönelik gerekli tetkiklerin yapılmaması, hastanın vücudunda yabancı madde unutulması, yanlış tedavi yöntemi veya yanlış ilaç seçilmesi veya uygulamanın yanlış yapılması, yanlış organın veya hastanın ameliyat edilmesi ve kontrol, gözetim ve tedavi sonrası bakım hataları olarak gruplandırılabilir¹⁶⁵.

Tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun muayeneye rağmen yanlış teşhis konulması, çeşitli semptomların yanlış yorumlanması veya bilimsel tartışmalara konu

¹⁵⁸ HERRING, s. 107.

Yalnızca haksız fiil sorumluluğundan doğabileceği yönünde bkz. ÖZCAN, s. 199.

¹⁵⁹ KUHN, s. 602.

¹⁶⁰ Hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin hukuksal niteliği vekâlet sözleşmesidir. Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRKİT, s. 59 vd.

¹⁶¹ KUHN, s. 605.

¹⁶² KUHN, s. 605 dpn. 12.

¹⁶³ HANCI, s. 30; DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 247.

¹⁶⁴ POLAT, s. 27.

¹⁶⁵ UYGUR, s. 370-378.

olan¹⁶⁶ tıbbî yöntemlerin uygulanmasında hekimin sorumluluğu doğmaz. Zira tıp bilimi gibi çok yönlü uygulaması olan farklı görüşlerin yer bulduğu bir mesleğin icrasında kaçınılamaz olan ve dolayısıyla hekime atfedilemeyecek hatalar olarak kabul edilir¹⁶⁷. Bu sebeple, malpraktis tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olmayan, mevcut bilimsel düzeyden uzak, tıp bilimince kabul edilemeyecek dikkat ve özen eksiklikleridir¹⁶⁸.

Teşhis hatası tek başına malpraktis teşkil etmez. Ancak, hekim yeterli zamanda özenle tıbbî standartlar çerçevesinde hastayı muayene etmekle yükümlüdür. Bu yükümlülüğe aykırı davranması sebebiyle yanlış teşhis konulmuşsa bu durum malpraktistir¹⁶⁹. Tipik semptomlara rağmen doğru teşhis konulamamışsa veya hekim teşhis için gerekli muayene yöntemlerini kullanmamışsa bu hallerde de özen yükümlülüğünün ihlâli vardır¹⁷⁰.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında¹⁷¹, çalıştığı bölgede yıllardır difteri vakası görülmeyen bir hekimin tipik semptomlara rağmen difteri teşhisi koyamamasını malpraktis kabul etmiştir. Difterinin özel bir eğitim veya deneyim gerektirmeyen bir hastalık olması sebebiyle, hekimin yıllardır bu vakayla karşılaşmaması maruz görülmemiştir.

Acil durumlarda ve zor teşhis edilen hastalıklarda tıp biliminin doğası gereği hekimin sorumluluğu daralır¹⁷². Tedavi ne kadar zorsa, hekim ne kadar az uzmanlaşmışsa veya hekimin zamanı veya imkânları azsa tazminat o kadar azalır¹⁷³. Yanlış organın ameliyat edilmesi, gerekli olduğu halde uzmana danışılmaması, ameliyat için gerekli hazırlıkların yapılmaması, tipik semptomlara rağmen hastalığın teşhis edilememesi halleri malpraktistir¹⁷⁴.

Hekim hastanın öyküsünü alırken dikkatli ve özenli olmalıdır. Hastadan yetersiz anamnez alınması özen yükümlülüğünün ihlâlidir¹⁷⁵. Yargıtay iyi anamnez (hastalık geçmiş öyküsü) almayan hekimin kusurlu olduğuna kanaat getirmiştir: “*Mahkemece, bozma ilamına uyulduktan sonra alınan 11.01.2017 havale tarihli ek bilirkişi raporunun sonuç kısmında "...ilk raporda da belirtildiği gibi, hastaneye çağrılarak hastanın kendisinden alınan anamnezde*

¹⁶⁶ Tıp bilimince genel kabul görmüş; ancak bilimsel olarak tartışılan müdahaleler. Deneysel müdahaleler bu kapsamda değildir. Hekimin sorumluluğuna yol açar. STEHLE, REICHLE, s. 44.

¹⁶⁷ STEHLE, REICHLE, s. 44; BGE 64 II 200.

¹⁶⁸ STEHLE, REICHLE, s. 43.

¹⁶⁹ STEHLE, REICHLE, s. 45.

¹⁷⁰ GATTIKER, s. 647; BGE 113 II 429 E. 3a.

¹⁷¹ BGE 57 II 196 E. 3 naklen: STEHLE, REICHLE, s. 47.

¹⁷² BGE 113 II 429.

¹⁷³ BGE 113 II 429.

¹⁷⁴ BGE 113 II 429.

¹⁷⁵ UYGUR, s. 372.

şikayetlerinin miyokard infarktüsü için tipik olduğu görülmüştür. Bu durumda, ilk başvuruda, hastadan yeterli anamnez alınmadığı için infarktüsün atlanmış olduğu kanaati oluşmaktadır. Hastanın dosyasında ilk başvuru sırasında ayrıntılı anamnez alındığına dair kayıt yoktur. Hastanın 36 yaşında bir kadın olması ve bu yaşlardaki kadınlarda kalp krizi sıklığının düşük olduğu bilgisi bu yaştaki kadınlarda hiç kalp krizi görülmeyeceği anlamına gelmemektedir. İyi bir anamnezle böyle bir hastada da infarktüs tanısı koyulabilir. Hastaya ilk başvuru anında tanı koyulabilmiş olsaydı, koroner anjiyografi ve damar açma işlemi çok daha erken gerçekleştirilecek ve kalp kası hasarı yok denecek kadar az olabilecekti." şeklinde görüş bildirdikleri, alınan bu ek raporun ise gerekçeli kararda hiç zikredilmediği anlaşılmaktadır. Yukarıda anılan ek raporun sonuç kısmına göre, davalıların kusurlu oldukları sabit olup sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde yanılığın gerekçe ile davanın reddine karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir."¹⁷⁶

Hekim tarafından gerçekleştirilen tıbbî müdahalenin güncel tıbbî standartlarda terk edilmiş olmasına rağmen kullanılması hali de hatalı uygulamadır¹⁷⁷. Tıbbî standart olarak henüz kabul görmemiş yeni müdahalelerin genel olarak tanınan yöntemle nazaran daha fazla iyileştirme şansı sunması ve hasta için genel yöntemle eşit veya daha az tehlikeli olması şartlarının yokluğuna rağmen uygulanması hali malpraktis teşkil eder¹⁷⁸.

Vücutta yabancı madde unutulması, özen yükümlülüğünün ihlâlinin tipik örneklerindedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu "...vücutta yabancı cisim unutulması başlı başına kusur sayılacağı gibi, bunun doktorun göstereceği özenin dışında olduğunu kabul etmek mümkün değildir"¹⁷⁹ ifadesi ile bu hususun altını çizmiştir.

Hekimin mevcut tıbbî bilgi düzeyini aşan, karmaşık ve disiplinler arası nitelik taşıyan vakalarda uzman danışman (konsültan) hekim çağırması gerekir. Uzman danışman hekim çağırmaktan imtina eden hekim özen yükümlülüğünü ihmal etmiştir¹⁸⁰.

Hekimin cerrahi müdahale sırasında, sağlıklı bir organı alması veya ameliyatta hedeflenenenden farklı bir organı alması tipik bir malpraktis örneğidir¹⁸¹.

¹⁷⁶ Y. 3. HD. T. 23.02.2021, E. 2020/8208, K. 2021/1838, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

¹⁷⁷ LANDOLT, HERZOG-ZWITTER, s. 255.

¹⁷⁸ AYAN, s. 106; YILMAZ, s. 171.

¹⁷⁹ Y. HGK T. 13.04.2011, E. 2010/13-717, K. 2011/129, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

¹⁸⁰ STEHLE, REICHEL, s. 50; GATTIKER, s. 647.

¹⁸¹ BGE 113 II 429 E. 3a.

Uygulamada malpraktis davalarının büyük çoğunluğu genel cerrahi alanından kaynaklanmaktadır. Kadın hastalıkları ve doğum alanı da genel cerrahiden sonra en fazla dava konusu olan alandır¹⁸². Hekim mesleki sorumluluk sigortası dosyaları üzerinde yapılan bir incelemede %26,7 oranı ile en fazla hasar meydana gelen konu hamilelik sürecinin yönetilmesinde yetersizlik olduğu tespit edilmiştir¹⁸³.

B. Komplikasyon

Komplikasyon kavramı için farklı farklı pek çok tanım yapılmıştır. Bilgi ve beceri eksikliği sonucu olmayan, öngörülemeyen veya öngörülse dahi engellenemeyen istenmeyen sonuçtur¹⁸⁴.

Tıp bilimince izin verilen ve hukuken de sorumluluk sonucunu doğurmayan ve dolayısıyla, tazminat yaptırımı uygulanması gerektirmeyen belli bazı türden bilgi ve beceri eksiklikleri kural olarak komplikasyon hali teşkil eder¹⁸⁵.

Komplikasyon, tedavi süresince veya sonrasında rastgele ortaya çıkabilen, hekim tarafından da öngörülebilmesine rağmen önlenmesi mümkün olmayan istenmeyen olumsuz sonuçlardır¹⁸⁶.

Yargıtay tarafından yapılan bir tanıma göre; “*Komplikasyon hekimin tıbbî müdahaleyi gerçekleştirirken her şeyi doğru yapmasına rağmen yine de istenmeyen bir sonucun meydana gelmesidir ve komplikasyonun iyi ve doğru yönetilmiş olması kaydıyla, istenmeyen sonucun ortaya çıkmasında tıp ilminin genel kurallarının kusurlu ihlâli söz konusu olmadığından hekimin sorumluluğu doğmayacaktır*”¹⁸⁷.

Kısaca, tıbbî fiile veya hastalığın kendisine ilişkin tehlike ve riskler olarak da ifade edilebilen¹⁸⁸ komplikasyonlar, öngörülse bile kaçınılmaz olup, istenmeden ve rastlantısal sonuçlar doğururlar¹⁸⁹.

¹⁸² CAN, ÖZKARA, CAN, s. 72.

¹⁸³ YILDIRIM, s. 127.

¹⁸⁴ CAN, ÖZKARA, CAN, s. 73.

¹⁸⁵ DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246.

¹⁸⁶ VOJKOVIC, s. 50.

¹⁸⁷ Y. HGK T. 07.07.2021, E. 2017/2244, K. 2021/961, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022; Y. HGK T. 07.07.2021, E. 2017/1981, K. 2021/960, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022; Y. HGK T. 08.04.2021, E. 2017/680, K. 2021/449, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

¹⁸⁸ STEHLE, REICHLER, s. 43.

¹⁸⁹ VOJKOVIC, s. 50.

Komplikasyonlar kural olarak bir meslek hatasına bağlı olmadığı ölçüde hekimin hukuksal sorumluluğuna yol açmaz¹⁹⁰. Hekimin tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun hareket etmesi yeterlidir¹⁹¹.

Hekimin tıbbî standartlara uygun davranıp davranmadığının tespiti; ancak alanında uzman hekim sıfatını haiz tıbbî bilirkişilerce yapılabilmektedir.

Hekimler arasında yaygın olan hatalı kanının (galat-ı meşhur = yaygın yanlış) aksine, komplikasyonun varlığı her durum ve koşulda, mutlak olarak hekimin hukuken kusursuzluğu sonucuna yol açmaz¹⁹². Hekim komplikasyon karşısında tıp bilimince genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun hareket etmediği veya bilgilendirme yükümlülüğünü ihlâl ettiği ya da klinik tedavi ve olası nispî komplikasyon sürecini basiretli bir hekim gibi davran(a)mayarak iyi yönet(e)mediği takdirde hukuksal sorumluluk altına girer.

Bilirkişi raporları ile komplikasyon olduğu hususu açıkça ortaya konulmuş olmasına rağmen bilgilendirme yapılmaması sebebiyle hekimin sorumluluğu olduğu yönünde kararlar vardır¹⁹³.

Yargıtay bir kararında yapılacak değerlendirmeyi şu şekilde özetlemiştir: “ *taraflar arasındaki sözleşmenin eser sözleşmesi niteliğinde olduğu ve yukarıda yapılan açıklamalar gözetildiğinde davacı yanın göğüs toparlama ve karın estetiği ile ilgili isteminin yüklenici tarafından daha güzel bir görünüme kavuşturulacağı yönünde bir garanti verilmesi ve müdahale sonrası sürecin sağlıklı bir şekilde neticelendirilmesi niteliğinde olduğu gözetildiğinde, hekimin eylemine ilişkin olarak hukuka uygun bir tıbbi müdahale gerçekleştirildiği yönündeki görüş yeterli olmayıp, ayrıca davacının isteklerinin karşılanıp karşılanmadığı, ayıplı olduğu iddia edilen göğüs toparlama ve karın estetiği ile ilgili olarak; hekimin edimini yerine getirip getirmediği ya da komplikasyon olup olmadığı ve komplikasyon konusunda aydınlatma görevinin yerine getirilip getirilmediği ve komplikasyon yönetiminin doğru yapılıp yapılmadığı hususları tartışılıp değerlendirilmek üzere, aralarında akademik kariyere sahip, üniversitelerden seçilecek estetik plastik ve rekonstrüktif cerrahisi konusunda uzman 3 kişilik bilirkişi kurulu oluşturulmak ve gerektiğinde muayene edilmek suretiyle, dosyadaki belge ve bilgiler incelenerek alınacak rapora yapılacak itirazlar da dikkate alınıp*

¹⁹⁰ DEMİR, Sözleşmeden Doğan Sorumluluk, s. 246; DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 248.

¹⁹¹ Urteile des BGR 6B_408/2013 vom 18. Dezember 2013 E. 4.2; BGE 134 IV 175 E. 3.2; STEHLE, REICHLE, s. 43.

¹⁹² SAVAŞ, s. 260.

¹⁹³ Ankara BAM, 3. HD., T. 01.03.2018, E. 2017/1404 K. 2018/334, www.lexpera.com.tr, E.T.: 18.03.2022; Samsun BAM, 5. HD., T. 25.11.2020, E. 2020/1332 K. 2020/1993, www.lexpera.com.tr, E.T.: 18.03.2022.

maddi ve manevi tazminat koşulları oluşup oluşmadığı değerlendirilerek hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmelidir.”¹⁹⁴ Karar estetik müdahaleye ilişkin olduğundan, vekâlet sözleşmesi yerine eser sözleşmesi olduğu kabulü ile değerlendirme yapılmıştır¹⁹⁵. Bu sebeple, hastanın isteklerinin karşılanıp karşılanmadığı hususu da değerlendirilmesi gereken hususlar arasında sayılmıştır. Vekâlet sözleşmesi yönünden kural olarak bu değerlendirmeye gerek bulunmamaktadır. Hastanın isteklerinin karşılanıp karşılanmadığı hususu, beklenti hatası bulunup bulunmadığı yönünden de değerlendirilebilir. Bilgilendirme sırasında hastada yanlış beklenti oluşturan hekim tıbbî uygulama hatası gerçekleştirmiştir.

Yargıtay bilirkişi tarafından komplikasyon olduğu tespit edilen hallerde, komplikasyon hakkında bilgilendirmenin yapılıp yapılmadığı, bilirkişi raporunun gerekçesinin tatmin edici olup olmadığı gibi kriterlere göre değerlendirme yapmakta ve bozma kararı verdiği dosyalarda raporun üç kişilik bilirkişi heyetince rapor hazırlanmasını tercih etmektedir¹⁹⁶.

Bir BAM kararında bilirkişi raporunda yer alması gereken hususlar vurgulanmıştır: “...müteveffanın tedavisine ilişkin seyrin tespiti, bu olayda davalıların ayrı ayrı hafif bile olsa kusurlarının olup olmadığı, var ise kusurlarının niteliğinin net şekilde açıklanması, tedavi yönteminin tıbben uygun yöntem olup olmadığı, davalı tarafça uygulanan tıbbi müdahale sırasında hastanın tüm özelliklerinin titizlikle göz önüne alınıp alınmadığı, komplikasyon bulunup bulunmadığı ve varsa komplikasyonun meydana gelmemesi ile komplikasyonun yönetimi hususunda davalı tarafın gerekli özen ve titizliği gösterip göstermediği, ayrıca yapılacak ameliyatın niteliği ve oluşabilecek komplikasyonlar konusunda davalı tarafça aydınlatılmış onam yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği, sonuç olarak tıbbin gerek ve kurallarına göre olayda davalı tarafların sorumluluğunu gerektirecek ihmal veya hatalı işlem bulunup bulunmadığı hususlarında nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve yargı denetimine elverişli, önceki raporları da irdeler şekilde bilirkişi kurulu raporu alınmak suretiyle hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekirken...”¹⁹⁷. Tüm bu hususlar yargılama sürecini yöneten hâkimin, hukuken malpraktis ve nispi komplikasyon ayırımını tıbbî ölçütlere de uygun olarak yapabilmesine hizmet eder. Özellikle, “*davalı tarafça uygulanan tıbbi müdahale sırasında hastanın tüm özelliklerinin titizlikle göz önüne alınıp alınmadığı*” hususu nispi

¹⁹⁴ Y. 15 HD. T. 09.11.2020, E. 2020/1808, K. 2020/2925, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

¹⁹⁵ Estetik müdahalelerin eser sözleşmesi niteliği taşıdığı Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarında kabul görmektedir. Ancak bu durum doktrinde eleştirilmektedir. Bknz. KİRKİT, s. 56 dñn. 228’de anılan yazarlar.

¹⁹⁶ Y. HGK. T. 07.07.2021, E. 2017/2244, K. 2021/961, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022; Y. 3. HD. T. 15.09.2021, E. 2020/6148, K. 2021/8490, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022; Y. 3. HD. T. 30.09.2021, E. 2020/6562, K. 2021/9301, www.yargitay.gov.tr, E.T.: 18.03.2022.

¹⁹⁷ Samsun BAM, 5. HD., T. 25.11.2020, E. 2020/1332 K. 2020/1993, www.lexpera.com.tr, E.T.: 18.03.2022.

komplikasyonda objektif özen yükümlülüğüne aykırılığın tespitinde önem taşıdığını belirtmek gerekir.

C. Malpraktis ve Komplikasyon Arasında Olgusal İlişki

Malpraktis ve komplikasyon ayrımı, her somut olaydaki tıbbî koşullara göre yapılır¹⁹⁸. Kural olarak hekimin tıbbî standarda aykırı müdahaleleri malpraktis teşkil eder. Komplikasyon ise tıp bilimi çerçevesinde öngörülebilir; ancak kaçınılmaz ve rastgele olarak meydana gelen istenmeyen sonuçlardır. Bazı tipik olgular komplikasyon hali olarak sayılmaktadır. Ancak sayılan bu olgular mutlak olarak sorumsuzluk nedeni değildir¹⁹⁹. Somut olaydaki durum ve koşullar, tıbbî müdahalenin yaratabileceği riskler, gerçekleşme yoğunluğu ile öngörülebilirlik ve önlenebilirlik yüzdeleri çerçevesinde malpraktis veya komplikasyon olarak nitelendirilebilirler²⁰⁰. Meydana gelen komplikasyonun önlenmesi kesin olarak mümkün değil ise mutlak, aksi halde nispi komplikasyondan söz etmek gerekir. Kontrol edilebilir riskler beklenmedik hal kapsamında nispi komplikasyon teşkil eder. Önlenmesi mümkün olmayan komplikasyonlar ise, mücbir sebep kapsamında mutlak komplikasyondur. Mücbir sebep, nedensellik bağına mutlak komplikasyonlar kestiğinden sorumluluk kapsamı dışında kalır. Beklenmedik hal niteliği ve görünümü taşıyan nispi komplikasyon olgusu ise, objektif özen yükümlülüğüne aykırılık ölçüsünde kısmen de olsa hukuksal sorumluluk kapsamında değerlendirilir²⁰¹. Hastanın somut (fiilî) ya da varsayımsal (farazi) iradesine aykırı tıbbî müdahale gerçekleştirme sırasında nispi komplikasyonla karşılaşan bir hekim TBK m. 527/II hükmü çerçevesinde beklenmedik halden sorumlu tutulacaktır²⁰².

Mutlak komplikasyon ile malpraktis birbirinden uzak kavramlardır. Zira mutlak komplikasyon halinde nedensellik bağı kesilmiştir ve sorumluluk doğmamaktadır. Nispi komplikasyon ise hekimin beklenmedik halden sorumluluğu ölçüsünde malpraktis ile oldukça yakın bir ilişki halindedir.

Örneğin, hekimin takip etmekte olduğu AIDS hastasına bağışıklık güçlendirici ilaçlar vermesine karşın, hastada da zatürre gelişmesi, AIDS hastalığının bir komplikasyonudur. Hekimin bağışıklık güçlendirici ilaç vermek dışında bu komplikasyonu önleyebileceği bir yol

¹⁹⁸ DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 89. Ayırımın tıbbî yönden değerlendirilmesiyle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, age.

¹⁹⁹ DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 88.

²⁰⁰ DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 88.

²⁰¹ DEMİR, Tıbbi Sorumluluk, s. 87.

²⁰² ÖZTÜRKLER, s. 197; ÖZ, s. 138.

yoktur. Kaçınılmaz olan bu durumda mutlak komplikasyon söz konusu olduğundan, malpraktis ihtimali gündeme gelmez.

Bir araştırmada, çeşitli boyun bölgesi ameliyatlarında *rekürren laregeal sinir* hasarlarının malpraktis veya komplikasyon teşkil edip etmediği incelenmiştir²⁰³. Ameliyatın uzun sürmesinin hasta için tehlike arz etmediği ve sinir hasarı riski olan bazı boyun bölgesi ameliyatlarının ameliyat kayıtlarında, sinirin yerinin tespit edildiği ve korunduğuna dair kayıtların olmaması sebebiyle malpraktis olduğuna karar verildiği görülmüştür. Hastanın anatomik yapısının değişik olması, inflamasyon sebebiyle ameliyat bölgesinin çalışmaya uygun olmaması ve hastalığı tedavi etmek için sinir hasarının kaçınılmaz olması hallerinde kaçınılmaz olduğundan komplikasyon olduğuna karar verildiği görülmüştür.

Bir BAM kararında mesane rüptürü komplikasyon olarak kabul edilmiştir: *“Mahkemece, davacıda meydana gelen mesane rüptürünün sezeryan ameliyatının istenmeyen bir komplikasyonu olduğunun tıbben kabulünün gerektiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, davacı taraf karara karşı istinaf yoluna başvurmuştur. Taraflar arasındaki uyuşmazlık, sezeryan sırasında ayrıca yapılan mesane ameliyatının sezeryanın komplikasyonu mu yoksa bebeklere ulaşılabilmesi için zorunlu olarak yapılan işlem mi olduğu noktasında toplanmaktadır. Davaya konu Sağlık Sigorta Poliçesi Özel Şartları'nın C.1 maddesi; "Normal doğum, sezeryan giderleri, gebelik muktad kontrollerine ait giderler ve gebelik ve doğumun neden olduğu rahatsızlıklara ilişkin giderler (zorunlu kürtaj, düşük, düşük tehdidi, gebelik kusmaları, doğum sonrası komplikasyonları vb.) doğum giderleri teminatı dahilinde ödenir" hükmünü düzenlemektedir. Tanık olarak dinlenen hekimler beyanında; davacının idrar kesesinin rahimin üst duvarına yapışık olduğunu, rahime ulaşmak için zorunlu olarak mesanın kesilmek durumunda kaldığını, bu durumun sezeryanın komplikasyonu olmadığını, davacının önceden bilinmeyen mesane rahatsızlığı nedeni ile bebeklere ulaşılabilmesi için zorunlu olarak mesanenin kesildiğini beyan etmişlerdir. İlk derece mahkemesinde alınan bilirkişi heyeti raporunda; ameliyat raporunda; mesane rüptürü/ idrar kesesi yırtılmasının davacıya yapılan sezeryan sonucunda ikiz bebeklerin doğumunun gerçekleşmesi ve rahmin kapatılması sırasında farkedildiğinin ifade edildiğini, bu nedenle mesane rüptürünün sezeryan ameliyatının istenmeyen bir komplikasyonu olduğunun kabulü gerektiğini, mesane yaralanmasının tek başına bağımsız bir hastalık olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığını ve doğum teminatı içinde değerlendirilmesi gerektiğini, ancak doğum sürecinde yapılan işlemler nedeniyle doğum*

²⁰³ VERZELETTI, VASSALINI, BIN, LANCINI, RESTORİ, FERRARI, s. 502.

teminatının tüketildiğini belirtmişlerdir. Davacının rapora itirazı üzerine alınan ek raporda; sezeryan sırasında batın açıldığında, rahime ulaşmak için mesane yaralanmasının önceden öngörülmesinin mümkün olmayacağını, ameliyat raporunda mesane rüptürü olduğunun ifade edildiği, cerrahi kesi halinde bunun rüptür olarak tanımlanmaması gerektiğini belirtmişlerdir. Ameliyat raporunda mesanenin yükselmiş olduğu, mesane üzerinde klivaj bulunarak uterusu girildiği ve ikizlerin doğumunun sağlandığı, uterusun kapatılmasından sonra mesane rüptürünün farkedildiğinin beyan edilmesi karşısında, mesane yaralanmasının tek başına bağımsız bir hastalık olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı, yapılan sezeryan ameliyatı ile ameliyat sırasında oluşan mesane rüptürü arasında açık bir illiyet bağı bulunduğu, bu nedenle mesane rüptürünün sezeryan ameliyatının istenmeyen bir komplikasyonu olduğunun kabul edilip doğum teminatı içinde değerlendirilmesi gerektiği, ancak doğum sürecinde yapılan işlemler nedeniyle doğum teminatının tüketildiği anlaşıldığından mahkemece davanın reddine karar verilmesinde isabetsizlik görülmemiştir. Açıklanan nedenler ile ilk derece mahkeme kararında hukuka aykırılık görülmediğinden, davacı vekilinin istinaf başvurusunun HMK'nın 353/1.b.1 bendi gereğince esastan reddine karar verilmesine dair aşağıdaki hüküm kurulmuştur²⁰⁴. Karar konusu olayda komplikasyon olarak tespit edilen mesane rüptürünün mutlak komplikasyon olduğundan söz edilemez. Başka bir olayda mesane rüptürü malpraktis neticesinde meydana gelmiş olabilir. Beklenmedik hal olarak değerlendirilebilecek bu olay, nispî komplikasyondur.

SONUÇ

Tıbbî müdahale, kişilik hakkına müdahale niteliği taşıdığından kural olarak hukuka aykırıdır. Hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı ile hukuka uygun hale gelir. Hastanın bilgilendirilmiş rızasının varlığı hukuka uygunluk sebeplerinin başında gelir. Hastanın bilgilendirilmiş rızası alınmadan ve/veya diğer hukuka uygunluk sebepleri bulunmaksızın gerçekleştirilen tüm tıbbî müdahaleler, her ne kadar tıbbî standartlara uygun olsalar dahi hekimin hukuksal sorumluluğunun doğmasına yol açar.

Hukuka uygun tıbbî müdahale gerçekleştirilmesine rağmen, müdahalenin tıbbî standartlara uygun olmaması halinde de hekimin özen yükümlülüğünün ihlali gündeme gelir. Hekimin özel hukuk sorumluluğunun unsurları; hukuka veya sözleşmeye aykırılık, kusur, zarar ve nedensellik bağıdır.

²⁰⁴ İstanbul BAM, 17. HD., T. 23.9.2021, E. 2018/1937 K. 2021/1030, www.lexpera.com.tr, E.T.: 18.03.2022.

Hekimin özen yükümlülüğünün ihlâli haksız fiil sorumluluğu yönünden hukuka aykırılık unsuruna, sözleşmeden doğan sorumluluk yönünden sözleşmeye aykırılık unsuruna karşılık gelir. Tıbbî standarda aykırı davranış hukuka ve/veya sözleşmeye aykırılıktır.

Hekimin tıbbî meslek kusuru, sorumluluk hukuku bağlamında genel kusurdan ayrıılmaz ve kast veya ihmâl şeklinde ortaya çıkabilir. Ancak tıbbî sorumluluk hukukunda tıbben kusurlu eylemin kast ve ihmâl ayırımından birine girmesinden öte, hekimin gerçekleştirdiği tıbbî eylemin en azından hafif ihmâl teşkil edip etmediği hususu da önem taşır.

Hekimin tıbbî meslek kusuru ile yol açtığı zararların tazmini gerektiği ölçüde tazminat konusu edilmesi gerekir. Tıbbî sorumluluk hukukunda zarar ise, hastanın kişilik hakkının ve/veya hukuken korunan değerinin hastanın iradesi dışında meydana gelen fiil veya olayların meydana getirdiği olumsuz sonuçtur. Zararın farklı ölçütler çerçevesinde belirlenen değişik türleri (doğrudan/dolaylı zarar; fiili zarar / yoksun kalınan kazanç; gerçek zarar / normatif zarar gibi) bulunmakta ise de maddi ve manevi zarar ayırımı tıbbî tazminat kapsamında öne çıkar.

Hekimin tıbbî kusurlu fiili ile meydana gelen zarar arasında uygun nedensellik bağının kurulabilmesi gerekir. Uygun nedenselliğin hiç kurulamaması veya kesilmesi hallerinde sorumluluk doğmaz. Nedensellik bağı, üçüncü kişinin veya zarar görenin kusuru veya mücbir sebebin varlığı halinde kesilir. Beklenmedik hal, sorumlu kişinin irade ve davranışından bağımsız şekilde sözleşmenin veya genel bir davranış normunun kaçınılmaz olarak ihlâli sonucuna yol açar. Öngörülmesi ve kaçınılması objektif ölçülerde mümkün olmayan derecede ağır ve karşı konulamaz türden beklenmedik olaylar birer mücbir sebeptir. Bu iki tesadüfi(rastlantısal) olay arasında nicelik ve etki farkı vardır. Mutlak kaçınılmaz ve öngörülemez türden dışsal (haricî) bir olay olan mücbir sebep olgusu, kesin olarak nedensellik bağını keserken (tam sorumsuzluk etkisi); beklenmedik hal, daha az şiddetlidir ve nedensellik bağını kesmeyebilir (kısmî sorumsuzluk etkisi).

Hekimin tıbbî kusurlu eylemi veya bir başka deyişle malpraktis, uygulamada malpraktis davası olarak bilinen hekimin hukuksal sorumluluğuna ilişkin davalara yol açmaktadır. Tıbbî standarda aykırı davranışlar malpraktis teşkil eder. Komplikasyon ise öngörülemeyen veya öngörülse dahi engellenemeyen tıbbî sonuçlardır.

Hekimin tıbbî kusuru malpraktis olduğundan diğer unsurların varlığı halinde hekimin hukuksal sorumluluğuna yol açar. Komplikasyon ise, mücbir sebep veya umulmadık hal teşkil etmesine göre ikiye ayrılır. Mücbir sebep teşkil eden ve kaçınılmaz olan komplikasyon, mutlak komplikasyondur. Kontrol edilebilir türden risk teşkil eden komplikasyonlar ise, beklenmedik

hal ve bu anlamda nispi komplikasyon olarak adlandırılır. Mücbir sebep ise, nedensellik bağına keşecek güçte ve karşı konulamaz ağırlık taşıma anlamında mutlak komplikasyon teşkil eder ve hekimin sorumluluğuna yol açmaz. Buna karşılık, nispi komplikasyon olgusu beklenmedik hallerden biri olarak tıbbi sorumluluk kapsamında ele alınabilir ve objektif özen yükümlülüğüne aykırı olduğu ölçüde de hukuksal sorumluluk kapsamında değerlendirilebilir.

Malpraktis ve komplikasyon ayrımı, bazı hallerin nispi komplikasyon veya malpraktis teşkil etmesi noktasında önem taşır. Mutlak komplikasyon, hukuksal sorumluluğun doğmamasına yol açtığından bu bağlamda değerlendirilmez.

Bilimsel özgürlüğün devlet eliyle kısıtlanması anlamına gelebileceğinden hekimin tıbbi standarda uygun davranıp davranmadığı ve dolayısıyla tıbbi eylemin malpraktis teşkil edip etmediği alanında uzman hekim bilirkişilerce tıbbi standart dikkate alınarak belirlenmektedir. Tıbbi eylemin tıbbi standartlara uygunluğu bilirkişiler tarafından değerlendirilmekte ise de hukuksal nitelendirme ve nihai yargısal takdirin hâkim tarafından yapılması gerekir. Bilirkişi veya uzman görüşü raporlarında komplikasyon olarak değerlendirilen bir tıbbi eylemin hukuken malpraktis ve nispi komplikasyon ayrımı çerçevesinde ayrı ayrı ele alınıp somut vakaya özgü özel durum ve koşullar altında hakkaniyetle değerlendirilebilmesi için, tıbben ve hukuken önem taşıyan bazı hususların raporda net ve anlaşılır bir şekilde açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Kaldı ki, bu noktada, somut ve objektif açılardan gerektirici neden olarak öne çıkarılması beklenen bu hususların Yargıtay ve BAM denetimi sonucu verilen kararlarda da sıklıkla ifade edildiği görülmektedir.

KAYNAKÇA

- AYAN, M. (1991). *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumluluk*. Ankara.
- BAŞPINAR, V. (2004). *Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu* (2. b.). Ankara.
- BEAUCHAMP, T. L., CHILDRESS, J. F. (2019). *Principles of Biomedical Ethics* (8. b.). New York.
- BELGESAY, M. R. (1945). Doktorun Hukuki Borçları. *İÜHFİM, XI*(3-4), 108-127.
- BÜCHLER, A., MICHEL, M. (2020). *Medizin - Mensch - Recht* (2. b.). Zürich.
- CAN, İ. Ö., ÖZKARA, E., CAN, M. (2011). Yargıtayda Karara Bağlanan Tıbbi Uygulama Hatası Dosyalarının Değerlendirilmesi. *Dokuz Eylül Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 25(2), 69-76.
- DEMİR, M. (2008). Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. *AÜHFD*, 57(3), 225-252.
- DEMİR, M. (2011). Hekim - Hastane İlişkisi Temelinde Tıbbi Sorumluluğun Hukuksal Görünüm Biçimleri. *Uluslararası II. Sağlık Hukuku Sempozyumu (13-14 Kasım 2009, İstanbul)*, (s. 287-306). İstanbul.
- DEMİR, M. (2020). *Hekim ve Hastane Yönünden Tıbbi Sorumluluk Hukuku* (2. b.). Ankara.
- DOĞRAMACI, Y. G. (2022). *Tıbbi Uygulamadan Kaynaklanan Manevi Tazminat*. Ankara.
- EREN, F. (1975). *Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi*. Ankara.
- EREN, F. (2020). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (25 b.). Ankara.
- ERMAN, H. (1998). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. *Bülent Davran'a Armağan* (s. 143-153).
- GATTIKER, M. (2001). Kausalhaftung für medizinische Behandlungen -- Realität oder Zukunftsmusik? *AJP*, 645-659.
- HAKERİ, H. (2022). *Tıp Hukuku Cilt-I* (25. b.). Ankara.
- HAKERİ, H. (2022). *Tıp Hukuku Cilt-II* (25. b.). Ankara.
- HANCI, İ. H. (2006). *Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*. Ankara.
- HERRING, J. (2016). *Medical Law and Ethics* (6. b.). Newyork.
- KİRKİT, E. (2016). *Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğu*. Ankara.
- KUHN, M. (2007). I. Begriff des Kunst- bzw. Behandlungsfehlers. M. KUHN, & T. POLEDNA içinde, *Arztrecht in der Praxis* (2. b., s. 601-616). Zürich.
- LANDOLT, H., HERZOG-ZWITTER, I. (2015). Fünfter Teil: Die ärztliche Sorgfaltspflichtverletzung. H. LANDOLT, I. HERZOG-ZWITTER içinde, *Arzthaftungsrecht* (s. 253-279).
- NOMER, H. N. (2021). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (18. b.). İstanbul.
- OFTINGER, K., STARK, E. W. (1995). *Schweizerisches Haftpflichtrecht Band I-II* (5. b.). Zürich.

- ÖZ, S. (2013). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 12(1), 107-148.
- ÖZCAN, Z. (2018). Malpraktis-Komplikasyon Ayırımının Önemi. *Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi (14 Aralık 2018)*, (s. 197-212). İstanbul.
- ÖZDEMİR, G. (2021). *Tıbbi Müdahale Hatalarından Doğan Maddi Tazminat Sorumluluğu*. Ankara.
- ÖZDEMİR, H. (2016). Hekimin Hukuki Sorumluluğu. *ERÜHFD*, XI(1), 33-81.
- ÖZTÜRKLER, C. (2006). *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*. Ankara.
- PAKEL, E. D. (2019). Tıp Hukukunda İzin Verilen Risk. *Yayımlanmamış Doktora Tezi*.
- POLAT, O. (2015). *Tıbbi Uygulama Hataları (2. b.)*. Ankara.
- REİSOĞLU, S. (1982). Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu. *Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM*, s. 1-19.
- SAVAŞ, H. (2012). Tıbbi Malpraktis ve Komplikasyondan Doğan Sorumluluklar. İ. B. Kurulu içinde, *Sağlık Hukuku Makaleleri* (s. 259-295). İstanbul.
- STEHLE, B., REICHLE, S. (2019). ERSTER TEIL . H. LANDOLT, B. STEHLE içinde, *Arzhaftpflicht 2019* (s. 7-118). Zürich.
- ŞENOCAK, Z. (1998). *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*. Ankara.
- ŞENOCAK, Z. (2008). Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Özel Sorunlar. *Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007*, (s. 241-254). Ankara.
- UYGUR, A. B. (2019). Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi. *TBB Dergisi*(144), 355-381.
- VERZELETTI, A., VASSALINI, M., BIN, P., LANCINI, L., RESTORİ, M., FERRARI, F. (2016). Malpractice claims related to recurrent laryngeal nerve injury: Forensic remarks regarding 15 cases. *Egyptian Journal of Forensic Sciences*, 6(4), 501-504.
- VOJKOVIC, H. (2019). Differentiating Medical Malpractice From Medical Complications. *Medicine, Law & Society*, 12(1), 39-64.
- YAVUZ, F. (2007). Malpraktis – Komplikasyon Ayırımı. *A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları* (s. 97-106). içinde İstanbul.
- YILDIRIM, İ. (2015). Tıbbi Malpraktis ve Hekim Mesleki Sorumluluk. *Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, 6(3), 121-129.
- YILMAZ, B. (2020). *Açıklamalı - İtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu (4. b.)*. Ankara.