

**Cerrahın Sorumluluğu Hakkında
İsviçre Federal Mahkemesi'nin Bir Kararı^{*)}
Cerrahın Sorumluluğu-Vekâlet Akdi**

SAHİR ERMAN

İstanbul, Türkiye

Madde 398 İsv. BK

1 — Cerrah sadece, belli bir hatâ, uygun olmadığı açıkça belli olan bir tedâvi, tıp ilminde genelde bilinen verilerin bilinmemesi ya da tıp ilim ve sanatına ait kuralların ihlâl edilmesi hâlinde sorumluluk taşır. Bu prensipler cerrahî alanda özellikle geçerlidir, çünkü bu alanda belirli bir yüreklilik ve riskleri göze almak gerekmektedir (c.1).

2 — Hekim hastasını durumundan haberdar etmekle yükümlüdür, özellikle hastalığının türünü bildirmelidir. Önerilen tedâvinin muhtemel sonuçlarından ve tedâvi yapılmadığı takdirde meydana gelecek sonuçlardan hastasını haberdar etmelidir, ancak bunu hastanın fizyolojik ve psikolojik durumunu gözönünde bulundurarak, basit, akılcı ve samimi bir şekilde yapmalıdır (c.6).

Gerekçeden özet

c.1 — İki taraf, dâvâcı ile dâvâlı arasındaki hukukî durumlarla ilgili vekâlet kurallarının tatbikini, akılcı bir şekilde kabul eder. Vekil olmak sıfatıyla hekim, çalışan kişi gibi, aynı gayreti göstermek zorundadır; (mad. 398 a.1. 1. ve 2. CO) yani prensip olarak bütün kusurlardan sorumludur. Ancak bu prensip, kesin olarak tatbik edilirse, tıp mesleğinin normal icrasına mâni olur, bu da hem hastaların hem de hekimlerin zararına. Bu sebeple Hukuk İlmi, hekimin kusurlarını ve insanın yanılabilme ihtimalini hesaba katabilmek için, bu kesinliği hafifletmiştir. Hekim, çeşitli olduğu kadar çok

^{*)} İsviçre Federal Mahkemesi, 13 Kasım 1979 – RO 105 II 284.

sayıda görüşler ihtiva eden bir mesleğin icrasında basit kusurlar için sorumluluk taşımaz. Buna karşılık, büyük kusurlar, kesinlikle uygun olmayan tedâvi, tıp ilmi ve sanatının açıkça ihlâl veya tıp ilminin genellikle bilinen verilerin bilinmemesi hâlinde, sorumluluk taşır (RO 70 II 219, JdT 1945 I 102; RO 66 II 36, JdT 1940 I 298; RO 64 II 205, JdT 1938 I 571; aynı zamanda RO 93 II 21, JdT 1967 I 154; RO 92 II 21, JdT 1966 I 529; RO 53 II 24 s., JdT 1928 I 589).

Teşhis hatâsı, tek başına, hekime sorumluluk yüklemeye yeterli değildir. Eğer hekim, sanatının kurallarına uygun ve gerekli olan zaman ve dikkati kullanarak hastasını muayene ettikten sonra teşhisini koyar ve sonra uygun tedâviyi tavsiye eder ve genelde kabul edilmiş olan prensiplere göre onu tatbik ettirirse, o zaman ihmal ya da dikkatsizlik ithamından kurtulur (RO 64 II 205, JdT 1938 I 571; RO II 300).

Cerrahî alanda özel bir ihtiyat kaydı vardır. Cerrahlık mecburen belirli bir cesareti, belirli riskleri göze almayı gerektirir. Bir hekimi sırf, belki de gerekli olmadığı hâlde, ameliyata karar verdiği ya da ameliyatta teknik bir hatâ yaptığı gerekçesiyle mahkûm etmek, cerrahları tereddütlü hallerde müdâhale etmekten alıkoymalıdır; bu sakınma ise hasta için öldürücü bir sonuç doğurabilir. Cerrah bir ameliyatın uygunluğu konusundaki kararını ve onu ne şekilde gerçekleştireceğini değerlendirirken tam bir serbesti içinde olmalıdır. Buna karşılık müdâhale sırasında, ameliyatın tehlikelerini mümkün olduğunca azaltabilmek için, ameliyat tekniğinin ve durumun icab ettirdiği bütün önlemleri almakla yükümlüdür. Herhangi bir ihmal çok vahim sonuçlar doğurabileceğinden, herkes cerrahı özel bir dikkat beklemek hakkına sahiptir (RO 70 II 219 s., JdT 1945 I 102 s., RO 30 II 308 s.).

Bundan başka hekim kendi uzmanlık dalındaki gelişmeleri izlemelidir (RO 66 II 36, JdT 1940 I 298).

Bir hekimin sorumluluğu konusunda aleyhinde açılmış dâvâda, sanattaki bir kurala riayet edilmediğini ve de kusurla zarar arasında uygun bir nedensellik bağının mevcudiyetini isbat etmek, zarar görene aittir. Bu şartlar yerine getirildiği zaman hekim, ancak sanatının kurallarını bilmemesinin bu gibi durumlarda kendi açısından bir kusur teşkil etmediğini isbat edebildiği takdirde, sorumluluğu üzerinden atabilir (mad. 97 CO; RO 70 II 208 s., JdT 1945 I 101 s.; RO 57 II 211 ss., JdT 1932 I 85 s.).

c.6 — Dâvâcı dâvâlıyı, kendisine tümör teşhisini açıklamamış ve bağırsığın bir kısmını keseceğini bildirmemiş olmakla da suçlamaktadır. Ameliyat

enasasında ilk plânını değiştiren dâvâlı, kuvvetli bir ihtimal dahilinde, kalın ve ince bağırsağı kesip çıkarmak için, hastanın onayını almak zorunda değildir. Halbuki dâvâcı, konan teşhisten ve öngörülen ameliyat konusunda gereğince haberdar edilmiş olsaydı, önce başka uzmanlara danışmak için ameliyatı tehir kararı almış olabileceğini ileri sürmüştür.

Bu suçlama, hekimin görevi olan bilgi verme zorunluluğunun sınırları konusundaki bir problemi ortaya çıkartmaktadır. Federal Mahkeme bugüne kadar bu sorunla ilgili bir karar bildirmek zorunda kalmamıştır. Ancak buna başka bir açıdan temas etmiştir, şöyleki, RO 66 II 36 (JdT 1940 I 299) no.lu kararda, pratisyen hekimin karşısında bulunduğu riskin çok az ve önemsiz olması hâlinde, bilgi verme zorunluluğunun bulunmadığına, aynı zamanda durum hastaya bildirilmiş olsaydı dahi, hastanın müdâhalede vazgeçmeyeceğinin anlaşılması hâlinde buna gerek bulunmadığına karar verilmiştir (diatermokoagülasyon yöntemi ile siğillerin yakılması). İsviçre doktrini, prensip olarak, hekimin hastasına durumu hakkında bilgi vermesi, özellikle hastalığının cinsi, önerilen tedâvinin meydana getireceği ve tedâviden vazgeçildiği takdirde tahmin edilen sonuçlar konusunda bilgi vermesi zorunluluğunu kabul eder. Belirlenmiş bir tedâvinin riskleri konusunda hastaya bilgi vermek, özellikle cerrahî müdâhale konusunda, tedâviye muvafakat etmesinin geçerli olması için şarttır; bu muvafakat-ki hekimin müdâhalesi de genelde buna bağlıdır- «açıklanmalıdır». Bununla beraber hekim, hastayı endişelendirecek ve bundan dolayı fizikî ve ruhî durumuna zarar verecek ya da tedâvinin iyi netice vermesine mâni olacak şekilde bilgi vermekle mükellef değildir (Bu konularda konferans, *Hinderling*, Hekimin açıklamada bulunmak yükümlülüğü, Şahsiyetin Korunması ile ilgili iki makale, Basel'de yapılan Hukuk İncelemeleri, fasikül 66, 1963, pp 49 ss.; *W. Loeffler*, Doktor Tedâvisinde Doktorun Sorumluluğu, tez, Zürih 1945, pp 96 ss.; *Lotz*, Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Basel'den Hukukî Bilgiler 1968, pp 107 ss.; *M. Ney*, Hekimlerin ve yardımcılarının, özellikle ameliyat konusundaki sorumlulukları, tez Lausanne 1979, pp 70 ss.; *W.E. Ott*, Hekimin Medenî Hukuk Yönünden Sorumluluğunun Şartları, tez, Zürih 1978, pp 33 ss.; *Thilo*, Hekimin Meslekî Sorumluluğu, 1946 JdT I pp 105 ss.; aynı konuda, Fransız Hukukunda Konferans; *Kornprobst*, Fransız Kanunu ve Hukuk İlmi Karşısında Hekimin Sorumluluğu, Flammarion 1957, pp 351 ss.; *Penneau*, Tıbbî Sorumluluk, Paris 1977 No. 46 ss.; *Savatier*, Fransız Hukukunda Medenî Mesuliyet Sözleşmesi, 2. etüd Paris 1591, No. 782; *Savatier/Auby/Péquignot*, Tıp Hukuku Sözleşmesi, Paris 1956, No. 251; Alman Hukukunda: *Staudinger*, Federal Mahkemenin Kesin İçtihadı Karşısında, Alman Medenî Kanunu (n. 404 bb) ile ilgili yorum-

lar, 10/11 yayın, 1975 II/5 no. 398 ss.; ad. mad. 823; *Soergel/Siebert*, Alman Medenî Kanunu ile İlgili Yorum, 10. baskı 1969, 3/II n. 146 ss.; ad par. 823, Belçika Hukukunda: *Anrys*, Tıpta Medenî Sorumluluk, Bruxelles 1974, no. 38 ss.).

Fransız, Alman (Federal Mahkemenin içtihadı mahfuz kalmak üzere) ve Belçika Hukukuna yakın olan bu İsviçre doktrini kabul edilmelidir. Bilgi verme görevinin sınırları, gerekçesi sıhhati korumak ve düzeltmek olan Tıp Bilimi, târifinin kendi içindedir. Hekim, teşhis, prognoz ve tedâvi ile ilgili basit, akılcı ve samimî bilgi vermekle yükümlüdür. Diğer bir deyimle, hastaya doğru olduğu söylenen tedâvinin şekli ve muhtemel etkileri konusunda yeterli bilgi verilmelidir ki bilinçli olarak ameliyata muvaffakat edebilsin. Ancak hastaya verilen bilgi onda, sıhhatine zarar verecek bir endişelenmeye yol açmamalıdır. Eskiden verem, ya da bugün çoğunlukla kanserle bağdaştırılan ciddi ya da ölüme yol açabilecek bir prognoz, hastadan saklanabilir; ancak, prensip olarak yakınlarına bildirilmelidir. Tam bilgi vermek ve de icabında hastanın fizikî ve ruhî durumuna uygun olarak sınırlı bilgi vermek konusunda riskleri değerlendirmek tamamiyle hekime kalmıştır.

Bununla birlikte, buna benzer durumlarda hastanın haberdar olduğu ya da olması gerektiği hâllerde (meselâ kendisi de hekim ise) ya da önerilen tedâviyi, bilerek ya da sebepsiz olarak, ayrıntılı bilgi istemeyerek, kabul ederse, bilgi verme sorumluluğu ortadan kalkar (*Hinderling*, op. cit. p. 55; *Lotz*, op. cit. p. 117 aa; *Ott*, op. cit., p. 37).

Bu vak'ada, 4 Kasım 1973 tarihinde bulunmuş olan tümörün alınması için gerekli olan yeni bir müdâhale konusunda kendisine bilgi verilmiş olan dâvâcı, ne bu tümörün nev'i konusunda ne de öngörülen bağırsak kesilmesinin sebebiyet vereceği gelişme hakkında hiçbir açıklama talebinde bulunmamıştır. Diğer tarafta dâvâlı tedâvi eden hekime ve dâvâcının karısına teşhisini bildirmiş ve hastayı ve tepkilerini kendisinden çok daha iyi bilen bu iki kişi, dâvâlıyı davacıya bu teşhisi bildirmekten vazgeçirmişlerdir. Bu şartlarda, dâvâcı tümörün varlığı ve alınmasının gerekliliği konusunda bilgi sahibi olduğu hâlde daha fazla bilgi istemediği için, dâvâlı tavsiyelerden öteye geçerek ona bu bilgileri vermekle yükümlü değildir.

1. Cour Civile – Heyet : Chatelain, Rüedi, Stoffel, Messmer ve Weyermann – Taraflar : Raymond Nicolet, Cenevre'de Avukat ve Baptiste Rusconi, Lausanne'da Avukat.

Görüşümüz

Önemli kısımlarını aynen aktardığımız bu kararında, İsviçre Federal Mahkemesi, hekimin ve özellikle cerrahın hukukî sorumluluğu konusuna açıklık getirmektedir.

Olayda tümör teşhisi konulan hastaya, teşhisle ilgili yeterli bilgi verilmeden alınan rıza sonucu ameliyatı yapan operatör, ameliyat sırasında görüldüğü lüzum üzerine kalın ve ince bağırsağını da çıkarmış ve aleyhine dâvâ açılmıştır. Karardan anlaşıldığı veçhile, dâvâcı hasta hem ameliyatın kusurlu bir şekilde yapıldığı, hem de kendisine gerekli bilgi verilmeden alınan rızasının geçerli olmaması sebebiyle hekimin hukuka aykırı bir şekilde hareket ettiğini ileri sürmüştür.

Birinci konu hakkında Federal Mahkemenin görüşü, yalnız İsviçre, Alman, Fransız ve Belçika doktrinine değil, Türk doktrinine de uygundur. Gerçekten Federal Mahkemeye göre, hasta ile hekim arasındaki münasebet vekâlet aktine dayanır: hasta kendisinin iyileştirilmesi için hekime vekâlet vermektedir; hekim de, vekil sıfatıyla, bu iyileştirme işini yerine getirmek hususunu üstlenmiş bulunmaktadır.

Ancak vekilin –yani olayda hekimin– sorumlu tutulabilmesi için, kusurunun belirli bir ağırlıkta olması icab eder. Her insan gibi hekim de yanılabilir. Fakat hekim «*tıp meslek ve san'atının gerektirdiği şekilde hareket etmiş, tecvüz edilemeyecek meslekî bir hatâyâ düşmemiş ise*» (Dönmezer/Erman, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, II, 9. bası, No. 729), bir taksirinin bulunduğu kabul edilemez. Federal Mahkeme kararında belirtildiği veçhile, hekim muayene için gerekli zamanı vermiş, dikkatini sarfetmiş, bu muayene açısından tıp meslek ve san'atının koyduğu kurallara uygun bir şekilde hareket etmişse, muayene neticesinde teşhiste hatâ etmiş olması kendisinin sorumlu tutulması için yeterli olamaz.

Özellikle cerrah ameliyat kararını vermekte serbest davranmalıdır. Bir cerrahın –gerekli olmadığı hâlde– ameliyat kararı vermesi, meslekî kusur sayılacak olursa, cerrah tereddütlü durumlarda ve sırf muhtemel bir sorumluluktan kurtulmak maksadıyla, hareketsiz kalmayı, müdâhalede bulunmamayı tercih edebilir: bu ise hem hastanın hem de tıp ilminin zararına olur.

Bu sebeptendir ki, hekim, herhangi bir hekimin bilmesi gerektiği bilgilerden mahrum olduğu, meslek kurallarına uygun bir biçimde hareket etmediği, yaptığı hatâ her hekimin –insan olması itibarıyla– yaptığı bir hatâ olmak sınırını aştığı takdirdedir ki, hukuken sorumlu olabilir.

İsviçre Federal Mahkemesi ikinci konuyu da doktrine uygun bir biçimde halletmiştir. Cerrahî müdâhalenin hukuka uygun olabilmesi için, hastanın doktorunu seçmesi ve -ıztırâr hallerinin dışında- rızasının bulunması ve bu rızanın geçerli olabilmesi için de müdâhalenin sebep ve mahiyeti ve doğurabileceği neticeler hakkında aydınlatılması şart ise de, bu bilgi verme mükellefiyeti hastanın fizik ve psişik durumuna bağlıdır. Bir hastaya, müdâhaleden doğabilmesi muhtemel bütün ve en uzak neticeler anlatılacak olsa, dış çek-tirmeğe veya siğil aldirtmaya bile rıza göstermeyecek hastalar bulunur. Kaldı ki cerrah ilk ameliyat plânını, ameliyat sırasında değiştirebilir. Federal Mahkemenin el koyduğu olayda, bağırsak kesilmesi kararı, batın açıldıktan sonra verilmiştir. Böyle bir durumda -rıza bulunmadığı gerekçesiyle- hekimi müdâhaleden alıkoymak, ameliyatı o noktada kesip, hasta kendine geldikten sonra gelişen durum hakkında kendisine bilgi verip yeniden rızasını aldıktan sonra tekrar ameliyat etmek, lüzumsuz belki de vahim bir işkence olur. Nitekim böbreğinden taş alınmak için ameliyat edilmeğe başlanan hastanın böbreğinin tamamıyla iltihaplanmış olduğunu gören -rahmetli- bir ürolog arkadaşımız, böbreği almış, rıza dışı hareket ettiği gerekçesiyle aleyhinde açılan tazminat dâvâsı İstanbul 2. Asliye Hukuk Mahkemesince reddedilmiştir (Bk.: *Dönmezer/Erman*, No. 725). Türk Mahkemesinin bu olaydaki gerekçesi, İsviçre Federal Mahkemesinin gerekçesinden farksızdır. Sadece Türk Mahkemesi bilgi vermek mükellefiyetinin sınırları üzerinde, o hadisede, durmuş değildir.

Kanaatimizce, İsviçre Federal Mahkemesinin kararı tıp ilminin esaslarına olduğu kadar, hukuk ilminin de prensiplerine uygundur ve benzer olaylarda Mahkemelerimize ışık tutacak niteliktedir.

Ayrı baskı için :

Prof. Dr. Sahir Erman
Vali Konağı Cad. Yapı Kredi Tesisi 7/1
Nişantaşı, İstanbul, Türkiye