

ANKARA BAROSU

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

1-3 Kasım 2007
Ankara

- Sağlık Hakkı - Hasta Hakları
- Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu
- Hekimlerin Cezai Sorumluluğu
- Yüksek Sağlık Şurası'nın Hukuk Düzenimizdeki Yeri ve İşlevi
- Sağlık Hukukunda Bilirkişilik
- Sağlık Sigortası

ANKARA BAROSU

*

ANKARA ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ

SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

1-3 KASIM 2007
ANKARA

Ankara Barosu Yayınları 2008

SAĞLIK HUKUKU KURULTAYI

1.Baskı 2500 adet basılmıştır. Ankara, 2008

ISBN 978-9944-234-31-3

Telif Hakkı © Ankara Barosu, 2008 Bu eserin telif hakları Ankara Barosu'na aittir.

Bu yayınla ilgili olarak 5846 Sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu'ndan doğan her türlü hak saklıdır. Tanıtım için yapılacak alıntılar dışında Ankara Barosu'nun yazılı izni alınmadan çoğaltılamaz. Bu kitapta belirtilen görüşler yazarına ait olup, Ankara Barosu bunlardan dolayı herhangi bir sorumluluk kabul etmez.

Ankara Barosu Bilgi ve Belge Merkezi tarafından kataloğlanmıştır.

(bilgibelgemerkezi@ankarabarosu.org.tr)

İletişim Adresi:

Ankara Barosu Başkanlığı

Ankara Adalet Sarayı Kat: 5 (06100) Sıhhiye-Ankara

Tel : 0 (312) 310 55 26 1

Faks : 0 (312) 309 22 37

E-Posta: ankarabarosu@ankarabarosu.org.tr

Web : www.ankarabarosu.org.tr

Tasırım, Ofset Hazırlık ve Baskı:

Güngör Basım Yayın Tc.

Tel/Faks: 0(312) 229 64 82

E-Posta: info@gungurbasimyayin.com

İÇİNDEKİLER

Önsöz *(V. Ahsen COŞAR)* VII
Önsöz *(Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU)* IX

1 Kasım 2007 - Perşembe
AÇILIŞ KONUŞMALARI

Av. V. Ahsen COŞAR 1
Ankara Barosu Başkanı

Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU 5
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Av. Soner KOCABEY 7
Türkiye Barolar Birliği Saymanı

Prof. Dr. Mehmet GÜLER 9
Ankara Üniversitesi Rektör Yardımcısı

I.OTURUM
SAĞLIK HAKKI-HASTA HAKLARI

Oturum Başkanı: Av. Bedia BORAN 11
Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı

İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı 13
Prof. Dr. Enver BOZKURT
Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Hasta Haklarının Korunmasında ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü 19
Dr. Hakan GİRİTLİOĞLU
Türk Tabipleri Birliği Merkezi Yüksek Onur Kurulu Üyesi

Avrupa Birliği Adaylığı Sürecinde Hasta Haklarına İlişkin Uygulamaların 27
Hasta ve Yakınları Açısından Görünümü
Ecz. Nuri ÖZKUL
Hasta ve Hasta Yakınları Derneği Antalya Şube Başkanı

Etik ve Hukuk Açısından,Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları 33
Doç. Dr. Nüket Örnek BÜKEN
Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi

II. OTURUM
SAĞLIK HAKKI – HASTA HAKLARI

OTURUM BAŞKANI: Av. İdris KILINÇKAYA 43
Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi

Ruh Sağlığı Hakkı 45
Prof. Dr. Cengiz GÜLEÇ

Hekimin Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü 53
Prof. Dr. Hazel BIGGS
Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku

Hasta –Hekim İlişkisi 65
Prof. Dr. Tevfik ÖZLÜ
Karadeniz Teknik Üniversitesi Tıp Fakültesi

Hasta Hakları Bağlamında Mahremiyet ve Özel Hayata Saygı 71
Doç. Dr. Yahya DERYAL
Karadeniz Teknik Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Aydınlatılmış Rıza 85
Av. Bedia BORAN
Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı

Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti 105
Av. Cahid DOĞAN
Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri

2 Kasım 2007-Cuma

III. OTURUM

HEKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Oturum Başkanı: Yrd. Doç. Dr. Levent AKIN 151
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları 153
Doç. Dr. Mehmet DEMİR
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hastane Yönetiminin Sorumluluğu 161
Prof. Dr. Hakan HAKERİ
Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu 171
Av. Halide SAVAŞ

IV. OTURUM

HEKİMLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Hekimlerin Cezai Sorumluluğu 201
Yrd. Doç. Dr. Levent AKIN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İdarenin Sağlık Hizmetlerinden Doğan Tazminat Sorumluluğu 203
Serkan KIZILYEL
Danıştay Tetkik Hakimi

Hekimin Hukuki Sorumluluğunda Özel Sorunlar 241
Doç. Dr. Zarife ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası 255
Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluğun Türleri 269
Av. Berna ÖZPINAR
Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu üyesi

IV. OTURUM (İKİNCİ BÖLÜM)
HEKİMLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Oturum Başkanı: Av. Eda Sercan AKDOĞAN 301
Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi

Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu 303
Prof. Dr. İ. Hamit HANCI
Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi

Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi 311
Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yargı Kararları Işığında Hekimin Cezai Sorumluluğu 321
Hasan Tahsin GÖKCAN
Yargıtay 4. Ceza Dairesi Üyesi

Hekimlerin İlaç Tedavisinden Kaynaklanan Sorumluluğu 329
Prof. Dr. Doğan SOYASLAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku

V. OTURUM
YÜKSEK SAĞLIK ŞURASININ HUKUK DÜZENİMİZDEKİ YERİ VE İŞLEVİ

Şuranın Hukuki Konumu ve Hukuktaki Yeri 349
Av. Adem KESKİN
Sağlık Bakanlığı 1. Hukuk Müşaviri

Şuradan Ne Bekleniyor? Dosyalar Nasıl Hazırlanıyor? 355
Uzm. Dr. Sinan YOL
Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü

Şurada Dosyalar Nasıl Değerlendiriliyor? 359
Prof. Dr. Sedat IŞIK
Yüksek Sağlık Şurası Üyesi

3. Kasım 2007 Cumartesi
VI. OTURUM
SAĞLIK HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

Oturum Başkanı: Av. Mustafa Kemal KÖSELER 373
Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi

Tıbbi Kötü Uygulama-Komplikasyon Ayrımında Bilirkişilik **375**
Yrd. Doç. Dr. Nezih VAROL
Marmara Üniversitesi Sağlık Eğitim Fakültesi

Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası **385**
Prof. Dr. A. Nezih KÖK
Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi **399**
Battal YILMAZ
Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Bağımsız Bilirkişilik-Alternatif Rapor **411**
Dr. Alp AYAN
Türkiye İnsan Hakları Vakfı

VII. OTURUM
SAĞLIK SİGORTASI

Oturum Başkanı: Prof. Dr. Sarper SÜZEK **421**
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Mevcut Sağlık Sigortası Sistemi **423**
Prof. Dr. Ali Rıza OKUR
Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Meslek Hastalığından Doğan Haklar **433**
Yrd. Doç. Dr. Levent AKIN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sağlıkta Dönüşüm Modelinin Sağlık Hakkına Etkileri **443**
Dr. Eriş BİLALOĞLU

Genel Sağlık Sigortası **451**
Hüseyin ÇELİK
Sosyal Sağlık Sigortası Uzmanı

Sağlık Politikalarının Belirlenmesinde Sendikaların İşlevi ve Genel Sağlık Sigortası **459**
Dr. Köksal AYDIN
Sağlık ve Sosyal Hizmetleri Sendikası Genel Başkanı

Avukatların Sağlık Güvencesi ve Genel Sağlık Sigortası **467**
Dr. Cengiz YAVUZ

ÖNSÖZ

Kişinin bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde olması anlamına gelen sağlık, temel bir hak ve hatta bir insan hakkıdır. Nitekim *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*'nin 25.maddesi ve yine Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kabulü sonrasında 03 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe giren *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi*'nin 12.maddesiyle sağlık hakkının temel haklardan olduğu kabul edilmiştir.

Uluslararası düzeydeki bu düzenlemeler ulusal mevzuatları da etkilemiş, bu bağlamda sağlık hakkının temel bir hak olduğu anayasalarla kabul edilmiş, başta yasalar olmak üzere, tüzük ve yönetmeliklerde yer alan düzenlemelerle devlete bu konuda pozitif yükümlülükler ve sosyal görevler verilmiştir.

İnsan haklarının özel bir kategorisi olan hasta haklarının pozitif hukukta kabul edilmesinin nedeni de, devletin bu konuda yüklendiği sosyal ve pozitif yükümlülüğün sonucudur.

Gerek sağlığın temel bir hak olmasına, gerekse özü ve niteliği itibariyle bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin kimi zaman gerektiği gibi verilmemesine, hizmetin verilmesinde asli görev üstlenen hekimlerin, hasta bakıcıların ve diğer sağlık çalışanlarının hatalı uygulamalarına bağlı olarak pek çok hukuki sonucun ortaya çıkması nedeniyle, sağlık konusu hukukun ve hukukçuların ilgi alanı içine girmiştir.

Hukukun ve hukukçuların sağlık alanına yönelik bu ilgisine bağlı olarak ortaya çıkan ve giderek gelişen *Sağlık Hukuku* konusunda; gerek yargıç, savcı ve avukatlar ile akademisyenlerin, gerekse her an sağlık hukukunun öznesi olabilecek olan hekimler ile sağlık alanında görevli diğer kişilerin, bu hususta bilgi ve deneyimlerini artırmalarına katkı yapmak amacıyla *Ankara Hukuk Fakültesi*'yle birlikte düzenlenen *Sağlık Hukuku Kurultayı*'nda sunulan tebliğlerin, yapılan tartışmaların *Yönetim Kurulumuz* tarafından kitap olarak bastırılmasına karar verilmiştir.

Başta Ankara Hukuk Fakültesi Dekanı ve Baromuzun değerli bir üyesi olan Prof. Dr. Sayın *Metin Feyzioğlu* ile Baromuzun Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı sevgili meslektaşımız Sayın *Bedia Boran* ve *kurul üyesi değerli meslektaşlarım* olmak üzere, gerek *Sağlık Hukuku Kurultayı*'nın düzenlenmesinde, gerekse bu kitabın basılmasında emeği geçen herkese teşekkür eder, sağlık hukuku literatüründe özel bir yeri olacağına inandığım bu kitabın ilgi duyanlara yararlı olmasını dilerim.

Saygılarımla,

Av. V. Ahsen COŞAR
Ankara Barosu Başkanı

ÖNSÖZ

Çağdaş uygarlık düzeyinin de üzerine ulaşmak, çok çalışmayı ve üretmeyi gerektirir. Kendi alanlarında en çalışkan ve en üretken iki büyük kurum, Cumhuriyetimizin iki temel dayanağı, Ankara Hukuk Fakültesi ve Ankara Barosu, Türk hukuk dünyasına katkıda bulunmak ve sağlık çalışanlarına destek vermek amacıyla güç birliği yaparak Sağlık Hukuku Kurultayı'nı düzenlemiştir.

Kurultayın amacı, sağlık hukukunu her yönüyle ele almak, ilgili kesimlerden tartışmacıları bir araya getirmek ve hukukun gelişimine katkıda bulunmak idi. Kurultay sonunda hazırlanan bu kitap, hem teorisyenlere hem uygulamacılara fayda sağlayacak önemli bir bilimsel eserdir. Ankara Hukuk Fakültesi ve Ankara Barosu, bir kez daha, yüce Atatürk'ün gösterdiği hedefe ulaşmakta katkıda bulunmanın haklı mutluluğunu yaşamaktadır. Bizlere bu mutluluğu yaşatan herkese en içten teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım.

Prof. Dr. Metin FEYZİOĞLU
Ankara Hukuk Fakültesi Dekanı

AÇILIŞ KONUŞMALARI

AV. V. AHSEN COŞAR

Ankara Barosu Başkanı

Sayın Rektör Yardımcım, Sayın Dekan, Anayasa Mahkemesi'nin Onursal Üyesi ve Baromuzun Eski Önceki Başkanlarından Sayın Mahir Can Ilıcak, Türkiye Barolar Birliği'nin Değerli Saymanı, Sayın Konuklar, Değerli Meslektaşlar, Sevgili Öğrenciler; Sizleri Ankara Barosu adına, yönetim kurulu üyesi arkadaşlarım adına, kendi adıma sevgi ve saygıyla selamlıyor, sizlere sağlık ve esenlikler diliyorum.

Bu kurultayın düzenlenmesinde Baromuza eşlik eden, sadece eşlik etmekle kalmayan, akademik deneyimini ve bilgisini uygulamanın içinde olan biz avukatlarla birleştiren, bu salonun tahsisi başta olmak üzere Ankara Hukuk Fakültesi'nin tüm olanaklarını seferber eden Ankara Hukuk Fakültesi'nin değerli dekanı ve aynı zamanda Baromuzun da seçkin bir üyesi olan Sayın Metin Feyzioğlu Hocama, onun şahsında Ankara Hukuk Fakültesi yönetim kadrosu ile akademisyenlerine, çok özverili fakülte çalışanlarına Ankara Barosu avukatlarının, yönetim kurulu üyesi arkadaşlarımın ve şahsımın sonsuz teşekkürlerini sunuyorum.

Ankara Barosu avukatlarının büyük bir kısmının öğrenci olarak feyiz aldığı bu kutsal mekan; Baromuzun, Baromuz üyesi avukatların yolunu aydınlatmaya, ülkemiz hukukuna, evrensel hukuka katkı yapmaya devam ediyor. Birlikte düzenlediğimiz bu kurultayın da, avukatıyla, akademisyeniyle, yargıç ve savcısıyla bir bütün olan Türk yargı ailesine yararlı olmasını diliyor, dilemenin ötesinde yararlı olacağına içtenlikle inanıyor ve yine tebliğ sunmak suretiyle bu kurultaya katkı yapacak olan değerli konuşmacılara hem teşekkür ediyor ve hem de başarılar diliyorum

Değerli Konuklar,

Eskiden doktorların bir kısmı iyi yaşar, ama çoğu yoksul ölürdü. Onun için Batılılar "*Pek az avukat iyi ölür, pek az doktor iyi yaşar*" derlerdi. Hekimlerin bugün ne kadarının iyi öldüklerini bilmiyoruz, ama hem batıda ve hem de serbest çalışmak koşuluyla Türkiye'de hekimlerin artık iyi yaşadıklarını biliyoruz.

Yine Batıdaki avukatların bugün nasıl öldüklerini bilmiyoruz, ama iyi yaşadıklarını biliyoruz. Türkiye'deki avukatlara gelince, emin olunuz çoğu iyi yaşamıyor, ama iyi ölüyor. Kuşkusuz günümüzde hekimlerin gelirlerinin ve buna bağlı olarak yaşam standartlarının artmasını sağlayan pek çok neden var. Sanırım bu nedenlerin başında yaşamın tıplaştırılması geliyor. Yaşamın tıplaştırılmasıyla birlikte sadece hekimler değil, başta ilaç işverenleriyle tıbbi araç ve gereç üreticileri olmak üzere, sağlık sektörünün içinde ve hizmetinde olanlar da gelir düzeyleri yönünden zirveye çıktılar. Bu tespitin kanıtı, her ülke bağlamında ortalama yıllık gelirden hastaların gereksinimleri ve doktorların talebiyle harcanan miktarın büyüklüğü, diğer bir deyişle sağlık harcamalarındaki olağanın üstündeki artıştır.

Sanayileşmiş toplumların tıplaştırılması, onun emperyalist karakte-rini son hedefine ulaştırmış olmakla, sanayileşmemiş veya bizim gibi yarı sanayileşmiş ülkelerde yaşamın tıplaştırılması, dışarıya olan bağımlılığı daha da artırmış, böylece emperyalist ülkelerin işini hem büyük ölçüde kolaylaştırmış ve hem de emperyal düzeni küreselleştirmiştir.

Sağlık kavramının ve kurumunun iki boyutu vardır; Bunlardan birincisi özgürlük, ikincisi ise haklardır. Bu bağlamda sağlık bize önce, bireyin kendi biyolojik durumunu ve yakın çevresinin koşullarını denetleyebileceği özerk alanı gösterir. Bu açıdan sağlık, sahip olunan ve yaşanan özgürlük düzeyiyle aynı şeydir. Bu yaklaşıma göre, sağlık hizmetinin iyi örgütlenmesi, özgürlüklerin iyi düzenlenmesiyle eş değerdedir. Onun için ve her şeyden önce örgütlü siyasal çabaların sağlayabileceği çevresel koşullara bağlı olan özgürlük olarak sağlığın adaletli biçimde dağılımının, yani sağlık hizmetlerinden eşit olarak yararlanmanın yasalarla güvence altına alınması gerekir. Zira adalet politikası yararlı bir sağlık programını örgütleyebilmenin ve yürütebilmenin en temel koşuludur.

Hepimiz biliriz; biyolojik yapımızda ya da genetik kodlarımızda, başka bir çağdan daha özgül bir çağda, başka bir toplumdan daha özgül bir toplumda, yine başka bir toplumsal katmandan daha özgül bir katmanda doğmamızı önceden belirleyen hiç bir şey yoktur. Onun için insan olarak hepimiz doğumun rastlantısallığına bağlı olarak özgül bir dünyaya fırlatılırız.

Bu özgül dünyada başkaları ile birlikte yaşamak zorunda olsak da, yaşamımızı sahiplenip üstlendikçe bir şeyi fark ederiz: Asıl ve gerçek anlamı ile insan yaşamı, herkesin kendi açısından gördüğü biçimiyle kendi yaşamıdır, yani, kişiseldir, yani aktarılamaz. Onun için her insan kendi acısını, sıkıntısını, var ise hastalığını bir başkasına aktaramaz, bizzat kendisi yaşar. Yine ölüm herkese gelir, ama herkes tek başına ölür. Başkalarının acısı, başkalarının hastalığı bizim için ikincildir. Ne var ki, ikincil de olsa başkalarının acısına, hastalığına duyarsız kalmamız da birey ve toplum olarak mümkün değildir. Zira ve Dostoyevski'nin romanlarına egemen olan anlayışla; Kendinde gerçek bir insan, bağımsız, tam, kendi başına

bir insan olabilme gücünü, dahası hakkını göremeyen insana acımak gerekir. Her insan, önce insan olmalıdır ve başkalarına insanın insana davrandığı şekilde davranmalıdır.

Sanırım, sağlığın hak olarak kabul edilmesindeki temel neden budur. Yani insanın insan olmasıdır, başkalarına insanın insana davrandığı gibi davranmasının zorunlu olmasıdır.

Öyle olduğu için bireyin bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkı, yani sağlık hakkı temel bir haktır, bir insan hakkıdır. Nitekim İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 25.maddesiyle, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun kabulüyle 03 Ocak 1976 tarihinde yürürlüğe giren Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 12.maddesinde sağlık hakkının temel haklardan olduğu, bir insan hakkı olduğu kabul edilmiş ve bu konuda gerek anayasalarla, gerekse uluslararası sözleşmelerle devlete kimi sosyal görevler, pozitif yükümlülükler verilmiştir. Onun için günümüzde, başta sanayileşmiş ülkeler olmak üzere, diğer pek çok ülke yaygın ve son derece pahalı sağlık altyapıları oluşturmuşlardır. İnsan haklarının özel bir kategorisi olan hasta haklarının pozitif hukukta kabul edilmesinin nedeni de, devletin bu konuda yüklendiği sosyal ve pozitif yükümlülüğün gereğidir.

Değerli Konuklar,

Sağlığın bir hak olması, hastaların haklarının olduğunun kabul edilmesi nedeniyledir ki hukuk bu konuyla ilgilidir. Bu hakkın kullanılmasının veya kullandırılmamasının, özü ve niteliği itibariyle bir kamu hizmeti olan sağlık hizmetinin gerektiği gibi verilmemesinin, hizmetin verilmesinde asli görev üstlenen hekimlerin, hasta bakıcıların hatalı uygulamalarının özel hukuk bağlamında veya ceza hukuku bağlamında doğurduğu sonuçlar olduğu için, sağlık kavramı ve kurumu hukukun ve biz hukukçuların ilgi, bilgi ve uzmanlık alanı içindedir. Bu kurultayı düzenlememizin nedeni de esasen budur.

Üç gün sürecek olan bu kurultayın, bu kurultayda sunulacak olan tebliğlerin ve yapılacak tartışmaların sağlık hukukuna önemli katkılar yapacağı inancıyla tüm konuşmacılara bir kez daha başarılar diliyor, başta Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu ile Ankara Hukuk Fakültesi öğretim üyeleri olmak üzere kurultayın gerçekleşmesinde katkısı olan herkese en içten teşekkürlerimi sunuyorum.

Beni sabırla dinlediğiniz için sizlere teşekkür ediyor, hepinizi sevgi ve saygıyla selamlıyorum.

SUNUCU - Sayın Başkanımıza teşekkür ederiz. Şimdi Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sayın Profesör Doktor Metin Feyzioğlu'nu açılış konuşmalarını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.

PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Sayın Rektör Yardımcılarım, Sayın Baro Başkanım, çok değerli yüksek yargı ve yargı mensupları, değerli akademisyenler, çok değerli katılımcılar, öğrenciler hepiniz Kurultayımıza hoş geldiniz, onur verdiniz.

Efendim sağlık mesleği mensuplarının hukuki ve cezai sorumlulukları som yıllarda daha ziyade yeni Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte hukukçuların ve sağlıkçıların gündeminde kendisine anlamlı bir yer buldu. Bu andan itibaren özellikle uzmanlık derneklerinin büyük katkısıyla sağlık hukukunun ve sağlıkçıların sorunlarını, hukuki sorunlarını enine boyuna her yönüyle tartışmaya başladık. Son derece faydalı sonuçlara ulaştık. Bu noktada hem hukukçuların kendilerini sağlık hukuk konusunda eğitmek zorunda olduklarını gördük hem sağlık mesleği mensuplarının temel hukuki konularda bilgi eksikliği içinde bulunduklarını fark ettik. Biz hukukçular olarak hiçbir zaman sağlık mesleği mensuplarından ayrıntılı uzmanlık derecesinde hukuk bilgisine sahip olmalarını istemedik. Sadece siz sağlıkçıların bizlerden nezle olduğunuzda antibiyotik almayın şeklindeki basit, herkesin bilmesi gerektiğini düşündüğümüz temel bilgilere muadil bilgileri bilmenizi istedik. Ve böylece sağlık mesleği mensuplarının olası risklerden korunmasını ve hizmet alanın, hizmet verenin mutlu olmasını sağlamayı amaçladık.

Kurultayımız, Ankara Barosu ile ortaklaşa düzenlediğimiz bu ku-rultay eminim sağlık hukukunu her yönüyle tekrar ele alacak ve çok başarılı sonuçlara ulaşacaktır. Bu konuda hiçbir tereddüt duymuyorum.

Ancak Sayın Baro Başkanın yüzde yüz katıldığım açıklamalarını tekrarlamamak adına bir başka noktaya temas etmek istiyorum. Sağlık Hukuku Kurultayının bu çatı altına düzenlenmesi çok önemlidir. Fakat çok daha önemli olan bir başka husus daha var, bugün gerçekleştiriyoruz bunu. Cumhuriyetin iki kalesi; Ankara Barosu, Ankara Hukuk Fakültesi. Bu iki köklü ve Atatürk ilkelerinden hiçbir zaman taviz vermeyen bu iki kurum ortaklaşa büyük bir faaliyete imza atmaktalar. Bizatihi bu durum Sağlık Hukuku Kurultayının düzenleniyor olmasının ötesinde çok daha önemlidir. Çünkü; Ankara Barosu ve Ankara Hukuk el ele verdiği zaman, güç birliği yaptığı zaman ulaşamayacağı hiçbir hedef yoktur. Bu Kurultay bunu ispatlamıştır, ortaya koymuştur.

Bu vesileyle ben sözü de uzatmadan başta Ankara Barosu'nun çok değerli Başkanına, Ankara Barosu'nun değerli mensuplarına, bu organizasyonun hayata

geçmesini sağlayan Baro'dan ve Fakültemden katılımcılara, organizatörlere, konuşmaları ile, tebliğleri ile bizleri aydınlatacak olan çok değerli bilim adamlarına, uygulamacılara ve katılımcılara, dinleyicilere sonsuz teşekkürlerimi arz ediyorum. Umarım amacımıza ulaşırız. Saygılar sunuyorum.

SUNUCU - Teşekkür ediyorum. Sayın Barolar Birliği Saymanı Soner Kocabey'e açılış konuşmalarını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.

AV. SONER KOCABEY

Türkiye Barolar Birliği Saymanı

Sayın Rektör Yardımcım, Sayın Dekanım, Sayın Baro Başkanlarım, değerli meslektaşlarım, sevgili öğrenciler.

Çevremize baktığımızda bütün uğraşı alanlarının insana ve topluma hizmet ettiklerini görürüz. Sokakları temizleyen çöpçülerden uzayla ilgilenenlere, marangozdan motor tamircisine, ustadan mühendise, öğretmenden bürokrata ve daha burada tek tek sıralamaya gerek olmayan tüm meslekler yaşamı geliştirme ve zenginleştirmede ilk zamanlardan bugüne insana ve topluma katkı üretmişlerdir. Bu çerçevede baktığımızda yerine göre birini diğerine tercih etmek genel bir bakışla kolay değildir. Çünkü hepsinin kendine göre bir katma değeri vardır ve yeri zamanı geldiğinde bu katma değer vazgeçilmez olabilir. Bu bağlamda tüm mesleklere saygıyla yaklaşmak zorunludur.

Bu gerçek böyledir ancak insana ve topluma katkı üretmede iki uğraş alanı vardır ki bunlara farklı bir nitelik verilebilir. Tıp ve hukukun katma değerleri doğrudan insana yöneliktir. Tıp insanın sağlığını, hukuk güvenliğini sağlamaya çalışırlar. Bu özellikleri ile de diğer uğraş alanlarına bir bakıma altyapı oluştururlar. Matematik dili ile bu ortak bileşke aslında birbirleriyle hiç bağlantıları olmadığı düşünülen bu iki dalı iç içe geçirmiştir. Tıp ve hukuk bilimin iki temel dalı olarak bütün zamanlar içerisinde ilişki içerisinde olmuşlar, olumlu ya da olumsuz birbirlerini etkilemiş ve yönlendirmişlerdir. Günümüzde bu etkilenme ve yönlendirme bir çok yönden artmış görünmektedir. 20. yüzyılın ikinci yarısından sonra insana verilen önem ve değerin artması, teknolojide yenileşmenin geometrik dizi hız kazanması, yerelliğin uluslararası ölçeğe taşınması, küçülen dünya, tıp ve hukuk bağlantısını ölçeğe sığmayacak derecede arttırmaktadır.

Öğrencisi olduğum ve büyük gurur duyduğum bu Fakültede Adli Tıp dersi okurduk ve hemen hemen her öğrencinin notu 10 üzerinden 8'in altına düşmezdi. Diğer derslere göre adli tıptan bu kadar yüksek oranlı not almamızın nedeni bizim tıpa duyduğumuz sevgiden değil dersin maalesef öneminin kavranamamış olmasındandı. Halbuki bizler hakim, savcı, avukat olarak hep iç içe olacaktık. Nitekim 33 senelik meslek hayatımda edindiğim izlenim dava dosyalarının birçoğunda bir doktor raporunun bulunduğunu ve bu raporların çoğu zaman en önemli delil olduğunu gördüm. Kuşkusuz bu kavranamazlık tıp fakültelerindeki eğitim bakımından da farklı değildi. Karşına gelen bir çok

vakanın ya da düzenlediği bir raporun adaleti şekillendirdiğini, bu yönüyle temel hukuk bilgilerine ve özellikle ceza hukuku kültürüne doktorların da sahip olması gerektiği düşünülmedi. Ama galiba artık deniz tükendi.

Bu Kurultayın konu başlıklarına baktığımız zaman dünyadaki gelişmelere paralel olarak ülkemizde de değişen ihtiyaçlara ve taleplere karşılamak bakımından tıp ve hukukun bu bilimlerin meslek erbaplarının nasıl iç içe olduklarını ve birbirlerine ihtiyaçları olduğunu gösteriyor. Bu bilincin artacağını umuyor ve diliyorum.

Birisi okuduğum okul diğeri bağlı bulunduğum meslek kurulu. Ankara Hukuk Fakültesine Ankara Barosu'na sağlık hukukunun gelişmesinde müstesna yeri olacağını düşündüğüm bu bilimsel toplantıyı düzenledikleri için kutluyorum, kendilerine teşekkür ediyorum. Hepinize saygılar, sevgiler sunuyorum.

SUNUCU- Teşekkür ediyorum. Ankara Üniversitesi Rektör Yardımcısı Sayın Profesör Doktor Mehmet Güler'i açılış konuşmalarını yapmak üzere kürsüye davet ediyorum.

PROF. DR. MEHMET GÜLER

Ankara Üniversitesi Rektör Yardımcısı

Sayın Barolar Birliği Saymanım, Sayın Rektör Yardımcılarım, Ankara Barosu Başkanı, Sayın Dekanlar, değerli öğretim üyeleri, değerli katılımcılar ve sevgili öğrenciler. Ankara Barosu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafında düzenlene Sağlık Hukuk Kurultayına hoş geldiniz diyorum.

Hasta haklarının, hasta mahremiyetinin hekimlerin hukuki ve cezai sorumluluklarının ve doğal olarak mesleki sorumluluk sigortasının çok farklı yönleriyle tartışılacağı bu Kurultayın tüm katılımcılar açısından verimli geçeceğine ve ülkemiz için çok yeni sayılacak bu alanlarda yapılacak çalışmaların büyük katkı sağlayacağına inanmaktayım. Tüm dünyada olduğu gibi ülkemizde de sağlık hizmetlerinin sunumunda son yıllarda büyük değişiklikler olmuştur. Toplam kalite yönetimi kavramının sağlık alanına girmesiyle hasta-hekim ilişkileri boyut değiştirmiştir. Eskiden tümüyle hekimlerin son sözü söylediği, "hekim erkil" olarak nitelendirilebilecek bu ilişkilerde hasta boyutu giderek önem kazanmış hatta bazı ülkelerde bu ilişki "hasta erkil" bir hastanın son söz söylediği bir duruma gelmiştir.Ve durumda hekimler sadece hizmet sunan bir meslek grubu olmaya itilmiştir. Temel amacım insan sağlığının korunması, sürdürülmesi ve yeniden kazandırılması olan bu alanda en doğru yaklaşım ne hekim erkil ne hasta erkil sadece bir hasta hekim ortaklığı olmalıdır. Tüm paydaşların, hastanın, hekimin, hasta yakınlarının, yardımcı sağlık personelinin, hukukçuların ortak bir hedef için, insan sağlığı için birlikte çalıştığı bir ortama gerek vardır.

Yukarıda başta saydığımız bütün bu kavramlar ..... cezai sorumluluk olsun tek yönlü ele alındığında ve sadece hasta açısından değerlendirildiğinde ortaya çıkacak sorunlar yine hastalarımızı olumsuz yönde etkileyecektir. Hasta haklarının çok katı ele alındığı ortamlarda hekim hakları ve hasta sağıtımını belli koşullarda reddetme kavramı, bilgilendirilmiş onamın tüm açıklığıyla hastalarımızın sosyal ve kültürel değerleri göz önüne alınmadan uygulanması durumunda ruhsal durum bozulmuş hatta tedaviyi reddeden hastalar ortaya çıkacaktır. Hekimlerin hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme geldiğinde mesleki sorumluluk sigortası primlerinin nasıl ve kimler tarafından karşılanacağı açıklığa kavuşturulamaz ise yurt dışında olduğu gibi mesleklerini icra edemeyecek, etmekte güçlük çekecek hekimlerle karşılaşacağız.

Unutulmaması gereken önemli bir nokta da, bu Kurultay'da ele alınacak bütün bu konular ülkemizde de uygulamaya başladığında her ülkede olduğu gibi hastalara sunulan sağlık hizmetlerinin kalitesinin büyük ölçüde, önemli bir ölçüde artacağı bir gerçektir. Ancak bunun yanı sıra bu hizmetlerin maliyeti de artacaktır. Ülkemizde de durum aynı bu şekilde gelişecektir. Ve günümüzde sağlık ödemelerinde büyük güçlükler yaşanan üniversite hastanelerinin mali durumunun, döner sermayelerinin son derece bozulduğu bir ortamda bütün bu değişiklikleri bu maliyeti göze almadan, bu ödemenin nasıl yapılacağı düşünülmeden tartışmanın çok doğru olmayacağı kanısındayım.

Saydığımız konularda eğitimin de bir çözüm olduğu kanısındayım. Mesleki eğitimleri boyunca hukuk öğrencilerine olduğu gibi tıp öğrencilerine de sağlık hukuku eğitiminin bir seçmeli olarak değil belki de bir ders olarak verilmesi gerektiğini düşünüyorum.

Tüm bu konulara açıklık getirecek Sağlık Hukuku Kurultay'ının verimli geçmesini umar, düzenlenmesine öncülük eden Ankara Barosu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine teşekkür eder, tüm katılımcılara saygılarımla başarılar dilerim.

SUNUCU - Teşekkür ediyorum. Birinci oturuma kadar kısa bir aramız var, aradan sonra toplantılara devam edilecek.

1. GÜN

(1 Kasım 2007, Perşembe)

I.OTURUM

SAĞLIK HAKKI VE HASTA HAKLARI

Oturum Başkanı:

AV. BEDİA BORAN

Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı

"Sağlık Hakkı ve Hasta Hakları" bu konuda aslında Kurultayın açılış konuşmasını yapan Sayın Baro Başkanımız, Sayın Dekanımız ve diğer konuşmacılar bir özetleme yaptılar. Sağlık hakkı Anayasamızda da sosyal hak kategorisinde yer alan bir insan hakkı olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle sayın konuşmacılar devletin bu alanda yapması gereken pozitif ödevleri olduğundan bahsettiler. Bu nedenle bu oturumda gerek öğleden önce gerekse öğleden sonra sağlık politikanın belirlenmesinde önemli rol oynayan gerek gerekse de hocalarımızın, bizimle bilgilerini paylaşmasını rica edeceğiz. Bu nedenle "İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı" konusundaki bilgilerini bizimle paylaşmak üzere Sayın Profesör Doktor Enver Bozkurt Bey'i ve "Hasta Haklarının Korunmasında Ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü" hususunda bize açıklama yapmak ve deneyimlerini paylaşmak üzere Sayın Doktor Hakan Giritlioğlu'nu buraya davet ediyorum.

İnsan Hakkı Olarak Sağlık Hakkı

PROF. DR. ENVER BOZKURT

Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Sayın Rektör Yardımcılarım, Baro Başkanım, kıymetli misafirler mezun olduğum bir fakültede tebliğ sunmak gerçekten önemli. Hele hele Mahmut Esat Bozkurt gibi çok büyük bir hukukçunun ismini taşıyan böyle bir salonda sizlerle birlikte bulunmaktan duygulandım. Öncelikle bunu ifade etmek istiyorum. Bugünlere gelmemizde, bizlerin yetişmesinde çok emekleri olan yüce önder Mustafa Kemal Atatürk ve onun çalışma arkadaşları Mahmut Esat Bozkurt gibi büyük hukukçuların saygıyla anarak başlıyorum konuşmama.

Benim konum, insan hakları çerçevesinde sağlık hakkı. Yani insan hakları olarak sağlık hakkı kavramını ortaya koymak. İnsan hakları kavramının ortaya çıkışına baktığımızda ilk başta temel değer olarak insanın insan olma niteliği ön plana çıkarılmıştır. Biz insan haklarını tanımlarken insanın insan olması nedeniyle sahip olduğu haklardır şeklinde tanımlama yoluna gidiyoruz. Sağlık hakkı ile insan hakları arasında çok yakın bir ilişki bulunmaktadır. Gerçekten sağlık politikalarının belirlenmesinde insan hakları yol gösterici niteliktedir. Her iki kavram da temelde insanın iyiliğini hedeflemektedir. İyi yaşam sürmesi, hayatını iyi bir şekilde devam ettirip sona erdirmesi temel değer olarak karşımıza çıkmaktadır. Zaten insan haklarının ortaya çıkışında siyasi iktidarın sınırlandırılıp bireylerin daha fazla hakka sahip olması gerektiği temel vurgu noktasıdır. İnsan haklarını devlet bireye vermez, insan hakları insanın doğuştan sahip olduğu devredilmez, vazgeçilmez haklar olarak karşımıza çıkmaktadır.

İlk 1215 Magna Carta Libertium'da bütün uluslar arası ve ulusal belgelere baktığımızda devletin insan haklarını tanıyıp bir kısmında dokunmama, onlara müdahale etmeme yükümlülüğü bir kısmında ise pozitif edimlerde bulunma yükümlülüğü yani devlet o hakkın kullanılabilmesi için o ortamı yaratıp bireylere daha fazla hak sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. Sağlık hakkı da insan hakları içerisinde ayrı bir kategori olarak yer almaktadır. Biz insan haklarını genellikle ortaya çıkış dönemleri itibariyle birinci kuşak, ikinci kuşak, üçüncü kuşak haklar veya medeni ve siyasi haklar, ekonomik, sosyal, kültürel haklar şeklinde sınıflandırırız. Hasta hakları sosyal ve ekonomik haklar arasında yer almaktadır. Medeni ve siyasi haklar klasik haklar olarak adlandırılır hepinizin bildiği gibi. Bu haklarda devletin dokunmama yükümlülüğü bulunmaktadır. Yani

gölge etme başka ihsan istemez anlayışı burada egemendir. Fakat ekonomik ve sosyal haklarda ise devlet olumlu edim yükümlülüğü altındadır.

Sağlık hakkı dediğimizde basit bir tanımla sağlığın korunup geliştirilmesine yönelik haklar şeklinde tanımlanıyor. Yani insan haklarının ve değerlerinin sağlık hizmetlerine uygulanmasını sağlık hakkı çerçevesinde inceliyoruz. Sağlık nedir? Tıpçıların ilgi alanına giriyor ama açılış konuşmalarında da Sayın Rektör Yardımcımızın da ifade ettiği gibi hastalık ve sakatlık kavramları sağlık ve hukuku, tıp ve hukuku işbirliği yapmaya zorlamaktadır. İşte bu nedenle genel bir tanım burada da karşımıza çıkıyor; hastalık ve sakatlığın olmayışı, iyi yaşamın temel bir gereği veya negatif ve pozitif değerleri bir araya toplayacak olursak hastalığa dair semptomlardan uzak kalma, bir hastalığa veya özre sahip olmama, fiziksel olarak zinde olma, psikolojik ve sosyal iyilik hali gibi değişik tanımları da getirme imkanı vardır ama Dünya Sağlık Teşkilatı'nın getirmiş olduğu tanımda, bugün literatürde en fazla kabul edilen tanımdır, sadece hastalık ve sakatlığın olmayışı değil bedence, ruhça ve sosyal yönden tam iyilik hali olarak tanımlanmaktadır sağlık. Demek ki sağlık hakkı hasta olduktan sonra gündeme gelmemesi gereken bir haktır. Kişinin hasta olmadan önceki süreçte de sağlığının korunması ve bireylere nitelikli, eşit tıbbi bakım ve tedaviye ulaşabilme olanaklarının sağlanması anlamına gelmektedir.

İnsan ihtiyaçlarının sonsuz olduğundan bahsedilir. Sağlık hizmetle-rine olan ihtiyaçlarımız da sonsuzdur. Fakat bu hizmetlere ayrılan kaynaklar ise her zaman kısıtlıdır, sınırlıdır. Sosyal devlet anlayışının ortaya çıkmasında sağlık hakkı etkilidir. İlk defa sanayi devriminden sonra Almanya'da burjuvazi ile işçi sınıfı arasındaki çatışmada işçilerin sağlık sigortasına yönelik hak elde edimleri önem kazanmaktadır. Daha sonraki gelişmede modern anlamda tüm anayasalarda sağlık hakkının yer aldığını göreceğiz. Ama insan haklarının temelinde onurlu bir yaşam sürme hakkı yer almaktadır. Gerçekten İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin giriş bölümüne de baktığımızda onurlu bir yaşam hakkına sahip olabilmek için insan olmanın yeterli görüldüğünü söyleyebiliriz. insan haklarında zaten amaç insan onurunun korunması olduğuna göre sağlık hakkında da aynı şekilde insan onuru ön plana çıkmaktadır diyebiliriz.

Sayın Baro Başkanımız da ifade ettiler, uluslararası alanda Birleşmiş Milletler Antlaşması insan haklarını uluslararası platforma taşıyan ilk belgedir fakat bu belgede insan haklarının kategorik sınıflandırmasının yapılması yoluna gidilmemiştir. İlk defa 10 Aralık 1948'de Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde medeni ve siyasi haklarla ekonomik ve sosyal hakların ayrıntılı, kategorik bir sınıflandırması yapılmıştır. Bu adından da anlaşılacağı üzere bildirgedir, hukuki anlamda bağlayıcılığı zayıftır. Yani bir sözleşme değildir. Ama ahlaki açıdan çok önemli etkileri olan bir belge olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsan Haklar Evrensel Bildirgesinin 1. maddesinde bütün insanlar özgür, onur ve hakları bakımından

eşit doğar, akıl ve vicdanla donatılmışlardır ve birbirlerine kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar hükmü bulunmaktadır. Sağlık hakkı bakımından ise; 25. madde yine sağlık hakkına ayrı bir hak olarak, bağımsız bir hak olarak düzenleme altına alan bence ilk uluslararası belge olması hasebiyle önem taşımaktadır. Sağlık hakkının da insan hakkının da ortaya çıkışı zaten insan haklarının temelinde ahlaki değerler, ahlaki haklar olması önem arz etmektedir.

İnsan haklarının biz evrenselliğinden bahsederiz. Evrensel olması bütün ülkelerin hukuk sistemlerinde insan haklarının hukuki koruma altına alınması anlamına gelmemektedir. Bir ülkede çok geniş insan hakları düzenlemesi vardır, bir ülkede daha az düzenleme vardır ama her ülkede ahlaki değer olarak insan haklarının anlayışının yer aldığını görüyoruz. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar sözleşmesi Birleşmiş Milletlerin hukuki anlamda bağlayıcılık kazandıran iki sözleşmelerden birisidir. 1966 yılında imzalanmış, 1976 yılında yürürlüğe girmiştir. Türkiye Cumhuriyeti de 2003 yılı itibariyle bu sözleşmeleri onaylamıştır ve iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Ekonomik, sosyal ve kültürel haklar sözleşmesinin 12. maddesi bireyin sağlık hakkından bahsetmekte ve bireyin sağlık hakkının korunup geliştirilmesinden bahsetmektedir. Uluslararası Sağlık Teşkilatı Antlaşmasının yine tüm insanların sağlık hakkına sahip olduğuna ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Avrupa sosyal şartı da bölgesel düzeyde yani Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde hepimizin bildiği gibi soğuk savaş döneminin gereği olarak sadece birinci kuşak haklara yer verilmiş, medeni ve siyasi haklar bu sözleşmede düzenleme altına alınmıştır. Daha sonra Avrupa sosyal şartı ekonomik, sosyal ve kültürel hakların düzenlemesi amacıyla getirilmiştir. Bu şartta da yine sağlık hakkına yer verilmesi uluslar arası platformda sağlık hakkının korunup geliştirilmesine yönelik program hükümlerin devletler tarafından hayata geçirilmesine imkan sağlamaktadır.

Bizim iç hukukumuza bakalım. İç hukukumuzda anayasal düzeyde 1876-1921 ve 1924 Anayasalarında açıkça sağlık haklarını düzenleyen bir hüküm bulunmamaktadır. 1961 Anayasası'nın 49. maddesi var, herkese sağlık hakkını tanıyor modern anlamda. Gerçekten sağlık hakkıyla ilgili dönemi itibariyle 1961 yılı itibariyle önemli bir anayasal düzenleme karşımıza çıkmaktadır. 1982 Anayasa'sı 56. madde hükmüyle çevre hakkı, herkesin dengeli ve sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı vardır düzenlemesi getirmek suretiyle sağlık hakkını düzenliyor. Ama ekonomik ve sosyal haklarda dedik ki, devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır yani negatif yükümlülükten vazgeçilmiştir artık devlet bir takım edimler yükümlülüğü altına yer alır. Peki devlet, bireyin sağlık hakkını garanti altına almak, geliştirmek, korumak için tüm olanaklarını kullanmak mecburiyeti altında mıdır? İşte bunda bir sınırlandırma getiriliyor anayasalarda gerek 1961 Anayasası'nda gerek 1982 Anayasası'nda devlet mali gücüne göre, ekonomik gücüne göre bu hakların kullanılması için gerekli ortamı hazırlama yükümlülüğü altındadır.

Sağlık hakkı ile ilgili insan haklarının yakın ilişki içinde olduğunu söyledim. Ülkemizde sağlık hizmetleri, dünyada üç modelden bahsedilir; özel sektör, kamu sektörü ve karma sistem olmak üzere. Ülkemizde üçüncü sistem geçerlidir. Yani karma sistem. Hem sağlık bir kamu hizmetidir, devlet bu hizmetleri yerine getirme zorunluluğu altında bulunmaktadır ayrıca özel sektör tarafından da bu hizmetlerin yerine getirilmesi mümkündür. İşte insan hakları alanında sağlık hakkını kabul edecek olursanız sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde ölçü, temel bir değer olarak insan hakları da insan onuru kabul edileceği ölçüde sağlık politikaları daha iyi, daha düzgün vatandaşın istek ve ihtiyaçlarına, amaca hizmet edecektir. Ayrıca insan hakları geliştirilecek bu düzeyde kamu sağlığı da ülke içinde tam anlamıyla korunabilecektir. İnsan hakları normlarında sağlık politikalarının geliştirilmesinden etkileneceğini söyleyebiliriz bu çerçevede. Çünkü sağlık politikaları geliştikçe insan hakları da yükselen bir değer olarak karşımıza çıkacak. Şimdi her iki kavramda dinamiktir, bu özelliğini hiçbir zaman unutmamamız gerekir. 19. yüzyılda veya 20. yüzyılın başındaki sağlık anlayışıyla insan hakları anlayışı günümüzde aynıdır diyebilir miyiz? Hayır aynı değildir. Her ikisi de büyük gelişim göstermişlerdir. İnsan hakları denilince 19. yüzyılda sadece bireyin yaşama hakkı gündeme gelebilirdi, birinci kuşak haklar gündeme gelebilirdi ama günümüzde artık dördüncü kuşak haklardan bahsediyoruz. Sağlık da aynı şekilde vurgulanabilir. Sağlık denilince insanın hasta olduktan sonra onun tedavi edilmesi anlaşılırken günümüzde büyük ölçüde sadece hasta olduktan değil, başta da ifade ettim, hasta olmadan önce de kamu sağlığının korunması için devletin gerekli önlemleri alma mecburiyeti karşımıza çıkmaktadır.

Ben sonuç olarak, sizleri fazla sıkmadan daha sonra yazılı hale getirildiğinde geniş olarak tebliğimde bazı konuları inceledim, sonuç olarak şunu söylemek istiyorum; biyoloji ve tıbbın uygulanması bakımından insan hakları ve insan haysiyetinin korunması sözleşmesinde de ifade edildiği üzere, bu sözleşmede 04 Nisan 1997 tarihinde imzalanmış ve Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından 03 Aralık 2003 tarihi itibariyle onaylanmıştır ve tekrar hatırlatmak istiyorum 2004 yılında Anayasamızda yapılan değişikle Anayasa'nın 90. maddesine bir cümle eklendi; "Eğer temel hak ve özgürlüklerle ilgili uluslararası anlaşmalarla kanunlar arasında bir çatışma olursa uluslar arası anlaşma hükümleri uygulanacaktır." Normlar çatışmasını çözümlemeyi amaçlayan bir düzenleme bana göre. Bu düzenlemeden de yola çıkarsak insan hakları çağımızda bireye toplum içinde bağımsız bir değer vermeyi amaçlayan, insanı insan olduğu için eşitlik içerisinde haklardan yararlanmayı öngören moral düzenlemelerdir. Buna, bu düzenlemeler sağlık hakkı açısından da gerek iç hukuklarda gerek uluslararası hukukta yerini almıştır. Sağlık politikalarının belirlenmesinde, sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesinde devletlerin insan hakları anlayışı etkili olacaktır ve Türkiye Cumhuriyeti açısından da Anayasamızın 2. maddesi; Türkiye Cumhuriyeti'nin insan haklarına saygılı bir devlet olma niteliğini ön plana çıkarması nedeniyle ben

sağlık hakkının anayasal bir değer olduğunu ortaya koymaya çalıştık. Sözümü Muhibbi Mahlas'ı ile Kanuni Sultan Süleyman'ın yazdığı bir şiirle bitirmek istiyorum, hepiniz duymuşsunuzdur;

"Halk içinde muteber bir nesne yok devlet gibi,
Olmaya devlet cihanda bir nefes sıhhat gibi."

Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize saygılar sunuyor, sağlıklı günler diliyorum.

AV. BEDİA BORAN -Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı- Sayın Hocamıza çok teşekkür ediyoruz. Hocamız özetle sağlık hakkının insan hakkı çerçevesinde değerlendirmesini yaptı ve bize devletin bu alandaki pozitif yükümlülüğünden bahsetti. Sağlık ve insan haklarının tarihçesinden, tarihi gelişiminden, ulusal ve uluslararası belgelerde nasıl yer aldığından bahsetti. Sağlık politikalarının sağlık hakkı açısından nasıl belirlenmesi gerektiğini ve bizdeki anayasal düzenlemeden bize özetle bahsetti. O nedenle kendisine tekrar teşekkür ediyorum. Şimdi "Hasta Haklarının Korunması ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü" nü anlatmak üzere Sayın Hakan Giritlioğlu'nu kürsüye davet ediyorum.

Hasta Haklarının Korunmasında ve Gelişiminde Tabip Odalarının Rolü

DR. HAKAN GİRİTLİOĞLU

Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu Üyesi

Teşekkür ederim. Değerli Başkan, değerli katılımcılar hepinizi şahsım ve Türk Tabipleri Birliği adına saygıyla selamlıyorum.

Özellikle Baro Başkanımız Sayın Coşar'a ve Dekanımız Sayın Fevzioğlu'na böyle bir katılımla, Kurultayı düzenledikleri için teşekkürlerimizi iletmek istiyorum. Bizimle direk ilgili, mesleğimiz nedeniyle hayatımızın merkezine oturmuş olan bir konuda meslek örgütümüzle birlikte yaptığımız çalışmaları ve bu alanda hayatı nasıl gördüğümüzü sizlerle kısaca paylaşmaya çalışacağım.

Sayın Bozkurt'un konuşmasının başında ve sonunda çok hoş bir şekilde değindiği gibi hasta hakları, felsefi olarak belki sağlık hakkı ile birlikte biraz daha farklı değerlendirilebilme şansı olmakla birlikte, Türk Tabipler Birliği'nin bütünlüğü dahilinde birbiriyle iç içe geçmiş, birbiriyle bağlantılı bir alan olarak görülmektedir. Bu nedenle defalarca tekrarlanmasında hiçbir sakınca olmadığına inandığım ve tekrarlanmasında yarar olduğunu gördüğüm üzere; sağlığın evrensel tanımına tekrar bakmamızda yarar var.

"Sağlık" sadece hasta veya sakat olmama hali değil fiziksel, ruhsal ve sosyal açıdan iyi olma halidir.

Sağlığın temel belirleyicilerini incelediğimizde gördüğümüz başlıkları başlıca yedi maddede özetleyebiliriz;

1. İnsanca yaşayacak gelir,
2. Nitelikli eğitim,
3. Güvenli ve sağlıklı iş,
4. Sağlıklı konut,
5. Yeterli ve sağlıklı beslenme,
6. Sağlıklı çevre,
7. Güvenlik.

Sağlık hakkı; İnsan hakları evrensel bildirgesine göre; *"insanın, insan olarak doğmaktan gelen, vazgeçilemez ve devredilemez" olarak tanımlanan "insan haklarının" en temel öğelerinden biridir.* Türk Tabipleri Birliği ve hekimler bunu asla unutmamaktadır.

Hasta hakkı ise temel olarak insan hak ve değerlerinin sağlık hizmetlerine uygulanmasıdır. Hocamın anlattığı alt başlıklara geçiş bu yaklaşımla uygulanmaktadır. Sağlık hakkına baktığımızda toplumsal düzeyde hastayla toplum, yönetim ve politik kararlar ilişkisi şeklinde ortaya çıkmaktayken, konuşmamın başında değindiğim gibi hasta hakları bireysel düzeyde, hasta ile sağlık hizmeti sunanlar arasındaki ilişki olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hasta hakları; gerek anayasal haklar gerekse uluslararası bildirgeler doğrultusunda kısaca;

- Hastayı tıbbi karara katmak,
- Hasta değerlerine saygı göstermek,
- Hastayı korumaktır.

Sonuçta bu boyutu ile birlikte baktığımızda, Türk Tabipleri Birliği'nin görev ve yetkileriyle ilgili yasamızdan kısa özetler sunmaya çalışacağım. Yine hepsi yasamızdan alıntıdır.

- Tabipliğin kamu ve kişi yararına uygulanıp geliştirilmesini sağlamak,
- Halk sağlığını korumaya çalışmak,
- Halk sağlığı ve tıp meslekleri ile ilgili meseleler için resmi makamlarla karşılıklı işbirliği yapmak, resmi makamlardan yardım sağlamak,
- Hekimleri ülkenin sağlık sorunlarını incelemeye ve bu konuda araştırmalar yapmaya özendirmek ve bunlardan çıkacak sonuçlara göre ilgili sağlık makamlarından talepte bulunmak,
- Hastalara fedakârlık ve feragatle hizmeti ideal bilen meslek geleneklerini muhafaza ve geliştirmeye çalışmakla ödevlidir.

(6023 SAYILI TÜRK TABİPLERİ BİRLİĞİ KANUNU, Madde 1, 4, 28)

Evet, Türk Tabipleri Birliği olarak yasamızın verdiği yetki ve görevler nedeniyle sağlık hakkı ve hasta hakları çok doğaldır ki bizim en öncelikli konularımızdan bir tanesidir.

Türk Tabipleri Birliği'ne göre sağlığın korunması, sağlık hizmeti sunumunun her aşamasında hasta güvenliğinin sağlanması ve tıbbi hataların önlenmesi, sağlık sistemlerinin en öncelikli konusu olmak zorundadır. Konuyu burada da hep birlikte bulunmamızın gerekçesini oluşturduğu üzere yalnızca bir meslek grubuyla veya kurumlarla sınırlı görmeyip toplum, yönetim ve politik kararlar ilişkisi içinde değerlendirmekteyiz.

Bu amaçla Türk Tabipleri Birliği olarak tek bir hasta yakınmasından, sağlık alanıyla ilgili veya ilintili tüm sorunlara kadar müdahale ve mücadele ettiğimizi de hayatın içinde sizler de görmektesiniz diye düşünüyorum.

Tüm bu nedenlerle Türk Tabipleri Birliği öncelikli olarak hem anayasal hak hem de temel insan hakkı olan sağlık hakkını savunmaktadır. Türk Tabipleri Birliği'nin çalışmalarının, mücadelesinin en temel eksenini bu oluşturmaktadır.

Türk Tabipleri Birliği sağlık hakkı ve devamında hasta haklarının korunabilmesi için, sağlığın başta anlattığım temel öğeleri ile eş düşmesi amacıyla, toplumumuzun sömürüsüz bir ekonomik düzende, onurlu ve huzurlu bir yaşam sürmesi, sosyal adalet, eşitlik, toplumsal dayanışma, bağımsızlık, barış, özgürlük ve demokrasi içinde yaşabilmesi için kendi güç ve yetkisi dahilinde mücadelesini vermektedir.

Bu amaçla Türk Tabipleri Birliği; sularımızdan altın madenlerine, depremlerden sel felaketlerine, her türlü terör ve savaş karşıtlığından bağımsızlığa, anayasa değişikliklerinden sağlık alnında yapılan tüm yasal değişikliklere, mesleki sorumluluk sigortalarından tüketici haklarına, işçi sağlığından turist sağlığına, tedavi yardımı uygulama tebliğlerinin hastaların tedavilerini kısıtlayıcı hükümlerinden nitelikli sağlık personeli yetişmesine kadar son derece geniş yelpazede bir kısmını sunduğum ve hep temel eksenini sağlık hakkını oluşturan bir alanda mücadelesine devam etmektedir.

Sayın Rektör Yardımcım konuşmasında mesleki sorumluluk sigortaları hakkında çok hoş bir atıfta bulunmuştu. Türk Tabipleri Birliği'nin sağlık hakkı ve hasta hakkına yaklaşımına denk düşen güzel bir örnek olduğu için, mesleki sorumluluk sigortaları ihtisas komitesinin bir sürecini sizlerle paylaşmak isterim.

Komite toplantılarında biraz da bizim itirazlarımızla nedeniyle uzayan "genel şartlar" yayınlanmadan önce imzamızı bir muhalefet şerhiyle birlikte koymuştuk. İhtisas Komitesinde, bizim ehveni şer olarak değerlendirip, muhalefet şerhiyle imza koyduğumuz genel şartlarda, komiteye bir takım isteklerini kabul ettiremeyenler siyasi otoriteye kabul ettirmiş olsa da, biz bilimsel olanı savunmaktan mesleğimiz gereği vazgeçmiyoruz.

Bu komite toplantıları sırasında dünyanın dört bir köşesinden bu konuda araştırmalar ve ülke örneklerini topladık. Çok sayıda ülke örnekleri inceledik, fakülteniz öğretim görevlilerinden destek de aldık. Muhalefet şerhimiz çok açık, giriş ve sonuç cümlelerinden birer kısa alıntı sunacağım. Sonuç açık ve net; "...mesleki sorumluluk sigortasının ortaya çıkan mesleki uygulamalarının hatalarını azaltıcı bir etkisi olmadığı ve sağlık hizmetlerinin niteliğini arttırıcı bir etkisinin de olmadığını" belirttik. Yine muhalefet şerhimizin son cümlemizde ki bu Türk Tabipleri Birliği'nin sağlık hakkına temel yaklaşımının güzel bir özetidir, "...sorunun nedenlerini ortadan kaldırarak çözümü sağlamak yerine, yalnızca sonuçları ile uğraşılmasına ve toplumsal kaynakların yanlış kullanımına neden olacaktır." dedik. Evet, bu komitede biz üyeliğimizi yaptığımız sırada Hazine'nin yetkileri de hekimler için asla zorunlu bir sigortanın olamayacağını söylemişlerdi. Cumhurbaşkanımız Sayın Sezer, bizim itiraz gerekçelerimizi uygun görerek şu anda da iktidarda olan hükümetin sunduğu zorunlu sigortayı veto etmişti. Bizim itirazımızın temel gerekçeleri buydu.

Biz sonuçta sağlık hakkını önceleyen sistemlerin, bazı gruplara bir takım avantajlar sağlanacak diye kısıtlı kaynakların devredilemeyeceği bir sistem olduğunu düşünüyoruz. Buradaki temel saptamamız da sigortanın zorunlu olması sonucunda kaynak israfının ne olduğudur ki Sayın Şenocak'da sanırım bununla ilgili bir sunum yapacak. Bu kaynakların yüzde kaçının hastalara, mağdur yararına aktarıldığına inanamayacaksınız. Maalesef % 10 kadardır. Diğerleri sigorta şirketlerine! Üstelik sağlığın bu kadar paraya ihtiyacı varken. Üniversitelerimizde kaynak yetersizliği yüzünden bilimsel çalışma yapılmasının önüne geçilmişken!

Dar olan kaynakların aktarılacağı yerin tercihi işte bu örnekte olduğu gibi politik ve yönetim kaynaklı tercihlerdir. Türk Tabipleri Birliği burada popülist olarak ne getirdiği önemsemeksizin, bilimsel doğruları önceleyen tutumu nedeniyle, doğruları savunmaya ve birlikte aynı söze sahip çıktıkları demokratik kitle örgütleri ile birlikte bu mücadeleyi vermeye devam etmektedir.

Evet, Türk Tabipleri Birliği hasta haklarının o felsefi ayrımı ile mesleki etik değerlerimiz doğrultusunda çok uzun yıllar öncesinde ülkemizde gündeme taşımış, hasta ve hasta yakınlarının örgütlenmelerini teşvik etmiştir. Yine bu amaçla tüm sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastaların değerlerine saygı göstermek, hastanın kendi başına karar vermesini ve tıbbi kararlara katılımını ve onun değerlerinin korunmasını sağlamak temel ilkesi ve uluslar arası bildirgeler doğrultusunda tüm sağlık çalışanlarını ve halkımızı aydınlatmaya ve bilinçlendirmeye çalışmış ve çalışmaktadır.

Bu çalışmalarımıza bir küçük örnek; Türkiye'nin resmi olarak en geniş tüketici kitlesinin buluştuğu yer, Sanayi Bakanlığı bünyesindeki Tüketici Konseyidir. Bundan 11 yıl öncesiydi, Birinci Tüketici Konseyinde yine Türk Tabipleri Birliği adına yapmış olduğum tebliğ "Hasta Hakları" konusundaydı.

Evet, yine Türk Tabipleri Birliği'nin yasasından kaynaklı hekimler üzerinden yaptırımı olan disiplin süreçleri vardır. Hasta yakınmalarına neden olan kötü hekimlik uygulamaları konusunda onur kurullarımız her türlü başvuruyu dikkatle incelemekte ve kusurun derecesine göre yine yasamızda tanımlandığı üzere;

a) Yazılı ihtar,
b) O yılki en yüksek yıllık üye aidatının üç katından az, beş katından fazla olmayan para cezası,
c) 15 günden 6 aya kadar geçici olarak sanat icrasından meni,
d) Bir mıntıkada üç defa sanat icrasından meni cezası almış olanları o mıntıkada çalışmaktan meni, cezalarını vermektedir.

Yine somut bir örnek; TTB Yüksek Onur Kurulu, son bir yıl içinde yaptığı 6 toplantıda Onur Kurullarında kararı kesinleşmemiş olan 238 hekim hakkında dosyayı görüşmüştür.

Bu dosyaların % 62 si hakkında esastan nihai karar verilmiştir. Bu dönemde verilen kararların oranları;

- Ceza verilmesine yer olmadığı: % 26
- Uyarı cezası: % 10
- Para cezası: % 39
- Geçici süre ile meslekten men cezası: % 25

Türk Tabipleri Birliği iyi hekimlikten yanadır. İyi hekimlik değerlerini benimsemeyen hekimler, hekim olmayanlardan daha çok bizim karşımızdadırlar. Çünkü bizim içimizi daha çok acıtır, bizi daha çok lekeler. Onun için TTB bu konuda çok net ve katı tutum takınmaktadır. Dediğim gibi her türlü hasta yakınması büyük bir titizlikle değerlendirilir.

Değerlendirilmektedir de, burada bu cezaları vererek Türk Tabipleri Birliği görevini nihayete mi kavuşturmaktadır? Hayır! Türk Tabipleri Birliği için çok önemli olan, başta da değindiğim kavram, hasta haklarının korunmasının bir sonuç olduğu ilkesinden yola çıkmaktır. Sonuç budur, evet en önemli ve nihayetinde varmak istediğimiz yer budur. Fakat en önemli unsur olarak tespit edilen tıbbi uygulama hatalarının nedenlerinin araştırılması ve elde edilen bilgilerin hataların önüne geçilmesi için kullanılmasını bir amaç olarak belirlemiştir. Sistem vatandaşa, halkımıza kaliteli hizmet sunabilmesi odaklı olmalıdır. Hastanın temel olan hakkını koruyabilmenin, mesleki sorumluluk sigortasındaki gibi palyatif çözümlerle değil kaynakların buraya aktarılmasıyla çözüm olabileceğine inanmaktayız.

Biz tabii ki bu kavramı daha geniş biçimde "hasta güvenliği" olarak tanımlıyoruz. Bu tanımladığımız kavramda örneğin yapılan bir tıbbi hata, sağlık sistemimizde sağlık personeline ait bir problemden kaynaklanabilir. Veya o sağlık kuruluşundaki alet, edevat, donanımla ilgili bir eksiklikten kaynaklanabilir. Hatta şu anda Meclis Komisyonunda da görüşülmekte olduğu gibi sistem bozukluklarına yol açacak mevzuat kökenli süreçler bu sorunlara yol açıyor olabilir. Bu saptamaları yaparız. İncelmelerimizi ve irdelemelerimizi verdiğimiz cezalar konusunda da bu doğrultuda değerlendiririz. Bu saptamalar doğrultusunda tabii ki yasamızın bize verdiği yetkiler ve sınırlılıklar dahilinde kendi alanımızı ilgilendiren yerlere müdahale ederiz. Eğitimdir, hizmet içi eğitimdir veya nitelikle ilgili başka sorun mudur, donanım mıdır, tekrar ek katkılarda bulunacağımız diğer mücadele alanlarında tanımladığımız süreçler midir vs. Biz bunlarla ilgili kendi alanımızda zaten yer yer kamuoyunda da duyduğunuz üzere mücadelemizi veririz.

Çözüm daha geneli ilgilendiren sorunlarsa, yine yasamızın bize verdiği yetkiye dayanarak bizi dinler veya dinlemez bilimsel doğruyu söylemekte hiçbir sakınca yoktur ki biz bu konuda da doğruyu söylemekten hiç bıkmayız, usanmayız, siyasi otoriteye önerilerde bulunuruz, gereğini yapması için her türlü

dokümanla birlikte paylaşırız. Tabii ki görmezden gelinen noktalarda da biz ve bizim gibi düşünen demokratik kitle örgütleriyle birlikte baskı unsuru olmaktan da hiç kaçınmayız.

Zamanın dolduğunun farkındayım. Sözümü daha çok uzatmadan, Türk Tabipleri Birliği'nin genel bütünlüğü içinde sağlık hakkına ve bağlantılı olarak hasta haklarına ilişkin mücadele boyutunu bu şekilde özetleyebilirim. Umarım beni sıkılmadan dinlemişsinizdir.

Hepinize şahsım ve Türk Tabipleri Birliği adına tekrar saygılar sunuyorum. Teşekkür ederim.

AV. BEDİA BORAN-Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı İkinci konuşmacımız Sayın Hakan Giritlioğlu da Türk Tabipler Birliği'nin geniş çaplı, hasta hakları ve sağlık hakkına yönelik geniş çaplı hayatın her alanına yayılmış mücadelesinden bahsetti. Mesleki sorumluluk sigortasıyla ilgili yaşanan sıkıntılardan ve bilimsel olmanın ötesinde politik tercihlerin yaratacağı sakıncalardan bahsetti bize. Yine hakları ihlâl edilen hastaların her türlü şikayetlerini dikkate aldıklarını ve bu konuda kendi meslektaşlarına yönelik bir takım soruşturmalar yürüttüğünden bahsetti. Yine en önemlisi de bence hasta haklarına ilişkin hasta haklarının bir sonuç olduğu asıl önemli olan sorunların nedenleri üzerinde uğraşmak olduğunu bize anlattı, bu konudaki bilgilerini paylaştı. Kendisine teşekkür ederiz. Şimdi de program gereği 20 dakikalık bir tartışma arası var, bu arada konuşmacılarımıza sorularınızı yazılı olarak sorabilirisiniz.

Sanırım herhangi bir soru yok. O zaman eğer kısa olacaksa, hani tartışma süremiz çok kısıtlı olduğu için ben yazlı olarak sorulmasını istedim. Eğer sorular çok olmayacaksa birkaç soru alabiliriz. Siz buyurun.

KATILIMCI - Teşekkür ederim. Sayın Giritlioğlu'na sormak istiyorum. Ankara Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Sağlık Yönetimi Bölümünde öğretim üyesiyim. Sayın Giritlioğlu'nun konuşmasının sonundan da hareket ederek, aslında çok geniş bir konu ama şöyle iki satırla sormak istiyorum. Hani sonuçlardan yararlanma, iyileştirmeye katkıdan bahsettiniz. Evet çok hoş. Bununla ilgili eğer herhangi bir tıbbi işlem dava konusu olduğu andan itibaren aslında hem hukuki taraf hem de hasta tarafı için en önemli şey hasta kayıtları. Dolayısıyla acaba Türk Tabipler Birliği'nin bu hasta kayıtlarının iyileştirilmesiyle ilgili bir çalışması var mı, bir yaptırımı olacak mı, Sağlık Bakanlığı tavsiyeleri var mı? Çünkü ampirik olarak, yani çok uygulamada çok ciddi yetersizlik olduğunu biliyoruz. Bence bu oturumun en önemli noktası da burası. Bununla ilgili görüşlerinizi paylaşırsanız, teşekkür ederim. Sağ olun.

DR. HAKAN GİRİTLİOĞLU - Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu Üyesi- Çok kısa. Tabii ki değindiğiniz konu gerçekten çok önemli. Çünkü biz hekimler çok yoğun bir pratik hayat içindeyizdir. Fakat geçmişteki

alışkanlıklarımız bunu kayda dökmek doğrultusunda değildir. Ve bu nedenle haksız yere sıkıntılara da uğramaktayız. Biz bu anlamda hasta hakları ile bağlantılı süreçte özellikle çok çok önemsediğimiz aydınlatılmış onam belgelerini zaten kendi soruşturma süreçlerimizde de kesin olarak aramaktayız, eksikliğiyle ilgili müdahale etmekteyiz. Bu anlamda hekimlerin tutmuş olduğu ve tutmaları gereken hasta kayıtlarıyla ilgili hizmet içi eğitimlerimizde özel değinmeler olmaktadır. Ama büyük proje boyutunda bir tanımlama yaptığımızda Sağlık Bakanlığı ile birlikte bütün görüşmelerde bu konuda hekimlerin ciddi bir açığının olduğu paylaşılmaktadır. Gelişen teknolojiyle birlikte sanal ortamların kolaylığı nedeniyle bu açığın da hızla geçmişe göre kapanmakta olduğunu görmekteyiz. Teşekkür erdim.

AV. BEDİA BORAN -Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı- Son bir soru alalım çünkü ara vermemiz gerekecek. Siz buyurun.

DR. İSMAİL DÖLEN -Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği - Teşekkür ederim. Türk Jinekoloji ve Obstetrik Derneği adına buradayım. Biz daha önce 2002, 2003 ve 2005 yılında Ankara Hukuk Fakültesiyle beraber "Doğumda Etik ve Yasal Konular" diye bir kongre tertipledik. Daha sonra da çalışmalarımız devam ediyor. Tekrar bu kurultayın da Ankara Barosu ile yine burada olmasından dolayı gerçekten hekimlere, hastalara, hukukçulara yararlı olacak çok teşekkür ediyorum. Önce bunu belirtmek istedim. İkincisi; Hakan Giritlioğlu gerçekten uzun yıllardır Türk Tabipler Birliği'nde çok değerli çalışmaları takip ediyoruz. Benim sorum şu; bir hukukçu arkadaşımız da belki cevap verebilirse ona da teşekkür ederim. Sağlığın temel göstergeleri ile beraber yapılması gerekenler işte ekonomik düzeyi, geliri, çevre, eğitim bunlar gerçekten sağlığı belirleyen konular. Yine yapılan son anne ölümleriyle ilgili toplantıda da bebek ölümlerinde de raporlarda eğer Türkiye'de bir kadın lise mezunuysa bu kadın doğumda ölmüyor, bunun bebekleri de ölmüyor. Gerçekten eğitim çok önemli bir faktör. Burada acaba bir akıl karışıklığı veya bir karışıklık var mı ben onu merak ediyorum. TTB uzun yıllardır işte gelirler artsın diye işçi sendikaları ile beraber veya sularımız madenler özelleşmesin veya işte etnik konuların çözülmesi bunlar sonuçta hasta hakları veya hekim sorunları açısından tam yerini buluyor mu? Veya meslek odaları açısından bu kadar konuları dağıtmak, çünkü sağlık gerçekten yani aklınıza hangi konu gelirse, tahıl odaları veya meslek odaları bunlarla ilgilenebiliriler. Ama bugün hekimlerin veya sağlık hizmetinin ortaya bugünkü durum dikkate alındığında herhalde geçmişe dönükte epey eksiklerimiz var gibi geliyor. Yani yine aynı mantıkla mı devam edeceğiz? Gayretlerimiz var bunları daha yoğunlaştıracak mıyız? Birde sorum hukukçu arkadaşlara. Yani meslek odaları bu kadar dağılması çok doğru mu tüm konulara? Teşekkür ederim.

DR. HAKAN GİRİTLİOĞLU - Türk Tabipleri Birliği Yüksek Onur Kurulu Üyesi - Bizimle ilgili boyuta ilişkin; konuşmamın başındaki ilk slaytımın binlerce kere görülmesinde yarar vardır dediğim "sağlık" Biz hekimler sizin de olduğu

gibi temel derdimiz. Sağlıkla ilgili olarak tabii ki buradaki gündemimiz sağlık hakkı ve hasta hakları olduğu için Türk Tabipleri Birliği'nin bu doğrultudaki çalışmalarını paylaştım. Ne mutlu ki bir hekim olarak gurur duyabileceğiniz şekilde bu alanda çalışmaları götürürken diğer alandaki çalışmalar da hayatın içinde yoğun olarak sürdürülmektedirler. Bireysel olarak çoluğumuz çocuğumuz bundan şikayetçi olabilir ama Türk Tabipleri Birliği ve biz hekimler bundan şikayetçi değiliz ve bu doğrultuda çalışmalarımıza devam edeceğiz. Teşekkür ederim.

Avrupa Birliği Adaylığı Sürecinde Hasta Haklarına İlişkin Uygulamaların Hasta ve Yakınları Açısından Görünümü

ECZ. NURİ ÖZKUL

Hasta ve Hasta Yakını Hakları Derneği (HAYAD)/ANTALYA

Değerli Hocalarım, değerli yöneticiler, değerli katılımcılar, değerli hukukçu ve sağlıkçı arkadaşlarım hepinizi içten sevgilerimle selamlıyorum.

Bir sivil toplum kuruluşunun yaklaşık 8 yıldan beri başkanlığını yürütüyorum, İstanbul 'dan sonra Antalya'da Hasta Hakları Derneğini kurarak hasta hakları bilincinin toplumda yaygınlaşması ve bu bilincin hasta hakları uygulaması yapılan sağlık kuruluşlarında veya bütün tedavi süreçlerinde,tedaviye olumlu yansıması için konuya özel bir ilgi duyduk. 1998 yılında resmi gazetede yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği'ni incelediğimizde ve değerlendirdiğimizde gerçekten yönetmeliğin insan olmanın niteliklerini taşıyan, ruhumuzu okşayan,yeterince kapsamlı olan, haklar dizisini görmekteyiz. İnsan haysiyetinden bahsetmekte, insanlık onurundan bahsetmekte sağlığın bir insan hakkı olduğunun altını çizmekte . Çok olumlu bir metin olarak görmekteyim. Ne yazık ki Türkiye'de sadece hasta hakları konusunda değil bir çok alanda mevzuatlarda yazanla, uygulama alanlarına yansıyan biçimi ya da miktarı çok farklı olabiliyor. Daha yurttaşlık haklarımızı bilmediğimiz ve kullanamadığımız bir toplumda, hasta haklarının kullanılması biraz uzun zaman alacağa benziyor. Hasta hakları yönergesi 2005 yılında tamamıyla bütün sağlık kurumlarında hayata geçirildi. Sağlık Bakanlığı'nın talimatıyla yönerge hazırlandı ve bütün sağlık kuruluşlarına gönderildi. Bu yönergeye göre hasta hakları birimleri, Hasta hakları koordinatörlükleri ve Hasta hakları kurulları oluşturuldu. Bende Antalya Devlet Hastanesi'nde Hasta Hakları Kurulu'nda Derneğimiz adına temsilciyim. Yönetmelik gereği Hasta Haklarıyla ilgili sivil toplum kuruluşları eğer o ilde varsa hasta hakları kurulunda yer alabiliyor. Çok olumlu baktığımız bir gelişme. Ancak ilk önce 50 ilde başlayan pilot uygulama daha sonra yaygınlaştırıldığında çıkış noktasındaki heyecanı biraz kaybetti. Zamanla statükonun, geçmiş yönetim anlayışlarının egemenliğine teslim oldu. Sağlık Bakanlığımızın bu alandaki denetimlerinin biraz eksik kaldığını söylemeliyim. İnsan Haklarının ve onun sağlık alanındaki yansıması olan Hasta Hakları'nın evrenselliğini önemsiyorum. Yasa ve yönetmeliklerimize girmiş biçimiyle, uluslar arası metinlerdeki Hasta

Haklarının bağdaşıklığını önemsiyorum. Ancak ben hayata biraz gerçekci bakıyorum.Yani Hasta Haklarının uygulama alanlarındaki pratiğine. Bu olumlu gelişmeler, son çeyrek yüzyılda geliştirilen bu evrensel insan hakları değerleri hayatımıza ne ölçüde yansımış, onu çok önemsiyorum.

Birden fazla sebebi olabilir ama çok ciddi bir direnme ile karşı karşıyayız. Ben bütün sağlık çalışanlarını ve bu mesleği kutsal kabul ediyorum. Biraz önce onur kurulu üyesi Sayın Giritlioğlu'nun sunumundaki bütün metinlere imzamı atarım Ancak göremediğimiz bir şey var. Tepedeki düşüncelerin uygulama alanlarında , hizmete yansıma başarısı çok fazla irdelenmiyor. Ben hep aşağıdan bakıyorum. Çünkü benim yanımda insanlar var, benim yanımda sivil insanlar var, benim yanımda hizmet bekleyen insanlar var, yurttaşlar var. Biz, insanlar gelişen bu mevzuattan, yaratılan bu değerlerden ne oranda yararlanıyor onu çok önemsiyoruz, ona bakıyoruz. Umarım Türkiye'deki örneklerde, yaşanılan gerçeklerde Antalya örneği gibi değildir.

Ben biraz önce hasta haklarına bu kadar sıcak bakan Giritlioğlu'ndan Tabip Odalarının hasta haklarına olan yakınlığını ölçmesini isterim. Türk Tabipleri Birliği'ne destek veren hatta eminim ki görüşlerini paylaşan meslektaşlarının bile hasta hakları deyince kalplerinin atışının arttığını hissetmekteyim.Bu ön yargı neden? Anlamakta güçlük çekiyorum. Yani bu kadar duygusal bir tepki ancak gelişmemiş ülkelerde yükselir. Özgüveni olmayan insanlar hak ve demokrasiden korkarlar. Ne yazık ki Türkiye'de eğitim sistemimiz ve hizmet sektörü konusunda geldiğimiz nokta hâlâ gerilerde. Bu yüzden de dün daha kırsal kesimde ürettiklerimizle karın doyuran bir ulus, şu anda evrensel değerlerle hizmet sektörünü değişik alanlarda yazmaya çalışıyor. Bu kadar kısa zamanda ancak bir yol yöntem bulunacağını biliyorum ama,bizim ülkemizin yavaş yaşamaya ya da gelişmeye tahammülü yok! Bu sebeple bir çok can kayıplarını zamansız yaşamaktayız. Bunu kendi cephemden baktığımda görmekteyim.

Şimdi, konuşmalarımızda buna benzer kürsülerde,çok güzel sözcükler edebiliyoruz. Gerçekten de insan olarak zaman zaman bu metinleri okumaktan ben onur duyuyorum. İnsanlık haysiyetinden bahsediyoruz çok önemli bir şey. Ama insan haklarının konuşulduğu, insanlık onurunun en fazla konuşulduğu son yıllarda ne yazık ki insan hakları ihlâllerinin en fazla yaşandığının farkındayız. Şimdi basından birkaç örnekle hepimizin aslında az veya çok sağlık hizmeti alırken başımıza gelen olumsuzluklara değineceğim. "Dahiliyeci profesör doktor hatasından komada!" "Doktorun ağzını bıçak açmıyor!" "Zaten ötenazi var." "SSK'lı hasta ölüme terk edildi." Gerçekten zamanım olsa sadece şu öyküyü anlatsam. Bizim derneğimizin bir başvurusundan yola çıkarak basına verdik, "SSK'lı olmak öldürdü!" bu benim fotoğrafım, karşımdaki hasta yakını. Şimdi bir hastamız baş ağrısı şikayeti ile hastaneye gidiyor. Geçer diye ağrı kesici veriliyor evine gönderiliyor, birkaç saat sonra acil beyin kanaması geçirip, tabii kanama geçirdiği daha sonra fark ediliyor, tıp fakültesi acile geliyor. Tıp fakültesi

acilinde en az bu hasta birkaç saat bekletiliyor. Ondan sonra ameliyata karar veriliyor, ameliyata karar verildikten sonra ameliyathane hazırlanırken hastanın SSK'lı olduğu öğreniliyor ve; "Yerimiz yok, ameliyathane boş değil dolu" diye hastayı özel bir hastane ile ilişkilendirip oraya göndermeye çalışılıyor.

Özel hastane diyor ki, tıp fakültesinden doktor konuşuyor özel hastane ile, 20 milyar lira alırız ameliyat için günlük de 2 milyar lira yatak ücreti alırız, ekstralar da vardır. Buyurun gelin diyor. Götüremiyorlar tekrar SSK Hastanesine dönüyorlar, acile gelen hastayı üç saat acilde bekletiyorlar, beyin anjiyosu çekilecek diye tıp fakültesine götürülmesi isteniyor. Çünkü sadece orada çekiliyor beyin anjiyosu, ve tekrar tıp fakültesine gelen hasta için 45 dakika ambulans, aradaki kilometre 1.5 kilometre, yolda zaman kaybediyor. Oraya vardıklarında diyorlar ki, beyin anjiyosu için size zaman vereceğiz. Ne zamana? Altı gün sonraya! Hasta komada, beyin kanaması geçirmiş, yalvar yakar her şeyi yapıyorlar bir türlü başaramıyorlar, eve dönüyorlar. Altı gün gecikiyor! Bitiyor hastaneye dönüyorlar ve derken neyse ameliyat yapılıyor, hasta kaybediliyor.

Şimdi yani burada sistemin kusuruna hiç değinmek istemiyorum. Sistemi zaten az çok sistemi koyanlar da biliyorlar. Ama birde insan olarak bizlerin, sağlık çalışanlarının, sağlık emekçilerinin, sorumluların, yöneticilerin yapacağı bir şey yokmu? Yani sadece Türkiye'nin genel bir alışkanlığı, sorunları sisteme odaklayıp kendi sorumluluklarını, kendi yapabileceklerini ertelemenin, ötelemenin bir kaçış olduğunu, bir ihmal olduğunu düşünüyorum.

Değerli Konuklar hasta hakları yönergesi hasta hakları birimlerinin kurulmasını getirdi. Daha sonra da hasta hakları kurulları oluşturuldu. 100 yataklı bütün hastanelerde. Burada ne yazık ki başhekimler dahil hiç kimse konunun farkında değil. Hatta hekimlerimiz çok duygusal, çok alıngan, çok ön yargılı "hak" deyince bu kelimeye karşı ciddi bir tepkileri var. Türkiye'de onur duyabilecekleri bir yaklaşım gelişiyor. Hasta haklarını toplumsal duyarlılığı ve insancıllığı olan hekimler insanlığa kazandırmışlardır. Bence bütün hekim arkadaşlarımız, bütün sağlıkçılar hasta haklarının evrensel düzeye gelmesinden, bir insan hakkı olarak yerini almasından ve hasta hakları uygulama alanlarında hayata geçirilmesinden onur duymalılar. Ancak onur duyarlar. Bundan korkacakları, gücenecekleri, kaçınacakları bir nokta yok. Daha çok sahiplenmeleri gerekiyor. Bilmeliler ki hasta hakları uygulamaları onların da aslında çalışma ortamlarını düzeltecek, onların da eşit personel statüsünde değerlenmesini sağlayacak bir gelişme aracıdır. Başhekimlikler hasta hakları birimlerini maalesef bir yasak savma şeklinde değerlendirip en pasif elemanları oraya verdiler, yetenekleri olmayan arkadaşlarımızı maalesef, özür diliyorum, oraya koydular.

Hasta hakları birimlerinin cephesi doktorların kafeteryasının yanında ya da alanında. Oraya girmesi için hastanın öndeki güvenlik sisteminden geçmesi gerekiyor. Özel güvenlik görevlilerinden geçmesi gerekiyor arkadaşlar! Birde

şunu anlayamıyorum, Bakanlık yetkilimiz burada;büyük bir tabelaya hasta hakları yazmışlar şöyle tam yarısını, yarısını da hasta sorumlulukları. Arkadaşlar dünyanın hiçbir yerinde bir hakkı konuşurken, bir hakkı anlatırken, hatırlatırken bir de sorumluluklarınız var diye o yanına konmaz. O işin başka bir boyutu! Biz yurttaşlarımızı elbette ben önemsiyorum hatta bu yıl Milli Eğitim Bakanlığı'na Türkiye'de her sene kutlanılan bir sorumluluk haftası önereceğim. Önemsiyorum ama hasta haklarının yanına onu siz koyarsanız eğer hasta zaten baştan, "hak aramayın kardeşim bak sizin sorumluluklarınız var" anlar bunu.

Ayrıca ben hiç görmedim Antalya Devlet Hastanesi'nde bir eğitim faaliyetini, bir broşürü, bir metin dağıtmayı. Biz içselleştiremedik arkadaşlarım bu konuyu maalesef. Ve hasta hakları birim sorumlusuna bir doktor bağırıyor, çağırıyor, kağıtları çarpıp gidiyor. Böyle bir şey nasıl olabilir otoriteye karşı? Özerklik önemli bu konularda, hasta hakları uygulama alanlarındaki sorumluların özerkliği önemli, bağımsızlığı önemli. Bir kere yönetim anlayışı önemli, birikim önemli, yetkinliği önemli. Yani ben Türkiye'de başhekimlik sistemine karşı olan bir insanım zaten. Son derece küçük bir market bile, küçük bir işletme bile yönetim kurulu diye bir şey geliştiriyor, halkla ilişkiler uzmanını koyuyor, genel müdürünü koyuyor, yönetim kurulu başkanını koyuyor.

Bizim orada hâlâ doktorlar saat 15:00'de gitsinler de sağlık merkezlerine ben de 16:00'da gideyim diye başhekim saatine bakıyor. Bereket versin ki son zamanlarda başhekimler için siz gitmeyin kardeşim oralara, yerinize oturun da maaşınızı arttıracağız biz dediler, biraz arttırdılar galiba. Onlarda o zaman gitmezsek hastane kurarız dediler, hastane kurdular, özel hastane, bu seferde orayla ilgileniyorlar! Böyle bir çarpıklık olmaz arkadaşlar. Sağlık çalışanlarının tek yerde mesai tipini ben de destekliyorum. Onu söyleyeyim. Yani sadece sekiz saat mesai yapsınlar, bir yerde mesai yapsınlar, emeklerini oraya harcasınlar, bilgilerini, insanlıklarını, insancılıklarını orada yaşasınlar ve akşam evlerine gitsinler,Ne olursa olsunlar ama ekmek kapıları bir yer olsun. Bu çok büyük sorunlar yaşatıyor, sorunlar getiriyor.

Ve Tabipler Birliği'nden, Sağlık Bakanlığı'ndan istirham ediyoruz; bu konu önemli. Hastalar kendi haklarının olduğunu zaten bilmiyorlar ama birde olsa da acaba ne derece bunun karşılığını alabiliyoruz diye zaman zaman bizim gayretimizle, bir şekilde başvuruyorlar, sonuç hayalkırıklığı. Hasta hakları kurulları negatif dayanışma içinde. Bir sendika görevlisi hiçbir zaman oradaki çalışanın aleyhine oy kullanamıyor, hastanın yanında değil. Birim sorumlusu arkadaşlarını koruyor. Açıklama istiyoruz, tanık istiyoruz çevredeki yaşayan diğer görevlilerden, hepsi birbirini destekliyor. Ben bu kadar, yanlış anlamayın şu deyim belki çok konuşuluyor ama bunu da önemsiyorum, oligarşik bürokrasi ya da statüko. Ciddi bir statüko anlayışı var. Biraz önce de bahsettim işin doğrusu içime sindiremiyorum. Sonuç alınamıyor, hastalar bundan hem habersizler hem de sonuç alınmadığı için geri dönüyorlar.

Özellikle tekrar Tabip Odası'na dönmek istiyorum. Biz defalarca hasta gönderdik oraya, Antalya Tabip Odası'na. Her gelen başvuruyu alıyorlar mı bu bir, bunun merak ediyorum. Yani her gelen başvuru orada alınıyor mu? İkincisi, mutlaka kayıtları tutuluyor mu? Genel merkeze ya da Yüksek Haysiyet Divanı'na ne derece yansıyor? Veya Yüksek Haysiyet Divanı ya da Onur Kurulu başka türlü bir başvuru alma mekanizması geliştirebilir mi? İnternet yoluyla veya posta yoluyla veya telefon yoluyla. Diyelim ki Tabipler Birliği merkezde hasta hakları başvuru birimi diye bir birim kursun, sadece bunu Bakanlığın kurması yeterli değil. Birde işin çalışan boyutları var. Bizde kurduk çünkü, bizde dernek olarak hasta hakları, zaten işimiz o, başvuru departmanı oluşturduk, bir görevli arkadaşımızı koyduk, başvuruları o alıyor.

Süremiz dolmuş. Buraya çıkarken demiştim ki kendi kendime acaba 20 dakikayı ben nasıl doldururum, ne konuşurum? Emin olun şu anda izin verseniz 5 saat konuşurum. Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Teşekkür ederim.

Etik ve Hukuk Açısından, Ulusal ve Uluslararası Bildirgelerde Hasta Hakları

DOÇ. DR. NÜKET ÖRNEK BÜKEN
Hacettepe Üniversitesi Tıp Fakültesi Tıp Etiği AD

Evet, öncelikle herkese merhaba.

Şimdi öncelikle Sayın Özkul'un Tabip odalarına ve tabiplere biraz fazla yüklendiğini düşünüyorum. Gerçi TTB Temsilcimiz de burada ama ben de bir-iki şey izin verirseniz söylemek istiyorum. Hekimler hasta haklarının neresinde, hasta haklarının tam da merkezinde hekimler. Hasta hakları hareketlerinin en başında. Keşke Sayın Leyla Ezgi de burada olsaydı HAYAD'ı daha kurmadan önce, Hasta ve Hasta Yakınları Hakları Derneği'ni daha kurmadan çok önce ki o derneği kurmasının kendi kişisel hikâyesiyle eşinin kaybıyla çok ilgisi vardır biliyorsunuz. Hekimlerle birlik içerisinde ve kurucu üyelerinin hekim olduğu bir hareketle yola çıktı, ne kadar güzel HAYAD bugünlere geldi! Onun dışında 1993 yılında Ankara Tabip Odası dediğiniz için söylemek istiyorum, Ankara Tabip Odası'nın Etik Komisyonunda bu konular konuşulmaya başlanmıştı, yani henüz hasta hakları yönetmeliği yayınlanmadan önce... Bugün hâlâ aktivitesine devam eden bir komisyondur. Yine belki şu söylenebilir, Türk Tabipler Birliği'nin içerisinde TTB – UDEK (Uzmanlık Dernekleri Eşgüdüm Kurulu)'nun etik alt çalışma grubunun içerisinde en öncelikli kabul edilen konulardan biri olarak hasta hakları konuşulur, bununla ilgili bir rapor ve rehber hazırlanmıştır, bütün uzmanlık derneklerine gönderilmiştir. Yani bir şekilde zaten hasta haklarının bileşenidir hekim ve hasta haklarının elde edilebilmesinin tek yoludur hekim-hasta işbirliği ve el eleliği! Birey sorgusunu elbette yapalım, çok önemli ama bir yerde bir hata varsa, bir sorun varsa birey sorgusuyla birlikte sistem sorgusunun da yapılması çok önemlidir. Siz sadece birey sorgusunu yapıp sadece bireyi cezalandırdığınızda aslında o sorunun ya da hatanın sadece üstünü örtmüş olursunuz. Oysa sistemi sorguladığınızda ki Batıda yapılan budur, tıbbi hatalarda "tıbbi model" "havacılık modeli" ile karşılaştırılır literatürde ve tıpkı havacılık modelindeki gibi sıfır hatayı sisteme nasıl geçirebilirizin tartışması yapılır ve bu yapılırken de hep şu söylenir; sistem hataları ortaya çıkarır, sistemin

hataları ortaya çıkardığı anlayışından hareket edilirse, kişi hataları da daha aza indirilebilir. Sadece kişi cezalandırılıp hatayı ortaya çıkaran sistem mekanizması değerlendirilmezse, hatalar tekrarlanabilir olmaya devam edecektir.

Şimdi tabii yanlışın eleştirisi dilin eleştirisi ile başlıyor. Niye söylüyorum bunu? Öncelikle bir takım tartışmaları yürütebilmek için ve gerçekten yol alabilmek için sanıyorum bir takım kavramları tanımlamamız gerekiyor ve o kavramları tanımlarken ortak dil kullanabilmek lazım. Bizler hasta haklarını konuşurken ortak bir dil kullanıyor muyuz? Bizler derken tıpçılar, hukukçular ne güzel böyle bir toplantıda, Sağlık Hukuk Kurultay'ında bir araya geldik, bu hakikaten özlenen bir tablo. Sanıyorum yeni TCK'nın da bu ivmeyi verme konusun-da çok büyük bir katkısı oldu bizlere. Bizler hukukçularla tanıştık. Yakın zamanda Antalya'da organ aktarımlarının etik ve hukuki yönlerinin tartışıldığı bir toplantıda yine hukukçular, hekimler, klinisyenler, tıp etikçileri, bunun yanı sıra sosyologlar, değişik disiplinlerden insanlar bir araya geldik ve spesifik bir konuyu konuştuk, böyle toplantıların tabii artarak devam etmesini hepimiz diliyoruz, arzu ediyoruz. Neden? Öncelikle ortak bir dil oluşturabilmek için bunu istiyoruz. Ben tabii bu kavramlar, değerler, bunlarla ilgili tartışmalar derken bir tıp etikçisi olarak daha çok hekimlerin etik sorumluluğundan, etik ve hukuki haklardan, bir takım uluslar arası bildirgelerden ve biz hekimler ya da tıp etikçileri aslında hasta hakları dediğimizde ne anlıyoruz bundan söz etmek istiyorum. Sanıyorum hukukçulardan biraz farklı bakıyoruz. Çünkü şimdi Nuri Bey de hasta hakları derken gazete kupürlerindeki hekim hatalarından söz etti hep. Ne yazık ki ülkemizde hasta hakları hekim hatalarıyla gündeme getirildi, içi boşaltıldı ve daha en baştan yolumuz tıkandı. Oysaki hasta hakları sadece bir malpraktıst meydana geldiğinde sadece hak arama süreci hukuksal olarak işlediğinde dile getirilen bir kavram olarak tartışılacaksa daha en başta biz yol alamaz duruma gelmiş oluyoruz, bu bir. İkincisi hasta, haklarını talep ettiğinde karşısında ilk olarak gördüğü kişi hekim olduğu için hekim ve hastayı birbiriyle çatıştıran bir süreci yaşıyoruz bu iki. Hani dediniz ya hasta hakları sözünü duyduklarında hekimler bundan çok rahatsız oluyorlar. Ben açıkçası çok öyle düşünmüyorum ama hekim konumuyla tıp etikçisi konumuyla değil, yaşananlar üzerinden baktığımda da çok öyle görmüyorum. Gerçekten bir takım kazanımların hem hasta adına hem hekim adına elde edilebilmesi için bu grupların bir arada çalışabilmesi ve bu tip sivil toplum örgütlerinin de böyle bir rol üstlenmesi, ama bu bakışla değil sözünü ettiğim bakışla önemli olduğunu düşünüyorum.

Evet küreselleşen dünyada 21. Yüzyılda neler oluyor? Gerçekten erki, gücü elinde bulunduranlar kuralları koyuyorlar ve bu kurallara bir şekilde uyulmasını istiyorlar. Genel olarak etik ilkelere, etik yaptırımlara ve etik bildirgelere bakıldığında da bunu görebilmek mümkün. Tabii kuralları koyan kurallara uyuyor mu? Onu da bir iki belki bildirge bağlamında niye öyle olmadığının tartışmasını sizlere bırakarak da gündeme getirmek istiyorum. İnsan onurundan söz ediyoruz,

insanın gönencinden söz ediyoruz, insan haklarından söz ediyoruz. İşte birinci kuşak insan hakları, ikinci kuşak insan hakkı, sağlığa ulaşma hakkı diyoruz. Ama daha sağlığa ulaşma hakkı sağlanamaz iken pek çok yerde üçüncü kuşak insan hakkı, hasta hakkı, hasta olma özel durumunda ortaya çıkan haklar ve bunlarla ilgili yönetmeliğin örneğin yayınlanıyor olması hekimin de sağlık kurumlarının da elini ayağını bağlıyor. Neden? Siz yönetmelikte diyorsunuz ki hastanın hekimini seçme hakkı vardır, kurumunu seçme hakkı vardır. Hadi hasta gidiyor, benim hekimimi seçme hakkım var, kurumumu seçme hakkım var. Var mı? Bunun tartışmasını da yapalım eğer gerçekleri konuşacaksak. Evet, sağlıkla ilgili pek çok uluslar arası örgüt var. Bunlardan özellikle Dünya Hekimler Birliğini ben çok önemsiyorum. Türk Tabipler Birliğinin de üye olduğu en üst düzeyde bir hekim birliğidir ve Dünya Hekimler Birliğinin bildirgeleri etik bildirgelerdir. Bu nedenle yani kendi alanımla ilgili önemsiyorum ki hasta hakları ile ilgili bildirgelerde Dünya Hekimler Birliği bildirgeleridir. Bizim yönetmeliğimiz hazırlanırken de bu bildirgeler ya da bu bildirgelerin gereklilikleri temel alınmıştır. Bir kaçını ben burada size getirdim. Dünya Hekimler Birliğinin bildirgelerini bunların içerisinde Lizbon 1981 tarihli, Bali 1995 tarihli hasta hakları ile ilgili bildirgeler. Tabi etik yaptırımlar oluşturulurken tarihsel süreç ve tarihsel süreçte yaşananlar çok önemli oluyor. Yani bir takım dersler alınıyor alınan o derslerle birlikte toplum vicdanı oluşturuluyor, kamuoyu vicdanı oluşturuluyor. Konu ile ilgili etik tartışmalar yapılıyor. Evet, etik tartışmalar belki kaygan bir zeminde yapılıyor, etiğin tanımı nedeniyle belki kaygan zeminde yapılıyor ama yapılan bu tartışmaların da hukuki metinlere öncül olması çok önemli, çünkü bir takım metinler gerçekten toplumsal araştırmalar yapılmadan, interdisipliner alanda tartışılmadan, uygulama bilinmeden, uygulamanın alt yapısı, teknik alt yapı, insanın iş gücü değerlendirilmeden tepeden inme yaptığınızda kanunları bunun uygulamada hiçbir anlamı olmuyor, dolayısıyla biz hukuka olan saygımızı da yitiriyoruz ve kanun vardır orda durur ama ona uyulmaz şeklinde bir toplumsal algı geliştiriyoruz ya da her konuyla ilgili kanunlar çıkartıyoruz. Sonuçta her şeyle ilgili kanun çıkarmaya gerek yok aslında bu anlayışla bu yola gidiliyor ne yazık ki. İşte Cenevre bildirgesi Dünya Hekimler Birliğinin ilk bildirgesi 1948 tarihli Birinci Dünya Savaşının hemen sonrasında mesleki bağlılık yemini. Orada hekime öyle bir yükümlülük yüklüyor ki bütün yaşamımı hastamın iyiliği ve yararı için adayacağım diyor hekim. Bugün mezun olurken edilen Hipokrat yemini elbette bu kadar güçlü değil. Peki neden o dönemde öyleydi? Tam İkinci Dünya Savaşı sonrası Nazi Almanya'sında, Amerika Birleşik Devletleri ve müttefiki ülkelerde yaşananlar, insan hakları ihlalleri, tırnak içinde araştırma amaçlı olduğu söylenilen insanlık dışı bir takım eylemler, yaşlılar, mental retardasyonlular, güçsüzler, Yahudiler, çingeneler üzerinde yapılan insanlık dışı girişimlerde yer alan hekimler... Nazi hekimleri Nürnberg Mahkemesin-de yargılanıyorlar hemen savaş sonrası ve hemen bir bildirge, Nürnberg Bildirgesi

insan üzerinde yapılan araştırmaların etik yönleriyle ilgili ilk bildirge. Deneklerin onamı alınacak sorumlu bir araştırmacı mutlaka olacak. Öncesinde hayvan deneyleri yapılacak. İyi, güzel kurallar belirlendi daha önce kurallar yoktu ha bu arada Nürnberg mahkemesinde Nazi hekimlerini yargılayan Amerika Birleşik Devletli yargıçlar ama Nazi hekimleri o mahkeme sırasında benzer deneylerin Amerika Birleşik Devletleri ve müttefik ülkelerde yapıldığını kanıtlarıyla ortaya koyuyor. Ve hatta Nürnberg'in araştırma ile ilgili ilkeleri ortaya koymasından sonra da 1968-70 yıllarına kadar Amerika Birleşik Devletlerinde etik dışı araştırma örnekleri devam etti konu ile ilgili kuralların varlığına rağmen, sonra onlar bir makale ile deşifre edilince kızılca kıyamet kopuyor işte Belmont raporu deniyor, yeterliği olmayan deneklerin araştırmalarda öncelikle korunması gerekliliğiyle ilgili, örselenebilir, etkilenebilir deneklerin özellikle ve özenle korunması gerekliliği ortaya çıkıyor. Kimdir onlar? Çocuklar, mental olarak iyi durumda olmayanlar, yaşlılar, güçsüzler, fakirler, mahkumlar ve bugün artık bunlar üzerindeki tanı tedavi işlemleri, araştırma işlemleri yapılırken gerçekten insan onuru, insan gönenci, yeterliği varsa kendisinden, yeterliği yoksa veli veya vasisinden alınan onamlar hep tartıştığımız konular gündeme gelmiş oluyor. Şimdi biz tıp etiği dediğimizde artık literatürde daha çok biyomedikal etik olarak da geçiyor. Şöyle tanımlayabilmek mümkün bunu. Hekim hasta ilişkisinde ortaya çıkan ahlaki değer sorunlarını değerlendiren inceleyen bir disiplin tıp etiği. Öte tarafta biyoetik kapsamında da tümüyle olanaklı olan ve izin verilen arasındaki sınırı da çiziyor. Bunu nasıl çiziyor? Araştırmalarda çiziyor, işte duyuyorsunuz kök hücre araştırmaları konusunda embriyodan alınan hücrelere izin verilsin mi? Kök hücre araştırmalarında artık embriyoların kullanılması, geçmişte bununla ilgili talihsiz bir takım yaşantılar deneyimler oldu. Sağlık bakanlığı bir süreliğine bu konudaki çalışmaları durdurdu. Bir komisyon kurdu, bununla ilgili bir yasal metin hazırlama çalışmaları başladı. Sonuçta bakın bir tıbbi uygulamanın başlatılıp başlatılmaması kararı tartışılmaya başlıyor ve tıbba genel olarak baktığımızda aslında tıp ve hukuk tıp hukuku, tıp etiğini ve etik anlayışını da kararların merkezine koymak zorunda. Çünkü tıbbi uygulamalarda sürekli olarak araştırma isteği, araştırmacının özgürlüğü hep sınırları zorlayacak. Hep zorlayacak. Sınırlarını zorladığı noktada neye izin verelim, ne kadar izin verelim, bunun tartışması yapılırken toplum vicdanını da yansıtacak bir şekilde etik kurullarda toplumsal araştırmalarla tutum araştırmalarıyla araştırma düzlemi ve ondan sonra belki kanun koyucunun yapacağı topluma uygun yasaların yönetmeliklerin gündeme gelmiş olması. Burada ben kadın doğumcuları görüyorum. Bundan 20–25 yıl öncesine kadar çocuk sahibi olamayan bir çifte ne diyordunuz, bir azumut veriyordunuz, bekleyin diyordunuz, evine gönderiyordunuz ama bugün artık çiftler çocuk sahibi olamamayı tıbbın başarısızlığı olarak görüyorlar. İşte sperm vericiliği, ovum vericiliği, tüpte döllenme, taşıyıcı annelik, yardımcı üreme teknikleri o kadar gelişti ki, evet bunlar uygulamaya bir yanıyla

kondu ama öbür taraftan hemen başka sorunlar, etik ve hukuki sorunlar ortaya çıktı. İşte nesep kaygıları ortaya çıktı, bebek kimin, baba kim, miras hukuku ortaya çıktı. Gerçi bizim şu andaki yönetmeliğimiz buna izin vermiyor ama çok iyi biliyoruz ki bebek sahibi olmak için çiftler Avrupa'da bu işin yapıldığı merkezlere ya da Kıbrıs'a gidiyorlar ya da bunun nasıl olacağı üzerinden tartışmaları da hukukçular, kadın doğumcular yapmaya devam ediyorlar. Batıda da bu böyle. Peki, bunlar nerede tartışılıyor. Ulusal biyoetik kurullarında, komisyonlarında tartışılıyor. Örneğin Connecticut Eyaletinin etik kurulu embryoda kök hücre araştırmalarına izin vermediği sürece, eyaletteki Yale Üniversitesi kök hücre araştırmaları yapamıyor. Dolayısıyla aslında biyoetik politik bir güç olarak da kullanılıyor. Evet bizde ulusal biyoetik komitesi yok. Kurulması gerektiği yönünde yayınlar, tartışmalar var. Sağlık Bakanlığının bir araştırma etik kurulu var. O kimi zaman başka bir takım konularda da karar verici durumunda olabiliyor. Belki bunların başka bağlamlarda tartışılması daha uygun olacağından konuyu çok da dağıtmadan tekrar hasta haklarına dönelim.

Hekimlerin kullandığı ileri bilimsel teknolojiye karşın, "iletişim", hala hastalıkların tanı ve tedavisinde tüm klinik işlemlerin özünü oluşturmaktadır. Hekimler ve diğer sağlık personeli kuşkusuz, hastalarla iyi ilişkiler geliştirip bunları sürdürmeyi içtenlikle ister. Ne var ki, çoğu karşılıklı doyum getiren iyi ilişkiler kurmasını sağlayacak iletişim becerileri ve sınırları belirleme konusunda genellikle hem eğitimsiz hem de yetersizdir. Tıp literatüründe hekim-hasta etkileşimini değerlendiren ve etkisiz iletişimin istenmeyen sonuçlarını belgeleyen sayısız araştırma bulmak mümkündür. Hekim-hasta iletişiminin önemli belirleyicilerinden birisi de hekimin kimliğidir. Evet, hastalar, doktorlarından uzmanlık becerilerinin yanında başka şeyler de bekliyorlar. Güvene dayalı ilişki (güven ilişkisi), hekim-hasta ilişkisinin önemli bir yönünü teşkil etmektedir. Tanımlandığı şekliyle hekim-hasta arasındaki güven ilişkisinde "dürüst ve sağlıklı bir bilince sahip olan kişi, iyi niyetle ve güveni duyan kişinin çıkarlarına saygı göstererek hareket etmek durumundadır".

Bu iletişimin koşullarını tanımlayan üç belirgin özellik şunlardır:

- Güvenilirlik beklentisi mevcuttur,
- Eşit olmayan güç ilişkisi vardır
- Mahremiyet koşullarında etkileşim meydana gelir.

Şimdi ben biraz içinde pek çok belirleyeni barındıran ve özel bir iletişim süreci olan hekim - hasta ilişkisinden söz etmek istiyorum. Çok özel bir ilişki gerçekten. Neden? Güvenirlik beklentisi var evet hasta hekimine güvenmek istiyor ama her geçen gün mevcut koşullar o güvensizlik ortamını hem yaratıyor hem de derinleştiriyor. Neden yaratıyor işte size bir örnek "sağlıkta dönüşüm projesi", Dünya Sağlık Örgütünün bir projesi olarak gündeme geldi. Şimdi Sağlık Bakanlığı bunu sağlıkta dönüşüm politikası olarak yaygın bir şekilde pilot illerin

sayısını her geçen gün artırarak uygulamaya koydu. Hekime, hastaya yansıyan olumlu / olumsuz yanları var. Bunları biz hekimlik ortamlarında çok sık tartıştık, tartışmaya da devam ediyoruz. Ama hastaya yansıyan olumsuz yanlarını da görmezden gelemeyiz. Nedir bu, hekim performansının hastaya yapılan işlemler/ girişimler üzerinden değerlendirilmesi ve bundan kaynaklı, gereksiz işlemlerin hastalara yapılıyor olması; bazen gereksiz cerrahilerin yapıldığını duyuyor olmamız... Evet öz eleştirimizi yapalım, olanı biteni konuşalım ama çok yönlü olarak da görelim bazı şeyleri, hekim - hasta arasında olmazsa olmaz güven ilişkisi sarsıldı ama bu süreç taa 2. Dünya savaşı ve sonrasında başladı.. Çünkü hastalar ya da insanlar gördüler ki, bu hekimler her zamanda hastanın iyiliğini/ yararını ön plana alarak hareket etmiyorlar, ya da bir takım başka kimlikleri hekimlik kimliklerinin önüne geçebiliyor.

Şimdi biz lisans ya da lisans üstü derslerimizde de, sürekli tıp eğitimi toplantılarında da "hekim kimliği" ve "iyi hekimlik" kavramlarının üzerinde çok duruyoruz. Çok fazla eğitim müfredatından söz etmeyeceğim ama "iyi hekimlik" kavramı neleri içeriyor? Hekim kimliğini oluşturan ögeler nelerdir? Bunlar önemli çünkü hekim-hasta iletişiminin belirleyicilerinin bir kısmını oluşturuyor. İyi hekimlik sadece bilimsel teknik bilgi donanımı değildir. Aynı zamanda iletişim becerisidir, aynı zamanda etik değerlerin gözetilmesidir. Genel olarak değerlendirdiğimde sadece Hacettepe üzerinden değil, Türkiye'deki tıp eğitimi kendisini en çok sorgulayan ve bu bağlamda değişime/gelişime açık alan. Düne kadar klasik eğitim vardı bugün interaktif eğitim, probleme dayalı eğitim, 8-10 kişilik gruplarla tıpta insan bilimlerinin verildiği bir eğitim sürecine girildi. Tıpta insan bilimleri inter-disipliner bir yaklaşımla tarih, etik, sanat birlikteliğinin sağlandığı ve geleceğin hekimlerinin tıbbı bu yönüylede algılamasının sağlandığı bir eğitim.. Bu nedenle hekim eğitimine insani bilimlerin girmesiyle, güzel bir sürecin olumlu bir sürecin, umut verici bir sürecin başladığını söyleyebilmek mümkün.

Hekim ve hasta arasında eşit olman bir güç ilişkisi vardır. Neden? Nedeni çok tartışılmış. Bununla ilgili o kadar çok literatür var ki iletişim modelleri tanımlanmış nasıl olması gerektiği ile ilgili. Tabii toplumlara göre, kültürlere göre değişiyor ama ben eşit olmayan güç ilişkisi ile ilgili olarak Brody'nin, *Healer's Power (Şifacının Gücü)* adlı kitabında ki tıbbın üç güç kaynağından söz etmek istiyorum: **Tıbbi** (Aesculapian), **Karizmatik** ve **Sosyal Güç.**

- Tıbbi güç "hekimin ait olduğu disiplinde, tıp sanatı ya da ustalığı eğitiminin temelinden gelen güçtür".
- Karizmatik güç "tıbbi gücün artmasını sağlayan disiplinden gelen bilgi ve beceriden bağımsız şekilde, hekimin kişilik özelliklerine dayanmaktadır".
- Sosyal güç "hekimin sosyal konumundan ortaya çıkmaktadır".

Bir diğer güç kaynağının **Hiyerarşik güç** olduğu, kişinin tıbbi hiyerarşide (örneğin, uzman olana karşı genel bilgi sahibi olan) doğal olarak sahip olduğu gücün de bunlara eklenmesi gerektiği söylenebilir. Gerçekten hekimle hasta arasındaki güç dengesizliğini doğuran şeyler bunlar. Peki, tıbbi gücü var hekimin sanatından kaynaklanan, teknolojiyi kullanma gücü var. Eğitiminden kaynaklanan. Hekim bilen kişi hasta karşısında ama bugün artık modern tıp etiği uygulamalarında da tıp eğitiminde bunu hep veriyoruz hekim adaylarına. Siz bu bilgiyi hastanıza vermek durumundasınız, hastanın talep ettiği bilgiyi, gereksindiği bilgiyi.. Bilgilendirilmiş, aydınlatılmış onamdan söz ediyoruz, hastanıza bu bilgiyi vereceksiniz, hasta bu bilgiyi anlayacak, anladığından emin olacaksınız, hastanın yeterliği olacak, hastanın özgürlüğü olacak ve sonuçta kendisine yapılacak işlemle ilgili rızasını verecek, onamını verecek. Dolayısıyla tıbbi bilgiden kaynaklı güç dengelenebilir değil mi? Hasta da bu ilişkide inançlarıyla ve değerleriyle var olacaktır. Ancak yine de eşitsizlik giderilemiyor, yine de dengelenemiyor. Niye diye bakılıyor "hekimin karizmatik gücü" ki hekimin kişilik özelliğinden geliyor, bu dengesizliğin nedenlerinden bir diğeri. Her hekim karizmatik mi, ya da hekimin karşısında en az onun kadar karizmatik ya da ondan daha karizmatik hastalar olabilir mi?. Elbette. O zaman bunun yine dengelenmesi gerekir. Yine dengelenemiyor. Bir diğer neden "hekimin sosyal gücü"dür diyorlar. Hekimin sosyal konumundan ortaya çıkan güç. Hastanın da sosyal gücü en az hekim kadar olabilir, hatta ondan yüksek olabilir. Hayır, yine dengelenmiyor denge hekim lehine yine. Çünkü burada bir "hiyerarşik güç" vardır. Çünkü hekim hekim, siz hastasınız. Hasta hekim de olsa hasta konumunda hekiminin karşısında olması denge bozukluğunu değiştirmiyor.. Yani hastamız hekim de olsa bu hiyerarşik gücü, bu güç dengesizliğini dengeleyemiyorsunuz. Bundan dolayı, etik açıdan doğru bir tavırla güç dengesizliğini kontrol etme sorumluluğunun oluşturduğu yük, her zaman hekimin omuzlarında olmalıdır.

Bugün hekim-hasta modelinde önerdiğimiz iletişim modeli "karşılıklı katılım tarzında" bir iletişim modeli "empatik iletişim" dediğimiz model. Ama ne yazık ki sistemimiz hala hekimi temel karar verici olma yönünde zorluyor. Hala hekime diyor ki geleneksel iletişim modeli –paternalistik (babacı) tutum devam etsin, sen bilirsin, sen hekim değil misin, sen anla. O yüzden hasta sorumluluğundan söz edilemez dedi Nuri Bey. Kesinlikle katılmıyorum. Evet hastanın sorumluluğu olmalı hasta bedenine karşı ve bedeniyle ilgili kararları alma sorumluluğuna sahip olmalı.. Nasıl ki hastanın hakları hekime sorumluluk yüklüyorsa, aynı şekilde hastanın da sorumlulukları olmalı bu iletişim sürecinde, tanı tedavi sürecinde... Hastanın en başta gelen sorumluluğu haklarını bilme ve talep etme sorumluluğudur. Daha en başta hasta bilgilenme hakkını dahi kullanmıyor. Sen hekim değil misin, neyim olduğunu sen anla diyor hasta. Tabi sağlık eğitimini hastaya kim verecek. Yine hekimler verecek, Bali bildirgesi diyor ki hastanın sağlık eğitimi alma hakkı vardır, bu eğitimi hastaya sağlık çalışanları

verecek diyor. Bununla ilgili de hekimlik ortamının, Türk Tabipler Birliğinin, derneklerin hani hiçbir şey yapmadığını söylemek hakikaten haksızlık olur diye düşünüyorum.

Evet, etik açıdan da güç dengesizliğini kontrol etme sorumluluğu hekimin omuzlarında. Hekimin omuzlarında olduğu için biz hasta haklarından ve hekim sorumluluğundan söz ediyoruz yoksa bu konuları hekim ortamında anlattığımızda hekimlerde diyorlar ki peki nerede bizim haklarımız. Altı yıl eğitim, mecburi hizmet, dört beş yıl uzmanlık, akademik kariyer basamakları. Böyle bir ortamda, böyle bir sağlık ortamında sağlık politikalarının sürekli olarak değiştiği, sürdürülebilir sağlık politikalarının olmadığı, her hükümet dönemiyle birlikte karma karışık hale gelen, mezun olduğunda hekimin ne olacağını bilmediği, ama hala en iyi öğrencilerin tıbba geldiği gelmeye devam ettiği...

Bakın Hacettepe Üniversitesi ÖSS'de ilk elliyi aldı. Pırıl pırıl gençler. Evet iyi eğitim alsınlar, iyi hekim olsunlar, bu eğitim onlara gerçekten veriliyor. Ama sistem. Sistem sorgusunu en öncelikli olarak yapmamız gerekiyor ve hastanın, hekimin hasta derneklerinin bu açıdan el ele vermesi gerekiyor. Bizler birbirine karşıt guruplar değiliz, olmamalıyız da. Aynı şekilde Sağlık Bakanlığı ile TTB'nin yan yana omuz omuza çalışması gerektiğini düşünüyorum, hükümetler değişti, yıllar geçti ben mezun olduğumdan beri yıllardır TTB'de, Sağlık Bakanlığı da bunu başaramadı, ortak politikalar geliştiremediler, ortak söz söyleyemediler, neden? Bu da bir sorun hala. Birbirimizi anlayamıyoruz, ortak dili kullanamıyoruz, sorun ne oluyor hastaya olumsuzluk olarak dönüyor. Hekime de olumsuzluk olarak dönüyor.

Evet, yani tıp etiğinin temel ilkelerinin en önemlisi olduğunu düşündüğüm "hasta özerkliğine saygı" ve bu bağlamda hastanın verdiği aydınlatılmış onamla ilgili etik bakış açısını göstermek için bir iki bir şey söylemek istiyorum. Hemen TCK'dan sonra biliyorsunuz hekimler çok korktular. Hekimlik ortamlarında hukukçular yan yana geldiler, yorumlara dayalı bir takım maddeler değerlendirildi ve hemen bu aydınlatılmış onam formları hazırlanmaya başlandı. Aydınlatılmış onamın ruhuna felsefesine aykırı bir şekilde. Hatta adını açıklamayacağım Ankara'da bir devlet hastanesinde bir konuyla ilgili aydınlatılmış onam formunu gördüm ben kadın doğumla ilgili. Adeta diyor ki okuyun bu formu ve bu işlemi yaptırmaktan vazgeçin. Yani form bu amaçla hazırlanmış. Hani dolayısıyla bu eğitimin belki de en başta hekimlere verilmesi gerekiyor. Nedir aydınlatılmış onam ya da ne değildir? Onam bir kere bir kâğıt parçası değildir, bu aktif bir eylemdir. Hekim hasta onamını almaz, hasta onamını verir. Bu bir süreçtir, bir iletişim sürecidir, sürecin herhangi bir noktasında hasta herhangi bir nedenle, herhangi bir gerekçe göstermeden onamını geri çekebilir.

İşte bu nedenle bir takım kavramları bir araya gelip konuşmamız gerekiyor. Tek yönlü bakmamamız gerekiyor. Ve mutlaka hukuk kuralları oluşturulurken

bu sürecin, etikten hukuka giden sürecin iyi işletilmesi gerekiyor. Yani direk siz ben kuralı koydum yönetmeliği hazırladım hadi uygulayalım olmuyor. Uygulanamıyor. Toplum vicdanını da temsil etmesi gerekiyor, uygulamanın uygulanabilirliğinin koşullarının sağlanması gerekiyor. Yasal metinlerin etiğe aykırı olmaması gerekiyor.

Neden toplum vicdanını temsil etmiyor hemen bir örnek vermek istiyorum. Etik ihlaller ile hukuki suçların karşılaştırılmasını getirmiştim slaytta görüyorsunuz, yine temel hasta haklarından söz ettik bildirgeler örnekleri ile. Temel olarak ben hasta haklarının 6 temel bileşenini yani altı maddeyi hukukçularımızla konuşmak istiyorum. Böylece hasta haklarının hekim hatalarıyla ve marpraktısla gündeme gelen bir kavram olarak değerlendirilmesinin yanlışlığına da dikkat çekmek istiyorum. Hasta hekimini seçme hakkına sahiptir. Hasta özgürce klinik ve etik kararlar verebilen hekim tarafından bakılabilme hakkına sahiptir. Hekimin özgürlüğünden söz ediyoruz. Hekim ne kadar özgür? İdari baskılar, sistem baskısı. Sadece hekim etik ikilemlerle uğraşmıyor bazen iletişim sorunları, idari bir takım sorunlar etik sorunların önüne geçiyor ya da birbirini besliyor. Hasta yeterli ölçüde bilgilendirdikten sonra önerilen tedaviyi kabul ya da reddetme hakkını konuşuyoruz. Hasta hakkı dediğimiz şeyler bunlar.

Özel hayata ilişkin bilgilerin gizliliği, hastanın mahremiyet hakkından hekimin sır saklama yükümlülüğünden söz ediyoruz. Peki, sonra ne yapıyoruz TCK madde 280 ile diyoruz ki sağlık çalışanlarına; herhangi bir suç belirtisi ile karşılaştığında bunu hemen ilgili birimlere bildir diyoruz, sağlık çalışanlarının suçu bildirme yükümlülüğünü getiriyoruz. Herhangi bir suç ibaresi gördüğünde diyoruz bunu en kısa zamanda ilgili makamlara bildirmek durumundasın, bildirmezsen bir yıl hapis cezası. Peki, nerede hastanın sırrı, nerede hastanın mahremiyet hakkı? Bunu nasıl uygulayacak hekim? Ya da yoğun bakım ünitelerinde, yaşamın sonunda alınan kararlarda hekimin eylemlerinde hukuk hekimin arkasında durabilecek mi? Tedaviye hiç başlamama, başlanmış bir tedaviyi kesme, faydasız tedavi, DNR orderları, yani canlandırma uygulamayın komutları... Bunun hukuki alt yapısı nedir, bilmiyor hekim. Beş yıl boyunca Hacette Üniversitesinin Nöroloji servisinde yatan hastalardan söz ediliyor. Yoğun bakım. Yoğun bakımda bir hasta en fazla kaç gün yatar? Cost effektif midir bu? Bu değerlendirmeler ne zaman yapılacak? Yani böyle çok geniş çerçevelerden bir takım şeylere bakmak gerekiyor.

Bu madde 280'le ilgili bir şey daha söylemek istiyorum Türk Tabipler Birliği ve uzmanlık dernekleri kurulları ben de Türkiye Biyoetik Derneği adına gitmiştim. Henüz daha yasa çıkmadan Mecliste konuşuyoruz alt komisyon başkanıyla. Bu madde dedi dağdaki teröristlerin başı olan hekimler içindir. Ama biz hekimler bu maddeyi böyle anlamıyoruz. Biz orada uyuşturucu tedavisi için gelen hastayı acaba bildirecek miyiz diye düşünüyoruz. Ya da biz orada daha önce gittiği hekim yanlış tedavi uygulamış, o yanlış tedaviyi acaba bildirecek miyiz diye

düşünüyoruz. Yani biz tıbbi olaylarda tek yönlü bakamıyoruz. Dolayısıyla hukuk ve tıp bir olaya aynı şekilde bakabilmek için de bunları tek tek konuşmamız tartışmamız gerekiyor.

Evet, dağdaki teröristlerin başı olan hekimler olabilir. Yakınlarda teröristleri muayene etmek için götürülürken sınırda yakalandı bazı hekimler, ama onlar teröre yardım ve yataklık etmek gibi bir suç yok mudur, ondan yargılanmaz mı? Ya da 280'den bir önceki kanun maddesi ki sizler daha iyi biliyorsunuz 279, 278 genel olarak toplumdaki kişilerin suçu bildirmemesi ile ilgili sorumluluğu tanımlıyor ya da kamu görevlisinin suçu bildirme sorumluluğunu tanımlıyor, peki neden artı bir de sağlık çalışanlarına yönelik bir üçüncü madde, böyle zorlayıcı bir şekilde getiriliyor? Bir yıl hapis. Bunları konuşmamız gerekiyor. Hastanın sırrını saklama ve mahremiyetine saygı gösterme sorumluluğu bu durumda ne olacak?

Hasta hakları birimlerinden söz ettiniz. Çok kısaca başvurulara şöyle bir bakalım. Bu başvurulara baktığımda ben aslında hastalarımızın Hasta haklarının özünü kavramış olduklarını da görüyorum ya da en azından şikâyet mekanizmasından yararlananların. Bakın birinci sırada hizmetten genel olarak faydalanamama geliyor. Yani sağlık hizmeti alamama. Çok temel bir hak hakikaten, ülkemiz için sorun bunu konuşalım. Bilgilendirilmeme hakkı ikinci sırada, ne güzel artık hastalar demek ki bilgilendirilmeyi talep ediyorlar, istiyorlar. Yani bir ameliyat oldu, ne ameliyatı oldun diye kendisine sorulduğunda, doktor içimi boşalttı diyen hastalar istemiyoruz artık. Bu nedenle hastaların kendi bedenleri ile ilgili sorumlulukları üzerlerine almalarını istiyoruz. Bu nedenle hasta sorumluluğundan söz ediyoruz.

Bakın sağlık kuruluşu personelini seçememe, değiştirememe yani verilen ya da yapılan bu şikâyetlerde aslında hastaların da iyi bir noktada iyi bir konumda olduğunu bize gösteriyor ama lütfen medyanın tuzağına düşmeyelim çünkü medya da hasta haklarını hep hekim hataları üzerinden, hep yanlış kavramlar üzerinden gündeme getiriyor. Şişman bir kız çıkıp medyada ben çok şişmanım ötanazi istiyorum diyebiliyor. Daha ötenazinin ne olduğu anlaşılmamış burada ve bu konu haber yapılmış. Hani bu tür tuzaklara düşmeden önce üzerinde konuştuğumuz kavramları tanımlayalım. Birlikte çalışmak çok önemli o yüzden bu tür toplantıların süregiden bir şekilde belli dönemlerle yapılması da çok önemli. Zamanımı bayağı aştım, sabrınıza teşekkür ediyorum.

II. OTURUM

SAĞLIK HAKKI VE HASTA HAKLARI

Oturum Başkanı

AV. İDRİS KILINÇKAYA

Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi

Kurultayımızın sabahki bölümü çok verimli ve çok heyecanlı geçmişti. Ümit ediyorum bundan sonraki oturumları ve bundan sonraki tebliğlerde aynı heyecanla, yükselerek devam edecek. Sabahki bölümde ve aralarda, özellikle aralarda bizim Kurultayla ilgili bir takım eksiklerimizin bulunduğu bize eleştiri olarak geldi ve biz bunları kabul ettik. Kurultayda benimde Sağlık Kurulu Üyesi olarak katkılarım oldu özellikle hekimlerin problemleri ve kendi sorunlarıyla ilgili kendilerinin de ifade edebileceği konu başlıklarının belirlenmesi gerektiği bize iletildi. Doğrudur, haklı buluyoruz. Bir diğer eleştiri de basının yeterince ilgi, alaka göstermediği yolunda idi o da çok haklı bir eleştiri. Tabii bu bizim ilk kurultayımız, bundan sonraki kurultaylarımızın daha etkili ve verimli geçeceği inancındayım. Ben şöyle ümit etmiştim kanun koyucu ve kanunları yürüten yürütme organı daha doğrusu meclisten ve hükümetten de katılımcıların olmasını ümit etmiştim. Eğer onlar olsaydı buradaki tebliğleri, sorunları bir nebze olsun, onlar da bizimle yaşar belki hem kanun koyarken hem de uygularken problemlere daha yakından eğilebilirler diye düşünmüştüm. Halk arasında şöyle deniliyor; "Allah kimseyi hekime ve hakime düşürmesin," ama arkasından ilave ediliyor, "onları da başımızdan eksik etmesin." Şimdi ben zamanında kısıtlı olması nedeniyle ikinci oturumun konuşmacılarını buraya davet etmek istiyorum. Sayın Güleç hoş geldiniz. Sayın Bıggs, Sayın Özlü. Evet zamanımız kısıtlı o yüzden "Ruh Sağlığı Hakkı" konusunda sunumunu yapmak üzere mikrofonu Sayın Güleç'e veriyorum.

Ruh Sağlığı Hakkı

PROF. DR. CENGİZ GÜLEÇ

Teşekkür ediyorum. Efendim Kurultay üyelerini sevgi ve saygıyla selamlıyorum ve düzenleme kuruluna da çağrı için teşekkür ediyorum. Oturum başkanımızın az önce ifade ettiği hekim ve hakimi Allah başımızdan eksik etmesin ama hakimi duymadım, tamirci ve hekimi biliyorum da, ... inşallah böyle hakimlere sahip oluruz.

Evet Sağlık Hukuku Kurultayı daha önce yapıldı mu yapılmadı mı, bu konuda daha önce çalışma var mı çok fazla bilmiyorum ama Kurultaya emek veren yakın dostlarımdan haber aldığım zaman bu çalışmayı, ben biraz geçte duydum daha doğrusu konular neler diye sorduğumda, sevgili Bedia burada duruyor, ya bu sağlık genel anlamda da tartılabilir ama tabii ruh sağlığı diye bir kavram da var acaba bunu işin içine sokobilir miyim diye rica ettim, Bedia da ne söyleyeceğimi ne yapacağımı kestirememiş de olsa herhalde iyi olur nede olsa ağzı iyi laf eder bu hocanın belki bir iki iyi bir şey de söyler diye sanıyorum programa koydurdu. Onun için mahcup olmamak adına süreyi de önceden bilmiyordum. Ben biraz konuşma yaparım belki biraz söyleşi tarzında yürütürüm diye düşünmüştüm ama uyarı gelince yirmi dakikada sınırlandırmak da gerekiyor gayet tabi doğal böyle kurultaylar içinde. Pek adetim olmayan bir şey bir metin hazırladım. Bu da benim için bir yenilik sayılabilir. Belki yarın öbür gün bir kitap haline de gelebilir. Hazır metinde var, o yüzden metne bağlı kalacağım ondan affınıza sığınıyorum bu tarzımdan ötürü.

Ruh sağlığı hakkı sanıyorum çok fazla işittiğiniz bir terim kavram değil. Sağlık hakkı temel insan hakları içerisinde gayet tabi sayılır. Eğitim gibi düşünceyi ifade etme ve diğer temel insan hakları arasında mutlaka ihmal edilmeyen kavramdır ama özellikle ruh sağlığı kavramı hukuk literatüründe çok yer alıyor mu bilmiyorum. Çok aldığını da sanmıyorum. Peki o zaman ruh sağlığı kavramını nasıl tanımlayabiliriz ki onun bir hak olup olmadığından söz edebilelim. O zaman tabi ruh sağlığı kavramı doğal olarak da psikologlara, ruh hekimlerine bırakılan bir alan öyle ya biz ruh sağlığının ne menem bir şey olduğunu bizim meslek grubu disiplininin belirlemesi gerekir diye düşünebilirsiniz. Çok sağduyuya uygun da bir yaklaşım anlayışı ama işin ne kadar zor olduğunu ruh hekimliği açısından da ruh sağlığının tanımlamanın ne kadar güçlükler taşıdığını bir miktar sizlerle paylaşmak istiyorum. Eh sonunda da bir toparlama yapıp yine de bütün güçlüklere

rağmen uzlaşma niteliğinde bir ruh sağlığı tanımı belki yapılabilir. Ve bu sağlık tanımından hareketle de ruh sağlığını koruma, ruh sağlığını geliştirme yönünde de bir takım hukuki talepler yada düzenlemeler yapılabilir umuduyla böyle bir çalışmaya girdim. Ruh sağlığı hakkı tıp ve hukuk alanında demin söylediğim gibi bilinen bir kavram değildir. Genel sağlık temel insan hakları arasında sayılır ancak ruh sağlığına ilişkin özel bir hukuki düzenlemeden nedense söz edilmez. Bu durum basit bir ihmalden öteye geçen karmaşık bir soruna işaret eder. Ruh sağlığı nedir? Ruh sağlığı nesnel ve bilimsel bir biçimde tanımlanabilir mi? Bu sorulara kuşkusuz ruh hekimliğinin cevap vermesi gerekir. İlk bakışta çok açık gibi görünen bu tespit gerçekte bir dizi sorunu içinde barındırmaktadır. Biz bu sunuşumuzda bu sorunları tartışmaya çalışacağız.

Sağlık ve hastalık durumları temelde biyolojik olgulardır ancak kültürel bağlam olmadan hastalık ve sağlıktan söz edemeyiz. Dünyanın herhangi bir sosyo kültürel ortamında yaşayan bir kişi eğer yoğun endişe, kaygı, gerginlik, huzursuzluk ve uykusuzluk çekiyorsa bu sıkıntılarına vereceği tepkiler ve bunlardan kurtulma için baş vuracağı çareler içinde yaşadığı kültürel normlardan etkilenecektir. Örneğin psikolojik terimlerin popüler kültüre iyiden iyiye yerleştiği modern bir kültürde yaşıyor ve iyi bir eğitim almış bir meslek sahibi ise bu kişi bu yakınmaları bir ruhsal bozukluk olarak görecek ve çareyi ruh sağlığı profesyonellerine baş vurmakta arayacaktır. Bunlardan bazısı da kendilerine anksiyete tanısı koyarak gelecektir.

Başka bir örnek dini inançların güçlü olduğu muhafazakar çevreden gelen kişilerdir. Bu insanlar yaşadıkları endişe ve kaygıları dini inançlarında ve imanlarında ciddi bir zaafın işareti olarak görebilirler. Hatta daha ileri gidip ahlaki benliklerinde bir çözülme olarak da değerlendirebilirler. Çare olarak da dini inanç önderlerine baş vurup onların tavsiye ve telkinlerine ihtiyaç duyabilirler. Örneğin papaza gidip itiraf ve günah çıkarma seanslarına baş vurabilir yada Müslüman bir ülkede saygın bir hocanın iman tazeleme işlemlerine kendini teslim edebilir. Orta yaşlı seküler hatta ateist bir entelektüel ise bu sıkıntıları var oluşsal ontik bir kaygı olarak algılayıp bir dizi entelektüel savunma geliştirebilir.

Siyasi yönü güçlü bir materyalist ise bozuk ve adil olmayan sömürü düzeninde kendi sıkıntılarını haklı bile bulabilir. Duyguların insan yaşamındaki önemini küçümseyen pozitivist bir mühendis bu tür ruhsal ve manevi sıkıntıları bir tür kişilik zayıflığı olarak görüp dolu dolu yaşamak ve gününü gün etmek adına kendini tüketircesine türlü çeşitli serüvenlere koşabilir. Bir başka ünlü ve varlıklı iş adamı ise yorgunluk işareti olarak algıladığı bu sıkıntılardan kurtulmak için eş değiştirebilir yada daha masum ve tehlikesiz yol olan sözgelimi Havai adalarına tatile çıkabilir. Kısacası bu sıkıntıları kim anlayıp, onaylayacak? Muhtemel seçenekler şunlardır. Tanrı dinsel bir otorite, arkadaş ve dost grubu, geleneksel şifacılar, aile büyükleri, profesyonel bir psikoloji danışmanı, aile doktoru yada ruh hekimi. Çare arama davranışı yukarıda görüldüğü gibi kültürel

normlarca nasıl belirleniyorsa aranan şifa yolları da kültür tarafından belirlenir. Örneğin dua etmek ve daha fazla ibadet, itiraf ve tövbe temrinleri kefaret ve suçluluktan arınma işlemleri, grup ilişkilerini artırma, diyet değişikliği, tatil, fizik egzersizler, hobi geliştirme, iş değişikliği, yaşam ortamını değiştirme yada ruh hekimine başvurma. Bu bizim işimize çok gelir tabii. Bu genel girişten kolayca anlaşılacağı gibi ruh sağlığı kavramı kültürel çerçeve ile doğrudan ilişkilidir. Bu nedenle evrensel, genel geçer ve daha da önemlisi bilimsel bir ruh sağlığı tanımı yapmak bu nedenle zordur. Tanımı bu kadar belirsiz bir haktan güvenilir bir biçimde nasıl söz edebiliriz?

Ruh sağlığı tanımına psikoloji penceresinden bakalım birde. Belki burada nesnel bulgular elde edebiliriz. Ancak ruh bilimde de durumun ne kadar karışık ve belirsiz olduğunu görmek sizi belki biraz şaşırtacak ama yine de bu çabadan geri kalmamalıyız diye düşünüyorum. Ruh sağlığını tanımlama yaklaşımlarını gruplandırarak size özet olarak sunmaya çalışacağım. Bir; ruh sağlığı normal olmaktır. Ruh sağlığını tanımlama çabalarında normallik yani normalite kavramı sıkça başvurulmuş bir kaynaktır. Normallik organizmanın tüm bedensel ve psiko sosyal işlevlerinin bir bütünlük içinde ve dengede olmasını var sayar. Bu yetmez. Bireyin içinde yaşadığı sosyo kültürel çevre ile yeterli bir uyumu da şart koşar. Bu anlamda bakılınca normallik ütopik bir idealden başka bir şey değildir.

İkinci yaklaşım; ruh sağlığını ortalamayla eş anlamlı görme. Ruh sağlığını tanımlama çabalarında bir başka yaklaşımda normalliği ortalama ile eş anlamlı görmektir. Bu yaklaşım davranışların normallik oranlarını ölçmek için matematik ve istatistik yöntemleri kullanmaktadır. İnsan fizyolojisinde önemli olan bir parametrenin diyelim nabız diyelim kalp atışı gibi veya vücut ısısı toplumdaki dağılımı, bu tip parametrelerin toplumdaki dağılımını tipik bir çan eğrisi gösterdiği gözleminden hareket eden psikologlar davranışlarında böyle bir çan eğrisi gösterdiği varsayımına tutunmaktadırlar. Ortalama bu anlayışa göre sağlıklı olmak demektir. Çan eğrisinin her iki ucunda yer alan davranışlarda sağlıksız yani anormaldir. Bu anlayış sağlıklı olmayı statik bir durum olarak görmektedir. Oysa sağlıklılık ister bedensel ister ruhsal olsun statik durağan bir durum olmaktan çok dinamik bir süreçtir. Bu nedenle ortalamada yer almak çoğu durumda pekala patolojik marazi olabilir. Bunun sayısız örneğini vermekte mümkün. Biraz zaman darlığından size vermeyi düşündüğüm İkinci Dünya Savaşı sırasında temerküz kamplarında beş altı yıl kadar çok ağır tahmin edebileceğiniz işkence altında kalan hümanist psikolojinin şahikalarını yaratan bir psikoterapist Viktor Franklın hayatını kısaca anlatmak isterdim ama her halde pek vakit kalmayacak ilginizi çekerse bu ortalama meselesine bu Franklın hayatından örnek vererek tartışmak isterim.

Üçüncü yaklaşım; ruh sağlığı uyumluluktur. Uyum meselesi, uyum kavramı çok merkeze alınan bir yaklaşım. Sağlıklı olmayı uyum kapasitesi ile eş değer gören başka bir yaklaşım daha vardır. Ancak uyum kavramı da sınırları belirsiz

tartışmaya açık bir terimdir.kimi araştırmacı uyumu stresle baş etme gücü ve yetisi açısından tanımlarken kimisi de benlik bütünlüğünü korumak koşuluyla çevresel koşullara uygun davranmak olarak tanımlamaktadır. Aynı türden çevresel koşullara yada beklentilere her bir insanın farklı tepkiler göstereceği göz önüne alınırsa uyum ve stresle baş etme gücü sağlıklı olmak açısından ne kadar önemli olursa olsun tek belirleyici kriter olamaz. İnsanların öz geçmişlerini ve kişilik özelliklerini ne kadar iyi bilirsek bilelim belirli bir durum ve uyaran karşısında nasıl davranacağını kesinlik derecesinde ön göremeyiz tahmin edemeyiz.

Dolayısıyla marazi bir çevreye uyum belki işe yarayabilir. Ama sağlıklı da olmayabilir. Bir örnek çok bilinen mitolojik bir öykü. Bir kral ayrıntılarını hatırlamıyorum ama halkta çok garip hareketler giderek yaygınlaşır yani diyelim ki delilik işaretleri gibi şeyler işte bir hekimin birisi de yada bir şifacı bir ilaç hazırlar suya katarak insanlara, daha doğrusu halkın çoğu yanlış hatırlamıyorsam çok çökkün depresif bir durumda iken bunlara böyle bir ilaç sunulur büyük çoğunluğu halkın artık taşkın bir neşe çılgınlık derecesinde bir gerçeklikten kopuş bakar bilge kral tamam halkı o kederli bedbin halden kurtulmuş ama ortalıkta da böyle tuhaf bir manzara var. Kendi yadırgamaya başlar. Sonunda çağırır hekimi ver şu ilaçtan bende içeyim. Bu da bir uyum gördüğünüz gibi ne kadar sağlıklıysa. Ayrıca uyum kuramında bir risk daha var. bu uyum kavramına çok abartılı bir önem atfederseniz bir zaman sonra bu uydumculuk yani konformizm tehlikesini de içinde taşımaktadır ki modern insanın en büyük hastalıklarından birisi de konformizmdir.

Dördüncü yaklaşım; ruh sağlığını olgunluk düzeyinde olgunluk çerçevesinde, perspektifinde görme yani olgunlaşma olgun olma haline aşırı vurgu yapan yaklaşım. Olgunluğu ruhsal açıdan sağlıklı olmanın göstergesi sayan görüşlerde vardır. Bu noktada neyi olgunluk olarak kabul edeceğimiz tartışması bu defa karşımıza çıkar. Olgunluk değer ve ideoloji yüklü kültürel bir kavramdır. Olgunluk kavramı günlük dil açısından da çok kirletilmiştir. Davranışlarından tutumlarından hoşnut olmadığımız kişileri yargılamak amacıyla sıkça da kullanılmaktadır. Psikolojik olgunluk her ne kadar ruh sağlığımız açısından çok değerli bir kavram ise de taşıdığı bu risklerden dolayı bilimsel literatürden ihraç edilmiştir. İnsanlar için iyi yada kötü, olgun yada ham, normal yada anormal, uyumlu yada uyumsuz demek belki kişisel ilişkiler gündelik ilişkiler açısından geçerli ve kullanışlı da olabilir ama güvenilir bilimsel araştırmalar için elverişli değildir.

Bir beşinci yaklaşım; ruh sağlığını ruhsal bir bozukluğun hastalığın yokluğu durumu yani böyle bir rahatsızlığın mevcut olmaması halini doğrudan doğruya ruhsal açıdan sağlıklılık olarak görme yaklaşımı. Klasik anlayışa göre ki bu çok yaygın hala da günümüzde az çok kabul gören bir yaklaşım. Klasik anlayışa göre ruh sağlığı ruhsal bir bozukluğun yokluğu ve norma ile eş anlamlı olarak ele alınıyordu. Ruhsal bozuklukların varlığına işaret eden belirti ve bulguların tedavi

ile giderilmesi sağlık harcamalarını finanse eden kamu yada özel kuruluşlar nezdinde ruh sağlığına kavuşmak için yeterli sayılıyordu.

Gerçekten de ruh sağlığını basitçe ruhsal bir hastalığın yokluğu olarak görmek günümüzde de tartışılan ama yaygın kabul gören bir anlayıştır. Üstelik tüm dünyada ruh sağlığı konusuna psikiyatrik bakışta diyebileceğimiz bu yaklaşım hala egemen bir paradigmadır. Yani özetle şunu söylemeye çalışıyorum. Bilebildiğim kadarıyla altmış yaşında kırk yıllık bir ruh hekimi olarak bende bir şizofreni yok. Eh paranoidde sayılmam. Ağır panik veya obsesyonlarımda yok yani şöyle kabaca bakıldığı zaman major belli başla ruhsal bozukluklardan azadeyim ama acaba ruhsal açıdan sağlıklı olduğum iddia edilebilir mi kabaca böyle bir örnek verebilirim.

Ruh sağlığı tanımlarına ilişkin genel yaklaşımları eleştirel bir açıdan gözden geçirdikten sonra şimdi de antropoloji, felsefe ve sosyal psikolojinin çağdaş verilerinden hareketle pozitif ruh sağlığı tanımını yapmaya çalışacağım ki bu kavram pozitif ruh sağlığı kavramı benim çok önemsediğim değer verdiğim ve az çok bu alanda da çalışıp; hadi biraz reklam yapalım çok yakında da pozitif ruh sağlığı ve hümanist psikoloji diye bir kitabım da yayınlanacak. Yani epeyce emek verdiğim son zamanlarda bir kavram. Dolayısıyla genel anlamda ruh sağlığı tanımı hep problem içeren problematik bir terim olsa da başına pozitif sıfatını ekleyerek bir tür ruh sağlığı tanımı yapmanın da mümkün olduğuna inanıyorum. Yani tümüyle de belirsiz ve bu tartışmaların içerisinde boğulup kalmak gibi bir durumda da değiliz. Biraz sağ duyu hareket geçtiği zaman tanımlanabilir. Sayın Başkan lütfen ikaz edin daha galibe üç beş dakikam var, yukarıda yaptığımız tartışmada görüldüğü gibi ruh sağlığı normallik ve ortalama değil, normalin ve ortalamanın üstünde olmaktır. Hastalığın yokluğu her zaman sağlıklı olmaya işaret etmese de tıptaki genel anlayış genellikle böyledir. Bu genel sağlık içinde böyle.

Yani herhangi bir hastalık durumunun bulunmayışı ve genel ortalamaya uygunluk sağlıklı olmak için yeterlidir. Ancak öyle durumlar vardır ki bu anlayışa hiçte uygun değildir. Örneğin çok sayıda insanın yaşamını doğrudan ilgilendiren kritik mesleklerde mesela pilotluk gibi. Sağlıklı olmak elbette uçuş personelinin ortalama sağlıklı olmasından çok daha önemlidir pilotun sağlıklılığı. Yani pozitif sağlıklılık burada önemli. Tıpkı savaşta bir komutanın sağlığının herhangi bir rütbesiz askerin sağlığından daha önemli olması gibi. Başarılı bir atlet yada parlak bir sporcuyu şampiyon yapan özelliklerin hangisi normal kapasite ile açıklanabilir? Kas gücü mü, çeviklik, dayanıklılık ve yarışma hırsı ortalama insanın özellikleri midir? Bunun gibi ruh sağlığını da normallik ve ortalama ile tanımlamak hiçbir biçimde yeterli değildir.

Bütün bu tanımlama sorunları ile başa çıkabilmek için 1960'lı yıllarda Amerika'da bazı araştırmacılar multi disipliner bir grup bu pek çok mesleklerden

bir araya gelmiş bir ekip ve gerçekten de güvenilir ve geçerlilik oranı epeyce yüksek araştırmalar yaparak onların ayrıntılarını geçiyorum kabaca şöyle bir tanımlamaya vardılar. Bunu sizinle paylaşmak istiyorum. Bu tanımlamada vurgu değişik türden beceri ve yetilere yapılmakta. Yani değişik beceri ve yetilerimizi göz önünde tutarak yada onlara vurgu yaparak bir ruh sağlığı tanımı yapma girişimi.

Bu özellikler neler kabaca bir; kimlik duygularımızla yada kimliklerimizle bunu çoğul olarak kullanıyorum kimlik tek başına bir şey değil çünkü sosyal kimliğiniz, cinsel kimliğiniz, mesleki kimliğiniz, hatta etnik kimliğiniz falan gibi farklı kimliklerin bir sefer tası gibi düşünürseniz yan yana yada üst üste ama bir bütünlük içinde olabileceği ve çok defa da çoğulluk taşıdığını aklınızda tutarsanız bu türden kimliklerinizle bir bütünlük içinde, bir barışıklık içinde olma birinci koşul. Yani bir biyolojik olarak kadın cinsiyetinde ama kadın rolü ve kadına atfedilen şeylerden hoşnut olmayan ve kendi bedeninden hoşnut olmayan bir insan düşünün böyle bir şeyin sağlıklı olması mümkün mü. İki; kişisel duygularını doğru tanıma yetisi. Bu ben duygu körlüğü diye söz ederim sık sık değişik toplantılarda bu bizim kültürümüzde, toplumumuzda çok yaygın bir durumdur artık hastalık demeyim de. Yani duygularını ayrıştırabilme, tanımlayabilme, dile getirebilme. Üç; geleceğe yönelik bir takım yararlı ve verimli yatırımlar yapma yetisi. Yatırım; maddi yatırım. Banka yatırımı falan değil. Bir alana yatırım duygusal ve ruhsal enerjimizi yatırma anlamında kullanıldı. Üç veya dört neyse ruhsal çatışmalara ve gerilimlere baskılara ki genellikle ekstra dış dünyadan gelen yada yoksunluklara yeterli direnç gösterme gücü. Bu açıdan işte Viktor Frankıl görebildiğim en muhteşem örneklerden biri. Beşincisi toplumsal çevreyi özgürce oluşturma. Kendi toplumsal çevresini özgürce oluşturma, genişletme ve o çevre ile ilişkileri yaşatma becerisi.

Son olarak da bizim pirimiz Sigmund Freud'un çok yıllar önce özetle söylediği çalışmak, sevmek ve gülmek tabi bu gülmek demiyor bunlar Amerikalılar pek hoşlanmıyor gülme duyusundan olmalı ki bunu aforoz etmişler onun yerine sevmek, çalışmak, affetmek bu çok önemli onaylamak. Bir takım şeyleri onaylamak ve problemleri kendi başına çözme yetisi. Şimdi ilk bakışta bu söylediğimiz kriterler yine tartışmanın başında söylediğim gibi kültürden bağımsız, kültürel normlardan ve bir takım değer yüklü ideolojik zihniyetlerden, anlayışlardan elbette azada değil, bağımsız değil yani bu tip özellikler hemen kolaylıkla görülebileceği gibi günümüz çağdaş Amerikan yada Batı uygarlığının, Batı toplumlarının neredeyse ideal insan tipine çok yakın görülüyor. Dolayısıyla belirli bir kültürde daha başat olan bir profilin ruh sağlığı profilinin kişilik profilinin genel geçer ve evrensel olduğunu iddia etmek muhakkak ki hala problematik ama yine de biraz pragmatik olursak işe dönük işe yarar bir yönü de olduğu bu özelliklerin söylenebilir. Buradan hareketle muhakkak ki daha gerçekliğe uygun ve bir çok noksanlığı halledebilmiş tanımlamalara doğru da araştırmalar devam

edecektir ve bu tanımlama sorunu halledilmedikçe de demin söylediğim gibi bir hukuki çerçevede ruh sağlığı hakkından söz etmek ne kadar mümkündür bunun cevabını vermekten çok zihninizde bir takım soruları uyandırmak, sorunlara işaret etmek idi. Teşekkür ederim.

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Sayın Güleç ruh sağlığı hakkında özel bir hukuki düzenlemenin olmadığını çünkü ruh sağlığının düzgün işe yarar bir tanımının henüz uygulayıcılar ve bu konuda uğraşanlar, iştigal edenlerin de yapamadığını bize anlattı bunun üzerine ruh sağlığının uzunca bir tanımını yaptı. Ruh sağlığı ile ilgili değişik yaklaşımları bize anlattı ve kendisinin de çok önemsediği pozitif ruh sağlığının yine uzunca bir tanımını yaptı kendisine çok teşekkür ediyoruz.

PROF. DR. CENGİZ GÜLEÇ - Başkan sataşmadan duramam bu benim huyumdur. Düzgün bir tanımdan söz edilemezde gerçekçi, geçerli, elverişli düzgün deyince eğrisi de var bu işin, eğri odun gibi değil yani.

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Şimdi "Hekimin Aydınlatma Ve Sır Saklama Yükümlülüğü" ile ilgili sunumunu yapmak üzere ben mikrofonu Sayın Profesör Doktor Hazel Biggs'e bırakıyorum.

Aydınlatma ve Sır Saklama Yükümlülüğü: Uygulama ve Malpraktis

(Türkçe Çevirisi)

PROF. DR. HAZEL BIGGS

Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Tıp Hukuku

Giriş

İngiltere'deki tıbbi uygulamaların bir çok yönü gibi, Aydınlatma ve sır saklama yükümlüğü de koyulmuş kanunlara tabi gözükmektedir. Ancak, kanun ve profesyonel düzenlemeler açık olmasına rağmen, klinik uygulamada izin ve gizliliğe ilişkin halen bazı yasal adımların atılması söz konusudur. Bu sunumda, bu alandaki kanuni temelleri kısaca özetleyerek, tıbbi uygulama ve kanun arasındaki ilişkiyi incelemek üzere yakın tarihli bazı tartışma ve içtihat hukuku örneklerini, ve hastaların malpraktis iddialarını öne sürmek üzere dayandıkları gerekçeleri açıklayacağım.

Hukuk ve Etik

Tıp hukukunun büyük bölümü gibi, aydınlatma ve sır saklama yükümlülüğü ile ilgili kanunlar da etik ilkeler üzerine inşa edilmiştir. Daha basit ifadeyle, tıbbi etik ilkeleri kapsamında, hasta bireyler genellikle kendileri için karar verme ve kendi yaşamlarını nasıl yaşayacaklarını seçme hakkına sahip olan bağımsız ahlaki kurumlar olarak değerlendirilmelidir.

Bunun arka planında bulunan ana etik ilke, büyük ölçüde Kantçı teoriye dayanan bireysel özerkliğe saygı duyulmasıdır. Bir çok yorumcu tıbbi uygulamada bireysel özerklik için saygının işleyişini tartışmıştır, ancak ben şu şekilde bir açıklama getiren Raanan Gillon tarafından belirtilen vurgulamayı ele alacağım:

'Özerklik (kelime anlamıyla kendi kendini idare) özetle bağımsız ve özgür bir şekilde düşünme, karar verme ve bu düşünce ve karar üzerine hareket etme yeteneğidir. Bu rasyonel bir varlık olmanın temel ve mantıksal olarak gerekli bir özelliğidir... Özerklik bu anlamda insan doğasının ve her rasyonel doğanın kutsallığının temelini teşkil eder.'

R. Gillon, "Autonomy and Consent" in M. Lockwood (ed) *Moral Dilemmas in Modern Medicine* (1985) OUP

Yetkin tıp avukatı Ian Kennedy, ***Treat me Right: Essays in Medical Law and Ethics*** (1991) ("Beni Doğru Tedavi Et: Tıp Hukuku ve Etiği Yazıları (1991)) isimli etkileyici çalışmasında, özerkliğin merkezi rolünü şu şekilde ifade ediyor:

'Belki de örf ve adet hukukunun en temel hükmü, bireylerin özgürlüğüne duyulan saygıdır. Tıbbi bağlamda bu, bir kişinin kendi tercihini belirleme, uygun göreceği şekilde bedeni üzerinde hakim olma hakkıdır ve kanunla koruma altına alınmıştır"

I. Kennedy, *Treat me Right: Essays in Medical Law and Ethics* (1991) Oxford at 320

Ve tabi ki, tıp hukuku ve etiğinin bu temelleri, Cardozo J 'nin de önceliğiydi ***Schloendorff v Society of New York Hospital (1914) 105 N.E. 92, 93 (N.Y.)***,

'Yetişkin yaşa erişmiş ve sağlıklı bir akla sahip olan her insanın kendi bedenine ne yapılması gerektiğine karar verme hakkı vardır"

İngiliz Kanunlarında Özerklik ve İzin

Uzun süredir iznin " meşru" tıbbi tedavi için gerekli olduğu kabul gören bir olgudur. Belki de bunun en açık ifadelerinden birisi, Sheffield'deki 93 kişinin öldüğü ve diğerlerinin ciddi bir şekilde yaralandığı futbol stadı kazasının ardından kalıcı bitkisel hayata girmiş genç bir adamın da bulunduğu Bland vakasında yerini bulmaktadır.

Önceki içtihat hukukunu teyit eder tarzda şu hükme varılmıştır

***'... sağlam akla ve bilince sahip olan bir yetişkine kendi izni olmadan tıbbi tedavi uygulamak, hem haksız fiil hem de müessir fiil suçu teşkil eden kanun dışı bir harekettir. Böyle bir şahıs tedavi olmayı reddetme konusunda tamamen özgürdür.... '...bunun sonucu onun ölecek olması olsa bile..' Airedale NHS Trust v Bland* [1993] 1 All ER 821**

Ayrıca, içtihat hukuku şu konuda ısrar etmektedir: ***'Akıl hastalığı yüzünden ehliyetsiz olan yetişkin bir hastanın, tıbbi tedaviye izin verme, veya bunu reddetme veya sunulan tedavilerden herhangi birini seçme konusunda mutlak bir seçim hakkı vardır. ' Re T* [1992] 4 All ER 649 at 652**

Ve, ***'Yetkin bir hasta tedavi almak istemediğini açık bir şekilde ifade ederse... doktorların kendisine o tedaviyi uygulamaları kanun dışıdır. Kişisel özerklik veya kendi tercihini belirleme hakkı üstündür '*** *R (Burke'nin başvurusunda) v GMC* [2005] 3 FCR 169 para 30.

Ancak şu nokta önemlidir ki alınan her izin geçerli bir izindir ve uygulamada bu, hastaya, izin verip vermeme konusundaki kararına temel teşkil edecek uygun ve yeterli bilgilerin verilmesi anlamına gelmektedir. Uygun ve yeterli bilgi verilmediği sürece, hasta uygun şekilde bilgilendirilmiş olmayacaktır ve kendi özerkliğini ifa edemeyecektir. Bu koşullarda, alınan izin geçerli kabul edilemez ve doktor bir malpraktis davası ile karşı karşıya kalabilir.

Bilgilendirilmiş izin

Amerikan içtihat hukuku "..***hastanın, anlaşılmış bir izinin temelini teşkil etmek için gerekli olan her türlü olgudan haberdar edilmesinin***.." yasal bir yükümlülük olduğunu belirtmektedir. *Salgo v Leland Stanford Junior University Trustees* 317 P 2d (Cal, 1957).

Etik olarak bu ilke tıbbi uygulamada da kabul ve tespit edilmektedir, ancak İngiliz kanunlarında bunun yasal durumu daha yüzeysel kalmıştır. *Chatterson v Gerson* [1981] QB 432 davası, tıbbi uygulamada bilgi vermeyi içeren uzun davalar dizisinin en önce gerçekleşeniydi. Davada şu nokta belirtilmişti '***... uygulanacak olan prosedürün niteliğine ilişkin hasta en geniş şekilde bilgilendirildiğinde ve hastanın izni alındığında, söz konusu izin gerçektir ve risklere ve implikasyonlara girmeme durumunda dava sebebi ihmaldir...***'

Buradan şu sonuç çıkar: bilgi vermeyen bir doktor hastaya karşı olan görevini ihmal etmektedir, ancak kanun klinisyenin ne kadar bilgi vermesini gerekli kılmaktadır?

İngiliz kanunlarında itina standardı Bolam testi ile belirlenmektedir ki bu test, *Bolam v Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All ER 118 davasında verilen kararda uygulanmış, bu davada, doktorun, eğer tıbbi görüş konusunda sorumlu bir organ tarafından o anda uygun ve kabul edilebilir bir uygulama ile uyumlu olarak hareket ederse, ihmalkar davranmamış olacağı kararı verilmiştir. Bu hükmün önemine tekrar döneceğim.

Sidaway [1985] davası bu sorunu ele almıştır ve bugüne kadar İngiliz kanununda ihtilaflı bir konu olarak kalmıştır.

Davadaki olgular şu şekildeydi.....

Yargıçlar ne kadar ve ne tür bilgilerin verilmesi gerektiği konusunda ayrılığa düştüler, ancak çoğunluğu doktorun ihmalkar davranmadığını kabul etti.

- Lord Diplock – *Bolam* testi geçerlidir (burada ihmal yok)
- Lord Bridge (ve Lord Keith) - *Bolam* geçerlidir ancak şu koşulla ki her türlü gizleme bir tıbbi görüş kurumunun görüşü ile paralel olmalıdır ve görüşün kabul edilir olup olmadığını tespit etmek yargıça düşmektedir (burada ihmal yok) (*Bolitho ile karşılaştırılabilir*)
- Lord Templeman – Doktorun, özel bir hasta için söz konusu olan özel risklerin ifşa edilmesi de dahil olmak üzere, bilgilendirme görevi vardır, böylelikle hasta daha fazla ayrıntı veya açıklama talebinde bulunabilir. Görüşüne göre Bayan Sidaway yerli bilgi almamıştır (yani burada ihmal yoktur)
- Lord Scarman – 'sağgörülü hasta testi uygulanmalıdır', yani, hastanın karar verebilmesi için gerekli olan tüm maddi bilgileri alma hakkı vardır. Ancak, teröpatik ayrıcalık da geçerlidir ki bu, bir doktorun hastaya ciddi zarar verebilecek bilgileri ifşa etme zorunluluğunda olmadığı anlamına gelir. Örneğin,

eğer doktor hastanın bilgileri aldığında ciddi anlamda strese gireceğini veya söz konusu prosedürle tedavi olmayı reddedebileceğini düşünüyorsa, meşru olarak bu bilgileri ifşa etmeyebilir.

Uygulamada bu şüphesiz doktorlar için bir dizi sorun çıkartmaktadır.

Eminent Oksford'lu felsefeci Onora O'Neill'in açıkladığı gibi ***'Bir kişinin gerçekten de bilgilendirilmiş ve özerk (idiosenkratik ise) bir karar vermesi beklenebilir; diğer bir kişinin ise seçeneklerinin ne olduğu konusunda kafası karışmış olabilir. Başka bir kişi de konuları anlamış olabilir ancak karar verme konusunda çok bağımlı veya çok kaygılı olabilir.'*** **Onora O'Neill, "Paternalism and Partial Autonomy" (1984) 10 *Journal of Medical Ethics* 177.**

Ve ***'mantığa veya kabul edilmiş ahlaki standartlara açıkça meydan okuyup, karar verilecek sorun üzerinde akıl yürüten sağ duyu sahibi hiç kimsenin veremeyeceği bir karar' nereye oturtulmalıdır? Re MB (Medical Treatment)*** **[1997] 2 FLR 426 per Butler-Sloss LJ at 437**

Başta kendisine atıfta bulunduğum Raanan Gillon şunu belirtiyor ***'Bazen hastalarına karşı paternalist yaklaşan bir doktor olabilir - yani hastalarının isteklerine karşı, onlara danışmadan, ve belki de bir ölçüde onları aldatarak, hastanın menfaatine olan şeyleri yapan doktorlardır bunlar.'*** **R. Gillon, *Philosophical Medical Ethics*, at p. 67.**

Sidaway'ın rolü ve bir hastanın tedaviye bilgilendirilmiş ve geçerli bir izin vermesi için gerekli olan bilgi miktarı ve niteliği konusunda ciddi akademik tartışmalar yaşanmıştır. Bir çok klinisyen, Gillon'un açıkladığı ve Sidaway'de anlam bulan paternalist yaklaşımı kabul etmemekte, bunun yerine hastanın kendi tercihini belirleme özerkliği ve bilgilerin tamamen açıklanmasını savunan bir özerklik görüşü benimsemektedir. Bu şu anda tıbbi ihmalda Bolam testinin uygulanması bakımından bazı sorunlar yaratmaktadır, çünkü bir sorumlu tıbbi görüş kurumu, her zaman uygulamada tam bilgilendirilmiş izin almak için tam ifşada bulunmayı tercih ederse, bu durumda ifşa standardı, Sidaway'de benimsenen olan yasal standarttan zorunlu olarak sapacaktır.

Sonuç olarak, Sidaway'den sonra bir çok dava gerçekleşmiştir.

- *Gold v Haringey* [1987] 2 All ER 888
- *Rogers v Whittaker* [1993] 4 Med LR 79
- *Smith v Tonbridge Wells HA* [1994] 5 Med LR 334
- *Pearce v United Bristol Healthcare NHS Trust* (1998) 48 BMLR 118
- *Bolitho v City & Hackney HA* [1998] AC 232
- *Chester v Afshar* [2004] UKHL 41

Bu yüzden Sidaway kademeli olarak geçerliliğini kaybetmiş ve uygulamada tam bilgilendirilmiş izne yönelik bir eğilim ortaya çıkmıştır ve teori ve uygulama arasındaki bu farklılık, gizlilik bakımından da söz konusudur.

GİZLİLİK

Gizliliğe ilişkin etik olarak emredici olan Hipokrat Yemininin metninde ifade edilmektedir: ***'...mesleki uygulamamla bağlantılı olarak, insanların yaşamına ilişkin gördüğüm veya işittiğim ve dışarı açıklanmaması gereken hiçbir şeyi ifşa etmeyeceğim...'***

Ve Birleşik Krallıkta bu yasalarda şu şekilde kendine yer bulmaktadır:

'Kanunlar özel ilişkilerden bir gizlilik yükümlülüğünün ortaya çıkabileceğini kabul etmektedir. Buna doktor ve hasta, papaz ve penitent, avukat ve müvekkil, banka ve müşterisi arasındaki ilişkiler örnek olarak verilebilir....'

A-G v Guardian Newspapers (No. 2) **[1988] 3 All ER 545, per Lord Keith**

'Herkesin kendi özel ve aile yaşamına, evine ve iletişimine saygı duyulmasını bekleme hakkı vardır. Kanunlarla uyumlu olmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sürece, herhangi bir kamu merciinin bu hakkın icrasına herhangi bir şekilde müdahalesi olamaz.' Article 8 Human Rights Act 1998

Ve doktorların bağlı olduğu meslek örgütü olan Genel Tıp Konseyinin mesleki kılavuzunda şöyle denilir:

'Hastalar hakkındaki bilgilerin gizliliğine riayet etmelisiniz. Eğer istisnai durumlarda bilgileri hastanın izni olmadan veya hastanın isteklerine aykırı olarak açıklama konusunda geçerli nedenler varsa, bizim kılavuzumuzu takip etmeli ve kararlarınızı hastaya ve Konseye ve bu yönde talep gelmesi durumunda mahkemelere gerekçeleri ile açıklayabilme durumunda olmalısınız. ' The GMC

Ulusal Sağlık Servisinde, sağlık çalışanları ve müşteri / hasta arasında herhangi bir açık sözleşme yoktur, ancak sağlık çalışanının iş sözleşmesi genellikle açık veya zımni bazı şartları belirtmektedir ve örf ve adet hukukunda tüm sağlık çalışanları ve özellikle doktorlar ihmal durumunda yükümlülük altındadır **- Bakınız *Furness v Finchett* [1958] NZLR 396,** burada sağlık durumunun açıklanmasının maddi ve manevi kayıplara neden olabileceği kabul edilmektedir, ve

H v Home Office **6th May 1992** ***The Guardian*** burada bilgi kaynağının gizli tutulması için uygun tedbirlerin alınması bir görev kılınmaktadır.

Gizliliğin korunması yükümlülüğü şu durumlarda geçerlidir:

- **Bilgilerin gizli nitelikte olması (ör. kişisel /mahrem)**
- **Bilgilerin gizlilik yükümlülüğünün uygulandığı bir durumda ifşa edilmesi**
- **Hastanın bundan bir miktar zarar görmesi, ör. açıklamaya bağlı olarak kişisel gizliliğin ihlali – zarar maddi / parasal olamaz.**

Ancak ifşaya şu durumlarda izin verilir.

- **Hastaların izni ile**
- **Kanunen gerekli olması durumunda**
- **Kamusal menfaat söz konusu ise**

Ancak kamusal menfaat ilginç bir konudur. ***'...her ne kadar kanunun gizliliği korumasının temelinde, gizliliklerin kanunen korunması ve muhafaza edilmesi yönündeki kamusal menfaat bulunuyor olsa da, kamusal menfaat, ifşa edilmesini gerekli kılan daha ağır basan başka bir kamusal menfaatin yanında geçersiz kalabilir'***

A-G v Guardian Newspapers (No. 2) **[1990] AC 109, per Lord Goff at 282**

Sonuç olarak, gizliliğin ihlal edilmesi görüşünde olan, yani Konsey kılavuzluğu altında ifşaya izin verilmesi için geçerli bir neden olduğuna inanan sağlık çalışanları, bu ifşayı son derece dikkatli bir şekilde yapmalıdır.

Ulusal Sağlık Servisi dahilinde ve dışında gizli bilgilerin aktarılması, bir dizi yasal kural ve kılavuz ilkeye tabidir. Örneğin, Caldicott Raporu Parlamento tarafından 1998 yılında hazırlanmıştır ve bir hastanın kimliğinin belirlenebilmesine imkan tanıyan bilgilerin aktarılması ile ilgilidir. Doktorlar ve diğer sağlık çalışanlarına şu zorunlulukları getirmektedir.

- **Amaç gerekçelendirilmelidir – yani bilgilerin aktarılması neden gereklidir?**
- **Bilgiler sadece mutlak olarak gerekli olduğunda aktarılmalıdır**
- **Gerekli asgari bilgiler kullanılmalıdır**
- **Bilgiye erişim kesin olarak "bilinmesi gereken kadarının ifşa edilmesi" temelinde olmalıdır**
- **Bu sürece olan herkes kişisel sorumluluklarının farkında olmalıdır.**

Veri Koruma Kanunu 1998

8 Veri Koruma İlkeleri tüm bilgilerin şu niteliklerde olmasını sağlayacak şekilde uygulanmaktadır:

- **Adil ve kanuni bir şekilde işlenmelidir**
- **Belirtilen ve kanuni amaçlarla elde edilmiş olmalı ve bu amaçla uyumsuz bir şekilde işlenmemelidir.**
- **Uygun, ilgili olmalı ve fazla olmamalıdır**
- **Doğru ve güncel olmalıdır**
- **Gerektiğinden fazla elde tutulmamalıdır**
- **Hastaların hakları ile uyumlu olarak işlenmelidir**

- **Uygun güvenlikle korunmalıdır**
- **Uygun koruma olmadan aktarılmamalıdır.**

Bu kılavuz ilkeler ve yasaların tamamı, klinisyenlerin, ne zaman ve ne kadar bilginin ifşa edileceği konusunda kendi takdirlerini kullanmalarına izin vermektedir. Bu uygulamada doktorlar için ikileme neden olabilir ve tıbbi malpraktis iddialarına maruz kalmalarına yol açabilir.

SONUÇLAR

Hastanın izni belki de tıbbi tedavi sağlanması ve gizli bilgilerin ifşa edilmesi bağlamındaki en önemli pratik konudur.

Her ne kadar İngiliz kanunları kesin ve açık gözükse de, sağlam tıbbi etik ilkelerine dayalı iyi klinik uygulama süreci, teorik ve pratik arasında bir farklılığın meydana gelmesine neden olabilir, bu da meslektaşlarının takip ettiği uygulama ve standartlara tam olarak uymayan doktorların, savunulması çok zor malpraktis iddialarına maruz kalmalarına yol açabilir.

TERCÜMAN - Öncelikle sözlerime beni buraya davet eden Ankara Hukuk Fakültesine ve Baroya teşekkür ederim.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Konuşmamı rıza ve sır saklama konusunda uygulama ve malpraktis özellikle onlardan bahsetmek istiyorum ancak konuşmam biraz uzarsa sayın oturum başkanından lütfen beni uyarmalarını rica ediyorum.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : İngiltere'deki tıbbi uygulamaların bir çok yönü gibi rıza ve sır saklamada koyulmuş kanunlara tabi gözükmektedir. Ancak kanun ve profesyonel düzenlemeler açık olmasına rağmen klinik uygulamada rıza ve sır saklamaya ilişkin halen bazı yasal adımların atılması söz konusudur. Bu sunumda bu alandaki kanuni temelleri kısaca özetleyerek tıbbi uygulama ve kanun arasındaki ilişkiyi incelemek üzere yakın tarihli bazı tartışma ve içtihat hukuku örneklerini ve hastaların malpraktisi iddialarını öne sürmek üzere dayandıkları gerekçeleri açıklayacağım.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku- (İngilizce)

TERCÜMAN : Tıp hukukunun büyük bölümü gibi rıza ve sır saklama ile ilgili kanunlarda etik ilkeler üzerine inşa edilmiştir. Daha basit ifade ile tıbbi etik ilkeleri kapsamında hasta bireyler genellikle kendileri için karar verme ve kendi

yaşamlarını nasıl yaşayacaklarını seçme hakkına sahip olan bağımsız ahlaki kurumlar olarak değerlendirilebilir.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Bunun arka planda bulunan ana etik ilke büyük ölçüde Kantçı teoriye dayanan bireysel özerkliğe saygı duyulmasıdır. Yani otonomluğa saygı duyulmasıdır. Bir çok yorumcu tıbbi uygulamada bireysel özerklik için saygının işleyişini tartışmıştır ancak burada ben bu konuda aşağıda belirteceğimiz gibi bir açıklama getiren .... tarafından belirtilen bir vurgulamayı ele alacağım. Kendisi şöyle diyor. Özerklik kelime anlamıyla kendi kendini idare etme otonomluk özetle bağımsız ve özgür bir şekilde düşünme karar verme bu düşünce ve karar üzerine hareket etme yeteneğidir. Bu rasyonel bir varlık olmanın temel ve mantıksal olarak gerekli bir özelliğidir. Özerklik bu anlamda insan doğasının ve rasyonel doğanın kutsallığının temelini teşkil etmektedir.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İNGİLİZCE)

TERCÜMAN: Yetkin İngiliz tıp avukatlarından ... beni doğru tedavi et. Tıp hukuku ve etiği yazıları isimli etkileyici çalışmasında özerkliğin merkezi rolünü şu şekilde ifade ediyor. Belki de örf ve adet hukukunun en temel hükmü bireylerin özgürlüğüne duyulan saygıdır. Tıbbi bağlamda bu; bir kişinin kendi tercihini belirleme, uygun göreceği şekilde bedeni üzerinde hakim olma hakkıdır ve kanunla koruma altına alınmıştır.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Bu tıp hukuku ve etiğinin temelleri ... tarafından öncelikli olarak ele alınmış ve şu şekilde hükme bağlanmış. Yetişkin yaşa erişmiş ve sağlıklı bir akla sahip olan her insanın kendi bedenine ne yapılması gerektiğine karar verme hakkı vardır.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (ingilizce)

TERCÜMAN : Uzun süredir rızanın meşru tıbbi tedavi için gerekli olduğu kabul gören bir olgudur. Belki de bunun en açık ifadelerinden birisi ... 93 kişinin öldüğü ve diğerlerinin ciddi bir şekilde yaralandığı futbol stadı kazasının ardından kalıcı bitkisel yaşama girmiş olan genç bir adamında bulunduğu Bland vakasında yerini bulmaktadır.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Bu davada bu vakada önceki içtihat hukukunu teyit eder tarzda şu hükme varılmıştı. Sağlam akla ve bilince sahip olan bir yetişkine kendi

izni olmadan tıbbi tedavi uygulamak hem haksız fiil hem de müessir fiil suçu teşkil eden kanun dışı bir harekettir. Böyle bir şahıs tedavi olmayı reddetme konusunda tamamen özgürdür. Bunun sonucu onun ölecek olması olsa bile.

PROF. DR. HAZEL BIGGS -Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN: Ayrıca içtihat hukuku şu konuda ısrar etmektedir. Akıl hastalığı yüzünden ehliyetsiz olan bir yetişkin bir hastanın tıbbi tedaviye izin verme veya bunu reddetme veya sunulan tedavilerden herhangi birini seçme konusunda mutlak bir hakkı vardır. Mutlak bir seçim hakkı vardır.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Ancak şu nokta önemlidir ki alınan her rıza izin geçerli bir rızadır, muvaffakattır ve uygulamada bu hastaya izin verip vermeme konusundaki kararına temel teşkil edecek uygun ve yeterli bilgilerin verilmesi anlamına gelmektedir. Uygun ve yeterli bilgi verilmediği sürece hasta uygun şekilde bilgilendirilmiş olmayacak aydınlatılmış olmayacak. Ve kendi özerkliğini ifade edemeyecektir. Bu koşullarda alınan rıza geçerli kabul edilemez ve doktor bir malpraktis davasıyla karşı karşıya kalabilir.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Amerikan içtihat hukuku da hastanın aydınlatılmış bir iznin temelini teşkil etmek için gerekli olan her türlü olgudan haberdar edilmesinin yasal bir yükümlülük olduğunu belirtmiştir.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN: Etik olarak bu ilke tıbbi uygulamada kabul ve tespit edilmektedir. Ancak İngiliz kanunlarında bunun yasal durumu daha yüzeysel kalmıştır.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - İngilizce)

TERCÜMAN: ... ve ... arasındaki bir davada tıbbi uygulamada bilgi vermeyi içeren uzun davalar dizisinin en önce gerçekleşeniydi. Davada şu nokta belirtilmişti. Uygulanacak olan prosedürün niteliğine ilişkin hasta en geniş şekilde bilgilendirildiğinde ve hastanın rızası alındığında söz konusu rıza gerçektir ve risklere ve ... girmeme durumunda dava sebebi ihmaldir. Yani ihmalden dolayı dava sebebi ortaya çıkıyor.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Bu olaydan şu sonuç çıkıyor. Bilgi vermeyen bir doktor

hastaya karşı olan görevini ihmal etmektedir. Ancak kanun klinisyenin ne kadar bilgi vermesini gerekli kılıyor.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku- (İngilizce)

TERCÜMAN : İngiliz kanunlarında itina standardı bolam testi ile belirlenmektedir ki bu test bolam ile .....komite arasında görülen bir davada bir karara varılıyor bolam testi konusunda bu davada doktorun eğer tıbbi görüş konusunda sorunlu bir organ, kurum tarafından o anda uygun ve kabul edilebilir bir uygulama ile uyumlu olarak hareket ederse ihmalkar davranmamış olacağı kararı verilmiş bu davada.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN: 1985 yılındaki ....davasında bu sorun ele alınmış ve bugüne kadar İngiliz kanununda bu konu ihtilaflı bir konu olarak hala yerini korumaktadır.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Bu davada omuriliğinden yaralanan bir kadın olacağı operasyonun, ameliyatın negatif olumsuz sonuçları konusunda bilgilendirilmişti ve bu sonuçların arasında sinir sisteminin tahrip olması gibi bir sonuçta vardı.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN: Ancak kendisine sinir sisteminden ziyade omuriliğin kendisinin zarar göreceği konusunda bir açıklama yapılmamıştı ancak böyle oldu.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Doktora karşı kendisine gerekli bilgi sağlamadığı yönünde dava açtı ve görev ihmal suçundan doktora karşı bir dava söz konusu oldu.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Daha sonra dava Lortlar kamarasına kadar çıktı.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN: Bu Lordlar kamarasındaki üyeler ne kadar ve ne tür bilgilerin verilmesi gerektiği konusunda ayrılığa düştüler. Ancak çoğunluğu doktorun ihmalkar davrandığını kabul etti.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Lord .... bolam testinin geçerli olduğunu burada ihmalin söz konusu olmadığını söyledi.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : ... görüşüne göre evet bolam geçerlidir, bolam testi. Ancak şu koşulla her türlü gizleme sır saklama bir tıbbı görüş kurumumun görüşü ile paralel olmalıdır ve görüşün kabul edilir olup olmadığını tespit etmekle yargıca düşmektedir ve bu da ihmal olmadığı görüşünü onaylıyor.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku- (İngilizce)

TERCÜMAN : Lord. ... şu görüşü bildirmişti. Doktorun özel bir hasta için söz konusu olan özel risklerin ifşa edilmesi de dahil olmak üzere bilgilendirme görevi vardır doktorun. Böylelikle hasta daha fazla ayrıntı ve açıklama talebinde bulunabilir. Yani bu lordun görüşüne göre Bayan ....yeterli bilgi almıştır. Burada ihmal yoktur.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Lord ... şu görüşü ifade ediyordu. Sağ görülü hasta testi uygulanmalıdır. Yani hastanın karar verebilmesi için gerekli olan tüm maddi bilgileri alma hakkı vardır ancak teropatik ayrıcalık tedavisel ayrıcalık da diyebileceğimiz bir durum geçerlidir ki bu bir doktorun hastaya ciddi zarar verebilecek bilgileri ifşa etme zorunluluğunun da olmadığı anlamına gelir. Örneğin eğer doktor hastasının bilgileri aldığında ciddi anlamda strese gireceği veya söz konusu prosedürlerle tedavi olmayı reddedebileceğini düşünüyorsa meşru olarak bu bilgileri ifşa etmeyebilir.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN: Tabi uygulamada bu şüphesiz bir dizi sorunu ortaya çıkarmaktadır.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : ... rolü ve bir hastanın tedaviye aydınlatılmış ve geçerli bir rıza vermesi için geçerli olan bilgi miktarı ve niteliği konusunda ciddi tartışmalar yaşanmıştır. Bir çok klinisyen ... açıkladığı ve .... anlam bulan paternalist yaklaşımı kabul etmemekte bunun yerine hastanın kendi tercihini belirleme özerkliği otonomluğu ve bilgilerin tamamen açıklanmasını savunan bir özerklik görüşü benimsemektedir. Bu şu anda tıbbi ihmalde bolam testinin uygulanması bakımından bazı sorunlar yaratmaktadır. Çünkü sorunlu bir tıbbi görüş kurumu her zaman uygulamada tam aydınlatılmış rıza için ifşada bulunmayı tercih ederse

bu durumda ifşa standardı sırırı açıklama standardı .... benimsenmiş olan yasal standarttan zorunlu olarak sapacaktır.

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Özür dilerim şimdi tercüman vasıtasıyla sunum yapıldığı için izin verirseniz Sayın BİGGS'e bir on dakika daha zaman verelim. Çünkü kendi saati de çaldı her halde bitirmek istiyor. Tercüme ederseniz.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN: daha sonra ....davasından sonra bir çok dava söz konusu oldu gerçekleşti.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN: Bu davalar sonucunda ... kademeli olarak geçerliğini kaybediyor bu dava ve uygulamada tam aydınlatılmış rızaya yönelik bir eğilim ortaya çıkmış ve teori ile uygulama arasındaki bu farklılık özellikle sır saklama bakımından şu anda halen gündemde olan bir durumdur.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN : Sonuç olarak hastanın rızası belki de tıbbi tedavi sağlanması ve gizli bilgilerin ifşa edilmesi bağlamındaki pratiğe yönelik en önemli konulardan birisidir.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - (İngilizce)

TERCÜMAN: her ne kadar İngiliz kanunları kesin ve açık gözükse de sağlam tıbbi etik ilkelerine dayalı iyi klinik uygulama süreci teori ile pratik arasında bir farklılığın meydana gelmesine neden olmaktadır. Bu da meslektaşlarının takip ettiği uygulama ve standartlara tam olarak uymayan doktorların savunulması çok zor mal praktis iddialarına maruz kalmalarına yol açabilmektedir.

PROF. DR. HAZEL BIGGS - Lancaster Üniversitesi Hukuk Fakültesi Tıp Hukuku - Teşekkür ederim.

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Evet biz teşekkür ederiz. Sayın Biggs, İngiltere'de rıza ve sır saklama yükümlülüğünü örnekleriyle birlikte bize anlattı. Kendisine bir kez daha teşekkür ediyoruz. Ayrıca bir on dakika diğer konuşmacı daha geç başlayacak ama süresi zamanı aynen geçerli ben sözü uzatmadan hemen kendisine veriyorum.

Hasta - Hekim İlişkisi

PROF. DR. TEYFİK ÖZLÜ
Karadeniz Teknik Üniversitesi Tıp Fakültesi

Sayın Başkan, değerli katılımcılar. Ben de ağırlığını hukukçuların oluşturduğu böyle bir platformda, bir hekim olarak burada olmaktan duyduğum mutluluğu ifade ederek sözlerime başlamak istiyorum.

Sunum sırasında da, sanıyorum bu hekim bakış açısını sizler de fark edeceksiniz. Belki zaman zaman sizlerin baktığı açıdan biraz daha farklı bir açıdan konuya yaklaşacağım. Ama şunu da belirtmekte yarar var, ben sadece bir hekim olarak burada bulunmuyorum. Aynı zamanda bir hasta hakları temsilcisi olarak bulunuyorum. Çünkü ben, hasta hakları konusunda çalışan, aktif olarak çalışan bir kişiyim. Hasta Hakları ve Sağlıklı Yaşam Derneğinin (HAKSAY) kurucusu ve halen yönetim kurulu üyesiyim ve aynı zamanda da Türkiye'de bir ilk olan Karadeniz Teknik Üniversitesi Rektörlüğüne bağlı olarak kurulan Hasta Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi müdürlüğünü yürütüyorum. Bu alanda yayınlanmış çalışmalarım, kitaplarım var. Bu bağlamda sunumum, sadece bir hekim bakışını değil, aynı zamanda hasta tarafının bakışını da yansıtacaktır diye düşünüyorum.

Bugünden itibaren üç gün boyunca bu salonda, sanırım gelecek şu kavramları sıklıkla tartışacağız ve çok sıklıkla bunlar kullanılacak: Sağlık hukuku, tıp hukuku, hasta hakları, hekim hakları, hekimin hukuki sorumluluğu, ceza sorumluluğu, tazminat sorumluluğu, hastaların sorumluluğu vesaire gibi bir çok kavram, burada bollukla tartışılacak. Ancak sizler de takdir edersiniz ki, bütün bu kavramların temel çıkış noktası, hasta ile hekim arasındaki o çok özel ilişkidir. Dolayısıyla tartışmayı doğru yapmak ve doğru sonuçlara ulaşmak bakımından, öncelikle hekim ile hasta arasındaki bu ilişkinin çok iyi irdelenmesi ve doğru anlaşılması çok önem arz etmektedir. Ben de bu ilişkiyi, sizlere hem hekim, hem de hasta tarafından aktarmaya çalışacağım.

Kuşkusuz hukukçuların da hekim ile hasta arasındaki bu ilişkiyi anlamak üzere geliştirdikleri bir bakış açıları vardır. Sizler, bunları benden çok daha iyi biliyorsunuz. Bu slaytta bu formatları yansıtmaya çalıştım. Vekalet sözleşmesi, eser sözleşmesi, vekaletsiz iş görme hukuku vb... Hukukçuların hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi formülize etmek için kullandıkları bu ilişki tanımların hiç birinin, tek başıyla hastayla hekim arasındaki ilişkiyi ifade edemediği bir gerçektir.

Gerçekten, hasta ile hekim arasındaki ilişki, özel hukukun yada ticari hukukun tanımladığı bu formatların hiç biri tarafından tam olarak ifade edilememektedir. Ama biz hekimler, bu olaya biraz daha farklı açılardan bakıyoruz. Özellikle hasta hakları konusunda duyarlılık geliştirmiş hekimler olarak... Bizim açımızdan sorun: hasta ile hekim arasındaki bilgi eşitsizliğidir. Çünkü sizlerde takdir edersiniz ki, tıp son derece ileri uzmanlık gerektiren bir bilimdir ve hiçbir hasta, bakınız altını çizerek söylüyorum -eğer hasta hekim değilse- hiçbir hasta, hekim karşısında kendi haklarını koruyabilecek bilgi düzeyine, yeterlik düzeyine ulaşamaz. Hatta bir hekim hasta olarak bir meslektaşının karşısına çıktığında, aynı çaresizliği o da yaşar. Çünkü kendi uzmanlık alanı dışında, o da uzman meslektaşı karşısında yetersiz kalabilir. İşte bu nedenle, biz hasta haklarını önemsiyoruz ve hastanın haklarını korunmaya değer buluyoruz.

Günümüzdeki karşılaştırmadan önce geçmişe bir bakacak olursak, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin, geçmişte birebir insani ilişki olduğunu görüyoruz. Bu ilişki, çoğu zaman üçüncü tarafların ilgisini çekmemiştir. Ve hekim, hastanın ihtiyacı olan sağlık hizmetini tek başına üretebilir konumdaydı. Ama günümüze geldiğimizde, artık hastanın karşısında sadece bir hekim yoktur. Çok iyi kurumsallaşmış ve genellikle işletme mantığıyla yürütülen devasa kurumlar vardır. Ve bu kurumlarda, gelirleri artırma giderleri azaltma konusunda iyi eğitim almış profesyonel destek alabilen bir kurumsal yönetim söz konusudur. Hastanın bugünkü konumda haklarını koruması, geçmişteki konuma göre çok daha güç olmaktadır. Bu nedenle, günümüzde hekimle hasta arasındaki ilişki, sadece tıbbi etiğin konusu olmaktan çıkmıştır. Bu salonu dolduran çok sayıda hukukçu arkadaşımın kanıtladığı üzere, hukukun temel ilgi alanlarından biri haline gelmiştir. Sadece hukuk değil, politikalar, toplumsal ahlaki değerler, teknoloji ve meslek etiğimiz, bu ilişkiyi bir şekilde etkileme, modifiye etme gücüne, potansiyeline sahiptir. Bu bağlamda, hastanın daha güçsüz konumu, hastanın yanında yer alan bir takım oluşumları ortaya çıkarmıştır. Medya, adli tıp, meslek odalarının etik kurulları ve sivil toplum örgütleri, hastanın bu zayıf konumunu desteklemek için son yıllarda ortaya çıkan yapılanmalardır.

Bunlar arasında tabii ki en önemlisi, bugünün de konusu olan hasta hakları hareketidir. Hasta hakları, gerçekten son otuz yılın yükselen değeri olarak, bütün gelişmekte olan toplumlarda, gelişmiş toplumlarda öne çıkmaktadır. Tabii ki, hasta hakları gündeme geldiğinde –sabah ta tartışıldı- hekimlerden ilk tepki: "peki, hastanın hakları var da, bizim haklarımız yok mu?" sorusu olmaktadır. Tabii ki, bir ilişkide tek taraflı hak yada sorumluluk söz konusu olamaz. Bir tarafın hakları varsa, elbette sorumlulukları vardır ve karşıdaki tarafın da mutlaka hakları vardır. Ama bir ilişkide güç dengesi yoksa, o zaman hak kavramı daha çok zayıf taraf için kullanılır. Sorumluluk kavramı ise daha çok, güçlü taraf için kullanılır. Dolayısıyla biz burada, hekim haklarıyla hasta haklarını aynı terazide tartmak konumunda değiliz. "Zayıf olanın haklarının korunmaya değer olduğu" hukukçular tarafından

kabul edilen temel bir yaklaşımdır diye düşünüyorum. Ama teoride baktığımız zaman, hekimlerin de tanımlanmış, bizim yasalarımızla da yerini bulan bir çok hakları olduğu açıktır. Vurgulanması gereken bir husus da, hekim haklarıyla hasta hakları karşıt şeyler olmadığıdır. Ve şunu düşünmemiz gerekir ki, hastaların hakları genellikle biz hekimlerin doğrudan yükümlülükleridir. Ama hekimlerin hakları, çoğu zaman hastaların ödevleri değildir. Hekimler daha çok sisteme karşı hak arama durumunda ve konumundadırlar. Hekimlerin haklarını ihlal eden sorunlar, daha çok sistemden ve yönetimden kaynaklanmaktadır. Oysa hasta haklarını ihlal eden sorunlar, sistemden ve aynı zamanda sağlık çalışanlarından köken alabilir. Hasta sorumlulukları da sabahki oturumda gündeme geldi. Hastaların da hekimler karşısında ödevleri vardır ve bunları yerine getirmedikleri takdirde, hasta hekim ilişkisi sağlıklı olarak yürütülemez. Bu bağlamda hekimin de sorumlulukları var. Bütün bu tanımlanan sorumluluklar ve haklar, hasta ile hekim arasındaki ilişkinin optimize edilmesi açısından önem taşımaktadır. Bunların ötesinde meslek etiği ilkelerimiz var. Tıp mesleğinin, deontolojinin yüzyıllardır ortaya çıkardığı ilkeler var. Bütün bu müdahil tarafların amacı, hasta ile hekim arasındaki eşitsizliği bir ölçüde hasta lehine dönüştürebilmek, değiştirebilmektir.

Bu bağlamda hasta hekim ilişkisine bir giriş yaptıktan sonra, ben biraz da hasta ile hekim arasındaki mevcut ilişki modellerinden söz etmek istiyorum. Ve kanımca, bugün hasta hakları ihlalleri konusunda ortaya çıkan, yaşanan olumsuz örneklerin bir çoğu, bu ilişki modelleri ile çok yakından bağlantılıdır. Bugün için yaygın olan, bizde de dünyada da yaygın olan, daha çok buyurgan hekim davranışıdır. Bundan paternalistik model olarak, sabah da söz edildi. Bu modelde hastanın, hekim karşısında hemen hemen hiçbir varlık gösteremediğini gözetleyebilirsiniz. Hekim, tamamen baskın konumdadır ve hasta ile karşılaştığı andan itibaren hastayı yönetmeye başlar. Hastaya order verir. Hasta kapıdan girdiği anda, "geç şuraya, aç sırtını, git bu filmi çektir gel, yarın sabah aç karnına gel endoskopi yapacağım" gibi doğrudan hastaya emirler vermeyi tercih eder. Tıbbi tanı ve tedavi süreci, tamamen hekim tarafından sürdürülür. Hastaya burada inisiyatif, söz hakkı tanınmaz. Hasta, tamamen edilgen konumdadır ve söylenenleri yapma ödevine, sorumluluğuna sahip olarak kabul edilir. Aksi düşünülemez. Hastanın, kendisiyle ilgili kararlara itiraz etmesi, hatta soru sorması, hekimin otoritesine başkaldırı gibi algılanır ve refüze edilir hasta. Hekim bu ilişkiyi, uzmanlığından aldığı bir yetki ve güç ile sürdürür. Yani, "Bu benim uzmanlık alanımdır, burada ben yetkinim, bu işi ben biliyorum, bu konuda sen hiçbir şey bilmiyorsun, öyleyse bana güven, ben ne diyorsam onu yap, hiç bana karışma. Benim mesleki yetkime karışma" demektedir. Böyle bir ilişkide bizim için sorun olan: hekimin hastaya yardımcı olmak ve onun sorununu çözmek konumundan sıyrılıp, hastanın yerine geçerek, onu dışlayarak, ona rağmen, onun üzerinde hükmetme anlayışının egemen olmasıdır. Burada bir yetki aşımı söz konusudur. Otoriter bir hekimlik uygulamasında, hastanın bir çok hakları korunamaz. Öncelikle, otoriter hekim,

hastaya bilgilendirme yapma ihtiyacı duymaz. Ve hastaya, kendisi ile ilgili yaşamsal kararlar alma konusunda hak tanımaz. Aydınlatılmış onam alma ihtiyacı duymaz. Yada tedaviyi reddetme hakkı tanımaz. Hastanın moral değerleri, hekim tarafından önemsenmez. Hekim, sadece kendi mesleki ve etik değerlerine göre hastaya davranır. Ve tıbbi araştırmalar, hastaya yeterli bilgi verilmeden hastalar üzerinde yapılabilir. Ve hastanın mahremiyeti, yeterince korunamayabilir ve hastanın, bu ilişkide onurunu korumak çok mümkün olmaz.

Bu modelin bir diğer alternatifi, danışman hekim davranışıdır. Özellikle, tazminat cezalarının çok ağır olduğu Batı Avrupa ülkelerinde ve Kuzey Amerika ülkelerinde, hekimler böyle bir model geliştirmeye itilmişlerdir. Burada amaç, hekimin yasalar karşısında kendisini korumasıdır. Hekim, bu modelde sorumluluğu, hastaya yükleme peşindedir. Sadece bilgi verir, bütün seçenekleri anlatır, tercihi hastaya bırakır. Diyelim ki, sizin bir kanseriniz var, akciğer kanseriniz var, örnek olarak arz ediyorum. Evre iki kanser. Şu anda buna cerrahi tedavi uygularsak, tam şifa oranı beş yıl yaşama oranı %65; ama kemoterapi yaparsak, beş yıl yaşama oranı %15; radyoterapi yaparsak %20. Kemoterapinin yan etkisi budur, cerrahinin riski budur. Söyleyin ne yapalım? der. Böyle bir konumda, hastaların hemen hiç biri ne yapacağını bilemez durumdadır. Genellikle, "sen ne diyorsan onu yapalım" derler, hekime. Hekim burada, asla sorumluluk almaz. "Hayır, sen ne istersen onu yapacağım" der. Burada amaç, kararı hastaya bırakmak, sorumluluğu, yasal sorumluluğu hastaya yüklemektir. Hekim edilgen konumdadır. Kararları hasta verir. Hekim, sadece hastaya istediği ölçüde, istediği kadar yardımcı olur. Bu ilişkide, hekimin hasta karşısındaki pozisyonuna baktığımızda, bunu duyarsızlıkla eşleştirebiliriz. "Bu senin sorunun, ne istiyorsan bana söyle, ben de onu yapayım" demektedir. Peki, danışman hekim davranışı, acaba bir sorun oluşturabilir mi? Hasta hakları bağlamında, oluşturabilir. Danışman hekim uygulamalarında, hastaların bir çok hakları korunamaz. Hastaların sağlığını koruyup geliştirebilmeleri mümkün olmaz. Hizmetten yeterince yararlanamazlar. Özenle tanı ve tedavi görme hakları zayi olabilir. Doğru teşhis ve tedavi olma haklarından yeterince yararlanamazlar, onurları tam korunamaz ve tam destek alamayabilirler. Eğer soru olursa, bunların ne anlama geldiği konusunu daha da detaylandırabilirim.

Üçüncü model ki, son zamanlarda daha idealize edilmektedir. Öncelikle belirtmeliyim ki, hiçbir model tam ideal değildir. Katılımcı hekimliğin de eleştirilebilecek tarafları var, ama diğer modellere göre daha iyi olduğu düşünüyorum. Hasta ile hekimin bir ekip anlayışı içerisinde birlikte çalıştıkları bir ilişkidir. Tanı ve tedavi sürecini, hasta ve hekim birlikte yönetirler. Hekim hastaya inisiyatif tanır. Tanı ve tedavi sürecinde, her aşamada hastasına bilgi verir, kararları hastaya bırakır ve her adımda hastaya yardımcı olur. Ve burada beraber sorumluluk söz konusudur. Sorumluluğun hastaya atılması değil, birlikte sorumluluğun paylaşılması söz konusudur. Bu işin esası, özü de empatidir.

"Sizi anlıyorum, sorununuzu ancak birlikte çözebiliriz". Gerçekten, özellikle kronik hastalıklar açısından bakıldığında, sadece hekimin doğru tanı ve tedaviyi order etmesi yeterli değildir. Hastanın da tedavi sürecine katılması, sorumluluk üstlenmesi sonucu belirleyicidir. Bu bakımdan, hastayla hekimin ekip anlayışı içerisinde birlikte olabildiğince eşit bir ilişki sürdürmesi gerçekten önemlidir.

Oysa hasta ile hekim arasındaki ilişki, sadece iki birey ilişkisi olarak günümüzde pek sürdürülememektedir. Çünkü kurumsallaşma nedeniyle, artık hasta ve hekim sistemden kaynaklanan bir takım yaptırımlara zorluklara maruz kalmaktadır. Günümüzde, bir çok sağlık kurumunda iş odaklılık esastır. Hekimler de bu ritme kendilerini kaptırmışlardır. Hekimlerin temel amacı, hastaya doğru tanıyı koymak, doğru tedaviyi order etmektir. Bunun için tahliller yapılır, endoskopiler yapılır, cerrahi müdahaleler yapılır. Hep doğru tanı, doğru tedaviye odaklanılmaktadır. Ama bu iş odaklılık, kendi içinde de sorunlara yol açabilmektedir. Bakınız, bu bana bir okuyucumdan gelen mektup. Diyor ki, onu okumak istiyorum izninizle. "On iki gündür hematoloji servisinde yatıyorum. Hocalar asistanlarıyla beraber her gün vizite geliyorlar. Kendi aralarında konuşup bana bir şey demeden odadan çıkıp gidiyorlar. Konuştukları benim hastalığım. Ama, konuşmalarından hiçbir şey anlamıyorum. İçlerinden biri bari, benim anlayabileceğim şekilde bana bilgi verse olmaz mı. Her gün bir sürü tahlil yapılıyor. Benden kan alıyorlar sonuçlarından haberim olmuyor. Dosyaya bakıyorum benim anlayabileceğim gibi değil. Eş dost gelip durumumu soruyor. Ben kendi durumumu bilmiyorum ki onlara söyleyeyim". İşte, hekimlerin iş odaklı çalışmaları, hastaların unutulmalarına yol açıyor. Burada hasta unutulmuş durumdadır. Hastalık vardır, hastalıkla savaşılmaktadır, ama hasta unutulmuştur. Hasta yok sayılmaktadır. İş odaklı uygulamalarda ortaya çıkan hasta hakkı ihlalleri nelerdir? Burada daha çok tedavi hizmetine ağırlık verilir. Koruma, koruyucu hekimlik ihmal edilmektedir. Hekim seçme hakkı tanınmaz. Dosya ve dokümanlar hastalardan esirgenir. Refakatçiler ve ziyaretçiler kısıtlanır. Hakkaniyetin korunması, adaletin korunması güçleşir. Hastanın konfor ve güvenliği göz önüne alınmaz. Hastanın şikayet etmesi, hak araması hiç hoş karşılanmaz ve genelde hastaların uğradıkları zararlar tazmin edilemez. Oysa olması gereken, hasta odaklı bir işletmecilik mantığıdır. Bu, hastanedeki tüm organizasyonun, tüm yapılanmanın, hastanın merkeze alınarak yürütülmesidir. Zaten işin doğası da budur. Çünkü biz hekimler, hasta olduğu için varız. Hastalar, biz hekimler boş kalmayalım diye hasta olmuyorlar. Hastaneleri doldurmak için, insanlar hastalanmıyorlar. İnsanlar hasta oldukları için, biz hastaneler açıyoruz ve hekim yetiştiriyoruz. Dolayısıyla bizim varlık sebebimiz, ontolojik olarak gerekçemiz, hastaya hizmet vermek, hastanın sorununu çözmektir. Dolayısıyla odaklanmamız gereken nokta hastadır.

Bu bağlamda, son yıllarda hasta odaklılık kavramı, sağlık hizmetlerinin sunumunda ciddi bir öncelik kazanmaktadır. Başta da söylediğim gibi, hiçbir

model ideal değildir. Tabii ki, hasta odaklılık kavramının da bazı tartışmaya açık tarafları vardır. Çünkü hastalar, kendi ihtiyaçları olan hizmeti tam olarak bilemezler. Dolayısıyla, sadece hastanın taleplerine cevap vermek, onu mutlu etse bile olması gereken ideal nokta değildir.

Hasta odaklılık bağlamında, çok farlı argüman birlikte kullanılmaktadır. Öncelikle hasta beklentilerinin bilinmesi ve bunların karşılanması önemli olmaktadır. Bunun dışında, hastaların taleplerinin ve şikayetlerinin alınması ve bunların düzeltilmesi önemlidir. Hastanın ihtiyaçlarının bilinmesi ki, hasta bunu kendisi bilemez. Burada tıbbi gerekçeler çok önemlidir. Son olarak, hasta hakları, -bugünün de konusu- hukukun, hastalar için belirlediği normların uygulamaya aktarılması, çok önem kazanmaktadır. Son yıllarda ortaya çıkan hasta güvenliği, risk yönetimi kavramları, hasta odaklılıkla birlikte konuşulması gereken alt başlıklardır.

Burada bir resim görüyoruz. Uzaktan bilmiyorum seçiliyor mu? Bu bir bronskopi ünitesinin fotoğrafı. İleri bir tıp merkezinden alınmış bronskopi ünitesi. Bu ünitenin, bu şekilde dizayn edilmesinin altında yatan temel felsefe: hasta odaklılık felsefesidir. Dikkat ederseniz, bütün ekipman ve donanım periferdedir. Ortada hasta masası vardır. Hasta ortadadır, her şey hastanın çevresinde dönmektedir ve hasta içindir. Bütün bu sunumda ifade ettiğim şeyleri, eğer özetlemem gerekirse: aslında tıp hukuku yada sağlık hukuku, hekim ile hasta arasındaki ilişkiyi -tabii ki sağlık kurumları sağlık çalışanlarını da kapsıyor- ama özel olarak hekimle hasta arasındaki ilişkiyi düzenleme bağlamında ortaya çıkmıştır. Hekimlik, özünde otoriter bir meslektir. Yani hekimler, karşısına gelen kişiler kral da olsalar, kendilerinden sosyal olarak, ekonomik olarak çok üstün bir konumda da olsalar, onlara emir verebilirler. Hiç hoşlanmadıkları şeyleri, onlara yaptırtabilirsiniz. Çok hoşlandıkları şeyleri, onlara yasaklayabilirsiniz. Sigara içmeyin, alkol almayın, kırmızı et yemeyin dersiniz. Bütün hayatını sınırlayabilirsiniz. Çalışma hayatına sınır getirebilirsiniz, özel hayatına sınır getirebilirsiniz, dinlerler sizi. Çünkü, otoriter bir meslek erbabıdır hekimlik. Ama bu otoritenin yanlış kullanılması ve özellikle paternalistik ilişkide, hastanın haklarının tamamen yitirilmesine yol açabilir. Maalesef günümüzde, patarnelistik ilişki çok daha baskın, çok daha yaygın durumdadır ve bu ilişkide hastaların akları çok korunamaz. Bu sorunun aşılması için, öncelikle katılımcı hekimlik uygulamalarının öne çıkarılması; hasta odaklılığının sağlık işletmelerinde, sağlık kurumlarında, hastanelerde yaygınlaştırılması; hasta rolünün sağlıkta etkin hale getirilmesi ve hasta hakları konularının desteklenmesi gerektiğini düşünüyorum.

Beni sabırla dinlediğiniz için hepinize saygılarımı sunuyorum.

Hastanın Özel Yaşamına Saygı Hakkının İki Boyutu: Hasta Sırrının Korunması ve Beden Mahremiyeti

Yrd. Doç. Dr. Yahya DERYAL

KTÜ-İİBF Ticaret Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi
Hasta Hakları ve Sağlıklı Yaşam Derneği (HAKSAY) Başkanı
www.hukukdoktoru.ofisi.com ; yderyal@ktu.edu.tr

I. HASTANIN ÖZEL YAŞAMINA SAYGI HAKKI

Özel yaşama saygı hakkı, yaşama hakkı ve kölelik yasağı gibi geleneksel haklardan farklı olarak, çok sonraları (20. yüzyılda) tanınmış ve yargısal içtihatlarla geliştirilmiş bir hak kategorisidir. Hatta özel yaşamın gizliliği hakkının sınırlarının henüz tam bir netlik içinde çizilemediği, bu konuda ciddi belirsizlikler yaşanmakta olduğu kabul edilmektedir. Fakat çok sonraları tanınmış ve koruma altına alınmış olmasına rağmen, özel yaşamın gizliliği hakkının birinci kuşak (klasik) haklar arasında yer aldığı, ayrıca ikinci ve üçüncü kuşak haklarla da yakın bağlantılı bir hak olduğu ileri sürülmektedir[1].

Bir hak konusu olarak özel yaşamın korunması anlayışı, değişik felsefi görüşlerle temellendirilmeye çalışılmaktadır[2]. Bunlardan biri, özgürlük idealinin asli elemanlarından biri sayılan "kişisel özerklik" ya da "bireysel dokunulmazlık" anlayışıdır. Bir diğeri, yararcılık felsefesinden beslenen ve Devletin müdahalesinden uzak kaldığı ölçüde bireyin kendini daha mutlu hissettiği varsayımına dayanan "bireyin mutluluğu ilkesi"dir. Bir başkası ise, koruma altına alınmış bir özel yaşamın "insan onuru"na daha çok yakıştığı ve "bireyin bağımsızlığı"nı güvence altına aldığı düşüncesidir.

1 KABOĞLU, İ.Ö., Özgürlükler Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 2002, s.39 vd. ; ÜZELTÜRK, S., Özel Hayatın Gizliliği Hakkı, İstanbul 2004, 2004, s.63 ; DERYAL, Y., "Biyotıp Sözleşmesinin 10. Maddesi Kapsamında Özel Yaşama Saygı (Mahremiyet) Hakkı", 1. Uluslar arası Türk-Alman Tıp Hukuku Sempozyumu, 11-12 Kasım 2005, Konya. Bildiri metni için bkz. Kamu Hukuku Arşivi (KHukA) 2 (Kasım 2005), s.127-130.

İnsan haklarının kuşaklara ayrılarak sınıflandırılması eğilimini benimseyen KABOĞLU'na göre, kişi hakları ve siyasal haklar birinci kuşağı, ekonomik, sosyal ve kültürel haklar ikinci kuşağı ve dayanışma hakları da üçüncü kuşağı oluşturmakta olup; bu ayırıma göre özel hayatın gizliliği hakkı birinci kuşak haklar kategorisinde değerlendirilmektedir (s.25 vd.)

2 Geniş bilgi için bkz. ARASLI, 1979, s.24 vd. ; KABOĞLU, 2002, s.292 vd. ; ÖZEL, S., Uluslar arası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara 2004, s.29 vd. ; HELVACI, S., Türk ve İsviçre hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s.50 vd. ; ÜZELTÜRK, 2004, s.7 vd.

Bireyin yaşam alanının içi içe girmiş üç daireden oluştuğu genellikle kabul edilmektedir[3]:

1. Ortak alan: Herkesin bilgisine ve ilgisine açık olan, kamuya açık alanlarda yaşanan ve herkesle paylaşılmakta bir sakınca görülmeyen yaşam alanıdır.

2. Özel alan: Kişinin ancak yakın çevresi ile paylaştığı ve tercih edilen yakınlar dışında kalmış kişilerce bilinmesi istenmeyen sınırlı/korumalı yaşam alanıdır.

3. Gizli (mahrem) alan: Kişinin başkalarınca bilinmesini istemediği ve yalnız yaşamak istediği, sadece iç dünyasında kalmasını istediği gizli ve sırlı yaşam alanıdır.

Bireyin korunmaya değer özel yaşamında ise şu unsurlar yer almaktadır[4]:

a. Bireyin fiziksel ve zihinsel dokunulmazlığının, moral ve entelektüel özgürlüklerinin korunması,

b. Bireyin onuru ve şöhretinin haksız fiillere karşı korunması

c. Bireyin adı, kimliği veya resminin yetkisiz kullanımlara karşı korunması

d. Bireyin izlenme, gözetlenme veya tacizlere karşı korunması

e. Mesleki sır kapsamına giren bilgilerin açıklanmasına karşı korunması.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi "özel yaşama, aile yaşamına ve haberleşmeye saygı hakkı" başlığını taşımaktadır:

"*Herkes, özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakların kullanılmasına resmi bir makamın müdahalesi demokratik bir toplumda ancak milli güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suçların önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olduğu ölçüde ve yasayla mümkündür*".

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (m.12) ile Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi (m.17) de özel yaşamın gizliliği hakkının koruyan düzenlemeler içermektedir. Yine, AB Temel Haklar Şartı (m.7), 1991 tarihli BM Çocuk Hakları Sözleşmesi (m.16), İnsan Hakları Amerikan Sözleşmesi (m.11/II), Afrika İnsan ve Halklar Hakları Şartı (m.29) da bu konuda koruyucu hükümler öngörmektedir[5].

1982 Anayasası ise, İkinci Bölüm "Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması" isimli IV. alt başlıkta "Özel Hayatın Gizliliği" (m.20), "Konut Dokunulmazlığı"

3 Ayrıntılı bilgi için bkz. DONAY, S., Meslek Sırrının açıklanması Suçu, İstanbul 1978, s.41 ; ARASLI, 1979, s.4 vd. ; KAPLAN, İ., Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları Karşısında Korunması, Ankara 1979, s. ; s.17 ; ÖZEL, 2004, s.31 vd. ; ŞEN, E., Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996, s.231 vd. ; ÜZELTÜRK, 2004, s.133 vd.

4 ÜZELTÜRK, 2004, s.169 vd.

5 Geniş bilgi için bkz. ÜZELTÜRK, 2004, s.157 vd. Diğer uluslar arası belgelerde ve özellikle hasta hakları bildirgelerinde mahremiyete ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Bkz. KARLIKAYA, E./HOT, İ., "Sağlıkla İlgili Ulusal ve Uluslararası Belgeler Işığında Hekim Sırrı ve Gizlilik Kavramları", Sağlık Hakkı Dergisi, S.2 (Haziran 2007), s.10-15.

(m.21) ve "Haberleşme Hürriyeti" (m.22) konularını ve 1961 Anayasasından farklı olarak aile hayatını ve ailenin korunmasını da düzenlemiştir.

Konumuzla doğrudan ilgili olarak "özel hayatın gizliliği" hakkını düzenleyen 20 madde düzenlemesine yakından bakacağız. Hüküm aynen şu şekildedir:

"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz". (3.10.2001-4709)

(3.10.2001-4709) "Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hakim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar".

03.12.2003 tarih ve 5013 sayılı Kanunla onaylanması uygun bulunan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" m.10: "Özel yaşam ve bilgilendirme hakkı" kenar başlığını taşımaktadır.

Üç fıkradan ibaret madde aynen şu şekildedir: "*Herkes, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından, özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir*". "*Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber, bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir*". "*İstisnai durumlarda, 2. paragrafta belirtilen hakların kullanılmasında, hastanın yararı bakımından kanuni kısıtlamalar öngörülebilir*".

Hasta Hakları Yönetmeliği de "Mahremiyete Saygı Gösterilmesi" kenar başlığına sahip 21. maddesinde konuyu ayrıntılı şekilde düzenlemektedir:

II. HASTA SIRRININ KORUNMASI

1. Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü

A. Genel Olarak Sır Saklama Borcu

Güvene dayalı bir ilişki olan hekimlikte, hastanın kendini tedavi edecek hekime olan güveni nedeniyle ona sunduğu bilgilerin hekim tarafından saklanması, bu güvene duyulan saygının bir gereği sayılmaktadır. Yazılı olarak yapılmamış olsa dahi hekim ile hasta arasında kurulduğu varsayılan tedavi sözleşmesinin "vekalet akdi" hukuki niteliğine sahip bulunduğu ve hekime sır saklama borcu yüklediği genel olarak kabul edilmektedir[6].

6 BELGESAY, M. R., Tıbbi Mesuliyet, Ankara 1954, s.116 ; BİLGE, N., Borçlar Hukuku, Özel Borç Münasebetleri, 2. Bası, Ankara 1962, s.254 ; TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II,

Bilgi vermenin kanunla emredildiği istisnalar dışında resmi makamlara karşı da hekimin sır saklama borcu kabul edilmekte; hatta hastanın yaşam süresini aşarak öldükten sonra da devam etmektedir[7].

Hekimlerin tedavi hizmetlerini icra etmeleri sırasında uymakla yükümlü oldukları meslek ilkelerini düzenleyen Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, hekimlerin sır saklama borcunu şu şekilde açıklamaktadır: "*Tabip ve diş tabibi, meslek ve sanatının icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanuni mecburiyet olmadıkça ifşa edemez. Tıbbi toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vakalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz*" (m.4). Türk Eczacılar Deontoloji Tüzüğü de benzer bir hükme yer vermektedir: "*Eczacı, meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanuni zorunluluk olmadıkça ifşa edemez*" (m.4).

Hasta Hakları Yönetmeliği, yasal istisnalar dışında hastaların sağlık durumları hakkında bilgi verilmesini yasaklayabileceğini vurgulamaktadır: "*İlgili mevzuat hükümlerine ve hastalığın mahiyetine göre yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; hasta, sağlık durumu hakkında kendisine veya ailesine veya yakınlarına bilgi verilmemesini isteyebilir*" (m.20). Bu hüküm, hastalıkla ilgili bir kısım bilgilerin hastanın rızası olmadıkça açıklanamamasını içermektedir.

Tıbbı müdahale için hastanın rızasını almak amacıyla hekim tarafından hastanın aydınlatılması yeterli olduğu hallerde, ayrıca bu bilgilendirmenin hasta yakınlarına da yapılması (tedavinin geleceği açısından zorunlu olmadıkça) sır saklama yükümlülüğünün ihlali sayılmaktadır[8].

B. Hastaya Ait Bilgilerin Açıklanması

Sağlık hizmetlerinde bilgisayar kullanımının yaygınlaşması, hasta mahremiyetini tehdit eden boyutlarda hastaya ait bilgilerin daha çok birim ve kişi tarafından öğrenilmesine neden olmaktadır[9]. Halbuki sağlık kurumu ve/ veya hekimin, tanı ve tedaviye ilişkin bilgi ve belgeleri düzenli olarak kaydetme ve özenle saklama yükümlülüğü bulunmaktadır[10]. Uygulamada hastanın

Ankara 1985, s.450 ; REİSOĞLU, S., "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu", Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Gelişmeler V. Sempozyumu, Ankara 12-13 Mart 1982, İstanbul 1983, s.14 vd. ; AYAN, M., Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s.98 ; ATABERK, R., "Hastanelerin Sorumluluğu", İBD., 1986, s.C.60, S.10-12, s.632 ; ŞENOCAK, Z., Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998, s.65.

7 YILDIRIM, M. F., "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Erzincan, 15-16-Mayıs 2006, Ankara 2007, s.61 ; HATIRNAZ, G., Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2007, s.92 ; Bkz. KARLIKAYA/HOT, 2007, s.11.

8 SARIAL, E., Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul 1986, s.61.

9 SERT, G., "Hastanın Tıp Eğitimine Katılmayı Reddetme Hakkı Bağlamında Beden Mahremiyeti Kavramı", 3rd National Congress of Medical Ethics, Congress Proceeding Book Volume 2, s.1023 ; SERT, G., Hasta Hakları, İstanbul 2004, s.184 vd. ; ÖZLÜ, 2005, s.178. Nitekim bu endişe ile Dünya Tabipler Birliği'nin 1983 Venedik (İtalya) toplantısında (Genel Kurul) Bilgisayarın Tıpta Kullanımına İlişkin Bildiri yayınlanmıştır. Bildiri metni için bkz. SERT, 2004, s.333-334.

10 ŞENOCAK, 1998, s.62. Sağlık mevzuatında kayıt tutma yükümlülüğü öngören hükümler için bkz. 1219 s.K.m.72 ; 28.4.1937 tarih ve 3153 sayılı Radyoloji, Radyom ve Elektrikle Tedavi ve Diğer Fizyoterapi Müesseseleri Hakkında Kanun, m.5,6 ; Özel Hastaneler Tüzüğü, m.29 ; Özel Hastaneler Yönetmeliği,

başvurusu, tetkikleri, yatış işlemleri, hasta kayıtlarının tutulması sırasında ve saklanması konusunda tıbbi sekreterlerin, arşiv görevlilerinin ve diğer yardımcı sağlık personelinin hatta hekimlerin uymakla yükümlü bulundukları gizlilik ilkesine titizlik ve özen içinde riayet konusunda duyarsız davrandıkları görülebilmektedir[11].

Tanı ve tedaviye ilişkin belgelerin mülkiyeti ve tasarruf hakkının kime ait olduğu ve hastanın bu belgelerin aslını veya suretini alma ya da bu belgeleri görme hakkının varlığı ve sınırları oldukça belirsiz ve tartışmalıdır[12].

Hasta Hakları Yönetmeliği, sağlık kurumlarının ve sağlık çalışanlarının da, hasta ile ilgili olarak edindiği bilgilerin ancak kanunun izin verdiği hallerde açıklanabileceğini belirtmektedir: "*Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz*" (m.23/I). Bu hükümle gözetilen amaç, sağlık yardımı alan hastanın bu amaçla verdiği bilgilerin saklanması ve onun kişilik haklarını rencide edebilecek biçimde ortalıkta dolaşmamasıdır.

Hastanın kendisi ile ilgili bazı bilgilerin açıklanmasına rızası bulunsa bile, bu rızanın onun kişilik haklarına zarar vermesi söz konusu olduğu durumlarda bunları açıklayan sağlık çalışanlarının sorumlu olacağı kabul edilmektedir: "*Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz*" (m.23/II).

Herhangi bir şekilde hastaya zarar verme ihtimali bulunan bazı bilgilerin ifşa edilmesi de, geçerli ve haklı bir sebebe dayalı olmadıkça, açıklayan personelin hem hukuki hem de cezai sorumluluğunu gerektirecektir: "*Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir*" (m.23/III).

Yönetmelik sır saklama borcunun sıklıkla ihlal edilebileceği bir ihtimale de işaret etmektedir: "*Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz*" (m.23/IV). Özellikle tıp kongrelerinde sunulan bildiri ve araştırma sonuçlarında ve eğitim hastanelerinde yürütülen eğitim amaçlı çalışmalarda "araştırmanın nesnesi" konumunda görülen hastanın kimlik bilgilerinin açıklanması, onun mahremiyet alanına zarar veren bir kişilik hakkı ihlali sayılabilir.

---

m.48,49 ; Ağız ve Diş Sağlığı Hizmeti Sunulan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, m.28 ; 09.03.2000 tarihli Ayaktan Teşhis ve Tedavi Yapılan Özel Sağlık Kuruluşları Hakkında Yönetmelik, m.46,53 ; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m.6-12,32,57 ; 06.11.2001 tarih ve 10588 sayılı Yataklı Tedavi Kurumları Tıbbi Kayıt ve Arşiv Yönergesi.

11 Hastanelerde görülen bir hasta adına başka hasta için ilaç veya sıhhi malzeme yazılması uygulamaları için bkz. HANCI, H., Malpraktis, 2. Baskı, Ankara 2005, s.109.

12 Tartışmalar için bkz. HAKERİ, H., Tıp Hukuku, Ankara 2007, s.250 vd.

Hastanın kendisi ile ilgili fakat kamudan saklama ihtiyacı duymayabileceği bazı bilgilerin de hastanın rızası olmaksızın hekim tarafından açıklanamayacağı kabul edilmektedir[13]. Buna karşılık, hasta tarafından hekim aleyhine açılan bir davada hekim kendisini savunma amacıyla ve bu amacın belirlediği sınırları zorlamaksızın hastaya ait bazı sırları açıklamak zorunda kalabilecektir[14].

C. Hekimlik Meslek Etiğine Göre Meslek Sırrı

Türk Tabipler Birliği'nin üye olduğu Dünya Hekimler Birliği'nin 1948 Cenevre, 1957 İstanbul, 1981 Lizbon ve 1983 Venedik Bildirgelerinde de, hekimin öldükten sonra bile hastasına ait sırları saklamaya özen göstermesi gerektiğine işaret edilmektedir.

Nitekim Türk Tabipler Birliği tarafından kabul edilen "Hekimlik Meslek Etiği Kuralları" içinde de "sır saklama yükümlülüğü"ne özel olarak yer verilmektedir (m.9):

"*Hekim, hastasından mesleğini uygularken öğrendiği sırları açıklayamaz. Hastanın ölmesi ya da o hekimle ilişkisinin sona ermesi, hekimin bu yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanmasının hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez. Hekim, tanık ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir*".

Türkiye Psikiyatri Derneği'nin 22 Haziran 2002 tarihli 1. Olağanüstü Genel Kurulu'nda karara bağlanan "Ruh Hekimliği (Psikiyatri) Meslek Etiği Kuralları" da psikiyatri hekiminin sır saklama borcunu düzenlemektedir (m.6):

"*Herhangi bir psikiyatrik muayene ve sağaltım altındaki kişiyle ilgili bütün bilgiler hasta-hekim ilkeleri çerçevesinde saklı tutulmalıdır. Bu bilgi yalnızca hastanın ruh sağlığını korumak ve geliştirmek amacı ile ve hastanın oluru alınarak gerektiğinde ve hastanın yararı için gereken ölçüde aile ile paylaşılabilir ya da başka uzman hekimlerle danışma amacı ile kullanılabilir. Ruh hekimleri, kişisel haklar, tedavi hakkı, yanlış mesleki uygulamalar vb. durumlarla ilgili olarak hastasının yararı söz konusu olmadıkça, kendi siyasal, yönetsel, medyatik ya da maddi çıkarları, akademik, mesleki veya kişisel yararları doğrultusunda hastasıyla ilgili bilgileri açıklamamalıdır.*

Hasta hekim ilişkisi içinde edinilmiş olan bilgiler gerekli görüldüğünde mahkemede tanıklıktan ya da bilirkişilikten çekilmek için bir gerekçe oluşturabilir.

13 YILDIRIM, 2007, s.60 ; Bkz. KARLIKAYA/HOT, 2007, s.10.

14 SARITAŞ, H., Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara 2005, s.78 ; YILDIRIM, 2007, s.61.

Kişinin özel yaşamı, özel ilişkileri, savunma düzenekleri gibi psikolojik yapısıyla ilgili özel bilgiler istenildiğinde bunların mahkemede sunulması kişinin açık ve anlaşılır iznine bağlıdır. Ruh hekimi kişi için yararlı olmadığını düşündüğünde, kişi izin vermiş de olsa, bu tür bilgileri açıklamak zorunda olmadığını bilmelidir.

Gizlilik kuralı ancak hastanın kendisine ya da çevresine ciddi bedensel, ruhsal ya da ekonomik zarar verme olasılığı varsa bozulabilir. Ruh hekimi gizlilik ilkesini bozmayı gerektirecek önemde bir durumla karşılaşmışsa, olabiliyorsa meslektaşları ile de danışarak, uygun göreceği yerlere ya da kişilere açıklama yapmak zorunda kalabilir.

Bu durumlarda ruh hekimi bundan sonra atacağı adımla ilgili olarak koşullar elveriyorsa önce hastayı uyarmalıdır.

Ruh hekimi hastasının tanınmasına yol açacak ya da olası davranışlarının tahminine ilişkin herhangi bir bilgiyi başkalarına ya da herhangi bir kuruluşa veremez. Kişi adı, kimlik bilgileri, yüz görünümü gibi kişiyi tanıtacak tüm özelliklerin gizlenmesi koşuluyla, bilimsel bir tartışmada, eğitim süresinde, denetim ve konsültasyon amacı ile hekimler arasında hastalıkla ilgili bilgilerin aktarılması bu kuralın dışındadır. Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez".

D. Meslek Sırrını İfşa Suçu

Hekimin sır saklama borcunu, "kamu düzeni" ile yakından ilgili gören kanun koyucu, meslek sırrını ifşa etmeyi ceza kanununda bağımsız bir suç olarak öngörmüştür: "*Bir kimse resmi mevki veya sıfatı veya meslek ve sanatı icabı olarak ifşasında zarar melhuz olan bir sırra vakıf olup ta meşru bir sebebe müstenit olmaksızın o sırrı ifşa ederse üç aya kadar hapis ve elli liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur. Eğer zarar vaki olmuş ise cezayı nakdi elli liradan az olamaz*" (TCK.m.198).

Bununla birlikte 1 Nisan 2005'te yürürlüğe girecek yeni ceza kanunu, bu maddeye yer vermemiş; buna karşılık "özel hayatın gizliliğini ihlal" kenar başlıklı 134. maddesi birinci fıkrasında "Kişilerin özel hayatının gizliliğini ihlal eden kimse, altı aydan iki yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır" hükmünü getirmiş ve bu suçun "belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesi halinde, verilecek cezanın yarı oranında artırılacağını" (m.137) öngörmüştür.

Özel hayata ilişkin olup da bir mesleğin icrası sırasında/yoluyla öğrenilen bilgiler "meslek sırrı" sayılıp saklanması gerekirken; hastaya ait bu bilgiler, özel hayatın gizliliğine zarar verir şekilde açıklanırsa, bu da TCK.m.137 anlamında "özel hayatın gizliliğini ihlal" suçunun teşekkülüne sebebiyet verecektir[15].

15 Meslek sırrını ifşa suçunun, tüm sağlık çalışanları yanı sıra tıp fakültesi öğrencilerini de kapsadığı görüşü için bkz. HAKERİ, 2007, s.473.

Eski ceza kanununda meslek sırrının ifşası suçuna en fazla üç aya kadar ceza uygulanabilirken, yeni ceza kanunu cezanın alt sınırını 9 aya (6 ay x ½) çıkarmış olmaktadır.

Ayrıca, meslek sırrına sahip hekimlerin, açılan bir davada hastası ile ilgili tanıklık yapmaktan kaçınma hakkı bulunmaktadır (HUMK.m.254/3, CMUK.m.48, CMK.m.46). Mahkemece çağrıldığı ve/veya görevlendirildiği halde, hekime tanınan bilirkişilik ya da tanıklıktan kaçınma hakkı, sık saklama borcuna bağlılığın, bu yükümü layıkıyla yerine getirebilmenin bir şartı olarak düşünülmüştür.

Hekimin saklamakla yükümlü olduğu "sır"rın kapsamı ve muhtevası nedir? Hasta tarafından hekime anlatılan veya hekimin muayene bulgularında, tahlil ve tetkik sonuçlarında gözüken her türlü bilginin "sır" olarak kabul edilmesi[16] yerine; gizli tutulmasında yani açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her türlü bilgiyi bu kapsamda düşünmek ve sırrın kapsamını belirlemede ortalama bir hasta profilini değil "somut hasta"yı esas almak daha sağlıklı bir yol olsa gerektir[17].

2. Hekimin İhbar Yükümlülüğü

A. Yeni Ceza Kanunu (m.280)

TCK.m.530 uyarınca "*Hekim, cerrah, ebe yahut sair sıhhiye memurları şahıslar aleyhinde işlenmiş bir cürüm asarını gösteren ahvalde sanatlarının icap ettiği yardımı ifa ettikten sonra keyfiyeti adliyeye veya zabıtaya bildirmezler yahut ihbar hususunda teehhür gösterirlerse bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna olmak üzere otuz liraya kadar hafif cezayı nakdiye mahkum olurlar*".

Yeni Ceza Kanunu m.280'in kenar başlığı "sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi" olarak belirlenmiş olup 1. fıkrada "*Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır*" hükmü getirilmektedir.

Bu iki düzenleme arasında beş önemli fark bulunmaktadır:

1. Sadece şahıslar aleyhine işlenen cürümler değil, her türlü suç belirtisinin bildirilmesi aranmıştır: 765 sayılı Türk Ceza Kanunu sadece "adam öldürme" ve "yaralama" türünden "şahıslar aleyhine işlenmiş" suçların bildirilmesi yükümlülüğünü öngörürken, yeni düzenlemede herhangi "bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşan" sağlık çalışanı bunu bildirmekle yükümlü tutulmuştur. Böylece ihbar yükümlülüğünün kapsamı genişletilmiştir.

2. TCK.m.530'da sağlık çalışanlarının "suç işlendiğini fark ettiklerinde"

16 Bkz. KARLIKAYA/HOT, 2007, s.10.

17 ÖZLÜ, T., Hasta Hakları, İstanbul 2005, s.172-181. Karş. AYAN, 1991, s.98.

bildirim yapmaları gerektiği vurgulanırken; yeni TCK.m.280'de suç ile değil "suç belirtisi" ile karşılaşan sağlık çalışanı bildirim ile yükümlü tutulmaktadır. Böylece suç işlenmiş olması aranmaksızın suça yönelik en küçük bir belirti (emare) ihbar için yeterli görülmekte, ihbar yükümlülüğünün kapsamı aşırı genişletilmiş olmaktadır.

3. Hastanın kovuşturmasını gerektirecek suçların bildirilmemesi -haklı- istisnasına yer verilmemiştir: TCK.m.530'da "bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kılacak ahval müstesna" kabul edilirken, yeni düzenleme (YTCK.m.280) istisnaya yer vermeyerek, sağlık çalışanlarının tedavisine yardım ettikleri hastaların kovuşturulmasını gerektirecek suçların da bildirilmesini emretmektedir. Bu durum, hasta hakları duyarlılığı yönünden önemli sakıncalara elverişlidir.

Böylece, her hangi bir nedenle suça bulaşmış kimseler, ihbar edilmek korkusuyla sağlık kurumlarına başvurmak ve tedavi olmaktan kaçınacaktır. Bu durum, hastanın en temel hakkı olan tedavi olma hakkını elinden alınmaktadır. Şimdi artık, hasta hakkında kovuşturma gerektirecek bir suçun da bildirilmesi söz konusu olduğundan; hastalar tedavi olmak amacıyla sağlık kurumlarına başvurmaktan kaçınabileceklerdir.

Örnek olarak, ölümlü bir kavgada yaralanmış bir hastanın ihbar edileceği korkusuyla tedaviden uzak durması ya da ehliyetsiz kişilere başvurması mümkündür. Bir başka açıdan, pişmanlık duyan suçlunun suç mağdurunu hekime götürebilmesi için ihbar edilme korkusu taşımaması gerekir.

4. "Önce müdahale sonra bildirim" ilkesine yer verilmemiştir: TCK.m.530'da "icap eden yardımı ifa ettikten sonra" bildirim yükümlülüğü öngörülmüşken; YTCK.m.280'de bu hususa değinilmemektedir. Hekimlerin asli görevi, hastalarını tedavi etmek ve onları sağlığına kavuşturmak olduğundan, tedavi sırasında sağlık çalışanlarını suç bildirimi ile meşgul etmemek için öncelikle tedaviyi gerçekleştirmesi, acil ve gerekli tıbbi müdahaleyi yaptıktan sonra suç bildiriminde bulunması esası benimsenmiştir. Yeni Ceza Kanunu, bu yerinde ilkeye yer vermeyerek sağlık çalışanlarını ceza tehdidi altında öncelikle suçu ihbar etmek telaşına düşürmüş, tedavi amacını göz ardı etmiştir. Sağlık çalışanlarının asli görevi hastanın sağlığı ile ilgilenmek olmalıdır. Suçların önlenmesine yardımcı olmak üzere ihbarda bulunmak görevi sağlık çalışanlarının tali (ikincil) bir görevi olabilir ve bu görev asli görevin icrasına zarar vermemelidir.

5. Ceza ağırlaştırılmıştır: TCK.m.530'da hafif para cezası varken, YTCK.m.280'de 1 yıla kadar hapis cezası öngörülmüş, suçun kapsadığı alan genişlediği gibi suça verilecek ceza da aşırı ölçüde ağır hale gelmiş olmaktadır.

B. İhbar Yükümlülüğünün Amacı

Hasta Hakları Yönetmeliği (1998) ile evrensel ölçekte hasta haklarının

tanındığı bir hukuk sisteminde, modern eğilimleri yansıtma iddiası taşıyan yeni ceza kanunu ile daha da geriye gidilmiş olması anlaşılabilir ve kabul edilebilir değildir.

TCK.m.530'da yer alan bu özel hükümden başka, TCK.m.235'de memurlar için ve TCK.m.296'da bütün vatandaşlar için suçları ve suçluları ihbar yükümlülüğü kabul edilmektedir. Yeni Ceza Kanunu m.279 ve 283/I'de bu suçlar ve cazaları aşağı yukarı aynı şekilde korunmaktadır.

TCK.m.235, görev yaptıkları sırada kamu adına kovuşturmayı gerektiren bir suç işlendiğini öğrendiği halde yetkili mercilere bildirmede ihmal ve gecikme gösteren memurlar için 4 aydan 2 yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. TCK.m.296'da ise, suçun işlenmesinden sonra faile yardım eden ve yakalama/ tutuklama müzekkeresi çıkarılmış kimseleri yetkili mercilere derhal ihbar etmeyen vatandaşlar için ağır cezalar öngörmektedir. TCK.m.530 ise, vatandaşlar ve memurlar için genel olarak öngörülen ihbar yükümlülüğünü sağlık çalışanları bakımından özel olarak düzenlemektedir.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, kamu hastaneleri bakımından adli vakaların savcılığa bildirilmesi zorunluluğunu düzenlemektedir: "*Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vak'aların Türk Ceza Kanununun (530) nci maddesinin müstesna kıldığı haller dışında gecikmeksizin Cumhuriyet Savcılığına haber verilmesi zorunludur. Ayrıca yaralı ve cesetten çıkarılan delil niteliğini haiz eşyanın adli makamlara aynen ve gecikmeksizin teslimi gerekir*" (m.86).

Özel Hastaneler Tüzüğü[18], m.32 de bildirim yükümlülüğüne ilişkindir: "Durumundan kuşku duyulan ve kimliği belli olmayan hastalarla adli olaylar güvenlik makamlarına derhal bildirilir". Buradaki yükümlülük, doğrudan tüm sağlık çalışanlarına hatta hekimlere yönelik olmayıp, özel hastane sorumlu müdürüne yöneliktir.

Fakat sorumlu müdürün de hekim olma şartı vardır (Hususi Hastaneler Kanunu, m.9/I ; Özel Hastaneler Yönetmeliği, m.16/III). Kimliği belli olmayan hastaların bildirilmesi anlaşılabilir ise de, "durumundan kuşku duyulan hastalar" tanımı oldukça belirsizdir. Ayrıca bir olayın "adli" nitelikte olduğuna bir hekim olan sorumlu müdür nasıl karar verecektir?

Hekimin hasta ile kurduğu ilişkide öğrendiği veya tedavi amacıyla kendisine verilen hastaya ait bilgileri (sırları) saklama yükümlülüğü ile öğrendiği suçları ve kamu sağlığını ilgilendiren bilgileri ihbar (bildirme) yükümlüğü arasında bir çelişki varmış gibi gözükmektedir. Aslında yapılması gereken, her iki yükümlülüğün kapsamı ve sınırlarını açık bir şekilde belirlemek olmalıdır.

Doğrusu, sağlık çalışanlarının tedavi ettiği hastaları ve tedavi sırasında

18 24.05.1933 tarih ve 2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu'na dayanarak çıkarılan Tüzük, 28.02.1982 tarih ve 8/5747 sayılıdır (RG., 10.01.1983, 17924).

karşılaştığı suçları adli mercilere bildirme borcu yükleyen TCK.m.530 hükmünün kabulü tartışmalı olmuştur. Hem bizde hem kaynak ülke İtalya'da bir kısım ceza hukuku teorisyenleri ve uygulamacılar, böyle bir ceza normunun bir çeşit "casusluk sistemi" öngördüğü ve hekimi "muhbir" haline getireceği biçiminde ağır eleştirilerde bulunmuşlardır.

Özellikle Türk hukukunda, hekimin "meslek sırrı" kabul edilmiş ve bu sırrın açıklanması cezaya bağlanmış ve diğer yandan hekime "tanıklıktan çekilme" imkanı da tanınmış iken, böyle bir sistem içinde ihbar zorunluluğu getirilmiş olması açıklanamaz bir çelişki olarak görülmüştür.

Fakat yine de TCK.m.530 düzenlemesinde, hastaları tedavi olmaktan kaçırmamak amacıyla hasta için kovuşturmaya neden olacak suçların bildirilmesi kabul edilmemiştir. Ayrıca her suç için değil, sadece şahıslara yönelik işlenmiş suçların bildirilmesi zorunlu görülmüştür. Bir başka şart da, ancak bir hastanın tedavisinde doğrudan ve fiilen katkı sağlayan hekim veya sağlık çalışanının ihbar ile yükümlü olmasıdır. TCK.m.530'da ihbarın "adliyeye veya zabıtaya" yapılması belirtilmekte iken; CMK'nda "Cumhuriyet Başsavcılığına, kolluk makamlarına, valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye" de yöneltilebileceği kabul edilmektedir (m.158).

C. Bulaşıcı Hastalıkların Bildirilmesi

TCK.m.530'a göre suçların ve suçluların bildirilmesi gibi, toplum sağlığını korumak amacıyla bulaşıcı ve salgın hastalıkların tedbir almakla yetkili mercilere haber verilmesi de hekimin ihbar yükümlülüğü kapsamındadır. Bildirilmesi zorunlu hastalıkların neler olduğu 1930 tarihli Umumi Hıfzısıhha Kanunu (Genel Sağlığı Koruma Kanunu) içinde ayrıntılı olarak açıklanmaktadır:

Kolera, veba (bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, karahumma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop taşıyıcıları, paratifoit humması veya her nevi gıda zehirlenmeleri, çiçek, difteri (kuş-palazı), sari beyin humması, uyku hastalığı (iltihabı dimağii sari), dizanteri (basilli ve amipli), lohusa humması (hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (iltihabı nuhai kuddamii sincabii haddı tifli), kızamık, cüzam (miskin), hummai racia ve malta humması, kudurmuş hayvan ısırmaları, kuduza bağlı ölümler, sıtma, trahom, frengi, bel soğukluğu ve yumuşak şankre türünden zührevi hastalıklar, bu hastalıklar arasında sayılmıştır (UHK.m.57, 97, 99, 103, 107, 114).

Bu hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan ölüm vuku bulur veya ölümün bu hastalıklardan biri sebebiyle meydana geldiğinden şüphe duyulursa ihbar yükümlülüğü doğmuş demektir (UHK.m.57).

Bu tür bir vaka ile karşılaşan hekimler, 24 saat süre içinde sağlık müdürlüğüne, hükümet veya belediye tabipliğine, bunlar yoksa polis veya

jandarma karakoluna sözlü veya yazılı şekilde başvurarak, hastanın isim ve adresini bildirmek zorundadırlar. Polis ve jandarma da, öğrendikleri bu vakaları hiç vakit kaybetmeksizin ilgili mercilere iletmekle yükümlüdür (UHK.m.58).

Ayrıca yukarıda ismen sayılan hastalıklar dışında kalan bazı hastalıkların da salgın hastalık düzeyinde yaygınlaşma eğilimi göstermesi halinde, Sağlık Bakanlığı bu hastalıkları da bildirilmesi zorunlu hastalıklar arasına sokmakta yetkilidir (UHK.m.64).

Özel Hastaneler Tüzüğü de, bulaşıcı hastalık vakaları ile ilgili olarak sorumlu müdürlere "bildirme yükümü" yüklemektedir (m.40): "Bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden çıkanlarla bulaşıcı hastalık taşıyıcıları (portör) ile gidecekleri yerler, sorumlu müdürlerce ilgili makamlara bildirilir".

III. HASTANIN BEDEN MAHREMİYETİ

Hasta Hakları Yönetmeliği "Mahremiyete Saygı Gösterilmesi" kenar başlığına sahip 21. maddesinde konuyu ayrıntılı şekilde düzenlemektedir:

Bu hükmün konumuzla doğrudan ilgili fıkraları şu şekildedir: "Hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbi müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir" (f.I). "Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesi gerekir" (f.II-b). "Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesi gerekir" (f.II-c). "Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını isteyebilir" (f.II-d). "Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesi gerekir" (f.II-e). "Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbi müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır" (f.IV).

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği m.7: "Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlak kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinden başka kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir".

Bir başka örnek olarak Ana-Çocuk Sağlığı Ve Aile Planlaması Merkezleri Yönetmeliği[19] gösterilebilir: "Merkezde verilen bütün hizmetler, ... mahremiyete ve gizliliğe saygı gibi tıp etiği ilkeleri ile uygunluk içinde sunulur" (m.11).

Bu bağlamda, hastadan alınan kan, idrar, sperm ve doku gibi vücut

19 RG., 06.02.1997, 22900.

örneklerinin, hastanın teşhisi ve tedavisi dışında kullanılması ve üçüncü kişilerin eline geçmesi önlenmelidir[1]. Polikliniklerde her gün yüzlerce hasta muayene edilmekte, dolayısıyla belli bir sıra içinde fakat hızlı bir şekilde muayene yapılması nedeniyle her bir hastaya ayrılan süre hem çok kısa tutulmakta ve bu nedenle hastalar birbirlerinin yanında soyunup giyinmek zorunda kalmaktadırlar. Ya da pratik bir çözüm (!) olarak hastalar beşer onar kişilik gruplar halinde muayeneye alınmaktadırlar ki, bu durumun mahremiyet hakkının ağır bir ihlali sayılacağı ortadadır.

Aynı şekilde hastaların muayeneleri sırasında bir yakınlarının yanlarında bulunması ve tedavi ile doğrudan ilgisiz kişilerin odada bulunmaması, hatta araştırma hastanelerinde bile stajyer veya öğrencilerin bulunmasını reddetmesi, bir "hasta hakkı" olarak tanınmış olmasına rağmen uygulamada buna pek fazla riayet edilmediği gözlenmektedir.

Özel sağlık sigortası hizmeti veren sigorta şirketleri sigortaladıkları müşterileri ile ilgili tıbbi verilere ulaşmak ve böylece sigorta riskini hesaplamak istemektedirler. Bu tür ticari kaygılarla hasta mahremiyetinin ihlaline izin verilmemelidir.

IV. Sonuç Olarak

Hastanın özel yaşamına saygı hakkı, uluslar arası insan hakları metinleri ile tanınmış ve ulusal sağlık mevzuatımızla korunmakta olan çok temel bir haktır.

Hekimin mesleki faaliyeti nedeniyle doğrudan hastasından veya hastalığa yönelik araştırmalarından öğrendiği hastayı ilgilendiren özel bilgileri, üstün kamu yararına dayalı bir kanun hükmü ile emredilmedikçe ve hastanın rızası olmadıkça saklayıp üçüncü kişilere açıklamaması anlamına gelen sır saklama yükümlülüğü, güvene dayalı hasta hekim ilişkisinin doğal bir sonucudur. Hasta sırrının korunması gibi hastanın beden mahremiyetinin gözetilmesi de, hastanın özel yaşamına saygının bir başka boyutudur.

Hekimin bildirim yükümlülüğünün gerekçesi, suçların takibi, suçluların yakalanması ve halk sağlığını ilgilendiren konularda tedbir alınması ihtiyacıdır. Bu temel gerekçe "kamu yararı" ile ilgili iken, temel hasta haklarını göz ardı edecek biçimde, hasta sırrının ifşası faaliyetine dönüştürülmemelidir. Toplum güvenliğini sağlamaya veya halk sağlığını korumaya çalışırken, temel hasta haklarına da uygun davranmak mümkün ve gereklidir.

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Sayın Hocam uygulamada da karşılaşılan çok çarpıcı noktalara değindi, faydalı sunumundan dolayı kendisine biz de teşekkür ediyoruz. Bu iki konudan iki sunucudan sonra tartışmamız olacak ama ben eğer sorularınız olacaksa

1 ÖZLÜ, 2005, s.181.

yazılı bize iletmenizi yeğlerim. Çünkü bu yöntemle daha fazla soruya cevap verilebileceğini, merakın giderileceğini düşünüyorum. Şimdi sözü uzatmadan "Aydınlatılmış Rıza" sunumunu yapmak üzere sözü aynı zamanda Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurul Başkanı olan Avukat Bedia Boran'a vermek istiyorum.

RECEP AYDIN - Özür dilerim, küçük bir ekleme yapabilir miyim izin verirseniz? Şimdi tartışma sona bırakılmış. Tartışmalar sona bırakılınca konular haliyle unutuluyor. Ama unutulmaması adına küçük bir ekleme yapmak istiyorum Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviriyim Recep Aydın ... şimdi değerli hocam dediler ki, ...

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Çok özür diliyorum ben bir yöntem belirleyeceğinizi düşünerek söz verdim ama şöyle yapalım mı? Siz onu yazılı halde unutulmaz, hayır çok özür diliyorum yöntemimiz şu bu yönteme uyarsanız tartışmayı programda belirtildiği gibi tüm sunucular sunumunu yaptıktan sonra yapacağız ama bu unutulma kaygısı varsa lütfen sorunuzu bir kağıda yazıp bize iletirseniz unutulmaz.

RECEP AYDIN - (Mikrofonsuz)

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Hayır birçok katılımcının da vakti sınırlı, başka programları da vardır bu saatten sonra onun için buradaki yönteme uymak zorundayız. Özür diliyorum kusura bakmayın. Buyurun Bedia Hanım.

Aydınlatılmış Rıza

AV. BEDİA BORAN

Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Başkanı

TIBBİ MÜDAHALEYE RIZA:

GİRİŞ:

Tıbbi müdahale; resmi ehliyetli kişiler tarafından, kişinin sağlığını yaşamını, cismani bütünlüğünü tehdit eden fiziksel ve ruhsal bir takım anomalilerin teşhisi, tedavisi, önlenmesi veya nüfus planlaması amaçlarına yönelik olarak tıp biliminin genel kabul görmüş kurallarına ve teknik gereklerine uygun bir biçimde gerçekleştirilen girişim olarak tanımlanmaktadır.[2]

Rıza; sözlük anlamı itibariyle istek, onam[3]; razı olma, isteme onama[4] anlamına gelmektedir.

Aydınlatma; Resmi ehliyetli kişilerden hekimin, hastasına gerçekleştirilmesi planlanan tıbbi müdahalenin türü, biçimi, ivediliği, yan etkileri ve rizikolarının yanı sıra; böyle bir müdahalenin gerçekleşmediği takdirde ortaya çıkması muhtemel olumsuz birtakım sonuçları anlatarak, onu tıbbi müdahale hakkında serbestçe karar verebilecek bir duruma getirecek bilgilerle donatması olarak tanımlanmaktadır[5].

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu:

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunu belirleyen ön koşul, hastanın müdahaleye rızasının bulunup bulunmaması kriteridir.

Kişinin rızası alınmadan kişilik hakları kapsamında yer alan vücut bütünlüğüne, sağlığına karşı yapılacak her türlü müdahale hukuka aykırıdır. Rızanın aranması hastanın özerkliği anlamına gelen, kendisini etkileyecek konularda söz sahibi olması, kendi kişisel değerleri üzerinde karar verme hakkından kaynaklanmaktadır[6].

2 Cüneyt Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s.:15
3 Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, s.608,
4 Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, Cilt 2, s:991
5 Cüneyt Çilingiroğlu,, Tıbbi Müdahaleye Rıza, s 59
6 Tıp Etiği Elkitabı ,Dünya Hekmler Birliği, Çeviri Dr. Murat Civaner, www.isttabip.org.tr

Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından aydınlatılması, böylece yapılacak tıbbi müdahalenin tehlikesi ve sonuçları hakkında kapsamlı olarak bilgi sahibi olması gerekir.[7]

Türk hukuk sisteminde kişilik hakları kapsamında Anayasal düzeyde, kişinin kendi geleceğini kendisi tayin etme ilkesi çerçevesinde ele alınmış, tıbbi zorunluluklar dışında kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmayacağına yer verilmiştir.

Medeni Kanunda da kişilik haklarına ilişkin ayrıntılara yer almaktadır. Medeni Kanunu'nun kişiliğin korunması ile ilgili bölümünü takip eden maddelerden 23. madde 1. fıkrası; kimsenin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceğine, 2.fıkrası; kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği, onları hukuka ve ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağına, 3. fıkrası; yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve naklinin mümkün olduğuna yer vererek, ancak bu içerikte yükümlülük altına girenlerden edimi yerine getirmelerinin istenemeyeceği gibi maddi ve manevi tazminat istenilemeyeceğine yer vermiştir. MK 24. maddelerinde kişilik haklarına yönelik bir müdahalenin kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızasını hukuka uygunluk nedenleri arasında saymıştır. Ancak tıbbi müdahaleler ve yardımlar doğrudan kişilik hakkına ilişkin müdahaleler olduğundan hukuken geçerli rıza bazı önemli ayrıntılar içermektedir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24 maddesi de tıbbi müdahalelerde rızanın aranacağına yer vermiştir. Hastanın rızasının geçersiz olduğu (yasak kürtaj, organ alınması) durumunda rızanın varlığı, hastanın kusuru olarak değerlendirilip, sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı gibi tazminatta indirim yapılmasını da gerektirmez.

Rızanın şartları:

Rızaya ehliyet:

Tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu, rıza göstermesi beklenen kişinin buna ehil olmasına bağlıdır. Hastanın sağlıklı, özgür ve geçerli bir iradeyle kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi için öncelikle bu rızayı vermeye ehil olması gerekir. Hasta açısından rızaya ehliyet; "hastanın karşılaşacağı tedavi ve müdahaleleri, tıbbi fiilleri anlaması, değerlendirmesi ve bunları vücudu üzerinde uygulanmasını istemesi" olarak tanımlanmaktadır.[8] Ehliyetsiz kişilerin belirlenmesi açısından getirilen tanıma göre; "yaş", "akıl hastalığı", "akıl zayıflığı" nedeniyle müdahalenin yöneldiği hukuksal yararın değerini ve önemini anlayacak durumda bulunmayan, rıza açıklamasının hangi sonuç veya riskleri doğuracağını öngöremeyen veya rıza ile amaçlanan sonuca ulaşmak için kendisine daha az yük getirecek hangi seçenekleri bulunduğunu kavrayamayan kişiler, rızaya ehliyetsizlerdir."[9]

7 Battal Yılmaz, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s:31

8 Köksal Bayraktar. Hekimin Sorumluluğu, s.130

9 Barış Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.80, "Amelung Kunt, Über die Einwilligungsfähigkeit" den alıntı

Çocuklarda aydınlatılmış rıza ve ehliyet

Hastanın yaşının küçük olması nedeniyle kendisine yapılacak tıbbi müdahaleye rıza göstermemesi, rıza ehliyetsizliği açısından sık rastlanılan bir durumdur. Yaş küçüklüğünün tanımı ve hangi ölçülere uyan kişinin, yaş açısından rızaya ehliyetli olduğu tartışmalı bir sorundur. Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin kararlarına yansıyan görüşü; mutlak olmayan alt sınır olarak yedi yaşından küçüklerin rıza ehliyetinin hiçbir durumda var kabul edilemeyeceğini, daha büyük olanların somut olaya yönelik karar verme kudretinin bulunup bulunmayacağının somut olay açısından ayrı ayrı araştırılması gerektiği yönündedir.[10]

Çocuk hastalarda aydınlatılmış rıza konusu kendine özgü özellikler taşır. Burada hekim, çocuk ve aile/yasal temsilci bulunmaktadır. Belli yaş sınırının altındaki çocukların, tıbbi kararda ailelerine bağlı olmaları onların kendi özerkliklerini kullanabilme haklarını ellerinden almaktadır. Oysa çocukların, özellikle yetişkin çocukluk döneminde, tıbbi kararlarda önemli ölçüde katılım paylarının bulunması gerekir.

Çocuk hastaların henüz gelişmelerini tamamlayamamış olmaları hasta özerkliğine saygı ilkesi açısından ve aydınlatılmış rıza işleminde önem taşımaktadır.

Çocuk hastaların özerk bir kimlik içerisinde olamayacaklarından fiil ehliyetinin sınırlı yada hiç olmadığından bahisle kendi kişisel değerleri üzerindeki haklarını serbestçe kullanabilme haklarını ellerinden almak uygulaması yaygın olduğundan, ülkemizde ve dünyada on sekiz yaş altındakilerin tedavi olma hakları da aileler yada yasal temsilciler tarafından kullanılmaktadır. Bazı ülkelerde çeşitli uygulamalarda, tıbbi müdahaleler açısından rıza göstermede on dört yaşın sınır olarak kabul edildiği ifade edilmektedir[11].

Çocukların özerklikleri hem onların yeterlilikleri hem de yaşları ile ilişkilidir. Yasal düzenlemelere göre on sekiz yaş fiil ehliyeti açısından önemli bir sınırdır. Buna karşın çocuğun onayının alınması açısından yaş sınırı mutlak ve koşulsuz değildir.

Çocuğun istekleri göz önüne alınsa bile kuşkusuz çocuk hastalarla ilgili vakaların çoğunda rıza aile/yasal temsilciden alınır. Çocukların aydınlatılması ve rızalarının alınması konusunda rızadan çok onların bilme ya da katılma hakkı söz konusudur. Bilme hakkına saygı göstererek, çocuğu tıbbi karara katma yönünde hekimin gayret göstermesi etik bir yükümlülüktür ve çocukla hekim arasındaki güven ilişkisini geliştirecek bir yaklaşımdır. Yaklaşık yedi yaşından itibaren çocuğun tıbbi karara katılımda bulunabileceğinden söz edilebilir.

Etik ve yasal olarak hekimler çocukların tedavileri için ailelerinden izin almak zorundadırlar. Bununla birlikte çocuğun gelişimine bağlı olarak, ileri yaş çocuklarda hekim ve aile kararlarına çocukların onayı da katılmalıdır.

10 Barış Erman, s.81
11 Barış Erman, s.82

Dünya Tıp Birliği'ne göre çocukların, ailenin/yasal temsilcinin tıbbi kararlarına aktif biçimde katılmaya hakları vardır. Anlama kapasitesi arttığı ölçüde çocuğun katılımı artmalıdır. Yetişkin çocuklar hekimin değerlendirmesi sonucunda tedavi konusunda karar verebilir.

Hasta Hakları Bildirgesinde "bir hasta küçük ve yasal olarak yeterli değilse yasal temsilcisinin onamı gerekir. Hasta yine de olanaklar el verdiği sürece karar verme sürecine katılmalıdır." [12]

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin rıza ehliyeti ile ilgili bulunan 6. maddesinin 2. bendinde; "bir küçük yasal olarak müdahaleye rıza gösterme yaşına sahip değilse, müdahale ancak temsilcisinin veya yasal olarak sağlanan kişi ya da kurumun izniyle gerçekleştirilebilir. Küçüğün iradesi yaş ve olgunluk durumuyla orantılı olarak artacak şekilde belirleyici etken olarak değerlendirilir."

Amerikan Pediatri Akademisi'nin önerilerine göre çocuk hastalardan aydınlatılmış rızası alınırken dikkat edilmesi gereken bazı noktalar bulunmaktadır: Hastalar anlaşılabilir bir dil ve yöntemle bilgilendirilmeli, hastalık ya da tıbbi durumun niteliği açıklanarak, sunulacak teşhis ve tedavi aşamaları anlatılmalıdır. Tıbbi müdahale ile elde edilecek başarı olasılığı açıklanmalı, yararlar ve potansiyel riskler konusunda da çocuk hasta mutlaka bilgilendirilmelidir. Hastanın bilgilendirilmesi ve rızasının alınması sırasında hasta ya da veli/vasisinin yeterliliğinin tam olduğu kanaati oluşmalıdır. Hastanın mümkün olduğu kadar herhangi bir baskı ve etki altında kalmadan karar verebilmesi koşulu sağlanmalıdır.

Birçok Amerikan eyaletinde 18 yaşından küçüğün kendisi onay verdikten sonra, ailesinin onayını olmadan tedavi edilebilecek belirli tıbbi durumlar **yasalarca saptanmıştır**. Bu koşullar genel olarak ilaç bağımlılığı, cinsel bulaşıcı hastalıklar, gebe olanlara tıbbi tedavi, doğum kontrolü, düşük ve bazen akıl hastalıkları gibi durumlardır. Bazı durumlarda ise sosyal **açıdan** kendi başlarına yaşayan, ailesine ekonomik bağımlılığı bulunmayan bağımsız çocuklar, evli küçükler, askerde olanlar, hamile ve ebeveyn olanlar kendi başlarına hekime başvurarak tedavilerini yaptırabilirler. Bazen de mahkemeler, çocuğu "bağımsız" kabul ederek kendiliğinden karar verebilmektedir.

Yetişkin çocuklar

Özellikle 15 yaşından itibaren, çocuk hastaların tedavileri sırasında aydınlatılmış onam alınması konusundaki karşımıza çıkan bir başka durum "yetişkin çocuk" olgusudur. "yetişkin çocuk", 18 yaş altında olan ve hâlâ ailesine bağımlı, ama makul kararlar verebilecek bireydir. Yetişkin çocuk kavramı, tıbbi tedavinin sonucunu, doğasını ve boyutunu anlamaya muktedir olmak anlamında kullanılmaktadır. Yetişkin çocuk kuralının uygulanabilmesi, küçüğün yaşça

12 Tıp Etiği Elkitabı ,Dünya Hekmler Birliği, Çeviri Dr. Murat Civaner, s.52, www.isttabip.org.tr

büyük olması ve tıbbi müdahalenin küçük için yararlı sonuç doğurmasını gerektirmektedir. Organ ya da kan vermek şeklindeki davranışlar bu kapsama girmez. Çocuğun onay verdiği tedaviler ailenin iznini aramayı gerektirmeyecek nitelikte tedavi düşük riskli ve standart bir tedavi şeklinde olmalıdır.

Yetişkin çocuk konusunda hekimin karar verme süresince, şu hususlara dikkat etmesi gerekir:

- Hasta mümeyyiz olmalı (15 ve daha yukarı) işlemleri ve risklerini gerçekçi bir şekilde anlayarak aydınlatılmış onam verebilecek yeterlilik içinde görünmelidir.
- Tıbbi önlemler hastanın kendi yararı için olmalıdır .(Organ vericisi, denek olmamalıdır.)
- Tıbbi müdahalenin gerekliliği güvenilir şekilde tıbben doğrulanmalıdır.
- Küçüğün isteğini reddetmek de dâhil olmak üzere, niçin aile onayının elde edilemeyeceğinin iyi bir nedeni olmalıdır.

Vurgulamak istersek, yasaların izin verdiği koşullarda bağımsız çocuklarda hekimin ailenin onayı olmadan küçüğü tedavi etmesi etik ve yasal yönden kabul edilir bir davranıştır. Eğer küçük her iki kategoride de değil, ama anlama ve onay verme kapasitesi olan yetişkin çocuk ise hekimin yukarıda belirtilen koşullarda, onay beklemeden çocuğu tedavi etmesi etik yönden günümüzde kabul edilebilir bir davranıştır.

Yetişkin çocuklar da dâhil olmak üzere aile onayı olmadan tedavi eden hekimler hukuken risk altındadır. Ancak bu risk ABD'de teorik düzeyde kalmaktadır. Bu ülkede son onlu yıllarda 15 yaş üstünde ve onay veren çocuklarla ilgili olarak, ailesinden onay alınmadığı için hiçbir mahkeme hekimleri sorumlu tutmamıştır. Aileler de bu konuda verilmiş tıbbi karara itiraz etme gibi bir girişimde bulunmamışlardır.

Aile ve çocuk isteklerinde uyuşmazlık

Ailelerin hekim tarafından önerilen tedavileri reddetmesi ve tedavinin çocuk için kaçınılmaz bir müdahale olduğu durumlarda tedavinin yapılabilmesi vakayı dava konusu haline getirebilir. Dünya Tıp Birliği'nin önerilerine göre çocuğun sağlık durumu geriye dönüşü olmayacak şekilde tehlikede ve tıbben alternatif yöntemlerin bulunmadığı koşullarda eğer aile/yasal temsilci tedaviyi reddediyorsa, hekim yasal yollara başvurarak müdahale yetki alabilir.

ABD'de ailenin reddetmesine rağmen hastanenin tedavi etmesini kabul eden bazı mahkeme kararları bulunmaktadır. Çocuğun hayatını tehlikeye sokan bir durum varsa ve aile tedaviye izin vermiyorsa mahkemeler tedaviye izin vermektedirler. Bunun için hastane çalışanlarından biri mahkeme tarafından vasi olarak atanmaktadır. Acil durumda işlem telefonla yapılabileceği gibi, telefon için de zamanın olmadığı aciliyet durumunda onay almadan da tedavi yapmak

zorunda kalınabilir. Yehova Şahidi gibi din inançları nedeniyle ailelerin kan transfüzyonunu reddetmeleri halinde mahkemelerin tedavinin yapılması için vasi atadıkları bilinmektedir.

Tedavi konusunda çocuk ve aile arasında uyumsuzluk bulunması halinde hekim vakanın özelliğine göre hareket edecektir. Çocuğa hekim tarafından tercih fırsatının verilmesine dikkat edilmelidir.

Türk hukukundaki durum

Mağdurun rızasının hukuka uygunluğu açısından öğretide çeşitli yaş dilimleri açısından rıza gösterebilme yaşına sınırlar getirmenin ehliyet açısından genel ve yeterli bir ölçüt olmadığını savunmaktadır. Ağırlıklı görüşe göre sorun temyiz kudreti açısından ele alınmalı ve küçüğün akla uygun bir şekilde hareket ettiğini kabul için yeterli nedenler bulunduğunda rızasına değer tanınmalıdır. [13]

Rıza ehliyetini, kural olarak belirli sınırlardan çok, küçüğün yapılması düşünülen tıbbi müdahaleyi, kişisel ve toplumsal sonuçlarıyla, tam olarak kavrayıp özgür seçimlerini yapacak olgunluğa erişmiş olma ölçüsüne bağlamak gerekmektedir. Burada müdahalenin önemine, doğuracağı sonuçların geri dönülmez olup olmamasına göre bir derecelendirme yapma gerekliliği de açıktır. Çeşitli yasalarda belirli tıbbi müdahaleler için asgari yaş öngörülmesi halinde bu düzenlemeler esas alınacaktır. Bazen bu sınır erginlik yaşının üstüne de çıkabilir. Ancak kesin bir sınırın belirlenmediği durumlarda her olayın özelliklerine göre değerlendirme yapılması gerekir.

Türk Medeni Kanunu'nun 11 maddesinde; erginliğin 18 yaşını doldurmakla başlayacağı ve evlenmenin kişiyi ergin kılacağına, 12. maddesinde de 15 yaşını dolduran küçük kendi isteği ve velisinin rızasıyla mahkeme tarafından ergin kılınacağı hükmüne yer verilmiştir. 14. maddeye göre yaşı küçüklüğün fiil ehliyetini ortadan kaldıran nedenler arasındadır. 16. maddede ayrıt etme gücüne sahip küçüklerin yasal temsilcilerin rızası olmadıkça borç altına giremeyecekleri belirtilmiştir. Bu durumda küçükler üzerinde yapılacak tıbbi uygulamalarda ana-babanın, ya da yasal temsilcisinin onamı gerekir.

MK'nun 487 maddesinde de benzer hüküm gereği vesayet altındakiler için de vesayet makamı görevden alma ve uyarıda bulunmanın yanı sıra, vesayet altındaki kişilerin korunması diğer önlemlerin alınacağına yer verilmiştir. Vasinin rıza vermekte kaçındığı durumlarda vesayet altındaki kişinin sağlığını ve yaşamını korumak amacıyla gerekli önlemlerin alınması mümkün olabilecektir.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılanması ve Nakli Hakkındaki Kanun'a göre organ ve doku alınacak kişilerin 18 yaşını doldurmuş ve mümeyyiz olması koşulunun birlikte gerçekleşmesi koşullarının aranacağı zorunluluğu bulunmaktadır. Küçük ve kısıtlılardan kanuni temsilcilerinin izniyle dahi organ ve doku alınamaz. Akli ve ruhi durumu itibariyle kendiliğinden karar

13 Barış Erman, s.82

verecek durumda olmayanların organ ve doku bağış talepleri hekim tarafından red edilmelidir.

Acil durumlarda kanuni temsilcinin kötü niyetle rıza göstermemesi halinde onun rızasından vazgeçilebilir. Bu tür durumlarda hastaya bir kayyım tayin edilmesi, gecikmesinde sakınca bulunan durumlarda ise rıza beklenmeksizin tıbbi müdahalede bulunulması yerinde olur[14].Yasal temsilcisi ya da mahkemeden izin alınması zaman alacak ve hastaya derhal müdahalede bulunmamak hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise izin şartı aranmaz. Bu haller dışında rızanın geri alınması her zaman mümkündür. Rızanın geri alınması tedavinin reddedilmesi anlamına gelir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/3. maddesinde acil hallerde velayet ve vesayet hakkının kötüye kullanılması halinde gerçekleşecek tıbbi müdahaleye hukuksal dayanak yaratmaktadır. Ancak temel haklara ilişkin bir alanın yasa yerine yönetmelikle düzenmiş olması bu açığı kapatacak yasal bir düzenleme yapılmasını zorunlu kılmaktadır[15].

Diğer yandan Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70/1. maddesine göre, "tabipler, diş tabipleri ve dişçiler hasta küçük ve tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evvelemirde muvafakatini alırlar" Bu düzenleme her türlü tıbbi uygulamada hasta küçük ise veli veya vasisinden onay alınmasında ölçüt olarak ergin olmayı esas almıştır. Hekim küçük üzerindeki tıbbi müdahale için mutlaka veli yada vasisinden izin almak zorunluluğuna vurgu yapılarak, küçüğün temyiz kuvvetinin bulunmasına önem atfetmemektedir. Doktrinde rızanın açıklanmasının kişiye sıkı sıkıya bağlı hak olduğu, temyiz kudretine sahip küçük yada kısıtlıların çok önemli olmayan tıbbi müdahalelerde rızasının alınması gerektiği savunulmaktadır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/2. maddesine göre de hasta küçük yada mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde bu şart aranmaz.

Kanuni temsilci tarafından muvafakat verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi için Türk Medeni Kanunu gereği mahkemeden izin alınması gereklidir. Kanuni temsilciden veya mahkemeden izin alınması zaman gerektirecek ve hastaya derhal müdahale edilmediği takdirde hayatı veya hayati organlarından birisi tehdit altına girecek ise izin şartı aranmaz.

Yönetmelik, diğer yandan küçüklerin kararlara katılımına fırsat verilmesini istemektedir. Bu anlamda, "Kanuni temsilcinin muvafakatinin gerektiği ve yeterli olduğu hallerde dahi, mümkün olduğu ölçüde küçük veya mahcur (kısıtlı) hastanın dinlenmesi suretiyle tıbbi müdahaleye iştiraki sağlanır" denmektedir.

Türk hukukunda 18 yaş altındakilerin belli tıbbi durumlarda kendi başlarına

14 Battal Yılmaz, s:31

15 Barış Erman, s.90

tedavi olabilmeleri hakkını veren yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşılık karşılaştırmalı hukukta tıbbi müdahalenin niteliği ve ağırlığına göre bir ayrım yapılması ve rıza ehliyet yaşının da bu ayrıma göre her olay için ayrı ayrı saptanması düşüncesi savunulmaktadır. Bu çerçevede kişi küçük de olsa, kendi beden bütünlüğü üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilecek ise eylem hukuka uygundur.[16]

Diğer Ehliyetsizler:

Peternalist anlayışın hakim olduğu dönemlerde çocuk, komada bulunan vb. hastalar hakkında son kararı verme hekime aittir. Günümüzde ehliyetsizlere ilişkin aydınlatılmış rıza süreci hekimler ile hasta hakkında karar vermesi gereken kişiler arasında da geçerlidir.

Dünya Hekimler Birliği Hasta Hakları Bildirgesinde; hasta bilinçsiz yada isteklerini iletemiyorsa, aydınlatılmış onam hastanın yasal temsilcinden alınır. Eğer hastanın yasal bir temsilcisi bulunamıyorsa ve acil bir tıbbi müdahale gerekiyorsa, önceden böyle bir tedaviyi reddeceğine ilişkin açık ve kuşkuya yer bırakmayacak bir ifadesi ve düşüncesi bulunmadıkça hastanın rızasının olduğu varsayılır. Karmaşık tanı yöntemleri, prognozlar ve tedavi yöntemlerini anlaşılır bir şekilde olumlu olumsuz yönleri ve kararlarının olası sonuçlarını karar vericilere anlatmalıdırlar.

Kişinin bir tıbbi müdahaleye rıza gösterme ehliyetinin bulunup bulunmadığı araştırılırken seçiminin mantıklı, objektif olarak rasyonel olup olmadığı kriter kabul edilemez. Bu türden bir değerlendirme kişinin kendi geleceğini belirleme hakkının sınırlandırılması anlamına gelir. Ancak hastanın rasyonel sayılmayacak iradesi ile karşılaşan hekim, özellikle bu irade ölümle sonuçlanacak bir tedavinin reddine yol açacaksa, hastanın bu kararının sonuçlarını tam olarak anladığından emin oluncaya dek aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmelidir. Bunun dışında hastanın rasyonel olmayan nedenlerle tedaviyi red etmesi hangi sonuçlara neden olursa olsun kendi geleceğini tayin hakkına saygı gösterilmelidir[17].

Medeni Kanun'un 405–408. maddelerinde kısıtlılık nedenleri sayılmıştır. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı, savurganlık, alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı, kötü yaşama tarzı, kötü yönetim, bir yıl veya daha fazla süreyle özgürlüğü kısıtlayıcı cezaya çarptırılmak, ergin bir kişinin kısıtlılığına karar verilmesi sebepleri arasındadır.

Türk hukukunda vasinin rıza gösterme hakkını kötüye kullanması halinde hekim, MK 461. maddesi gereği mahkemeye şikâyette bulunabilecektir. Acil durumlarda kendi başına müdahale edebilmesi hakkında ise, küçükler için belirtilen hususlar vesayet altındakiler için de geçerlidir.

16 Barış Erman, s.81
17 Barış Erman, s.91

Rızanın Müdahalede Bulunmaya yetkili kişiye yönelmesi:

Geçerli bir rızanın bulunması tıbbi müdahaleyi tek başına hukuka uygun hale getirmemekte, tıbbi müdahalede bulunan kişinin hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmiş olması koşulunun da gerçekleşmesi gerekir. Aydınlatma genel anlamda müdahalenin sorumluluğunu üstlenen hekim tarafından yapılır. Aynı konuda birden fazla hekimin çalışması halinde hiyerarşik olarak daha altta yer alan hekim de bu konuda yeterli ise aydınlatma görevini yerine getirebilir. Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler, Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı icrasına Dair Kanuna göre genel olarak diploma sahibi, Türk vatandaşı ve mesleği yerine getirmeye engel durumu bulunmayan hekimler, belli tıbbi müdahalelerde bulunmaya yetkili sağlık görevlilerinden oluşmaktadır.

Hata, hile, tehdit, baskı gibi iradeyi sakatlayan nedenlerin bulunmaması

İradenin sağlıklı oluşabilmesi, **rızanın geçerliliği için iradeyi sakatlayan hata, hile, tehdit gibi iradeyi sakatlayan nedenlerin bulunmaması** gerekir. Hastanın belli konularda aydınlatılmamış olması iradesinin sağlıklı bir şekilde oluşumunu engelleyeceğinden bunu engellemek hekimin yükümlülüğüdür.

Hastanın karar verirken baskı ve telkin altında bulunmaması gerekir. Bu açıdan Alman Federal Mahkemesi kararında; Nazi dönemi toplama kamplarında ahlak suçlarından hüküm giymiş suçluların suçlarının cezalarının azalacağı ya da kalkacağı telkiniyle hadım edilmeyi kabul etmeleri yönündeki iradeyi geçerli saymayarak, bunun baskı altında verildiğinden dolayı müessir fiil suçunun oluştuğuna karar vermiştir.

Açıklamanın zamanı ve şekli:

Rıza müdahalenin başlangıcında mevcut olmalı ve eylemin bitimine kadar devam etmelidir. Hasta kavrama ve karar verme yetisinin bulunduğu sırada aydınlatılmalıdır. Yaşamsal tehlike bulunmadığı vakalarda hasta hastaneye gelmeden önce aydınlatılmalıdır. Hastaya seçenekleri değerlendirmesi için uygun bir süre tanınmalıdır. Müdahale başladıktan sonra rızanın geri çekilmesi durumunda bu andan sonra yapılan hareketler hukuka aykırı hale gelecektir. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 24/son maddesi müdahale başladıktan sonra rızanın geri alınmasını tıbbi yönden sakınca bulunmaması koşuluna bağlamıştır. Bu düzenleme hastanın kendi geleceğini belirleme hakkı açısından sakıncalı bir içerik taşımakta, "sakınca" bazı hallerde baskı aracına dönüşebilmektedir.

Rızanın açıklanması açık yada örtülü olabilir. Bazı müdahalelerde yazılı rızanın aranacağına ilişkin düzenlemeler hukukumuzda mevcuttur. Aydınlatma tıbbi müdahaleden önce yerine getirilmelidir.

Rızanın Konusu:

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğu açısından yaşam ve beden bütünlüğü üzerindeki haklar önem taşımaktadır.

Yaşam hakkı üzerinde tasarrufta bulunulamayacağı ulusal ve uluslararası hukukta kabul görmektedir. Yaşam hakkının değeri ve yok edilmesi durumunda geri dönülmesinin imkânsız olması nedeniyle, kişinin kendi yaşamını sonlandırma kararını bir başkasının eline bırakması kabul edilemez bulunmaktadır. [18]

Beden bütünlüğü üzerinde kişiye sınırsız tasarruf olanağı tanınmayacağı genel kabul görmektedir[19]. Beden bütünlüğüne ilişkin tıbbi bir müdahaleye gösterilen rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırıp kaldırmayacağı rızanın içeriği ve müdahalenin çeşidine bağlı olarak değişmektedir. İyileşme amacı yanında, başkasının iyileşmesi amacı da müdahaleyi hukuka uygun hale getirebilir. İyileştirme amacı gütmeyen veya mesleğin kabul görmüş kurallarına aykırı olarak gerçekleştirilen, yasal düzenlemelerde yer almamış tıbbi müdahaleler açısından hukuka ve ahlaka aykırılık söz konusu olabilecektir.

Tıbbi Müdahalenin hukuka uygunluğu açısından rızanın aranmadığı haller:

a. Kamu sağlığının korunmasına ilişkin durumlarda:

Gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin hukuka aykırılığı, ilgili kişinin rızasını açıklamaktan kaçındığı ihtimallerde, üstün tutulan kamu yararı ve kanunun verdiği özel yetki gibi nedenlerle engellenebilecektir. (MK.m.24/2) Bu durumlarda resmi yetkili kişiler hukuken kendilerine tanınmış özel yetkiyi kullanarak gerçekleştirdikleri tıbbi müdahalelerle kamu sağlığı, kamu yararının üstün tutulması gerektiği saikıyla korunmaktadır.

b. Tıbbi zorunluluk durumları:

Acil vakalarda, ameliyatın genişletilmesinin gerektirdiği durumlarda daha ağır mağduriyetlere sebebiyet verilmemesi açısından kendisine gecikilmeksizin tıbbi müdahalede bulunulması gereken kişinin rızasını fiilen açıklayamayacağı tıbbi zorunluluk durumlarda hukuka aykırılık nasıl engellenebilecektir? Böyle hallerde kişinin varsayılan rızası ya da örtülü rızasının esas alınması gerekliliği doktrinde tartışılmaktadır.

Varsayılan rıza görüşü, İsviçre, Alman ve Türk hukukunda kabul görmektedir. **Varsayılan rıza; hastanın gerçek rızasının alınmadığı, veli ya da vasiye de ulaşma imkânının olmadığı durumlarda, hastanın yararına hareket etme gereği karşısında, gerçekleştirilecek fiilin hukuka uygunluğunu sağlayan kendine özgü bir hukuka uygunluk sebebidir[20].** Varsayılan rızanın esprisi

18 Barış Erman, s.126
19 İçel ve Diğerleri, Suç Teorisi, s.188
20 Özlem Çakmut, Tıbbi Müdahaleye rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.211

"hasta müdahalenin risk ve tehlikelerini bilseydi dahi rıza verirdi" ilkesine dayanır. Burada "ortalama" bir hastanın iradesi göz önünde bulundurulur.

Hastanın tıbbi tedaviye getirildiği veya tıbbi tedavi sırasında kendisine yapılacak açıklamaları anlayamayacak veya değerlendiremeyecek durumda bulunması halinde, doktorun aydınlatma yükümlülüğünün kalktığı kabul edilir. Söz konusu zorunlu durumlar somut olayın özelliği ve hekim-hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre değerlendirilmelidir[21]. Bu koşulların bulunması halinde hastanın rızasının alınma olanağı bulunmadığından, müdahale onun rızası olmaksızın, sağlığına kavuşturma amaçlı yapılmalıdır.

Varsayımsal rızanın kabulü için normal rıza için aranan koşulların yanı sıra hukuki menfaati ihlal edilen kişinin acil bir tehlike altında bulunması, tehlikenin derhal müdahaleyi gerektirmesi, müdahale ile başka bir hukuki menfaatin tehlikeye düşmesinin engellenecek olması, rızası aranan kişinin rızasına ulaşılamaması ve ancak rızasının beklenebilirliği şartlarının bulunması da gerekmektedir. Bu şartların varlığı halinde var olduğu kabul edilen rıza üzerinde yapılacak müdahale hukuka uygun hale gelir[22].

Tıbbi zorunluluk gereği yapılan müdahaleler iki gruba ayrılır.

İlki, hastaya müdahalede bulunmak zaruret halinde ortaya çıkabilir. Bu durumda genellikle bilinci kapalı ve derhal müdahalede bulunulması gereken bir hasta söz konusudur. Hekimin hastanın rızasının alınacağı anı beklemesi telafisi güç zararlara veya hastanın yaşamını yitirmesine neden olacağından, rıza olmaksızın müdahalede bulunmak zorunluluğu ortaya çıkabilir. Örneğin trafik kazasında ağır yaralanmış, bilinci kapalı hastaya yapılacak müdahale bu kapsamda değerlendirilebilir. Buradaki zorunluluk mevcut fiili durumun kendisinden kaynaklanır.

İkincisi, ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun ortaya çıkması durumudur. Ameliyat başladıktan sonra ameliyatın genişletilmesi ya da hastayla kararlaştırılmayan farklı bir ameliyat yapılması tıbbi bir zorunluluk olarak ortaya çıkabilir. Kural olarak ameliyatın genişletilmesi ve değiştirilebilmesi için de hastanın rızası aranır. Ancak narkoz nedeniyle hastanın bilinci kapalıysa, gerekli açıklamaların yapılarak onayının alınması fiilen mümkün değildir. Laparoskopi ile gerçekleştirilen safra kesesi ameliyatında hastanın karaciğerinin aşırı yağlanma nedeniyle kanama riskinin ortaya çıkması sonucu açık ameliyata başlanması ile ilgili hasta tarafından açılan davaya ilişkin yerel mahkemenin red kararı Yargıtay tarafından onanmıştır[23].

Sözü edilen koşulların bulunduğu hallerde hastanın rızasının bulunduğu kabul edilerek, yapılması zorunlu olan tıbbi müdahalede bulunulması gerekmektedir.

21 Çetin Aşçıoğlu, s.36
22 Özlem Çakmut, Tıbbi Müdahaleye rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s. 212
23 Battal Yılmaz, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s.37

Tıbbi müdahalenin geciktirilmesi yada kesilmesi durumu hasta açısından yaşamını tehlikeye sokacak sonuçlar doğurmayacaksa hastanın rızası dışında müdahalede bulunmak hukuka aykırı olacaktır.

Zorunluluk hallerinde hastanın rızası olmadan yapılan müdahalelerde, hukuka uygunluk sorunu ile hasta ile hekim arasındaki ilişkinin hukuki mahiyeti gereği vekâletsiz iş görme çerçevesinde değerlendirilir.

Yargıtay kararları ekseninde tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği eylemlerin hastanın vücut bütünlüğünü ilgilendiren olası tehlikelere neden olacak nitelik taşıması itibariyle, gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil hastaya ait olacağı yönündedir[24].

"Hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunması ve tıbbi müdahaleye hastanın rıza göstermesi ya da ıstırar hali asla durumu etkilemeyecektir. Çünkü rızanın ya da ıstırar halin varlığı halinde hekimin davranışının bütün sonuçlarının meşru sayılması, hukuka uygun addedilmesi düşünülemez. Davranışın ve illiyet bağının meşruluğu ancak kullanılan araç ve uygulanan metodun gerektirdiği bütün tedbirlerin alınmasında söz konusu olabilir. Tebabette de aynı kural geçerlidir. Sorumsuzluktan yararlanabilmek için tıp sanatının kurallarına, gereken tedbirlere uymak ve bu sınırlar içinde hareket etmek gereklidir. Diğer bir deyimle şayet tıp ilmi hekimin yaptığı müdahalelere cevaz veriyorsa, bunu yapan hekim, tıp mesleğince tecviz edilen bir faaliyette bulunmuş demektir ki hakkın icrası nedeniyle, eylemi hukuka aykırı sayılamaz. Keza hekim, hastanın daha az önemdeki bir hukuki menfaatini tehlikeye ya da zarara sokarken, daha büyük değerdeki bir hukuki yararı ancak bu şekilde kurtarabiliyorsa hukuka aykırı davranışta bulunmamış olacaktır. Söz gelimi; anneyi kurtarmak amacıyla çocuğun düşürülmesi, sıhhatin korunması ve düzeltilmesine yönelmiş tedavi ve müdahaleler böylece hukuka uygun hale gelmektedir."[25]

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Tedavi sözleşmesi gereği hekim - hastaya tavsiyelerde bulunmak ve yardım etmek için onu sorumluluk sahibi bir "birey" olarak görmeli, tavsiye ve yönlendirmeleriyle onu aydınlatmak zorundadır[26]. Günümüzde hasta hekim arasındaki ilişkinin bilgi iktidarını barındırmakla beraber daha eşit bir ilişki olduğundan söz edilebilir.

Bilgilendirilmemiş hastanın, hekimle ortak bir karar alabilmesi mümkün değildir. Hastanın bilgilendirilmesi, ardından, müdahale ve tedavi ile ilgili olarak rızasının alınması gerekmektedir[27]. Gerek iyileştirici gerekse de tanı koyucu müdahalelerde aydınlatmanın amacı hastanın rızasının sağlıklı bir şekilde ortaya konmasının sağlanması ve serbest iradesinin gerçekleşmesinin sağlanmasıdır.

24 Yargıtay 4 HD, E: E. 1976/6297 K. 1977/2541,T. 7.3.1977
25 Y 4HD E. 1976/6297 K. 1977/2541,T. 7.3.1977
26 Cahid Doğan, Sosyal Politika Temelinde Hasta Haklarından Aydınlanma Hakkı, mayıs 2006, S. 26
27 Erdem Aydın, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, 2003, Cilt 46, Sayı 2, S 148 -152

Aydınlatılmış rıza ilkesi hekim tarafından sunulan seçenekler arasında ayrım yapma hakkı olup, esas olarak tıp etiğinde bireysel, özerk seçimlerin hayata geçirilmesini ve korunmasını mümkün kılmaktadır. Hastanın, hekim ile işbirliğine girip tıbbi müdahale ve tedaviler konusunda tercihini belirtmesi, kuşkusuz onun müdahale ve tedavi hakkında bilgilendirilmesini gerekli kılmaktadır.

Hastanın kendi kaderini belirlemek için kendisine ilişkin özgür karar alma hakkına, karar verebilmek için de gerekli bilgiyi edinme hakkına sahip olduğundan, hastanın kendi hakkında karar verebilmesi için hekim gerekli tüm bilgileri sağlamakla yükümlüdür. Hekim, karmaşık tanı yöntemleri, prognoz ve tedavi biçimlerini, hastanın tedavi seçeneklerini anlamasını sağlayarak her seçeneğin üstünlükleri ve olumsuz yönlerini de içerecek biçimde hastanın bilgi, eğitim düzeyi de dikkate alınarak uygun bir dil ve üslupla anlatmalı hastanın soracağı tüm soruları yanıtlamalı, hastanın verdiği karar olası ise tüm sonuçlarıyla birlikte anlaşılmalıdır[28]. Hekim bulgusu, tanısı, prognozu, müdahalenin yürüyüşü ve tedavi seçenekleri, ortaya çıkan sonuçlar, şans ve riskler konusunu hastaya başarılı bir şekilde iletmiş ise hasta aydınlatılmış ve kendi geleceği hakkında karar verecek duruma gelmiştir. Karar verme yeterliliği olan hastalar sakatlık ve ölüme neden olsa bile tedaviyi red etme hakkına sahiptirler.

Tedavi sözleşmesinden doğan bir borç olarak aydınlatma, hekimin vereceği bilgilerle hastayı uygulanması düşünülen tedavi yöntemi üzerinde serbestçe karar verebilecek bir duruma getirmesidir. Hekim teşhis, muhtemel gelişmeye ait tahmin ve tedaviye ilişkin basit, anlaşılır ve dürüstçe bilgi vermekle yükümlüdür. Hasta önerilen tedavinin mahiyeti ve muhtemel etkileri hakkında yeterli derecede aydınlanmalıdır ki bu tedaviye bilerek rıza göstersin. Bununla birlikte hastaya verilen bilgi onun sağlığı için zararlı bir korku hali doğurmamalıdır. Hastalığın seyrine ilişkin ağır biçimde ya da ölümle sonuçlanacağına ilişkin bir tahmin hastadan saklanabilir fakat kural olarak yakınlarına açıklanmalıdır. Tam bir aydınlatmanın risklerini takdir etmek ve gerekiyorsa aydınlatmayı hastanın fizyolojik ve psikolojik durumuna uyarlamak hekimin kendi inisiyatifine kalmıştır.

Hekim uygulayacağı tedavide tam bir sonuç alabilmesi için, hastanın uyması gereken diyet, ilaçların miktarı ve kullanımı ve bunların yan etkileri konusunda hastayı aydınlatmalıdır. Açıklama ilacın tehlikesi ile orantılı olarak geniş tutulmalıdır. Hekim hastalığın bulaşıcı olması halinde de hastayı aydınlatmalıdır. Alman Federal Mahkemesi, HIV bulgusu halinde, aile hekiminin diğer eşe durumu bildirmesi gerektiğine karar verilmiştir[29]. Hekimin mükellefiyetini yerine getirmemesi tedavi kusuru sayılmaktadır.

Ancak yeterince bilgi sahibi olan hasta, tedaviye razı olup olmama hususunda serbest iradesiyle karar verebilecek duruma gelecektir. Olumlu yada olumsuz

28 Tıp Etiği Elkitabı, Dünya Hekimler Birliği, Hasta Hakları Bildirgesi
29 Cahid Doğan, S. 31

yönlerini bilmeden tedaviye rıza gösteren hastanın kendi serbest iradesiyle karar verdiği düşünülemez. Serbest iradeye dayanan bir rıza ise tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için vazgeçilmez şarttır. Yapılacak açıklamalar hastanın kültürel, toplumsal, psişik durumuna uygun olmalı, onun tarafından anlaşılacak bilgiler içermelidir.

"Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, (Bayraktar - age - 125 vd.) bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarladır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır... Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispati davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir değimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. **Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlayacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve zararlı sonuçtan sorumludur.** (Bayraktar - age - 127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir[30]."

Aydınlatma yükümlülüğü olmadan alınan rıza hastanın geleceğini bizzat tayin hakkına yapılan bir tecavüz anlamına gelecektir. Bu nedenle Almanya uygulamasında mahkemeler, müdahalenin tıbben gerekli olmasına hekim tarafından meslek kurallarına uygun olarak yürütülmesine rağmen, somut olayda hastanın zarar görmesine sebep olması durumunda, keyfi davranan hekimi çok ağır sonuçlara yol açmasa da tazminatla yükümlü tutmaktadırlar.

Fransız Temyiz Mahkemesi'nin 8 Kasım 1955 tarihli kararında aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin görüşü benzer niteliktedir. "...Doktor hastayı, ona refakat eden annesini elektro şokun tehlikeleri hakkında aydınlatmamıştı. Hastanın durumu aslında ağır da değildi. Elektro şok çoğu kez hafif arızalara sebep olduğu hatta ölümle sonuçlanan durumlara da neden olmaktadır. Bu nedenle hastanın ve yakının aydınlatılmaması kusurlu bir davranıştır. Hastanın tehlikesini bilmediği tıbbi el atmaya verdiği izin geçersizdir."[31]

Hukukumuzda da aydınlatma yükümlülüğü çeşitli yasa ve yönetmeliklerle düzenlenmiştir. 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un rızayı düzenleyen 70. maddesi aydınlatma yükümlülüğünü de içermektedir. Zira hastanın aydınlatılması rıza için geçerli bir şarttır. Tıbbi

30 Y. 4. HD E. 1976/6297, K.1977/254

31 Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Çetin Aşçıoğlu, Ankara,1993

Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesinde hekimin hastanın maneviyatına olumsuz bir etki yapmayacaksa teşhise göre alınması gereken tedbirleri hastaya açıkça söylemesi gerektiğini belirtmiştir. Yargıtay bir kararında "...yalnız rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlatılması gerekir."[32]

Aydınlatma Yükümlülüğünün Kapsamı:

Tıbbi aydınlatma, tıbbi açıdan yapılması gereken müdahaleler için hastayı hazırlamaya ve müdahaleyi desteklemeye yöneliktir. "Hastanın sağlığı en yüksek kanundur" ilkesi gereğince hekimin terapi ve iyileştirme yükümlülüğü gereği, hastayı hastalığının ve hastalığın arazları konusunda aydınlatması gerekir.

Her müdahalenin kendine özgü koşulları nedeniyle açıklanacak hususlar genişleyip daralabilmektedir. Bu yükümlülük hastanın genel durumu, önerilen tedavi yöntemi ve alternatifleri, uygulanması düşünülen tedavinin üstünlüğü, süresi, başarı şansı, riskleri, zararlı sonuçları, vereceği ilaçların kullanım şekli, yan etkileri, tedavinin red edilmesi halinde muhtemel tehlikelerin hastaya bildirilmesi gerekir.

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ile müdahalenin aciliyeti arasında ters orantılı bir durum mevcuttur. Müdahale ne kadar gerekli, tedavi ne kadar acilse, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı o kadar dardır. Bununla beraber yapılacak ameliyat metodunun ağır zarara yola açtığı yolunda tıp literatüründe önemli itirazlar ileri sürülüyorsa hekim hastayı bu riskler hakkında aydınlatmalıdır. Yaşamsal tehlikesi az olan, ancak tıbbi endikasyonu bulunan müdahaleler söz konusu olduğunda da hafif risklerin de hasta ile tartışılması gerekir. Hekimin hastayı nadir görülen riskler hakkında da aydınlatılması gerekir. Geri dönülmez sonuçlar doğurabilecek müdahalelerde, aydınlatmanın kapsamı genişlemeli, hastanın neye rıza gösterdiğinin tam olarak kavraması sağlanmalıdır[33].

Bu derecelendirmenin en alt sınırında ise estetik operasyonlar gibi, sağlık açısından herhangi bir gerekliliği bulunmayan müdahaleler yer alır. Bu hallerde olası sonuçlar, yan etkiler ve başarısızlık riskine ilişkin hastaya fotoğraflar ve diğer araçlar vasıtası ile bilgi vermelidir. Estetik müdahalelerde en küçük riskler dahi hastaya anlatılmalı, hekim – hasta arasındaki ilişkiden dolayı aydınlatma yükümlülüğünün sınırları nispeten daha geniş tutulmalıdır[34]. Özerk bir seçim ancak hangi hastalığın hangi aşamasında hangi tedavinin uygulanması gerektiğini, hangi şans ve risklerin öngörülebileceğini ve hangi başka seçeneklerin bulunduğunun bilinmesi halinde söz konusu olacaktır.

Doktora başvuran hastanın tek amacı sağlığına kavuşmaktır. Bu nedenle işin uzmanı tarafından bunun nasıl yapılacağına ilişkin bilgilendirilmesi ve aydınlatılması zorunludur. 2238 Sayılı Yasa'nın 7/a maddesi organ ve doku alacak

32 Y. 4. HD E. 1976/6297, K.1977/254

33 Barış Erman, s.112

34 Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, 2006 Ankara

hekimlerin vericiye organ ve doku alınmasının doğuracağı tehlikeleri ayrıntılı olarak anlatmak yükümlüğü yüklemiştir. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14/2 maddesine göre, hekimin hastanın maneviyatını olumsuz etkileyerek hastalığın artması olasılı bulunmadığı durumlarda teşhise göre alınması gerekli tedbirleri açıklaması gerekmektedir[35].

Aydınlatma yükümlülüğünün sınırları, hastanın kişisel düzeyine göre genişletilip daraltılabilir. Her durumda aydınlatma yükümlüğünün tam anlamıyla yerine getirildiğinin veya aydınlatma yükümlülüğünün ortadan katlığını kanıtlama görevinin hekimde olduğu kabul edilmektedir.

Hastanın özel yaşamını etkileyebilecek bir durumun varlığı halinde (örneğin bir sanatçıya yapılacak müdahale onun mesleğini etkileyebilecekse) uzak riskler üzerinde de aydınlatmada bulunulmalıdır. Aydınlatma yükümlülüğü, özellikle hastanın önerilen müdahaleyi kabul etmemesi durumunda daha önemlidir. Hastanın müdahaleyi veya tedaviyi red etmesi durumunda, hekim bu tutuma saygı göstermekle beraber, kararı hemen kabul etmemeli, doğru olduğuna inandığı çözüme ilişkin hastayı iknaya çalışmalıdır. Tedaviyi red eden hastaya reddin yol açacağı sonuçları tam olarak açıkladıktan sonra sona ermektedir. Hastanın ameliyatı red ettiği bunu da hastaneyi terk etmek suretiyle gösterdiği bir vakada, mahkeme hekimi, hastanın ameliyatı red etmesinin sonuçları konusunda dikkatini çekmek ve ameliyatı zamanında yapılmasının sonuçlarını açıklamak zorunda olduğu konusunda karar vermiştir. Hekimin bu uyarıyı yapmaması tedavi sözleşmesinden kaynaklanan bakım ve özen yükümlülüğünün yerine getirilmemesi anlamını taşır[36].

AYDINLATMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI

A. Hastanın Aydınlatılma hakkından vazgeçmesi:

Hastanın, aydınlatılmaktan vazgeçme hakkı kendi geleceğini belirleme hakkının bir parçasıdır. Aydınlatılmaktan vazgeçme " hastanın aydınlatma yükümlülüğü bulunan noktalar üzerinde hiç yada tümüyle bilgi sahibi olmak yerine, seçimi bu çerçevede hekime bırakmak istediği yönünde hekime karşı bulunduğu açık yada örtülü beyan" olarak tanımlanmaktadır[37]. Hastanın hekimden hastalığı ve tedavisi hakkında aydınlatma istememesi halinde, hekimin aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar. Vazgeçme iradesi açıkça ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık olmalıdır[38]. Ancak bunu istememesi, vazgeçmesi bir sorumsuzluk anlaşması şeklinde ortaya çıkmamalı, haklı ve inandırıcı nedenleri bulunmalıdır. Vazgeçmenin hekimin yükümlülüğünü ortadan kaldırması için

35 Yahya Deryal, www.istabip.org.tr.
36 Cahid Doğan, Sosyal Politika Temelinde Hasta Haklarından Aydınlanma Hakkı, Mayıs 2006, S. 29
37 Barış Erman, s.116 Hagedron'dan alıntı
38 Çetin Aşçıoğlu, s:34

buna ilişkin irade açıklaması temyiz kudretine sahip hasta tarafından, herhangi bir baskı altında kalmadan açıkça yapılması gerekir[39].

B. Tedavinin gereği olarak aydınlatmanın sınırlandırılması:

Hastanın bazı konularda bilgilendirilmesinin tedavinin, devamını olumsuz etkileyecekse hekimin bu konudaki yükümlülüğü sınırlandırılabilmektedir. Bu durumlarda hekim hastanın tedavi edilmesine yönelik sorumluluğunun ön plana geçtiği kabul edilmekte ve hastayı aydınlatma hakkından vazgeçme varsayılan rıza temeline dayanmaktadır.[40]

İyileştirme amacının söz konusu olduğu hallerde, aydınlatma yükümlülüğünün kalkacağı kabul edilebilir. Ağır ve kaçınılmaz sonuçlar (AIDS; kanser) söz konusu olduğunda bunun açıklanması hastanın yaşam ve sağlığın ciddi derecede tehlikeye düşürecekse hekimin susma, hatta gerçekdışı bilgi ve belgelerle hastayı tehlikeli bir durum olmadığına inandırma hakkı vardır. Hastalığın açıklanması hastanın yaşama gücünü yaralayarak psikolojik olarak çökertecek ağır sonuçlar meydana getirecekse ciddi tehlikenin varlığı kabul edilir. Hastaya uygulanan tedavinin güçlü intihar, kalp krizi yaratma olasılığı hallerinde, hekim tanı ve riskler hakkında aydınlatmayı sınırlı tutabilir[41].Hastanın aydınlatılmadığı dosyasına kaydedilmelidir. Hastanın dosyasının bu kısmını inceleme hakkı bulunmadığı doktrinde kabul edilmektedir. Ancak bu hallere hastanın yakınlarını aydınlatılması gerekir.

Bu duruma bağlı olarak ortaya çıkan hastanın iradesine başvurulması gerekliliği ile hastanın sağlığı düşüncesi birbiriyle yarışmaktadır. Yargıtay, hastalık hastanın maneviyatını olumsuz etkileyecekse, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 14. maddesi gereğince aydınlatma yapılmamasının hukuka aykırı olmadığını belirtmiştir

C. Tehlike olasılığının ender olarak gerçekleşmesi:

Bunun için (1).Tehlikenin ender olarak gerçekleşmesi ve somut olaydaki hasta açısından ortaya çıkma olasılığının az olması, tıp bilimince henüz tanınmamış, müdahaleden önce öngörülmeyecek tehlikeler, (2) tehlikenin aynı durumda anlayışlı, aklı başında bir hastanın vereceği karara etkili olmaması (3) tehlikenin normal ve önemsiz bulunması koşullarının bir arada bulunması durumlarında aydınlatma yükümlülüğü de olamaz.[42] Ağır ya da tamamen hayati tehlike sonucu doğuran her komplikasyon hakkında, eğer komplikasyon tıp

39 Cüneyt Çilingiroğlu, s. 67

40 Barış Erman, s. 117 Hastanın psikolojik olarak çökmesi hastanın sağlığında ciddi

41 Çetin Aşçıoğlu, s.35 Özsunay Sempozyum,s.54 alıntı, "kendisine kanser olduğu açıklanan ünlü Alman Yazar Strom, psikolojik olarak büyük bir çöküntüye uğramıştır.Ona yardımcı olmak amacıyla kardeşi, özel olarak oluşturduğu doktor kurulundan " ilk tanının hatalı olduğu ve hastalığın bir mide rahatsızlığı olduğu"açıklayan düzmece bir rapor almıştır. Böylece yazar yaşama yeniden bağlanmış, çalışmalarını sürdürmüş ve 1886-1888 yılları arasında "Kır Atlı" eserini tamamlamıştır.

42 Çetin Aşçıoğlu, s.34

literatüründe bahsediliyorsa, bunların yüzde hesabıyla gerçekleşme oranı dikkate alınmaksızın hastanın aydınlatılması zorunluluğu bulunmaktadır.

D. Hastanın bilgisinin bulunması ya da önceden aydınlatılmış olması:

Hastanın mesleki eğitimi, deneyimleri, müdahalenin niteliği, daha önceden başka bir doktor tarafından iyice aydınlatılmış olması durumunda hekim aydınlatmakla yükümlü değildir. Bu durumlarda dahi hastayla ilgili özellik taşıyan durumlar varsa, hekimin aydınlatma yükümlülüğünün varlığından söz edilebilir. [43]

Hasta tarafından bilinen riskler hakkında hekimin hastayı aydınlatması gerekmez. Örneğin hasta hekimse tüm detayları anlatması gerekmez. Hastanın açıkça ve kuşkuya yer vermeyecek bir biçimde daha fazla bilgi istemeden önerilen tedaviye razı olduğu anlaşılıyorsa, aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkar.[44]

Yargıtay kararında beynin içindeki urun alınmasına yönelik bir ameliyatın ağır ve ciddi bir ameliyat olduğunu hastanın bilmediğini kabul etmenin mümkün olmadığını belirtmiştir[45].

SONUÇ:

Günümüzde tıp etiğinin en önemli ilkelerinden biri olarak görülen hastanın özerkliğine saygı ilkesi hekim-hasta ilişkisindeki paternalistik anlayışı değiştirmiştir. Hipokrat'ın "bakım ilkesi"ne uygun olarak hastayı rahatsızlığı hakkında olabildiğince bilgisiz tutmanın yerini Anayasal düzeyde güvence altına alınan, kendi geleceğini tayin etme hakkı kapsamında aydınlatma yükümlülüğü almıştır. Rıza konusu çağlar boyunca hukukun tartışmalı konusu olagelmiştir. Sağlık hukukunda aydınlatılmış rızaya ilişkin tartışmaların serüveni de paralel bir yol izlemiştir.

Tıbbi müdahaleler nitelikleri itibariyle yaşam, sağlık ve beden bütünlüğü gibi kişilik haklarıyla yakından ilgilidir. Kişinin yaşamını yakından ilgilendirmesi nedeniyle müdahalenin hukuka uygun olması gerekmektedir. Hukuka uygunluğun ön koşulu da hastanın müdahaleye hata, hile tehdit ve baskı altında kalmadan müdahaleye rıza göstermesi koşuludur. Geçerli bir rızaya dayanan müdahale ancak hukuka uygun olacaktır. Rızanın da sağlıklı olabilmesi için hastanın hekim tarafından tanı, prognoz ve tedaviye ilişkin hastanın aydınlatılması gerekir. Aydınlatmanın amacı hastanın serbest iradesinin ortaya çıkmasını sağlamaktır. Bu çerçevede aydınlatma yükümlülüğü olmadan alınan rıza hastanın geleceğini bizzat tayin hakkının ihlali anlamına gelecektir. Bu yükümlülüğe aykırı davranış, hastanın rızasını geçersiz hale getireceğinden hekimin sorumluluğuna neden olacaktır.

Rıza ehliyeti açısından ise çocuklar ve diğer ehliyetsizlerden yana pozitif

43 Çetin Aşçıoğlu, s.34
44 Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, cilt II, s.418
45 Yargıtay 4. HD,E64/6458, K.4925

uygulamalara ihtiyaç vardır. Çocukların kendilerine yönelik yapılacak müdahalelere yönelik karar vericilerin karar alma süreçlerine katılım hakkının kullandırılması, çocuğun geleceğini tayin etme hakkının uzantısıdır.

Hastanın aydınlatılma hakkından vazgeçmesi, tedavinin gereği olarak aydınlatmanın sınırlandırılması, tehlike olasılığının ender olarak gerçekleşmesi, hastanın bilgisinin bulunması ya da önceden aydınlatılması hallerinde aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

Kamu sağlığının korunmasına ilişkin durumlarda ve tıbbi zorunluluk hallerinde yapılacak tıbbi müdahalelerde hastanın rızası aranmayacaktır.

Kaynakça

1. Cüneyt Çilingiroğlu, Tıbbi Müdahaleye Rıza,
2. Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü,
3. Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük,
4. Tıp Etiği Elkitabı, Dünya Hekimler Birliği, Çeviri Dr. Murat Civaner,
5. Battal Yılmaz, Hekimin Hukuki Sorumluluğu,
6. Köksal Bayraktar, Hekimin Cezai Sorumluluğu,
7. Barış Erman, Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu,
8. Cahid Doğan, Sosyal Politika Temelinde Hasta Haklarından Aydınlanma Hakkı,
9. Erdem Aydın, Çocuk Sağlığı ve Hastalıkları Dergisi, 2003, Cilt 46, Sayı 2,
10. Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Çetin Aşçıoğlu,
11. Merter Özay, Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu,
12. Yahya Deryal. www.ttb.org.tr
13. Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, cilt II,
14. İçel ve Diğerleri, Suç Teorisi,
15. Özlem Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi,
16. www.istabip. org.tr

www.ttb.org.tr

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Gerçekten de aydınlatılmış rızanın varlığına yada yokluğuna karar verecek kişinin hastayı ve hekimi anlayabilmesi çok önemli galiba bunun sınırı da burada yatıyor. Çünkü buna sınır çekebilmek çok zor. Sözü çok uzatmadan son konuşmacıya sözü vermek istiyorum. Hekimin sır saklama mükellefiyeti sunumunu Avukat Cahid Doğan yapacak. Buyurun.

Sağlık Haklarından Hekimlerin Sır (Kişisel Veri) Saklama Mükellefiyeti

AV. CAHİD DOĞAN

Sağlık Bakanlığı Hukuk Müşaviri, Kamu Yönetimi Bilim Uzmanı

1. SIR İFADESİ

Meslek sahibinin sır sahibine sadakat borcu olan, sır ifadesi üzerinde doktrin ve yargı içtihatlarında açıklamalar bulunmaktadır.

Sırrın başkalarınca bilinmemesinde sır sahibi açısından bir yarar söz konusudur. Bu yarar, maddî ve manevî zararın oluşmasını önlemek için ortaya çıkabileceği gibi, özel hayata yönelik zararlı karakter unsurları, psişik anormallikler, bedensel özellikler, hastalık bulguları, meslekî ve iktisadî ilişkiler, hastanın bir ceza takibatından kurtulması ve üçüncü şahıslar tarafından ayıplanmasını engellemek gibi sır sahibi açısından menfaatler söz konusudur.[1]Bir olay ya da bilginin sır olarak nitelendirilmesi değer yargısı olmaktadır. Şahsın toplum içerisindeki onur ve saygınlığına gölge düşürerek toplum tarafından ayıplanmasına sebep olan ya da şahsın sosyo-ekonomik durumunu etkileyen olaylar şahıs için sır niteliğindedir.[2] Genel anlamda sır: sahibinin açıklanmamasında yarar gördüğü ve başkaları tarafından daha önce bilinmeyen husustur.[3] Yine genel manada sır: Bir şahsın; görmek, işitmek veya hissetmek suretiyle öğrendiği, saklı ve gizli tutulması gereken şeydir. Sırrın en önemli ve esaslı unsuru, aleniyetin âdemi mevcudiyetidir. Sır, niteliği itibariyle tevdî edilmiş olduğu şahsın saklaması icap eden ve saklamasında sahibinin yararı bulunan şeydir.[4] Şahsiyet haklarından "giz alanı"(sır çevresi) şahsın, öteki şahısların görmesini, duymasını, bilmesini istemediği, gizli tuttuğu yaşam alanına başkalarının sızmasını ve gizlerinin öğrenmemesini, başkalarına aktarmamaları için korunması gerekmektedir.[5]

1 KARASU, Sinem: Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2005, s.36.

2 KAYAER, Nebahat : Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir-2005, s.15.

3 DONAY, Süheyl: Meslek Sırrının Açıklanması Suçu İstanbul -1978, s.15 (Sır)

4 ÇAĞLAYAN, M. Muhtar: "Meslek Sırrı", Adalet Dergisi, Adalet Bakanlığı Yayınları, Yıl:68, Sayı:5-6, Ankara-1997, s.132.

5 GÜNER, Semih: "Sır Saklama Yükümlülüğü", Ankara Barosu Dergisi, Ankara Barosu Yayını, Sayı:3,

Bir kimse hakkındaki bilgi, onun isteklerine aykırı olarak başkalarınca ele geçirilmediği, kullanılmadığı ve yayılmadığı sürece mahremiyete sahiptir.Kısaca, mahremiyet hakkı kendisi hakkındaki bilgiyi başkalarından koruma hakkı ile aynı kapıya çıkmaktadır.[6]

Yargıtay'a göre sır; hayat, beden ve ruh tamlığı, şeref, haysiyet, vicdan ve din gibi şahsiyet haklarından sayılmıştır. "Hayat, beden ve ruh tamlığı, vicdan, din, düşünce ve ekonomik uğraşlar özgürlüğü, şeref, haysiyet, isim, resim, sırlar hep kişisel varlıklardır."[7] "Kişinin hayatı, sağlığı, beden ve ruh tamlığı, düşünce uğraşısı, onur ve ünü saygınlığı gibi varlıkların bütünü kişiliğini oluşturur... Yasa koyucu kişisel varlıkları birer birer sayarak, hâkimi bağlamak istememiştir."[8]

"Sır:1-Gizli olan şey. 2-Gizli kalması gereken, başkalarına açıklanmaması gereken şey. 3-bir konu hakkında başkalarına verilen gizli haber."[9]

Sır(kişisel veri), bir şahsın kendisinden başka kimseyle paylaşmak istemediği, ancak; sırf menfaati sebebiyle başkasıyla paylaşabildiği ve kimsenin de sır sahibinin menfaatleri doğrultusunda saklaması gerektiği vâkıalardır.Sırrın ne olduğunu anlamak için objektif ve sübjektif yapısının tetkiki gerekmektedir.

Hakeri'ye göre; "Önceki kanunumuz [sır] kavramını kullanmıştır.Yeni kanun ise [kişisel veri] kavramını kullanarak suçun kapsamını genişletmiştir... Konumuz açısından kişisel verileri gerçek kişilere ilişkin, bir hastalık dolayısıyla hekim veya diğer sağlık personeli tarafından edinilen her türlü bilgi olarak tanımlayabiliriz."[10]

"(1) Hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye altı aydan üç yıla kadar hapis cezası verilir.

(2) Kişilerin siyasî, felsefî veya dinî görüşlerine, ırkî kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlâkî eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır."(TCK.Md.135)

"(1) Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır." (TCK. Md.136)

Türk Ceza Kanunu'nun 135. Maddesinin gerekçesinde, "Gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi, veri olarak kabul edilmelidir." şeklinde tanımlanmaktadır.

Ankara-2000, s.312.

6 DOYLE, Carolyn / BAGARIC, Mikro: "Mahremiyet Hakkı: Cazip Ama Kusurlu", ÖZEL YAŞAM, MEDYA VE CEZA HUKUKU, Tercüme Eden: Esra DEMİR, Proje Yöneticisi: Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan: Yener ÜNVER, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi:7, Seçkin Yayınları, Ankara-2007, s.96.

7 İPEKYÜZ, Filiz YAVUZ:Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi,Vedat Kitapçılık, İstanbul-2006, s.6 Dipnot:19 (Yargıtay 4. HD.,06.06.1972, 14724/5389)

8 İPEKYÜZ, Filiz YAVUZ: a.g.e. Dipnot:19,(Yargıtay 4. HD.,19.01.1978, 2925/544), s.6.

9 DOĞAN, D. Mehmet:Büyük Türkçe Sözlük, İz Yayıncılık, 11.Baskı, Ankara-1996, s.980.

10 HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-2007, s.474-475.

1.1. Sübjektif Unsur

Sır olarak kabul edilecek bilginin sır sahibi tarafından gizliliğinin korunması istikametinde iradesinin teşekkül etmesi ve sır sahibinin iradesi dışında üçüncü şahıslar tarafından bilinmemesi gerekir. Sırrın sahibi sır verdiği şahsa açıkça bunu kimseye bildirme demesine gerek yoktur.Sır sahibinin tavır ve davranışlarından sırrı üçüncü şahıslara bildirmemesini istediği anlaşılır.Hasta açıklanmasına izin vermese de bulaşıcı herhangi bir hastalığa duçar olmuşsa hastalığı sır olmaktan çıkar.

1.2. Objektif Unsur

Sır önceden üçüncü şahıslar tarafından biliniyor veya bilinebilecek durumda ise, bilgi sır olmaktan çıkar. Sır sahibi herhangi bir şahsa sana sır veriyorum sırrımı sakla dememesi gerekir. Bilginin birçok şahıs tarafından önceden bilinmesi sır olmaması anlamına gelmemelidir. Devlet istihbarat bilgileri, ilgilileri tarafından bilinebilir. Bilgi ilgilileri haricinde şahıslara duyurulmuşsa sırrın masuniyeti ortadan kalkmış olur. Şahsın kanser hastası olduğu yakınları tarafından açıklanmışsa hastalık sır olmaktan çıkmıştır.

2. MESLEK SIRRI

Doğrudan doğruya meslekleri sebebiyle kendilerine tevdî edilmiş veya mesleklerinin icrası sırasında bir sırra vakıf olan kilise mensupları, avukatlar, müdafiler, noterler, borçlar hukuku hükümleri gereği sır saklaması gereken denetçiler, hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları meslekî sırra sahiptirler.[11] Meslek, şahısların hayatlarını kazanmak için yaptığı faaliyetlerdir.[12] Şahıs yaptığı işi isteyerek veya istemeyerek yapması işin meslek olup olmaması açısından önemli değildir.

Kişisel verilerin kaydedilmesi(TCK.Md.135) ve verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme(TCK.Md.136) suçları, *"b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle,İşlenmesi hâlinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."* (TCK.Md.137/1-b).Ceza Kanunu'muz açısından artık meslek sırrı ifadesi yoktur.Bir mesleğin sağladığı kolaylık var ise, cezanın artırılması söz konusu olmaktadır.

Meslek sırrı; meslek sahibinin meslekî faaliyetinde öğrendiği sahibi tarafından sübjektif iradesiyle başkalarına açıklamamalarını istediği, başkalarının da objektif olarak öğrenmesinin mümkün olmadığı sırdır. Meslek sahibinin öğrendiği hangi sırların meslek sırrı olacağının tespiti için aşağıdaki hususların bilinmesi gerekir.

11 LANGMACK, Hans: "Ceza Hukuku Açısından Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Tercüme Eden:Erdener YURTCAN, İ.Ü.H.F.M.,Cilt:XXXIX,Sayı:1-4, İstanbul-1974, s.451.

12 DONAY, Süheyl: (Sır)a.g.e., s.7.

2.1. Sırrın Yapılan Meslek İle Doğrudan İlgili Olması

Meslek ile sırra vâkıf olma arasında zarurî bir illiyet ve sebebiyet bağı "Causalité" bulunması gerekir.[13] Meslek sahibinin sırrı, mesleğin icrası sırasında ve meslekle doğrudan ilgili olması gerekir. Hekim otobüste seyahat ederken yanında oturan şahıstan öğrendiği bilgiler sır değildir; ancak, şahıs hastalığı ile ilgili yapılan tedaviler hakkında bilgi vererek çözüm önerileri isterse meslek sırrı oluşur.Verem tedavisi olmak için gittiği hekim cilt kanseri teşhisin de bulunmuşsa cilt kanseri hastalığı meslek sırrı kapsamına girmektedir.

2.2. Sırrın Mesleğin İcrası Sırasında Tevdî Edilmesi veya Öğrenilmesi

Sırrın öğrenilmesi, sır sahibi tarafından bizzat tevdî şeklinde veya meslek sahibinin kendi tespitleri sonucu elde ettiği bilgilerle mümkün olabilir.

2.2.1. Sırrın Bizzat Sır Sahibi Tarafından Tevdîi

Sırrın sahibi sırrını meslek sahibine itimat ederek tevdî edebilir. Hekimlere meslekleri gereği hastalar birçok sırlarını açıklar. Hekim bu sırlara saygı duyup açıklamamalıdır. Hasta tarafından hekime tevdî edilen her bilgi sır niteliğinde olmayabilir.

2.2.2. Sırrın Meslek Sahibi Tarafından Bizzat Öğrenilmesi

Meslek sahibi kendisine tevdî edilmeyen sırrı bizzat öğrenebilir. Hekim teşhis ve tedavi aşamasında hastanın kendisine tevdî etmediği sırları öğrenebilir. Bu durumda meslek sahibi ile hasta arasında itimat prensibi gereği öğrenilen sırların saklanması gerekir.

Sırrın elde edilmesinde, tevdî şekline büyük bir ehemmiyet atfedip öğrenme şeklini küçümsemek yerinde değildir. Bir sırrın tevdî edilmiş olması hatta gizli tutulmasının tembihlenmesi o hâdiseye sır vasfını vermeye kâfi gelmemektedir. Mahiyeti gereği sır vasfı olmayan şeyin sır kaydı ile tevdî edilmesinin hiç kıymeti yoktur.[14] Neyin sır olduğu veya neyin sır olmadığı hususunun tespitinde ortalama bir hasta tipi değil, tedavi edilen hasta esas alınmalıdır.[15]

3.HEKİMİN SIR SAKLAMA MÜKELLEFİYETİNİN HUKUKÎ GEREKÇELERİ

3.1.Hekim- Hasta Arasındaki Münasebetin Hukukî Niteliği

Sağlık hakkı, sağlığın korunması ve sağlığa kavuşma hakkıdır.[16] Hekim-hasta münasebetleri, temel bir insan hakkı olan sağlık hakkına dayanmaktadır.1982 Anayasamızın "Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı" başlıklı 17.maddesi,

13 ÇAĞLAYAN, Muhtar: a.g.e. s.311.

14 EREM, Faruk: "Ceza Hukukunda Meslek Sırrı", A.Ü.H. F.D., Yıl:1, Sayı:1, Ankara-1943, s.40.

15 ARI, Elçin: Estetik Cerrahinin Hukukî Sorumluluğu, http://www..hukuki..net/www.saglikhukuku.net/bilgi/a042.asp Erişim Tarihi: 16.02.2006.

16 BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, Yayınlanmış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Yayın No: 768, İ.Ü.H.F. Yayın No:391, İstanbul-1972, s.16.

"Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbî zorunluluklar ve kanunda yazılı hâller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamaz; rızası olmadan bilimsel ve tıbbî deneylere tâbi tutulamaz.

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

Mahkemelerce verilen ölüm cezalarının yerine getirilmesi hâli ile meşrû müdafaa hâli, yakalama ve tutuklama kararlarının yerine getirilmesi, bir tutuklu veya hükümlünün kaçmasının önlenmesi, bir ayaklanma veya isyanın bastırılması, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde yetkili merciin verdiği emirlerin uygulanması sırasında silah kullanılmasına kanunun cevaz verdiği zorunlu durumlarda meydana gelen öldürme fiilleri, birinci fıkra hükmü dışındadır."

1982 Anayasamızın "Sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması" başlıklı 56.maddesi, *"Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir. Çevreyi geliştirmek, çevre sağlığını korumak ve çevre kirlenmesini önlemek devletin ve vatandaşların ödevidir. Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler. Devlet, bu görevini kamu ve özel kesimlerdeki sağlık ve sosyal kurumlarından yararlanarak, onları denetleyerek yerine getirir. Sağlık hizmetlerinin yaygın bir şekilde yerine getirilmesi için kanunla genel sağlık sigortası kurulabilir."*

1982 Anayasamızın, "Devletin iktisadî ve sosyal ödevlerinin sınırları" başlıklı 65. Maddesi, *" Devlet, sosyal ve ekonomik alanlarda anayasa ile belirlenen görevlerini, bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikleri gözeterek malî kaynaklarının yeterliliği ölçüsünde yerine getirir."*

1982 Anayasamızın, "Özel hayatın gizliliği" başlıklı 20. Maddesi, *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*

Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usûlüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmi dört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırk sekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar." Anayasamız hekimlerin meslek sırrını özel hayatın gizliliği ve dokunulmazlığı düzenlemesiyle koruma altına alınmıştır. Hayat hakkının neticesi olan hürriyet sırrın korunmasını gerektirmektedir. Çağdaş Anayasalar ferdin

hürriyetini ve korunmasını öncelikli olarak görürler. Şahıs, gerek devlet gerekse toplum karşısında önceliklidir. Hekimin sır saklama yükümlülüğü Borçlar Kanunu ile Hasta Hakları Yönetmeliğinde açıkça düzenlenmemiştir. Şenocak'a göre, *" Hekimin, hastasıyla ilgili sırları saklama yükümlülüğünün, Borçlar Kanununda açıkça düzenlenmiş olmamakla beraber, vekilin vekalet görevini sadakat ve ihtimamla ifa borcundan doğduğu kabul edilmektedir."*[17]Hekim, üçüncü kişilerin hayatları hastanın rahatsızlığından ciddi bir şekilde etkilenecek ise, önlem alınması için yetkili kimseleri haberdar etmelidir. Örneğin: Silah ruhsatı bulunan ve sonradan psikolojik rahatsızlıklar yaşayan kişinin silah ruhsatının iptali için, Vasıta ehliyetini aldıktan sonra görme kaybı gibi vasıta kullanması tehlike oluşturan şahsın yetkili mercilere bildirilmesi gerekir.[18] Hasta hakları esas olarak insan hak ve değerlerinin sağlık hizmetlerine uygulanmasını ifade etmekte olup, dayanağını insan hakları ile ilgili temel metinlerden almaktadır.[19] Dünya Hekimler Birliği, Hasta Hakları Bildirgesi'nin "Gizlilik hakkı" başlıklı 8. Maddesi; *"a) Hastanın sağlık durumu, tıbbî durumu, tanısı, prognozu(gidişatı) ve tedavisi, kişiye özel diğer tüm bilgileri ölümünden sonra bile gizli tutulmalıdır. Bu açıdan tek ayrıcalıklı durum, hastanın ailesinin ve akrabalarının, kendileri ile ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere erişme hakkına sahip olabilmeleridir. b) Gizli bilgiler sadece hastanın açık onamı varsa veya yasada açıkça öngörülmüşse açıklanabilir. Hastanın açık onamının olmadığı durumlarda, bilgilerin öteki sağlık hizmeti verenlere açıklanabilmesi için bunların "kesinlikle bilmesi gereken kişiler" olmaları gerekir. c) Hastanın kimliği ile bağlantısı kurulabilecek tüm veriler korunmalıdır. Bu koruma verilen arşivleme yöntemine uygun olmalıdır. Kimliğe ait verilerin elde edilebildiği insan ürünleri de aynı biçimde korunmalıdır."*[20]

Şahsın sır alanı, her türlü müdahaleden uzak korunması gereken temel alandır. Hukuk devleti, sağlık haklarından olan hekimin sır saklama mükellefiyetini hekim-hasta münasebetlerinin güvenliği açısından korumak zorundadır. Hukuk devleti tarafından hekimin sır saklama mükellefiyeti düzenlenmez ise, hasta hekime hastalık sırlarını vermeyeceği için; fert, toplum ve devlet zarar görecektir. Hekimlik mesleği ile hekimlerin birbirine karşı güven ve saygıları zedelenebilir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Mahremiyete saygı gösterilmesi" başlıklı 21.maddesi, *"Hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesi esastır. Hasta mahremiyetinin korunmasını açıkça talep de edebilir. Her türlü tıbbî müdahale, hastanın mahremiyetine saygı gösterilmek suretiyle icra edilir. Mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkı;*

17 ŞENOÇAK, Zarife: Özel Hayatta Hekimin Sorumluluğu, A.Ü. H. F. Yayını No:529, Ankara-1998, s.65.

18 BÜYÜKAY, Yusuf: "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.VIII, Sayı.1-2, Erzincan-2004, s. 396.

19 ELÇİOĞLU, Ömür SAYLIĞİL: "Hasta Hakları Açısından Hekimlik Sırrı", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt:5,,Sayı:1 , Ankara-1997, s.17.

20 Dünya Hekimler Birliği, Hasta Hakları Bildirgesi, Tercüme Eden:Türkiye Biyoetik Derneği, s.4.

a) Hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbî değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini,

b) Muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini,

c) Tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini,

d) Tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbî müdahale sırasında bulunmamasını,

e) Hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsî ve ailevî hayatına müdahale edilmemesini,

f) Sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsar.

*Ölüm olayı, mahremiyetin bozulması hakkını vermez.Eğitim verilen sağlık kurum ve kuruluşlarında, hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olmayanların tıbbî müdahale sırasında bulunması gerekli ise; önceden veya tedavi sırasında bunun için hastanın ayrıca rızası alınır."*demektedir. *"Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen hâller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz."* (HHY.Md.23/1f).

3.2. TARİHÎ GELİŞİM

3.2.1. Roma Hukukunda

"Etrüsklerin etkisi ile resmî Roma dini kehanet ve fal uygulamalarını geliştirmişti. Burada, rahiplerin tanrıların isteğini sezme yetileri olduğuna inanılırdı. Kurban edilen bir hayvanın karaciğeri çok duyarlı bir gösterge olarak kabul edilirdi. Ayrıntılı bir kurban töreni ve uzman bir rahibin yani haruspex'in incelemesi ve konu ile ilgili tablo ve yazılarının konsülte edilmesi, önemli devlet ilişkilerine yön verir veya ciddi salgınlarda yol gösterici olurdu.

Kehanet ve fal uygulamalarının gelişmesi ve Güney İtalya'da yerleşen Yunanlılarla ilişkiye girmeleri Etrüskler'de cerrahinin çok erken dönemde gelişmesine yol açmıştı. Diş hekimliği de en azından kuron ve köprü yöntemleri açısından gelişmişti. Yine de Roma tıbbı genel olarak gelişmiş sayılmazdı ve İ.Ö. 295'te Roma'da veba salgını ortaya çıktığında dışardan yardım alınması gerekmişti. Ancak yardıma çağrılan Yunanlılar değil Yunan Tanrısı Asklepios idi. Roma'da onun adına bir tapınak yapılmıştı ama bu tapınak bilinen şüphelerden ötürü şehir dışına, Tiber Nehri üzerindeki bir adaya inşa edilmişti. Salgın geriledi ve bu ufak dayanak noktası, Yunan hekimlerine olan direncin bir derece azalmasını sağladı." [21] Roma'da daha sonraları kölelere hekimlik mesleği yaptırılmış; ilerleyen zamanlarda da Roma vatandaşları hekimliği meslek olarak yapmaya başlamışlardır.

21 JACKSON, Palph:Roma İmparatorluğunda Doktorlar ve Hastalıklar, Tercüme Eden: Şenol MUMCU, Homer Kitabevi, İstanbul-1999, s.4.

Roma hukukunda hekimin sorumluluğu ile ilgili en önemli kanunlar; Lex Aguillia ve Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiisdir.

Lex Aquillia, "Praeterea si medicus, gui servum tuum secuit, dereliquerit curationem atque ob id mortuus fuerit servus, culpae reus est: "Bundan başka kölemi ameliyat eden bir hekim, tedaviyi terk etse ve bu yüzden kölem ölse, ihmalden sorumludur" (institutiones de lege Aquilia, 4.3. §6)[22] yine başka bir madde de: *" İmperitia quoque culpae adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quodeum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit: "beceriksizlik de ihmal sayılır; mesela hekim fena ameliyat yaparak veya yanlış iğne vererek köleni öldürürse vaziyet böyledir." (İnstutiones, de lege Aquilia, 4.3. §7)*[23]

Lex cornelia de sicariis et veneficiis'te hekimin cezaî mesuliyeti düzenlenmiş bulunmaktadır.Qui höminem occiderit...,Qui hominis necandi cavsa venenum confecerit , dederit..., eadem lege et venefici kapite dammantur, qui ürtibus odiososis tam venesis quam susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint...: " insan öldüren, insanlara zarar vermek için zehir veren..., kötü sanatlarla yani gerek zehir gerekse üfürüklerle insan öldüren veya zararlı ilaçları umuma satan aynı kanuna göre ölüme mahkum edilir." (Digesta.... De lex Cornelia 47,8,1,§1,2,3,§,1,2,3,5)[24]

Lex Cornelia'nın uygulanmasıyla hekimin sorumluluğundan bir parça ayrılmasını sağlamış olmaktadır. Böylelikle belirli bir zümre için de olsa kasten meydana getirilmeyen zararlı neticelerden dolayı hekimin ağır şekilde cezalandırılmasına gidilmiyordu. Kusur çeşitlerinden kast ayrılarak ayrı bir cezalandırma anlayışı içinde uygulanmaya başlanmıştır.[25]

İmparatorluk döneminde, Vespasien, Cassiodere, Leon ve Justinien Kanunları ile hekimlere susma mükellefiyeti getirilmiştir.[26]

Roma Hukukunda, vekaletin konusu bir hukuki işlemin yapılması olabileceği gibi, hukuken hiçbir özellik göstermeyen bir fiil olabilir. Mesela, bir haberin bir diğerine ulaştırılması olabilir.[27] Roma Hukukunda vekalet akdi, hekimlere ilişkin olabilir.[28]

Digesta " Medicia non sunt proprie testes, sed majusest judicium quam testimon ium. " tabipler sadece şahit değildirler. Şahit oldukları nispette hüküm de verirler".[29]

22 Iustiniaus: İnstitutiones, Tercüme Eden : Ziya UMUR, İstanbul, 1968, S. 302.
23 Iustiniaus: İnstitutiones, Tercüme Eden : Ziya UMUR, İstanbul, 1968, S. 303.
24 MANCHE, Lucien: La résponsabilité médicale au point de vue pénal, Paris 1913, s.12 Nakleden: Köksal BAYRAKTAR, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezaî Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s.47.
25 BAYRAKTAR, Köksal : a.g.e s.48.
26 DONAY, Süheyl: (Sır)a.g.e., s.27.
27 TAHİROĞLU, Bülent:Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul-2003, s.211.
28 TAHİROĞLU, Bülent: a.g.e., s.215.
29 KAMAY, Behçet Tahsin: "Adlî Tababetin Tarih ve Tekâmülü", Adalet Dergisi, Yıl:48, Sayı:1, Ocak Ankara-1957, s.20.

3.2.2. İslâm Hukukunda

Hucurât suresinin 12. Ayeti, "Ey inananlar! Zandan çok sakının.Zîrâ zannın bir kısmı günahtır.Birbirinizin gizli şeylerini araştırmayın; biriniz diğerinizi arkasından çekiştirmesin. Hiç biriniz, ölmüş kardeşinin etini yemeyi sever mi? İşte bundan iğrendiniz. O hâlde Allâh'tan korkun! Şüphesiz Allâh, tevbeyi çok kabul eden, çok esirgeyendir."[30] İsrâ suresinin 36. Ayeti, "Bilmediğin bir şeyin ardına düşme! Çünkü kulak, göz ve gönül, bunların hepsi o(yaptığı)ndan sorumludur."[31]

Peygamber Efendimiz buyurdu; "Müslümanların ayıplarını, gizli hâllerini araştırmaya kalkışırsan, onları ifsâd eder veya ifsâda yaklaştırmış olursun."[32] "Sû-i zandan sakınınız; çünkü sû-i zan(yersiz töhmet) sözlerin en yalanıdır. Müslümanların ayıplarını ve kusurlarını araştırmayın...."[33] "Bir kimse ölü yıkar da, onda görülen hoşa gitmeyen hâlleri gizli tutarsa, Allâhu Teâla o kimseyi kırk defa mağrifet eder."[34]

"Sır, sözlükte gizli, bilinmeyen şey demektir.Tasavvufî terim olarak, Allâh ile kulu arasında gizli kalan hâllere denir.Bunun da ruh gibi kalıba konulmuş latif bir şey olduğu sanılmaktadır.

Sır, ruhtan daha saftır. Ruhlar, muhabbet mahallî, kalpler marifet mahallî, sırlar müşahede mahallîdir.Sırrın sırrı da vardır ki onu Hak'tan başkası bilmez. Sûfiler derler ki: [Sır, vâkıf olduğun şeydir.Sırrın sırrı da onu Hakk'tan başkasının muttali olmadığı şeydir.Sırlar başkasının eser ve kalıntılarının kulluğundan âzad olmuştur.Yani sırlar Allâh'tan başka hiçbir şeye meyl etmez.Hiç bir şeyin kulu ve kâlesi olmaz].Yine sûfiler derler ki: [Hür kişilerin gönülleri sırların mezarıdır.Yani hür kişinin gönlüne tevdî edilen sır orada ölür bir daha dışarı çıkmaz.Bundan dolayı sûfiler << sırrımı düğmem bilse onu koparır atarım>> demişlerdir]."[35]

"1977 yılında yayınlanan, İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Deontoloji kürsüsünden Sn. Nil Akdeniz'e ait [Osmanlılarda Hekimlik ve Tıp Ahlâkı] isimli tez çalışmasında bu konuyla ilgili çok güzel örnekler bulmak mümkündür.Size bu değerli çalışmanın muhtelif yerlerinden alıntıladığım Osmanlı dönemlerine ait hekimlerin sözlerinden/eserlerinden birkaç örneği, burada sunmak istiyorum:

30 ATEŞ, Süleyman: Kur'ân-ı Kerim ve Cümle Meâli, Yeni Ufuklar Neşriyat, İstanbul- Yayın Tarihi Yok, s. 888.

31 ATEŞ, Süleyman: a.g.e. s.472.

32 Muhyiddîn-i Nevevî: Riyâzü's Sâlihin ve Tercemesi, Cilt:3, 6. Bası, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Tercüme Edenler: Kıvamüddin BURSLAN/ Hasan Hüsnü ERDEM, Ankara-1979, s.154

33 Muhyiddîn-i Nevevî: a.g.e. s.64

34 Muhyiddîn-i Nevevî: Riyâzü's Sâlihin ve Tercemesi, Cilt:2, 6. Bası, Diyanet İşleri Başkanlığı Yayınları, Tercüme Edenler: Kıvamüddin BURSLAN/ Hasan Hüsnü ERDEM, Ankara-1979, s. 286.

35 ATİK, Kemal/ BARDAKOĞLU,Ali/ KIRCA, Celal/ POLAT, Selahattin/ TOKSARI,Ali: İslâmî Kavramlar, Ankara-1997, s.633.

Ahmet Bin Bali:[tedavi eden kardeşlere gerektir ki iyi huylu olsunlar ve halka muamelesi iyi ve güzel olsun....güler yüzlü olsunlar emin ve sır tutan olsunlar ve hastalara yakın davransınlar....Hekimden adalete aykırı bir hareket görülmemeli ve iyilikle tanınmış olmalı....ve yine hekimin bütün kuvvetini hastanın sağlık bulmasına sarf etmesi ve hastalığın sona erdiğini müjdelemesi, kalbine kuvvet vermesi [sağlık bulmana az kaldı] diye manevîyatını yükseltmesi lazımdır....]. [Tedavi sırasında geçenleri saklamalı, haddini aşmamalı ve sonunda çekiştirip anlatmamalı ...hastayı ziyarete gelen kimselerin yanında muayene yapmamalı, hasta yalnızken tenhada muayene etmeli: zira belki hastalığını saklamak ister, kimsenin öğrenmesini istemez veya utanır.]"[36]

3.3.Hekim- Hasta Sözleşmesi

Hekim ve hasta arasındaki ilişki Anayasamızın hükümleri (Md.17, 56, 65) dışında, Medenî Kanunumuzun 23. maddesi; kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez ve 24. maddesi; şahsiyete karşı yapılan saldırılar ve 25. maddesinde; davacı hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini ve sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir biçiminde düzenlenmiştir.

Şahsa ait olan sırrın hukuka aykırı şekilde elde edilmesi, bunun 3. şahıslara haksız şekilde aktarımı ya da şahsın daha önceleri ruhî ya da cinsî hastalıklar geçirmiş olduğu ve sakatlığının bulunduğu hekim tarafından açıklanması M.K.24. madde anlamında sır alanına yapılmış haksız bir saldırı niteliğindedir. Hekimler meslekleri gereği kendilerine tevdî edilen belgeleri başkalarına göstermemek ve saklamak ödevi altındadır.[37]

Hekim ve hasta arasındaki sözleşme Borçlar Kanunu'nun 386. vd. maddelerinde düzenlenmiş olan vekâlet sözleşmesidir. *"Vekâlet bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya tekabül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler"*(BK.Md. 386). Hekim ile hastanın arasındaki ilişkinin konusu tedavi ile sınırlandığı zaman vekâlet sözleşmesi hükümleri uygulanır; ancak, şahsın tedavi sınırları dışında olan estetik kaygılarla yapılan tıbbî müdahaleler eser sözleşmesi hükümleri kapsamına girmektedir.[38] Yargıtay, hasta ile hekim arasındaki ilişkiyi vekalet akdî olarak kabul etmektedir. *"Davacı ameliyat sırasında verilmemesi gereken halaton gazı verilmesi neticesinde karaciğer harabiyeti oluştuğunu belirterek açtığı maddî ve manevî tazminat davasında Yargıtay, [Davada dayanılan maddî olguları Hukuksal açıdan nitelendirmek ve uygulanacak yasa hükümlerini bulmak ve uygulamak HUMK.76. maddesi gereği doğrudan hâkimin görevidir.Davacı davacıların yanlış tedavi sonucu karaciğerini kaybettiğini ve organ nakli ile yaşama döndüğünü öne sürerek maddî ve*

36 ÖZLÜ, Tevfik:Hasta Hakları,Timaş Yayınları, İstanbul-2005, s.33-34.

37 KAYAER, Nebahat: a.g.e., 38.

38 AKARTEPE, Alpaslan: "Tedavi Sözleşmesinin Hukukî Niteliği", Sağlık Hukuku Sempozyumu, Yayına Hazırlayanlar: BAYGIN, Cem/ UÇAR, Mehmet/ BÜYÜKAY, Yusuf, Erzincan, 15-16 Mayıs 2006, Yetkin Yayınları, Ankara-2007, s. 20-21.

manevî tazminat istemiştir.Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır.]"[39] demektedir. Hekim ile hasta ilişkisi, gerek teşhis gerek tedavi aşamasında güven ilişkisine dayanmakta olup, bu nedenle hekimin sır saklama mükellefiyetini yerine getirmesi gerekir.Sarıtaş'a göre, *"Eğer hasta hekime güvenmez ise, sorularına yeterince açık şekilde cevaplamaktan kaçınacak ya da yanlış cevaplar verebilecektir.Hekime yeterince güvenmeyen hasta onun tavsiyelerini de dikkate almayacak, reçete ettiği ilaçları düzenli olarak kullanmayabilecektir."* [40]

Türk Ceza Kanunu'nun "Özel hayata ve hayatın gizli alanına karşı suçlar" başlığı taşıyan 9. bölümünde yer alan 136. Maddesi; kişisel verileri hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi bir yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı şeklinde düzenlenmiştir. Kamu görevlisi tarafından görevinin verdiği yetkinin kötüye kullanılması sonucunda özel yaşamın gizliliği ihlâl edilmektedir(C.K Md.137/1-a). Belli bir meslek ya da sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle suçun işlenmesine de daha ağır ceza öngörülmüştür(C.K Md.137/1-b).Hekim mesleğini ifa ederken hasta veya yakınlarının kişisel bilgilerini açıklamasıyla sır saklama mükellefiyetini ihlâl etmektedir.[41] Ceza normlarının hüküm ve müeyyide kısmının muhatabı herkestir. Dolayısıyla, hekim özel hayatın gizliliğini ihlâl ederse ceza normlarının muhatabıdır.

Amerika Bileşik Devletleri'nde Amerikan Hastaneler Birliği'nin düzenlediği, 1973 yılında genel ve mücerret(soyut) 12 maddeden oluşan 21 Ekim 1992 yılında değişikliğe uğramış hasta hakları tarihinde ilk belge olan Hasta Hakları Uygulama Bildirgesi[42] yürürlüktedir.Hasta Hakları Uygulama Bildirgesi'nin 6. Maddesine göre; *"Hastanın bakımı ile ilgili her türlü iletişim ve kaydın şüpheli kötüye kullanım, bağımlılık ve halk sağlığı nedeniyle bildirilmesi mecburî olan ve kanunla mecburî olan durumlar haricinde hastane tarafından teminat altına alınmasını bekleme hakkı bulunmaktadır.*

Hastanın kanunla mecburî olan durumlar haricinde, tıbbî durumu ile ilgili her türlü kaydı inceleme ve gerekirse, açıklama ve yorum talep etme hakkı vardır. Hastanın bu bilgilerinin yetkili olan başkalarına verilmesinde bu kaynaklara gizlilik konusunun belirtilmesini bekleme hakkı vardır."

Amerika Bileşik Devletleri'nde her şey hastanın özerkliği düşünülerek yapılmaktadır.Hasta teşhis ve tedavi aşamalarında bilgi sahibi olmakta, hasta ile tartışılmadan ve hastanın bilgisi olmadan ne bir tetkik yapılabilmekte nede ilaç reçete edilmektedir.Şahıs ölümcül bir hastalığa duçar olmuşsa hastaya hemen ha-

39 YILMAZ, Battal:Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Sorumluluğu, Adalet Yayınevi, Ankara-2007, s.18.

40 SARITAŞ, Hatice:Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara-2005, s.77.

41 ZEYTİN, Zafer : "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt:14,Sayı:2 , Ankara-2006, s.79.

42 1992 by the American Hospital Association, One North Fraklin Street, Chicago, IL 60606. Printed in the U.S.A. Catalog No.157759.

ber verilmekte, bunun doktor veya yakınları tarafından hastadan saklanması ise, hastanın geriye kalan ömrünü planlama hakkı bulunduğu düşüncesi ile suç teşkil etmektedir.Hastalarla ilişkisi olacak herkese hastaneye girmeden 14 Nisan 2003 Tarihli Sağlık Bilgi ve kayıtların Gizliliği Kuralları (The Privacy Rule of the Healt Insurance Portability and Accountability Act) okutulmakta, imzalatılmakta ve imtihana tabi tutulmaktadır.Mezkûr kurallarda, hastanın bilgilerinin mahkeme kararı dışında dışarı çıkarılmaması ve bunun kimseyle paylaşılmaması; ancak başka hekimle bilgilerin paylaşımı hastanın izniyle mümkün olmaktadır.

17 Ağustos 1992 Tarihli Finlandiya Hasta Hakları ve Statüsü Hakkında Kanun'un "Hasta belgelerinde bilgi gizliliği" başlıklı Kısım 13 (30.06.2000/653) hükmü,

"Hasta belgelerinde yer alan bilgiler gizlidir.

Sağlık çalışanları veya bir sağlık bakım ünitesinde çalışan yahut buranın görevlerini yerine getiren kişiler, hasta belgelerinde yer alan bilgileri, hastanın yazılı rızası olmadıkça dışarıdan kişilere vermeyecektir. Şayet hasta, iznin önemini algılayacak durumda değilse, bilgiler yasal vekilin izni ile verilebilir. Bu Kanunda "dışarıdaki kişiler" den kasıt, hastanın bakımıyla ilgilenen ya da söz konusu bakım ünitesinin içinde yada üniteden gelen talimat ile bununla ilgili işleri yürüten kişiler haricindeki kişilerdir. Gizlilik yükümlülüğü, ilgili iş bağlantısının ya da işinin kendisinin sona ermesinden sonrada yürürlükte kalır.

2. paragrafa bakılmaksızın:

1. Hasta belgelerinde yer alan bilgiler kanunda verilmesi ya da bunlara erişim hakkı konularında kesin ve açık hükümlerin bulunduğu hallerde verilebilir.

2. Hasta muayenesinin ve tedavisinin hazırlanması için gerekli bilgiler başka bir sağlık bakım ünitesine veya sağlık çalışanına verilebilir, ayrıca yapılmış olan tedavinin özeti hastayı tedavi için sevk eden sağlık bakım ünitesine veya sağlık çalışanına ve hastanın veya yasal vekilin sözlü olarak rıza göstermesine veya durum itibarıyla rıza gösterdiğin açıkça belli olduğuna dayanarak hastaya verilecek hizmetten sorumlu olarak muhtemelen atanacak hekime verilebilir; ve

3. Hastanın, zihinsel rahatsızlıktan, zihinsel özürden yada benzeri bir sebepten ötürü vereceği iznin önemini algılayacak durumda olmadığı ve yasal vekilin bulunmadığı yada bilinç kaybına uğramış olması yada benzeri bir sebebin olduğu durumlarda hastanın muayenesinin ve bakımının hazırlanması ve sunulması için gerekli bilgi, bir diğer Finlandiyalı veya yabancı sağlık bakım ünitesine yada sağlık çalışanına verilebilir.

4. Hastanın bilinç kaybından ya da benzer bir diğer sebepten ötürü tedavi gördüğü durumlarda ve hastanın, karşı çıkacağı çıkarımından bulunmak için yeterli sebep olmadığı müddetçe ve hastanın kimliği ve sağlık durumu hakkında bilgiler aileden birine veya hasta yakınına verilebilir ve

5. Ölmüş bir kişinin sağlığı ve gördüğü tıbbî muamele ile ilgili olan hayattayken sunulmuş olan bilgiler, kendi çıkar yada haklarını öğrenmek için bu bilgiyi temin etmesi gereken herkese haklı bir yazılı başvuru üzerine verilebilir; bilgileri alan taraf, bunları başka herhangi bir amaçla kullanamaz ve başkasına iletemez.

Bilimsel araştırma ve istatistiksel amaçlarda hizmet etmesi bakımından hasta belgelerindeki bilgilerin verilmesi ile ilgili olarak, Hükümet Faaliyetlerinde Açıklık Hakkındaki Kanun, Sağlık Hizmetleri İçin Ulusal Kişisel Bilgi Kayıtları Hakkındaki Kanun (556/89) ve Kişisel Bilgi Dosyası Kanunu geçerlidir.

3. paragrafın 2. bendinde geçen hastanın durum itibarıyla rıza gösterdiğinin açıkça belli olmasından kasıt, hastanın yazılı ya da sözlü olarak değil de gönüllü olarak ve bilgilerin verildiğinin ve bilgiyi alacak olan tarafın mahiyetinin ve ne amaçla kullanılacağından bilicinde olarak gösterdiği rızadır.

3. ve 2. paragraflarda geçen bilgilerin verilmesi ve ne şartlar altında verilebileceği hususu hasta belgelerinde kaydedilecektir." Demektedir.

İspanya Genel Sağlık Kanunu'nun 10. Maddesinin 3. fıkrası, *" Tedavi süreci hakkında, kamu ya da özel hastanelerde kalış süresi hakkında her türlü bilginin gizliliği hakkı"* olduğunu söylemektedir. İspanya 14 Kasım 2002 Tarih ve 41 Sayılı Hastaların Özerkliği ile Klinik Bilgilendirme ve Belgelendirme Alanlarında Hak ve Yükümlülükleri Kanunu;

"III.Bölüm

Özel Hayata Saygı

7. Madde: Özel Hayata Saygı Hakkı

1. Herkes sağlık durumuna ilişkin bilgilerin gizliliğine saygı hakkına sahiptir ve yasa uyarınca önceden izin alınmadan kimse bu bilgilere erişemez.

2. Sağlık merkezleri bir önceki maddede belirtilen hakkı güvence altına alacak önlemleri alacaklardır ve gerektiğinde hastaların bilgilerine yasal olarak erişimi sağlayacak norm prosedürlerini belirleyeceklerdir." Demektedir.

Fransa Hekimlerin Davranış kuralları Kanunu'nun Tıbbî gizlilik görevinin hekimler üzerindeki yükümlülüğünü düzenleyen hükümler şunlardır. *"Madde 4: Meslekî gizlilik görevi hastaların menfaatleri üzerine kurulmuştur ve bütün hekimlere kanunlarla öngörüldüğü şekilde uygulanmaktadır. Bu tarz bir gizlilik, hekimler mesleklerini uygularken sadece dikkatlerini çeken olayları değil, ayrıca gördükleri duydukları ve anladıkları tüm olayları da kapsamaktadır.*

Madde 72:

Hekimler birlikte çalıştıkları kişilerin de meslekî gizliliğin getirdiği zorunluluklar hakkında bilgilenmesini sağlamış olmalı ve onlara riayet etmelidirler.

Çevresindekilerin de kendi muhataplarında olan profesyonelliğin gizliliğini ihlâl etmemeleri sağlamalıdır.

Madde 73:

Hekimler tedavi veya muayene ettikleri kişileri ilgilendiren tıbbî dokümanları içeriği ve şekli ne olursa olsun korumalıdır.

Aynı şekilde, bu durum sahip oldukları bütün tıbbî bilgilere uygulanmalıdır.

Kendi deneyimlerini ve dokümanlarını yayın veya öğretme amaçlı kullanırken hekimler mutlaka kişilerin kimliklerinin teşhis edilmemesini sağlamalıdırlar. Böyle olmadığı taktirde mutlaka kişilerin rızaları alınmalıdır. "[43]

Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Devleti'nin Kıbrıs Türk Tabipler Birliği Yasası'na dayanılarak çıkarılan Tıp Meslek Ahlâk Tüzüğü'nde, hasta hakları ile ilgili düzenlemeler yapılmıştır. "Madde 18: (1) Sır saklamak temel meslek ahlâkî kuralıdır.Hastanın verdiği bilgileri, muayene bulgularını ve tedavi sonuçlarını gizli tutmak tabip ve diğer sağlık meslek mensuplarının görevidir.

Bu bilgiler aşağıdaki durumlarda açıklanabilir.

(A) Hastanın rızası,

(B) Mahkemeler bilgi ister ve doktorun tanıklık yapmasına izin verirse,

(C) Hasta hakkındaki bilgilerin saklanması, üçüncü kişilere zarar verecek ise,

(D) Yasal zorunluluk varsa (Örneğin: Bulaşıcı hastalık bildirimi gibi),

(2) Bunlar dışında:

(A) Yetkili makamların emri ile olsa hastaya ait bilgilerin açıklanması suçtur.

(B) Hastaya ait bilgilerin açıklanması hastanın adlî bir kovuşturmaya uğraması sonucunu getirecek ise bu bilgilerin açıklanması suçtur."

Kıbrıs Tabipler Birliği ve çeşitli sivil toplum teşkilâtlarının yayınladığı, "İnsan Haklarıyla Bağlantılı Temel Değerler ve Hasta Hakları Bildirgesi" ne göre,

"5- Özel yaşama ve gizliliğe saygı hakkı:

a) Hastanın sağlık durumu, tıbbî durumu,tanısı, prognozu,tedavisi ve kişiye özel tüm bilgiler ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır.İstisna olarak hasta yakınlarının kendileri ile ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşabilme hakkı olabilir.

b) Gizli bilgiler sadece hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir. Hastanın açık olarak izin vermediği durumlarda bu bilgiler sadece bildirilmesi gereken sağlık personeline verilebilir.

43 Plon Yayınları V. Fransa Davası : ÖZEL YAŞAM, MEDYA VE CEZA HUKUKU, Tercüme Eden:Özen ATLIHAN, Proje Yöneticisi:Kayıhan İÇEL, Yayına Hazırlayan:Yener ÜNVER, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi:7, Seçkin Yayınları, Ankara-2007, s.374-375.

c) Hastanın kimliğini ortaya koyabilecek tüm bilgiler ve veriler koruma altına alınmalıdır. Bilgi ve verilerin arşivlenmesi ve saklanması hasta kimliğini ortaya çıkarmayacak şekilde yapılmalıdır.

d) Hastanın kendi tıbbî dosyasına ve teknik arşive ve kendi teşhis,tedavi ve bakımı ile ilgili olan her dosya ve arşive ulaşma hakkı vardır.Dosyanın veya arşivin tümünün veya bir bölümünün kopyasını alabilir. Üçüncü bir şahsa ait bilgiler, hastanın bilgiye ulaşma hakkının dışındadır.

e) Hasta, kendisi ile ilgili olan ve hata, eksiklik, belirsizlik içeren, eskimiş veya kendi teşhis, tedavi ve bakımı ile ilgisi olmayan kişisel ve tıbbî verilerin düzeltilmesi, tamamlanması, açıklığa kavuşturulması ve bilgilendirilme hakkına sahiptir.

f) Kendinin onay vermesi ve bunun teşhis, tedavi ve bakımı için gerekli olduğuna karar vermesi durumu haricinde, hastanın kişisel ve ailevi yaşamına müdahale edilemez.

g) Doktorun müdahalesi, hastanın kişisel yaşamına gerekli saygı gösterilerek ve kural olarak sadece müdahale için gerekli kişilerin huzurunda yapılır.

h) Sağlık kurumuna sevk edilen hastanın, özel yaşamını güvence altına alacak kolaylıkları isteme hakkı vardır."[44]

4. HUKUKÎ OLARAK SIR SAKLAMA MÜKELLEFİYETİ OLANLAR

Türk Ceza Kanunu'nun "Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi" başlığını taşıyan 280. maddesi, *"Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirtiyle karşılaşmasına rağmen durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*

*Sağlık mesleği mensubu deyiminden, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır."*Donay, *"Madde sır saklamakla yükümlü olan bir meslek grubunu suç ihbar zorunluluğu ile karşı karşıya bırakarak, genel bir kuraldan ayrılmaktadır.Kanun koyucu suç ihbarı ile meslek sırrı arasında tercihini suç ihbarından yana kullanmıştır."*[45] Hüküm, hastalığın teşhisi veya tedavisi aşamasında sağlık mesleği mensubunun kimler olduğunu belirterek, sırf hekimleri değil diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler demek suretiyle değişik sıfat ve isimlerle sağlık hizmeti verecek olanları da kapsamıştır. Bu kişiler hastanın sırrını saklama mükellefiyeti altındadırlar. *"Tabip, diş tabibi meslek ve sanatın icrası vesilesiyle muttali olduğu sırları, kanunî mecburiyet olmadıkça ifşa edemez. Sağlık hizmetlerinin verilmesi nedeniyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında hiçbir şekil-*

44 http://www.kttb.org/hasta_haklari.asp ,Erişim Tarihi:8.10.2007

45 DONAY, Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, Beta Yayınları, İstanbul-2007, s.399.

de açıklanamaz" (TDN. Md.4/1f) . Tıbbî Deontoloji Nizamnamesi'nde, tabip ve diş tabibinin meslek sırrını saklama mükellefiyeti olduğu ifadesi diğer sağlık mesleği mensubunun sır saklama yükümlülüğü olmadığı anlamına gelmez.Genel hüküm olan TCK 280. maddesi, sağlık mesleği mensuplarının kimler olduğunu belirterek, suçu bildirme görevini sağlık personeli kamu görevlisi olsun ve olmasın herkese yüklemiştir.[46] TCK 280. maddesi özel sektör sağlık personeline uygulanırken, TCK 279. maddesi de kamu sektörü sağlık personeline uygulanır.

TCK 280.Madde; kamu görevlisi olmayan sağlık mesleği mensupları suçun fâili olmasına karşılık, sağlıkla ilgili görevi özel olarak yapmakta bulunduğu sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşan kamu görevlisi sağlık mesleği mensubu da suçun fâili olabilir.[47]Yargıtay, *"Trafik kazası sonucu yaralanan S.A.'nın Zonguldak SSK Hastanesinden Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesine sevk edildiği, burada beyin cerrahi bölümünde yattığı sırada öldüğü ancak, kayıtlarda trafik kazası sırasında yaralandığı açıklanmasına karşın sanık tarafından [adlî vâkıa değildir] biçiminde morg kağıdı düzenlendiğinin anlaşılması karşısında sanığın bu kuşkulu ölümü Cumhuriyet Savcılığına bildirmemekten eylemin TCK'nun 235. maddesindeki suçu oluşturacağı gözetilmeden, yerinde olmayan gerekçeyle beraat kararı verilmesi"(4.CD. 08.04.2002, 3413/5609).*[48]diyerek kamu görevlisini suçu bildirmemesinden sorumlu tutmuştur.

Hekim, ister kamu kurumları personeli isterse özel sağlık kurumları personeli olsun çalıştığı sektöre göre sır saklama mükellefiyeti değişmez. Hekim mesleğini nerede ifa ederse etsin, hastanın evi, trafik kazası sırasında, hava veya deniz nakil aracında vs. nerede olursa olsun yine sır saklama mükellefiyeti ortadan kalkmaz. Sağlık hizmetlerinin ifası ücret karşılığı olduğu için Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun hükümleri de hekim hasta ilişkisine uygulanır. Hekimin sır saklama mükellefiyetini ihlâli hâlinde, Türk Ceza Kanunu'nun genel nitelikli kişisel verilerin açıklanması (TCK.Md.135-136-137) suç tipi uygulanır; özel bir hüküm olan, müşteri sırrına ait bilgi ve belgelerin açıklanmasının yasaklaması (TCK.Md.239) suç tipi uymadığı için uygulanmaz.Hekim-hasta ilişkilerinde, örneğin müşteriye ilişkin geliri, ödemeleri vb. bilgiler Türk Ceza Kanunu'nun 139. maddesi kapsamında görülebilir. Yine Ceza Kanunumuz gereği, özel bir hüküm *"Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde ve..."* ifadesiyle hekim görevini yaptığı sırada suç teşkil eden hususu görürse bunu adlî makamlara bildirmek zorundadır. Bu düzenleme nedeniyle kendisine başvuran ve suçun fâili olan hastayı ve varsa diğer fâilleri hekim hemen ihbar etme mükellefiyeti altındadır.

46 YILMAZ, Zekeriya:Gerekçe ve Tutanaklarla Yeni Türk Ceza Kanunu, Seçkin Yayınları, Ankara-2007, s.75.

47 MERAN, Necati:Açıklamalı-İçtihatlı Yeni Türk Ceza Kanunu, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara-2007, s.134-1341.

48 MERAN, Necati: a.g.e. s.1339.

Gültepe'ye göre, mezkûr düzenleme ile tedavi sırasında hastanın olduğu kadar yine hasta sağlığı açısından hekim ve diğer sağlık personelinin de kendilerini güvende hissetmeleri gerekirken hekimin hastaya müdahale olanağını zorlaştıracak ve her iki tarafı da gerginliğe sevk edecektir.[49]

765 sayılı TCK 530. maddesinde *"... sanatlarının icap ettirdiği yardımı ifa ettikten sonra..."* düzenlemesi yerine, 5237 sayılı TCK *"görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde..."*düzenlemesinin gelmesi hasta haklarının ihlâli olmuştur. Karasu'ya göre, hekim söz konusu ihbar yükümlülüğünü gerekli sağlık yardımı yapıldıktan sonra yerine getirmesi insan haysiyet ve şerefi açısından daha uygundur. Mezkûr hüküm böyle olmakla beraber hekimin bu hâllerde tutum ve davranışları; öncelikle meslekî kuralları, tıbbî bilgi ve etik ilkeleri doğrultusunda olaya yaklaşıp sağlık hizmetinde bulunmalı ve adlî mercilere ihbarı sonra olmalıdır.[50] Bir kısım davranışları bir görev olarak belirleyen hukuk düzeni bu davranışları aynı zamanda suç sayıp cezalandırması düşünülemez.Hekimlerin unutmaması gereken en önemli ilke ise, idarî kararlar ve gereklilikler değil, hekimliğin yüzyıllardan beri süregelen ilkeleri ve tıbbî etik kurallarıdır.[51]

Suçun fâili veya diğer fâiller, ihbar tehdidi altında olduklarından hekime gönül huzuru içinde tedavi için başvuramazlar. Önceki 756 sayılı TCK 530. maddesinde, *"bu ihbar kendisine yardım ettikleri kimseyi takibata maruz kalacak ahvalde müstesna..."* ifadesiyle hekimin yaptığı ihbar hasta hakkında takibata neden olacak ise sır saklama mükellefiyetine uyacak ve ihbarda bulunmayacaktır. Sağlık hakkı açısından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda mezkûr ifadenin bulunmaması büyük talihsizlik olup, hastanın hekimden yardım alamamasına neden olacaktır.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 86. Maddesi, *"Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vâkıalarda, bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılması hâlinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi gereği gecikmeksizin Cumhuriyet savcılığına veya adlî kolluğa haber verilmesi zorunludur. Ayrıca, yaralı ve cesetten çıkartılan delil niteliğini haiz eşyanın adlî makamlara aynen ve gecikmeksizin teslimi gerekir."* 7. Maddesi ise, *" Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlâk kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinden başka kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir."*

49 GÜLTEPE, Hilal :Yeni Türk Ceza Kanunu'nda İhbar Yükümlülüğünün Sağlık Hakkı Açısından Değerlendirilmesi, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Sayı:10, Kazancı Yayınları, İstanbul-2005, s. 103.

50 KARASU, Sinem: a.g.e. s. 67.

51 GÜNDÜZ, Tarık/ ELÇİOĞLU, Ömür: "İnsan Yaşamını Korumakla Yükümlü Olan Hekim;Hastasını İhbar İle Yükümlü Kılınabilir mi?", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt:13, Sayı:3 , Ankara-2005 , s.189.

5. HEKİMİN SIR SAKLAMA MÜKELLEFİYETİNİN İSTİSNALARI

5.1.Şahitlik (Tanıklık)

Şahit: İhtilafın tarafı olmaksızın ihtilafla ilgili bilgilere sahip olan şahsa denir. Şahitlik ise, olayın şahidi olan ya da öyle varsayılan şahsın yetkili makamlara olayla ilgili olarak bildiklerini aktarmasıdır.[52] Şahidin beyanda bulunması, gizli kalması kendisince lüzûmlu olan ve sanatına ait sırları açıklaması neticesini oluşturuyorsa, ilgili şahıs beyanda bulunmaktan kaçınabilir; ancak bu hakkın doğumu için, şahidin gizlenmesi kendisince gerekli olan sırları olması ve ayrıca bu sırların sanatına ait olması şartları birlikte gerçekleşmesi gerekir.[53] Şahit, gördüğü, duyduğu, hissettiği hatta tahmin ettiği doneleri anlatmaya çalışır. Şahit, şahitlik ettiği her olayı olduğu gibi aktarmayabilir. Manevî değerleri olmayan şahıslar, şahit olduğu olayı doğru şekilde aktarmayabilir. Ceza Kanunu 272/2. fıkrasına göre, *"Mahkeme huzurunda ya da yemin ettirerek tanık dinlemeye kanunen yetkili kişi veya kurul önünde gerçeğe aykırı olarak tanıklık yapan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."* Ceza Muhakemeleri Kanunu 53. Maddesine göre, *"Tanığa;**a)** Dinlenmeden önce, gerçeği söylemesinin önemi, **b)** Gerçeği söylememesi halinde yalan tanıklık suçundan dolayı cezalandırılacağı, **c)** Doğruyu söyleyeceği hususunda yemin edeceği, **d)** Duruşmada mahkeme başkanı veya hâkimin açık izni olmadan mahkeme salonunu terk edemeyeceği,Anlatılır."*

Bu nedenle şahit delili kuvvetli bir delil değildir. Şahitler mahkeme tarafından çağrılmak sureti ile göreve davet edilir(CMK. Md. 43). Şahit usûlüne göre çağrıldığı zaman davete icabet etmezse zorla getirilerek gelmemesinin neden olduğu masraflar kendisine ödetilir(CMK.Md.60).Yemin ve şahitliğin gerçekleştirilmesi için dava hakkında hüküm verilinceye kadar ve üç ayı geçmemek üzere disiplin hapsi verilebilir(CMK.Md.60). Şahit mahkemede yemin etmek zorundadır. Şahsın şahit sıfatıyla dinlenmesi konusunda tereddütler mevcutsa yemin beyandan sonraya bırakılabilir(CMK. Md. 54). Yemin etme zorunluluğuna kanun bazı istisnaî haller getirmiştir(CMK. Md. 50).Şahitlikten çekinilebilir(CMK. Md. 45,46,47,48).Şahitlik yapıldığı süre boyunca tazminat ve masraflar Adalet Bakanlığı'ndan alınır(CMK. Md. 61).

Hekimin meslek sırrı nedeniyle şahitlikten çekinme hakkı CMK. Md. 46/1-b'de düzenlenmiştir. *"Hekimler, diş hekimleri, eczacılar, ebeler ve bunların yardımcıları ve diğer bütün tıp meslek veya sanatları mensuplarının, bu sıfatlar dolayısı ile hastaları ve bunların yakınları hakkında öğrendikleri bilgiler."* nedeniyle şahitlikten çekinilebilecektir. Soyaslan'a göre, *"Hasta yakınlarından kastedilen hastayı doktora veya hastaneye getiren kişi veya refakat eden anlaşılmalıdır. Tıp*

52 FEYZİOĞLU, Metin: Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklık, Savaş Yayınları, Ankara -1996, s.28.

53 ERTANHAN, Mert: Medenî Yargılama Hukukunda Tanık ve Tanıklık, Seçkin Yayınları, Ankara- 2005, s.145.

mesleği mensupları da meslek ve uğraşanları nedeniyle sanık ve katılan mağdur hakkında bir takım bilgilere sahip olabilirler.Meslekleri dolayısıyla elde ettikleri bilgileri mahkemede şahit sıfatıyla açıklamayabilirler. Bunun sebepleri hem mesleğin icrasını hem de kişilerin sağlığını korumaktır.Bir kavgada yaralanan kişi doktora gittiğinde doktor bu yaralamanın kim tarafından , nasıl yapıldığını öğrenebilecektir.Bu bilgi çoğu zaman sanık veya mağdurun aleyhine netice doğurabilecektir.Doktor bu konuda tanıklık yapmak mecburiyetinde olursa insanlar tedavi olunarak sağlıklarını korumayacaklardır.Çünkü doktorun bilgi vermesinden korkacaklardır."[54] Şahıslar *"... ilgilinin rızasının varlığı hâlinde, tanıklıktan çekinemez."* (CMK. Md. 46/2f).Şahitlikten çekinmesi gereken hekim çekinmez ve şahitlik ederse, bundan zarar gören hastaya tazminat ödemek zorundadır.

1982 Anayasamızın 38/5. fıkrasında *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* Anayasamız da, kendisi ve kanunda gösterilen yakınları aleyhine şahitlik yaptırılamayacağı belirterek şahsiyet haklarını korumuştur. Hekim, mahkemede meslek sırrını anlatmaktan çekinmeyip şahitlik yaparsa meslek sırrını açıklama suçunu işlemiş olacaktır. Hastanın sırları hekim tarafından mahkemede açıklanırsa artık meslek sırrı olmaktan çıkar. Ticaretle uğraşan hastanın kanser hastası olduğu duyulursa alacaklıları alacaklarını almaya, borçlu olanlar borçlarını kaçırmaya çalışacaklar ve iktisadî dengesi bozularak bekli de iflâs edecektir.

Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 46. maddesinde, sır sahibi sırrını verirken açıklanıp açıklanmamasını meslek mensubunun takdirine bırakmaz. Hükmün lâfzında şahitlikten çekinmede bir zorunluluk bulunmasa da amacında zorunluluk ifadesinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Hekimlerin şahitlikten çekinmesi düzenlemesiyle, insanlar ileride hekim tarafından sırrım açıklanır korkusuyla tedaviye başvuramayacakları için, hayat hakkı ve vücut bütünlüğü dikkate alınarak maddî gerçeğe ulaşma amacı feda edilmiş olacaktır.

Hekim hastasına ait sırları mahkemede anlatmaktan çekinebilmesi için aşağıdaki şartların varlığı gerekir. İlk şart, hastanın hekime açıkladığı sırlar onun hekim olması dolayısıyla açıklamış olması gerekir. Hekime hekim olarak değil de özel bir şahıs olarak açıklanan sırlar yönünden hekimin sır saklama mükellefiyeti bulunmamaktadır.[55] İkinci şartı ise, sır verilen şahsın hekim olmasıdır.Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 1. maddesi hükümleri gereği, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nde tıp icra ve herhangi bir surette olsun hasta tedavi edebilmek için tıp fakültesini bitirmek ve Türk olma şartını getirmiştir. Diğer hükümlerde de, yabancı ülkelerin tıp fakültesi mezunlarının diplomalarının kabul şekli hakkında düzenlemeler bulunmaktadır(Md.4). Şahıs hekim olabilir;

54 SOYASLAN, Doğan: Ceza Muhakemesi Hukuku, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara-2006, s.419.
55 HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-2007, s.258.

fakat hekimlik mesleğini icra etmiyorsa da sır saklama mükellefiyeti bulunmakta, dolayısıyla şahitlikten çekinme hakkı bulunmaktadır.

11/04/1928 Tarih ve 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun ile 23/11/1953 Tarih ve 6023 Sayılı Türk Tabipleri Birliği Kanunu hükümleri kimlerin hekimlik mesleğini icra edeceğini belirlemiştir. Bu şartlar:

- ✓ Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı (Türk) olması,
- ✓ Tıp Fakültesi mezunu olup hekimlik diplomasına sahip olması,
- ✓ Tabip Odasına kayıtlı olması,
- ✓ Hekimlik mesleğinin icrasına geçici ve sürekli engel bir durumunun bulunmaması gerekir.

Hekimin sır saklama mükellefiyeti nedeniyle şahitlikten çekinme hakkı kendisinin veya hâkimin takdirine bırakılmamıştır. Üçüncü şart, hastanın rızasının bulunmaması hâlinde hekim şahitlikten çekinemez. Şahitlikten çekinme hakkı olanlar çekinme sebeplerini bildirmek, şüpheye düşüldüğü takdirde mahkemenin isteğiyle yemin etmek zorundadır(CMK. Md. 49). Hekim sır saklama mükellefiyeti nedeniyle şahitlikten çekinme hakkı olduğunu savcı veya hâkime bildirmesine rağmen şahitlik yapmasını isterlerse hekim için suç oluşturmayacak, yetkili makamların zorlaması suç olacaktır. Hâkim veya savcı dinlerken hekime şahitlikten çekinme hakkı olduğunu hatırlatması kanunî zorunluluk olmayıp hekimin bunu bilmesi gerekmektedir. *"Memuriyet ve sanat ve meslekleri itibarı ile bir kimsenin sırrını bilenler şu kadar ki o kimse muvafakat ederse, şahadetten imtina edemezler."* (HUMK. Md. 245/4f). *"Aşağıdaki hallerden herhangi bir kimse şahadetten imtina edebilir: ... Mahremiyeti kendisince mültezem ve sanatına ait esrarın ifşasını müeddi ise."* (HUMK.Md. 246). Mezkûr hükümler ile meslek sahibi kişiler meslek sırları sebebiyle şahitlikten çekinme hakkına sahiptirler. *"Devlet hizmetinde bulunanların, meslek sırrıyla mukayyet oldukları vâkıalar hakkında hizmetlerinden ayrıldıktan sonra da mensup oldukları resmî makamın tahriri izni olmadıkça şahit sıfatıyla istimaları caiz değildir. Bu mezuniyet Büyük Millet Meclisi azası hakkında Meclis, Heyeti Vekile azası hakkında Reisicumhur ve bundan maadaları için mensup oldukları Vekil tarafından verilir. Şahadet menafii Devlete muzır görülmedikçe izin verilmesinden imtina olunamaz. Bu mezuniyet mahkeme kararı üzerine müzekkere ile istenilir. İzin üzerine şahit celp ve istima olunur."* (HUMK.Md. 249). Böylelikle devlet memurlarının devlet sırrı nedeniyle şahitlik yapabilmeleri için çalıştıkları bakanlıktan izin almaları gerekir. Hekim, sır saklama mükellefiyetim var diye şahitlikten çekinemez. Bir sırrın devlet sırrı olup olmadığı kararını mahkeme vermektedir. Hekim serbest çalışıyor ise, hasta ile arasındaki özel hukuk sözleşmesi nedeniyle hastanın talebi karşısında Sağlık Bakanlığı'nın iznine bağlı kalmaksızın şahitlik yapması zorunluluğu kabul edilmelidir. Hastanın sırları kamu düzenini ilgilendirmeyip sırf

hastayı ilgilendirdiği için HUMK 249 Md.'nin uygulanmasının gereği bulunmamaktadır; fakat, devlet kurumlarında genel idare hukuku ilkelerine göre çalışan hastane başhekimi ve/ veya teşhis ve tedavi birimlerinde çalışan sağlık personelinin şahitliği hastanın ve Sağlık Bakanlığı'nın izinleri ile mümkün olmaktadır. HUMK 245 Md'ye göre, hasta hekimine bizzat izin vererek devlet sırrı niteliğinde olmayan konularla ilgili şahitlik yaptırabilir.[56] Hukuk davalarında şahitlikten çekinme hakkını kullanmak isteyen hekim, bu talebini mahkemeye dilekçeyle bildirebilir; fakat, ceza davalarında hekim duruşmada şahitlikten çekinme hakkı olduğunu bildirebilecektir.[57] Türkiye Cumhuriyeti sınırlarında hastaya müdahalede bulunan ve bu nedenle şahitlik yapmak zorunda olan yabancı hekim ve diğer sağlık personeli yabancı uyrukluyum diye şahitlik yapmaktan kaçınamazlar.Sır saklama mükellefiyetinin ihlâli iddiasını ileri süren davacı mahkemede iddiasını ispat etmek zorundadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Z.-Finlandiya davasında; *"başvurucunun tıbbî danışmanları, mahkeme emri gönderilerek tanıklığa zorlanmıştır.AİHM'nin görüşüne göre: Başvurucunun doktorlarının ve psikiyatrlarının tanıklığa zorlanması ile ilgili emre gelince, Mahkeme bu önlemlerin Z'nin Finlandiya kanunlarına göre kocası aleyhine delil vermeme hakkını kullanması bağlamında alındığına dikkat çeker(bkz. Yukardaki paragraf 14, 17 ve 21). Buradaki tek amaç, Z'nin tıbbî danışmanlarına danışarak X'in HIV enfeksiyonu olduğunu öğrendiğini veya bu durumdan şüphelendiğini belirlemektir.Bu delil, X'in sadece cinsel suçlar mı işlediği, yoksa HIV testinin pozitif sonucunun açıklandığı 19 Mart 1992 tarihinden önce işlenmiş iki suçla ilgili olarak, daha ciddi bir suç olan adam öldürmeye teşebbüs suçundan da mı suçlu olduğunu belirlemek için o dönemde önemliydi. Yetkili ulusal makamların beş suçun hepsiyle birlikte adam öldürmeye teşebbüs suçundan dolayı soruşturma yapmak ve X'i yargılamak konusundaki kamu yararının üstün olduğunu düşünmek konusunda haklı oldukları şüphe götürmez.*

Mahkeme, Finlandiya kanunlarına göre, sadece çok sınırlı şartta yani bir soruşturmayla ilgili olarak ve en az 6 yıl hapis cezası öngörülen ciddi suçların isnat edilmesi bağlamında, başvurucunun tıbbî danışmanlarının başvurucunun onayı olmadan hakkında delil vermeye zorlanabileceğine dikkat çeker (bkz. yukarıdaki paragraf 46).Tıbbî danışmanlar polise delil vermeyi reddettiği için polis, onları tanık yapabilmek için bir yargı makamı olan Şehir Mahkemesi'nden yetki almak zorundaydı (bkz. yukarıdaki paragraf 28). Soruşturma tanık ifadelerinin dökümü dahil dava dosyasının gizli tutulmasını önceden emretmiş olan Şehir Mahkemesi'nin salonunda gizli olarak yapılmıştır(bkz. yukarıdaki paragraf 19 ve 23). Davaya dahil olan herkes bilgileri gizli tutma yükümlülüğü altındaydı.Bu

56 BELGESAY, Mustafa Reşit: "Doktorun Hukukî Borçları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt. X1,Sayı. 3-4, İstanbul- 1945, s.152

57 ÖZKAN, Nazan: Hekimin Hukukî Sorumluluğu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2006, s.145-146.

yükümlülüğü ihlâl edenler, Finlandiya kanunlarına göre medenî hukuk ve/veya ceza hukuku kapsamında tutulabilirdi(bkz. yukarıdaki paragraf 53 ve56).

AİHM, söz konusu müdahalenin 8. Madde 2. fıkraya göre haklı olduğu sonucuna ulaşmıştır."[58]

5.2. Bilirkişilik (Ehlivukuf, Ehlihibre)

Bilirkişi, tecrübe prensipleri hakkında hâkimde eksik bulunan bilgiyi veren ve bu tecrübe prensiplerine göre mevcut olaydan neticeler çıkaran veya kendi özel bilgi ve becerisine dayanarak uyuşmazlık konusu davalar tespit eden şahsa denir.[59] Bilirkişilik, belirli bir konuda bilgi ve beceri sahibi olmaktır. Bilirkişi tarafsız olup, ilmi objektif görüşünü hazırladığı raporda ortaya koymalıdır. Mahkemelerin hasta ile ilgili konularda bilgi istedikleri resmi bilirkişiler ile resmi bilirkişi sıfatına haiz hekimler ve kurumlar şunlardır:

✓ Umûmî Hıfzısıhha Kanunu'nun 22. maddesinin son fıkrası; *"Hükümet Tabipleri olmayan yerlerde belediye tabipleri nizamnamesine tevfikan hükümet tabiplerinin ifası ile muvazzaf oldukları vazifelerle mükelleftirler."* demektedir. Böylelikle hükümet tabiplerinin olmadığı yerlerde belediye tabipleri bilirkişilik yapabilir.

✓ Adlî Tıp Kurumu Kanunu'nun 1. maddesine göre, *"Adalet işlerinde bilirkişilik yapmak üzere... Adalet Bakanlığı'na bağlı Adlî Tıp Kurumu kurulmuştur."* Adlî Tıp Kurumu'na bağlı, Genel Kurulu, İhtisas Kurulları, Başkanlar Kurulu, Adlî Tıp Kurumu, Grup Başkanlıkları ve Şube Müdürlüklerinden meydana gelir. Adlî Tıp Kurumu Kanunu'nun 2/1-a'ya göre, *"Mahkemeler, hâkimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adlî tıp ile ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmek"* görevleri arasında sayılmıştır.

✓ Umûmî Hıfzısıhha Kanunu'nun 10. maddesine göre, hekimlik sanatlarını ifadan kaynaklanan adlî meseleler için Yüksek Sağlık Şûrası'nın kurulduğunu bildirmektedir. Yargıtay'a göre,[60] *"Doktorun sorumluluğu tayin ederken hâkim, olayın özelliğine uymayan dayanakları gösterilmeyen ve özellikle kesinlikle saptanan maddî olgular karşısında inandırıcı olmaktan uzak bulunan Yüksek Sağlık Şûrası raporu ile bağlı değildir.Bütün bunların yanında, esasen 1219 Sayılı yasanın 75. maddesi tıbbî konularda Yüksek Sağlık Şûrası düşüncesinin ceza mahkemesini bağlayacağı belirtilmiştir.Bu durumda bu merciin görüşlerinin hukuk mahkemesini de bağlayacağı düşünülemez.Yasa hükmü bu doğrultuda olduğuna göre, Usûl'ün 276/2. maddesine dayanılarak Yüksek Sağlık Şûrasının hukuk davalarında çözümlenmesi gerekli tıbbî sorunlar seçilmesi ve düşüncesine başvurulması zorunlu bilirkişi kurulu olduğu da kabul edilemez.Bunun için mahkemece, bebeğin nakledildiği Fakültede tutulmuş dosya ve kayıtlar varsa getirilmeli,*

58 DUTERTRE, Gilles:Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler,Avrupa Konseyi Yayınları, Almanya-2003, s.312

59 PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, Turhan Yayınları, Ankara-2006, s.458

60 13. HD., 04.03.1994, 8557/2138,Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:20, Sayı:8, s.1288-1293.

dava dosyası ile birlikte Adlî Tıp Büyük Kuruluna gönderilmeli.." dir.Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'nun 75. maddesi, *"Tababet ve şuabatı sanatlarının icrasından mütevellit ceraimde mahkemelerin muvafık görecekleri muhtebirin rey ve mütalaasına müracaat hakkındaki serbestileri baki kalmak şartıyla meclisi alii sıhhinin mütalaası istifsar edilir."* demektedir. Mezkûr hüküm, hakkında görüş istenilmesi emredilen konu olarak "ceraim"den (suçlar) bahsolunmakta olup, Yüksek Sağlık Şûrası'ndan bilirkişilik görüşü alınması mecburiyeti, sadece suçlara bakan ceza mahkemeleri için söz konusudur. Ceza mahkemeleri dışındaki diğer mahkemeleri Yüksek Sağlık Şûrası'ndan tıbbî bilirkişilik görüşü almakta zorunlulukları olmayıp, mevzuatlarda belirlenmiş diğer bilirkişilerin görüşlerini alarak karar verebilirler.

✓ Tababeti Adlîye Kanunu'nun 4. Maddesine göre, resmî tabiplerin bulunmadığı veya geçerli mazeretlerinin olması nedeniyle görevlerinin başında olmadığı hallerde serbest tabipler onların yapmakla görevli olduğu işleri yerine getirmekle mükelleftir.

Hekim tedavi ettiği hastası hakkında bilirkişilik yapması istendiğinde bilirkişilik yapmaması gerekir; çünkü, bilirkişilik görevinde menfaat ilişkisinin olmaması gerekir. Mahkemelerce, bilirkişi olarak özel ve teknik bilgisine başvurulan şahıslar görevlerini yapmak zorundadır. Hekimler mevzuatça belirlenen sebepler dışında bilirkişilik görevinden çekinemezler(CMK. Md. 60, 65, 70, 71). Hekim herhangi bir hasta ile ilgili olarak bilirkişi atanırsa hasta ile alakalı tüm tetkikleri, hastanın kendisine anlattığı tıbbî sırları objektif olarak mahkemeye sunmak durumundadır. Bu durumda hekim Türk Ceza Kanunu'nun 134. maddesindeki meslek sırrını açıklama suçunu işlemiş olmayacaktır. Hekim hastasının taraf olduğu bir davada mahkemece bir bilirkişi olarak atanmışsa bilirkişilik görevinden kaçamaz(CMK. Md. 65/1b). Hekim bilirkişilik görevi nedeniyle öğrendiği sırları mahkeme dışarısında açıklayamaz.[61] *"Gerekli olması hâlinde, bilirkişi, mağdur, şüpheli veya sanığa mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısı aracılığı ile soru sorabilir. Ancak, mahkeme başkanı, hâkim veya Cumhuriyet savcısı, bilirkişinin doğrudan soru sormasına da izin verebilir. Muayene ile görevlendirilen hekim bilirkişi, görevini yerine getirirken zorunlu saydığı soruları, hâkim, Cumhuriyet savcısı ve müdafi bulunmadan da mağdur, şüpheli veya sanığa doğrudan doğruya yöneltebilir"* (CMK. Md. 66/6f).

TTB 47. Büyük Kongresi'nde (10-11 Ekim 1998) kabul edilmiş olan ve 01.02.1999 tarihinde yayınlanan Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın "Sır saklama yükümlülüğü" başlıklı 9. Maddesinin 3. fıkrası, *"Yasal zorunluluk durumlarında hekimin rapor düzenlemesi de, meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez."* 9. Maddesinin 4. fıkrası, *" Hekim, şahit ya da bilirkişi olarak mahkemeye çağrıldığında olayın meslek sırrı olduğunu ileri sürerek bu görevlerinden çekilebilir."* Mezkûr hükmün iki ayrı fıkrası arasında çelişki görülmektedir.Kanaa-

61 KAYAER, Nebahat: a.g.e., s.142

timizce, kural koyucunun düzenlemesi hatalı olup, hekimin bilirkişi veya şahit olarak murafaada dinlenmesi meslek sırrının ihlâli anlamına gelmemelidir.

5.3. Zorunluluk(Iztırar, Zaruret, Çaresizlik, Mecburiyet) Hâli

"Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı fâile ceza verilmez."(TCK Md 25/2f). Mezkûr hükümle "gerek kendisine gerek başkasına" ifadesiyle hukukumuzda 3. şahıs lehine zorunluluk hâli kabul edilmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 753.maddesinde *"Bir kimse kendisini veya başkasını tehdit eden bir zararı veya o anda mevcut bir tehlikeyi ancak başkasının taşınmazına müdahale ile önleyebilecek ve bu zarar ya da tehlike taşınmaza müdahaleden doğacak zarardan önemli ölçüde büyük ise, malik buna katlanmak zorundadır.*

Malik, bu yüzden uğradığı zarar için hakkaniyete uygun bir denkleştirme bedeli isteyebilir" demektedir. Medenî Kanun zorunlu halde başkasının arazisine girilmesine müsaade etmiştir. Türk doktrini, klasik anlayışında hukuka uygunluk sebebidir; ancak 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu zorunluluk hâlini kusurluluğu ortadan kaldıran sebep olarak kabul ettiğini açıklamıştır.[62] Şahıs, zorunluluk nedeni ile suç işlerse, *" kusurun bulunmaması dolayısı ile ceza verilmesine yer olmadığı kararı verilir."* (CMK.Md. 223/ 3f). Zorunluluk hâlinin şartları; ağır ve muhakkak bir tehlikenin varlığı, tehlikenin herhangi bir hakka yönelik bulunması, tehlikeye bilerek ve isteyerek sebebiyet verilmemiş olması, tehlikeye karşı koyma mükellefiyetinin olmaması, başka çeşit korunmanın mümkün olmaması ve tehlikenin varlığı ile kullanılan vasıta arasında dengesizlik bulunmamasıdır.

Hekim hastasına ait olan sırları açıklaması zaruret hâli nedeniyledir. Hekim zaruret nedeni ile hastasının sırlarını açıklarsa özel hayatın gizliliğini ihlâl etmez. Kayaer'e göre, hekimin hastanın sırrını açıklamada; ağır basan menfaatinin var olması, kendisinin ya da üçüncü bir şahsın hakkına yönelik bulunan bir tehlikenin varlığı, tehlikenin ağır ve muhakkak olması, başka bir yolla bu tehlikeden kurtulma imkanının bulunmaması hâlinde mümkündür.[63] Hekim, ücret alacağına dayanarak hastaya yapmış olduğu operasyonu ve hastanın komplikasyonuna sebebiyet vermiş olduğu bir hastalığını açığa vurduğu zaman hasta sırrını açıklaması sayılır. Hekim sadece vizitelerinin sayısını bildirebilir.[64] Karasu'ya göre, mahiyeti itibarı ile önemli olmayan grip gibi hastalıkları; ançak hastanın ücretini ödememesi hâlinde açıklanabilir. Bu hâlde hasta ücret ödememekle hekimin hastalığını açıklamasına rıza göstermiş bulunmaktadır.[65] Donay'a göre, he-

62 HAKERİ, Hakan:Ceza Hukuku, Seçkin Yayınları, Ankara-2005, s.220.
63 KAYAER, Nebahat :a.g.e. s.97.
64 AŞÇIOĞLU, Çetin :Doktorların Cezaî ve Hukukî Sorumluluğu, Ankara-1982, s.153.
65 KARASU, Sinem: a.g.e. s.89.

kimin ücretini hastası ödemedi ise, hekimin meslek sırrını açıklamasından ıztırar hâlinden bahsedilemez; fakat mahkemede alacağını ispat etmeye çalışan hekimin açıkladığı sır, dava konusu olayla ilgili olmalıdır. Dava konusu ile ilgili olmayan sırrın açıklanması suç teşkil eder.[66] Hekim tedavi ettiği hastasının tehlikeli bulaşıcı hastalığa sahip olduğunu kanunlarla belirtilen ilgili şahıslara bildirmesi suç oluşturmaz. Hastanın kanser gibi tedavisi zor olan hastalığı taşımasının hastanın birinci derece yakınlarına bildirmesi gerekir.

Alman Federal Mahkemesi hekimi hastanın ailesine bilgi vermedi diye mahkum etmiştir. Hekim küçük bir kız çocuğunun hamilelik hâlini ebeveynine haber vermemiştir. Küçük kız çocuğu hastaneye müracaat etmediği için gebeliğin komplikasyonlarından ölmüştür. Mahkeme, hekimin küçük kız çocuğunu kurtarmak için sır saklama yükümlülüğüne uymaması gerektiğine karar vermiştir.[67]

5.4. Hastanın Rızası

Türk Medenî Kanununun 23.maddesi, *"Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik Maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik Madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz" Türk Ceza Kanunu, "Hakkın kullanılması ve ilgilinin rızası" başlıklı 26.maddesinin 2.fıkrası, *" Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilemez."* düzenlemesi mevcuttur. Madde başlığında, ilgilinin rızası ifadesi kullanılıp mağdurun rızası ifadesinin kullanılmaması madde gerekçesinde, fiilin işlenmesinden önce ve en geç fiil esnasında aranacak olan rızanın varlığı hâlinde herhangi bir mağduriyetin söz konusu olması olarak açıklanmıştır. *"Hastanın onam vermesi ya da sırrın saklanmasının hasta ya da öteki insanların yaşamını tehlikeye sokması durumunda, hastanın kişilik haklarının zedelenmemesi koşuluyla, hekim bu sırrı saklamakla yükümlü değildir. "* (HMEK. Md.9/2f).

Hastanın rızası niteliği hukukî bir işlemdir. Hukukî işlem, belirli bir hukukî sonuca yönelik olan ve hukuk düzeninin kendisine sonuçlar bağladığı irade açıklamasıdır. Hastanın sırrının hekim tarafından açıklanması için hastanın rızasının olmaması hastanın kişiliğine bağlı bir hakkın kullanılması sebebi iledir; fakat temsilci tarafından hastanın rızası açıklanabilir. Ayan, hastanın izni Medenî Kanun'un 23.maddesine aykırı ise, artık geçersiz ve müdahalenin hukuka aykı-

66 DONAY, Süheyl: (Sır)a.g.e. s.131-133.

67 BÜYÜKAY, Yusuf: "Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü", [BGH, az:1 StR 413/82],Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt.V111,Sayı.1-2, Erzincan-2004, s.391.

rılığı ortadan kaldırmadığı ve sebebinin de sırrın kişilik hakkı içinde yer alan manevî değerlerden olduğunu söylemektedir.[68] Hastanın rızasının konusunun kanunlara, genel ahlâk ve adaba aykırı olmaması gerekir. Hasta rızasını açıklamak için herhangi bir şekil şartını yerine getirmesine gerek yoktur. İradeyi fesada uğratan; hile, tehdit, ikrah, yanılma ve şaka hâllerinde hastanın rızası geçerli değildir.

Hekim hastasının sırlarını rızası sınırlarında açıklayabilir. Hasta, hekime sırrını açıklaması ihbarını her zaman geri alabilir. Rızasını geri aldığını hekime iletiği andan itibaren hekim hastanın sırlarını açıklamaması gerekir. Hastanın sırrını açıklama rızasının iptali ulaştığı andan itibaren hekim hastanın sırrını açıklarsa veya açıklaması devam ederken açıklamasını durdurmazsa akde aykırılıktan tazminat sorumluluğu ve haksız fiilden ceza sorumluluğu ile karşılaşır.

Medenî Kanuna göre, hasta fiil ehliyetlerinin şartını taşıyor ise, yani reşit, mümeyyiz, hacir altında değil ise sırlarını açıklaması için hekime rıza gösterebilir.Hastanın rızası sarih veya örtülü olabilir. Medenî hukuktaki fiil ehliyeti ceza hukuku içinde geçerlidir. Hekim, hastası ile ilgili olarak diğer hekim veya sağlık personeli ile hastalık hakkında görüşmeler yapabilir; ancak hekim hastanın sırlarını tedavi sürecine direk katılmayan diğer hekim ve sağlık personeli ile hastanın izni bulunmakta ise paylaşabilir. Hekim hastasından rıza almadığı sürece hasta öldükten sonra bile sırlarını açıklayamaz.

Hasta sırlarının açıklanmasına rıza gösterse bile hekimin yarar ve zarar vermeme ilkelerinden hareket ederek gerekirse hastanın sırrını açıklamaması gerekir.[69] Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Bilgilerin gizli tutulması" başlıklı 23.maddesinin 2.fıkrası, *"Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlanması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırmaz."* demektedir.Hekim hastanın ailesine, rızası bulunmakta ise sırlarını açıklayabilir.

5.5.Yetkili Merciin Emrini Yerine Getirme

1982 Anayasamızın "Kanunsuz emir" başlıklı 137. maddesine göre, *" Kamu hizmetlerinde herhangi bir sıfat ve suretle çalışmakta olan kimse, üstünden aldığı emri, yönetmelik, tüzük, kanun veya Anayasa hükümlerine aykırı görürse, yerine getirmez ve bu aykırılığı o emri verene bildirir. Ancak, üstü emrinde ısrar eder ve bu emrini yazı ile yenilerse, emir yerine getirilir; bu halde, emri yerine getiren sorumlu olmaz.*

Konusu suç teşkil eden emir, hiçbir suretle yerine getirilmez; yerine getiren kimse sorumluluktan kurtulamaz.

68 AYAN, Mehmet.Tıbbî Müdahalelerden Doğan Hukukî Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara-1991, s.99.

69 KARASU, Sinem: a.g.e. s.90.

Askerî hizmetlerin görülmesi ve acele hallerde kamu düzeni ve kamu güvenliğinin korunması için kanunla gösterilen istisnalar saklıdır." Anayasamız hukuk kurallarına aykırı emrin yerine getirilmeyeceğini; ancak üst makam emrini yazılı olarak bildirmesi ve ısrar etmesi hâlinde emri yerine getirenin sorumlu olmayacağını, bununla beraber konusu suç teşkil eden emir nasıl verilmiş olursa olsun yerine getirilmeyeceği, getirenin de sorumluluktan kurtulamayacağını belirtmiştir. Mezkûr hükmün birinci ve ikinci fıkrası arasında çelişki var gibi görünse de üçüncü fıkra kanun ile gösterilen istisna hallerinde emrin yerine getirilmesi gerekliliğini vurgulamıştır. Ceza Kanunumuzda konusu suç teşkil eden emri uygulayanın cezalandırılacağı düzenlenmiştir(TCK Md 24/3f).

"Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz" (TCK Md. 24/2f).Hukuka uygun olarak yetkili bir merci tarafından verilen emir ve emir verilen şahsın icraya yetkili olması gerekir. *"Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hâllerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur."* (TCK Md. 24/4 f).

Hekim hastanın sırrını açıklaması hâlinde suç işlemiş olur.Hekime hastasının sırrını açıklamasını yetkili mercileri olan; Sağlık Bakanı, Müsteşar, Baş Hekim ve klinik şefi gibi amirleri emrettiği için yerine getirirse kişisel verilerin açıklanması suçunu(TCK.Md.135.-136.-137) işlemiş olur. Hukuka uygunluk nedeni açısından, *"bu konuda örnek olarak, bir kişinin zehirlenerek öldürüldüğü şâyiası üzerine bir şahsın sanık olarak yakalanması; ancak ölenin, hekimin gerçek ölüm nedenini açıklaması hâlinde cezalandırılamayacağı belirtilmektedir."*[70]

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 7. Maddesine göre, *"Poliklinik muayenelerinde gizlilik prensiplerine riayet esastır. Burada, halkın gelenek ve ahlâk kurallarına saygı gösterilir. Hastalar teker teker muayene edilir. Muayene esnasında poliklinik odasında tıp ve yardımcı tıp meslekleri personelinden başka kimsenin bulunmaması gerekir. Ancak hasta isterse ailesinden biri veya bir yakını bulunabilir."* Müşahhas olaylara göre, hekim yetkili merciin emrini yerine getirerek sır açıklamasında bulunabilir. Hekimin yanlış teşhis ve tedavisi neticesi kullanılan ilaçlarla hasta zarar görmüşse hekimin tıbbî hatasının yetkili mercinin emri ile tespitinin istenmesi ile hasta sırrının açıklanması suçu oluşmamaktadır.

5.6. Hakkın İcrası

Türk Ceza Kanunu 26.maddesinin 1. fıkrası, *"Hakkını kullanan kişiye ceza verilemez"* demektedir. Hukuk düzenince tanınmış hak, sahibince kullanılmasının sağlanması gerekir. Hukuka uygunluk sebebi olarak hakkın icrası için şu şartlar gerekmektedir.

70 LOGOZ, Paul: Commentaire du Code Pénal Suisse, Partie Générale (Art.1@ 110) Lausanne-1939, s.782, Nakleden; DONAY, Süheyl: a.g.e. s.129.

1. Hukuk kuralları ile düzenlenmiş ve kullanılması korunmuş hakkın olması gerekmektedir. Hak sırf hukuk kurallarınca önceden konulmuş kurallarla değil, yargı kararları ve idarenin hukuk tasarrufları ile de olabilir.

2. Hukuk kurallarınca tanınmış hakkın fâil tarafından doğrudan kullanılması gerekir.

3. Fâil hakkını; ancak hakkı meydana getiren sebebin sınırları içinde kullanılabilir.

4. Fâil tarafından hakkın kötüye kullanılmaması; ançak, müşahhas olayda objektif ölçüler içerisinde kullanılması gerekir.

Hekim tedavi neticesinde hastasından ücret talep ettiğinde hastası; tedavi olmadım, ücreti tamamen ödedim, ücretin yarısını ödedim, talep edilen ücret karşılığı hizmetlerin bazılarını almadım gibi iddialarda bulunabilir. Hekim hastasından alacağını talep etmek için mahkemeye müracaat eder ve mahkeme de yaptığı hizmetleri açıklamak zorunda kalırsa sır saklama mükellefiyetini ihlâl etmiş olmaz. Yarsuvat ve Bayraktar'a göre, Türk Ceza Kanunu 26.maddesi 1. fıkrası, *"Hakkını kullanan kişiye ceza verilemez"* düzenlemesi hekimlerin hukuk karşısındaki konumunu çok güçlendirecek, mezkûr hüküm ile hekim hakkını icra eden şahıs olması sebebiyle hukuka uygun hareket eden şahıs konumunda olacaktır.Hekimin, "tıp biliminin kuralları ve genel uygulama çizgisi içinde" harekette bulunması ve "tıbbî uygulamanın üzerinde uygulandığı kişi-hasta"yı iyileştirme sağlığına kavuşturması amacı hukuka uygunluk sebebi oluşur.[71] Donay'a göre, hak ettiği ücretini talep eden meslek sahibinin kanunların kendisine tanıdığı hakkı icra etmekte; ancak açıklanan sır ile meslekî faaliyet arasında nedensellik bağı olmalı ve alacak davasında açıklanan sır, davaya konu olay ile ilgili olmalıdır. Olayla ilgili olmayan bilgiler açıklanırsa fiil suç teşkil etmektedir.[72] Hasta teşhis ve tedavide hekimin tıbbı kötüye kullandığını iddia ederse, hekim de açtığı davada bunun aksi olduğunu ispat etmek için hastanın iddiaları ile sınırlı kalmak şartı ile açıklamalarda bulunduğu zaman sır saklama mükellefiyetini ihlâl etmiş olmaz.

5.7. Kanun Hükmünü Yerine Getirme

Türk Ceza Kanunu'nun 24. maddesinin 1. fıkrası, *"Kanun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez"* demiştir. Mezkûr hükümde geçen kanun; hukuk kuralı anlamına gelmekte, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ve genelge gibi tüm mevzu hukuk kurallarını kapsamaktadır. Kanun hükmünü yerine getirme herkese (TCK Md. 190/1f) veya belirli pozisyona sahip olan kişilere olmak üzere yükümlülükler getirebilir. *"Yasal zorunluluk durumlarında hekimin*

71 YARSUVAT, Durgun/ BAYRAKTAR, Köksal: "Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbî Uygulamaların Durumu", Galatasaray Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr. Erden KUNTALP'e Armağan, Cilt:II, İstanbul-2004, s.65.

72 DONAY, Süheyl:(Sır) a.g.e. s.133

rapor düzenlemesi de meslek sırrının açıklanması anlamına gelmez" (HMEK. Md.9/3f). Kanun hükmünü yerine getiren şahıslar kanunun verdiği yetkilerin sınırları içerisinde kalmalıdırlar.

Hekim, kanun hükmü nedeni ile suç ve suçluları ihbar mükellefiyetinde hukuka uygunluk gerçekleştiğinden sır saklama mükellefiyeti bulunmamaktadır(TCK. Md. 279, 280). *"Tabip ve diş tabibi meslek ve sanatının icrası vesilesi ile muttali olduğu sırları kanunî mecburiyet olmadıkça ifşa edemez."* (TDN.Md 4/1f) ." *Hekim yasal zorunluluk olmadıkça... vermeyecektir"* (HMEK.Md. 31).

Türk Ceza Kanunu'nun "Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" başlıklı 279.Maddesinin 1. Fıkrası, *"Kamu adına soruşturma ve kovuşturmayı gerektiren bir suçun işlendiğini göreviyle bağlantılı olarak öğrenip de yetkili makamlara bildirimde bulunmayı ihmâl eden veya bu hususta gecikme gösteren kamu görevlisi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. "* demektedir. Mezkûr hüküm genel nitelikte olup, özel kanunla düzenlenmiş durumlarda ki hükümler uygulanır. Sağlık Mesleği personeli ister kamuda ister özelde çalışsın suçu bildirmesi gerekir. Türk Ceza Kanununun 279.maddesi, "Kamu görevlisinin suçu bildirmemesi" başlığı ile madde metnindeki "kamu görevlisi" ifadesi devlet kurum ve kuruluşlarındaki sağlık personelini kapsamaktadır.

Türk Ceza Kanunu'nun "Sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi" başlıklı 280.Maddesini göre, *"(1) Görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır."* Kanaatimizce, TCK 280. maddesinin Anayasa hükümleri karşısında yerindeliği tartışılabilir.Diğer taraftan hüküm etik değildir.Hükümle, sağlık hakkı ile kamu düzenini koruma hakkı birbiriyle çatışmaktadır.Temel hak olan hayat hakkı bu hükümle ihlâl edilmekte, kamu düzeni hayat hakkından daha üst seviyeye getirilmektedir. Hüküm " sağlık mesleği mensuplarının suçu bildirmemesi başlığı" ile devlet kurum ve kuruluşlarında çalışan personeli değil, özel sektörde çalışan sağlık personelinden bahsetmektedir. Hekim görevini yaptığı sırada suçu öğrendiği zaman ihbarda bulunması gerektiği için, Türk Ceza Kanunu'nun 280.maddesinden hekimi mesul tutamayacağımız gibi genel suç bildirme hükmü, *"işlenmekte olan bir suça yetkili makamlara bildirmeyen..."*(TCK. Md. 278/1f) Düzenlemesinden dolayı "işlenmiş suçlardan" bahsedilmediği için hekim sorumlu değildir. Türk Ceza Kanunu'nun 280.maddesini ihlâl suçunda saik önemli olmayıp genel kastla işlenmesi yeterlidir.Sağlık personeli suçu; bilerek, isteyerek bildirmeyecek veya geciktirerek bildirecektir.

Hekimin ihbar yükümlülüğü, mezkûr hükümlerde bir suçun işlendiği yönünde ifadesi ile bütün suçlar için geçerlidir. Kanaatimizce, hekimin ihbar ettiği

suçun kamu adına kovuşturulması gerekir. Mağdurun şikayeti neticesi dava konusu olan suçlarda da hekimin ihbar mükellefiyeti vardır.

Türk Ceza Kanununun 280. maddesinin 1.fıkrası," *.....suçun işlendiği yolunda bir belirti .....*" den bahsetmektedir.*Belirti: " Emare; iz; ipucu;bir işle ilgili ipucu; bir eylemin yapılması olasılığını oraya koyan ve fakat başlı başına bir delil nitelik ve kuvvetinde olmayan olgular; emare, diğer deliller tarafından desteklenmesi durumunda yargıç tarafından göz önüne alınabilir."* [73]Mezkûr hükümdeki belirti, suç işlendiği yönünde kuvvetle şüphe uyandıracak durumlardır. Hekim hastanın intiharını sır saklama mükellefiyetini bir tarafa bırakıp kolluk güçlerine bildirmek zorundadır. Hekim suç belirtisini bildirmez ise bir yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılır(TCK Md. 280/1f). Hekime başvuran hasta, fâil veya mağdur olabilir. Hekime başvuracak hasta fâil ise, hekimin ihbar yükümlülüğünden dolayı hekime başvurmaktan kaçınabilir. Mezkûr hükümde "... Durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu durumda gecikme gösteren..." ile ihbarın yetkili mercilere bildirilmesi ve gecikme gösterilmemesi gerektiği aksi halde hekimin cezalandırılacağı anlaşılmaktadır. *" Suça ilişkin ihbar veya şikâyet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına yapılabilir."*(CMK. Md. 15/1f). Hekime ihbar süresi belirtilmemiş olup, yazılı veya tutanağa geçirilmek şartıyla sözlü olarak yapılması gerekmektedir. Kayaer'e göre, hekim suç belirtilerini suçluyu gizlemek için karartıyorsa, suçun maddî unsuruna göre TCK 281 ya da 283. maddelerine göre cezalandırılacaktır.[74]

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 25. Maddesi, tıp fakültesi diploması olmadığı halde hasta tedavi eder veya hekim unvanını kullanırsa bir yıldan altı aya kadar hapis ve para cezasıyla cezalandırılır. 26. maddesi, *"Bu kanunun ahkâmına tevfikan icrayı sanat salâhiyeti olmayan veya her ne suretle olursa olsun icrayı sanattan memnu bulunan bir tabip sanatını icra ederse seksen milyon lira para cezasıyla cezalandırılır."* Mezkûr hükümle şahıs hekimlik mesleği niteliğini taşımıyor veya uygun olarak mesleğe atanmamış ise cezalandırılır. Bu durumda hekim sanatını icraya yetkili ise ve tedavi ettiği hastasına ilişkin suçu bildirmemişse TCK 280 hükmüyle cezalandırılır.

Sağlık mesleği mensubunun kendisi veya yakınları suç işlemeleri hâlinde ihbar mükellefiyetleri için TCK. 280 hükmünde açıklık olmadığından üst norm olan Anayasamızın 38/5f. *"Hiç kimse kendisini ve kanunda gösterilen yakınlarını suçlayan bir beyanda bulunmaya veya bu yolda delil göstermeye zorlanamaz."* Hükmünün esas alınması gerekir. Anayasa hükmündeki "hiç kimse" ifadesi ile istisna tanımadığından sağlık personelinin kendisi veya yakınları görevlerini yaparken suç işlemiş iseler yetkili makamlara bildirme mükellefiyetleri yoktur. Anayasa hükmündeki "yakın" ifadesinin, Türk Ceza Kanunumuzda açıklaması olmadığından Medenî Kanunda düzenlenen kan ve sıhrî hısımlar anlaşılması gerekir (MK.Md.17-18).

73 YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yayınları, Ankara-1996, s.229.
74 KAYAER, Nebahat :a.g.e. s.92.

Hekim, halk sağlığı için tehlikeli olan hastalıkları toplum menfaati ferdin menfaatinden öncelikli olması sebebiyle bildirmek zorundadır. Hekim bulaşıcı hastalıkları bildirmekle suç işlemiş olmaz. Umumî Hıfzısıhha Kanunu'nun 57. Maddesi, "Memleket dahilinde sari ve salgın hastalıklarla mücadele" başlığı altında, *"Kolera, veba (Bübon veya zatürree şekli), lekeli humma, kara humma (hummayi tiroidi) daimi surette basil çıkaran mikrop hamilleri dahi - paratifoit humması veya her nevi gıda maddeleri tesemmümatı , çiçek, difteri (Kuşpalazı) - bütün tevkiatı dahi - sari beyin humması (İltihabı sahayai dimağii şevkii müstevli), uyku hastalığı (İltihabı dimağii sari), dizanteri (Basilli ve amipli), lohusa humması (Hummai nifası) ruam, kızıl, şarbon, felci tıfli (İltihabı nuhai kuddamii sinca- bii haddı tifli), kızamık, cüzam (Miskin), hummai racia ve malta humması hastalıklarından biri zuhur eder veya bunların birinden şüphe edilir veyahut bu hastalıklardan vefiyat vuku bulur veya mevtin bu hastalıklardan biri sebebiylehusule geldiğinden şüphe olunursa aşağıdaki maddelerde zikredilen kimseler vak'ayı haber vermeğe mecburdurlar. Kudurmuş veya kuduz şüpheli bir hayvan tarafından ısırılmaları, kuduza müptela hastaların veya kuduzdan ölenlerin ihbarı da mecburidir."* demektedir. 97. Maddesi sıtmalı hastalıkları, 104. Maddesi frengili hastalıkların ismini, 107. Maddesi zührevi hastalığa yakalananın bulaştırma tehlikesi nedeniyle zorla hastaneye yatırılması ve114. Maddesi de veremli hastaların ikametgah değiştirmelerini bildirmeleri gerekir demektedir.Hekim 24 saat zarfında illerden il sağlık müdürlüklerine ilçelerde sağlık grup başkanlıklarına, hükümet veya belediye tabibi bulunmadığı zaman polis veya jandarma karakollarına bildirmek zorundadır (UHK.Md.58).

Yeni Türk ceza kanununun 280. maddesi, suçların bildirilmesinde suçlar bakımından herhangi bir ayrım yapmadığı için suçun çeşidi ne olursa olsun, hekim teşhis ve tedavi sırasında suç unsuru olan belirtileri bildirmek zorundadır. Hükmün doğrultusunda Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 86. maddesi (Madde değ. R.G.: 5.5.2005/258006), *"Yataklı tedavi kurumlarında muayene ve tedavi edilen vâkıalarda, bir suçun işlendiğine dair bir belirti ile karşılaşılması hâlinde Türk Ceza Kanunu'nun ilgili maddesi gereği gecikmeksizin Cumhuriyet savcılığına veya adlî kolluğa haber verilmesi zorunludur. Ayrıca, yaralı ve cesetten çıkartılan delil niteliğini haiz eşyanın adlî makamlara aynen ve gecikmeksizin teslimi gerekir."* şeklinde değiştirilmiştir.

1587 sayılı Nüfus Kanunu'nun 16. ve 17. maddeleri gereğince, resmî veya özel kurumlarda çalışan hekimlere doğumlarda çocukları nüfusa tescili için görev yüklemiştir.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Bilgilerin gizli tutulması" başlıklı 23.maddesinin1.fıkrası, *"Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz."*

6. SUÇUN KOGUŞTURULMASI VE YAPTIRIMI

Türk Ceza Kanunumuzun " Şahsî verilerin kaydedilmesi" başlıklı 135. maddesi ve "Verileri aykırı olarak verme veya ele geçirme" başlıklı 136. maddesi re'sen kovuşturulacak hükümlerdir. "Özel hayatın gizliliğini ihlâl" başlıklı 134. maddesi ise takibi şikayete bağlı suçlardandır. "Şikayet" başlıklı 139. maddesi, *"(1) Kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme hariç, bu bölümde yer alan suçların soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlıdır "* demekle 124,135,136 maddelerin nasıl kovuşturulacağı düzenlenmiştir. Özel hayatın gizliliği ihlâli suçunun kovuşturulması için sadece mağdurun şikayetinin aranmasıyla kovuşturmaya alınır. Eğer suçtan zarar gören, davanın açılmasında kendi açısından menfaat görürse şikayetçi olur.

Hekim tarafından görüntü ve seslerinin kayda alınması sureti ile hastanın sırlarının ifşa edilmesinde hasta şahsiyetinin rencide olması söz konusu olup, şikayet etmesi de şahsa sıkı sıkıya bağlı olan bir hakkın kullanılmasıdır. Kanun koyucunun hastanın özel hayatının gizliliğinin ihlâlinde suçun takibi için mağdurun şikayetine bırakması gizliliğin daha fazla yayılmaması açısından isabetli olmuştur. Hastanın sırlarını hekim belirli kişilere aktarırken; olay kendiliğinden kovuşturulsaydı, mahkeme aşamasında ve neticesinden daha fazla kişilerin haberleri olması söz konusu olabilirdi.

Özel hayatın gizliliğini ihlâl suçunun (TCK.Md.134) takibi şikayete bağlı olması nedeni ile, hasta fiili ve fâilin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği andan itibaren 6 ay içerisinde şikayette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz(TCK.Md.73/1,2 f). Kusuru olmaksızın süreyi geçirmiş olan hasta, eski hale getirme talebinde bulunabilir.Hasta, kanun yoluna başvuru hakkının kendisine bildirilmemesi hâlinde kusursuz sayılır(CMK.Md.40).Sağlık personelleri; ister ihmâl ile isterse kasten hastanın kayıtlara alınan bilgilerinin gizliliğinin açıklanmasından doğan zararlardan sorumlu olup, tazminat ödemek zorundadır.Dava hekime değil idareye veya özel sağlık kurumuna karşı açıldığı zaman kurum ödediği tazminatı hekime kusuru oranında rûcû eder.Hekim kusurlu bulunulursa işsiz kalabilir veya toplum içerisine çıkamayabilir.[75]

Hasta suçtan zarar gören kişi olarak bizzat kendisi, kendisi mümeyyiz değilse kanunî temsilcisi tarafından suça ilişkin ihbar ve şikayet, Cumhuriyet Başsavcılığına veya kolluk makamlarına, valilik veya kaymakamlığa ya da mahkemeye yapılmışsa mahkemece ilgili cumhuriyet başsavcılığına gönderilir. Yurtdışında işlenip Türkiye Cumhuriyet'inde takibi gereken suçlarda Türkiye'nin yabancı ülkelerdeki elçilik ve konsolosluklarına da ihbar veya şikayette bulunabilir(CMK Md. 158/1,2,3 f). Hasta ölmüş ise, bu dava yakınları tarafından açılamaz.

"Bir kamu görevinin yürütülmesiyle bağlantılı olarak işlendiği iddia edilen

75 GÖÇMEN, Ergin: Tıbbî Kayıtların Tutulması ve Hukuksal Sorumluluk, http://www..hukuki.. net/www. saglikhukuku.net/bilgi/a008.asp Erişim Tarihi: 16.02.2006.

bir suç nedeniyle, ilgili kurum ve kuruluş idaresine yapılan ihbar veya şikâyet, gecikmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir."(CMK. Md.158/4f) Çakmut'a göre, hükmün Cumhuriyet Başsavcılığına suçların ihbar ve şikayeti için "gecikmeksizin" ifadesinin, hükmün diğer fıkralarında yer almamasına rağmen bu fıkralar içinde geçerli kabul ederek, gecikmeksizin ifadesinde süreye ilişkin açıklığın olmaması nedeniyle hâkimin somut olayın özelliğine göre mâkul olan süreyi tespit ettikten sonra ihbar ve şikayetteki gecikmenin gerçekleşip gerçekleşmediğini belirleyecektir.[76] Suçun ihbarının belirli şekli yoktur. Yazılı, sözlü, faks veya telefon ile, basın yayın organlarının yazı ve açıklamaları ile ihbar yapılabilir.[77]Muhbir dilekçeye adını yazarak ya da söyleyerek suçu bildirebileceği gibi, imzasız veya başkasının adını yazarak mektupla ya da adını bildirmeden telefonla da suç duyurusunda bulunulabilir.[78]

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Sorumluluğu" başlıklı 43. Maddesi:*"Hasta haklarının ihlâli hâlinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddî veya manevî veyahut hem maddî ve hem de manevî tazminat davası açılabilir. Ancak, aleyhine dava açılacak merciin kamu kurum ve kuruluşu olması hâlinde;*

a) 2577 sayılı İdarî Yargılama Usûlü Kanunu'nun 12 nci maddesine göre; hakkın bir idarî işlem dolayısı ile ihlâl edilmesi hâlinde ilgililer, doğrudan doğruya tam yargı davası veya iptal ve tam yargı davalarını birlikte açabilecekleri gibi ilk önce iptal davası açarak bu davanın karara bağlanması üzerine dava açma süresi içerisinde tam yargı davası açabilirler.

b) Aynı Kanun'un 13 üncü maddesi uyarınca, zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde maddî ve manevî tazminat olarak istenilen tazminat miktarı ayrı ayrı gösterilerek idareye müracaat edilmesi ve talebin açıkça veya zımnen reddi hâlinde kanunî süresi içinde idarî yargı mercilerinde dava açılması gerekir." demektedir.

Takibî şikayete bağlı suç olan TCK 134.maddesi uzlaşma sureti ile sonuçlandırılabilir.Uzlaşma usûlü ise yine, "

1) Cumhuriyet savcısı, yapılan soruşturmanın durumuna göre, kanunun uzlaşma yapılabilmesi olanağını verdiği hâllerde, fâili bu Kanunun öngördüğü usûllere göre davet ederek suçtan dolayı sorumluluğunu kabul edip etmediğini sorar.

76 ÇAKMUT, Özlem Yenerer: "Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmemesi Suçu (TCK m.280)", Doç.Dr.Mehmet SOMER'in Anısına ARMAĞAN, Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Armağan Özel Sayısı, Cilt:12, Sayı:1-2, Yayına Hazırlayan:Yrd.Doç.Dr. Murat Yusuf AKIN, İSTANBUL-2006, s.1055-1056.

77 ÇOLAK, Haluk/ TAŞKIN, Mustafa: Ceza Muhakemesi Kanunu Şerhi, 2. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara-2007, s.784.

78 YAŞAR, Osman: Uygulamalı ve Yorumlu Ceza Muhakemesi Kanunu 1.Cilt, 3. Bası, Seçkin Yayınları, Ankara-2007, s.815.

2) Fâil, suçu ve fiilinden doğmuş olan maddî ve manevî zararın tümünü veya bunun büyük bir kısmını ödemeyi veya zararları gidermeyi kabullendiğinde durum, mağdura veya varsa vekiline veya kanunî temsilcisine bildirilir.

3) Mağdur, verilmiş olan zararın tümüyle veya büyük bir kısmı itibarıyla giderildiğinde özgür iradesi ile uzlaşacağını bildirirse, soruşturma sürdürülmez.

4) Cumhuriyet savcısı, fâil ile mağdur arasında uzlaşma işlemlerini idare etmek, tarafları bir araya getirerek bir sonuca ulaşmalarını sağlamak üzere, fâil ve mağdurun bir avukat üzerinde anlaşamadıkları takdirde, bir veya birden fazla avukatın uzlaştırıcı olarak görevlendirilmesini barodan ister.

5) Uzlaştırıcı, başvurunun yapıldığı tarihten itibaren en geç otuz gün içinde uzlaşmayı sonuçlandırır. Cumhuriyet savcısı bir defaya mahsus olmak üzere bu süreyi otuz gün daha uzatabilir. Uzlaştırma süresince zamanaşımı durur.

6) Uzlaşma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma sırasında ileri sürülen bilgi, belge ve açıklamalar taraflarca izin verilmedikçe daha sonra açıklanamaz. Uzlaştırmanın başarısız olması nedeniyle daha sonra dava açılması hâlinde uzlaştırma sırasında fâilin bazı olayları veya suçu ikrar etmiş olması davada aleyhine delil olarak kullanılmaz.

7) Uzlaştırıcı, yaptığı işlemleri ve uzlaşmayı sağlayıcı müdahalelerini belirten bir raporu on gün içinde ilgili Cumhuriyet savcısına sunar.

8) Zarar, uzlaşmaya uygun olarak giderildiğinde ve uzlaştırma işleminin giderleri, fâil tarafından ödendiğinde, kovuşturmaya yer olmadığına karar verilir." (CMK. Md. 253).Hekim, meslek sırlarını ifşa ederek hastanın özel hayatının gizliliğini ihlâl suçunu işlemesi ve şikayet hâlinde uzlaşma usûlü ile de sonuçlanması için hastanın maddî ve manevî zararı karşılanmalıdır.

Hekim, sır saklama mükellefiyetini ihlâl neticesi hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Özel yaşamın gizliliği ihlâl suçunu işleyen hekim, 6 aydan 2 yıla kadar hapis veya adlî para cezası ile cezalandırılır. Gizlilik ihlâli görüntü veya sesin kayda alınması ile işlenmişse cezanın alt sınırı bir yıldan az olamaz(TCK Md. 134/1f). Görüntü veya sesler ifşa edilmişse bir yıldan üç yıla kadar basın ve yayın yolu ile işlenmişse ceza yarı oranında artırılır(TCK Md. 134/2f).Kişisel verilerin kaybedilmesi hâlinde 6 aydan 3 yıla kadar hapis cezası verilir(TCK Md. 135).Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme hâlinde bir yıldan 4 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır(TCK Md. 136).Dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu sırrın öğrenilmesi hekimi suçlu kılmaz;[79]ancak hukukî mesuliyet doğurur.[80]Kanaatimizce, sır saklama mükellefiyeti sırf aktif davranışla olmayıp pasif davranışla da mümkündür.Hekim hastanın sırlarının 3. şahıslar tarafından öğrenilmesini engellemesi gerekir.Hastaya ait bilgiler bilgisayarla yazılırsa, be-

79 POLAT, Oğuz: Tıbbî Uygulama Hataları, Seçkin Yayınları,Ankara-2005, s.297, ÖZTÜRK, Aydın: Sağlık Hakkı, T.C. Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul-2001, s.35.

80 POLAT, Oğuz: a.g.e., s.297.

lirli şahısların bileceği şifrelerin kullanılması ve hastaya ait dosyaların kilit altında muhafaza edilmesi gerekir. Aksi hâlde pasif davranışla sır saklama mükellefiyeti yerine getirilmemiş olur.

Türk Tabipler Birliği Disiplin Yönetmeliği'nin 5. maddesinin c fıkrası, *"Geçici olarak meslekten alıkoyma cezası, meslek uygulamasından 15 günden 6 aya kadar süreyle alıkonulmadır.*

Meslekten geçici olarak alıkoyma cezası alanlar, bu süre dolmadan Türkiye'nin hiçbir yerinde özel sağlık kuruluşu açamaz ve resmî veya özel herhangi bir yerde mesleğini uygulayamaz.

Geçici olarak meslekten alıkoyma cezasını gerektiren haller şunlardır:...c) Mesleğin uygulanması sırasında ve meslek sebebiyle öğrenilen hastalara ait sırları yasal zorunluluk dışında açıklamak,...." tır.

7. PSİKİYATRİ HEKİMLERİN SIR SAKLAMA MÜKELLEFİYETİ

Sağlık kavramı içerisine, bedensel sağlıkla beraber ruhsal sağlık girmektedir.[81]

Hastanın psikiyatri kliniğine yatırılmasında 3 temel şart bulunmaktadır. Bunlar; 1. Şahıs başkaları için tehlikeli ise, 2. Kendisine zarar verme durumu var ise, 3. Tedaviye gereksinmesi var ise hastaneye yatırılmalıdır.Bunlar dışındaki amaçlar için hastaneye yatırılması şahıs hak ve hürriyetlerine saldırıdır.[82] Hasta tedavi neticelenmeden hastaneden ayrılmak ister ise, bu isteği bilinçli olduğu takdirde yerine getirilir; ancak, ruhsal hastalıklara tutulmuş olanlar hakkında durum farklıdır.[83]Hastanın iyileştiğine veya evde bakılmasına karar verildiği zaman gönderilir.

Hekime ruh sağlığını iyi hissetmeyen şahıs korkusuzca başvurabilmeli ve anlatacağı sırların aralarında kalacağına ilişkin herhangi bir tereddüt yaşamamalıdır.

Hekim ve hemşirenin hastası ile arasında oluşacak olan iletişimin ayrıcalıklı olabilmesi için kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Örneğin: ABD'de, 33 eyalette hekimle hastası arasındaki iletişimin gizliliği, beş eyalette de hemşire ve hastası arasındaki iletişimin gizliliği kanunlarla korunmuş bulunmaktadır. Ayrıcalıklı iletişim denen bu hâlde hekim ve hemşire hastaya zararlı olacaksa herhangi bir bilgiyi mahkemede dahi vermeme hakkına sahiptir.[84]Hastaya ait genel

81 ZEVKLİLER, Aydın: "Tedavi Amaçlı Müdahalerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları", Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Diyarbakır-1983, s.19.

82 ÖZCAN, Ayşe. "Psikiyatride Hasta Hakları ve Psikiyatri Hemşireliği Uygulamasına Yansıması", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt:5, Sayı:1 , Ankara-1997, s.20.

83 ATABEK, Reşat: "Hastanelerin Sorumluluğu",İstanbul Barosu Dergisi, Cilt.60, Sayı.4-5-6, İstanbul-19 ,s.645.

84 ÖZCAN, Ayşe:a.g.m. s.127.

tıbbî bilgiler hastaya bildirilir; fakat hekim tespitlerine dayanan psikiyatrik bulgu ve değerlendirmeler ve üçüncü şahıslar ile ilgili edilen bilgiler var ise bunlar hastaya söylenmez. Hekim, psikiyatri hastasına rapor vermesi veya ona sözlü açıklamalarda bulunması doğru değildir Hasta kendisi ile ilgili belgelere nesnel olarak çıkarını ileri sürdüğü zaman bakabilir; fakat hastanın sırf tedavisi ya da başkaca korunması gereken çıkarları zarar görmeyecekse hastane yönetimi de kendisine ait belgelere bakabilir.[85]

ABD'nin Kaliforniya eyaletinde sürekli olarak psikoterapiste hasta, psikoterapi seansları sırasında Bayan Tarasoff'u öldüreceğini söylemesi üzerine terapist bunu polise bildirmiş, biraz tutuklu kalan hasta daha sonra Bayan Tarasoff'u öldürmüştür. Olayın mahkemeye intikal etmesi üzerine mahkeme Bayan Tarasoff'u uyarmadığı için psikoterapisti suçlu bulmuştur. Bu kararla hekimler başkalarının hayatlarını tehdit eden bilgileri ilgili şahsa bildirmekle vazifeli sayılmışlardır.[86]

Hekim asistanlık görevine başladığı yıllarda bir psikiyatri kurumunda çalışırken başından geçen olayı şu şekilde anlatmaktadır. *"Hastanede yatan yaşlı bir bayan hasta vardı. Hastaneye [manik atak(manikdepresif psikoz)] nedeni ile yatmıştı. Gece saat 01.00 civarında bir telefon geldi Telefondaki genç adam, kendisinin hastanede yatmakta olan bu bayanın yurt dışında yaşayan yeğeni olduğunu ve hastaneye yattığını duyduğunu, uzaklarda olduğu için ziyarete gelmediğini,... aktarmaktaydı....Bu kişi bu konudaki üzüntüsünü ve vicdan azabını o kadar çok iletti ki dayanamadım ve hasta hakkındaki bilgileri tek tek sıraladım. ...Ardından kişi hastalığın genetik bir yönü olup olmadığını sorduğunda, böyle bir şansın olduğunu, hastalığın toplumda görülme sıklığına oranla birinci derece akrabalarında görülme oranının on kat daha fazla olduğunu belittim. Ertesi gün hastaneye gelen genç bir kız bana [siz benim hayatımı mahvettiniz.Benim nişanlımım beni terk etmesine neden oldunuz.Annemim hastalığını nasıl başkasına anlatır ve bunun genetik geçişli olduğunu söylersiniz."*[87] Kamu çıkarının korunması pahasına, psikiyatrik açıdan da medya etiği açısından da hastanın gizliliğini ihlâl etme sorunlu bir konu olarak düşünülebilir; fakat hekimlerin önemli oranda bu konuda hastaların da katıldığı programları onaylamıyor oluşları bu konunun kişinin gizliliğine her halükarda bir müdahale olduğunu düşünmeleri olabilir.[88]

" Sonuç olarak ülkemizdeki psikiyatristler eğitim amacı taşıyan, hasta rızasının alındığı video görüşmesinin gösterimini gizliliğin ihlâli olarak görmemektedirler. Ensest vâkıasında adlî birimlere bildirmeye daha çok eğilimlidirler. Canlı

85 ENGELHARDT, Dietrich: Tıbbın Genetik Yaşamında Etik, Araştırmadan Terapiye Disiplinler Yelpazesi, Tercüme Eden: NAMAL, Arın, 2000, s.166.

86 ÖNAL, Mehmet Ali: "Hasta Haklarında Mükemmeli Yakalamak", Yeni Türkiye Dergisi, Sağlık Özel Sayısı-II, Yıl.7, Sayı:40, Temmuz-Ağustos, Ankara-2001, s.1815.

87 SAVAŞ, Haluk A.: "Psikiyatride Hekim- Hasta İlişkilerinde Gizlilik", Popüler Psikiyatri Dergisi, İstanbul- 2003, Sayı:13.

88 COŞKUN, A/ SAVAŞ, H.A / HAYRAN,O/ GERGERLİOĞLU, HS/ ARKONAÇ ,O: "Türkiye'deki Psikiyatristlerin Hasta-Hekim İlişkisinde Gizlilik Hakkında Görüş Ve Tutumları",Anadolu Tıp Dergisi, 4, Gaziantep-2002, s. 33.

yayınlarda hasta hekim ilişkisinin alenen gerçekleşmesini büyük oranda doğru bulmuyorlar. HIV (+) hastanın durumunu yakınlarına daha yüksek oranda bildirmek yanlısıdırlar. Bu sonuçlar ülkemizdeki psikiyatristlerin hasta-hekim ilişkisinin gizlilik ilkesinin sınırlarının dar tutulmasını üçüncü kişilerin veya kamu yararının olduğu durumlarda onayladıklarını, fakat TV veya radyoda hastanın da katıldığı programlarda hastalıkların tartışılmasında "kamu yararı"nın hasta gizliliğini bozma konusunda yeterli bir sebep oluşturduğu yönünde bir kanaate sahip olmadıklarını düşündürtmektedir. Bu makalede araştırma konusu yapılan sorunların etik uzmanları, adlî tıp uzmanları, hukukçular gibi ilgili diğer meslek sahipleri arasında da araştırılması daha bütünlüklü bir yaklaşımın edinilmesinde katkısı olacağını düşünüyoruz. Ayrıca psikiyatristlerin eğitiminde etikle ilgili konuların işlenmesi, hekimlerin gizlilik konusundaki tutumlarının çağdaş etik normlara uyumluluğunu artırabilir."[89]

8. HEKİM-ECZACI VE PERSONELLERİNİN SIR SAKLAMA MÜKELLEFİYETİ

Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğünün 4. maddesine göre, *" Eczacı meslek ve sanatının icrası sırasında öğrendiği sırları, kanunî sorumluluk olmadığı sürece ifşa edemez."*Hasta, tedavisine bağlı olarak ilaçlarını temin ederken ilişki kurmak mecburiyetinde bulunduğu eczacı ya da sağlık alanında hizmet veren diğer kişi ya da kurumlara da mecburî olarak bilgi verebilir.[90] Belgesay, eczacıların da doktorlar gibi sır saklama mükellefiyetine sahip olduğunu, bundan dolayı reçete münasebeti ile bir şahsın hastalığını öğrenmişlerse bunu ifşadan memnun olduklarını söylemektedir[91]Sert, eczacı kalfasının da hastaya ait sırları saklama mükellefiyetinde olduğunu söylemektedir.[92]Eczacılar reçete karşılığı verdiği ilaçların faturalarını reçete ile beraber, çalıştığı veya emekli olduğu kuruma gönderirler. Kurumda tahakkuk memurları ve var ise sağlık memurları reçeteyi kontrol ederler.Reçeteler tahakkuk biriminde kalır, faturalarda ödenmesi için malî işler birimlerine gönderilir.Reçeteler ve faturalar teftiş ve dava konusu olduğu zaman istenerek incelenir. Bu süreçlerde reçete ve fatura bilgilerine vakıf olan kimselerin sır saklama mükellefiyetleri vardır.Eczacıların hastalar için kendi yaptıkları ilaç olan majistral ilaçlar hakkında da sır saklama mükellefiyetleri bulunmaktadır.

Değer, mahremiyetin her zaman ve her yerde saklanması ve bunun garanti edilmesi gerektiğini, eczanede bulunan üçüncü şahıslar örneğin; ziyaretçiler,

89 COŞKUN, A./ SAVAŞ, H.A. / HAYRAN,O./ GERGERLİOĞLU, H.S./ ARKONAÇ ,O.:a.g.e. , s. 35.

90 SERT, Gürkan: Hasta Hakları, Babil Yayınları, No:44, İstanbul-2004, s.190.

91 BELGESAY, Mustafa Reşit: "Doktorun Hukukî Borçları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt. X1,Sayı. 3-4, İstanbul- 1945, s. 127.

92 SERT, Gürkan: "Sağlık Hizmetlerinde Meslek Sırrı ve Tanıklıktan Çekinme", 3. Ulusal Tıp Birliği Kongre Kitabı, Cilt. 2, Bursa-2003, s.858.

özel şahıslar, diğer servis elemanları, ilaç mümessilleri ve eczane ile ilgili olmayan şahıslar da; ne tedaviyi ne de hastayı ilgilendiren konuları açıklayamayacağını söylemektedir.[93] Hastalara ve özellikle ruh ve sinir hastalarına reçete edilen ilaçların okunamaması veya kullanım şeklî eczacı ve çalışanları tarafından açıklanırken mahremiyet sınırlarına riayet edilmesi gerekir.

2 Kasım 2007 tarih ve 26688 sayılı Resmî Gazetede yayınlanmak suretiyle, Eczaneler ve Eczane Hizmetleri Yönetmeliği'nin 22. maddesine aşağıdaki fıkra eklenmiş bulunmaktadır. "İnternet, faks, telefon, kurye, komisyoncu ve benzeri yollarla eczanelere gelen reçeteler kabul edilmez.Eczanelere bu yolla gelen ilaç talepleri kabul edilmez." Hükmü ile reçete mahremiyeti teminat altına alınmaya çalışılmıştır.

1998 tarihinde Sydney'de Uluslararası Eczacılık Birliği Toplantısı'nda (Federation International Pharmeceutique FTP) Eczacılık ilkeleri 16 madde olarak genel kurulda kabul edilmiş, " Eczacılar İçin Deontoloji Kurallarının Anahatları" başlığı altında "International Pharmacy Journal " 1989 sayısında yayınlanmış, bu ilkelerden biri de sır olup, yine " Eczacı, kanunların kaldırdığı durumlar dışında meslek sırrına uymak zorundadır" demektedir.

9. SAĞLIK ÖĞRETİMİNDE SIR SAKLAMA MÜKELLEFİYETİ

Tıp fakülteleri veya diğer sağlık okullarında eğitim ve öğretim sırasında hasta hakkında öğrenilen bilgilerin öğretim elemanları ve öğrenciler tarafından ifşa edilmemesi gerekir. Öğretim elemanları tarafından hastalık vâkıaları anlatılırken hastanın kimliği açıklanmamalı veya kimliğini belirleyici ipuçları verilmemelidir. Sır saklama mükellefiyetine sırf sağlık öğretimi yapan tıp fakülteleri ile sağlık yüksekokullarında değil, sağlıkla ilgili derslerin okutulduğu her okulda uyulması gerekir. Örneğin, hukuk fakültelerinde okutulan adlî tıp dersleri hukuk veya tıp fakültesi öğretim elemanları tarafından anlatılır. Kadavranın otopsisinde edinilen bulgular öğrenci ve öğretim elemanları için sır saklama mükellefiyetleri sınırları içerisindedir.

Tıbbî Deontoloji Tüzüğünün 4. maddesinin 2. fıkrası, *"Tıbbî toplantılarda takdim edilen veya yayınlarda bahis konusu olan vâkıalarda, hastanın hüviyeti açıklanamaz."* demektedir. Tıbbî konularla alakalı olarak toplantılarda tebliğ sunma ve şifahî olarak görüş bildirmede veya yazılan makalelerde hastanın kimliğinin gizlenmesine riayet edilmesi gerekir.Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Bilgilerin gizli tutulması" başlıklı 23.maddesinin 4.fıkrası, *"Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz."*

93 DEĞER, Mebrure: " Hastane Eczacılığında Sır", Türkiye Klinikleri Tıp Etiği- Hukuku-Tarihi Dergisi, Cilt: 5, Sayı: 3 , Ankara-1997, s. 135.

10. SAĞLIK KURUMLARINDA PERSONELLERİN SIR SAKLAMA MÜKELLEFİYETİ

Kamuya ait sağlık kurumlarında hasta yığılmaları ve bilgisayar kayıtları hasta mahremiyetine ve sır hakkının çiğnenmesine yeterince zemin oluşturacaktır. Bunun için her sağlık çalışanı, hastanın sırrını ve mahremiyetini korumak için özen göstermelidir.Sağlık çalışanlarının hastanın değerlerini yargılama hakkı yoktur.Ahlâkî değer çatışmasına girerek hastanın tedavisine engel olmamalı, tersine değer çatışmalarında hastanın yanında yer almalıdır.[94]

Hekim hastasını teşhis ve tedavi ederken tedavi süreçlerinde başka hekimler ve diğer sağlık personelleri de bulunabilmektedir. Hastanın sırrını saklamakta bütün sağlık personeli hastaya karşı yükümlüdürler. Teşhis ve tedavi sürecinde hekim, hasta ile ilgili tüm işleri kendisi yapmaz. Hastanın dosyasının muhafazası, yazışmalar, hastaya ait ilaç ambalajlarının atıldığı tıbbî atık kutularının tahliyesi bizzat hekim tarafından yerine getirilmediği için bu gibi görevlerde bulunan personellerin de sır saklama mükellefiyeti bulunmaktadır. Hasta Hakları Yönetmeliği'nin "Bilgilerin gizli tutulması" başlıklı 23.maddesinin 3.fıkrası, " *Hukukî ve ahlâkî yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukukî ve cezaî sorumluluğunu da gerektirir.*" Kamu sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan sağlık personeli sır saklama mükellefiyetine uymazsa idare hukuku ve ceza hukuku kuralları uygulanır. Özel sağlık kurumlarında ise, hekimler ve hastane işleten tacirler olmak üzere tüm sağlık personelleri hastane kabul sözleşmesinden hastaneden taburcu olup ayrılana kadar hastaya ait tüm bilgileri saklamak durumundadır. Hasta taburcu olduktan sonra da sırlarının açıklanmaması gerekir. Hastane işletmecisi hastanın sırrını ifşa ederse haksız fiil sorumluluğu (BK. Md. 51., 100.) ve hatta doğrudan Borçlar Kanununun 96. maddesiyle sorumludur. Hekim ve diğer sağlık personelleri ise borçlar kanunun 41. maddesi ve devamı maddeleriyle aleyhlerine dava açılır. Sır saklama mükellefiyetini ihlâl, sözleşmeye aykırılık ve haksız fiil sorumluluğunu gerektirir. Özel Hastaneler Tüzüğü'nün "Bildirme yükümü" başlıklı 40. maddesi, *"Bildirilmesi zorunlu hastalığa yakalanmış olanlardan iyileşmeden çıkanlarla bulaşıcı hastalık taşıyıcıları (portör) ile gidecekleri yerler, sorumlu müdürlerce ilgili makamlara bildirilir."* demektedir.Danıştay , *"Açılan bu dava sonucunda, İzmir 1 Nolu İdare Mahkemesince, davalı idarece olayın hastane görevlilerince basına intikal ettirilmediğinin savunulduğu, ancak davacının ismini, mesleğini bildirip, fotoğrafını çektirerek tüm yaşamında kendisinin aleyhine sonuçlar doğurabilecek biçimde AİDS hastalığı olduğunu basına duyurabileceği düşünülemeyeceği gibi, davalı idare savunması içeriğinde de olayın basın mensuplarına hastane görevlileri tarafından iletildiğinin açıkça belirtildiği, yanlış olarak konulan AİDS teşhisi*

94 SARI, Nil: "Tıp Uygulamalarında Etik İletişim ve Hasta Hakları", Sağlık Düşüncesi ve Tıp Kültürü Dergisi, Aralık-Ocak-Şubat, Ankara-2007,.s.87.

henüz kesinleşmeden hastalığın basına sızdırılması olayında davalı idarenin hizmet kusuru bulunduğu açık olup, davacının bu olay nedeniyle işsiz kalması sonucu uğradığı zararın tazmini gerektiği, ...karar verilmiştir..... Davalı idare tarafından, anılan idare mahkemesince verilen 4.5.1994 tarih ve E:1992/770, K:1994/557 sayılı kararın,.....basın mensuplarının özel olarak davacı hakkında bilgi verilmek için çağrılmasının söz konusu olmadığı, basın mensuplarının hastayı tespit ederek haberciliği yerinde ve olaya uygun kullanmadıkları bir yayın faaliyetinin sonuçlarından Bakanlığın sorumlu tutulamayacağı, ...ileri sürülerek temyizen incelenip bozulması istenilmektedir..... Bozulması istenen karar, usûl ve hukuka uygun olup dilekçede ileri sürülen temyiz sebepleri kararın bozulmasını gerektirecek nitelikte görülmediğinden temyiz isteminin reddi ile bozulması istenen kararın onanmasına 31.1.1996 gününde oybirliği ile karar verildi."[95] diyerek hastanın mahremiyet hakkına ve Sağlık Bakanlığı personelinin (idarenin) sır saklama mükellefiyetine karar vermiştir.

Günümüzde hasta bilgileri bilgisayar ortamına kaydedilmekte olup, özellikle sigorta şirketlerinin hasta bilgilerine ulaşmak istemeleri nedeniyle hastanın sağlık durumu teşhis ve tedavi aşamaları, tedavi prognozunda kullandığı ilaçlar hastanın gerek sağlığında gerekse ölümünden sonra da korunmalıdır.Bu mükellefiyet; hekime, bütün sağlık personeline, özel sağlık işletmesi sahibine aittir; aksi takdirde hastanın özel ve meslek hayatı maddî ve manevî zararlar görebilir.

Sır saklama borcuna aykırılık hâlinde somut olayın özelliklerine göre hekim veya kurum sorumludur; fakat sırlarının izinsiz olarak ifşa edildiğinin ispat yükü hastaya aittir.[96]

AV. İDRİS KILINÇKAYA -Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Evet bizde kendisine çok teşekkür ediyoruz. Bir katkı başlıklı; Sağlık Bakanlığı aydınlatılmış rıza konusunda bir yönetmelik taslağı hazırlamıştır. Önümüzdeki günlerde Bakanlık internet sayfasında herkesin görüşüne sunulacaktır. Mehmet Kaymakçı, Sağlık Bakanlığı Hasta Hakları Şube Müdürü. Bizde kendisine teşekkür ediyoruz. En kısa zamanda bu yönetmeliği bizde incelemek isteriz. Şimdi yazılı olarak bir takım sorular geldi. Ben ilgilisi olduğunu düşündüğüm soruları sunuculara aktardım. Onu da alalım. Yalnız uzman Doktor Erol Afşin galiba sorusunu sözlü sormak istiyor o yüzden hasta hakları konusunda kısa bir soru soracağını bana iletmiş. Artık sadece sizin için bu yöntemi bozalım. Madem bu kadar ısrarcısınız bu konuda.

95 Danıştay 10. Dairesinin 31.10.1996 Tarih ve Esas:1994/5314, Karar:1996/294 (Karar ilk kez yayınlanmaktadır).

96 HATIRNAZ, Gültezer: Özel Hastanelerinin Hukukî Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara-2007, s. 81.

UZ. DR. EROL AFŞİN - Az önce söylediniz mini korsan bir bilgi olmak için soruyu böyle yazdım anlamışsınızdır. Az önce Şube Müdürümüz söyleyince bizim bilgi kaynağımız arkadaşlar lütfen sağlık.com.tr'ye girsinler hasta hakları konusunda şube müdürlüğümüz ve Bakanlığımız çok değerli çalışmaları var, daha önceki sempozyumlarda Hasta Hakları Şubemizde, etik kurulu şubemizden sempozyumları taradım bilgi aldım. Onlarda tabii ki sabahki tartışmalarda dermek başkanları ve diğer konularda tartışmalarda keşke o arkadaşlarda olsaydı. Çünkü onların da bilgilendirme hakları olduğunu sanıyorum. Çok değerli katkılardan daha önce söylemiştiniz beraber çalışma konusunda arkadaşlara bilgi olsun diye söylüyorum. Teşekkür ederim.

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Çok teşekkür ederiz, sağ olun. Evet Bedia Hanım sizde iki tane soru olacak galiba.

AV. BEDİA BORAN - Ankara Barosu Sağlık Hakları Kurulu Başkanı - Bana iki de sonradan geldi bilmiyorum kaç tane soru yanıtlayabiliriz. Sizin bir sınırlamanız varsa. En kısa sorudan başlamak istiyorum. Hemşirelerin de aydınlatma yükümlülüğü var mı diye bir soru gelmiş. Hemşirelerde eğer hasta üzerinde tıbbi müdahale sayılabilecek bir işlemde bulunurlarsa bu işlemle ilgili aydınlatma yükümlülüğünün olduğunu düşünüyorum. Yine şöyle bir tartışmalı konuya ilişkin bir soru var. soruyu soranın adı yazmıyor. Hastanın tedaviyi reddetme hakkı bağlamında eğer hasta kendisine yapılacak müdahaleyi reddediyorsa ve bu durum örneğin hamile bir kadında, kadın doğum aşamasında gerçekleştiğinde bebekle ilgili olası bir olumsuz durum meydana getirirse hasta müdahaleyi reddettiği için müdahale yapmayan sağlık personelinin sorumluluğu nedir? Diye bir soru gelmiş. Eğer hasta kendisine reddettiği takdirde reddetmenin nelere yol açabileceği kendisine açık ve tam olarak anlayabileceği kadarıyla anlatılırsa bence sağlık personelinin sorumluluğu doğmaz diye düşünüyorum.

Bilmiyorum bu konu sanırım çok tartışmalı konu. Farklı disiplinlerden yada farklı bakış açılarına sahip insanlar farklı cevaplar verebilirler ben böyle düşünüyorum. Sayın Doktor Nezih Varol ameliyatın genişletilmesinde acil zorunluluk olarak ele aldığınızı anlayarak, bu durumda rıza alınmış sayılır dediğinizi anladım. Eğer doğru anladım ise bu hastanın kendisi ile ilgili karar vermeğe bir kişiyi yetkili kılmasını aramak şartı hukukta yok mudur? Bu durum aslında ameliyatın genişletilmesi durumu buradaki sorun zorunluluk hali ile ilgilidir. Burada hastayla hekim arasındaki ilişki, hekimin yaptığı müdahale yani başka bir ameliyat yapması yada ameliyatı genişletilmesi durumu vekaletsiz iş görme hükümleri çerçevesinde değerlendirilebilir.

Eğer o sırada birinin rızasına baş vurulacaksa hasta ehliyetsizse, küçükse yada kendisini temsile yetkili biri varsa, bu konudaki görüşlerini bilen biri varsa onun onayına baş vurulabilir diye düşünüyorum.

Yine bilgilendirilmiş rıza ile ilgili Sayın nezih Varol soru sormuş. Bilgilendirilmiş rıza ile aydınlatılmış onam arasındaki farkın hukuki boyutunu açıklar mısınız? Sorunun tam anlaşılması için açıklama yapılmış burada birde. Bir tedavinin genel tababet içindeki şekli ve komplikasyonlarının açıklanması hasta hakkının hastaya sayfalarca yazılı verilmesi aydınlatılmış onam olarak kabul edilebilir mi? Bence bu aydınlatılmış onamın ötesinde mevcut hastanelerde dağıtılan bu formlar daha çok sorumsuzluk anlaşması niteliğinde şeyler hastanın yada hekimin sorununu ortadan kaldırmaya dönük, hastaya risklerinin anlatıldığının var sayıldığı metinlerdir. Aslında hastanın kendi üzerinde yapılacak tıbbi müdahale hakkında tam olarak aydınlatıldığı anlamına gelmez. Yine bilgilendirilmiş rıza ve aydınlatılmış onam arasında aydınlatmanın daha geniş boyutlu bilgilendirmenin ötesinde onu kapsayan bir sözcük kavram olduğunu düşünüyorum. Yine rıza, rızada aksine onamın onama göre daha üst ve daha kapsayıcı bir sözcük. O yüzden bunların ikisini de belki de iki kavramı da karşılaması açısından aydınlatılmış rızanın daha kapsayıcı bir kavram olduğunu düşünüyorum. Teşekkür ederim.

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Bir soru daha var.

KATILIMCI - Çoğu büyük hastaneler, özellikle büyük özel hastaneler akredite olumsuz hastaneler olup, Amerika ve Avrupa'daki sistemle ortak çalışıyorlar. Bu kapsamda hastayı bilgilendiren tetkiklerden sonra ameliyat olması gereken bir hastaya bunu anlatıp herhalde bunu bir doktor arkadaşımız yazmış tam doktor yazısı gibi

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Ses geliyor mu? Tamam.

KATILIMCI - Büyük hastaneler özellikle özel hastanelerden bahsediyorum. Bütün klinikleri içinde taşıyan bunların çoğu yurt dışındaki hastanelerle Harvard Üniversitesi gibi veya İngiltere'deki hastanelerle akredite oluyorlar. Akredite olmaları onların gelip burada hastanenin tüm koşullarının yerinde olmasını gerektiriyor. Bu hastanelerde dışarıyla bağlantılı çalıştıkları için aynı sistemi uyguluyorlar. Amerika'da biliyorsunuz tıp hukuku çok ilerlemiş vaziyette her şey formlarla yapılıyor, hastayla konuşuluyor, her şey anlatılıyor.

Bir örnek vereceğim. Mesela bir beyin cerrahı belle ilgili omurilikteki kaymayla ilgili disk ameliyatı olmasını söylüyor hastasına. Yani yaptırıyor tetkikleri disk ameliyatı olması lazım, disk ameliyatının nasıl olacağı toplumda herkes tarafından biliniyor bel ameliyatının bunun tabii ki riskleri de anlatılıyor. Ama bu böyle uzunca bir form olarak doktorlar tarafından profesörler tarafından tabii ki yazılmıyor. Bunu hepimiz biliyoruz yaşamımızda hastaneye gittiğimizde veya doktorlarla konuşmamızda. Sonra yeni bir moda çıktı zannediyorum, ben bir avukatım ama yani doktorlardan yana da olmak lazım zaman zaman. Koca koca

adamlar hayatlarını vermişler bu mesleğe, hastalarınla konuşuyorlar, muayene ediyorlar, anlatıyorlar bu böyle olur, şu şöyle olur tetkikleri. Ameliyat ediyorlar ondan sonra da hasta yok benim ağrım geçmedi, şu oldu ben aydınlatılmış bilgilendirilmiş onam içinde değildim, benim rızam yoktu ameliyattan sonraki bir olayı anlatıyorum. Bana hastanede form imzalatıyorlar. Formu görüyorsunuz formun üzerinde doktorun her şeyi anlattığı bilgilendiği, orada kutular var çünkü. Bunu oturup kimse hastanede uzun uzun yazmaz. Şu konuda bilgilendirildi, şu konuda ameliyat olacağı söylendi deniliyor ve sonra bu formlara şimdi matbu belgelerdir diye çok itirazlar gelmeye başladı ve yeni yeni davalar türedi. Zannediyorum çok Amerikan filmi seyretmemizden de öteye gitmiyor. Herkes şimdi bir tazminat davası açıyor. Aydınlatılmış onam tarafımdan verilmedi bu nedenle ameliyatta şu oldu bu oldu gibi tartışmalar çıkmaya başladı. Bu matbu belgelerdeki hemşireler, doktorlar bunu konuştuktan sonra altını imzalıyorlar, hastane kayıtlarına geçiyor ve asla değiştirilemiyor, el sürülemiyor bu kayıtlara bir kere yapılıyor, tarihini dahi yanlış atsanız bir daha gidip düzeltemiyorsunuz bunu akreditasyon nedeniyle. Bu aydınlatılmış onam mıdır? Değil midir? Biz hukuçular bunu çözmek durumundayız. Çünkü davalarda savunmaları buna göre yapacağız. Yani doktorların bu tür doldurulmuş formlara yazılmış şeyleri için siz bir işin uzmanı olarak Bedia Hanım ne düşünüyorsunuz?

AV. BEDİA BORAN - Ankara Barosu Sağlık Hakları Kurulu Başkanı- Bu işin uzmanı değilim ama şimdiye kadar öğrendiklerim, öğrendiğim bilgiler çerçevesinde sizi yanıtlamaya çalışayım. Şöyle. Formlarla yapılan bilgilendirme aslında aydınlatma anlamına gelmez bence. Çünkü o form herkese verilen belki de dediğiniz gibi mesela bir hastanenin avukatı tarafından hazırlanmıştır. Müdahale bizzat yapacak hekimin hastaneyle karşı karşıya gelip durumu, risklerini her türlü hastanın kendi algılama düzeyine, eğitim durumuna, kişisel durumuna göre yaptığı bir işlem değildir. Bu nedenle de buradaki formla yapılan işlem aslında tam bir aydınlatma sayılamayabilir ama yüz yüze görüşülerek yada bazı konularda örneğin formda sorular hasta o konudaki boşlukları kendisi doldurarak yaptığı işlemin daha etkili olabileceğini düşünüyorum.

KATILIMCI - Birde şöyle bir şey söylüyorum. Yetişkin, erişkin insanlar böyle büyük ameliyatlara girerken muhakkak ki doktorlarıyla konuşuyorlar ve bunu kabul ediyorlar. Böyle bir formda doktorla konuşmadan sonra dolduruluyor. Artık burada aydınlatılmış onamdır, değildir rızası alınmıştır, alınmamıştır tartışması olabilir mi?

AV. BEDİA BORAN -Ankara Barosu Sağlık Hakları Kurulu Başkanı- Belki bu tartışma düzeyinde yürütülebilir ama mahkemelerin buna nasıl bakacağını ben azından bilemiyorum ama bu yöntemin bu işle ilgili çok doğru bir yöntem olmadığını düşünüyorum. Formla yapılan aydınlatmanın.

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu

Üyesi - Sabah kendi sunumunu yaparken Nüket Hanım da bu konuya değindi zannediyorum. Hatırladığım kadarıyla. Sadece form imzalatmanın aydınlatma anlamına gelmeyeceğini onu bir eylemsellikle işte her türlü ilaçsa yan etkisinin ne bileyim ameliyat sonrası şöyle sıkıntılar olur, şununla karşılaşabilirsin yada yüzde seksen seni kurtarabiliriz gibi, çok affedersiniz ben bunları bilmiyorum ama buna benzer ifadelerle aydınlatılmış rızanın yapılmış sayılacağını sunumunda söylemişti galiba yanlış hatırlamıyorsam. Her halde sadece form imzalatmak düz işte hemşirelerin eline tutuşturup ta hadi bakalım o zor durumda şu kutucukları imzalayalım birlikte demenin aydınlatılmış rıza sayılmayacağını düşünüyorum bende. Şimdi Yahya hocama da bir soru var. hatta iki soru var. çok da vaktinizi almak istemiyoruz ama bu soruları da cevapsız bırakmayalım hocam.

DOÇ. DR. YAHYA DERYAL - KTÜ İktisadi ve İdare Bilimler Fakültesi- Hızlı bir şekilde. Sayın Serkan Kızılyay yanlış okumadıysam Sayın Deryal deyip bir ünlem işareti koymuş kızgınlık belirtisi midir anlamadım doğrusu. Biraz dikkatimizi çekti ürperdik bu sorudan. Bir kere benim görüşüme biraz eleştirel bir bakış olduğu için tabi saygı duyuyorum hiçbir sakıncası yok. Hekim ihbarlarının ciddi miktarda suçun tespitine yardımcı olduğu bilinmektedir. Özetledim soruyu. Bu açıdan dengeyi nasıl öngörmektesiniz. Yani hekimler suçların önlenmesinde yardımcı olsunlar ne zararı var 280'i niye bu kadar ağır eleştirdiniz gibi bir soru bu. Böyle anladım. Şimdi bir kere ben 280 bütünüyle ortadan kalksın böyle bir şey hiç olmasın gibi kesin bir görüş sahibi olmadım, böyle bir öneride de bulunmadım ama şu hali çok kötü 280'in.

Biz şöyle düşünüyoruz. En azından 280 kalkıp 530 eski 530 gibi bir düzenleme olsa hani biraz daha makul olabilir. Kaldı ki Hakan Hocam da burada Türk Ceza Kanunu sadece sağlık çalışanlarına ihbar yükümlülüğünü yüklemiyor. Bütün kamu görevlilerine ihbar yükümlülüğü var. hekimde kamda çalıştığında zaten hekim olmasa da kamu görevlisi olması sıfatıyla öğrendiği suçları bildirmek zorunda zaten. Ama hekimin özellikle, sağlık çalışanının işi ihbarları bildirmek olmamalı. O hastayı tedaviye odaklanmalı, hastayı düşünmeli, bir acil servisi düşünün hasta gelmiş perişan halde aman çabuk olun hastane polisini bulun şunu bir ihbar etmemiz lazım, tutanağı birisi yazsın yani hekim bununla mı uğraşmalı yoksa hastayı nasıl bir an önce tedavi edip stabilize hale getiririz bunu mu düşünmeli.

Yani ben hekimlerin hastane polisi örgütlenebilir. Hastanede bu işlerle görevli güvenlik birimleri oluşturulabilir, ve hekim sakin bir kafayla daha sonra belki tedaviyi yaptıktan sonra böyle bir bildiriyi yapabilir diye düşünüyorum. Yoksa hekimleri böyle suçun önlenmesinde istihdam etmek bana çok faydalı bir şey gelmiyor. Başka bir soru da şöyle isim vermeden sorulmuş. Hasta kendisine uygulanacak uygulamalara izin verip vermemekte özgürdür, işte Sayın Güleç Hocadan bahsediyor onun anlatımlarından Sayın Özlü Hoca hastanın kendisi doktor olsa dahi haklarını koruyacak durumda değildir dedi. Deryal

Hoca bir refakatçisi olmalı hastanın sonuçta ölüm korkusu yaşıyor dedi. Hasta kendisi karar veriyor. Hasta kendisi karar veriyor ama hasta ne kadar sağlıklı bir karar veriyor diye bir soru. Böyle anladım. Böyle özetledim soruyu. Şimdi benim bu konuda özgün bir görüşüm var. bence buna hukukçu meslektaşlarım belki yadırgayabilirler ama bir ufuk açıcı olsun diye bunu burada açıklamak istiyorum. Ben hastanın irade açıklamalarının peşinen çok sağlıklı olmadığının var sayımı ile yaklaşmamamız gerektiğini düşünüyorum. Bir kere hasta ruh hali bu hastalık kanser olabilir, bu hastalık ölümcül olmayabilir ama hastalık sonuçta az veya çok karar verme mekanizmalarınızda ciddi travmalara yol açan durumla karşı karşıyasınız ve bir karar vereceksiniz kolay değil bu. Eşinize dostunuza soruyorsunuz, etrafı düşünüyorsunuz, rüyalarınıza giriyor,bir sürü hekime danışıyorsunuz karar vermek için. Kolay değil insanın yaşam konusu dolayısıyla ben hasta rıza açıklamalarının hastayla ilgili her türlü beyanın çok dikkatle hukukçular tarafından incelenmesi gerektiğini düşünüyorum. Kısaca bunu söyleyeceğim. Teşekkür ederim.

KATILIMCI - Sorunun devamında birde bilimden bahsetmiştim. Bir bilim oluşturulabilir mi. Daha bilgili bir kesimden bir bilim oluşturulabilir mi hasta ne kadar şey olsa da ruhsal durumu yerinde olmadığı için

DOÇ. DR. YAHYA DERYAL - KTÜ İktisadi ve İdare Bilimler Fakültesi- Siz mi sormuştunuz. Acaba bilim mi olmalı bu yoksa kanuni mirasçıları dediğimiz hasta yakınlarını mı devreye biraz sokmamız gerekebilir.

KATILIMCI - Onlar da olabilir.

DOÇ. DR. YAHYA DERYAL - KTÜ İktisadi ve İdare Bilimler Fakültesi - Evet çünkü öznel bir şey hastanın karar vermesi.

AV. İDRİS KILINÇKAYA - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Evet başka soru da yok. Kurultayımızın yarınki programı diğer sunumlara haksızlık etmeyim ama zirveye taşıyacak konular var. Hekimlerin hukuki sorumluluğu, hekimlerin cezai sorumluluğu, Yüksek Sağlık Şurasının hukuk düzlemindeki yeri ve işlevi konulu. Yarında sizi bekliyoruz. Tüm katılımcıları bekliyoruz. Bu arada sunumunu yapan katılımcılara plaketlerini vermek üzere Ankara Barosu Yönetim kurulu üyesi Havva Hanımı buraya davet ediyorum.

2. Gün
2 Kasım 2007, Cuma

III. OTURUM

HEKİMLERİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Oturum Başkanı
YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Değerli misafirler Ankara Hukuk Fakültesiyle Ankara Barosunun ortaklaşa düzenlediği Sağlık Hukuku Kurultayı'nın ikinci gününe hoş geldiniz. Bugün üçüncü oturumda birlikte olacağız sabah oturumunda. Konumuz "Hekimlerin Hukuki Sorumluğu" Bu konuda birbirinden değerli öğretim üyesi meslektaşlarımız var. Ben süremin çok dar olması ve konunun çok kapsamlı olması hasebiyle hemen ilk tebliğini sunmak üzere "Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları"'nı anlatmak üzere sözü Doçent Doktor Mehmet Demir'e bırakıyorum. Buyurun efendim.

Hekimlik Sözleşmesinden Doğan Sorumluluğun Koşulları

DOÇ. DR. MEHMET DEMİR

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. MEHMET DEMİR – Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

Öncelikle, bütün katılımcılara saygı ve sevgiler sunuyorum. Tarafımdan sunulacak olan bildirinin konusu, bilindiği gibi, hekimlik sözleşmesinden doğan hukuksal sorumluluğun koşulları ile ilgilidir. Hekimin sözleşmesel sorumluluğunun koşullarına geçmeden önce, kısaca, hekimin hukuksal sorumluluğunun kaynaklarına genel olarak değinmek istiyorum.

Hekimle hasta arasındaki hukuksal ilişkinin kaynağını, genellikle sözleşmesel borç ilişkisi oluşturur. Ancak, taraflar arasında henüz sözleşmenin kurulmadığı bir sırada, yani sözleşme görüşmeleri yürütülürken bir görüşme kusuru sonucunda da hekimin hukuksal sorumluluğu gündeme gelebilir. Hekim, sözleşme öncesi kusuru nedeniyle hastasının uğradığı zararları giderilmesi anlamında hukuken tazmin yükümlülüğü altındadır. İkinci aşamada ise, taraflar arasında bir sözleşmesel borç ilişkisinin kurulmuştur ve bu ilişki çerçevesinde, hekimin sözleşmeye aykırılığı sonucunda ortaya çıkan zararlardan doğan sözleşmesel sorumluluk vardır. Diğer bir hukuksal sorumluluk kaynağı, hekimin vekaletsiz iş görmesi nedeniyle karşımıza çıkar. Hekimin bu tür sorumluluğu, ya gerçek-caiz ya da gerçek olmayan-gayricaiz vekaletsiz iş görmesine dayanır. Son bir hukuksal sorumluluk ise, haksız eylem kaynaklanır. Hekimle hasta arasında bir sözleşmenin kurulmadığı ya da vekaletsiz iş görmenin söz konusu edilemediği durumlarda, artık hekimin hukuksal sorumluluğunun temeli haksız eylem kusurudur.

Hekimle hasta arasında bir sözleşmesel ilişkiden söz edildiğinde, hemen, taraflar arasında güç dengesinin olmadığı ve yoğun güvenin temel alındığı bir hukuksal ilişki boyutu akla gelir. Bu ilişkinin içeriği ve özünde, karşılıklı saygı, güven, dikkat ve özen, şefkat ve hatta merhamet duyguları yatar. Bu noktada, hekimlik sözleşmesini, Borç Sözleşmeleri Hukukuna özgü tam iki taraflı borçlandırıcı sözleşmelerinden ayrı görmek gerekir. Burada, her ne kadar hasta

tarafından bir ücret ya da karşılık bedel ödenmekte ise de, bu karşı edim, her zaman tarafların serbest ve karşılıklı iradeleri ile belirlenmiş olmayabilir. Kaldı ki, karşılık bedelin bir parasal ödemede bulunma anlamında mutlaka bir ücret şeklinde olması da zorunlu değildir. Ayrıca, hekimin sözleşmesel ilişkideki konumu da önemlidir. O, hekimlik mesleğini serbest yürüten, yani bağımsız çalışan bir hekim olmak durumundadır. İşte, taraflardan birinin serbest çalışan hekim ve asli edim yükümünün de hastanın bizzat ya da hastan yakınının/temsilcisinin ödeyeceği bir bedel karşılığında tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerini yerine getirmesi olduğu sözleşmeye "Hekimlik Sözleşmesi" adı verilmektedir. Bu sözleşmenin hukuksal niteliğini, özellikle hekim tarafından üstlenilen asli edim yükümünün konusu ve içeriğine bakmak suretiyle, somut sözleşme durumuna göre, istisna (eser), hizmet ya da vekalet sözleşmesi niteliğinde kabul edildiği görülmektedir. Ağırlıklı görüş, hekimlik sözleşmesinin hukuksal nitelik açısından vekalet niteliği taşıdığı yönündedir. Hatta, estetik amaçlı cerrahi müdahaleleri konu alan hekimlik (tedavi) sözleşmelerini dahi vekalet niteliğinde gören görüşler bulunmaktadır. Hekimin, esasen tedavinin sonucunu garanti edemeyeceği noktasında, üstlenmiş olduğu asli edim yükümünün (tıbbi teşhis-tedavi-ameliyat ve bakım hizmetleri) tıpkı avukatlık sözleşmesinde avukatın, davayı kesin kazanma garantisini vaat ederek vekaleti alamamasında olduğu gibi, hekimlik faaliyetini kesin tedavi sonucuna ulaşmayı içeremez. Bu nedenle, hekimlik sözleşmesi bir eser sözleşmesi niteliğinde değildir. Aynı şekilde, sözleşen taraf sıfatıyla serbest çalışan bir hekim, hastasının emir ve talimatlarına

bağlı kalmaksızın belirli bir süreyle sınırlı iş sözleşmesi yapan bir işçi konumunda bulunmadığından, hekimlik sözleşmesinde, iş (hizmet) sözleşmesi niteliği de yoktur. Zira, hekim, hekimlik mesleğini ve sanatını yürütürken, tıp biliminin temel esasları, mesleki vicdanı, bilgi birikimi ve deneyimleri ışığında serbestçe tıbbi faaliyette bulunur.

Bu şekilde, uygulamada genellikle tıbbı teşhis ya da tedavi sözleşmeleri görünümünde ortaya çıkan hekimlik sözleşmesinin niteliğini, iş görme sözleşmelerinden maddi fiillere ilişkin vekalet hükümlerine tabi bir borç sözleşmesi olarak nitelendirmek mümkündür. Ancak, doktrinde, hekimlik sözleşmesini, ayırt edici yönleri ve farklı içeriği bulunduğu gerekçesiyle, kendine özgü (sui generis) ve atipik bir iş görme sözleşmesi niteliğinde görenler de bulunmaktadır.

Şimdi, hekimlik sözleşmesinden doğan sorumluluğun koşullarına geçebiliriz:

Hekimin sözleşmesel borç ilişkisinden kaynaklanan sorumluluğunun ilk koşulu, hekimlik sözleşmesinin geçerli ve bağlayıcı bir biçimde kurulmuş olmasıdır. Sözleşmenin varlığı ve geçerliliği için, Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi anlamında olmak üzere, hekim ve hastan ya da onun temsilcisi tarafından karşılıklı sözleşme kurma iradeleri birbirine uygun bir biçimde açıklanmış olmalıdır. Bu

noktada, hastanın, gerek sözleşme kurma teklifinde bulunurken (icap beyanını) gerek hekimin sözleşme önerisinin kabul ederken özgür ve sağlıklı olarak işlem iradesini bildirmesi önemlidir. Hastanın sözleşme iradesinin geçerli ve bağlayıcı olabilmesi, icap ya da kabul iradesinin tam ve sağlıklı bir düşünme sonucunda açıklanmış olmasını gerektirir. Diğer bir anlatımla, hasta, hekimlik sözleşmesinin kurulmasına yönelik işlem iradesini, hata (yanılma), hile (yanıltılma) ve tehdit (korkutulma) gibi iradeyi sakatlayan ya da edim-karşı edim arasında açık orantısızlık sonucunu yaratan gabin (aşırı yararlanma) olguları dışında açığa vurmuş ve özellikle de aydınlatılmış bilgilere dayanarak tıbbi müdahaleye rıza göstermiş olması gerekir.

Hekimlik sözleşmesinden doğan sorumluluğun ikinci koşulu, hekimin sözleşmesel edim yükümlülüğünü ihlal etmesidir. Borca aykırılık olarak da ifade edilen bu durum, hekimin sözleşme ile üstlendiği edim yükümlerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi durumlarında ortaya çıkar. Borçlar Kanunu'nun 96. maddesi, sözleşmeden doğan bir borcun hiç ya da gereği gibi ifa edilmemesini sözleşmeye aykırılık (akde muhalefet) hali olarak kabul etmekte ve borçluya bir tazmin yükümlülüğü yüklemektedir.

Hekim, hekimlik sözleşmesi ile üstlendiği ve başta tıbbi teşhis ve tedavi edimlerinin ifasını konu alan tüm sözleşmesel borçları yerine getirmekle yükümlüdür. Asli (birincil) edim yükümüne konu olan tıbbi teşhis-tedavi-bakım dışındaki diğer tali (ikincil) edim yükümlerinden biri ya da birkaçı da yüküm ihlaline konu olabilir. Bu tali edim yükümleri arasında, hastanın aydınlatılması; hastaya sadakat gösterme; sır saklama; arşivleme ve dökümantasyon yapma; en temel ve genel yüküm olarak karşımıza çıkan, tıbbi özen yükümü yer almaktadır. Tıbbi özen yükümü, hekimin diğer bütün yükümlerini yerine getirmesinde ve bunlarının sınırlarının çizilmesinde belirleyicidir. Zira, tıpkı vekilin özen borcunu ihlalinde olduğu gibi, hekimin de tıbbi özen yokluğu ya da eksikliği, asli ve/veya tali edimlerini hiç ifa etmeme ya da kötü ifada bulunma hali olarak sözleşmesel borca aykırılık sonucunu doğurmaktadır. Bu nedenle, tıbbi özen yükümüne aykırılık, hekimin sözleşmesel tazmin yükümlüsü tutulması bakımından önemlidir.

Hekimin sözleşmesel tazmin yükümlüsü olabilmesi için gerekli bir diğer koşul, borca aykırılığın tıbbi meslek kusuruna dayanmasıdır. Tıbbi meslek kusuru sayılabilecek bir eylemin işlenmesi sonucunda hasta zarara uğramış olmalıdır. Tıbbi kusur, teşhis aşamasında gerek ön teşhisin gerekse kesin (son) teşhisin konulması sırasında olsun bir teşhis hatası ya da en uygun tedavi yönteminin seçilip uygulanmasında tedavi hatası (ameliyat ya da ilaç kusuru) şeklinde ortaya çıkabilir. Hekim, hastasının somut hastalığının tanısına ilişkin olarak, her türlü muayene, tetkik, test ve laboratuar analizlerini yaptırıp bu ön tıbbi uygulamaların sonucunda mesleki bilgi birikimleri ile deneyimlerinden yararlanarak teşhis kararını verecektir. Bunun için gerekli dikkat ve özeni göstermesine rağmen

en doğru ve tam isabetli teşhisi koyamamış olsa bile kendisine teşhis kusuru yüklenmeyebilir. Zira, somut olayın gerektirdiği objektif dikkat ve özen derecesinde tıbbi araştırma ve incelemelere dayalı değerlendirmeleri yapabilmiş olması önemlidir. Örneğin, hastasının hastalığına ilişkin özgeçmiş bilgilerini tam ve doğru edinmiş (anamnezi); hastasının dikkatlice muayenesini yapmış; tıbbı tahliller, testler, ölçüm ve analiz raporlarını aldırıp, ayrıntılı olarak değerlendirmiş; sonuçta topladığı verilere göre belirtilerden bir hastalığın teşhisini koymuş olmasına rağmen, doğru teşhiste bulunamamış ya da istisnaen de olsa birden fazla değişik hastalık belirtileri nedeniyle yanlış ve/veya eksik teşhis mutlaka tıbbi özen borcuna aykırı davranışın varlığını göstermez. Ancak, bununla birlikte, hekim, hastasını hiç ya da gereği gibi muayene etmediği gibi, daha önceden konulmuş teşhisin isabeti konusunda kuşkular duyulmasına karşılık hemen kolaycı yoldan davranıp, doğrudan eski teşhise güvenerek bir takım tetkikleri yapmamış ise, artık bir teşhis kusurunun varlığından söz edilebilecektir.

Hekim, tıbbi teşhisi doğru koymuş olmakla birlikte, en uygun tedavi yönteminin seçilip uygulanmasında özensizlik ya da özen eksikliği göstermiş olabilir. Tedavi kusurlarında, hekim, en uygun tedavi yönteminin (ilaç verme, ameliyat, psikolojik tedavi, tıbbı bakım ve rehabilitasyon v.s.) seçimi ve uygulanmasında geleneksel ya da modern tıp yöntemlerine başvururken, en güvenilir yolu izlemelidir. Bu ise, başarı şansı en yüksek, riski ise en düşük olan yöntemin belirlenip uygulanması demektir. Hekim kendisine tanınan tedavi ayrıcalığının sınırlarını zorlamadan, yani tıp mesleğini yürüten bir hekim olarak, vicdani kanaatini, mesleki bilgi birikimi ve deneyimi ışığında, tıp biliminin teorik ve pratik alanında genel kabul görmüş standart kurallarını da göz önünde tutmak suretiyle hareket etmek zorundadır. Bu zorunluluk ölçüsünde hareket etmesine rağmen beklenmeyen ani durumlar ve olumsuz riskler nedeniyle hastasını sağlığına kavuşturamamış ya da hasta tedavi ve bakım sürecinde yaşamını yitirmiş olabilir. İşte, hekim bu halde tıbben izin verilen ve tıbbi kusur olarak kabul edilmeyen bu olumsuz sonuçlar yaratan riskli durumlar (komplikasyonlar) nedeniyle hukuksal sorumluluk altında değildir.

Bu bağlamda, hekimin hem teşhis hem de tedavi aşamalarında sergilediği ve bir tıbbi özen yokluğu ya da eksikliği, sonuçta bir tıbbi meslek kusuru (Malpraktis) olarak kabul edilmektedir. Bununla kastedilen ise, kısaca, tıbbın kötü ya da yanlış uygulanmasıdır.

Öte yandan, tıbbi özen yükümü, hekimin sözleşme ile üstlendiği edimleri şahsen ifa etmesini gerektirir. Özellikle, tedavi ve ameliyat edimini yerine getirecek olan hekimin mesleki kişiliği, bilgisi ve deneyimi ön plandadır. Bu nedenle, mesleki etkinlerde şahsen ifa yükümü, alanında uzman ve tanınmış olan hekimle sözleşme ilişkisi kurulurken, temel hareket noktası

olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, sözleşmenin muhatabı olan

hekim, kendisine ifa yardımcısı olarak (örneğin, uzman adayı asistan, pratisyen hekim, branş hemşiresi, narkozitör, hastabakıcı gibi) seçip görevlendirdiği bir kişiden yardım alabileceği gibi, kendisinin yerine bir başka hekimi de koyabilir. Birinci olasılılıkta, Borçlar Kanunu'nun 100. maddesi çerçevesinde, hekim, yardımcı kişinin hastasına verdiği zarardan kusursuz sorumluluk esaslarına göre sorumludur. Bu halde, yardımcı kişinin eyleminden dolayı sorumluluktan kurtuluş kanıtı getirme olanağı da yoktur. Sadece, farazi kusur ilkesi gereğince, kendisi yardımcı kişinin yerine geçip o somut davranışta bulunduğunda yine de kusurlu sayılamayacağını kanıtlayabildiği ölçüde sorumluluktan kurtulabilir.

İkinci olasılıkta ise, hekim Borçlar Kanunu'nun 391. maddesine dayanarak alt hekimlik ya da ikame hekimlik adı altında bir başka hekimle sözleşme ilişkisi kurmuş olması söz konusudur. Alt hekimlikte, hekim, kendi adına ve hesabına bir başka hekimle ayrı bir hekimlik sözleşmesi yapmaktadır. Burada, asıl (birinci) hekim ile hasta arasındaki hekimlik sözleşmesi ilişkisi varlığını sürdürür. Buna karşılık, ikame hekimlikte ise, hekim, hastası adına ve hesabına bir başka hekimle sözleşme yapar. Bu nedenle, ikame hekimlik sözleşmesinde, hastaya karşı birinci hekim aradan tamamen çıkmamakta ve hastasına karşı sözleşmesel sorumluluğu yine devam etmektedir. Her ikisinde de hasta, birinci hekimin ikinci hekime karşı olan haklarını ileri sürme yetkisine sahiptir. Ancak, ikame hekimlikte, hasta, ikame olunan hekime karşı da doğrudan doğruya talepte bulunma hakkını kullanabilme olanağı vardır.

Hekimin kendisi yerine bir başkasını koymasında, vekalete ilişkin kurallar (BK. m.390 -391) kıyasen uygulanmaktadır. Buna göre, caiz ikame durumlarında (örneğin, hastanın rızası; hekimlik mesleğine özgü geleneklerin gereği; somut hastalığın zorunlu kıldığı özel durumlar gibi) hekim, yerine koyduğu kişinin seçimi, denetlenmesi ve gerektiğinde talimat verilmesinde özensi davranmış ise sorumlu tutulmaktadır. Ancak, gayricaiz ikamelerde, (örneğin, bir kalp-damar cerrahisi uzmanı profesör hekimin, operasyonunu üstlendiği hastasını asistanına bırakıp yut dışına gitmesi) müdavi hekim, daha ağır bir sorumluluk altında bırakılmış ve yerine koyduğu kişinin eylemini sanki kendisi yapmış gibi kabul edilmektedir.

Hastanın aydınlatılması yükümünün ifası, aydınlatılmış bilgilere dayalı rıza açıklamasında bulunma bakımından önemlidir. Zira, bu şekilde hastanın aydınlatılmış rıza açıklaması sonuçta işlem ve uygulamaların sağlıklı bir iradeye dayandığını göstermekte; sonuçta, hukuka uygunluk sağlanmış olmaktadır. Hastanın aydınlatılması üç aşamada gerçekleşir: (1) Teşhiste aydınlatma, (2) Tedavi sürecinde aydınlatma (3) Risklerde aydınlatma. Tedavi sürecinin başlamasından önceki aşama olan teşhis aşamasında, hem ön tanı hem de son (kesin) tanı konulmadan önce yapılacak/yapılan muayene, tetkik ve araştırmalar sonucu elde edilen bulgu ve bilgilere göre hangi hastalığın belirtilerine ulaşıldığı hastaya açıklanır. Teşhisi konulan hastalığın tedavisinde hangi yöntemlere

başvurulduğu ve bunlardan en uygunun ne olduğu hususu ile birlikte geleneksel ya da modern tıpta kabul görüp uygulanan en güvenli yöntemin hastaya açıklanması bire tedavi aydınlatmasıdır. Risk (riziko) aydınlatması ise, seçilen tedavi yönteminin uygulanması sürecinde yapılacak tıbbi müdahalelerin türü, konusu, amacı, kapsamı ve sınırları ile bunlara bağlı olarak yaşanabilecek olası tehlikelere ilişkindir. İşte, bu üç aşamadaki hasta aydınlatmalarının hekimin genelde hukuksal özelde ise sözleşmesel sorumluluğu bakından önemi çok fazladır. Zira, hastanın açıklayacağı rıza beyanının (izin ya

da onayının) geçerliliği ve bağlayıcılığı aşamalı aydınlatmaların gerçekten ve usulüne uygun olarak yapılmış olup olmamasına bağlıdır. Rızanın aydınlatılmamış bir hastanın iradesinin ürünü olarak açıklandığı her bir durum hukuka ve sözleşme hükümlerine aykırılık sonucunu yaratır. Şu halde, aydınlatma yükümünün ihlali, sadece hukuka ve yasalara aykırılık anlamına gelmemekte; aynı zamanda, hekimi, sözleşmesel bir yükümünü yerine getirmemesi nedeniyle sorumluluk altına sokmaktadır.

Aydınlatma yükümünün içeriği ise, uygulanacak tıbbı müdahalenin ve tedavinin konusu, şekli, kapsamı, olası olumsuz risklerin nelerden ibaret olduğunun hastaya açıklanmasıdır. Bu yükümün kapsamının genişletildiği ya da daraltıldığı veyahut da tamamen ortadan kaldırıldığı durumların neler olduğunun belirlemesi ayrı bir önem taşımaktadır. Bu durumlara göre, hekimin somut olayda hastasını aydınlatma yükümüne ne ölçüde özen göstermiş olduğuna karar verilecektir. Hastanın geleceğini bizzat belirleyebilme ve kendi bireysel kararlarını özgürce verebilmesi noktasında, hekimin bir yandan hastaya yararlı olma diğer yandan da hastanın özerkliği ilkelerini gözetmek suretiyle dengeleyici davranması gerekir. Ancak, unutulmamalıdır ki, hastayı tedavi eden bir hekim (müdavi hekim), kendisine tanınan tedavi ayrıcalığı bağlamında takdir yetkisini hukuka ve hakkaniyete uygun olarak, tıp alanında genel kabul gören teorik ve pratik esaslarını göz önünde bulundurarak kullanmak durumundadır. Aydınlatma yükümünün sınırlarını, her bir somut olayda hekim, hastasıyla bizzat ya da onun yakını/temsilcisiyle görüşüp, danıştıktan sonra karar vermelidir. Ancak, aydınlatma yükümünün yerine getirilmesinde doğrudan görüşmelere dayanan sözlü şekil önemli ve belirleyici olandır. Bununla birlikte, uygulamada ispat kolaylığı sağlamak amacıyla, hastane yönetimleri ya da serbest çalışan hekimler tarafından, standart formüller içeren broşürler v.s. yazılı belgeler imzalattırılmak suretiyle aydınlatmalar yapma yoluna gidilmektedir. Yazılı aydınlatmaya ilişkin olarak pozitif hukuk kurallarının bulunması (örneğin, gebeliğin sona erdirilmesi ve rahim tahliyesi ile sterilizasyon işlemleri ve organ nakillerini düzenleyen ilgili mevzuat hükümleri), sözlü aydınlatma temel kural olduğunun kabulünü engellemez. Bu gibi yazılı aydınlatma yöntemleri çerçevesinde hastadan alınan izin belgeleri ancak, hekimin aydınlatma yükümünün ifasını kanıtlayıcı birer ispat aracı olma işlevini görmeleri bakımından önem taşır. Hastanın aydınlatılmasında

ispatı yükü, hekimin üzerindedir. Yani, hasta kendisinin aydınlatılmadığını değil; hekim, hastasını aydınlattığını kanıtlamak zorundadır.

Hekimin tıbbi özen yükümüne aykırılığı kısaca tıbbi meslek kusurunun varlığı, hekimin somut olayda objektif ve sübjektif anlamlarda kusurlu olmasını gerektirir. Objektif kusur ya da kusurun objektifleştirilmesi, sorumluluk hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere, zararverici somut olaydaki eylemin, tıp alanında genel kabul görmüş olan teorik ve/veya pratik kurallara aykırılık göstermesidir. Kusurun sübjektif yönü ise, hekimin somut olaydaki durum ve koşullar altında mensubu olduğu meslek kesitindeki ortalama hekim tipinin göstereceği davranış ya da eylemden kusurlu bir biçimde sapmış olmasıdır. Kusurlu eylem ise, yoğunluk derecesine göre kast ya da ihmal biçiminde ortaya çıkar. Ayrıca, sözleşme hukukumuzda (BK.m.96) tıbbi kusur karinesinin kabul edilmesi nedeniyle, somut olayda hekimin kusurlu eyleminin varlığını hasta kanıtlamak zorunda olmayıp; bunun tersine, sözleşmenin borçlu tarafı konumundaki hekim, kendi kusursuzluğunu kanıtlamakla yükümlüdür.

Yukarıda belirtilen sorumluluk koşullarının bütünüyle bir arada gerçekleşmesi, yani hekimin tıbbi kusurlu eylemi ile sözleşmesel yükümlerinden biri ya da bir kaçına aykırı davranmış olması sonucunda hastanın zarara uğramış olması halinde sözleşmesel sorumluluktan söz edilir. O halde, hekimin tıbbi kusurlu eylemi nedeniyle hastanın maddi ve /veya manevi zarara uğramış olması halinde son koşul olan uygun nedensellik bağı gerçekleşmiş olacaktır. Bu bağın kesilmesi ve dolayısıyla hekimin hukuksal sorumluluğunu ortadan kaldıran üç durumdan birinin varlığı halinde, sorumluluk için gerekli illiyet bağının varlığı koşulu eksik kalmış demektir. Buna göre, zarargören hastanın ağır kusuru, üçüncü kişinin ağır kusuru ve zorlayıcı nedenden (mücbir sebep) biri bulunduğunda hekim sorumlu tutulamaz.

Son olarak, hekimin sorumsuzluğunu öngören bir sorumluluktan kurtulma anlaşması yapılması konusuna da değinerek bildirimi tamamlamak istiyorum. Hekimin hastasıyla sözleşme ilişkisi kurarken, gerek asıl borçlu olarak kendisinin gerekse yardımcı kişilerinin eylemleri nedeniyle sorumluluktan kurtulmayı amaçlayan bir sorumsuzluk kaydını sözleşmeye koyabilir ya da ayrı bir sorumsuzluk anlaşması yapabilmesi olanağı da vardır (BK. m.99-100). Ancak, bu yolla, hekimin kendi kusurundan dolayı sorumsuzluğunu içeren bir anlaşmayı yapması durumunda, hiçbir şekilde hile veya ağır kusuru nedeniyle sorumlu olmayacağı kararlaştırılamaz. Hekim, kendisinin ve yardımcısının hile ve ağır kusurundan dolayı sorumsuzluğunu öngören bir anlaşmaya dayanarak sorumluluktan kurtulamaz. Ancak, borçlu hekimin hafif ihmalinden dolayı sorumlu olmayacağı taraflarca kararlaştırılmış olabilir. Borçlar Kanunu anlamında, hekimlik mesleğinin yürütülmesi hükümet tarafından imtiyaz suretiyle tanınan bir sanatın icrası niteliğinde olduğundan, böyle bir kararlaştırmayı içeren sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz sayan görüşler bulunduğu gibi; bunun geçerli

sayılması yönünde görüşler de vardır. Öte yandan, hekim, yardımcı kişilerin hafif ihmal derecesindeki eyleminden dolayı sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşma yapmışsa, bu takdirde, hakim, Borçlar Kanunu'nun 100. maddesinin 3. fıkrasında kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde bu sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz kılabilir ki, bu türden bir yargısal yaptırım takdiri butlan hali olarak adlandırılabilmektedir.

Tarafıma tanınan 20 dakika gibi sınırlı bir süre içerisinde bildirimi burada sonlandırmak zorundayım. Tartışmalar ve soruların yanıtlanması sırasında bazı konular üzerinde daha ayrıntılı olarak durabiliriz. Beni dinlediğiniz için hepinize ayrı ayrı teşekkürler.

Hastane Yönetiminin Sorumluluğu

PROF. DR. HAKAN HAKERİ

Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Değerli hanımefendiler, beyefendiler hepinizi saygıyla selamlıyorum. Ben aslında bir cezacıyım fakat tıp hukuku dendiğinde işin sadece ceza boyutu olmuyor. O nedenle yaklaşık dört senedir tıp hukukunun bütün boyutlarıyla ilgileniyorum.

Bu sunumda da özellikle hastane yönetimini seçmemin nedeni konu olarak benim incelediğim, uygulamadaki kararlara baktığımızda çoğunlukla hastane yönetiminin sorumluluğunun söz konusu olabileceği hallerde hekim sorumluluğu yönüne gidildiğidir. Bu noktada da özellikle dinleyicilerin çoğunluğu avukat olduğundan avukatların doğrudan bir tıbbi hatada hemen hekimi sorumlu görme yönünde bir eğilim taşıdıkları. Hâlbuki kararların birçoğunda aslında esas sorumlunun hastane yönetimi olduğunu görüyorsunuz. Buna rağmen hekim hakkında dava açıldığı ve hekimin kusursuz çıkması durumunda da herhangi bir sorumluluğu yoluna gidilemediğini görüyoruz. Dolayısıyla özellikle avukatların tıbbi hata iddiası söz konusu olduğunda hastane yönetimi olasılığını göz önünde bulundurması bence çok önemli bir husus. O nedenle bu konu üzerinde durmayı uygun gördüm.

Şimdi bu bakımdan değerlendirdiğimizde konuyu iki başlık altında ele alacağım öncelikle hastanelerde kurumsal sorumluluk dediğimizde hastane yönetiminin sorumluluğu dediğimizde kamu hastaneleri ile özel hastaneler açısından ne tür bir özellik var buna bakacağım, ondan sonra da hastanelerde organizasyon kusuru konusunu tartışacağım. Esas itibariyle ele alacağım konu bu olacak. Organizasyondan kaynaklanan hastane yönetiminin ne tür sorumluluğu olabilir bunları değerlendireceğim.

1. GENEL BİLGİLER

Bu kısa çalışmada, tıp hukuku alanında, bireylerin sorumluluğundan ziyade, sağlık işletmelerinde kurumların hukuksal sorumluluğu ele alınacaktır. Bu çerçevede özellikle organizasyon kusuru üzerinde durulacak, konu hem hukuki hem de cezai sorumluluk yönüyle irdelenecektir. Öncelikle hastanelerdeki sorumluluk üzerinde durmakta yarar görüyorum. Bu bakımdan kamu hastaneleriyle özel hastaneler arasında hukuksal açıdan bir ayırım yapmak

gerekmektedir. Böylece öncelikle kamu hastanelerinde görev yapan personelin, bilahare de özel hastanelerde görev yapan personelin sorumluluğu incelendikten sonra, kurumsal sorumluluk tartışılacaktır.

Kamu hastanelerinde görev yapan sağlık personelinin çoğu kamu görevlisi statüsündedir. Bunun hem ceza hukuku hem de tazminat hukuku bakımından iki ayrı sonucu bulunmaktadır: İlkin ceza hukuku yönünden, görev dolayısıyla işlenen suçlarda savcılık doğrudan soruşturma başlatamadığından, 4483 sayılı kanun hükümleri gereğince, ilgili hakkında ceza davası açılabilmesi için izin verilmesi gerekmektedir. Tazminat hukuku açısından sonucu ise, kamu hastanesine müracaat eden bir hasta ile hastane ve/veya sağlık personeli arasında bir sözleşme ilişkisinin söz konusu olmamasıdır. Bu nedenle, hastane ile hasta arasında bir kamu hukuku ilişkisi ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, tıbbi müdahaleden doğan zararlarla ilgili olarak idare hukuku kuralları uygulanacaktır

Nitekim Anayasa'nın 129/5. maddesine göre, "memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir".

Keza Anayasa'nın 40/3. maddesine göre, "kişinin, resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemler sonucu uğradığı zarar da, kanuna göre devletçe tazmin edilir. Devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkı saklıdır".

Görüldüğü üzere, kamu hastanelerinde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden dolayı tazminat sorumluluğu devlete aittir. Bu itibarla, tazminat davası idareye karşı açılacak, ancak idare sorumlu olan hekime veya diğer sağlık personeline rücu edebilecektir. Bütün bunlar, hekim veya diğer sağlık personelinin şahsi sorumluluğunu engelleyici nitelikte değildir. Ceza hukuku açısından ise, ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesi gereğince, suç oluşturan eylemi gerçekleştiren sağlık personeli bizzat sorumlu tutulacaktır. Ancak bu açıdan da, idarenin kusuru bulunduğu takdirde, hastane yöneticilerinin de sorumluluğu söz konusu olabilecektir. Bu anlatılanlar tazminat sorumluluğu açısından Hasta Hakları Yönetmeliği'nde de düzenlenmiştir. Yönetmeliğin "Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Sorumluluğu" başlıklı 43. maddesine göre, "hasta haklarının ihlali halinde, personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi veyahut hem maddi ve hem de manevi tazminat davası açılabilir". Uygulamada da aynı yönde kararlar verilmektedir: "Davacının yakınlarının doğum için ... hastanesine yattığı ve durumun doktor müdahalesini gerektirdiği ve bu yüzden davalı doktoru haber verildiği halde hastaneye gelmemesi sonucu müdahale edilmeyen hastanın ölümü üzerine davacılar davalı doktordan maddi ve manevi tazminat talep etmişler ve mahkemece istek doğrultusunda karar verilmiştir. Davalı, devlet hastanesi doktoru ve kamu görevlisidir. Davanın açık hükmü karşısında ona yöneltilmesi mümkün değildir. Davalı doktorun ceza mahkemesinde mahkûm edilmiş olması da sonuca etkili olamaz"

Üniversite bir kamu kuruluşudur. Bu nedenle davalı üniversiteye bağlı bir sağlık kuruluşu olan tıp fakültesinde görülen hizmet, bir kamu hizmeti niteliğindedir. Davacının iddiasına göre, hizmet iyi işlememiş ve kendisi bu yüzden zarar görmüştür. Olayda idarenin hizmet kusurunun bulunup bulunmadığını incelemek ve davacının tazminat talebi hakkında karar vermek görevi ise idari yargı yerine aittir"

Kamu hastaneleri, sağlamak zorunda bulundukları standart ve özen yükümlülüğü noktasında özel hastanelerden farklı değildir. Bu noktadaki kusur "hizmet kusuru" olarak nitelendirilmektedir. Bunun dışında bizzat kamu personelinin kusuru da söz konusu olabilir ki, buna "görev kusuru" adı verilmektedir

Özel hastaneler açısından ise, öncelikle açıklamak gerekir ki, burada çalışan sağlık personeli kamu görevlisi olmadığından, kusurlu tıbbi müdahalelerden dolayı ceza sorumluluğu bakımından, savcılık doğrudan soruşturma başlatabilecek, dava açabilecektir. Özel hastanelerde kural olarak hekim ile hasta arasında değil; hastane ile hasta arasında bir sözleşme ilişkisi vardır

Bu nedenle, tazminat sorumluluğu bakımından, özel hastanelerde gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden dolayı, kamuda devletin sorumluluğu gibi, kural olarak hastane işleticisinin sorumluluğu söz konusu olacaktır. Nitekim Yargıtay da bu yönde karar vermektedir: "Davacı ile davalı arasında yapılan görüşme sonunda, davacı davalının önerdiği diğer davalı şirkete ait sağlık tesisinde doğum ve tedavi olmayı kabul etmiştir. Sezaryenle doğum davalı FT tarafından yapılmıştır. Şu haliyle davacı ile davalı FT arasında doğrudan doğruya; sağlık tesisi ile de davalı doktorun vasıtasıyla vekâlet ilişkisi meydana gelmiştir. Burada davacı, davalı şirketin olanaklarını bu bağlamda hizmet, sağlık aletleri gibi olguları gözeterek bu yeri seçmekle ve tesisin de kabul etmesiyle aralarında tarafları bağlayıcı bir hukuki ilişki kurulmuş bulunmaktadır. Diğer bir anlatımla davalı şirket, diğer davalının yapacağı doğum ve tedavinin istenen biçimde sonuçlanacağını bu konudaki tüm olanakları sağlayacağını vekâleten kabul etmektedir. Şu durumda davalı doktorun tedavi hatasından da meydana gelse, zarardan dolayı davalı şirket, doktorla birlikte sorumludur. Yerel mahkemece bu yön gözetilmeden davalı ... Sağlık Tesisleri A.Ş. hakkındaki davanın reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir"

Ancak istisnaen, sözleşme ilişkisinin doğrudan hekim ile hasta arasında kurulduğu hallerde, hastanenin tazminat sorumluluğu söz konusu olmaksızın, doğrudan hekimin sorumluluğuna gidilecektir. Bununla beraber, bu takdirde de hastane işleticisinin aşağıda değineceğim organizasyon kusuru gündeme gelebilecektir. Organizasyon kusurunun söz konusu olduğu hallerde, hastane işleticisinin veya yöneticisinin cezai sorumluluğu da bulunmaktadır. Bu kapsamda ayrıca belirtmek gerekir ki, devletin özel hastaneleri denetim görevini yerine getirmemesinden kaynaklanan bir sorumluluğu da bulunmaktadır

Nitekim Hususi Hastaneler Kanunu'nun 33. maddesine göre, "hususi hastanelerin fenni ve idari muameleleri ve her türlü sıhhi şartları Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâletinin murakabesi altında olup, lüzum görüldükçe Sıhhat ve İçtimai Muavenet müfettişleri ve müdürleri, kazalarda hükümet tabipleri tarafından teftiş ve hastanenin her türlü vesikaları tetkik olunur.

Teftiş neticesinde görülen noksanlar, kanuna ve nizamnameye aykırı haller ve hastaneler mesaisinin cereyan suretleri müessesenin teftiş defterine teftişi yapan tarafından kayıt ve imza ve ayrıca yazılacak teftiş raporu da Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekâletine gönderilir". Bu hüküm karşısında özel hastaneleri denetim görevini yerine getirmeyen Sağlık Bakanlığı'nın bu ihmali dolayısıyla sorumlu tutulması mümkündür. Bu sorumluluk esas itibarıyla tazminat sorumluluğu olacaksa da, yerine göre ilgili görevlilerin taksirden/görevi ihmalden kaynaklanan cezai sorumluluğu da söz konusu olabilir.

2. ORGANİZASYON KUSURU

Sağlık işletmelerinde kurumsal sorumluluğun söz konusu olduğu asıl alan, organizasyon kusurunun bulunduğu alandır

Bu bakımdan kamu hastaneleriyle özel hastaneler arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Her ikisi açısından da söz konusu olabilecek organizasyon kusuru hem tazminat hem de cezai sorumluluğa neden olabilir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, öğretide benim de katıldığım, özel hastanelerin "devlet denetiminde teşkilatlanmış, hasta üzerinde özel güven oluşturmuş ve hizmetin karşılığını genelde kendi belirlediği tek taraflı tarifeye göre alan" kurumlar olarak, daha yüksek özen göstermelerinin bekleneceği görüşü savunulmaktadır10. Nitekim Yargıtay da "özel hastane işleteni, öncelikle tacir sıfatıyla basiretli bir tacir gibi davranması gereği yanında, yaptığı hizmetin yaşama hakkını yakından ilgilendiren kamusal nitelik taşıyan sağlık hizmeti olması nedeniyle de hastanın ve özel durumlarda yakınlarının zarar görmemesi için gerekli olan sadakat ve özeni göstermek durumundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır" şeklinde bu hususa işaret etmiştir.

Ayrıca özel hastanenin göstermek olduğu özen, hekimden beklenilen özenden de daha yüksektir. Bu noktada tekrar vurgulamak gerekir ki, ceza sorumluluğu kural olarak bireylerin sorumluluğudur. Kanunumuz istisnaen tüzel kişilerin ceza hukuku sorumluluğunu kabul etmiştir (Türk Ceza Kanunu md. 20/2 ve md. 60). Ancak organizasyon kusuru nedeniyle bir kimsenin ölümüne veya yaralanmasına neden olunması halleri için hastanenin tüzel kişi olarak sorumluluğu ceza kanununda öngörülmemiştir. Hastane işleticisi hastanede gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerin birinci derecede sorumlusudur

Hekimlik sözleşmesi olmaksızın hastanede tedaviye alınan hasta ile hastane işletmecisi arasında sözleşme ilişkisinin kurulduğu kabul edilmektedir. Burada hasta ile tıbbi müdahaleyi gerçekleştiren hekim arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Hekim sadece Borçlar Kanunu md. 100 anlamında "ifa yardımcısı"dır. Böylece, hasta sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sadece hastane işleticisinden isteyebilir. Hastane işleticisi bu yükümlülüklerin yerine getirilmesini kendi personeli durumundaki hekimden talep eder. Hekimin veya diğer yardımcı personelin eylemi dolayısıyla meydana gelen zararların tazmini hastane işleticisinden talep edilir. Hekimin davranışı aynı zamanda haksız fiil niteliğinde ise hasta ayrıca Borçlar Kanunu md. 55'e dayanarak da tazminat davası açabilir. Keza Borçlar Kanunu 41 vd. maddeleri uyarınca da hekimin sorumlu tutulması mümkündür.

Bahse konu bu sorumluluklar tazminat sorumluluğudur. Hastane işleticisinin sözleşmeden kaynaklanan bir takım yükümlülükleri vardır. İlk yükümlülüğü, başka ifadeyle, asıl borcu, hastanın tedavisidir. Bunun dışında, hastane bakımını sağlama, hastayı aydınlatma, sadakat ve özen gösterme, kayda geçirme, sır saklama gibi yan yükümlülükleri de vardır

Hastane işleticisinin özen gösterme borcunun bir sonucu olarak, hastanede bulunması gereken asgari unsurları bulundurması; tıp bilimi ve uygulamasında ortaya çıkan yeni gelişmeleri takip ederek hastaneyi buna uydurması gerekmektedir. Hastane işleticisinin istihdam ettiği personel ile ilgili olarak da sorumlulukları bulunmaktadır. Hastane işleticisi gerek tıbbi, gerekse tıbbi olmayan personeli seçerken özenli hareket etmek16 ve bunları yeni gelişmelere uygun hale getirmek zorundadır. Bu amaçla hizmet içi kurslar düzenlenmeli, kongrelere katılım sağlanmalıdır. Bunları temin etmek için gerekli denetimler yapılmalıdır.

Yargıtay da, hekimin gerekli özeni göstermemesinden ve ihmalinden dolayı hastanenin BK md. 55 gereğince hastaya karşı sorumlu olduğuna karar vermiştir.

Hususi Hastaneler Kanunu'nun 12. maddesine göre, "eğer hastalar hariçten hekim getirmek arzu ve talep etmezlerse hastaneler bu vazifeyi birinci sınıf muvazzaf mütehassıs tabiplerine tevdi ederler". Danıştay da, "halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslarına uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür" demektedir

Hastane işleticisi tıbbi teknik cihazlardaki yeni gelişmeleri de takip etmeli, eskimiş cihazlar yenileriyle değiştirilmelidir. Keza yemek ve barınma hizmetlerinin de amaca uygun olması temin edilmelidir. Sonuç itibarıyla, hastane işleticisi özen borcu çerçevesinde kendini geliştirmekle yükümlüdür

20.Yönetim, sır teşkil eden bilgilerin iyi saklanması, düzenlenen raporlarda kişinin onur ve saygınlığının zarar görmesi, özgürlüğünün kısıtlanması, yeni doğan çocukların karıştırılmasından da sorumludur.

Hastane işleticisinin "hastane bakımı" kavramı içinde yer alan edimlerini yerine getirmemesi, örneğin, gerekli testler yapılmadan hastalığın teşhisine gidilmesi; hasta bakıcının iğne yaparken dikkat etmeyip siyatik sinirini zedelemesi; kan grubunun tespitinde hata yapılması; ameliyatı takiben kullanılan kompresin gereğinden fazla sıcak olması ve yanıklara yol açması; ruh hastasının kontrol edilmemesi yüzünden intiharı; yabancı kişinin hastanedeki kontrol eksikliğinden faydalanarak yeni doğan çocuğu çalması; yangına karşı gerekli tedbirlerin alınmamış olması; bozuk yiyecek verilmesi yüzünden zehirlenmelere yol açılması; yeterli ısıtma yapılmaması dolayısıyla hastalığın ağırlaşması veya yeni bir hastalığa neden olunması gibi olaylarda hastane işleticisi meydana gelen zararı tazminle yükümlüdür (Borçlar Kanunu md. 96)22.

Hastanenin organizasyon hatasına bir örnek vermek gerekirse: Geceleyin acil hizmeti yapan hekim, kural olarak kendisine bu görevi veren sorumlunun, kendisinin yeteneklerini aşacak muhtemel bir komplikasyon durumunda gerekli tedbirleri (örneğin, daha tecrübeli bir hekimin hazır bulundurulması gibi) aldığına güvenebilir. Ancak hekimin böyle bir kabulü haklı çıkarabilecek olgular olaylar söz konusu değilse, bu geçerli değildir

Hastane yönetimi gerekli dokümantasyon için gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Hastane yönetimi, hastaya ilişkin belgeleri muhafaza etmek zorundadır. Bu yükümlülüğün ihlali durumunda, hastanın bu sebeple iddialarını ispat zorluğuna düşmesi halinde, hastaya ispat kolaylığı sağlanabilir.

Bu belgelerin, örneğin aydınlatma formunun dosyada bulunmaması, kaybolması vb. durumlarda hastane sorumlu olacaktır. Bu takdirde, hekimin değil, hastanenin tazminat sorumluluğu vardır.

Hastane yönetiminin somut organizasyon yükümlülükleri bulunmaktadır. Öncelikle hekim dâhil bütün sağlık personelinin seçimi, denetlenmesi ve organizasyonu görevleri gereği gibi yerine getirilmelidir. Örneğin, bir görevin uzmanı olmayan bir kişiye verilmesi, alkol, uyuşturucu vb. nedenlerle görevi gereği gibi yerine getiremeyecek bir kimseye müdahale edilmemesi gibi hallerde organizasyon kusuru söz konusudur ve yönetimin tazminat sorumluluğu söz konusu olur ve ayrıca bu nedenlerle bir hastanın vücut bütünlüğü veya hayatına bir zarar gelmişse, ceza hukuku sorumluluğu gündeme gelir.

Hastanede belirli bir standardın sağlanması gerekmektedir. Bu noktada ölçü objektiftir, yani "aynı sahada faaliyet göstermekte olan ortalama düzeydeki bir hastaneden benzer hal ve şart altında beklenen standartlar ölçü alınmalıdır" Bu itibarla, hastane işleticisi, hastane için gerekli olan ve kendisinden beklenen tıbbi teknik cihazları bulundurmak durumundadır. Cihazların vakti zamanında temin

edilmiş olması yetmez, bunların en modern seviyede tutulması da gerekmektedir. Bu sebeple gerekli yenileştirme ve tamamlamalar yapılmalıdır. Bu açıdan akla gelen soru, aşırı pahalı olan tıbbi cihazların alınmasının hastaneden beklenebilip beklenemeyeceğidir. Özellikle bütçe imkânlarıyla sınırlı olan kamu hastaneleri bu bakımdan güçlükle karşılaşabilirler. Ayrıca her hastanenin en yeni ve özellikle çok pahalı makineleri satın alması hastaneden talep edilemez. Kaldı ki, alınacak cihazlara belli bir yoğunlukta ihtiyaç olması da gerekmektedir. Sonuç itibarıyla hastanelerden modern aletleri bulundurması beklenir, ancak çok aşırı harcama yapması beklenemez. Burada önemle altını çizmek gerekir ki, hastanenin kendisinden beklenmeyen bu cihazları bulundurmaması durumunda, hastaları bu konuda bilgilendirmek zorundadır. Cihazların eksikliğine rağmen bu bildirimin yapılmaması halinde hastanenin sorumluğu söz konusu olabilir.

Hastanın korunmasına yönelik olarak belirlenmiş organizasyon yükümlülüklerinin ihlali uygulama hatası olarak kabul edilebilir. Gerçekten de iyi bir tedavi için organizasyonun da iyi olması gerekir.

Yönetim, hastanede hatasız çalışılmasını sağlamak, bu amaçla ilgili bölümlerdeki organizasyonu soyut olarak belirledikten başka, somut olayda güçlükler çıktığı takdirde müdahale de etmek durumundadır. Bu bakımdan sadece ilk organizasyonun yapılmış olması yetmez, bunun sürekli denetlenmesi ve iyi yürüyüp yürümediğinin kontrol edilmesi gerekir. Hastane yönetimi, eldeki mevcut personel ile hizmetin en iyi şekilde yürütülmesine ilişkin organizasyonu iyi yapmalıdır. Tecrübeli cerrahlar hazır bulundurularak, ameliyatların iyi şekilde yapılması sağlanmalı, keza hekimlerin nöbetleri de iyi ayarlanmak suretiyle, hekimlerin üzerine çok yük yüklenmemeli ve böylece yorgunluk veya konsantrasyon eksikliği nedeniyle, tıbbi müdahalelerin sağlıklı yapılmasının önündeki engeller kaldırılmalıdır. Nitekim bir mahkeme kararında, bir asistanın anestezist hekim olarak aynı anda üç ameliyatta birden görevli olduğu sırada, hastalardan birinde ağır beyin zararlarına yol açan nefes alma problemlerinin meydana çıkması dolayısıyla hastane sorumlu tutulmuştur. Bir sağlık personelinin bir hastayı hukuka aykırı olarak yaralaması durumunda, hastane işleticisinin (yöneticisinin) veya hastane yönetiminin kusurluluğu konusunda bir karine vardır. Bu durumda, işletici veya yöneticinin personelin seçimi ve denetiminde özenli davranmadığı kabul edilir. Ancak işletici veya yönetici özenli davrandığını ortaya koyabildiği veya özenli davransaydı dahi aynı sonucun meydana geleceğini ispat edebildiği takdirde sorumluluktan kurtulur. Buradaki sorumluluğun tazminat sorumluluğu olduğuna ve cezai sorumluluğun çok istisnai olarak söz konusu olabileceğine işaret edelim. Tıbbi cihazların kullanılmasına yönelik olarak da hastane yönetiminin sorumlulukları bulunmaktadır. Öncelikle bu cihazların uzman kişiler tarafından kullanılmasının sağlanması gerekir. Aynı şekilde tıbbi cihazların fonksiyon görecek vaziyette tutulması hastane yönetiminin organizasyon görevlerindendir. Aksi durumda hastane yönetimi

sorumlu olacaktır. Tıbbi cihazların çalışmaması veya hatalı çalışması dolayısıyla bir hastanın zarara uğraması durumunda, hastane yönetiminin hem cezai hem de tazminat sorumluluğu gündeme gelir.

Hastane yönetiminin hastaların aydınlatılması ve rızasına ilişkin olarak gerekli kurallara uyulması konusunda hekimleri bilgilendirmesi gerekmektedir. Büyük hastanelerde bunun yapılmaması organizasyon hatası olarak değerlendirilmektedir. Ancak hastanenin hekimin gerçekten de aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini kontrol etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Fakat bu yöndeki işaretlerin bulunması halinde, müdahale etmek durumundadır.

Hastanenin sıhhî kalması da organizasyon görevlerindendir. Klinik yönetimi, dezenfeksiyon maddelerinin kullanıma hazır tutmak durumundadır. Uygulamada temizlik görevinin bir firmaya devredilmesiyle hastane yönetiminin sorumluluktan kurtulmayacağı, yönetimin açık talimatlar ve kontrollerle hastanenin personelin veya vatandaşların tehlikeye sokulmaksızın temiz tutulması konusunda çaba göstermesi gerektiğine karar verilmiştir. Çocukların ve akıl hastalarının hastanede güvenlik içinde olmalarını sağlayacak tedbirleri almak da hastane yönetiminin yükümlülüğü altındadır. 6 yaşındaki bir çocuğun hastaneden ayrılmasından ilgili hastane sorumlu tutulmuştur. Hastane yeterli ölçüde gözetim ve kontrol tedbirleri almak zorundadır. Mahkeme, çocuğun hastane dışında yaralanması halinde, bundan dolayı hastane yönetiminin tazminat ödemek zorunda kalacağına karar vermiştir.

Hastanın yatağından düşmesi tehlikesi varsa, bu yönde de tedbirlerin alınması gereklidir. Keza, eldeki kanların güvenilir olması da hastane yönetiminin organizasyon yükümlülüklerindendir. Kandan dolayı bulaşan bir hastalık vs. durumunda hastane sorumlu tutulacaktır.

Uygulamada yan odada yatan 7 yaşındaki hastanın, bir bebeğin bulunduğu odaya girerek, bebeğe zarar vermesi olayında, hastane gerekli tedbirleri almadığından sorumlu bulunmuştur. Hastanede yürütülecek klinik araştırmaların kurallara uygun yürütülmesi, hastaların bu çerçevede korunması ve projelerin etik kuralların denetiminden geçirilmesi de organizasyon yükümlülükleri arasında sayılmaktadır.

Organizasyon yükümlülüğünün pratikte görülen en açık şekli, yetkili, sorumlu kişinin tıbbi müdahaleye çağrılmamasıdır. Bu durum, bizzat, ilgili kişinin sorumlu tutulmasını gerektirmektedir. Sağlık personelinin de bu çerçevede bazı yükümlülükleri bulunmaktadır.

Sözgelimi hekimin organizasyona ilişkin yükümlülüklerinden birisi, teknik alet veya gereçlerdeki eksikliklerin hastane yönetimine bildirilmesidir. Hekimin organizasyon yükümlülüğüne ilişkin verilen ilginç bir kararda, meslek sahibi bir hastaya muayenesinde muayene için bekleme süresinin oldukça uzun olduğunun bildirilmemesi organizasyon yükümlülüğünün ihmali olarak değerlendirilmiş

ve hekim tazminata mahkûm edilmiştir. Hekim kusurunun belirlenmesinde ülkemizdeki tıp biliminin eriştiği düzey esas alınmaktadır. Ancak özel hastaneler, dünyadaki gelişmeler izlemek ve çalıştırdığı hekimleri bu düzeye getirmek yüksek özen yükümlülüğü altındadır. Gelişmeleri izlemek için çalıştırdığı hekimlere gerekli olanakları tanımayan hastane işleticisinin kusuru ağır kusurdur.

Keza kullanılan araç ve gerecin seçim ve kullanılmasında, korunması ve bakımından yüksek özen beklenmelidir. Özel hastane sahibi ekonomik olanaksızlıkları ileri sürerek, eski araçları kullanmamalıdır. Bu konuda dünya standartları ölçü alınmalıdır. Bu noktada tek mazeret olarak, bu aletlerin ülkeye getirilmesi ve kullanılmasındaki idari ve teknik engeller kabul edilebilir.

Belirtilen organizasyon yükümlülüklerinin yerine getirilmesi hastanelerde kimin sorumluluğu altındadır? Bu konuda Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nde bazı hükümler sevk edilmiştir. Bu hükümlere göre, bu konudaki en üst sorumluluk başhekime aittir:

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'nin 110. maddesine göre, başhekim,

Kurumun tıbbi, idari ve eğitim hizmetlerinin görevlilerce en iyi şekilde yürütülmesini sağlar. Bu hizmetlerin yapılmasını izler, en az haftada bir defa denetler.

Kurumun verimli olarak çalıştırılması, işlerin sürat ve kolaylık içinde yapılması, kaliteyi düşürmeden ekonomi sağlanması ile hizmeti olabilecek en yüksek düzeye çıkarmak için gerekli tedbirleri alır.

Hastaların tıbbi müşahede ve muayenelerine, teşhis ve tedavilerine kendilerine gösterilen ihtimam ve ilgiye dikkat ve nezaret eder.

Kurumda çalışan bütün personelin hastalar ve iş sahiplerine karşı fena davranışlarda bulunmalarını önler. Bütün personelin, hastaların moralini bozacak söz ve hareketlerine, hastalar ve yakınları yanında teşhis tedavi konularında tartışma ve tenkitte bulunmalarına engel olur. Ayrıca kurumda düzen ve disiplini sağlamak üzere gerekli gördüğü tedbiri alır.

Hastaların teşhis ve tedavilerinde gerekli laboratuar muayenelerinden geçirilmeleri hususunu izler ve denetler.

Kurum ve bölümlerinde bulunan bütün fenni alet ve cihazlarla ecza ve laboratuar malzemesinin, eşya, mefruşat ve demirbaşların kayıtlarını muntazaman ve Ayniyat Talimatnamesi ve bu yönetmelik hükümlerine uygun bir şekilde tespit ve tescil ettirerek icabına göre saklama veya kullanılmalarını sağlar.

Kurumun bütün bölümleriyle, tesisat, cihaz ve malzemesini belirsiz zamanlarda ve sık sık kontrol eder. Bunlarda düzen, güvenlik, temizlik hususlarında rastladığı kusur ve noksanlara sebep olanlarla, bunları düzeltmeyenler hakkında gerekli işlemi yapar.

Kurum eşya ve malzemesinden bozulanların mevzuata uygun olarak onarımını sağlar. Hususi Hastaneler Kanunu'nun 9. maddesine göre, "hususi hastanenin bir mes'ul müdürü bulunur". Aynı kanunun 23. maddesine göre, "hususi hastanelerin müdürleri hastanelerin her türlü mali ve idari işlerinden mes'ul ve hastaların fenni şekilde tedavi istirahatlarını temine mecburdurlar". Bu hükümler başhekim ve mes'ul müdürün tazminat sorumluluğuna işaret ettiği gibi, bu kimselerin diğer şartlar da gerçekleştiği takdirde taksirden kaynaklanan ceza sorumluluğuna da neden olabilecektir. Kapsamlı bir kitap olduğunu düşünüyorum. Hepinize saygılar sunuyorum.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Aşçıoğlu, Çetin, Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara 1992.
Atabek, Reşat, Hastanelerin Sorumluluğu, İBD, C.60, S. 10, 11, 12, 1986, s. 628–650.
Ayan, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991.
Deutsch, Erwin/Spickhoff, Andreas, Medizinrecht, 5.B., Berlin Heidelberg New York 2003.
Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, Ankara 2007.
Hatırnaz, Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Ankara 2007.
Laufs, Adolf/Uhlenbruck, Wilhelm, Handbuch des Arztrechts, 3. B., München 2002.
Yılmaz, Battal, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 2007.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Sayın Profesör Doktor Hakan Hakeri kendisine çok teşekkür ediyoruz. Şimdi programımızda Mustafa Kırcalıoğlu Yargıtay Dördüncü Dairesinde çok kıymetli bir üyesi, kendisi vardı fakat maalesef çok amansız bir hastalıkla boğuşmak durumunda çok sevgilerini bize göndermiş o nedenle kendisine acil şifalar diliyoruz. Vakıa kendi tebliği ile aynı adı taşıyan yargı kararları ışığında hekimin hukuksal sorumluluğu konusunu bize Sayın Avukat Halide Savaş anlatacaklar. Buyurun efendim. Mustafa Bey'in tebliğini dışarıya zaten Barodaki arkadaşlarımız koymuşlar tebliğini bize göndermiş sağ olsunlar onu alabilirsiniz. Buyurun efendim.

Yargı Kararları Işığında Hekimin Sorumluluğu

AV. HALİDE SAVAŞ

Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Öncelikle sesim için çok özür diliyorum. Buradan önce İstanbul'da verdiğim bir seminerde böyle oldu. Ankara Barosuna ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesine çok teşekkür ediyorum. Buradaki nitelikli topluluğu bir araya getirdiği için. Hepinizi saygıyla selamlayarak sunumuma başlıyorum.

Yargı kararları ışığında hekimin hukuki sorumluluğunu anlatacağım; ama, ben sağlık bilimlerinde yüksek lisans yaptığım için size biraz sağlık bilimlerinden bilgiler vermek istiyorum.

Sağlık hizmetleri ne kadar riskli acaba bunu hiç düşündünüz mü? Bu sıralamada birinci sırada Bangi jamping geliyor en riskli konularda, en riskli faaliyetler arasında, ikinci sırada dağcılık geliyor. Tahmin edin **üçüncü sırada** ne geliyor? **"sağlık hizmetleri"**. Bu istatistik Prof. Dr. Metin Çakmakçı'nın sunumundan aldığım bir istatistik. Amerika Birleşik Devletlerinde yapılmış . Amerika Birleşik Devletleri çok iyi kayıt tuttuğu için biz istatistikleri oradan alabiliyoruz. Tıbbi hatalarda motorlu taşıt kazalarından bile üstte geliyor ölüm nedenleri arasında. Bunlar çok ciddi istatistiki veriler ve biz hasta güvenliği kongresinde de bunları sürekli paylaştık. Sizlerle de paylaşmak isterim.

Bu da literatürdeki bir dava. İngiltere'de açılmış bir dava meslektaşlarımla paylaşmayı seviyorum. Çünkü burada, **"ölmeyince doktora dava açıyor bir İngiliz"** neden? **Doktorlar, dalak kanserisin, altı ay sonra öleceksin diyorlar. Altı ay sonra öleceğim diye kredi ödemelerini durduruyor, evini satıyor, para harcıyor vesaire bir sürü masraf yapıyor ve altı ay sonra ölmüyor.** Bu nedenle zararının karşılanması amacıyla dava açıyor. Literatürde böyle bir davada var yani arkadaşlar haberiniz olsun istedim. Bizim yine hasta güvenliği kongresinde sunulan bir tebliğimiz vardı. Burada 2001- 2005 yılları arasında, adli tıp birinci ve ikinci ihtisas kurullarına ait tüm dosyaların incelendiği bir çalışmada, 525 olgu incelenmiş ve bunların %32'sinde tıbbi uygulama hatası görülmüş, **%60'ında tıbbi uygulama hatası görülmemiştir** arkadaşlar. Bu çok ciddi bir rakam yani şikayetlerin ancak %32'si ciddi anlamda tıbbi uygulama hatasıdır. Bunu bilmemiz lazım bizim hukukçu olarak ve biz bunu İstanbul'da yapıyoruz. Dünde hep arkadaşlarla konuştuk davaları açmadan önce mutlaka

başka bilirkişilerden görüş alarak, burada gerçekten bir tıbbi uygulama hatası var mıdır yok mudur diye öğreniyoruz ona göre dava açıyoruz. Bu çok önemli. Burada gördüğünüz gibi yine aynı 525 olgunun 2001 yılından 2005 yılına kadar hızla artmasının oranı %165 yani 2001 yılındaki orana bakılarak 2005 yılındaki oran %165 artmış. Yani tıbbi hataların şikayet oranı çok fazla artmış durumda.

Buda Sağlık Bakanlığı verileri. Yüksek Sağlık Şurası'ndan bir istatistiki veri; pratisyen hekimler birinci sırada geliyor şikayet edilenler arasında yada Yüksek Sağlık Şurasına yansıyan kararlarda. Bunlar; 2004 yılı verileri. Öğleden sonra yapılacak Yüksek Sağlık Şurası sunumunda belki daha başka veriler önümüze gelebilir. Kadın doğum ebe, hemşire sağlık memuru. Ben buraya gelmeden önce İstanbul'da Kartal Hastanesinde ebe hemşire ve sağlık memurlarına seminer verdim. Onlara da bu işin vahametini anlatmaya çalıştım.

Şimdi asıl konumuz olan kararlara geliyoruz değerli katılımcılar.

Doktorla hasta arasında sözleşme olduğuna dair karar. Şimdi, doktorlar bana diyorlar ki; biz bir yazılı bir sözleşme imzalamıyoruz nereden çıkarıyorsunuz sözleşme işini. Tabi zımni kabulü anlatmak çok zor. Disiplinler arası ben gerçi sağlık mesleği kökenliyim bunu bir şekilde aşıyorum ama disiplinler arası iletişim kurmak çok zor. Burada doktor, meslek ve sanatını icra eden kimsedir. Hasta muayene ve tedavi için kendisine müracaat ettiğinde ve doktor muayene ve tedaviye başladığı anda akdi bir ilişki kurulmuş olur. Bu 1991 yılında verilmiş bir Yargıtay kararı.

Peki **doktorla hasta arasındaki sözleşmenin vekalet sözleşmesi olduğuna dair bir karar**. "Davalı doktorun hamilelik kontrollerinde vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırı davranmaları sonucu..." bu sözleşmenin hukuki niteliğinin vekalet sözleşmesi olduğuna dair başkaca da bir sürü karar var. dilerseniz bunları bir şekilde paylaşırız.

Hasta ile özel hastane arasındaki ilişkinin vekalet sözleşmesi olduğuna dair de böyle net karar var. Bunların hepsi Yargıtay'ın kendi sözleridir. Yani hiç birine ben ekleme yapmadım hepsi Yargıtay kararıdır. Şimdi bu sözleşmenin vekalet sözleşmesi, hekimlik sözleşmesi, istisna sözleşmesi olduğuna dair görüşler var. Cevdet Yavuz bizim hocamız olduğu için ben Yavuz'u aldım. "Hekimlik sözleşmeleri vekalet sözleşmelerinden ihtimam bakım sözleşmelerine; hastaneye kabul sözleşmeleri ise karma sözleşmelerden, kombine sözleşmelere örnek teşkil eder diyor" bizim hocamız, ama bunu süjeneris sözleşme olarak düşünenlerde var. Tabi eser sözleşmesini de unutmuyoruz. Yargıtay'ımızda diyor ki ben burada sadece Yargıtay'ın görüşlerini aktarıyorum ayrıca doktrinel bir şey aktarmıyorum. "Estetik cerrahi ve diş protez yapımı gibi müdahaleler esen sözleşmesi olarak kabul edilmektedir."

Şimdi **aydınlatılmış onamla ilgili 1977 tarihli çok ÖNEMLİ bir kararımız** var. Bu konuyla uğraşan kişiler mutlaka biliyorlardır. Bir genç kıza rektal tuşe

yapılması sırasında kızlık zarının delinmesiyle ilgili bir karar var. Bu karar, 77 tarihinde verilmiş bir karar ama iki gündür anlattığımız şeyleri o kadar güzel özetlemiş ki.Karar biraz uzunca, bu yüzden kararın bir kısmını aldım, ama yine de edinin çok güzel bir karar. **"Rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkilerini, sonuçlarını bilmesi bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarladır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir iradeyle sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır."**

Aynı karar devam ediyor **"davalının rızasının bulunduğu kabul edilse dahi muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispatı davalı doktora düşer o halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun veya riskin meydana geleceği açık açık davacıya bildirilmeliydi."** Arkasında diyor ki davalının müterafik kusuru da yoktur, davalının bilme ihtimali de yoktur. Bu nedenle davalının hiç bir kusuru yoktur. Ama ben bunu atladım. **Sonuç olarak davacıya (hastaya) açıkça bildirdiği sabit olmadıkça davalı, yani doktor tazminatla sorumlu olacaktır.**

Bu başka bir karar yine kararların hepsi altında yazdığı için hangi daire yada hangi tarih söylemiyorum. Meydana gelen zarardan vekil pozisyonundaki doktor kusuru oranında değil zararın tamamından sorumludur. **Davalılar saptanan tazminat miktarından tamamından sorumludur.** Bu karar Sayın Kıcalıoğlu'nun İstanbul'da verdiği bir konferansta, katılmadığı bir Yargıtay kararı idi. Kusur olmadan nasıl insan zararın tamamından sorumlu olur diye düşünüyordu. Sayın Battal Yılmaz aramızda mı bilmiyorum, yarın zannediyorum onunda bir sunumu var. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nden. Ona ayrıca bunu sorarız ama Yargıtay'ın böyle bir kararı var.

Şimdi özel hastane işleteninin basiretli tacir sıfatıyla nitelendiği bir yargıtay kararında sıra. Sayın hocam biraz önce böyle bir karar var mı? bilmiyorum dedi ama "basiretli tacir gibi davranmaması nedeniyle sorumludur." şeklinde bir karar var. Bu karar, İstanbul'da Kadıköy Asliye Ticaret Mahkemesinde görülüp sonuçlanmış bir davanın kararı.Hastane anonim şirketin hastanesi olduğu için ticaret mahkemesinde görülmüş ve burada ticari ilişki söz konusudur denmiş.Sağlık hizmetinin çok önemli bir hizmet olduğunu tespit eden çok güzel bir karar.

Sadakat ve özen yine Mehmet hocamın söylediği gibi sadakat ve özen çok önemlidir. Bu **özen hastanelerde, başta doktor ve diğer yardımcı personeli , seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli.** Diğer şartların hazırlanmasında da aynı ilke unutulmamalıdır. Burada çok ciddi bir tazminata mahkum edildi özel hastane.

Şimdi **"asıl olan insan yaşamıdır"** diye başlayan bir karar var sırada. Ben bunu hep söylüyorum. Kendi kitabımda da bunu yazdım.Hastanın

tedaviyi reddede, reddede ölme hakkı olduğunu, yani pasif ötenaziyi kabul eden meslektaşlarımız yada doktrinel bir yaklaşım var, ama ben asıl olan insan yaşamıdır diyorum. "**Burada amaçlanan sadece bir nebze olsun rahatlama duygusu vermek ve öte yandan zarar veren yanı daha dikkat ve özen göstermek konusunda etkileyecek bir yaptırımla caydırıcı olabilmektir**." Bu kararda altmış yaşında bir hasta ameliyatta ölüyor ve hani biz normalde işte deriz ya altmış yaşındaki kişinin ne kadar ömrü kalmıştır, ne kadar tazminat alınabilir falan. Ciddi bir manevi tazminat veriliyor. Yine aynı kararın devamında, "**tüm bu açıklamaların ışığında taraflar arasındaki uyuşmazlık vekalet akdinden kaynaklandığına, davalıların her türlü özen gösterme borcu olup en hafif kusurundan bile sorumlu bulunduğuna göre zararın tamamından sorumlu tutulmaları gerekirken maddi zarar hesabında kusur oranına göre indirim yapılmış olması usul ve yasaya aykırıdır bozmayı gerektirir.**"

Bu da burada kalmış, İstanbul Barosu'nda paylaştığımız bir karardı. Doktorluk diploması kiralanabilir mi? diye sormuştu arkadaşlar. Bende onunla ilgili bir karar var mı diye baktım bu çıktı.Burada doktor diplomasını hastaneye kiralıyor, daha sonra kira alacağını alamayınca alacak davası açıyor. Alacak davasında da böyle bir karar çıkıyor yani doktor nasıl kiralar gibilerinden.

Bu da benim kitabımın kapak sayfası.İçinde yaklaşık 140 tane Yargıtay kararı var. işinize yarayacağını düşünüyorum. İzninizle vaktim var mı Başkanım? Ben sesimi size fazla dinletmek istemiyorum ama "Oflu Ali" imiş galiba Yahya Hocam öyle söyledi. Bir mahkeme ortamına götürmek istiyorum sizi açabilirsem.

Size iki tane fıkra dinletmek istiyorum.

"Deprem olduğu zaman Allah bir daha göstermesin deprem olduğu zaman hakim, savcı, mahkeme kuruldu, müteahhiti tutuklayacaklar, ama nerede müteahhit hepsi kaçmış. Hakim dedi "ne yapacağız?" savcı dedi ki "hakim bey mahkeme kuruldu ise bunu formalite yapalım kumu tutuklayalım". Kumu götürüyorlar mahkemeye.Kum diyor "hakim bey beni tutuklayamazsın çünkü ben binanın sıvasını yapmışım benle alakası yok bu işin." Doğru diyorsun sen beraat ettin. Kimdir suçlu çakıldır suçlu ana madde odur diyor çakılı götürüyorlar. Çakılda ağlamaya başlıyor diyor ki "hakim bey ben ana maddeyim ama bizi bir araya tutuşturan çimento var diyor onu tutukla" diyor. Valla doğru diyorsun sende beraat ettin. Çimento gelsin. Çimento geliyor hakim bey diyor tamam diyor "ben ana maddeyim bir araya tutuşturuyorum ama beni tutuklayamazsın" niye. "Bizim hepimizi bir araya tutuşturan demir var" diyor o"dur suçlu binanın yıkılmasına odur sebep onu çağırın" diyor. Sende beraat. Demir geliyor huzura **hakim diyor ki demire "seni tutukluyorum". "Hakim bey beni tutuklayamazsın",** niye, **"çünkü ben olay mahallinde yoktum".**

Ortak inşaat yapıyorlar Oflu, Bayburtlu, Rizeli. Düşünebiliyor musunuz bu gurubu. Ortak inşaat sabah oluyor inşaat yıkılıyor. Rizeli ağlıyor "gitti demirim

çeliğim". Bayburtlu ağlıyor "gitti kumum çakılım". Oflu da ayak ayaküstünde "iyi ki diyor çimento koymadık yoksa o da gidecekti."

Teşekkür ederim beni dinlediğiniz için.

HEKİM SORUMLULUĞU KAPSAMINDA TIBBİ MÜDAHALE HATALARI VE YARGIYA YANSIYAN TIBBİ HATA ÖRNEKLERİ

Giriş

Sağlık hizmeti sunumunda yapılan tıbbi müdahaleler sırasında ve sonrasında bazı istenmeyen sonuçlar oluşabilmektedir. Sağlık hizmetlerinde ve tıbbi müdahalelerde uygulanması gereken standartların[1] (bu fiillerin sürekli değişen ve gelişen niteliği gereği) net olarak belirlenememesi; tıbbi hataların hukuk tarafından tespitini de zorlaştırmaktadır.

Tıbbi müdahale ile kişinin ruh ve beden sağlığına yönelik fiilleri gerçekleştiren sağlık mesleği mensupları[2] ülkemizde çok zor şartlarda ve özverili olarak mesleklerini icra etmektedirler. Her meslek mensubunun mesleki sorumlulukları olduğu gibi sağlık mesleği mensuplarının da sorumlulukları mevcuttur. Ancak sağlık mesleği mensuplarının sorumlulukları çok ağırdır. Çünkü sağlık mesleği mensupları mesleklerini insan üzerinde icra etmektedirler. Sağlık mesleğinin icrası sırasında en ufak bir ihmal dahi, yaşam hakkını ihlal eder nitelikte sonuç doğurabilir. Bu nedenle sağlık mesleği mensupları bu ağır sorumluluğun bilincinde olarak hareket etmelidirler.

Hekim sorumluluğunun ağırlığını güzel ifade ettiğini düşündüğüm, hukuk doktrininden bir görüş şöyledir: "İnsanlar sağlıklı yaşamak isterler.Ama hastalanmadıkça en önemli şeyin sağlık olduğunun farkına varmazlar.Farkına vardıklarında da korku ve kaygı içinde, umutla hekime koşarlar. Böyle bir ruh hali içinde hekim, onlar için bir kurtarıcıdan öte, bir büyücü, bir evliya, bir tanrısal güçtür.(...) Bilim ve teknik ne kadar ilerlerse ilerlesin ölüm korkusundan kaynaklanan bu duyguyu, bu düşünceyi değiştirmek imkansızdır.Hastanın hekimden olağanüstü beklentileri, aşırı umut bağlamaları nedeniyle hekimin işi (çok) zordur."[3].

Makalemizde sağlık hizmeti, tıbbi müdahale, tıbbi müdahale hataları

1 Dünya Tabipler Birliği tarafından tıbbi hata "hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar" olarak tanımlanmaktadır.

2 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 280.maddesinin 2. fıkrasında "sağlık mesleği mensubu deyiminden tabip, diş tabibi,eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır" denilmektedir. Sağlık mesleği mensubu konusunda detaylı bilgi için bknz. Savaş, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, s.35 vd.

3 Çelik, Hastanelerin ve Hekimlerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu'nun 28-29 Eylül 2007 tarihlerinde düzenlediği Meslekiçi Eğitim Semineri Notları

(dünyada ve ülkemizde tıbbi hatalar) ve ülkemiz hukuk uygulamasında yargıya yansıyan tıbbi hata örneklerini inceleyeceğiz.

Sağlık Hizmeti

Günümüzde en çok kabul görmüş olan " sağlık " tanımı, **Dünya Sağlık Örgütü** tarafından yapılmış olan tanımdır. Bu tanıma göre **sağlık, " yalnızca hastalık veya sakatlığın olmayışı değil, bedence, ruhça ve sosyal yönden tam bir iyilik "** halidir [4].

" Hizmet " sözcüğünün sözlük anlamı, **" Birinin işini görme veya birine yarayan bir işi yapma, görev, iş "** olarak belirtilmektedir [5].

Kelimelerin sözlük anlamlarından anlaşıldığı şekliyle **sağlık hizmetini; " Sağlıkla ilgili iş görme "** yada **" Hastalık veya sakatlığın olmaması ve bedenen, ruhen, sosyal yönden tam bir iyilik halinin sağlanması amacıyla yapılan işler "** olarak tanımlamak mümkün gözükmektedir.

Ülkemiz mevzuatında, **224 sayılı " Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun "un 2. maddesinin 3. bendinde Sağlık Hizmeti şöyle tanımlanmıştır:**

" İnsan sağlığına zarar veren çeşitli faktörlerin yok edilmesi ve toplumun bu faktörlerin tesirinden korunması, hastaların tedavi edilmesi, bedeni ve ruhi kabiliyet ve melekeleri azalmış olanların işe alıştırılması (rehabilitasyon) için yapılan tıbbi faaliyetler sağlık hizmetidir. " Bu tanımın en önemli özelliği, sağlık hizmetlerinin hepsinin tıbbi olmasının gerekliliğidir.

Kanaatimizce **sağlık hizmeti " fizyolojik, psikolojik ve sosyal yönden tam bir iyilik halinin varlığı ve devamı için gerekli olan tüm tıbbi faaliyetler"** olarak tanımlayabiliriz.

Ülkemizde, sağlık hizmetleri ile ilgili net ve gerçekçi bilgililere ulaşmamız; tıbbi kayıtların yeterince düzgün tutulamaması nedeniyle mümkün olamamaktadır. Ancak kayıt tutma, arşivleme ve bilgileri istatistiki olarak irdeleme konusunda iyi olan ülkelerde sağlık hizmetleri ile ilgili önemli çalışmalar yapılmaktadır.

Örneğin, Amerika Birleşik Devletleri'nde sağlık hizmetlerinin ne kadar riskli olduğunu araştırmaya yönelik olarak yapılan bir çalışmada; sağlık hizmetlerinin, riski yüksek olan faaliyetler arasında "bungee jumping" ve "dağcılık"tan sonra 3. sırada geldiği tespit edilmiştir.Bu araştırmanın sonuçları aşağıdaki gibidir:

Sağlık hizmetleri ne kadar riskli ?

1. 1/100 "Bungee jumping"
2. 1/300 Dağcılık
3. **1/500 Sağlık hizmetleri**

4 Akdur, Türkiye'de Sağlık Hizmetleri ve Avrupa Topluluğu İle Kıyaslanması, s.5,6
5 www.tdk.gov.tr, Türk Dil Kurumu ,Türkçe Sözlük

4. 1/20,000 Araç kullanma

5. 1/8,000,000 Tarifeli hava yolları seyahati

6. 1/10,000,000 Avrupa tren yolları seyahati[6]

Sağlık hizmetlerinin büyük kısmını kapsayan tıbbi müdahaleler sırasında yapılan hataları ve bu hataların yargı mercilerinde ele alınış şekillerini incelemeden önce tıbbi müdahalenin tanımını irdeleyelim.

Tıbbi Müdahale

Tıbbi: Tıpla ilgili , hekimlikle ilgili.

Tıp : Hastalıkları iyileştirmek, hafifletmek veya önlemek amacıyla başvurulan teknik ve bilimsel çalışmaların tümü, hekimlik, tababet.

Müdahale : Karışma , araya girme, el atma [7].

Yukarıda belirttiğimiz gibi, kelimelerin ayrı ayrı sözlük anlamlarından da anlaşılacağı üzere tıbbi müdahalenin mutlaka tedaviye yönelik olması gerekmez. Hastalıktan korunmaya yönelik olan aşı uygulamaları veya istenmeyen gebelik gibi durumlardan korunmaya yönelik olan doğum kontrolü yöntemleri (rahim içi alet takılması vb. fiiller) de tıbbi müdahaledir. Kan alma işleminden en tehlikeli ameliyatlara, nüfus planlaması faaliyetlerinden hastaya diyet önermeye kadar her faaliyet ehliyetli kişilerce, bilimsel ve tıbbi şekilde yapılması; vücut bütünlüğüne doğrudan ya da dolaylı etki etmesi halinde tıbbi müdahaledir denilebilir.

Tıbbi müdahale deyince akıllara genellikle "ameliyat" gelmektedir. Oysa ki ameliyat bir tıbbi müdahale türü olan cerrahi müdahaledir. Üstelik tıbbi müdahale için mutlaka deri bütünlüğünün neşterle bozulması gerekmemektedir. Dışarıdan, vücut (ruh ve beden) bütünlüğüne yönelik olarak ehliyetli kişilerin yaptığı bilimsel uygulamalar (ilaç verilmesi, terapi yapılması vb.) tıbbi müdahaledir [8].

Doktrinde bu fiillere; " Tıbbi Yardım Ve El Atmalar" [9], Tıbbi Faaliyetler" [10], Tıbbi Uygulama"[11], " Tıbbi Girişim"[12], " Teşhis Tedavi Edimi "[13], " Hekimlerin Mesleki Faaliyetleri"[14] gibi çeşitli isimler verilmektedir. Ancak bu fiiller çoğunluk tarafından "Tıbbi Müdahale"[15] olarak isimlendirilmektedirler.

6 Çakmakçı , Sağlıkta Kalite ve Bilişim, Tıp Bilişimi 2.Yıllık Kongresi, 17-20 Kasım 2005 Antalya

7 www.tdk.org.tr/tdksozluk

8 Savaş, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, s.51

9 Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, s.15-144

10 Bayraktar, Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu , s. 9, 65

11 Polat, Tıbbi Uygulama Hataları, s.28,29

12 Hatun , Hasta Hakları, s.13

13 Özdemir , Teşhis Tedavi Sözleşmesi, s.51,52

14 Reisoğlu ,Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, s.2, Güran ,Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, s. 77

15 Belgesay , Hekimin Hukuki Borçları, s.110 ; Dönmezer-Erman , Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.2, s.44 ; Ayan, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluklar, s. 5 ; Erman ,Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.45-93 ; Çakmut , Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s. 24 ; Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, s. 22 ; Öztürkler, Hukuk Uygulamasında

Kişiye enjeksiyon yapılması, terapi yapılması, ilaç bağımlılarına belli şartlarda ilaç verilmemesi, diyet önerilmesi vs. gibi fiiller tıbbi müdahale sayılır. Hastalığın önlenmesi, teşhis yada tedavisi gibi sebeplerle insanın normal hayat düzenine yetkin kişilerce el atılması durumunda da bu müdahale tıbbi müdahele sayılmalıdır.

Mesela, üreme organlarından hastalığı olan bir kadına, hekimi tarafından, hastalığın tedavisi için bir süre cinsel ilişkiye girmemesi uyarısında bulunulması bir tıbbi müdahaledir. Aynı şekilde şeker hastasına diyet yapmasının önerilmesinde de, hastanın vücudundaki enzimlerin hekim tarafından kontrol altına alınmaya çalışılması söz konusu olduğundan, tıbbi müdahale söz konusudur denilebilir[16].

Doktrinde Ayan, tıbbi müdahalenin unsurlarını ikiye ayırarak incelemiştir. Birinci unsur, "müdahalenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi "; ikinci unsur, " müdahalenin doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik bulunması "dır[17] .

Kanaatimizce, Hukuka Uygun Tıbbi Müdahalenin varlığı için gerekli şartları 4 maddede saymak mümkün gözükmektedir :

1-Tıbbi müdahale fiilleri,

2-Tıbbi müdahale fiillerini kanunen yetkili kişilerin icra etmesi,

3-Hastanın müdahale için hukuka uygun rızası alınmış ve müdahalenin meşru bir amaçla gerçekleştirilmiş olması,

4-Müdahalenin tıp bilim ve tekniğine, ilgili güncel literatüre uygun ve dikkatli olarak gerçekleştirilmiş olması[18].

Tıbbi Müdahale Fiilleri ve Çeşitleri

Hukuka uygun bir tıbbi müdahale için öncelikle tıbbi müdahale fiillerinin varlığı gerekmektedir.

Kanaatimizce **tıbbi müdahale fiilleri;** kişileri hastalık, sakatlık ve diğer istenmeyen (istenmeyen gebelik gibi) tıbbi durumlardan koruma, bu durumlar oluşmuşsa teşhis ve tedavi etme, iyileşmeden sonraki sosyal iyilik halinin devamını sağlama gibi sebeplerle; konusunda eğitim almış kişiler tarafından, tıp bilimi ve tekniği çerçevesinde gerçekleştirilen; kişinin beden ve ruh tamlığını etkileyen fiillerdir[19].

Tıbbi Sorumluluk, s.7; Özsunay , Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve istisnaları, s. 32 ; Kök – Çankaya , Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi, Etik ve Hukuki Sorunlar, s. 545 ; Özek, Hekim ve Hukuk Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları, s. 446 ; Artuk – Gökcen – Yenidünya Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.524 ; İçel - Sokulu-Akıncı - Özenç – Sözüer - Mahmutoğlu - Ünver , Suç Teorisi, s.175 ; Soyaslan , Ceza Hukuku Genel Hükümler, s.354

16 Savaş, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, s.53

17 Ayan,Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk, s. 5

18 Savaş, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, s.54

19 Savaş, Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları, s.54

Hukuk kaynaklarında çeşitli şekillerde[20] sınıflandırılan tıbbi müdahale fiillerini kanaatimizce şu şekilde sınıflandırmak mümkündür:

A. Amaçlarına göre tıbbi müdahaleler :

1. Tıp bilimini ve yöntemlerini geliştirme, **eğitim amaçlı tıbbi araştırma ve denemeler.**Tıp bilim ve tekniğine uygun olarak, gerekli diğer hukuki ve etik koşulların da yerine getirilmesi ile yapılan tıbbi deneme ve araştırmalar da hukuka uygun tıbbi müdahale kapsamında sayılabilir.

2. Hastalıkları ve istenmeyen durumları **önleme amaçlı tıbbi müdahaleler.** Aşı ve serum uygulamaları, koruyucu sağlık tedbirleri, tecrid uygulamaları, doğum kontrol yöntemleri vb.

3. Oluşmuş hastalık ve sakatlığı **teşhis etme amaçlı tıbbi müdahaleler.** Röntgen ve laboratuar tetkikleri, vücuttan doku alıp incelenmesi, biyopsi uygulaması vb.

4. Teşhis edilmiş olan hastalık ve sakatlığı **tedavi etme amaçlı tıbbi müdahaleler.** Cerrahi müdahaleler, çeşitli krem, losyon ve ilaçlarla müdahaleler, fizik tedavi vb.

Estetik tıbbi müdahaleler ve cinsiyet değişiklikleri müdahalelerinin tedavi amaçlı olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Estetik ameliyatların güzelleştirmeyi amaçlasa da ruh sağlığını tedaviye yönelik olduğu düşünülmektedir[21]. Kişiliğin, ruh ve beden bütünlüğünü ifade ettiği ve ruh -beden uyumunu sağlamayı amaçlayan cinsiyet değişikliği, estetik ameliyat gibi ameliyatlarının tedavi edici olduğu yönünde görüş bildirilmektedir [22]. Cinsiyet değişikliği ameliyesinin ruh sağlığı açısından gerekli bulunması şartı bu tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarından biridir[23]. Kanunda da belirtildiği üzere ruh sağlığı açısından zorunlu olan cinsiyet değişikliği ameliyatlarının tedaviye yönelik olduğu doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir.

5.Tedaviden sonraki **iyilik halini devam ettirme, toplumsal yaşama alıştırma amaçlı tıbbi müdahaleler:** Rehabilitasyon, fizik tedavi, terapi vb.

B.Uygulanma şekline göre tıbbi müdahaleler

1. Beden bütünlüğüne yönelik tıbbi müdahaleler. Cerrahi müdahaleler, kan alma, enjeksiyon yoluyla vücuda ilaç verme, saç ekimi vb.

2. Beden bütünlüğüne yönelik olmayan tıbbi müdahaleler. Deri bütünlüğü bozulmaksızın ağız yada deri yoluyla vücuda alınan ilaçla tedavi, terapi yoluyla psikolojik tedavi, vb.[24].

20 Ayan, a.g.e., s. 10-46; Zevkliler, Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, s. 23-37; Çakmut, a.g.e., s. 35-37; Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, s. 30-46

21 Ayan, a.g.e., s.34; Yavuz İpekyüz, a.g.e., s.31; Çakmut, a.g.e., s.181

22 Zevkliler, a.g.e., s. 35; Bayraktar, a.g.e., s.167 vd.; Çakmut, s. 181 vd.

23 Türk Medeni Kanunu'nun 40. maddesinde "...cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunun bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesi..." gerektiği belirtilmektedir.

24 Detaylı bilgi için bkz. Ayan, a.g.e., s. 10-46

C.Uygulayan kişinin özelliği açısından tıbbi müdahaleler

1. Hekim tarafından bizzat uygulanması gereken tıbbi müdahaleler

2. Hekim yardımcıları tarafından hekimin denetim ve gözetiminde uygulanan tıbbi müdahaleler[25]: Hastaya nazogastrik tüp yutturulması,idrar sondası takılması,ebenin gebe takibi vb.

3.Hekim dışındaki sağlık mesleği mensubu tarafından bizzat uygulanan tıbbi müdahaleler: Fizyoterapistin fizik tedavi yapması, ebenin normal doğum yaptırması, hemşirenin hasta bakımı yapması, psikoloğun terapi yapması, teknisyeninin röntgen, tomografi filmi çekmesi vb.[26] .

Tıbbi Müdahale Hataları - Tıbbi Hatalar

Dünya Tabipler Birliği (The World Medical Assosiation)'nin 1992 yılındaki 44. Genel Kurulu'nda "Tıpta Yanlış Uygulama" konulu bir duyuru yayınlanmıştır. Bu duyuruda tıbbi uygulama hataları "**hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar**" olarak tanımlanmıştır[27].

Tıbbi standart, hekimin tedavi amacına ulaşması için gerekli olan ve denenerek ispatlanmış bulunan, hekim tecrübesi ve doğa bilimlerinin o anki ulaştığı düzeyi ifade eder.Tıp biliminin genel olarak tanınıp bilinmiş kurallarıdır[28].

Hatalı tedavi ya da tıbbi ihmal diye özetlenebilen tıbbi hata, Türk Tabipler Birliği Etik İlkeleri'nin 13.maddesinde **"hekimliğin kötü uygulanması"** olarak belirtilmiş ve **"bilgisizlik , deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile hastanın zarar görmesi"** olarak tanımlanmıştır [29].

Hatalı tıbbi tedavi, hekimlerin muayene ve tedaviden doğan zararlı sonuçlardan sorumlu olması anlamına gelmektedir. **Bir hatalı tıbbi tedavi şu unsurları kapsamaktadır:**

-Meslek ve sanatta acemilik (normal altı sağlık hizmeti),

-Hastaya kasıtlı olarak zarar vermek,

-Hasta – hekim sözleşmesine aykırı hareket etmek,

-Yanlış, tehlikeli muayene sonucu hastanın zarar görmesi,

-Tıbbi aletlerin tehlikeli kullanılmasından dolayı hastaya zarar vermek [30].

25 Reisoğlu , Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, s. 27,28

26 Hemşirenin yaptığı enjeksiyonu tıbbi müdahale olarak tanımlayan ve bu fiilden dolayı sorumluluğunun bulunduğunu kabul eden bir Yargıtay kararında, " Hemşirenin Tıbbi Müdahalede Kusuru " şeklindeki başlığın altında, hastanede hatalı iğne yapılması nedeniyle sakat kaldığından dolayı maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulmuştur.Yargıtay 21. Hukuk Dairesi E. 2004/7439, K. 2004/8136, T. 11.10.2004

27 Polat , Tıbbi Uygulama Hataları, s.31

28 Hakeri , Tıp Hukuku, s.328

29 Hancı , Malpraktis, s.30

30 Ronal W.Scoot, Healt Care Malpractice, s.5, AKTARAN: Öztürkler, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, s.20

1997 yılında Amerika Birleşik Devletleri'nde 44.000 kişi önlenebilir tıbbi hatalar sonucu ölmüştür [31] ve **ölüm nedenleri arasında tıbbi hatalar 5. sırada yer almaktadır**. Aşağıda görüleceği üzere, tıbbi hatalardan kaynaklanan ölümlerin, kazalar nedeniyle olan ölümlerden bile önde gelmesi düşündürücü bir tablodur.

Amerika Birleşik Devletleri'nde önde gelen ölüm nedenleri

1.Kalp hastalıkları.....726'974

2. Kanser.....539'577

3.Serebrovasküler hastalıklar.....159'791

4.Kr.Obstrüktif Akciğer Hst.....109'029

5.Tıbbi hatalar .....44'000-98'000

6.Kazalar .....95'644

(Motorlu taşıt kazaları.....43'458)

7.Pnömoni ve influenza..... 86'449

8.Diabet..... 62'636 [32]

Yine bu ülkede yılda 1.3milyon hasta, tıbbi kurum ve kuruluşlarda, tıbbi tedavi esnasında yaralanmakta yada sakat kalmaktadır [33].

Dünyadaki Tıbbi Hata Tipleri

Dünyada, tıp mesleğini profesyonel olarak yapan kişilerin hatalı uygulamaları; bilgi, beceri ve özen eksiklikleri yada ihmalleri sonucu hizmet alanlar zarar görmektedir. Çok farklı boyutlarda ve her tür girişimde tıbbi hatalarla karşılaşılması mümkündür. **Yapılan hataları genel olarak şu başlıklar altında incelemek mümkündür:**

1. Yargı Hataları: Bilgi eksikliği, kasıt ve ihmale bağlı hatalar,

2. Mekanik Hatalar: Ekipmanla ilgili hatalar,

3. Teknik Hatalar: Tıbbi tekniği uygularken oluşan hatalar,

4. Beklenti Hataları: Hastaya olacakları anlatırken saptırarak veya saklayarak farklı beklentilere sokma,

5. Sistem Hataları: Kişilerden değil uygulama şeklinden veya kurumlardan kaynaklanan hatalar[34].

Çeşitli şekillerde sınıflandırılabilen[35] tıbbi hatalar başka bir görüşe göre; **Tanı**

31 Polat, Tıbbi Uygulama Hataları,s.115

32 Çakmakçı, Sağlıkta Kalite ve Bilişim, Tıp Bilişimi 2.Yıllık Kongresi, 17-20 Kasım 2005 Antalya

33 Öztürkler, Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk,s.379

34 Polat, Tıbbi Uygulama Hataları,s.37

35 Meydana gelen başlıca hata tipleri Polat tarafından şu şekilde sınıflandırılmıştır: 1.İletişim Eksiklikleri Ve Kayıt Hataları, 2.Yetki Sınırlarının Aşılması Ve Konsültasyon, 3.Aydınlatma Ve Onam, 4.Tanı Hataları, 5.Hatalı Karar, 6.Girişim Hataları Ve Teknik Hatalar, 7.Terk Etme Ve Özen

hataları,Tedavi hataları , Profilaksi (koruma) hataları ve diğer tıbbi hatalar şeklinde üç başlık altında incelenmiştir. Bu sınıflandırma aşağıdaki gibidir:

Tanı hataları

– Yanlış tanı

– Tanının gecikmesi

– Gereken testlerin uygulanmaması

– Yanlış ya da değeri kalmamış bilimsel olmayan testlerin uygulanması

– Testin uygulanmasında hata yapılması

– Monitorizasyon ya da testlerin sonuçlarına uygun hareket edilmemesi / bunların dikkate alınmaması

Tedavi hataları

– Ameliyat ya da işlemin uygulanmasında hata (*)

– ilaç uygulamasında doz ya yöntem hatası(*)

– Tedavinin geciktirilmesi (*)

– Tedavi seçiminde yöntem hatası

– Gereksiz / aşırı tedavi

– Uygun olmayan tedavi

Profilaksi (koruma) hataları ve diğer tıbbi hatalar

– Gereken profilaksinin yapılmaması

– Yanlış ya da eksik profilaksi uygulanması

– Yetersiz monitorizasyon

– Tedavi izleminin uygunsuz /yetersiz yapılması

– İletişim hatası

– Ekipman / sistem hatası[36]

Ülkemizdeki Tıbbi Hata Tipleri

Ülkemizdeki tıbbi hatalar ancak yargıya yansıması durumunda, bilirkişilik kurumları tarafından tespit edilebilmektedir[37]. Bu bilirkişilik kurumları; Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu başta olmak üzere üniversiteler, hakem hastaneler,özel dal hastaneleri,uzmanlık dernekleri vb. kurumlardır [38]. Bu

Eksikliği, Polat, Tıbbi Uygulama Hataları, s.34

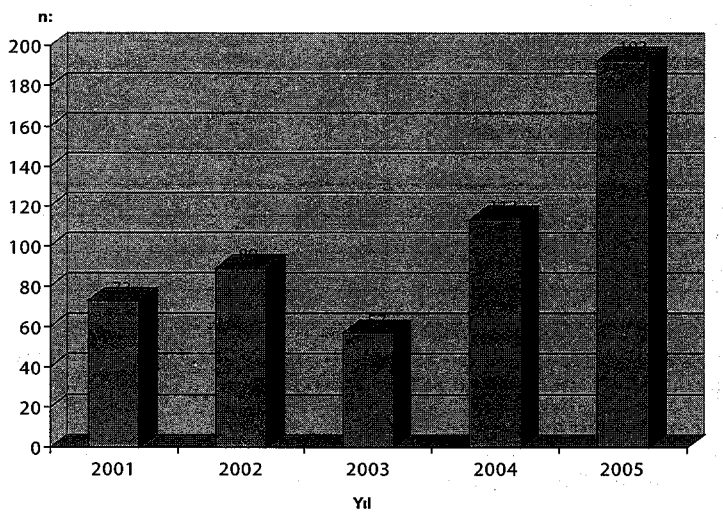
36 Çakmakçı, Sağlıkta Kalite ve Bilişim, Tıp Bilişimi 2.Yıllık Kongresi, 17-20 Kasım 2005 Antalya

37 Ülkemizde pek çok özel hastane ve devlet hastanesi uluslararası kalite kriterlerine uygun sağlık hizmeti vermek amacıyla uluslararası örgütlerin belli kriterlere sahip olanlara verdikleri kalite belgelerini almaktadırlar. Kalite kriterlerine uygun olarak sağlık hizmeti verilen hastanelerde hata raporlama sistemleri oluşturulmaktadır. Bu sistemler sayesinde de tıbbi hatalar tespit edilebilmektedir. Sivil havacılık sistemlerinden alınan bu hata raporlama sistemi sayesinde hastanelerde hatalar tespit edilmekte,bu hataların neden yapıldığı nasıl yapıldığı araştırılmakta ve gereken önlemler alınarak hatanın tekrarlanması engellenmektedir.

38 Savaş, Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2, Sayı:15, Kasım 2007, s.119-126

şekilde, tıbbi hataların tespiti ve kayıt altına alınması da daha güvenilir şekilde yapılmaktadır.

2001-2005 yılları arasında Adli Tıp Kurumu Birinci ve Üçüncü İhtisas Kurullarına ait tüm dosyaların incelendiği bir çalışmada [39], tıbbi uygulama hatası iddiası bulunan ve ölümle sonuçlanan 525 olgu incelenmiştir. Bu olguların yıllara göre artış ve azalışı aşağıdaki grafikte gösterilmiştir:



Grafik : Olguların yıllara göre dağılımı[40].

Çalışmada incelenen olgularda ölüm ya da ölü doğumla sonuçlanıp tıbbi uygulama hatası iddiası bulunan olguların sayısı 2001 yılında 73 (%13,9) iken, 2005 yılında 193 (%36,8)'dür. **Beş yıllık dönemde tıbbi uygulama hatası iddialarının artış oranı %160'a ulaşmıştır.**

Olgular sorumlu tutulan sağlık birimlerine göre değerlendirildiklerinde **Devlet Hastaneleri % 62 'lik oranla ilk sıradadır.**

Olgular Adli Tıp Kurumunda verilen tıbbi uygulama hatası kararı açısından incelendiğinde olguların % 92'sinde (482 olgu) karar verilmiş, 43 olguda (%8) ise değişik nedenlerle karar verilememiştir. **167 olguda (%32) tıbbi uygulama hatası varlığı** yönünde karar verilmiştir. **315 (%60) olguda tıbbi uygulama hatası saptanmamıştır.**

39 Pakiş, Yaycı ,Karapirli,Yorulmaz,,Polatv; Ölümle Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımda Adli Otopsinin Rolü, 1.Uluslar arası Hasta Güvenliği Kongresi, 28-31 Mart 2007 Antalya

40 Pakiş, Yaycı ,Karapirli,Yorulmaz,,Polatv; Ölümle Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımda Adli Otopsinin Rolü, 1.Uluslar arası Hasta Güvenliği Kongresi, 28-31 Mart 2007 Antalya

Tıbbi uygulama hatası saptanan hekimlerin klinik birimlerine göre dağılımı [41].

	Olgu Sayısı n:167	%
Kadın Doğum Uzmanı	37	22,2
Genel Cerrah	29	17,4
Pratisyen hekim	28	16,7
Çocuk Hastalıkları Uzmanı	17	10,2
İç Hastalıkları Uzmanı	12	7,2
Beyin Cerrahisi Uzmanı	11	6,6
Anestezist	7	4,2
Kalp Damar Cerrahisi Uzmanı	7	4,2
Ortopedist	4	2,4
Kardiolog	3	1,8
İnfeksiyon Hastalıkları Uzmanı	2	1,2
KBB Uzmanı	2	1,2
Ürolog	2	1,2

Tıbbi uygulama hatası kararı verilen hekimlerin klinik birimlerine göre değerlendirilmesinde ilk sırada kadın hastalıkları ve doğum yer alırken, bunu genel cerrahi izlemiştir.

Tek alanda Tıbbi Uygulama Hatası Kararı Verilen Olgularda Hatalı Uygulama Alanları			
		Olgu Sayısı	%
	Tanı hatası	12	7,2
	İzleme hatası	25	14,9
	Konsültasyon istememe	5	3
	Tedavi uygulamama veya tedavi hatası	39	23,4
Birden Fazla Alanda Tıbbi Uygulama Hatası Kararı Verilen Olgularda Hatalı Uygulama Alanları			
		Olgu sayısı	%
	Tanı ve tedavi hatası	27	16,2
	Tanı ve tedavide gecikme	19	11,3
	İzleme ve tedavi hatası	14	8,4
	Tanı ve İzleme hatası	9	5,4
	Tanı ve konsültasyon istememe	8	4,8
	Tedavi, konsültasyon istememe	2	1,2
	Tanı, tedavi ve izleme hatası	7	4,2
	Toplam	167	100

41 Pakiş, Yaycı ,Karapirli,Yorulmaz,,Polatv; Ölümle Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımda Adli Otopsinin Rolü, 1.Uluslar arası Hasta Güvenliği Kongresi, 28-31 Mart 2007 Antalya

Hatalı uygulama alanları içinde **en yüksek oranda tedavi uygulamama veya tedavi hatası (%23,4)** görülmüş olup, bunu takiben de **tanı ve tedavi hatası (%16,2)** izlenmiştir [42].

Polat'ın aktardığı kadarıyla; 1995-2000 tarihleri arasında Yüksek Sağlık Şurası'na gelen cerrahi vakaların müzekkerelerinde iddia edilen hususların değerlendirmesinden, **cerrahların en çok branşı dışında hasta kabul etmeleri, ameliyat sırasındaki hataları (operatif komplikasyonlar) ve ameliyat sırasında ve sonrasındaki değerlendirme hataları (Yetersiz operatif ve postoperatif değerlendirme) nedenleriyle şikayet edildikleri görülmüştür.** Aşağıdaki tabloda cerrah doktorların şikayet edilme nedenleri sıralanmıştır.

1.Branşı dışında hasta kabulü	60	%16,4
2.Operatif komplikasyonlar	53	%14,5
3.Yetersiz operatif ve postoperatif değerlendirme	52	%14,2
4.Yetersiz preoperatif değerlendirme	51	%13,9
5.Tanı hatası	34	%9,3
6.Operatif hatalar,	23	%6,3
7.Hastayı bilgilendirmeme	23	%6,3
8.Rüşvet, irtikap ve görevi kötüye kullanma	19	%5,2
9.Yetersiz operatif değerlendirme	16	%4,4
10.Anestezi hataları	12	%3,3
11.Hasta onayını almama	7	%1,9
12.Gereksiz hasta sevki	6	%1,6
13.Adli görev hataları	6	%1,6
14.Yeni bir tedavi yöntemi uygulama	3	%0,8
15.Sır saklamama	1	%0,3
Toplam		**366**
%100[43]		

Ülkemiz Hukuk Uygulamasında Yargıya Yansıyan Tıbbi Hata Örnekleri

Ülkemizde Yargıtay Kararlarına yansıyan çeşitli tıbbi hatalar vardır. **Bu, tıbbi müdahale hataları ve hata olaylarının yargılanma seyri incelendiğinde genel olarak, bilirkişilerce yapılan inceleme ve tespitlerin yüksek mahkemeyi tatmin etmediği ve eksik inceleme nedeniyle kararların bozulduğu görülmüştür.** Şimdi tıbbi hataların nitelikleri ve tıbbi hata davasının yargılama seyri yönlerinden ele aldığımız kararları inceleyelim:

42 Pakiş, Yaycı ,Karapirli,Yorulmaz,,PolaT; Ölümle Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımda Adli Otopsinin Rolü, 1.Uluslar arası Hasta Güvenliği Kongresi, 28-31 Mart 2007 Antalya

43 Polat,Tıbbi Uygulama Hataları,s.311

1.Yanlış Tarafa Cerrahi Müdahale (Taksirle Müessir Fiil)

Vücudun iki tarafında da bulunan göz, diş, böbrek, bacak gibi organ, doku ve uzuvların ameliyatlarında, hasta organın yerine yanlış taraftaki sağlam organın alınması ya da ameliyat edilmesi olarak tanımlanabilen yanlış taraf cerrahisi, günümüz tıp uygulamasındaki çeşitli yöntemlerle oldukça azaltılmış bir tıbbi hata çeşididir. Hastanın ameliyat edilmesi gereken bacağı sağ bacağı iken yanlışlıkla sol bacağının ameliyat edilmesi gibi bir örnekle açıklayabileceğimiz bu tıbbi hata çeşidinde, hastanın gereksiz yere cismen eza görmesi yani acı çekmesi söz konusu olabileceği gibi, çalışan uzvunun alınması sonucu uzuv kaybı yada telafisi imkansız başkaca zararlar oluşabilir[44].

Aşağıda ele aldığımız kararda, göz asistanı olan doktor yanlışlıkla hastanın sağlam gözünü almıştır. Karar şöyledir:

"...Ameliyathane sorumlusu doktor sanığın görevlendirmesi üzerine, göz ihtisası yapmakta olan diğer doktor sanığın; **mağdurenin dosyasını incelemeden, sağlam gözünü ameliyat ederek aldığı, diğer gözün de zorunlu olarak alınması sonucu, mağdurenin iki gözünün kör olduğu** olayda (...) 1219 sayılı Yasanın 75. maddesi saklı kalmak üzere sanıkların yetki dereceleri ve olaydaki kusur durumları ve oranı hakkında öncelikle Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınarak, sonucuna göre hüküm kurulması gerekir."[45] Yanlış tarafa tıbbi müdahalenin dava konusu olduğu bir başka karar da, 12.11.2003 tarihinde verilmiştir. Kararda, "...suç tarihinde N... Devlet Hastanesi Diş Polikliniğinde Diş Tabibi olarak görevli bulunduğu bildirilen sanığın diş çektirmek için kendisine başvuran 1991 doğumlu **mağdure Selen'in çekilmesi gereken sol üst çene IV-V nolu çürük dişleri yerine sağ üst çenesindeki IV-V No.lu sağlam dişleri çekmesi biçiminde oluşan eylemde** Yüksek Sağlık Şurası'nın 25, 26 Ekim 2001 tarihli raporunda da açıkça vurgulandığı gibi, hastasına gerekli dikkat ve itinayı göstermeyerek onun cismen eza görecek veya sıhhatini ihlal edecek derecede yaralanmasına sebebiyet vermiş bulunması karşısında TCY. 459. maddesinde yazılı suçun oluşacağı gözetilerek..." taksirle yaralamadan hüküm kurulması gerektiği belirtilmiştir[46].

Örneklerdeki kararlardan birinde hastanın sağlam gözü yanlışlıkla alınmış ve diğer gözü zaten görmeyen hasta küllen kör olmuş; diğerinde, çürük diş yerine sağlam diş çekildiği için hasta cismen eza görmüş, acı çekmiştir. **Bu kararlarda Yüksek Mahkeme doktorların eylemlerini taksirle müessir fiil (taksirle yaralama) kapsamında değerlendirilmiştir.**

Sağlam gözün asistan doktor tarafından alındığı birinci olaya ilişkin davada **ilk derece mahkemesi, asistan doktoru**, "Tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu

44 Savaş , Yanlış Taraf Cerrahisinin Ceza Hukuku Boyutu, s.138, Hastane Dergisi, Eylül-Ekim 2007, Yıl:9,Sayı:48

45 Yargıtay 2. Ceza Dairesi 1996/4493 E. 1996/4682 K. 24.4.1996T.

46 Yargıtay 4.Ceza Dairesi 12.11.2003T , 2002/28399 E., 2003/11352 K.

yaralamaya sebebiyet vermekten" dolayı **mahkum etmiştir**. Asistan doktorun temyizi üzerine **yüksek mahkeme,** "Ameliyathane sorumlusu doktor sanığın görevlendirmesi üzerine, göz ihtisası yapmakta olan diğer doktor sanığın; mağdurenin dosyasını incelemeden, sağlam gözünü ameliyat ederek aldığı, diğer gözün de zorunlu olarak alınması sonucu, mağdurenin iki gözünün kör olduğu olayda (...) **sanıkların sıfatları, durumları ve yetki dereceleri oluş içinde değerlendirilmek suretiyle kusurlu olup olmadıkları ve varsa derecesinin öncelikle Yüksek Sağlık Şurası'ndan rapor alınması suretiyle belirlenmesi** ve sonucuna göre sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerekirken **noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi, BOZMAYI gerektirmiş,**" şeklide karar vermiştir[47].**Yani uzman doktorun yetki ve sorumluluğunun da araştırılması gerektiğine karar vermiştir.**

Sol taraftaki çürük diş yerine sağ taraftaki sağlam dişin çekildiği ikinci olaya ilişkin davada da **ilk derece mahkemesi, dişhekimi sanığı görevi savsama suçundan mahkum etmiştir.Temyiz üzerine Yüksek Mahkeme,** "...mevcut yaralanmanın mağdureyi kaç gün alışılmış uğraşısından alıkoyacağı hususunda sanığın **kusur oranı yönünden bilirkişi raporu alındıktan sonra** neticesine göre hüküm kurulması yerine, **görevi savsama suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırıdır."** şeklinde ilk derece mahkemesi kararını **bozmuştur.**

2. Gereken Tıbbi Müdahaleyi Zamanında Yapmama (İhmali Davranışla Ölüme ya da Yaralamaya Sebebiyet Verme)

Tıbbi müdahalelerde **doğru zamanda, doğru tedavinin, doğru kişiye, doğru şekilde (doğru dozda, doğru yöntemle) yapılması çok önemlidir**. Bunların ihmali, geri dönüşü imkansız olumsuz sonuçlar doğurabilir.**Aşağıdaki kararda zamanında yapılmayan bir tıbbi müdahale söz konusundur.** Kararda tıbbi hata şu şekilde dile getirilmiştir:

"...trafik kazası sonucu hastane acil servisine getirilen ölenin, yapılan ilk müdahaleden sonra yatırıldığı ortopedi servisinde görevli **sanık doktor İlker ile hemşire Hatice'nin uzun süre geçmesine rağmen, zamanında ve yeterli kontrol - muayene ile ölende gelişen klinik bulgulara uygun gerekli müdahaleyi yapmak ya da yapılmasını sağlamaları gerekirken bunu yapmamaları nedeniyle** (...) **ölmesi** olayında..."[48],[49].

Bu davada Yargıtay, dosyanın tekrar başka bir bilirkişiye gönderilmesi ve bu suretle karar verilmesi gerekliliğine dayanarak, **görevi savsama suçundan mahkumiyet hükmü kuran ilk derece mahkemesi kararını şu şekilde bozmuştur**:

47 Yargıtay 2. Ceza Dairesi 1996/4493 E. 1996/4682 K. 24.4.1996T.

48 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2003/1064 K. 2004/2055 T. 11.2.2004

49 Karara konu olay 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden sonra gerçekleşmiş ve yargıya intikal etmiş olsaydı Yeni Ceza Kanunumuzun 83.maddesinde belirtilen Kasten Öldürmenin İhmali Davranışla İşlenmesi suçu (olası kast) yönünden de araştırma yapılması gerekirdi kanısındayım.

"...Yüksek Sağlık Şurasının 28.12.2001 tarih ve 10448 sayılı kararı ile ölüm olayında her bir sanığın 4/8 oranında kusurlu bulunduğunun belirtilmiş olması karşısında; dosya ile birlikte, ölen ile ilgili tüm raporlar ile hastane kayıt ve belgeleri gönderilmek suretiyle, **Adli Tıp Kurumundan** sanıkların tedavide kusur veya savsamalarının bulunup bulunmadığı, bulunduğu saptandığı takdirde yükletilen savsama niteliğindeki eylemler ile ölüm arasındaki illiyetin belirlenmesine yönelik olarak, sanıkların kendilerine yasal normlar çerçevesinde yükletilen sorumluluklarını yerine getirmeleri durumunda dahi ölüm olayının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine ilişkin **görüş alınarak; sanıkların bu yöndeki sorumluluklarını yerine getirmiş olmaları halinde yine de ölüm olayı kaçınılmaz biçimde gerçekleşeceği sonucuna varılması durumunda, eylemlerinin görevi savsama suçunu; ölüm olayının gerçekleşmesinde, sanıkların kendilerine yükletilen sorumluluklarını yerine getirmemelerinin etkili olduğu sonucuna varılması durumunda da taksirle ölüme neden olmak suçunu oluşturacağı** ve kusur oranlarına göre cezalandırılmaları gerekeceği gözetilmeden, **eksik soruşturmayla görevi savsama suçundan hüküm kurulması, yasaya aykırı" olduğundan HÜKMÜN BOZULMASINA [50].**

Tıbbi müdahalelerde ihmali davranışların sonuçları çok ağır olabilmektedir. Tıbbi hataların bir çoğunda çeşitli ihmali davranışlara rastlanmaktadır. Hem ihmali hem de icrai hareketle gerçekleştirilen tıbbi hatalar da mevcuttur. Makalemizde yargıya yansıyan tıbbi hataları, sadece hareketin niteliğine göre değil genel olarak incelemiş bulunmaktayız.

3. Doğru Teşhisin Yapılamaması, Tedavide Gecikme (Muayene, teşhis, tedavi , ameliyat hatası)

Yukarıda tanı hataları şeklinde de bahsettiğimiz ve ülkemizdeki tıbbi hata sıralamasında en üstte yer alan; hastalık veya yaralamanın doğru olarak teşhis edilememesi ve bu nedenle uygun tedavinin de yapılamaması durumu bir Yargıtay kararına şu şekilde yansımıştır:

"...Yüksek Sağlık Şurasının 22.4.1996 tarihli raporunda; **bacaktaki derin yaranın (rektuma) nafiz olduğunun ilk muayenede saptanamadığının ve buna bağlı olarak gelişen enfeksiyon sonucu bacağın kesildiğinin, hemen el atılması durumunda enfeksiyonun denetim altına alınarak bacağın iyileştirilebileceğinin ve hastanın üç gün içinde taburcu edilmesiyle şansının ortadan kaldırıldığının ve tedavi eden hekimin kusurlu olduğunun** belirtilmesi karşısında, sanığın yanlış tedaviden kaynaklanan organ kaybından sorumlu tutulamayacağı..."[51].

Bu Yargıtay kararına konu olayda sanık, mağduru bacağından bıçaklamıştır. Ancak, mağdurun bacağındaki bıçak yarası rektuma nafiz, ağır bir yaralama olduğu

50 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2003/1064, K. 2004/2055, T. 11.2.2004
51 Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 1997/10728 K. 1997/11390 T. 18.12.1997

halde, getirildiği hastanedeki doktor tarafından bu durum teşhis edilememiş ve uygun tedavi de yapılmamıştır. **Doğru teşhis ve tedavi yapılmadan hastaneden erken taburcu edilen mağdurun tedavi edilmeyen bacağının kesilmesi gerekmiştir**. Kararda **bıçaklama fiilini gerçekleştiren sanığın uzuv kaybından sorumlu tutulamayacağı çünkü uzuv kaybının doktorun eksik teşhis ve yanlış tedavisinden kaynaklandığı belirtilmiştir.**

Teşhis hatası ve ameliyat hatası olarak nitelendirilebilecek bir başka tıbbi hatanın konu olduğu bir karar da şu şekildedir:

" Davacı A.S. rahatsızlığı nedeniyle A.Doğum ve Çocuk Bakımevine başvurmuş hastahanede görevli Dr. A.Ö. tarafından kendisine sağ yumurtalıkta kist olduğu teşhisi konularak ameliyatla alınması gerektiği bildirilmiştir. Hasta bir gün sonra Dr. A. Ö. tarafından ameliyata alınmıştır. Ameliyat esnasında kanama durmadığından Devlet Hastanesinden çağrılan doktorlarla yapılan konsültasyon sonucu **kist sanılarak alınan parçanın atipik bir böbrek olduğu anlaşılmıştır.** Hastanın durumunun kötüleşmesi üzerine A. Tıp Fakültesi Hastahanesine kaldırıldığında **çekilen röntgende böbrek yerinde görülen karartının** nedenini anlamak için ikinci ameliyat yapılmış bunun da **önceki ameliyatta unutulan gazlı bez olduğu görülmüştür. Doğuştan tek böbrekli olduğu anlaşılan ve ameliyat sonucu böbreksiz kalan hastanın** böbrek makinesine bağımlı kalması nedeniyle **annesi Fatma Sarı`dan böbrek nakli yapılarak hasta kurtarılmıştır."[52].**

4.Tıbbi Müdahalede Gereken Dikkat, Özen ve Ciddiyetin Gösterilmemesi

Aslında **bütün tıbbi hatalarda az yada çok gördüğümüz bir eksiklik olan dikkat ve özen eksikliği, taksirli fiillerin temel nedenini oluşturmaktadır.** Öngörülebilir nitelikteki istenmeyen sonucun, dikkat ve özen eksikliği nedeniyle öngörülememesi ve önlenememesi şeklinde tanımlayabileceğimiz **taksirli fiillerin ceza kanununda cezalandırılmasının sebebi, toplum yaşamı içinde kişileri daha özenli davranmaya yöneltmektir.**

Sağlık hizmeti sunan hekim, hastanın tedavisini gerçekleştirirken her aşamada özenle hareket etmekle yükümlüdür[53]. Tıbbi müdahalede bulunma hak ve yetkisine sahip olan hekim, bu tıbbi müdahaleyi tıp biliminin ulaştığı en son teknik ve bilgiye göre, maksimum dikkat ve özenle gerçekleştirmelidir. Yargıtay, hekimlik (vekalet) sözleşmesine aykırılık olarak belirlediği çoğu tıbbi hata davasında "... Vekil (**hekim**), iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil, bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur..."[54] şeklinde, tıbbi müdahale yaparken özenle çalışılması gerekliliğini belirtmektedir.**

52 Uyuşmazlık Mahkemesi Hukuk Bölümü E. 1991/28 K. 1991/28 T. 14.10.1991

53 Savaş, Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi,s.1011, İstanbul Barosu Dergisi,Cilt:81, Sayı:2007/3

54 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2004/13012, K. 2005/1711 ,T. 7.2.2005

Hekimin teşhis, tedavi vb. uğraşlarında maksimum özeni göstermesi zorunluluğunun yanında en hafif kusurundan bile sorumluluğu söz konusudur. Bu durum, "Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK. 321/1 md.). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafifte olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir."[55] Şeklinde, Yargıtay kararlarına yansımıştır. Aynı kararda **"...vekalet sözleşmesinden kaynaklanan özen borcunu yerine getirmeyen doktorun ve hastanenin ZARARIN TÜMÜNDEN sorumlu tutulması gerektiği..."** şeklinde bir tespit yapılması da tıbbi müdahaleden kaynaklanan hukuki sorumluluk açısından önemlidir.

Ameliyatta gereken dikkat ve özenin gösterilmemesi sebebiyle tıbbi hataların oluştuğunun tespit edildiği bir başka Yargıtay kararı da aşağıdaki gibidir:

"...Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımız da, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosu ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, **dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan** olayda davalı hastahane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur..."[56]

Doktorların tıbbi müdahalelerdeki özen yükümlülüğüne aykırılığının Borçlar hukukundaki değerlendirmesini yapan başka bir kararda da, **ameliyat yerinde gazlıbez unutulması şeklindeki tıbbi hata** ele alınmıştır. Karar şöyledir:

"**Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması,** bizatihi sorumlu olmasını gerektirir **ağır bir ihmaldir.** Esasen **tıp dalında unutma** hoş görülmesi, **müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır.** Sırf bu niteliği itibarıyla, **olayın bir uzman önünde incelettirilmesine de ihtiyaç yoktur.** Çünkü; **bir operatörün** ameliyat sırasında **mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile, böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır.** Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık Şurası'nın olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadirde de olsa mümkün olaylardan kabul etmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun niteliğini kavramaktan da uzaktır."[57].

Ancak bu davanın seyri, incelediğimiz diğer davalardan farklıdır. Zira bu davada yukarıda incelediğimiz diğer kararlarda olduğu gibi dosyanın tekrar bilirkişiye gönderilmesi kararı verilmemiş, **aksine bilirkişi incelemesine bile**

55 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, E. 2005 / 3645, K 2005/11796,T. 8. 7. 2005
56 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 2004/12088, K. 2005/1728, T. 7.2.2005
57 Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1982/7237 K. 1983/1783 T. 14.3.1983

gerek olmayan bir dikkatsizliğin (ameliyat yerinde gazlı bez unutulmasının) sözkonusu olduğu sonucuna varılmıştır. Bu durum kararda şöyle dile getirilmiştir: "...**Öyleyse, gazlı bezin vücutta unutulduğu çekişmesiz olduğuna göre bu açık olgu karşısında, doktorun objektif ağır kusurunun varlığı kabul edilmeli, doktorun kusurlu olup olmadığının bilirkişiye incelettirilmesine ihtiyaç duyulmamalıdır"**[58].

5.Tıbbi Müdahale İçin Gereken Hazırlıkların Tam Olarak, Yetkili Kişilerce Yapılmaması Ve Yapılmasının Denetlenmemesi

Tıbbi müdahalelerde uygulamanın gerçekleştirilmesine yönelik olarak bazı hazırlıkların yapılması gerekebilir. Örneğin bir ameliyattan önce ameliyat aletlerinin tam ve steril olarak hazır edilmesi, ameliyatta gerekli olabilecek kan, serum vb. unsurların, ameliyathanedeki personelin tam, eksiksiz şekilde yetkili ve sorumlu kişilerce hazır edilmesi gerekmektedir.

Aşağıda inceleyeceğimiz kararda, ameliyattan önceki hazırlık işlemlerinin yapılmaması ve ameliyatta yetkisiz kişiye yaptırılan işlemin hatalı olması sonucu tıbbi hata ve zarar oluşmuştur.Karar şöyledir:

"...Ameliyattan önce anestezi işlerini bizzat hazırlayıp, ameliyat esnasında bulunup bizzat yapmak ve teknisyenlere nezaret etmekle görevli hastane **Anestezi ve Reanimasyon Uzmanı Dr. sanık** Mehmet'in, **bu görevlerin hiç birini yerine getirmemek ve baştan sona özensiz ve denetimsiz davranmakla,** olayda **asli kusurlu olması gerektiği, anestezi teknisyeni sanıklar** Hüsniye ile Bediha'nın

58 **Kararın geniş şekli şöyledir**: " Bütün sorun, hekimin tıp kural ve gereklerine uygun davranıp davranmadığı yönünü tesbit etmekte toplanmaktadır.

Kusur sorumluluğun subjektif şartıdır. BK. kusuru kasıt ve ihmal olmak üzere ikiye ayırmıştır (BK. m. 41). İhmalde; bir kimse hukuka aykırı bir sonucun meydana gelmesini istememiştir, buna rağmen böyle bir sonucun meydana gelmesi, onun gereken dikkati sarfetmemesi veya tedbiri almaması yüzünden vuku bulmuştur. İhmalinde; hafif ve ağır olmak üzere iki derecesi vardır anlayışlı; normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında apaçık bulacağı en ilkel dikkat ve tedbirlerin ve özen görevinin yerine getirilmemesi durumunda ihmal ağırdır. Bu ayrım özellikle tazminatın kapsamı ve türünü tayin ederken önem kazanır. şu yönü önemle vurgulamakta yarar vardır; doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki (teknik) değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktorun davranışlarında kusur kendisinden beklenilen gerekli özeni (dikkat ve ihtimam) ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkar. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınır.

Diğer bir ifade ile ölçü; objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktır. Davalı operatör doktorun, davacının vücudunda ameliyat esnasında 2 metre uzunluğunda gazlı bezi unutması, bizatihi sorumlu olmasını gerektirir ağır bir ihmaldir. Esasen tıp dalında unutma hoş görülmesi, müsamaha ile karşılanması mümkün olmayan kusurlu davranıştır. Sırf bu niteliği itibarıyla, olayın bir uzman önünde incelettirilmesine de ihtiyaç yoktur. Çünkü; bir operatörün ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya asla meydan vermemesi asıldır. Bu açık duruma rağmen, Yüksek Sağlık ş–rasının olayın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana iterek gazlı bezin ameliyat sahasında unutulmasının nadirde de olsa mümkün olaylardan kabul etmesi yetersiz olup, ayrıca sorunun niteliğini kavramaktanda uzaktır. Bu görüş, Usulün 275 ve ardından gelen maddeleri hükmünce mahkemeyi bağlamayacaktır. Kaldı ki; maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış ve çekişmesiz durumların bilirkişi aracılığı ile tekrar incelenmesine de gerek yoktur." (Yargıtay 13. Hukuk Dairesi E. 1982/7237 K. 1983/1783 T. 14.3.1983)

da **anestezi cihazını ve ameliyat masasını ameliyattan önce kontrolle ameliyata hazır hale getirmek, oksijen ve azotperoksit tüplerinin dolu olup olmadığını kontrol etmekle ve ameliyat esnasında değiştirilen oksijen tüpünü de bizzat değiştirmekle görevli oldukları halde, ameliyat öncesinde bunları yapmayarak,** bir saatlik ameliyatta 15 dakikalık oksijen kaldığını **ancak ameliyat esnasında farkedip, kendileri yerine yetkisiz hizmetliye tüpü değiştirtmek** ve **(oksijen ve azotperoksit tüplerinin) tüm ayırıcı özelliklerine rağmen kontrol etmemekle, sıfatları ve konumları itibariyle Uzman Dr. kadar olmasa da ağırlıklı ve büyük kusurlarının bulunduğu..."**[59].

Bu karara konu davada ilk derece mahkemesi, **Adli Tıp Kurumu Genel Kurulu'ndan alınan raporda davalıların kusurlarının bulunmadığının bildirildiği gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş**; hüküm, davacılar tarafından **temyiz edilmiştir**.

Yargıtay sonuç olarak, "...dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda, davalı hastahane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur. **Bu açıklamalar ışığında doktorların kusurlu olmadıkları yolundaki rapor sonuçlarına itibar edilmeyerek, davalıların kusurlu olduklarının kabulü ile,** davacıların maddi tazminata ilişkin talepleri açıklatılıp, delilleri sorulup, **gerektiğinde bilirkişi incelemesi yaptırılıp belirlenip**, talep doğrultusunda maddi tazminata ve uygun bir manevi tazminata karar verilmesi gerekirken, mahkemece aksi düşüncelerle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, **BOZMAYI** GEREKTİRİR." şeklinde karar vermiştir.

6. Hastanın Tıbbi Müdahale Konusunda Bilgilendirilmemesi

Hastanın bilgilendirilmesi hasta hakları ile ilgili uluslar arası bildirgelerde özellikle belirtilmiş bir haktır. Hasta hakları açısından aydınlatma (bilgilendirme) ve onay kavramları birbirinden ayrılmaz bir bütün olarak ele alınır[60]. **Hekim tarafından hastanın bilgilendirilmesi tıbbi müdahaleye muvafakatin geçerli olabilmesi için şarttır**[61]. Hastanın tıbbi müdahalenin uygulanması için verdiği iznin geçerli olabilmesi için hastanın müdahale konusunda bilgilendirilmiş olması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir[62].

Kişinin vücut bütünlüğü ile ilgili bir konuda görüşünü bildirebilmesi için, görüş bildireceği konuda detaylı bilgi sahibi olması gerekir.Tıbbi müdahale ile ilgili konularda kişinin; üzerinde uygulanacak tıbbi müdahalenin olumlu yada olumsuz sonuçları, alternatifleri, uygulanması ve uygulanmaması halinde

59 Yargıtay 2. Ceza Dairesi E. 1996/268 K. 1996/1025 T. 5.2.1996

60 Sert,Hasta Hakları,s.206

61 Ayan,Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, s.72

62 Sarıtaş, Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, s.56 vd.,; Yavuz İpekyüz, Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, s.90 vd.; Özdemir, Özel Hukukta Teşhis Tedavi Sözleşmesi, s.96 vd.;Yılmaz, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, s.31 vd.; Erman,Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, s.99 vd.;Çakmut, Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, s.224 vd.

gelişmesi beklenen durumlar ve müdahalenin niteliğine göre gereken diğer konularda tıbbi müdahaleyi uygulayacak kişi tarafından bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu bilgilendirmenin gerçekleştirildiğinin ispatı halinde kişinin rızası hukuken değer kazanır. Bilgilendirilme yapılmaksızın verilen rızanın hukuki açıdan bir değeri yoktur.

Kişinin üzerinde uygulanacak tıbbi işlem konusunda işlem yapılmadan önce bilgilendirilmesi gerektiği doktrinde kabul edildiği gibi Yüksek Mahkeme tarafından da kabul edilmektedir.Bu konuda emsal nitelikli ve çok önemli olan Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 1977 tarihli kararının içeriğine bakmakta fayda vardır:

"Bayraktar'ın da belirttiği gibi, (age-83) kişinin hiçbir hakkı sınırsız değildir. Sağlık ve yaşama haklarının da bir sınırı bulunmaktadır, kişi ancak tedavi olmak, bir hastalığı önlemek için rızasını verebilir. Kişiler kendi vücutları üzerinde ayrık durumlar hariç ancak kendileri tasarrufta bunabilir ve tehlikelere karşı yine kendisi karar verebilir. Tıbbi müdahalelerde de bu genel kuruldan ayrılmamak gerekir. Tıbbi müdahaleler ve hekimin girişeceği diğer eylemler kişinin sağlığını, vücut bütünlüğünü ilgilendirdiği, muhtemel tehlikeleri meydana getirici nitelikte olduğu için, bunların gerçekleştirilmesine karar verme yetkisi hekime değil, müdahalelere maruz kalacak kişiye (hastaya) aittir. **Yalnız bu rızanın hukuken geçerli olabilmesi için kişinin, sağlık durumunu, yapılacak müdahaleyi ve etkileri ile sonuçlarını bilmesi, bu konuda yeteri kadar aydınlanması ve iradesini bildirirken baskı altında kalmaması, serbest olması gerekir. Bu itibarladır ki ancak aydınlanmış ve serbest bir irade sonucu verilmiş rıza hukuken değeri olan bir rızadır** (Bayraktar - age - 79-80 ve orada anılan eserler)"[63]. Kararda detaylarıyla açıklandığı üzere hastanın üzerinde uygulanacak müdahale konusunda bilgilendirilmiş olması gerekir ki müdahale hukuka uygun olsun.

Bu karara konu olan olayla ilgili olarak davalı **doktor aleyhine açılan ceza davası**, ilk derece ceza mahkemesinde, Yüksek Sağlık Şuası'nın "hekim kusurunun bulunmadığı" şeklindeki raporuna dayanılarak **beraatle sonuçlanmış** ve müdahilin **temyizi üzerine** dava **Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesince** 1803 sayılı **Af Yasası** hükümlerince **ortadan kaldırılmıştır**.

63 **Kararın sonuç kısmında hekimin aydınlatmayı ispatı konusunda da şu şekilde fikir beyan edilmiştir**: "Davalının, rızasının bulunduğu kabul edilse dahi az yukarıda açıklanan şekilde muayenenin muhtemel sonuçları, riski davacıya bildirilmemiştir. Bu yönün ispati davalı doktora düşer. Çünkü bu tür muayenelerde bazen kızlık zarının bozulabileceği tıbbi adli raporunda açıklanmıştır. Diğer bir değimle bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağı tıbben kabul edilmemiştir. O halde nadiren de olsa bu böyle bir sonucun yani riskin meydana geleceği açık olarak davacıya bildirilmeliydi. Olayımızda davalı hekim, aydınlatma görevini yerine getirdiğini, bütün veri ve sonuçları tıp bilimine uygun olarak davacının anlıyacağı biçimde bildirdiğini iddia ve ispat etmediğine göre meydana gelen ve Türk Ceza Kanununda da mayubiyet olarak nitelenen zararlı sonuçtan sorumludur. (Bayraktar - age - 127 vd.). Kaldı ki, olayın özelliği davacının bu riski bilmesi gerektiği sonucunu kabule de olanak vermemektedir. Zira, tuşe rektumdan yapılmıştır." (Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 7.3.1977 tarihli ve 76/6297E, VE 77/2541K.numaralı kararı)

İlk derece **Hukuk** mahkemesinin, ceza mahkemesi için verilen **bu rapordaki görüşe dayanarak tazminat davasını reddetmesi üzerine dosya temyiz makamına gelmiştir.**

Yargıtay, hakimin olayın özelliklerine uymayan, gerekçeli ve inandırıcı olmayan bilirkişi raporu ile bağlı olmadığını; **"Hakim ancak olayların özelliğine uyduğu, dayanakları gösterdiği ve inandırıcı olduğu takdirde bilirkişi raporları ile bağlıdır. Bu niteliklere haiz olmayan bir bilirkişi raporu hangi makam tarafından verilirse verilsin bağlayıcı sayılmaz."**[64] şeklinde belirtmiştir.

Hastanın tıbbi müdahalenin olumsuz sonuçları konusunda bilgilendirilmesi ve bundan sonra vücudunda uygulanacak tıbbi işleme izin vermesi gerekir. Belki hasta, olumsuz sonuçları öğrendikten sonra bu müdahalenin vücudunda uygulanmasını istemeyebilir. **"Tıbbi bir tedaviyi kabul etmek veya reddetmek sadece hastanın tasarrufundadır."**[65] Hastanın tedaviyi istememe, reddetme, durdurma hakkı olduğu gibi, sunulan sağlık hizmetinden faydalanmama hakkı da mevcuttur. Aşağıdaki Yargıtay kararında bu husus ele alınmış ve hastanın bilgilendirilmemesi bir kusur olarak gösterilmiştir. Karar şöyledir:

"...davacının kulak zarının delik olduğu doktor tarafından bilindiği halde**, ilacın yan etkilerinin daha fazla olabileceği hususunun davacıya bildirilmemesi, böylece hizmetten yararlanmama hakkının tanınmaması,** riskin azaltılabilmesi için ilaç dozunu ayarlamada gerekli özenin gösterilmemesinin **ağır hizmet kusurunu oluşturduğu**..."[66] . Bu kararda da görüldüğü üzere hastanın aydınlatılmaması işlemi, hukuka aykırı ve kusurlu hale getirmektedir.

Tıbbi Hataların Hekim Sorumluluğu Yönünden Değerlendirilmesi

Tıbbi hatalardan doğan sorumluluklarda tazminat sorumluluğu, ceza sorumluluğu, disiplin sorumluluğu gibi çeşitli boyutlar bulunmaktadır. Ancak

64 **Yargıtay sonuç olarak şöyle karar vermiştir**: "Nihayet, HUMK.hükümlerine göre hakim ancak, olayların özelliğine uyduğu, dayanakları gösterdiği, inandırıcı olduğu takdirde bilirkişi raporları ile bağlıdır. Bunun dışında bazı ayrık durumlar hariç hangi merci ve makam tarafından verilirse verilsin, anılan nitelikleri haiz olmayan bilirkişi raporları bağlayıcı sayılmaz. Yüksek Sağlık şurası raporu da bu niteliktedir. Çünkü rapor, gerekçeli ve inandırıcı değildir. Hekimin, muayenenin muhtemel sonuçlarını hastaya bildirip bildirmediği konusu üzerinde durulmamıştır. Kaldı ki ceza davasında kast bulunmadığından beraat kararı verilmiştir. Hukuk Hakimi Borçlar Kanununun 53.maddesine göre, bu beraat kararı ile bağlı değildir. İhmali davranış tazminat hükmedilmesi için yeterlidir. Bu ihmal ise, meslek kurallarına aykırı davranıştır.

O halde, davalının yaptığı muayenenin muhtemel sonuç ve tehlikelerini davacıya açıkça bildirdiği sabit olmadıkça davalı tazminatla sorumlu olacaktır. Aksi düşüncelerle verilen karar anılan nedenlerle bozulmalıdır."

(Yargıtay 4.Hukuk Dairesi'nin 7.3.1977 tarihli ve 76/6297E, VE 77/2541K.numaralı kararı)

65 Lilie Hans, Alman Hukukunda Hasta Hakları,Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu Bildiri Kitabı, s.105, Marmara Üniversitesi, Ocak 2007, İstanbul

66 Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu E. 2002/716 K. 2003/91 T. 7.3.2003

bu sorumluluk çeşitlerinin hepsinin en önemli temel nedenlerinden biri " **dikkat ve özen eksikliği** " dir[67].

Ceza Hukukunda **taksir sorumluluğu,** Borçlar Hukukunda **özen yükümlülüğü** dediğimiz; yüklenilen işin maksimum dikkat ve özenle yapılması gerekliliği temeline dayanan sorumluluk, hekimlerin tıbbi müdahaleden kaynaklanan sorumluluklarının temel sebeplerinden biridir.

Doktrindeki ağırlıklı görüşe göre, ceza sorumluluğundaki özen ölçüsü subjektif ölçü[68], tazminat sorumluluğundaki özen ölçüsü ise objektif ölçüdür[69].

5237 sayılı Yeni Ceza Kanunu'nun gerekçesinde de bu ölçü, "taksirli suçlarda fail, kendi yetenekleri, algılama gücü, tecrübeleri, bilgi düzeyi ve içinde bulunduğu koşullar altında, objektif olarak varolan dikkat özen yükümlülüğünü öngörebilecek ve yerine getirebilecek durumda olmalıdır." şeklinde belirtilmiştir.

Özgenç'e göre, "Taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu, objektif özen yükümlülüğü'nün (dikkat ve özen yükümlülüğünün) ihlali oluşturmaktadır. Taksirle gerçekleştirilen davranışın haksızlık unsurunu oluşturan dikkat ve özen yükümlülüğünün tayininde, failin şahsi kabiliyetleri göz önünde bulundurulmaksızın objektif esastan hareket edilir"[70].

Sonuç

Dünyada ve ülkemizde sağlık hizmetleri, oldukça tehlikeli olabilmektedir. Tıbbi müdahaleler sırasında ve sonrasında, standart olarak yapılması gerekenlerin yapılmaması ya da yapılmaması gerekenlerin yapılması halinde oluşan zararlardan dolayı, kusurlu fiili gerçekleştiren kişilerin sorumlulukları gündeme gelmektedir. Sağlık mesleği mensuplarının dikkat ve özen eksikliği, meslekte acemilik, vurdumduymazlık ve benzeri sebeplerle gerçekleştirdiği tıbbi hatalar, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki ölüm nedenleri arasında 5. sırada gelmektedir.

Ülkemizde 2001-2005 yılları arasında Adli Tıp Kurumu'na getirilen tıbbi hata olguları **2005 yılında 2001 yılına göre %160 artmıştır**. Sorumlu tutulan sağlık birimleri açısından **Devlet Hastaneleri % 62 'lik oranla ilk sıradadır.** Olguların **%32'sinde tıbbi uygulama hatası varlığı** yönünde karar verilmiş, **%60'ında tıbbi uygulama hatası saptanmamıştır.** Tıbbi hataların en çok görüldüğü uzmanlık dalı **kadın hastalıkları ve doğum branşıdır**.Bu branşı **genel cerrahi** izlemiştir.Hatalı uygulama alanları içinde **en yüksek oranda**

67 Savaş, Yanlış Taraf Cerrahisinin Ceza Hukuku Boyutu, s.139, Hastane Dergisi, Eylül-Ekim 2007, Yıl:9,Sayı:48

68 Centel-Zafer-Çakmut, Türk Ceza Hukukuna Giriş. 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata göre Yenilenmiş Üçüncü Bası, Beta Yayım Dağıtım, İstanbul 2005, s. 410, 411 ; Artuk-Gökcen-Yenidünya, 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I., Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Turhan Kitapevi , Ankara 2006, s. 602; İçel-Sokulu-Özenç-Sözüer -Mahmutoğlu - Ünver , Suç Teorisi. Beta Basım Yayım, 3.Bası , Ekim 2004, s. 246

69 Gümüş , Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, s.58-61;

70 Özgenç, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi, Genel Hükümler, s.310

tedavi uygulamama veya tedavi hatası (%23,4) görülmüş olup, bunu takiben de **tanı ve tedavi hatası (%16,2)** izlenmiştir[71].

Makalemizde ülkemiz hukuk uygulamasında yargıya yansıyan tıbbi hata örnekleri ve yargılama seyri 6 başlık altında incelenmiştir.

1.Yanlış Tarafa Cerrahi Müdahale (Taksirle Müessir Fiil)

2.Gereken Tıbbi Müdahaleyi Zamanında Yapmama (İhmali Davranışla Ölüme ya da Yaralamaya Sebebiyet Verme)

3.Doğru Teşhisin Yapılamaması, Tedavide Gecikme (Muayene, teşhis, tedavi, ameliyat hatası)

4.Tıbbi Müdahalede Gereken Dikkat, Özen ve Ciddiyetin Gösterilmemesi

5.Tıbbi Müdahale İçin Gereken Hazırlıkların Tam Olarak, Yetkili Kişilerce Yapılmaması ve Yapılmasının Denetlenmemesi

6.Hastanın Tıbbi Müdahale Konusunda Bilgilendirilmemesi

Ülkemizde Yargıtay Kararlarına yansıyan tıbbi hata olaylarının ve yargılanma seyrinin incelendiği makalemizde **sonuç olarak**;

Tıbbi hataların genelde dikkat ve özen eksikliği temel sebebine dayandığı; bilirkişilerce yapılan inceleme ve tespitlerin yüksek mahkemeyi tatmin etmediği, eksik inceleme nedeniyle birçok kararın bozulduğu görülmüştür.

KAYNAKLAR

1. **Akdur**, Türkiye'de Sağlık Hizmetleri Ve Avrupa Topluluğu Ülkeleri İle Kıyaslanması, Sağlık Bakanlığı Yayını.Ankara 1999 .
2. **Artuk-Gökcen-Yenidünya**, 5237 Sayılı Yeni TCK.'ya göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I., Yeniden Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Turhan Kitapevi , Ankara 2006,
3. **Aşçıoğlu,** Tıbbi Yardım Ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar ,Ankara 1993
4. **Ayan,** Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluklar,Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara ,1991
5. **Bayraktar,** Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu ,1972
6. **Belgesay** , Hekimin Hukuki Borçları, İÜHFM.1945,C.XI,S1-2, İstanbul 1945
7. **Centel-Zafer-Çakmut,** Türk Ceza Hukukuna Giriş. 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu ve İlgili Mevzuata göre Yenilenmiş Üçüncü Bası, Beta Yayım Dağıtım, İstanbul 2005,
8. **Çakmakçı,** Sağlıkta Kalite ve Bilişim, Tıp Bilişimi 2.Yıllık Kongresi, 17-20 Kasım 2005 Antalya
9. **Çakmut** , Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, Legal Yayıncılık, Ocak 2003.
10. **Çelik** , Hastanelerin ve Hekimlerin Sorumluluğu, İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu'nun 28-29 Eylül 2007 tarihlerinde düzenlediği Meslekiçi Eğitim Semineri Notları
11. **Dönmezer - Erman** , Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, c.2, Beta Yayınları,10.Bası, İstanbul 1994

71 Pakiş, Yaycı ,Karapirli,Yorulmaz,,PolaT; Ölümle Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımda Adli Otopsinin Rolü, 1.Uluslar arası Hasta Güvenliği Kongresi, 28-31 Mart 2007 Antalya

12. **Erman** ,Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2003
13. **Gümüş** , Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta Basım Yayım, Mart 2001
14. **Güran** , Hekimin Faaliyetlerinden Devletin Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu, Fakülteler Matbaası, İstanbul 1983,
15. **Hakeri** , Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007
16. **Hancı** , Malpraktis, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005
17. **Hatun** , Hasta Hakları, İletişim Yayınları, İstanbul 1999
18. **İçel-Sokulu-Özenç-Sözüer -Mahmutoğlu - Ünver** , Suç Teorisi. Beta Basım Yayım, 3.Bası , Ekim 2004,
19. **Kök – Çankaya** , Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Tıbbi , Etik ve Hukuki Sorunlar, II.Ulusal Tıbbi Etik Kongresi Bildiri Kitabı,18-20 Ekim 2001,Kapadokya
20. **Lilie,** Alman Hukukunda Hasta Hakları,Sağlık Hukuku ve Yeni Türk Ceza Kanunu'ndaki Düzenlemeler Sempozyumu Bildiri Kitabı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ocak 2007, İstanbul
21. **Özdemir** , Özel Hukukta Teşhis Tedavi Sözleşmesi, Yetkin Yayıncılık,Ankara 2004
22. **Özek,** Hekim ve Hukuk Tıbbi Müdahalede Bulunmak Hakkının Sınırları, İÜTFM, C.28, İstanbul 1965
23. **Özgenç,** Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi-Genel Hükümler,3.Bası, Ankara 2006
24. **Özsunay** , Alman ve Türk Hukukunda Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Türk Hukukunda hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V.Sempozyumu,Fakülteler Matbaası,İstanbul 1983,
25. **Öztürkler,** Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk Teşhis Tedavi Ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları. Seçkin Yayıncılık, 1.Bası, Anakara 2003
26. **Pakiş-Yaycı-Karapirli-Yorulmaz-Polat,** Ölümle Sonuçlanan Tıbbi Uygulama Hatalarına Yaklaşımda Adli Otopsinin Rolü, 28-31 Mart 2007/Antalya Uluslararası Hasta Güvenliği Kongresi
27. **Polat,** Tıbbi Uygulama Hataları, . Seçkin Yayıncılık, Ankara 2005
28. **Reisoğlu** , Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, MHAUM., Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu,Türk Hukukunda Hekimin Hukuki Ve Cezai Sorumluluğu,12-13 Mart 1982 Ankara
29. **Ronal,** Healt Care Malpractice,İkinci baskı, 1999, Pensilvanya (Öztürkler'in aktarmasıyla)
30. **Sarıtaş,** Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Bilge Yayınevi, Ankara 2005
31. **Savaş,** Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumlulukları,Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007
32. **Savaş,** Özel Hastanelerin ve Doktorların Tıbbi Faaliyetlerden Doğan Hukuki Sorumluluklarının İrdelenmesi, İstanbul Barosu Dergisi,Cilt:81, Sayı:2007/3
33. **Savaş** , Yanlış taraf Cerrahisinin Ceza Hukuku Boyutu, Hastane Dergisi, Eylül-Ekim 2007, Yıl:9,Sayı:48
34. **Savaş,** Tıbbi Hata Davalarında Bilirkişilik Uygulaması,Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:2,Sayı:15, Kasım2007,s.119-126
35. **Sert,** Hasta Hakları,Babil Yayınları, 2004
36. **Soyaslan** , Ceza Hukuku Genel Hükümler, Yetkin Yayınları, Güncelleştirilmiş 3.Baskı, Ankara 2005

37. **Yavuz İpekyüz,** Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2006

38. **Yılmaz,** Hekimin Hukuki Sorumluluğu,Adalet Yayınevi, Ankara 2007

39. **Zevkliler,** Tedavi Amaçlı Müdahalelerle Kişilik Hakkına Saldırının Sonuçları, DÜHFD., Y.:1983 S.1 Diyarbakır

40. İnternet kaynakları:

www.mevzuat.adalet.gov.tr, www.yargitay.gov.tr www.saglik.gov.tr.,www.adalet.org.tr,, www.tdk.gov.tr , www.kazanci.com.tr, www.ttb.org.tr

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Çok teşekkürler Sayın Savaş. Şimdi genel usulümüze uygun olarak yazılı birtakım sorular var fakat çok fazla oldu ve sürenin taşma ihtimali olduğu için ben değerli Hocalarımıza bunları iletiyorum. Çok kısa cevaplar alacağız. Mehmet Bey'le başlıyoruz buyurun.

DOÇ. DR. MEHMET DEMİR - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Sayın Nezih Bey'in bir sorusu var Nezih Hocamın. Tıbbi meslek kusurunun varlığı ile ilgili. Diğer soru da hekimlik sözleşmesinin tüketici sözleşmesi boyutu var mıdır, yok mudur, birde hekim hasta ilişkisinde ispat hukukuna ilişkin. Bu üç soruyu kısaca yanıtlamaya çalışayım. Birinci sorumuza tıbbi hizmetlerin kötü uygulanmasından doğan sorumluluk yasa tasarısı bağlamında düşünmek gerekirse bu çünkü yasalaşacak muhtemelen. Burada sağlık personelinin işte kusur derecesi standart uygulamadan yani standart uygulamayı yapmama şeklinde işte bilgi ve beceri eksikliğine, yanlış yada eksik teşhise yada hastaya tedaviyi verirken özensizliğe dayanan bir zarar her halükarda zarar meydana getirdiği malpraktis dediğimiz tıbbi meslek kusuru gündeme geliyor. Yani burada hukuksal sorumluluk tazmin yükümlülüğü demek. Tazminat sorumluluğu ifadesi yanlış. (Mikrofonsuz sunum)

Gelelim diğer Yahya Hocamın sorusuna, Hocam (Mikrofonsuz sunum) hizmetin alınması , hizmetten yararlanmak, bunu biz kişisel veya ailesel sağlık ihtiyacımızı gidermek amacıyla yapmışsak ve o hizmet nihai olarak bizim üzerimizde kalıyorsa bu hizmet sözleşmesinin ... olur. Bu amaca uygun bulunduğu sürece yeter ki, eğer başkasının tedavisi olmadığı sürece bu noktada bu şekilde düşünmek mümkün. Sakıncaları ve yararları Tüketicinin Korunması hukukunda olduğu gibi güç dengesizliği içerisinde bulunan hastayı.... Çünkü burada birtakım ispat hukuku kuralları var, birtakım tazminat talepleri geniş tutulmuş ve ürün güvenliği, bu hizmet ürün de olabilir, ürün kullanılması hizmet standartlarının yükseltilmesi bakımından daha iyi olabilir. Sakıncası nedir? Sakıncası hastanın sağlığı yani bedensel yükümlülüğü, sıradan da bir olay değildir, insan yaşamı her şeyin üstündedir. (Mikrofonsuz Sunum). Hekim sözleşmesi daha ziyade sağlık hukuku bağlamında düşünülmesi gerekir

KATILIMCI - ....(Mikrofonsuz katkı)

DOÇ. DR. MEHMET DEMİR-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- ... uygulaması yok bizde, İsviçre uygulaması kaynak teşkil ediyor bizde. Pozitif çözümlerde veya yargısal kararlarda. Son bir şey ekliyorum, ... Karinesi var, Borçlar Kanuna göre sözleşmesel kurum varlığı... hekimin sözleşmesinde hekimin kusurlu olduğu karinesi var, özel konuma aykırı davranıştır diyoruz. Bunun akabinde ama hasta kendisinin kusurlu olmadığını yani işyeri, doktor mal praktisinin olmadığını, tıbbi meslek kuralının olmadığını kanıtlamak durumundadır. Ama olumsuzu kanıtlamak imkansız gibi bir şey.. (Mikrofonsuz sunum)

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Çok teşekkür ederim Sayın Demir. Buyurun Hocam,

PROF. DR. HAKAN HAKERİ - Teşekkürler. Şimdi öncelikle Yahya Deryal arkadaşımızın bir katkısı var, zaten Halide Hanım da Yargıtay kararını verdi; özel hastaneler Ticaret Kanunu gereği tacir olduklarından basiretli davranma yükümlülükleri var, dolayısıyla yüksek özenli görüyoruz . Anonim şirketi olması gerekmez, gerçek kişi tacizde olabilir.

Şimdi bana gelen sorulardan şöyle şuradan başlayalım, bir tanesini anlamadım ama Doktor İsmail Gönen, onu sonra bana izah ederse sorusunu cevaplamaya çalışayım. Şimdi çok yönlü icapçılık hekim gösterilmesinden idare mi sorumludur diyor. Şimdi tabi, şuna dikkat etmek lazım; icapçılıkla ilgili kurallara bakmak lazım. Eğer bir yerde belirli sayıda hekim var ve bundan dolayı da bir sıkıntı oluşuyorsa dolayısıyla bu hekimlerin çalışma saatleri noktasında yorgunluğa yol açacak .... **CD ARASI**... burada Hocalarımız daha iyi bilirler ama kapsam ancak olsa olsa tazminat sorumluluğunun daha az olması noktasına gelir.

AV. HALİDE SAVAŞ - Hocam bir katkı yapabilir miyim? Burada soran arkadaşlarım kamu hastanesinde mi özel hastanede mi çalışıyor bilmiyorum ama ben hepsinde, hastanelerde diyorum ki eksik malzeme,cihaz ve personeliniz varsa bunu mutlaka tutanaklara, üst mercilere bildirin. Eğer yani o tutanaklar sizde kalsa biraz ve "biz bunu daha sonra zaten bildirmiştik" hatta ben Doğum Hastanesinde seminer verirken dediler ki; bizde böyle 7 hasta var, konu sarkıyor ama üç hastaya yarım bakıyoruz. Bunu bildirin o zaman yukarıya, dikkat ve özen yükümlülüğü olması ihtimalini bildirin. O yukarıya bildirsin, o yukarıya bildirsin, o da Sağlık Bakanlığına. Ve bir çözüm bulursun, en azından evet, sınırlı imkanlarımız olabilir ama "bende bunu bildirmiştim" diyebilelim, bir çözüm olabilir diye düşünüyorum.

PROF. DR. HAKAN HAKERİ - Bu konuda doğru Halide Hanım'ın söylediği. Gerçekten de burada özellikle oradaki kurumun doğrudan sorumluluğuna gidilmemesi bakımından onun yukarı makamlara, bu ihtiyacı bildirmiş olması gerekir. O zaman doğrudan Bakanlık eğer elinde imkân olmasına rağmen burada yeterli bir görevlendirme yapmıyorsa o zaman doğrudan Bakanlığın sorumluluğu yoluna gidilebilir.

İkinci bir husus, soru, Adana Tabip Odası, "Acil Servisi yetersizdir" diye mahkeme kararını almış, buradan hizmet alan hastaya karşı Bakanlık sorumluluğu; burada tabi ki, acil servislere, özellikle hastanın hayatı bakımından, çok önemli bir servis olması itibariyle buradaki eksikliklerle ilgili olarak, biraz önce sunumumda kamuyla özel arasında ayırım yapıyoruz, kamunun elindeki bütçe imkânlarıyla sınırlı ama öyle bir durum varsa ve hasta bundan dolayı zarar görmüşse hem Bakanlığın sorumluluğu olur hem de bundan dolayı herhangi elinde imkân olmasına rağmen gerekli tedbiri almamışsa organizasyon kusuru, dolayısıyla da o hastanenin yönetimi bundan dolayı sorumlu tutulur.

Bir başka soru, Sağlık Bakanlığı özel hastanelerin açılması, işlemesi, uygulamalar ile ilgili kuralları belirliyor. Özel hastanelerin açılışında rutin denetlemeleri yapıyor, şikâyet dışında denetim, inceleme olması muhtemel gözükmemektedir. Sağlık Bakanlığı'nın sorumluluğu konusunda neler derseniz diyor. Şimdi hemen Sosyal Hastaneler Kanunumuz var, bu Sosyal Hastaneler Kanunu 33. maddesi diyor ki "şu anda sosyal hastanelerin kendi idare muameleleri ve her türlü sıhhi şartları, her türlü sıhhi şartları Sağlık Bakanlığının murakebesi altında, denetimi altında olup lüzum görülünce sağlık müfettişleri ve müdürleri, kazalarda hükümet tabipleri tarafından teftiş ve hastanenin her vesikaları tetkik olunur" diyor ve altındaki kadroda bu konuda yapılan denetim sonuçları da Bakanlığa gönderilir diyor. Dolayısıyla bu denetimi yapmaları gerekir ve bundan dolayı da eğer bir ihmal söz konusuysa sorumluluk söz konusu olur Bakanlığın.

Bir diğer katkı, Sayın Nezih Varol'un bir değerli görüşünü belirtmiş, şöyle diyor "2001 ... toplumda, güvence ile toplumdaki meslek olanı, sağlık bilimidir. Vergi hukuku, icrâ hukuku, deniz hukuku vesaire gibi "sağlık hukuku" türünde, içinde ele alınabilir. Avukat hukuku nasıl olmazsa hekim hukuku da olmamalı." Bizim fakültede "avukatlık hukuku" diye bir seçimlik ders var. Dolayısıyla "Hekim hukuku" da olur, hukukun bir alt dalıdır, ilaç hukuku gibi, medikal hukuk gibi hekim hukuku da olur. Bu da hekim hukuku da, sağlık hukukunun içindedir. Hepinize saygılar sunuyorum.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Çok teşekkür ediyoruz Sayın Hocam.

Şimdi Sayın Mustafa Kırcalıoğlu bize bir mesaj göndermiş, müsaade ederseniz okumak istiyorum "Ankara Barosu ve Hukuk Fakültesi tarafından düzenlenmiş olan Sağlık Hukuku Kurultayında "yargı kararı ışığında hekimin hukuksal sorumluluğu" başlıklı sunumu yapmak üzere görev almıştım. Ne var ki ortaya çıkan sağlık sorunum nedeniyle hemen tedaviye başladığımdan Toplantıya katılamıyorum. Kurultay ve Düzenleyicileri en içten dileklerimle kutlar, katılımcılara başarılar diler, sevgi ve saygılarımı sunarım." Bizde tekrar kendisine acil şifalar diliyoruz. Şimdi zaten Toplantımız 10 dakika kadar sarkmış durumda, değerli Konuşmacılara plaketlerini vermek üzere Baromuz Sağlık Kurulu Üyesi Avukat Filiz Kılıçkaya'yı buraya davet ediyorum.

IV. OTURUM

HEKİMLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Oturum Başkanı

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Değerli misafirler şu anda dördüncü oturuma başlıyoruz. Konumuz hekimlerin cezai sorumluluğu çok kıymetli konuşmacılarımız var, ben yanlış söyledim pardon. İdarenin sağlık hizmetlerinden doğan tazminat sorumluluğu ile başlıyoruz affedersiniz. Bu konuda sayın Serkan Kızılyel kendisi Danıştay Tetkik Hakimi ben sözü kendisine bırakıyorum.

İdarenin Sağlık Hizmetinden Doğan Tazminat Sorumluluğu

Serkan KIZILYEL
Danıştay Tetkik Hakimi

GİRİŞ

Sosyal devlet anlayışının benimsenmesiyle birlikte idare, ekonomik ve sosyal yaşama müdahale etmesi ve özel kişilerce yürütülen hizmetlerin bir kısmını üstlenmesi nedeniyle faaliyet alanı genişlemiştir[1]. Giderek artan nüfus yoğunluğu, modern uygarlığın çarpışarak sorunları çözme yolu, hızla gelişen ekonomik ve sosyal iş bölümü ile günümüz insanının örgütlenmiş toplum temeline dayalı olan yaşamı, bireye müdahaleyi ve idari zararları artırmıştır[2]. Bu durumun doğal sonucu olarak kişiler lehine ve aleyhine daha fazla tasarrufta bulunan idarenin, hukuk düzeni tarafından onaylanmayan davranışlarını çeşitli şekillerde telafi etme yoluna gidilmiştir.

Zarar görenin zararlarından, zarar verenin sorumlu olması hukukun genel ilkesidir. Kasıt, ihmal veya tedbirsizlikle ya da yasanın belirlediği durum ve eylemden doğan yahut doğumuna sebebiyet verilen zararın tazmin borcu olan sorumluluğun[3] idare açısından kabul edilmesi kolay ve erken olmamıştır.

Bireylerin verdikleri zararlardan sorumlu olmaları insanlık tarihi kadar eski ve Roma hukukuyla önemli bir aşama kaydetmiş olmakla birlikte, hukuk devleti ilkesinin kabulüne kadar "Kral, kötü bir şey yapmış olamaz!" ilkesi gereğince[4] idarenin sorumluluğu kabul edilmemiştir[5]. 19. yüzyılın sonlarına kadar mülk devlet anlayışının da doğal sonucu olarak, idare adına faaliyet gösteren yönetici ajanlarının verdikleri zararlardan sorumlu olmaları kabul edilmemiştir. Bu durum, yöneticilerin hâkimiyeti altında yer alan tüm coğrafyadaki mülkün sahibi olmasından ve yönetici ajanlarının kişilere (idare edilenlere) zarar veremeyeceği

1 Metin GÜNDAY, **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003, s. 283.
2 Ali Ülkü AZRAK, **İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 12-13Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 136.
3 Tuncay ARMAĞAN, **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997, s. 11.
4 Muammer OYTAN, **Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Müdürlüğü, Bilgi Serisi. 4, Ankara, 1999, s. 1.
5 Kazım YENİCE-Yüksel ESİN, **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983, s. 79.

düşüncesinden[6] kaynaklanmaktaydı. Anılan sorumsuzluk ilkesinin terk edilmesinden sonra, devletin kişilere verdiği zarardan sorumlu olması kabul edilmeye başlanmıştır[7]. Unutmamak gerekir ki, sorumluluk hangi çeşitten kaynaklanırsa kaynaklansın hukuk kurallarına uymayı sağlayan bir yaptırım gücüdür[8].

Sorumluluk hukukundaki bu olumlu değişme, idari yargı alanında faaliyette bulunan mahkeme içtihatlarıyla oluşmuştur. Demokrasinin gelişmesi ile yakından ilgili olan[9] idarenin sorumluluğu, başlangıcı itibariyle özel hukuk sorumluluğundan daha ağır şartlara bağlanmış ve sadece ağır kusur sorumluluğu halinde kabul edilmişken, bu durum hafifletilerek kusur ve hafif kusur halinin varlığı yeterli görülmüştür.

Sorumluluk, hukuki ve ahlaki emirlerin kişilere yüklediği görevler olup, yapılan görevin gereklerini bilmeyi ve buna göre davranmayı ifade eder. Tazminat sorumluluğu ise, kişinin hukuka aykırı eylemleriyle başkasına verdiği zararı giderme yükümlülüğüdür[10]. Hukukta sorumluluk, bir şahsın hakka ve kanuna uymayan fiilinin başkası hakkındaki zararlı sonucundan hesap vermeye mecbur olması olarak tanımlanmaktadır[11]. İdari faaliyetlerden zarar gören kişilere paraca bir ödemede bulunma yükümlülüğü olarak da ifade edilen[12] idarenin hukuki sorumluluğunun kendine özgü kurallar ihtiva etmesi, özel hukuk sorumluluğundan bağımsızlığını ve ayrılığını sağlamaktadır. İdarenin sorumluluğunun Borçlar Kanunu çerçevesinde ele alıp incelemek doğru ve mümkün değildir[13]. Ancak, bu sorumluluğun, özel hukuk sorumluluğundan geniş oranda etkilenmiş olduğu da bilinen bir gerçektir.

İdarenin tazminat sorumluluğu, idarenin sorumluluğundan daha dar bir kavram olup[14], sadece maddi bir değerle ifade edilebilen ve eski hale getirilmesi her zaman mümkün olmasa da tazmin edilebilen zararlardan doğar. İdarenin tazminat sorumluluğundan kasıt, idarenin kamu hizmeti sunması amacıyla tesis ettiği işlem veya eylemleri sonucu kişilere verdiği zararların tazminen giderilmesidir. Eşit bir taraf olarak hukuki muameleye giren idarenin, özel hukuktan kaynaklanan sorumluluğu idare hukukunun konusunu oluşturmamaktadır.

6 E. Ethem ATAY-Hasan ODABAŞI-Hasan Tahsin GÖKCAN, **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2003, s. 35.

7 A. Fuad BAŞGİL, **Devletin ve Diğer Amme Hükmü Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**, Adalet Bakanlığı Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1940, s. 3.

8 Atilla İNAN, Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu, **Danıştay Dergisi**, S. 42-43, 1982, s. 20.

9 İNAN, a.g.m., s. 25.

10 Mustafa KICALIOĞLU, Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, S. 4, 2006, s. 16.

11 BAŞGİL, a.g.e., s. 4.

12 YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 74.

13 Lütfi DURAN, **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No. 138, Sevinç Yayınları, Ankara, 1974, s. 10; Turgut CANDAN, **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005, s. 158.

14 YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 75.

Sosyal devlet anlayışının sonucu olarak idare, bireylerin sağlık ihtiyaçlarını kamu yararı amacıyla gidermektedir. İdarenin sunduğu sağlık hizmetinde temel amaç, birey veya toplum sağlığının korunması veya yitirilen sağlığın yeniden kazandırılmasıdır. Tıp biliminin hızla yenileşmesi idare tarafından sunulan sağlık hizmetinin kapsamını da giderek genişletmiştir. Meydana gelen tıbbi gelişmenin bireylere en iyi sağlık hizmeti olarak yansıtılması amacıyla bu hizmeti düzenleyen yoğun bir yasalaşma süreci yaşanmaktadır. Bu pozitif düzenlemelere rağmen tıbbın ulaştığı en son nokta dikkate alınarak hangi zararların sorumluluk gerektirdiği, hangilerinin ise kabul edilebilir yani sorumluluk gerektirmediği yasal düzenlemelere henüz konu olmamıştır. Bu nedenle idari sorumluluk, kurumun yapısına uygun düşen özel hukuk verileri de dikkate alınarak, Danıştay tarafından içtihatlarla ortaya konulmaktadır.

Sağlık hizmetinden dolayı idarenin sorumluluğunun doğabilmesi için kusur, zarar, idari işlem veya eylem ve illiyet bağının bulunması şartları birlikte aranmaktadır[15].

I. Hizmet Kusuru

İdarenin hizmet kusuru genel olarak hizmetin kötü işlemesi, geç işlemesi veya hiç işlememesi olarak üç başlık altında toplanmaktadır[16]. İdare hukukuna, Fransız hukukçularınca kazandırılan bu üçlü ayırım, konunun anlaşılması ve sınıflandırılması bakımından yerinde olsa bile hizmet kusurunun tüm özelliklerini kapsamaması ve somut olaya uygulanmasının zorluğu nedeniyle eleştirilmektedir. Danıştay, önüne gelen olayda hizmet kusurunun hangi ayırımdan kaynaklandığını tespit etme yoluna gitmemekle bu bölümlemeye değer vermediğini göstermektedir[17]. Belirtilen sebeplerden ötürü, bu ayırımın önemini yitirdiği dahi savunulmaktadır[18]. Sağlık hizmetinde, anılan üçlü bölümleme özellikle anlamsız kalmaktadır[19].

15 A. Şeref GÖZÜBÜYÜK, **Yönetsel Yargı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997, s. 347 vd.; Serdar ÖZGÜLDÜR, **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1996, s. 137 vd.; ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 22; GÜNDAY, a.g.e., s. 334 vd.

16 GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 316; ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 75; İl Han ÖZAY, **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 749; GÜNDAY, a.g.e., s. 321; Özge KARAEGE, **Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001, s. 51; Sevinç Arslan HIZAL, **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hekimin ve Yönetimin Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Kamu Yönetimi Lisans Üstü Uzmanlık Programı Tezi, Ankara, 1999, s. 77; Müzeyyen ÇOLAK, **İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1996, s. 72; ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 31.

17 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 31.

18 ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 75; Kemal GÖZLER, **İdare Hukuku**, C.II, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2003, s. 977; ÇOLAK, a.g.t., s. 72.

19 ÇOLAK, a.g.t., s. 73, "... davacı, sol diz dış yan bağ ameliyatı olmuş, ameliyattan sonra bacağı alçıya alınmıştır. Ameliyattan bir gün sonra alçıya ait komplikasyon gelişmiş ve davacının ayağı şişerek morarmıştır. Tedbir olarak hemşire alçıyı açtıktan sonra, hafta sonu olması nedeniyle nöbetçi doktora haber vermiştir. Nöbetçi doktor, ameliyatı yapan doktora haber verilmesi gerektiğini belirtmiş, sonuçta hafta başına kadar davacının ayağına hiç müdahale yapılmamıştır. Pazartesi günü doktor tarafından görülen davacının ayağına müdahaleler yapılmış, ancak başarı elde edilmeyince bacağı kesilmiştir.[D. Onuncu D. 9.12.1992 gün ve E:1992/184, K:1992/4321 sayılı kararı] Bu olayda, ameliyat sonrası gerekli

A. Sağlık Hizmetinde Kusur

Hukuka aykırı bir fiili işleyen kimsenin hukuk düzenince benimsenmeyen bir zihin ve ruh hali olan kusur[20], başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken o şekilde davranmamaktır. Buna göre kusur, olması gereken davranışa gösterilen irade eksikliğidir. Hukukta kusur, kast ve ihmal diye ikiye ayrılmakla birlikte, kusur denilince akla daha çok ihmal gelmektedir[21].

Sağlık hizmetlerinde kusur ise, hizmetin kuruluşunda, düzenlenmesinde, teşkilatlanmasında, bünyesindeki personelinde yahut işleyişinde aksaklık, aykırılık, bozukluk, eksiklik veya sakatlık taşıması olarak tanımlanabilir. Buna göre, sağlık hizmetinde kusur, sağlık personelinin tutum ve davranışlarına mal edilemeyen, onlara yönlendirilemeyen ve tamamen idare hukuku esaslarına göre bazı özellikler taşıyan objektif bir kusur halidir[22].

Sağlık hizmetinin sunumundan kaynaklanan zarardan idarenin sorumlu tutulabilmesi için kusurun ağır olması gerekmektedir[23]. Ağır kusur, yürütülmekte olan kamu hizmetinin özel bir zorluğunun bulunduğu haller ile ilke olarak bir yasanın her türlü sorumluluğu devre dışı bıraktığı hallerde aranmaktadır[24]. "İdare hukuku ilkeleri ve Danıştay'ın yerleşik içtihatlarına göre, zarar gören kişinin hizmetten yararlanan durumunda olduğu ve hizmetin riskli bir nitelik taşıdığı hallerde, idarenin tazmin yükümlülüğünün doğması için zararın, idarenin ağır hizmet kusuru sonucu meydana gelmiş olması gerekmektedir. Bünyesinde risk taşıyan hizmetlerden olan sağlık hizmetinden yararlananın zarara uğraması halinde, bu zararın tazmini, ancak idarenin sağlık hizmeti kusurunun varlığı halinde mümkün olabilecektir."[25].

Danıştay içtihadının katı kabulü, idarenin sorumluluktan kaçınması sonucunu doğurabilir. Kanaatimizce, hizmet kusurunun ağırlığından ziyade, hizmet kusuru sayılan durumun tıp bilimine göre makul sayılıp sayılmamasının açılan tazminat davalarında hükme esas alınması yerinde olacaktır[26]. Bu nedenle, tıp

bakım ve tedavi yapılmamış olması nedeniyle sağlık hizmetlerinin hiç işlemediği söylenebileceği gibi, personel seçiminde gerekli titizliği ve özeni göstermeyen, personeli üzerindeki denetimi yetersiz kalan idarenin sağlık hizmetini kötü işlettiği de söylenebilir. Hatta komplikasyondan iki gün sonra müdahale edildiğinden hizmetin geç işlediği de kabul edilebilir.".

20 Cemal ÖZTÜRKLER, **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhisi, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 18.

21 İ.Hamit HANCI, **Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2002, s. 139.

22 Oğuz POLAT, **Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları**, Seçkin, Ankara, 005, s. 269; YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 85.

23 Dan. 10.D., 26.9.1996, E:1995/6506, K:1996/5448, Yakup BAL-Yahya ŞAHİN-Mustafa KARABULUT, **anıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 53.

24 ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 90.

25 Dan. 10.D., 3.4.2001, E:2000/227, K:2001/1241; 16.4.2001, E:1998/7338, K:2001/1386; 4.6.2001, E:1999/4912, K:2001/2042; 17.1.2001, E:1998/2968, K:2001/91; 12.6.2001, E:1999/2351, K:2001/2240 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 317 vd.

26 Tıbbi uygulamanın, tıp biliminde genel kabul görmüş ilke ve kurallara uygun olarak yapılmasının hukuka uygunluk şartı olarak değerlendirilmesine ilişkin öğretideki genel kabul (bkz. ÇAKMUT,

biliminin gerektirdiği şeklide hareket etmek zorunda olan hekim ve diğer sağlık personelinin[27], bu yükümlülüklerine aykırı davranmayı hizmet kusuru olarak kabul etmek daha doğru olacaktır.

B.Sağlık Hizmetinde Kusur Türleri

Tıp biliminin sürekli yenilenmesi nedeniyle sağlık hizmeti kusurlarının belirlenmesi ve sınıflandırılması kolay değildir. Bu çalışmada, klasik üçlü ayırım dışından pozitif hukuk ve tıbbi son gelişmeler dikkate alınarak yeni bir sağlık hizmeti kusuru tasnifi yapılmıştır.

1.Sağlık Hizmetinin Kuruluşunda ve İşletilmesinde Yetersizlik

Anayasanın 56. maddesiyle vatandaşlarına sağlık hizmeti sunma ödevi devlete yüklenmiştir. Bu hükme göre, ayrıntıları alt normlarla düzenlenmek koşulu ile idare sağlık hizmetini sunma ile yükümlü kılınmıştır. Sağlık hizmetini genel olarak ifa etme görevi Sağlık Bakanlığına verilmiştir. Sağlık Bakanlığı, sağlık kamu hizmetinin planlanması, kurulması, koordine edilmesi ve işletilmesinden sorumlu idaredir. 181 sayılı Sağlık Bakanlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnameye göre Bakanlık; herkesin hayatını bedenen, ruhen ve sosyal bakımdan tam ve iyilik hali içinde sürdürmesini sağlamak amacıyla ülkeyi kapsayan plan ve programlar yapmak, gerekli teşkilatı kurmak ve kurdurmak, kurulacak teşkilatın amacına uygun işlemesini temin etmek durumundadır. Öte yandan, 3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3. maddesinde, sağlık hizmetlerinin ülke sathında dengeli dağılımı ve yaygınlaştırılması esasları çerçevesinde gerekli kurum ve kuruluşların kurulması ve işletilmesi Sağlık Bakanlığının görevleri arasında sayılmıştır.

Koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici ile diğer sağlık hizmetlerinin ifası için gereken teşkilatın kurulması ve gereğince işler hale getirilmesi gerekmektedir. Bu hizmetlerden birinin yapılmamış olması idare açısından hizmet kusuru olarak kabul edilebilir.

Sağlık hizmetine ihtiyaç duyulan coğrafi alanda bu ihtiyacı giderecek teşkilatın kurulması gerekmektedir. Hangi yerleşim birimine, nasıl bir sağlık hizmeti sunulacağı bu görevi üstlenen idarenin plan ve programı dâhilinde olacağı için bunu önceden tespit etmek mümkün değildir. İdarenin bu konuda mahkeme kararı ile zorlanması da olanaksızdır.

Sağlık hizmetinin sunulması niteliği gereği acil müdahaleye el verecek şekilde yaygınlaştırılması sağlanmalıdır. Ancak, sağlık hizmetlerinin kurulmamış olması tek başına hizmet kusuru olarak kabul edilmemektedir. Genel olarak Danıştay'ın sağlık hizmetlerinin kurulmaması nedeniyle idarenin sorumluluğuna gitme konusunda istekli olmadığı görülmektedir. Kendi gelir grubundaki ülkeler

a.g.e., s. 38-39) ve genel kabul görmüş ilke ve kural kavramının, ağır kusur kavramına göre daha açık ve objektif olması nedeniyle bu ölçünün esas alınması yerinde olacaktır.

27 Battal YILMAZ, **Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, s. 6.

içinde sağlık bakanlığına düşük kaynak ayıran ülke[28] olmamız, sağlık hizmetinin sunumu ve talebinde çağdaşlığın yakalanmamış olması ve idarenin kendisine verilen kamu hizmetini ifada kendi mali ölçüleri dâhilinde sorumlu olacağına dair anayasal hüküm karşısında yerinde bir tutum olarak kabul edilebilir[29].

Sağlık hizmetinin kurulmasına rağmen eksik donanım ve personel nedeniyle hizmeti kusurlu ifa etmesi sorumluluğu gerektirmektedir. Danıştay, acil servise getirilen hastaya zamanında tıbbi destek sağlanamaması nedeniyle meydana gelen ölüm olayından idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir[30]. Aynı şekilde, sağlık kurumunun iyi işlemesi için gereken araç, gereçlerin olmaması ya da olmasına rağmen arızalı veya bakımsız olması, yoğun akrep ısırmalarının olduğu bölge devlet hastanesinde serum bulunmaması nedeniyle ölüm olayında olduğu gibi, ilaçların zamanında sağlanamamış olması hizmet kusuru oluşturur[31]. Ancak hizmet kusurunun meydana gelmesi idareye atfı mümkün olmayan bir nedenden kaynaklanması halinde idarenin sorumlu tutulmasına hukuken olanak bulunmamaktadır. Yukarıda örneğe geri dönecek olursak, serumu üreten firmadaki grev nedeniyle üretimin durması ve piyasada olmaması nedeniyle idarenin serum temin edememesinde olduğu gibi, sorumluluğu idareye yüklenmesine olanak bulunmamaktadır.

2.Tıbbi Uygulama Hataları

Tıp biliminin gösterdiği sürekli gelişme karşısında yeni hukuksal sorunlar ortaya çıkmaktadır. Özellikle insan üzerinde gerçekleştirilebilecek cerrahi müdahalelerin boyutlarının ve çeşitlerinin çoğalması sonucunda tıbbi müdahalelerinin hukuka uygunluğu konusunda yeni yaklaşımlara gereksinim duyulmuştur[32].

En yaygın hizmet kusuru olan hizmetin kötü işlemesinin bir türü olarak[33] tıbbi uygulama hataları[34] bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi olarak tanımlanmaktadır[35]. Başka bir ifadeyle, kişilerin bedensel veya psikolojik her türlü hastalığını ve noksanlığını teşhis ve tedavi

28 POLAT, a.g.e., s. 292.

29 Öztan ÖNCEL, Hekim Görevleri, Sorumluluğu ve Tıbbi Sorumluluk, **Çağdaş Tıp Klinik Etiği**, Editörler Ayşegül Erdemir Demirhan, Öztan Öncel, Şahin Aksoy, Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul, 2003, s. 159.

30 Dan. 10.D., 13.2.2001, E:1998/3789, K:2001/487, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 322.

31 ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 186.

32 Barış ERMAN, **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 23.

33 YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 88.

34 Bizim de kullanmayı uygun bulduğumuz tanım hakkında bkz. POLAT, a.g.e., s. 31, "Tıbbi uygulama hataları uluslar arası jargonda malpraktis olarak tanımlanmakta ve böyle anılmaktadır. Türkçe'ye de çarpık bir ifade olarak malpraktis olarak yerleşen bu deyimin Türkçe'si tıbbi uygulama hatalarıdır... Malpraktis Latince "Mala Praxis" sözcüklerinden köken alır. İlaç kullanımından hastane enfeksiyonuna kadar tıbbi bakımın her aşamasında ortaya çıkabilecek ve hastaya zararı dokunan tıbbi kusur ve hataları kapsamına almaktadır."; benzer bir değerlendirme için bkz. Hakan HAKERİ, **Tıp Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 338.

35 HANCI, a.g.e., s. 17.

etmek, bu mümkün olmadığı takdirde hastalığı hafifletmek ya da acılarını dindirmek veya onları böyle bir rahatsızlıktan korumak için tıp bilimince genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavilerden başlayarak, en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan faaliyet[36] sonrasında kusura dayalı olarak meydana gelen zarar tıbbi uygulama hatasını oluşturur[37].

Buna göre, hekimin ya da diğer sağlık görevlilerinin kendi gördüğü eğitimin ya da uzmanlıkla ilgili bilgilerinin, bir hastanın tedavisinde yeteri kadar göstermeyerek ülkedeki mevcut tıbbi hizmet standartlarının altında bir hizmet vermesi tıbbi hata olarak kabul edilir[38]. Dünya Tabipler Birliğinin 44. Genel Kurul toplantısında kabul edilen duyuruya göre yanlış uygulama, doktorun tedavi sırasında standart uygulama yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarardır.

Anlaşıldığı üzere tıbbi uygulama hataları sağlık hizmeti sunumunu bekleyenlere doğrudan bu hizmetin verilmesi ile ilgili hatalardır. Tıbbi uygulama hataları, tıbbi faaliyet esnasında meydana gelen aksaklıklar olduğu için, enjeksiyonla verilen ilacın hastanın bedeninde yanlış yer ya da organa yapılması, kırık bir kemiğin gereği gibi doğru olarak tespitinin yapılmaması, yatan hastanın emniyetinin sağlanmaması nedeniyle yataktan düşmesi birer uygulama hatası olarak kabul edilir[39].

Tıbbi uygulama hataları sağlık hizmetinin ifası sırasında meydana gelen kusurlar olduğu için ancak sağlık personeli tarafından işlenebilir[40]. Sağlık hizmetinin sunumunu asli olarak hekimler üstlendiği için, kusurun büyük bölümü hekimlerin faaliyetinden kaynaklanmaktadır. Bununla birlikte enjeksiyonu sinire denk getiren hemşire ile fazla dozajda anestezi veren uzmanın eylemleri de uygulama hatasıdır. Rücu kurumu ve şahsi kusur hariç olmak üzere, hizmet kusurunun kimin tarafından işlendiği idarenin sorumluluğu bakımından fazla önem arz etmemektedir.

Tıbbi ilişkide hastanın durumu iyileşebilir, aynı kalabilir ya da kötüleşebilir. İmkânlar dâhilinde yapılması gereken her şey yapıldığı halde bu üç olasılıktan biri gerçekleşebilir. Sonucu etkileyen pek çok etken olması nedeniyle olumsuz

36 YILMAZ, a.g.e., s. 1; Halide SAVAŞ, **Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukları**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 51; Özlem (YENERER) ÇAKMUT, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003, s. 24.

37 KICALIOĞLU, a.g.m., s. 18.

38 ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 272; Dan. 10.D., 15.2.2001, E:1998/5737, K:2001/590, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 324.

39 ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 276.

40 Merter ÖZAY, **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006, s. 20, "Hekimin hasta özerinde teşhis, tedavi veya sair amaçlarla yürüttüğü fiziki ve fikri faaliyete tıbbi müdahale denir. Türk Hukuku yönünden bir müdahalenin "tıbbi olarak" değerlendirilebilmesi için bir hekim tarafından, doğrudan ya da dolaylı olarak tedavi amacına yönelik gerçekleşmiş olması gerekmektedir.".

bir durum, tek başına ihmal veya hata bulunduğunu kanıtlamaz. Tıbbi uygulama hataları, tıbbi bakım ve tedavi sırasında görülen ve sağlık personeli hatası olmayan durumlardan farklıdır. Tıbbi uygulama hataları ancak sağlık personelinin standardın dışında hizmet vermesinden kaynaklanmakta olup, mevcut tıbbi bilgi seviyesine göre öngörülemeyecek hatalar tıbbi uygulama hatası kapsamında değerlendirilemez[41]. Buna göre; hekimin tıbbi olacağı öngörememesi, tedavi amacıyla önerilen ilaçla yada diğer uygulamaların olağan yan etkilerini göstermesi ve bazı hastalıkların özelliği gereği tedavi esnasında veya sonrasında komplikasyon meydana gelmesi tıbbi hata olarak kabul edilemez[42].

a. Tıbbi Uygulama Hatalarının Çeşitleri

Genel kabule göre tıbbi uygulama hataları; uzmanlık sınırının aşılması, bilgilendirme eksikliği, rıza sınırının aşılması, tanı hatası, tedavi hatası ve özen eksikliği olarak kendini göstermektedir.

i. Uzmanlık (Yetki) Sınırının Aşılması

Tıbbi müdahalenin, hukuka uygun olabilmesi için müdahalede bulunacak kimsenin (sağlık personelinin-özünde ise hekimin), bu müdahaleye yetkili bulunması gerekir[43]. Hekim, kendi uzmanlık alanı dışındaki konularda uygulamaya giderek uzmanlık sınırını aşmamalıdır[44]. Hekimler, genel olarak tıbbi uygulama yapma hak ve sorumluluğuna sahiptirler. Mevzuatında yer alan şartlara uygun olarak belirli bir uzmanlık dalında öğretimi başarı ile bitirenler, bu tıbbi uzmanlık dalında uygulama yapabilirler. Uzman olunmayan konuda tıbbi uygulamaya gitmek yetki sınırının aşılması olarak değerlendirilir[45].

Hekimin uzman olmasına rağmen kendi uzmanlık alanı dışında ve sadece uzmanı ilgilendiren komplike olaylara müdahale etmesi kişisel kusur ve buna bağlı olarak şahsi sorumluluğu gerektirmektedir. Bu hallerde hizmet kusurundan bahsedilemeyeceğinden idarenin tazmin sorumluluğunun kabulüne de olanak bulunmamaktadır. Kardiyoloğun görme kusuru olan hastaya müdahale etmesi veya uzman olmayan hekimin beyin ameliyatı yapması bu duruma örnek oluşturur. Ancak sağlık hizmetlerinin karmaşık ve sürekli gelişen özelliği gereği hekimin iradesi dışında ve ancak detaylı bir inceleme yapılması halinde anlaşılabilen yetki aşımlarından dolayı meydana gelen zararın hizmet kusuru olarak kabul edilerek idarenin sorumlu tutulması yerinde olacaktır. Konsültasyon sonucu müdahale edilmesi gerekirken, bu yola gidilmeden doğrudan yapılacak müdahale bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

41 Tıbbi yardım ve müdahale sırasında veya dolayısıyla öngörülemeyen bir olumsuzluğun, umulmadık biçimde ortaya çıkması olarak ifade edilen komplikasyon hallerinde, idarenin sorumlu tutulmasına olanak bulunmadığı hakkındaki bilgi için bkz., KICALIOĞLU, a.g.e., s. 22.

42 ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 272.

43 YILMAZ, a.g.e., s. 3; HAKERİ, a.g.e, s. 94.

44 POLAT, a.g.e., s. 35.

45 ERMAN, a.g.e,, s. 96, "Buna karşılık, belirli bir müdahaleyi yapmak açısından yasal olarak aranan yetki koşullarına uymayan kişinin, çeşitli acil durumlarda yaptığı müdahalenin, hukuka aykırılığını öne sürmek düşünülemez...".

ii. Bilgilendirme Eksikliği ve Rıza Sınırının Aşılması

Bilgilendirme borcunun pozitif dayanağını, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğuna ilişkin hükmü içeren Anayasanın 17. maddesi ile kişilik haklarını koruyan Türk Medeni Kanunu gibi diğer kodlardaki hükümler oluşturmaktadır[46]. Bilgilendirme, hekimin vereceği bilgilerle hastayı, uygulanması düşünülen tedavi yöntemi üzerinde serbestçe karar verebilecek bir duruma getirmesidir.

Yeterince bilgilendirilen hasta önerilen tedaviye razı olup olmaması konusunda serbest iradesiyle karar verebilir. Olumlu ya da olumsuz yönlerini bilmeden tedaviye rıza gösteren hastanın, kendi iradesiyle karar verdiğinden söz edilemez. Serbest iradeye dayanan rıza ise, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu için vazgeçilmez bir şarttır. Bilgilendirme amaçlı yapılacak açıklamalar hastanın kültürel, toplumsal ve psikolojik durumuna uygun olması ve hasta tarafından anlaşılması gerekmektedir[47]. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmeden alınmış bir rıza ile yapılmış bir tıbbi müdahale hastanın geleceğini tayin etme iradesine ve şahsiyet hakkına müdahale olarak sayılabilir[48].

Hekimin hastalarını; hastanın şimdiki sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü –hekim, değişik tedavi yöntemlerini uygulama imkânı varsa, bunların şanslarını ve risklerini açıklamalı, karşılıklı değerlerini tartıp ortaya koymalı, ilaçla tedavi veya ameliyat yöntemlerinden hangisini uygulayacağını belirtmelidir- amaçlanan tedavi yönteminin başarı şansı, süresi ve hastanın sağlığı için arz ettiği riskler, verilen ilaçların kullanışı ve olası aksi tesirleri ile hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın doğuracağı sonuçlar konularında yeterince aydınlatması gerekmektedir[49].

Hastanın kendisine veya yakınlarına üzüntü verecek, intiharlarına veya kriz geçirmelerine neden olacak aydınlatmaların yapılmaması bu ilkenin istisnasını oluşturabilir. Bunun yanında, rızanın aranmasına olanak bulunmayan acil durumlar, hastanın bilgisinin bulunması ile hastanın aydınlatılma istemini ret etmesi hallerinde de aydınlatma yükümlülüğünden bahsedilemez. Aydınlatma yükümlülüğünün istisnaları sayılabilecek bu gibi durumların somut olaylarda geniş yorumlanmaması ve ilkeyi daraltmamasına dikkat edilmesi gerekmektedir.

Rızanın kabul edilebilmesi için tedavi amacına yönelik olası ve rıza gösterenin iradesinin ifsat edilmemiş olması gerekmektedir. Buna göre yeterince aydınlatılmamış veya yanlış aydınlatılmış veyahut aklen malul hastaca verilen rızanın makbul bir rıza olarak kabul etmek hukuken olanaksızdır. Ameliyat tehlikesini anlatmadan yani aydınlatma yapılmadan, ahlaka, adaba ve hukuka

46 ÖZAY, Estetik Amaçlı, s. 58.

47 HANCI, a.g.e., s. 52; Ömür ELÇİOĞLU-Ayşegül Demirhan ERDEMİR, Klinik Uygulamalarda Her Durumda Ortaya Çıkan Etik Yükümlülükler, **Klinik Etik**, Editörler Ayşegül Erdemir Demirhan, Yasemin Oğuz, Ömür Elçioğlu, Hanzade Doğan, Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul, 2001, s. 112.

48 ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 70.

49 HANCI, a.g.e., s. 52.

aykırı olarak verilen rızalar geçersiz olarak kabul edilir[50]. Genel olarak denilebilir ki, küçüklerin ve akıl hastalarının rızaları geçerli olarak kabul edilemez[51].

Tıbbi müdahale için kural aydınlatılmış rızanın aranması ise de veli veya vasinin bulunmadığı, tıbbi müdahaleye maruz kalacak şahsın ifadeye muktedir olmadığı, acil müdahalenin gerektiği ve hastanın rızasını ifade edemeyeceği, kamu düzenin gerektirdiği ve ameliyatın genişletilmesinin hastanın sağlığı açısından zorunlu olduğu hallerde rıza aranmaz[52].

Rızanın açık olarak verilmesi kuraldır. Açık olarak verilecek rıza sözlü ve yazılı olarak verilebileceği gibi işaretlerle de verilebilir[53]. Ancak Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 70. maddesine göre, büyük cerrahi operasyonlarda yazılı rızanın aranması zorunluluk olarak kabul edilmiştir. Tıbbi müdahaleye maruz kalanın bu durumu bilmesi halinde mutlaka rıza göstereceği bilinen hallerde açık rıza dışında varsayılmış rızanın dahi müdahale için yeterli olduğu kabul edilmektedir. Trafik kazasına uğrayan ve bu nedenle bilincini kaybeden yaralıya hekimin yaptığı müdahale bu kapsamda değerlendirilmektedir[54]. Ancak, bunun için rıza alınmasının fiilen mümkün olmaması ve tıbbi müdahalenin acilen uygulanmaması halinde telafisi güç veya imkânsız zararların ortaya çıkma ihtimalinin bulunması gerekmektedir[55].

iii. Tanı Hatası

Teşhis en isabetli tedavi ve müdahale türünün tespiti ve uygulamasının temelini oluşturması[56] nedeniyle tıbbi uygulama hatası bakımından önem taşımaktadır. Tanı, şayet varsa kişide bulunan bir rahatsızlığı bulma ve tanımlama faaliyetini ihtiva eden süreçtir. Hekimin hastalık konusunda doğru teşhis koyması mesleki yükümlülüğü gereğidir. Hekimin tanıdan önce, hastanın hikâyesini dikkatlice almak, klinik muayeneyi yapmak, gerekirse röntgen almak ve mikroskobik, kimyasal, histolojik, serolojik ile benzeri araştırmalara gitmesi gerekmektedir.

Hekim teşhis koyarken tıp biliminin mutat ve bilinen kurallarına riayet etmiş, gerekli tüm dikkat ve zamanı harcayarak, kayıt ve dosyalara dayanarak teşhis koymuş ise tanı hatasından bahsetmeye olanak bulunmamaktadır. Çünkü hekimin tıp alanında sınırsız doğru bilgiye sahip olması beklenemez[57].

Zorunlu olarak kullanılması gereken tanı yöntemi ve araçlarının kullanılmaması, konsültasyon gereken hallerde bu yola gidilmemesi, eksik araştırma yapılması ve yapılan araştırma sonuçlarının bir hastalığın karakteristik

50 HANCI, a.g.e., s. 72.
51 YILMAZ, a.g.e., s. 30-31.
52 HIZAL, a.g.t., s. 53-54; HANCI, a.g.e., s. 72; Ayşegül Demirhan ERDEMİR, **Tıp Tarihi ve Deontoloji Dersleri**, Uludağ Üniversitesi Basımevi, Bursa, 1994, s. 172.
53 Gültezer HATIRNAZ, **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin, Ankara, 2007, s. 69.
54 ERDEMİR, a.g.e., s. 173.
55 YILMAZ, a.g.e., s. 37.
56 ÖZAY, Estetik Amaçlı, s. 52.
57 ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 85.

belirtilerini ortaya koymasına rağmen hatalı sonuca varılması olarak adlandırılan kusurlar tanı hatasını oluşturmaktadır[58]. Tanı hatasından kaynaklanan maddi ve manevi zararların idarece tazmini söz konusudur.

Danıştay yanlış teşhis nedeniyle psikiyatrik tedavi görülmesini[59] ve hastalıkların karıştırılmasını[60] hizmet kusuru sayarak meydana gelen zarardan idarenin sorumlu olduğuna karar vermiştir.

iv. Tedavi Hatası

Tanı yöntemleri arasından seçim yapılırken hastanın özellikleri dikkate alınmalı, yeteri kadar denenmemiş yeni bir tedavi yöntemi uygulanırken hasta uyarılmalı ve rızası alınmalıdır. Birden fazla tedavi yöntemlerinin bulunması halinde uzun zamandan beri bilinen, genel olarak uygulanan yöntemlere öncelik verilmelidir[61]. Tıbbi Deontoloji Tüzüğünün 14. maddesine göre, hekimin, hastanın hayatını kurtarmak, sağlığını korumak ve bunların mümkün olmadığı hallerde, ıstırabını azaltmak ya da dindirmekle yükümlüdür. Hekim, tıp biliminin gerekli gördüğü bilgileri öğrenmek, yenilikleri, pratik ve riski az tedavi yöntemlerini, daha etkili ilaçları izlemek ve yardımcılarını yetiştirmek mecburiyetindedir[62].

Mevcut tıp bilimine göre yapılan tedavi nihayetinde doğru olmasa bile idarenin sorumluluğunu gerektirmeyecektir. Başka bir ifadeyle, idarenin sorumluluğu ancak uygulanan yöntemlere göre mutat olmayan tedavi hataları için söz konusu olacaktır[63]. Bu nedenle hastaya en çok yararı ve en az zararı verecek yöntem uygulanırken meydana gelecek başarısızlık, hizmet kusuru olarak kabul edilmeyecektir[64].

Danıştay, potasyum klorürün setten hızla verilmesi nedeniyle meydana gelen ölüm[65], açık kalp ameliyatında oluşan enfeksiyon nedeniyle meydana gelen ölüm[66], doğum sırasında gerekli müdahaleyi yapmayarak çocuğun özürlü kalması[67], sezaryen sırasında karında kompres unutulması[68], hatalı kuduz aşısına bağlı olarak oluşan komplikasyondan kaynaklanan ölüm[69], serumun deri altına yayılması nedeniyle şişerek kangren olan parmakların kesilmesi[70], kanamalı

58 HANCI, a.g.e., s. 79.
59 Dan. 10.D., 25.5.2001, E:1998/1973, K:2001/235, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 317.
60 Dan. 10.D., 15.1.2001, E:1998/2222, K:2001/37, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 320.
61 ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 89.
62 HANCI, a.g.e., s. 8; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 89; benzer yöndeki bir açıklama için bkz SAVAŞ, a.g.e., s. 73.
63 Tedavi hatası nedeniyle idarenin sorumlu tutulacağına dair Fransız Danıştayı kararları için bkz. Xavier DELCROS-Bertrand DELCROS , **Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu**, Çeviren Turgut CANDAN, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1984, s. 22 vd.
64 YILMAZ, a.g.e., s. 50-51; HAKERİ, a.g.e, s. 343.
65 Dan. 10.D., 27.3.2002, E:2000/1010, K:2002/852, s. 306.
66 Dan. 10.D., 26.4.2002, E:2000/5068, K:2002/1257, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 307.
67 Dan. 10.D., 15.2.2001, E:1998/5580, K:2001/582, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 326.
68 Dan. 10.D., 14.3.2001, E:2000/5558, K:2001/791, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 327.
69 Dan. 10.D., 16.5.2001, E:1999/1689, K:2001/1839, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 328.
70 Dan. 10.D., 14.6.2001, E:1999/2448, K:2001/2375, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 330.

hastanın damar kesisi görülüp onarılmadan yaraya dikiş atılarak eve gönderilen kişinin ölüm[71], yanlış ilaç verilmesi sonucu vücut tamlığının yitirilmesi[72], midede batın bezi unutulması[73], orantısız narkozdan kişinin ölüm[74] ve tedavi sırasında serum yerine alkol verilmesi[75] durumlarını birer tedavi hatası olarak kabul etmektedir.

v. Özen Eksikliği

Tıbbi müdahalenin her aşamasında hastanın sağlık hizmetine duyduğu ihtiyacın karşılanmasında özenin gösterilmesi gerekmektedir. Özen borcu, tıp biliminden, etik kurallardan ve hukukun genel ilkelerinden doğmaktadır. Özen gösterme zorunluluğu, hem hekimin kendisine hem diğer sağlık personeli ile birlikte sağlık kurumları yönetimine verilmiştir. Tıbbi özenin gerektiği bir sırada hastaya özen gösterilmemesi idare açısından hizmet kusuru sayılır. Buna göre, üst solunum yolu rahatsızlığından hastaneye yatırılan süt seviyesindeki çocuğun ellerinin bağlandığı iplerin boynuna dolanarak boğulması[76], sol kalçanın ameliyat edilmesi gerekirken sağ kalçanın ameliyat edilmesi[77] ve omuriliğinden zarar gören birinin özensizce nakledilmesi nedeniyle felç kalması olaylarında idare sorumlu tutulmuştur.

Özen gösterme sorumluluğu, esasen hizmetin etkin ve kaliteli olması ile ilgili bir durumdur. İdare, sahip olduğu tıbbi donanım, istihdam ettiği hekim ve diğer sağlık personeli ve mali imkânları oranında özen gösterme sorumluluğu ile yükümlendirilir.

vi. Sır Saklama Yükümlülüğüne Uyulmaması

Bir hastanın başkaları tarafından bilinmeyen ve duyulması hoş karşılanmayacak özellikleri ve hastalıkları sır olarak kabul edilir. Yasal olmayan kürtaj, evli olmayan kadının çocuk doğurması veya düşürmesi, intihar eğilimi gibi toplum içinde kişinin onur ve saygınlığı ile ilgili durumlar birer sırdır. Toplumun üzerinde durmadığı, her yerde söylenebilen hastalıklarla ilgili bilgiler ya da hastanın herkes tarafından bilinen yönleri sır olarak kabul edilemez. Ancak sır niteliğinde olmayan sağlık durumlarının gizli tutulması istenmişse, bunun da gizlenmesi gerekmektedir[78]. Buna göre sır, genellikle herkes tarafından bilinmeyen ve açıklanması sahibinin maddi ve manevi varlığına zarar verme tehlikesi bulunan bilgilerdir[79].

71 Dan. 10.D., 14.6.2001, E:1999/4088, K:2001/2336, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 330.
72 Dan. 10.D., 13.10.1999, E:1997/2731, K:2001/4835, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 340.
73 Dan. 10.D., 16.11.1999, E:1997/4841, K:1999/6049, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 343.
74 Dan. 10.D., 1.2.1996, E:1994/7433, K:1996/318, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 350.
75 Dan. 10.D., 6.11.1996, E:1995/6169, K:1996/7126, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 355.
76 Dan. 10.D., 12.4.2001, E:1999/1315, K:2001/1315, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 315.
77 Dan. 10.D., 10.10.1996, E:1995/934, K:1996/5933, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 359.
78 HANCI, a.g.e., s. 92.
79 ERDEMİR, a.g.e., s. 213.

Sır saklama yükümlülüğü anlamında sır, açıklanmamasında hastanın menfaati bulunan her şeydir. Neyin sır olduğu ve neyin sır olmadığı belirlenirken ortalama bir hasta tipi değil, müşahhas hasta esas alınmalıdır. Sır saklama yükümlülüğü, kural olarak üçüncü şahıslara karşı geçerlidir. Hekim, diğer hekimlere ve hasta yakınlarına, tedavinin gereği zorunlu kılmadıkça sır sayılan hususları açıklamamalıdır. Bilimsel tebliğlerde de hastanın kimliği saklı tutulmalıdır[80].

Türk Ceza Kanunu, Borçlar Kanunu, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Hasta Hakları Yönetmeliği ve alt hukuki düzenlemeler, hekim ve diğer sağlık personelinin meslek ve sanatlarının uygulanması nedeniyle öğrendikleri sırları kanuni bir zorunluluk olmadığı müddetçe ifşa edemeyeceklerini hüküm altına almıştır. Danıştay bir kararında, aşçı olarak çalışan kişinin AİDS hastası olduğuna ilişkin bilginin basına verilmesini sağlık hizmet kusuru sayarak meydana gelen maddi ve manevi zararın idarece tazmininin zorunlu olduğuna hükmetmiştir[81].

Hastanın gizlilik hakkının[82] bir sonucu olarak karşımıza çıkan sır saklama yükümlülüğü sınırsız değildir. Toplum yararının bireyin yararından üstün kabul edildiği[83] aşağıda sayılan hallerde, sırrın saklanması zorunluluğu kısmen veya tamamen aranmayabilmektedir[84].

Halk sağlığı için tehlikeli olan bir bulaşıcı hastalığı öğrenen sağlık personelinin durumu yetkili yerlere bildirmesi, bu yükümlülüğün istisnasını oluşturmaktadır. 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanununa göre; kolera, veba, lekeli humma, karahumma, çiçek, difteri, sıtma gibi bulaşıcı hastalıklarla zührevi hastalıkların varlığına vakıf olan hekim ve diğer sağlık personelinin, durumu Yasada belirlenen makamlara hemen iletmesi bir zorunluluk olarak öngörülmüştür[85].

Hastanın, sırrın açıklanması konusunda onay vermesi hali bu yükümlülüğün bir diğer istisnasını oluşturmaktadır. Türk Tabipleri Birliği Hekimlik Meslek Etiği Kurallarında hastanın onam vermesi halinde sırrın açıklanabileceği düzenlenmektedir. Ancak üzerinde durulması gereken husus hastanın izin verdiği sınırlar çerçevesinde sırrın açıklanmasıdır. Açıklamanın kapsamı, onamı aşması halinde de bu yükümlülüğün ihlal edildiğinin kabulü gerekmektedir.

Sırrın saklanması yükümlülüğünün bir diğer istisnası ise, mahkemelerin bilgi istemesi, tanıklık yapılmasını zorunlu koşması veya adli soruşturma yapılması halinde söz konusu olacaktır.

Genel olarak kamu sağlığı söz konusu olmamakla birlikte hasta ya da öteki insanların yaşamının tehlikeye sokulması veyahut üstün bir hakkın varlığı halinde de sır saklama yükümlülüğüne uyulması zorunluluğu bulunmamaktadır.

80 YILMAZ, a.g.e., s. 44.
81 Dan. 10.D., 31.1.1996, E:1994/5314, K:1996/294, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 351.
82 HIZAL, a.g.t., s. 53.
83 ERDEMİR, a.g.e., s. 216.
84 Daha fazla bilgi için bkz. HANCI, a.g.e., s. 94-96; HIZAL, a.g.t., s. 55-56; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 263-264.
85 HATIRNAZ, a.g.e., s. 80.

b. Tıbbi Uygulama Hatalarının Tespiti

Tıbbi bilimlerin sürekli gelişme halinde olması ve bu alanda görülen nitelikli uzmanlaşma tıbbi uygulama hatalarının ortaya konulmasını güçleştirmektedir. Tıbbi uygulama hatası olgularını ortaya koymak teknik ve özel bilgiyi gerektirdiğinden bu durumlarda bilirkişi görüşüne başvurulması bir zorunluluktur[86]. Bilirkişi, özel bilgi ve tekniğe sahip, kendi dalında uzman, uyuşmazlık bulunan konuda bilgi ve görüşüne başvurulan kişidir[87]. Bilirkişi incelemesine, çözümü yargıç tarafından bilinmeyen özel ve teknik bilginin gerekli olduğu durumlarda başvurulduğundan, yargıç bilgisinin yetersiz olduğu durumlarda bilirkişiden yardım alır[88]. Yargıç, özel ve teknik bilginin zorunlu olduğu durumlarda bilirkişi incelemesi yaptırma zorunluluğu bulunmaktadır.

Tıbbi uygulama hatalarında bilirkişi ya da bilirkişilerin seçiminde çok dikkatli davranılması gerekmektedir. Bilirkişiye başvururken yargıç tarafından hangi hususların araştırılmasının istendiğinin bilirkişiye bildirilmesi gerekir. Örneğin atardamar ile ilgili bir uygulama sırasında meydana gelen ölüm olayında, müdahalenin çağdaş klinik uygulamalara uygunluğu, hastanın tedaviyi kabul edebilecek durumda olup olmadığı, karşıt uygulamaların denenmesi halinde olabilecek durumların gözetilmesinin gerektiği gibi[89].

Bilirkişilik özel ve teknik bilgiyi gerektirdiği için herkes bilirkişi olamayacağı gibi bilirkişi olmaya da zorlanamaz. Buna göre, bilirkişilik yapmak bir zorunluluk değildir. Ancak, resmi bilirkişilik yapanların, kamu görevi olarak kabul edilen bilirkişiliği yapmaları zorunludur. Bunun yanında, bilirkişi olarak bilgisine başvurulan hususu bilmeden sanatını icra etmesi olanağı bulunmayan hekim gibi kişiler de, bilirkişilik yapmaları zorunluluğu bulunmaktadır[90].

Sağlık hizmetinin sunumu sırasında meydana gelen tıbbi uygulama hataları konusunda resmi bilirkişilik yapan kurumlar Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumudur. Tıbbi uygulama hataları konusunda bilirkişilik yapabilecek resmi kurumlara uyuşmazlığın çözümlenmesi konusunda başvurmak zorunluluğu bulunmamakla birlikte, bu yerlerden görüş alınmadan diğer bilirkişilere başvurulamayacağı Danıştay kararları ile sabit hale gelmiştir[91].

II. Zarar

Hukuki sorumluluğu saptanan idareye yargı yerlerince yüklenen ödev[92] olarak tanımlanan tazmin borcunun doğabilmesi için verilen sağlık hizmeti

86 POLAT, a.g.e., s. 293.
87 HIZAL, a.g.t., s. 83.
88 GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 509.
89 Zuhal Bereket BAŞ, **Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Sempozyum, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, Ankara, 2003, s. 79.
90 GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., s. 510.
91 Dan. 10.D., 11.10.2000, E:1998/1198, K:2000/5132; 26.9.1996, E:1995/6506, K:1996/5487; 23.10.1995, E:1994/1725, K:1995/4827; 29.12.1999, E:1997/6600, K:1999/7409, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 317.
92 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 441; ARMAĞAN, a.g.e., s. 187; ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 333.

neticesinde bir zararın meydana gelmiş olması gerekmektedir[93]. Hiç kimsenin ödemek zorunda olmadığı bir miktar için, ödemede bulunmaya zorlanamayacağı ilkesi[94] gereği tazminat sorumluluğunun oluşabilmesi için ortada zarar doğurucu bir tutum ve davranışın bulunması gerekmektedir[95].

A.Zarar Kavramının Tanımı, Şartları ve Özellikleri

Bu bölümde, genel olarak zarar kavramının, zarardan bahsedebilmek için aranan şartların ve zararın özelliklerinin ne olduğu sorularının cevabı yer alacaktır.

1. Zarar Kavramı

Pozitif hukukta idarenin, faaliyetleri sonucu kişilere verdiği zararlardan sorumlu olduğuna ilişkin maddi ve şekli anayasal ve yasal hükümler olmasına rağmen anılan düzenlemelerde zarar kavramı tanımlanmamış olmakla kavramın içeriğini doldurmak öğreti ve yargı mercilerine bırakılmış bulunmaktadır[96].

Türk hukukunda zarar kavramı; bir kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilme olarak ifade edilen maddi zararı ifade etmek için dar anlamda[97] ve malvarlığında meydana gelen eksilmenin yanında şahıs varlığında da meydana gelen eksilme olarak manevi zararı da ifade etmek için geniş anlamda kullanılmaktadır[98]. İdare hukukunda geniş olarak tanımlanan zarar, kişinin maddi ve manevi varlığında istemsiz olarak ortaya çıkan kayıp ve eksiklikleri ifade etmek için kullanılmaktadır[99]. Buna göre idarenin sağlık hizmetinden kaynaklanan eylem ve işlemler; mal ve şahıs varlıklarında irade dışı azalma meydana getirmesi halinde zararın oluştuğunun kabulü gerekmektedir.

İdari eylem veya işlem nedeniyle mağdur olan kişinin uğradığı her ziyan, her hasar, kısaca her mağduriyet sorumluluk hukukunda yer alan zararı oluşturmaz.

93 ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 333; GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 346;GÜNDAY, a.g.e., s. 335; ATAY- ODABAŞI-GÖKCAN, a.g.e., s. 149; Gürsel KAPLAN, İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, **AYİM D.**, S. 19, Ankara, 2004, s. 184; KARAEGE, a.g.t., s. 62; HIZAL, a.g.t., s. 80; HANCI, a.g.e., s. 117; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 323; OYTAN, a.g.e., s. 2.

94 ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 149, "...Söz konusu ilkenin kapsamına özel hukuk kişileri gibi kamu hukuku kişileri de girer ve ilkenin kamu düzenine ilişkin olma özelliği bulunmaktadır. Bu ilkeden zararın ve illiyet bağının bulunmadığı durumlarda kişinin zararı tazmin yükümlüsü olmaya mahkum edilemeyeceği sonucunun yanında; zarar doğurucu eylemi tazmin etmesi için kendisine başvurulan kişinin borçlu niteliğindeki kişi olması gerekmediği sonucu da çıkmaktadır. Başka bir ifadeyle, sorumluluk için sorumlu tutulan kişinin fiil ve davranışı dışındaki sebepler dolayısıyla da sorumlu tutulması mümkündür. Hiç kuşkusuz dava sırasında yargıç ilkeye ilişkin şartların bulunup bulunmadığını davacı öne sürmemiş olsa bile resen araştırmak zorundadır...".

95 GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 346; YILMAZ, a.g.e., s. 65.

96 Gürsel KAPLAN, **Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993, s. 3-4.

97 İNAN, a.g.m., s. 29; Kenan TUNÇOMAĞ, **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler**, C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965, s. 269.

98 Haluk TANDOĞAN, **Türk Mes'uliyet Hukuku**, AÜHFY, No: 159, Ankara, 1961, s. 163 vd.; Fikret EREN, **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, C.2, Beta Yayınları, 2001, s. 488; YILMAZ, a.g.e., s. 65..

99 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 441; Selahattin Sulhi TEKİNAY, **Borçlar Hukuku**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971, s. 386.

Mağduriyet kavram olarak zarar kavramını içine alan daha geniş ve teknik olarak hukuki sonucu olmayan bir kavramdır. Daha özet bir ifadeyle, mağduriyet zararı her zaman gerektirmemektedir[100].

2. Zararın Şartları

Zarar kişinin mal ve şahıs varlıklarında irade dışı meydana gelen kayıp ya da eksilme olarak ifade edildiğinden zararın şartlarını maddi ve manevi zarar açısından ayrı ayrı irdelemek gerekmektedir.

a. Maddi Zarar

Bir kimsenin iradesi dışında mal varlığında meydana gelen eksilme maddi zarar olarak ifade edildiğinden bu zararın meydana gelebilmesi için; mal varlığı, bu varlıkta eksilme ve eksilmenin irade dışı olması gibi üç temel unsurun bir arada oluşması gerekmektedir[101].

Maddi zarara esas olan mal varlığı; ekonomik bir değer arz eden ve para ile ölçülebilen değerlerden oluşan aktif ile borç ve mükellefiyetlerden oluşan pasif değerlerin bütününü ifade etmektedir[102]. Sorumluluk hukukunda mal varlığı kavramı geniş bir şekilde kullanılmaktadır. Taşınır ve taşınmaz üzerindeki ayni haklar yani mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, gayri maddi mallar üzerindeki haklar yani fikri ve sınaî haklar malvarlığının en önemli unsurlarını oluşturur. Ayrıca zarar görenin ekonomik geleceği yani çalışma faaliyetleri ile gelecekte elde edeceği gelir ve kazanç ihtimali de mal varlığını oluşturan değerler arasında yer alır. Kişilik hakkı ve hakkı oluşturan hukuki değerler ilke olarak mal varlının kapsamına girmemektedirler. Bununla birlikte kişiliği oluşturan vücut bütünlüğü, sağlık, şeref, ekonomik itibar gibi hukuki değerler bazen mal varlığını etkileyebilir. Başka bir ifade ile bu değerlerin ihlali zarar görenin mal varlığı üzerinde ekonomik yönden olumsuz etki ve sonuçlar doğurabilirler. Mesela vücut bütünlüğü niteliği itibariyle kişilik hakları içinde yer alan bir şahıs varlığı değeri olmakla beraber, vücut bütünlüğünün ihlali zarar görenin belirli bir süre çalışmasına engel olmuş, tedavi ve diğer giderlere yol açmış ve nihayet çalışma gücünün belirli bir oranda sürekli olarak kaybına neden olmuşsa mal varlığını ekonomik yönden olumsuz etkilemiş olur. Bu anlamda, şahıs varlığı değerleri mal varlığı kavramı içinde yer alır. Buna karşılık, kişilik haklarını ihlal, aynı zamanda mal varlığını ihlal etmiyorsa, bir zarara neden olmayacağından mal varlığı kavramı içinde yer almazlar. Bu takdirde zarar görenin şahıs varlığında bir azalma söz konusu olur ki, bu da manevi zararı oluşturur[103].

100 GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 1177.

101 KAPLAN, a.g.t., s. 9.

102 TANDOĞAN, a.g.e., s. 63; EREN, a.g.e., C.2, s. 200; Sait GÜRAN, **Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması,** Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 12-13Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 153; TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 269; Dan. 10.D., 23.10.1996, 5056/6395, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 205.

103 EREN, a.g.e., C.2, s. 488.

Mal varlığındaki eksilme olarak ifade edilen maddi zararın ikinci unsuru, aktif değerlerden birisinin yok olması, ekonomik değerinde azalma meydana gelmesi, kazançtan yoksun kalınması ya da borç ve sorumluluk olarak ifade edilen pasif değerlerde artış olması şeklinde kendini ortaya koymaktadır. Buna göre maddi zarar denilince ilk olarak, parasal bir değeri olan malın zarar görmesi, tahrip olması ya da değerindeki düşüş veya onun üzerindeki kullanma veya tasarruf yetkisinde meydana gelen kısıntı anlaşılır. İkinci olarak, mesleki olsun veya olmasın bir etkinlikten kaynaklanan gelirden mahrumiyet ve nihayet harcamalarda meydana gelen artışlar da maddi zarar niteliğindedir[104].

Maddi zararın son unsuru ise, mal varlığının malikin rızası dışında eksilmesidir. Zarar görenin mal varlığında meydana gelen eksilme onun iradesi dışında meydana gelmelidir. İrade dışındaki eksilme ya zarar görenin rızası hilafına ya da rızası olmaksızın meydana gelmelidir[105]. Zarar görenin rızası ile meydana gelen azalma devir, tüketme veya masraf sayılacağından zarar olarak kabul edilemez.

b. Manevi Zarar

Bir kimsenin duygularını, şahsiyetini ve itibarını etkileyen zararlara manevi zarar denmektedir. Manevi zarar, para ile tam bir karşılığı tespit edilememekle birlikte tazmini para ile gerçekleştirilen zarardır[106].

Manevi zarar için yapılan ödemede amaç, maruz kalınan olay ve durum dolayısıyla hayat şartlarında kişilerin karşılaştıkları karmaşanın belirli bir ölçüde de olsa giderilmesi ve normale dönmesine yardımcı olunmasıdır. Ödenen tazminat tabiri caiz ise, zarara uğrayan kimsenin belleğinde yaşanan olayların etki ve izlerini silmek veya yoğunluğunun azaltılmasını sağlamaktadır. Hatalı enjeksiyon nedeniyle cerrahi bir müdahale ile kolu kesilen hasta örneğinde olduğu gibi ödenen tazminat miktarı ne olursa olsun uğranılan zararın tam karşılığı hiçbir zaman olamayacaktır[107]. Kısaca ifade edecek olursak manevi tazminat, manevi değerlerinde bir eksilme meydana gelen, duyduğu acı, üzüntü ve sarsıntı nedeniyle yaşama zevki azalan kişiye bir miktar para verilerek onun bu yoldan tatmin edilmesi sağlanmaktadır[108].

Manevi zararın oluşabilmesi için aranan ikinci şart, şahsiyet haklarının, yapılan saldırı sonrasında eksilmesidir. Kişilik değerlerine yapılan saldırı objektif olarak bir eksilmeyi ifade eder. Hukuka aykırı bir saldırı sonucunda şahıs varlığında objektif olarak meydana gelen eksilmeyi manevi zarar olarak nitelendiren bu teoriye objektif teori denilmektedir. Buna karşılık doktrinde savunulan hâkim görüşe göre, manevi zararın tazmin edilebilmesi için kişilik

104 ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 156.
105 EREN, a.g.e., C.2, s. 489; TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 270.
106 TEKİNAY, a.g.e., s. 438.
107 ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 159.
108 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 450; TANDOĞAN, a.g.e., s. 330; Sıddık Sami ONAR, **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966, s. 1716.

hakkının ve değerlerinin haksız bir saldırıya uğraması yeterli değildir. Objektif unsurun yanında bir de zarar görenin ihlal sonucunda kişiliğinde veya manevi varlığında eksilme yaşanması veya acı, elem ve ıstırap duyması gerekliliğini arayan sübjektif unsurun varlığı aranır. Bu teoriye göre, zarar gören şahıs varlığına yapılan saldırı sonucu yaşama zevk ve sevincinde bir eksilme hissetmesi, huzur, rahatlık ve mutluluk duygularında azalma olması ile iç dengesinin sarsılması bir gerekliliktir[109]. Sübjektif unsurun oluşup oluşmadığının tespiti somut olayda zor olması nedeniyle objektif unsurunun tek başına manevi zararın varlığı için yeterli görülmesi isabetli olacaktır.

Manevi zararın doğabilmesi için aranan son şart, şahıs varlığındaki azalmanın irade dışı oluşmasıdır.

3. Zararın Nitelikleri

İdarenin diğer faaliyet alanlarında olduğu gibi sağlık hizmetlerinden kaynaklanan zararın tazmin edilebilmesi için zararın bir takım şartları ihtiva etmesi gerekmektedir.

a. Zararın Gerçek ve Kesin Olması

Tazmin borcunun doğması için zararın mevcut olduğunun iddia edilmesi yeterli değildir. Zararın mevcut, gerçek, kesin ve mağdurun fiilen zarara uğramış bulunması gerekmektedir[110]. Muhtemel ve tesadüfî bir zarar tazmin borcu doğurmaz[111]. Bununla birlikte, zararın fiilen mevcut olması şart olmadığından ileride meydana gelecek, fakat meydana gelmesi kesin ve para ile değerlendirilmesi mümkün olan bir zararın da muhakkak ve malum bir zarar sayılarak tazmin borcunu doğurabileceği kabul edilmektedir[112]. Örneğin tıbbi bir hata sonucunda sakat doğan çocuğun daha sonraki sosyal ve iş hayatındaki performans düşüklüğü nedeniyle gelecekte doğacak zarar kesindir[113]. Meydana gelmeyen, zan ve tahmine dayalı, doğmamış ve meydana gelmesi beklenen zararın tazmine konu olması mümkün bulunmamaktadır[114].

Manevi tazminatta gerçek zarar, halen gerçekleşmiş ve ileride devam edecek manevi zararı içermekle birlikte hem zararın miktarı, hem de rakam olarak tazminata çevrilmesi bakımından kesinlik arz edemeyen, ölçülemeyen, somutlaştırılamayan bir nitelik taşımaktadır. Zaten bu nedenle manevi tazminat miktarı takdiren hesaplanmaktadır[115].

---

109 EREN, a.g.e., C.2, s. 499.

110 Dan. 10.D., 16.6.1997, E:1996/3003, K:1997/2398, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 348.

111 Mehmet ÜNLÜÇAY, İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu, **Danıştay Dergisi**, S. 94, Ankara, 1998, s. 6.

112 ONAR, a.g.e., C.III, s. 1716; GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 348.

113 ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 151.

114 GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 348; Dan. 10.D., 24.10.1995, E:1994/1089, K:1996/4850, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 363.

115 GÜRAN, a.g.e., s. 157.

b. Zararın Özel Olması

Tazmin borcunun doğumunda bir diğer şart da, zararın özel niteliği haiz olmasıdır. Çünkü idari işlem ve eylemlerin kapsamı ve tesir alanı çok geniş olabilir. Bunlar bazen cemiyet üzerinde tesirlerini gösterirler, bunlara külfetler yüklerler, tehditler husule getirirler[116].

Zararın gerçekleşmiş ve kesin olması yalnız başına tanzim borcunu doğurmaya yetmez. İdare hukuku yönünden zarar özel bir nitelik taşımadığı müddetçe sorumluluktan söz etme olanağı bulunmamaktadır. Herkesi içine alan bir kamu külfeti biçiminde ortaya çıkan genel nitelikteki zararlardan dolayı idare tüzel kişiliği sorumlu tutulamaz[117].

c. Zararın Meşru Bir Menfaate Yönelmesi

Hiç kimsenin, başkasının mal varlığına veya mal varlığı dışındaki haklarına dokunan bir zarardan ötürü tazminat isteme hakkına sahip olmaması nedeniyle zararın, tazminat isteyen kişinin hukukça korunan hak ve çıkarlarına ilişkin bulunması gerekir[118]. Başka bir ifade ile zararın giderilmesini isteyen kişinin hukukça korunan meşru bir hak ve çıkara sahip bulunması gerekmektedir[119].

d. Zararın Para İle Takdir Edilebilmesi

Zararın para ile takdir edilebilecek ve ölçülebilecek türden olması gerekmektedir. İdare hukukunun niteliği gereği aynen tazmin söz konusu olmadığından eşdeğer olarak kabul edilen nakden tazmin ilkesi uyarınca tazmin edilmesi istenen zararın para ile ölçülebilmesi gerekmektedir[120].

Zararın para ile takdir edilmesi gerektiğine ilişkin şart manevi zararların tazmin borcu doğurup doğurmayacağı konusunda uzun süren tartışmalara neden olmuş[121] ise de, başka türlü tazmin yollarının bulunamayışı manevi tazminatın parasal olarak takdirini zorunlu kılmıştır[122].

116 ONAR, a.g.e., C.III, s. 1718.

117 GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 350; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1718.

118 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 214.

119 ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 154.

120 GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 1189.

121 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 214.

122 ONAR, a.g.e., C.III, s. 1718, "Manevi zarar patrimuan dışı haklara mesela şahsa bağlı haklara, isim hakkına, şeref ve haysiyete, bir müellifin manevi mahiyetteki haklarına, cismani ve ruhi varlığa karşı iras edilen zararlardır. Bunların tazmin borcuna esas olup olamayacağı böylece bir borç doğurup doğurmayacağı doktrin ve içtihat sahasında tereddüde mucip olmuştur. İdare hukuku sahasında bir zamanlar bu nevi zararların para ile takdir ve tahmilini kabil olamayacağı ve bu itibarla tazmin borcunu meydana getiremeyeceği kabul edilmişti. Bu gün idare hukuku doktrin ve içtihatlarında bu görüş değişmiş bulunmaktadır. Bir defa bu nevi zararlar iki şekilde görülür; bunların bir kısmı maddi ve para ile takdir ve tahmini kabil bir zararla birlikte meydana gelir; yani maddi bir zararın manevi sahada in'ikası şeklinde görünür: güzelliğe, estetik hususiyetlere tesir eden cismani zararlar; itibar üzerine in'ikas eden şeref ve haysiyete karşı işlenen fiiller bu birinci kapsama girerler. Bunlar bir çok defalar patrimuan üzerine de doğrudan doğruya tesir ederler: bir aile reisinin ölümü veya sakatlanmasını intaç eden bir fiil bir taraftan menfaate ve geçim üzerine tesir edeceği ve mağdurun patrimuanında bir azalma husule getireceği gibi bu aile reisine karşı duyulan sevgi üzerine de tesir eder.... Bu gibi fiillerden doğan zararların tazmin borcuna esas olacağı bugün doktrin ve içtihatça tamamen kabul edilmiş bulunmaktadır. Şeref ve haysiyet dolayısıyla itibara, cismani ve estetik ıstıraplara ve kayıplar

B. Zararın Kapsamı

Genel olarak zararın tanımı, şartları ve niteliklerini ele aldıktan sonra maddi ve manevi zararların kapsamını ayrıntılı olarak incelemeye başlayabiliriz.

1. Maddi Zararın Kapsamı

Kişinin mal varlığında irade dışı meydana gelen azalma ve çoğalma olanağından yoksunluk olarak ifade edilen[123] maddi zararın neler olduğu konusunda idare hukukuyla ilgili yasalarda bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle özel hukuk hükümlerinden yararlanarak maddi zararın içeriği tespit edilmeye çalışılmaktadır[124].

Maddi zarar; ölüm nedeniyle oluşan zarar, cismani zarar ve mala ilişkin zarar olmak üzere üç temel unsurdan oluşmaktadır.

a. Ölüm Nedeniyle Oluşan Maddi Zarar

Ölüm nedeniyle oluşan maddi zararlar; ölümden önceki tedavi giderleri, cenaze ve defin giderleri ile ölenin yardımından yoksunluk olmak üzere üç başlık altında değerlendirilmektedir.

i. Ölümden Önceki Tedavi Giderleri

Ölüm hemen meydana gelmemişse tedavi amacıyla bazı giderlerin yapılması gerekmektedir. Gerçekten durum ne denli olumsuz olursa olsun bir insanın tedavisiz bırakılması düşünülemez. Bu gider kişinin kendisi tarafından yapılacağından, onun mal varlığında bir eksilmeye yol açacaktır. Dolayısıyla ölümden sonra bu mal varlığına sahip olanların yani mirasçıların anılan giderleri tazminat olarak ölüme kusurlu eylemi nedeniyle sebep olan idareden isteme hakları vardır[125]. Sağlık hizmetleri sunumu nedeniyle meydana gelen haksız ölümden önce ölenin yaptığı tedavi giderlerinin bir sosyal güvenlik kurumu tarafından karşılanmış olması halinde mirasçılar tarafından talep edilebilecek bir zararın bulunmadığı açıktır[126]. Kamu sosyal güvenlik kurumları için durum böyle olsa da, özel hukuk tüzel kişisi olarak faaliyette bulunan sigorta şirketleri tarafından karşılanan tedavi giderleri ise, idareden talep edilebileceğinin kabulü gerekir.

---

dolayısıyla çalışmağa ve kazanca tesir eden zararlar hem maddi ve hem de manevi bakımdan tazminata esas teşkil etmektedir. Yani bu nevi manevi zararlar tazmin borcuna da esas olacaktır.... Buna mukabil patrimuan üzerinde doğrudan doğruya ve dolayısiyle hiçbir tesiri olmayan, sadece manevi bir elem ve ıstırabı, acı doğuran zararların tazmin borcuna esas olamayacağı Fransız Devlet Şurası tarafından kabul edilmektedir. Fransız Temyiz Mahkemesi ise bu gibi hallerde manevi zararı kabul etmektedir. Bununla beraber Fransız Devlet Şurası da bazı kararlarında manevi tazminatı sembolik bir mahiyette yani ufak bir meblağ olarak kabul etmektedir. bu suretle Devlet Şurası fiilin bir elem ve manevi zarar husule getirdiğini kabul etmekte ve fakat aynı zamanda manevi bir ıstırabın para ile ölçülemeyeceğini ancak idarenin fiilinin haksız bulunduğunu göstermektedir.".

123 YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 107.

124 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 441.

125 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 442; ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 338; KAPLAN, a.g.t., s. 36; KARAEGE, a.g.t., s. 83.

126 Dan. 10.D., 14.11.1996, E:1995/3626, K:1996/7545, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 765.

ii. Cenaze ve Defin Giderleri

Cenaze ve defin giderleri cenazenin taşınması, yıkatılması, defnedilmesi, mezar satın alınması, dinsel tören yapılması gibi işler için yapılan giderlerden oluşmaktadır. Ayrıca yerel törelere göre yapılması gereken bazı giderler de bu kapsamda sayılmaktadır[127]. Cenaze ve defin giderleri terekeden karşılanması gerekmektedir. Bu nedenle anılan giderleri maddi tazminat olarak isteme hakkının mirasçılara ait olduğu kabul edilir[128].

Ancak belirtmek gerekir ki, kamu sosyal güvenlik kurumlarınca karşılanan cenaze ve defin masraflarının zarar olarak kabul edilip mirasçılar tarafından ölüme kusurlu eylemiyle neden olan idareden istenmesine olanak bulunmamaktadır. Bununla birlikte özel sigorta şirketlerince karşılanan bu giderlerin anılan zararı karşılayan şirket tarafından ilgili idareden talep hakkı bulunmaktadır.

Üzerinde durulması gereken bir diğer husus cenaze ve defin giderinin ölenin sosyal ve ekonomik durumuna göre farklılık oluşturabileceğidir. Bu nedenle ölenin eşdeğer statüsüne göre makul ve kabul edilebilir olan masrafların idarece karşılanması gerektiğine şüphe bulunmamaktadır[129].

iii. Ölenin Yardımından Yoksunluk Zararı (Destekten Yoksun Kalma Tazminatı)

Ölüm nedeniyle ortaya çıkan zararların önemli bir bölümü ölenin desteği ile hayatlarını sürdüren kişilerin uğradığı zararlar oluşturmaktadır. İdare hukuku açısından ölenin desteğinden yoksun kalınması halinde destekten yoksun kalınma nedeniyle uğranılan zararların unsurlarının neler olacağı ve nasıl hesaplanacağı konularında her hangi bir düzenleme bulunmadığından Borçlar Kanununun 45. maddesinde yer alan; ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararını tanzim etmenin lazım geldiği hükmü uyarınca bu zararın kapsamının belirlenmeye çalışıldığı görülmektedir.

Ölen şahsın düzenli ve sürekli olarak desteklediği ve ileride desteklemesi kuvvetle muhtemel kimselere verilen desteğin kesilmesi nedeniyle ödenen bu tazminat ile desteği yitiren kişinin ölüm olayı nedeniyle sosyal ve ekonomik yaşam düzeyinde meydana gelebilecek gerilemeye engel olunmak hedeflenmektedir.

Fiilen yapılan yardım ve bakımların desteklenen kimseye kanuni ve akdi bir yükümlülük icabı yapılmış olmasının önemi bulunmamaktadır. Ortada hiçbir yükümlülük bulunmasa dahi herhangi bir düşünceyle yapılan yardım veya bakım destek olarak kabul edilmektedir. Destekte, bakılan şahsın aynı ailenin fertleri, kan hısımı veya mirasçısı olması şart değildir. Fiilen bakma şartının olması şartıyla bir dost veya bir hizmetçi desteklenen kimse olabilir. Ancak sürekli

127 KARAEGE, a.g.t., s. 83.
128 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 442.
129 TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 286.

ve düzenli yardımların ölümden sonra devam edileceğinin kabulü ile zarardan bahsedilebilir[130].

Yardımın sürekli ve düzenli sayılması için yardımın belirli aralıklarla yapılması şart olmamakla birlikte süreklilik arz etmesi gerekmektedir. Süreklilik göstermeyen hediye verme gibi yardımlar destek olarak kabul edilemez. Keyfi ve ne zaman yapılacağı belli olmayan bir yardımda destek olama unsuru bulunmamaktadır. Destekte bulunma olarak kabul edilen yardımların yardım yapılan kimsenin geçimini sağlayıcı veya geçimine katkıda bulunucu nitelikte olması gerekmektedir[131].

Destek çeşitli şekilde olabilmektedir. Desteği ortaya çıkış şeklini sınırlandırmak mümkün olmamakla birlikte aylık bağlamak, düzensiz fakat sürekli ayni veya nakdi yardımda bulunmak, yiyecek, giyecek veya konut ihtiyacını karşılamak, kronik rahatsızlığı olan hastaya ilaç temin etmek destek örnekleri arasında sayılabilir[132].

Destekten yoksun kalan kimsenin olağan hallerde destekten yoksun kaldığını kanıtlamasına gerek bulunmamaktadır. Buna göre, reşit olmayan küçüğün geçimini sağlayan babasının ölmesi üzerine destekten yoksunluk tazminatı talep ederken "destekten yoksun kaldığını" kanıtlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Zira olağan durumların kanıtlanması zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna rağmen destekleyen ile desteklenen arasında olağan bir birlikteliğin olmadığı hallerde ölüm sonrasında destekten yoksun kaldığının açılacak davada kanıtlanması gerektiği açıktır. Öğretmeni tarafından eğitim masrafları karşılanan öğrencinin, öğretmeninin ölmesi üzerine destekten yoksunluk tazminatı talep etmesi halinde, zarara uğradığını iddia edenin iddiasını kanıtlaması gerektiği ilkesi uyarınca yoksunluğun kanıtlaması gerekmektedir.

İdarenin kusurlu eylemi nedeniyle ölenin ana ve babasının[133], çocuklarının, hayattakalaneşinin[134]ileistisnaihallerdekardeşlerinin[135],nikâhsızeşinin[136]veevlilik dışı çocuğunun[137] destekten yoksun kaldığı kabul edilmektedir.

Destekten yoksun kalma tazminatının hesaplanması uzmanlık isteyen bir iş olduğundan, uygulamada bu hesabın bilirkişilerce yapıldığı görülmektedir. Destekten yoksun kalma zararı hesaplanırken; ölenin maddi durumu ve yaşı, tazminat isteyenin maddi durumu ve yaşı, ölen ile tazminat isteyen arasındaki

130 TEKİNAY, a.g.e., s. 412.

131 Kemal Tahir GÜRSOY, Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, **AÜHFD**, S.29, Ankara, 1972, No:1-2, s.146-47; ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 443.

132 TEKİNAY, a.g.e., s. 412.

133 Dan. 10.D., 1.2.1996, E:1994/7433, K:1996/318; 12.2.2001, E:1999/2173, K:2001/457 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 351,901 .

134 Dan. 10.D., 12.4.2001, 865/1361, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 229.

135 Dan.10.D., 17.1.2001, 1504/78, 25.1.2001, 2235/242, ATAY-ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 227-228

136 Dan. 10.D., 10.2.1998, 5784/594, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 232.

137 Dan. 10.D., 21.11.1997, 1997/5965, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 234.

yakınlı derecesi ve yapılan yardımın niteliği, süresi, hayata kalan eşin evlenme şansı ile ölüm olayında müterafik kusurun bulunup bulunmadığına dikkat edilmesi gerekmektedir[138].

b. Bedensel (Cismani) Zarar

Maddi tazminatı gerektiren nedenlerden biri de, kişinin beden bütünlüğünün (cismani tamamiyetinin) bozulmasıdır. Beden bütünlüğü yalnızca kişinin anatomik yapısını ilgilendiren bir kavram değildir. Beden bütünlüğünün bozulması denince bir organın kırılması, kopması, yaralanması veya herhangi bir şekilde işlevini yapamaz hale gelmesi kadar, korku nedeniyle erken doğum, korkuya dayalı kalp hastalığı, sinir bozukluğu, çirkinleşme gibi bozuklukları da anlamak gerekir[139].

Borçlar Kanunun 46. maddesinde, cismani zarar halinde istenebilecek zararın kapsamı ve niteliği düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre, cismani bir zarara duçar olan bir kimsenin külliyen veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten doğan zarar ve ziyan ile bütün masrafları isteyebilecektir. İdare hukukunda da geçerli olan bu hükme göre meydana gelebilecek zararların tazmini istenebilecektir. Ancak davalı idarece veya sosyal güvenlik kurumları tarafından karşılanan zararların zarar görene tazmini zenginleşme yasağı gereği olanaksızdır[140].

Genellikle sağlık raporları ile varlığı ortaya konulan[141] bedensel zararlar; tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması veya yok olması ile ekonomik gelişmenin zorlaşması alt başlıklarından oluşmaktadır.

i. Tedavi Giderleri

Zarar gören kişi, sağlığının geri gelmesi amacıyla yaptığı her türlü giderleri maddi tazminat olarak isteme hakkına sahiptir. Tedavi sonrasında iyileşme meydana gelmese bile iyi niyetli biçimde yapılan tedavi giderlerinin tazminen ödenmesi gerekir. Tedavi giderleri zarar görenin mal varlığından yapılacağına göre tazminat isteme hakkı da kural olarak ona aittir. Tazminat isteyenin yaptığı giderleri belgelendirmesi gerekmektedir[142]. Tedavi giderlerinin kapsamına; muayyene, ulaşım, ameliyat, hasta bakıcı tutma, ilaç, röntgen benzeri hizmet ve alımlar karşılığı yapılan harcamalar girmektedir[143].

Üzerinde durulması gereken son nokta, tedavi amacıyla yapılan tüm harcamaların maddi zarar kapsamına alınıp alınamayacağı ile ilgili hususdur. İdarenin kusurlu eylemiyle meydana gelen cismani zarar nedeniyle yapılan tüm tedavi giderlerinin değil de, makul ve olağan olarak uygulanan tedavilere ilişkin

138 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 446-447.
139 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 447.
140 Dan. 10.D., 11.11.1996, E:1995/2210, K:1996/7302, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 766.
141 Fethi ASLAN, **İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1991, s. 83.
142 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 448.
143 TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 283.

harcamalar ödenmelidir. Buna göre tıp bilimine olağan olarak uygulanan cerrahi müdahale nedeniyle yapılan giderlerin karşılanması gerekirken, henüz deneme aşamasında olmakla birlikte çare olup olamayacağı muamma olan son derece pahalı bir tedavi yöntemi için yapılan giderlerin bu kapsamda değerlendirilmesi kanaatimizce doğru olmayacaktır.

ii. Çalışma Gücünün Azalması veya Yok Olması

Cismani zarar en başta kişinin çalışma gücünü etkiler. Bedensel zarara uğrayan ya da uygulamadaki adı ile sakatlanan kişi çalışma gücünden kısmen ya da büsbütün yoksun kalabilir[144]. Bu yoksunluk sürekli bir nitelik taşıyabileceği gibi geçici de olabilir. Böylece çalışma gücü azalan veya yok olan kişi olaydan önceki işini, meslek ve sanatını bir süre ya da sürekli olarak yürütme olanağı bulamayacağından malvarlığında bir azalmaya, daha doğru bir ifade ile kazanç kaybına uğramış olur. Bedensel zararın etkisi belirli bir devreye ilişkin ise yani sakatlık geçici bir nitelik taşıyorsa zarar, zarar görenin iyileşme anına kadar çalışamamasından doğan kazanç kaybından ibarettir. Olay tarihi ile iyileşme tarihi arasında kişinin normal olarak elde edebileceği kazanç, uğradığı kaybı teşkil eder ve bu oranda tazminata hükmedilmesi gerekir[145].

Bedensel bütünlüğün bozulması, tazminata hükmedildiği tarihe kadar oluşan kazanç kayıpları ile ilerde elde edilecek kazanç kayıplarına neden olur. Çalışma gücündeki devamlı düşüklük halinde olayın bütün özellikleri göz önünde bulundurularak gelecekteki muhtemel zararın takdir edilmesi gerekmektedir[146]. Çalışma gücündeki azalma veya yok olma, bilhassa sürekli olduğu halde, özel ve teknik bir bilgiyi gerektirdiğinden bilirkişi yardımına ihtiyaç duyulmaktadır.

iii. Ekonomik Gelişmenin Zorlaşması

Vücut bütünlüğünün ihlali bazı hallerde çalışma gücüne olumsuz bir etkide bulunmamakla birlikte, zarar görenin ekonomik geleceğini sarsmak suretiyle menfi ekonomik sonuçlar ve maddi kayıplar doğurabilir. Vücut bütünlüğü ihlal edilen bir kişi çalışma gücünü tam olarak ihlal etmese bile iş piyasasında, mevcut ekonomik rekabette yeni bir iş bulmakta veya eski işini korumakta güçlük çekebilir ya da aynı işte çalışsa bile eskisine oranla daha çok emek sarf etmek, daha çok dikkat ve çaba harcamak zorunda kalabilir, hatta işten çıkarılarak işsiz bile kalabilir[147]. Bu durum güzelliğin bozulması halinde, özellikle dansöz, manken, otel işçisi gibi meslek sahiplerinde görülmektedir. Çirkinlik nedeniyle evlenme şansını yitiren bir kızın da ekonomik geleceğinin tehlikeye düşeceğine

144 TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 283.
145 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 448; TANDOĞAN, a.g.e., s. 285; Dan. 10.D., 31.1.1996, E:1994/5314, K:1996/294, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 351; Dan. 10.D., 24.1.2001, 1476/211, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 221.
146 TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 284.
147 EREN, a.g.e., C.2, s. 333.

kuşku bulunmamaktadır[148]. Ekonomik gelişmenin zorlaşması oranında idare tazmin sorumluluğu altına girecektir[149].

c. Mala İlişkin Zarar

Taşınır ve taşınmaz mallar üzerindeki mülkiyet hakkı ve sınırlı ayni haklar, nispi nitelik taşıyan alacak hakları, fikri ve sınaî haklarda oluşan mal varlığına verilen zararlarda maddi zararlar kapsamında değerlendirilerek tazminat davasına konu edilerek zarara neden olan idareden talep edilebilir. Ancak, bu tür zararlar konumuz olan sağlık hizmetinden kaynaklanan hizmet kusuru sonrasında meydana gelemeyeceğinden ayrıntısına girilmeyecektir.

2. Manevi Zararın Kapsamı

Manevi zarar, bir kişinin kişilik değerlerinde, şahıs varlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade eder. Bir kişinin kişiliğini, yani şahıs varlığını oluşturan hukuki değerlerin ihlali dolayısıyla uğramış olduğu objektif eksilme ve kayıplar manevi zararı meydana getirir[150].

Manevi zarar nedeniyle ödenecek tazminat, zarara uğrayanın zenginleşmesini sağlayacak oranda yüksek tutulamayacağı gibi, tazminat kurumunun amacına uygun olmayacak kadar düşük de tutulamaz[151].

Manevi tazminatla ilgili idare hukukuna ilişkin yasalarda bir düzenleme bulunmadığından özel hukukta var alan bu hukuksal kurum, çok bir değişikliğe uğramadan tam yargı davalarında da varlığını devam ettirmektedir. Yeni Türk Medeni Kanununun 24. ve 25. maddelerinde, hukuka aykırı olarak kişilik haklarına saldırılan kimsenin manevi tazminat isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Borçlar Kanununun 47. ve 49. maddelerinde de, bedensel zarara uğrayan veya kişilik haklarına hukuka aykırı bir şekilde saldırılan kişi ile ölenin ailesinin manevi zarar uğradığı hüküm altına alınmıştır[152]. Manevi zararlar; ölüm, bedensel bütünlüğün ihlali ve kişilik haklarının ihlali nedeniyle ortaya çıkmaktadır.

a. Ölüm Nedeniyle Manevi Zarar

Bir kimsenin ölümü, pek çok kişinin acı ve üzüntü duymasına ve ruhsal sarsıntıya uğramasına yol açabilir. Borçlar Kanununun 47. maddesi ölenin aile fertlerinin manevi zarara uğradığını hükme bağlamıştır. Ancak bu hüküm hem öğretide hem de uygulamada İsviçre Medeni Kanununun Almanca metninde yer aldığı şekli ile ölenin yakınları olarak anlaşılmaktadır. Aksi durum, yakınlık ve sevgi duyulanın ölmesi halinde meydana gelen acı ve kederin hafifletilmesi amacını güden manevi tazminat hukukunun felsefesine aykırılık oluşturacaktır[153].

148 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 449.
149 Dan. 10.D., 6.2.2003, 2001/3091, K:2003/476, DD., S. 1, 2003, s. 429.
150 EREN, a.g.e., C.2, s. 492; YILMAZ, a.g.e., s. 68.
151 Dan. 10.D., 2.5.1995, E:1994/985, K:1995/2355 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 1012.
152 K. Eren GÖNEN, **İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi**, Danıştay Dergisi, S. 108, Ankara, 2004, s. 26.
153 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 451.

Ölüm nedeniyle zarara uğradığından bahisle tazminat talep etmek için ölenle kendi arasında bir hısımlık, yakınlık veya ilişki bulunduğunu kanaat verici delillerle ortaya konulması gerekmektedir. Ölenin ana ve babası, kardeşi[154], eşi[155], çocuğu, büyükbabası ve anası, üvey anası, nikâhsız eşi gibi yakınlarının manevi zarara uğradığından bahisle lehlerinde manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir[156].

Ölüm nedeniyle meydana gelen manevi zararın hemen duyulmasına da gerek bulunmamaktadır. Zararın sonradan duyulması da manevi zararın tazmini için yeterlidir. Danıştay bir kararında, ölüm tarihinde küçük olan çocukların acıyı ölüm anında duymasa bile daha sonra ve hayat boyunca bu olayın ağırlığını hissedeceklerini ve dolayısıyla manevi acı duyacaklarından bahisle küçük ve evlilik dışı yaşayan eş[157] lehine de manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermişken, bir diğer kararında ölenin yeğeni ve kardeşleri lehine manevi tazminata hükmedilmeyeceğine karar vermiştir[158].

b. Bedensel Bütünlüğün İhlali Nedeniyle Manevi Zarar

Bedensel zarar sonucunda anatomik yapısı veya fiziksel görünüşü bozulan bir kişinin bu yüzden acı, üzüntü ve sarsıntı duyacağına, bazı ruhsal sıkıntılara uğrayacağına kuşku bulunmamaktadır. Bir organı kırılan, kopan, yaralanan veya önemli bir korku geçiren ya da yüzü ve bedeni çirkinleşen kişi güçsüzlük ve zillet duygularına kapılıp ruhsal dengesini yitirebilir. Manevi varlıktaki bu eksikliği karşılamak, hiç değilse bir ölçüde gidermek için manevi tazminat verilmesi gerekir[159].

Cismani zarar nedeniyle kural olarak tazmini gereken bir zarara kişinin kendisi uğramaktayken, zarara uğrayanın çok yakını olup manevi ıstırap duyan yakının da zarara uğradığının kabulü gerekmektedir[160]. Buna göre, kusurlu tıbbi müdahale sonucu eşinin çocuk yapma yeteneğinin yitirilmesi nedeniyle diğer eşin manevi ıstırap duyacağı tartışmadan uzaktır.

Kişinin temyiz kudretinden yoksunluk bağlamında medeni hakları kullanma ehliyetinden mahrum bulunması, manevi tazminata hükmedilmesine engel teşkil etmeyecektir[161].

c. Kişilik Haklarının İhlali Nedeniyle Manevi Zarar

Kişilik hakları, mutlak, kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilmez, vazgeçilmez, sınırlandırılması sıkı şartlara bağlı, doğrudan parayla değeri ölçülemeyen

154 Dan. 10.D., 9.11.1999, E:1997/4839, K:1999/5475, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 341.
155 Dan. 10.D., 14.6.2001, E:1999/4088, K:2001/2336, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 331.
156 ASLAN, a.g.t., s. 81.
157 Dan. 10.D., 4.10.1996, 970/5777, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 260.
158 Dan. 10.D., 30.3.1998, E:1997/5583, K:1998/1311, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 937.
159 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 452; Dan. 10.D., 14.3.2001, E:2000/5558, K:2001/791, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 327.
160 ASLAN, a.g.t., s. 82; Dan. 10.D., 14.6.2001, E:1999/2948, K:2001/2375, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 330.
161 ARMAĞAN, a.g.e., s. 227.

haklardır. Kişilik hakları pek çok manevi değeri içine alır. Özgürlük, namus, şeref, onur, anı, gibi değerlerle kişinin özel yaşamına ve aile yaşamına ilişkin sırlar, meslek sırrı, isim ve fotoğraflar üzerindeki haklar, ticari ve mesleki saygınlık ve tüm sosyal ve siyasal haklar bu alanda sayılır. Bunlardan birine yapılan saldırı nedeniyle önemli ölçüde üzüntü ve acı duyan, ruhsal sarsıntı geçiren kişiye bir tatmin aracı olarak manevi tazminat vermek gerekmektedir[162].

Kişilik haklarına yapılan tecavüz nedeniyle sadece saldırıya uğrayan zarar görmüş olmaktadır. Buna bağlı olarak sadece kişilik hakkına tecavüz edilen, tazminat talep edebilecektir. Nitekim Borçlar Kanununun 49. maddesi de, ancak şahsi hakkı tecavüze uğrayan kimsenin tazminat isteyebileceğini hükme bağlamıştır[163].

III. Zararın İdari Faaliyetten Kaynaklanması

Sağlık faaliyetlerinden kaynaklanan maddi ve manevi zararın idareye yüklenebilmesi, her şeyden önce bu zarara idarenin eylem veya işleminin neden olması gerekmektedir[164]. Bu bölümde genel olarak zarara neden olan faaliyetin idari olup olmaması irdelendikten sonra konunun kamu ve özel sağlık hizmetleri açısından farklılığı üzerinde durulacaktır.

A. Genel Olarak

Türk hukukunda idarenin sorumluluğu, idare adına faaliyette bulunan şahsın eylem ve işlemine değil, idarenin anonim eylem ve işlemine bağlandığından[165] idarenin sorumlu olabilmesi için her şeyden önce ortada bir idari faaliyet bulunmalıdır[166]. Zarar doğurucu faaliyetin idareye bağlanması, başka bir ifade ile tazmin borcunun meydana gelebilmesi için zararı doğuran tutum ve davranışın idare adına veya idare tarafından yapılmış olması gerekmektedir. Zarar doğurucu faaliyetin idareye bağlanması olası değilse, idarenin tazmin borcu oluşmaz. İdare dışındaki ve idare ile ilişkisi olmayan kişilerin verdikleri zararlar idareye bağlanamaz. Böyle olmakla birlikte kamu hizmetine gönüllü olarak da olsa katılanların verdikleri zararlar, idareye bağlanabilir[167].

İdarenin faaliyetleri sırasında gerek iradesi dışında gerçekleşen olaylar gerekse de bilerek yapmış olduğu maddi ve hatta hareketsiz kalması sonucu meydana gelen bir takım fiili durumlar olarak tanımlan[168] idari eylemler idarenin sağlık hizmetinden kaynaklanan sorumluluğunun temel kaynağıdır. İdare

162 ESİN, a.g.e., İkinci Kitap: Esas, s. 453; Dan. 10.D., 18.11.1999, E:1997/6413, K:1999/6174, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 342.

163 ASLAN, a.g.t., s. 84.

164 CANDAN, a.g.e., s. 160 .

165 Tahsin Bekir BALTA, Organların Hukuka Aykırı Eylem ve İşlemlerinden Dolayı Devletin Sorumluluğu, **Danıştay Dergisi**, S. 12-13, Ankara, 1974, Çev. Kazım Yenice, s. 105.

166 GÜNDAY, a.g.e., s. 334; İNAN, a.g.m., s. 30; YILMAZ, a.g.e., s. 91.

167 ARMAĞAN, a.g.e., s. 195.

168 Celal ERKUT, **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No:51, Anakara, 1990, s. 33.

tarafından gerçekleştirilen tüm eylemler, yapısal olarak maddi âlemde değişikler meydana getirirler. Sağlık hizmetinin sunulması amacıyla yapılan muayyene, ameliyat, enjeksiyon, acil hastaya süresinde müdahale etmeme, yanlış tedavi yöntemi uygulama hep birer idari eylemdir. İdari eylemde asıl olan idare adına tasarrufta bulunabilen, bu konuda yetkilendirilmiş kişilerce eylemin icra edilmiş olmasıdır. Bu nedenle örneğin hekimce görevi sırasında icra edilen sağlık faaliyetleri idari eylem olurken, mesela tatil yapmaktayken boğulmakta olan bir kişiye hayata döndürmek amacıyla müdahale etmesi idari eylem olmayacak, özel hukuk kapsamındaki hukuki fiil olacaktır.

Sağlık hizmetlerinde de hizmet kusurunun temel unsurunu idari eylemler oluşturmaktadır. Zira idari eylemler hizmet sunma sırasında idarenin başvurduğu temel argümandır. Buna karşılık, idari işlemler de hizmet kusurunun bir sebebi olabilmektedir. İdari işlem genelde kendisini koruyucu, teşhis ve tedavi edici ve rehabilite edici sağlık hizmetlerinden ziyade diğer sağlık hizmetlerinde zararın kaynağını oluşturmaktadır.

Sonuç olarak ifade etmek gerekir ki, faaliyetin idareye atfı ve isnat edilebilmesi sorumluluğun bir şartını teşkil eder[169], yani yönlendirme yeteneği sorumluluğun kendisi değildir. Buna paralel olarak faaliyet idareye yüklenmekle birlikte sorumluluğun diğer şartları oluşmamışsa tazmin borcunun doğmayacağı açıktır[170].

B. Kamu Tarafından verilen Sağlık Hizmetleri Açısından

Kumu idareleri ve kamu kurumları tarafından işletilen sağlık kuruluşlarındaki hizmetin kötü işlemesinden dolayı idarenin sorumlu olacağından kuşku bulunmamaktadır. Anayasanın 125. maddesinde yer alan idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararları ödemekle yükümlü olduğu hükmüne göre Sağlık Bakanlığı, Milli Savunma Bakanlığı, üniversiteler ve diğer idareler tarafından işletilen sağlık kurumlarında idarenin kendi ajanları ile verdiği hizmetten dolayı maddi veya manevi zarara uğrayanların zararlarını tazminat hükümleri çerçevesinde gidermek idarenin bir yükümlülüğüdür.

Kamu hastanelerine başvuran hasta ile kamu hastanesi ya da kamu personeli arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmamaktadır. Kamu hastanesinin, hastaya karşı sözleşme sorumluluğundan bahsedilemez. Hasta, kamu hizmetinden yararlanan kişi durumundadır. Bu nedenle, hastane dâhilinde sunulan sağlık hizmeti yüzünden meydana gelen zarar nedeniyle olayın özelliğine göre devlet veya ilgili kamu tüzel kişisi aleyhine idare hukuku esasları çerçevesinde tazminat davası açılır[171].

169 AYİM. 2.D., 17.12.2003, 2002/675, K:2003/916, AYİMD., S. 19, K.2, 2003, s. 1092.
170 ARMAĞAN, a.g.e., s. 195.
171 ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 185; Dan. 10.D., 16.5.2001, E:1999/1689, K:2001/1839, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 329 .

Sağlık kuruluşunun hangi kamu idaresi veya kamu kurumu tarafından işletileceği tazminat hükümleri açısından önemli değildir. Sorumlu olan idarenin bilinmesi sadece tazminat davasında davalının tespiti açısından önem arz etmektedir.

C. Özel Sağlık Hizmetleri Açısından

2219 sayılı Hususi Hastaneler Kanunu ile Özel Hastaneler Tüzüğü kamu idareleri ve kurumları tarafından sunulan sağlık hizmetleri dışında özel hukuk tüzel ve gerçek kişileri tarafından da sağlık hizmetinin verilebileceğini hüküm altına alınmıştır. Virtüel bir kamu hizmeti olarak adlandırılabilecek sağlık hizmetinin özel kişiler eliyle yürütülebilmesi için Yasa ve Tüzükte ağır şartlar aranmıştır ki, ancak bu şartların varlığı halince sağlık hizmetinin sunulmasına izin verilecektir. Özel sağlık kuruluşlarının kuruluşu ile birlikte faaliyetine devam etmesi de idarenin gözetim ve denetimi altında mümkün olabilecektir.

Özel sağlık hizmeti, özel hukuk hükümleri çerçevesinde ele alınmaktadır. Bu nedenle, sağlık hizmetini alan hasta ile aralarında sözleşme ilişkisi kurulmaktadır. Dolayısıyla hastanın kusurlu hizmet sunulması nedeniyle meydana gelen zararı Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu çerçevesinde tazmin edilecektir. Bu bakımdan, maddi ve/veya manevi zarara uğradığını ileri süren hasta ya da yakınları tazminat istemiyle adli yargı mahkemelerinde dava açabileceklerdir[172].

Özel hukuk kişilerince verilen sağlık hizmetinden idarenin sorumlu tutulması söz konusu değildir. Kural özel sağlık hizmetlerinden idarenin sorumlu olmaması olmakla birlikte sağlık hizmetinin özelliği gereği idarenin özel sağlık kuruluşunun, mesela hastanenin kurulması ve işletilmesi aşamasında gerekli gözetim, denetim ve yaptırım uygulama görevini yapmaması nedeniyle zararın meydana gelmesi halinde idarenin sorumlu olamayacağının kabulü kolay olmayacaktır. Kanaatimizce zarar idarenin gözetim ve denetimini yapmamasından veya özellikle gözetim ve denetim sonucunda aykırılıkların bulunmasına rağmen gerekli tedbirlerin alınmamasından kaynaklanmakta ise, idarenin hizmet kusurunun bulunduğunun kabulü gerekmektedir. Bu anlamda, idarenin sorumluluğundan bahsedebilmek için, idarenin maddi veya manevi zararın doğabileceğini öngörmesi yeterli olacaktır. İşlev görmeyen tıbbi cihazların, insan sağlığını tehdit ettiği bilinen tıbbi uygulamaların, gerekli niteliklere sahip olmayan sağlık personelinin istihdam edildiğinin denetim sırasında tespit edilip kayıtlara geçirilmesine rağmen, tedbir alınmaması nedeniyle meydana gelen zararlardan idarenin de kusuru oranında sorumlu (müterafik kusur) olacağının kabulü yerinde olacaktır.

Bu anlamda üzerinde durulması gereken bir diğer husus idarenin gözetim ve denetimindeki kusurları nedeniyle zararın meydana gelmesinden dolayı idare sorumlu olsa bile bu sorumluluğun sağlık hizmeti sorumluluğu olmadığıdır. Zira özel sağlık hizmetinden dolayı idareye verilen gözetim ve denetim yetkisi bir

172 HANCI, a.g.e., s. 113 vd.; ÖZTÜRKLER, a.g.e., s. 177 vd.

sağlık hizmeti değildir. Bu nedenle, idarenin bu sorumluluğu genel tazminat sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir.

IV. İlliyet Bağı

Bu başlık altında sorumluluğun doğmasının zorunlu şartı olan illiyet bağı irdelenecektir.

A.Kavram

İlliyet bağı sorumluluğun ilk şartı ve tazminat hukukunun temel ilkesi olarak görülmesi nedeniyle, bu şart olmaksızın sorumluluğun varlığı kabul edilemez. İlliyet, zararla söz konusu davranış veya olay arasında bir sebep sonuç bağının bulunmasını gerektirir. Hukukta zararla sorumluluğun bağlandığı olay veya davranış arasındaki sebep sonuç ilişkisine illiyet bağı denmektedir[173]. Tazmin borcunun doğması için zararla fiil arasında bir illiyet rabıtasının bulunması, zararın o fiil sebebiyle oluşması, yani fiilin zararın illetini teşkil etmesi lazımdır[174].

B. Uygun İlliyet Bağı

Somut olayda, gerçekleşen türden bir sonucu olayların normal akışı ve hayat tecrübesine göre niteliği ve yönelişi itibariyle meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartlarla söz konusu sunuç arasında ki ilişkiye uygun illiyet bağı denilir[175]. Bu tanıma göre uygun illiyet bağından bahsedebilmek için hayatın olağan akışına göre eylemin zararı meydana getirebilecek nitelikte olması gerekir.

Olayların doğal akışına göre beklenilmeyen (olağanüstü) bir sonuç doğmuş ise, idarenin bu sonuçtan bütünü ile sorumlu tutulması doğru olmayacaktır[176]. Danıştay bir kararında, gerekli tüm tıbbi müdahale yapılmış olsa dahi görme yeteneğini yitirecek olan kişinin zararından idarenin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir.[177]. Hizmet kusuru ile zarar arasında uygun illiyet bağının varlığını arayan Danıştay'a göre, illiyet bağının varlığının ispatı zarar görene aittir[178]. Ancak ispat yükümlülüğü özel hukuktaki kadar katı değildir. Gerçekten idari sorumluluğun doğumu için sadece zararın idareden geldiğinin kanıtlanması gerekli olup çoğu kez davacının kanıt başlangıcı sayılacak ipuçlarını mahkemeye vermesi yeterli görülmektedir[179].

İdari faaliyet ile zarar arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının saptanması, teknik bir uzmanlık ve bilgi gerektirmekedir. İşte bu gibi hallerde

173 EREN, a.g.e., C.2, s. 533; YILMAZ, a.g.e., s. 70.
174 ONAR, a.g.e., C.III, s. 1723; TUNÇOMAĞ, a.g.e., C. I, s. 270.
175 EREN, a.g.e., C.2, s. 509; TEKİNAY, a.g.e., s. 393; CANDAN, a.g.e., s. 163.
176 ARMAĞAN, a.g.e., s. 197; Dan. 10.D., 25.1.2001, E:1998/3624, K:2001/246, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 321; AYİM. 2.D., 9.4.2003, 2001/678, K:2003/412, AD., S. 19, K.2, 2003, s. 1097.
177 Dan. 18.1.2001, E:1998/3370, K:2001/109, BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 319
178 YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 103.
179 İNAN, a.g.m., s. 31.

bilirkişi incelemesi yaptırmak suretiyle nedensellik bağının olup olmadığı saptanmalıdır[180].

C. Sağlık Personelinin İdare İle Birlikte Sorumluluğu

Anayasanın 40. maddesinin 2. fıkrasında, kişinin resmi görevliler tarafından vaki haksız işlemleri sonucu uğradığı zararların kanuna göre devletçe tazmin edileceği, devletin sorumlu olan ilgili görevliye rücu hakkının saklı olduğu, 129. maddesinin 5. fıkrasında ise, memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davalarının kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlarda ancak idare aleyhine açılabileceği hükme bağlanmıştır. Paralel bir düzenleme de 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda yer almaktadır. Anılan Kanununun 13. maddesinin 1. fıkrasında, kişilerin, kamu hukukuna tabi görevlerle ilgili olarak uğradıkları zararlardan ötürü, bu görevleri yerine getiren personel aleyhine değil ilgili kurum aleyhine dava açılacağı, kurumun genel hükümlere göre sorumlu personele rücu hakkının ise saklı olduğu kural altına alınmıştır[181].

Anayasanın 125. maddesinin son fıkrasında yer alan, idarenin kendi eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararları ödemekle yükümlü olduğuna ilişkin hüküm idarenin sorumluluğuna ilişkin genel bir düzenlemedir. Yukarıda anılan anayasa ve yasa maddeleri idarenin eylem ve işlemi ile birleşen kamu personelinin kusurlarının bulunması halinde de davaların idare mahkemesinde ve idare aleyhine açılacağı, ancak idarenin ödemek zorunda olduğu tazminat miktarından personelin sorumluluğu oranında kendisine rücu hakkının bulunduğu sonucu çıkmaktadır.

Kamu sağlık kuruluşlarında hizmetin görülmesi nedeniyle ortaya çıkan zarardan idare sorumlu olacaktır. Dolayısıyla kamu hastanelerinde çalışan sağlık personelinin verdikleri hizmetten bir zarar doğması halinde zararı gören kimse idarenin sorumluluğu yoluna gidecektir. Hizmet esasına dayanması halinde idare doğrudan sorumlu olacakken, idare ile kamu personelinin birlikte kusurlu olduğu yani hizmet kusuru ile şahsi kusurun birleştiği görev kusurunda ise kusuru oranında personeline rücu etme hakkına sahip olmakla birlikte yine idare sorumlu olacaktır[182]. Görüldüğü gibi kamu personelinin şahsi kusurundan idarenin sorumluluğu esası haricidir. Teminat sistemi[183] olarak da ifade edilen bu esas, zarar gören kişilerin hak kayıplarına uğramasını engellemek ve zararın olası tazmin edilememe ihtimalini bertaraf etmek amacıyla geliştirilmiştir.

D. Kişisel Kusur

Kişisel kusur kavramı, idare adına ve hesabına hareket eden bir ajan veya

180 GÜNDAY, a.g.e., s. 335.
181 SAVAŞ, a.g.e., s. 302.
182 BAŞGİL, a.g.e., s. 31-32; KARAEGE, a.g.t., s. 43.
183 KAPLAN, a.g.m., s. 189.

memurun idare işlevini yapması sırasında ve kamu hizmetinin yürütülmesi sebebiyle gerçekleştirdiği her hangi bir kusurlu fiil veya işlemin, idare tüzel kişiliğine yöneltilecek yerde, doğrudan doğruya ajanın şahsına bağlanması ve ilgilendirilmesi gerektiğini ifade eder[184]. Başka bir ifade ile hizmetle, görevle, kurumla, resmi kimlikle doğrudan ya da dolaylı olarak hiçbir ilgi ve irtibat olmadan ortaya çıkan kusura kişisel kusur denilmektedir[185]. Buna göre, kusurlu idari eylem veya işlem kamu görevlisinin ihtirasından, zayıflığından, özensizliğinden, siyasi düşüncesinden kaynaklanıyorsa şahsi kusurun varlığı kabul edilir. Kamu görevlilerinin kamu hizmetiyle ilgili olmayan kusurlu tutum ve davranışları hizmet kusurunu oluşturur[186]. Şahsi kusur halinde zararı doğuran fiilin işlenmesindeki kusur hiçbir suretle idareye bağlanmayacak[187] olur ve kolaylıkla kamu hizmetinden tefrik edilebilir[188].

Zarar veren fiil, bir hizmet kusuru neticesinde meydana gelmişse kamu görevlileri sorumlu olmayacak, hatta tazminata mahkûm edilmiş olsa bile idareye rücu edebileceği açıktır[189]. Kişisel kusur, kamu görevlilerinin haksız fiil esaslarına göre sorumluluğuna yol açar ve adli yargı yerlerinde aleyhlerine tazminat davaları açılır[190].

Armağan'a göre, kişisel kusur ayırımı, kişilere verilen zararlar açısından, büyük ölçüde önemini yitirmiştir. Bunda, Devlet Memurları Kanunun getirdiği düzenleme ile Uyuşmazlık Mahkemesinin yaklaşımı etkili olmuştur. Hizmet kusurunun kişisel kusur aleyhine alanını genişletme eğilim göstermesi bu ayırımın önemini azaltan sebeplerden bir diğeridir. Nitekim Danıştay'a göre, kişisel kusurun bulunması çoğu zaman idarenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır[191].

İdari eylem ve işlemlerdeki kusurun hizmet kusuru mu yoksa şahsi kusur mu olduğu ayırımını yapmak her zaman kolay olmadığı için, kişisel kusur tartışıla gelmiş bir hukuki mesele olmuştur[192]. Kamu görevlilerinin görevleri dışında ve resmi sıfatlarından kesin olarak ayrılmış kusur ve davranışları onların haksız fiil esaslarına göre sorumlu olmalarına neden olur[193]. Buna rağmen kamu görevlerinin resmi sıfatından ayrılmayan görevini ifa ederken işlediği kusurların hizmet kusuru olup olmadığını tespiti daha karmaşıktır. Fakat genel kabul gören tasnife

184 RMAĞAN, a.g.e., s. 97.

185 Sait GÜRAN, **İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler**, Amme İdaresi Dergisi, S. 1, C. 1, Doğan Basımevi, Ankara, 1979, s. 56.

186 GÜNDAY, a.g.e., s. 325.

187 ONAR, a.g.e., C.III, s. 1699.

188 GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 324.

189 ONAR, a.g.e., C.III, s. 1699.

190 Semahattin DEVRİM, **Kurumun Personel Rücu Hakkı**, Danıştay Dergisi, Ankara, 1980, s. 17; GÜRAN, a.g.m., s. 56.

191 ARMAĞAN, a.g.e., s. 84.

192 ÖZGÜLDÜR, a.g.e, s. 118; ÖZAY, a.g.e., s. 778; GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 324; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1699; KICALIOĞLU, a.g.e., s. 19.

193 GÜNDAY, a.g.e., s. 325; ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 81; GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 325.

göre, kamu görevlilerinin suç niteliğindeki davranışları, kötü niyetli davranışları ve ağır kusurları şahsi suç olarak kabul edilmektedir.

1. Suç Niteliğindeki Eylem ve İşlemler

Kamu görevlisinin tedavisi tıbben mümkün olmayan hastaya ötenazi uygulamak[194] gibi hizmet içindeki eylem ve işlemleri suç niteliği taşıyorsa kusurun tamamen kişisel olduğu kabul edilir[195]. Çünkü suç ile kamu hizmeti birbirileri ile bağdaşması mümkün olmayan iki kavramdır. Eylem veya işlem, suç şeklini aldığı zaman idari faaliyet alanından çıkmış ve idari niteliğini kaybetmiş olur[196].

2. Kötü Niyetli Eylem ve İşlemler

Kamu görevlilerinin görevlerini yürütürken düşmanlık, siyasi rekabet, şahsi ihtiras yahut menfaat temini gibi nedenlerle zarar verici eylem veya işlemlerde bulunmaları da kişisel kusur sayılmaktadır[197].

Kamu görevlisinin kötü niyetinden kaynaklanan şahsi kusur ile hizmet kusurunu ayıran ölçüt sübjektivitedir. Bu gibi hallerde fiilin objektif bakımdan hizmetle alakası, hizmetin safhalarından, faaliyetlerinden birini teşkil edip etmemesi dikkate alınmaz, ajanın bu kötü kasıt ve niyeti kusurunun şahsi kusur ve eylem ve işlemin şahsi sayılması için yeterlidir. Bununla beraber kamu yetkisinin yerinde kullanılmaması, saptırılması suretiyle maksat unsuru bakımından hukuka aykırı her durumda, hukukun tayin ve tespit ettiği kamu yararı amacı dışında hareket edilmiş olmakla beraber, görevlinin şahsi kusur işlediğini kabul etmek mümkün değildir[198].

3. Ağır Kusur

Kamu görevlisinin, fena bir kastı ve niyeti olmamakla birlikte[199] hatasının ağılığı eylem ve işlemlerini hizmet kusurundan ayırıyorsa şahsi kusurun varlığı kabul edilir. Örneğin cerrahın acil bir vakaya bakmaması, doğumhanede eterin patlamasından sonra hekim ve ebelerin doğum yapmakta olan bir hastayı bırakıp kaçmaları[200] şeklindeki ağır hatalı hareketler şahsi kusur oluşturabilir.

E. İlliyet Bağını Kesen Haller

Sorumluluğun şartlarından birini oluşturan zarara sebebiyet veren davranış

194 ERDEMİR, a.g.e., s. 231.

195 BAŞGİL, a.g.e., s. 29; Dan. 10.D., 2.11.1955, E:1994/2813, K:1995/5057, Yakup BAL-Yahya ŞAHİN-Mustafa KARABULUT, **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin, Ankara, 2003, s. 826.

196 GÜNDAY, a.g.e., s. 326; ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 81; ONAR, a.g.e., C.III, s. 1699; ARMAĞAN, a.g.e., s. 87.

197 GÜNDAY, a.g.e., s. 327; GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 332; ARMAĞAN, a.g.e., s. 84.

198 ONAR, a.g.e., C.III, s. 1701.

199 Ağır kusur bakımından kamu görevlisinin fena kastı ve niyeti olması gerektiği yolundaki farklı düşünceleri için bkz. GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 331.

200 Ayşegül Demirhan ERDEMİR, Klinik Uygulamalarda Hekim-Hasta İlişkileri, **Klinik Etik**, Editörler Ayşegül Erdemir Demirhan, Yasemin Oğuz, Ömür Elçioğlu, Hanzade Doğan, Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul, 2001, s. 79.

ile zarar arasındaki ilişki, yabancı sebeplerin müdahalesi sonucu bozuluyor ise, bu durum sorumlu tutulmaya çalışılan idarenin sorumluluğunu ya tamamen kaldırabilir veya hafifletebilir[201]. İdare hukukunda illiyet bağını kesen sebepler; mücbir sebep, beklenmeyen hal, zarar görenin davranışı ve üçüncü kişinin davranışı olmak üzere dört tanedir.

1. Mücbir Sebep

Mücbir sebep kavramı, idare hukuku açısından sorumluluğu ortadan kaldırıcı bir işleve sahiptir. Zorlayıcı neden terimi ile de ifade edilen mücbir sebep, zararı idareye yüklenebilir olmaktan çıkaran ve zararla idari etkinlik arasında illiyet bağını kesen[202] etkinliklerin en önemlilerindendir.

Mücbir sebep idareye tamamen yabancı, öngörülemeyen ve önlenemeyen olgulardır. Mücbir sebep, yer sarsıntısı, heyelan, ihtilal gibi önceden takdir ve tahmini kabil olmayan kökeni tabii[203], sosyal ve hukuki olması itibariyle idarenin dışında kalan ve idare tarafından önlenme olanağı bulunmayan olaylardır. İdarenin kusuru olmaksızın mücbir sebebin zarar doğurucu sonucunun doğmasının olanaksız bulunduğu durumlarda idarenin tazmin sorumluluğu devam eder[204].

2. Beklenmeyen Hal

Beklenmeyen hal de mücbir sebep gibi idarenin iradesi dışında oluşan ve öngörülmesi ve önlenmesi mümkün olmayan olaylardır. Ancak zorlayıcı nedenlerin idari davranışın dışında olmasına karşılık, beklenmeyen durumlar idari davranışın içinde oluşur[205]. Buna göre beklenmeyen hali mücbir sebepten ayıran en önemli özellik zarar doğuran olayın idarenin faaliyetleri içerisinde meydana gelmesidir[206].

İdarenin kusura dayanan sorumluluğu söz konusu olduğu takdirde beklenmeyen halin meydana gelmiş olması, kusur unsurunu ortadan kaldıracağı için idarenin kusura dayanan sorumluluğunu ortadan kaldırır[207].

3. Zarar Görenin Kusuru

Zarara uğrayan kişi bizzat zararın önlenebilir olmasını engellemiş veya zararı ağırlaştırmış ise idare açısından illiyet bağının kesilmesi nedeniyle durumun niteliğine göre idarenin sorumluluğu tamamen veya kısmen ortadan kalkar[208]. İdari yargı yeri tazminat miktarını hesaplarken bu durumu dikkate alır[209].

201 ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 176-177

202 GÖZÜBÜYÜK, a.g.e., 353-354; OYTAN, a.g.e., s. 10.

203 YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 102; ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 177; OYTAN, a.g.e., s. 10; Yıldızhan YAYLA, **İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep,** Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 12-13Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980, s. 47.

204 CANDAN, a.g.e., s. 183-184.

205 GÜNDAY, a.g.e., s. 336; OYTAN, a.g.e., s. 14.

206 DELCROS-DELCROS , a.g.e., s. 62.

207 ARMAĞAN, a.g.e., s. 263; farklı düşünce için bkz. CANDAN, a.g.e., s. 184.

208 ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 181; GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 1231; YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 99; Dan. 10.D., 20.6.2001, E:1999/4072, K:2001/2527; 25.10.2001, E:1999/4708, K:2001/3683 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 776 vd.

209 CANDAN, a.g.e., s. 185.

4. Üçüncü Kişinin Kusuru

Zarar aynı zamanda üçüncü bir kişinin kusurlu davranışına bağlanabilmesi mümkün ise olayın özellikleri dikkate alınarak idare ya tamamen ya da kısmen sorumluluktan kurtulur. İdarenin hizmet kusuru dolayısıyla sorumluluğu hallerinde üçüncü kişinin davranışı zararın oluşumuna katıldığı ölçüyle orantılı olarak idareyi sorumluluktan kurtarır[210]. Zarara uğrayan, böyle bir durumda idareden ancak idarenin kusuru oranında talepte bulunabilir[211]. Yalnız bu halde idare tazminat ödemek zorunda kaldığı oranda üçüncü kişiye rücu etme olanağına sahiptir[212]. İdarenin sorumluluğunu kaldıran üçüncü kişiler idare ile hiçbir hukuki ilişkisi olmayan kişiler ve kuruluşlardır[213].

Ancak zarara yol açan üçüncü kişiler ile idare arasında hukuki bir ilişki söz konusu ise idarenin sorumluluğu devam eder[214].

SONUÇ

Anayasanın 125. maddesi, idarenin eylem ve işlemlerinden kaynaklanan zararların tazmini gerektiğini hükme bağlanmıştır. Bu madde uyarınca, idare kamu hizmeti sunarken kişilere verdiği hukuka aykırı zararları tazmin etmek durumundadır. Bir kamu hizmeti olarak sunulan sağlık hizmetinden kaynaklanan zararlar da anılan madde hükmü uyarınca tazmin edilmektedir. Sorumluluğun ve tazminatın niteliği, şartları ve kapsamı pozitif bir norm ile düzenlenmediğinden tüm bu hususlar doktrin ve içtihatla ortaya konulmaktadır. Hemen belirtelim ki, özel hukukta sorumluluk yasalarla düzenlendiğinden idarenin tazminat sorumluluğunda doktrinin ve uygulamanın bu düzenlemeleri esas aldıkları açıkça görülmektedir. Sağlık hizmetinden kaynaklanan zararların tazmini de idarenin kusura dayanan sorumluluk ilkeleri çerçevesinde değerlendirilmektedir. Bununla birlikte tıbbın sürekli gelişim içerisinde bulunan bir bilim dalı olması nedeniyle bireylere verilen zararların hizmet kusuru olarak değerlendirilip değerlendirilmediği hususu diğer kamu hizmetlerine göre özellik arz etmektedir.

Kamu hizmetinden doğan tazminat sorumluluğunun ortaya konulmasının doktrin ile içtihada bırakılmış olması hukukun yeniliklere daha erken uyumunu sağlamakta ise de, bu durumun idarenin sorumluluğunu tüm yönleri ile ele alındığı bağımsız bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmadığı anlamına gelmemektedir. İdarenin sorumluluk şartlarını, kapsamını ve tazmin edilecek zararların neler olduğunu tüm yönleri ile değerlendiren bir düzenlemenin varlığına ihtiyaç duyulmaktadır. Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik için zorunlu bulunan düzenlemenin öğreti ve Danıştay içtihatları göz önüne alınarak hazırlanması gerektiğini belirtmek gerekmektedir.

210 Dan. 10.D., 9.5.2001, 1655/1696, ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 270.
211 ATAY- ODABAŞI- GÖKCAN, a.g.e., s. 182; Dan. 10.D., 28.5.1998, E:1996/9113, K:1998/2308 BAL-ŞAHİN-KARABULUT, a.g.e., s. 778.
212 GÖZLER, a.g.e., C.II, s. 1241; CANDAN, a.g.e., s. 185.
213 ARMAĞAN, a.g.e., s. 278.
214 YENİCE-ESİN, a.g.e., s. 101.

KAYNAKÇA

ARMAĞAN, Tuncay. **İdarenin Sorumluluğu ve Tam Yargı Davaları**, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1997.

ASLAN, Fethi. **İdari Yargıda Dava Açma Ehliyeti**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1991.

ATAY, E. Ethem – ODABAŞI, Hasan – GÖKCAN, Hasan Tahsin. **Teori ve Yargı Kararları Işığında İdarenin Sorumluluğu ve Tazminat Davaları**, Seçkin Kitapevi, Ankara, 2003.

AZRAK, Ali Ülkü. **İdarenin Toplumsal Muhatara (Sosyal Risk) Kuramına Göre Kusursuz Sorumluluğu,** Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 12-13Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

BAL, Yakup – ŞAHİN, Yahya - KARABULUT, Mustafa. **Danıştay 10. Dairesinin Tazminat Davalarına İlişkin Seçilmiş Kararları**, Seçkin, Ankara, 2003.

BAŞ, Zuhal Bereket. **Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesi Sonucu Ortaya Çıkan Zararlardan Dolayı İdarenin Sorumluluğu**, Sempozyum, 9 Mayıs 2003, Danıştay Matbaası, Ankara, 2003.

BAŞGİL, A. Fuad. **Devletin ve Diğer Amme Hükmü Şahıslarının Mesuliyeti Meselesi**, Adalet Bakanlığı Yeni Cezaevi Matbaası, Ankara, 1940.

CANDAN, Turgut. **Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu**, Maliye ve Hukuk Yayınları, Ankara, 2005.

ÇAKMUT, Özlem (YENERER). **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi**, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2003.

ÇOLAK, Müzeyyen. **İdarenin Sorumluluğu ve Hizmet Kusuru**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 1996.

DELCROS, Xavier - DELCROS, Bertrand. **Fransa ve İngiltere'de İdarenin Sorumluluğu**, Çeviren Turgut CANDAN, Başbakanlık Basımevi, Ankara, 1984.

DEVRİM, Semahattin. Kurumun Personel Rücu Hakkı, **Danıştay Dergisi**, Ankara, 1980.

DURAN, Lütfi. **Türkiye İdaresinin Sorumluluğu**, Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Yayınları, No. 138, Sevinç Yayınları, Ankara, 1974.

ELÇİOĞLU Ömür – ERDEMİR, Ayşegül Demirhan. Klinik Uygulamalarda Her Durumda Ortaya Çıkan Etik Yükümlülükler, **Klinik Etik**, Editörler Ayşegül Erdemir Demirhan, Yasemin Oğuz, Ömür Elçioğlu, Hanzade Doğan, Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul, 2001.

ERDEMİR, Ayşegül Demirhan. Klinik Uygulamalarda Hekim-Hasta İlişkileri, **Klinik Etik**, Editörler Ayşegül Erdemir Demirhan, Yasemin Oğuz, Ömür Elçioğlu, Hanzade Doğan, Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul, 2001.

ERDEMİR, Ayşegül Demirhan. **Tıp Tarihi ve Deontoloji Dersleri**, Uludağ Üniversitesi Basımevi, Bursa, 1994.

EREN, Fikret. **Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)**, C.2, Beta Yayınları, 2001.

ERKUT, Celal. **İptal Davasının Konusunu Oluşturma Bakımından İdari İşlemin Kimliği**, Danıştay Yayınları No:51, Anakara, 1990.

ERMAN, Barış. **Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu**, Seçkin, Ankara, 2003.

ESİN, Yüksel. **Danıştay'da Açılacak Tazminat Davaları, İkinci Kitap: Esas, İdarenin Hukuki Sorumluluğu**, Balkanoğlu Matbaacılık, Ankara, 1973.

GÖNEN, K. Eren. İdari Yargıda Manevi Tazminat Meselesi, **Danıştay Dergisi**, S. 108, Ankara, 2004.

GÖZLER, Kemal. **İdare Hukuku**, C.II, Ekin Kitapevi Yayınları, Bursa, 2003.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref. **Yönetsel Yargı**, Turhan Kitapevi, Ankara, 1997.

GÜNDAY, Metin. **İdare Hukuku**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 2003.

GÜRAN, Sait. İdarenin ve Ajanın Sorumluluğunun Belirlenmesine İlişkin Düşünceler, **Amme İdaresi Dergisi**, S. 1, C. 1, Doğan Basımevi, Ankara, 1979.

GÜRAN, Sait. **Türk İdare Hukukunda Tazminat Miktarının Saptanması**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 12-13Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

GÜRSOY, Kemal Tahir. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, **AÜHFD**, S.29, Ankara, 1972, No:1-2.

GÜRSOY, Kemal Tahir. **İdarenin Sorumluluğuna İlişkin İlkelerde Son Gelişmeler ve İsviçre Hukukunda İdarenin Hukuki Sorumluluğunun Ana Hatları**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 12-13Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

HAKERİ, Hakan. **Tıp Hukuku**, Seçkin, Ankara, 2007.

HANCI, İ. Hamit. **Malpraktis Tıbbi Gelişmeler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu**, Seçkin, Ankara, 2002.

HATIRNAZ, Gültezer. **Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları**, Seçkin, Ankara, 2007.

HIZAL, Sevinç Arslan. **Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hekimin ve Yönetimin Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Türkiye ve Ortadoğu Amme İdaresi Enstitüsü Kamu Yönetimi Lisans Üstü Uzmanlık Programı Tezi, Ankara, 1999.

İNAN, Atilla, Kamu Görevlilerinin Hukuka Aykırı Davranışlarından Devlet ve Diğer Kamu Tüzel Kişilerinin Kusursuz Sorumluluğu, **Danıştay Dergisi**, S. 42–43, 1982.

KAPLAN, Gürsel. **Danıştay Kararları Çerçevesinde Tam Yargı Davalarında Zarar Kavramı**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1993.

KAPLAN, Gürsel. İdarenin Sağlık Hizmetlerinin Yürütülmesinden Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu Alanında Yeni Gelişmeler, **AYİM D.**, S. 19, Ankara, 2004.

KARAEGE, Özge. **Sağlık Hizmetlerinde İdarenin Kusurlu Sorumluluğu**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir, 2001.

KICALIOĞLU, Mustafa. Yargı Kararları Işığında Doktorun (Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu, **Terazi Aylık Hukuk Dergisi**, S. 4, 2006.

ONAR, Sıddık Sami. **İdare Hukukunun Umumi Esasları**, C.III, Üçüncü Bası, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.

OYTAN, Muammer. **Hizmet Kusuru Nedeniyle İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep Anlayışındaki Gelişmeler**, Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi

Müdürlüğü, Bilgi Serisi. 4, Ankara, 1999.

ÖNCEL, Öztan. Hekim Görevleri, Sorumluluğu ve Tıbbi Sorumluluk, **Çağdaş Tıp Klinik Etiği**, Editörler Ayşegül Erdemir Demirhan, Öztan Öncel, Şahin Aksoy, Nobel Tıp Kitapevleri, İstanbul, 2003.

ÖZAY, İl Han. **Günışığında Yönetim**, Alfa Yayınları, İstanbul, 1996.

ÖZAY, Merter. **Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2006.

ÖZGÜLDÜR, Serdar. **Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kararları Işığında Tam Yargı Davaları**, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 1996.

ÖZTÜRKLER, Cemal. **Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhisi, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları**, Seçkin, Ankara, 2003.

POLAT, Oğuz. **Tıbbi Uygulama Hataları, Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik Boyutları**, Seçkin, Ankara, 2005.

SAVAŞ, Halide. **Sağlık Çalışanlarının ve Sağlık Kurumlarının Tıbbi Müdahalelerden Doğan Sorumlulukları**, Seçkin, Ankara, 2007.

TANDOĞAN, Haluk. **Türk Mes'uliyet Hukuku**, AÜHFY, No: 159, Ankara, 1961.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi. **Borçlar Hukuku**, Kutulmuş Matbaası, İstanbul, 1971.

TUNÇOMAĞ, Kenan. **Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler**, C. I, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1965.

ÜNLÜÇAY, Mehmet. İdarenin Tazmin Borcu ve Enflasyon Olgusu, **Danıştay Dergisi**, S. 94, Ankara, 1998.

YAYLA, Yıldızhan. **İdarenin Sorumluluğu ve Mücbir Sebep**, Sorumluluk Hukukunda Yeni Gelişmeler III. Sempozyumu, 12-13Mayıs 1979, Ankara, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1980.

YENİCE, Kazım - ESİN, Yüksel. **Açıklamalı-İçtihatlı-Notlu İdari Yargılama Usulü**, Arısan Matbaacılık, Ankara, 1983.

YILMAZ, Battal. **Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu**, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-
Bizde Sayın Kızılyel'e teşekkür ediyoruz. Şimdi hekimin hukuki sorumluluğu, özel sorunlar Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalının çok kıymetli Öğretim Üyesi Sayın Doçent Doktor Zarife Şenocak. Buyurun Hocam.

Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat

DOÇ. DR. ZARİFE ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. GİRİŞ

Tıp bilimi ve tekniklerindeki gelişim, uzmanlık sahalarının ve disiplinlerarası iş birliğinin artması, profesyonel derinleşme, ortalama yaşam süresinin ve standartlarının artmasına paralel olarak sağlık hizmeti taleplerinin fazlalaşmasıyla birlikte hekimlerin mesleki risk ve yükümlülüklerinin kapsamında da bir artış gözlemlenmektedir. Dünya ülkelerindeki gelişim, kalite güvencesinin sağlanması için yapılan tüm çalışma ve gösterilen tüm çabalara rağmen, tedavi, organizasyon ve hastanın aydınlatılmasındaki hataların önünün alınamadığını göstermektedir. Bu ise, hukuki açıdan, şartları varsa, tıbbi müdahaleyi yürüten hastane ya da hekimin sorumluluğu anlamına gelmektedir.

Tıbbi davranışlar tehlike eğilimi taşıyan ve bazen büyük çaba ve olağanüstü özene rağmen hasta için büyük riskler taşıyan faaliyetlerdir. Modern tıbbın riskleri ve tıbbi müdahalelerin komplikasyonları hekimlere nefes aldırmamaktadır. Bu bağlamda, tıbbi müdahaleyi yürüten kurum ya da kişinin hukuki sorumluluğu açısından, doğrudan doğruya hastanın yaşam ve vücut bütünlüğüne ilişkin kişi varlıklarında gerçekleşen ve bunlara zarar veren risk ve komplikasyonların nasıl ve kimin sahasından kaynaklandığını tespit önem taşımaktadır.

Bilindiği üzere, tıbbi müdahalenin amaçlanan sonucu vermesi, yürütülen tıbbi işlem yanında, hekimin etki sahası dışında, hasta sahasından kaynaklı diğer faktörlere de bağlıdır. Bir tıbbi müdahalenin hasta sağlığı üzerindeki olumsuz sonuçları, ancak tıbbi yükümlülüklere aykırı ve hukuki açıdan özensiz bir davranış söz konusu ise ve meydana gelen zarar bu yükümlüklere aykırı, özensiz davranışla uygun illiyet bağı içerisinde bulunuyorsa hukuki sorumluluğun konusunu teşkil eder. Bu bağlamda, hekimin objektif özen yükümlülüğünün ölçüsünü teşkil eden tıbbi standartlar, kusur, uygun illiyet bağı kavramları ve bunların ispatı hekimin hukuki sorumluluğunda özel bir önem arz etmektedir.

Tebliğimizde ilk önce hekimin hukuki sorumluluğunun yasal dayanakları ve şartlarına genel olarak değinilecek, daha sonra hekimin hukuki sorumluluğunda tıbbi standartlar ve ispata ilişkin özel sorunlar ele alınacaktır.

II. HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞUNUN YASAL DAYANAKLARI VE ŞARTLARINA GENEL BİR BAKIŞ

Dünyadaki değişik hukuk sistemlerine baktığımızda, genellikle hekimin hukuki sorumluluğuna ilişkin özel düzenlemelerin mevcut olmadığını, (İsveç ve Yeni Zelanda örneğinde olduğu gibi tıbbi müdahalelerden dolayı hukuki sorumluluğun yerini hastalık sigortası almadığı sürece) konunun genel hükümler yoluyla çözüme kavuşturulduğunu görürüz. Bu hukuk sistemlerinde hekimin hukuki sorumluluğu esas itibarıyla yargı tarafından geliştirilmektedir[1].

Türk hukuk sisteminde de tedavi ilişkisi hukuki sorumluluk açısından özel bir normun mevcut olmaması sebebiyle duruma göre sözleşme veya haksız fiil hukukunun genel hükümlerine tabi olmaktadır[2].

Hekimin mesleki faaliyetlerini serbest meslek şeklinde icra etmesi durumunda olduğu gibi, hekimle hasta arasında bir tedavi sözleşmesinin mevcut olması durumunda, hukuki sorumluluğun yasal dayanağını BK mad 96 vd. maddeleri teşkil etmektedir. Tedavi sözleşmesiyle hekim, bilinçli ve amaçlı bir şekilde hastayı meslek kurallarına uygun bir şekilde tedavi etme yükümlülüğü altına girmektedir. Bu ilişkide hastanın tüm diğer sözleşme ilişkilerinde olduğu gibi hekim tarafından sözleşmenin gereği gibi ifa edileceğini beklemeye hakkı vardır. Tıbbi müdahalenin tıbbi ve hukuki özen kurallarına aykırı olması ve bu aykırılığın hastanın yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü ihlali sonucu doğurması halinde, yani sözleşmeye aykırılık, kusur, zarar ve kusurlu davranış ile zarar arasında uygun illiyet bağı şartlarının mevcudiyeti durumunda hekimin hukuki sorumluluğu doğmaktadır.

Hekim kural olarak tedavi sözleşmesiyle hastanın iyileşmesi sonucunu garanti edemez. Zira hastanın iyileşmesi meslek kurallarına uygun, özenli bir tıbbi müdahaleden başka, hastanın bireysel yapısından kaynaklanan biyolojik ve psikolojik faktörlere bağlıdır. Bir tıbbi müdahalenin olumsuz sonuçlanması, ancak özensiz, tıbbi yükümlülüklere aykırı bir davranış varsa hukuki sorumluluğa konu olabilir. Bu çerçevede, hastalığın ve tedavinin riskini, meslek kurallarına uygun şekilde yürütülen tedavi hastanın sağlık durumunu iyileştirmeyip kötüleştirse bile hasta taşır. Hekimin sorumluluğu için belirleyici olan, yalnızca, hekimin tıbbi müdahale ile bağlantılı olan ve öngörülebilir risklerinden kaçınmayı amaçlayan bir davranış normunu ihlal etmiş olmasıdır. Bu riskleri hekim özenli davranışlarıyla kontrol altına almak zorundadır. Aksi takdirde, bunların gerçekleşmesinden sorumlu olur. Hekim, hastanın sağlığına kavuşabilmesi için meslek kurallarının gerektirdiği özeni gösterme borcu altındadır. Hekimin tedavi sözleşmesiyle bir sonuç borcu değil, özenli iş görme borcu altına girdiğinden

hareketle, İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da tedavi sözleşmesi (diş protezine ilişkin tıbbi müdahaleler hariç olmak üzere) vekalet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir[3].

Tıbbi müdahaleler sonucu genellikle hastanın (yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü gibi) mutlak hak niteliği taşıyan kişilik değerleri ihlal edildiğinden, hekimin tedavi sözleşmesine aykırı bu türden davranışları, aynı zamanda başkasının yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğünü ihlal yasağını içeren ve herkese yönelik temel koruma normlarına aykırılığı dolayısıyla hukuka aykırı bir nitelik taşır. Bu nedenle, hasta hekime karşı tazminat talebini haksız fiil hükümlerine de (BK mad. 41 vd.) dayandırabilir. Fakat bunun dışında, hekimle hasta arasında bir tedavi sözleşmesinin mevcut olmaması durumunda[4], örneğin tedavinin bir özel hastanede gerçekleştirilmesi ve hastanın tedavi edimini de içerecek şekilde yalnızca özel hastane işleticisi ile bir sözleşme ilişkisi içerisinde bulunması halinde, hasta kusurlu tıbbi müdahaleyi yürüten hekime karşı sadece BK'nun haksız fiillere ilişkin hükümlerine göre dava açabilir. Özel hastane işleticisi ise bu durumda yardımcı kişisi olan hekimin kusurlu tıbbi müdahelesinden, BK mad. 100 dolayısıyla sözleşmeye aykırılık hükümleri çerçevesinde sorumludur. Özel hastane işleticisinin ve hekimin hastaya karşı sorumluluğu müteselsildir (BK mad. 51).

Haksız fiil sorumluğunun gerçekleşmesi için, hekimin kusuru, zarar ve uygun illiyet bağı ile hukuka aykırılık şartlarının varlığı gerekmektedir. Akdi sorumluluktaki sözleşmeye aykırılık şartının yerini haksız fiil sorumluluğunda hukuka aykırılık almıştır. Yukarıda da belirtildiği üzere, hekimin hastanın sağlığının kötüleşmesine yol açan ya da sağlığını kazanmasına engel olan meslek kurallarına aykırı her davranışı tedavi sözleşmenin varlığı halinde sözleşmeye aykırılık yanında, aynı zamanda hukuka aykırı bir davranış olarak kendini gösterir. Tedavi ilişkisi bağlamında gerek sözleşme gerekse haksız fiil hukukunun işlevi aynı olup, hastanın, yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğüne ilişkin kişilik değerlerinin korunmasına yöneliktir. Hekimle hasta arasındaki sözleşme ilişkisinde bu koruma akdi bir asli edim yükümü halini almıştır.

Bu açıdan, hekimin akdi sorumluluğu ile haksız fiil sorumluluğu arasında, zamanaşımı (BK mad. 126 ve mad. 60), yardımcı kişilerden dolayı sorumluluk (BK mad. 100 ve mad. 55) ile kusuru ispat yükü (BK mad. 96 ve mad. 41) dışında yapısal bir farklılık yoktur[5]. Her iki sorumluluk düzeninde de, hastanın irade özerkliğinin korunması yanında, yaşam sağlık ve vücut bütünlüğünü koruma amacını taşıyan ve tıbbi müdahalenin güvenirliğini ve kalitesini sağlamaya yönelik yeknesak bir yükümülükler konsepti söz konusudur[6]. Daha açık bir ifade ile, tıbbi müdahale nerede, hangi sıfatla ve hangi hukuki ilişki çerçevesinde yürütülürse yürütülsün, her iki sorumluluk düzeninde de hekim hastanın irade özerkliğinin korunması için hastayı tıbbi müdahale öncesi aydınlatmak ve rızasını

almak ve diğer taraftan onu yaşam, sağlık ve vücut bütünlüğü ihlallerinden korumak için teşhis ve tedavi esnası ile sonrasında meslek kurallarına uygun şekilde davranmakla yükümlüdür.

III. TIBBİ STANDARTLAR VE HEKİMİN HUKUKİ SORUMLULUĞU

Hekimin hastasına karşı üstlendiği en önemli iki yükümlülüğü, "tıbbi müdahale öncesi hastayı aydınlatma ve rızasını alma yükümlülüğü" ile "hastayı iyileştirmek ve ona zarar verebilecek şeyleri yapmaktan kaçınmaya yönelik olarak tıp bilimi ve uygulamasının tanınan ve genel kabul gören kurallarına uygun özenli çabayı sarf etme yükümlülüğüdür". Hekimin özen yükümlülüğü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 2'nci ve 14'üncü maddelerinde, Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 14'üncü maddesinde ve hekimle (veya özel hastane ile) hasta arasında bir tedavi sözleşmesi mevcut olması durumunda uygulama alanı bulacak BK mad. 390/II'de açıkça belirtilmiştir. Özenli tıbbi müdahalede bulunma konusunda hekimlere yüklenmiş olan bu hukuki yükümlülük, hastanın yaşam, sağlık, vücut bütünlüğü gibi kişilik değerlerini, tıbbi müdahalenin öngörülebilir ve kaçınılabilir risk ve tehlikelerinden koruma amacını güder. Buna karşılık, öngörülemez ve kaçınılmaz risk ve tehlikeler hekimin hukuki sorumluluk alanına girmez. Hekimin sorumluluğunu doğuran özensiz davranış, olumlu (yapma fiili) ya da olumsuz bir davranış (yapmama) şeklinde ortaya çıkabilir.

"Özen" kavramı esneklik içeren bir kavram olup, özenli tıbbi müdahaleden ne anlaşılacağını, müdahalenin yapıldığı andaki tıbbi standartlar belirler. Tıbbi standartlarlardan anlaşılacak olan ise, tıp biliminin tanınan ve genel kabul görmüş kurallarıdır[7]. Bu açıdan özen yükümlüğünün içeriği objektif şekilde belirlenir. Tıbbi standartlar, tıp biliminin tıbbi müdahalenin yapıldığı anda ulaştığı tecrübe ve bilgi seviyesi dikkate alınarak somutlaştırılacaktır.

Böylece somut olayda tıbbi açıdan gösterilmesi gereken özenin ne olduğunu yine tıbbi açıdan gerekli olan belirlemektedir. Bununla birlikte, tıbbi standartlar, açılan davalarda hukuk uygulayıcıları tarafından hekimin özenli davranıp davranmadığını tespitte hukuki bir enstrüman haline gelmektedir[8]. Böylece, bir tıbbi müdahalenin sorumluluk hukuku açısından değerlendirilmesinde tıbbi standartlar merkezi bir öneme sahip olmaktadır.

Tıbbi standartların tespiti hakimin, bu standartlara aykırılığın ispatı, davacı hastanın işidir. Bir tıbbi müdahaleye ilişkin olarak tıp biliminin genel olarak tanınan ve kabul görmüş kurallarının mevcut olmadığı ya da tıp çevrelerinde doğru tedavi şekline ilişkin görüşlerin birbirinden sapma gösterdiği olaylarda, tıbbi standartların tespiti hukuk uygulayıcıları açısından önemli bir sorundur. Görüş farklılıklarının olduğu bu gibi durumlarda, mahkemelerin yapacağı iş, tıbbi bilirkişiler vasıtasıyla ağır basan görüşü tespit etmeye çalışıp, buna göre karar vermekten ibarettir. Mahkemelerin tamamen kendi değerlendirmesinden

hareketle tartışmalı tıbbi yöntemlerden birisini kararına esas alması, hakimin bilimsel özgürlüğe devlet eliyle müdahale etmesi anlamına gelebilecektir[9]. Diğer taraftan bu gibi olaylarda uyuşmazlık konusunun tali bir alana çekilip, örneğin tecrübe edilmeyen ve tartışmalı bir tedavinin uygulanması durumunda hekimin hasta karşısında aydınlatma yükümlülüğünün kapsamını genişletilmesi imkanı da vardır. Ancak şu husus belirtilmelidir ki, bilimsel kesinlik ve açıklık ne derece azsa, prensip olarak hekimin tedavi yönteminin seçiminde hukuken caiz olan takdir yetkisi o derece fazladır. Buna karşılık tıbbi bilgi ne kadar güvenli, geleneksel yöntemler ne kadar tanınmış ve başarı vaad ediyorsa, sorumluluk hukuku açısından bu bilgi ve yöntemlerin hekimi bağlayıcılığı o derece kuvvetlidir[10]. Bu güvenli tedavi yöntemlerden sapmak isteyen hekimin, haklılığını ispat edebilmek için makul sebepleri olmalıdır.

Hekimin objektif özen yükümlülüğü, en yaygın şekilde karşılaşılan kusur çeşidi olan ihmal kavramı ile karşılaştırılığında, ilk bakışta bunların içeriğinin biribiriyle örtüştüğü sonucuna varılır. İhmal, zarar verenle aynı şartlar altında bulunan kişilerin somut olayın hal ve şartları karşısında hukuka ya da sözleşmeye aykırı sonucun meydana gelmemesi için gösterecekleri özenin gösterilmemesidir. Dolayısıyla, ihmalin ölçüsü de objektiftiftir. Yani ihmalin belirlenmesinde kıstas, zarar verenin mensup olduğu sosyal ve mesleki çevredeki ortalama bir tipin aynı hal ve şartlar altında göstereceği davranıştır. Bu, hekimin tıbbi davranışının kusur açısından değerlendirilmesinde, hekimlik mesleğinin özel davranış standartlarının, yani tıbbi standartların esas alınması anlamına gelmektedir. Aynı şekilde, hekimin objektif özen yükümlülüğünün ihlali de, tıbbi standartlar olarak ifade edilen belirli davranış yükümlülüklerine, yani özel bir meslek grubunun davranış standartlarına aykırılık şeklinde tezahür etmektedir.

Bununla birlikte, şu husus belirtilmelidir ki, her tıbbi standartlara aykırı davranış objektif özen yükümlülüğünün ihlali ve olayların büyük çoğunluğunda hekimin kusurlu olması anlamına da gelmekle birlikte, tıbbi standartlara aykırı davranışı nedeniyle bazen hekim kusurlu olmayabilir (Hastanın uygun bir hastaneye gönderilmesi imkanı da mevcut olmayan bir acil durumda hekimin gerekli personel, tıbbi araç ve gereçlere sahip olmaması sebebiyle normal hal ve şartlar altında tıbbi standartlara uygun olmayan tıbbi müdahalede bulunması gibi). Kusurun (ihmalin) varlığını kabul için, tıbbi standartlara aykırılığın da hekimin somut olayın hal ve şartları çerçevesinde özensiz (kusurlu) bir davranışı sonucu meydana gelmesi gerekir[11].

IV. İSPAT SORUNU

Mahkemelerin tıbbi müdahalelerden dolayı açılan tazminat davalarında olaya uygun hukuk kurallarını uygulayabilmesi için, tarafların davanın ve savunmanın dayanağı olan bilgi ve vakıalar ile delilleri, usulüne uygun bir şekilde mahkemeye bildirmiş olmaları gerekir. Hakim tarafların kendisine bildirmiş olduğu vakıalara

göre uyuşmazlık konusu olayı tespit eder ve buna uygun hukuk kurallarını uygular. Bununla birlikte, dava konusu hakkın gerçekten mevcut olup olmadığını tespit için, maddi hukukun bu hakkın varlığı ya da sona ermesini kendisine bağladığı vakıaların sadece ileri sürülmesi yeterli olmayıp, bunların ispat edilmesi gerekir. İddia ve savunmanın hakkın varlığına ya da yokluğuna dayanak gösterdiği ve hakimin karar vermesinde etkili olacak vakıalardan hangisinin, kim tarafından ispat edileceği hususuna ise ispat yükü denilir. Kendisine ispat yükü düşen taraf, ispatı gereken vakıayı ispat edemezse o hususu ispat edememiş sayılır. Bu kişi davacı ise dava bu nedenle reddedilir; davalı ise davacının davası kabul edilerek davalı aleyhine hüküm verilir[12].

İspat yükünün dağılımına ilişkin genel kural MK mad. 6'da yer almaktadır. Buna göre, kanunda aksine bir hüküm olmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Bu esas çerçevesinde, öncelikle davacı davasını dayandırdığı olguları, daha sonra davalı savunmasını dayandırdığı olguları ispat edecektir.

Bununla birlikte, bu ana kuralın bazı istisnaları vardır. Bu istisnalardan birisi, anılan hükümde belirtildiği üzere, ispat yükünün özel kanun hükümlerinde düzenlenmiş olmasıdır. BK mad. 96 kanun tarafından ispat yükünün dağılımının özel olarak belirlendiği hükümlerden birisidir. Hekimin sorumluluğunun mevcut bir tedavi sözleşmesinin ihlaline dayandırıldığı durumlarda da uygulama alanı bulacak bu hükme göre, borcun ifa edilmemesi dolayısıyla açılan tazminat davalarında, alacaklı borçlunun kusurunu ispatla yükümlü olmayıp, bilakis kusursuzluğunu ispat borçluya düşmektedir.

Yanlış tıbbi müdahalelerden dolayı açılan tazminat davalarında sözleşmeye aykırılığın, haksız fiile dayalı taleplerde hukuka aykırılığın, zararın ve uygun illiyet bağının ispat yükü, ana kural çerçevesinde hastaya düşmektedir. Objektif özen yükümlülüğünün ihlali, yani tıbbi müdahalenin meslek kurallarına aykırılığı, akdi sorumlulukta sözleşmenin ihlalinin, haksız fiillerde hukuka aykırılığın ispatı çerçevesinde ortaya konacağı için, aslında olayların büyük çoğunluğunda kusur sorunu da otomatik olarak aydınlığa kavuşacaktır. Meslek kurallarına aykırılığı ispat ile hasta hekimin kusurunu da ispatlamış sayılacaktır[13]. Bu nedenle yukarıda anılan BK mad. 96'daki (BK mad. 41'deki kuralın aksine) kusursuzluğunu ispatı borçluya yükleyen kuralın olayların büyük çoğunluğunda pratik bir önemi kalmamaktadır. Bununla birlikte hekim, meslek kuralına aykırılıkla kusurun tam olarak örtüşmediği olaylarda, somut olayın gerektirdiği tüm (yine objektif şekilde belirlenecek) özeni yerine getirdiğini, meslek kurallarına aykırılığın kendisinin özensizliğinden kaynaklanmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilecektir[14].

Hatalı tıbbi müdahalelerden dolayı açılan tazminat davalarında karşılaşılan en önemli ispat sorunu[15], meslek kusurunun (objektif özen yükümlülüğünün)[16] ve illiyet bağının varlığı konusundadır. Yukarıda da belirtildiği gibi, bu iki

olgunun varlığını ispat yükü hastaya düşmektedir. Bununla birlikte şu husus da belirtilmelidir ki, ispat yükü sorunu, ispatı gereken olgunun, konumuz bağlamında kusurun ya da illiyet bağının varlığı ya da yokluğu konusunda mahkemece delillerin takdiri neticesinde hiç ya da yeterli bir kanaate ulaşılamazsa önem taşır. Bir başka deyişle, ispat yükü, bir olgunun varlığının ya da yokluğunun ispat edilememesinin riskini kimin taşıyacağına ilişkin bir hususdur. Dolayısıyla, ispat yükünün, ancak mahkemenin dosyada yeterli veri ve delil olmaması sebebiyle kusurun ya da uygun illiyet bağının varlığı ya da yokluğu konusunda hiç ya da yeterince kanaat edinemediği durumlarda önemi vardır. Bu gibi olaylarda, ispatsızlık hastanın davayı kaybetmesine yol açacaktır.

Kusur ve illiyet bağı sorununun tıbbi açıdan aydınlatılması için tıbbi bilirkişiye başvurulduğundan, bilirkişi raporlarının sorumluluğun bu iki kurucu olgusunun ispatı açısından büyük bir önemi vardır. Tıbbi bilirkişi dosyayı kapsamlı bir şekilde incelemekte, kusur ve illiyet bağının var olup olmadığını, ispat yükünün kime düştüğü sorunundan bağımsız olarak incelemektedir. Bilirkişi raporu neticesinde hasta lehine bir ispat durumu ortaya çıkabileceği gibi, bunun tam tersi de söz konusu olabilir. Bu noktada, hasta aleyhine olumsuz bir ispat sonucunun ortaya çıkması durumu, ispat yükünün önem taşıdığı ispatsızlık durumuyla karıştırılmamalıdır[17]. Bilirkişi somut olayın tüm verilerini tarafsız, eksiksiz bir biçimde değerlendirir ve meslek kusurunun olmadığı sonucuna varırsa, burada hasta aleyhine hekimin kusurlu olmadığı yönünde bir ispat sonucu ortaya çıkmış olur. İlliyet bağının ispatında da durum aynıdır. Her zarar otomatik olarak bir sorumluluk olgusunu doğurmaz. Bazen hastanın tıbbi müdahale esnasında veya sonrasında bir zararı ortaya çıksa dahi, bu zararın sebebi hekimin kusurlu fiili olmayabilir ve bilirkişi raporunda zararla hekim davranışı arasında bir illiyet bağı olmadığı tespit edilmiş olabilir.

Bununla birlikte, bilirkişi raporunda meslek kusurunun ya da illiyet bağının mevcut olduğu ya da olmadığı şeklindeki görüş, olayın eksik ya da yanlış veyahut da taraflı (hasta veya hekim yanlısı) değerlendirilmesine de dayanabilir[18]. HUMK mad. 286 'ya göre hakim bilirkişi raporuyla bağlı olmadığından, iddia ve savunmanın dayandığı olgular hakkında yeterince kanaat edinmişse bilirkişi raporunun aksine bir karar verebileceği gibi[19], hakim re'sen ya da rapor aleyhine olan tarafın itiraz ve talebi üzerine ikinci, üçüncü bir bilirkişiye de başvurabilir.

Hekim sorumluluğuna ilişkin davalarda, ispat, özellikle zararın bir meslek kusuru sonucu mu, yoksa gerçekleştirilen tıbbi müdahalenin rizikosu olarak mı ortaya çıktığının belli olmadığı durumlarda güçlük arz etmektedir[20]. Örneğin; kanama, enfeksiyon, sinir zedelenmeleri gibi komplikasyonlar, kusursuz bir tıbbi müdahalenin önlenemez riskleri olarak ortaya çıkabileceği gibi, bunlar hekimin meslek kusuruna, yani tıp biliminin genel olarak bilinen ve tanınan kurallarına aykırı davranışına da dayanabilir. Bu olaylarda zararın varlığı kesin olmakla birlikte, bu zararın meslek kurallarına uygun, özenli bir tıbbi davranışa rağmen

tıbbi müdahalenin önlenemez bir rizikosu olarak mı ortaya çıkmış olduğu ya da tam tersine kusurlu bir tıbbi müdahalenin sonucu olarak mı gerçekleşmiş olduğu belli değildir. Bu durumlarda tıbbi bilirkişiler hekimin tecrübe ve becerisi, komplikasyon oranı, tıbbi müdahaleyi güçleştiren faktörler gibi bazı emarelerden hareket ederek tespit yapmaya çalışmaktadırlar. Bununla birlikte bu türden emarelerin güvenilirliği sınırlıdır. Örneğin, çok nadir ortaya çıkan bir komplikasyon somut olayda gerçekten tesadüfen ortaya çıkmış olabilir veya tam tersine, sıklıkla rastlanan bir komplikasyonu hekim hatası kolaylaştırmış olabilir. Dolayısıyla, bu gibi olaylarda bilirkişinin takdiri duruma göre hem hekim hem de hasta için bir risk taşımaktadır. Zira, bu türden olaylarda bilirkişilerin, emarelere istinaden haksız bir şekilde meslek kusurunu reddetme olasılığı kadar, hekim aleyhine yanlış bir değerlendirmeyle meslek kusurunun varlığını kabul etmeleri olasılığı da vardır[21].

Uyuşmazlık konusu olayların büyük çoğunluğunda, hekimin meslek kurallarına aykırı davranışı tespit ve ispat edilse bile, bu aykırılıkla hastanın uğradığı zarar arasındaki illiyet bağı da belirgin değildir. Bu konuda, bilirkişilerce farazi bir değerlendirme ile tespit yapılmaktadır. Hastanın sağlığının somut olaydaki gidişatı ile meslek kurallarına uygun bir müdahale yapılsaydı göstereceği gidişat karşılaştırılmakta ve böylece meslek kusuruna dayalı olan ve olmayan komplikasyonlar belirlenmeye çalışılmaktadır[22]. Fizyolojik süreçler büyük ölçüde hesaplanabilirlikten yoksundurlar. Bu nedenle, hastanın zararının gerçek sebebi ya da sebeplerinin kesinlikle tespit edilebildiği durumlar enderdir. Bu süreçler hekim hatası yanında hastanın yaşı, hastalık öncesi sağlık durumu ile genetik eğilimleri ve yatkınlığı gibi hastanın yapısal özelliklerinden de etkilenmektedir. Her tıbbi müdahalenin bünyesinde mevcut olan sonuca ilişkin belirsizlik illiyet bağı değerlendirilmesinde dikkate alınmalıdır. Zaten, raporlar genellikle bir kesinlik söz konusu olmaksızın istatistiki olasılık verilerine dayanmaktadır. Bu nedenle İsviçre ve Türk hukukunda illiyet bağının ispatı konusunda fazla katı davranılmamakta, somut olayda gerçekleşen zarar ender olarak da ortaya çıksa, büyük bir olasılıkla hekimin fiilinin mümkün sonucu olarak kendini gösteriyorsa uygun illiyet bağının varlığı kabul edilmektedir[23].

Bu tür davalarda, hekim, uzmanlığına bağlı bilgi avantajına sahiptir. Bu nedenle, davanın başlangıcından itibaren ispat açısından hastaya nazaran daha elverişli bir konuma sahiptir. Teşhis ve tedavi şekli hakkında sahip olduğu mesleki bilgi yanında, hekimin, tedaviyi yürüten kişi olarak (hastanın bedensel ve ruhsal yapısı, uygulanan tıbbi işlemler ve bunların birbirleriyle karşılıklı etkileşimi dahil olmak üzere) süreç üzerindeki bilgi hakimiyeti daha fazladır. Hasta, aralarındaki güven ilişkisine istinaden kendisini tamamen hekime emanet etmekte, fakat bu olgu daha sonra, yanlış tıbbi müdahale nedeniyle ortaya çıkan uyuşmazlıkta, iddialarını dayandırdığı olguları mahkemeye sunma ve ispat etme yükümlülüğü nedeniyle aleyhine olabilmektedir.

Hukuk uygulaması tıbbi sorumluluğa ilişkin davaların bu özelliklerini özel ispat kuralları geliştirmek suretiyle dikkate almaktadır. İspat yükünün ters çevrilmesine kadar varan ispat kolaylıklarına ilişkin olarak şu örnekleri verebiliriz:

1. Alman ve İsviçre hukukunda, hastanın illiyet bağını ispat konusunda yaşadığı ispat güçlüğünün telafi edildiği durumlardan biri, hekimin ağır meslek kusurunun varlığı durumudur[24]. Eğer hasta tarafından hekimin somut olayda ağır meslek kusuru ispat edilmişse, somut olaydaki zararın hekimin meslek kurallarına aykırı davranışının sonucu olduğu karineten kabul edilmekte ve uygun illiyet bağının olmadığını ispat hekime yüklenmektedir. Hekim, tecrübeyle doğruluğu sabit mesleki bilgi ve kurallara bariz bir şekilde aykırı davranır veya hekimin somut olaydaki hatası, bir hekimin hiçbir şekilde yapmaması gereken bir hata olması dolayısıyla anlaşılabilir nitelikte değilse, ağır bir meslek kusurunun varlığı kabul edilmektedir.

Bu sayede hasta, hekimin ağır meslek kusurunu ispat ettiği sürece, illiyet bağının yokluğunu hekim ispat etmek zorunda kalmaktadır. Bu durumlarda uygun illiyet bağının varlığı ya da yokluğunun tespit edilememesi rizikosu, yani ispatsızlık rizikosu hastadan alınıp hekime yüklenmektedir. Ağır meslek kusurunun ispat edilemediği durumlarda ise, hastanın genel kural çerçevesinde uygun illiyet bağını ispat yükü devam etmektedir. Bununla birlikte söz konusu kuralın uygulanabilmesi için, hekimin ağır meslek kusurunun somut olaydaki zararı meydana getirmeye elverişli olması gerekir. Yani, hekimin meslek kusurunun zararın sebebi olması mümkün değilse, bu kural uygulanmaz. Hekimin meslek kusurunun somut olaydaki zararı tek başına veya ona eşlik eden diğer sebeplerle birlikte meydana getirmeye elverişli olması, illiyet bağının mevcut olmadığını ispat yükünün hekime ait olması açısından bir fark yaratmamaktadır.

Bu kural, ağır meslek kusuru nedeniyle, hekimin zararın potansiyel sebeplerinin fazlalaşmasına yol açtığı ve bu suretle uygun illiyet bağının varlığı ve yokluğunun aydınlığa kavuşması konusunda engel ve güçlük yaratmış olduğu, ortaya çıkan bu ispat güçlüğü rizikosunu hakkaniyet gereği hastanın değil hekimin taşıması gerektiği düşüncesiyle gerekçelendirilmektedir.

Türk hukuk uygulamasında da[25] hekimin ağır kusurunun tespit edildiği durumlarda, uygun illiyet bağının mevcut olup olmadığı açık olmamasına rağmen, bu sorunun tartışması yapılmadan hekimin tazminat ödemeye mahkum edilmesinden, teorik temelleri ve şartları tartışılmış olmasa bile, aynı ilkenin benimsendiğini görmekteyiz.

2. İsviçre ve Alman hukukunda, hastanın ispat yükünden kurtarıldığı diğer bir durum, dosyalama yükümlülüğünün ihlalidir[26].

Dosyalama yükümlülüğü hekim için mesleki bir yükümlülük olduğu kadar bir tedavi sözleşmesinin varlığı halinde dayanağını BK'nun vekilin hesap verme

yükümlülüğünü düzenleyen 392'nci maddesinde bulan akdi bir yan yükümdür.

Dosyalama yükümlülüğü her şeyden önce hekimin teşhis ve tedavi süreci içerisinde sağlıklı karar verebilmesini ve aldığı kararları kontrol edebilmesini kolaylaştırır. Bu açıdan bakıldığında dosyalama yükümlülüğü tedaviye yönelik menfaatlere hizmet eder ve tıbbi tedavi yükümlülüğünün bir parçasını teşkil eder. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi sayesinde, hasta hekimin teşhisle ilgili vardığı sonuçları başka bir hekime kontrol ettirme imkanına da kavuşmuş olmaktadır. Tutulan kayıtların ikinci önemli işlevi ise taraflar arasında çıkan uyuşmazlıkta ispat kolaylığı sağlamasıdır.

Dosya tutma yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesinde belirleyici olan tıbbi perspektiftir; yani tıbbi açıdan gereği gibi bir dosyalama için zorunlu olanın tespitidir. O halde tıbbi açıdan dosyalanması gerekli olmayan bir belge ya da bilgi hukuki açıdan da gerekli değildir.

Dosyalama yükümlüğünün ihlali bizatihi bir tazminat sebebi değildir. Fakat bu yükümlülüğün ihlali davacı hasta lehine, dosyalanmayan, belgesi olmayan tıbbi işlemin yapılmadığı yönünde fiili bir karine yaratmaktadır. Bu durumda tıbben gerekli olan tıbbi işlemin yapıldığını ispat yükü hekime düşmektedir. Hekim bu ispatı yerine getiremezse, bu durum somut olayın hal ve şartları altında meslek kusurunun kabulü sonucuna yol açabilecektir. Bu işlemin yapılmaması ağır kusur teşkil ediyorsa, bu durum tekrardan hasta lehine uygun illiyet bağının varlığı konusunda yukarıda bahsedilen kural çerçevesinde bir karine doğmasına sebep olabilecek ve dolayısıyla hasta lehine bir ispat kolaylığı söz konusu olacaktır.

Bu kuralın temelinde, hekimin meslek kurallarına aykırı davranışını ispatla yükümlü tutulan hastanın bu ispatı, ancak hekim ya da hastane tarafından kayıt altına alınan bilgi ve belgelerle sağlayabileceği, dosyalama yükümlülüğünün hekim ya da hastane tarafından yerine getirilmemesinin riskine hastanın değil hekim ya da duruma göre hastanenin taşıması gerektiği düşüncesi yatmaktadır.

3. Hasta lehine tanınan diğer bir ispat kolaylığı, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği sorununa ilişkindir. Hastanın aydınlatılıp aydınlatılmadığı ve ne ölçüde aydınlatıldığını ispat hekime yüklenmek suretiyle hasta bu konudaki ispat külfetinden kurtarılmıştır[27]. Böylece hastanın zamanında ve gereği gibi (hastanın tıbbi müdahaleye rıza verip vermeme konusunda sağlıklı ve kendi açısından doğru bir karar vermesine yetecek derecede) aydınlatıldığını ispat yükünü hekim taşımaktadır. Aydınlatma ve rıza, ispat hukuku açısından birbirine denk tutulmakta ve hekimin ispat sahasına düştüğü kabul edilmektedir.

Aydınlatma yükümlülüğünü ihlalini tespit için belirleyici olan, somut olayda hekimin ne kapsamda bir aydınlatma ile yükümlü olduğudur. Konuyla ilgili kazuistik belirlemeler söz konusudur. Bununla birlikte aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı ile ilgili şu ilkelerin geliştirildiği söylenebilir[28]: Tıbbi aydınlatma esas itbarıyla hastanın kendisi hakkında bizzat karar verme hakkını

temin edecek derecede açıklık içermelidir. Diğer taraftan aydınlatmanın, hastanın tedavi süreci ve risklerini kavrayabilmesi için önemi aşikar olan bilgileri içermesi gerekir. Aydınlatmanın kapsamı tıbbi müdahale ve bunun riskleri ne derece fazla ise o derece geniş olmalıdır. Hasta aydınlatma sonucu tıbbi müdahalenin önem ve ağırlığını kavrayabilmelidir. Tedavi, geleneksel yöntemlerden sapma gösterdiği ve bilimsel olarak tartışmalı olduğu ölçüde, aydınlatmanın kapsamı fazla olmalıdır. Nihayet müdahalenin acil ve tıbben zorunlu olmadığı durumlarda (örneğin, estetik amaçlı tıbbi müdahalelerde) aydınlatmanın kapsamı daha geniş ve ayrıntılı olmalıdır.

Tıbbi bilirkişilerin aydınlatmanın şekli ve kapsamı konusundaki görüşü, somut olaydaki tıbbi müdahalenin önem, ağırlık ve riziko sahasını tespit açısından ve verilen tıbbi bilgilere istinaden hukuken yerine getirilmesi gereken aydınlatmanın kapsamını somutlaştırmak açısından önemlidir.

Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirdiğini ispat külfetinin hekime yüklenmesi, hastanın gereği gibi aydınlatılmış olmaması halinde geçerli bir rızanın da söz konusu olamayacağı düşüncesiyle gerekçelendirilmektedir[29]. Tıbbi aydınlatma bu suretle, tıbbi müdahalenin hekim tarafından ispatı gereken hukuka uygunluk sebebi çerçevesinde ele alınmaktadır. Gereği gibi bir aydınlatmanın mevcut olmadığı ortaya çıktığı takdirde, hekim tıbbi müdahaleyi meslek kurallarına uygun şekilde yapmış olsa dahi hastaya bidirmediği riskin gerçekleşmesinden sorumlu tutulmaktadır. Hekimin bu sorumluluktan, hastanın gereği gibi aydınlatılmış olsa bile tıbbi müdahaleye rıza verecek olduğunu ispat ederek kurtulabileceği kabul edilmektedir[30].

4. Nihayet, amaca uygun tedavi için gerekli teknik şartların sağlanamamış olması halinde, yani bir organizasyon kusurunun söz konusu olması durumunda, ispat külfeti hekime yüklenmektedir. Örneğin, cerrahi bir müdahele uzman bir hekimin gözetimi olmaksızın henüz uzmanlık eğitimini tamamlamamış bir hekim tarafından gerçekleştirilir ve bu tıbbi müdahele sırasında hastada bir zarar meydana gelirse, uzmanlık eğitimini tamamlamamış hekimin cerrahi müdaheleyi bağımsız şekilde gerçekleştirmesi organizasyon kusuru şeklinde kendini gösteren bir meslek kusuru olarak nitelendirilmekte ve meyadana gelen zararın ameliyatı gerçekleştiren hekimin mesleki bilgi ve beceri eksikliğine dayanmadığını, hekim ya da hastahane ispat etmekle yükümlü tutulmaktadır[31].

V. SONUÇ

Her tıbbi müdahale hastanın sağlığına zarar verme riski içerir. Bu riskler müdahalenin bünyesinde mevcut, öngörülemez nitelikte riskler olabileceği gibi, hekim kusuruna dayalı riskler de olabilir. Türk Borçlar Kanunu'na göre, hekim, ancak meslek kurallarına aykırı bir tıbbi müdahelenin rizikosunu taşımaktadır. Bu noktada, açılan tazminat davalarında, somut olaya uygun meslek kurallarının,

yani tıbbi standartların tespiti ve bu standartlara aykırılığın ispatı ile meslek kurallarına aykırı davranışla zarar arasındaki uygun illiyet bağının ispatı sorunu önem taşımaktadır. Gerek haksız fiile, gerekse sözleşmeye aykırılığa dayalı taleplerde meslek kurallarına aykırı davranışı ve uygun illiyet bağını ispat MK mad. 6'ya göre kural olarak hastaya düşmektedir.

Hekim açılan davada, tedaviyi fiilen yürüten uzman kişi olması nedeniyle somut tıbbi olguya ilişkin olarak hastaya nazaran mesleki ve fiili bilgi üstünlüğüne sahiptir. Hatta, somut tıbbi olgu üzerindeki bilgi hakimiyeti, genellikle bu olguya ilişkin verilerin tümünün dosyada mevcut olmaması sebebiyle tıbbi bilirkişilere nazaran daha fazladır. Bu durum ve meslek kurallarına aykırılık ile uygun illiyet bağının ispatını hastaya yükleyen kural, tazminat davalarında ona esas itibarıyla hastaya nazaran daha avantajlı bir konum sağlamaktadır. Bu nedenledir ki, uygulamada, hekimin mesleki yükümlülüklerini ihlal ettiğinin sabit olduğu durumlarda, illiyet bağına ilişkin ispat yükünün hasta lehine yer değiştireceği kabul edilmektedir.

Fakat, diğer taraftan, modern tıbbın gelişimi hekimlerin mesleki risk ve yükümlülüklerini fazlalaştırırken, sorumluluk hukukunda kusurun objektifleştirilmesi (objektif ihmal), yani hekimden dahil olduğu mesleki uzmanlık katagorisinin örnek tipinin davranış standartının beklenmesi ile birlikte, hukuki sorumlulukları sebep sorumluluğuna yakınlaşmış bulunmaktadır. Tıbbi müdahaleler belirli ölçüde atılganlık ve cesaret gerektirmektedir. Hekimler çok sayıda olaylarda hasta menfaatine risk altına girmekte ve özellikle kamu hastanesinde çalışmaları durumunda tedaviyi sebepsiz yere reddedememektedirler. Hekime karşı bu türden bir davanın açılmış bulunması bile, somut olayda davanın nasıl sonuçlanacağından bağımsız olarak onun mesleki onurunu zedelemeye yetmektedir

Esas itibarıyla tıbbi açıdan doğru bir davranışa ilişkin kural somut olayda kendisini gösterir. Her tıbbi müdahale somut olaydaki tıbbi olguya ilişkin veri ve bulguların meslek kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi sonucu verilen tıbbi kararlara dayanır. Hekimin tıbbi bakım, tanı ve tedavi esnasında meslek kuralları çerçevesinde değerlendirme ve karar verme özgürlüğü olduğu unutulmamalı; fakat bu özgürlük onun meslek kurallarına aykırı, dolayısıyla tıbbi açıdan yanlış davranışının hastaya verdiği zararlardan dolayı sorumluluğundan kurtulmasına da yol açmamalıdır. Bu alanda somut olayın özelliklerini atlama nedeniyle ortaya çıkabilecek abartılı katılık ve özen beklentilerinin hekimlerin risk almaktan kaçınma yolunu seçmelerine yol açabileceği; bu durumun sağlık hizmetlerine ve tıbbın gelişimine olumsuz etkilerinin olabileceği (Amerika'da olduğu gibi) göz ardı edilmemelidir. Unutulmamalıdır ki, "hekim tamamen hastasına ve olaya angaje olmuş biçimde, genellikle zaman darlığı, stres ve gerginlik içerisinde ve de ileriye dönük karar verir. Bu esnada işin içine duygularını katmadan yapamaz. Oysa ki hukukçu ve bilirkişi dosya üzerinden, olaya mesafeli ve soğukkanlı

yaklaşarak, geriye dönük karar verir. Olay sonradan değerlendirildiğinde ise kusurun varlığını kabul her zaman kolaydır"[32].

KAYNAKÇA VE DİPNOTLAR (Endnotes)

1 Bkz. Kuhn, M.: Aktuelle Probleme in der Aerztehaftpflicht, SJZ 89 (1993), s. 257; Rehborn, M.: Aktuelle Entwicklungen im Arzthaftungsrecht, MDR 1999, s. 1169.

2 Türk hukukunda tıbbi müdahalelerden dolayı hukuki sorumluluk ve şartları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, Z.: Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara 1998 ; Ayan, M.: Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 1991, s. 171 vd.; Aşçıoğlu, Ç. : Doktorların Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara 1982; Reisoğlu, S.: Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12/13 Mart 1982, s. 1 vd.

3 Ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s.24 vd.; Ayan, s. 53 vd.

4 Hekim, bilincinin yerinde olmaması nedeniyle hastanın rızasının alınamadığı acil durumlarda veya amaliyatın genişletilmesi durumlarında vekaletsiz iş gören (BK mad. 410 vd.) sıfatıyla hareket eder. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s.33 vd.

5 Karş. Laufs, A./Uhlenbruck, W.: Handbuch des Arztrechts, 2. Aufl., München 1999, § 97, Rdnr. 11.

6 Straeter, J.: Grober Behandlungsfehler und Kausalitaetsvermutung, 2006, s. 33.

7 Laufs/Uhlenbruck, § 3, Rnr. 16; Hekimin objektif özen yükümlülüğü ve tıbbi standartlara ilişkin olarak ayrıca bkz. Straeter, s. 34 vd.; Velten, W.: Der medizinische Standard im Arzthaftungsprozeß, Baden-Baden 2001; Beksaç, M. Sinan/Çakar, M./Erdinç, A. Seval/Şenocak, Z.: Gebelik Takibinde "Antenatal Bakım" ve "Prenatal Tarama": Doğum Hekimliği; Maternal-Fetal Tıp'ta Etik ve Yasal Boyut, 2004, s. 196 vd.; Burcu, E./Şenocak, Z.: Gebe Kadın-Hekim İlişkisinin Sosyolojik ve Hukuki Boyutları, Doğum Hekimliği; Maternal-Fetal Tıp'ta Etik ve Yasal Boyut, 2004, s.12 vd.; Ayan, s. 88 vd.; Başpınar, V.: Hekimin Özen Borcu, Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara 2007, s. 23 vd.

8 Straeter, s. 35, s.105 vd.

9 Laufs/Uhlenbruck, § 3, Rdnr. 15 ; Straeter, s.36.

10 Franzki, H.: Von der Verantwortung des Richters für die Medizin-Entwicklungen und Fehlentwicklungen der Rechtsprechung zur Arzthaftung, MDR 1994, s. 173; karş. Ayan, s. 92.

11 Bkz. aşağıda dpn. 14.

12 Ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru, B. /Arslan, R./Yılmaz, E.: Medeni Usul Hukuku, B.12, Ankara 1998, s.340 vd.

13 Gattiker, M.: Kausalhaftung für medizinische Behandlungen-Realitaet oder Zukunftmusik?, AJP/PJA 2001, s. 648. *"Meslek kurallarına aykırılık kusurun varlığı konusunda eylemli bir karine oluşturur; bu bakımdan zarar görenden başkaca bir tanıt aramak gerekmeksizin, onun meslek kuralına aykırılığı ispat etmesiyle yetinilir."* Kaneti, S.: Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12/13 Mart 1982, s.72.

14 Kuhn, M. : Handbuch des Arztrechts (Hrsg. H. Honsell), 1994, s. 42 vd.; Ayan, s.108-109; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s. 84.

15 Hekimin sorumluluğunda ispat sorunlarına ilişkin olarak bkz. Kaufmann, Fr. J.:

Die Beweislastproblematik im Arzthaftungsprozeß, Köln-Berlin-Bonn- München 1984, s. 11 vd.; Wallenberg, H. V.: Der zivilrechtliche Arzthaftungsprozess aus beweisrechtlicher Sicht, Bielefeld 1993, 21 vd.; Straeter, J.: Grober Behandlungsfehler und Kausalitaetsvermutung, 2006, s. 14 vd.; Gattiker, s.650 vd.; Kuhn, M.: Aktuelle Probleme in der Aertztehaftpflicht, SJZ 89 (1993) s. 257 vd.; Doğan, M.. Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı, s. 39 vd.; Kaneti, s. 61 vd.

16 Tıbbi standartlara, yani meslek kurallarına aykırı davranışlar meslek kusuru olarak da adlandırılmaktadırlar. bkz. dpn. 7'deki atıflar.

17 Gattiker, s. 655 vd.

18 Ott, Werner O.: Das medizinische Gutachten-insbesondere das Fehler- und Kausalitaetsgutachten im Arzthaaftpflichtrecht, in: Personen- Schaden-Forum 2006/ Stephan Weber (Hrsg.), Zürich 2006, s. 78 vd., s.71; Gattiker, s. 655.

19 Yargıtay'ın HUMK mad. 286'yı, hakimin, bilirkişi raporunu yeterli görmezse, yeniden bilirkişi incelemesi yaptırması gerektiği şeklinde yorumlayan uygulamasının eleştirisi için bkz. bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 414 vd.

20 Karş. Ott, s. 72;Gattiker, s. 657.

21 Gattiker, s. 657.

22 Straeter, s.113.

23 Honsell/Kuhn, Handbuch des Arztrechts, s.73; Ayan, s.111; Şenocak, Hekimin Sorumluluğu, s. 91.

24 Kaufmann, s. 15 vd.; Wallenberg, 36 vd.; Straeter, s. 14 vd.; Kuhn s. 265; Gattiker, s.650 vd.;. Honsell/Kuhn, Handbuch des Arztrechts, s.75.

25 Kararlar için bkz. Öztürkler, C.: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahalalerden Doğan Tazminat Davaları, Ankara 2006, s. 147 vd.

26 Straeter, s. 44 vd.; Laufs/Uhlenbruck, § 107 Rdnr. 3; Gattiker, s.650 vd.; Kuhn, s. 265 vd.; Gattiker, s. 656.

27 Straeter, s. 42 vd.; Wallenberg, 142 vd.; Rehborn, Nr. V ; Honsell/Kuhn, Handbuch des Arztrecht, s.41.

28 Ayrıntılı bilgi için bkz. Özsunay, E.: Alman ve Türk Hukuklarında Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Ankara, 12/13 Mart 1982, s. 31 vd.; Ozanoğlu, H. S. : Hekimlerin Hastalarını Aydınlatma Yükümlülüğü, AÜHFD, C. 52, S.2 (2003), s. 55 vd.

29 Honsell, Handbuch des Arztrechts, s.17; Damm, R.: Persönlichkeitsschutz und medizintechnische Entwicklung, JZ 1998, 928; Honsell/Wiegand, Handbuch des Arztrechts, s.186-187.

30 Laufs/Uhlenbruck, § 67, Rdnr. 2 vd.; Şenocak, Z.: Küçüğün Tıbbi Müdahaleye Rızası, AÜHFD, 2001, C. 50, s.68, dpn. 11.

31 Rehborn, Nr. VII; Kuhn, s. 260.

32 Honsell, H.: Die zivilrechtliche Haftung des Arztes, ZSR 1990, s.141; karş. Ott, s. 71.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-

Bizde teşekkür ediyoruz. Şimdi yine Fakültemizin Ticaret Hukuku Ana Bilim dalının çok kıymetli öğretim üyesi Sayın Kemal Şenocak, Doçent Doktor hekimin mesleki sorumluluk sigortası konusunda bir tebliğ sunacak. Buyurun.

Hekimin Mesleki Sorumluluk Sigortası

DOÇ. DR. KEMAL ŞENOCAK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sayın dinleyiciler hepinizi saygı ile selamlıyorum. Mesleki sorumluluk sigortaları kapsamında tebliğimde Türkiye'de uygulanan hekimin mesleki sorumluluk sigortasına Alman, İsviçre ve Amerikan uygulamaları ile karşılaştırmalı olarak değinmek istiyorum.

Avrupa'da doktorların da dahil olduğu meslek grupları için sorumluluk sigortası 19'uncu yüzyılın son çeyreğinde uygulanmaya başlamıştır. Örneğin, Almanya'da 1895 yılında memur, avukat ve noterler için sorumluluk sigortası güvencesi sunulmaya başlamıştır. İlk önceleri cismani zararlar için uygulanan sorumluluk sigortası 1899 yılında eşyaya ilişkin zararlar 1896 yılında ise avukat ve doktorlar için salt malvarlığı zararlarına karşı teminat bahşedilmesiyle gelişimini sürdürmüştür. Almanya'da doktorun sorumluluk sigortası ilk olarak 1887 yılında uygulanmaya başlamıştır[1]. Şüphesiz, sorumluluk sigortasının uygulanmaya geçişi ilk önceleri hüsnü kabul görmüş değildir. Bu yüzyılda sorumluluk sigortalarına en fazla tepkiyi doktorlar göstermişti. Onlara göre, mesleki sorumluluk sigortası yaptırmak kendilerinin mesleki kabiliyet ve yeteneklerini peşinen reddetmek anlamına gelirdi. Mesleki sorumluluk sigortası, "*sefih sigorta*", "*modern sigortacılığın tümörü*" ithamlarına da maruz kalmıştı[2]. Doktorlar ve eczacılar için müştereken uygulanan sorumluluk sigortası kapsamında 1889 yılında Almanya'da sadece bir kişinin sigortalı olduğu; buna karşılık 1901 yılında sigorta yaptıranların sayısının 6500'e ulaştığı tespit edilmiştir[3]. Türkiye'de mesleki sorumluluk sigortası genel şartlarının 16 Mart 2006 tarihinde yürürlüğe girdiğini görmekteyiz. Ancak ifade etmek gerekirse, Türkiye'de bu tarihten evvel de mesleki sorumluluk sigortasının yapılabilmesi mümkündü. Ancak, teminat, Üçüncü Şahıslara Karşı Sorumluluk Sigortası Genel Şartları kapsamında sağlanmaktaydı.

Hekimler, mesleklerini icra ederken önemli sorumluluk rizikosuyla karşı karşıyadırlar. Şöyle ki, tedavinin başarısızlığa uğraması rizikosu, tıbbi tedavinin çoğu zaman zorunlu bir parçasını teşkil etmektedir; zira, tıp alanında

1 ***Manes,*** Die Haftplichtversicherung, Leipzig 1902, sh. 34.

2 Bkz. ***Suchsland:*** Zur Frage der Haftpflichtversicherung der Rechtsanwälte, JW 1899, sh. 619-620.

3 ***Möhle, J.:*** Die Haftpflichtversicherung im Heilwesen, Frankfurt am Main 1993, sh. 8

bütün gelişmelere rağmen insan vücudunun fonksiyonları bir tedavinin bütün sonuçlarını önceden tam anlamıyla ve kesinlikle ortaya koyabilecek kadar iyi tanınmamaktadır. Diğer taraftan, tıbbi hata, hasta ve onun bakımına ihtiyaç duyan çocukları ve eşinin maddi zararlara uğramasına neden olmaktadır[4].

Bu bağlamda son yıllarda hekimin sorumluluğu ve sigortacılar açısından en güncel sorun, doğumu arzu edilmeyen özürlü çocukların dünyaya gelmesinden kaynaklanan ("wrongfull birth" "wrogfull life") bakım, eğitim ve tedavi giderlerine ilişkin tazminat talepleridir. İlk olarak amerikan hukukunda kabul edilen bu tazminat talepleri Yargıtay HGK'nun 12.12.2002 tarihli kararıyla da Türk hukukunda da kabul edilmiştir[5]. Alman hukukunda bu hususa ilişkin verilen en son karardan birisi, Alman Federal Mahkemesinin 18.06.2002 tarihli kararıdır[6]. Mahkemenin sözlü duruşmasında çocuğun ve ailenin avukatı: " *burada söz konusu olan feleğin kötü sillesini kimin finanse edeceği sorunudur: Aile, doktor, toplum veya doktorun sigortacısı*"[7]şeklinde bir ifadede bulunmuştu. Aslındak burada kısaca şu husus ifade edilmiştir: Doktorun sorumluluk sigortacısı devreye girerek tazminat taleplerini ödemiş olsa dahi, doktor veya hastanenin ödeyeceği primler tedavi ücretinin ve masraflarının içine yansıtılacağından tedavi hatasının sonuçlarını dolaylı olarak toplum taşımaktadır"[8].

Almanya'da, doktorlar, mesleki sorumluluk sigortası kapsamında sigorta edilirken; hastane işletmeleri, işletme sorumluluk sigortası kapsamında sigorta teminatının içersine dahil edilmektedir. İşletme sorumluluk sigortası kapsamında, bütün hastane çalışanlarının faaliyetlerini icra ederken sebebiyet verdikleri bütün zararlar için teminat sağlanmaktadır. Üniversite kliniklerinde staj yapan öğrenciler de bu sigorta teminatından yararlandırılmaktadır.

Mesleki sorumluluk sigortası, özel muayenehanesinde mesleki faaliyetler için de teminat sağlamaktadır. Muayenehanesini tek başına ya da başka doktorlarla ortak işletmesi, mesleki sorumluluk sigortası açısında önem arzetmez. Alman Mesleki sorumluluk sigortası, tatilde bulunan veya hastalık nedeniyle tedaviye devam edemeyen arkadaşının yerine temsilen geçici süre bakan hekime de sigorta teminatı sağlamaktadır[9].

Doktorun sorumluluk sigortasında sigorta edilen riziko, tıbbi faaliyettir. Alman hukukunda sigorta, doktoru, sözleşmeden, haksız fiilden, culpa in contrahendo ve sözleşmenin pozitif ihlalinden doğan sorumluluğa karşı teminat sağlamaktadır[10]. Türk Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunun 1'nci maddesine göre, sigortalının poliçede konusu

4 ***Bergmann, K.O.:*** Arzthaftpflichversicherung, in: Handbuch Versicherungsrecht, 2. Aufl., Bonn 2003, § 11 Nr. 5, sh. 819.
5 YHGK, E. 2002/13-1011, K. 2002/1047.
6 BGH, 18.06.2002, VI ZR 136/01, JZ 2003, s. 152.
7 FAZ, 20.06.2002, sh. 54.
8 ***Bergmann, K.O.,*** § 11 Nr. 5, sh. 820.
9 ***Bergmann, K.O.,*** § 11 Nr. 40, sh. 830.
10 ***Bergmann, K.O.,*** § 11 Nr. 41, sh. 830.

belirlenmiş mesleki faaliyeti ifa ederken neden olduğu zarar dolayısıyla ödemek zorunda kaldığı veya kalacağı tazminat tutarları güvence altına alındığına göre, aynı sonucun Türk hukukunda da cari olduğu söylenebilecektir.

Doktorun mesleki sorumluluk sigortasında teminat altına alınan ana zarar türü, cismani zararlardır. Sigorta himayesi, insanın sağlık bütünlüğünün ihlali veya ölümü sonucunu doğuracak zarar olaylarına karşı sağlanmaktadır. Alman ve İsviçre Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nda cismani zarar, kişinin yaralanması, ölmesi ve sıhhatinin muhtel olması şeklinde tarif edilmektedir[11]. Sağlık bütünlüğünün ihlali sadece fiziksel sağlığın değil, aynı zamanda psikolojik sağlık bütünlüğünün ihlalinden de ibaret olabilir[12]. Bu bağlamda, özellikle, hastaya yanlış teşhisin bildirilmesi[13], örneğin, hastaya yanlışlıkla kanser veya HIV virüsü enfeksiyona maruz kalmış teşhisi konularak bu durumun bildirilmesi. Buna karşılık, şahsiyet haklarının ihlali, cismani zararlar içersinde yer almamaktadır[14]. Alman Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın 4'üncü maddesi uyarınca, sigorta ettirenin hastalığının bulaşmasından kaynaklanan cismani zararlar, riziko istisnaları arasında yer almaktadır. İstenmeyen hamilelik veya başarısız bir kürtajdan dolayı doğan çocuk için ileri sürülen bakım masraflarına ilişkin tazminat talepleri, cismani zararlardan kaynaklanan bir tazminat talebi olmayıp, salt malvarlığı zararları dolayısıyla ileri sürülen tazminat talebi niteliğinde olduğundan, bu nevi tazminat taleplerinin güvenceden yararlanabilmesi için özel olarak sigortalanmış olması gerekir[15]. Türk hukukunda, Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunun 1'nci maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, her tür manevi tazminat talepleri, poliçede belirlenen teminat limitlerinin içinde kalmak ve bu teminat limitinin en fazla % 50'si ile sınırlı olmak kaydıyla teminat kapsamında olduğundan, cismani zararlar yanında hekimlik mesleğinin icrası kapsamında görülmek kaydıyla, şahsiye haklarının ihlalinden kaynaklanan manevi tazminat talepleri de sigorta kapsamında olacaktır. Bu bağlamda ilave edilmek gerekirse, sigorta poliçesinde, sadece cismani zararlar için sigorta bedeli tespit edilmesi halinde, istenmeyen hamilelik veya başarısız bir kürtajdan dolayı doğan çocuk için ileri sürülen bakım masraflarına ilişkin tazminat taleplerine teminat sağlanmadığı iddiası ileri sürülebileceğinden, poliçede salt malvarlığı zararı şeklinde ayrı bir teminat türü ve bu teminata ilişkin ayrı bir sigorta bedelinin gösterilmesi faydalı olacaktır. Amerikan hukukunda, tartışılan konulan birisi de, transference phenomenons 'ın manüpile edilmemesi ile hastanın doktora bağımlı kılınmasıdır. Bu konu, cinsel istismar kavram altında mütala edilmektedir[16]. Cout

11 ***Şenocak,K.,*** sh. 421.

12 BGHZ 93, sh. 355; BGHZ 56, sh. 163 vd.

13 ***Hübner, U.:*** Die Versicherung der Haftpflicht im Heilwesen, ZversWiss 1990, sh. 72.

14 Bkz. ***Schorz, B.:*** Versicherungsschutz für niedergelassene Ärzte, Frankfurt am Main 1996, sh. 62.

15 ***Bergmann, K.O.,*** § 11 Nr. 46, sh. 833.

16 Türkiye'de sayı hakkında kesin bir bilgi olmamakla beraber; Almanya'da, yılda 600 kişi, hekim ve pisikiyatrların cinsel istismarına maruz kaldığı ve magdurları % 90'ının kadın olduğu belirilmektedir. (bkz. ***Flatten, J.:*** Die Arzthaftpflichtversicherung in den Vereinigten Staaten von Amerika, Frankfurt am Main 1996, sh. 249).

of Appeals in Gorgia, *Cotton v. Kambly* davasında[17], cinsel istismarı, başarısız bir tıbbi müdahale veya hastaya yanlış ilacın verilmesi gibi, malpractice kavramı altında değerlendirerek sigorta şirketini sorumlu tutarken, Hirst *v. St. Paul Fire & Marine İns. Co.* davasında, hekimin tedavi edici bir faaliyette bulunması ve tedavi esnasında tıbbi sahada kazandığı bilgi ve becerilerini kullanması halinde, mesleki faaliyetini icra etmiş sayılacağından bahisle sigorta teminatı reddedilmiş[18] ve cinsel istismarın hekimin muayenehanesinde yapılmasının sigorta himayesi sağlanmasının gerekçesi olamayacağına hükmedilmiştir[19]. Kanaatimizce, bu son görüş, Sigortalının, poliçede belirlenmiş ve sınırları hukuk kuralları ve etik kurallar ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat taleplerini sigorta teminatı kapsamı dışında bırakan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın A.3 maddesinin (a) bendi ile, mesleki faaliyetin ifası sırasında sigortalı tarafından kasten sebep olunan her tür olay ile davranışları güvence kapsamından hariç tutan (b) bendi hükmü karşısında Türk hukuku açısından da kabul edilmeli ve ileri sürülen manevi tazminat taleplerine sigorta güvencesi sağlanmamalıdır. Ayrıca ilave etmek gerekirse Türk Ticaret Kanunu'nun 1264'üncü maddesinin 2'nci fıkrası hükmü ile emredici hüküm sayılan 1277'inci maddeye göre, sigorta ettiren kimsenin kanunla yasak edilmiş ve ahlaka (Adaba) aykırı olan fiilinden doğabilecek bir zarara karşı sigorta yapılamaz.

Hekimin sınırları hukuk kuralları ve etik kuralları ile tespit edilen mesleki faaliyeti dışındaki faaliyetlerinden kaynaklanan tazminat taleplerini sigorta teminatı kapsamı dışında bırakan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın A.3 maddesinin (a) bendi kapsamında değerlendirilmesi gereken diğer bir sorun, hekimin hastası veya meslektaşları karşısında hakaret ve küçük düşürücü yazılı ve sözlü açıklamaları nedeniyle ödemeye mahkum olduğu manevi tazminatların sigorta güvencesi kapsamında olup olmadığı meselesidir. 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu'nun 59'uncu maddesinin (g) bendine dayalı olarak çıkarılan 01.02.1999 tarihli Hekimlik Meslek Etik Kuralları'nın 5'inci maddesine göre: "Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır". Etik İlkelerin, 16'ncı maddesine göre: "*Hekim, kendi meslektaşları ve insan sağlığı ile uğraşan öteki meslek mensupları ile iyi ilişkiler kurar, meslektaşlarına veya tedavi ekibinin bir başka üyesine karşı küçük düşürücü davranışlarda bulunamaz*". Amerikan hukukunda, bir yargı kararında bir piskiyatrın meslektaşı ile yaptığı ruh hastalığının tedavisiyle iştigal eden hastanelerle ilgili mesleki konuşma esnasında belirli kuruluşlar hakkında küçük düşürücü açıklamalarını, *rendering professional services in the practice of psychiatry* kapsamında görerek sigorta teminatına cevaz verilmiştir[20]. Başka

17 101 Mich. App. 537, 300 N.W.2d. 628-629 (1980)
18 106 Id 792, 683 P. 2d. 440 (1984)
19 *Standlee v. St.Paul Fire & Marine İns.Co.*, 693 P. 2d 1102 (1984).
20 *Geddes v. Tri-State Ins. Co.*, 264 Cal.App.2d. 181, 70 Cal.Rptr.185-186 (1968).

bir yargı kararında da, hastane hekimlerinin toplantısında, bir doktorun yaptığı hakaret içeren konuşma nedeniyle hükmedilen tazminat telepleri de, sigorta ile teminat altına alınmış hekimlik mesleğinin icrası kapsamında görülerek sigorta güvencesi kapsamı dahilinde kabul edilmiştir[21]. Kanaatimice, Türk hukuku açısından, bu soruya, kast klozu veya yukarıda zikrettiğimiz hükümler dairesinde olumsuz cevap verilmeli ve sigorta teminatı bu tür eylemler nedeniyle ileri sürülen manevi tazminat talepleri için sağlanmamalıdır. Buna karşılık, Amerikan hukukunda bir yargı kararına konu teşkil eden olayda varılan sonuca ise aynen katılmaktayız. Bu karara göre[22], hekim ölüm raporunda, ölüm sebebi ile ilgili olarak küçük düşürücü açıklamlarda bulunur ve belgenin bir örneğini ilave açıklamalar ile bir dergide yayınlarsa, ölüm raporunun manevi tazminata sebep olabilecek şekilde doldurulması mesleki faaliyet kapsamı içerisinde icra edilen bir eylem olarak nitelendirilmeli; dergide yayımlanması ise, mesleki faaliyet kapsamı içerisinde görülmemelidir.

Alman Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın 4.paragrafı uyarınca, iyonize ışın ve laser ışınlarla bağlantılı zararlar dolayısıyla ileri sürülen tazminat talepleri sigorta güvencesi dışında tutulmuştur. Tıbbi sahada bu istisnanın, bu alanın gerçekleriyle bağdaştığını söylemek güçtür. Bu sebeple, doktorların mesleki sorumluluk sigortasına ilişkin özel şartlarda ışın rizikosu, *ışınla tedavide bilimin ve tekniğin hali hazır kurallarına riayet edilmesi şartıyla* sigorta güvencesi içersine sokulmuştur. Buna göre, röntgen cihazlarının teşhis ve tedavi amaçlı olarak kullanılmasından doğan zararlar teminat kapsamı içersindedir (BBR Art. A.8.4/I). Alman hukukunda, radyoaktif maddeler veya hızlandırıcı ya da zorunlu ölçüm aletleri, teknik ve bilimin hali hazır durumuna uygun değilse hastaların bu sebeple uğrayacakları zararlara karşı teminat sağlanmamaktadır. Aynı sonuç, malzemelerin, hızlandırıcı ve ölçüm aletlerinin bakımlarının hiç ya da yeterli yapılmaması hali için de geçerlidir.

Bu nevi risklerden, radyoaktif maddelerin tıbbi araştırma için insana uygulanmasından doğan zararları da ayırmak gerekir. Bu nevi zararlar, Almanya'da uygulanan doktorun sorumluluk sigortasında riziko istisnası içersinde yer almaktadır. Alman hukukunda tıbbi bir ürünün veya ilacın bir insan üzerinde klinik tetkiki, proband (bilimsel amaçlı araştırmalara uğrayan kişi) lehine sağlık ve vücut bütünlüğü zararları ile hayatı için sigorta yapılması şartıyla mümkündür. Zarar hadisesinin gerçekleşmesi halinde, sigorta şirketi, bu sigorta ile deneğe doğrudan doğruya kendisine yöneltebileceği kusurdan bağımsız bir talep hakkı tanımak zorundadır[23]. Alman doktorun mesleki sorumluluğuna ilişkin sigorta özel şartlarında genetik zararlardan doğan tazminat talepleri koruma kapsamı dışında bırakılmıştır. (BBR A 8. 4 (2)). Bunun gibi, kimin için veya kimin lehine faaliyette bulunduğuna bakılmaksızın mesleki veya bilimsel sebeplerle

21 *St.Paul Fire % Marine İns. V. U.S. Fire İns. Co.*, 655 F.2d.525 (1981)

22 *Maier v. United States Fidelity & Guaranty Co.* 133 Colo, 571, 298 P.2d., 393 (1956)

23 ***Rehmann,*** Arzneimittelgesetz, Kommentar 1999, § 40 AMG Rn. 12, 16.

sigorta ettirenin işletmesinde faaliyet gösteren ve bu esnada enerji zengini iyonlu ışınlara bağlı tehlikeleri göze alma durumunda olan kişilerin maruz kaldıkları zararlar da teminattan yararlandırılmamaktadır. (BRA A.8.4/ (2) b. 3). İsviçre hukukunda, röntgen veya diğer iyonize ışınların tıbbi faaliyette kullanılmasından doğan zararlar, sigorta himayesinin muhtevasına dahil edilmektedir. Bu ülke hukukunda da meydana gelen genetik zararlara ilişkin olarak sigorta güvencesi sağlanmamaktadır. İsviçre hukukunda, laser ışınlarının yaptığı etki sonucu oluşan zararlar da teminat kapsamı içersindedir[24].

Türk hukukunda, Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunun 2'nci maddesinin 4'üncü bendinde, tıbbi amaçlı kullanım dışında, radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri sebebiyle talep edilen tazminat taleplerinin teminat kapsamı dışında olduğu belirtildiğinden, zıt anlamından, tıbbi amaçlı kullanımdan kaynaklanan tazminat taleplerinin sigorta güvencesinden yararlanabileceği söylenebilecektir. Söz konusu klozun, 3'üncü maddesinin 1'inci bendi uyarınca da, genetik mühendisliği uygulamalarından kaynaklanan tazminat talepleri; keza, 2'nci bendi gereğince, deney ve araştırmalardan kaynaklanan tazminat talepleri ancak tarafların özel olarak kararlaştırması halinde sigorta teminatı kapsamı içerisine girebilecektir.

Alman hukukunda, tıbbi müdahaleyi gerektirici bir durum söz konusu olmaksızın sırf estetik amaçlı olarak kişiyi güzel göstermek amacıyla yapılan kozmetik müdahalelerden doğan sorumluluk, kural olarak mesleki sorumluluk sigortasının teminatı kapsamı dışında olup; özel olarak sigortalanması gereken risklerdir[25]. Alman hukukunda, söz konusu kozmotik müdahaleler, doktor tarafından gerçekleştirilmiş olsa bile, hekimin sigorta ile teminat altına alınmış tıbbi faaliyeti kapsamında görülmemektedir[26]. Türk hukukunda da Alman hukukuna benzer olarak, Hekim Mesleki Sorumluluk Sigortası Klozunun 3'üncü maddesinin 4'üncü bendi uyarınca, tanı veya tedavi amacı olmaksızın yapılan bütün tıbbi müdahaleler ile plastik cerrahların güzelleştirme amaçlı yaptıkları her tür estetik ameliyattan kaynaklanan tazminat talepleri, kural olarak teminat kapsamı dışında olup, ancak tarafların özel olarak kararlaştırması halinde sigorta güvencesi altına alınabilecektir.

Kürtaj, Doktorun Mesleki Sorumluluk Sigortasına İlişkin Alman Özel Şartlarında, düzenlenmemiştir. Hukuka uygun olarak hamileliğin sona erdirilmesi müdahaleleri, mesleki sorumluluk sigortası teminatından yararlanabilecektir. Alman hukukunda, Alman Ceza Kanunu'nun 218 a paragrafı hükmüne göre, 22. haftaya kadar tıbbi ve sosyal endikasyon olmaksızın yapılan kürtaj, hamile olan kadın açısından cezayı gerektirmez. Buna karşılık, doktor, hamile kadın lehine olan bu durumdan yararlanamaz. Hamileliğin sona erdirilmesi, mesleki

24 ***Şenocak,K.***, Mesleki Sorumluluk Sigortası, Ankara 2000, sh. 473.

25 ***Bergmann, K.O.***, § 11 Nr. 44, sh. 831.

26 ***Katzenmeier, C./Brennecke, P.:*** Haftpflichtversicherung von Arzt- und Krankenhausträger, in: Medizinrecht, Hrsg. Frank Wenzel, Luchterland 2007, sh. 495.

sorumluluk sigortası genel şartları açısından rizikonun kasıtlı gerçekleştirilmesi olarak görülmekte ve teminat kapsamı dışında bulunmaktadır[27]. Türk Ceza Kanunu'nun 99'uncu maddesinin 2'nci fıkrası uyarınca, tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde, rızaya dayalı olsa bile, gebelik süresi on haftadan fazla olan bir kadının çocuğunu düşürten kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Alman hukukunda benimsenen görüş, doktorun kasden sebebiyet verdiği zararları mutlak olarak teminat kapsamı dışında bırakan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın A.3'üncü maddesinin (b) bendi ve Türk Ticaret Kanunu'nun 1277 ve 1278'inci maddeleri gereğince Türk hukuku açısından da geçerlidir.

Tıbbi açıdan gereksinim duyulan ve de lege artis icra edilen tedavi müdahalesi, vücut bütünlüğüne bir müdahale teşkil edeceğinden vücut bütünlüğünün ihlali olarak değerlendirilir[28]. İnan vücuduna müdahale, ancak hastanın geçerli bir izni veya rızası ile meşruluk kazanır. Geçerli bir rıza ise, müdahalenin kapsamı, etkileri ve öneminin bilinciyle verildiği takdirde söz konusu olur. Doktor tarafından aydınlatılmadan alınan rıza geçersiz bir rızadır ve bunun üzerine yapılacak tıbbi müdahale, insanın vücut bütünlüğüne hukuka aykırı bir müdahale teşkil edecektir[29].

Alman Sigorta Şirketleri, cismani zararlara karşı olay başına 2 ila 5 milyon EUR arasında teminat sağlamaktadırlar.Doktorun faaliyet sahasına bağlı olarak sağlanan teminatlar değişmektedir. Örneğin bir sigortacı, 270 EUR prim karşılığında diş doktorlarına, 3000 EUR prim karşılığında operatör doktorlara, salt malvarlığı zararları için 100.000 EUR'ya kadar teminat sağlamaktadır[30].

Eşyaya ilişkin zararlara karşı teminat, doktorun sorumluluk sigortasında tali bir önemi haizdir. Alman Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarında, eşyaya ilişkin zarar, eşyanın imha, yani yok olması veya hasara uğraması şeklinde tarif edildiğinden, örneğin, hastanın elbisesinin muayenehanede ortadan kaybolması eşyaya ilişkin zarar olarak görülebilir[31]. Bir başka anlatımla, bu nevi zararlar, salt malvarlığı zararı olarak nitelendirildiğinden, poliçede salt malvarlığı zararlarına karşı ilave teminat sağlanmadıkça, hastaya ait eşyaların kaybolması nedeniyle ileri sürülen tazminat talepleri sigorta himayesine mazhar olmamaktadır.

Malvarlığı zararlarına karşı teminat, doktorun sorumluluğu ile ilgili olarak Alman Sorumluluk Sigortası Genel Şartları kapsamında sağlanmaktadır. Genel Şartların 1'nci paragrafının 3'üncü fıkrasına göre, sözleşmenin yürürlüğü esnasında gerçekleşen zarar olayı sonucunda meydana gelen cismani veya eşyaya ilişkin zararların sonucu olan malvarlığı zararları teminat kapsamında yer

27 ***Bergmann, K.O.,*** § 11 Nr. 46, sh. 832.
28 BGHZ, 7, sh. 198; BGH, VersR 1982, sh. 698.
29 ***Schorz, B.,*** sh. 63.
30 ***Bergmann, K.O.,*** § 11 Nr. 53, sh. 834.
31 ***Katzenmeier, C./Brennecke, P.,*** sh. 498. Karş. ***Schorz, B.,*** sh. 63. Ayrıca bkz. ***Prölls, J. /Martin, H.:*** Versicherungsvertragsgesetz, 27. Aufl., München 2004, §1 AHB Rdnr. 25, sh. 1275.

almaktadır. Buna karşılık, cismani ya da eşyaya ilişkin zararların sonucu olmayan malvarlığı zararları –ki buna salt malvarlığı zararları denilmektedir- ancak özel anlaşmanın varlığı halinde sigorta kuvertürüne dahildir[32].

Doktorun sorumluluk sigortasında salt malvarlığı zararları nedeniyle doktorun sorumluluğuna, yanlış reçete yazılması ile doğum ânının yanlış bildirilmesi gösterilmektedir[33]. Keza, istenmeyen hamilelik veya hamileliğin sona erdirilmesi başarısızlıkla sonuçlanması sonucu doğumu arzu edilmeyen çocuklara ilişkin bakım masrafları da salt malvarlığı zararları arasında mütalâa edilmektedir. Zira, bu nevi zararlarda cismani zarar söz konusu değildir[34]. Ancak, bakım masrafları zararının salt malvarlığı zararlarına ilişkin sağlanan teminat miktarından fazla olması nedeniyle, Alman Sorumluluk Sigortacıları Birliği, Jinekologlar Birliğinin inisiyatifi ile, 17.04.1984 tarihinde sigortacılara gönderdiği yazı ile, bu nevi salt malvarlığı zararlarının cismani zarar telakki edilerek cismani zarar kuvertüründen teminat sağlanmasını tavsiye etmiştir[35]. Pragmatik bu çözüm, Doktorların Sorumluluk Sigortasına İlişkin Alman Özel Şartları'nın A.1.3'üncü maddesi ile de benimsenerek sözleşme hükmü haline getirilmiştir. Gerçekten de, söz konusu hüküm uyarınca, istenmeyen hamilelik veya başarısızlıkla sonuçlanan kürtaj dolayısıyla ileri sürülecek bakım masrafları, cismani zararlara ilişkin olarak kararlaştırılan sigorta bedeli sınırları içersinde tazmin edilecektir. Bu tür tazminat talepleri, daha çok hekimin genetik açıdan yanlış değerlendirme[36] veya başarısızlıkla sonuçlanan sterilizasyon[37] ya da hukuka uygun olmakla birlikte başarısız kalınan kürtaj[38] dolayısıyla ileri sürülmektedir.

Alman hukukunda doktorun mesleki sorumluluk sigortası kapsamında tartışılan diğer bir sorun, doktorun hastasından izin almadan keyfi olarak AİDS testi yapmasının sigorta himayesi açısından sonuçlarıdır. Burada iki ayrı durumun dikkate alınması gerektiği söylenmektedir. Birincisi, doktor, hastasından aldığı kanı AİDS testi için de kullanmak niyetine başlangıçtan itibaren sahiptir; fakat, kan alırken bu niyetinden hastasına hiç bahsetmemiştir.

İkinci durum, başlangıçta doktor böyle bir niyete sahip değildir; fakat, hastasından kan aldıktan sonra bir de onun ayrıca rızasını almaya ihtiyaç duymaksızın AİDS testi yaptırmaya karar vermiştir[39]. Hastadan kan alınmasında, hastanın vücut bütünlüğüne fiziksel bir müdahale söz konusu olup, ancak hastanın bu doğrultuda rızasının varlığı halinde hukuka uygundur[40].

Hastanın rızası da, onun tıbbi müdahalenin sebep ve sonuçları hakkında

32 ***Schorz, B.,*** sh. 64.
33 ***Schorz, B.,*** sh. 64.
34 ***Schorz, B.,*** sh. 64.
35 ***Schorz, B.,*** sh. 64.
36 BGH, NJW 1997, sh. 1638; BGH, NJW 1994, sh. 788.
37 BGH, NJW 1995, sh. 2409.
38 BGHZ, 124, sh. 137.
39 Ayrım için bkz. ***Möhle, J.,,*** sh. 256.
40 ***Möhle, J., sh. 256; Schorz, B.,*** sh. 66.

aydınlatılması halinde geçerli olacaktır. Buna göre, ilk varyasyonda, sorumluluk sigortası anlamında cismani zararın varlığı kabul edilmektedir. Alman Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın 1'nci paragrafının 1. fıkrası uyarınca, cismani zararları takip eden malvarlığı zararları (gerçek olmayan malvarlığı zararları) da sigorta teminatı kapsamı içinde bulunduğundan, onun rızası olmadan yapılan bu testin pozitif olduğunun hastaya bildirilmesi sonucunda, hastanın mesleki yaşamında mali olarak ortaya çıkan olumsuz sonuçların, sigorta teminatından yararlanacağı ileri sürülmektedir[41].

İkinci durum sırf şahsiyet hakkının ihlali olarak görülmektedir. Zira, hastanın vücut bütünlüğüne müdahale onun rızasına dayanmaktadır. Doktorun sorumluluğunu doğuran davranışı, önceden başka bir sebeple hukuka uygun olarak alınan kan örneği, daha sonra HIV virüsü araştırması için kullanılmış olması ile sınırlıdır[42].

Alman Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına göre, yurt dışında meydana gelen hasar olaylarında dolayı tazminat talepleri sigorta teminatında yararlanamayacaktır. Buna karşılık, Doktorun Mesleki Sorumluluk Sigortası Özel Şartlarına göre, yurt dışında tıbbi faaliyet, ilk yardım edimleri veya kongreye, sergi ve fuarlara katılma dolayısıyla meydana gelecek zararlar sigorta şemsiyesinin içerisine dahil edilmiştir (BBR Art. A.1.4/1). Buna karşılık, amerikan ve kanada mahkemelerince hükmedilen ceza karakterli (punitive damage, exemplary damage) tazminatlar sigorta güvencesinden yararlandırılmamaktadır. Bu tür durumlarda, zarar verenin ilerde benzer zarar verici davranışlarından kaçınmasını sağlamak amacıyla fiilen meydana gelen zararın birkaç katı tazminata mahkum edilebilmesi mümkündür. Riziko istisnası, sigorta ettirenin mahkum edildiği tazminat miktarından bağımsız olarak mevcuttur.

Alman ve İsviçre hukukunda, sigortacı sigorta himayesini, haklı tazminat taleplerinin mağdura ödenmesi suretiyle haklı tazminat taleplerinden sigorta ettireni kurtarmak; haksız tazminat taleplerine karşı sigorta ettirene sigorta himayesi sağlamak suretiyle haksız tazminat taleplerinden kurtarmak şeklinde sağlamaktadır.

Doktorun mesleki sorumluluk sigortaları açısından ele alınması gereken diğer mesele, sigortacının edim yükümlülüğünü doğuracak rizikonun ne olduğu meselesidir. Doktorun sorumluluğunu sigortalayan bir çok Alman sigortacısı, özel şartlarda, rizikoyu özel olarak tarif etmemekte; bu suretle sorumluluk sigortasına ilişkin genel şartları sigortalanan riziko açısından baz almaktadırlar. Alman Sorumluluk Sigortası Genel Şartları ise, riziko olarak "*zarar olayını*" benimsemiştir. Buna göre, sigortacı, sigorta sözleşmesinin yürürlükte olduğu süre zarfında gerçekleşen zarar olaylarından sorumludur[43]. Zarar olayının gerçekleşmesi

41 ***Möhle, J.,*** *sh. 257.*
42 ***Möhle, J.,*** *sh. 257.*
43 ***Bergmann, K.O.,*** § 11 Nr. 68, sh. 838.

ile ilgili olarak iki zaman noktasının düşünülebileceği ileri sürülmektedir. Şöyle ki, doktorun hatalı müdahalesinin insan vücudunda ilk etkisini doğurduğu an ile hastanın doktorun hatalı tıbbi müdahalesini ilk hissettiği an zarar olayının gerçekleştiği an olarak kabul edilebileceği ileri sürülmektedir[44]. Doktorun sorumluluğunda, tedavi ile zararın fark edilebilirliği ve tazminat talebinin ileri sürülmesi arasında çok uzun zaman süresi mevcut olabilmektedir. Bu sebeple, sigorta uygulamasındaki eğilim, sonradan ortaya çıkan zararları (geciken zarar) sigorta kuvertürüne dahil etmek amacıyla, sigortalanan rizikonun zarar olayından mümkün olduğu kadar evvelki bir tarihte gerçekleştiğini kabul etmek yönündedir. Kısırlaştırma olaylarında, zarar olayının tespiti müşkülat arzetmektedir. Zarar olayı olarak, kadının hamile kalma kabiliyetini yeniden kazanması, hamile kalma veya çocuğun doğumu anı kabul edilebilir[45]. Hamile kalma anının tespitinde güçlük bulunması hele hele hamile kalma kabiliyetini yeniden kazanması anının karın boşluğunun tekrar açılmasına bağlı olması, buna da hastanın tekrar rıza göstermesinin beklenememesi; buna karşılık, çocuğun doğumunun riziko olarak kabul edilmesi halinde, hastanın çocuğunu tıbbi bir müdahale ile aldırması veya ölü doğum gibi sebeplerle riziko gerçekleşmemiş olacağından, sigorta şirketi çocuğun aldırılması için yapılan harcamalar ile doğum öncesi kontrol ve muayene için yapılan masraflardan sorumlu tutulamayacağından, sigorta şirketleri, riziko olarak, cerrahi müdahaleyi kabul etmektedirler.

İsviçre'de uygulanan, Doktor, Diş Doktoru ve Diğer Tıbbi Personelin İşetme ve Mesleki Sorumluluk Sigortasına İlişkin İlave Genel Şartlarında, sigortalı riziko olarak sebep olayının kabul edilmiş olduğu görmekteyiz[46]. Binaenaleyh, sigortacının sigorta ile teminat altına alınan cismani veya şeye verilen zararın ya da salt malvarlığı zararı dolayısıyla doktora karşı ileri sürülen tazminat talebinden dolayı sorumlu olabilmesi için, zararın sebebi olan kusurlu davranışın (örneğin özen yükümlülüğünün ihlalinin, tıpta geçerli sanat kurallarına aykırı müdahalenin), aydınlatma yükümlüğünün ihlalinin sigorta ilişkisinin devam ettiği süre zarfında gerçekleşmiş olması şarttır.

Türkiye'de Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın B. 1 maddesine göre,

"Sözleşmenin;

- A.1.'in (a) bendinde belirtilen şekilde yapılması hâlinde, sigortalının, sözleşme süresi içinde yürüttüğü mesleki faaliyeti dolayısıyla, gerek sözleşme dönemi gerekse sözleşmenin bitiminden itibaren iki yıl içinde başkalarının zarara uğraması sonucunda" riziko gerçekleşir. Hükümde sözü edilen A.1'in (a) bendine göre, sigorta sözleşmesinin sigortalının poliçede belirtilen ve ilgili taraflarca konusu tarif edilerek sınırları çizilen mesleki faaliyeti ifa ederken;

44 ***Teichler, M.:*** Berufshaftpflichtversicherung, Frankfurt am Main 1985, sh. 169.
45 ***Teichler, M.,*** sh. 172.
46 ***Şenocak,K.,*** sh. 121.

sözleşme süresi içinde meydana gelen olay sonucu doğan ve sorumluluk hükümleri uyarınca tazmini sözleşme süresi içinde ya da sonrasında talep edilen zararlara karşı akdedilebilmesi mümkündür. Bu hükümler birlikte ele alındığında, mesleki sorumluluk sigortasının bu şekilde yapılması halinde, zarar olayı esasının sigortalı riziko olarak benimsendiği; ancak zarara sebep olan yükümlülük ihlalinin de sözleşmenin devamı süresince yapılmış olmasının şart olarak arandığı söylenebilir. Buna karşılık, sözleşme yapılmadan önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen bir olay nedeniyle, sadece sözleşme süresi içinde sigortalıya karşı doğabilecek taleplere karşı sigorta sözleşmesi akdedilmesi halinde, bir yıldan az olmamak kaydıyla sözleşme yapılmasından önce veya sözleşme yürürlükteyken meydana gelen olaya bağlı olarak;

a) Sigortacının bilgisi ve yazılı muvafakatı dahilinde olmak koşuluyla sigortalı tarafından ödeme yapılması veya,

b) Sigortacının, sigortalıya ayrıca hukuki yardımda bulunmayı da üstlendiği mesleki sorumluluk sigortalarında, tebligat ile davanın veya hukuki takibin öğrenilmesiyle,

c) Zararın gerçekleştiğinin ve bu zararın sigortalının sorumluluğundan kaynaklandığının mahkeme tarafından karar altına alınması hallerinde riziko gerçekleşmiş olur. (mad. B.1 /b. (b)). Bu bağlamda belirtmek gerekirse, hekimin bu nevi bir mesleki sorumluluk sigortası akdetmesi halinde, sigorta sözleşmesinin kurulmasından önce, sorumluluğunu doğurabilecek bir tedavi hatasını öğrenmesi halinde, sigortacıya durumu ihbar etmelidir. Aksi takdirde, Genel Şartların C.2 maddesine göre, sigortacı 1 aylık süre zarfında cayma hakkını kullanarak sigorta sözleşmesini tazminat ödemeden sona erdirebilir.

Mesleki sorumluluk sigortası genel şartlarının A.2 maddesine göre, sigorta güvencesi, sigortalının Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ifa ettiği mesleki faaliyetler için geçerlidir; Ancak, taraflar sigortalının yurtdışında yürüteceği mesleki faaliyetlerin de sigorta kapsamına alınmasını kararlaştırabilir. Dolayısıyla, hekimin yurt dışında kongreye, fuara, sergiye ya da sportif bir faaliyete katılma esnasında hekimlik mesleğini icra ederken sebep olduğu malpractice nedeniyle ileri sürülen tazminat talepleri, ancak özel olarak kararlaştırılması halinde sigorta teminatından yararlanabilecektir.

Mesleki sorumluluk sigortası Türkiye'de yeni uygulanmaya başladığından; prim miktarının gelişimi ile ilgili şimdiden bir şey söylemek pek kolay değildir. Bu sigorta branşında uzun yıllardır uygulama yapan Almanya'dan örnek verilecek olursa, şu tespitlerde bulunmak mümkündür. Almanya'da 1990'lı yıllarda, hekimleri sigortalayan sigorta şirketleri, büyük miktarlarda tazminat ödemek zorunda kalmışlar; bu zararları da prime yansıtmak istemişlerdir. Ancak, sigorta şirketleri, hekimlerin, kasko, yangın gibi diğer sigorta branşlarında sigorta yaptıran potansiyel müşteri olmaları ve mesleki sorumluluk sigortalarının

primlerinin artışı nedeniyle diğer sigortaları kendi sigorta şirketlerinde yaptırmaktan kaçınmak isteyebileceklerini düşünerek, yüksek prim artışı ile onları korkutmak istememişlerdir. Bununla birlikte, cerrah ve jinekologlar için yapılan sigortalarda, açıkça yüksek prim artışı yoluna gitmişlerdir. 1984 – 1989 yılları arasında yaklaşık % 30 prim artışına gidilmiştir[47]. Primdeki miktar artışına gerekçe olarak da, hekimin sorumluluğuna ilişkin olarak yargı kararlarındaki değişim ile daha da bilinçleşen hastalar gösterilmiştir[48]. Hastalar artık, hekim hatasını kader olarak görüp sineye çekmemekte; aksine kaderin de dava edilmesi gerektiği düşüncesi ve bilincine sahip olmaya başlamışlardır. Ludwigsburg Kliniği, tüm hekim ve sağlık personelini sorumluluk sigortası ile sigortalarken, 1994 yılında ödediği prim 626.000 DM iken 1996 yılında, % 35 artışla 877.600 DM prim ödemiştir[49]. Almanya'da yayınlanan Ärzte Zeitung'un 26.8.2004 tarihli sayısında, Almanya'da bir çok sigorta şirketinin bu branşta faaliyette bulunmaktan kısmen veya tamamen vazgeçtiği, örneğin, Die Continentale Sachversicherung'un cerrah, jinekolog ve ortopedistleri artık sigortalamadıkları bildirilmektedir. Hekimin birden fazla sorumluluk olayı nedeniyle sigorta şirketinin tazminat ödemesi olmuşsa, bu hekimin yeni bir sigorta şirketini bulmasının güç olduğu; bu alanda faaliyet gösteren sigorta şirketlerinin ya zararın büyük bir kısmını hekimlere taşıtmak ya da sınırlı bir teminat sağlamak suretiyle sigorta yaptığı da bu yazıda ayrıca vurgulanmaktadır.

Amerikadan bir örnek verilmek gerekirse, 1975 yılında mahkemelerin doktorların sorumluluğunu genişletmeleri sonucu, Argonaut Insurance Company primlerini % 312 arttırmış; bunun üzerine doktorlar greve giderek, acil durumlar dışında hastalar ile ilgilenmemeye başlamıştır[50]. Amerikada, prim miktarlarındaki seyre örnek verecek olursak: Güney Kalifornia'da faaliyette bulunan The Doctors, Company (TDC) – Giney Florida'da faaliyette bulunan Florida Physicians Insurance Company (FPIC) 'nin talep ettiği primleri karşılaştırırsak: Jinekologlar için FPIC, 1976 yılında azami, 1,5 milyon USD Dolarlık Teminat için 23,220 USD Dolar talep ederken, TDC, 5354 USD Dolar talep ediyordu. 1981 yılında ise, TDC'nin talep ettiği prim, 15.604 USD Dolarına çıkmış; buna karşılık FPIC primleri düşürerek 14.612 USD Doları istemiştir. 1983 yılında FPIC 26.998 USD Doları istemeya başlamış; TDC ise, 20.452 USD Dolar tutarında prim talep etmiştir.1989 yılında ise, FPIC prim miktarını 148.042 USD Dolarına çıkarırken; TDC 40.920 USD Dolarına yükseltmiştir. 1990 yılında, TDC primlerinde, % 11,1 indirime giderek 36.832 USD; FPIC % 10 indirime giderek 135.391 USD Doları talep etmiştir.

Prim miktarının tespitinde ölçülü olmak gerekir. Zira, sigorta şirketlerinin

47 Açıklamalar için bkz. ***Flatten, J.:*** Die Arzthaftpflichtversicherung, VersR 1994, sh. 1019 vd.

48 Ärzte-Zeitung 15/16.10.1993, Nr- 181,

49 ***Junghanns, K.:*** Arzthaftpflichtversicherung: Sparsamkeit auch bei Schmerzengeld, Ärzteblatt, 23.01.1998, sh.47.

50 Amerikan hekim mesleki sorumululuk sigortası ile ilgili geniş bilgi için bkz. ***Sabella, J.:*** Stand der Arzthaftpflichtversicherung in den USA, VersR 1990, sh. 1186 vd.

talep edeceği primlerin bir kısmının vizite ücretlerine yansıtılmasılmasıyla vizite ücretlerinin yükselmesi mümkündür. Hatta sağlık hizmetinin aksaması da mümkündür. Şöyle ki, 80'li yılların başında Amerikada, bazı bölgelerde, yüksek primler nedeniyle çok sayıda hekim muayenehanesini kapatmak durumunda kalmıştır[51]. Bu noktada prim miktarlarının tespitinde hekimlerin meslek birlikleri ile sigorta şirketlerinin müşterek çalışması elzemdir.

MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI GENEL ŞARTLARI HEKİM MESLEKİ SORUMLULUK SİGORTASI KLOZU

I.Kapsam

16 Mart 2006 tarih ve 26110 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanan Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartlarına bağlı olarak verilen bu kloz ile sigortacı, sözleşmedeki şartlara tabi olmak kaydı ile sigortalının poliçede konusu belirlenmiş mesleki faaliyeti ifa ederken neden olduğu zarar dolayısıyla ödemek zorunda kaldığı veya kalacağı tazminat tutarları ile kararlaştırılmışsa yargılama giderleri ve avukatlık ücretlerini poliçede yazılı limitler dahilinde temin eder.

Her tür manevi tazminat talepleri, poliçede belirlenen teminat limitlerinin içinde kalmak ve bu teminat limitinin en fazla % 50'si ile sınırlı olmak kaydıyla teminat kapsamındadır. Sigortacının, teminat verdiği dönem içinde karşılaştığı tüm taleplerle ilgili sorumluluğu poliçede belirtilen tazminat limitini aşamaz.

II. Teminat Dışında Kalan Tazminat Talepleri

Mesleki Sorumluluk Sigortası Genel Şartları'nın "A.3. Teminat dışında Kalan Haller" maddesinde yer alan düzenlemeler saklı kalmak kaydıyla;

1. Ruhsatlı bir sağlık kurum veya kuruluşunda ve acil haller dışında yapılmadığı ve usulünce yetki verilmiş bir anestezi uzmanı gözetimi altında olmadığı sürece, diş hekimleri ve cerrahlar tarafından genel anestezi uygulanmasından kaynaklanan tazminat talepleri,

2. İlk yardım ve acil müdahale hariç olmak üzere, meslekten geçici yasaklanılan dönem içinde verilen her tür tedavi ve sağlık hizmetlerinden kaynaklanan tazminat talepleri,

3. İlk yardım veya acil yardım hizmetlerinin sunulduğu yerlerde, yeterli ve gerekli ekipman ile teçhizatın sigortalının kişisel kusuru ile bulundurulmamasından kaynaklanan tazminat talepleri,

4. Tıbbi amaçlı kullanım dışında, radyoaktif, zehirli, patlayıcı veya herhangi bir patlayıcı nükleer bileşim veya bunun nükleer bir parçasının tehlikeli özellikleri sebebiyle talep edilen tazminat talepleri,

5. Tıbbi amaçlı kullanım dışında, diethylstibesterol (DES), dioxin, urea formaldehyde, asbest, asbestli ürünler veya asbest içeren ürünlerin kullanımından kaynakla-

51 Bkz. ***Flatten, J,*** VersR 1994, sh. 1019 vd.

nanhertürhastalık(kanserdahil)veyaasbesttenkaynaklananbütüntazminattalepleri, teminat dışındadır.

III. Ek Sözleşme ile Teminat Altına Alınabilecek Tazminat Talepleri ve Ödemeler

Manevi tazminata ilişkin düzenleme haricinde Mesleki Sorumluluk sigortası Genel Şartları'nın "A.4. Aksine Sözleşme Yoksa Teminat Dışında Kalan Haller, Tazminat Talepleri ve Ödemeler" maddesi saklı kalmak kaydıyla;

1. Genetik mühendisliği uygulamalarından kaynaklanan tazminat talepleri,

2. Her türlü deney veya araştırmalardan doğan tazminat talepleri,

3. Her tür kan bankası faaliyeti neticesinde doğrudan veya dolaylı olarak meydana gelen tazminat talepleri,

4. Tanı veya tedavi amacı olmaksızın yapılan bütün tıbbi müdahaleler ile plastik cerrahların güzelleştirme amaçlı yaptıkları her tür estetik ameliyattan kaynaklanan tazminat talepleri,

5. Üremeye yardımcı (kısırlık tedavisi) ya da üremeyi önleyici (kısırlaştırıcı tedavi) her tür sağlık hizmetinden kaynaklanan tazminat talepleri,

6. Sigortalının fiillerinden sorumlu olduğu kişilerin kasıtlı hareketlerinden kaynaklanabilecek tazminat talepleri,

7. AIDS veya onun patojenleri ya da hepatit A, B veya C'ye bağlı olabilecek yahut onlardan kaynaklanan veya onların katkıları ile oluşan her türlü zarar ile bunlar sonucu ortaya çıkan ruhsal rahatsızlıklara bağlı tazminat talepleri,

8. İnsan ve hayvan organları, kanları, hücreleri, her türlü ifrazatı, türevleri, genleri, biosentez ve ilgili mamüllerin denenmesi, değiştirilmesi, elde edilmesi, kazanılması, hazırlanması, işlenmesi, elden geçirilmesi, dağıtımı, depolanması, ikame edilmesi, kullanılmasından kaynaklanan tazminat talepleri,

9. Sigortalıya, bir sağlık kurumunda yönetici veya işletici olması nedeniyle yöneltilen tazminat talepleri,

aksine sözleşme yoksa teminat dışındadır. Beni dinlediğiniz için teşekkür ediyorum efendim.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi-
Doçent Doktor Kemal Şenocak kendilerine teşekkür ediyoruz. Şimdi son tebliği sunmak üzere tıbbi müdahaleden doğan sorunun türleri konusunda Sayın Avukat Berna Özpınar'a sözü bırakıyorum. Buyurun efendim.

Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri

AV. BERNA ÖZPINAR

Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi

Öncelikle değerli dinleyenler hepinize saygılar sunuyorum. Böylesi önemli bir konuda, bu güzel mekanda Sağlık Hukuku Kurultayını düzenleyen, mensubu olmaktan her zaman gurur duyduğum üniversiteme ve baroma teşekkür ediyorum.

Benim konu başlığım "Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleridir".Öncelikle sorumluluğun tam olarak ortaya konulması için bu başlıkta yer alan terimleri tanımlarıyla sizlere tanıtmak istiyorum. Çünkü bu tanımlarda zaman içerisinde akla ilk gelen anlamları dışında gelişmelere açık tanımlar olduğuna dikkat çekmek istiyorum. Sürenin kısa ve belirli olması sebebiyle esasen konunun ana hatlarına değineceğim.Tıbbı Müdahale en genel tanımıyla; tıp mesleğini icraya yetkili kişi tarafından hasta kişiye tedavi etmek amacına yönelik her türlü faaliyetler olarak karşımıza çıkar.

Ancak, günümüzde tıp ilminde, tedavi ihtiyaçları kadar sosyal ve ekonomik beklentilerin de, hekimin müdahalesini gerektirmesi, özellikle estetik amaçla veya strelizasyon talebiyle hekime başvuran ve aslen sözlük anlamıyla hasta olmayan kişilerin küçümsenemeyecek sayısı , öte yandan, tıbbi müdahale şekilleri hızla çeşitlilik kazanması, Örneğin, kısırlaştırma her zaman hasta bir kişiye uygulanmamaktadır; çoğu zaman sağlıklı kişi bunu talep etmektedir. Keza organ nakillerinde, verici sağlıklı kişidir ve ona yapılan tıbbi müdahalenin organ verici yönünden tedavi amacı yoktur. Tıbbi, hukuki, ahlaki ve dini pek çok yönden tartışılan ötenazi uygulaması kimi zaman bir müdahalede bulunmamayı, olumsuz bir eylemi gerektirmektedir. Bunlar gibi sayısını artırabileceğimiz kök hücre uygulamaları, kalonlama gibi insan bütünlüğüne yapılan müdahalelerde bizce tıbbi müdahaledir. Bu güne kadar tıbbi müdahalede ya uygulayıcıyı ya amacı esas alan tanımlar yapılmıştır.

Oysa ki, bizce tıbbi müdahalenin tanımının tam yapılması sorunu ve sorumluluğu belirlemek[1]yönünden çok önemli ve gereklidir. yapılan tanımların bu eksikliklerini gideren bir tanım önerimiz şu şekildedir:

1 ÖZPINAR, B; Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, 2007

Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan teşhis, tedavi veya hukuka uygun amaçlarla kişinin müdahaleden beklediği menfaate uygun tıbbın sınırları içinde kalan fiziki ve ruhi girişime tıbbi müdahale denir[2].

Tanımı, belirlenmiş ve genişletilmiş bu halinde; artık sorumlu sadece hekim olmayıp, sağlık personelidir ve sorumluluk; "Tıbbi müdahale; kişilerin bedensel, fiziksel ya da ruhsal (psikolojik) bir hastalığını, noksanlığını teşhis ve tedavi etmek ya da bu mümkün olmadığı takdirde, hastalığını hafifletmek ya da acılarını dindirmek ya da onları böyle bir rahatsızlıktan korumak şeklinde en küçük girişimden en ağır ameliyatlara kadar saymamız mümkündür.

I-Hukuki Sorumluluğun Tanımı

"Sorumluluk" kavramından, çok geniş anlamıyla, bir kişinin başkasına verdiği zararı giderim yükümlülüğü anlaşılır. Kural olarak, bir kişi, başkasına verdiği zarardan hukuken sorumludur. Eğer o kişi, yasa kurallarına karşı gelir ve topluma bir zarar verir ya da zarar tehlikesi yaratırsa, cezai sorumluluk altına girer. Her iki halde de kişiden, davranışının hesabını vermesi istenir. Fakat sorumluluğun dayandığı temeller farklıdır. Hukuki sorumluluğun sonucu, zarara uğrayanın zararını gidermeye yöneliktir. [3]

Hukuk düzeninin, hukuka veya sözleşmeye aykırı bir fiiliyle maddi ve/veya manevi bir zarar vermiş olan kişiyi, verdiği zararı tazmin etmekle yükümlü tutmasına "hukuki sorumluluk" denir [4]

Prensip olarak her kişi, malının veya kişiliğinin uğradığı zarara katlanmak zorundadır. Bu ilke (casuna sentit dominus) insanlığın ve onun kaderinin doğal sonucudur. Ancak hukukun gelişim süreci bu ilkeyi hafifletmiş, yerini diğer esaslara terk etmiştir.[5],[6]

Sorumluluk hukukunun iki temel fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki mağdurun uğradığı zararı, üçüncü kişinin omuzlarına yıkarak zararı denkleştirmedir. İkinci derecede fonksiyonu ise zararı önlemedir. Daha ziyade kusur sorumluluğunda zararı önleme fonksiyonu ile, kişinin zarar vermeye yönelik davranışlarından kaçınması amacını yerine getirir.[7]

Borçlar Kanunu Md.51'de sorumluluk sebepleri; kusur, sözleşme ve kanun olarak belirtilmiştir. Geniş anlamda, kusur sorumluluğu, haksız fiilden doğan sorumluluk ve sebep sorumluluğudur.Objektif hukuk kurallarının bireylere

2 ÖZPINAR, B; Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Yüksek Lisans Tezi, 2007
3 Deschenaux, H., Tercier, P., Sorumluluk Hukuku, s.2, Ankara, 1983
4 Akıntürk, T., Borçlar Hukuku, s.76, İstanbul, 2005
5 Deschenaux, H., Tercier, P., s.4
6 Casum Sentit Dominus (umulmayan hallerden doğan zarara, zarar gören katlanır) ilkesi, kusursuz bir davranış ya da doğal olaylardan doğan zarara, zarar görenin katlanması gerekir. Burada asıl olan zarar görenin zarara katlanmasıdır, istisnai olarak tazmin yükümlülüğü söz konusudur. Bir zarara, bir kişi kendisi sebep olursa, zarara o kişi katlanır.
7 Kılıçoğlu, M., Sorumluluk Hukuku, s.3, Ankara, 2002

uymasını emrettiği vazifelere aykırı fiillerden bir zarar doğmuş ise haksız fiilden söz edilir.[8] Borçlar Kanunun kabul ettiği diğer sorumluluk sebebi ise sözleşmedir, sözleşme sorumluluğunda, çoğu kez zararı doğuran fiil sözleşmenin ihlalidir ve kişiye kusur olarak yükletilebilir, aynı fiilin haksız fiil teşkil etmesi de mümkündür.Zarar verenin kusurunun olmadığı ve taraflar arasında sözleşmenin de bulunmadığı ancak kanunun tazmin yükümlülüğü getirdiği durumlarda, sorumluluk doğrudan kanundan doğmaktadır.

II- Hukuki Sorumluluğun Sebepleri

Borçlar Kanunu Md.51'de sorumluluk sebepleri; haksız fiil, sözleşme ve kanun (kusursuz sorumluluk) olarak belirtilmiştir.

A-Haksız Fiil Haksız fiil sorumluluğu; kusurun, mesuliyetin sebebi olduğu sorumluluk türüdür.

Haksız fiil sorumluluğunda, fail, meşru olmayan ve kusura dayalı bir eylemde bulunduğu için sorumlu tutulmaktadır.[9]Haksız fiil sorumluluğu, sözleşme dışı, hukuka aykırı, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın tazmini sorumluluğudur. Haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurları, davranış, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır.

B-Sözleşme Sözleşme sorumluluğu, Borçlar Kanunun 96 ve devamı

Maddelerinde, "Borçların Ödenmemesinin Neticeleri" başlığı altında hükme bağlanmıştır.

Günlük hayatta, tek tip bir sözleşme yoktur; hukuk düzeninin kabul ettiği çeşitli sözleşme tipleri vardır.

Bir borç ilişkisi kuran sözleşmelere, borç sözleşmesi denir. Sözleşme taraflarının karşılıklı olarak irade beyanlarının uygun olması gereklidir. Örneğin, hastasını sadece ziyaret etmek için hastaneye gelen ziyaretçi ile hastane arasında hastaneye kabul türünde bir sözleşme yoktur. Yukarıda da belirttiğimiz şekilde tek genel bir sözleşme yoktur.

Kişiler, kanunun sınırları içerisinde varmak istedikleri hukuki neticeye ilişkin esaslarını belirledikleri değişik türde sözleşmeler kurabilirler.Sözleşme sorumluluğu, borçlunun taraf olduğu sözleşmeden doğan borç ilişkisinde, sözleşmeye aykırı davranması sebebiyle sözleşmenin karşı tarafına verdiği zararı gidermekle yükümlü olmasıdır.

C-Kusursuz Sorumluluk Halleri Modern Hukuk sistemlerinde, kurak "haksız fiile" dayanan sorumluluktur. Ancak , bunun bazı hallerde hakkaniyete aykırı sonuçları olacağı kaçınılmazdır. Eğer, zarar doğurucu fiilin işlenmesinde kusur yoksa zararın tazmini de mümkün olmayacaktır. Gelişen teknoloji, günlük hayatta, kusur olmaksızın da büyük zararların doğurabilmektedir.

8 Tandoğan, H., Mesuliyet, s.7
9 Deschenaux, H., Tercier, P., s.16

Kusura dayanmayan objektif sorumlulukta, kusur, olmasa da sorumluluk, kanun veya kanun hükmünden dolayı vardır. Kusura dayanmayan sorumlulukta, sorumluluğu doğuran olay, zarar ve zararla söz konusu olduğunda illiyet bağının bulunması sorumluluğu doğurmak için yeterlidir.Kusura dayanmayan sorumluluk halleri; Medeni Kanunun; ev başkanının sorumluluğu (md. 369), taşınmaz malikinin sorumluluğu, Borçlar Kanunun; ayırt etme gücünden yoksun olanların sorumluluğu (md.54), istihdam edenlerin sorumluluğu (md.55), hayvan bulunduranların sorumluluğu (md.56), bina ve diğer eser sahibinin sorumluluğu(md.58) düzenlenmiştir.Kusursuz sorumluluk hallerinden bazıları ise özel kanunlarla düzenlenmiştir, Karayolları Trafik Kanunu buna örnektir.

Sebep sorumluluğu teorisi, sorumluluğu kaynağını kişinin dışında arar. Sorumluluk doğurucu etmen ön sıraya, sorumlunun kişiliği geri plana itilmekle böylece, sorumlunun sübjektif niteliği mümkün olduğunca geriye itilmektedir. Çünkü kişi, sebep sorumluluğunda, eyleminin sonuçlarından değil, bir eylem, bir olay veya durumun sonuçlarından sorumlu tutulur.[10]Kusura dayanmayan sorumluluk, çoğu kez başkasının eyleminden sorumluluk şeklinde kendini gösterir, sorumlu kişinin zararın doğumuna katkısı bulunmamaktadır. Zorunlu şekilde ekip çalışmasının gerekli olduğu tıbbi müdahalelerde, ekip başkanının, yardımcıların fiilinden sorumlu olması kanundan doğan sebep sorumluluğuna örnektir.

TIBBİ MÜDAHALEDE HUKUKİ SORUMLULUĞUN SEBEPLERİ

Tıbbi müdahale ilişkisinde, sorumluluğun esaslarının belirlenmesi bizce kaçınılmazdır. Çünkü; her uygulamada ve yeni bir denemede sağlık çalışanına sorumluluk yüklenmesi tıbbi ilerlemenin de önünde bir engel olacağı gibi sağlık çalışanın her zaman kusursuz görülmesi de gereksiz girişimlere sevk edebilir.

Sağlık çalışanın tıbbi müdahale ilişkisinde hastanın tedavisi ile ilgili faaliyetleri çok kapsamlıdır. Genellikle sağlık çalışanı hastayla anlaşarak, onu tedavi ettiğine göre ortada sözleşme ilişkisi mevcuttur. Bu sözleşme ilişkisi, eylemin, şartları varsa haksız fiil niteliği taşımasını engellemez.

Sağlık çalışanın, acil durumlar dışındaki sorumluluğu esasen bir sözleşmeye dayanır. Sözleşme sorumluluğunda hukuka aykırılık sözleşmeye aykırılık olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında haksız fiil için de aranılan şartlar, kusur, illiyet bağı ve zarar burada da sorumluluğun şartlarıdır. Sözleşme ilişkisinde sözleşmenin türü istisna, vekalet ya da hizmet sözleşmesi olabileceği tartışılmalıdır. Konu ayrıntılı hukuki sentez gerektirmektedir ve genel kabul gören görüş hasta ile sağlık çalışanın arasında, yaptıkları sözleşmenin bir vekalet sözleşmesi olduğudur.

Sağlık çalışanına karşı akti sorumluluk davasında, sözleşmenin hekim

10 Kılıçoğlu, M., Sorumluluk Hukuku, s.16,17

tarafından ihlali edildiğini, zararı, zararla aktin ihlali arasındaki illiyet bağını hasta, buna karşılık kusursuzluğu hekim ispatlayacaktır.Hekimin akti sorumluluğunun şartlarında kusur şartının tıbbi sorumluluğa özgü bir anlamı vardır. Kusur kavramı hem meslek hatasını hem de objektif ihmali; tıbbi müdahalede kötü uygulamayı içerir.

Sağlık çalışanın tıbbi müdahale sebebiyle ortaya çıkabilecek sorumlulukları, esasen kusura dayanan bir sorumluluktur. Her somut olayda hukuka aykırılık şartları ayrıca araştırılacaktır. Kural olarak üçüncü kişilerin cismani varlığına, vücut bütünlüğüne, hayatına, sıhatine yönelik tecavüzler BK:41 anlamında hukuka aykırıdır.

Haksız fiil sorumluluğu zarar ile fiil arasında illiyet bağının varlığını gerektirir. Ancak tıbbi olarak bu bağı kurmak her zaman kolay değildir. Sağlık çalışanın tedavi ve müdahalesindeki kusurlu tutumu hayattaki genel davranışlara ve olayın tabii akışına göre hastadaki zararı meydana getirmeye elverişli ise illiyet bağı var kabul edilir. Tüm bunların dışında, sağlık çalışanın sözleşme sorumluluğu yanında geniş anlamda haksız fiil sorumluluğunun olduğunu, bir sözleşmenin kurulamadığı özel şartlarda vekaletsiz iş görmeden dolayı sorumlu olabileceğini, borçlar kanunu 55 anlamında istihdam edilen yardımcı kişilerin fiillerinden de sorumluluğu olabilecektir. Somut olayda taleplerin bu hukuki sebeplerin yarışması mümkündür.

Kısaca belirtmemiz gerekirse; mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde, tıbbi müdahale ilişkisinde hukuki sorumluluk sebepleri; haksız fiil, sözleşme ve kanundur (kusursuz sorumluluk) .

I-Tıbbi Müdahalede Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk ve Şartları

Sağlık çalışanın hastayla ilişkisi daha çok sözleşmeye dayanır. Bu sebeple de tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasından doğan sorumluluk daha çok sözleşme sorumluluğu olarak karşımıza çıkar.

Buna karşılık, sağlık çalışanı ve hasta arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı ve vekaletsiz iş görme hükümlerinin de uygulanamadığı hallerde ise sorumluluk, genel haksız fiil hükümleri(Borçlar Kanunu md.41) çerçevesinde çözümlenir. Ancak hekimin, bir tedavi sözleşmesine dayalı olarak, tıbbi müdahalede bulunduğu durumlarda da akit dışı sorumluluğu ortaya çıkabilir. Zira hekim, hastanın beden bütünlüğüne yönelik müdahalelerde bulunduğu için, sözleşmeye aykırı zarar verici her türlü davranışı, aynı zamanda Borçlar Kanunun 41. ve devamı maddelerindeki anlamında haksız fiil teşkil eder. Dolayısıyla, böyle bir durumda akti sorumlulukla, akit dışı sorumluluk yarışır. Yani hasta hekime karşı açacağı davada akti veya akit dışı sorumluluk esaslarından herhangi birine dayanabilir.[11]

11 Ayan, M., s.116

Burada hem gerçek kişi hekim, diş hekimi, gibi kişiler, hem de özel hastaneler içinde söz konusu olabileceğini belirtebiliriz. Çünkü hastane ile hasta arasında da her durumda sözleşme ilişkisi olmayabilir veya sözleşmenin bulunmadığı ve vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanmayacağı durumlarda haksız fiil hükümlerine göre sorumluluk yükletilecektir. Kamu görevlisi olan sağlık çalışanın görevden ayrılan kişisel kusurlarından doğan sorumlulukta haksız fiil esaslarına tabidir. Şüphesiz kamu görevlisi olan hekimin görevini yaparken bir takım idari kuralarla bağlı olduğu düşünülebilir ve bundan ilk olarak idarenin sorumluluğu akla gelecektir. Ancak, tedavi zorunluluğunun rızayı gerektirmediği tıbbi el atmalarda örneğin, zorunlu aşı, veba ve aıds hastalığında olduğu gibi kamu sağlığının gerektirdiği hallerde ve tıbbi el atma ve yardımı gerektirmeyen rapor düzenlenmesi gibi hallerde idari kurallara bağlılık kesin olarak mevcuttur. Bu hallerde hekim eylemi ile hastaya zarar vermişse Anayasa'nın 129/5 maddesi uygulanacak ve idarenin sorumluluğu esas olacaktır.

Haksız fiil sorumluluğunun şartları, fiil, hukuka aykırılık, kusur ve illiyet bağıdır. Tıbbi müdahaleden doğan sorumlulukta, sorumluluk fiilini tıbbi müdahale oluşturmaktadır.

A-Hukuka Aykırılık

Hukuka aykırılık,doğrudan ya da dolaylı başkasına zarar vermeyi yasaklayan bir hukuk normunun ihlalini ifade eder. Diğer bir söyleyişle, burada, kişilerin şahıs varlığı ve malvarlığı değerlerini koruma amacına yönelik hukuk kuralına aykırı hareket edilmesi, çiğnenmesi söz konusudur.[12]

Tıbbi müdahalenin, hukuka uygun olması için zorunlu olan şartlarını belirtmiş bulunuyoruz. Çünkü esasen, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik bir fiil(yapma/yapmama) olan tıbbi müdahalenin hukuka aykırı olmaması için yetkili sağlık çalışanı tarafından, hukukun kabul ettiği, tedavi gibi, bir amaçla, hastanın aydınlatılmış rızasının alınarak, sadakat ve özenle gerçekleştirilmiş olmak koşuluyla hukuka uygun olacaktır. Bu şartlar, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarıdır.

Diğer yandan, sağlık mesleği özelliği gereği, sağlık çalışanı sözleşme olmasa da mesleğinin gerektirdiği önlemleri almakla yükümlüdür. Nitekim, Tıbbi Deontoloji Tüzüğünün 18. maddesinde "acil hallerde yardımda bulunma" yükümlülüğü düzenlenmiştir.

"Tehlikenin tıbbi yardımı zorunlu duruma getirmesi için, hastanın yaşam ve sağlığının ağır bir zararla karşı karşıya olması ve bu durumun geçici olmaması gerekir. Tehlikenin varlığı ile birlikte yardıma çağrılan doktorun, hastanın durumunu ayrıntılarıyla sorup öğrenmesi ve tehlikenin niteliğini bilmek için araştırması da zorunludur. Böyle bir araştırmayı yapmadan yardımdan kaçınan doktorun bu kaçınma biçimindeki eylemi de hukuka aykırıdır."[13]

12 Ayan, M., s.116

13 Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s.71.

B-Kusur

1-Genel Olarak Kusur

Kusur, hukuk düzenince hoş görülmeyen davranıştır. Başka bir anlatımla, "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, o şekilde davranmayıp, sorumluğun söz konusu olduğu olaydaki gibi davranmış olmaktır"[14]. Başka bir anlatımla kusur, olması gereken davranışta gösterilen irade eksikliğidir. Borçlar Kanunun 41/1. maddesinde kusur, sorumluluğun kurucu unsuru olarak düzenlenmiştir.Kusurun tanımı, kanun da yapılmamıştır. Ancak, kusurlu olan davranış, her zaman her zaman hukuka aykırı bir fiildir.

Toplum içinde birlikte yaşayan kişiler, birbirleriyle ilişkilerinde belirli bir davranış biçimine uygun hareket etmek zorundadır. Söz konusu bu belirli davranış, sosyal bir çevreye ya da her hangi bir meslek grubuna mensup, makul kişilerin, birbirine zarar vermeden yaşayabilmeleri için göstermek zorunda oldukları özen ve çabadan oluşan ortalama, örnek bir davranış biçimidir. Hukuk düzeni, herkesten bu davranış biçimine göre yaşamasını hareketlerini buna uydurmasını ister. İşte kusura dayalı sorumluluk hukukunda, benzer durum ve şartlar altında bulunan kişilerden beklenen ortalama davranış biçimine uymayan, ondan sapan ve ayrılan davranış biçiminin niteliği kusur olarak adlandırılmaktadır[15] .Kısaca, kusur, haksız fiil sorumluluğunda, zararın bir başkasın yöneltilmesini haklı gösteren temeldir. Sağlık çalışanın sorumluluğu yönünden, ister sözleşmeden isterse haksız fiilden kaynaklansın, kusur, kurucu unsurdur, her iki durumdaki kusur arasında fark yoktur. Sadece akti sorumluluktan farklı olarak, akit dışı sorumlulukta, haksız fiil sorumluluğunda, kusuru ispatlamak külfeti hastaya aittir.

> "Hekimin sorumluluğu alanında, hukukçu bir denge sorununa çözüm getirecektir. Bir yandan hastayı hekimin özen eksikliğine karşı korumak gereklidir; diğer yandan hekime yazgının sorumluluğunu taşıtmamak, yeni çözümlerin araştırılmasını, daha etkili ancak rizikosu daha fazla olan tedavi yöntemlerinin geliştirilmesini engellememek gerekir."[16].

Sorumluluk hukukunda kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır. Ceza Hukukunda farklı olarak burada, borçlu her türlü kusurundan sorumlu olduğu için, kusurun ağırlığı belirlenecek tazminatın miktarı yönünden önem taşır.Kast, hukuka aykırı sonucun bizzat istenerek meydana getirilmesidir. Örneğin, yüksek tedavi ücreti almak için, tedavi süresinin bilerek uzatılması, gereksiz ameliyat etmesinde olduğu gibi. Hekimin sorumluluğunda kasıtlı davranışlar fazla görülmez, sorumluğa esas fiiller daha çok ihmal şeklindedir.

14 Öztürkler, c., s.131.

15 Eren, F., 552, Tandoğan, H., Mesuliyet, s. 45

16 Kaneti, S., Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda İspat Yükü, Türk Hukukunda hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983, s. 63.

İhmal[17], borçlunun hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli olduğu özeni göstermemesidir. İhmalin belirlenmesindeki kıstas, borçlunun mensup olduğu kategori içinde yer alan, ortalama tipin aynı hal ve şartlar altında göstereceği davranıştır. Mesela pratisyen hekimin davranışı, ortalama seviyede pratisyen hekimin davranışıyla, uzman hekimin, orta seviyede uzman hekimin davranışıyla kıyaslanır [18].

2-Tıbbi Müdahalede Kusur

Hekimin hukuki sorumluluğu incelenirken üzerinde durulan önemli konulardan biri de " meslek kusuru"dur[19,20] Meslek kusuru, söylemi esasen tıbbi müdahalenin kötü uygulaması yanında daha dar bir anlamı içermektedir.

Çetin Aşçıoğlu'na göre "doktorların davranış ve eylemlerinde "doktorluk kusuru" diye kendine özgü bir kusur çeşidi söz konusu değildir, somut olayda kusurun bulunup bulunmadığı genel hukuk kurallarına ve yöntemine göre çözümlenecektir.

Gerek hukukumuzda , gerek Alman ve İsviçre Hukuklarında tıbbi müdahalede kötü uygulamanın , kusurun tanımı yapılmamıştır, meslek kusur kavramı ise öğreti ve içtihatlarda yer almıştır. Bu konuda genellikle kabul edilen ve ilk olarak 1879 yılında Rudolf Virchow tarafından yapılmış tanımlamaya göre ise, "meslek kusuru, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini ifade eder". Yani hekimin, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp kabul edilmiş kuralları gerekli dikkat ve ihtimamının eksikliği nedeniyle nazara almaması, çiğnemesidir[21] .

"Tıp biliminin ulaştığı düzeye göre, her hekimin bilmesi gereken Bilgilerin eksikliğinden kaynaklanan meslek hataları, kusur olarak değerlendirilmelidir. Kusurun değerlendirilmesinde, hekimin özel durumu da göz önünde tutulmalıdır."[22]Hekimin sorumluluğu için sadece meslek kusurunu gerekli gören görüşün kabulü, kusurun belirlenmesinde, hekimin tıbbi müdahalesinden zarar gören zayıf konumdaki hastanın ispatını güçleştirecektir. Bilimsel gelişmeler karşısında, aynı şartlar için tercih edilebilecek tedavi yöntemlerinin çeşitliliği de bizim bu görüşümüzü desteklemektedir. Diğer yandan hekimlerin uymakla yükümlü oldukları kuralları belirleyen en önemli yasal düzenleme Tıbbi Deontoloji Tüzüğüdür. Bu tüzüğün 2, 6 ve 10. maddelerinde; hekime muayene hususunda dikkat ve özen göstermesi, sanat ve mesleğini icra ederken, hiçbir tesir ve nüfusa kapılmaksızın, vicdani ve mesleki kanaatine göre hareket etmesi

17 "Hastanın karnında pens unutulması, hoş görülebilecek bir tarafı olmayan ağır bir savsamadır" 4. H.D. 1976/4260-1393, Özkaya, s.506.

18 Ayan, s.102.

19 Ayan, s.104

20 Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulama anlamında, meslek kusuru , tedavi hatası, hekim hatası gibi terimlerde kullanılmaktadır.

21 Ayan, s. 105.

22 Kaneti, S., s.68.

öngörülmüş, tatbik edeceği tedaviyi seçmekte serbest bırakmıştır. 11. maddede klasik metotların fayda vermeyeceği durumda, kafi derece denenmiş metotların tatbiki şartları düzenlenmiştir.

Kısaca yasal düzenleme, genel geçer tıp şartlarının olamayacağını bizce öngörmüş, hekimin davranış normlarını bu öngörü ile düzenlemiştir. Bu halde somut olayda, tıbbi müdahalede kötü uygulamanın olup olmadığının değerlendirilmesi (standart uygulamayı yapmama, geç veya yanlış teşhis, geç veya yanlış tedavi, tedavi vermeme) ve bunlardan birinin ihlali, zarara sebep olması halinde kusur olarak sağlık çalışanına yükletilebilecektir. Yargıtay'ın eski kararları daha çok meslek kusurunu, kusurun tek çeşidi olarak gösterilmişse de yeni tarihli kararlarının bizim görüşümüzü desteklediği düşüncesindeyiz[23]

C-Zarar

Geniş anlamda zarar kavramıyla; kişinin malvarlığına ilişkin zarar olan "maddi zarar" ile kişinin şahıs varlığına ilişkin olan zarar "manevi zarar" ifade edilmek istenmektedir[24].Sağlık çalışanın sorumluluğunda zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde oluşan istenmeyen değişiklikler nedeniyle ortaya çıkar; malvarlığında eksilme maddi, kişisel değerler üzerindeki eksilme bozulma ise manevi zararı oluşturur[25].Sözleşme sorumluluğunda zarara ilişkin belirttiğimiz durumlar burada aynıdır.[26] Zararın varlığını, hasta ispatlamalıdır. Zararın türleri ve özellikleri aşağıda hukuki sorumluluğun sonuçları bölümünde, zararın neler olduğu kapsamı ve hesaplanması geniş olarak yer almıştır[27]

D-İlliyet Bağı

Sağlık çalışanın akit dışı sorumluluğu için de gerekli son şart, hukuka aykırı, kusurlu eylem (tıbbi müdahalede kötü uygulama) ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir söyleyişle, zarar, kusurlu davranışla meydana gelmiş olmalıdır. Buna karşılık, normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, artık sorumluluk olmaz.

"Uygun illiyet teorisinin iki fonksiyonu vardır. Bunlar, sorumluluğu kurma ve sorumluluğu sınırlama fonksiyonudur... Sorumluluğu kuran illiyet, haksız bir fiilin veya sorumluluğu doğuran diğer bir olayın, hukuki bir değerin ihlalinin ve bu ihlalden doğan zararın uygun sebebi sayılıp, sayılamayacağını..., buna karşılık

23 13.H.D. E.1973/2637, K.1974/2492, "...doktorlar tarafından yapılan ameliyatlar beklenilen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur izafe edilemez", ; 13. H.D., 2002/2589-4560 K. "..doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda dahi bu terddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve gerekli olan koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür." Kazancı

24 Özdemir, s. 170.

25 Aşçıoğlu, Tıbbi yardım, s.99.

26 zararın kapsamı ise aşağıda "Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları" başlığı altında yer almaktadır.

27 Bkz. Tıbbi Müdahalede kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Tazminatın Kapsamı ve Hesaplanması

sorumluluğun çerçevesini sınırlayan illiyette, zararlandırıcı sonuçla talep edilen zarar arasında uygun bir sebep-sonuç bağının mevcudiyeti aranır."[28]

Doktorun tıbbi yardım sırasındaki kusuru, doğal gelişmeyi etkilemiş ve zararlı sonucun gerçekleşmesini önemli ölçüde artırmış ise illiyet bağı kabul edilmelidir[29,30]

İlliyet bağının ispatı da hastaya aittir. Hastadan kesin bir ispat yerine emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlaması istenir. Dolayısıyla, onun, hadiselerin olağan akışına göre hekimin davranışının böyle bir sonucu yaratmaya elverişli olduğunu ispatlaması yeterlidir. Zira, hastanın illiyet bağını kesin şekilde ispatlamasını beklemek, aşırı güçlüğü nedeniyle hakkaniyete aykırı olurdu. Mesela, ağır şekilde yaralanmış hastalığı ilerlemiş hastanın tedavisinde, illiyet bağının bulunup bulunmadığı güçlük arz eder. Rasyonel bir tedavi uygulansaydı, büyük bir ihtimalle hasta iyileşirdi, denebiliyorsa ölümün, hekimin kusurlu davranışı yüzünden gerçekleştiği söylenebilir[31].

II-Tıbbi Müdahalede Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ve Şartları

Hasta ile sağlık çalışanı arasındaki ilişki, çoğu kez konusu tıbbi müdahale olan bir sözleşmeye dayanır. Sağlık çalışanın , sözleşmeden doğan sorumluluğundan bahsedebilmek için taraflar arasında konusu tıbbi müdahale olan geçerli bir sözleşmenin kurulmuş olması gerekir. Sözleşme ilişkisinin bulunduğu hallerde sorumluluğun kaynağı sözleşmeye dayandırılabileceği gibi haksız eyleme de dayandırılabilir.Çünkü tıbbi müdahale esasen kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne karşı bir müdahale olup, sözleşmeye aykırı davranış Borçlar kanunu anlamında haksız fiil de teşkil eder.

Doktorların tedavi nedeniyle sorumluluğunda -kural olarak- sorumluluğun sözleşmeye veya haksız eyleme dayandırılmasında sorumluluğun belirlenmesi ve sonuçları açısından önemli bir ayrılık bulunmamaktadır.[32] Anılan sebeple, sözleşme ilişkisinden doğan hukuki sorumluluğunun şartları, bölüm başlığındaki açıklamaların haksız fiil sorumluluğunun unsurları olarak belirtmenin de yanlış olmayacağı düşüncesindeyiz.Sağlık çalışanı ile hasta arasındaki sözleşmenin gerek isimlendirilmesi ve gerekse hukuki mahiyeti konusunda doktrin ve

28 Eren, F., Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun illiyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s.54.

29 Aşçıoğlu, Tıbbi yardım, s.103

30 Doktorun sorumluluğunda, uygun illiyet bağının araştırılması gerektiğinde, bu yönde Sağlık Şurasından rapor alınmalıdır.

"....davalı işe el koyduğunda röntgen yoluyla neşir veya bulunduğu noktayı araştırmamış ve ertesi güne kadar hastanın durumunun kötüye gidip ditmediğini takip etmemiş olması, bir meslek ihmali sayılmıştır. Sonradan yapılan müdahale sırasında hastanın iç kanamadan öldüğü sabittir. Otopside; kurşunun karın boşluğunda, hicabı haiz göğüsteki yolu tahribat şekil ve derecesi belirtilmiştir. O halde, zararla, davalının savsaması arasında uygun sebep sonucun bulunup bulunmadığı üzerinde durmak gerekir.4.H.D. 2.3.965, E.14605, K.1160, Özkaya s.516.

31 Ayan, s.111,112

32 Aşçıoğlu, ç., Tıbbi Yardım, s.65.

uygulamada tam bir birlik yoktur. Tıbbi müdahalede bulunacak kişiyi veya tıbbi müdahale talep edilen birimi esas alan isimlendirmeler mevcuttur.

Bu sözleşmenin bir hekimle, hasta arasında olması halinde "tedavi sözleşmesi"[33] veya "hekimlik sözleşmesi"[34] olarak; tedavi hizmeti sunan sağlık kuruluşuyla hasta arasında olduğunda, "teşhis ve tedavi sözleşmesi"[35] veya "hastaneye kabul sözleşmesi"[36] olarak isimlendirildiğini görmekteyiz.

Konusu tıbbi müdahale olan bu sözleşmenin hukuki niteliği hakkında değişik görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlar konuyu sadece hekim yönünden alarak bunun Borçlar Kanunda düzenlenmiş olan hizmet akti olduğunu[37], bir kısım yazarlar diş protezi ve estetik cerrahi müdahaleleri esas alarak durumun istisna sözleşmesi niteliğinde de olabildiğini[38], diğer bir kısım yazarlar ise hasta ile kurulan bu sözleşmenin kendine özgü bir sözleşme olduğunu[39], hakim görüş ise hasta ile kurulan bu sözleşmenin Borçlar Kanunda düzenlenmiş olan vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunmaktadır.[40]

Kural olarak sağlık çalışanı-hasta arasındaki ilişki karşılıklı rızaya dayalı bir sözleşmedir. Bu sözleşme tıbbi müdahaleden kaynaklı, özellikleri olmakla birlikte, borçlar hukuku sözleşmelerine uygun mütalaa edilebilir. Tabi ki, konusu insan yaşamı olması, kişilik hakkına hukukun yüklediği önem, tarafların içinde bulundukları durum ve konumları özellik gösterir. Zira sözleşme sorumluluğun temeli, borca aykırılık unsurudur ve burada şahıs varlığı zararı söz konusudur. Taraflardan, sağlığını yitirmiş olan hasta, zayıf durumdadır. Buna karşılık eğitimi ve sanatı gereği, bunu icra etme hakkı olan hekimin mesleki yükümlülükleri mevcuttur. Diğer yandan kanunların hekime yüklediği yükümlülükler, çoğu kez hekimlik mesleği kuralı olarak karşımıza çıkar. Bunun neticesi sözleşmenin ihlali, meslek kurallarının ihlalidir ve sorumluluk sebebidir. Sözleşmenin hukuki niteliği, konusunda değişik görüşler vardır; bunları tedavi/hekimlik sözleşmesini kendine has (sui generis) bir sözleşme sayanlar ve yasada düzenlenmiş sözleşme tiplerinden birine tabi tutanlar olarak iki gurupta toplamak mümkündür.

Tedavi sözleşmesini, kendine has sözleşme olarak nitelendiren yazarlara göre, burada her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde olduğu gibi iki bireysel çıkar sahibinin anlaşmasına dayalı olarak karşılıklı edim mübadelesi mevcut değildir. Aksine, sözleşmenin muhtevası yardım, güven, anlayış, özen ve şefkatten

33 Şenocak, Z., s.18
34 Ayan, M., s.49, Aşçıoğlu, Ç., İpekyavuz, F.
35 Özdemir, H., s. 28
36 Akkanat, H., Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, s.25, Seliçi'ye Armağan, İstanbul
37 Gücün, Ç.A., Nazari ve Ameli Hukuk Davaları, C.II, s.756, İstanbul, 1946, Donay, S., Doktorun Hukuki Sorumluluğu, İkt. Tic. Der, Sayı .10, s.44-45, 1968(Şenocak, Z.,naklen s.18)
38 Reisoğlu, s.12, Aşçıoğlu, Ç., s.33, Özay, M., s.Ayan, m., s.54
39 Atabek/sezen(Şenocak, Z., naklens.18)
40 Reisoğlu, S., s.12, Köprülü, Ö., s.10, Aşçıoğlu, Ç., s.32, Ayan, M., s.54 , Şenocak, Z., s.33,

oluşmaktadır[41]. Dolayısıyla bu sözleşmeyi yasada düzenlenen herhangi bir sözleşmeye sokmak mümkün değildir. Doktrin ve uygulamada azınlık olan bu görüşü, Türk Hukukunda Atabek/Sezen savunmuştur[42].

Hekimlik sözleşmesinin kanunda özel olarak düzenlenmiş tipik sözleşmelerden birine tabi kılınmasını savunan görüşler, bu konuda üç değişik sözleşme tipi önermişlerdir.

Bunlar, "hizmet sözleşmesi", "eser sözleşmesi", "vekalet sözleşmesidir"[43].

Türk, İsviçre Hukukunda hakim görüş, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olduğudur[44]. Bizim de katıldığımız bu görüşün açıklanması için öncelikle vekalet sözleşmesinin unsurları belirlenmelidir, aşağıda bu konu hekimin sorumluluğu esasları aşağıda açıklanmıştır[45].Hekimlik (tedavi) sözleşmesinin bir iş görme sözleşmesi olarak vekalet sözleşmesidir.

Vekalet BK. 386/I'e göre, "vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler". Tandoğan, vekalet sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır: "vekalet öyle bir akittir ki vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi, bir zaman kaydın atbi olmaksızın ve nisbeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilmemesi rizikosu ona ait olmak üzere yükler"[46].

Vekalet, borç doğuran bir sözleşmedir. Hasta ve hekim arasında kurulur ve rızai bir sözleşmedir. BK. 386/III gereğince, sözleşmeyle ücretin kararlaştırılması mümkündür ya da teamülün bulunması halinde vekil ücrete hak kazanır; bu hallerde vekalet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir. Belirli bir işin görülmesini amaçlayan vekaletler hariç, vekalet sözleşmesiyle taraflar arasında devamlı borç ilişkisine benzer bir ilişki doğar[47].BK. 386/I de "işin idaresi" denilmiştir. Yapılacak işin, Örneğin, asil adına kira sözleşmesi akdedilmesi gibi hukuki işlem benzeri olması veya maddi fiille yapılması mümkündür. Bu son durumda maddi fiil, hekimin hastayı muayene ve tedavi etmesi şeklindedir.

Doktorun gördüğü iş (tanı, iyileştirme), hastası olan kişinin çıkarına ve onun isteğine uygun olarak yapılmaktadır (1219 sayılı kanunun 70. maddesi), bu yapılan işin doğal sonucudur[48]. Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade

41 Wiethölter, (Ayan, M. Aynen s.51).

42 Atabek/Sezen, Hekimin Mesuliyeti İBD, s.2.1954, s. 144-145(Ayan, M., s 51)

43 Ayan, M., 51.

44 Bu görüşü savunanlar; Ayan s56, Aşçıoğlu , Tıbbi Yardım s.15, Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 416, Eren(Ayan, s.51) ; Yargıtayın yerleşik içtihat kararları, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet akti olduğu yönündedir. Nitekim Yargıtay 13 H.D. e. 2002/13959, K.2003/2380 sayılı 6.3.2003 tarihli kararında "...dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır(mk:qMST Store:C/Program KAZANCI).

45 Bkz, "Hekimin Sözleşme İlişkisinden Doğan Sorumluluğu" başlığı ve devamı.

46 Tandoğan, s.356, Aral, F., s.403

47 Tercıer, N., 3926(Aral, F., 404 aynen)

48 Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi Yardım, s.16.

açıklamasında bulunmaları sözleşmenin doğumu için gerekli ve yeterlidir (BK. Md.1/II). Hatta sözleşmenin örtülü irade beyanıyla kurulması da mümkündür. Hekimin hastayı kabulü, muayene etmesi, bir kısım tedavi tedbirlerine başlaması gibi davranışlar taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin meydana gelmesi bakımından yeterlidir[49] .

Hekimin tıbbi müdahalesi, hasta tarafından gereklidir. Ancak sözleşme serbestisi esasına uygundur; çünkü hasta, kendisini tedavi etmek üzere hekimi kendisi serbestçe seçer. Diğer taraftan, hastanın seçtiği hekim de hastanın tedavisini üstlenmek istemeyebilir. Bu da sözleşme serbestisinden beklenen amaca uygundur. Fakat, hasta için , hekimin faaliyeti, tedavi için gereklidir ve zayıf konumda olan hastadır , tüm bu sebeplerle, BK. 387. maddesine göre de hekimin(sağlık çalışanın) red hakkını derhal ve birinci bölümde belirttiğimiz esaslarla kullanması gerekir.

"Tedavi sözleşmesinde, tedavi vekaletinin kapsamı (tarafların hak ve borçları) açıkça belirlenmiş olabilir. Şayet böyle bir belirleme yoksa; vekaletin kapsamı, yöneldiği işin mahiyetine göre tayin edilir (BK. Md.388/I). Bu arada, hekim için öngörülmüş bulunan tıbbi meslek kuralları da göz önünde tutulur."[50]

Hastanın, sağlık çalışanına müracaatı üzerine başlayan süreçte öncelikle hastanın kabulü edilmesi, kendisiyle iletişimle öyküsünün alınması, kimlik ve şikayetinin tanınması bu sürecin ilk adımıdır. Hastalığın ortaya konulabilmesi teşhis ve ardından konulan teşhise göre tedavi edilmesi ve bu aşamalar içinde hastanın aydınlatılarak, müdahaleye rızasının alınması gerekir. Bu süreçte sağlık çalışanı sadakat ve özen göstermeli, kurulan bu ilişkide edindiği sırları da bu sadakat kapsamında saklamalıdır. Hastanın kayıtlarının tutulması, yine sağlık çalışanınca yapılacaktır. Bu kayıtlar, teşhis ve tedavinin gereği olduğu gibi diğer yanda da ihtilaf anında delil durumundadır.

Bu bağlamda, sağlık çalışanın en önemli yükümlülüğü sadakat ve özendir. Kısaca, en genel tanımlamayla, sağlık çalışanın sözleşmeden doğan sorumluluğu için öncelikle geçerli sözleşmenin olması, sağlık çalışanın eyleminin hukuka aykırı ve kusurlu olması, zararın varlığı ve zararın kusurlu sayılan eylemin sonucu olması gerekir.

1-Hukuka Aykırılık: Hukuka aykırılık, bireylerin mameleki ve şahsi varlıklarını doğrudan koruyan, uyulması gereken davranış biçiminin bozulmasıdır[51]. Tıbbi yardımın olağan kaçınılmaz olumsuz sonuçlarının söz konusu olduğu durumlarda hukuka aykırılıktan söz edilmektedir. Diğer taraftan çoğu kez doktorun tıbbi el atmalarında kusur ve hukuka aykırılık iç içe bulunmaktadır[52].

49 Ayan, M., s.56.
50 Ayan, M., s.58.
51 Tandoğan, H., s.17.
52 Aşçıoğlu. Ç., Tıbbi Yardım, 66

Sözleşmenin ihlali "ifa etmeme", "malpraktis" kötü ifa ve "gereği gibi ifa etmeme" olarak karşımıza çıkar."Doktorun, bir iyileştirme yükümlülüğü olmamakla beraber, sözleşme içinde tıp san'atının kendisine yüklediği bütün kurallara uymak zorundadır; doktor tıbbi el atma ve yardımının iyileşme ile sonuçlanacağını değil; tıp san'atının zarar vermeyecek biçimde uygulayacağını yüklenmektedir. Bunun yanında tıbbi yardım sırasında tıp san'atının uygulanmasını düzenleyen yasa ve tüzüklere uymak zorundadır. İşte doktorun bu kurallara aykırı davranışı olmadıkça hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir[53].

Gerçekten, hekim ve hasta arasındaki sözleşmeden hekim için doğan en önemli borç, sözleşmenin amacına uygun olarak hastalığın teşhis ve tedavisidir. Ancak, hekim için tedavi sözleşmesinden kaynaklanan yegane borç bu değildir. Hekimin , "hastayı aydınlatma", "sadakat ve özen gösterme", sır saklama", "kayda geçirme", gibi yükümlülükleri de vardır. Sözleşemeye uygun tedaviden söz edilebilmesi için hekimin bu yükümlülüklere de riayet etmesine bağlıdır. Aksi takdirde hekim bu yüzden zarar gören hastaya karşı tazminat ödemek mecburiyetinde kalır. Hatta hekimin, tıbbi müdahaleleri için sorumluluğu bu yükümlülüklerin ihlalinden kaynaklanmaktadır. Tedavi sözleşmesinden doğan yükümlülüğün ihlal edildiğini ispat yükü hastanın üzerindedir. O, hekimin tedavi faaliyetini gerçekleştirirken yerine getirmekle yükümlü olduğu hangi borcu ihlal ettiğini kanaat verici şekilde ortaya koymak mecburiyetindedir[54] .

2-Kusur: Sorumluluk hukukunda kusur, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır. Ceza Hukukunda farklı olarak burada, borçlu her türlü kusurundan sorumlu olduğu için, kusurun ağırlığı belirlenecek tazminatın miktarı yönünden önem taşır. Kast, hukuka aykırı sonucun bizzat istenerek meydana getirilmesidir. Örneğin, yüksek tedavi ücreti almak için, tedavi süresinin bilerek uzatılması, gereksiz ameliyat etmesinde olduğu gibi. Hekimin sorumluluğunda kasıtlı davranışlar fazla görülmez, sorumluğa esas fiiller daha çok ihmal şeklindedir.

İhmal[55], borçlunun hukuka aykırı sonucu istememekle birlikte böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli olduğu özeni göstermemesidir.

İhmalin belirlenmesindeki kıstas, borçlunun mensup olduğu kategori içinde yer alan, ortalama tipin aynı hal ve şartlar altında göstereceği davranıştır. Mesela pratisyen hekimin davranışı, ortalama seviyede pratisyen hekimin davranışıyla, uzman hekimin, orta seviyede uzman hekimin davranışıyla kıyaslanır [56].

Hekim veya hastane; sağlık çalışanı ile hasta arasındaki ilişki sözleşmeye dayandığı kabul edilecek olursa, kusurun kanıtlanmasının zarar gören hastaya yükletilemeyeceği söylenebilir. Zira Borçlar Kanunu 96. maddesine göre, sağlık çalışanı kendisine kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe, zararı ödemek

53 Aşçıoğlu, Tıbbi yardım , s.67.

54 Ayan, M., s.64.

55 "Hastanın karnında pens unutulması, hoş görülebilecek bir tarafı olmayan ağır bir savsamadır" 4. H.D. 1976/4260-1393, Özkaya, s.506.

56 Ayan, s.102.

zorunda olduğu ileri sürülebilmektedir. Ancak, tıbbi yardımlar, farklı bir özellik arz etmektedir. Tıbbi yardımda bulunulan kişilerin ekseriyetle sağlıklı kişiler değildirler ve istenmeyen durumların meydana gelme olasılığı fazladır. Bu nedenle hekim veya hastaneden kusursuzluğunu kanıtlamasını istemek, onların durumunu gereğinden fazla ağırlaştırır. Kural olarak, tıbbi el atmalarda kusur karinesi, uygulanmamalıdır.[57]

3-Zarar: Geniş anlamda zarar kavramıyla; kişinin malvarlığına ilişkin zarar olan "maddi zarar" ile kişinin şahıs varlığına ilişkin olan zarar "manevi zarar" ifade edilmek istenmektedir[58]. Sağlık çalışanın sorumluluğunda zarar, insan yaşam ve sağlığı ile ruhsal bütünlüğünde oluşan istenmeyen değişiklikler nedeniyle ortaya çıkar; malvarlığında eksilme maddi, kişisel değerler üzerindeki eksilme bozulma ise manevi zararı oluşturur[59].Sözleşme sorumluluğunda zarara ilişkin belirttiğimiz durumlar burada aynıdır.[60] Zararın varlığını, hasta ispatlamalıdır.

4-İlliyet Bağı: Sağlık çalışanın akti ve akit dışı sorumluluğu için de gerekli son şart, hukuka aykırı, kusurlu eylem(tıbbi müdahalede kötü uygulama) ile zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır. Başka bir söyleyişle, zarar, aktin ihlaliyle meydana gelmiş olmalıdır. Buna karşılık, normal hayat tecrübelerine göre zararı doğurmaya elverişli değilse, artık sorumluluk olmaz.

"Uygun illiyet teorisinin iki fonksiyonu vardır. Bunlar, sorumluluğu kurma ve sorumluluğu sınırlama fonksiyonudur... Sorumluluğu kuran illiyet, haksız bir fiilin veya sorumluluğu doğuran diğer bir olayın, hukuki bir değerin ihlalinin ve bu ihlalden doğan zararın uygun sebebi sayılıp, sayılamayacağını..., buna karşılık sorumluluğun çerçevesini sınırlayan illiyette, zararlandırıcı sonuçla talep edilen zarar arasında uygun bir sebep-sonuç bağının mevcudiyeti aranır."[61]

İlliyet bağının ispatı da hastaya aittir. Hastadan kesin bir ispat yerine emarelere dayalı kuvvetli bir ihtimali ispatlaması istenir. Dolayısıyla, onun, hadiselerin olağan akışına göre hekimin davranışının böyle bir sonucu yaratmaya elverişli olduğunu ispatlaması yeterlidir. Zira, hastanın illiyet bağını kesin şekilde ispatlamasını beklemek, aşırı güçlüğü nedeniyle hakkaniyete aykırı olurdu. Mesela, ağır şekilde yaralanmış hastalığı ilerlemiş hastanın tedavisinde, illiyet bağının bulunup bulunmadığı güçlük arz eder. Rasyonel bir tedavi uygulansaydı, büyük bir ihtimalle hasta iyileşirdi, denebiliyorsa ölümün, hekimin kusurlu davranışı yüzünden gerçekleştiği söylenebilir[62].

57 Aşçıoğlu, Ç., s.139, Ersoy, Y., s.184
58 Özdemir, s. 170.
59 Aşçıoğlu, Tıbbi yardım, s.99.
60 zararın kapsamı ise aşağıda "Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları" başlığı altında yer almaktadır.
61 Eren, F., Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun illiyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s.54.
62 Ayan, s.111,112

C- Sağlık Çalışanın Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu

Zaruret hali içinde bulunan bir hastanın hayatını kurtarmak veya ağır bir zarara uğramasını engellemek için tıbbi müdahalede bulunan hekim ile hasta arasında sözleşme ilişkisi bulunmaz. Aynı şekilde, ameliyatın devamı esnasında, ortaya çıkan bir zorunlu genişletme halinde, genişletilen kısım için de hekim ile hasta arasında herhangi bir sözleşme yoktur. Bu gibi durumlarda, vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanır[63].

Bir kimsenin başkasına ait işi görmesi kural olarak vekalet verilmiş olmasını gerektirir. Vekaletsiz iş görme, vekaletin kapsamının aşılması biçiminde de ortaya çıkar. Konusu "iş görme" dir ve Borçlar Kanunun iş görme sözleşmeleri arasında düzenlenmiştir.Borçlar Kanunun 410. maddesinde, vekaletsiz iş görme; "Vekaleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufta bulunan kimse, o işi iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmaya mecburdur" şeklinde düzenlenmiştir.Hükmün içeriğinden, üç husus dikkat çekmektedir, bunlar; bir iş görme iradesi, başkasına ait işin, vekaleti olmayan kişi tarafından görülmesidir.

İş sahibinin çıkarına uygun olarak girişilen ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayan vekaletsiz iş görmeye "caiz olan (gerçek) vekaletsiz iş görme", buna karşılık vekaletsiz iş gören öyle sansa da, aslında iş sahibinin menfaatine olmayan, ya da iş sahibinin açık yasaklamasına aykırı olan veya iş görenin, başkasına ait olduğunu bilerek ya da bilmeyerek kendi çıkarına yapmış olduğu işe yahut iş sahibi tarafından yetkili kılınmamış bir kişinin kendisine verdiği vekalete dayanarak iş sahibinin bir işini görmesi durumunda da "caiz olmayan vekaletsiz iş görme" denir[64].

Kısaca, sağlık çalışanın hasta yararına vekaletsiz iş görmesi, hastanın geçerli bir irade beyanında bulunamadığı durumlarda söz konusudur.

Hekimin bu suretle vekaletsiz iş gören sıfatıyla yaptığı tıbbi müdahaleler, hastanın muhtemel iyileşme menfaati sayesinde haklı görülmektedir[65] .Hekimlik faaliyetlerine uygulanan vekaletsiz iş görme durumlarının çoğunda, iş sahibi amacını açıklayamadığı için, yapılan tıbbi müdahalenin olası amacına uygun olduğu düşünülmektedir. Vekaletsiz iş gören, ayrıca, başlanan işe devam etme, işi bir bütün olarak görme, iş sahibine ihbar ve hesap verme, iş görme dolayısıyla elde edilen yarar ve malları iş sahibine devir ve teslim etme borçları altındadır[66].

Vekaletsiz iş görme, Borçlar Kanun 415. maddesi gereğince iş sahibin, yapılan işi kabul etmesiyle, icazetiyle vekalete dönüşür ve vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanır.

63 Yılmaz, B., s. 112
64 Zevkliler, s.378(Özay, M., s.105 aynen)
65 Öztürkler, C., s.168, Şenocak, Z., s.104, Özay, M., s.105
66 Tandoğan, H., Özel Borç İlişkileri, C.II, s.681(Özay M., s.105 aynen)

III-Tıbbi Müdahalede Kusursuz Sorumluluk ve Türleri

Sorumluluk türlerinden en yaygın olanı kusur sorumluluğudur. Kusur sorumluluğunda kusur, olumlu ve olumsuz etkilere sahiptir. Kusurun olumlu etkisi, sorumluluğu kurucu unsur olmasında görülür. Buna göre, zarar veren, ancak kusurlu olduğu takdirde sorumludur. Kusurun olumsuz etkisi ise, kusurun mevcut olmaması halinde sorumluluğun doğmaması anlamına gelir. Yani zarar veren kusurlu değilse sorumlu da değildir[67] .

Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde ise , tıbbi müdahale ilişkisinin daha çok sözleşmeye dayandığını, sağlık çalışanın, hastaya karşı tıbbi müdahaleden kaynaklı sorumluluğunun da sözleşme ve haksız fiil sorumluluğunun asıl olduğunu belirtmiş bulunuyoruz. Ancak, tıbbın ve teknolojinin geldiği bugünkü düzeyde, tıbbi sorumluluğun sadece haksız fiil ve sözleşme sorumluluğu ile sınırlandırılması; hem hukuki ilişkinin kendine özgü yönlerine uymayacağı gibi, bu ilişki de objektif özen borcunun belirleyiciliği karşısında, kusurun olmadığı durumda, zararın karşılanmamasının hakkaniyete uymayacağı da düşünülerek, kanunda yer alan kusursuz sorumluluk durumlarının tıbbi müdahaleler yönünden de geçerli olmalıdır.

Bilgileri olduğu üzere, sebep sorumluluğu olarak isimlendirilen ve haksız fiil ile sözleşeme sorumluluğu dışında kalan, kanundan doğan sorumluluklar "sebep olma" düşüncesine dayanmaktadır. Sebep sorumluluğunda, sorumluluğun gerçekleşmesi için sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı aranır.

Sebep sorumluluğunun en hafif şekli, olağan sebep sorumluluğudur ki, kusur sorumluluğu ile tehlike sorumluluğu arasında yer alır. Olağan sebep sorumluluğunda ne kusur ne de tipik tehlike sorumluluk sebebi değildir. Sorumluluk kanundan doğmaktadır ve kanunda belirtilen objektif özen ödevinin ihlaline dayanmaktadır.

Medeni Kanunda ve Borçlar Kanununda yer alan başlıca olağan sebep sorumluluğu halleri; adam çalıştıranın(BK. Md.55), bina ve diğer yapı eseri malikinin (BK. Md. 58), hayvan tutucusunun(BK: Md.56), taşınmaz malikinin sorumluluğu(Bk. Md. 54) saymak mümkündür.

Ancak sebep sorumluluğu halleri, bu kanunlarla sınırlı değildir. Sözü geçen kanunlarda, hükme bağlananlar örnek niteliğinde olup, bunların dışında kalan bazı hallerin de olağan sebep sorumluluğuna konu olması mümkündür[68]. Bizde bu düşünceye katılmaktayız ve tıbbi müdahaleler kanunda ayrıca belirtilmemiş olmakla birlikte, Tıbbi müdahale ilişkisinde Sorumluluğun esasının kötü uygulama ile sınırlandırılması, önerimizin temeli sağlık çalışanın objektif özen ödevini yerine getirmemesi durumunda sorumlu olması esasıdır. Şunu da belirtmek gerekir ki, özensizlik de bir anlamda kusurun objektifleştirilmesidir. Kusurun

67 Eren, F., s.460
68 Eren, F., s. 465

ispatının mümkün olmadığı ya da kusursuzluğun sabit olduğu ve buna karşılık hastada büyük bir zararın doğduğu durumda olağan sebep sorumluluğunun da yetersiz kalacağı şüphesizdir. Bu sebeple de bizce, çalışmanın pek çok yerinde yinelediğimiz üzere tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğun kendine özgü kuralları sebebiyle, özel bir düzenleme ihtiyacı vardır.

Bu açıklamalar ışığında; hekimin istihdam eden kimse olarak yardımcı şahısların fiillerinden sorumluluğu, hususi hastane işletmecisinin kendi ile hizmet akti ilişkisi içinde olan sağlık personelinin eylemleri ile hastaya verdikleri zarardan sorumlulukları; kendilerinin kusuruna dayanmayan, kanundan doğan sorumluluklarıdır. Diğer yandan, teknolojik gelişmeler, tıp alanında kullanılan teşhis ve tedavi cihazların türlerine her geçen gün çeşitlilik getirmektedir. Bu alet ve makinelerin kurulumları , bakım eksikliği gibi durumlarda hastanın zarar görmesi de mümkündür. Bu hallerde de şartların oluşması halinde, hekime/ hastaneye karşı Borçlar Kanunun 58. maddesindeki eser maliki sıfatıyla sorumluluğu söz konusu olabilir.

Hatta, Çetin Aşçıoğlu[69], doktorların kusura dayanmayan sorumluluğu içinde; deney için bulundurduğu hayvan ve mikropların verdiği zararlardan, Borçlar Kanunun 56. maddesine göre hayvan sahibi olarak sorumlu olabileceğini, yine ilaç kullanımdan sorumluluğunda kusursuz sorumluluk olduğunu belirtmektedir.

Ancak bizce, tıbbi müdahalelerden doğan sorumluluk kendi kurallarıyla özel olarak düzenlenmelidir. Bu konuda ise Karayolları Trafik Kanundaki gibi sebep sorumluluğunun daha özel bir şekli olarak düzenlenmesi halinde tehlike sorumluluğunun da söz konusu olabileceğini düşünüyoruz.

A-İstihdam Eden Sıfatıyla Sorumluluk

Kusursuz sorumluluk türlerinden biri olan istihdam edenin sorumluluğu, Borçlar Kanunun 55/I. Maddesinde düzenlenmiş olup; "Başkalarını istihdam eden kimse, maiyetinde istihdam ettiği kimselerin ve amelesinin hizmetlerini ifa ettikleri sırada yaptıkları zarardan mesûldür. Şu kadar ki, böyle bir zararın vuku bulmaması için hal ve maslahatın icap ettiği bütün dikkat ve itinada bulunduğunu yahut dikkat ve itinada bulunmuş olsa bile zararın vukuuna mani olamayacağını ispat ederse mesul olmaz". denilmiştir.

İstihdam edenin bu sorumluluğu bir kusur sorumluluğu olmayıp, olağan sebep sorumluluğudur. Bu nedenle, adam çalıştıranın özen, gözetim ve denetim borcunu yerine getirmeyerek yardımcısının, işin görüldüğü sırada başkasına zarar vermesi halinde, bu zarardan adam çalıştıran sorumlu olacaktır.

Kanun koyucu, adam çalıştıran kimseye yardımcısı üzerinde, "genel nitelikte objektif bir özen yükümlülüğü , bir gözetim ödevi" yüklemiştir.[70]

Bir ekip olarak gerçekleştirilen ameliyatta, ekip sorumlusunun, diğer

69 Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi Müdahale, s. 107.
70 Eren, F., s.575,

personelin kusuru ile verdikleri zarardan sorumluluğu, keza özel hastanenin tıbbi müdahale hizmetini sunumunda, yardımcı şahısları hekim ve diğer sağlık personelinin eylemlerinden sorumluluğu Borçlar kanunu 55. maddesi kapsamındadır.

Hastane işletmecisi, kendisi ile hizmet ilişkisi içersinde bulunan bir şahsın, sözleşmeye aykırı ve kusurlu eylemi ile uygun nedensellik bağı içersinde oluşan her zarardan sorumludur. İşletmeci, zarar görenin söz konusu fiilin uygun sonucu olarak ortaya çıkan maddi ve manevi zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır.[71]

Sağlık çalışanın, istihdam eden sıfatıyla sorumlu olabilmesi için yardımcı şahısla çalıştırma ilişkisinin bulunması gerekir ve yardımcı şahsın bu işin görülmesi sırasında hukuka aykırı davranışıyla üçüncü şahsa(hastaya) zarar vermesi asıldır.[72]Şüphesiz işin ifası sırasında verilen zararla, yardımcı şahsın hukuka aykırı davranışı arasında uygun illiyet bağının varlığı gerekir. Borçlar kanunun 55. maddesinde istihdam edenin objektif ihtimam görevini yerine getirmediği ve bu görevin ihlali ile meydana gelen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunduğu karine olarak kabul edilmiştir.[73] Hekim, yardımcı şahsı seçmede, mesela hemşirenin tıbbi faaliyete uygun yetenek, nitelik ve beceriye sahip olduğunu bu işte mesleki tecrübesinin bulunduğunu, bu hususdaki diploma, teorik ve uygulamalı sınavlarla seçildiğini ispat etmek suretiyle, ona talimat vermede ve denetlemede gerekli dikkat ve ihtimamı göstermiş olduğunu ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. İstihdam eden sıfatıyla sorumlu tutulabilmesi için, ayrıca durumun gerektirdiği bütün dikkat ve ihtimamı göstermiş olsaydı bile zararın meydan gelmesine engel olamayacağını, yani kendisinin ihtimama görevini ihlal etmesi ile meydan gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesilmiş olduğunu ispat edememiş olması gerekir.[74]

Borçlar Kanunun 55. maddesindeki sorumluluk için zamanaşımı 1 yıldır ve kurtuluş kanıtı getirilebilir. Burada yardımcı kişinin fiilinden sorumluluk için sorumlunun, yardımcı kişiyi seçme, denetleme, görev ve yetkisinin olması gerekir. İstihdam eden sıfatıyla sorumlu tutulmasında, ayrıca durumun gerektirdiği bütün dikkat ve özen gösterilmiş olsaydı bile zararın meydana gelmesine mani olunamayacağının yani kendisinin özen ödevini yerine getirmemesi ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesilmiş olduğunun ispat edilmesi kurtuluş kanıtı getirilmesidir. Zira sağlık çalışanı veya hastane adam çalıştıran sıfatıyla sorumluluktan; illiyet bağını kesen genel sebeplerin yani zarar görenin kendi kusurunun veya üçüncü şahsın kusurunun yahut mücbir sebebin varlığını ispatlamak suretiyle sorumluluktan kurtulabilir.

71 Akkanat, H., s.30
72 Tandoğan, H., Mesuliyet s.109, Eren, F.,
73 Tandoğan, H., Mesuliyet s.117
74 Şenocak, Z., s.115

B-Eser Maliki Sıfatıyla Sorumluluk

Hekim tıbbi faaliyeti esnasında çok sayıda yardımcı araç kullanır. Fakat hekim, elektrikli makineler gibi teknik cihazların kusursuz çalışmalarını güvenceye alacak teknik bilgiye çoğu kez sahip değildir. Hastalar bu alet ve makinelerin hatalı kurulumları, eksik bakım ve tamirleri sebebiyle zarar görmektedir. Mesela, narkoz aletinin bağlantı hortumundaki, farkına varılmayan kopma dolayısıyla hasta zarar görebilir. Böyle durumlarda, sağlık çalışanına karşı şartları olması halinde Borçlar kanunun 58. maddesindeki hükme göre dava açılabilir.[75]

Borçlar Kanunun 58. maddesi "bina ve eser malikinin sorumluluğuna" ilişkindir. Ancak hükmün "diğer imal olunan şeyler" tabiri, sorumluluğun alet ve makineler için de söz konusu olabilecektir.

Borçlar kanunun 58. maddesinden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için yapı eseri olarak kabul edilebilen tıbbi alet ve makinelerde yapım bozukluğunun veya bakım eksikliğinin mevcut olması gerekir. Ancak, söz konusu bozukluğun veya eksikliğin bir mücbir sebep dolayısıyla meydana gelmemiş olması gerekir. Yapı eseri malikinden beklenen ihtimam yükümlülüğü sınırsız değildir; bu nedenle hekim tarafından alınması beklenebilecek tedbirlerin makul ve mümkün bir nitelik taşıması gerekir.[76]

Teknolojinin geldiği bu durumda devasa nitelikteki cihazları, Borçlar Kanunun 58. maddesinde yer alan eser kavramına dahil etme kanımızca mümkündür. Sağlık çalışanın BK: 58 e göre sorumlu olabilmesi için eser olarak kabul edilen tıbbi cihazlarda yapım bozukluğunun veya bakım eksikliğinin olması gerekir. Yapım ve bakım eksikliğinin varlığı halinde zararla uygun illiyet bağı var kabul edilir. BK. 55 maddesinden farklı olarak burada eser maliki için kurtuluş kanıtı getirme hakkı tanınmamıştır. İlliyet bağını kesen genel sebepler, mücbir sebep gibi, burada da varlığı halinde sorumluluk eser sahibi yönünden bertaraf edilmiş olur. Burada görüldüğü üzere eser sahibinin sorumluluğu ağırlaştırılmış, tehlike sorumluluğuna yakın bir sebep sorumluluğu olarak düzenlenmiştir.

C-Tehlike Sorumluluğu

Tehlike sorumluluğu, sorumluluk türlerinin en ağırıdır.Bu tür sorumlulukta kişinin sorumlu olması için kusurlu olması ya da objektif özen görevini ihlal etmesi beklenmez. Kanun koyucu, özel bir düzenleme ile bazı olgulara tehlike sorumluluğunu bağlamıştır. Başka bir deyişle, modern toplum yapısının gerekli kıldığı bazı kuruluş ve faaliyetlerin, varlıkları, işletilmeleri, veya icralarının yol açacağı özel tehlike nedeniyle doğabilecek zararlardan hukuk düzeni bunların sahip veya işletenlerini sorumlu tutmuştur. Bu işletme veya nesnelerin sahipleri, bunların sebep olduğu zararı gidermek zorundadır.[77]

Tehlike sorumluluğu da esasen bir sebep sorumluluğudur. İşletme ile

75 Şenocak, Z. S.116
76 Şenocak, Z. S.116
77 Eren, F., s.467

gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunması yani zararın sebebinin işletme olması gerekir.

Sorumluluğun kurulabilmesi için zararın mutlak faaliyet veya işletmeye özgü tipik tehlikenin gerçekleşmesi sonucu meydana gelmesi gerekir. Zarar tipik tehlikeden değil de zarar görenin kusurundan kaynaklanmışsa, işletme sahibi ilke olarak sorumlu olmayacaktır[78].

Tehlike kavramı, iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Birinci anlamda tehlike, zararın gerçekleşme ihtimalindeki sıklık ve yüksekliği, ikinci anlamda ise, gerçekleşen zararın şiddet ve yoğunluk, büyüklük ve ağırlığını ifade eder[79].

Bu tür faaliyet ve işletmelerde çevreye zarar verme hususunda bir eğilim söz konusudur. Örneğin, radyoaktif maddelerin yayılmasında doğacak zararın niteliğini, boyutlarını tahmin etmek bile güçtür.

Sorumluluğun gelişmiş ve özel türü olan "tehlike sorumluluğu" yabancı ülkelerde olduğu gibi ülkemizde de özel kanunlarla düzenlenmiştir. Doktrinde, bu kanunların değişik zamanlarda ve bağımsız şekillerde çıkarılmasının biri biri ile çelişkileri olduğuna işaret edilmektedir ve tehlike sorumluluğuna ilişkin genel bir hükmün konulmasını savunmaktadırlar[80]. Karşı görüşte olanlar[81], tehlikenin tek bir tanımı olamayacağı düşüncesiyle buna karşı çıkmakta, her somut hal için çıkartılan kanunların muhafaza edilmesi gerektiğini, yeni durumlar içinde yeni kanunlar çıkartılması gerektiğini savunmaktadırlar.

Eren[82], ülkemizde tehlike sorumluluğuna ilişkin yasal düzenlemelerin yetersiz olduğuna işaret ederek, kusur sorumluluğunu düzenleyen BK: Md.41 de olduğu gibi, tehlike sorumluluğu yönünden de hukuki güveni zedelemeyecek bir genel kural konulması gerektiğini, bu eksiklik yasa koyucu tarafından giderilene kadar ise Medeni Kanunun 1. maddesi gereği hakimin yaratacağı hukuk ile boşluğun doldurulmasının yorum ile mümkün olduğunu savunmaktadır.

Bu bilgiler ışığında çalışma konumuz tıbbi müdahalelere bakıldığında, tıbbi müdahalenin, "bir işletme tehlikesi" olmasa da "bir risk" olduğu gerçektir. Diğer yandan talihsiz neticelerinin spesifik türlerinin tek tek belirlenmesi mümkün değildir.

Operatif komplikasyonlar, ilaç tedavisi dolaysıyla oluşan komplikasyonlar, terapötik başarısızlıklar, tanı hataları başlıca talihsiz neticeler olarak sayılabilir. Bunlardan tanı hatalarının ve ya yanlış ilaç tedavisinin önlenebileceği söylenebilirse de, ilaçların kontrol edilemez yan etkilerinin ya da bilinmeyen, az rastlanan etkilerinin ise her zaman engellenemeyecektir. Bu gibi hallerde çoğu kez beklenmeyen neticenin gerçekleşmesinde kimi kez sağlık çalışanına yüklenebilecek bir kusur, özen eksikliği de söz konusu olmayabilir.

78 Eren, F., s. 468
79 Tandoğan , H., Tandoğan Sorumluluk, s. 26
80 Tandoğan, H., Tandoğan sorumluluk, s. 40., Eren, F., s.469
81 Strickler, Eren, F., s.470 naklen
82 Erene, F., s.470

Tıbbi müdahaleler yönünden özel düzenleme ihtiyacı, hem hasta hem sağlık çalışanı yönünden mevcuttur.

Her şeyden önce tıbbi müdahale ilişkisindeki hak ve borçlar, mevcut yasal düzenlemelerde tam olarak ortaya konulmamış, uygulama ve ihtiyaçla şekillenmiştir. Tıbbi müdahale ilişkisinde, hasta ile sağlık çalışanın karşılıklı hak ve yükümlülükleri çok çeşitlidir. Bu çeşitlilikte yükümlülükler yönünden, özellikle sağlık çalışanı yönünden mevcuttur.Sorumluluğu doğuran netice gerçekleştiğinde, hastaya neden daha donanımlı bir hastaneye gitmediği bir kusur olarak yöneltilmezken, hastalığın teşhisinde gerekli tüm tanı yöntemlerini kullanmayan hekimin imkanları göz ardı edilmektedir.

Sağlık çalışanın hastaya müdahalesi, izin verilen risk çerçevesinde gerçekleştirmesine karşın, her geçen gün teknolojik imkanlar ve tıbbi metotlar çeşitlilik kazanmakta, tüm bunları öngörmesi ve takip etmesi mümkün olamayan sağlık çalışanın zarardan tek başına sorumluluğu, sağlık çalışanın hastaya müdahale etmemeye yöneltebilecek bir risktir.

İlaçlardan dolayı sorumluluk esasen ilaç üreten şirkete aittir.Ancak; ilaç ile ilgili sorumluluğu hekimin ilacın kullanımı ile ilgili özensizliğinde söz konusu olur. Hekim, ilacın kullanılması ile ilgili tüm bilgileri eksiksiz olarak hastaya anlatmak ve gerektiğinde bunları reçeteye yazmakla da yükümlüdür. İlacın kullanılması ve yan etkileri hususunda bilgi vermede gösterilecek özensizliklerin doğuracağı zarardan sorumluluk hekime aittir ve ilacın firması tarafından verilen tanıtıcı bilgilerin hasta tarafından okunmamış olması sorumluluğu ortadan kaldırmaz. Diğer taraftan tedavi için doğru ilacı, yanlış uygulama, doz yüksekliğinde yanılma, damar yerine deri altına enjeksiyon, konulmuş tanıya uygun olmayan ilaç, ilaç seçiminde özensizliğin kanıtı olacaktır[83].

Tıbbi müdahale esnasında öngörülmeyen bir tehlikenin aniden ve umulmadık şekilde ortaya çıkması mümkündür, komplikasyon olarak adlandırılan bu durumlar, hekimler yönünden, sorumsuzluk alanını oluşturmaktadır. Ancak bu halde hastanın zararı belirli ya da belirlenebilir niteliktedir. Yani bu durumda sorumluluğun üç esası mevcuttur. Fiil, zarar ve fiille zararlı sonuç arasında uygun illiyet bağı vardır.

Zayıf durumdaki hastanın, tıbbi müdahale sonrası hastalığın gelişen komplikasyonun tedavisi için de mali güce ihtiyacı olacaktır. Bu halde yasal düzenlemede bu gibi hallerde gerekli tedavi giderleri gibi zorunlu olan maddi zararların teminat altına alınması gerektiği düşünülmelidir. Bu noktada, Karayolları Trafik Kanunun, Garanti Fonu, düzenlemesine benzer bir düzenleme mümkündür.

Tüm bu sebepler ve tıbbi sorumluluğun kendine has kuralları ve ihtiyaçları çerçevesinde özel bir düzenleme yapılmasına ihtiyaç vardır. Bunun ise,

83 Aşçıoğlı, ç, Tıbbi Müdahale, s. 107.

Karayolları Trafik Kanunda olduğu gibi zorunlu mali sorumluluk sigortasıyla desteklenmesi gereklidir. Sorumluluk sigortası, sigorta ettirenin başkasına vereceği zararın tazmini sonunda kendi malvarlığındaki eksilmeyi teminat altına almak amacıyladır. Konuşmamı, tarihten çarpıcı bir malpractıs örneğiyle tamamlamak istiyorum.

> Amerikan Cumhurbaşkanlarından James Garfield 1881'de bir suikastta vurulduktan sonra tıbbi müdahale hatası kurbanı olmuştur. Suikastte yakın mesafeden ateş edilerek 3 kurşunla yaralanan Garfield şans eseri kurşunun yaşamsal önemde hiçbir organa temas etmemesi sonucu hafif yaralanmayla saldırıyı atlatmıştır. Ancak doktorlar, kurşunları çıkartmaya karar vermişlerdir. Kurşunların vücuttaki yerini bulmak için de Graham Bell'in icat ettiği bir metal dedektörünü kullanmaya karar verirler. Yatakta yatarken metal dedektörü Garfield'ın üzerinde gezdirip; öttüğü yerde cerrahlar bir yeri keserek ellerini içeri sokup kurşunu almak istediler. Ama kurşun yoktu. Bu durum dört defa tekrarlandı. Metal dedektörün ötmesine karşın kurşun çıkmıyordu. Sonradan anlaşıldı ki, Garfield'ın yattığı somya demirden olduğu için asıl öten yataktı. Ancak bunu anlamayan cerrahların yaptıkları kesikler ve kurşunu ararken yarattıkları enfeksiyondan dolayı Başkan yaşamını yitirdi(Polat, o. , s.75).

Beni dinlediğiniz için hepinize çok teşekkür ediyorum. Saygılar sunarım.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

AKKANAT, Halil : Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, Özer Seliçi'ye Armağan, İstanbul, 2005.

AKINTÜRK, Turgut : Borçlar Hukuku, İstanbul, 2005.

ARAL, Fahrettin : Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2003.

AŞÇIOĞLU, Çetin : Doktorların Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, Ankara, 1982 (Aşçıoğlu, Doktorların Sorumluluğu).

Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1993 (Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım).

AYAN, Mehmet : Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, 1991.

DESCHENAUX Henri, TERCİER, Pierre : Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1983 (Çeviren : Salim ÖZDEMİR).

EREN, Fikret : Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1.Cilt, Ankara

Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975 (Eren, Sorumluluk).

İPEKYÜZ, Filiz : Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006

KANETİ, Selim : Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Türk Hukukunda Hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukunda Gelişmeler V.Sempozyumu, Mukayeseli Hukuk Araştırma ve Uygulama Merkezi, Ankara 12/13 Mart 1982, İstanbul 1983

KAZIK, Yahya : Özel Hukuk Açısından Muayenehane ve Özel Hastanede Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Sorumluluğu, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 2002

KICALIOĞLU, Mustafa :Yargı Kararları Işığında Doktorun(Hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl:1, Sayı:4, Aralık 2006

KILIÇOĞLU, Mustafa : Sorumluluk Hukuku, Cit 1, Ankara, 2002

KÖPRÜLÜ, Ömer : Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İBD, C:58, 1984.

ÖZDEMİR, Hayrünnisa : Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004

ÖZTÜRKLER, Cemal : Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları Ankara, 2003.

POLAT, Oğuz : Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara, 2005

ŞENOCAK, Zarife : Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu, Ankara, 1998 Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu Ankara, 1995 (Şenocak, İfa Yardımcısı)

TANDOĞAN, Haluk : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1987. (Tandoğan, Borçlar Hukuku).

Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961 (Tandoğan, Mesuliyet Hukuku).

Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981 (Tandoğan, Sorumluluk)

ZEVKLİLER, A., ACARBEY, M.B., GÖKYAYLA, K.E., Medeni Hukuka Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 1999.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Sayın Berna Özpınar'a bizde teşekkür ediyoruz. Şimdi yazılı gönderilen sorular için bir on beş dakikalık süremiz var, konuşma sırasıyla değerli konuşmacılardan sorulara kısa cevaplar alacağız. Buyurun Serkan Bey.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Biz de çok teşekkür ediyoruz. Sayın Özpınar bir on saniye de size. Buyurun.

AV. BERNA ÖZPINAR - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Süremi tam kullanmak için hemen başlayayım Hocam. Bana yöneltilen soru bir meslektaşım, Sayın Avukat Sinan YALÇIN diyor ki; " Hemen hemen tüm uygulamalarda belirli riskler içeren tıbbi uygulamalarda bulunan hekimi, adam çalıştıran ya da işletenle bir tutarak nasıl kusursuz olarak sorumlu tutulacağını somut bir örnekle açıklayabilir misiniz?"

Sorunun soruluş şeklinde de belirtildiği üzere; tıbbi müdahalede bir tehlike söz konusu değilse bile bir risk olduğu tartışmasız. Ben esasen kusursuz sorumluluğun, sorumluluk hukukunun gelişen bir yönü olduğunu düşünüyorum. Çünkü gelişmeler özellikle hasta-sağlık hizmeti sunucusu arasında artık geleneksel ilişkilerin değiştiği çağımızda; artık hastanın karşısında tek bir hekim değil, bir ekip vardır. Sorunun somutlaşması için aklıma hemen gelen çarpıcı iki örnek var ki, ilaç tedavisi dolayısıyla oluşan komplikasyonlar ve tanı hataları neticesi durumunda oluşan durumlar. İlk anda sanki tanı hatası için bir çözüm bulunulabilir gibi görünüyor, yani yeterli araştırmanın yapılması, özenli bir çalışma ile bu aşılabilir görülüyor. Ancak aynı bulguların değişik hastalıkları ve farklı tedavileri işaret ettiği vakıalarda, doğru tanının her zaman konulması mümkün olamayabiliyor.

İlaç tedavisinde, ise durum daha belirgin, sadece tek o ilacın kullanılması gereken özel durumlarda ilacın komplikasyonların önüne geçilecek bir çözümün olmadığı durumlarda çok büyük zararların ortaya çıktığının örnekleri az değil.

Belirttiğim bu iki örneğin sorunun cevabı olduğunu düşünüyorum. Diğer yanda kusursuz sorumlulukta, sorumluluğun yükünün sağlık çalışanında olmasını elbette kabul etmiyorum. Bunun gelişmiş bir sigorta sistemi ile teminat altına alınması şart. Bu sebeple özellikle de Sayın Doç. Dr. Kemal ŞENOCAK'ın mesleki sorumluluk sigortasındaki anlatımları karşısında, tıbbi mesuliyet yönünden kusursuz sorumluluğun tartışılması gerektiğini düşünüyorum. Teşekkür ederim.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Sayın Berna Özpınar'a bizde teşekkür ediyoruz. Şimdi yazılı gönderilen sorular için bir on beş dakikalık süremiz var, konuşma sırasıyla değerli konuşmacılardan sorulara kısa cevaplar alacağız. Buyurun Serkan Bey.

SERKAN KIZILYEL - Danıştay Tetkik Hakimi - Üç tane soru aldım. Bunlardan birincisi Sayın Yahya Deryal Hocamıza ait diyor ki; Sayın Hakeri'nin belirttiği gibi kamu hastaneleri bakımından organizasyon sorumluluğu daha toleranslı olabilir mi? Sağlık hizmetinin kurulması ve işletilmesi bakımından bu olabilir. Çünkü Anayasamız idareye ancak mali gücü oranında yükümlülük yüklemekte. Özellikle sosyal ve ekonomik haklar bakımından yani idarenin diyaliz cihazını en küçük yerleşim birimine kadar götürmesi beklenmeyebilir. Mali gücü olmadığı için. Fakat uygulama hataları bakımından böyle bir şey düşünülemez. Tıbbi uygulama hataları elde var olan personel ve cihaz ile yapılan müdahale sonucunda doğan hatadır. Bu hatanın mali olarak irdelenmesi söz konusu değildir. Sadece hizmetin kurulması ve işletilmesi yönünden böyle düşünülebilir. İkinci soruyu soran adını yazmamış ancak özetle diyor ki; sizce hizmet kusuru ve haksız fiil ayrımı yargı yerinin belirlenmesi bakımından kıstas olabilir mi? Yoksa bütün sağlık hizmetinden doğan tazminat davaları bakımından vekalet

sözleşmesi uyarınca adli yargı görevlendirilebilir mi gibi bir şey sormuş. Şimdi bu görev hususu maddi olarak sağlık hizmetinden doğan tazminat sorumluluğunu düzenleyen hukukumuzda pozitif bir düzenleme yok. Pozitif bir düzenleme olmaması gerçekten mahkemelerin ve içtihadın değişikliklere ayak uydurması bakımından doğru olabilir fakat böyle bir düzenlemeye ihtiyaç duymadığı anlamına da gelmez. Ancak görev hususunda hukukumuzda düzenleme var. Hem Anayasada hem de idare mahkemelerinin görevlerini düzenleyen 2577 sayılı idari yargılama usulündeki hükümlere göre idarenin sunduğu sağlık hizmetleri birer idari eylem ve iştendir. Bu eylem ve işten nedeniyle ancak idare mahkemelerinde hakları muhtel olanlar tarafından tam yargı davası açılmak suretiyle tazmin edilebilir. Dolayısıyla böyle bir ayrım Türkiye'de kabul edilmiş idari yargı, adli yargı ayrımı yönünden kabul edilemez. 100 yıldır uygulanan bir yöntem Fransa'daki uygulaması daha eski bizde aynı sistemi kabul etmiş bulunmaktayız. Son soru ise diyor ki özetle yanlış ameliyat yapan hekimin Türk Ceza Kanununa göre sorumlu olduğu da göz önüne alındığında şahsi kusur kabul edilerek bu durumun,hekime adli yargıda tazminat davası mı açılacaktır? Şöyle yani Anayasa ve devlet memurları kanunu hükümlerine göre kural olarak sağlık personelinin hizmet kusurlarından dolayı idare lehine aleyhine tazminat davası açılacaktır. Tam yargı davası açılacaktır. Özel ismi tam yargı davasıdır idari yargıda. Fakat anlaşılması bakımından tazminat davası diyorum. Şartları çok farklı. Kuralda kamu idareye karşı tazminat davası açılması bu nedenle uygulamada önce hekime karşı değil de idareye karşı dava açılır. Ceza yargılaması da bir yerden devam eder. Sonucunda suç olduğu tespit edilirse idare ikili bir şeye sahip olur. Ya şahsi kusuru oranında personeline rücu eder veyahut da bu rücu müessesesini işletmez bildiğim kadarıyla işletmeye de çok niyetli değil. Son zamanlarda bu noktada genelgeler ve yönetmelikler çıkmaya başlanmış, idare adım atmaya başlamıştır fakat bu halen idare hukukunda çok işletilen bir müessese değildir. Teşekkür ediyorum. Bu sorunun sahibi Avukat Sayın Mustafa Güler beyefendiydi.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Buyurun Hocam.

KATILIMCI - Ben bir katkıda bulunabilir miyim? Hakan görüşün aksine savunuyorum dedi. Ben özellikle şunu belirtmek isterim. Şimdi sizde belirttiniz her türlü tıbbi hatada iki türlü sorumluluk söz konusu hatta üç disiplini de sayarsak. Dolayısıyla ceza davası açılıp açılmaması meselesiyle bunun şahsi kusur olup olmamasını doğrudan bağlantılı olarak değerlendirmemek lazım elbette sizin de söylediğiniz gibi suç oluşturan eylemleri hekimin ama kasti nitelikli ise o zaman bunlar açısından evet doğrudan hekime yönelebiliriz ama onun dışında Danıştay'ın kararları var. Danıştay nasıl ceza mahkemesinde yargılanıyor.dolayısıyla bu da kendi şahsi kusurunu ifade eder. O nedenle burada artık adli yargıdır. Veya Yargıtay'ın benzer kararları var. bence bunu ayırmak lazım. Bir hekim örneğin gazlı bezi unuttuğunda o nedenle de hakkında ceza

mahkemesinde dava açılıyor. Ama bu kamu görevlisi ise doğrudan adli yargıda yargılanmasını gerektirmiyor. Ama kasti bir eylemi söz konusuysa sizin vermiş olduğunuz örnekteki ötenazi olayında olduğu gibi o zaman tamam orada sorun yok. Kafa karışıklığı olmasın.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Teşekkür ederiz. Sağ olun Sayın Kızılyay'a da teşekkür ediyoruz. Buyurun Sayın Şenocak.

DOÇ. DR. ZARİFE ŞENOCAK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- İlk önce Sayın hocam Profesör Ali Rıza Beye teşekkür ediyorum ve diğer öğrencilerim ve meslektaşlarıma. Tıbbi müdahalelerden dolayı sorumluluk alanında neden özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmadığı konusundaki görüşümü açıklamak için. Şimdi Sayın hocam demiş ki Türk hukukunda sağlık hukuk alanında geniş bir mevzuat düzenlemesi var. ben zaten tebliğimde bunu ayrıntılı olarak belirtiyorum. Fakat zaman kısıtlılığı dolayısıyla ayrıntılı giremedim konuya vesile oldu bu sorular. Benim tebliğimin başında da vurguladığım gibi belirttiğim husus hukuki sorumluluğun dayanakları ve temel sorunları hakkında. Şimdi biz bilindiği üzere eğer hekim bağımsız muayenehane işleten bir hekime tıbbi müdahale için baş vurulmuş ve kusur sonucunda bir zarar ortaya çıkmışsa bu durumda sözleşme ilişkisi varsa işte Borçlar Kanunu 96 ve devamı hükümlerine göre. Özel hastanede eğer hasta tedavi görüyorsa ve hekim kusuru nedeniyle veya başka bir kusur nedeniyle zarar ortaya çıkmışsa bu durumda yine özel hastane işleticisine karşı Borçlar Kanunu 96 ve devamı maddelerine göre ve hekime de duruma göre 96 veya 41'e göre dava açabiliyoruz. Kamu hastanesinde yapılan tıbbi müdahalelerde ise Anayasaya göre dava doğrudan doğruya tabi ayrıntıları sayın meslektaşım bildirdiler. İdareye karşı açılır ancak idarenin hekime rücu hakkı saklıdır.

Şimdi burada bu sorumluluk türlerine baktığımızda hekim kendi fiilinden, özellikle bağımsız bir muayenehane işletiyorsa bağımsız çalışıyorsa kusura dayalı bir sorumluluğu söz konusu. Diğer alanlarda özel hastane hekimin kusurundan sorumluysa Borçlar Kanunu kusursuz sorumluluk ve yine devletin sorumluluğunda bir kusursuz sorumluluk türü getirilmiş. Sorumluluğun şartları neler kusur, zarar uygun illiyet bağı ve hukuka yada sözleşmeye aykırılık. Şimdi bunların içi yargı kararlarında ne yapılıyor, dolduruluyor. Bu tip kavramların esnek tutulmasında yarar var. şimdi bu belirttiğim tabii ki sağlık hukuku, sağlık mevzuatı var. üç bin beş bin sayfalık. Her gün üstelik sürekli de değişen kanun, tüzük, yönetmelik. Sürekli de değişiyor. Takip edemiyorsunuz. Özellikle son yıllarda. Fakat bu konudaki düzenlemeler benim belirttiğim hususlara ilişkin değil hukuki sorumluluğa ilişkin değil. Sadece tıbbi müdahalelere ilişkin. Yada sağlık çalışanlarına ilişkin bir takım özel hak ve yükümlülükler düzenlemeler getiriliyor bu düzenlemelerle ve bunlar bizim bu hekimin hukuki sorumluluğunu tesis ederken şartlar yerine getirilmiş mi, getirilmemiş mi, kusur var mı yok mu,

tarafların hak ve yükümlülüklerini belirlerken o esnek kavramların içerisinin doldurulmasına yardımcı oluyor. Bu tür düzenlemeler tabii ki kaçınılmaz. Diğer uzmanlık gerektiren hizmet edimi yürüten faaliyetlerde olduğu gibi bunu özellikle vurgulamak istiyorum. Ama şunu belirteyim tabii ki eğer siz sorumluluk türü açısından başka bir tıbbi müdahalelerdeki sorumluluğun başka bir sorumluluk türüne dayanması gerektiğini düşünürseniz o konuda özel düzenlemeye ihtiyaç var. yani tutup mesela İsveç'te olduğu gibi bir sağlık sigortası yapıp hastaların bütün zararlarını sigortadan alabileceğini öngörüp ne yapabilirsiniz. Tıbbi müdahalelerden dolayı hukuki sorumluluğu tamimiyle ortadan kaldırabilirsiniz. Ne sigorta hekime rücu eder, bu bağlamda tıbbi müdahalelerden dolayı sorumluluk ortaya çıkmaz. Yine ne yapabilirsiniz. Bu mevcut düzenlemeleri muhafaza edip İsviçre'de Almanya'da olduğu gibi Sayın Kemal Şenocak'ın belirttiği gibi bir zorunlu mesleki sigorta getirebilirsiniz. Ama dikkat edin o ülkelerde bu mevcut hukuki sorumluluk kuralları varlığını muhafaza ettiriyor. Bu sorumluluk sigortası neyi kaldırmıyor? Tıbbi müdahalelerden dolayı hukuki sorumluluğu ortadan kaldırmıyor. Bunun dışında şimdi mesela hasta hakları yönetmeliğine baktığımızda sanki kapsamlı bir düzenleme gibi gözüküyor. Ama bu zaten hasta hakları yönetmeliği, tababet ve şuabat kanununda, Borçlar Kanununda, Anayasada yer alan hükümlerin bir değerlemesi. Çok ayrıntıda böyle teknik nitelikte işte dosyalar nasıl tutulacak, hasta kayıtlarını isteyecek mi, yani isteyebileceği zaten kabul ediliyor da böyle şekli şeyler var yenilikler var. Bu zaten mevcut hükümlerin tekrarı niteliğinde ben ayrıca böyle bir özel düzenlemenin şu nedenle karşısındayım. Bir özel kanun yapılmaya kalkıldığında esnek kalması gereken bazı kavramlar tahrif edilmeye çalışılacaktır. İşte bu noktada hekim şu durumlarda mesleki durumun varlığı kabul edilir, kabul edilmez gibi. Bu noktada bu durum tıp biliminin dinamik niteliğine aykırılık teşkil eder. Çünkü bugün meslek kusuru olarak kabul edilmeyen bir husus, yani tıp biliminin genel olarak bilinen, tanınan kurallarına uygun olarak kabul edilen bir husus yarın gelişen teknik sayesinde uygun nitelik arz etmeyebilir. Birde şunu da belirteyim, bir kanunu da yaparken hani böyle diyelim ki biz sorumluluk türünü değiştirmiyoruz, muhafaza ediyoruz, işte kusur, kusursuz sorumluluk türlerine, fakat değerleme niteliğinde bir kanun yapacağız, bazı yeni hükümler de ekleyeceğiz bu vesileyle. Bunun şu sakıncası var bir kanunun içerdiği değerler itibariyle çelişkili ifadeler taşımaması lazım. yani ben bazen mesela bir özel kanuna bakıyorum. Özellikle tıbbi düzenlemelerin altında hep etik kaygılar yattığı için bakıyorsunuz bir düzenlemenin temelinde değer korunuyor, başka bir düzenlemede ters düşen başka bir düzenleme. Ne yazık ki bizim ülkede bu tip yanlışlıklar olabiliyor. Çok titiz davranılmadığı için uzun süre çalışılmadığı için yasal düzenlemelerin çıkarılmasında acele edildiği için bu nedenle bu tip mevcut mevzuatla da yada kendi içinde çelişkili durumlar yaratabileceği endişesini taşıyorum. Şimdi ben şunu da belirteyim özel tıbbi müdahaleler için bizim mevzuatımızda bir sürü kanun, tüzük, yönetmelik var.

bunlar zorunluydu zaten. Gebeliğin sonlandırılması, organ ve doku nakli vesaire çünkü bunların hukuka uygun olup olmadığı tartışmalıydı. Bunların kabulü bu tıbbi müdahalelerin rıza olsa dahi hukuka uygun olup olmadığı çok yenilerde kabul edilmiştir. Bu kanunlar işte 60'lı, 70'li, 80'li yıllarda çıkmıştır. Çünkü özel düzenlemeye bu konuda hukuka uygun sayılması için özel düzenlemeye ihtiyaç vardır. Hani tıbbi endikasyon olmasa bile hukuki endikasyon olarak özel düzenlemelere ihtiyaç vardır. Şimdi diğer bir soru bir yüksek lisans öğrencimizin hastanın uğradığını iddia ettiği zararın hekimin tıbbi uygulama hatasından mı, yoksa hekimce yerine getirilen edimin muhtevasında taşıdığı rizikodan mı kaynaklandığı tespit edilemiyorsa ve örneğin birbiriyle çelişen bilirkişi raporları mevcut ise hekim kusurunun söz konusu olduğu durumda fiille zarar arasındaki uygun illiyet bağının varlığı ve ispatı sorunu nasıl çözümlenecektir? Şimdi tazminat davalarında biliyorsunuz hekim bilirkişi raporlarıyla bağlı değil. Birbiriyle çelişkili raporlar varsa edindiği kanaate göre hareket edecektir. Sonuçta hekim bazen edindiği kanaate göre hiçbir kusurun olmadığı sonucuna da varabilecektir.

Dolayısıyla burada peşinen bir şey söylemek mümkün değil. Hekim edindiği kanaate göre hareket edecektir. Şimdi diğer bir soru, izin verilebilir risk kavramı hekimin sorumluluğunu kaldırması söz konusu. Bunun hukuki sebebi nedir? Şimdi bunun hukuki sebebi, hekimin bu durumda kusurlu sayılmamasıdır. Yani meslek kusuru söz konusu değildir burada, izin verilebilir risk söz konusu olduğunda. Çünkü hekim ne yapsa, ne yapacaktır, kusursuz da davranacaksa o sonuç ortaya çıkacaktır. Ama burada eğer ki hekimin kusursuz bir davranışı var, buna rağmen, o ispat edilmiş, buna rağmen o sonuç meydana gelmişse o sonuçla onu fiili arasında zaten illiyet bağı da yoktur. Hukuka uygunluk olarak değil bunu illiyet bağının kesilmesi ve kusur çerçevesinde bu sorunun değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Diğer bir soru üniversite hastanesinde bir öğretim üyesinin hekim, hasta tarafından gerekli aydınlatma yapılmadığı ve geçirdiği operasyon sonucu felç kaldığı iddiasıyla suçlanıyorsa, hekim ise aydınlatılmış onam formunun dosya içerisinden alındığını iddia ediyor, hasta dosyalarının içerisindeki belgelerin saklanması kimin görevi kapsamındadır? Bu olayda da sanırım hasta dava açmış hekime ya da hastaneye karşı, aydınlatma görevi yerine getirilmedi bu operasyon sonucu gerçekleşen risk bana bildirilmedi, kusuru ispatlanamadığından. Hekim ise aydınlatılmış onam formunun dosya içerisinden alındığını iddia ediyor ve ispat edemiyor. Bu durumda tabi ki burada herkes bunu iddia edebilir. Yani somut olayda hekimin haklı olup olmadığından bağımsız olarak herkes bunu eğer böyle her iddiada ispat yükünün ters çevrilmesini kabul edersek bu doğru bir yöntem olmaz. Herkes bunu iddia edebilir. Yani ben aydınlatmıştım, aydınlatılmış onam formunu dosya içerisinden alındı diyebilir. Bunun denilmesi yetmez, ispatlanması gerekir hekim tarafından. Hekim tarafından bu hüküm yerine getirildiği, bu formun çalındığı ispatlanması gerekir. İspatlanamadığı

sürece hekim tarafından, hekim sorumluluğundan kurtulamayacaktır. Bunu sordunuz sanırım değil mi hocam.

KATILIMCI - Bu bir somut olay gerçekte.

DOÇ. DR. ZARİFE ŞENOCAK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Yani bu sorduğunuz husus buydu, sorunuz.

KATILIMCI - ... hekimin .... kendisi mi saklayacak?...

DOÇ. DR. ZARİFE ŞENOCAK -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Şimdi o sorundan bağımsız bu ama, o sorundan bağımsız, şimdi saklama yükümlülüğü, normalde dosyaları tutan kişiye ait olur. Yani dosyaları saklayan kişiye ait olur. Arşiv ...

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Yalnız süremiz çok daraldı hocam, toparlarsak. İki konuşmacımız daha var.

DOÇ. DR. ZARİFE ŞENOCAK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Hocam, o zaman biz özel olarak konuşalım. Tamam. Diğer konuşmacılarımızı da bekletmeyelim. Sanırım sorular bu kadardı.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Çok teşekkürler Sayın Hocam. Diğer iki konuşmacı, şimdi Kemal ŞENOCAK'da sıra. Kendisine 10 saniye veriyorum soruları cevaplaması için.

DR. KEMAL ŞENOCAK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - O zaman ben burada sadece hukuki olarak nitelendirildim. Çünkü diğerleri biraz şey, sosyal yönü ağırlıklı sorular. Onları cevaplandırayım. Birincisi plastik cerrahiyle ilgili olarak bir öğrencimiz sormuş, ilginç bir soru. Eğer psikolojik tedavi olarak nitelendirirsek, neredeydi o soru, cerrahi psikolojik tedavi olarak kabul edilirse estetik ve kozmetik operasyonlar teminat kapsamı içerisinde midir diyor? Genel şart hükmü açık, böyle bir ayrım yapmıyor. Plastik cerrahların güzelleştirme amaçlı yaptıkları her türlü estetik ameliyat, ister psikolojik tedavi olsun, olmasın, teminat kapsamı dışında. Çünkü hiçbir ayrım yapılmamaktadır. Diğer bir sorun, kamuda çalışan hekimlerin mesleki sorumluluk sigortası prim sistemi, bunu yaptıracak olan kamunun kendisi olacağı için sigorta yaptıran, primlerden de sigorta ettiren olarak kamu sorumludur. Ama şöyle bir sorun ortaya çıkabilir, devletin madem rücu hakkı var, 1301'e dayanarak sigorta şirketi diyebilir ki devlet ben senin hakkına şimdi 1301'e göre sahip oldum, halef oldum, dolayısıyla doktora rücu hakkım vardır. Bu tür riskleri önlemek için poliçelerde, devletin yaptıracağı, kamunun yaptıracağı poliçelerde sigorta şirketinin doktora rücu hakkını ortadan kaldıran kloz konmalı. Bu sebeple doktora da dolaylı olarak sorumluluk sigortası yaptırmış olursunuz ama burada doktor yine sigortalıdır, primden kamu sorumlu olacaktır.

Diğer bir soru şeyle ilgili, hukuki soruları cevaplıyorum, diğerleri lütfen bağışlasınlar, karşılıklı konuşabiliriz. Sözleşmenin yazılı olup olmamasını sormuş,

mesleki sorumluluk sigortası açısından. Hekim ve hasta arasındaki sözleşmenin yazılı olması önemli midir? Hayır, zımni yapılan sözleşmelerde dahi doktorun sorumluluğu söz konusuysa sorumluluk sigortası bunu ödeyecektir.

Diğer soru kontratsız kanunu olmamasına rağmen mesleki sorumluluk sigortasındaki hatalar hangi kriterlere göre değerlendirilecektir? Burada bir sayma yöntemi kriter yok. Mesleki faaliyet esnasında sorumluluğu doğuran bir olay olduğu zaman doktor sorumlu olacaktır, bu bağlamda zarar olayı ile ilgili bir soru var. Zarar olayının tespiti tabi ki dava esnasında olacaktır. Yoksa hiçbir sigorta şirketi Türkiye'de hasta iddiasına dayanarak ödeme yapmayacaktır. Bir davada bu tespit edilecektir. Ama zarar olayının tespiti bazı özellikle kısırlaştırma olaylarında zor ne zaman olduğu. Çocuğun doğduğu an mıdır başarısı kısırlaştırma yoksa yeniden hamile kabiliyetinin kazanıldığı an mıdır? Bu tür durumlarda Avrupa'da daha çok BM esası, yani tazminat talebinin ileri sürülme anını rizikonun gerçekleşmesi olarak kabul ediyorlar. Bizde de bu olabilir. Fakat böyle olursa bakıyoruz hukuki himaye edimini sağlaması da zorlaşacak o şekilde. Özel olarak kararlaştırılması lazım. Yani bizde getirilen mesleki dorumluluk sigortası güvencesi hekimler açısından yarım bir güvence, tam bir güvence değil. En güzel şimdi bahsedildi İsveç'te uygulanan hastalık sigortası. Çok basit, doktor primleri ödüyor ve hastanın herhangi bir şikayeti olduğu zaman devlet hemen parayı ödüyor, bu surette hekimle hastayı da karşı karşıya getirmiyor. En güzel sistem bu ve bu surette sosyal devlet ilkesini yerine getirmiş oluyor ama pahalı bir sistem onu da kabul etmek lazım. Bu bağlamda hemen kısa bir not düşeyim sorumluluk sigortasında müşteri hasta değil doktordur. Mesleki sorumluluk sigortasında hasta ve doktor karşı karşıya getirilmez. Bilakis sosyal yönü ağırlıklıdır sorumluluk sigortasında. Hastanın karşısında 700.000 YTL' lik bir tazminatı ödeyemeyecek durumda olan doktor yerine bir sorumluluk sigortası şirketi geldiği için sosyal yönü ağırdır, sosyal yönünü anlamayan bir sorudur bu. En güzel tabi ki sorumluluk sigortası şirketlerinin Türkiye'de sosyal, sigortalanan riziko gerçekleşmeden önce önlenir ilkesini yerine getirse ve Avrupa'da yapıldığı gibi tıbbi eğitime katkıda bulunsalar en güzeli bu olur ve bu surette hiç olmazsa hekimlerin eğitiminde daha kaliteli bir eğitim sağlanmış olur ve bu surette hekimlerin tıbbi açıdan sorumlu olma rizikosunu bir ölçüde azaltılmış olur diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN-Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Biz de çok teşekkür ediyoruz. Sayın Özpınar bir on saniye de size. Buyurun.

AV. BERNA ÖZPINAR - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Hemen başlayayım Hocam. Bana yöneltilen tek soru da bir meslektaşım, Avukat Ersin YALÇIN diyor ki tamamen risk olan tıbbi uygulamalarda nasıl bir bağlantı, örnekle açıklarsanız, adam çalıştıran ya da araç işleten de olabilir bir hekim. Siz de kabul ediyorsunuz ki sağlık olayında bir tehlike söz konusu değilse bile risk

kaçınılmaz. Bu anlamda ilk aklıma gelen iki örnek var ki ilaç tedavisi dolayısıyla oluşan komplikasyonlar ve tanı hataları neticesi durumunda oluşan durumlar. İlk anda sanki tanı hatası için bir çözüm bulunulabilirse gibi görünüyor, yani yeterli araştırmanın yapılması şeklinde. Fakat ilaç tedavisinde, tek o ilacın kullanılması gereken özel durumlarda komplikasyonların önüne geçilecek bir çözümün olmadığı durumlarda çok büyük zararların ortaya çıktığının örnekleri az değil. Bu sebeple özellikle de hocamın mesleki sorumluluk sigortasındaki gelişmelerde umut verici açıklamaları karşısında kusursuz sorumluluğa gidilebileceğini bu sebeple düşünüyorum. Teşekkür ederim.

YRD. DOÇ. DR. LEVENT AKIN -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Biz de çok teşekkür ediyoruz. Çok teşekkürler. Şimdi değerli konuklar sabrınız için size de teşekkür ediyorum. Değerli konuşmacılara plaketlerini sunmak üzere Avukat Bedia BORAN'ı buraya davet ediyorum. Saat 14:00'da başlamak üzere ara veriyorum.

IV. OTURUM

HEKİMLERİN CEZAİ SORUMLULUĞU

Oturum Başkanı
AV. EDA SERCAN AKDOĞAN
Ankara Barosu Sağlık Hukuku kurulu Üyesi

Tekrar hoş geldiniz. IV. Oturumda "Hekimlerin Cezai Sorumluluğu" konusunda çok kıymetli hocalarımız sunumlarda bulunacaklar. İlk ben kendilerini tanıtayım size; Ceza Hukukunda Zorla Tedavi hususunda Sayın Profesör Doktor Metin FEYZİOĞLU Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi ve Hekimin Kötü Tıbbi Uygulamalardan Kaynaklanan Sorumluluğu hususunda Sayın Profesör Doktor Hamit HANCI, yine Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi. Kendilerini davet ediyorum.

Hekimin Tıbbi Kötü Uygulamadan Kaynaklanan Sorumluluğu

PROF. DR. İ. HAMİT HANCI

Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi

Saygı değer hazirun hepinizi saygıyla selamlıyorum. Metin Hocamın konusu daha özel olduğu için ben genel Ceza sorumluğa izninizle gireceğim. Saha sonra sayın hocam da daha özel bir konuyu irdeleyecekler. Efendim hepinizin bildiği gibi basında bilimsel çalışmalarımızdan ziyade bu tip haberlerle yer buluyoruz. Çünkü sonuçta basın açısından da iyi bir reyting kapısıyız. Sağlıkla ilgili skandallar, sorunlar her zaman için reytingi artıran durumlar. Efendim tıp fakültelerinde hekimlerin koruyucu, tedavi edici ve tanı koydurucu hekimlikle ilgili görevleri öğretilmekte, ancak yasal yetki ve sorumluluklara ait bilgileri yeterince verilmemekte. Oysa hekimlerle ilgili, daha doğrusu tüm sağlık personeli ile ilgili inanılmaz boyutlarda bir mevzuatla karşı karşıyayız. Sabah da bunun tartışması oldu. Özel bir yasal düzenleme getirelim mi yoksa genelle idare edelim mi diye. Ben özel bir yasal düzenleme getirilmesinin gerektiği kanaatindeyim.

Çünkü o kadar farklı kanunların o kadar farklı kısımlarında yasal sorumluklarımız ele alınıyor ki bununla özel olarak ilgilenmeyen bir sağlık mensubunun, sağlık mensubu olarak konuşuyorum, hukukçular bunu toparlayabilir ama bir sağlık mensubunun bunları tek, tek toparlaması, içselleştirmesi mümkün değil. Biz çalışmalarımızda pek çok düzenlemenin olduğunu, sağlık mensubu arkadaşlarımıza, meslektaşlarımıza söylüyoruz, ama şunu da ilave ediyoruz merak etmeyin bunları bilmek zorunda değilsiniz. Bizim sizden ricamız diyoruz, bir tek kanunun tek bir maddesini bilmeniz. Bunu öğrendiğiniz zaman zaten diğerlerini ister istemez öğreneceksiniz. Ceza Kanunumuzun 4. Maddesi çok açık. Ceza kanunlarını bilmemek mazeret değildir. Eskiden 44'dü bu, ceza kanunu diye de sınıflandırmıyordu, Allah'tan şimdi ceza kanunu diye daha bir kısıtlama getirildi. Örnek, hemen örnek verelim. Bakın bir arkadaşımızın savunması. Olay tamamen mevzuat bilemememden kaynaklanmaktadır diyor ancak ne yazık ki ceza almaktan kurtulamıyor. Ceza hukuku ile ilgili tanımlamalara girmeyeceğim, çoğu kişi burada hukukçu, bunlar hekim arkadaşlarımıza tıp hukuku ile ilgili verdiğimiz seminerlerden, suçun tanımı, eylemde kusur olmadığı takdirde suçunda var olmayacağı şeklinde tanımlar ve kusurluluğu yasanın ikiye ayırdığı

şeklinde idi, kasıt ve taksir olarak. Kasıtlı suçlarda kişi eyleminden doğacak sonucu öngörerek ve bunu isteyerek bu eylemini gerçekleştiriyordu. Nitekim eski ceza kanununda, yeni ceza kanununda olsun, kasıtlı suçlara ait adam öldürme ve yaralama örnekleri mevcuttu.

Bizi daha yakından ilgilendiren kavram tıbbi mal praktis olgularında taksir. Taksirin tanımını şöyle yapıyor hukukçular, ihmal, savsama, bir işi eksik yapma, yapabilirken yapmama ya da kabahat. Tabi biz kasıtlı taksiri öğrenmeye çalışırken on yıllardır hekimler olarak bir anda yeni ceza kanunuyla ara kavramlar getirildi. Biz ne olduğunu bunların anlayamadık işin doğrusu yasanın içeriğinden. Ama sorduğumuz hukukçular da tam olarak net tanımını yapamadılar bize. Bilinçli, taksir, olası kast, şu şöyle bu böyle diyerek. En sonra Yargıtay üyeleri bekleyin dediler Yargıtay kararlarını, o zaman tanımlamalar sabitleşir. Onun için biz sadece bunların birer ara form olduğunu biliyoruz, taksirle kasıt arasında ve cezayı ağırlaştıran.

Yine esas sorunumuz bilinçli taksir ve olası kast denilen bu kavramların sağlık personelinin tıbbi mal praktis durumlarında olaya uygulanıp uygulanmayacağı. Bir kısım Yargıtay üyelerimizle konuştuğumuzda Yargıtay bunlar bunun için çıkarılmadı, başka amaçlarla çıkarıldı diye söylerlerken bize yine başkalarıyla konuştuğumuzda madem bunlar yasada var somut olayda bunlar uygulanabilir diyorlar. Efendim taksirle işlenen suçların özelliği kusur oranına göre bir cezanın belirleniyor olması. Taksirli suçları şöyle tanımlıyorduk eski ceza yasamızda tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte acemilik, emir, nizam ve talimatlara uymama sonucu yaralamaya ya da ölüme yol açma idi. Tabi taksirle öldürme olayının cezası da artırıldı.

Eskiden 4/4'lük kusurlu olan bir sağlık personeli ceza yasalarımıza, ceza infaz yasalarımıza göre alacağı ceza ertelenebilirken, şimdi sınırlar o kadar arttı ve bilinçli taksir eğer uygulandığı takdirde daha da artacaksa biz yakın zamanda ceza evlerinde hekimler görmeye başlayacağız. Ve bu korku hekimlerin içine düştü, zaten bu sağlık sigortaları vesairesinin yapılması da oradan çıktı. Gerçi bu sigorta ceza hukukundan muaf tutmuyor hekimi ama böyle bir panik yaşanıyor şu an sağlık sistemi içinde. Bir tanımlamayı daha yapmak istiyorum izninizle, Yargıtay'ın tanımlamasından alınmıştır bu, müessir fiil, etkili eylem- vücuda ağrı, acı veren, sağlığı bozan, akıl fonksiyonlarında karışıklık meydana getiren eylemler. Birazdan bu tanımlamanın sağlık hukuku açısından, sağlık personeli açısından ne kadar önemli olduğunu göreceğiz. Tıbbi girişim sonucu neden olduğumuz yaralama ve ölüme sebebiyet durumları için sağlık personeli için özel bir yaptırım getiren düzenleme yok. Hep ceza hukuku içindeki taksirle yaralama veya öldürme maddeleri sağlık personeli için uygulanıyor. Niye gerekli özel bir düzenleme? E şimdi trafikte birisini öldüren bir kişi için de bu maddeyi uyguluyorsunuz, bir iş kazasında da bunu uyguluyorsunuz, sağlık personeline de bunu uyguluyorsunuz. Bunun çok yerinde olmadığını düşünüyorum ve özel

düzenlemelerin mutlaka gerçekleştirilmesi gerektiği inancındayım. Efendim eski yasamız ne demişti? Tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte acemilik.

Ben izninizle biraz oradan göndermeler yaparak devam etmek istiyorum. Dikkatsizlik burada yapılmaması gerekeni yapmaydı, tedbirsizlik ise önlenebilir bir tehlikenin önlenmesinde gösterilen kusurluluktu. Bir cerrahın yapmaması gerektiğini bildiği halde önemli bir siniri, damarı, üreteni kesmesi, ameliyat ortamında yabancı bir cisim bırakması hep tedbirsizlik olarak kabul edilmekteydi ve Yargıtay kararları unutmayı da bir tedbirsizlik olarak nitelendirmekteydi. Tabi ki hekimden ve sağlık personelinden bir özen bekliyoruz, bir tedbir ve dikkat bekliyoruz. Ancak bu tedbir ve dikkatin de bir sınır var dendi. Sorumsuzluk son derece için üstün bir tedbir ve dikkat değil, kendi eş değer statüsündeki bir sağlık personelinin göstermesi gereken tedbir ve dikkat yeterli. Alınması gerekirken alınmayan tedbir ve dikkatin neler olduğu durum ve şartlara göre her olay için, her somut olay için ayrı değerlendiriliyor.

Dünden beri çok güzel konuşmalar oldu, zevkle, hayranlıkla dinledik. Çok feyz aldık, izninizle ben biraz daha olgular üzerinden gitmek istiyorum. Ve en çok sorun çıkaran olgulardan biri de anaflaktik reaksiyonlar dediğimiz bizim sağlık personeli, ölümcül alerjik reaksiyonlar. Bir sağlık personeli bir hastaya bir praperat uygulayacak, bir ilaç uygulayacak, fakat bir test yapmak ihtiyacı hisseti. Bu illa penisilinde olmaz, herhangi bir ilacın da testi uygulanabilir. Böyle bir test uygulandı ve anaflaksi gelişti ve hasta öldü. Hasta yakınları bu konuda şikayetçi oldu ve bir dava açıldı. Nasıl değerlendirilecek bu durum. Kusurun burada varlığı için şunu kabul ediyor Yargıtay kararları ve değişik mahkemelerden çıkan kararalar.

Bir sağlık personeli hangi ilacı uygularsa uygulasın, test dozunda dahi, dozdan bağımsız olarak bir anaflaksi, bir alerjinin gelişeceğini tahmin ederek buna göre tedbir ve önlemini almak zorundadır. Peki burada sağlık personelimizin alacağı tedbir ne olacaktır? Bir sağlık ocağında veya bir poliklinikte veya kişinin özel muayenehanesinde, adrenalin, kortizon, antistamik gibi ilk planda elinde bulundurması gereken ilaçlar ve kardiyopulmoner resusitasyonu dediğimiz suni kalp masajı, suni solunum. Bunları yaptığı takdire şahıs ölse bile herhangi bir sorumluluk yükletilemez. Ancak bu eylem gelişmiş bir üçüncü basamak sağlık kuruluşunda, örneğin bir üniversite hastanesinde meydana gelirse artık bu tedbirler o sağlık personelini sorumluluktan kurtaramaz.

Çünkü basamak ilerledikçe daha yüksek tedbirlerin, daha ileri yaşam destek sistemlerinin mevcut bulundurulması gerekmektedir. Aynı olay, aynı ilaç, aynı müdahale olduğu halde sağlık ocağındaki veya birinci basamaktaki sağlık personeli kusursuz üçüncü basamaktaki bir anda kusurlu olabilmektedir. Tabi o da kendini nasıl savunabilir? Eğer yapması gereken zorunlu bir müdahale ise ben mevcut araç gereçler ve ilaçlar bulunmadığı takdirde bu tip ölümler meydana

gelebilir diye yazılı olarak ana bilim dalı başkanıma verdim. Ana bilim dalı başkanım, yılların bu işin tecrübesiyle o da hemen mahkemede, ben de yazılı olarak hemen dekanıma, baş hekimime, ilgili kişiye ilettim. Ve bu silsileyle nerede sorumluluk varsa orada bir kusur ortaya çakacaktır ve kimse ceza almasa herkes tedbirini almış olsa bile bir kusursuz sorumlulukta bir tazminat söz konusu olabilmektedir.

Peki bizim sağlık personeli niye ceza almadı? Sonuçta bu ilacı test dozunda yapmasaydı bu hasta ölmeyecekti. Tabi herkes ölecek ama en azında o aşamada bir ölüm vuku bulmayacaktı. Niye ceza verilmedi, yani sağlık personelinin bir öldürme yetkisi mi var acaba? Burada da hukuktaki bir başka kavrama girmiş oluyoruz, izin verilen risk. Her tıbbi girişimin normal sapmaları ve riskleri vardır. Ve günümüz hukuk anlayışında sağlık personeli çalışmalarını izin verilen risk kavramında yerine getirir. İzin verilen risk olarak kabul edilen, tıbbın ve hukukun kabul ettiği risk ve sapmalar sonucu kötü sonuçlar meydana gelse bile sağlık personeline herhangi bir sorumluluk yükletilemez.

Çünkü sağlık personeli burada dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirmiştir. Önemli olan her ilacın, ağrı kesicisinden vitaminine kadar her ilacın alerji yapma riskinin bulunduğunun bilinmesi ve buna göre tedbirin alınmasıdır. Halk arasında, daha doğrusu basında hep gördüğümüz penisilin alerjisinden öldü gibi kavramlar biraz spekülatif yaklaşımlardır, esasında penisilin diğer ilaçların yanında ölümcül alerji riski geliştirme olasılığı en düşük olan ilaçlardan biridir. Hekim ve sağlık kurulunun görevi her türlü durum için olanaklar elverdiğince her türlü durum için hazırlıklı olmak. İzin verilen risk tabi ki hukuki bir kavram. Bunu tıbba uygulayacak olursak karşımıza komplikasyon kelimesi çıkıyor. Taksir, tedbirsizlik, dikkatsizliğin karşılığı ise malpraktis olarak karşımıza çıkıyor. Kişinin meslek ve sanatının esaslarını bilmemesi ve beceriden yoksun olması ise acemilik kabul ediliyor. Hekim mesleği ve uzmanlığıyla ilgili tıpta uygulanması benimsenmiş ve kabul edilmiş klasik bilgileri bilmek zorundadır. Tabi ki kendini geliştirecek, dünya standartlarına göre kendini yetiştirecek, yeni bilgiler alacak, ama hukukun istediği temel baz bir ölçü- klasik bilgilerin bilinmesi zorunluluğu vardır ve kendini ülke tıbbının gelişmesi düzeyinde sağlık personeli yetiştirmek zorundadır. Burada da bilinmesi gerekeni bilmemek bir sorumluluk getirecektir. Dünden beri konuşuluyor, son derece saygın hukuk hocalarımız belirttiler, tedaviye gelen hastayla hekim arasında bir sözleşmenin yapıldığını, sözleşme gereği hekimin başladığı tedaviyi sonuçlandırdığı, eksikleri tamamlattığı ve hastayı da iyileşinceye kadar takip ettiğini biliyoruz. Tabi ki bu sözleşmede hekim hastaya tamamen iyileşeceğine dair bir söz veremez. Hastanın da hekimden böyle bir söz isteme hakkı yoktur. Hemen istisnalarını da belirttiler sabah değerli hocalarımız, protezlerde, estetik cerrahide böyle bir söz verildiği takdirde yerine getirilebilir. Peki bu sözleşmede neye söz vermiş oluyoruz. Özellikle sağlık mensuplarıyla yapmış olduğumuz söyleşilerde zaten böyle bir sözleşmeden pek çoğunun ne

yazık ki haberi yok. Sözleşmenin varlığından haberi olanlar da sözleşmede neye söz verdiklerini bilmiyorlar. Hekim bu sözleşmede tıp ilkelerine ve kurallarına göre gereken tedaviyi ve operasyonu yapmaya, gerekli tedbirleri almaya ve hastaya özen göstermeye söz vermiş olmaktadır.

Peki dedik ki kusur oranları verilecek cezayı son derece etkiliyor. Kusurumuzu kim belirleyecek? Ceza sorumluluğunda kusuru belirleyen, öğleden sonra da oturumu var, burada Yüksek Sağlık Şurası'nda üyelik yapmış pek çok arkadaşımız var, hocalarımız var, onlar daha ayrıntılı konuşacaklardır ama, kusur oranının belirlenmesi, daha doğrusu bir başvuru zorunluluğu, Yüksek Sağlık Şurası'na ve Yüksek Sağlık Şurası'nda da son yıllarda yapılan başvurularda inanılmaz artışlar söz konusudur. Tabi şuraya sadece hekimler için değil diğer sağlık personeli için de başvurular yapılmaktadır. Ceza davalarında Yüksek Sağlık Şurası'na başvurma zorunluluğu vardır ama tabi ki hukukta diğer alanlarda olduğu gibi bu görüşün olduğu gibi kabul edilmesi zorunluluğu yoktur. İtiraz halinde veya rapor beğenilmediği takdirde diğer kurumlardan da bu konuda görüş alınmaktadır.

Adli Tıp Kurumu'nun da ilgili ihtisas kurulu malpraktisle ilgili konularda kusur belirleyebilmektedir. Ayrıca üniversitelerin ilgili ana bilim dalları, bu sadece Adli Tıp değil, genel cerrahi, kadın doğum gibi ilgili ana bilim dallarından da mahkemeler görüş isteyebilmektedir. Alternatif raporlarda son gün herhalde konuşulacak, bildiğiniz gibi insan hakları ihlallerinde zaman, zaman alternatif raporlara başvurulabilmektedir. Son zamanlarda konuyla ilgili sivil toplum örgütlerinde de alternatif raporlar almak için başvurular olmaktadır. Bizim de adli bilimciler derneği diye bir derneğimiz var, Nezih Varol hocamız da oranın Sağlık Komisyonu Başkanı. Buraya da yapılan başvurularda diğer raporlar alındıktan sonra, alternatif raporlar hazırlanabilmektedir, malpraktis konusunda. Tabi biz yaklaşık 15 yıldır, Nezih KÖK hocam da burada, bu konuyla çalışıyoruz. İlk başta sağlık personeli dokunulmaz hissediyordu kendini. Biz de dahil olmak üzere. Fakat zaman içinde hasta hakları kavramı gittikçe gelişti ve artık biraz da denge hatta hekimlerin aleyhine bozuldu ve basında sık, sık bu haberlerle karşılaşmaya başladık.

Yine bir örnek vermek istiyorum, Yüksek Sağlık Şurası'nda çalıştığım uzmanlardan cerrahi uzmanı hekimin, hocam da hatırlayacaktır, birlikteydik kendisiyle, ben raportördüm, kendisi üyeydi, cerrahi uzmanı hekim ameliyatta bir damarın kesilmesini ister, biliyorsunuz ameliyatlarda tek bir komutan vardır, oranın uzmanı. Tıpkı savaş sahasındaki tek komutan olduğu gibi dolayısıyla o komutanın emri tartışılmaz çünkü tartışmalar ameliyat ortamında hastanın aleyhinedir. Kesilir bu damar ancak kesilmemesi gereken bir damardır, bir süre sonra o damarın beslediği organlarda nekroz meydana gelir ve o organ çıkarılmak zorunda kalır. Olay şuraya gelir, şurada uzmana o zaman 8 üzerinden verilmekteydi, 8'de 8 tam ağır kusur verirken, asistana herhangi bir kusur verilmez.

Yine bir başka olay, gir göz uzmanı asistanıyla ameliyata girer, tümörlü bir göz vardır çıkarılacaktır, o sırada eski bir tanıdığından bir telefon gelir, gel barışalım, aramızdaki sorunları unutalım diye, heyecanla döner asistanına, sen der bu ameliyatı yaparsın, basit bir şey, çok zor değil, sonuçta gözü çıkaracaksın, ince işçilik gerektirmiyor. Tamam abi merak etme, yengeye de benden selam söyle der asistan, girer, ancak tümörlü göz yerine sağlam gözü çıkartır. Şimdi burada her ne kadar geminin kaptanı uzmansa ki ona ağır bir kusur verilmiştir, 8' de 8 verilmiştir.

Ancak asistan da burada çok basit bir özen borcunu yerine getirmediği için, dosyayı açıp, hangi gözün ameliyat edileceğini incelemediği için onun da ağır kusurlu olduğuna karar verilmiştir. Kapıya sıkışan parmaklarda antibiyotik verilmesi ve pansuman yapılmasına rağmen kangren gelişmesinde hekimin kusuru olup olmadığı sorulmuştur bir başka somut olgu da ki yakında gidecek bir mikro cerrahi, el cerrahi ünitesi de yoktur. Burada da parmaklardaki küçük damarlara müdahale mümkün değildir, hekim hastaya gösterilmesi gereken ortalama özeni göstermiştir ve gelişen durumda tıbben kabul edilebilecek bir komplikasyon olduğu için hekim kusursuzdur sonucuna varılmıştır. Şimdi bu aşamada hep hukuk konuşuyoruz ama, sabahleyin çok hoşuma gitti, biz uçak kazalarından da, tren kazalarından da hepsinden daha riskli bir, bangi jumping dediler herhalde sabahleyin, o zaman biz de şöyle bir soru soralım, acaba pilotlar niye doktorlardan daha az insan öldürüyorlar. Efendim öncelikle dinlenmeleri zorunludur, hiçbir pilot üst üste nöbet tutup, dördüncü gün poliklinik yapmaz. Her şey, zamanları olduğu için çift kontrol yaparlar. Bir olayı en az iki kere kontrol ederler ve iki kişi kontrol eder. Protokollere çok sıkı uyarlar. Bir hastalığın tedavisinde bir tedavi protokolü varsa buna yakinen uyarlar, tabi pilotlar genellikle yolcularıyla birlikte ölürler. Efendim ekibin ilaç kullanılmasında da tabi sorumluluğu var, hatalı ve bozuk imal edilmiş bir ilacın kullanılmasından kural olarak ilaç yapılması sorumlu. Bir de hekimin ilacın yapımındaki hataları önceden tahmin etme olanağı yoksa kusurundan söz edilemez.

Ancak tedavi için uygun ilacı yanlış uygulama, doz yüksekliğinde yanılma, deri içi yerine deri altına enjeksiyon ve konulan teşhis ve tanıya rağmen tamamen yanlış bir ilacın seçilmesi özensizliğin kanıtı olacaktır. Hekim daha ziyade ilacın yan etkileri konusunda hastasını uyarma konusunda yükümlüdür. Burada şu tartışma çıkmaktadır. Her ilacın sonuçta bir insan öldürme riski vardır. Çok ağır riskleri vardır, nereye kadar bunları tanımlayacağız. Tartışmada %1 la 5'e kadar olan yan etkilerinin belirtilmemesi bunun üstündeki belirtilerin hastaya söylenmesi, bu hala tartışmalıdır. Çünkü bununla ilgili hala verilmiş net bir karar yoktur.

Efendim antialerjik bir ilaç vermiş hastasına ve bazı dinleyicilerimiz gibi uyutacağını söylememiş bu ilacın, hekim. Daha sonra bu ilacın etkisiyle uykulu halde kaza yapıyor, bir ağaca çarpıyor hasta ve yaralanıyor. Şöyle bir illiyet bağı

kuruluyor, hekim uyarı görevini yapmış olsaydı, hasta bu ilacı aldıktan sonra araç kullanmayacaktı. Bu ilacın etkisinde araç kullanmasaydı yaralanmayacaktı, ağaca çarpmayacaktır, çarpmasaydı yaralanmayacaktı. Dolayısıyla hekimin uyarı görevini yapmamasıyla bu yaralanma arasında bir illiyet bağı vardır sonucuna varılmış. Bir başka somut olgu, nörolog tarafından, nöroloji uzmanı tarafından bir ilaç yazılır. Bunu miyelografi, yani belden vererek bir film çekilmesi istenir. Radyolog da bunu yapar, beş dakika sonra hasta ölür. Açarlar prospektüse bakarlar ki bu ilaç kesinlikle bu şekilde yapılamaz, çünkü hastayı öldürür. Bu da şuraya gelir ve nörologun bunu yazmaması, radyologun ise yapmaması gerektiği sonucuna varılarak her ikisine de ağır kusur verilir. Sır saklama yükümlülüğüne çok girmeyeceğim, vaktimizin kısalığı nedeniyle, onlar zaten konuşuldu, yasal bir neden dayanmadan meslek sırrının açıklanmasının suç olduğunu belirterek bunu geçeceğim. Yalnız sırla ilgili şu var, hasta kayıt defterine yapılan kayıtlar ve ihbarı yükümlü hastalıklarda, umumi hıfzı sıha kanunlarına göre bir hastalığın gizli olarak sağlık müdürlüğüne bildirilmesi sırrın ifşası olarak kabul edilmemektedir. Vaktimiz var mı sayın başkanım, bitiyor mu?

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku kurulu Üyesi - Çok keyifli bir sunumunuz var ama yavaş, yavaş toparlamamız mümkünse, sözünüzü kesmek istemiyorum.

PROF. DR. HAMİT HANCI - Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi - Bakın şimdi ama olduğu zaman ilk cümleyi yalanlarmış zaten. Seni çok seviyorum ama böyle davranılmaması gerekir. Evet tabi ki sırrın saklanması üçüncü kişilerin hayatını tehlikeye sokacaksa bu sırrın açıklandığını görürüz. Son olarak şundan bahsetmek istiyorum, şimdi o sorumluluk, bu sorumluluk dedikçe panik yapıyor meslektaşlarımız ve fazla hastalarla uğraşmıyorlar. Hiçbir şeyine ellemeyelim diyorlar hastaların. Biz de o zaman şöyle diyoruz, hukukta bir eylemin yapılmasının suç olabileceği gibi, yapılmaması da suç olabilir. Bu özellikle acil müdahaleler için geçerli bir kuraldır. Gerek Türk Ceza Kanunumuz, gerek Tıbbi Deontoloji Tüzüğü yaralıya ve acil müdahaleye yardımı zorunlu kılmaktadır. Hayatı tehlikede olan bir hasta ya da yaralının hastaneye kabulü şarttır, şüpheli olanların dahi hastaneye kabulü gerekir. Özel hastaneler dahi olanaklar elverdiğince acil vakaları kabule mecburdurlar. Bu hasta gönderilir ve hastaneye başvurmasına yol açan olay yüzünden ölürse hekimin burada cezai sorumluluğu doğacaktır. Şunu da unutmayalım, yerel olanakların kısıtlılığı nedeniyle gelişecek durumlarda hekime herhangi bir sorumluluk yükletilemez. Hocama bir giriş olması açısından çok kısa, izninizle, bir dakika, izninizi alarak. Hastaya biz ne yapıyoruz? Bakın, palpasyon, hastanın karnını mıncıklıyoruz, iğne yapıyoruz, orasını kesiyoruz, bir de bir tanım yapmıştık hatırlarsanız müessir fiil diye, vücuda ağrı, acı, eza veren. Ve Yargıtay diyor ki bir kişinin itelenmesi, saçının, sakalının kesilmesi dahi müessir fiildir. O zaman bizim hastaya yapmış olduğumuz her eylem bir müessir fiil, bir suç. Zaten demek ki bizim mesleğimiz bir suçun üzerine kurulu

bir meslek. Peki neden ceza almıyoruz o zaman bu kadar suç işlediğimiz halde. İki sebebi var- bir- yapmış olduğumuz eylemlerin tanı veya tedavi amacına yönelik olması, iki- hastanın aydınlatılmış rızası. Bunlar hep değinildiği için girmeyeceğim. Sabırla dinlediğiniz için teşekkür ederim.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku kurulu Üyesi - Çok teşekkür ediyoruz Hocamıza, şimdi de sözü Sayın FEYZİOĞLU' na bırakıyoruz efendim.

Türk Ceza Hukukunda Zorla Tedavi

PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Efendim hepinizi saygıyla selamlıyorum. Sayın Genel Müdür siz de hoş geldiniz. Bir an çok korktum çünkü Sağlık Bakanlığı Eğitim Dairesi Eğitim İşleri Genel Müdürü, Sağlık Eğitim Genel Müdürü, kusura bakmayın, çok uzun bir genel müdürlüğü var, duvarın üstünde oturuyor, baktım, çok güzel bir şey de, biz, genel müdürlerin duvar üstünde, sıradan insanlar gibi oturmasına çok alışık değiliz. Efendim, hayır, alışırız maazallah, sonra giderseniz, yerinize gelen öyle çıkmaz, kamu yararı için sizi öne davet edecektim, neyse ki geldiniz. Efendim şimdi bugün benim konum aslında çok özel bir konu. Vallahi çalıştım, Türk Ceza Hukuku'nda Zorla Tedavi. Benim öyle tıpçılar gibi, yansım falan da yok. İki nedeni var, bir, yansı hazırlamayı bilmem, iki, bilen birini çalıştırabilirim ama yansı koyduğum zaman, şu Ankara Hukuk yazısı gözükmüyor, orada reklamımız az oluyor, o yüzden perdesiz sunuş yapacağım, gerek yok yansıya.

Bir kere ben konuma girmeden önce, dün de söyledim ama dün belki aramızda olmayanlar vardır, o yüzden tıpla ilgili, hekimin cezai sorumluluğuyla ilgili, her neyse, her konuşmama TCK 280 kaldırılsın diye başlıyorum biliyorsunuz. TCK 280 kaldırılsın. Destek verin, mücadele verin, sizi muhbir yapan bu madde lütfen kaldırılsın. Ve derhal eski Türk Ceza Kanunundaki maddeye geri dönülsün. Eski Türk Ceza Kanunundaki madde hastanın suç mağduru olduğu hallerde hekimin ihbar yükümlülüğünü getirmişti. Yeni Türk Ceza Kanunu hiçbir ayrım gözetmeksizin hastanın fail olabileceği halleri de kapsar şekilde hekimlere ihbar yükümlülüğü getirmiştir, hekim hasta arasındaki sır saklama zorunluluğunu yok ettiği gibi, kişilerin hayat haklarını da, yaşam haklarını da tehdit etmektedir. Çünkü kendisini ihbar edecek zorunlu bir muhbire gitmekten çekinmek insani bir kaygıdır. Bu yüzden bunun derhal kaldırılması lazımdır. Biz bunu dağdaki terörist için yazdık şeklindeki gerekçelerin hiçbir bağlayıcılığı yoktur, çünkü gerekçenin bağlayıcılığı yoktur. Ben yazılanı bilirim, yazılan da budur. Bundan dolayı bir hekimin bile canı yanarsa, bir hastanın bile canı yanarsa bunun diyetini hiç kimse ödeyemez. Bir başka husus benim konum kısa da o yüzden böyle giriş yapıyorum, çık kısa anlatacağım konumu, çok somut şeyleri söyleyeceğim, Sedat Hoca hayır diyecek, o şekilde tartışacağız, geçecek.

Şimdi yanlış anlamadıysam hocam ayrı bir kanuna ihtiyaç olduğunda söz etti. Bakın ben ayrı kanunu olan düzenlemelerin bir kısmını sayayım, kaçakçılıkla mücadele kanunu ayrı bir cezai sorumluluk düzenlemesi gereklidir, rüşvet ve yolsuzlukla mücadele kanunu, yani ne diye çıkaracağız, hekimle mücadele kanunu diye mi çıkaracağız? Ayrı ceza kanunları her zaman için toplumsal açıdan büyük risk içeren suçların cezalandırılması, önleyiciliğin sağlanması için çıkarılır. O yüzden hekimler için ayrı bir ceza kanunu çıkarılması söz konusu olamaz, son derece yanlıştır.

Ama genel ceza kanunu içinde hekimleri ilgilendiren hükümlerin doğru bir şekilde anlaşılıp, uygulanması gereklidir. Zaten çözüm burada. Olası kasıt ve taksirden söz etti hocam. Tabi olası kasıt o kadar kötü yazılmış ki yeni Türk Ceza Kanununda, hekimler açısından son derece tehlikeli bir durum. Olası kastın bilimsel tanımı şudur, daha doğrusu bilimsel tanıma örnek şudur. Bir hekim ölürse ölsün, sakat kalırsa kalsın, zaten kız arkadaşımla randevum var, bu adam da beş para etmez, yaşasa ne olur derse bu olası kasıttır. Olası kasıt şudur, sonuca rıza göstermektir değerli dinleyenler. Sonuca rıza göstermek, sonucu doğrudan doğruya istemese de sonuca rıza göstermek. Kusur o kadar, o kadar ağırdır ki sonuca rıza gösterdiği sonucunu çıkartısınız bundan ve o zaman kasten adam öldürmekten ya da kasten adam yaralamaktan hekimi sorumlu tutabilirsiniz.

Bundan önce hekimler, yani Eski Türk Ceza Kanunu zamanında yani neşteri bile, bile şah damarına batırıp öl diye kesmediği sürece taksirli davranışla adam öldürmekten veya yaralamaktan sorumlu tutulurken, olası kasıt kavramının ya da kurumunun Türk Ceza Kanununa girmesiyle 1 Haziran 2005'den itibaren, kasten işledikleri iddia olunabilecek suçlardan da sorumlu tutulabileceklerdir. Bu sıkıntılıdır.

Taksirle ilgili, bilinçli taksir kavramı Yeni Türk Ceza Kanunuyla girmemiştir, ihtiyaç vardır bu kavrama. Eski Türk Ceza Kanununda da vardı, yaklaşık dört ya da beş yıllık bir uygulaması herhalde oldu bilinçli taksirin ve bu yargı kararlarıyla da anlamlı bir şekilde yerleşti, büyük ölçüde yerleşti. O yüzden yeni bir kavram değil bilinçli taksir, sadece biz Yeni Türk Ceza Kanununu açıp ilk defa bir ceza kanununu bir kısmımız okuduğu için ya ben adam öldürürsem sorumluymuşum demeye başladık galiba. O yüzden, bu kavram vardı eskisinde de şimdi girişten sonra kısa konuma geliyorum ben. Aslında çok uzun da kısa anlatacağım. Hekimin Türk Ceza Hukukunda pardon o sizin konunuz, Türk Ecza Hukuku'nda zorla tedavi konusu.

Değerli dinleyenler zorla tedavi konusunun bizi şu anda ilgilendiren boyutu İnfaz Kanunu'nun 82. Maddesidir. Bir kere şöyle, bir salgın hastalık, sari bir hastalığım varsa, zaten Umumi Hıfzısıhha Kanununa göre zorla tedavi edersiniz, tecrit de edersiniz. Bunu tartışmaya dahi gerek yok. Bu konuyu o yüzden hiç zaman kaybına neden olmamak için bir kenara bırakıyorum. Ama diyelim ki

kanser hastasıyım ve tedavi olmadığım takdirde, hür de bir insanım yani, tedavi olmadığım takdirde bilimsel verilere göre ölüm de muhakkak gibi gözüküyor.

Beni hiçbir kuvvet zorla hastaneye götürüp kemoterapiye tabi tutamaz, radyo terapiye tabi tutamaz, spilenektomi, galiba, ben sizden daha çok tıp kongresine katıldım, 1 sene de 8 kongrem var, var mı sizin o kadar kongeniz? Dalak alınması demektir efendim, bilmeyenler için söyleyeyim. Veya karaciğer hilusunda görünen lenfadenopatinin zorla alınmasına karar veremezsiniz, hiçbir güç bunu yapamaz. Peki acılar içinde öleceğini bilseniz de yapamazsınız, bilmeseniz de yapamazsınız. Neden? Çünkü bunu yaptığınız takdirde suç işlemiş olursunuz. Benim maddi, manevi varlığımı koruma geliştirme hakkım var. Geliştirme ayrı, koruma ayrı. Koruma hakkı bana dokunamazsınız deme hakkını da içeriyor. Rahmetli Bülent Nuri ESEN' in ölmek hakkı şiirini de hatırlayanlara hatırlatırım. Şimdi hal böyleyken hürriyeti kısıtlanmış kişiler açısından, hükümlüler açısından konuyu çözümlediğini iddia eden İnfaz Kanunu 82. Maddenin yaklaşımı nedir?

Değerli dinleyenler burada ikiye ayırmak lazım, zaten kanunda ikiye ayırmış 82. Maddede-.açlık grevi, ölüm orucunda bulunan hükümlüler açısından. Çok net bir şekilde görüşümü söyleyeceğim. Ben şurada bulduğum bir satırla kolumu kesmek üzere buraya koysam, Ömer Seyfettin'in hikayesinde olduğu gibi, tam satırı indirmek üzereyken Sedat IŞIK bana bir yumruk atsa ve burnumu kırsa, bu suç oluşturur mu? Hayır oluşturmaz. Neden oluşturmaz? Çünkü başkası lehine meşru müdafaa yapmıştır. Zorunluluk hali değildir, çünkü tehlikeye ben sebep olduğum için tehlikeye sebep olan kişiye karşı bir girişimde bulunulduğundan bu bazı kitaplarda zorunluluk hali diye yazmasına rağmen yanlıştır, başkası lehine meşru müdafaa yapmıştır. O başkası da benim. Benim kolumu bana rağmen kurtarmıştır. Suçu yoktur, hukuka uygunluk sebebi vardır. Açlık grevi veya ölüm orucunda kasten canına, vücut bütünlüğüne yönelik bir hareket içindedir kişi. Bu nedenle tıpkı kafasına silah dayamış kişinin elinden kolunu kırarak elinden o silahı aldığınızda nasıl suç işlememiş olursanız, açlık grevine de müdahale ettiğinizde bir suç işlemiş olmazsınız. 82. Maddenin 2. Fıkrasındaki şartlar dahilinde. Bu doğrudur, Anayasaya uygundur, Biyo Tıp Sözleşmesi'ne de aykırı değildir. Ve müdahale etmemek de ayrıca bir suçtur. Fakat 82'ye 3'ü okuduğumuzda, ceza kanunu olan dinleyiciler varsa, daha doğrusu İnfaz Kanunu olan dinleyiciler varsa bakabilirler onlara ben, bir çoğunuzun yoktur, ben okuyayım, yukarıda belirtilen haller dışında bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı halinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır dediği, zorla tedavi hükümleri uygulanır diyor 82. Maddenin 3. Fıkrası. İkiye ayıralım, kurum içindeki diğer hükümlülere, tutuklulara bir hastalık bulaştıracaksa zorla tedavi edilir diyor. Doğru, serbest kişiyi de zorla tedavi edebilirsiniz, Umumi Hıfzı Sıhha Kanunu zaten bu açılımı getirmiş. Böyle bir şey yok, yani hiç kimse için bir sağlık

tehdidi yaratmıyor, ama kendisi açısından çok ciddi bir sağlık sorunu yaşıyor. Bu nedir? Ben seni zorla tedavi edeceğim, mümkünse yaşatacağım çünkü infazını tamamlaman gereken bir ceza var. Yararlar arasındaki denge, ben yaşatayım da şu o beş yıllık cezasını tamamlayayım yaklaşımı sergileyen 82'ye 3'ü şiddetle reddediyorum, şiddetle reddediyorum. Kalp ameliyatını mı zorla yaptıracaksınız, zorla senin kalbin çok zayıf kalp nakli mi yapacağız diyeceksiniz zorla veya organını mı keseceksiniz, alacaksınız? Şimdi bakın, ben ne dersem boş, sizin dediklerinizi çok önemli olabilir ama ben ne dersem boş. Bunu yapamayacağınızı kim söylüyor? Türkiye'nin taraf olduğu Biyo Tıp Sözleşmesi söylüyor. Biyo Tıp Sözleşmesi sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye önceden müdahalenin amacı ve niteliğiyle, sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi önceden muvafakat etmiş olsa bile her zaman muvafakatini geri alabilir diyor Biyo Tıp Sözleşmesi.

Biyo Tıp Sözleşmesi değerli dinleyenler temel haklara ilişkin bir sözleşmedir. Temel haklara ilişkin sözleşmeler Anayasanın 90. Maddesinin son fıkrası uyarınca, normlar hiyerarşisinde kanunlardan bir üst aşamaya yerleşmiştir. Dolayısıyla ben ne desem boş, siz ne deseniz önemli ama Biyo Tıp Sözleşmesi'ni eleştirebilirsiniz, görmezden gelemezsiniz. Şimdi sorun şurada düğümlenir, kamu görevlisi olan bir hekim bir hükümlüyü, açlık grevi yok bakın- ölüm orucu yok, bir hükümlüyü tedavi etmekle resmen görevlendirildiğinde ve hekim bunu reddettiğinde acaba cezai sorumluluğu doğacak mıdır. Temel soru budur, soruyu sadece Ceza Kanunuyla sınırlı cevaplayacak olursak, evet doğacaktır demek lazım. Çünkü 82. Maddenin 3. Fıkrası böyle bir tedaviyi zorunlu kılmıştır, uygulanabileceğini söylemiştir. Kamu görevlisi hekime de emir ve talimat verme yetkisini haiz olan amiri "tedavi et" dediğinde bu emri yerine getirmediğinde görevi kötüye kullanma veya yardıma muhtaç olana yardım etmeme ama görevi kötüye kullanmaya herhalde girer, bu suça vücut verebilir. Peki verecek midir? Sorunun cevabını yine analitik yöntemle, Türkçe'si yok analitiğin de o yüzden. Var mı? Unsurlarına ayırarak çözümleyici yöntemle cevaplayacak olursak, şöyle ki- kilit kavram sadece Türk Ceza Kanununa baktığımızdadır. Biz sadece Türk Ceza Kanunu'na bakarak sorunun cevabını veremeyiz. Sorunun cevabını mutlaka Anayasa 90/5 ve Biyo Tıp Sözleşmesi madde 5'i dikkate alarak verebiliriz.

Biyo Tıp Sözleşmesi rıza olmadan müdahale yapamazsın demektedir, hükümlü veya hükümsüz ayrımı yapmamaktadır, çok açık. Zaten hükümlülerin zorla yaşatılması gibi bir uygulamayı da veya zorla dalaklarının alınması, kalplerinin nakledilmesi, organlarının gerekirse kesilmesi gibi bir uygulamayı da haklı kılacak bir sebep akla gelmemekte. Eğer serbest insanlar için bu zorunluluğu getirirseniz, yani bir gerekçe getirirse4niz, hükümlü için de getirirsiniz. Serbest için getiremezseniz hükümlü için de getiremezsiniz burada, açlık grevi hariç. Şimdi 90/5 eğer bir iç hukuk normu ile usulüne göre yürürlüğe konmuş temel

haklara ilişkin sözleme hükümleri çelişki halindeyse, uluslar arası sözleşmeyi uygula diyor. Bu şu demektir, iç hukuk normunu görmezden gel demektir. Bu Anayasa yargısı olmayan ülkelerde özellikle olan bir kavramdır. İtalyanca, yanlış bilmiyorsam "inyore, "ignoret", görme demektir. Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin de Anayasaya aykırı hükümlerle karşılaştığında yaptığı sürekli budur, görmezden gelip, Anayasa hükmünü uygulamaktır. Ve bu çerçevede 90/5'in emri gereği Biyo Tıp Sözleşmesi madde 5, Türk hakimine ve Türk savcısına 82/3'ü görmezden gelme emrini vermektedir. Hal böyle olunca yani zorla tedavi etme yükümlülüğünü görmezden gelme emrini vermektedir, hal böyle olunca da zorla tedavi etmem diyen hekimin de bir cezai sorumluluğunun bulunmaması gerekir. Sabırla dinlediniz teşekkür ederim.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku kurulu Üyesi - Biz çok teşekkür ediyoruz Sayın FEYZİOĞLU'na bir de kendisine Sayın Orhan GÜRGEN' in bir sorusu var.

PROF. DR. METİN FEYZİOLU - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı - Hemen mi cevaplayayım? Peki. TCK madde 280'nin düzenlemesi göz önüne alındığında Terörle Mücadele Kanunu düzenlenmesi gerek mi? Terörle Mücadele Kanununun düzenlenmesine de gerek yoktur. Eğer bir soru şu; terör örgütü mensuplarını tedavi eden hekimlerin ihbarda bulunması şöyle zaten eski kanunda devletin şahsiyetine karşı bir cürümün işlendiğini görenlerin zaten ihbar yükümlülüğü vardır. Bu devam ettirilmelidir. Öte yandan bir doktorun terör örgütü üyesi olması söz konusu ise doktor olması ona dokunulmazlık getirmez, ayrıca hem Terörle Mücadele Kanununa, hem ilgili Ceza Kanununa göre, ceza maddesine göre sorumlu olur ama onun dışında bir hekim tedavi ederken kişinin kim olduğuna bakmaz, hangi durumda olduğuna bakar. Yani hekimin ben teröristi mi tedavi ediyorum, başkasını mı tedavi ediyorum demeye zaten çok vakti de yoktur, müdahale etmek zorundadır. Ama onun dışında örgüte yarım anlamında sürekli tedavi için dağlata çıkıp geliyorsa zaten örgüte yardım etmektedir, örgütün bir parçası olmuştur, buna göre cezalandırılır. Cevabım bu.

KATILIMCI - Sayın Dekanın söylediği konu enteresan bir konu da sorunun temelinde şu var, kişi kendini öldürme hakkına sahip mi değil mi? Türk Hukuk düzeninde ve Avrupa'da bir çok hukuk düzeninde kendini öldürme hakkı yok. Olsaydı şayet intihara teşvik, tahrik cezalandırılmaz idi. İkincisi biz bu seçim meselesi, toplum için yaşıyoruz, ailemiz için yaşıyoruz, cezaevinde protesto yapabiliriz, grev yapabiliriz, açlık grevi yapabiliriz. Bu siyasi bir manifestasyon türüdür, bunda bir şey yok ama nereye kadar yaparsınız? Bilincinizi kaybedinceye kadar. Ondan sonra devlet size müdahale etmek zorunda, 98. Madde biliyorsunuz, tehlikede olanlara yardım yükümlülüğü getirir, TCK 498. Artı, cezaevi doktorusunuz, kamu görevlisisiniz, cezaevine giren adamın sağlığından idare sorumludur, bunu sağlıklı yaşatmak zorundasınız. Biyo Tıp Sözleşmesi 5. Maddesi elimde yok, orada bırakın adamı ölsün neticesi çıkıyor mu? Çıkacağını

zannetmiyorum. Rıza tabi ki aranacak, çünkü şahsiyet haklarına aykırı. Beni tedavi ediyorsunuz veya etmek istiyorsunuz, benim haberim yok. İnsanı çiğniyorsunuz, ama nereye kadar? Nitekim Tababet ve Şuabatın Tarzı İcrasına Dair Kanunda hüküm var, bilincini kaybedene kadar müdahale etmez, ondan sonra eder diyor. Kısacası ben şunu söyleyeyim devlet kişiyi, dünyanın hiçbir toplumunda ölüme terk edemez, insanın doğasına aykırı, komşusunun, eşinin, dostunun, sokakta birisini görse ölürken, insan olarak sızlarız, çaresini araırız. Hukuk geliyor bu andan itibaren müdahale ediyor. Niye? Toplumu korumak için müdahale ediyor. Sözleşmenin 5. Maddesi elimde yok, yani buraya kadar düzenlediğinde zannetmiyorum, orada düzenlenen rızadır diye düşünüyorum. Rızasını arayacaksınız diye düşünüyorum. Bilmiyorum hekim arkadaşlar ne düşünüyor?

PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı - Rızası yoksa diyorum ben de zaten.

KATILIMCI - Hayır, yok, adam ölecek mi? Rızası yok diye ölüme terk edemezsiniz ki, doktorsunuz. Ben diyorum ki bilincine kaybedene kadar müdahale edemezsiniz, ondan sonra etmek zorundasınız. Öldürme hakkınız yok toplum olarak.

PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı - Ben kanunun ne dediğini, özür dilerim cevap vermem lazım, hayır ben kanunun ne dediğini söyleyeyim de, sizin ne dediğiniz, benim ne dediğimden bir adım daha önde olan şu kanunun ne dediği. Bir daha okuyayım müsaadenizle, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden eşittir rıza göstermeyen. Kapat parantez, hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması, sadece hayatının değil sağlık ve hayatlarının ciddi tehlike içinde olması halinde yani ölmeyecek ama sağlığı tehlikeye girecek, yani hayat boyu diyabetli yaşayacak vs. ya da kolu kesilecek, arayı atlayacak, ceza infaz kurumunda bulunanlara tehlike oluşturması halinin önemi yok, ikinci fıkra hükümleri uygulanır. İkinci hükümlerine bakıyorum zorla tedavi edilir diyor. Benim ne dediğim, sizin ne dediğinizden çok daha ciddisi rızası olmayan hükümlüyü 82/3. Maddenin zorla yatırıp ameliyat edilmesine, iğne yapılmasına, gerekirse organının kesilmesine, dalağının alınmasına izin veren hükmünün Anayasaya da aykırı olduğudur, Biyo-Tıp Sözleşmesi'ne de aykırı olduğudur. İnsanlığa da aykırı olduğudur ayrıca. Çünkü hangi güç sayın hocam sizi bilinciniz açıkken, Allah evlerden ırak tutsun, hangi güç sizi zorla kemoterapiye tabi utabilir? Bilinciniz kapandığında tamam, buna bir şey demiyorum. Zaten Tababet ve Şuabat San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun, zaten o kanun bilinç kapandığı zaman müdahale etmeyi hekimlik görevi olarak üzerine veriyor hekimin. Zaten bu var. Önemli olan bilinci açıkken, "ya ben tedavi olmak istemiyorum" belki de inanmıyor tedavinize, sonra burada konuşmadık mı, katıldığım bütün kurultaylarda bana hekimler söylemedi mi, ben hekimlerle tartışmadım mı, hekim neticeyi garanti edemez diye. Bana hangi hekim

iyileşeceğimi garanti edebilir? Herhalde estetik cerrahiden de bahsetmiyoruz, yani botoks yaptırayım, burnumu biraz kaldırayım cezaevinde diye. Bu da değil herhalde. Onun da garantisi yok, bambaşka bir adam çıkıyor. Yani, konu bu değil. Konu 82/3'ün inanın yani zamanında Rocco'nun dahi aklına gelmeyecek şekilde yazılmış olması. Rocco Mussolini zamanında İtalyan Ceza Kanununu değiştiren cezacının ismidir. Kapa parantez, saygılarımla.

KATILIMCI - Şimdi Sayın Başkan ben, sayın Hocam şunu söylemek istiyorum, bilincin kapanması da mesele değil, hekimler açısından konuşuyorum,- hukuk açısından değil. Nedeni şu? Bazen bilincin kapanmasıyla insanın iradesini ortadan kaldıramazsınız. Şahıs operasyona girmeden önce bilinci açık olarak rızasını verir, anesteziyi alır, bilinci kapanır, hekim bunun bilinci kayboldu artık bundan sonra bunun rızası geçerli değil, bundan sonra ben istediğimi yapayım diyemez. Tıbbı vasiyetname denen bir şey var Avrupa'da, bizde uygulanıyor mu, zannetmiyorum ama gizli, gizli uygulandığını biliyoruz. Kişi beni resute etmeyin talimatı veriyor. Öldükten sonra bizim hekimlerimizin 45 dakika hastanın etrafına toplanır, kardiyak masajını yaparız, adrenalini veririz, kortizonunu veririz, atropinini veririz kalbi tekrar çalıştıralım diye ve 45 dakikada gerçekten çok güçlü bir masaj yapılır. Ama Avrupa'da kişi diyor ki ben öldükten sonra beni asla resute etmeyin, masaj yapmayın diyor. Çünkü neden? Çünkü masajın en önemli komplikasyonlarından birisi de eğer zamanında yapmayacak olursanız kişi bitkisel hayata girebilir. Hipoks ..... gelişir ve o kişi sosyal bir varlık olarak dünyada, artık insan olarak yaşayamaz. Evet vardır ama o tür faaliyetleri yoktur, bilinçsel faaliyetleri yoktur. O nedenle, ben size destek mahiyetinde söylüyorum, yani rızanın bilinci kaybı olana kadar, ortadan kalktıktan sonra, bilinç kaybı olduktan sonra artık rıza yoktur demek de problemi çözmez. Bahsettiğiniz Biyo-Tıp ve İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ikinci ya da üçüncü maddesi aynen şunu söyler, kişi hem toplum açısından, hem de diğer menfaatler açısından kişinin menfaati hem toplumun hem de diğer sayılan tüm menfaatlerden üstündür der. Bunun neticesinde kişinin varsayılan rızası o bilinç kaybolmadan önceki ortaya koyduğu iradesi bence hukuken de geçerli sayılmalıdır.

PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı- Şimdi hemen yorumla cevap vereyim, bu Türk Hukuku açısından geçerli değil, olması lazım gelir mi tartışabiliriz ama olan hukuk böyle değil hiçbir şekilde çünkü olan hukuk Tababet Kanunu bilinç kaybedildiğinde rızanın da aranmayacağını ve geçersiz olacağını söylüyor, çünkü belki o ana kadar rıza göstermeyen hasta son saniyede, son anda yaşama sarılabilir ki bu aslında yaşamsal bir dürtüdür, yani bunu göz ardı edemezsiniz, kanun da etmemiş. O yüzden bilinç kapandığında da rızasının geçersiz, yani rızasını aramayacağımızı kabul etmek lazım bugünkü düzenlemeye göre. Açık bir hüküm gelirse tabi onu ayrıca tartışırım. Sıfır bedenle ilgili çok güzel bir soru var. Tabi bu şey bir soru hem çok güzel hem de bu penaltı çekiyor bana sayın meslektaşım Selçuk

KOZAĞAÇLI, gol yemeden cevaplamaya gayret edeyim. Soru şu: İnfaz Kanunu 82 açısından hiç sorun yok, açlık grevine müdahale edilir dediniz, etkili bir sıfır beden diyetiyle ölçüsüz zayıflayan kişi sizce 82/2'ye mi yoksa 82/3'e mi girer? Estetik nedenlerle ideolojik nedenleri ayırma ölçütleriniz nedir? Burada estetik, mestetik, ideolojik, böyle bir şey yok. Bir kişi hükümlüyse ve beslenmeyi reddediyorsa ve bu beslenmeyi reddetmesi sağlığı açısından geri dönülmez bir tehdit yaratmaya başlamışsa müdahale edersiniz buna. Tıpkı kafasına silah çeken kişinin elinden o silahı almak için zor kullanma hakkının her birey açısından hukuk tarafından geçerli kabul edildiği gibi. Estetik, mestetik yok burada, aynıdır bu. Ben hukukçulukta feminizmi kabul etmem, şovenizmi kabul etmem, ideolojiyi kabul etmem. Benim hukukçuluk anlayışım doğruya doğru, Eğriye eğri demektir. Bunu yaparken de yorumlarımı siyasi görüşle biçimlendirmek yerine daha ziyade bildiğimiz, bize öğretilen yorum yöntemlerini kullanarak yapmayı tercih ederim. Bu çerçevede büyük bir kararlılıkla dile getirdiğim, teknik olarak da doğru olduğuna inanarak dile getirdiğim husus açlık grevi yapmak suretiyle kendini öldürmek veya hayatına kasten ağır bir zarar vermek üzere olan kişinin, başına ideolojik nedenle silah çekip öldürmek üzere olan kişiden hiçbir farkının olmadığıdır. Ben ona nasıl müdahale ediyorsam, buna da müdahale etmek hukukun emridir. Bunu diyen ben bir sonraki adımda tedaviyi reddetme hakkını da aynı zamanda kabul ediyorum. Çünkü bana tedavinin % 100 hayat kurtaracağını garanti edemeyeceğiniz gibi vücuduma müdahale benim manevi varlığıma da müdahale olacaktır. Ben, çok özür dilerim, aradaki fark şu, eğer elimde bir AİDS virüsü taşıyan şırıngayı nakletmek üzereyken veya zerk etmek üzereyken müdahale ederseniz tıpkı açlık grevine müdahale gibi olur. Ama ben AİDS olduktan sonra tedaviyi reddedersem buna saygı duymak zorundasınız.

SELÇUK KOZAĞAÇLI - Hocam ben şunu sormuştum aslında, bu da şuydu? Beslenmeyi reddetmek, özellikle bu sıfır beden diyetlerinin bir süre sonra ... haline getirdiği bir hastalık var, ...

PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı- Anoreksi nervosa, sorsaydınız söylerdim.

SELÇUK KOZAĞAÇLI - Şimdi bu şekilde hastalanmış bir kişi kanun karşısında beslenmeyi reddeden kişidir. Ama 82/3'deki hastalıklardan birisine sahiptir, buna müdahale edilsin mi diyorsunuz, edilmesin mi diyorsunuz?

PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı- Dedim ya, edilsin.

SELÇUK KOZAĞAÇLI - ... kanserli, o da beslenememe hastası, tıbben bir hastalık zannediyorum, yanılmıyorsam. Anoreksiya denilen şey tıbbi bir hastalıktır, tercih değil.

PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU - Hayır sizin sorunuz diyetle ölçüsüz zayıflamak.

SELÇUK KOZAĞAÇLI - Ben bunu sormaya çalıştım. Bunun bir hastalık olduğunu biliyordum, beslenememe hastalığı.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku kurulu Üyesi - Hocam lütfen bitirelim mi? Süremizi bir hayli açtık.

PROF. DR. METİN FEYZİOĞLU- Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı - Korneri tuttum mu tutmadım mı bilmiyorum, yani tartışmalı direkten döndü diyelim. Hastalıksa bu eğer, bu bir hastalıksa, yani beslenemiyor ise ve beslenmekte istemiyorsa, tedaviyi reddetmeyi tartışırım sizinle. Ama ben zayıflayacağım diye yemek yemiyorum ve bir noktaya geldim, hayati tehlikeye uğradım, buna müdahale ederim.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku kurulu Üyesi - Hocam sözünüzü kesmek istemiyorum ama bir hayli süremizi aştık. Diğer oturumları da riske sokmamak açısından kısa bir aradan sonra devam edeceğiz. Aslında başka sorular da var, yazılı geldi ama hocamız cevaplarsa, bire bir arada kendisinden rica edeceğiz. Kısa bir aradan sonra devam edeceğiz. Bu arada sayın konuşmacılarımıza plaketlerini takdim etmek üzere Sayın Doç Dr. Zarife ŞENOCAK' ı davet ediyorum.

ARA

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Değerli Konuklar, Oturumumuzun bu kısmında yine iki değerli konuğumuz olacak. İlki sayın Hasan Tahsin GÖKCAN, Yargıtay Dördüncü Ceza Dairesi Tetkik Hakimi. Sayın Profesör Doktor Doğan SOYARSLAN Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyesi. Kendilerini buraya davet ediyorum. Sözü ilk olarak Sayın Hasan Tahsin GÖKCAN' a vereceğim. "Yargı kararları ışığında hekimin cezai sorumluluğu" konusunda sunumlarını sunmak üzere.

Tıbbi Müdahale Nedeniyle Hekimin Ceza Sorumluluğu ile ilgili Yargıtay Uygulaması

HASAN TAHSİN GÖKCAN

Yargıtay 4. Dairesi Tetkik Hakimi

A. TIP MESLEĞİNİN İCRASINDAN DOĞAN SUÇLARDA YÜKSEK SAĞLIK ŞURASI GÖRÜŞÜNÜN ALINMASI GEREĞİ

1219 sayılı Tebabet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 75. maddesi uyarınca, tıp mesleğinin icrasından doğan suçlarda, mahkemelerin uygun görecekleri bilirkişinin oy ve görüşüne başvuru hakları saklı kalmak şartıyla, YSŞ'nın görüşü alınır.

Anılan kanun hükmü gereği, yalnızca "*tıp mesleğinin icrasından doğan suçlarda*" bu görüş alınacaktır.[1] Bu nedenle, eylemi nedeniyle Şura görüşüne başvurulabilecek kişiler, "tıp mesleğini icra yetkisi olan" kişilerdir. Bu kişilerin kimler olduğu, 1219 sayılı Kanun çerçevesinde belirlenebilir. Yargıtay uygulamasında, bu hüküm dikkate alınmakta ve mahkemelerin YSŞ görüşünü almadan beraat ya da mahkumiyet yönünde hüküm kurmaları durumunda, bu kararlar bozulmaktadır;

"*Mağdurda meydana gelen lezyonun enjeksiyona bağlı olup olmadığının ve enjeksiyonu yapan sanığın olayda kusuru bulunup bulunmadığının kesin olarak belirlenebilmesi bakımından, bir kez de Yüksek Sağlık Şurasından rapor alındıktan sonra, sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerektiği gözetilmeden, eksik soruşturmayla yazılı şekilde (beraate) hüküm kurulması kanuna aykırı görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı bozulmasına karar verildi.*"[2]

Belirtmek gerekir ki, Yargıtay Şura görüşünün alınmasını zorunlu görmekle birlikte, bu görüşün bağlayıcı olmadığını da kabul etmektedir. Bu nedenle Yargıtay, hakimin Yüksek Sağlık Şurasından alınan görüşü denetlemesini ve gerekli görmekteyse başka bir bilirkişi görüşü almasını da istemektedir;

1 Yargıtay'ın bu konudaki uygulaması ve kararlar için bkz.; **Gökcan**, Hasan, Tahsin, "Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu", Avukat Dr. Şükrü Alparslan Armağanı, (İstanbul Barosu – Türk Ceza Hukuku Derneği) Mayıs 2007, s. 356, 357.

2 Yargıtay 9.Ceza Dairesi (CD), 10.5.2007, 2006/6338, 2007/4090. Benzer nitelikteki diğer kararlar için bkz.; **Gökcan**, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu, s.355, 356; **Kaymaz**, Seydi/ **Gökcan**, H.Tahsin, Taksirle Adam Öldürme ve Yaralama Suçları, Seçkin Yayınevi, Ankara 2006, s. 344.

"Yüksek Sağlık Şurası kararında sanığın kusurunun olmadığını bildirdiği halde, başka bir inceleme yaptırılmadan olayda sanığın 5/8 oranında kusurlu olduğu kabul edilerek hüküm kurulması karşısında doktor olan sanığın olayda kusurlu olup olmadığı ve kusurlu olduğu takdirde kusur oranının tesbiti hekimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgi ile çözümlenmesi mümkün olan konulardan bulunmadığı, ...YS Şurası son merci olmadığı gibi mütalaaları da bağlayıcı bulunmadığı nazara alınarak, tekmil dosya içeriğine göre Adli Tıp Kurumundan sanığın olayda kusurlu olup olmadığını ve derecesinin tesbiti yönünden yeniden rapor alınıp, hasıl olacak sonuca göre hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken noksan soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırı görüldüğünden hükmün bozulmasına karar verildi."[3]

Bu konuda 5271 sayılı CMK hükümleri çerçevesinde, Şura görüşü alınmadan C. Savcısının dava açıp açamayacağı ve açarsa, mahkemenin bunu iddianamenin iadesi nedeni yapıp yapamayacağı soruları tartışmaya açılabilir. Şahsen, yargı önünde bu konunun tartışıldığını tespit edemedim. Ancak, bu konuda 1219 sayılı Kanunun 75. maddesindeki düzenlemede, soruşturmaya değinilmeden, mahkemeden söz edilmiş olduğuna işaret etmek gerekir.

B. TIBBİ HATALAR NEDENİYLE HEKİMİN CEZA SORUMLULUĞU

I. Tıbbi Hata Nedeniyle Ölüm Veya Yaralama Eylemlerinden Doğan Sorumluluk

1. Ceza Sorumluluğuyla İlgili Esaslar

a. Tıbbi Girişimlerin Hukuka Uygunluk Nedenleri

Hastanın sağlığına kavuşturulması amacıyla yapılan tıbbi girişimler büyük ölçüde, kişinin vücudu ve ruh sağlığı üzerinde birtakım olumsuz etkilere yol açmaktadır. Bu nedenle tıbbi girişimlerin en azından müessir fiil suçuna yol açtığı söylenebilir. Bu bakımdan, tıbbi amaçla da olsa, yapılacak girişime hukuk tarafından izin veriliyor olması, aksi halde yapılmaması gerekir.

Hekimlerin tıp mesleğini icra etmeleri kapsamında, hasta üzerinde uyguladıkları tıbbi müdahaleler; 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 26. maddesinin ilk fıkrasındaki 'hakkını kullanma' ve 2. fıkrasındaki 'kişinin açıkladığı rızası' kapsamında hukuka uygun kabul edilmektedir. [4] Ancak, hastanın rızasının,

3 Y.2.CD. 12.7.1995, 7277/8623; kararın ayrıntıları ve diğer örnek kararlar için bkz.; **Gökcan**, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 357 – 359.

4 **Bayraktar,** "Yeni Türk Ceza Kanunundaki Bazı Suçlar Karşısında Tıbbi Uygulamaların Durumu", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof.Dr.Erden Kuntalp'e Armağan, Ayrı bası, İstanbul 2006, s. 65,66. **Özgenç,** İzzet, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, 2.Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2007, s. 330 vd; **Gökcan,** H.Tahsin, "Perinatolojide Tıbbi Uygulama Hataları Nedeniyle Cezai Sorumluluk", 11. Ulusal Perinatoloji Kongresi, 26-29 Nisan 2007 – Antalya, s. 109. Hakeri, ayrıca endikasyonun bulunmasının da zorunlu olduğu görüşündedir; **Hakeri,** Tıp Hukuku, Seçkin Yayınevi,

yapılacak müdahalenin sonuçları hakkında yeterli bilgi verildikten sonra (aydınlatılmış onam) alınmış olması ve hekimin müdahalesinin de tıp bilimi ve mesleğinin kurallarına uygun bulunması zorunludur. Bundan ayrıca, kimi zaman hastanın rızasını açıklayamadığı haller ya da rızaya karşın tıbbi müdahalenin yapılması gerektiği durumlar olabilir. Bu tür durumlarda ise hukuka uygunluk "görevin icrası" kavramı ile açıklanacaktır.[5]

c. Tıbbi hatalar nedeniyle doğan ceza sorumluluğunun niteliği

Tıp mesleğini icra eden kişinin, mesleğin ve tıp biliminin kurallarına uymadaki özensiz davranışları dolayısıyla ortaya çıkan tıbbi hatalar, hastanın yaralanmasına, sağlığının bozulmasına veya hastalığının kötüleşmesine ya da ölümüne yol açabilmektedir. Bu takdirde hekimin (doğrudan kastının olmadığını varsaydığımızda) ceza sorumluluğu, olası kast ya da bilinçli veya bilinçsiz taksire dayalı olacaktır. Bu arada, TCK'nın 83 ve 88. maddelerindeki, kasten öldürme ve yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçlarının da söz konusu olabileceğine işaret etmek gerekir. Ancak, Yeni TCK' da ilk kez düzenlenen bu suçlar hakkında henüz bir yargı kararı tespit edebilmiş değiliz.

b. Tıbbi hataların varlığı

Hekimin yaptığı tıbbi girişimi, hukuka ve tıp mesleği ve bilimine uygun olarak icra etmesi durumunda, ortaya çıkacak olan olumsuz neticeden sorumlu olmayacaktır. Tıbbi müdahaleler nedeniyle hekimin ve diğer tıp mesleği mensuplarının ceza sorumluluğu "kötü hekimlik uygulamaları" ya da "malpraktis" olarak adlandırılmaktadır. Bizce buna "tıbbın kötü uygulanması" adı da verilebilir. Başka bir anlatımla, hekimin olumsuz neticeden sorumlu tutulabilmesi için, tıp bilimine ve mesleğine aykırı davranması, yani *tıbbi hata* yapması gerekir. Tıbbın kötü uygulanması, hekimin tıbbi hatalar yapması biçiminde ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle önce, tıbbi hata kavramı tanımlanmalıdır.

Tıbbi hata; "hekimin tıp mesleğini icra etmesi dolayısıyla yaptığı tıbbi girişimde, tıp mesleğinin ve biliminin kural ve gereklerine uymaması nedeniyle hastasının hayatı veya sağlığına zarar vermesi" olarak tanımlanabilir.

Tıbbi hatanın psişik temelini, bilgisizlik, deneyim veya beceri eksikliği, dikkatsizlik ya da ilgisizlik oluşturabilir.[6] Tıbbi hatalar, teşhiste veya tedavi yönteminin belirlenmesinde ya da belirlenen yöntemin uygulanmasında ortaya çıkabilir.[7] Hekim tarafından hastaya uygulanan bir tedavi protokolünün hukuka uygun sayılabilmesi için; tıp biliminin ve tıp mesleğinin kurallarına uygun

Ankara 2007, s. 287.

5 **Özgenç,** TCH Genel Hükümler, s. 333; **Gökcan,** "Perinatolojide ...", s. 109.

6 **Gökcan,** H.Tahsin, "Perinatolojide Tıbbi Uygulama Hataları Nedeniyle Cezai Sorumluluk", 11. Ulusal Perinatoloji Kongresi, 26-29 Nisan 2007 – Antalya, s. 110.

7 Tıbbi hatalar hakkında bkz.; **Polat,** Oğuz, Tıbbi Uygulama Hataları, s. 153 vd.; **Hakeri,** Tıp Hukuku, s. 339 vd.

olması zorunludur. Tıp bilimi ve mesleğine uygunluk konusunda, tedavinin yapıldığı tarihte geçerli olan bilimsel seviye ile ilgili mevzuat temel alınmaktadır. Somut olayda hekimin yanılgısının tıp bilimi ve mesleğinin bilimsel görüş ve uygulamalarına aykırı düşmesi durumunda, bu yanılgının kötü hekimlik uygulaması olduğu kabul edilmelidir.

Buna karşın tıp mesleği ve biliminin ilke ve kuralları çerçevesinde hareket ettiği halde hekimin de yanılması doğal ve meslek uygulamaları içerisindedir. Yargıtay da salt tıbbi yanılgının görevi ihmal suçunu oluşturmayacağını kabul etmiştir;

"Doktor olan sanığın tıbbi yanılgısının görevi ihmal suçunu oluşturmayacağı gözetilmeden yazılı şekilde (TCK. 230. maddesi ile) mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir."[8]

Tıbbi müdahalenin yol açması muhtemel **komplikasyonlar**, tıbbi hata olarak değerlendirilmemelidir. Ancak, hekimin komplikasyondan sorumlu olmaması için, seçtiği tedavi yöntemi konusunda bir hatası olmamalı ve komplikasyonun ortaya çıkması durumunda tıbben alınması gereken önlemler alınmış olmalıdır.

d. Tıbbi müdahale ile netice arasında illiyet bağının varlığı

Doktrinde, tıbbi yanılgının başlıbaşına sorumluluğa neden olduğu görüşleri bulunmaktadır. Ancak Yargıtay, ceza sorumluluğu için, hekimin hatalı/kusurlu tıbbi müdahalesi ile hastada meydana gelen müessir fiil veya ölüm arasında illiyet bağının varlığını zorunlu görmektedir.

"Adli Tıp Kurumu raporu ve dosya içeriğine göre, hekim olan sanığın hareketi ile ölüm olayı arasında nedensellik bağı kurulamadığının anlaşılması karşısında, ölüme neden olma eyleminden beraat kararı vermek gerekir."[9]

Yargıtay, hastanın ölümü ile sonuçlanan başka bir olayda, ortopedi uzmanı hekimin geç müdahale etmesi ve yeterince muayene yapmaması biçimindeki eylemi nedeniyle; "tedavide kusur ve savsamanın bulunup bulunmadığının, bulunduğu saptanırsa bu eylemleri ile ölüm arasındaki illiyetin var olup olmadığının araştırılmasını" istemiş ve ölümle illiyet bağı varsa taksirle ölüme yol açma suçundan. illiyet bağı bulunmamakta ise görevi savsama suçundan ceza verilmesi gerektiğine karar vermiştir. [10]

2. Çeşitli Tıbbi Hatalar Dolayısıyla Ceza Sorumluluğu

a. Tanı hataları nedeniyle sorumluluk

Hastalığın teşhisi için gereken yöntemler uygulanmadığı için ya da tıbbi bilgi yetersizliği nedeniyle hatalı tanıda bulunulması hekimin ceza sorumluluğunu gerektirebilir. Ancak bu durumda da illiyet bağının varlığı aranmalıdır.

8 Y. 4.CD. 27.6.1984, 4885/5416; **Gökcan,** "Perinatolojide ..." s. 111.

9 Y.4.CD. 21.2.2001, 94/2276.

10 Y. 4.CD. 11.2.2004, 1064/2055; **Gökcan,** Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 363.

Yargıtay bir olayda, tetkik yaptırmadan reçete yazılmasında hekimin kusuru bulunmasına karşın, ölüm nedeninin tanı kusuru olmaması nedeniyle beraat kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir;

"Öleni son muayene eden sanığın muayenesi ile ölüm olayı arasında kısa bir süre geçtiği, Yüksek Sağlık Şurası raporunda, ölene tetkik yaptırmadan reçete yazması sebebiyle sanığın kusurlu bulunduğu, ancak ölenin hastaneye getirilişi ile ölüm olayı arasındaki kısa sürenin tetkiklere başlanması halinde bile geçmiş olacağı, dolayısıyla tetkikler bitinceye kadar ölüm olayının meydana gelebileceği anlaşılmış olup, bu durumu irdeleyen Adli Tıp Kurumunun 26.10.2000 tarihli raporunda da bu nedenle sanığın olayda kusurunun bulunmadığının belirtilmesi karışsında, beraati yerine yazılı şekilde (765 sayılı TCK. m.455/1-son) mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırıdır."[11]

Tanı hatası nedeniyle hekimin sorumluluğu başka bir Yargıtay kararında da tartışılmıştır;

Katılanın, sanığın zamanında tanı koyamaması nedeniyle tedavide yeterli ve elverişli sonuçlar alınamadığını ileri sürmesi ve Yüksek Sağlık Şurasınca verilen raporun yeterli gerekçeyi içermemesi karşısında; sanığın katılanın çocuğunun hastalığını teşhis edip gereken tedaviyi yapması hususunda bir savsamasının ya da özensizlik meslek, sanatta acemiliğinin bulunup bulunmadığı, zamanında yapılan teşhis ve tedavinin sonucu etkileyip etkilemeyeceği ve sanığa yükletilebilecek bir sorumluluk bulunup bulunmadığının belirlenmesi açısından dosya gönderilerek Adli Tıp Kurumundan görüş alınması ve sonucuna göre sanığın hukuksal durumunun değerlendirilmesi gerekirken, eksik soruşturma ve yetersiz gerekçeyle berat kararı verilmesi, yasaya aykırıdır."[12]

b. Tıbbi girişimdeki uygulama hataları nedeniyle sorumluluk

Tıbbi girişim sırasındaki uygulama hataları, o konuyla ilgili mesleki bilgilerin uygulanmasında özensizlikten ya da bilgi eksikliğinden kaynaklanabilir. Bu tür hatalar çok çeşitli örneklerle karşımıza çıkabilmektedir.

- Yargıtay'ın bir kararında **ameliyat öncesi gerekli konsültasyon ve tetkiklerin yapılmamasının ve anestezi uzmanı bulundurulmamasının** hekim kusuru sayılacağı belirtilmiştir ;

"Acil olmayan ameliyattan önce yapılması gereken konsültasyon ve tetkiklerin yeterli düzeyde yapılmadığı gibi ameliyat sırasında anestezi uzmanı da bulundurulmaması nedeniyle Adli Tıp Kurumu 5. İhtisas Dairesinin 25.3.2002 tarihli raporundaki kusur oranı oluşa ve dosya kapsamına uygun bulunduğundan sanığın buna göre cezalandırılması gerektiğinin gözetilmemesi, kanuna aykırıdır."[13]

11 Y. 9.CD. 11.4.2007, 2061/3133.
12 Y. 4.CD. 14.06.2006, 52/12500.
13 9.CD. 22.1.2007, 2006/5972 – 2007/114 (Not : Yerel mahkemenin uygulaması 765 sayılı TCK. M.

Uzman görüşüne başvurulmaması başka bir kararda da hekim kusuru olarak değerlendirilmiştir;

"Gerektiği halde dahiliye konsültasyonu istemeyip hastanın şeker komasına girmesine yol açma bevliye uzmanı doktorun kusurlu eylemi ile sonuç arasında illiyet bağı bulunduğundan 459. madde uygulanmalıdır." [14]

- Hastaya tıbbi müdahalenin gerektiği gibi yapılmaması, örneğin travmalı bir hastanın gözlem altında tutulması gerekirken, hekimin hastayı taburcu etmesi hekim kusurudur;

"Yüksek Sağlık Şurası'nın 3-4 Mart 2005 gün ve 11095 sayılı kararında; hastaneye yatırılarak takibi gereken politravmalı bir hastayı kısa süreli gözlem altında tutarak eve göndermenin bir kusur olduğunun belirtilmiş olması ancak hastanın kim tarafından taburcu edildiğinin dosyadan anlaşılamaması karşısında; ölenin, sanık tarafından taburcu edilmiş olması ihtimali de gözetilerek, kimin tarafından taburcu edildiği araştırılıp kesin olarak belirlenmeden eksik soruşturma ile yazılı şekilde hüküm tesisi, kanuna aykırıdır."[15]

- Hekimin hastayı zamanında muayene etmemesi kusurlu bir davranıştır;

"Ölenin getirildiği hastane acil servisinde görevli doktor olan sanığın, hastayı hiç görmeden sağlık memuruna telefonla talimat vererek müdahale ettirdiği, aradan 2 veya 2.5 saat geçtikten sonra bizzat muayene ederek Kartal Araştırma Hastanesine sevk etmesi sonucu şahsın ölmesi şeklinde gerçekleşen olayda sanığın başka acil hastalar bulunduğuna dair savunması da araştırılarak, kusuru bulunup bulunmadığı hususunda bir kez de Adli Tıp Kurumunun ilgili ihtisas dairesinden rapor alınarak sonucuna göre hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturma ile beraat hükmü tesisi kanuna aykırıdır."[16]

- Hakimin, kendi yapması gereken tıbbi müdahaleyi yetkili olmayan başka bir sağlık görevlisine yaptırması durumunda da sorumluluğu bulunmaktadır. Bu halde hekim yanında, sağlık personeli de kusuru dolayısıyla sorumlu tutulacaktır;

"Sanık hemşire Ayşe B.'ın, katılanın doğumu nedeniyle görevi olmadığı halde, epizyo dikim işini yapmak ve sanık hekim Hafize Ç.'nin epizyo dikimi kendisi yapmayıp, hemşire sanığa yaptırmak suretiyle katılanın doğum yarasının enfekte olmasına yol açma eylemlerinin, 765 sayılı TCY.nın 456,459. (5237 sayılı TCY. nın 86,88.) maddelerinde öngörülen taksirle yaralama suçuna uyacağı ...."[17]

455/1-son, 50, 72, 647 – 4,6)

14 4.CD. 20.12.1994, 1993-8852/1994-1197; **Gökcan**, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 363.

15 9.CD. 20.11.2006, 4047/6290.

16 Y.9.CD. 30.4.2007, 2006/8605, 2007/3604.

17 Y. 4.CD. 13.6.2006, 2004/7665 - 2006/12374; Gökcan, "Perinatoloji ...", s. 113.

Kamu görevlisi olmayan hekimler yönünden, doktrinde farklı görüşler bulunmakla birlikte, bu konuyla ilgili bir yargı kararı tespit edilememiştir.

II. Kamu Görevlisi Hekimlerin Ceza Sorumluluğu

Kamu görevlisi hekimlerin ceza sorumluluğu bakımından da yukarıda anlatılanlar geçerlidir. Ancak kamu görevlisi hekimlerin, serbest meslek mensuplarından en önemli farkı, tıbbi müdahalenin aynı zamanda bir "kamu görevi" olmasıdır. Bu nedenle, örneğin Devlet veya üniversite hastanesinde çalışan bir hekimin hastayı muayene etmemesi, ya da tedavi ile ilgili bir yöntemi gerektiği gibi uygulamaması aynı zamanda görev suçu olabilecektir. Ancak 257/,2.. maddede düzenlenen icrai ve ihmali görevi davranışla görevi kötüye kullanma suçlarının oluşabilmesi için ayrıca, bir kamu zararı veya kişilerin mağduriyetine yol açılması ya da kişilere haksız kazanç sağlanmış olması zorunludur.

Yargıtay, kamu görevlisi (memur) hekimler bakımından bazı eski kararlarında, tıbbi hataya dayalı olarak ölüm veya yaralamaya yol açma eylemlerini görevi ihmal ya da kötüye kullanma suçları içerisinde değerlendirmişti. Ancak bu uygulama sonraki yıllarda terk edilmiş ve artık sözü edilen eylemler hakkında doğrudan ölüme veya yaralamaya neden olma ile ilgili hükümlere başvurmaktadır.[18]

Kamu görevlisi hekimler, görevli oldukları sürede tedavi veya diğer bir tıbbi girişimde bulunmaktan kaçınırlarsa, veya müdahaleyi gerektiği gibi yapmazlarsa, bundan ölüm veya yaralama (müessir fiil) neticesi doğmamışsa eylemlerinin TCK 257. maddesi kapsamında görülmesi gerekir. Örneğin Yargıtay bir kararında, *sağlık ocağında görevli olan sanığın, müracaat eden hastaya spiral takmamasının* görevi ihmal (765 sayılı TCK m. 230) suçunu oluşturacağı kabul edilmiştir.[19]

İcapçı hekimin, gece doğum için hastaneye gelen hastayı muayene etmeye gelmeyerek, telefon ile ildeki hastaneye sevk için talimat vermesi eylemi Yargıtay tarafından görevi kötüye kullanma suçu olarak kabul edilmiştir.[20]

Ben hepinize teşekkür ediyorum beni sabırla dinlediğiniz için.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Biz çok teşekkür ediyoruz Sayın GÖKCAN. Şimdi hekimin ilaç tedavisinden kaynaklanan sorumluluğu konusunda sunumunu yapmak üzere Sayın Profesör Doktor Doğan SOYASLAN' a sözü veriyorum.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Gerçekten bu olağan üstü toplantıyı düzenleyenleri kutlamak istiyorum her şeyden önce. Ankara Hukuk Fakültesi'ni ve Ankara Barosu'nu.

18 Bu süreç ve ilgili kararlar hakkında bkz.; **Gökcan**, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 364.

19 Y. 4.CD. 15.1.2007, 2005/12333, 2007/133. (Eylemin yeni TCK'daki karşılığı 257/2. maddedir. Ancak 765 sayılı önceki TCK bakımından suçun 228. maddeyi oluşturacağı söylenmelidir). Yargıtay başka bir olayda, hekimin, annesiyle tartıştığı için hasta çocuğu muayene etmemesinin 765 sayılı TCK'nın 228. maddesine uyan suçu oluşturduğu kabul edilmiştir; 4.CD. 12.5.2004, 2003/7302

20 Y.4.CD. 2.2.2005, 12627/509; **Gökcan**, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Ceza Sorumluluğu, s. 368.

Aslında fevkalade etkilendiğim bir toplantı. Sağlık hukuku da çok orijinal geliyor. Yani biz hukukçuların da fazla bilmediğimiz ama bundan sonra bilmek yükümlülüğünü hissettiğim bir alan benim birey olarak. Şimdi hekim kim? Bir kere hekim olmak için tıp fakültesini bitirmek lazım yurtiçinde. Yurtdışında da bitirilebilir, denklik verilir, diploma alınır. Türk vatandaşı olmak lazım, Türk Tabipler Birliği'ne kaydolmak lazım bu mesleği icra etmek için. Bunu niye söylüyorum? Hekim olmayanlar da ilaç veriyor da onun için söylüyorum. Yani her sözümün bir nedeni var. Sayın Başkan, Oturum Başkanım eğer beni sıkıştırmazlarsa anlatacağım çok şey var diye düşünüyorum. 20 dakika mı sürem?

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Evet.

Hekimin İlaçla Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku

Hekim, Tıp mesleğini icra etmeye yetkili kimsedir. Türkiye'de hekimlik mesleğini icra etmek için Tıp fakültelerinden birinden mezun olmak gerekir.

Başka Ülkeler Tıp Fakültesinden mezun olanların diplomaları ve eğitiminin denkliği incelenir. İnceleme yetkisi Sağlık Bakanlığı ve Üniversitelerin Tıp Fakültesi Profesörlerinden oluşan bir kurula aittir. Eğitim programı uymuyorsa denklik isteyen hekim adayı fark ders verir. (1219 sk. md.4). Diplomasının denkliği kabul edilen kişi de Tıp Fakültesi mezunu kabul edilir.

Hekimliğin icrası için Türk Vatandaşı olmak gerekir. (1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının tarzı icrasına dair kanun (md.1) Bundan başka tabibler odasına üye olmak da gerekir. (Türk Tabibler Birliği Kanunu md.7)

Hekimlik diploması olmayan kimse, mesleği icra edemez. İcra ederse bu tedaviden bir yarar sağlamasa bile, bir aydan altı aya kadar cezalandırılır. Aynı zamanda para cezası ile de cezalandırılır. (md.25 Bu cezanın miktarı 5 liradan 500 liraya kadardır. Ancak ceza miktarı artmıştır) Ayrıca işlemiş olduğu fiil kişinin vücut sağlığını bozmuş ise taksirle yaralamadan veya ölümüne sebebiyet vermişse taksirle insan öldürmeden cezalandırılacaktır.

Hekimlik yapmak hakkına sahip olup da herhangi bir nedenle mesleği icradan men edilen hekim de hekimlik yapamayacaktır. (Yirmibeş liradan ikiyüz liraya kadar hafif para cezası ile cezalandırılacaktır) (1219 sayılı kanun md.26)

İlaç; Hastalıklardan koruma, tedavi veya bir fizyolojik fonksiyonu düzeltmek, düzenlemek veya değiştirmek amacıyla geliştirilen sentetik, bitkisel ve biyolojik kaynaklı maddeler ve bu maddeleri kullanarak hazırlanan terkiptir.

Hekim, hastanın hastalıktan kurtulması, iyileşmesi, hayat fonksiyonlarının düzelmesi için hastasına ilaç öngörmekte veya bir cerrahi müdahaleyi hazırlamak için kendisine bir takım sentetik, bitkisel ve biyolojik kaynaklı maddeler vermektedir.

Veya tedavi amacıyla yeni bir ilacı denemekte veya hasta üzerinde ilaçla bilimsel deney yapmaktadır.

Hekim serbest çalışan bir kişi olabileceği gibi, bir kamu kurumuna bağlı olarak çalışan kişi de olabilir. Kamu kurumuna bağlı olarak çalışmasının bir

takım sonuçları vardır. Kamu kurumuna bağlılık kendisine bir takım haklar verebileceği gibi bir takım görevler, sorumluluk da yükler.

Kamu kurumunda çalışan hekim aynı zamanda kamu görevlisidir. Kamu görevlisi olarak kendilerine karşı işlenilen fiiller bazen suçun ağırlatıcı sebebi olur. Bazen suçun unsuru olurlar.

Kamu görevlisinin fail olması da bazen suçun unsuru, bazen ağırlatıcı sebebi olur.

Kamu görevlisinin görevini ifa ederken verdiği ilaçlar dolayısıyla işlemiş olduğu hareket aynı zamanda çoğu kez görevi kötüye kullanma veya görevi ihmal suçlarını da oluşturur.

Hekim hekimlik mesleğini icra ederken, ister kamu görevlisi olsun, ister olmasın, Tıp biliminin gereklerine, ilke ve verilerine uymak zorundadır. Verilen ve öngörülen ilaç denenmiş, Tıp bilimi ilkelerine göre elde edilmiş olmalıdır. (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 11,13, Hasta Hakları Yönetmeliği md. 11/2)

Gerçekten deneme maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamayacağı gibi aynı amaçla kimyevi, fiziki, biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemeyecektir. (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 11/1)

Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. (Deontoloji Nizamnamesi md.13/2)

A- Hekimin sorumluluğu

Hekimin somut olayda tıp mesleğinin gereklerine uyması bir tarafa, bir hekimin bilmesi gerekli bilgi ve donanıma da sahip olması gerekir. Bunun yanında hastalığın tedavisinde dikkatli, özenli, bir hekimin yapmaması gereken hataları da yapmaması gerekir.

Eğer bir hekim sahip olması gerekli bilgi ve donanıma sahip değil, sorumluluğunu üstlendiği tedavide bir hekimden beklenen dikkat ve özeni göstermemişse sorumlu olacaktır. Demekki hukuk düzeni hekimden hekimlik yapmak için asgari düzeyde bir bilgi birikimi istemektedir. Bunda amaç hekimin bilgisizliği sonucu başkalarının zarar görmesini önlemektir.

Hekim, hekimlik meseleğini icra ederken, hukuk düzeninin kendisine tanınmış olduğu bir hakkı yerine getirmektedir. Bu hak tıp biliminin verileri ve ilkelerine uygun olarak kanunların çizdiği sınırlar içinde icra edilecektir. Bu nedenle prensip olarak hekim hastasını seçmekte özgürdür. İstemediği hastayı kabul etmeyebilir. Başkasına gönderebilir. Kamu hastanesinde çalışan doktor o kadar özgür değildir. Çünkü yaptığı görev aynı zamanda kamu görevidir.

Ancak bu kabul etmezlik keyfi olamaz. Çünkü insanın insana karşı insan olması nedeniyle yükümlülüğü mevcuttur. Yaptığı bir kamu hizmetidir. Her durumda algılayamadığı bir hastalığın incelenmesi için hastayı başka bir doktora

gönderebilir. Eğer o anda hayati bir tehlike varsa gerekli müdahaleyi yapmak zorundadır. Bu da genel bir yükümlülüktür.

B- Hastanın rızası

Hastaya ilaç tedavisini uygulayan doktor, hastanın rızasını almak zorundadır. Eğer hastanın rızası yoksa doktorun ilaçla da müdahalesi hukuka aykırı olacaktır.

Gerçekten 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatların Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70/1 maddesine göre Tabibler her nevi ameliye için hastanın rızasını almak zorundadır.

Hasta küçük veya hacir altında ise veli veya vasisinden de izin alınır.

Eğer üzerinde ameliye yapılacak şahıs rıza açıklamaya muktedir değilse, rıza almak şart değildir. (md.70) Hasta hakları yönetmeliğinin 5/d maddesinde, tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulmayacağı, 22. maddesinde ise kanunda öngörülen istisnalar hariç olmak üzere kimse rızası olmaksızın ve verdiği rızaya uygun olmayan bir şekilde tıbbi ameliyeye tabi tutulamayacaktır.

C- Rızanın gerekmediği hal

Her ne kadar tıbbi kurallar rızayı arasa da hastanın hayatı tehlikede ve şuuru yerinde değilse, rıza olmasa da doktor ilacı vererek onu kurtarmak zorundadır. Çünkü insanın kendini öldürme hakkı yoktur. Kişi toplum için yaşamaktadır. Topluma ait bir değeri korumak için doktor müdahale etmektedir. Bu durumda doktor bir başkası, üçüncü kişi lehine zaruret halindedir. (md. 25/2)

Eğer doktora karşı bir direnç varsa doktor bu haksız saldırıyı defetmek için karşı güç kullanabilir. Bu durumda da üçüncü kişi lehine meşru savunma vardır. (md. 25/1)

Kişinin rızasının aranmasının sebebi şahsiyet hakları ve insan onuruna saygı gereğidir. Bir kişinin rızası olmadan onun üzerinde tasarruf yapmak o kişinin hiçe indirgenmesi, yok sayılmasıdır.

D- Zorla ilaç verme

Hasta henüz bilincini kaybetmemiş ve hayati tehlike yok ise, hastanın rızasını almadan doktor zorla ilaç veremez. Eğer ilaç ağızdan alınıyor ve doktor hastayı ilaç alması hususunda zorluyor ise, işlenen fiil ceza hukuku açısından cebir suçunu oluşturacaktır. (T.c.k. md. 108)

Eğer hasta ilaç alması için tehdite maruz kalmış ise işlenen fiil tehdit suçunu oluşturacaktır. (T.c.k. md. 86)

Eğer zorla verilen ilaç, bedene şırınga edilerek verilen ilaç ise, kişinin canı acıdığı ve vücut bütünlüğü bozulduğu için fiil kasden yaralama suçunu oluşturacaktır. (md.86)

E- Yanlış teşhis ve ilaç vermeler

Hastayı muayene eden doktor, teşhisi doğru yapar ve buna uygun ilaç verirse sorun yoktur.

Ancak bazen teşhisi doğru yapamaz, buna bağlı olarak ilacı isabetli veremeyebilir veya teşhisi doğru yapar, ancak isabetli ilaç veremeyebilir. Veya verilen ilaç hastanın aldığı bir başka ilaçlar uyuşmayabilir. İlaç bazen yan etki yapabilir. Tüm bu durumlarda verilen ilaçlardan kişinin sağlığı zarar görebilir.

Yanlış ilaç vermeler sonucu çoğu kez doktor dikkatsizlik, özensizlik sonucu sorumlu tutulacaktır. Eğer hasta öldüyse taksirle öldürmeden (T.c.k. md. 85), eğer hastanın sağlığı bozulmuş veya felç olmuş veya saçı başı dökülmüş ve derisi soyulmuş ise taksirle yaralamadan sorumlu tutulacaktır. (T.c.k. md. 89) Eğer ilacın sağlık bozucu etkisi geçici, ancak tedavi edici fonksiyonu kesin gibi ise fiil suç teşkil etmeyecektir.

Bunun nedenlerinden birisi belki de en önemlisi doktorun kasdını isbat etmenin zorluğudur. Gerçekten bir doktorun verdiği ilaçla hastasını öldürmek istediği kanıtlanırsa doktor kasden adam öldürmekten cezalandırılacaktır.

Esasen hayatın olağan akışı içinde doktorun hastasını kasden öldürmesi için de bir neden yoktur. Aslında böyle bir düşünce insani bir düşünce de değildir. Hukuk kanıtladığı yere kadar gidebileceğinden bu gibi hallerde hekim taksirle insan öldürmekten sorumlu olacaktır.

F- İhmali hareketle ilaç vermeyerek ölüme sebebiyet

Taksirin, anlamı gerekli özenin gösterilmemesi, hekimliğin gerektirdiği donanıma sahip olunmaması ve tıp mevzuatına uygun hareket edilmemesidir.

> İlaca bağlı olarak kasden öldürme, yanlış ilacın verilmesi yapma (icrai) şeklinde gerçekleşmeyebilir. İhmali bir davranışla da gerçekleşebilir. Doktor vermesi gerekli ilacı vermeyebilir. Bu durumda kasden öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi söz konusudur. Oysa hekim ihmali davranışla doğacak ağır neticeyi önlemek zorunda, hukuki yükümlülük altındadır. Ama bunu kasden önlemiyor. Önlemezlik kasden yapılmaktadır. Bu durumda ihmali davranışla insan öldürme söz konusu olacaktır. (md. 83/2-a)

Eğer hekim vermiş olduğu ilacın doğurduğu zararlı neticeyi farketti ve daha ağır neticenin doğmasını, vereceği bir başka ilaçla engelleme olanağı olduğu halde, bunu engellemedi ise yine ihmali davranışla insan öldürme suçu işlemiş olacaktır. (md. 83/2-b) Bu ihtimalin gerçekleşmesi için doktorun içinde bulunduğu somut şartlar itibariyle karşı girişimle ağır neticeyi önleme olanağına sahip olması gerekir.

İhmali davranışla ölümü sebebiyet verme suçu çoğu kez ötanazi yoluyla

da gerçekleştirilebilir. Gerçekten doktor hastaya acır, hasta öyle yaşamaktansa ölümü arzu edebilir. Bu durumda doktor hastaya vermesi gerekli ilacı vermez. Hasta ölebilir. Bu gibi ölümler özel veya kamu hastanelerinde gerçekleşebilir. Doktorun kasten pasif davranması gerekir. Hareket ihmali ama niyet kasıtlıdır. Türk hukukunda ötenazi tanınmamıştır. Hastasına acıyarak da olsa ölüme sebebiyet veren doktor normal adam öldürmeden sorumludur.

Aslında ilaçla öldürmelerin olası kasıtla da gerçekleştirilme ihtimali oldukça yüksektir. Gerçekten hekim verdiği veya vermediği ilacın öldürücü etki yapabileceğini öngörebilir. Ancak buna rağmen ilacı verir veya vermez ise olası kasıtla insan öldürme suçunu işlemiş olacaktır. (T.c.k. md. 21/2,81)

G- İcrai hareketle ilaç verme

Doktor ilacın vücut üzerinde kötü etki yapacağını, sağlığını bozacağını öngörebilir. Buna rağmen ilacı hastaya verebilir. Bu durumda olası kasıtla insan yaralama suçu gerçekleşecektir. (T.c.k md. 21/2, 86)

Ancak olası kasdın da kanıtlanması zordur. Doktor ilacın yan etkisini, vücuda vereceği zararı öngörür, ancak bunu istemez. Bu durumda da bilinçli taksirle yaralama söz konusu olacaktır. (T.c.k. md. 22/3, 89)

Ancak bunun kanıtlanması zordur. Tüm bu nedenlerle hekimin özensizlik nedeniyle (Taksirle öldürme veya yaralamadan) cezalandırılması mümkündür. Çünkü hukuk kanıtlanabilen yere kadar uygulanır. Nitekim Yargıtay bebeğe kızamık aşısı yerine, kızamık suyu ile sulandırılmış verem aşısı yapan, bebeğin kolunun şişmesine ve bir yıl süreyle gözlem altında kalmasına sebeb olan sanığın fiilinde taksirle yaralama vardır demiştir. (4 cd. 2.5.2006-2004/18181-2006/10269)

Eğer bir suçun ağırının işlendiği kanıtlanamıyorsa, hafifinin işlendiğinin, kanıtlandığının kabul edilmesi gerekir. Çünkü hafifinin işlendiğinin ispatı mümkün olmaktadır. Hiç olmazsa o suçun varlığı sabittir. Eğer verilen ilaç sonucu mağdur ölmüyor, fakat sakat kalıyor veya konuşma yeteneğini kaybediyorsa, taksirle yaralamanın netice sebebiyle ağırlaşmış hali gerçekleşmiş olacaktır.

H- Hareketin birkaç kişi tarafından yapılması

Taksirli fiili oluşturan öldürücü veya sakat bırakıcı ilaç verme eylemi bir kişi tarafından yapılacağı gibi, bir kaç kişi tarafından, bir ekip tarafından da yapılacaktır. Bu durumda tüm failler, ekip taksirli yaralamadan, kusurlarına göre sorumludurlar. Bunlar birinci derecede kusurlu ve ikinci derecede kusurlu olmak üzeredirler.

Kusurun derecesi teknik bir meseledir. Kanaatimizce hafif derecede kusurlu, orta derecede kusurlu ve ağır derecede kusurlu olmak üzere kusuru üç dereceye ayırmak isabetli olacaktır.

Bunu bilirkişi belirleyecektir. Mahkeme faillerin kusur derecesine Yüksek

Sağlık Şurasına soracaktır. Sağlık şurası resmi bilirkişi olarak kanun tarafından görevlendirilmiştir. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesine göre Ceza Mahkemeleri Yüksek Sağlık Şurasının oy ve görüşüne başvurmak zorundadırlar.

Eğer bu görüş mahkemeyi tatmin etmezse mahkeme başka bir bilirkişiye daha başvurabilecektir. Bu kurum Adli Tıp'tır.

Taksirle ölüme sebebiyet vermelerde failin cezası iki yıldan altı yıla kadar hapistir. (md. 85)

Hiç bir fail, hafif derecede de kusurlu olsa, iki yıldan daha az bir ceza ile cezalandırılmayacaktır.

Mahkeme kusuru daha fazla olana altı yılı geçmemek üzere biraz daha fazla ceza verebilir.

Taksirle yaralamanın temel halinde failin alacağı ceza üç aydan bir yıla kadar hapistir veya adli para cezasıdır. Hafif kusurlu olan fail de minumum üç ay hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Yaralamanın derecesine göre failin cezası dört buçuk aydan üç yıla kadar belirlenebilir. (md.89/2-5) Birbirinden bağımsız hareketlerle işlenen, birleşik taksirli fiillerden dolayı kusurun derecesi artık sekiz üzerinden hesaplanmaktadır.

I- Üretim hatası ve eczacının sorumluluğu

Eğer ilaçta üretim hatası yapılmış ve normal olarak bedene acı vermeyen, duyu organlarının fonksiyonlarını etkilemeyen ilaç, üretim hatası nedeniyle duyu organlarını etkilemişse bunda doktorun bir sorumluluğu yoktur.

Eğer öngörülen ilaç hastanın kullandığı bir başka ilaçla uyumsuzluk göstermiş ve bunun sonucu hastanın vücut fonksiyonları bozulmuş ise hekim bu yaralamadan da sorumludur. Çünkü ilaçların birleşmeleri sonucu yan etkilerini tahmin etmeliydi. Ayrıca bunun gerçekleşmemesi için gerekli dikkat ve özeni göstermeliydi. Hastanın normal olarak hangi ilaçları aldığını kendisine sormalı ve ona göre ilaç öngörmeliydi.

Eğer hekimin yazdığı reçetedeki ilaç eczacı tarafından yanlış okunmuş ve verilmişse, yanlış ilacın kullanılması sonucu hasta ölmüş veya yaralanmışsa bundan eczacı sorumlu olacaktır. Çünkü bu durumda eczacı ilacı vermeme ve telefonla doktordan bilgi alma olanağına sahiptir. Tedbirli bir eczacının yapması gereken de budur.

J- İlaç denemeleri

Hekimlerin, insanlara ilaç verilmesinden dolayı sorumluluğunu gerektiren hallerden birisi de ilaçların kişi üzerinde denenmesidir.

Anayasanın 17. maddesinde göre herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.

Tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulmaz; Rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz. (Aynı md. 17/2)

Türk Ceza Kanunu'nun 90. maddesi, Anayasanın 17/2 maddesi paralelinde insan üzerinde deneyleri bilimsel amaçlı deneyler, tedavi amaçlı deneyler olmak üzere ikiye ayırmıştır.

Her iki deneyin de yapılması kişinin veya hastanın rızasına bağlıdır. Eğer kişinin bu deneylerin yapılması için rızası yoksa fiil suç teşkil edecektir. Ancak rızanın olması tek başına fiili hukuka uygun hale getirmez. Deneyin kanun ve ilaç araştırmaları hakkında yönetmelikte öngörülen usule uygun olarak da yapılması gerekir. Kanun ve yönetmelikte öngörülen usule uygun olmayan deneyler yine suç teşkil edecektir. Hastanın rızasının olması ve her iki deneyin yapılmasında tıp biliminin gelişmesi ve hastanın sağlığına kavuşması açısından yarar varsa, yarar zarardan daha üstünse her iki deney de hukuka uygundur, suç değildir.

1- Bilimsel amaçlı deney

Bilimsel amaçlı deney; bilimsel bulguların insan üzerinde denenmesinin ilk aşamasıdır. Hastanın üzerinde zararlı veya faydalı neticeler doğurabilir. Üzerinde denenen kişinin sağlığının iyileştirilmesi amacı gütmez.

Bilimsel amaçlı deney kural olarak suç sayılmıştır. Fail bir yıldan üç yıla kadar hapis ile cezalandırılmaktadır. (md. 90/1)

Kanun rıza olmak kaydıyla, deneyin kişiye zarardan çok yarar getireceğinin anlaşılması halinde bilimsel deneylere izin vermiştir. Suç olan bilimsel deneylerin alanını sınırlamıştır. Ancak kişinin rızasına dayansa bile kişiye yarardan çok zarar veren bilimsel deneyler suçtur.

90. maddenin 2. fıkrasında ilgilinin rızası olmak, ilaç önceden hayvanlar üzerinde denenmek kaydıyla, hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından insan üzerinde de denenmesi gerekli ve bu deneyin zarardan çok fayda getireceği anlaşılıyorsa, bilimsel deney mümkündür.

Bilimsel deneyin hukuka uygun olması için;

a- Deneyle ilgili olarak yetkili kurul veya makamlardan gerekli iznin alınmış olması gerekir.

Söz konusu kurullar, insan üzerinde yapılacak araştırmaları etik yönden değerlendirmek üzere eğitim hastanesinde veya Sağlık bakanlığı merkezinde kurulmuş olan etik kurullardır.

b- Deneyin öncelikle insan dışı deney ortamında veya yeterli sayıda hayvan üzerinde yapılmış olması,

c- İnsan dışı deney ortamında veya hayvanlar üzerinde yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından bunların insan üzerinde de yapılmasını gerekli kılması,

d- Deneyin, insan sağlığı üzerinde öngörülebilir zararlı ve kalıcı etki bırakmaması,

e- Deney sırasında kişiye insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanmaması,

f- Deneyle varılmak istenen amacın, bunun kişiye yüklediği külfete ve kişinin sağlığı üzerindeki tehlikeye göre ağır basması,

g- Deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak açıklanan rızanın yazılı olması ve bu rızanın herhangi bir menfaat teminine bağlı bulunmaması,

gerekir.

Özetlemek gerekirse, önce hayvanlar üzerinde yapılan bilimsel deneylerin insan sağlığına kalıcı bir zarar vermeyecek aşamaya gelmesi, deneyin zarardan çok insana yarar getireceğinin anlaşılması halinde, deney hakkında bilgilendirilerek kişinin yazılı rızası alınarak üzerinde bilimsel deney yapmak mümkündür.

Eğer deney, yarardan çok zarar verebilecek nitelikte ise kişinin rızası da olsa deney suç olacaktır.

Hekim veya hekimlerin kanunun öngördüğü şartlar dışında hasta üzerinde ilaç denemesi yapması 90/1 madde kapsamında cezalandırılmıştır.

Kasden işlenen bir suçtur. Dolayısıyla iştirak hükümleri gereğince birden fazla hekimin bu suçu işlemesi mümkündür. Tüm sanıklar T.c.k. 90/1 maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

Kişi üzerinde bilimsel deney tehlike suçudur. Kişinin veya hastanın vücudunda herhangi bir zarar meydana gelmemiş bile olsa bilimsel deney cezalandırılacaktır.

2- Çocuklar üzerinde bilimsel deney

Onsekiz yaşını bitirmemiş küçükler kanuna göre çocuk sayılır. (T.c.k. md.6/1-b) . Çocuklar üzerinde bilimsel deneylerin suç olmaması için, deneyin hayvanlar üzerinde gerçekleştirilmesinden sonra varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından insan üzerinde de yapılması gerekli olmalı kalıcı bir zarar vermemeli, zarardan çok yarar getirmelidir. (T.c.k. md. 90/3)

Yani deney çocuk için de zarardan çok yarar getirmelidir. Yapılan deneyler sonucunda ulaşılan bilimsel verilerin, varılmak istenen hedefe ulaşmak açısından, bunların çocuklar üzerinde de yapılmasını gerekli kılmalıdır.

Deneyin mahiyet ve amacı hakkında çocuk, anne, baba ve vasisi bilgilendirilmelidir. Bundan sonra rızası alınmalıdır. Anne-babanın veya vasisinin

de rızası alınmalıdır. Deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bulunmalıdır.

Hekim veya hekimlerin kanunun öngördüğü şartlar dışında hasta üzerinde ilaç denemesi yapması 90/1 madde kapsamında cezalandırılmıştır.

Kasden işlenen bir suçtur. Dolayısıyla iştirak hükümleri gereğince birden fazla hekimin bu suçu işlemesi mümkündür. Tüm sanıklar T.c.k. 90/1 maddesi uyarınca cezalandırılacaktır.

Kişi üzerinde bilimsel deney tehlike suçudur. Kişinin veya hastanın vücudunda herhangi bir zarar meydana gelmemiş bile olsa bilimsel deney cezalandırılacaktır.

3- Bilimsel deneylerin yapılma şekli

Bilimsel deneylerin yapılma şekli ilaç araştırmaları yönetmeliğinde düzenlenmiştir. Gerçekten söz konusu yönetmeliğin 4/c maddesine göre ilaçların etkileri klinik araştırma safhasında gerçekleştirilir.

Klinik araştırma ilaçların etkilerini veya yan etkilerini, emilim, dağılım, metabolizma ve atılımlarını araştırmak ve değerlendirmek amacıyla insanlar üzerinde yapılan çalışmadır.

Aynı yönetmeliğin 7. ve 10. maddelerine göre insanlar üzerinde ilaç denemesi yapılmadan önce, ilaç yeterli sayıda deney hayvanı üzerinde kullanılacaktır. O halde insan üzerinde ilaçların bilimsel deneyi önce klinik araştırmalarla başlamaktadır.

Klinik araştırmanın,

I.döneminde üzerinde deneme yapılan insanlar sağlıklı gönüllüler olacaktır.

II.döneminde az sayıda seçilmiş hasta üzerinde olacaktır.

III. I. ve II. dönemde olumlu bulunan ilaç, daha geniş sayıda hasta üzerinde denenecektir.

IV. dönemde, ilaçların, farmasötik müstahzar olarak ruhsatlandırılmasından sonra, kabul edilen endikasyonları üzerinde emniyeti, doz farklılıkları ve yan etkileri gibi konular araştırılır. Bu araştırmalar, uzman tıp doktorlar tarafından yürütülür. (Md. 10)

Bilimsel deneyler eğitim hastanelerinde klinik araştırma döneminde gerçekleştirilecektir.

İlaç araştırmaları hakkında yönetmelik 29.01.1993 tarihli olup kanaatimizce 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 90/2 maddesine aykırı değildir. Aykırı olsa idi söz konusu madde tarafından ilga edilmiş sayılacaktı. Durum bu olunca Türk Ceza Kanunun 90. maddesi ilaçların bilimsel olarak denemesinin yapılma şeklini de öngördüğü yaptırım ile korumaktadır.

4- Tedavi amaçlı deney-deneme

Tedavi amaçlı deney ise, bilimsel deneylerden sonra elde edilen henüz kesin

olmayan sonuçların bazı hastalara uygulanmasıdır. Bu sonuçların hastaları tedavi edeceği umulmaktadır.

Kanun tedavi amaçlı deneme için de rıza aramaktadır. Rıza olmaksızın tedavi amaçlı denemede bulunan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacaktır.

Ancak o zamana kadar uygulanan tedavi yöntemlerinin fayda vermeyeceğinin anlaşılması üzerine hastanın rızasına dayanan tedavi amaçlı deneme suç değildir.

Verilecek rıza yazılı olmalıdır. Hastanın rızası alınmadan önce tedavi amaçlı deneme hakkında yeterli derecede bilgilendirilmelidir.

Denemenin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir. Eğer denemenin yapıldığı zamana kadar uygulanan tıbbi yöntemlerin uygulanmasının sonuç vereceği düşünülüyorsa öncelikle o yöntem denenecektir. Bu yöntem tam denenmeden, tedavi amaçlı deneme yapılırsa hastanın rızası da olsa fiil suç teşkil edecektir.

Çocuklar üzerinde tedavi amaçlı deney ile Erginler üzerinde tedavi amaçlı deneyler arasında uygulanacak usul ve amaç yönünden fark yoktur. Ancak burada yazılı rıza veya muvafakat çocuktan başka ana baba veya vasiden alınır.

Diğer bir fark da deneyle ilgili izin verecek yetkili kurullarda çocuk sağlığı ve hastalıkları uzmanı bulunması gereğidir.

K- Bilimsel deney sonucu netice sebebiyle ağırlaşan haller

Kanuna göre bilimsel deney sonucu hasta ölebilir veya sakat kalabilir. Sakat kalması veya vücudunun yara ve berelenmesi mümkündür. Bu durumda netice sebebiyle ağırlaşmış bir suç gerçekleşmiş olacaktır.

Ancak kanun bunları netice sebebiyle ağırlaşmış suç saymamış, doğrudan kasden insan öldürme veya kasden yaralama saymıştır. Ayrıca burada rızaya dayanan yararlı bilimsel deney ile (ki bu hukuka uygundur), rızaya dayanmayan, dayansa bile insana yarardan çok zarar veren bilimsel deney arasında bir ayırım yapmak gerekirdi. Kanun koyucu bir taraftan yapılmasına izin vermiş, diğer taraftan ağır bir şekilde cezalandırılmıştır. Bunu anlamak mümkün değildir. Aslında ilkelerden ayrılmak için bir neden yoktu.

Eğer deney sonucu ölüm veya yaralamanın gerçekleşeceği öngörülebiliyorsa fiil olası kasttan dolayı insan öldürme veya yaralama sayılabilir ve buna göre failin cezası belirlenebilirdi. Hiç olmazsa izin verilen, hukuka uygun olan bilimsel deney için bu formül daha uygun olurdu.

Netice öngörülüyor ancak istenmiyorsa bilinçli taksirle öldürme veya yaralama suçu gerçekleşmiş kabul edilebilirdi.

Deney kasıtlı bir harekettir. Bu harekete bağlı olarak gerçekleşen ağır netice, netice sebebiyle ağırlaşmış bir yaralama veya ölme sayılıp failin cezası ona göre belirlenebilirdi.

Veyahutta deneye bağlı olarak gerçekleşebilecek neticelerin öngörülmesi mümkün olduğu halde, fail hekim neticeleri öngörmemiş ise fiili taksirli sayılır, taksirle öldürme veya yaralamadan cezalandırılabilirdi. Deney sonucu ölüm veya yaralama halinde bilimsel deney suçu ağır netice içinde eriyecek ve fail deney suçundan sorumlu tutulmayacaktır.

L- Tüzel kişilerin sorumluluğu

Bilimsel veya tedavi amaçlı deney yapan hekim veya hekimler Tüzel kişiliği olan bir kurumda çalışabilirler. Tüzel kişilik hekimlerin çalışmalarından dolayı para kazanabilir. Bu gibi hallerde deneyi gerçekleştirmekten dolayı hekimler sorumludur. Ancak kanun, çalışılan tüzel kişilik açısından da sorumluluk getirmiştir. Gerçekten bilimsel ve tıbbi deneyler bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde icra ediliyorsa, tüzel kişi hakkında T.C.K. 60. maddesinde öngörülen güvenlik tedbirleri uygulanacaktır.

Söz konusu tedbirler müsadere ve çalışma izninin iptalidir. Müsadere suçun işlenmesi için kullanılan alet ve edavatın ve suç ile elde edilen kazancın müsaderesi tarzında olur. Kanun tüzel kişileri her iki deney türünden de sorumlu tutmuştur. Öngördüğü yaptırım her iki deney türüne de ilişkindir. Ancak suçu gerçekleştiren fail açısından sadece bilimsel deneyler için sorumluluk öngörmüştür. Bunu izah etmek mümkün değildir.

M- Tedavi amaçlı deneme sonucu hastanın ölümü veya sakatlanması

Tedavi amaçlı denemede de hastanın ölmesi veya sakat kalması veya vücudunun bir yerinin fonksiyonunu görmemesi mümkündür. Bu durumda netice sebebiyle ağırlaşan suçlardanmı yoksa taksirli suçlardanmı failin sorumlu tutulacağı bir sorundur. Kanun 90. maddede özel hüküm koymadığına göre sorun ölüme sebebiyet veya yaralamaya ilişkin genel hükümlerle çözülecektir. Tedavi amaçlı denemenin kanunun öngördüğü usule uygun yapılmaması cezasız bırakılmıştır. Muhtemelen unutulmuştur. Kanaatimce fail hekim taksirle öldürme veya yaralamadan sorumlu tutulmalıdır. Çünkü bu sorumluluk tüm ilkelere daha uygundur. Öte yandan hekimin sorumluluğunu ağırlaştırır isek, tedavi amacıyla denemeleri desteklememiş oluruz. Bu da bilimin ve ilaç sanayinin gelişmesini engeller.

N- Başvurulacak bilirkişi

Bir deneyin Tıp hukukunun ilkelerine uygun yapılıp yapılmadığını belirlemek hekimlerin anlayacağı teknik bir konudur. Bu konuda mahkemelerin aydınlanmaya ihtiyaçları vardır. Önüne bilimsel veya tedavi amaçlı bir deney gelen mahkeme, zorunlu olarak Yüksek Sağlık Şurasından bir görüş isteyecektir. (1219 sayılı kanun md. 75)

Eğer Sağlık Şurasının görüşü kendisini tatmin etmez ise başka bir kuruma başvurabilecektir. Bu kurum Adli Tıp Kurumu olacaktır. Çünkü hakim bilirkişilerin de bilirkişisidir. Nitekim Yargıtay bademcik ameliyatı yapmak için hastaya

jetocain iğne vuran ve hastanın ölümüne sebeb olan doktorun fiili hakkında önce Yüksek Sağlık Şurasından görüş isteyen, Sağlık Şurasının doktoru kusursuz bulması üzerine doktoru 5/8 kusurlu bularak doktoru taksirle insan öldürmekten mahkum eden mahkeme kararını, Yüksek Sağlık Şurasının son mercii olmadığını, mahkemenin kararını Adli Tıp Kurumundan görüş alarak kusur durumunu tesbit ettirmesi gerektiği gerekçesiyle bozmuştur. (2. CD. 13.7.1995,7277/8623)

Söz konusu kurumlardan görüş aldıktan sonra, Mahkeme fiilin suç olup olmadığı hususunda karar verecektir.

O-Soruşturma ve koğuşturma

Hekimin işlemiş olduğu fiil taksirle yaralama sayılırsa soruşturma ve koğuşturması şikayete bağlıdır. (Md. 86/5) Şikayetçi olan mağdurdur. Eğer çocuk ise veli veya vasisi, kanuni temsilcileridir.

İlaçla kasden veya taksirle ölüme sebebiyet ve tıbbi deneylerin koğuşturması resen yapılır.

Hekim ile mağdur tarafı uzlaşabilir. (Md. 523/1-a)

Mağdur tarafının bir şekilde tatmin edilerek suçtan dolayı faili şikayet etmemesi bir şekilde mümkün olmaktadır.

Uygulamada suçu işleyen doktordur. Çoğu zaman bir defa işlemiştir. Verilen cezalar ya para cezasına çevrilmekte, ya da tecil edilmektedir.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Hayır.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku- Şimdi Metin Hocalara torpil yaptın, daha konuşacağımız var, deneyleri anlatmadım.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Yavaş, yavaş toparlayabilirseniz.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Dur, dur, dur yok, yok.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Çünkü sürelerimizi bir hayli aştık, yavaş, yavaş toparlayabilirseniz.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Ne yapalım akşam 7'ye kadar çalışırız. Yaralamalarda da yine eskiye göre artış var. Madem öyle miktarını söylemeyim, üç aydan bir yıla kadar diyeyim yine de. Bir de adli para cezası var işte o da kusur bölüşümü, minimum üç ay. 20 günden hesap edin, kaç oluyor 6 milyar mı oluyor 20 günde, üç ay 90, 20 liradan aşağı olamaz, 6 milyar mı oluyor, herhalde. Üretim hatası olmuşsa ilaçlarda bundan üreten firma sorumlu, eczacı yanlış okumuş olabilir reçeteyi, bundan tabi ki eczacı sorumlu. Açıp doktoru şunda ne diyorsunuz sayın doktor

deme hakkı var, yetkisi var, bunu dememiş, eczacı sorumlu bundan vesselam. Şimdi bilmiyorum ilaç denemeleriyle hiç ilgilendiniz mi? Ben bu vesileyle çalıştım bu konuyu biraz.

Şimdi Anayasanın 12. Maddesi diyor ki herkes yaşama, maddi, manevi varlığını koruma hakkına sahip, kişinin vücut bütünlüğüne tıbbi zorunluluklar dışında dokunulamaz, rıza olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamaz diyor, rıza olmadan. Doğru tabi madem ki kişiye en onurlu varlık diyoruz, bu böyle. 90. Madde diyor ki bilimsel deney yasak diyor, 90. Madde, insan üzerinde bilimsel deney yapan kişiye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası veririm diyor. Yani ilaç denemesini kastediyorum, sari denemelerde aslında sizlerden benim bilgiye ihtiyacım var, neler yapıyorsunuz hastanın üzerinde, ben ilaç açısından konuşuyorum. Şimdi cezalandırırım diyor, ancak rıza varsa, altına hemen rezervi koymuş, rıza varsa, bu deneyde zarardan çok yarar varsa ve şu şartlarda yapılırsa diyor kanun, o zaman suç değil, ceza verilmez diyor. Bilimsel deney için de diyor onu, tedavi amaçlı deney için de diyor.

Şimdi rıza varsa da eğer kanuna uygun yapılmıyorsa o deney yine suç, rıza var, orada hangi suç oluyor diyeceksiniz, genel hükümlere göre oluyor oradaki suç yani yaralama, taksirle yaralama olur, kurallara uymadığı için, kasıt varsa kasten yaralama olur da olmuyor, taksirle olur. Şimdi ilgilinin rızası olacak, gerek bilimsel deneyde, zaten tedavi amaçlı deneyde biliyorsunuz bir aşama kat ediliyor, yani insana yarayacağına umut var.

Şimdi bilimsel amaçlı deney ceza kanununa göre, çok kısa olarak söyleyeyim bir kere ilacın hayvanlar üstünde denenmesi lazım önce, daha sonra gönüllüler üstünde, sağlıklı insanlar üstünde denenmesi lazım, hastanelerde. Bunlardan iyi sonuç, ümit verici sonuçlar alınmalıdır, hedefe ulaşmak yani belli hedefler var tıbbi açıdan, ulaşmak açısından bu deneyler yararlı olacak, bu deneyin insan üstünde kalıcı bir zarar bırakmaması ihtimali varsa, insan onuruyla bağdaşmayacak ölçüde acı vermeyecekse hastamıza, kişinin bedenine zarar vermeyecekse, elde edeceğimiz yarar zarardan fazla ise ve bu deneyde de bir menfaatimiz yok ise bilimsel deney legaldir. Bu şartlara uymak kaydıyla bilimsel deney legal, bu şartlara uymak kaydıyla. Yani önce hayvanlar üstünde denenecek, insan bedeni üstünde zarar vermediği anlaşılacak. Bu şartlara uyulmamışsa, hiç hayvan üstünde denenmemiş, şimdi yönetmeliğiniz var sizin, İlaç Araştırmaları Yönetmeliği, bu deney nasıl yapılıyor, isterseniz iki lafta ondan söz edeyim. Bilmiyorum, kaç dakikamız var?

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Süremiz dolu aslında, kesmek istemiyorum hocam ama...

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Neyse idare et artık. Yok yarım kalıyor, o zaman hızlıca şey yapayım. Klinik araştırma safhasında hastanelerde önce hayvanlar üstünde

deneniyor, daha sonra gönüllüler üstünde, ilaçlar, daha sonra hastalar üstünde deneniyor, önce az hasta üstünde deneniyor, sonra daha çok hasta üstünde deneniyor. Bir netice elde edilebileceği umudu varsa ondan sonra daha ileri ki aşamadaki deney. Bilimsel deneyin daha ileri aşamalarına geçiliyor, tüm bunlar bilimsel deneyi oluşturuyorlar. Şimdi kanunun öngördüğü kurallara aykırılık hukuk düzeni tarafından cezalandırılmıştır. Bence genel hükümlere göre cezalandırılır, 90. Maddeye göre değil. Ama rıza almadan adamın üstünde ilaç denenir ise 90. Maddenin ilk fıkrasına göre cezalandırılmak gerekir. Şimdi İlaç Araştırmaları Yönetmeliği'nin 7 ve 10. Maddeleri ceza kanununun 90. Maddesine aykırı değil, uyuşuyor, aktım. Dolayısıyla yani bilimsel deney yapılırken bu kurallara uymak durumundayız. Hem yönetmeliğin 7 ve 10. Maddelerine hem ceza kanununun 90. Maddesinin 2. Fıkrasına. Tedavi amaçlı deney daha sonraki aşamada bir deneydir. Yani onun da şartlarını kanun belirlemiş, o zaman kadar uygulanan tedavi yöntemlerinin fayda vermeyeceğinin anlaşılması hastanın rızası üzerine, yani o yöntemlerden fayda yok, hasta razı ise ve bu rıza yazılı olacak bu iki şart gerekleşmiş ise fiil suç teşkil etmiyor.

Yani tedavi amaçlı deney suç teşkil etmiyor. Bu şartlara uyulmaz ise o da suç teşkil ediyor. Kanun buna yaptırım koymayı unutmuş, tabi orada boşluk olunca genel hükümlerle cezalandırırız, taksirli fiillerle falan, demin söylediğim gibi. Şimdi bilimsel deney soyut olarak rızasız deney cezalandırılmış. Şimdi deney sonucu, deneyi yaptınız, hiçbir şey yok, cezalandırılmış, adamın rızasını almamışsınız, bu kurallara uymamışsınız. Deneyi yaptıktan sonra kişi ölmüş veya yaralanmış, kanun diyor ki kasten adam öldürme, kasten adam yaralamadan cezalandırırım bunu diyor. Olacak şey değil, kesinlikle olacak şey değil. Yani bu olsa, olsa taksirle adam öldürme olur. Niye müdahale etmediniz o zaman da şaşıyorum. Dekan beyin dediği 280. Maddede sağlık hakkını adamın elinden alıyorsunuz. Niye? Siz doktor olarak korkuyorsunuz, ihbar etmezsem başım ağrır, 280. Madde. Adam ihbar edileceğini bilir ise gelir mi doktora muayene olmaya. Hangi hak? İki hak çarpışıyor burada hangi hangisini seçeceksiniz, bir taraftan sağlıklı yaşam hakkı, bence o üstündür, öbür taraftan kamu düzenini, bir suçun işlenmesi dolayısıyla kamu düzenini koruma hakkı. Başka delillerle takip edebilirisiniz siz ama adam ölebilir.

Yani diyelim silahla yaralanan birisi, karşılıklı atışlarda fail de olur, mağdur da olur biliyorsunuz. Şimdi kasten sorumlu sayılmış adam ölürse olacak şey değil, Hakan bilmiyorum sen ne diyorsun? Olacak şey mi? Olmaz yani, ilkelerden ayrılmak için bir neden var mı? Yok. Nasıl olur söyle bakayım, sonra söyle dur bitireyim de. Merak ediyorum doğrusu, bence olmaz arkadaşlar.

Neyse tüzel kişilerin sorumluluğu diyelim ki bir şirketin hastanesi, o hastanede deney yapılıyor veya taksirli adam ölümüne sebebiyet veriliyor. Tüzel kişiler, bir kazanılan paraya el konulur bir, ruhsatına hastanenin çalışma iznine el konulur iki, iptal edilir de, uygulamada hiç sanmıyorum bunların olacağını, koca

hastaneyi iptal edeceksiniz, olacak şey mi bu? O edevata el koyabilirsiniz belki o da olmaz, burası Türkiye artı, olmaz, uygulaması olmaz onun. Kazanılan paraya el konulacak nasıl çıkaracaksın ki bunu? Ama tüzel kişiler için işin garip tarafı hem tedavi, hem bilimsel deney, hem tedavi amacıyla deneyler sonucu işlenen suçlarda tüzel kişilere sorumluluk getirmiş, alınır diyor bunlardan diyor. İşte kazanılan para, ruhsatın iptali. Öbür taraftan bireysel tedavide, doktorun bireysel tedavisinde tedavi amaçlı deneylerde bir sorumluluk getirmemiş buradan genel hükümlerle cezalandırırsınız diye düşünüyorum.

Yüksek Sağlık Şurası'na sorar doktor, oranın raporu tatmin etmezse, Adli Tıbba gider, gitme hakkı var, Sayın GÖKÇAN ona değindi, ben tekrar değinmiyorum. Netice ne olur, taksirle adam öldürmedir, taksirle yaralamadır. Yaralamalarda, şikayete bağlıdır yaralama, mağdur tarafıyla uzlaşmak mümkündür. Taksirle öldürmelerde para cezası yolu açık sanıyorum, bir formül düşünebilir de para cezaları da artık dokunuyor, eskisi gibi değil. Ölüm dışında uzlaşma yolları açık, taraflar. Kusura bakma teşekkür ederim sayın başkan.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Biz teşekkür ederiz Sayın Hocam. Sorularımız var her iki tarafa da yazılı olarak...

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Ben özür diliyorum, Hakan bey söyle bakayım nedir senin söylediğin, çok bana çok, çok ters geldi. Adamın niyeti yok, sen bunu kastı var diye nasıl söylersin, söyle bakayım.

KATILIMCI - HAKAN BEY - Bir hekimin hasta üzerinde yaptığı tıbbi müdahale kasten midir, taksirle midir?

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku- Tamam kastendir tamam.

KATILIMCI - HAKAN BEY - Kasten, o zaman kanundaki şartlarla uygun hale gelmiştir. Kanundaki şartlarla değilse müdahale kasten.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Netice sebebiyle ağırlaşmış suç kavramı var.

KATILIMCI - HAKAN BEY - Evet yaralama kastıyla yapıp sonuçta ölümle gerçekleşirse o zaman o olur.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Bitti, peki öldürme kastıyla mı yapıyor doktor bu deneyi. Yok, tertemiz duygularla yapıyor, sen bu adam ölürse idamdan ceza veriyorsun ya. Müebbet hapse atıyorsun olacak şey mi?

KATILIMCI - HAKAN BEY - Kanundaki şartları itibariyle ama öyle hocam. Özellikle ...

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk

Fakültesi Kamu Hukuku - Kardeşim kanun senin hukuk anlayışına uyuyor mu, ben kanunu eleştiriyorum, tamamen iyi, idealist duygularla bir deney yapıtınız, adam kanserden ölecek, kadın ölecek, illallah dediniz, adam öldü verdiğinizi ilaç sonucu, kasten adam öldürme. Müebbet hapis arkadaşlar, olacak şey değil.

KATILIMCI - HAKAN BEY - 87/4 olur Hocam.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Kaç?

KATILIMCI - HAKAN BEY - 87/4, netice sebebiyle ağırlaşmış yaralama. Biraz ..

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Netice sebebiyle ağırlaşmış hal demiyor, kasten adam öldürme ve yaralama diyor. Aç maddeyi.

KATILIMCI - HAKAN BEY - Yok hocam genel kurallara göre öyle olur ama kanun itibariyle öyle, dediğiniz doğru.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Öyle olması lazım. Genel kural, onu eleştiriyorum ben, genel kurala aykırı, olacak şey değil. Tamam teşekkür ederim.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Her iki konuğumuza da yazılı sorular geldi çok kısaca sayın GÖKCAN'dan başlayarak cevapları alalım.

HASAN TAHSİN GÖKCAN - Yargıtay 4. Dairesi Tetkik Hakimi - Sayın Varol'un sorusu, görevi kötüye kullanma maddesi hekimin sağlık hizmetlerinin içindeki yeri ve vekalet sözleşmesinin hükümlerine göre görevin uygun yapılmaması anlamını taşımaz mı? TCK' daki bu madde bu bağlamda nasıl ele alınmalı diye sorulmuş. Görevi kötüye kullanma suçunun oluşabilmesi için kanun öncelikle failin kamu görevlisi olmasını öngörüyor. Kamu görevlisi olmayan bir hekimin görevi kötüye kullanma suçunu işlemesi mümkün değil, bu nedenle vekalet sözleşmesi bize onun sıfatını kamu görevlisi haline getirmek için yeterli değildir. Diğer bir soru Sayın Karakuş, uygulamada olası kast ile bilinçli taksir nasıl ayırt ediliyor? Hekimlerle ilgili olarak bu ayrım yönünde pek tartışıldı, yargı kararlarında tartışıldığını yani yansıdığını henüz görmedim ama daha çok trafik kazalarında çok sık karşımıza gelmektedir.

Teorik olarak şöyle demek mümkün, olası kast bir anlamda buna olursa olsun kastı da denir, kişinin yaptığı hareketin saiki farklı da olsa eyleminin sonucunda hastanın yaralanacağını ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen olursa olsun, ne yapalım, ben şu an yaptığım faaliyeti şu maksatla yapıyorum, artık ona da katlanırız bilinciyle hareket ettiği durumda olası kastın var olduğunu kabul etmemiz gerekiyor, diğer bir durumda ise, bilinçli taksirde ise burada aslında ikisini ayıran çok ince bir çizgidir ve uygulamada da bu çizgiyi tespit

edebilmekte güçlük vardır. Burada ki tavır ise, failin tavrı ise aslında yine hekim bir kusur yaptığını bilmektedir, tıbbi bir kusur yapmaktadır, örneğin steril alet olamadığı halde bir girişimde bulunmaktadır fakat başka bir tedbirlerle ya da bilgisine ya da başka mesleki tecrübelerine güvenerek bu tür durumda çoğu kez işte bu şartlarda oluşmayabileceğini bir enfekte durumun öngörerek veya bu arzu ve istekle hareket ettiği için olası kast değil, yani sonucu istemeden, sonucu arzu etmediği için bilinçli taksirle hareket ettiğini düşünmekteyiz.

Bunu nasıl ayırt edebiliyoruz, biz kişilerin saiklerine değil, olaylardaki davranışlardan yola çıkarak kastını ortaya çıkarmaya çalışıyoruz. Bu da somut olayın özelliklerine göre değişiyor. Bir soru da bilir kişi raporlarıyla Yüksek Sağlık Şurası'nın çelişmesiyle ilgili. Aslında burada da genel ceza usulüyle ilgili aynı kurallar geçerlidir. Ancak buradaki çelişki çoğu zaman Yargıtay tarafından şu şekilde vurgulanmaktadır, örneğin Yüksek Sağlık Şurası'nda her ne kadar hekimin tıbbi kusurunun varlığı ya da yokluğu ifade edilmişse de örneğin savunmaya ya da katılanın iddiasına göre şu, şu hususların iyi incelenmediği ya da gerekçelendirilmediği, soyut ifadelerle değerlendirildiği nedeniyle, örneğin adli tıp kurumuna gönderilmesi istenmektedir. Böyle bir durumda o hususun açıklanarak verildiği raporda aslında bir çelişki de söz konusu değildir ve hakimin açıklanarak verilen bu yeni raporla tatmin olması durumunda hüküm kurması mümkündür. Sanırım başka sorumuz yok.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Bir soru daha var aslında.

HASAN TAHSİN GÖKCAN - Yargıtay 4. Dairesi Tetkik Hakimi - Hasta olduğunu gördüğü bir kişiye tıbbi müdahalede bulunmayan ya da bulunabilecek yetkili yerlere haber vermeyen hekimin ceza sorumluluğu nedir? Burada Ceza Kanunun 98. Maddesi, daha önce de değinilmişti aslında, bu kapsamda bir sorumluluk söz konusudur diye genel ceza kanunundaki suça gönderme yapmak mümkün. Evet.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Teşekkürler. Sayın SOYARSLAN'a yöneltilen sorular. Hocam çok kısa lütfen.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Şimdi reçetenin yanlış okunmasından dolayı sorumluluk doktorun değil eczacının, hiç şüphe yok bundan, açsın telefonu sorsun anlamadığı, okuyamadığı reçeteyi diye düşünüyorum. Hekim hastasına kullandığı ilacın kontra endikasyonlarını tabi anlatmak zorundadır normal olarak bir hekimin değil mi, deneyimli, bilgili, bilgili olması gereken hekimin, anlatmak zorunda. Dolayısıyla vereceği ilacın yan etkilerinin de sonucuna katlanmak durumunda eğer anlatmamışsa, sormamışsa, ne alıyorsun vs. diye. Sayın Hocam, Nezih Hocanın herhalde şu, 8'de 4, Asliye Ceza Mahkemesinin bir kararından

söz ediyor, bir kere kusurun bölünmesi kalktı, 4/8 kusur izafe edilmiş doktorun birisine, Yüksek Sağlık Şurası vermiş, hakim dört yıla indirmiş, 2 yıla indirmiş, ertelememiş. Bir, hakimin taktirindedir ertelemek ama o taktir keyfi kullanılamaz, doktorun tavrı, konuşması vesairesi, gelecekte suç işleyip işlemediği, efendice olup olmadığı, bunların hepsi hakime etki eden nedenlerdir. Ben hakimlerin bu konuda doktorlar lehine davrandığı kanaatindeyim, yani hakim bunlara bakar, tavır ve hareketine vs. Acaba doktorlara özel hınca olan hakim olabilir mi? Sayın Gökcan ne diyorsun ki? Bilemiyorum.

HASAN TAHSİN GÖKCAN - Yargıtay 4. Dairesi Tetkik Hakimi - Böyle bir şey tabi söz konusu olamaz.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Bilemiyorum tabi, sanmıyorum ben. Yalnız şunu söyleyeyim taksirli suçlarda ertelemenin sınırı, şey, taksirli suçlarda para cezasının sınırı bir sene değil daha fazla hapisler için de çevirmek mümkün fakat şey yapıyor, para cezası ağır geliyor vatandaşa ama yine de hapis cezasından daha iyidir. Sınır iki yıl, erteleme sınırı halen. 8'de 4 üzerinden kusur kalktı yok artık, asgari 1 de olsa eski kanuna göre 8'de 1 de olsa alacağı ceza iki sene hapistir doktorun. Onun karşılığı erteleme olur vs. 59'u uygular, 2 seneden başlar biraz indirir, iki üç ayını indirir onun, dört aya kadar indirir. Başka yapacak bir şey yok. Kanun bu açıdan bana kalırsa sertleşti. Sertleşmesinin amacı şuydu doktorlar için değil, genel olarak sertleşti. Suçluluk olağan üstü arttı dendi, o yüzden sertleşti. Bunu biz ceza hukukçuları da hissediyoruz, sayın yargıcımız da hissediyordur. Ama suçluluk arttı, azalmadı. Türkiye olağan üstü bir transformasyon yaşıyor, kültür ihtilafı içinde, göç içinde, sanayileşiyor vs. vs. benim söyleyeceğim bu kadar sayın başkan.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Teşekkür ederim. Ben konuşmacılarımıza da sizlere de çok teşekkür ediyorum.

PROF. DR. DOĞAN SOYASLAN - Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku - Bana torpil yaptığın için teşekkür.

AV. EDA SERCAN AKDOĞAN - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Kısa bir aranın ardından V. Oturumda yüksek Sağlık Şurası'nın hukuk düzenimizdeki yeri ve işleviyle kurultayımız devam edecek. Sayın Katılımcılarımıza plaketlerini vermek üzere Ankara Barosu Sağlık Hukuku'nda arkadaşımızı. Tamam 5 dakika ara verelim çok aştık. Sayın Avukat Cahit Doğan Beyi çağırıyorum, plaketleri sunmak üzere.

V. OTURUM

YÜKSEK SAĞLIK ŞURASININ HUKUK DÜZENİMİZDEKİ YERİ VE İŞLEVİ

OTURUM BAŞKANI - Oturum Başkanı görevini yürütecek olan arkadaşım Sayın Süleyman BAŞTERZİ Oturumun sarkması nedeniyle ailevi bir durum nedeniyle, çocuğunu mecburen kreşten alması nedeniyle ayrılmak zorunda kaldığından, bendeniz Sayın Dekanımızın, Profesör Metin FEYZİOĞLU'nun talimatlarıyla oturum başkanlığını yedek olarak sürdürmekle görevlendirildim. İnşallah bu işin altından kalkarım. Yalnız sayın konuşmacılara söz vermeden önce başıma gelen bir kısacık olayı söyleyeceğim. Bir İtalyan Türk İşadamı Derneği'nin Başkan Vekiliyim. Geçen yıl Sheraton Oteli'nde düzenlediğimiz bir toplantıda İtalyanca'm da fena olmadığı için benden tercüme yapmamı istediler, anında oturum ertelenemeyeceği için, olur dedim toplantıya bir girdim biraz önce sayın hocalardan birisi anlattı, doktorlar kendi aralarında konuşurken nasıl anlayamıyoruz konuşmalarını, fakat mimari açıdan da restorasyon Venedik Bölgesinde binaların restorasyonuyla ilgili bir konuydu tercüme ettiğim, normal konuşmayı tercüme edebiliyorsunuz ama teknik mimari terimleri af buyurun nasılsa, yukarıda ne görüyorsam şemada artık kendim anlatmaya başladım. İnşallah burada öyle olmaz, işin içinden çıkabiliriz. Öncelikle bugünkü oturumda değerli üç konuğumuz, konuşmacımız var Sayın Adem KESKİN, Sağlık bakanlığı Baş Hukuk Müşaviri. Sayın Doçent Doktor Sinan YOL, Sağlık Eğitimi Genel Müdürümüz. Sayın Profesör Doktor Sedat IŞIK, Gazi Üniversitesi Radyoloji Bölümü Öğretim Üyesi ve Yüksek Sağlık Şurası üyesi. Şimdi sırasıyla oturum sırasıyla herhalde ilk konuşmacımız Sayın Adem KESKİN. Kendisine sözü veriyorum. Sayın KESKİN süreniz 20 dakikadır.

Şura'nın Hukuki Konumu ve Hukuktaki Yeri

AV. ADEM KESKİN

Sağlık Bakanlığı 1. Hukuk Müşaviri

Teşekkür ederim Sayın Başkanım. Ben aslında programın sarkması sebebiyle sabrınızı fazla zorlamamaya çalışacağım. Özellikle bugüne kadar dünden beri bu oturumlarda aslında kısmen sağlıkla ilgili muhakeme usulündeki bilirkişilik müessesesine ve bu anlamda da Yüksek Sağlık Şurası'na zaman, zaman değinildi. Ben burada özetle Yüksek Sağlık Şurası'nın yapısından, hukuki konumundan bahsedeceğim. Daha doğrusu bilinen bu şeyleri ve programın başından beri değinilen konuları özetlemeye ve hatırlatmaya çalışacağım. Bu yansı niye şey yaptı? Şimdi aslında hakikaten öncelikle sağlık hukuku gibi önemli bir alanda ve fakat yeterince bugüne kadar pek tartışılmayan ve bu alanda bilgi açığı olan bu alanda hakikaten böyle bir kurultayı düzenleyen Ankara Barosu ve Ankara Hukuk Fakültesi'ne ben şükranlarımı arz ediyorum, emeği geçen herkese de teşekkür ediyorum

Yüksek Sağlık Şurası'na geçmeden önce genel olarak hukukumuzdaki bilirkişilik müessesesine göz atmak ve hatırlatmak istiyorum. Bilindiği gibi yargıya intikal eden pek çok farklı konulardaki ihtilafları çözebilmek için meselenin maddi ve teknik boyutunun da çok iyi bilinmesi lazım. Özellikle ceza hukukunda maddi hakikatin araştırılması gereği karşısında bunun önemi daha fazla görülüyor, öne çıkıyor. Tabiatıyla hukuk formasyonuna sahip hakimlerimizin bu çok çeşitli konulardaki ihtilafların teknik boyutlarını bilmesi maddeten mümkün değildir. İşte bu sebepledir ki yargısal faaliyetlerde meselenin teknik yönünü aydınlatacak uzman kişilere ihtiyaç duyulmakta ve çağdaş hukuk yargılama disiplinlerinde bilirkişilik kurumuna yer verilmektedir. Genel olarak hukukumuzdaki bilirkişilikle ilgili düzenlemelere baktığımızda ceza yargısında bilirkişilikte bilindiği gibi 5271 sayılı yeni Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 63. Maddesi bu konuyu düzenliyor ve çözümü uzmanlığı özel veya teknik bilgi gerektiren hallerde bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına, resen cumhuriyet savcısının, katılanın, vekilinin, şüphelinin veya sanığın, müdafiinin veya kanuni temsilcisinin istemi üzerine karar verilebilmekte. Tabiatıyla hakimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözülmesi olanaklı konularda bilirkişi dinlenmesi mümkün değil, doğru değil. Soruşturma evresinde cumhuriyet savcısı da bu maddede gösterilen yetkileri kullanabilmekte. Kimler bilirkişi

olarak atanabilir? Yeni Ceza Muhakemesi Kanunumuza göre İl Adli Yargı Adalet Komisyonları tarafından her yıl düzenlenen bir listede yer alan gerçek veya tüzel kişiler arasından seçilebiliyor. Ve kanunların belireli konularda görevlendirdiği resmi bilirkişiler öncelikle atanıyor. Bilirkişilik görevini kabule mecbur olanlara baktığımızda resmi bilirkişilikle görevlendirilmiş olanlar, bilirkişi listelerinde yer almış bulunanlar, kendilerini bilirkişi listelerine kaydettirmiş bulunanlar, incelemenin yapılması için bilinmesi gerekli fen ve sanatları meslek edinenler ve yine incelemenin yapılması için gerekli olan mesleği yapmaya resmen yetkili olanlar ki bunlar işte bu kimseler esas bizim konumuzu ilgilendiren özellikle tabipler bakımından mesleği yapmaya yetkili olmaları itibariyle bilirkişilik yapmayı kabule mecbur olan grup arasında yer alıyor.

Hukuk muhakemesine baktığımızda hukuk yargılamasını tanzim eden Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuzda da biraz önce ceza kanununda bahsettiğimiz, Ceza Usulü Muhakemesinde bahsettiğim konulara paralel düzenlemeler yer alıyor. Bunlar tabi eski kanunumuzda olduğu için biraz eski deyimlerle terimlerle yazılmış ama biraz önce bahsettiğim düzenlemelere paralel düzenlemeler. Yine İdari Yargılama Usulüne baktığımızda idari yargıda da doğrudan doğruya Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıf var, yani İdari Yargılama Usulü Kanununda düzenlenmeyen konularda ve bu arada bilirkişilik konusunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa atıf var. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunumuz uygulanmakta, şu kadar ki burada Danıştay, mahkeme veya hakim bilirkişileri resen tayin ediyor. Sağlık alanında bilirkişiliğe geldiğimizde 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatın Tarzı İcrasına dair Kanun mahkemelerce ihtibar için müracaat edecek tabipler yalnız bu kanunla Türkiye'de icrai sanat selahiyetine haiz olanlardır diyor.

Yani tıp meslekleri ile ilgili bilirkişilik konusunda bilirkişilik yapacak kimseler sadece bu kanuna göre tabiplik mesleğini yapmaya yetkili olanlar olduğunu söylüyor. Yine 13. Maddesi bir şahsın ahvali bedeniye ve akliyesi hakkında rapor tanzimine münhasıran bu kanunda icrai sanata selahiyeti olanlar, tabipler mezundur. Türkiye'de icrai sanat selahiyetine hazi olmayan tabiplerin raporları geçerli olmaz, konumuzla ilgili hükümleri.

Görüldüğü gibi çözümü tıbbi bilgi ve uzmanlık gerektiren bütün hukuk ve ceza davalarıyla, idari davalarda tabipler ve diğer sağlık personeli resmi bilirkişilik göreviyle görevlendirilmiş kişilerdir ve ayrıca incelemenin yapılması için gerekli olan mesleği yapmaya resmen yetkili olan kimselerdir. Bundan dolayı da tabipler ve diğer sağlık personeli bilirkişilik görevine kabule mecbur bulunan kimseler arasında yer almaktadır. Yine sağlık alanında bilirkişilikle ilgili Adli Tıp Kurumu'na baktığımızda, mahkemeler ile hakimlikler ve savcılıklar tarafından gönderilen adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmekle özel olarak görevli ve yetkili bir kuruluş olduğunu görüyoruz Adli Tıp Kurumu'nun. Aynı kanunun 31. Maddesinde de yüksek öğretim kurumları veya birimleri adli

tıp mevzuatı çerçevesinde adli tıp olayları ve diğer adli konularda resmi bilirkişi sıfatını taşımaktadırlar.

Bu genel açıklamalardan sonra Yüksek Sağlık Şurası'na baktığımızda bilindiği gibi Yüksek Sağlık Şurası ilk olarak 1930 yılında Umumi Hıfzı Sıhha Kanunuyla kurulmuştur. Bu kanunun 10. Maddesine göre Yüksek Sağlık Şurası, Sağlık Bakanlığınca tevdi edilecek önemli sağlık ve sosyal meseleler hakkında rey ve mütalâasını beyan etmek, sağlık ve sosyal hizmet ve yardımlara ait kanun, nizamname ve talimatnameleri birinci derecede tetkik etmek ve nihayet tababet ve şubeleri sanatlarını İfadan mütevellit adli meselelerde bilirkişilik yapmakla görevli kılınmıştır. Bu kanunun 1. Maddesine göre şura 9 üyeden teşkil olunmaktaydı. Üyeler Sağlık Bakanı tarafından memlekette ilim ve irfanı, eserleri veya sağlık alanındaki hizmetleriyle temayüz etmiş kişiler arasından seçilerek Başbakanlığa teklif ve Cumhurbaşkanı'nın tasdikiyle tayin olunmakta idi, görev süreleri de üç yıl idi. Yine Umumi Hıfzısıhha Kanunundaki düzenlemesiyle şuranın toplu olmadığı zamanlarda yükümlü olduğu vazifeleri taalluk eden acele işlerle iştigal etmek üzere Yüksek Sağlık Şurası kendi üyeleri arasından üç kişilik bir encümen intihap edebiliyordu. Daha sonra yürürlüğe konulan 83 tarihli, Bakanlığımızın, Sağlık Bakanlığı teşkilat ve görevleri hakkındaki kanun hükmünde kararnameyle Yüksek Sağlık Şurası Bakanlığın sürekli kurulu şeklinde ve 11 üyeli olarak yeniden teşkil olunmuştur.

Buna göre Yüksek Sağlık Şurası bakanlıkça verilen önemli sağlık konuları hakkında görüş bildirmek ve tıp mesleklerinin uygulanmasından doğan adli konularda görüş vermekle görevli ve yetkili kılınmıştır. Bu kararnameye göre Yüksek Sağlık Şurası üyeleri Sağlık Bakanınca ülkede sağlık hizmetleri ve eserleriyle tanınmış kişiler arasından seçilmekte ve seçim yoluyla şura üyesi olanların görev süresi bir yıl olmaktadır. Bakanlık Müsteşarı, Temel Sağlık ve Tedavi Hizmetleri Genel Müdürleriyle, Birinci Hukuk Müşaviri kurulun tabi üyeleridir. Burada belirtmek gerekiyor bu kanun hükmünde kararnameden bu tabi üyeler arasında Araştırma, Planlama ve Koordinasyon Kurulu Başkanı da tabi üyeler arasında yer almakta idi. Ancak 2005 yılında sanıyorum Kamu Maliye yönetimi Kontrol Kanununda yapılan düzenlemeyle Araştırma, Planlama, Koordinasyon Kurulları kaldırıldı ve yerlerine Strateji Geliştirme Başkanlıkları kuruldu. Dolayısıyla artık Araştırma, Planlama, Koordinasyon Kurulları Başkanlığı olmadığı için Bakanlığımızda, artık bu başkan kurulun tabi üyeleri arasında yer almıyor. Dolayısıyla kanunda halen mevcut olan 5 tabi üye fiilen 4'e inmiş durumda. Bakanlık ülkenin sağlıkla ilgili konularında Danışma Komisyonu yapmak üzere şuraya bağlı olarak danışma kurulları ve tıp mesleklerinin uygulanmasından doğan adli konularda dosyaları inceleyip şuraya sunmak üzere ihtisas komisyonları oluşturabilir. Kurul ve komisyon başkanları şura toplantılarına tabi üye olarak katılabiliyorlar. Burada yine belirtelim ki ihtisas komisyonlarının oluşturulabilmesine ilişkin düzenleme henüz çok yenidir.

Bu yılın üçüncü ayında getirilmiştir ve ihtisas komisyonlarının teşkiliyle şura gündemindeki adli dosyaların incelenmesine hız kazandırmak amaçlanmıştır.

Hakikaten şuranın gündeminde bekleyen bir hayli dosya var. Uzun zamandır şura yılda en az bir kere toplanır dediği halde kanun her ay toplandığı halde yine de gündemde yığılı olan adli dosyalar maalesef eritilememektedir ve bir hayli halen yığılmalar devam etmektedir. Bununla hakikaten şura dosyalarının olabildiğince isabetli ve hızlı incelenmesine sağlanmak için bu ihtisas komisyonları oluşturulmuştur. Umuyorum ki maksat hasıl olacaktır. Şura dediğim gibi kanun ifadesiyle yılda en az bir kere toplanıyor ama Bakanlık lüzum gördüğü hallerde şurayı toplantıya çağırabiliyor. Biraz önce de dediğim gibi gündemdeki işlerin yoğunluğu sebebiyle her ay toplanmaktadır. Çalışma usul ve esasları bakanlıkça hazırlanan yönergeyle tespit edilir denmiştir ve bu yönerge düzenlenmiştir. Bu yönergeye ilişkin açıklamalar ve şuranın işleyişine ilişkin diğer hususlar Sayın Genel müdür tarafından ifade edileceği için ben bunlara girmiyorum.

Şimdi bu açıklamalardan gördüğümüz gibi şuranın iki temel fonksiyonu var. Bunlardan birincisi Bakanlıkça gündemine getirilecek önemli sağlık konuları hakkında görüş bildirmek. İkincisi ise esas bizim konumuzu teşkil eden tababet ve şubeleri sanatlarını ifaden doğan adli konularda görüş vermek. Tabi biraz önce dediğim gibi son yıllarda adli dosyaların yoğunluğu sebebiyle aslında birinci görevine çok da zaman ayıramamaktadır son zamanlarda. Bunu biraz aslında üzülerek ifade ediyoruz çünkü bir çok konuda şuanın bizim görüşüne, Bakanlığımızı yönlendirmesine ve tavsiye kararları almasına ihtiyacımız var. Lakin dediğim gibi gündemdeki yığılmış olan, bekleyen adli dosyalar sebebiyle çoğu zaman gündeme adli dosyalardan başka diğer konular alınamıyor. Ama şimdiye kadar bir çok meselede Bakanlığın uygulamalarına, tavsiye kararlarına kararlarıyla yön verebilmiştir. Adli Tıp Kurumu adli tıpla ilgili konularda bilimsel ve teknik görüş bildirmekle özel görevli ve yetkili bir kurum dedik. Ancak biraz önceki oturumda da ifade edildiği gibi 1219 sayılı kanunun 75. Maddesi tıp mesleklerinin icrasından mütevellit suçlarda Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınması mecburiyetini getirmiş durumdadır. Dolayısıyla bu mecburiyetten dolayı biraz önceki sunumda da ifade edildiği gibi Yargıtay da buna titizlikle riayet etmekte, bu hükmün uygulanmasına ve Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşünün alınmamış olmasını bozma sebebi olarak kabul etmektedir.

Yüksek Sağlık Şurası'ndan bilirkişilik görüşü alınması zorunluluğu yalnız ceza davaları için olduğunu özellikle vurgulamamız gerekiyor. Ceza mahkemeleri dışında kalan diğer adli mercilerin ki işte hukuk mahkemeleri, Danıştay, İdare mahkemelerinin şuradan tıbbi bilirkişilik görüşü sorma zorunlulukları bulunmuyor. Biraz önce de değindiğimiz gibi esas itibariyle özel görevli Adli Tıp Kurumu ve diğer bilirkişilikler marifetiyle burada olayların çözülmesi gerekiyor. Yine kanundaki ifadesiyle sadece mahkemelere görüş vermekle yükümlü, dolayısıyla hazırlık soruşturması safhasında cumhuriyet savcılıklarına görüş bildirilmesi de

söz konusu değildir. Yüksek Sağlık Şurası incelemeyi dosya üzerinden yapmakta ve karar vermektedir.

Dolayısıyla şuraya gelen dosyaların hakikaten yeterli ölçüde karar vermeye elverişli olacak şekilde gönderilmesi burada fevkalade önem kazanıyor. Özellikle işte hasta kayıtları, bütün tıbbi kayıtlar, filmler vs. laboratuar belgeleri, diğer bilirkişilerin görüşleri, otopsi raporları ve Adli Tıp Kurumu'nun yorumları ve olayla ilgili görülen diğer kişilerin ifadeleri incelenerek bir sonuca varılmaktadır. Dolayısıyla da dediğim gibi tıbbi görüş sorulan konuda olayları aydınlatacak, tam bilgi verir şekilde gönderilmesi son derece önemli.

Biraz önce ifade ettiğimiz gibi şura dosyalarının yoğunluğu ve kanundaki mecburiyet dolayısıyla ceza davaları dışında diğer adli makamların ve hazırlık soruşturmasında cumhuriyet savcılarının şuradan görüş istememelerini teminen 1997 tarihli bir tavsiye kararı var. Yine 2006 tarihli tavsiye kararında da ceza yargısı dışındaki davalarda da Yüksek Sağlık Şurası kararı alınması zorunluluğunun bulunmaması ve ayrıca hazırlık soruşturmasında şura kararının alınmasının uygun olmadığı belirtilerek ve yine yargı sürecinin gecikmesine de mahal verilmemesini teminen ceza davaları dışındaki adli ve idari davalar ile hazırlık soruşturmalarında şura görüşü istenilmemesine, Adalet Bakanlığı'na bildirilmesine tavsiye kararı alınmıştır. Mahkemeler diğer bilirkişilerin görüşleriyle bağlı olmadığını hep ifade etti, bundan önceki sunumlarda olduğu gibi bunu bir kez daha ifade etmekte yarar görüyorum. Tabiatıyla hakim bilirkişinin oy ve görüşlerini kendi bilgisi ve genel kültürüyle değerlendirmek ve gerektiğinde başka bilirkişilerin oy ve görüşüne başvurmakla görevli olduğunu yinelemekte fayda görüyorum. Beni dinlediğiniz için teşekkürler.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Keskin'e bizi bu konuda aydınlattığı için çok teşekkür ediyoruz. Şimdi oturumda sıra Sayın Doçent Doktor Sinan YOL, Sağlık Eğitimi Genel Müdürümüz. Sözü kendisine bırakıyorum.

Şura'dan Ne Bekleniyor, Dosyalar Nasıl Hazırlanıyor?

DOÇ. DR. SİNAN YOL

Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü

Sayın Başkan, değerli hocalarım, değerli Katılımcılar hepinizi saygıyla selamlıyorum. Ankara Barosu ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Sağlık Hukuku Kurultayı'nı düzenlemesi ve bu kurultayda da Yüksek Sağlık Şurası'nın hukuk düzenindeki yeri ve işlevi konulu bu oturumu düzenledikleri için, beni de konuşmacı olarak davet ettikleri için kendilerine huzurlarınızda teşekkür ediyorum. Hakikaten çok keyif aldığım bir toplantı oluyor. Maalesef, bu programın tamamına katılmak arzu ediyordum ama katılamaya bileceğim olasılığından dolayı Sayın Dekan' dan daha önceki toplantı öncesinde toplantının tamamı kayıtlara geçilecek mi diye bir ricam da olmuştur. Herhalde diğer oturumlar kısmındakileri daha sonraki süreçlerde de takip etme, arka taraftan takip etme imkanına ulaşabilirim diye düşünüyorum.

Ben ilk başta ki Sayın Keskin'in konuşmasından sonra şuradan neler beklenmekte ve şurada dosyalar nasıl hazırlanıyor konusunu sizlere aktarmaya çalışacağım. Öncelikle tıp insanın yaşamını ve sağlığını, hukuk insanın hak ve özgürlüğünü korumaya adanmış kutsal iki meslektir tespitini bir defa daha sizlere aktarmak istiyorum. Hakikaten insanın yaşamı ve sağlığı ile hak ve özgürlüğü üzerinde bugünkü toplantılarda ve daha önceki toplantılarda da muhtemelen belirtildi bu iki alanın birbirleri üzerindeki veya birbirleri yanındaki sınırları, konumları, hep burada tartışılıyor. Ben her zaman bir hekimin bakımına veya yargının adaletine herkesin, her an ihtiyaç duyabileceğini her yerde tekrarlıyorum. Yalnız her insanın sağlığını korumaya, yaşamını korumaya adanmış bu meslek ile hak ve özgürlüklerini korumaya adanmış diğer mesleğin çok büyük bir tehlikesi var, eğer bu meslekler insan odaklı olarak icra edilmediği takdirde bir tahakküm aracına dönüşebilecek boyutlara kadar ulaşabiliyor, böyle bir ihtimal de söz konusu. Hekim hastanın yaşamını ve sağlığını korumak adına yapacağı müdahaleyle kişinin hak ve özgürlükleri yakından birbirlerini çok sıkı bir şekilde ilgilendirmekte. Dolayısıyla tıp ile hukukun bu biraz önce söylemiş olduğum bu denge içerisindeki sınırının, o aradaki ince çizginin çok

iyi bir şekilde çizilmesi, hem tıp mensuplarının, hem de hukuk mensuplarının üzerindeki ağır bir sorumluluk. Hekimler mesleklerinin gereği olaraktan kişinin vücut bütünlüğüne müdahale etmekte, davranışlarıyla kişinin yaşamının kurtulmasına veya yitirilmesine neden olabilmektedir. Bu nedenle hekimin hangi anda hangi hareketi yapması veya yapmamasının uygun bir davranış olacağı, bu davranışın güncel tıbbın gerektirdiği bir işlem olup olmadığının tespit edilmesi gerekli olduğunu bir durum var. İşte bu orta noktadaki bu çizginin belirlenmesi hususunda. Biraz önce ilgili mevzuat aktarıldı.

Bu mevzuatta da gördüğümüz gibi bu ince çizginin çizilmesi noktasında Yüksek Sağlık Şurası'na düşen görev tıp mesleklerinin uygulanmasından doğan adli konularda, adli mercilere görüş vermek. Burada bir örnek ile konunun bir iki ince noktasını ki burada tıp mesleklerinin uygulanması kısmıyla ilgili bir iki ince noktayı veya nüansı sizin dikkatinize sunmak istiyorum. Şöyle bir örnek düşünelim, bir sağlık kabininde, bir sağlık evinde veya bir sağlık ocağında dört yaşında, üç günden beri de ateşi devam eden bir çocuk getirildiğini, burada çalışan bir sağlık memurunun veya bir hemşirenin bu hastayı gördüğünü, ateşi düşürücü iğne yapıp, ilaçlar vererek bu kişiyi, hastayı evine gönderdiği senaryosunu düşünelim ve olaydan 7 saat kadar sonra çocuğun evinde öldüğünü. Olay adli mercilere intikal ediyor ve bu sağlık mensubunun ihmal ve kusuru var mı diye soruluyor. Burada benim özellikle ifade etmek istediğim husus her sağlık personelinin kendi mesleğini, her tıp mensubunun kendi mesleğini icra ederken doğmuş olan problemlerle ilgili çözümler Yüksek Sağlık Şurası'nın alanına girer. Bir sağlık memuru veya bir hemşire böyle bir hastayla karşılaştığı zaman bu hastayı tedavi etme, reçete yazma, ilaç düzenleme gibi bir hakkı yoktur. Bu tür nüansları da dikkate alarak her bir tıp mensubunun mesleklerini icra ederken doğan yapmış olduğu iş ve işlemler kısmının özellikle önemli olduğunu ifade etmek istiyorum. Yani sağlık personelinin hangi durumda hangi hareketi yapması veya yapmamasının uygun bir davranış olacağı ve bu davranışının güncel tıbbın gerektirdiği bir işlem olup olmadığının tespit edilmesi temel noktadır. Sağlık personelinin yapmış olduğu davranışlar ve yapmamış olduğu davranışlar daha önceki oturumlarda da konuşuldu ve güncel tıbbın gerektirdiği bir işlem olup olmadığı.

Arkadaşlarım şöyle bir çalışma yaptılar Yüksek Sağlık Şurası'ndan ne bekleniyor sorusuna, geriye dönük olarak üç, dört yıl içerisinde mahkemelerden gelen dosyalardan Yüksek Sağlık Şurası'ndan ne sorulmuş? Mahkemelerimiz dikkatsizlik ve tedbirsizlik sonucu yaralama veya ölümle ilgili mesleki hata ya da ihmal olup, olmadığını, mesleki kusur ve tıp kurallarına uygunluğun görevi ihmal veya müessir fiilin görevi kötüye kullanma, nizamet, evamir ve talimata riayetsizlik hususlarının olup olmadığının tespiti için Yüksek Sağlık Şurası'na dosyaları göndermişler. Burada da görüldüğü gibi çok farklı ifadeler var. Şunu özellikle ifade etmek istiyorum ki soru nasıl sorulmuş olursa olsun,

yani mahkeme kalemi tarafından soru nasıl yazılmış olursa olsun Yüksek Sağlık Şurası'na temelde sorulmuş olan soru, sağlık personelinin bu olaydaki davranışını, yine tekrar ediyorum sağlık personelinin bu olaydaki davranışının güncel tıbbın gerektirdiği işlemlerden olup olmadığı, kişinin yapması veya yapmaması gereken hususlarda ihmal ve kusurun olup olmadığıdır. Buradaki olaylarda kişinin davranışı dikkatsizlikten kaynaklanıyor olabilir, burada bir özen eksikliği olabilir, tedbirsizlik olabilir, meslekte acemilik veya yetersizlik olabilir, emir ve yönetmeliklere uymamak olabilir, görevi kötüye kullanmak olabilir. Sonuç itibariyle sağlık personeli o anda bulunduğu ortamda güncel tıbbın gereğini yapmış mıdır, davranışı güncel tıbbın gereği midir? Yine özellikle benim için önemli olduğunu düşündüğüm ve vurgulanması gerektiğine inandığım bir husus var ki tıp bilimince kabul görmüş genel kurallara uygun müdahaleler dahi hastanın vücut bütünlüğüne kalıcı olarak zarar vermesi sonucunu doğurabilir.

Tıp bilimince kabul görmüş uygun müdahaleler sonrasında istenilen sonucun alınamaması ise hastanın sağlığına ve vücut bütünlüğüne kalıcı zararlar verebilir ve hatta ölümüyle sonuçlanabilir. Bu hususu da özellikle vurgulamak istiyorum. Hiçbir zaman unutulmaması gereken bir nokta. Peki böyle bir durumda şuradan bu beklenilenler noktasında dosyalar şurada görüşülmeden önce sekreterya tarafından nasıl bir işleme tabi tutulmakta. Burada verilecek olan çok pratik bir karar var, Yüksek Sağlık Şurası açısından. Bu hususta gerek salondaki tıp mensupları gerekse hukuk mensupları, dosyaların kabarıklığını, yoğunluğunu, karışıklığını hepimizin bildiği bir husus. Ve bu dosyaların şurada sağlıklı bir şekilde görüşülebilmesi için şura toplantısı öncesinde çok iyi bir incelemeden, çok iyi bir düzenlemeden geçmiş olması muhakkak.

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

Yine Sayın Keskin'in biraz önce de belirtmiş olduğu hususta, bu yıl içerisinde Mart 2007'de ihtisas komisyonlarında her branş uzmanlarından oluşan doktorlardan dosya hazırlama aşamasında teknik destek ve yardım alınması konusunda bir kanuni düzenleme yapılmıştır. Raportör arkadaşlarımız bu dosyaları hazırlarken dosyanın hani mahkeme veya savcılıktan geldiğini, ne sorulduğunu, olayla ilgililerin adlarını, olayın meydana geliş şeklini, olay

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

Dosyaların nasıl görüşüldüğünü benden sonra Sayın Işık sizlere aktaracak. Ben çok zamanınızı almamak için bir iki istatistiki bilgi de vermek istiyorum. 2000 yılından 2006 yılına kadar şuraya gelip de sıraya alınan dosyaların yıllara göre dağılımını görüyorsunuz. Burada görüşülen dosyaların yıllara ve branşlara göre bir dokümanını vermek istedim sizlere. En yoğunluklu olarak işte %18 oranla pratisyen hekim arkadaşlarımızın dosyalarının görüşüldüğünü, %15 oranında kadın doğum uzmanlarının yine aynı oranda ebelerin, hemşirelerin veya sağlık memurlarının dosyalarının intikal ettiğini ve genel cerrahi uzmanlarının da %10 oranında dosyalarının son 6 yıl içerisinde şuraya intikal ettiğini görüyoruz. Peki çok kısa bir bilgi olması nevinden burada görüşülmüş olan kararların kusur ve kusursuz olma durumlarıyla ilgili durum nedir? En sık karşılaşılan işte burada 2001 yılından 2006 yılına kadar tüm branşlardaki suçluluk, yani kusurlu oranlarına baktığımız zaman, örneğin kadın doğumda 2001 yılında dosyaların %37'si, 2002 yılında %47'si, 2003 yılında %50'si, 2006 yılında %39'u gibi oranlarda hekimlerimizin kusurlu bulunduklarını görüyoruz, değişik oranlarda, değişik yıllarda, değişik branşlara karşı bir oran var. Ben Yüksek Sağlık Şurası'nda dosyaların görüşülmeden önce nasıl hazırlandığı konusunu sizlere özetlemeye çalıştım. Bu konuyla ilgili daha sonraki söyleşide çıkabilecek olan sorularınızı cevaplandırmak istiyorum. Sabrınız için teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Yol'a biz de çok teşekkür ediyoruz. Dosyaları hazırladıktan sonra şimdi sıra dosyaların nasıl değerlendirildiği konusunda geldi. Bu konuda da Sayın Profesör Doktor Sedat IŞIK, Gazi Üniversitesi Tıp Fakültesi Öğretim Üyesi ve Yüksek Sağlık Şurası Üyesi, bizleri bilgilendirecek. Buyurun hocam.

Şura'da Dosyalar Nasıl Değerlendiriliyor?

PROF. DR. SEDAT IŞIK

Yüksek Sağlık Şurası Üyesi

Gerçekte ben herhangi bir hazırlık yapmadan gelir aklımdakileri söyler giderim, bu fırçayı da hak ettim. Ama arkadaşlarımın hazırladıkları güzel sunuları görünce doğrusu rahatsız oldum. Ben de hazırlıksız gitmiş gibi olmayayım dedim, sırf görünüşü kurtarmak için yaptım sevgili Dekanım. Sevgili Başkan Sağlık Şurası'nda bizden de kıdemlidir, üstelik Hamit BOSTANCI hoca da. Ama sevgili hocam Türkiye Cumhuriyeti tarihinin rekoru da ben de toplantı sayısı bakımından. Söylemezsem çatlarım.

Şimdi Yüksek Sağlık Şurası şu ana kadar anlatıldığı gibi bir bilirkişilik kurumu. Diğer taraftan da ülkenin sağlık sorunlarıyla ilgili, ulusal sağlık politikalarının geliştirilmesiyle ilgili görüş ve öneriler, tavsiye kararları alan da bir kuruluş iki farklı boyutu var. Peki nasıl oluşuyor? Doğal ve seçilmiş üyeleri var. Doğal üyeler kimler? İşte Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Tedavi Hizmetleri Genel müdürü gibi yine meslekten olan, üstelik akademik kariyerleri olan, akademik sanları olan insanlar. Seçilmiş üyeler, tümü akademisyen olan üyeler. Sadece sanlarına bakılarak seçilmiş insanlar değiller, daha önce de söylendiği gibi bu üyelerin tümü meslekteki deneyim, birikim ve uygulamalarıyla öne çıkmış kişiler. Nelerden oluşuyor? Ayrıca danışma kurulları ve ihtisas komisyonlarından oluşuyor.

Belki bu yeni düzenleme, sevgili Sinan hocanın söylediği gibi danışma kurulları ve ihtisas komisyonları yeni düzenlemeler ama, biz bunu yıllardır aslında bir biçimde yapıyoruz. Bunun örneklerini biraz sonra dosya örnekleri sunarken söyleyeceğim. Bir sekreteryadan söz ediyoruz, son derece önemli bir işlevi yerine getiriyor, Sinan Hocanın da söylediği gibi. Aslında gizli bir görev, raportörlük görevidir, son derece önemli bir görev. Dosyaların hazırlanması, dosyaların olayın, sürecin, gelişmesi, gidişinin net bir şekilde akademik değerlendirmeye, hukuki değerlendirmeye uygun bir şekilde hazırlanması son derece önemli. Danışma kurulları yönergede belirtildiği gibi şuranın toplantılarında ele alınacak konular ile ülkedeki sağlık hizmetlerinin iyileştirilmesine yönelik olarak bakanlık tarafından tespit edilecek önemli konular hakkında görüş belirlemek. Bu bilirkişilik görevinin dışındaki bir görev alanında Şuraya yardımcı olacak kurullar anlamına geliyor.

Biz bunu daha önce nasıl yapıyorduk? Bir örnek vereyim, bir ara dosyaların sıklığında dikkatimizi çeken bir şey oldu. Turistik tesislerde çok ciddi önleyici sağlık hizmetlerinde ve birinci basamak sağlık hizmetlerinde ivedi sağlık hizmetlerinde çok ciddi aksamalar olduğunu gördük. Ve b,Bakanlığa şura olarak şöyle bir öneri getirdik, dedik ki bu kuruluşlarda önleyici ve tedavi edici sağlık hizmetleri olarak birinci basamak ya da ivedi hekimlik açısından neler yapılması gerekiyor bunu bir masaya yatıralım. O zaman turizm bakanlığına bir yazı yazıldı, oradan bir uzmanlar kurulu oluşturuldu. Ayrıca temel sağlık hizmetleri de kendi kurulları, uzmanlarıyla buraya katıldı ve şuranın önüne bir çalışma geldi. Şura ilgili uzmanları sözlü olarak da dinledi, sonra kendi arasında tartışıp bir tavsiye kararı aldı.

Yani danışma kurulları artık belki konunun önemine göre daha yasal bir çerçeveye oturtulacak. Yine ihtisas komisyonları yalnızca mahkemelerden gelen, tıbbi meslek hatalarına yönelik dosyaları incelemek üzere o uzmanlık alanının bireylerinden seçiliyor. Bundan böyle bu arkadaşlarımız dosyaların hazırlanmasında da görevli olacaklar. Ama bundan önce de biz bunu yapıyorduk. Uzman kuruluş ve kişi görüşü almak üzere, akademik görüşler almak üzere zaten yapıyorduk. Ama bundan böyle artık yasal bir çerçeveye oturdu.

Yalnız burada zaman, zaman ihtisas komisyonları ya da uzmanlık kurulları aynı zamanda danışma kurulu olarak da görev yapar, ülkenin ulusal sağlık sorunlarıyla ilgili politikalarının saptanması aşamasında. Sözgelimi bir ihtisas düzenlemesi gerekiyorsa, örneğin mikrobiyoloji eğitiminin, uzmanlık eğitiminin yeniden gözden geçirilmesi gerekiyorsa buna ilişkin şuradan bir istek söz konusu olmuşsa, şura mikrobiyoloji akademisyenlerinden oluşan bir ihtisas kurulu, aynı zamanda danışma kurulu oluşturabilir.

Yine yönergemizde şura üyelerinin seçiminde uzmanlık dallarından önemli görülenler arasında dengeli bir dağılımın olmasından söz ediyoruz. Kuşkusuz, işte gördünüz, kadın doğumdan gelen dosyalar çok fazla, o zaman şurada bir kadın doğrum profesörünün ya da doçentinin, uzmanının bulunması gerekli olur. Ya da çocuk hastalıkları. Buna göre bir dağılım var, ayrıntısına girmeyeyim. Birer yıllık görevlendirmeler oluyor ama görevi bitenler devam edebiliyor. Ayrıca çok önemli bir şey, daha önce görev yapmış olanlar fahri üye sıfatını alarak toplantılara katılabiliyorlar, yalnız oy hakları yok. Peki bir de Adli Tıp Kurumu var, aynı şekilde bilirkişilik yapan bir Adli Tıp Kurumu var. Bununla farkımız ne, ilişkimiz ne, dosyaların değerlendirilmesinde bunun önemi ne? Kısaca bundan söz edelim. Aynı şekilde Adli Tıp Kurumu kanununun 1. Maddesinde de belirtildiği gibi bir yandan bilirkişilik görevi bir yandan da adli tıp hekimliğinin, adli hekimliğin gerekli düzenlemelerini yapmakla da görevli. Kurumun alt birimleri yapmakla yükümlü oldukları konular bakımından son derece ayrıntılı düzenlenmiş, çok da güzel düzenlenmiş ve kurum başkanlığından, ihtisas kurullarına, ihtisas dairelerine, grup başkanlıklarına, şube müdürlüklerine kadar

hiyerarşik bir düzen içinde ve birbirini tamamlayan bir düzen içinde kurulmuş bir kurum. Bize sıklıkla dosyalar ihtisas kurullarından geliyor, hemen başlangıçta bir şey söyleyeyim, Yüksek Sağlık Şurası'nın tatmin edici bulunmayan kararlarının Adli Tıbba gönderildiği söylendi. Oysa benim bunca yıllık deneyimim bunun tam tersine bize dosyalar tamamlanmış olarak geliyor, eksiksiz geliyor.

Adli kurumdan tamamen incelenmiş, gözden geçirilmiş, hükümler verilmiş bir şekilde geliyor. İlgili kuruluşlardan geçmiş olarak. Yani Yüksek Sağlık Şurası Adli Tıp Kurumu'nun verileriyle de düşünüp tartışmak zorunda. Bu bakımdan son derece şanslı bir kurum. Üstelik adli tıptan gelen dosyalardan sonra akademik bir çalışma yapmak son derece kolay ve doyurucu oluyor. İhtisas kurullarının genel ve özel görevleri var. Çeşitli dairelerden adli tıp uzmanlarınca ya da bilirkişilerden gelen dosyaları incelemek. Özel görevleri var, ihtisas kurullarının her birinin. Örneğin Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulu ölümlü işlerle ilgili, İkinci Adli Tıp İhtisas Kurulu müessir fiiller gibi altı tane ihtisas kurulu, her biri kendi özel görevlerinden sorumlu ve buna göre de örgütlenmişler. Bazılarında üç tane uzman hekim, bazılarında on tane uzman hekim çeşitli branşlardan, son derece iyi düzenlenmiş kurullar olarak çalışıyorlar.

Ayrıca kendi mevzuatlarına göre, konu gerektiriyorsa kurulun doğal üyelerinin dışında konuk üye de çağırıp görüşlerini alabilirler. Örneğin ihtisas daireleri aynı şekilde Morg İhtisas Dairesi, Gözlem İhtisas Dairesi, Kimya İhtisas Dairesi, Biyoloji İhtisas Dairesi gibi, Fizik İhtisas Dairesi, biz Şura olarak buraları ziyaret ettiğimiz zaman bir parmak izinin yahut bir imzanın tetkikinden, biyolojik genetik tetkiklere kadar bir çok başarılı işlerin yapıldığını gördük. Yine trafik kazalarıyla ilgili çeşitli görevler var. Şimdi Yüksek Sağlık Şurası bu kurulların herhangi bir yerinden ya da Adli Tıp Genel Kurulundan gelmiş bir dosyayı nasıl inceliyorlar? Bunu tek bir cümleyle söylemem yeterli, bütünüyle akademik bir yaklaşımla inceliyor. Akademisyenlerden oluşuyor, doğal üyelerde böyle, seçilmiş üyeler de böyle, yöntem yalnızca "akademik". Bununla neyi kastettiğimi açıklamama gerek yok. Ama aranızda I. Hukuk Müşaviri var, sorularıyla, eleştirileriyle bu akademik konuşmanın hukukun gereksindiği boyutlarda yürütülmesini de sağlıyor, burada kendisine ayrıca teşekkür ederiz. Her zaman hukukun gerçekte ne istediğini biz bilemeyebiliriz, bilemeyiz de. O nedenle 1. Hukuk Müşavirinin orada bulunması bizi, adaletin, yargının istediği yönde çalışmaya yönlendirmesi son derece yararlı oluyor. Şimdi bir, iki örnek verip konuşmamı bitirmek istiyorum; Yüksek Sağlık Şurası ne yapar, bakın, 21 Ocak 1987 tarihli Oturumunda Yüksek Öğretim Kurumundan gelen bir başvuruyu değerlendiriyor, "şizofreni genel başlığı altında toplanan hastalıklarla ilgili teşhis konulan Tıp Fakültelilerin öğrenimlerine devam edip edememeleriyle" ilgili Yüksek Öğretim Kurulu bir soru soruyor Sağlık Bakanlığına, oradan Yüksek Sağlık Şurasına geliyor, 1987. Yüksek Sağlık Şurası şöyle bir yanıt veriyor; "ilgili yazıda her ne kadar yalnızca şizofreni genel başlığı adı altında toplanan hastalıklar üzerinde

durulmuşsa da daha genel anlamda tedaviye rağmen düzelmeyen kronikleşmiş ruhsal bozukların mevcut veya hazırlanacak yöneltmelik kapsamına alınmasına.

Yazıda yalnızca Tıp öğrencileri üzerine durulmasına rağmen başka alanlarda da oraya çıkabilecek hayati sorunlar nedeniyle bütün üniversite ve yüksek okul öğrencilerinin de aynı yöneltmelik kapsamına alınmasına, söz konusu kronikleşmiş ruhsal bozukluk nedeniyle öğrencinin tüm öğrenim süresi içinde toplam 2 yıl öğrenimine son verme kararının fakülte yönetim kurulu tarafından verilmesine, bu konuda Yüksek Öğretim Kurulu veya üniversite yetkili kurumlarınca yeni bir yöneltmelik hazırlanmasına ya da var olan yöneltmeliğe madde eklenmesine Şuramızda oybirliği ile karar verildi. Kuşkusuz bu karar alınmadan önce psikiyatri alanının uzmanlarıyla, eğitim bilimcilerle yine bir araya gelinerek bir tür danışma kurulları ve uzmanlık kurulları birlikteliğiyle de bir ön çalışma yapılmıştır.

Şimdi adli dosya örneklerinden bir, iki kısa, sizi sıkmadan, ilginizi de çekebilir aslında hukukçu olduğunuz için; şimdi Sinan Hocamın verdiği bir örnek vardı, senaryolaştırmıştı, 4 yaşında bir çocuk bir sağlık evine gidiyor, buna benzer bir gerçek olgu. Yalnız bizim olgumuz 1 yaşında, her türlü klinik durumun öngörülemeyecek bir şekilde çok hızlı gelişebildiği bir tabloyla geliyor çocuk. Sağlık kabinindeki ilgili arkadaşımız, özel bir sağlık kabini, bir sağlık memuru ateşi düşürücü girişimde bulunuyor ve evine gönderiyor.3-4 saat sonra çocuk, siyanoze bir şekilde, morarmış bir şekilde tekrar sağlık kabinine getiriliyor, sanıyorum tam 4 saat bir zaman geçiyor, ilgili sağlık memuru telaşlanıyor ve hemen hastayı hastaneye gönderiyor ama artık vakit çok geç. Sizlerin ölü, "duhul" dediğiniz bir şey gerçekleşiyor. Şimdi burada aile şikayetçi oluyor, Adli Tıp Kurumu Başkanlığı 1. İhtisas Kurulu raporunun sonuç kısmında şunları okuyoruz; otopsi sırasında alınan örneklerde aranan toksit maddelerden hiçbirinin bulunmadığı bildirildiğine göre küçüğün, aranan maddelerle zehirlenerek öldüğünün tıbbı delillerinin bulunmadı. 2, ölmeden önceki klinik bulgularıyla otopside saptanan makroskobik ve mikroskobik bulgular birlikte değerlendirildiğinde küçüğün, kendisinde mevcut akciğer enfeksiyonuna bağlı solunum yetmezliğinden ölmüş olduğu. 3, yapılan iğnenin miktarı ve dozunun küçücüğün kilosu ve klinik bulgularıyla uyumlu olduğu ve otopside saptanan bulguları itibariyle yapılan iğnenin ölüme katkısı olduğunun tıbbi kanıtlarının bulunmadığı oybirliği ile mutahala olunur deniyor, 1. İhtisas Kurulundan gelen rapor. Biz genellikle Adli Tıp Kurumuyla uyumlu kararlar alırız çünkü orada da bir bilimsel ve teknik değerlendirme var ilgili uzmanlık kurumlarınca ama bu karara katılmadık. Bir, bir sağlık memuru teşhis koyup tedavi yapmak durumunda olamaz Sinan Hocanın dediği gibi. İki, 1 yaşında yüksek ateşle gelmiş bir çocukta tablo öylesine hızlı seyredebilir ki, öngörülemeyecek bir şekilde seyredilebilir ki, buna ancak bu konuda yetkili, deneyimli bir hekim başvurabilir. Siz orada klinik veriyi gölgelediğiniz ya da ok önemli bir anında ortadan kaldırdığınızda

gidişin artık hızını, seyrini kestirme şansınız ortadan kalkmıştır yani yaptığınız işle ölümden sorumlu hale gelmişsinizdir. Biz bu doğrultuda görüş bildirdik.

Bir başka olgumuz, kısaca anlatayım; sara nöbetiyle bir ilçe devlet hastanesine başvuruyor 30 yaşlarında bir hanım hastamız ama öyle bir nöbet ki, hastanın yapılan bütün girişimlere rağmen nöbetten çıkması sağlanamıyor. Hekimlerin "status epilektukus" dedikleri o katı dönem. Girişimlerde bulunuyor pratisyen hekim arkadaşımız ve ilçe devlet hastanesinde görevli nöroloji uzmanını arıyor, bulamıyor. Bütün aramalara rağmen bulunamıyor ama arkadaşımız tedavi fitoz tatus epilektukus halini bir an önce sonlandırmak zorundasınız, yapıyor, durum biraz dengelenince yakındaki bir başka ilçe devlet hastanesine gönderiyor, orada nöroloji uzmanı var, kendisi ile temasa geçiliyor ve hasta oraya sevk ediliyor.

Nöroloji uzmanı orada ilk tedaviyi sürdürüyor, bu arada hastanın kardiak sorunları, diyabeti ve solunum sorunları giderilmese bile güvenceye alınıyor ama durumun düzelmediği görülünce tedaviye devam edilerek yakında bulunan üniversite hastanesine hasta sevk ediliyor. Ancak yolda hasta kaybediliyor. Bunun üzerine dava açılıyor, dava konusu şu; 1, yapılan tedavi yanlıştı, 2, verilen ilaçların dozları yüksekti. Adli Tıp Kurumu ilgili daireleri verilen ilacın dozunun kan seviyesinin son derece yüksek olduğunu bildiriyor, 106.000 nanogram mini-litrede. Bu nedenle ölümün verilen ilacın aşırı dozuna bağlı olduğuna ilişkin bir hüküm veriliyor. Bu rakam önce bize, yazım hatası gibi geldi. Hastalığın başlangıcı, girişimin başlangıcı, ilaçlarının uygulanışı, hasta tabelalarına yazılan ilaç zamanları ve miktarları göz önüne alındığında, aramızda farmakoloji profesörü yok, bunu değerlendirebilecek durumda değiliz ama hekimlik deneyimlerimiz açısından böyle bir doza, kan seviyesine ulaşmanın olası olamayacağını düşündük ve bir uzman görüşüne başvurduk, Ankara'da bulunan, köklü, bu konudaki örgütlenmesi son derece iyi olan bir fakültenin Farmakoloji Ana Bilim Dalına başvurduk. Ayrıca yine bir uzman görüşüne başvurarak bir köklü eğitim hastanesinin ilgili branş kliniğine de yapılan tedavide bir eksiklik ya da yanlışlık olup olmadığını sorduk. Farmakoloji Ana Bilim Dalından gelen yanıt, "böyle bir dozun gerçekleşebilmesi için bu hastaya 4.500 ampul uygulanması gerektiği doğrultusundaydı.

Yani pratik olarak girişimin başlamasıyla ölümün gerçekleşmesi sırasında hiçbir şey yapmasanız, o ampulleri bir damacanaya koyup oradan verseniz bile bunu o süre içinde gerçekleştiremezsiniz. Ayrıca Farmakoloji Ana Bilim Dalının yaptığı simülasyonun sonucunda çıkan da böyle bir bilgi. Diğer taraftan inceleme yönteminin yani kanda mevcut dozun saptanması için uygulanan yöntemin de en çok 5.000 nanogram mini-litredeki bir kan düzeyini gösterebileceği, buradaki sayının da bunun dışında olduğu şeklindeydi.

Biz ne yaptık? Farmakoloji Ana Bilim Dalının görüşüne uyduk, diğer taraftan tedavinin seçeneği açısından da eğitim hastanesi klinik şefliğinden

gelen yazıya uyduk. Biz yalnızca bir yerlere gönderir, onlara mı uyarız? Hayır. Bizler de meslekteki deneyimleri oldukça uzun olan akademisyenleriz, dosya elimize geldiği zaman bizler de "tıp yazıncasını", ben bu literatür sözcüğünü sevmiyorum Sevgili Hocam, tıp yazıncasını gözden geçirip oraya hazırlıklı olarak çıkıyoruz. Gelen bilirkişi görüşlerini de ki, bize gelen dosyalarda çeşitli bilirkişi görüşleri vardır, çeşitli kurul görüşleri vardır, bunları da irdeleyen bir yaklaşımla tartışıyoruz. Bazen bir dosyayı yarım gün tartışırız, Sinan Hoca Sağlık Eğitimi Genel Müdürü olarak Şuranın aynı zamanda Düzenleyicisidir de, bazen bunalır "yeter" diye, nedir o, toplantı yeterlilik önergesi,

KATILIMCI - Az önce bir soru da geldi efendim,

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Yüksek Sağlık Şurası Üyesi - Öyle mi? Şu anda belki benim zamanımı da aynı şekilde kesebilirsiniz,

OTURUM BAŞKANI - Gayet güzel,

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Yüksek Sağlık Şurası Üyesi - Ha, "işte kifayeti müzakere". Ancak

OTURUM BAŞKANI - Sormak....

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Yüksek Sağlık Şurası Üyesi - Tabi, hukukçuya soracaksınız.....

Şimdi bir diğer örnek, hasta çok acil koşullarda ameliyat ediliyor, ameliyattan sonra 2 gün içinde taburcu ediliyor, çok yoğun kanama nedeniyle, yoğun kan transisyonları da gerekiyor hastaya, 2 gün sonra şifayla taburcu ediliyor ama hastanın karın ağrıları hiç geçmiyor. Başlangıçta dış gebelik rüktürü ile başarılı bir ameliyat yapılıyor, hastanın hayatı, bebeğin hayatı kurtuluyor ama hastanın ağrıları geçmiyor. O kadar çok inceleme vardı ki dosyada, sonuçta 8. ya da 9. incelemeden sonra ameliyat yerinde gazlı bez unutulduğu ortaya çıkıyor. Oldukça büyük gaz konpresss unutulmuş olduğu ortaya çıkıyor. Yargıya intikâl ediyor, Adli Tıp yakında bulunan bir şube müdürlüğü diyor ki "evet, gazlı bez filanca lokalizasyondadır ancak komşu organlara herhangi bir zarar vermemiştir. Bu nedenle hastanın muntaz iştigaline 25 gün, o cümleyi yapamıyor işte,

KATILIMCI - Engel teşkil ediyor.

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Yüksek Sağlık Şurası Üyesi - 25 gün, engel teşkil ediyor. Rapor bu, doğru mu? Doğru. Bizim "F" şeklindeki kalın bağırsak bölümüne komşu olarak gördüğümüz yapılanma bu bağırsakta herhangi bir destriksüyona, bozulmaya yol açmamış, doğru, onun çıkarılmasından sonrada işte, 1 ay bir rapor verirsiniz, hasta iyileşir gider, doğru. Ancak bu Yüksek Sağlık Şurasını doğal olarak tahmin etmiyor. Orada gazlı bezin, ameliyat malzemesinin unutulmuş olması hastanın kusuru olur mu? Hekimin yapabileceği, masum görünecek, anlaşılabilecek bir davranışı olarak değerlendirilir mi? Hayır. Bu nedenle hekimi bu uygulamasından ötürü biz, kusurlu bulduk. Bununla

şunu söylemek istemiyorum; biz, Adli Tıp'ın kararlarına katılmayız demek istemiyorum, asla, hayır, öyle değil, Sevgili Nezir Hocamız da Yüksek Sağlık Şurasının Üyeliğini yaptı, Adli Tıp Hocası .....da, verdiğim örnekleri şu nedenle veriyorum, Yüksek Sağlık Şurası salt bilirkişilere dayalı, salt uzman kişilere dayalı ya da kendisinden önce inceleme yapmış kurumlara dayalı olarak çalışmıyor. Farklı anlayışlar herhalde siz, hukukçuların gerçeği bulmasını, hakkı yerine getirmesini de kolaylaştıracaktır diye düşünüyorum.

Buraya çağrılmış olmaktan duymuş olduğum onuru ve sizlerin dikkatinize duyduğum şükranı özellikle belirterek hepinize teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Sayın Hocam, değerli Profesör Doktor Sedat Işık'a bizde çok teşekkür ediyoruz. Gerçekten her 3 Konuğumuzda çok aydınlatıcı konuşmalar yaptılar. Şimdi sıra, sorular var, o soruları sırasıyla başlayacağım ama öncelikle bir soru sahibinin adı yok, o okumuş olarak ben de cevap verebilirim; Adli Tıp Kurumuyla zannediyorum Yüksek Sağlık Şurası arasında Yargıtay nasıl, hangisinin görüşüne itibar ediyor, bu hakimin taktir yetkisidir zaten, isim de yok bu soruyu soran arkadaşımızın. Diğer sorular da, Sayın Keskin ve diğer Konuklarımız uyun görürlerse cevap verecekler. İsterseniz soruları da kendimiz okuyalım,

AV. ADEM KESKİN - Sağlık Bakanlığı 1. Hukuk Müşaviri - Teşekkür ederim Sayın Başkanım. Ahmet Nezih Hocamız, yeni T.C.K. ile getirilen iddianamenin iadesi nedeniyle Yüksek Sağlık Şurasının savcılıklardan gelen dosyalarda incelenmesi gerekmez mi diye bir soru sorar. Hayır, gerekmez diyorum ben buna, zira bir kere sunumda da belirttiğim gibi 1219 sayılı Kanun, mahkemeler diyor. Mahkemeler, işte "başka bilirkişinin görüşüne başvurma noktasındaki serbestleri baki kalmak üzere Yüksek Sağlık Şurasının görüşünü alır" diyor. Dolayısıyla burada bir kere mecburiyet mahkemeler için, bir.

PROF. DR. AHMET NEZİH - Sayın Keskin bunu, genel olmaza şeklinde sordum.....

AV. ADEM KESKİN- Sağlık Bakanlığı 1. Hukuk Müşaviri - Şimdi ikinci bir husus, mahkeme Kanun gereği mecburen Şuradan görüş alacağına göre orada bir tekerrür söz konusu olabilir, bir farklılık söz konusu olabilir, bir yani fuzuli bir iş yapmış olma gibi bir söz konusu olabilir. İkincisi ve daha da önemlisi, sunumda yine belirttik, Şura incelemeyi dosya üzerinde yapıyor ve dosyaların mutlak suretle tekmil gelmesi lazım, karar vermeye ezber işi olacak ölçüde hazır gelmesi lazım. Oysaki hazırlık soruşturmasında böyle bir hazır dosyanın Şuraya gelmesi pek söz konusu değil. Dolayısıyla ben bu görüşe iştirak edemiyorum. Savcılar, mutlaka Şuranın dışında başka bilirkişilerin görüşlerine başvurarak kararlarını vermeliler diye düşünüyorum.

KATILIMCI - Sayın Başkanım bir şey ekleyebilir miyim? Şimdi Şura'da olsun, Adli Tıp'ta olsun, deliller kusurluluk oranına bakarken % 30 civarında

kalıyor, % 70'i kusursuz ama mahkeme aşamasına girdiğinde o tek yer... hem mesleği açısından hem bulunduğu çevre, küçük bir çevredeki, büyük bir ihtimalle de küçük yerlerden geliyor, meslek yaşantısı açısından çok zor durumda kalıyor ve en ideal dava da 2 yılda falan ancak sonuçlanıyor. Şimdi iddianamenin iadesinden zaten bu anlaşılıyor. Oradaki yargılanıp da beraat etme oranlarının yüksek olmasından kaynaklanıyor. O amaç göz önüne alınacak olursa Şura'nın da mutlaka savcılık aşamasında, hazırlık soruşturması aşamasında bu dosyalara bakıp, kökten olayı bitirip ona göre ya hakkında dava açılması ya da gerçekten bazı sebeplerle de biliyorsunuz, hekimler aleyhine hiç de olunmayacak davalar açılanabiliyor. Meslek taassubu nedeniyle, meslekler arasındaki çelişkiler nedeniyle herhangi bir tazminat alabilme amacıyla falan onların da önüne geçilebilir diye düşünüyorum.

AV. ADEM KESKİN - Sağlık Bakanlığı 1. Hukuk Müşaviri- Yani doğrudur, tartışılabilir ama Şura'nın yapısı itibariyle de böyle bir iş yükünün üstünden gelmesi de mümkün değil. Eğer bu yolu açacaksak Şura'yı da Adli Tıp Kurumu gibi profesyonel bir bilirkişilik müessesesi haline getirmemiz gerekir. Aksi halde

OTURUM BAŞKANI - Diğer sorular da hızlıca, kısaca cevap verirsek çünkü kapanış saatimiz geçti ve evet, buyurun Sayın Dekan,

PROF. DR. METİN FEVZİOĞLU - Ankara Hukuk Fakültesi Dekanı - Müsaade ederseniz Hocam,

AV. ADEM KESKİN - Sağlık Bakanlığı 1. Hukuk Müşaviri - Estağfurullah, buyurun Hocam,

PROF. DR. METİN FEVZİOĞLU- Ankara Hukuk Fakültesi Dekanı - Şimdi efendim, iddianamenin iadesi kurumu son derece önemli bir kurum, bunu buradaki değerli hukukçu meslektaşlarım açısından özellikle belirtmek istedim, benim de alanıma girdiği için has bel kader bir miktar biliyorum. İddianamenin iadesi kurumunda bizde yanlış olan bir düzenleme var, o da şu; iddianamenin düzenlenmesi için mutlak olarak toplanması gereken bir delilin toplanmadığını gören mahkemenin iddianameyi iade edeceğine dair hüküm. İlk bakışta hepinize çok güzel gibi görünen bu hüküm, iddianamenin kabul edildiği her davada savunmanın mahkeme karşısında 5-0 suçlu pozisyonunda yargılanmaya başladığı anlamına gelir.

Yani yargı "ben bu iddianameyi kabul ediyorum" diyen hakim, bu değerlendirmeyi esasa girerek yaptığında şunu demektedir; "ben de savcı olsam bu davayı açardım". Şimdi sormak istediğim soru şu, ister hukukçu olun, ister hekim olun "ben de savcı olsam bu davayı açardım" diyen bir hakimin huzurunda mı yargılanmak istersiniz, yoksa davadan iddianame önüne gelip de delilleri yavaş yavaş toplamış bir hakimin huzurunda mı yargılanmak istersiniz? Yıllarca savunma avukatlığı da yapmış biri olarak ben bu ikincisinin çok doğru olduğunu size yürekten söyleyebilirim.

Şimdi Adem Bey'in dediğine % 100 katılıyorum ve hükmün o şekilde kalması lazımdır. Neden o şekilde kalması lazımdır? Çünkü soruşturma evresinde savunma eksiktir, yeteri kadar dosyaya vakıf olamadığı gibi bilgi, belge sunmakta da yetersizdir. Ne zaman yeteri kadar bilgi, belgeyi sunabilir ve tartışabilir? Duruşma evresinde. Adem Bey'in dosyanın tekemmül etmesine yaptığı vurguyu, müsaadenizle dosyayı tekemmül ettiren taraflardan birinin de savunma olduğunu belirterek tamamlamak istiyorum. Yani bu noktada savunma dosyaya gerekirse özel bilirkişi raporu koyacaktır, tartışacaktır, savcılık evresinde alınan raporun çürütmeye çalışacaktır, Adli Tıp Kurumu daha sonra savunmayı da dikkate alarak bir görüşe ulaşmalıdır. Eğer savunmayı dikkate alarak bir görüşe ulaşmıyorsa Adli Tıp Kurumu zaten boşa konuşuyorum.

Aynı şekilde Yüksek Sağlık Şurası da sadece bilim adamlarının sunduğu görüşleri dikkate alıp savunmayı ve savunmanın ekinde sunulan belgeleri dikkate almıyorsa zaten boşuna konuşuyorum ama ben böyle yapmadığınızı da gayet iyi biliyorum. Şu halde, savcılık evresinde Yüksek Sağlık Şurası'nın devreye girmesi zaten yargılamaya ihtiyaç göstermeyecek bir suçluluk karinesini doğurabilir, bu nedenle Kanun da doğrudur, uygulamada doğrudur. Arz ettim efendim.

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ediyoruz.

AV. ADEM KESKİN - Sağlık Bakanlığı 1. Hukuk Müşaviri -... Müsaade ederseniz, teşekkür ederim ben de. Şimdi bir arkadaşımız, Şura'nın, isim belirtmemiş, "Şura'nın başka birimlerden veya üniversitelerden görüş alması konuyla ilgili doğru mudur" diyor. Doğrudur, bunda bir base yoktur, zira karar Şura'nın kararıdır ve Şura kararını verirken olayı aydınlatacak her türlü araştırmayı yapma hakkına sahiptir.

Yine Doktor Alper Bey'in yönelttiği bir soru, diyor ki, "ihtisas kurullarında daha önce incelenmiş ve görüş belirtilmiştir Adli Tıp Kurumunda konular. Dolayısıyla artık tekrar Şura'da incelenmesi lüzumsuz bir iş yoğunluğunu arttırıcı değil midir, süreci uzatıcı değil midir?". Bu tartışılabilir, tabi, profesyonel bir bilirkişilik kurumu varken, Adli Tıp Kurumu varken tekrar Şura'nın görüşünün alınması zarureti yerindelik açısından tartışılabilir ama şu kadarını söylemek istiyorum ben; ben, kanun koyucu Adli Tıp Kurumunu kurarken ve resmi bilirkişilik görevini buna yüklerken 1219 sayılı Kanunun 75. maddesini unutmuş olamaz. Eğer böyle bir irade, böyle bir yerindelik söz konusu olsaydı o zaman Adli Tıp Kurumunu kuran Kanun, 1219'un 75. maddesine nuga etmesi gerekirdi. Dolayısıyla buradan şunu çıkarmamız gerekir; meselenin hassasiyeti ve önemi sebebiyle bir kez daha Şura'da görüşülmesi murat edilmiştir. Ha, bu biraz süreci belki uzatıyor, hakikaten, Şura'nın da yapısı itibariyle çok hızlı çalışamıyor, çok devamlı toplanamıyor tartışılabilir ama dediğim gibi böyle bir tercih yapılmıştır şu an için, bunu böyle anlamak lazım.

Yine bir sorusu, "bilirkişi kurumunun kendi personeli ile ilgili karar vermesi

ne kadar doğrudur?". Bu soruya asla katılmıyorum, kendi personeli diye bir şey yok. Yüksek Sağlık Şurası tamamen Bakanlığın dışında bağımsız çalışan bir bilimsel kuruldur dolayısıyla Bakanlığın bir kurumu gibi, Bakanlığın bir birimi gibi algılamamak lazım, bilimsel bir nitelik de kanıyorsa, Sedat Hocam bunu özellikle belirtti. Kaldı ki, Şura'ya gelen dosyaların birçoğu genel olarak ülkede tıp mesleğini icrâ eden kimselere aittir, Sağlık Bakanlığı personeline ait değildir.

Yine Alper Bey'in bir sorusu var, "sosyal hizmetlerle ilgili, sosyal çalışmalarla ilgili en gibi çalışmalar yapmaktadır" diyor "Şura". Benim sunumda söylediğim sosyal çalışmalar eski Kanundan kalan, Umumi Hıfzısıhha Kanunundan kalan hükümlerdir. Yeni, ura'nın teşkiline ilişkin 181 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede bu ibare yoktur. Bakanlığın eskiden var olan Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığı ibaresindeki "yardım" da zaten çıkarılmıştır ve artıl sosyal yardım, sosyal hizmetler tamamen SHÇEK'in Başbakanlığa bağlı SHÇEK'in uhdesindedir. Dolayısıyla artık Şura, sosyal hizmetlerle ilgili herhangi bir şey zaten yapması söz konusu değildir.

"İhtisas kurullarının oluşturulmasın amacı raportör olarak çalışmak mı yoksa kararlara ne kadar etkili olacaktır?"diyor yine Alper Bey. Biraz öncede söylediğim gibi Şura, kararlarını oluşturacak bütün araştırmayı, incelemeyi yapmak hakkına sahiptir. Burada da ihtisas kurulları olayın yine bilimsel değerlendirmesini yaparak ortaya koyacaktır ve bu bilimsel değerlendirme büyük ölçüde kararı belirleyici olacaktır. Kaldı ki, ihtisas komisyonlarının başkanları da Şura'ya üye olarak katılabilmektedir.

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ediyoruz. Var mı başka soru? Buyurun Sayın...

UZM. DR. SİNAN YOL - Sağlık Bakanlığı Sağlık Eğitimi Genel Müdürlüğü - Ben son soruyla ilgili, hem birazcık devam etmek, birazcık daha açıklama yaparken de benim önümde de buna benzer bir soru var, "ihtisas komisyonlarının Şura'ya sunduğu bilimsel görüşün Şura'nın kararını yönlendirme riski mevcut olabilir mi?" ifade edilmiş. Doğrusunu isterseniz bu hakikaten, dikkate alınması gereken, bana göre dikkate alınması gereken bir konu. Bu konu, gerek Şura'nın kendi içinde gerekse Bakanlık içerisinde çokça tartıştığımız bir konuydu. Burada kararı verecek olan merci Yüksek Sağlık Şurası'nın bizzati kendisidir. Ancak Şura'da değerlendirilecek olan dosyaların çok iyi bir teknik hazırlıktan sonra ele alınması adaletin tesisi için veya doğru karar verilebilmesi için çok çok önemli bir husus. Dolayısıyla ihtisas komisyonları bu konudaki hazırlığını nasıl yapmış olursa olsun, bunların bir yönlendirme riski var ama Yüksek Sağlık Şurası üyeleri de bu tür bir yanlış yönlendirme olabilecek olan bir ihtimal dahilindeki bu Yüksek Sağlık Şura da bu ihtimale karşı da doğrusunu isterseniz, tüm üyelerinden bilinçli bir şekilde dosyaları yeniden değerlendirecektir

çünkü burada karar mekanizmasında olan, karar verici olan Yüksek Sağlık Şurası'nın kendisidir. İhtisas komisyonları bu konudaki teknik hazırlığın yeterli yapılabilmesi, herhangi bir noktanın açık kalmaması, kör nokta bulunmaması konusunda, bir de dosyaların daha hızlı incelenebilmesi amacıyla kurulmuştur ki, ikinci soru da bununla alakalı, Şura'nın yavaş işlediği konusunda zaman zaman basında haberler çıkmaktadır, adaletin geç tecelli etmemesi açısından Şura'nın daha aktif çalışabilmesi için neler yapılabilir sorusu var. Evet, bu medyanın, hukukun veya bakanlıkların şikayeti değil, bizzati Yüksek Sağlık Şurası'nın da çok özen gösterdiği bir konu.

Ve daha önceki yıllarda, işte yılda bir defa toplanmakta olan Yüksek Sağlık Şurası her ay toplanmakta, artık son yıl içerisinde bu toplantılar 2 günden 3 güne çıkartıldı ve biz en son toplantımızı Yüksek Sağlık Şurası Üyelerinin 3 gün boyunca Ankara'nın dışında, gece de evlerine gitmemek üzere bir otelde hapis ettik, 3 gün boyunca bu dosyaları incelttirdik. Hakikaten Yüksek Şura toplantılar çok uzun sürmekte. Bunun içinde teknik hazırlığın, özellikle ihtisas komisyonları bazındaki bu teknik hazırlık çok çok önemli olduğunu biliyoruz, bunlar dosyanın hızlandırılabilmesi için hem toplantı sayısı arttırılıyor, süresi artırılıyor ancak şundan hiçbir şekilde Şura olaraktan feragat edemeyiz; dosyanın alel acele bir hazırlıkla görüşebilmesi hiçbir şekilde kabul edilemez. Dosyadaki en küçük bir detayın dahi dikkat edilmesi, bunun mutlaka Şura tarafından değerlendirilmesi ve Şura üyelerinin bu noktada objektif bir karar verebilmesi için her türlü olasılıkları da dikkate alınarak bir karar mekanizmasında bulunması çok önemli. Dosya sayısı 250'ler civarındaydı yıllık bazda, bunun için de biz bu süreci hızlandırmaya çalışıyoruz ve bu ihtisas komisyonları da bu fonksiyonu görünce ki, daha da hızlı bir süreçte bu dosyalar bitirebilir ancak verilen kararın sağlıklı olabilmesi için, hakikaten bu değerlendirmenin Sayın Işık'ın da ifadesinde, konuşmasında vardı, bazı dosyaları yarım gün, istisnasız yarım gün, bir tek dosya üstünde dahi oluyor ve buna da ben ihtiyaç olduğunu düşünüyorum. Çünkü burada bir karar veriyorsunuz, sonuçta birilerini etkileyecek bir karar veriyorsunuz ki, Yargıtay niçin Yüksek Sağlık Şurası kararlarına ve Adli Tıp Kurumuna itibar ediyorlar konusunda, o tabii ki, sayın hakimlerimizin, yargıçlarımızın kendi inisiyatiflerinde olan, kendilerinin verecekleri bir karardı ama Yüksek Sağlık Şurası görevinin bu hassasiyet içerisinde yerine getirilmesini temin etmektedir. Teşekkür ediyorum.

OTURUM BAŞKANI - Teşekkür ediyorum. Değerli Hocam, buyurunuz,

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Yüksek Sağlık Şurası Üyesi - Aslında fazlaca görüşün alınması, ilk bakı da kafaları karıştıracakmış gibi de gelebilir size. Adli Tıp'a gitti, orada sizin söylediğiniz bir dizi kuruldan, laboratuardan geçti, sonra Yüksek Sağlık Şurasına niye geliyor sorusu son derece mantıklı görülüyor ilk açıda, ilk bakıda. Şimdi demin verdiğim bir örnek var, bir ilacın ısrarla uygulanması doğru idi, o olguda uygulanıyor ama bakın, 8 saat içinde yalnızca 45 miligram dozda uygulanıyor, hastanın gelişi ve ölümüne kadar geçen süre 8 saat.

Bu, 45 miligramla ki, 10 miligramlık frakonlarıyla yapılıyor, sözü edilen 106.000 küsur nanogram mili-litre kan dozu düzeyi mümkün değil. Bu bilgi Adli Tıp'tan geliyor ama biz, buna rahatça "evet" diyemedik. O zaman bunu uzman görüşüne göndermek zorundayız, danışmak zorundayız ama kime? Kuşkusuz, bu alandaki akademik girişimi en yüksek olan kuruluşlardan, kişilerden birilerine göndermek zorundayız. Öyle yaptık, oradan gelen raporda bu kan düzeyinin oluşabilmesi için 8 saatlik girişim boyunca yapılan simülasyonda 4.500 miligram ilacın verilmiş olması gerekir, bu da 450 ampul eder diye bir rapor geldi bize, son derece önemli. Ne olurdu biz bu görüşü istemeseydik? Bu kan dozunun gerçekleşmiş olduğunu kabul edecektik ve uygulamayı yapan kişilerin bu düzeyde doz uygulayarak insan öldürdüğünü kabul edecektik. Bilim, sorgulamayı ister,

KATILIMCI - Adli Tıp'tan tekrar sormadınız mı, doğru mu diye?

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Yüksek Sağlık Şurası Üyesi - Sanıyorum onu mahkeme yapar artık,

KATILIMCI - Çelişkili mi veya yazım hatası var mı diye,

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Yüksek Sağlık Şurası Üyesi - Bütün belgelerde aynı rakam vardı, tek bir yerde geçmiyordu.

KATILIMCI - (*Mikrofonsuz Konuşma*)

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Yüksek Sağlık Şurası Üyesi- Evet yani biz görüşümüzü yargıya bildirdik ama yani bunu niye vurguluyorum, danışmasa idik, yargıçta belki yazım hatası olsa idi de yargıç da bunu dikkate alsaydı çünkü yazım hatası olsa da hüküm, o kan düzeyinden ilacın, kan düzeyinden ölümün meydana geldiği şeklinde.

KATILIMCI - (Mikrofonsuz Konuşma)

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Yüksek Sağlık Şurası Üyesi- Evet ama bunu, evet, sanıyorum

KATILIMCI - Hassas değerlerin önemini vurgulamak açısından,

KATILIMCI - (*Mikrofonsuz Konuşma*)

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Yüksek Sağlık Şurası Üyesi- Hayır bunu ben bakın, bir kere düzelteyim, Adli Tıp'ı yargılıyor değilim, Yüksek Sağlık Şurası kendisine gelen bütün bilirkişi ve uzman kişi görüşlerini akademik nitelikte tartışmak zorundadır, yaptığımız iş bu. Bu nedenle literatür desteği ile saatlerce tartıştığımız olur, günlerce bir dosyaya hazırlandığımız olur,

Siz de çok iyi biliyorsunuz Şura Üyeliği döneminden. O nedenle Şura'nın da bir danışma kurulu olarak, kendisinden görüş istenilen bir kurul olarak, Hamit Hocam da bulundu bir Adli Tıp Profesörü olarak yeri yadsınamaz diye düşünüyorum. Teşekkür ederim.

OTURUM BAŞKANI- Değerli Hocam çok teşekkür ediyoruz. Hepsi

birbirinden değerli bilgiler veren değerli Konuklarımıza çok teşekkür ediyorum. 2. Gün Ankara Barosu'nun ve Ankara Hukuk Fakültesi'nin düzenlediği bu Sempozyumda 2. Günün de sonuna geldik. Değerli Konuklarımıza plaketlerini vermek üzere Ankara Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Profesör Doktor Metin Fevzioğlu'nu davet ediyorum efendim.

3. GÜN

(3 Kasım 2007, Cumartesi)

VI. OTURUM

SAĞLIK HUKUKUNDA BİLİRKİŞİLİK

Oturum Başkanı

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER

Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi

Merhabalar. Öncelikle tüm katılımcılara hoş geldiniz diyorum. Ben Ankara Barosu Sağlık Hukuk Kurulu Üyesi Avukat Mustafa Kemal Köseler. Bu Sağlık Hukuk Kurultayının son gününün sabahki oturumunda *Sağlık Hukukunda Bilirkişilik* konusunu değerli katılımcılarla beraber irdeleyeceğiz. Ben öncelikle katılımcıları tanıtayım; Yardımcı Doçent Doktor Nezih Varol ve Profesör Doktor Ahmet Nezih Kök.

Öncelikle "Tıbbi Kötü Uygulama ve Komplikasyon Ayrımında Bilirkişilik" konusunda sunumunu yapmak üzere sözü Nezih Varol'a veriyorum. Sayın Varol söz sizin,

Sağlık Hukukunda Bilirkişilik

YRD. DOÇ. DR. NEZİH VAROL

Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi

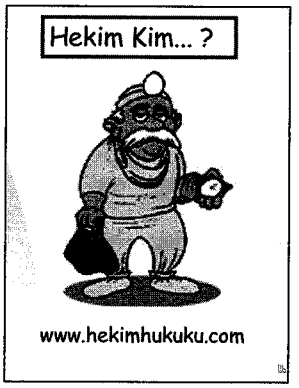
Efendim, hepinize günaydın diyorum, çok teşekkür ediyoruz öncelikle bu Kurultay'a davet ettiğiniz için, bu yüzden dolayı da başta Ankara Barosu olmak üzere Ankara Üniversitesi'nin değerli öğretim üyelerine teşekkür ediyorum.

Benim için de çok yararlı oldu, çünkü ben bir tıp doktoruyum, biz hekim bakışıyla bakıyoruz olaya. O bakımdan zaman zaman avukatlarla ya da hukukçu arkadaşlarla çatışma yaşıyormuş gibi oluyoruz, karşı karşıyaymış gibi oluyoruz ama benim şöyle bir görüşüm var; bu bir geçiş süreci, aşağı yukarı bir 8-10 sene birlikte bir şeyleri öğreneceğiz. Siz hekim gözüyle bakmayı biz de hukukçu gözüyle bakmayı öğreneceğiz. Ben Adli Tıp ve Halk Sağlığı Uzmanı olduğum için biraz bu işin alt yapısında yetişiyoruz, bilirkişilik yapıyoruz. O yüzden zannediyorum bizim biraz bakışımız sizin için de çok önemli, özellikle hukukçular için. Bugün tıbbi kötü uygulama mı, komplikasyon mu tartışmasını biraz böyle nacizane görüşünüze ve hoş görüşünüze sığınarak da anlatmaya çalışacağım.

Günümüzde sağlık hizmetleri halen farklı biçimleri ile algılanmaktadır. Size göre sağlık hizmetini kim verir.? Toplumdaki tüm kesimler ulaşabildikleri yerden bu hizmeti almak isterken dikkat ettikleri birinci konu ne kadar güvenebilecekleridir. Sonraki konu ise kolay ve ucuz olmasıdır.

"Folk Sektör" denilen, hastalık konusunda eğitim almamış çeşitli özellikleri nedeniyle toplumca uzman kabul edilerek baş vurulan kişiler olan kırıkçı-çıkıkçı, üfürükçü gibi kişilere gidişteki güven, sağlık kültür düzeyinin düşüklüğü, sağlık bilincinin yetersizliği ve ulaşımın çok kolay olmasındandır. Bu sektördekilerin çalışmalarını engelleyen bir çok mevzuat bulunmasına, hatta ortaya çıkan zararlı eylemlerinin Ceza Hukukundaki yeri çok oçık olmasına rağmen, sektöre gidiş azımsanmayacak kadardır. Ben hekimlerin içinde bile buralara gidenleri bilirim.

"Popüler Sektör" denilen ve hastalık konusunda eğitim almamış sadece yaşları ve hayata ilişkin bilgileri nedeniyle başvurulan ana, baba, nine, komşular gibi kişiler de vardır. Hekim olduğumuz için ailemizden ilaç isteynelr vardır. Benim anneme "senin oğlun doktor senin ilaçtan bizde alalım mı diyenler vardır."



Sağlık hizmeti, "Profesyonel Sektör" olan hastalık konusunda özel bir eğitim almış, uzman olmuş sağlık personeli (başta hekim, dişhekimi, eczacı, hemşire, ebe, sağlık memuru v.b kişiler,) sorumluluğunda verilmesi gerekmektedir.

Peki kimdir, bu sağlık çalışanları,.? Hekim nasıl tarif edilmelidir.? Skaytta görüldüğü biz hekimleri böyle Levent KIRCA kılıklı mı düşünürsünüz. ? Slyatta gördüğünüz www.hekimhukuku.com sevgili Hakan HAKARİ'ye aittir. Dünkü konuşmasında o gösterdi ve sorduk:

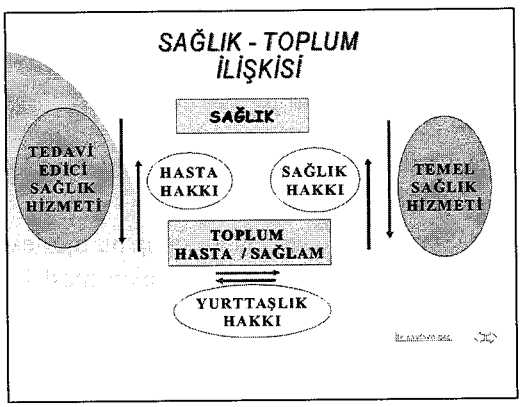
Hekimhukuku.com var, neden avukathukuku.com yok dedik, Bizim fakültede seçmeli ders var dedi. İlerde buraya tekrar geleceğiz bakalım ne olacak?

Genelde bir yolculuğa çıkıldığında yanınızdaki yolcunun ilk sorusu şudur; "merhaba hemşerim yolculuk nereye.?". Yolculukta nereli olduğunuz çok önemlidir. İkinci soru ne iş yaptığınızdır. "İşiniz nedir? Bizim için en zor soru budur. Doktor dediğimiz anda kişi bütün gülümseme ve memnuniyeti ile başlar. "Aman ne güzel, doktor bey benim kolumda bir ağrı var altı aydır geçmiyor,..." Arkadaşlarım ne yapıyor bilmiyorum ama, ben "ya öylemi tabi soyunun bakayım" diyorum. Yolcu nasıl burada mı soyunayım diyince evet altı aydır geçmemişse size baştan ayağa muayene etmem gerek diyorum...



O zamanda ne uzmanı olduğumuz sorulur. Genelde heklimin sıfatı yaptığı işle özdeşleşmiştir. Kadın Hastalıkları ve doğum uzmanları, kadın doğumcudur. Gözcü, Röntgenci, v.s gibi anılırlar. Ben Halk Sağlığı uzmanı olduğumda yanımdakine Ankara'ya geliyordum ama uzmanlığımı anlatamıyordum. Halen annem bile ne yaptığımı bilmez. Adli Tıp uzmanı olduktan sonra çok rahatladım Ben "ölü kesiciyim" diyorum ölünce bana gel kolunun ağrısına bakarım diyorum. Yolcular arkasını dönüyor ben de rahat rahat yolculuk ediyorum.

Hekim; fiziksel, bedensel, ruhsal ve sosyal yönden tam bir iyilik hali sağlarken, iyilik hali bozulmuş olanların da, acısını azaltmak, ömrünü uzatmak, durumunu düzeltmek, amacını güden kişidir.



Sağlık ve toplum ilişkisine şöyle kaba bir şekilde bakarsak bazı kavramları daha iyi değerlendireceğiz. Toplum ve Sağlık ilişkisinde toplumda kendi içinde sağlam ve hasta toplum olarak ayrılsın. Sağlık Hakkı kapsamında Temel Sağlık Hizmetleri sunulurken, Hasta Hakkı kapsamında Tedavi Edici Sağlık Hizmetleri sunulmalıdır. Toplumunda kendi arasında Yurttaşlık Hakkından doğan sağlık konusunda bilgilendirme hakları vardır.

Hekimler amaçlarını yerine getirirken toplumla iç içedirler. Hakları belirleyen toplumsal düzen kurallarına uymak zorundadırlar. Bilindiği gibi, toplumsal düzen içinde yaşayan tüm insanlar, ahlaki, dini, görgü ve hukuk kurallarına sıkı sıkıya bağlıdırlar.

Ahlak, din ve görgü kuralları kişiden kişiye, aileden aileye, toplumlardan toplumlara değişmekle birlikte, değişmeyen tek kural, hukuk kurallarıdır. İşte hekimlik amacı için, "hukuk kuralları kapsamında sorumluluk bilinci ile hareket etmek" burada büyük önem taşımaktadır.

Sorumluluk bilincini hukukçular şöyle ifade etmektedirler.

"Sorumluluk bilincinin yüksek olması, hem meslek adamının (hekimin) kendisi, hem de toplum için doğal ve güçlü bir güvencedir"

O halde hekimler bu kendileri için çok önemli olan doğal ve güçlü güvenceyi korumak için hastaları ile olan ilişkilerini hukuksal kurallara göre oluşturmak isterler.

Sorumluluk, uyulması gereken davranış (hukuk) kurallarına aykırı düşmenin hesabını verme durumudur. Bu nedenle hekimler, hastaları ile olan güvene dayalı ilişkileri gereği hasta haklarına sahip çıkarlar. Çok riskli alanda çok yüksek özen içinde hizmet sunarlar. Yargıtayında bir çok içtihatına girdiği gibi "bilgisizlik ve bilgiyi uygulamada gösterilecek özensizliğin kusur için yeterli olduğunu, derecesinin önemli olmadığını artık bizlerde öğrendik.

Bu bağlamda; hekimler mesleki bilgi ve becerileri sebebiyle hastalarına karşı yerine getirmekle yükümlü oldukları davranışları gösterirken büyük bir özen içinde olmak zorundadırlar.

Çünkü hekimlerin, mesleklerinin sanatsal yönü nedeniyle korumaları gereken saygınlık, kişisel değildir. Ancak sergilenen davranışın, hekimin mesleki bilgi ve becerisine uygun olup olmadığını anlayabilmek için hekimin uygun çalışma ortamlarının olması gerekir. Bu bağlamda çalışma koşullarının iyiliği,

teknolojik olanakların varlığı, işletme yönetimine uygun kurumsal sağlık yönetiminin bulunması hekimlik gücünün artmasına olanak verir. Hekimliğin bu yönü ile tanımı yapıldığında konu daha iyi irdelenecektir. Zira hekimler, sağlık hakkını ve hasta hakkını beraber veren kişilerdir.

Sağlık çalışanının sorumluluğunda verilmesi gereken sağlık hizmetindeki ceza ve tazminat sorumluluğu nasıl ele alınmalıdır.?

Hekimler, sağlık hizmeti sunumunda önemli ölçüde haklara sahip bir meslek grubudur. Bu haklar, "hekimlik hakkı" olarak hasta yarına kullanılan mesleki ilkelere dayalı hizmetin biçimidir.

Hasta hakkı olarak ifade edilen tüm hizmetler, hekimler ve sağlık çalışanları tarafından verilmesi gerekli olan ve yerine getirilmesi gereken edimlerdir. Böylece doğal ve güçlü güvenceye bağlı olarak ortaya çıkan güvene dayalı "rıza", sağlık çalışanı ile toplum arasında bir ilişkinin kurulmasını sağlar. Hekim ile hasta arasındaki güvene dayalı "RIZA" ilişkisine vekalet sözleşmesine denilmektedirki biz hekimlerin literatürüne bu kelime girmiştir.

Sağlık hizmetleri sırasında yazılı ya da yazısız olabilen bu sözleşme, "Hasta yararına, onun iradesine uygun olarak bir sonuca yönelen, bir iş görülen ve risk üstlenilen" hukuksal bir ilişkidir. Risk alanlarının belirlenmesi ve varlığının kabulü ile sözleşme gücünü artırır. Bu bakımdan sağlık çalışanları da risk alanlarını dikkate almak zorundadır. (Bkz. pss; risk alanları)

Görülen iş nedir? Mesleği icraya yetkili bir kişi tarafından doğrudan ya da dolaylı tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen faaliyetleri ifade eden iş görme/tıbbi müdahale ise sağlık çalışanının özellikle sanatsal yönü ile ilgilidir. İşte bu sanatsal yön nasıl ele alınmalıdır.?



Hukukçular bu yön ile sağlık çalışanlarının ceza ve tazminat sorumluluğunu irdelerken neye dikkat etmelidir.?

Malpraktis (malpractice) olarak ele alınan kavram bu konuda yol göstericidir. Nedir malpraktis.?

Mizah yönü ile "tıp tepmesi" olarak ifade edilebilen bu kavram , 1992 yılında Dünya Tabipleri Birliğinin bir bildirgesi ile tanımlanmıştır. Tıbbi yanlış uygulama olarak ifade edilen malpraktiste; hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarardır.

Standart uygulamalar nelerdir?

1. Anamnez (şikayet- sağlık öyküsü) alma,
2. Muayene yapma,
3. Tanı metodlarını kullanma,
4. Yorum yapma, (Bilgilendirme)
5. Aydınlatılmış Onam alma,
6. Müdahaler yapma,
7. İstenmeyen komplikasyonları bilme,
8. Beklenmeyen komplikasyonları bilme,
9. Bakım yapma,
10. Takip/kontrol yapma,

Beceri eksikliliği yada tıbbi müdahale yanlışlığı ise kişisel, bireysel yanlışlıktır.

Hastaya tedavi vermemede de, hekimin el atma veya el atmama sorumluluğu irdelenmelidir.

İşte asıl konumuz budur., Bu irdeleme nasıl yapılacaktır.!, Kim yapacaktır.!

TMK 1. maddesi bu konuda yol göstericidir. **"Kanun, özüyle ve sözüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim örf ve adetlere göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsa nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.Hakim karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır."**



Yargı kararlarını etkileyen bu bilimsel görüşleri kim verecektir.?

Mesleki bilirkişiler, tıp sanatını uygulayan herkes, resmi bilirkişiler, adli tıp kurumu, yüksek sağlık şurası, üniversiteler, bilimsel dernekler, yine hekimlerden oluşan ve konusunda uzman kişilerin vereceği bilgiye dayalı gerekçelerdir. ☺☺☺

İşte sevgili Hakan Hakari'nin www.ları oldumu size www.sonundayinebizegeleceklerhukuku.com ☺☺☺

Bilimsel görüşleri veren bilirkişilerin raporlarında dikkat edeceği hususlar hasta hekim ilişkisinin varlığı tespit etmektir



Hadi sizler bilirkişi olun ve bilin bakalım, tahmin edin hangisi dişi.☺☺☺

Eğer yaşamında eşiniz, sevgiliniz çok konuşuyorsa konuşan dişidir. Eğer siz çok zampara iseniz susan dişidir. Konuşan sizsiniz.

Mesleğini bir ömür boyu bütün ilklerine bağlı kalarak yapan ak saçlı hekime sormuşlar, başarınızı neye borçlusunuz.

İki kelime demiş "Doğru Kararlar."

O kararları nasıl alabildiniz demişler. Tek kelime " Tecrübe",

Tecrübenin sırrını söylermisiniz demişler; "Yanlış Kararlar" demiş.

Yaşamımızda fikrimiz ne ise zikrimiz odur, ne yazıkki, hayata hep kendi penceremizden bakarız.

İşte bu bağlamda bilirkişinin sorumluluğu çok önemlidir. Sağlık çalışanı ile hasta arasındaki ilişkinin varlığını tespit etmektir. Sağlık çalışanı ile hasta arasındaki ilişki beşeri ve insani yön ile çok özeldir. Her iki tarafında yerine getirmek zorunda olduğu ve kişiliklerini belirleyen özel bir ilişkidir. Vekalet sözleşmesinin hukuksal ve tıbbi nitelikleri bu özelliği ortaya koymaya yeterlidir.

Vekalet sözleşmesi, öncelikle hukuksal niteliği ile sağlık çalışanı ile toplum arasındaki kuralları ortaya koyar.

Vekalet Sözleşmesinin Hukuksal Nitelikleri

1.İş görme (hizmet) unsuru

2.İşin, vekil edenin (hastanın) yararına ve isteğine uygun yapılması

3.Sonucun elde edilememe rizikosunun bulunmaması

4.İşin süreye bağlı olmaması

5.Ücretin zorunlu koşul olmaması

6.Tarafların sözleşmeden vazgeçmeleri

7.Nisbi bağımlılık

Buna göre öncelikle iş görme olarak ele alınan hekimin edimi bir borç olduğu bilindiğinde bu unsuru, borçlar kanunun 386/1. maddesi ile açıklayabiliriz.

İş görme (hizmet) unsuru;

Hekim sözleşme uyarınca kendisine yükletilen işin yürütülmesini, veya üzerine aldığı işin yerine getirilmesini borçlanır.

Böylece, hekimin hastasına karşı vermeleri gereken sağaltıcı hekimlik hizmetini yerine getirmek yazılı bir borçtur.

Hasta ile hekimler arası ilişkiler bu edime bağlı borç ilişkisidir. Burada "Borç" kelimesini dar anlamını ele almak gerekir.

Hukukçu Mustafa Reşit KARAHASAN, "Sorumluluk Hukuku, Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk" kitabında borcu şöyle tarif eder. "Yanlardan salt birinin, ötekine karşı yerine getirmekle yükümlü olduğu bir tek edim." Edim'in hukuksal tanımı ise; "Alacaklının borç ilişkisi gereğince istemek hakkına sahip olduğu, borçlunun da yerine getirmekle yükümlü olduğu davranıştır."

Hekimlerin borç ile ilgili bilmeleri gerekenler ise şunlardır.

1. **Borçluya karşı ileri sürülebilen, kişisel hak niteliğinde bir alacak hakkıdır.**
2. **Alacakla, onu isteyebilme eş anlamlı değildir.**
3. **Borç ilişkisinin kaynağı; sözleşme, haksız eylem ve nedensiz zenginleşmedir.**
4. **Borç ilişkisinin temellerinden biri sorumluluktur.**

Görüldüğü gibi herşeyin sonunda sorumluluk karşımıza çıkıyor. Peki hekimler sorumluluklarını nerede arıyorlar dersiniz.

Öncelikle aradıkları yer. Vicdanlarıdır.

Tüm dava dosyalarında olayı anlatır anlatırlar ve sonunda "valla hakim bey benim vicdanım rahat" derler. Şimdi ise mesleki sorumluluk sigortasında aramakta ve sigorta şirketlerinin içinde ne yazdıklarına bakmadıkları, hangi riskleri ne şekilde sigorta ettiklerini bilmedikleri poliçeleri almaktadırlar.

" Hekimlik uygulaması bir sanattır, memuriyet görevinden sayılmaz.!" Bu cümle yargıtay kararıdır. Bu cümleden yola çıkıldığında gerçekten sağlık çalışanı ile ilgili yasa yapmak zordur. En eski zamanlarda bile hekimlik uygulamaları disipline edilmeye çalışılmış, yasalarla haklar korunmuştur. Hammurabi yasaları olarak bilinen eski tarih yasalarında bile sağlık ile ilgili maddeler vardır.

218. maddesi şöyledir. "Bir cerrah bronz bıçağı ile özgür adama derin bir kesi yapar ve ölümüne neden olursa ya da bir gözünü kör ederse cerrahın sağ eli kesilecektir." Yani kısasa kısas olan bu hükümleri bugün uygulayabilmek mümkün müdür. Düşünsenize hekim ürolog ise yandı.

Günümüzde artık kaynaklarına göre sorumluluk vsrdır. Bunlar;

1. Sözleşmeden doğan sorumluluk
2. Haksız eylem
3. Nedensiz zenginleşmedir.

Hakların yarışması olarak ele alınan bu unsurlar bilirkişinin dikkate alacağı ikinci iştir.

İşin, vekil edenin (hastanın) yararına ve isteğine uygun yapılması;

Hekimler, mesleki bilgi ve tecrübeleri gereği önce hasta yararına sonra hasta isteğine uygun davranırlar.

Örneğin, Bacağı kırılan bir hasta yararı için tedavi hem medikal (alçı) hem de cerrahi (internal fiksatörle osteosentez) ise, hasta bunlardan birini seçerek iradesini göstermelidir.

Bu uygun yapılmaması hukukta vekaletin kötüye kullanılması anlamına gelirken, yine yargıtay içtihatlarına göre hekimlik uygulamasında bu vekaletin kötüye kullanılmaması değil, uygun yapılmaması olarak ele alınmalı denir. Burada kast en önemli unsurdur. Vekil bilmeden ve gerekli özeni göstermeden zarar meydana getirmiş ise vekalet görevinin kötüye kullanılması değil yerine getirilmemesi söz konusudur. Vekil edenin zarar görmesi bir diğer husustur. Maddi veya manevi zarar ele alınır. Üçüncüsü ise vekil ile sözleşme yapan kişinin durumudur. Vekil ile sözleşme yapan kişinin vekalet görevinin kötüye kullanıldığını bilmesi veya bilmemesi ile işbirliğinde olmasıdır.

Sonucun elde edilememe rizikosunun bulunmaması

Hekimler içinde doğal ve güçlü güvence olan sorumluluk kurallarına dayalı vekalet sözleşmesinin hekim yararına en önemli unsurudur.

Hekimler sanat icra ederken birçok sağlık riski ile karşı karşıyadırlar.

Hastalarına veya hastalığa bağlı istenmeyen ve beklenmeyen bir çok komplikasyon ortaya çıkabilir. Bunu hastalarına anlatan ve tüm işlemlerde aydınlatılmış onam alan bir hekim için ortaya çıkan tüm komplikasyonlarda, haksız eylemin varlığı dışındaki özen eksikliğinde kusur ortadan kalkabilmektedir.

İş görmeden doğan sonuç ve bunun tehlikesi (rizikosu) hekime değil hastaya ait olur. Vekalet sözleşmesinin bu özelliği, hüküm ve sonuçları, istisna ve hizmet sözleşmelerinden farkı göz önüne alındığında bu unsur öğretide ortaklaşa kabul edilir.

Vekalet sözleşmesinin ayrıca tıbbi mesleki etik değerlere göre öğeleri vardır.

Bunlar;

Vekalet Sözleşmesinin Tıbbi Öğeleri

1.Özen yükümlülüğü

2.Hastanın kabul edilmesi

3.Tanı yükümlülüğü

4.Hastanın aydınlatılması

5.Tedavi yöntem ve usulünde yükümlülük

6.Tedavi süresince kontrollerde yükümlülük

7.Hekimin kendini geliştirmesi, yardımcılarını aydınlatma yükümlülüğü

8.Meslek sırrı

olarak ifade edilebilmektedir.

Özen Yükümlülüğü; Meslek sanatının icrasında her zaman öne çıkan bir unsurdur.

Bu öğenin iyi ifadesi için yine Borçlar Kanunun 390. maddesinden yararlanabiliriz. Buna göre; Sadakat ve Özen Borcu, sonuca mutlak ulaşmak (iyileştirmek) değil, sonucun başarılı olması için her türlü gayreti ve çabayı göstermektir.

Örneğin; bir hastanın ameliyat sonrası sadece pansumanlarını yapılması, ziyaret edilmesi özen için yeterli olmayıp, istenmeyen ve beklenmeyen komplikasyonlara karşı gerekli incelemelerin ve tetkiklerin yapılmış olması bu borcun yerine getirilip getirilmediğini gösterir.

Hastanın kabul edilmesi; Vekalet sözleşmesi iradelerin birleşmesi ile olur. Borçlar Kanununun 387. maddesi bu konuyu aydınlatmaya yeterlidir. "Vekil, verilen işi görme konusunda kamusal bir kimliğe sahip ise veya işin yapılması mesleği gereğindense ve bu gibi işleri kabul edeceğine değin duyuru yapmışsa, vekillik onu tarafından hemen reddedilmedikçe kabul edilmiş sayılır."

Hastanın Aydınlatılması; Vekil, sözleşme devam ettiği sürece uygun zamanlarda vekil edeni bilgilendirmelidir. Bilgilendirme karşılıklı irade içindir. Hesap verme borcu içindeki bilgi verme

bu bağlamda ele alınabilir.

Tüm bu özellikler dikkate alındığında; hekimlik mesleğinin icrasında beklenen davranışın Esası;

•Yasalara uygun,

•Yönetmeliklerde belirtilmiş şekilde,

•Meslek anlayışının gerektirdiği inisiyatifi kullanarak,

•Diğer hizmet birimlerince de aynı davranışları bekleyerek, ekip çalışması halinde yapmaya dayanır.

Bu bağlamda, hekimlerin çalışma alanı içinde bulunduğu sağlık kuruluşunun iyi yönetimi, kullandığı teknolojinin kalibrasyonu, *hekim – hasta – sağlık kuruluşu* üçgenini yaratmaktadır

Hekim – hasta ilişkisinin üstün niteliği sonucu sağlık kuruluşunun kusursuz sorumluluğu gündeme gelmekte, bu sorumluluğun da hukuki yorum içinde irdelenmesi, sağlık mevzuatımızdaki hükümler ile mümkün olamamaktadır.

Anayasamızın temel bir kuralı vardır ki;

"Her Türk vatandaşının bu anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşitlik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak milli kültür, medeniyet ve hukuk düzeni içinde **onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını** bu yönden **geliştirme** hak ve yetkisine doğuştan sahiptir." denir.

Bu anayasal madde hekimler için daha önemlidir. Hekimler onurlu bir meslek icra etmek için gerekli temel iç güdüyü anayasanın bu maddesinden alırlar.

Sağlık hizmetlerinden doğan haklar, hizmetin esası, ana öğesi ile ilgilidir.

Sağlık hakkı; sağlık personelinin sorumluluğunda verilmesi gereken haklar kapsamındadır.

bu nedenle de; sağlık hakkından yararlanma, yararlandırma ile birlikte düşünülmelidir.

Kimi zaman haklar, yitirilen değerler sonrası anlaşılmaktadır:

Sonuçta, Sağlık hukukunda son söz şu olmalı herhalde **"İhkakı haktan istinkaf olmaz.!" Yani**

"hakkın yerine getirilmesinden kaçınamazsınız.!"

Hepinizi saygıyla selamlıyorum. Teşekkür ederim sayın başkan.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER -Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Teşekkür ederiz. Şimdi sözü "Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası" konusunda sunumunu yapmak üzere Yüksek Sağlık Şurası Onursal Üyesi Profesör Doktor Ahmet Nezih Kök'e veriyorum.

Tıbbi Kötü Uygulama ve Yüksek Sağlık Şurası

PROF. DR. AHMET NEZİH KÖK

Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

PROF. DR. AHMET NEZİH KÖK -Erzican Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı- Sayın Başkan, Sayın Değerli Konuklar hepinizi öncelikle saygıyla selamlıyorum. Ben bugün sizlere Tıbbi Kötü Uygulama Kavramından ve Yüksek Sağlık Şurası'ndan bahsedeceğim. Şu anda Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığını yürütüyorum, aynı zamanda da Yüksek Sağlık Şurasının beş dönem üyeliğini yapmış olmam nedeniyle Yüksek Sağlık Şurası'nın Onursal Üyesiyim. Meseleye dün hukukçular kendi açılarından baktılar. Nezih Varol Hocam da meseleye hekim açısından baktı. Ben ise şimdi meseleye, her iki disiplinin de eğitimini almış biri olarak aynı kafada iki farklı bakış açısı ile hem hukukçu hem de tıpçı olarak bakacağım. Gerçekten sadece hekim bakışı ile bakarsanız bazı şeyleri göremiyorsunuz, aynen sadece hukukçu olarak baktığınız gibi. O nedenle tıp uygulaması ile olarak ortaya çıkmış bir olayda her farklı meslek grubunun bakışını etraflıca değerlendirerek ön yargısız olarak gerçekte, doğruda, iyide, güzelde birleşilmesi gerekir. Aynen savunmadaki, aynen iddia makamındaki gibi, aynen yargılama makamındaki çabalarda olduğu gibi.

Amaç, sadece hekim uygulamalarının sorgulanarak cezalandırılması olarak tespit edilecek olursa yarın, çocuklarımıza üniversite sınavlarında tercih yaparken tıp fakültelerinin üzerini hemencecik kapatmak gerecek. Yarın, bir gün bu olay diş hekimlerine yönelecek, yarın bir gün bu olay eczacılara yönelecek ve sonuçta da Türkiye'de sağlık hizmetlerini verebilecek kaliteli insanları bulmakta gerçekten, güçlük çekeceğiz. Onun için bir noktaya eğer farklı açılardan bakıyorsak, önyargısız olarak gerçeğe ulaşmak için bakmamız lazım. Hiçbir meslek grubu günün şartları bahane edilerek, bir şamar oğlanı haline getirilmemelidir. Ünlü sosyolog Emilie Durkheim, "organik dayanışmayı" açıklarken "her toplumda, farklı fonksiyonların ve farklı ihtiyaçların varlığı diğer insanlara olan gereksinimini artırır" demiştir. Gelişmiş toplumlarda insanların diğer insanlara bağımlılığı söz konusudur. O nedenle hepimizin birbirimize ihtiyacı vardır. Eğer birilerini, bir meslek grubunu, bir düşünceyi ortadan kaldıracak olursak diğerlerinin de çok fazla bir anlamı kalmaz, hasta varsa hekim de mutlaka olmalıdır.

Şimdi bir, iki tane gazete kupürü göstereceğim. Yüksek tirajlı üç gazeteyi bir hafta süre ile takip edecek olursanız tıbbi malpraktisle ya da daha özel olarak hekim hatalarıyla ilgili, yargılanan hekimlerle ilgili, dövülen hekimlerle ilgili olarak iyi bir koleksiyon elde edebilirsiniz. Bunlardan birkaç tanesini gösterelim; özellikle ve öncelikle çuvaldızı hekimlere batırıyoruz. Evet, batında cerrahi malzeme unutulması, cerrah arkadaşlarımız bu meseleyi çok iyi biliyorlar, bu görüntü de bizim Adli Tıp ile ilgili bir durumumuz gazetelere yansıyan, babalık tayini ile ilgili bir olay. Burada son dönemlerde estetik amaçlı müdahalelerde ortaya çıkan, istenmeyen bir durum. Bir anestezi vakası. Bu gene bir laboratuar teşhis hatası. Ve en sonunda da bizim yöreden bir görüntü. Hemoroit ameliyatı sonrasında yakınlarının ölümüne neden olduğu iddiası ile linç edilmek istenen hekimi, öfkeli kalabalığın elinden polis panzerleri zor kurtarıyor. Yani hayatı kurtarmak için mesleğe atılmış hekim, kendi hayatını polis yardımıyla zor kurtarıyor.

Bunların ne kadarı doğru, ne kadarı gerçek, altında yatan sebepler ne, buz dağının altında neler var. Biz getirip de sağlık sistemimizin bütün sorunlarını hekimin hatasına odaklayacak olursak bu toplantılar daha çok yapılır. Hekimler duruşma salonlarına daha sık gitmek zorunda kalırlar. Yüksek Sağlık Şurası'nın dosya sayısı günden güne artar ve hiçbir çözüm de bulunmaz. Çünkü hekim ve hasta ilişkisi sadece hekimle hastanın arasında gelişen bir ilişki değildir. Hastanın hastalanmasında, hekimin hekim olmasında o ana kadar bu ikisinin buluşmasına kadar o kadar çok etken vardır ki, bu etkinlerin olayın neresinde yer aldığı, bu tıbbi kötü uygulama dediğimiz durumun meydana çıkmasında ne kadar etkili olduğunu açıklamamız lazım. Bugün Sağlık Bakanlığından yetkili arkadaşlarımız var mı bilmiyorum ama dün burada sunumlarını yapıp gittiler mesela, keşke kendilerinin haricindeki diğer kişileri de dinleseler. Önemli olan verileri elde etmektir, verileri elde ettikten sonra o verilerin bir anlamının olduğunu anlamak lazım. O verileri anladığınız taktirde o verilerin ortaya döktüğü kötü sonuçları da ortadan silebilirsiniz. Önce farklı grupların, farklı bakış açılarının birbirlerini dinlemesi ve ne diyor demeleri gerekir. Bu sorunun çözümlenmesinde çok önemlidir.

Şimdi baktığımızda, insanla uğraşan iki teorik bilim dalı, iki uygulama alanı var. Tıp ve hukuk. İlk insanla birlikte var olan etkinlik alanları. İlk insanla birlikte sağlık problemleri, ilk insanla birlikte hukuk problemleri var. Bakıyorsunuz, dünya dört kişilik, Kabil Habil'i öldürüyor. Bakıyorsunuz, ilk insanla birlikte bir yargı durumu oluşuyor, bir hesaplaşma durumu oluşuyor, bir hak durumu oluşuyor, bu çok önemli. Ve hepimiz gibi kendimiz aynı zamanda kendimizin hekimiyiz. Diğer yandan kendimiz kendimizin hakimiyiz. Geceleyin yattığımızda veya yalnız kaldığımızda kendimizi vicdanen sorgulamamız bizim hakim yönümüzü gösteriyor. Veya bir yerimiz ağrıdığında o ağrıyan yerin ağrısını gidermek için

yaptığımız çabamız, kendimizin hekimlik yönüdür. Aslında insanın kendisinde hem hakimlik hem hekimlik vardır. Zaten ikisi de "hüküm etmekten" gelir, ikisi de hüküm etme anlamını taşır. O nedenle yaptıkları iş aslında ortak işlerdir ve ikisinin de amacı var olan bir düzeni, devam ettirmektir. İnsan bedenindeki sağlığı devam ettirmek için tıp mesleği doğmuştur. Bu, sağlık denilen en büyük kıymetli varlığımız tabi ki, bizim yaşamımızın en önemli parçasıdır. O nedenle yaşama hakkı ve sağlık hakkı olarak nitelendirdiğimiz bu davranış modeli ki, bunun etkinlik alanı tıp, her zaman önemli olmuştur insanlar için. Diğer yandan da birey olarak dünyada varolan insan, her zaman için bir toplumun üyesi olmuştur. Dünyaya gelişimizle birlikte ailemizle başlarız, okul çağı dönemimiz, evlilik hayatımız, meslek hayatımız. Her zaman adı farklı bir toplumun içerisindeyizdir. Aristo'nun dediği gibi "sosyal bir varlığız". Ama bu sosyal varlığın, deminde söylediğimiz gibi Emilie Durkheim'in söylediği o organik dayanışmanın sağlanması, toplumdaki herkesin fonksiyonunu yerine getirebilmesi için kendi üzerine düşeni yapması gereklidir. Aksi taktirde bu dayanışma bozulacak olursa toplumda düzen bozulur. İşte, her toplumda düzeni sağlayan kurallar vardır, "din kuralları, ahlâk kuralları, görgü kuralları" gibi. Ancak, adı geçen bu kuralların tek başlarına bir toplumu aynı bakış açısı içerisine sokabilmeleri mümkün değildir. O zaman bize daha zorlayıcı, daha herkesi kucaklayıcı toplumda düzeni sağlayan bir kurallar dizisi lazım. İşte o kurallar dizisinin adı "hukuk" tur. Hukuk kurallarının en önemli özelliği belki de beşeri iradeye dayanması ve bu nedenle değiştirilebilir nitelikte olmasıdır. İşte bu toplantıların amacı da bu özelliğin amacına hizmet etmelidir. Yetkili mercii tarafından bir kural konulmuştur, dünde tartışıyoruz mesela, diyoruz ki, iddianamenin iadesi sistemi getirilmiş, niye getirildi bu, ihtiyaçtan getirildi. Uygulamada bakıyoruz ki getirilen bu sistemin de aksayan yanları var bunu da değiştirebilirsin. Ama bizim görevimiz, buradaki akademik insanların görevleri bu kuralları getirip de kanunlardan okumak değil, kanun konulduysa zaten buna uyacağız, mecbur uyacağız ama kanunların nerelerde aksadığını tartışmamız lazım bizim. Nerede aksıyor? Bu aksaklıkları nasıl giderebiliriz? Bilinçli taksir, olası kast, bunlar hekimlik uygulamalarında nerelerde aksıyor? Yüksek Sağlık Şurası'nın, Adli Tıp Kurumunun aksadığı yerler neresi? Yoksa aksi taktirde burada herkes kanunu birbirinden daha iyi biliyor ama önemli olan burada çözüme yönelik fikir üretebilmektir.

Hukuk kuralını uygulayacak hakimin her konuda bilgisinin yeterli olması beklenemez. Bu nedenle hukuki bilgilerle çözemediği özel bilgi gerektiren hususlarda hakim, bilen bir kişiye danışacaktır. Hakimin kendi hukuki bilgileriyle çözümleyemediği konuların başında yaşam hakkı onun en önemli bileşeni sağlık hakkı gelir. Bu konularda hakimin bir kimsenin niye öldüğünü, ölümün meydana gelmesinde tıbbi hatanın varlığını tespit etmesi gibi soruları cevaplayabilmesi mümkün değildir. İşte hakim ile hekimin kesiştiği nokta burasıdır.

Suçluların ortaya çıkarılması, suçlulara ait delillerin elde edilmesidir. Ancak öyle bir ironi ki hekimin mesleki hatasının ortaya konularak suçlu olup olmadığının tespitinde yargı, gene hekimlerin bilgisine başvurmaktadır.

Hekim hataları sonucu insan yaşamını ve onun en önemli bileşeni olan vücut bütünlüğünü ilgilendiren zarar, insanın dünyaya doğmasıyla birlikte kazandığı haklarına aykırılık teşkil eder. Uzun bir sürecin sonunda herkesin olduğu gibi hekimlerin de en üst seviyede saygı göstermeleri gereken yaşam ve sağlık hakkı sadece bir temenni olarak kalmamış İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi gibi uluslar arası hukuki metinlere de girmiştir. Anayasamızın 17. maddesi de bu konunun ulusal hukukumuz açısından en önemli düzenlemesidir.

Son olarak da 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 1. maddesi "Ceza Kanununun amacı kişi ve hak özgürlüklerini korumak" gibi bir düzenleme getirmiştir. İşte bu kişi hak ve özgürlükleri içerisinde "yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı" ilkesi en önemli yeri işgal eder. Daha somut bir düzenleme olarak 1998 yılında yürürlüğe giren Hasta Hakları Yönetmeliği hasta haklarını, "temel insan haklarının sağlık hizmetleri sahasındaki bir yansıması"olarak nitelendirmektedir.

Hekimlerimizin yapmış olduğu mesleği, insan hakları kavramı bağlamında yapılan bir meslek olarak algılamaları lazım. Yani hekimlik sadece hastayı muayene ettim, reçete yazdım, iyileşirse, iyi oldu, iyileşmezse komplikasyon oldu mantığı ile yapılabilecek bir meslek olmaktan çıkmıştır. Ve hekimlere nasıl yansımıştır insan hakların gelişim süreci? Hipokrat'tan bu yana bir paternalist yaklaşımla sürdürülen hekimlik mesleği yaşanılan gelişmelerle bu yaklaşımı terk etmek zorunda kalmıştır. Artık hekim "baba" değildir yani hekim her türlü kararı veremez, verdiği her türlü karar hastanın yararına değildir, hasta hekimin verdiği her karara uymak zorunda değildir. İnsan hakları kavramının gelişim süreci "özerkliğe saygı" ilkesinin doğumuna neden olmuştur. Özerkliğe saygı ilkesi gereği insan özerk birey olarak kendisiyle ilgili kararları kendisi alır. Bu aldığı kararlara da başkalarının saygı göstermesini talep etme hakkı vardır. Hasta özerk birey olarak alacağı karara esas teşkil edecek temel bilgileri hekimden almak zorundadır. Bu ise uygulamada kendisini "aydınlatılmış rıza" olarak göstermektedir. Bu nedenle artık hekim hastaya "bu senin yararına diyerekten" hiçbir şey yapamaz. Hastaya yapılacak her müdahalede mutlaka hastanın rızasının alınması gerekecektir.

Bu gelişim süreci doğal olarak hekimin görev anlayışında çok büyük bir farklılığa neden olmuştur. Hekimlik yapmak bir ayrıcalıktır, yasal bir ayrıcalıktır, bilimsel bir ayrıcalıktır ve bu ayrıcalığın getirdiği tabii ki, bazı haklar vardır. Ve bu hakların getirdiği yetkileri kullanır hekim ve bu yetkileri sınırlar içerisin-

de kullanılmaması, zamanında kullanılmaması ya da sınırların aşılması nedeniyle de hekimin sorumluluğu vardır. Türk Tabipler Birliği'nin yaptığı tanıma göre; hekimin (sağlık personelinin) bilgisizliği, deneyimsizliği ya da ilgisizliği nedeniyle hastanın zarar görmesine hekimliğin kötü uygulanması (malpraktis) denir.

Ancak; buradaki bilgisizlik sadece hekimin değildir, deneyimsizlik de sadece hekimin değildir, olabilir, deneyim sahibi olmamıştır, bilgi sahibi olmamıştır. Tıp fakültelerinin eğitim sistemi iyi değildir, uzmanlık eğitimi iyi değildir, tolere edilebilir ama burada ilgisizlik var ki, hekimlik mesleğiyle asla bağdaşmaz. Bir hekimin ilgisiz olması mümkün değildir. Hep söylüyoruz, vekalet sözleşmesi derken, vekalet sözleşmesi olmadan önce de böyleydi, Hipokrat zamanında da öyleydi. Hekim, hastasına gerekli özeni en üst düzeyde göstermek zorundadır. Eğer bundan imtina ediyorsa bunun gerekçesi olamaz. Bu ilginin mutlaka gösterilmesi gerekecektir. O nedenle hekimliğin kötü uygulanmasında, aslında üzerinde durulması gereken şey, bu tedavi edilemeyecekmiş gibi görülen ilgisizliğin nedenlerinin ortaya konmasıdır. Gene söylüyoruz, bilinen bir bilgi, mevcut yasalarımıza göre hekim sorumluluğunu, hekime yönelik özellikle ceza yargılaması açısından herhangi bir özel düzenleme yok ve bu nedenle de genel düzenlemelerle sorun çözülmeye çalışılmaktadır.

Şimdi, taksir, bilinçli taksir, olası kast gibi kavramlara hiç girmeyeceğiz. Ama taksirin içerisindeki şu kavram çok önemli; "dikkat ve özen yükümlülüğü". Bilirkişilik sisteminde aranılan hususlar bunlardır çünkü taksir kalıpları olarak nitelendireceğimiz kalıplardır. Hekim, dikkatli olacak, dikkat yükümlülüğünü yerine getirecek. İkincisi de hekim, hastasına üst düzeyde özenli davranacak, mesleğinin gereklerini yerine getirirken özeni asla bırakmayacak. Bu ikisi bizim için önemli. Bunların oluş şekli itibariyle bilinçli taksir ya da taksir oluşması tabii ki, hukukçuların işi. Bizim yapacağımız şey yalnız, hem bilirkişi olarak hem de hekim olarak uygulamalarda ve bilirkişilik işlemlerinde dikkat ve özen yükümlülüğünden asla ayrılmayacağız. Taksir kalıplarımız azaldı gibi görünüyor ama eskiden mesela "meslekte acemilik" vardı. Meslekte acemilik de aslında özen yükümlülüğünün bir parçası. Eğer hekim mesleğine ve hastasına özen gösteriyorsa tıbbın gelişmelerini yakinen takip etmeli ve o bilgilerle donanmalı ve bunları da hastalarına uygulamalıdır.

Tıbbi kötü uygulamada hekimlerin hem aktif olarak icrâi faaliyetlerinden dolayı hem de ihmali faaliyetlerinden dolayı sorumlulukları ortaya çıkabilir. Ve bu uygulamada hem tanıya yönelik hem de tedaviye yönelik olmak üzere sıkıntılar olarak karşımıza çıkar. Şimdi, baktığımızda hekimliğin kendine has binlerce yıldır uyguladığı bir metodolojisi var. Gelen hastadan muayene bulguları olmadan laboratuar tetkiki istenmez. Hastanın hekime başvurusunu gerektiren bir ihtiyacı vardır, bir sıkıntısı vardır, buna "şikayet" diyoruz, bu şikayetle ge-

lir hasta ve hastanın bu şikayetlerinin oluş şekli, izah tarzı tanıya ve tedaviye çok önemli katkıda bulunur. İşte, hekimlik mesleğinin birinci basamağı budur, hastayı dinlemektir. Hastayı dinledikten sonra muayenenizi yaparsınız amaca yönelik olmak üzere. Göz hekimiyseniz gözlerini muayene edersiniz, kulaksa kulağı, genel cerrahsanız bedene yönelik. Bunların neticesinde bir "ön tanı" koyarsınız. Bu şikayetlere ve muayene bulgularına dayanarak amaca yönelik laboratuar istersiniz. Daha sonra bu laboratuar bulgularını aldıktan sonra geriye dönük olarak anamnez ve muayene bulgularınızı tekrar gözden geçirir tanınızı kesinleştirirsiniz ve ondan sonra tedavi edersiniz. Şimdi bu metodolojik gözlem içerisinde işte, her aşamada hekimin sorumluluğu vardır. Hekim, hastanın şikayetlerini dinlediği andan itibaren en az özen yükümlülüğü gereği öğrenmiş olduğu bilgileri meslek sırrı olarak kabul etmesi gerekecektir. Bu nedenle de gerekmedikçe bu bilgileri ifşâ edemez, açıklayamaz. Hekim hasta ile ilişkisinin her aşamasında yapacağı her türlü hareketi hem etik kurallara hem de hukuk kurallarına uygun yerine getirme hususunda özen göstermelidir. Aksi taktirde sorumluluğu doğacaktır.

Hekimin mesleki uygulamasını yaparken davranışlarının dikkat ve özen hükümlülüğüne uygun olup olmadığını belirlemek en önemli meseledir. O nedenle hekimlerimizin metodolojik aşamalarda yapmış olduğu eylemlerinde herhangi bir eksikliğinin olup olmadığının tespit edebilmemiz için "ideal davranışı" bilmemiz lazım. İdeal davranış nedir? Somut olayda hekim ideal davranıştan ne kadar uzaklaşmıştır? O nedenle kusuru belirlerken bu ideal davranışın ne olduğunu öncelikle bilirkişinin kendi kafasında oluşturması lazım ve bu ideal davranışı oluştururken de tabii ki, ülkemizin gerçeklerini de elden bırakmamak gerekir.

Şimdi bilirkişi değerlendirmesinde öncelikle hekimin deontolojik ve etik ilkelere yaklaşımı çok önemlidir. Hekimliği sadece hukukun içerisine atamazsınız. Atarsanız 280. maddeyi sorgularsınız, genital muayeneyi sorgularsınız, beden muayenesini sorgularsınız. Diyor ki, beden muayenesinde şüpheli veya sanıktan delil elde edeceksiniz, bunun için muayene yapacaksınız, eğer izin vermezse ne yapacaksınız gerekli tedbirleri Cumhuriyet Savcısı alır, Cumhuriyet Savcısı ne tedbiri alacak? Kolunu mu tutacak? Hekimi bunun içerisine çekebilir misiniz? Bu bir tıbbi müdahale midir? Diyorlar ki, siz orada bilirkişisiniz, hekim değilsiniz, böyle bir şey olmaz. Hekim akademik ünvanı ne olursa olsun öncelikle hekimdir. Araştırılması gereken diğer bir husus, "tanı kriterlerine uygunluk", neye göre yapacaksınız? Şimdi dün Sedat Hocam Adli Tıp ile ilgili kararları okudu, benim sunumumda yoktu, ben de bugün gittim notlarıma baktım, Yüksek Sağlık Şurası, her zaman Yüksek Sağlık Şurası Üyesi olmaktan gurur duymuşumdur ama bazı şeyleri de görmek lazım. Ben de bugün Yüksek Sağlık Şurası ile ilgili bazı, bir, iki Yargıtay Kararı çıkarttım şimdi. Neye göre tanı kriterini, tedavi kri-

terini uzmanlık dernekleri ne yaparlar? Gelen bir hastaya, baş ağrısıyla gelen bir hastaya nasıl yaklaşacak bu hekim? İdeal davranışın ne olduğunu bilmiyoruz. İdeal davranışın ne olduğunu bilmeyince de bilirkişilik sisteminde herkes, bildiğine göre bilirkişilik yapıyor. Bir bakıyorsunuz bir bilirkişi kusurlu diyor, öbür taraf kusursuz diyor. Olur mu böyle şey? İşte bunları halletmemiz lazım. Eğer "ideal davranış nedir" diye sorduğumuzda ideal davranışı tanımlayamıyorsak sıkıntı var. Bunun için tanı kriterlerine uygunluk dediğimizde tanı kriterlerimiz ne? Bir el rehberimiz var mı? Yok diyorsak mutlaka onu tamamlayacağız.

Bir diğeri, "konsültasyon". Hekimlikte konsültasyon çok önemli. Organik dayanışmanın gereği bu işte, yani Durkheim'ın söylediği bu. Artık her insan her şey değil. Eskiden hekim dedin mi her şeyi yapıyordu. Ama, önce dahiliyeciler ve cerrahlar diye ayrıldı hekimler. Şimdi bakıyorsunuz, "ben sadece tiroit cerrahıyım, ben sadece pankreas cerrahıyım" diyor hekim. Çünkü; artan bilginin kullanılması uzmanlık istiyor. O zaman bu uzmanlık bilgilerini mutlaka hekimlikte uygulamamız lazım, bilgiye ulaşabilmemiz kolay ama o bilgiyi uygulayabilmemiz çok zor arkadaşlar. Onun için uzmanların uzmanlıklarından yararlanmamız lazım. Konsültasyon sistemini işletmedikleri için Şura'da kusurlu davranış verdiğimiz çok hekim arkadaşımız var.

Bir diğeri, "tedavi yöntemi". Şimdi, tedavi yöntemleri farklı, bu kadar kongreler yapılıyor, bir konu üzerinde ciltlerce kitaplar yazılıyor yani siz diyemezsiniz ki, "sen burada niye bu ameliyatı yaptın da bu ameliyatı yapmadın". Hem diyorsunuz ki, hasta karar verecek, hastaya soruyorsunuz, hasta neyi biliyor ki karar versin. Aydınlatacaksınız diyor, ya aydınlatmayla olmuyor bazen, anlamıyor, aydınlatacağız tabi, bu bizim görevimiz ama yarar, zarar, tercih, yöntem, ekol, usul bunlar tıpta çok önemli şeyler. Hekimlerin elini kolunu bağladığınız taktirde siz ilmin önünü kapatmış olursunuz. Yani bir kist çıkarılsın mı çıkarılmasın mı? Ne zaman ameliyat yapalım? Kaç yaşında yapalım? Hangi yöntemle yaklaşalım* Hangi anestezi yöntemini uygulayalım? Yani bunların hepsi, arkadaşlar, hekimliğe yönelik, hekimin sanatını, bilgisini uygulaması için gerekli şeyler. Yoksa sadece mahkemede, "aa, bu yanlıştır" deyip geçiştirmek mümkün değildir, her olgu ayrıdır. Nasıl ki bir avukat davayı çok haklı da görünse kazanıp kazanmayacağını bilmiyorsa hekimin de sonucu garanti edebilmesi mümkün değildir. İşte garanti edemediğiniz bir yerde siz nasıl bilinçli taksirden, olası kasttan bahsederiz.

Bir diğeri, "kabul edilebilir risk, komplikasyon" kavramı. Cerrahların çok güzel bir lafı vardır, bir cerrah söylüyor gene "eğer komplikasyon olmasaydı" diyor, "bütün cerrahlar kendisini Allah zannederdi" diyor. Gerçekten öyle, insanı öldürüyorsunuz, tekrar canlandırıyorsunuz, anestezi ve reanimasyonla yapılan budur. Komplikasyon megaloman duyguları önler. Çünkü; her şeyin iyi gittiği bir tıbbi müdahalede sonuç, hiç beklemediğiniz kadar kötü olabilir. "Ka-

bul edilebilir risk kavramını" hekimlikte çok iyi bilmemiz lazım. Bunu hakim arkadaşların da bilmesi lazım. Bunun yanı sıra komplikasyon oldu diye hekimleri de serbest bırakmıyoruz, Şura'da en çok araştırdığımız hususlar özellikle cerrahlar için, komplikasyonun sonucunda hekimin hastasını takibi yeterli mi? Komplikasyonu erken tespit edebildi mi? Gerekli müdahale zamanında yapıldı mı? Hususlarıdır. Yoksa komplikasyon oldu, "tamam, ne yaparsan yap" denmiyor Şura'da. Bu hususlarda hekimin davranışları tıbben hata taşımıyorsa hekim, özen yükümlülüğüne uymuş demektir.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER-Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Hocam süremizi fazlasıyla aştık, bir toparlayabilirseniz,

PROF. DR. AHMET NEZİH KÖK -Erzican Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı- Bir beş dakika verirseniz bitireceğim.

Ülkemizde bilirkişilik kurumlarının neler olduğunu biliyoruz, resmi bilirkişilik kurumuna karşıyım, neden karşıyım? Kendimle ilgili bir olay. Geçmiş tarihte, Erzurum'da, Tıp Fakültesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanıyım. Aynı zamanda da Adli Tıp Kurumu Adli Tıp Şube Müdürlüğü görevini yürütüyorum. Anabilim Dalında verdiğimiz üç imzalı rapor bir müddet sonra Şube'de tekrar bana gönderilmişti. Hakim beye niye böyle oluyor diye sorduğumuzda, "Hocam birde Adli Tıptan geçsin dedik" diyor. Bunu bir türlü anlamıyorum. Çünkü; bilirkişilikte önemli olan kurumun adı değildir. Bilirkişilikte önemli olan o bilirkişinin bilgisi, tecrübesi yani kalitesidir. Resmi bilirkişilik kurumu dediğinizde yargı uzuyor, niye yargı uzuyor? Çünkü; yargı mutlaka dosyayı her şeyi Adli Tıp'a gönderiyor. Ne oluyor o zaman? Adli Tıp'ta bütün dosyaları biriktiriyorsunuz. Türkiye'nin bütün dosyaları Adli Tıp'tan geçiyor. Öyle haliniz var, Adli Tıp Ana Bilim Dallarını kapatın. Hani yargıda hızlılık, ucuzluk esastı. Hani yargıda adaletin erken tecellisi esastı. Usul açısından da hiçbirisi yargılama usulüne uygun düşmüyor. Hem pahalı yapıyoruz yargılamayı hem yavaş yapıyoruz hem de yavaş olmasından dolayı da adaletimiz maalesef, gecikiyor. O nedenle bu resmi bilirkişilik kavramının kaldırılmasını Yüce Yargıtay'ın üyelerine de dile getirdik ama uygulama bu şekilde. Bu uygulama nedeni ile zaten kısıtlı olan adli tıp uzmanlarının hem de akademik seviyede önemli kısmından maalesef hizmet alınamamaktadır.

Şimdi her zaman söylüyoruz, bilirkişi görüşü yargıcı bağlamaz. Şimdi Türkiye'de bunu zamanın bakanları da söyledi, Adalet Bakanları da söyledi, bunu yargıyla uğraşan herkes biliyor ki, bilirkişilik kirlendi, nasıl kirlendi? Hukukçularımız bunu kolay yol bir olarak seçtiler. Kendi hukuki bilgileriyle bile karar verecekleri konularda bilirkişi görüşüne başvurmaya çalıştılar. Bunun haricinde kalitesiz ve yetersiz bilirkişilerle çalışıldı falan. Bu slaytı koymayacaktım ama Sayın Hocam burada, Sedat Hocam, dün Kurum ile ilgili bazı kararlar-

dan bahsetti. Kurum'da asla çalışmadım, Şura'nın Üyeliğini yaptım, bu slaytı şu amaçla koydum. İster Sağlık Şurası olsun, ister Adli Tıp Kurumu olsun, ister özel bilirkişilikler olsun, ne olursa olsun eğer hakimi tatmin etmeyen bir rapor varsa Yüce Yargı bu bilirkişi görüşüyle bağlı olamaz. Yani bu bilirkişilikle ilgili olarak her bilirkişinin veya resmi bilirkişi kurumunun Yargıtay'da bununla ilgili kararı vardır. Mesela, Yüce Yargıtay diyor ki, "Yüksek Sağlık Şurası'nca düzenlenen şu tarihli ve şu sayılı raporda akut dönemde anjiyoplasti yapan sanığın, doktoru kast ediyor, dikkatsiz ve tedbirsiz davrandığından dolayı kusurlu olup, oranın 4/8 olduğunun bildirildiği, itiraz üzerine dosyayı yeniden görüşen Yüksek Sağlık Şurasınca düzenlenen şu tarih ve şu sayılı raporda ise ölenin ölüm sebebinin akut myokart enfarktüsü olmadığı, yapılan tedavinin doğru olduğu ve sanığın kusurunun bulunmadığının bildirildiği, bu suretle yaklaşım ve sonuç itibariyle çelişki yaratıldığı nazara alınarak olayda sanığın kusurlu olup olmayacağı yönünden Adli Tıp Kurumundan mütalaa alınmadan karar oluşturulması bozmayı gerektirmiştir" diyor. Gene aynı şey, "aynı hususta tıbbi konularda Yüksek Sağlık Şurasından kusurlu olunup olmadığı yönünden rapor alınması gerekli ise de yasa hükmü, kusur oranları bakımından bu raporun bağlayıcılığı bulunmadığı gözetilmeden, nedenlerini de yeterince açıklamayan Yüksek Sağlık Şurası'nın sanıklara ayrı ayrı 3/8'er kusur izafi eden, hiçbir gerekçe gösterilmeden mücerret bir ifade ile 5/8 oranındaki kusuru da diğer faktörlere bağlayan raporundaki bu kusur oranlarına dayanılarak Adli Tıp Kurumu'ndan yeni bir rapor alınmadan, eksik soruşturmayla hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir." Yani demek istediğimiz şu; ister Yüksek Sağlık Şurası olsun, ister resmi olsun, ister sivil olsun, ister Adli Tıp Kurumu olsun eğer bilirkişilik raporu hakimi tatmin etmiyorsa bu kabul edilebilir bir rapor değildir, Yüce Yargı diğer bir bilirkişiye başvuracaktır.

Şimdi bu slayt, Yüksek Sağlık Şurası'nın vakalarla ilgili verileri, bakıyoruz, bu rakamlardan bizim bir şey çıkartmamız lazım; bu verilerden ben şunu çıkarıyorum; bizim tıp eğitimimiz iyi değil. Pratisyenlerimizi iyi yetiştiremiyoruz, tıp fakültelerinde iyi eğitim veremiyoruz. Uzmanlarımızın eğitimi iyi değil, ebe-hemşiremizin eğitimi iyi değil yani kısaca sağlık personelimizin eğitimi iyi değil. Bunun haricinde gene icapçı hekim kavramı nedir? Ebenin görev tanımı nedir? Özel sağlık kuruluşlarının denetimi nasıl yapılacak? Yani bu devlete de külfet getirecek, yarın tazmin yükümlülüğü açısından. Yarın-bir gün denetim görevini yerine getiremediği için devlet de bu sefer tazminat ödemeye mahkum olacaktır,

Adli hekimlik hizmetlerinin iyi işlemediğini anlıyoruz. Yüksek Sağlık Şurası'na benim bir çalışmam vardı, onları almadım, ölümde sağlık peroneli ile ilgili görüş isteniyor, ancak; cesede otopsi yapılmamış. Otopsi yapmadan ölüm sebebini kağıda bakarak söylemeniz çok zordur. Çünkü kağıtta bir şekilde dü-

zeltilebilir, bunları da görüyoruz. Otopsi olmadan ölüm sebebi hakkında, onun ölüm sebebinin ne olduğunu söyleyemezsiniz, histopatolojik inceleme yapmadan bir şey söyleyemezsiniz, toksikolojik inceleme yapmadan bir şey söyleyemezsiniz. Sağlık Bakanlığı var, tıp fakülteleri var, tabipler birliğimiz var, uzmanlık derneklerimiz var, bunların hepsiyle biz bir sağlık hizmeti veriyoruz. Zincir en zayıf halkası kadar güçlüdür, zayıf halka koptuğu zaman isterseniz öbür halkalar 10 tonluk, 20 tonluk güce dayansın, hiç önemli değil. O nedenle o buz dağının altını mutlaka görmemiz lazım. Sağlık hizmetlerini hekimin üstüne yıkamazsınız, bunu yargıyla çözemezsiniz, insan öldükten sonra ne kadar tazminat verirseniz verin "benim ölen yavrumun acısını dindiremezsiniz". O nedenle mesele, tazminat almak vermek değil veya bir hekimi bilinçli taksirle hapse atmak değil. Önemli olan "üzüm yemek". O zaman problemi çözerken Sağlık Bakanlığı kendisine düşen bütçeden ayrılan payı çok akılcı ve rasyonel kullanacak. Eğer akıllı kullanmayacak olursa bu sıkıntı yaratır. Türkiye'nin en büyük meselesi, aşırı nüfus artışıdır. Siz her yere tıp fakültesi açaraktan, her yere hastane açaraktan bu sağlık hizmetlerini düzeltemezsiniz. Türkiye'nin hekim ihtiyacını karşılayarak, Türkiye'nin isterseniz şu anda 105.000 olan hekim sayısını 200.000'e çıkarın, bu şekilde nüfus artacak olursa hiç kimseye sağlık hizmeti götüremezsiniz. Dünyanın, Avrupa'nın en hızlı çoğalan ülkesiyiz, % 1.6 nüfus artış hızımız var, eğer biz bu nüfus artış hızımızı azaltamayacak olursak ne hekim buluruz, ne sağlık ocağı buluruz, ne su buluruz, ne eğitim buluruz.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER-Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Sayın Kök, toparlarsanız,

PROF. DR. AHMET NEZİH KÖK -Erzican Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı- O zaman ne yapacağız? O zaman mesela, "performans" denilen uygulamayı da kaldıracağız, hem diyoruz ki hekim başına düşen hasta sayısını azaltacağız, hekimlerimiz az hasta bakacaklar, daha çok ilgi gösterecekler, Dünya Sağlık Örgütünün 20 dakikalık en az hastaya ayrılan zamanını vereceğiz diyoruz hem de diyoruz ki, "daha çok hasta bak da, daha çok para al diyoruz". Onun için Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliğinin 13. maddesi çok önemli. Sağlık hizmetleri arkadaşlar, bir ekip çalışmasıdır, ekip ne kadar güçlüyse o kadar güçlüyüzdür. Hepinizi saygıyla selamlıyorum.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER-Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Teşekkür ediyoruz.

Şimdi sizlerden gelen soruları cevaplandırmak üzere önce Varol Bey'e sözü veriyoruz.

YRD. DOÇ. DR. NEZİH VAROL -Marmara Üniversitesi Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Esat Bey'in bir sorusu var, Esat Eryılmaz, gerçi her iki Konuşmacıya da demiş ama Ahmet Nezih Hocam izin verirse, biraz da politik yaklaşayım soruya; "gerek tıbbi pratik, gerek hukuk sistemi açısından önemli

olan, en son tıbbi bilgileri uygulamak olduğuna göre Tanı ve Tedavi Kılavuzlarının kullanımı açısından Türk Tababetini nasıl değerlendiriyorsunuz?". Şimdi kayıta alındığı için bu konuda bir şey söylediğimiz zaman zaten Sağlık Bakanlığı ile aramız iyi değil, daha kötü oluruz. Onun için politik bir cevap verelim "Beni Türk Hekimlerine Emanet Edeniz".

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER-Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Hocam, sizde sorunuzu söyler misiniz?

PROF. DR. AHMET NEZİH KÖK -Erzican Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı- Bana da Avukat Zübeyde Kamalak Hanımefendi sormuş; "özel hastanelere gelen hastalar talepleri ve şikayetleri farklı, kamu hastanelerine gelenler talep ve şikayetleri daha farklı. Özel hastanelere gelen hastalar bir kısmı biraz daha şımarık, buyurgan oluyorlar diyor, kamu hastanelerine gelen hastalar ise aksine hakları olan basit şeyleri dahi istemekten imtina ediyorlar. Bir hekim annesi olarak soruyorum, bilirkişilikte bu gibi faktörler dikkate alınıyor mu?". Şimdi Ceza Hukuku açısından tabii, baktığımızda öyle bir farkın direkt olarak ortaya konulması zor görünüyor ama özel hastanelerde tabii ki, tazminat hukuku açısından baktığımızda tazmin yükümlülüğü nedeniyle özel hastanelere giden hastanın beklentileri fazla ve buna göre de belirli bir ücret ödüyor. O nedenle özel hastanelere giden hastaların davranış modelleri bu gibi durumlarda bir faktör olarak ele alınabilir yani özel hastanelerdeki o özen yükümlülüğü biraz daha üst boyutta istenebilir ama şu da vardır ki, hekimler tabii ki, hastaların tıp dışındaki isteklerini yerine getirmekle mükellef değildir. Bu davranış modeli eğer genel davranış modelinin aksine ise o şımarık davranışın algılanması veya bilirkişi tarafından rapora esas teşkil edilmesi de mümkün değildir. Önemli olan burada, özen yükümlülüğünün, demin de söylediğimiz gibi kabul edilen bir sınırlar çerçevesinde orta halli bir hekimden beklenen bir özen yükümlülüğü şeklinde yerine konulup konulmadığıdır. Aksi taktirde uç noktalar değerlendirmeye alınmaz.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER-Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Teşekkür ederiz. İki Konuşmacıya da aydınlatıcı bilgilerinden dolayı ayrıca teşekkür ediyoruz. Cevap hakkınız vardır sanırım, tabii, Sedat Bey,

PROF. DR. SEDAT IŞIK - Hayır, yanıt hakkı değil, tamamen şaka, ben Sevgili Dostumla 5 yıl birlikte çalıştım, yanıt değil.

Şimdi sevgili arkadaşlar, ben dün özellikle biz Yüksek Sağlık Şurası olarak Adli Tıp'tan üstünüz, daha iyiyiz falan demedim, öyle bir tanım yok. Adli Tıp mükemmel bir örgütlenme içinde, ben aradaki örgütlenme farkını da gösterdim dün. Adli Tıp laboratuarları bugün dünyanın en iyi laboratuarları arasındadır ve birçok hele ki Adli Tıpçı Hocama karşı söylemiş de olmak istemiyorum bunu,

referans laboratuarları durumundadırlar. Yüksek Sağlık Şurası'nın hangi şans üzerinde bulunduğunu söylemek istedim ben ama buna rağmen akademik anlamda Yüksek Sağlık Şurası kendisini dosya içinde bulunan bilirkişi raporlarıyla sınırlı duyumsamıyor. Yüksek Sağlık Şurası, özellikle akademik ilke ve verilerden ödün vermeksizin, yalnızca akademik davranışlarla davranıyor demek istedim. Hiçbir kurumla yarış içerisinde değiliz, bu yarışa da girmeyiz biz, girmek de doğru değil. Akademik anlamda son derece saçma, anlamsız, akademisyen yarışmaz, akademisyen zenginleşir. Yüksek Sağlık Şurası'nın dayanışması diğer kurum ve bilirkişilerle dayanışması akademik bazdadır, ilişkisi akademik bazdadır. Bu nedenle herhangi bir politik baskı, yönlendirme söz konusu bile olamaz.

Şimdi Sevgili Nezih Hocamın verdiği örnek, ben anımsamıyorum o tarihlerde orada yoktum ama Sevgili Nezih Hocamın bilirkişi olduğu, Şura Üyesi olduğu dönemde yaşandığımız birkaç olay var. Daha önce Yüksek Sağlık Şurası bir karar vermiş, bu karara itiraz edilmiş, yeni bilgiler ve belgeler sunulmuş. Şimdi siz daha önceki bir görüşünüzü yeni bilgiler ve belgeler ışığında gözden geçirmezseniz akademik ve etik davranışmış olur musunuz? "Ben daha evvel böyle demiştim, ne olursa olsun ben yine aynı görüşteyim" diyebilir misiniz etik bir kişi olarak? Akademik bir kişi olarak? Olasılıkla burada da itiraz ile birlikte Şura'ya ulaşan yeni bilgi ve belgeler vardır. Elbette Şura, bu görüşü dikkate alacaktır, elbette önceki görüşünde ısrar etmeyecektir, elbette akademik görüşünü gözden geçirecektir ve yeni bilgilerle akademik namusa uygun bir şekilde davranacaktır. Çok teşekkür ederim.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER-Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Çok teşekkür ederiz. Yalnız soruları yazılı alıyoruz, sözlü.

KATILIMCI - Yazılı soruları iletme şansı olmadığı için şimdi sormak istiyorum,

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER-Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Arkadaşların almış olması lazım, alalım şimdi? Yazılı alalım yalnız,

KATILIMCI - Yazım çok kötü. Uzun yıllar boyunca Sağlık Şurasına giden dosyalar geç geldiği için dosyalar zamanaşımına uğradı. Sağlık Şurası'nın raporlarının genelde hekim lehine olduğu konusunda yargıda bir önyargı oluştu. Adli Tıp Kurumuna bu dosyalar gitmeye başladı ve son zamanlarda uygulamada, pratik hayatta bağımsız, alternatif raporlarla, daha dava açılmadan, hazır soruşturması açılmadan, hazırlık soruşturmasına alternatif raporlarla "tıbbi uygulama hatası" vardır diye raporlar geliyor. Üç raporla, adli tıp uzmanlarıyla. Sonra ve bu raporlar o tıbbi uygulama hatası da uzmanlık derneklerinden çıkan raporlar. Dosya Adli Tıp Kurumuna gidiyor, ilaç kimyasında olan bir durumda, 3. İhtisas,

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Biraz kısa olursa, çok uzadı,

KATILIMCI - 3. İhtisas Dairesine gidiyor, farmakolog yok, 3. İhtisas Dairesine giden dosyada göz uzmanı yok ve konuyla alakası olmayan uzmanların verdiği bilirkişi raporları sizce ne kadar geçerli? Göz ile ilgili bir olaya kadın doğum uzmanı nasıl?

PROF. DR. AHMET NEZİH KÖK -Erzican Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı- Geçerli değil. Yargıtay'ın kararları var zaten, diyor ki, "ihtisas kurullarında eğer alınan bir kararda olayla ilgili işin uzmanı yoksa bu bozulur" diyor. Bozma sebebidir.

KATILIMCI - Bozuluyor mu?

PROF. DR. AHMET NEZİH KÖK -Erzican Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı- Bozma sebebi, Yargıtay'ın kararları var.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER-Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Teşekkür ediyoruz. 2. Bölüme kadar 5 dakika ara veriyoruz. Şimdi plaketleri vermek için Ankara Barosu Genel Sekreteri Havva Hanım'ı kürsüye davet ediyorum.

ARA

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Oturumumuza başlıyoruz. Bu bölümde Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi Battal Yılmaz ve Türkiye İnsan Hakları Vakfı'dan sayın Doktor Alp Ayan sunum yapacaklar, Battal Bey'in mazereti olduğundan ilk söz hakkını "Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi" konusunda sunumu için O'na veriyorum. Bir de Kendisi sunumdan sonra ayrılacağı için sorularınızı sunum sırasında hazırlarsanız seviniriz.

Bilirkişi Raporlarının Hekimin Tazminat Sorumluluğuna ve Yargılamaya Etkisi

BATTAL YILMAZ

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

Sayın Başkan, Değerli Misafirler öncelikle Hocam'a teşekkür ediyorum sırasını verdiği için. Genelde hekimin sorumluluğu konusunda konuşmalar yapıldığında veyahutta hekimin sorumluluğu denildiğinde cezai sorumluluk ön plana gelmekte ve öncelikle sorulan sorular "ne kadar ceza alırım, nasıl ceza alırım, kusurum nedir" şeklinde diye geçmektedir. Ama benim konum, cezai sorumluluk değil, "tazminat sorumluluğu". Özellikle son yıllarda özel hastanelerin çokça artması, özel polikliniklerin artması nedeniyle ve belki de iletişim çağı olması nedeniyle insanların, gerek Internet, gerekse diğer iletişim araçlarını hızlı bir şekilde kullanmaları nedeniyle diğer ülkelerde, Avrupa'da hekime karşı açılan tazminat sorumlulukları ve alınan yüksek bedeller nedeniyle herhalde bir cazibe merkezi gelmiş olmalı ki, bu konuda ülkemizde de son yıllarda birçok tazminat davaları açılmaktadır. Benim konum, hekimin sorumluluğunda hekimin kusurunun belirlenmesi için gidilen bilirkişinin tazminata ve yargılamaya etkisi. Bilirkişi kararlarını biraz irdelememiz gerekecek. Burada öncelikle bilirkişi kavramı ve işlevi üzerinde durmamız gerekir.

Yargı erkinin günümüz gelişen ve hızla değişen teknoloji, ihtiyaçlar ve ilişkiler perspektifinde karşılaştığı her konuda uzmanlığa sahip olması mümkün değildir. Biz, hukuki alanda konumuza hakimsek de kendi bilgimiz ve mesleğimiz dışındaki konularda bilirkişiye başvurmaktayız. Hakim olarak bilirkişilik mesleğine yardımcı meslek olarak bakmakta ve bu ceza muhakemeleri ve usül muhakemeleri kanunlarımızda ayrı ayrı düzenlenmiş bulunmaktadır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275. maddesinde "çözümü özel ve teknik bir bilgi gerektiren konularda bilirkişiliğe başvurulabileceği" konusunda açıklama bulunmaktadır. Burada anladığımız hakimin kendi teknik bilgisiyle ulaşamayacağı

ve içinden çıkamayacağı bir durumda bilirkişilik kurumuna müracaat etmesidir.

Yargı erkinin mesleğin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurması kanunen mümkün değildir. Bu bağlamda bilirkişiyi yargılama prosedürü içinde hakimin ihtiyaç duyduğu konuda başvurduğu bir yardımcı olarak değerlendirilmiş olup görevi hakime yardımcı olmaktır. Bu nedenle hakim, bilirkişi raporlarıyla bağlı değildir.

Bilirkişinin seçimi; bu da Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda 276. maddesinde bilirkişi seçimini davacı ve davalı tarafın birlikte anlaşmaları suretiyle seçileceği konusunda bir açıklık getirmiştir. Burada hakimin sanki hiçbir şekilde olaya müdahale etmeyeceği görülmektedir. Ancak uygulamada genellikle tarafların anlaşmaları mümkün olmamaktadır. Bu düzenlemeden bilirkişi seçiminin taraflara ait olduğu ve bu konuda tarafların uzlaşmalarıyla hakimin bağlı olduğu sonucu çıkarılabilir ise de sonuç olarak, hakim, mevcut dosyadaki neye göre bilirkişiye gideceği, hangi konuda bilirkişiye gideceği konusunda daha olaya hâkim olduğundan dolayı hakimin genellikle, bilirkişi seçiminde daha yetkili olduğunu kabul etmek gerekir. Zaten tarafların da anlaşmaları pek mümkün görülmemektedir. Herhangi bir konuda bilirkişinin yardıma ihtiyaç edip etmeyeceğine öncelikle karar verecek olan yine hakimdir. Bu sebeple tahkikat hakimi tarafların talepleriyle bağlı olması gerekir ve talep etmeseler dahi resen de hakim bilirkişilik kurumuna başvurabilmektedir. Hakim kendi özel ve teknik bilgisinin hangi konularda yeterli olmadığını bildiği için bu konudaki taktir hakkını kullanarak hangi hallerde bilirkişiye başvuracağını belirleyebilmektedir. Uygulamada hakimin bu taktiri giderek kısıtlanmakta ve bir başvuru zorunluluğu yaratılmaktadır. Resmi olmayan bilirkişinin dışında Doktrinde resmi bilirkişilik olarak adlandırılan diğer kurumun muhtevasına bilirkişilik yapmak üzere teşekkül ettirilmiş resmi kurumlar ile muhtelif kanunlardaki özel hükümler gereğince resmi kurumlara gitme zorunlu hale getirilmektedir. Bu, sadece "hekimlik hukukunda" değil diğer birçok konularda özellikle, işte kamulaştırmada ya da işte, sahtekârlık davalarında, demin arkadaşlar da özellikle, söylediler, Adli Tıp Kurumuna başvuru konusunda veyahutta birçok şeyde artık resmi bilirkişilik getirilmekte ve hakim de özellikle resmi bilirkişileri tercih etmektedir.

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunun 286. maddesinde de hakimin bilirkişi raporunu serbestçe düzenlemesi yönündeki karara dayanak olarak da gösterilebilir. Resmi bilirkişilik kurumuna başvurma taktir hakkı da bu şekilde kısıtlanmıştır. Yargıtay Kararlarında ise aksi yönde öneriler bulunmakla birlikte diğer dava çeşitleri açısından resmi bilirkişilik kurumlarına başvurulması halinde bu kuruluşların verecekleri raporların resmi olmayan bilirkişilerin verecekleri raporlara nazaran ayrı bir ağırlık taşıyacağı da sabittir...Demin Adli Tıp Kurumundan bir beyefendi çok güzel bir açıklama yaptı, gerçi diğer resmi kurumları biraz eleştiri konusunda ama Adli Tıp Kurumu konusunda çok iyi derecede uzmanlaşmış bir kurum olarak görülmektedir ve isabetli bilirkişi

raporları vermektedir. Bu nedenle de hakimler genellikle Adli Tıp Kurumunu daha çok tercih etmektedirler.

"Eğitiminin kusurunun tespitinde" ise durum, kural seçilecek bilirkişinin "tıp uzmanı" olmasıdır. Yani burada aslında üzerinde duracağımız konu eğitimin bilirkişilik, eğitimin kusurdan dolayı bilirkişilik raporlarına başvurmamızdır. Burada da biz, resmi bilirkişilik kurulları ne kadar öncelik addetmekte ise de özellikle bizim Daire, bu konularda titiz davranmakta, önemli olan olayın sonucuna varmak, doğruyu bulmak olduğundan dolayı Adli Tıp Kurumu ve Yüksek Sağlık Şurası raporlarının da öncelik taşıdığını söylemek doğru değil.

Yine Yüksek Sağlık Şurası konusunda da her ne kadar Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununda 1219 sayılı yasanın 75. Maddesine Yüksek Sağlık Şurası'na başvurulması zorunluluk olarak kabul edilmekte ise de tazminat hukuku açısından Yüksek Sağlık Şurası raporlarında bir zorunluluk yoktur. Genellikle diğer bilirkişilere de başvurulmaktadır. Hekimin tazminat sorumluluğunu belirlerken önemli olan maddi gerçeğe ulaşmaktır. Bu durumda da alelade bir sahtecilik suçu için başvurulan bilirkişilik gibi düşünülemeyeceğinden hakimin resmi bilirkişilerin mütalâasına ağırlık vereceğini kabul etmek de bu nedenle yanlış olur düşüncesindeyim. Çünkü burada önemli olan konusunda uzman işinin ehli bilirkişilerin vereceği doyurucu rapordur. Yine bu uzmanlık konusunda Yargıtay'ın bir kararı vardı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 275 ve devam maddelerine atfen belirtmiş ve önemli olan bilirkişinin özel ve teknik bilgiyi gerektiren hallerde görüşüne başvurulacak bu bilirkişinin konusunda uzman olması gerektiği. Yani burada maddi olayla ilgili verileri de dikkate alarak bilirkişiyi yönlendirmeli ve hakim de bu şekilde müphem ve muğlak kalan hususları açıklattırmalı ve gerektiğinde yeniden seçeceği bilirkişi görüşüne başvurmalıdır" diye bir kararı bulunmaktadır. Yargıtay uygulamasında yine önemli olan bilirkişi raporunun maddi olguya açıklayıcı karar vermesinde yeterli olmasıdır. Bu nedenle hekimin tazminat sorumluluğunda bilirkişi raporlarının üstün tutulduğunu çok da söylemek mümkün değildir. Buna ilişkin bir kararda da aynen diyor ki Adli Tıp tarafından davalı doktorun beyanları esas alınarak yapılması gerekenin ne olduğu açıklanmadan gerekçe ve açıklama yapılmadan soyut ifadelerle rapor verilmiştir. Bu haliyle rapor olaya ışık tutacak ve hükme dayanak yapılacak nitelikte değildir. Mahkemece yapılacak iş üniversitelerin ilgili ana bilim dallarından özellikle kadın doğum uzmanlarından, olaya özgü bir durum, seçilecek konusunda uzman bilirkişilerden oluşmuş bir kurul aracılığıyla yeniden doyurucu bir rapor alınması şeklinde bir kararı bulunmaktadır. Buradan anlaşılan şu ki Yargıtay özellikle Yüksek Sağlık Şurası'na başvurması ceza muhakemeleri hususunda ceza hukukunda da önemliyse de, tazminat hukukunda herhangi bir önemi yoktur. Burada önemli olan doyurucu mutlak sonuca varabilecek hekimin kusurunun olup olmadığını mevcut dosya kapsamına göre belirleyecek olan rapordur. Bu da Adli Tıp Kurumu de olabilir, üniversite raporları da olabilir.

Yani bunu takdir edecek olan yine hakim kendisidir, hakim raporları doyurucu bulmazsa yeni bir bilirkişi raporuna başvuracak ve aldığı rapora göre hüküm kuracaktır. Bilirkişi raporunun bağlayıcı olup olmadığı konusunda biraz önce anlattığım olaya gelirsek yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 286. Maddesinde bilirkişinin oy ve görüşleri hakimi bağlamaz diye açıkça göstermektedir. Bu hüküm yine 240. Maddede hakimin delilleri serbestçe takdir eder genel kuralının özel olarak uygulanmış bir şeklidir. Hakim bilirkişi raporunu serbestçe takdir eder. Eğer bilirkişi raporunu kanaat vereceği yeterlilikte bulmaz ise Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu 283 uyarınca bilirkişiden ek rapor isteyebilir. Veya 284 uyarınca yeni bir bilirkişi incelemesi yapılması yönünde bir karar verebilir. Buradaki özel durum Yargıtay'ın hakimin bilirkişinin rey ve mütalaasıyla bağlı olmaması hakkındaki düzenlemeyi, bilirkişi raporunu yeterli görmeyen hakimin yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırabileceği belirtmektedir.

Örnek bir kararda somut olayda diyor ki davalı davacının yanlış tedavisi sonucu sağ gözünün göremez olduğunu ileri sürerek maddi ve manevi tazminat istemiştir. Davalılar ise kendilerine kusur izafe edilemeyeceğini savunmuştur. Mahkemece aldırılan 2002 tarihli bilirkişi kurulu raporunda davacının 62 taşında, kataraktlı, yüksek miyopsi ve yine sağ gözünde şaşılığı olan bir hasta olduğu, davalıya ilk müracaatında gözün %20 görme gücünde bulunduğu, bu tip gözlerde göz küresi normalden büyük olduğundan retinanın gergin ve normale göre ince olması sebebiyle deforme riskinin de fazla bulunduğunu belirtmiş, ameliyatın komplikasyonları açıklanmış, müdahale sonrası davalının, davacının tedavi şansının devam etmesi için ameliyat olmasına gayret ettiği, fakat davacının bunu kabul etmediği, tedavi şansını yitirdiği açıklandıktan sonra sonuç olarak gözün kaybedilmesinin kesin sebebinin ameliyat başlangıcında yapılan iğne olmadığı şeklinde bir sonuca ulaşmış ama muhtemel gözün kendisinde mevcut dejeneratif miyopinin yol açtığı yine gözün kaybedilmesinde davacının ameliyatı reddetmesinin de etken olduğu, davalının olaydaki kusur nispetinin değerlendirilmesinde gözün başlangıçtaki görme derecesi, bu derecenin ameliyatla dahi tam %100 görme şansının olmadığı, şahsi tedavisinin kendi ihmalkarlığı, bu durumda dikkate alındığında 2/8 gibi bir kusur verilmiştir ve bu raporu yine Yargıtay yeterli görmemiş, mevcut dosyadaki müşahede kağıtları ve kontrole ilişkin evrakları hep birlikte değerlendirilip üniversiteden rapor alınması konusunda bir kararı bozup geri göndermiştir. Her ne kadar öğretide hakimin teknik ve özel bilgi sahibi bilirkişinin raporunun aksine karar vermemekte ve bilirkişi raporuna sıkı sıkıya bağlı kalmakta olduğu belirtilmekte ise de yüksek Yargıtay olaya daha çok maddi gerçeğin ortaya çıkması yönünde bakmakta olup, dosyadaki tüm bilgi ve belgeleri birlikte değerlendirmektedir. Yine bilirkişi raporlarının mahkemenin kararlarına etkisinin çok yüksek olduğunu kabul etmek gerekir. Ama burada tabi kusur oranı belirlendiği için bilirkişi raporu hakimi etkiliyor.

Yani sonuçta bilirkişi, konusunda uzman kişilerden oluşmakta, dosyayı bütünüyle değerlendirmekte ve bu değerlendirme sonucunda hekimin herhangi bir kusuru olup olmadığı bir sonuca varmaktadır ve bu sonu dikkate alınarak hekimin sorumluluğunu vekalet akdiyle ilişkilendirdiğimiz için vekille müvekkil arasındaki bir ilişki olduğunu kabul ettiğimizden buradaki özen borcunun yerine getirilip getirilmediği konusunda kusuru var ise buna göre hekime gerekli davada hakkında hüküm kurulmaktadır. Bilirkişi raporlarının mahkemenin kararlarına etkisinin çok yüksek olduğunu kabul ediyoruz. Eğer hakim bilirkişi raporunda bulunan özel ve teknik izahatlardan bilirkişi raporunda yanlış sonuçlara vardığını takdir edebiliyorsa hakimin bilirkişi raporlarındaki sonuçların neden yanlış olduğunu gerekçeli olarak açıklaması kaydıyla bilirkişi raporunun aksine karar verebilmelidir. Yargıtay'ın verdiği bazı kararlarda hekimin açıkça kusuru belirlenmiş olup artık mevcut bilirkişi raporu hekim lehine çıksa dahi aleyhe karar verebilmektedir.

Şimdi burada da bir örnek vermek gerekirse, işte hekim gerekli özeni göstermeyip ameliyat sırasında pens unutmuş veyahut da gazlı bez unutmuş daha sonra çeşitli komplikasyonlar olmuş ve hasta tekrar hastalanmış ve bunun sonucunda çeşitli ızdıraplar çekmiş. Burada artık bilirkişi bu tür ameliyatlarda çok, 10 saat, 15 saat bir ameliyat devam ediyor, hekim yoruluyor, bir şekilde bunu unutmuştur, herhangi bir kusuru yoktur diye bir rapor verilmiş dosyada. Burada biz artık hekimin objektif kusurunun söz konusu olduğunu gerekli bütün özeni göstermesi gerektiğin, burada kusurun varlığı açık olduğunu, artık bilirkişinin hekimin kusurlu olmadığı yönündeki raporuna itibar edilmeyeceğini belirttik ve bir şekilde karar bozuldu. Burada da önemli olan kusurun belirlenmiş olmasıdır. Yani bilirkişinin muhakkak kusuru belirleyeceği diye bir yöntem yoktur. Buradaki hakim de kendisi hekimin gerekli objektif özeni göstermediğini belirleyebiliyor ve buna göre de hüküm kurabiliyor. Hekimin davalının sorumluluğunu saptarken olayların özelliğine uymayan, dayanakları gösterilmeyen ve özellikle davada belirlenen olaylara uymayan bilirkişi düşüncesiyle de bağlı değildir diyoruz. Bütün sorun hekimin tıp kural ve gereklerine uygun davranıp davranmadığı yönünün tespit etmekte toplanmaktadır. Hekimin kusurlu olup olmadığına ilişkin alınan raporlar eğer olayın özelliklerine uygun değilse dayanaktan yoksun veya inandırıcı olmaktan uzaksa hakimi bağlamayabiliyor. Nitekim Yargıtay yine 9/5/2000 tarihli bir kararında bu hususu açıklamış ve Yüksek Sağlık Şurası'na başvurup başvurmamakta serbest olduğunu, herhangi bir bilirkişi raporuyla bağlı olmadığı gibi onun raporlarıyla da bağlı olmadığını belirtmekte. Gerektiğinde başka yerlerden rapor alınabileceği sonucuna ulaşmaktadır.

Hekimler hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki, teknik değil genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Biraz önce belirttiğimiz gibi hekimin sorumluluğu objektif kurallar içerisinde değerlendiriliyor. Ve burada yani olaya göre değil, herkese yüklenebilecek

dikkat ve özeni göstermesi gerekmektedir. Hekimin davranışlarında kendisinden beklenen kusur ve özeni ve sadakat borcunu eksik veya hiç yerine getirmemesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Kusurun saptanmasında objektif ölçü esas alınmakta diğer bir ifadeyle ölçü objektif olarak mesleğin gereklerini bilmek ve uygulamaktadır. Yani burada da bir örnek verecek olursak, bir diş hekimine hasta gidiyor, dişimi çek diyor. Ve diş hekimi o dişin herhangi bir şekilde iltihaplı olup olmadığı ve iltihabın kurutulması gerekip gerekmediği konusunda herhangi bir inceleme yapmadan tutup dişi çekiyor.

Sonuçta o hasta da o iltihaptan dolayı çeşitli sıkıntılar yaşamakta, burada diş hekiminin öngörebileceği en önemli şeylerden biriside öncelikle dişin iltihaplı olup olmadığına bakmak ve ondan sonra dişin çekilebilecek durumda olduğunu gördüğü zaman dişi çekmek. Bu nedenlerden dolayı da hakim dosya kapsamına göre hareket edip hiç raporun sonucunu dikkate almadığı durumlar yine görülmekte. Yine bir olayda nefes almakta zorlanan kişi kulak, burun, boğaz uzmanı olan davalı doktora gidiyor, burada ameliyat oluyor. Ameliyat sırasında burun içinde kırılan iğne ucunu tüm uğraşlarına rağmen çıkaramıyor, daha sonra kapatıp gönderiyor. Bu haliyle bir şekilde hasta iğneyle dolaşıyor, daha sonra çeşitli sıkıntılar çekince film çekiyor, filmler sonucunda bunun halen burunda olduğu görülüyor, burada da artık hekimin sorumluluğu şüphesiz yadsınamaz bir durumdur. Burada irdelenmesi gereken bir durum da bilirkişi tarafından tespit edilen kusur oranının tazminat miktarına etkisidir. Yargıtay hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkiyi vekalet ilişkisi olarak görmekte, vekil görevini ifa ederken en hafif kusurunun bulunması halinde dahi meydana gelen zarardan kusuru oranında değil, zararın tamamından sorumlu olmasıdır. Yani burada kusuru illiyet bağını kesmediği takdirde, kusura göre tazminat indirimi yapılamayacağı belirtilmektedir. Özellikle Caza Kanunu değişmeden önce Adli Tıp Kurumu'na dosyalar gönderildiğinde 8'de 8 üzerinden de bir kusur oranı verilmekte ve bu kusur oranına göre de cezada bir indirim yapılmaktadır.

Bazen dosyalar önümüze geldiğinde yine kusur oranı belirtilmiş olmakta ve hakim de buna göre belirlediği tazminat miktarında kusur oranında indirim yapmaktadır. Burada da Yargıtay'ın görüşü bu vekalet ilişkisidir, kusur varsa artık indirim yapamazsın çünkü vekalet ilişkisi söz konusudur ve burada da vekil en hafif kusurundan dahi sorumlu olduğundan dolayı tüm tazminattan sorumlu olmaktadır. Yani burada 1/8 kusur, 7/8 kusur, 2/8 kusurlar tazminat sorumluluğunun azaltılmasına sebep teşkil etmemektedir. İkinci bir istisna ise bu yine tazminat miktarı açısından değerlendirecek olursak, hastanın müterafik kusurunun olmasıdır ve olayı değerlendirip hakkaniyet ölçülerinin dikkate alınmasıdır.

Hastanın kusurunun bulunması halinde Borçlar Kanunu 44 ve yine hakkaniyet ilkelerinin değerlendirilmesi konusunda Borçlar Kanununun 43. Maddelerine göre indirim yapılmaktadır. Burada demek ki tazminat miktarının hesaplanmasında

bilirkişi raporlarının etkisinde sadece hastanın kendi kusuruyla zararını artırmış olması durumunda Borçlar Kanununun 44. Maddesi ve yine mevcut olaya göre hakkaniyet ilkeleri çerçevesinde hakim tarafından resen Borçlar Kanunu 43. Maddesi gereğince bir indirim yapılabilmekte. Bunun dışında herhangi bir indirim yapılmamaktadır. Buna da bir Yargıtay kararı örneğini verecek olursak A hastanesinde ikiz çocuklarının dünyaya geldiği ve prematüre doğan bu çocukların doğum sonrası kontrollerinin savalı çocuk doktoru H tarafından yapıldığı ve çocuklardan K'nin bir gözünün diğer çocuk D ise iki gözünün görme kabiliyetini kaybettiği anlaşılmaktadır.

Yüksek Sağlık Şurası'nın raporuna göre istihdam eden şirket ve davalı doktora ayrı, ayrı 1/8 kusur izafe edilmiş ve mahkemece de bu orana göre tazminat miktarından indirim yapılmıştır. Davalılarla hasta arasındaki hukuki ilişki vekalet ilişkisi olup, vekil görevini ifa ederken en hafif kusurunun bulunmasında dahi meydana gelen zarardan kusuru oranında değil zararın tamamından sorumludur. Kaldı ki olayda davacılara izafe edilecek bir kusur saptanamadığına göre davacıların müterafik kusuru bulunmadığına göre, davalılar saptanan tazminat miktarının tamamından sorumludur. Yine hakim, Borçlar Kanunu 43'e göre indirim yapabilmektedir. Arkadaşlar biraz sıkışık oldu, saat 13:30 da bilet aldım, şehir dışına çıkmak zorunda kaldığım için kısa da kesmek zorunda kaldım. Onun için özür diliyorum. Başta bir iletişim hatası oldu, katılıp katılmayacağımız konusunda bir bilgi alamadık. Çok geç zamanda haberdar olunca bileti de almış olduk, arkadaşlara da rica ettik, sağ olsun doktor bey de sırasını verdi, dinlediğiniz için çok teşekkür ederim. Özellikle uygulamaya yönelik herhangi bir sorusu olan varsa.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Teşekkür ediyoruz Sayın Yılmaz' a. Soruları cevaplamak için kendisine söz hakkı verelim.

BATTAL YILMAZ - Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi- Doktor Asım Kayaalp sormuş, burada bilirkişi raporları konusunda önemli olan dosya içeriğinden hakimin tatmin olması. Yani burada Yüksek Sağlık Şurası, Adli Tıp Kurumu veya üniversiteden alınan bir rapor gerekçeli ve dosya içeriğini tamamen kapsıyor ise artık hakim bu rapora göre karar verebilmektedir. Burada yani muhakkak Adli Tıptan veyahut da Yüksek Sağlık Şurası'ndan veyahut da üniversiteden alınmasına gerek görülmemektedir. Avukat Mert, avukat bey herhalde aranız doktorlarla aranız çok iyi, yazınız, yerel mahkeme hakimin tek bilirkişi raporunun aksi yönünde yeni inceleme yapmaksızın karar vermesi kesin bozma nedeni midir? Bilirkişinin pratisyen hekim olduğu, davalının profesör seviyesinde olduğu bir dosyada verilen rapor konuya ne kadar açıklık getirmiş olabilir? Burada genelde, yani pratisyen hekimden tazminat hukuku açısından bugüne kadar pratisyen hekimden alınan bir raporla karşılaşmadık. Özellikle ya Yüksek Sağlık Şurası'na direk gönderiliyor ya Adli Tıp Kurumu'na gönderiliyor

veyahut da üniversiteden rapor alınıyor. Bu nedenle davalı profesör konusunda pratisyen hekimden, eğer doyurucuysa herhangi bir itiraz da yoksa, bu durumda dikkate alınabilir.

Ama burada hakimin yeterince doyurucu bir şekilde rapor verileceği kanısında da değilim. Herhangi bir itiraz durumunda daha üst bir yerde, daha geniş katılımlı bir rapor alınabilir. Usul kanunlarımızda hukuki konularda bilirkişiye başvurma yasağı ile avukatın bilirkişilik yapmasını nasıl değerlendirirsiniz? Bilirkişiye başvurma yasağı, CMK'un izin verdiği hukuki mütalaanın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu açısından da uygulanması mümkün mü, özel bilimsel görüş. Yahya Deryal'ı, Yahya Deryal'ı Bey'in kitaplarından yararlanıyoruz, kendisine teşekkür ediyoruz. Burada genelde ceza davası daha önce açıldığından dolayı bazen Yüksek Sağlık Şurası'nın raporları veyahut da Adli Tıp Kurumu raporları ceza davasında alınmış oluyor. Yine yeterli göründüğü takdirde dosya münderecatının da çünkü daha sonra başka belgeler, bilgiler dosyaya girmekte ve yeterli olmaya bilmektedir. Yine hakimin takdiri diyeceğim. Yani önemli olan burada raporun doyurucu olması. Yeterli, kusur oranını belirlerken hakimi tatmin etmiş olması önemli.

Bir kadın doğumcu ile ilgili emsal olabilecek bir davada kadın doğum uzmanları derneği davaya müdahil olabilir mi? Doktor İsmail ..., bu usul hukukunu ilgilendiren bir konu, burada davada önemli olan menfaatleri olması. Burada husumet düşmez diye düşünüyorum, o nedenle davaya dahil olma talepleri reddedilir. Bilirkişi raporlarında farklılıklar oluşturmada kusur tespiti nasıl yapılmaktadır? Eğer kabul edilmeyen bilirkişi raporundan sonra bilirkişi sorumlu olmakta mıdır? Sonuçta bilirkişi burada bir rapor vermekte, nasıl diyoruz ki hekim hasta ilişkisinde yüzde yüz seni tedavi edeceğim, sonuç alacağım diye bir sonuç veremeyecekse, bilirkişi de burada bir rapor vermekte, kendi bilgisiyle mevcut durumu değerlendirmekte ve ona göre sonuca gitmektedir. Bilirkişinin burada ancak çok ağır bir kusuru olursa, bilirkişiliği kötüye kullanırsa sorumlu olabilir. Onun dışında kusurludur, kusurlu değildir o kendi takdir yetkisini kullanıyor. Zaten hakim yeterli görmezse yeniden bilirkişiye başvuruyor. Ya da taraflar çok tatmin olmazsa, çok güzel gerekçelerle itiraz ederse hakimi yönlendiriyorlar. Kalp cerrahisiyle ilgili bir davada içerisinde bir kadın doğum, ortopedi, üroloji gibi uzmanların yer aldığı Adli Tıp İhtisas Dairesinde verilen rapor sizce yeterli midir? Zira sizce bir hukukçu olarak ne kadar genel hususlarda malumatınız olsa da tüm olanlara hakim olmanız mümkün olmamaktadır. Yüksek Sağlık Şurası Adli Tıp tarafından kusur izafe edilmeyen olay hakkında resen verilen bir karar teknik bir konu olması sizce doğru bir karar mıdır? Birinci raporda özellikle Adli Tıp Kurumu'nda raporlar hazırlanırken, hangi konudaysa, eğer adli tıp uzmanı yoksa dışarıdan o konunun uzmanı getirtilmekte, o konuda onun da mütalaası bulunmaktadır. Bu konuda pek boşluk bırakılmamakta ama tabi ki yani bir kadın doğumu hastası konusunda rapor alınacaksa bunda burada kadın

doğum uzmanının olmadığı bir rapora pek geçerlilik tanımamak lazım. Yine kalp cerrahisiyle ile ilgili bir konuda bir ortopedistten rapor almak pek doğru değil. İkinci soru Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp tarafından kusur izafe edilmeyen davalı hakkında hakim tarafından resen verilen karar teknik bir konu olması nedeniyle sizce doğru bir karar mıdır? Soruyu pek anlayamadım, zaten rapor alınmış o raporları dikkate alarak herhalde karar vermesi gerekir, ya da raporları yeterli görmüş resen, buyurun.

KATILIMCI - Efendim ben sormuştum bu soruyu, şöyle aslında, Adli Tıp ve Yüksek Sağlık Şurası tarafından verilen raporlarda ... buna rağmen ..... *(mikrofonsuz)*....

BATTAL YILMAZ - Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi- Şöyle bir şey var yani doktorun objektif bir sorumluluğu var. Yani diyelim ki gittiniz hiçbir şey bilmiyorsunuz, doktora gittiniz ameliyat oldunuz, doktor ameliyat sonrasında, demin bir örnek vermiştim işte gazlı bez unuttu. Yani artık burada o gazlı bezi unutmak çok kusursuz bir durum olmadığını düşünüyorum. Yani raporlara rağmen çok fazla bir karar çıkmıyor. Kusur oranı belirtilmiş oluyor ama çok nadir olarak bariz hatalar oluyor, işte vücutta yabancı bir cisim bırakıyorsunuz. Doktor olarak en özenli davranmak zorundasınız, en ... yok yani normal süreci dikkate alırsak tabi ki raporlar kusursuz demişse tabi ki hakim artık kendiliğinden bir kusur izafe etmez. Yahya Bilge, Doktor, katkı demiş, sunumunuza teşekkür ediyorum demiş. Ben teşekkür ederim. Sunumunuzda bilirkişi raporlarının yargılamaya etkisinin büyük olduğunu açıkladınız. Bu açıdan Adli Tıp Kurumu, üniversite, Yüksek Sağlık Şurası raporu alınmaktadır. Yalnız Adli Tıp Kurumu raporu Yargıtay'ımızca öncelikle ele alındığı izlenimi edinilmiştir. Bununla birlikte üniversitelerin bu alanda işlerliğinin artması için uğraş verilmesi gerektiğinden, son şeyi okuyamadım. Umarım Yargıtay üniversitelerin bilirkişi raporlarını tazminine çalışması yönünde destekler. Saygılarımla.

Bu konuda aslında direk Adli Tıbba gidilecek bir şey yok. Üniversitelerin zaten işleri başından aşkın, Adli Tıp Kurumu'nda işi zaten bilirkişilik. O konuda genelde hakimler, mahkemeler daha çok Adli Tıp Kurumu'nu tercih etmektedir. Yani üniversiteleri biz kabul etmiyoruz veyahut da üniversite kötü rapor veriyor, şu iyi rapor veriyor diye bir durum yok. Sonuçta bu konuda üniversiteler kendilerini kanıtlamış durumda. Gelen raporlarda da çok güzel raporlar verilmekte ve o konunun uzmanları toplanıp rapor vermekte. Yani üniversiteler ayrılmış, ayrıştırılmış diye bir durum söz konusu değil. Hesap raporlarında hastanın bakiye ömrünün farklı olması gerekmesi ve küçüklerin hesap yöntemlerinde bir eksiklik konusunda kısa söz almak istiyorum. Avukat Abdulhalim EKE. Başkan bey böyle bir soru var.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Söz hakkı almak isteyenler lütfen çok kısaca. toparlayın

AV. ABDULHALİM EKE - Doktorlar birkaç şeyden muzdaripler bunlardan birisi de fazla para ödenmesinden. Konuşulan şeyler sorumluluğun kurulması üzerine ancak sonuçta bir tanzim hükmü kuruluyor. Şimdi bir olayla başlamak istiyorum. Kanser hastası doktor buna beş yıl bakiye ömrü var dedi, cerrahi operasyon sırasında tıbbi hata nedeniyle öldü. Bilirkişi hesaplama yaparken nasıl yapacak? Bilirkişi bizim genelde şeyi yapan şey budur, 30 yaşında hasta için 37 yıl daha bakiye ömrü sayarsınız, 37 yıllık tazminat ödersiniz. Şimdi burada yapılması gereken şey şu, hastanın tedavi olsa idi yaşayacağı bakiye muhtemel süreyi hiçbir zarar hesabı aşamaz. Bu nedenle tıp mesleğiyle hukukçuların birlikte yapması gereken bir işlem var, hastanın bakiye ömrünün ne olduğunun tespiti hususu. Diyelim ki bir ölüm olayı değil ama sakat kalarak yaşamını sürdürdü, yine ömrü kısa olan, hastalık nedeniyle zaten 5 yıl, 10 yıl ömür biçebildiğiniz bir insana 40 yıllık, 50 yıllık, 30 yıllık maddi tazminat hesabı yapıp hüküm kuramazsınız. Yargılamada uygulamada hiç yok. Yapın, yaptırın, önerin, birincisi bu. Bir diğer husus şu; şimdi 20 yaşında ya da 22 yaşında askerden gelmiş bir kişinin diyelim ki %100 çalışma gücünü kaybetmiş olması halinde asgari ücretle yapacağınız hesapla alacağı para 150 Milyar Liradır, ya da 150,000 YTL'dir. Dönüyorum şimdi iki yaşındaki çocuk için de hesabı yaptığınızda çalışma ömrünü yine 22 yaştan başlatırsınız yine aynı parayı verirsiniz. Yani 150,000 YTL verirsiniz. Ama 22 yaşındaki kişi ile 2 yaşındaki kişi arasında parayı elde etme zamanı bakımından 20 yıllık bir fark vardır. Hesaplamalarda gözetilmeyen sayın hakimim. Erken ıskonto yöntemi dediğimiz eskilerde uygulanan ancak şimdi uygulanmayan bir yöntem vardır. O da nedir? Siz zarar hesabını 22 yıl sonrası için yaparsınız, gelir elde edeceği dönem için yaparsınız, dönersiniz onu bugün itibariyle ıskonto yaparsınız. Bu yapılmıyor, bu yapıldığı zaman pek çok zarar hesabında daha düşük rakamların görüldüğünü hepimiz göreceğiz. Teşekkür ederim.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Sorulara devam ediyoruz.

BATTAL YILMAZ - Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi- Bir arkadaşımız özellikle kamu hastanelerinde çalışan doktorlar hakkında asliye hukuk mahkemelerinde dava açıldığını, Anayasaya aykırı olup olmadığı konusunda bir soru sormakta. Ben Anayasaya aykırı olduğunu düşünenlerdenim. Çünkü Anayasada açık bir hüküm var. Orada idari yargıda açılması gerektiği belirtilmekte, bizim daire de aslında bu şekilde düşünmekte ve asliye hukuklarda açılan davalarda görevsizlik kararı verilmesi gerektiğini belirtiyor. Ama Hukuk Genel Kurul'u bu konuda farklı düşünüyor. Onlar kişisel kusurun varlığı halinde asliye hukuk mahkemelerinin bakabileceğini belirtmekte. Kişisel kusur varsa onun da işte ceza mahkumiyetinin sonucunu bekleyecek, Yargı uzayacak falan. Yani o konuda nasıl bir sonuca varacaklarını da bilemiyorum. Bir arkadaşımız da eczanelerle ilgili, arkadaşımız eczacı herhalde özellikle son dönemlerde

Bağ,Kur, SSK ve diğer devlet kurumlarıyla sözleşme yapan eczanelerde usulsüzlükler meydana gelmekte. Bu eczanelerin de sözleşmeleri iptal edilmekte. Bunun hekimin hukuki sorumluluğuyla ilişkisi diyor ama burada hastayla hekim arasındaki ilişki vekalet sözleşmesi ve tazminat sorumluluğu. Eczaneyle vatandaş arasında veyahut da devlet kurumları arasındaki durum ayrıca, yani Borçlar Kanunu genelinde bir sözleşme ilişkisi olduğundan dolayı hekimin tazminat sorumluluğuyla bir alakası yok. O ayrı bir konu olarak değerlendirilebilir tabi ki. Uzman dernekleri ya da örgütleri tarafından verilen raporlara Yargıtay'ın bakışı nasıldır, tek başına yeterli görülebilir mi? Aslında şöyle bir sonuca varmamız gerekiyor, yani Yargıtay değerlendirme yaparken önemli olan raporun içeriğinin dosya içeriğini tamamen göstermiş ve hakimi tatmin etmiş olması. Raporun nereden alındığı pek önemli değil, tabi ki uzmandan alınması şartıyla. Yani onun için raporun herhangi bir yerden alınması, uzmandan alınması, hakimi tatmin etmesi yeterli. Yargıtay bilirkişi raporu maddi gerçeğe uymadığında hakimin bilirkişi raporu ile teknik rapor olsa da bağlı olmadığını belirtmektedir. Bu rapor Yüksek Sağlık Şurası olsa da sonuç değişmemektedir. Hekimin özeni eğitim ... çok okuyamadım, hafif kusurundan da sorumlu olmasıdır. Herhalde katkı yapmak istemiş arkadaş biraz, Veysel Başpınar.

KATILIMCI - Yargıtay'ın dediğiniz gibi hekimin vermiş olduğu raporda, bilirkişi raporunun maddi gerçeği, somut gerçeği ..... Yüksek Sağlık Şurası hekimin .... dahi bunun maddi gerçeğe uymadığından hekimin bununla bağlı olmadığını ...

BATTAL YILMAZ - Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi-Doğru, doğru.

KATILIMCI - Burnun içinde kırılan iğnede olsun, o burun ameliyatında olsun, biliyorsunuz oradaki raporda hekim burnu dümdüz etmiş, artık burun yok, Sağlık Şurası da hekim kusurlu değildir diyor.

BATTAL YILMAZ - Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi- Aslında Hocam biraz önce onu belirtti yani hekimler biraz daha hekimleri koruyucu, kollayıcı ...

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Teşekkür ediyoruz katkınız için.

KATILIMCI - Okuyamadığınız kısım oydu. Hekimin eğitim seviyesi arttıkça özen borcu yükselir. Genel cerrahi de daha yüksektir, ayrı eğitim almışsa yine yüksektir. Denenmiş bir hekim diğer hekimlere göre daha fazla özen göstermek zorundadır. Teşekkür ederim.

Sayın Yılmaz ayrılmak zorunda kaldığından plaketini vermek için Yardımcı olursanız, yalnız çok aksattık, peki,

KATILIMCI - Şimdi sözleşme vekalet sözleşmesi, tazminatta illiyet varlığı olacak. Herhangi bir avukat davayı kaybettiğinde bir de bir doktorun hatası

sonucu bir hasta yaralandığında tazminatta illiyet bağı var mıdır? Avukat davayı kaybedince tazminat ödüyor mu doktora.

BATTAL YILMAZ - Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi- Yani o da aynı, anladım sorunuzu, yani avukatın tazminat hükmedilmiyor, doktora tazminat hükmediliyor diye bir şey yok, vekalet sözleşmesinden kaynaklandığında orada da avukatın sorumluluğu varsa, kusuru varsa, yine bilirkişi incelemesi yaptırılıyor, kusuru tespit edilirse ona göre yine tazminata hükmediliyor yani.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER -Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Şimdi Sayın Battal Yılmaz'a plaketini vermek üzere Yardımcı Doçent Doktor Levent Akın beyi davet ediyorum.

BATTAL YILMAZ - Yargıtay 13. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi-Herkese teşekkür ediyorum.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Şimdi katılımcılardan bir ricam olacak 3 gündür soruları yazılı alıyoruz, bir aksaklık oldu, konu herhalde biz özellikle avukatlar ve doktorlar açısından çok önemli olduğundan bayağı da bir soru geldi. Bundan sonra sorularınızı yazılı alacağım, sözlü soru kabul etmiyoruz. Şimdi konuşmasını yapmak üzere Doktor Alp Ayan'a "Alternatif rapor ve bilirkişilik, bağımsızlık bilirkişilik" konusunda sunumunu yapmak üzere söz veriyorum.

Bağımsız Bilirkişilik - Alternatif Rapor

DR. ALP AYAN

Türkiye İnsan Hakları Vakfı

Teşekkür ederim. Öncelikle oturarak sunum yapacağım kusura bakmayın, ben Ankara Barosu'nun değerli yöneticilerine teşekkür etmek istiyorum. Gerçekten sağlık hukuku konusu çok önemli ve galiba yetki Barolar Birliği'nde ama yani çok güzel bir şey yapıyorsunuz, umarım gelenekselleşme eğilimi gösterir, kalıcı bir hal alır, her yıl yineler. Yetki her kimdeyse bu dileğimi ileterek başlamak istedim. Ayrıca sizlere buradaki sayın hukukçulara ve meslektaşlarıma, aslında hukukçulara da meslektaşım demek isterdim. Bu benim birazdan kişisel bir şeyim. Sizlere de teşekkür ediyorum, böyle bir Cumartesi günü buradayız. Önemli de bir eylem var. Tabi ki orada olmayı tercih edenlere bir serzenişim yok benim kişisel olarak. Ama yine de sizler burada olduğunuz için sizlere de teşekkür ediyorum. Şimdi aslında ben konuyu aylar önce aldığımda Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın, TİHV Alternatif Adli Rapor deneyiminin işkencenin önlenmesindeki ve insan hakları ihlallerinin önlenmesindeki rolü ve geleceğe dair perspektifler şeklindeydi. Kendimden kaynaklı nedenlerle çok kontrol edemedik programı, son günlerde gördüm. Benim için çok fark etmiyor, çünkü Türkiye İnsan Hakları Vakfı çalışma alanı işkenceyle sınırlı bir kurum, bu biliniyor, dolayısıyla bağımsız bilirkişilik denmiş zaten ve çok da paniğe girmiyorum açıkçası.

Bilirkişilik konusunda çok uzun uzadıya performans göstermem gerekiyor diye bir duygu içinde değilim. İki tane nezih hocamız, Nezih Hocalar nezih sunumlar yaptılar, belki onlardan bir kısmına akış içinde değinirim, Battal Bey de aynı konuyu işledi. Ben belki işte bağımsız kısmı ne, çünkü o biraz yeni, oraya değineceğim. Aslında şimdi burada size hitap eden konumda olması gereken başka meslektaşlarım vardı. Açıkçası aylar önce bu programı yaparken onların uluslar arası ve ulusal eğitim programları çok yüklü. İstanbul Protokolü ve diğer eğitimler nedeniyle. Bir tanesi Veli Lök, birazdan belki sık, sık adından bahsedeceğiz. Profesör Doktor Veli Lök, TİHV İzmir temsilcisi ve İzmir Tabip Odasının Muayene Rapor Komisyonu başkanı. İşkencenin geç bulgularının saptanması ve belgelenmesi konusunda dünyaca çapında yol açıcı çalışmaların sahibi, ilk çalışmaların sahibi. Yani birazdan sanıyorum kendi slaytları üzerinden bakarken o nokta da vardı, 25 yıl sonra falakanın kanıtlanması dahil, bir çok yöntemin ilk tarif edeni ve kanıtlayanı.

Ayrıca Şebnem Koru Fincancı, Profesör Adli Tıp uzmanı, biliyorsunuz o yurt dışında. Türkcan Baykan İslam Protokolü eğitimlerine katılıyor, o öyle. Şimdi ben psikiyatri uzmanıyım ama rol çalmak istemiyorum., konu böyle, konuya mümkün olduğu kadar sadık kalmak isteyeceğim. Ve saat yarıma geliyor, aslında 12'de tartışma bölümü de bitecekti. O yüzden lütfen hiç çekinmeyin, belli edin, yani yeterlilik verdiğiniz zaman belli etmenizde hiçbir sakınca yok. Sohbet havasında da götürebiliriz, istediğiniz anda öyle bir şeye de dönebiliriz. Ama sabrınız için ben şimdiden, çünkü aşmış durumdayız, tekrar teşekkür ediyorum. Şey dedim, meslektaşım demek isterdim çünkü aslında ben 6 yaşında doktor olmaya karar verdim, bir ameliyatım sırasında, o yüzden 40 küsur yıldır doktor hissediyorum kendimi ama babam ve dedem hukukçuydu biraz buradan, ama biraz da çalışma alanı olarak kendime işkenceyi seçtiğim noktadan itibaren hukukçu olmayı çok istedim, hukukçu da olmayı çok istedim. Ekstern, dışarıdan hukuk eğitimini aynı duyarda olan bir meslektaşımla birlikte böyle hayalini kurduk, maalesef gerçekleştiremedik, o nedenle de bu tür hekimlerin ve hukukçuların birlikte yer aldıkları ve çıkış aradıkları, çözüm önerilerini paylaştıkları etkinlikleri biraz da bu nedenle çok önemsiyorum. Evet ne yazık ki bir gündüz düşü doğasını aşamadı bu hayal, çünkü gözaltı mekanlarına hukukçu kimliğiyle, hekim kimliğiyle girmek müvekkilin haklarıyla ilgili iletişim kurmak, çeşitli gözlemlerde bulunmak ama hekim kimliğimizi biz hiçbir zaman bırakamayız, çıktığımızda hekim kimliğimizle de gördüğümüz şeylerin belgelenmesi yönünde de işlevimizin olabileceği düşüydü bu biraz da. Maalesef bu gerçekleşemedi. Ama İzmir'de, İzmir örneğini ben biraz paylaşabileceğim, açıkçası 89-90'dan itibaren İzmir Barosu, Çağdaş Hukukçular Derneği, İnsan Hakları Derneği, İzmir Tabip Odası ve Türkiye İnsan Hakları Derneği arasında önce beşli bir kurum oluşturuldu, gözaltı süreçlerini şeffaf hale getirmek için. Herkes kendi bulunduğu noktadan kendi alanını haklar konusunda insanları bilgilendirmek, tüm göz altına alındığı ya da eve herhangi bir güvenlik gücü geldiği andan itibaren başlayarak hakları ve daha sonra göz altındaki durumu, cezaevi, daha sonra tedavi durumu talep ediyorsa işte resmi raporları nasıl alabileceği, resmi raporlarda yetersizlik görüyorsa alternatif raporlara nasıl ulaşabileceği, tedavisinin nasıl hayata geçebileceği konusunda ve o çalışmaların geldiği noktada 2000'lerde İzmir'de bir işkence önleme grubu kuruldu biliyorsunuz İzmir Barosu'nda. Mesela onunla bizim Türkiye İnsan hakları Vakfı'nın ve Tabip Odası'nın birlikte çalışmalarımız çok doyurucu geliyordu. Bu benim eski travmamı biraz aşma, o eksikliği, o iki mesleği bir arada yürütememenin getirdiği boşluğu aşma şansı da veriyordu ama maalesef diyeceğim ben kendi bulunduğum noktadan, 2004 yılı insan hakları gününde İzmir Barosu yeni yönetimi işkence önleme grubunu kaldırdı. Bu bizim açımızdan üzüntü verici oldu.

Belki de sonra getirilebilecek bir dileğimi bu nedenle şimdiden paylaşayım, işkence başta olmak üzere insan hakları ihlallerinin önlenmesine yönelik her

iki mesleğin de etik normlarına uygun aktif ve çözüm yönelimli bir çalışma dizaynının daha önceki İzmir deneyimimi de aşacak boyutlarıyla hukukçu ve hekimler tarafından hayata geçirilmesi bir görev olarak önümüzde duruyor diye düşünüyorum. Özür dilerim bağımsız bilirkişilik uygulamasının yasalara ve dolaysıyla yürürlüğe girmesi doğal olarak aslında bir sürecin sonucu. Yani birazdan ona bakacağız. Bazı maddelerde açıkça bizim bulunduğumuz yerde çok önemsediğimiz devrim niteliğinde bulduğumuz bir şey, bağımsız bilirkişiye kapıyı açan yasanın ilgili hükümleri. Ama o bir sürecin sonucu. O süreci ben öncelikle sizinle paylaşmak istiyorum. Bu konuda da İzmir boyutuyla ilgili ve kendi tanıklığımı, sevgili Profesör Doktor Veli Hocanın, Veli Lök' ün bazı slaytları eşliğinde ve süremizin el verdiğince paylaşayım. Şunu başarabilirsem, bir saniye, ... Evet bir milyonun üzerinde insandan bahsediliyor, 600,000'i 86'ya kadar olmak üzere, nüfusun altmışta biri. Amerikan büyükelçisi zamanında Mike Grossman'dı sanıyorum bizimle görüşmek istedi, vakıfa gelmek istedi, İnsan hakları Derneği'ni de ziyaret edecekti, orada görüştük, çok tanıyanlar belki, Veli Lök 75 yaşında, kongresi yapıldı geçenlerde, çok zarif bir insandır Veli Lök, o görüşmemiz sırasında işte Amerika Birleşik Devletleri'nin nedenli işkence konusunda ve hak ihlalleri özellikle insan eliyle travma konusunda duyarlı olduğunu filan anlatıyordu 80'li yıllarında konuğumuz. Veli Hoca de şey söylemişti, yani bu iki ülke arasında stratejik işbirliği var, çeşitli anlaşmalar var, eğitim anlaşmaları ve alışverişi var, o yüzden heyetlerin gidip gelmesini biz doğal buluyoruz ama. Biz ne zaman ki İzmir terörle mücadele şubesinden Amerika'ya bir hizmet içi eğitim için bir heyetin gittiğini görüyoruz, onlar yeni bir yöntemle dönüyorlar. En son olarak da o dönemde buz yöntemiyle, buzun kullanılması işkencede, bir de bunu çok yumuşak kendine özgü üslubu içinde söyledi, hoşnut olmamıştı sayın büyükelçi. Kısa sürdü yani toplantı. Uzun sürüyordu gözaltılar başlangıçta, işkence izleri kayboluyordu, rapor alınamıyordu, mahkemeye başvurulamıyordu ve inpunity.. yani işkenceciler için cezasızlık söz konusuydu. Buna karşılık bir mücadele verildi, Türk Tabipler Birliği 84'den sonra yeniden çalışmaya başladı ve ardından da duyarlı olanlar tekrar yönetime geldiler, İHD kuruldu, Türkiye İnsan Hakları Vakfı kuruldu, Türk Tabipleri birliği 89'da İnsan Hakları Komisyonunu kurdu, aynı zamanda İzmir Tabip Odasında bu kuruldu, Veli Bey hepsinde vardı ve aynı zamanda İzmir'de muayene ve rapor komisyonu başkanlığını üstlendi. Buna şunun için vurgu yapıyorum, önce özel bir şey mesela benim ortopedik sorunum olmasına karşın Veli hocayla bir hukukumuz olmamıştı, bunu da düşünmüşümdür ama Veli Hocanın o duyarlılığını ben bilmiyordum işkence alanında çalışmaya karar verdiğimde mecburi hizmette Sedat Celal adında bir polis memurunun Avrupa'ya iltica ettikten sonra Nokta dergisinde yayımlanan şu yöntemlerle şöyle işkence yapardık şeyinin etkisiyle ben biraz o günlerde karar vermiştim, bu olmamalı, işkence olmamalı diye, psikiyatrisi olmaya da mecburi hizmette karar vermiştim. İnsanların vücut diliyle sorunları

anlatmasını ve biraz ilgilendiğinizde onları unutmalarını fark ettiğim noktada. İzmir'e döndükten sonra Veli Hocayı ziyaret ettim ve ilk tanışmamızdır aslında.

Hocam dedim İnsan hakları alanında, kurulmuştu komisyon, yeni kurulmuştu, hemen dedi arka odaya geç, çok doluydu muayenehane, orada İnkılâp Dal adında bir hükümlünün dosyası vardı, dağınık bir çok şey bunu bir toplayabilir misin dedi, işte bir sayfaya özetledim. O akşam bir profesör meslektaşımız yabancı dile çevirdi, tüm dünyaya yollandı. İnkılâp lösemi hastasıydı, İnkılâp Dal'ı cezaevinden almak mümkün oldu ve Paris'e ulaştırıldı, dört gün, kliniğe ulaştıktan sonra dört gün kliniğe ulaştıktan sonra dört gün yaşayabildi. Tabi en küçük katkıların bile ne kadar önemli olabildiği konusunda da benim için bir veri oldu bu. Her anın, her dakikanın ne kadar önemli olabildiği konusunda da. Öyle başladı, komisyona davet etti beni, en genç üyesiydim, tabi komisyon yönetim kurulu insan haklarından sorumlu yönetim kurulu üyeliğini de yaptım, daha sonra yeni katılımlarla benim bu en genç olma durumum kalktı.

Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın bulunduğu iller, ben böyle göz korkutmasın, elimin altında olsun diye açtım ama şeyi de söyleyeceğim, Türkiye İnsan Hakları Vakfı'nın bir çok yayını var. Gözünüzü korkutabilir böyle, 600-800 sayfa falan ama tedavi merkezleri raporları işte şöyle, böyle gibi ve sonların tüm adı geçen bütün kurumlar, alternatif raporu, değerlendirme raporu, Adli Tıp raporu, hepsiyle ilgili çalışmalar sonuna ekleniş durumda. TİHV, tihv.org.tr'den ulaşabilirsiniz, oraya henüz geçmemiş olanları da şeylerden, merkezlerimizden kolaylıkla edinebilirsiniz. 11,200 şu anda, 200'ü aştı bu ay itibariyle, şu ana kadar ki başvurularımız. Şimdi bildiğiniz gibi hep böyle geldi yıllar boyu böyle kağıtlarla hekimlerin ellerine ve hekimler de altına şahsın yapılan muayenesinde vücudunda herhangi bir darp izine rastlanmamıştır yazdılar.

Biraz önce muayene prosedürlerinin nasıl olması gerektiği konusunda hocalarımız slayt gösterdiler, yani ayrıntılı öykü alınacak, şikayetin ne olduğu alınacak, belirtiler alınacak ve nasıl olduğu konusu ve yorum. Şimdi burada kesin karar vermiş meslektaşımız, güvenmek zorunda değil, ileri tetkik isteyebilir, laboratuar isteyebilir, tabi bunlar negatif rapor oranını %80'lerin üstüne taşıyan bir gerçeklik ve adli rapordan memnuniyetsizlik oranı zaman, zaman %100'lere yaklaştı, %80'nin her zaman üzerinde seyretti yıllar boyu. Bu adli tıp açısından da onca emeğe karşın 80'li yıllarda özellikle 90'lardan sonra giderek düzeldi. Sanıyorum şu anda biraz daha, oranlar elimde yok ama farklıdır tablo. Bu işte belirtilenler, güvenlik güçleri muayene odasını terk etmedi, muayene yeterli değildi, alınan raporlar işkenceyi yansıtmıyordu, hep %80 civarında.

Şimdi böyle bir şey olan, tespiti olan neyse biz birlikte çalışıyoruz dedim ya Baroyla, ÇHD' yle. Avukatlar dolayısıyla bu konuda zaten kendi mesleki bilgilerine sahipler, alanla ilgili karşılıklı etkileşim içindeyiz. Öncelikle resmi adli rapor için eğer bir suç duyurusunda bulunacaklarsa haklarıyla ilgili hukuki

bir sürece gideceklerse, öncelikle bir suç duyurusunda bulunup resmi raporu almaları, eğer göremedilerse daha önceki raporu, eğer o rapor kendilerine okuduklarında maddi gerçeği yansıtmadığını, yeterince yansıtmadığını, alternatif rapor için İzmir Tabip Odası'na başvurabileceklerini belirtiyorduk. İzmir Tabip Odasıyla 89'dan son yıllara kadar birlikte bir çalışma yürütüldü. İzmir tabip odasının hekim görevlendirme yetkisi vardı. Mahkemeler üzerinde Tabip Odası antetiyle verilmiş ve Tabip Odası2nın resmi yazılarının biraz daha ciddiye alınır olabileceğini düşünmüştük. Ama bu bağımsız bilirkişilik konusundan sonra son dönemde, son bir iki yıldır kendisi de kendi antetiyle alternatif raporları veriyor. Malpraktis konuşuldu, şey dedi Nezih hocamız değil mi bilgi eksikliği, deneyim eksikliği, bunlar affedilebilir ama ilgi noksanlığı biraz şey. Şimdi ilgi noksanlığının içine katabilir miyiz bilmiyorum, onun aşırı noksanlığı anlamına mı gelir. Çünkü kasıt da var maalesef yani belki bunları konuşmak zor ama dünyaya bakışını maalesef mesleki gereklerin önüne geçirme eğilimi olan meslektaşlara da rastladık. Çok gözle görünür şeylerin saklanması, ama tabi ki öncelikle biz hekimlerin sicil amirlerinin Sağlık Bakanlığı bünyesinde olmaması, yer, yer Adalet Bakanlığı, yer, yer kaymakamlıklar. Bunların aşılmasına hep vurgu yaptık yıllar boyu. Bilgi eksikliği yine belirtiliyor, güvenlik güçlerinin içeride olması, engellenme, tehdit, yaşanan pratikler, örnekler, en uygun hekimlik pratiğini sergilemiş meslektaşlarımızın yaşadığı sürgünler, öbür taraftan adı işkenceciye çıkmış insanların bürokratik hiyerarşide gelebildikleri noktalar. Bunların hepsi izleniyor, toplum tarafından da izleniyor,hekimler tarafından da izleniyor, inpünity konusu, cezasızlık, bunların hepsi bu konunun şeyleri, unsurları. E tabi maddi olanaklar, mesela devlet, hakkında işkenceci olma iddiası olan memuruyla ilgili kendi seçtiği, hatta bir ara üç kişiydi şimdi hala öyle mi bilmiyorum, ülkenin en pahalı avukatlarını finanse etmeyi üstleniyor ama işkencenin belgelenmesi konusundaki şeyleri uzun süre masrafları üstlenmeyi reddetti.

Ve bazı şehirlerde de ileri tetkiklerin bulunmayabilmesi. Bu bir tıp öğrencisi, hatta bir zaman insan hakları komisyonumuzda da çalışmıştı, falaka ve elektrik. Elektrik pikür denen, çok küçük, 1 mm olabilen, dolayısıyla çok iyi incelenmesi lazım. Yani ayak parmaklarının arasına gireceksiniz, yetmez, büyüteç alacaksınız. Yani karşıdan sende soyunacak, her tarafa bakılacak, cinsel organlara uygulanıyor. Ve bunun soyunmasının koşulları yaratılacak, bu alanlarda çok uzun süre büyük boşluklar yaşandı. Bu kişi de hocanın eli o, parmak arasında pikür vardı elektrik işkencesinin izi olarak, tabi yaygın olarak elektrik verildiğinde, öyle tek bir noktadan girmediğinde bu pikürü bırakmaması, yani pikür bulunmadığında, o iz bulunmadığında elektrik işkencesi yapılmamış anlamına gelmiyor. Kemik zarı zedelenir, travmada, künt travmada, falaka da bunlardan biridir. Kemik zarı zedelendikten sonra uzun yıllar sürebilir tedavi prosesi, kemik zarı kendini onarmaya başlar, orada lif atmalar başlar karşılıklı karikatürize tutar, tutamaz, tam böyle eski haline bir türlü gelemez, çabalar durur kemik zarı. Mesela işte

Veli hocaya ait olan dünyadaki ilk çalışmalardan dediğim kemik sintigrafisiyle teknezyum verilerek, teknezyum 99 verilerek bir dakika atar damarda, 2-5 dakika toplar damarda, ondan sonra 2-3 saat kemiklerde uzun süren bir tetkik, iki üç saat sonra bir daha giriyor kişi, bütün bu tedavi prosesinin sürdüğü, kemiğin kendini onarma sürecinin sürdüğü yerler o radyo izotop maddeyi tutar ve gösterir. Bu normal toplumda %3' tür 4'tür. Falaka uygulananlarda %80'nin üstündedir, çok açık arayla anlamlıdır sonuçlar ve nedir sonuç? En kültürel, geleneksel işkence metotlarından biri olan falaka 1990'nın sonları, 91'den itibaren Ege Bölgesi'nde hiç uygulanmadı. Bıçakla kesilmiş gibi kesildi. Yani bir bebek çalma davasından bir ebe hemşireye bir itiraf alınmıştır, kendisinin başvurusu üzerine o kendi itirafı üzerinden cezaya çarptırılma cihetine gidildi, o ifadenin hangi sorgu yöntemleriyle alındığına dair avukatının başvurusu üzerine falaka ve diğer tüm belirtiler gösterildi, AİHM' den de kendisi sonuç aldı. Ama mesela falaka konusu çok erken, daha biz pratiğe başladıktan çok kısa bir süre sonra kalktı. Ama böyle birkaç kovala falan, yani giderek daha sofistike yöntemlere kayıyor karşı taraf. İşte elektrik için yaygın veriyor, ıslatıyor vücudu, çeşitli önlemler alıyor falan. Ya da daha geniş şeylerle, satıhlı şeylerle yapıyor travmaları ya da haya vurmaya yöneliyor, o sefer siz de ona yöneliyorsunuz. Bu sintigrafinin üç bazlı dinamik sintigrafisinde hayalardaki lezyonları gösteriyorsunuz. İşte askı yapılıyor onu EMG ile gösterebiliyorsunuz. Elektrik işkencesi pikür dediğim şeyden pataloglar bir .... biyopsisiyle bir parça alıyorlar, bunlar yine İnsn hakları Komisyonu'nun meclise getirdiği yine kemik sintigrafisi şeyleri. Bu 25 yıl sonra hala sürmekte olan, bunlar sonuçları. Bu stokrumda üç bazlı dinamik sintigrafi, altı olguda pozitif çıkmıştı. Mesela şu üstteki pikür iki tane, oradan iğne biyopsisi yapılmış, mikroskop altına alınmış. Bir elektrik yanığı oluşsa sizde ne oluşturacaksa, dokudaki değişiklik neyse deri altında onlar patoloji hocaları, Ege Üniversitesi tarafından belgelenmiş ve kişinin elektrik işkencesi gördüğü kanıtlanmış. O dönemde Adana'daki şöyle bir yorum gelmişti, işkence insanlık suçudur, ihbarı zorunludur. Türkiye İnsan hakları Vakfı bize işkence gördüğünü belirten hastalarını, başvurularını ihbar etmediği için Türkiye Cumhuriyeti Devleti olarak işkenceyle mücadele edemiyoruz yorumu olmuştu o dönemde. Ve bu ihbarı yapmayan bizlere yönelik çeşitli şehirler denendi, Adana'da en son dava açılmaya, bizden sadece ifade alındı. O dönemde de Dünya Hekimler Birliği ve dünyadaki ilgili kuruluşlar dayanışma için geldikleri ve gelecekleri bilindiği için Türk Tabipleri Birliği Adana'da bir etkinlik düzenlemişti Mart 96'da, İnsan Hakları ve Tıp Mesleği. Hemen bu etkinliğin sonrasında şeye geçildi Adana'da Çukurova Üniversitesi Adli Tıp' a, Sayın Profesör Doktor Serpin SALAÇİ' nin kolaylaştırıcılığı altında iki tane çalışma grubu kuruldu. 1991'de Minesota Otopsi Protokolü, Birleşmiş Milletler belgesi haline gelmişti. Kişinin yani tabiri caizse ölüye yapılmış işkencenin nasıl araştırılacağı ve kanıtlanacağı, insanlık dışı muamelelerin. Minesota ekibinin çalışmalarıyla başlamış ve 91'de Birleşmiş

Milletler materyali haline gelmişti ve Türkiye'de ilk ez Türkiye'de uygulanması gerektiği konuşulduğunda bu gavur icadının, yabancı şeyin bize uymayacağı hatta, hatta bir iki ara noktadan geçerek bunu önerenlerin, güçlü bir şekilde önerenlerin vatan haini olabileceği, bölücü olabileceği gibi cümlelere çok hızlı varılıyordu. Aslında son dönemde de tekrar öyle bir herhalde şey var, yönelim var. Ama 10 yıl sonra dönemin Adalet Bakanı Minesota Protokolü çerçevesinde otopsilerin değerlendirilmesi gerektiğini, Hikmet Sami Türk döneminde ifade etti. Orada bir çalışma grubu Minesota üzerineydi, ikinci de madem ölülerde var ama dünyada canlılarda yok işkencelerin izlerinin aranmasıyla ilgili bir protokol, ikinci bir çalışma grubu kuruldu. Aslında kıl payı Adana Protokolü olmadı o çünkü daha sonraki toplantı İstanbul'da oldu, bir şekilde Adana'nın da jestiyle İstanbul Protokolü adını aldı bu. Yoksa ilk çalışmanın başladığı yer olarak Adana Protokolü olabilirdi. Bu elimdeki İstanbul Protokolü işkence ve diğer zalimane insanlık dışı aşağılayıcı muamele veya cezaların etkili biçimde soruşturulması ve belgelendirilmesi için el kılavuzu.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi- Sayın Ayan 13:30' da yeni bir oturumumuz başlayacak onun için toparlamamız gerekiyor.

DR. ALP AYAN - Türkiye İnsan Hakları Vakfı - Öyle mi hızlı geçelim, 1999'a kadar 8 yurtdışından, yurtiçinden, çok ağırlıklı Türkiye'den ilk taslağı sadece PHR' dan İnsan hakları hekimler birliğinden, Vinsent Diaykapino meslektaşımız, şuradaki en soldaki, yapmıştı, ondan sonra tümüyle Türkiye'den katılımcıların geliştirdiği 8 draft geliştirildi, işte 15 ülkeden 40 kurumdan 70'in üzerinde bilim insanı bu alanda çalıştı. Cenevre'de eski İrlanda cumhurbaşkanı Mary Robinson'a o dönemde Birleşmiş Milletler Yüksek komiseriydi, Veli Hoca aşağıda, yanında da Sir Niger Rodly, özel raportörü Birleşmiş milletlerin. Veli hoca tarafından sunuldu, hatta Türkiye daimi büyükelçisi de oradaydı, çok övgülü bir konuşma yaptı. Daha sonra, bir iki ay sonra Niger Rodly Birleşmiş Milletlerde sundu, 52 ülke önce İnsan Hakları Komisyonundaki kabul etti, daha sonra tüm Birleşmiş Milletler. Şu anda bu zorlayıcı bir şey değil, güçlü bir tavsiye. Bu materyal eldeyken bunun dışında muayenelerin yapılması ve raporların bu protokolde ki kurallara uyulmaksızın gerçekleştirilmesi çok kolay açıklanabilir bir durum değil. Bütün dünya için geçerli, tabi eğitimi gerekiyor. Yani Türk Tabipleri Birliği, ATUT, TİHV etkili oldu bu çalışmalarda çok üretken oldu. ... uygulama projesi gerçekleşti, 5 ülkede hayata geçti eğitimler. Daha sonra şimdi ikinci boyutu var. Bu IRCT Uluslararası İşkence Görenlerin Merkezi, Dünya Hekimler Birliği, TİHV ve İnsan Hakları için hekimler. İkinci projede bu alt satırdaki ülkeler eklendi. Birincide ilk 5 ülkede eğitimler yapılmıştı. Tabi ilk olarak Türkiye'de 5 ... de başladı sonra İzmir'de pratisyenlere yönelik de yapıldı. Daha geniş şeylerde güçlükler yaşadık çünkü Bakanlıklar İngiltere'den örneğin uzman getirmeyi tercih ettiler, oraya ödemeler yaptılar, İngilizlerin ama dünyada

bunu verebilecek olan asıl insanlar Türkiye'de deyip tabi buradaki insanları görevlendirdiler. O etkinliklerin bazıları yapılamadı, sonuçta son dönemde bu sorunların çoğu aşıldı ve sonuçta 2008-2009, yani öyle bir şeyde yaşıyoruz ki 11 Eylül 2001'den beri dünyada sonuçta en azından Amerika Birleşik Devletleri yönetimin çok net yönelimiyle güvenliğin insan haklarının önüne geçirilmeye çalışıldığı bir dönemde yaşıyoruz.

Yani dizi filmlerde 24'ü izledim geçenlerde abisine işkence yapıyor filmde. Yani insanlığı kurtarmak için işkence caiz. Tiking bump, patlamak üzere olan bomba için işkence yapılabilir falan gibi işkenceyi tekrar meşru gösterme yönünde büyük bir yönelim var, buna karşın Türkiye'de o dönemlerde o kadar etkilenmedik. 2005'e kadar son Terörle Mücadele Yasası ve Polis Vazife ve Salahiyetleri Yasası'na kadar daha olumlu yönde bir trendi sürdürebildik ve mesela burada sonuçta TTB, Türk Tabipleri Birliği, TİHV ve ATUT tarafından şu anda 5,500 yargıca, savcıya ve hekime eğitim verecek. Tabi yavaş, yavaş tüm müfredata girecek, bu noktaya gelindiğine göre. Tıp fakültelerinde, hukuk fakültelerinde, yani hukukçular açısından müvekkilinin haklarının korunması açısından tamamen hakim olunması gereken zaten en önemli üç unsurdan biri hukukçular, İstanbul Protokolünü inceleyenler bilir, diğer adli tabip ve pratisyenler, üçüncü unsur da psikiyatrisler. Bu IRC genel kurulu Amerika Birleşik Devletleri uyum sürecini koymuş Veli Hoca şey için olumlu yasalar çıktı ama, psikolojik işkenceye bıraktı yerini. Sayılar azaldı yalnız kayıt dışı araca alma, araziye götürme, araziye bırakma çok var. Demokratik gösterilere aşırı şiddet kullanılarak yönelme çok var. Ve 2006, 2007'deki son iki yasayla biraz biz olumsuz, biraz düşer gibi dediğimizde 3 katına, 5 katına çıktı bu sene, tekrar aylık başvurular ve çok ağır.

Mesela dalak riptürü son aylarda başvuranlar, dalak yırtılması. Elmacık kemiği kırıkları, kaburga kırıkları, yani böyle genelde. Aynı kişinin sintigrafik bulguları, her taraf, bu kişinin sintigrafik bulguları ve işte nevroz döneminde 8 başvuru var, onların görüntüleri ve son dönemdeki ölümler. Biliyorsunuz en son Nijeryalı ve Polonyalı. Ben isterseniz çok kısa bilirkişilikle ilgili sadece şeyi söyleyeyim o zaman zamanla ilgili madem problem var, biliyorsunuz bilirkişilikle ilgili zaten her şey anlatıldı, ben diğer boyutları hızla geçecektim. Hemen o zaman hızla geçip ona gelebilir miyim? Şimdi bu 67. Madde önem kazanıyor, cumhuriyet savcısına, katılana, vekiline 5. Bendinde, şüpheliye veya sanığa, müdafiine veya kanuni temsilciye süre verilir, itiraz için ilk bilirkişi şeyine. Bu kişilerin istemleri reddedildiğinde üç gün içinde bu hususta karar verilir. 6. Bendinde ise bilirkişi raporunun hazırlanmasında değerlendirilmek üzere ya da bilirkişi raporu hakkında uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Şimdi bu çok önemli bir gelişmeydi ve bizim yıllardır sürdürdüğümüz çalışmalarında bir yönden sonuçlarından biriydi. Ben şeyi söylemedim, bir sağlıklılık durum raporu veriyoruz, benim gözaltına alınma riskim var diyor kişi, geliyor bütün tepeden

tırnağa sağlık durumunu satıyoruz, cebine koyuyor, koruyucu işlevi oluyor, olmuyor, olabilir, psikolojik olarak öyle gidiyor, terörle mücadele şubesine ya da başka yerlere, daha sonra da oraya gideceğim ve bazal durumum bu bunun üzerinden daha sonraki kontrolüm yapılacak. Otopsi geriye doğru, Baki Erdoğan, Aydın'da ölümü şeye bağlanmıştı, açlık grevi nedeniyle akciğer sorununa, müdahale edildi, Ankara TTB'den yetki alınıp İzmir Tabip Odası olarak çünkü Aydın'da da Tabip Odası vardı, TTB adına ve onun farklı bir akciğer ve asıya bağlı akciğer şeyi olduğu ortaya çıktı. Nihat Sargın, Haydar Kutlu için işkence görmediklerine göre dair bir çok rapor alınmıştı, Amerikalı bir adli tıp profesörü de aynı yönde rapor vermişti, mevcut tetkikler dahilinde yapılmayanlar da göz önüne alındığında işkence yapılmamıştır denemeyeceğine dair dört kişilik bir heyet atadı AİHM ve en sonunda da atanan heyet bizim haklı olduğumuza karar vermişti. Değerlendirme raporları yani bunlar. Manisa'da da aynı şeyler yapıldı, çocuklara ulaşılamıyordu ama çıktıktan sonra bu adli tıp raporları da verildi. Ben tekrar bu bağımsız bilirkişiye döndüğümde, yani şunu da önemsiyorum, yani mahkeme başkanı ya da hakim sanığın ya da katılanın gösterdiği uzman kişinin çağrılmasını 78. Maddede çağrılması hakkındaki dilekçeyi reddettiğinde sonuçta sanık ya da katılan o seçtikleri uzmanı, bağımsız bilirkişiyi mahkeme kapısında getirdiği takdirde hakim bunu dinlemek ve zapta geçirmek durumunda. Geçtiğinde bu ulusal hukuk mekanizmalar açısından hem ulusal üstü hukuk mekanizmaları açısından o kişilerin o şeyleri, tanıklıkları da tutanaklara geçmiş oluyor. Çok fazla tabi konu var, peki ben burada birden durayım.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Teşekkür ediyoruz. Size gelen bir tane soru var.

DR. ALP AYAN - Türkiye İnsan Hakları Vakfı - Ama ben gerçekten süremi tutturmuşum bakıyorum iki dakika galiba aşmışım, yanlış görmüyorsam. Bir müvekkilim daha önce kocasının kafasını duvarlara vurarak dövmesinden dolayı beyninin su topladığını ancak bu olaylar gerçekleştiğinde boşanmak istemediği için şikayetçi olmamış. Artık dayanamadığı için boşanmak istediğini ancak bu durumu şimdi doktor raporuyla belgeleyebilir miyim diye soruyor. Ben de o zaman yapılan bu işkencenin şimdi belgelenip belgelenemeyeceğini soruyorum. Şimdi arkadaşlar ben kendi boyutuma geçmedim dikkat ettiyseniz, geçemedim. Biraz belki Manisa'ya, bazı örneklere girseydik şey yapabilirdik. Tek başına psikiyatri raporu yeterlidir, tüm dünyada norm budur, tek başına psikiyatrisin görüşü kişinin uğradığı travma açısından yeterlidir. Bunu söyleyeyim sanıyorum avukat hanım mesajı almıştır. Eğer anlattığı dönem hekimde o kanaat oluşursa psikiyatri uzmanında, hangi travmayla ilgili olduğu eğer, şimdi post travmatik stres bozukluğu 20 yıl sonra da olabilir, bir filmle ortaya çıkabilir, hemen çıkabilir, travma sürüyorsa evde çıkmaz ayrıldıktan sonra çıkabilir, savaş sürerken olmaz, savaş bittikten sonra olur savaşanlarda. Dolayısıyla kesin değil tabi, olası başvurulmasında İnsan hakları Vakfı sadece resmi gözetim altındaki yerlerdeki

mağdurlarla ilgili rapor düzenliyor ama birlikte bir formül geliştirilebilir diye düşünüyorum, soru sahibi kimse.

AV. MUSTAFA KEMAL KÖSELER - Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu Üyesi - Teşekkür ediyoruz. Öğleden sonraki oturum saat 14:00'da başlayacak, Sayın Ayan'a plaketini vermek üzere Ankara Barosu Sağlık Hukuku Kurulu üyesi Sayın Zeynep Balaban' ı kürsüye davet ediyorum.

DR. ALP AYAN - Türkiye İnsan Hakları Vakfı- Dağınık olduysa özür diliyorum teşekkür ediyorum.

VII. OTURUM

SAĞLIK SİGORTASI

Oturum Başkanı

PROF. DR. SARPER SÜZEK

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Buyursunlar sayın hocalar. Sayın katılımcılar Sağlık Hukuku Kurultay'ının VII. ve son oturumuna hoş geldiniz. Bilindiği gibi oturumumuzun konusu Sağlık Sigortasıdır. Önemi malum ortada. Tabiatıyla bu konuda ve genel olarak sağlık hukuku konusunda böyle bir toplantı düzenleyen, sempozyum düzenleyen Ankara Barosu'na ve Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne biz de kendi açımızdan teşekkür ediyoruz, minnetlerimizi sunuyoruz, çok önemli bir konudur. Ayrıca bu konunun böyle multi disipliner olarak hem hukukçular, hem hekimler tarafından, hocalar ve uygulamacılar tarafından ele alınması da bence bilimsel açıdan çok önemli bir aşamayı ifade ediyor. O bakımdan da çok mutluyuz. Sempozyumumuz da gayet başarılı olarak sürmektedir. İleride yayınlanarak daha geniş kitlelerin de yaralanmasına sunulacaktır. Ben deniz Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi hocalarından Sarper Süzek. İlk konuşmacılarımız Sayın Profesör Doktor Ali Rıza Okur, kendisi Marmara Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi öğretim üyesidir. Kendisini anlatmaya lüzum yok çünkü hepiniz yayınlarından ve faaliyetlerinden kendisini en iyi şekilde tanıyorsunuz, sosyal güvenlik hukuku konusunda, sağlık hukuku konusunda otoritedir. Kendisi mevcut sağlık sigorta sistemini bize anlatacak. Diğer konuşmacımız yine fakültemizin çok değerli öğretim üyelerinden Yardımcı Doçent Levent Akın. Levent Akın da yayınlarıyla bu alanda çok hizmet etmiş seçkin bir genç öğretim üyemiz. O da meslek hastalığından doğran hakları bize anlatacak. Uygulamamıza paralel olarak yine sorularınızı, sorular dağıtılacak değil mi, kağıtlar dağıtılacak, sorularınızı yazılı olarak bize vereceksiniz. Sayın konuşmacılarımız konuşmaları bittikten sonra bu soruları yanıtlayacaklar. Sayın ali Rıza Okur!a haklı bir iyilik yapılmış, kendisine biraz daha fazla zaman tanınmış. Yarım saat süreleri var, bunu, süreyi uygun kullanacaklarını ümit ediyorum, buyursunlar Sayın Hocam.

Mevcut Sağlık Sigortası Sistemi

PROF. DR. ALİ RIZA OKUR

Marmara Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi

Teşekkürler sayın başkan. Değerli hocalarım, değerli konuklar, sevgili öğrenciler. Davetiyede benim konum mevcut sağlık sigortası olarak ifade edilmiş. Çok düşündüm mevcut sağlık sigortası deyince oldukça zorlandım. Dolayısıyla mevcut sağlık sigortası olarak 5510 sayılı genel sağlık sigortası var fakat henüz yürürlüğe girmedi. Onun yerine biliyorsunuz 2006'da 5502 sayılı yasa yürürlüğe girdi. Şimdi 5502 yürürlüğe girdi, 5510 yürürlüğe giremedi. Şimdi 5502 yürürlüğe girdi tek çatıyı sağlamak üzere. SSK, Bağ-Kur, Emekli Sandığı kurum olarak buraya devredildi, bütün aktif, pasif ve personeliyle birlikte. 5510'un misyonu da 506, 1479, 5434 sayılı yasaların yerine geçmek idi, fakat böyle bir imkan olamadı. Olmayınca şöyle düşündüm ben, mevcut sağlık sigortası deyince bunları ele almak gerekecek. O da zaten hepinizce bilinen şeyler, dolayısıyla şöyle bir ara yol izlemek düşüncesindeyim, yani başlığımı ben Türk hukukunda sağlık ve sağlık sigortaları olarak sunmaya çalışacağım. Önce bu semineri düzenleyen arkadaşları kutluyorum, sonra teşekkür ediyorum. Çünkü biz bu ortamı, bu zemini kolay, kolay bulamıyoruz. Sağlıkçılarla hukukçuları bir araya getirmek büyük bir olay. Birinci gün katılamadım dersim vardı, ikinci günden itibaren katıldım ve birbirinden güzel, birbirinden hoş tebliğler dinledik. Adeta bir çiçek buketi. Her an buraya oturan arkadaş çok ilginç şeyler getirdi gündeme. Ama tabi izlemek bir hayli zor. Çünkü bir kısmına aşinayız, bir kısmını ilk defa duyuyoruz ama yine de çok güzel bir panoramik gösteri oldu gözlerimizin önünde ve bunun sürüp gitmesi lazım. Multi disipliner olarak bu işin bir an evvel gerçekleştirilmesi lazım. Çünkü gündemde bir genel sağlık sigortası var. İptal edilen 5510 sayılı yasanın yerine konmak üzere. Hazırlıklar var ve sabahleyin öğrendim internet ortamına yasayı yansıtmışlar fakat maalesef burada yine huzurunuzda bir borç olarak bunu görüyorum. Siyasi iktidarın bazı alanlarda gösterdiği hassasiyeti bazı alanlarda göstermediği durumunu size yansıtmak ve paylaşmak istiyorum. Üniversiteler yetişmiş elemanlarıyla her konuda devletin hizmetinde. Dolayısıyla bizler ihtiyaç duyulduğu anda bu hizmeti herkese sunmakla görevliyiz, yükümlüyüz.

Bu olay Medeni Hukuk' ta yaşandı, rahmetli Selahattin Sulhi Tekinay büyük çapta bu olaya destek verdi. Ceza Hukuku alanında yaşandı rahmetli Sulhi hoca büyük çapta yasanın çıkmasına destek verdi. İş hukukunda yaşandı 15 seçkin hocamız tasarının hazırlanmasında ve yasalaşmasında bayağı büyük gayret sarf ettiler. Fakat sosyal güvenlik alanına gelince nedense siyasi iktidar buna ihtiyaç duymadı. İş hukukçularının hepsi sosyal güvenliğe fazla ilgi göstermez, yani yine bilirler ama bazı hocalar kadar yoğun ilgi göstermezler. Dolayısıyla sosyal güvenliğe özel ilgi gösteren hocalarımızın sayısı 8'i, 9'u geçmez. 9 kişiyi bir araya toplasanız rahatlıkla bu konuda brifing alırsınız, karşılıklı görüşlerinizi dinleyebilirsiniz, taslakları olgunlaştırabilirsiniz.

Ama maalesef sosyal güvenlik yasa tasarılarının hazırlanışı sırasında ki çok iddialı çıkıldı, 2003'lerden sonra yeni bir sosyal güvenlik reformu içeriği hazırlandı. Ve bunun yasalaşması aşamasında hiçbir şekilde üniversitelerle, özellikle bu bahsettiğim 8-9 hocayla temas kurulmadı. Oysa kurulsaydı çok daha verimli olurdu ve boşuna zaman kaybetmezdik. Belki de hep birlikte hazırlasaydık Anayasa Mahkemesi'nin 5510'un bazı hükümlerini iptal etmesi gerçeğiyle karşı karşıya kalmazdık. Ama maalesef bugün bu noktadayız, yine biz tek taraflı olarak gayret edeceğiz, kritik edeceğiz, çalışacağız, bilgi dağarcığımızı devreye sokacağız, aydınlatmaya çalışacağız, olduğu kadar, dinlerlerse dinlerler, dinlemezlerse, biz hiç değilse kendi yükümlülüğümüzü yerine getirmiş oluruz.

Sağlık Kurultayıyla ilgili olarak şöyle bir öneri mi desem yoksa geçmiş tecrübeleri mi desem sunmak isterim, bu genel bir davranış biçimi zaten, herhalde zannediyorum bu da Türkiye'ye has. Bir şeyi yapmaya başlıyorsunuz, bir yere kadar geliyor, yarım kalıyor. Siz çekiliyorsunuz yerinize başkaları geliyor, bayrağı onların alıp sürdürmesi lazım. Ama bir bakıyorsunuz yapılanların hepsini yıkmışlar, yeniden oluşturmaya başlıyorlar. Bu sağlık kurultayları Yıldırım Aktuna zamanında birincisi yapıldı ve bayağı da geniş çapta çok önemli şeyler söylendi, yapıldı, yazıldı, basıldı. Sonra gelen sağlık bakanları sanki o zamana kadar hiçbir şey yapılmamış gibi, ki onun içinde genel sağlık sigortası da vardı, ondan sonra gelenler bıraktılar sıfırdan başladılar, böylece Türkiye boşu boşuna yıllarını kaybetmiş oldu. Oysa genel sağlık sigortası için geçirilecek, boşa harcanacak zamanımız yok. Bir an evvel çıkması lazım bunun. O nedenle Anayasa Mahkemesi'nin iptaliyle bunun gecikmesi de bizleri bir hayli üzdü. Çünkü Türk toplumunun buna şiddetle ihtiyacı var ve mükemmel bir sağlık sigortasına ihtiyacı var. Çünkü genel sağlık hepimizi, bütün Türkiye'yi çok yakından ilgilendiriyor. Önce sağlık. Nitekim Perşembe günkü tebliğlerde bunun farkına varmışsınızdır, görmüşsünüzdür, sağlık hakkı, en kutsal, en temel hak ve Anayasa Mahkememiz de bunun farkında ve o kadar farkında ki ilginç bir Anayasa Mahkemesi kararını aktaracağım nitekim hocalarım da burada tebliğleri sırasında söylediler. Sağlık hakkıyla yaşam hakkının sıkı ilgisini vurguladılar. Sağlık hakkıyla yaşam hakkının bire bir bağlantısı var, ilgisi var. Ve bununla ilgili olarak da Anayasa

Mahkemesi'nin 506 sayılı yasanın 34. maddesinin iptaline ilişkin bir kararı var 91 yılında. Çok ilginç bir karar. İlginçliği de şuradan geliyor, yine biliyorsunuz Anayasanın ikinci bölümü temel haklara ayrılmıştır, sağlık, yaşam hakkı orada yer almıştır. Bir de ekonomik ve sosyal haklar vardır, o da üçüncü kısımda yer almıştır. Sosyal güvenlik hakkı, sağlık hakkı da orada düzenlenmiştir ve orada da bir 65. maddesi vardır Anayasanın; devlet bu bölümdeki görevlerini mali imkanları ölçüsünde yerine getirir diye sınırlayıcı bir hükümdür.

Dün tebliğlerden birinde o da geçti, sınırlayıcı bir hüküm olduğu için bu sınırlı bir şekilde yapılabilir gibi söylendi ama Anayasa Mahkemesi bakın bunu nasıl aştı. Çünkü o karar oy okluğuyla çıkan bir karardır bir iki de muhalifi vardır, muhalefet nedeni de 65. madde. Diyor ki 65. maddeye dayananlar devlet bunu kendi imkanları ölçüsünde yerine getirecek, mali imkanları yeterli değilse yapmayacak. Konu şu; 34. maddedeki 18 aylık sınır. Sağlık yardımları sigortalı iyileşene kadar devam eder, ikinci fıkraya göre 6 aya kadar devam eder, en fazla 18 aya kadar sürer. Yani 6 aya kadar devam eder ama iyileşme umudu varsa 18 aya kadar devam eder ve 18 ay sonra artık bırakacaksınız yardım etmeyeceksiniz, sağlık yardımlarını keseceksiniz. E bu tabi korkunç bir hüküm, 18 ay sonra sigortalıyı ölüme terk ediyorsunuz. Öbür tarafta haklı taraf da var, 65. madde var imkanım yok diyor sosyal sigortalar kurumu ben bu kadarını yaparım diyor, daha fazlasını yapamam. Bakın Anaysa Mahkemesi bunu nasıl aşıyor? Sağlık hakkı temel bir haktır ve yaşam hakkının ayrılmaz bir parçasıdır. Yaşam hakkı anayasanın ikinci bölümünde düzenleniyor, temel haklardandır ve orada herhangi bir sınırlama yoktur.

Dolayısıyla yasadaki 18 aylık sınır yaşam hakkına aykırıdır, bunun özüne dokunur, o yüzden 18 aylık sınırın iptali gerekir. Çok güzel bir karar, çok ileri bir karar. Gerçi aynı performansı Anayasa Mahkemesi her zaman gösteremiyor ama burada bayağı başarılı bir karar vermiş oldu. Fakat yine bunun bir uzantısı 37. madde o geçici iş görmezlik ödeneğiyle ilgili olarak, orada da aynı şekilde 18 aya paralel olarak geçici iş görmezlik ödeneğinin de 18 ayla sınırlı olarak verilmesi konusu var. 18 aydan fazla geçici iş görmezlik ödeneği veremiyorsunuz. Şimdi Anayasa Mahkemesi 34'ün ikinci fıkrasını iptal edince 37'yi de iptal etmeliydi. Çünkü sağlık yardımları için koyduğunuz 18 aylık süre kaldırılınca sağlık yardımları 18 aydan sonra da devam edecek fakat 37. Madde gereğince 18 ay sonra geçici iş görmezlik ödeneğini keseceğiz. Sigortalı ne yiyip içecek, ailesini nasıl geçindirecek? Mümkün değil. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin yasasında da buna işaret var, 29. madde var, diyor ki herhangi bir hükmü iptal ettiğiniz zaman, anlamsız, misyonsuz kalan bir başka hüküm varsa talep olmasa da onu da iptal edebilirsiniz. Nitekim birazdan vurgulayacağım 5510 sayılı yasanın memurlarla ilgili kısmını iptal ederken buna dayandı. Açıkça talep olmamasına rağmen 5510'un kapsamını düzenleyen 60. maddedeki kamu görevlileriyle ilgili (c) bendini Anayasanın 128. maddesine aykırı bularak iptal etti, herhangi bir

talep olmamasına rağmen 29'u kullandı. Burada da aynı şekilde çok daha temel, sağlıklı, açık bir hüküm, yorum mümkün iken bunu yapmadı.

Sağlık yardımlarına ilişkin süreyi kaldırmışsınız, 18 aydan sonra da tedaviyi sürdüreceksiniz ama geçici iş görmezlik ödeneğini 18 aydan sonra keseceksiniz. Sigortalının yaşaması mümkün değil. Dolayısıyla onu da bu 29'a dayanarak iptal etmek pek ala mümkün idi fakat yapmadılar. Yapmadılar ne oldu, ta 1998'e kadar beklendi, 98 yılında ikinci bir iptal davası yine 10. Daire açtı, orada da 37'deki 18 aylık sınırın iptali istendi. Tabi bu durumda Anayasa Mahkemesi onu da inceledi ve haklı olarak bunun da iptalinin gerektiğini vurguladı ve onu da iptal etti. Böylece 34 ve 37 arasındaki çelişki kaldırılmış, giderilmiş oldu. Fakat bir başka şey daha oldu. Biliyorsunuz yine Anayasa Mahkemesi kararları Resmi Gazetede yayınlanınca yürürlüğe giriyor. 98'de verilmiş olan bu karar ne zaman yayınlandı biliyor musunuz; 2005 yılında. Olmayacak bir şey bu, nasıl oldu ben de araştırdım bulamadım, farkına varamadım. 98'de verilmiş böylesine önemli bir karar 2005'de yayınlanıyor resmi gazetede dolayısıyla 7 yıl daha, 8 yıl daha sigortalılar geçici iş görmezlik ödeneği alamadılar Anayasa Mahkemesi kararına rağmen. Ama 5510 sayılı kararla ilgili iptal 15 Aralık 2006'da verildi ve hemen 15 gün sonra da Resmi Gazetede yayınlandı ve böylece de yürürlüğe girdi. Ve Anayasa Mahkemesi kararı yürürlüğe girdiği için yasa 1/1/2007'de yürürlüğe giremedi. Birinci erteleme 1/7/2007, ikinci erteleme 1/1/2008. Bakalım 1/1/2008'de yürürlüğe girebilecek mi, giremeyecek mi? Şimdi sosyal güvenliğin sağlıkla ilgili kısmında, hatta sosyal güvenliğin bütününde, tüm dünyaya baktığımız zaman iki temel sistem görüyoruz; ulusal sistemler ve sosyal sigorta sistemleri. Bunun dayanağı tarihçe olarak 1930'lara gider ve 1930 dünya ekonomik krizi nedeniyle sigortalıların korunması, daha doğrusu muhtaçların korunması açısından iki tür sistem benimsenir. Biri İngiltere ve o hukuk sistemini uygulayan ülkelerin benimsendiği ulusal sosyal güvenlik veya ulusal sağlık sistemi, diğeri de Almanya'da benimsenen ve Biscmark'ın önderlik ettiği sosyal sigorta sistemi. Bazı ülkelerde bu 1930'lardan yıllarca sonra tabii ikisinin karması olan bazı sistemler de geliştirdiler ve bizim Türk hukuk sistemi de ona benzer bir sistem oldu ama ne zaman? 1964'den sonra Sosyal Sigortalar Yasasının kabulüyle. Çünkü Sosyal sigortalar Yasası genel bir yasa ve sigorta sistemine dayalı bir yasa. Peki o zamana kadar sağlık nasıl gelişti?

Cumhuriyetin sağlık konusuna özel bir bağlılığı var, özel bir itinası var. Şimdi vereceğim rakamlar belki daha önce verilmiş olabilir ama tekrarlamaktan kaçınmam söz konusu değil. Şimdi Cumhuriyet döneminde çıkan sağlıkla ilgili mevzuatın dökümünü vereceğim size. Yasa, tüzük, kanun hükmünde kararname ve tebliğ olarak. 54 tane kanun, 1 kanun hükmünde kararname, bakanlık teşkilatıyla ilgili, 21 tüzük, 74 yönetmelik ve 8'de tebliğ. Bu Lebib Yalkın'da iki cilt olarak sağlık mevzuatı diye geçiyor ve 3.000 sayfaya yakın. Yani cumhuriyet döneminde çıkmış 3.000 sayfaya yakın bir sağlık mevzuatımız var. Hatta çok ilginçtir bu

mevzuattan bir kısmı Atatürk döneminde çıkarılmıştır ve bir tanesinin altında İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Nizamnamesinin altında Cumhurbaşkanı olarak Atatürk'ün, Başbakan olarak da İnönü'nün imzası vardır ve hala geçerlidir. Böylesine yoğun bir sağlık düzenlemesi içindeyiz. Bu ulusal sağlık sistemine benzer bir sağlık sistemi. Çünkü bakanlığın kuruluşunu, yine bakanlığa bağlı olarak onun denetlemesi gereken özel hastaneleri, kamu hastanelerini, tabiplerin nasıl yetkili kılınacağını vesaire 54 tane yasa var. Bunlardan önemli olanlarını okuyup geçeceğim.

Hususi Hastaneler Kanunu, 2219 sayılı. Sağlık Bakanlığı Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname, 181 sayılı. Sağlık Hizmetleri Temel Kanunu, 3359, 1987 tarihli. Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında Kanun, 224, 1961 tarihli. Tababet ve Şuabat Sanatlarının Tarzı İcrasına dair kanun, 1219 sayılı. Türk Tabipler Birliği Kanunu, 6023, 1953 tarihli. Umumi Hıfzı Sıhha Kanunu, 1593, 1928 tarihli. İspençiyari ve Tıbbi Mustahsarlar Nizamnamesi, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi, Tıpta uzmanlık Tüzüğü, Türk Eczacıları Deontoloji Tüzüğü, Evde Bakım Hizmetleri Yönetmeliği, 2005 tarihli. Burada şuna işaret edeyim, bu evde bakım hizmetlerinin yürütülmesi için özel bir yönetmelik. Almanya'da, Hollanda' da ve diğer bazı Avrupa Ülkeleri'nde bakım sigortası diye yeni bir sigorta dalı çıktı ve bir iki yıl oldu bunu yürürlüğe koyalı. Biz de bunun tarihi 2005. 2005 tarihli bir yönetmelikle biz evde bakım hizmetlerini düzenlemişiz zaten. Hasta Hakları Yönetmeliği, 1998. Tebliğ'lerden birinde de geçti. Ve nihayet ödeme gücü olmayan vatandaşların tedavisinin devlet tarafından sağlanması, Yeşil Kart Yasası olarak bildiğimiz yasa. Bunlar sadece bir kısmı. Daha bunun gibi 54 tane yasa, tüzük, yönetmelik ve tebliğ mevcut. Her biri, birbirinden önemli olmak üzere. Şimdi gerek Anayasa, gerek diğer yasalar sağlığa özel bir önem veriyorlar ve bu nedenle de karma bir sistem 64'le beraber bizde uygulanmaya başlanıyor fakat yapılmayan bir şey var. Bu mevcut mevzuat işte 54 kanun ve diğerleri, sigorta sistemi devreye girince bir türlü bağdaştırılamıyor birbirleriyle. Aynı yanılgıya genel sağlık sigortası döneminde de düştük. Genel sağlık sigortası da hazırlanırken mevcut yasal düzenlemeler değerlendirilmedi. Sanki yokmuş gibi çok farklı düzenlemeler yapıldı ve dolayısıyla bu sistemi allak bullak etti ve o nedenle de başarılı bir biçimde bir türlü temele oturtulamadı.

Oysa madem ki böyle bir sistem var, bu sistemin üzerine bir şeyler koymak lazım ve bu verilerden hareketle gerçeğe ulaşmaya çalışmak lazım. Hatta o kadar göz ardı edildi ki burada sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesi hakkında 224 sayılı bir yasa var, 1961'de çıkmış ve 61 tarihinden sonra ancak doğudan başlayıp batıya doğru gelişmek koşuluyla tüm sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesini öngören bir yasa ve bu adeta İngiliz sistemini andırır bir gelişme ve çünkü sağlık hizmetlerini bedelsiz, karşılıksız verecek, sigortayla bir ilgisi yok bunun. Bu yasa varken ve 61'den beri yürürlükteyken ve 90'larda neredeyse tüm Türkiye'ye yayılmış durumda iken, sağlık ocakları kanalıyla, birden bire önce 1964 de 506

sayılı yasa çıkıyor, hastalık sigortası işçiler için devreye giriyor, arkasından 657 sayılı Devlet Memurları Kanununda onlara sağlık yardımı yapılması için özel düzenlemeler geliyor, 188 ve 209. maddelerinde, arkadan 5434 sayılı Emekli Sandığı Yasası'nın geçici 183. maddesinde emeklilere sağlık yardımı konusunda bazı hükümler getiriliyor ve bunların üçü de sigorta sistemine bağlı.

Çünkü primlerle çalışıyor ama öbür tarafta Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleştirilmesi Hakkında 224 sayılı yasa var. Bunun sosyal sigortayla bir ilgisi yok çünkü prim aranmıyor. Doğrudan doğruya hazineden karşılanan bir sistem. O zaman tam bir ikilem içindeyiz. Şimdi bir de son anda 5510 sayılı yasayı hatırlayın, o da bir sigorta sistemi, genel sağlık sigortası, adı üstünde zaten ve devletin, sigortalının, işverenin verdiği primlerle karşılanıyor. %12,5 primi var, 5'ini sigortalı veriyor, 12,5'uğunu işveren veriyor ve toplam üzerinden de devletin sağlık için %3 ve %5'de malullük, yaşlılık olmak üzere bir katkısı var. Demek ki sigortaya dayalı bir olay. Peki sigortaya dayalı bir sistemle ulusal sağlık sistemi olarak öngördüğümüz sağlık hizmetlerinin sosyalleştirilmesine yönelik 224 sayılı yasayı aynı anda nasıl uygulayacağız? Bu yasayı hazırlayanların bundan haberi yok muydu? Ben bunu çözemedim ve genel sağlık sigortası yani 5510 sayılı yasa, sosyal sigorta ve genel sağlık sigortası yasası birinci basamak hizmet olarak aile hekimliğini öngörüyor. Şimdi aile hekimliği birinci basamaksa 224 sayılı Yasada öngörülen birinci basamak sağlık ocağı. Sağlık ocakları ne olacak? Bu ikisini bağdaştırmak gerekiyor. Bu ikisini bağdaştırmak pekâlâ mümkün. Birinci basamağı sağlık ocağı ve aile hekimliği dersin iş bir yerde bağlanır, birbirini tamamlar bu iki sistem. Ama yok, sanki böyle bir sistem yokmuş gibi aile hekimliği birinci basamak diyerek işe başladılar. Ve hatta aile hekimliği birinci basamak dendi ve bunun ön hazırlığına da başlandı. Nasıl başladı? 5258 sayılı yasayla, "Aile Hekimliği Pilot Uygulamalarıyla İlgili Kanun", 24-11-2004 tarihli, daha genel sağlık sigortası çıkmadı. Onun çıkmasına hazırlık olmak üzere, aile hekimliği pilot uygulaması hakkında kanun çıkarıldı. Bu kanun ne yapacak? Aile hekimi yetiştirecek. Pilot bölgelerde aile hekimi yetiştirecek. Yasa çıktığı zaman 2006'da, bu aile hekimleri hazır olacak. Türkiye çapında hemen görevlendireceksiniz. 1. basamak olarak, genel sağlık sigortası başlayacak. Aile hekimliği, 4 yıllık uzmanlık gerektiren bir eğitim. Nasıl olacak bu; 3 – 4 aylık stajla, pratisyen hekimleri, aile hekimi mi yapıp göndereceğiz? Bu da mümkün değil.

Dolayısıyla, Genel Sağlık Sigortası iptal edilmeseydi dahi zaten ölü doğmuştu. Çünkü birinci basamağı yoktu. Bir başka gelişme daha 5510'a hazırlık olmak üzere, bazı kamu kurum ve kuruluşlarının ait sağlık birimlerinin, Sağlık Bakanlığı'na devredilmesi hakkında kanun. 5283 06.01.2005'de kabul edilmiş, resmi gazetede 19.01.2005 de yayınlanmış. 2005 de yayınlıyorsunuz, amaç ne? Kamunun elindeki sağlık birimlerini, sağlık bakanlığına devretmek. Böylece genel sağlığa geçişte, sağlık hizmet sunucu potansiyelini geliştirmek. Öyle ya,

hizmet sunucu olarak çok dağınık bir uygulamamız var bizim. Üniversiteler, bakanlıklar, sosyal sigortalar, ordu ve bunun gibi 7- 8 farklı gurup, hizmet sunuyor. Bu hizmetler bu kadar dağınık olunca, genel sağlık sigortası açısından bunu teke indirmeniz, tek elden yönetmeniz, yönlendirmeniz mümkün değil. Dolayısıyla, bunu uygun, makul karşılayabilirsiniz. Ancak hemen yasanın 2. maddesine bakın. 2. madde diyor ki; bu kanunun amacı, kamu kurum ve kuruluşlarına ait sağlık birimlerinin, Sağlık Bakanlığı'na devredilmesi ile ilgili usul ve esasları belirlemektir. Gayet güzel ama 2. madde, bu kanun Cumhurbaşkanlığı, Yüksek Mahkemeler, Sayıştay, Türk Silahlı Kuvvetleri, Milli İstihbarat Teşkilatı, üniversiteler, mahalli idareler ve mazbut vakıflara ait sağlık birimleri hariç olmak üzere. Bakanlıkları, Bakanlığa bağlı ilgili ve ilişkili kuruluşları ve diğer kamu kurum ve kuruluşlarını kapsar diyor. Ne oldu, yasa ne oldu? Başlığı ne diyor? Kamu kurumlarının, Sağlık Bakanlığı'na devri. Ondan sonra, sıralanmış bir sürü kurum. Onlara dokunmayacaksın. Onlara dokunmayacaksam, nereden nasıl bulacağım ben genel sağlık hizmeti sunacak kurumları? Bu da anlaşılır gibi değil. Bu yasa, sadece sosyal sigortalara uygulandı, sosyal sigortaların elindeki bütün sağlık üniteleri, bakanlığa devredildi ve bir de PTT'ye uygulandı, bu kadar. Başka bir uygulamasını görmedik biz bu yasanın. Ve sonradan da anladık ki, bu uygulamanın amacı, Sağlık Bakanlığı elinde toplanan bu kurumların özel sektöre devri ve oradan bakanlığa bir takım paralar kazandırmakmış. Simdi bulabilirsem o yasaların ismini, numarasını da. Bakın 2004'de 5220 sayılı kanun, diğeri de yine 2004'de 5227 sayılı kanun. Bu kanunların içeriği bakanlığa devredilen ve bakanlığın gerek görmeyeceği sağlık birimlerinin, satılması veya özel sektöre devrini öngörüyor.

Bu genel sağlık sigortası çalışmaları bizde yeni değil. Bunun bir de geçmişi var. Bakın: 1945'de 67'de 68'de 74'de ,81'de, 84'de, 90'da, 97'de, 98'de bu yolda çabalar var. 5 yıllık kalkınma planlarımıza, bu yolda hükümler koymuşuz. Yani bu bizim, öteden beri temel bir arzumuz, Türkiye'nin genel sağlık sigortasının çıkarılması. Dediğim gibi, bunu ayakları yere basacak bir biçimde çıkarmalıydık ki,herhangi bir terslik ile karşılaşmayalım. Ama çıkar çıkmaz, beş ay sonra Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildi ve çok da acı oldu diye düşünüyorum. Şimdi bugüne gelirsek, ne oldu? 5510 numaralı yasanın 23 maddesi iptal edildi. Bekliyoruz yürürlüğe girsin diye.

Peki, ne oldu? Birden bire 2007'de iki sürpriz uygulama ile karşılaştık. 2 tane tebliğ çıktı. Biri işçilere ve Bağ-Kurlulara yönelik, diğeri devlet memurlarına yönelik. Tebliğin içeriğinde ne var biliyor musunuz? 5510 sayılı yasada öngörülen sağlık hizmetlerinin, tebliğ ile düzenlenmiş şekli. Neredeyse aynı. Vatandaş nasıl başvuracak özel kurumlara, kamu kurumlarına. Hangi konularda başvuracak, ne kadar para kesilecek, ne kadar ücret verecek vesaire. Yani 5510'da ne varsa, bu tebliğlerde de bunlar var. Bu tebliğler eskiden talimat diye çıkıyordu. Maliye Bakanlığı tarafından, memurlar için çıkıyordu. Şimdi, bu talimat tebliğ olarak

çıktı ve uygulanmaya başlandı. İçeriğine katılmamak mümkün değil.

Çünkü büyük ihtiyacı var vatandaşın bu tür sağlık hizmetlerine doğrudan ulaşabilmesine. Şimdi bunun yolunu açıyor, açıyor ama tebliğlerin yasal dayanağından kuşkuluyum ben. Çünkü hiyerarşik olarak bakarsanız, bizim bir piramidimiz var, normlar piramidi. Mevzuat dediğimiz anayasa, yasa, yasa gücünde kararname, tüzük, yönetmelik. Tebliğ onun altında.

Peki, bu tebliğin çıkması için üst kurallarda anayasa olamayacağına göre yasa, tüzük, yönetmelik bunu öngörecek ki ona göre biz de ayrıntıyı düzenlemek için, tebliğ hazırlayalım. Ama bu tebliğlerin çıkmasını öngören herhangi bir yasal düzenleme yok Yani adeta bunlar birer korsan tebliğ, dayanağı olmadığına göre. İçerik olarak katılamamak mümkün değil ama böyle hukuku yozlaştırıyoruz gibi geliyor bana. 5510'la yapamadığınızı, tebliğ ile yapıyorsunuz. O zaman, 5510'u doğru dürüst çıkaralım, adam gibi çıkaralım, el birliği ile çıkaralım. Biz tüm katkımızı vermeye hazırız. Yeter ki vatandaşlarımız istifade etsin, yararlansın. En temel, en doğal sağlık hakkından mahrum kalmasın.

Sözlerimi, Kanunu Sultan Süleyman'ın bir beyiti ile bitireceğim;

Halk içinde muteber bir nesne yok devlet gibi,
Olmaya devlet cihanda bir nefes sıhhat gibi.

Bu sıhhatin kıymetini bilmemiz gerekiyor diye düşünüyorum. Çok teşekkürler.

PROF. DR. SARPER SÜZEK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Sayın Profesör Doktor Ali Rıza Okur'a çok teşekkür ediyoruz. Sağlık hakkının ve sağlık sigortasının en temel sorunlarını, her zamanki gibi büyük bir ehliyet ve vukuf ile bize anlattılar. Ne gibi hukuki sorunlarla ve çelişkiler ile karşı karşıya kaldığımızda ortada. Bunlara gerçekten acilen çözüm bulmak gerekiyor. Ben çok kısaca, kendisi de iki kere üzerinde durduğu için önemi nedeni ile bir hususu vurgulamadan geçemeyeceğim. O da gerçekten yasaların hazırlanmasında katılımcı yöntemin ve bilimden yararlanmanın önemidir. Gerçekten Sayın Profesör de belirttiler, örneğin iş kanunu tamamen katılımcı bir yöntem ile hazırlanmıştır. 3 tane hükümet temsilcisi, 3 tane büyük işçi federasyonu temsilcisi ve 3 tane de işveren konfederasyon temsilcisi 9 profesörden oluşan bir heyet tarafından hazırlanmıştır. Yani bu yöntemle bir taşla iki kuş vurulmuştur. Nasıl hem katılımcı bir yöntemle bütün sosyal tarafların ilgililerinin temsilcileri böyle bir komisyonda yer almıştır hem de öğretim üyeleri bilimsel katkılarını getirmişlerdir. Ve bu yöntem Birleşmiş Milletlerin Uluslararası Çalışma Teşkilatı tarafından, ILO tarafından bütün dünyaya bir örnek olarak gösterilmiştir, büyük bir övgü ile karşılanmış ve kayıtlara geçmiştir. Aynı yöntemin sosyal sigortalar, sosyal güvenlik ve sağlık sigortası kanunun hazırlanışında da uygulanmaması için hiçbir sebep yoktu. Eğer

yeteri kadar demokrasiye katılımcılığa saygılıysak gerçekten Sayın Okur'un da belirttiği gibi bu yöntemleri artık benimsemek zorundayız. Aynı şeyi ben belki konu burada uzak ama anayasa için de düşünürüm. Anayasa hazırlanırken de bütün sosyal tarafların, bütün ilgililerin katkıları alınmalıdır. Bilimin katkıları alınmalıdır. Bu kadar temel bir kanun da sosyal güvenlik kanunun da bu şekilde özensiz bir hazırlık işte Sayın Profesörün belirttiği pek çok sorunu ve Anayasa Mahkemesi'nin iptallerini gündeme getiriyor. Bunu belirtmek istedim

Şimdi sıra Sayın Yardımcı Doçent Doktor Levent Akın'da. O da sağlık hakkımızın sağlık sigortasının çok önemli bir sosyal yarasına meslek hastalıklarına değinecek gerçekten de burada ne gibi sorunlar ile karşı karşıyayız onları görmüş olacağız. Buyursunlar

Meslek Hastalığından Doğan Haklar

DOÇ. DR. LEVENT AKIN
Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Çok teşekkür ederim Hocam.

Değerli misafirler ben meslek hastalığının yarattığı sorunlar ile ilgili olarak birtakım tespitlerde bulunmak istiyorum süre çok dar. O nedenle çalışma yaşamındaki hastalıklarının en belirgin özelliği olan meslek hastalıkları konusunda birkaç şey söyleme gereği duyuyorum. Bir kere ilk önce meslek hastalığının çok küçük birkaç tarihi bilgisi ile başlamak istiyorum. Birkaç araştırma yaptım oradan şu verilere ulaştım. Bir kere meslek hastalıklarının tarihçesi çok eski yıllara dayanıyor. Yaklaşık 2000 bin yol önce tehlikeli tozlar için bir maske önerilmiş. Tarihte böyle bir veri var. 2000 bin yıl önce bunu görmüşler. Yine 2.yy de madencilerin hastalıkları hakkında bilgiler edinilmiş. Bu konuda birtakım veriler ortaya konulmuş 2.yüzyılda. Yine iş yeri hekimleri ile ilgili ilk kitap 15.yy da yazılmış. Ülkemizde konuya ilişkin ilk düzenlemeler Osmanlı İmparatorluğu'nda 19.yüzyıl civarında Dilaver Paşa nizamisiyle başlamış o günden bugüne de meslek hastalıkları konusunda çok büyük bir değişlik ve gelişme olmuş. Ancak bu değişmeye rağmen, gelişmeye rağmen değişmeyen bir şey var ki meslek hastalıkları artarak büyüyen bir sorun olarak varlığını koruyor.

Bu konuda birtakım veriler toplamaya çalıştım durumun rakamsal göstergeleri çok çünkü çarpıcı hale getiriyor konuyu. Yine veriler sunu gösteriyor. 1 yıl içinde dünyada 125 milyon tane iş kazası oluyormuş 160 milyon tane meslek hastalığı oluyormuş ve 160 milyon meslek hastalığının 16 milyonu sakatlık yaratıyormuş. Yine ILO'nun tahminlerine göre yalnızca meslek hastalıkları nedeniyle yılda en az 1,6 milyon kişi oluyormuş. ILO'nun raporu bunu söylüyor. Bu konuda bir kıyaslama yaptım dünyadaki oranlar ile Türkiye'deki iş kazası meslek hastalıkları oranlarına. Şöyle bir veri çıkıyor, bu çok enteresan bir veri; şimdi dünyaya baktığınızda 100 tane iş kazası meslek hastalığı toplamından 56 tane iş kazası 44 tanesi meslek hastalıkları her 100 olaydan 56'sı iş kazası 44 tanesi meslek hastalıkları. Türkiye'de çok güzel. Türkiye'de meslek hastalıkları sorunu çözülmüş öyle görünüyor. Türkiye'de 99 tane iş kazası 1 tane meslek hastalığı çıkıyor. Tabi bu şundan kaynaklanıyor. O şundan kaynaklanana da bir örnek getirdim. Amerika'da 860.000 tane meslek hastalığı tespit edilmiş Türkiye'de

600 civarında benim bildiğim belki artmış belki 1000'e gelmiştir Yani biz hastalıksız bir çalışma yaşamına sahibiz öyle görünüyor. Yine 860.000 meslek hastalığından 61.000 tanesi çok ciddi ölüm vakaları olarak ortaya çıkmış ve 30 milyar dolara patlamış Amerika'ya. Şimdi bu veriler ışığında biraz tahminlere yer verelim. Çünkü meslek hastalığı konusunda hakikaten veri yok. İnternette biraz bakınız istatistiklere birbiri ile çelişen çok rakam ortaya koyabiliyorsunuz. Ama üç aşağı beş yukarı ama o üç aşağı 5 yukarıda bazen 500 milyon ediyor. O verilerle ben birtakım şeyler çıkarmaya çalışıyorum simdi Türkiye'de şöyle bir tahmin yapılıyor. Meslek hastalıkları içinde solumun rahatsızlılıkları en sık görülen modeli meslek hastalıklarının. Ve bunların Türkiye'de tespiti o ki 150.000 tane. Yani Türkiye'de meslek hastalığı olduğu düşüncesi ile arşive giren 150.000 solunum sistemi hastalığı belirlenmiş. Bununla birlikte yine meslek hastalığı versiyonu olarak yapılan bir istatistik gösteriyor ki 1972'de Türkiye'de meslek hastalığını görme oranı binde 18'miş 2003'de binde 8'e düşmüş. Simdi bu veriye baktığınız zaman ilerleme var görünüyor çünkü çok ciddi bir ilerleme var görünüyor yani biz iyiyiz bu durumda görünüyor. Fakat tabii 23 milyon çalışanı var öyle görünüyor Türkiye'nin bunun yüzde 52'si işte genellikle kayıt dışı yüzde 50 olsun bu durum karşısında bizim elimizde çok enteresan bir veri ortaya çıkıyor. 2005 yılı itibari ile Türkiye'de 519 tane meslek hastalığı olmuş tüm Türkiye'de. Ya 23 milyon kişi çalışıyor 500 kişi meslek hastalığına düşmüş Amerika'da 860.000 kişi düşmüş. Bu durum karsısında şu çok daha tuhaf bir rakam. 23 milyonun yarısı kayıt dışında 12 milyonu kayıt içinde görünüyor.12 milyondan 500 kişi tespit edilmiş. Neden? Çünkü bildirim zorunluluğu var. Geri kalan 12 milyon zaten hiç kayıtlarda yok. Muhtemelen kayıtlarda olmama gerekçesi onların sağlıksız koşullarda üretim yapmalarıdır aynı zamanda. O nedenle bizim bunun çok daha üzerinde kayda girebilecek düzeyde yüksek bir meslek hastalığı riski taşıdığımızı söyleyebiliriz. Şimdi normal koşullarda gene öyle bir veri ortaya konmuş sağlıkçılar tarafından normal koşullarda Türkiye'de belirlenen 20.000 ila 40.000 arasında meslek hastalığı öngörülüyor. Yani Türkiye'de yılda bu kadar meslek hastalığının ortaya çıkması lazım, bildirilmesi lazım deniliyor ama 500'de kalıyor. Şimdi bu veriler ışığında Türkiye'de meslek hastalığı konusunda iki şey söylenilebilir bence bir, konuya vâkıf değiliz, iki, saklıyoruz!

Bu durum karşısında meslek hastalığının ne gibi haklar getirdiğini hocam ile de başta da konuştuk acaba nasıl bir yöntem ile bunu biz bizi dinleyen kişilere anlatabiliriz diye. Şöyle bir öneri getirdi hocam da bir örnek üzerinden gidersek belki çok daha çarpıcı olur diye. Bende öyle yapmaya çalışacağım. Şöyle bir çizgi izleyeceğim kısa süre içinde. Bir kişi nasıl meslek hastalığına ulaşır? Kötü bir şey gerçi ulaşılabilir deyince sevindirici bir şey gibi anlaşılabilir ama bir kimsede nasıl meslek hastalığı ortaya çıkar ve ne gibi hakları doğar? Kısa kısa başlıklar halinde gideceğim. Eğer zaten tebliğde ayrıntılarını koymaya çalıştım

yayınlandığında mutlaka göreceksiniz ama elimden geldiğince gene sorularla açmaya çalışırım. Şimdi bu konuda bir kere meslek hastalıklarıyla ilgili haklarımız bizim temelde İş Kanunundaki 5. bölümde ortaya konulan işverene yüklenmiş gözetleme borcuna dayalı olarak ortaya çıkıyor. Yani işverenlerin iş yerlerinde her türlü önlemi almak gibi bir mükellefiyetleri var. Bunun sınırı oldukça geniş yeter ki iş yerinde sağlıklı bir ortam sağlanabilsin.

Şimdi bu konuda meslek hastalığının tanımı konusunda birtakım şeyler size söylenebilir fakat meslek hastalığı öğretide çok sıkı tanımlamalara tabi tutulmuş. Ben o tanımlamaların tümüne baktım şu ortaya çıkıyor. Meslek hastalıklarının temelde iki tane unsuru var. Onu arttıracağız ama iki temel unsur var. Bir hastalık olacak 2.'si de bu hastalık işten kaynaklanacak. Böylelikle meslek hastalığı olacak. Bu konuda yasanın bir tabiri var, tanımı var 11. maddede meslek hastalığı sigortanın çalıştırdığı işin niteliğine göre tekrarlanan bir sebeple veya işin yürütüm şartları yüzünden uğradığı geçici veya sürekli hastalık sakatlık veya ruhi arıza halleridir. Benzer bir tanım biraz daha Türkçe'si düzgün olarak tüzüğe de konulmuş. Sosyal sigorta sağlık işlemleri tüzüğüne dolayısıyla bizim temelde bakacağımız unsurlar bunlar. Vakabulünde 5510 yasada da bir tanımlama var. O tanımlama da büyük ölçüde biraz önce okuduğumla aynı. Dolayısıyla bizim temelde arayacağımız unsurlar bunlar. Peki, o unsurları biraz daha netleştirsek neler karşımıza çıkıyor? Bir kere meslek hastalığının ortaya çıkmasındaki en temel unsur çalıştırılan kişinin işçinin çalıştığı ortamda rahatsızlığa erişmiş olması gerekiyor. Bu konuda birtakım bekleme süreleri getirilmiş. Onlara biz yükümlülük süresi diyoruz yani hastalık hemen ortaya çıkmayacağı için zaten onu iş kazasından da ayırıyor. Birtakım süreler getirmiş o süre içinde onları tek tek söylemeye gerek görmüyorum. 15 günden 3 yıla değişen süreler var o süreler içerisinde hastalığın tespiti halinde sizin meslek hastalığına gidişiniz başlamış oluyor. Bunun dışında tespit edilen işte akciğer solunum hastalıkları, zehirlenmeler, sağırlıklar en belirgin meslek hastalıkları olarak karşımıza çıkıyor. Bununla birlikte şu sorun dünyada tartışılmaya başlanmış uzun süreden beri 2000'li yıllardan beri biz hep meslek hastalığını işyerine özgü olarak anlatıyoruz. İşte toz kaynak yapan kişi, demir yapan kişi ortama yaydığı demir tozları akciğerine geldiğinde birtakım rahatsızlıklara sebep oluyor fakat o demir atölyesi yanındaki berberi kimse düşünmüyor aynı tozları o da soluduğu halde. Acaba biz berbere demir tozundan doğan bir meslek hastalığına yakalanmış diyebilir miyiz diye tartışmış dünya, bu nedenle meslek hastalığını biraz daha geliştirerek çevresel ve mesleksel hastalıklar tabirini kullanmaya başlamışlar ve mevzuatlarını buna yöneltmeye başlamışlar. Yani salt işçiyi korumaya yönelik meslek hastalıklarından ziyade toplumu koruyan daha çevresel etkili hastalıklara yönelmeye başlamışlar ki mevzuatın gelişme seyrinin bu olduğunu görebiliyorsunuz. Bunun dışında meslek hastalığı sayılabilmek için başka bir koşul yasal olarak bunun kabul edilebilir olmasıdır. Bundan amacımız şu; bu

konuda hazırlanmış bir liste var meslek hastalığının sınırlı sayıya numenisklasua bağlı bir yöntemle belirlenmiş o listeden birinden meslek hastalığını tespit edebiliyorsunuz. Peki, o meslek hastalığı o listede yoksa ne oluyor? Buna da bir çözüm üretilmiş. Eğer o listede yoksa sizin bunun işten kaynaklanan bir rahatsızlık olduğunu tespit ettirip ispatlayabilmeniz rapora dökebilmeniz halinde bundan faydalanabilmek mümkün olabilmektedir.

Meslek hastalıklarıyla ilgili 5'li bir sınıflandır yapılmış. 5 guruba ayrılmış meslek hastalıkları. Kimyasal maddelerle oluşanlar mesleki ve cilt rahatsızlıkları pinamokonyoz ve diğer mesleki solunum sistemli hastalıkları ki yüzde 70'ini bu oluşturuyor zaten. Mesleki bulaşıcı hastalıklar ve fiziki etkenlerle olan meslek hastalıkları. Bu söylenen hastalık gurupları dışında birde mesleki hastalıklara yol açan etmenler var bence bu daha önemli bu da 5'li bir sınıflandırma. Bir kimyasal kaynaklı olanlar var işte gazlardan çözücülerden kaynaklananlar fiziksel kaynaklı olanlar gürültünde vesaireden biyolojik nedenli olanlar var bakterilerden kaynaklanan psikolojik nedenli olanlar var ve ergonomik özensizlikten kaynaklanan meslek hastalıkları var. Fakat bu söylediğim tüm yapıya rağmen Türkiye'de 500 tane var bundan. Bu önemli olan tarafı bu tespiti maalesef yapılamıyor bunların.

Şimdi bu konuda bir başka sorumuz şu, acaba biz meslek hastalıklarının listede yer almaması halinde onları meslek hastalığı saydırabilmek için neler yapmalıyız. Bu konuda dünyada çeşitli yöntemler belirlenmiş. Bazı ülkeler meslek hastalıklarını hiç listelememişler. Eğer siz meslek hastası olduğunuzu iddia ediyorsanız bunu ispatlayın meslek hastası sayacağız sizi demişler. Bazılar demişler ki hayır biz sıralıyoruz buradakilerden biri meslek hastalığı olacak. Fakat Uluslararası Çalışma Örgütü demiş ki, ya bunların ikisi de kötü birisi gereğinden fazla geniş ve ispat zorluğu getiriyor nerde ispatlayacak o kişi. Diğeri de çok sınırlı hiç esnek değil. O zaman şöyle bir şey yapın demiş Uluslararası Çalışma Örgütü bir liste oluşturun listeye dahil olabilecek birde yöntem geliştirin. Bizdeki de böyle. Bizim bir listemiz var ispat koşulları vaka biraz zor ama ispatlanarak o listeye yenilerini ekleyebilmek ve meslek hastası sayılabilmek mümkün. Fakat bu çok iyi işleyebiliyor mu? O tabii yine hekimler tarafından çok daha iyi değerlendirilecek bir durum.

Şimdi sigortalıların meslek hastalığı sonrası elde ettiği haklar kısmında şunlardan size bahsetmeye çalışacağım. Burada temelde bir sigortalılık hakları var, bir de tazminat hakları var. Şimdi sigorta haklarını 2'ye ayırabilirsiniz. Sağlık hakları sağlık yardımları, parasal yardımlar olarak. Simdi sağlık yardımları ile ilgili ben size kısa kısa başlıkları sunmaya çalışacağım. Bir kere sağlık yardımının türleri ile ilgili şu başlıklarımız var; sigortanın hekimi ve muayene ve tedavi ettirilmesi. Önemli haklarından bir tanesi bu. Tedavi süresince gerekli ilaç ve iyileştirme araçlarının sağlanması. Hepsi sosyal sigortalar kanununda var bunların. Protex ve araç ve gereçlerinin sağlanması. Tedavi için yurtiçine başka bir

yere yabancı bir ülkeye gönderilmesi. Burada önemli 2 koşul var sizin yurtdışında tedavi olabilecek nitelikte bir rahatsızlığa erişmiş olmanız lazım ve Türkiye'de bunun yapılamıyor olması lazım.Yani salt Türkiye'de yapılamıyor olması yeterli değil gittiğiniz yerde yapılabiliyor olması da gerekli. Bu önemli bir kriter çünkü bu tartışılan bir nokta. Bunun dışında rehabilitasyon hizmetleri ve dinlenme evlerinde yatırılma hizmetleri var sağlık yardımları olarak. Peki bunlar nasıl başlıyor, nasıl devam ediyor? Başlangıcı konusunda zaten iptallerden sonra artık bir süre sınırı kalmadı. Sağlık yardımlar tedavi süresi iyileşene kadar devam ettiği konusunda bir bilgimiz zaten var. Parasal yardımlar neler? Parasal yardımlar yine birçok kişinin gayet iyi bildiği iki temel dayanağa oturuyor. Geçici iş göremezlik ödeneği ve sürekli iş göremez geliri. Geçici iş göremez ödeneği dediğimiz yüzde 10'un altındaki iş göremezliklerin yasal düzenleme olur ki bu eleştirilebilir. Onun geçebileceği düşüncesiyle kısa sürmesi istenen ödeneklerdir. Oysa geçmiyor % 9 bir kimse iş göremez denişinde yasa onu geçici sayıyor ama geçmiyor aslında. Ama buna rağmen bir müddet sonra iyileştiği düşüncesiyle ödenekler kesiliyor. Bu konuda yatarak ve ayakta tedavilerde ikili bir ayrım yapılmış sizin primi esas kazancınıza göre yatarak tedavilerde günlük kazancınızın yarısı, ayakta tedavilerde 2/3'sini geçici iş göremez ödeneği olarak alabiliyorsunuz. Sürekli iş göremez geliri alırken rahatsızlanmış olanların da geçici iş göremezlik ödeneği alma hakkı var onu da söylemekte yarar var. İkinci parasal yardım sürekli iş göremezlik geliri. Bu % 10 ve üzerindekilere artık sürekli iş göremezlik olarak tanımlıyor yasa ve onlara artık bir gelir tanımlıyor. O gelir sizin sakatlık oranınızın bağlanacak gelire oranı olarak belirleniyor. İşte % 70'ini sakatlıkla çarpılması düzeyinde bir rakam bu çok yüksek bir rakam değil. Ve bu artık siz hiç iyileşmeyeceğiniz düşüncesi ile hayatınızı sonuna kadar alıyorsunuz hatta yakınlarınıza bir iş kazası sonucu ölüm olursa bağlanıyor. Bunun dışında önemli bir nokta bazı sürekli iş göremezlik gelirlerine hak kazanmış sigortalıların zaman içersinde iyileşebileceklerini öngörüyor sağlıkçılar. Ve diyorlar ki bu % 25'ten az bir sakatlık ise iş göremezlik ise ve kısa süre içinde de bunun toparlanabileceği düşünülüyorsa, ki 3 yıllık bir süre koymuşlar böyle bir durumda biz uzun vadeli bir gelir bağlayarak kurumu zora sokmayalım, peşin ödeme yapalım, nakit bir toptan ödeme ile kişi sigortadan çıkartılıyor. Yine kontrol muayenesi var hekim arkadaşların çok iyi bildiği şey çok üzerinde durmak istemiyorum zaman darlığı nedeniyle. Kontrol muayenesine tabi tutulan sigortalılar mevcut durumlarını korudukları sürece o mevcut durumlarının gerekli kıldığı sağlık ve parasal yardımı almayı sürdürüyorlar.

Bunun dışında bu gelir ve ödeneklerin kesilme seçenekleri düzenlenmiş. Özellikle bizde iş kazası ve meslek hastası kendi kusuruyla sebep olanların salt sağlık yardımları alabilmesi söz konusu parasal yardımlarda bir kesintiye gidiliyor. Yasanın bu konuda önemli değişiklikler yaşadığını biliyoruz. 4958de SSK'da yapılan değişiklikler 110. maddede kasti bir hareketi yüzünden bu rahatsızlığa

düşenlerin veya suç sayılan hareketi yüzünden bu rahatsızlığa düşenlerin sağlık yardımlarında birtakım ödemeler yapılmasına rağmen parasal yardımlarda ya tümüyle ya da kusur oranında gerileme olduğunu biliyoruz. Yine bağışlanmaz kusur halinde gene bir sağlık yardımı verilse bile ödeneklerde bir eksiltmeye gidildiğini biliyoruz.

Son olarak meslek hastalığına düşmüş olan kişilerin tazminat haklarından bahsetmeye çalışacağım. Şimdi tazminat hakları dendiğinde aslında 4 ayrı tazminat dile getiriliyor. Bunlar; maddi tazminat, manevi tazminat, destekten yoksun kalma tazminatı ve rucü tazminatı. Özellikle maddi tazminata değinmekte fayda var özellikle vefattan sonraki olaylar aslında mesleki hastalıklar dışına çıktığı için çok üzerinde durmayabiliriz.

Ancak maddi tazminatta çok önemli bir nokta var ona değinmekte yarar görüyoruz. iş kazalarındaki Sosyal Sigortalar Kanunun tanımlamasına bakarsanız işle ilgili olması her zaman gerekli değil 11.maddenin büyük A'sındaki o 5 bentli sayılan hallerden birine girerseniz iş ile ilgili olmasa bile SSK yardım yapıyor. Ha iş ile ilgili olursa ne işe yarıyor? İş ile ilgili olursa SSK'nın karşılayamadığı zararı işverenden talep edebiliyorsunuz.

Meslek hastalığı ama bu kadar kategorik olarak söylenemiyor çünkü meslek hasatlığının meslek ile ilgili olması gereği salt sosyal sigorta yardımları açısından geçerli. Dolayısıyla bir meslek hastası olan kişi mesleği nedeniyle gördüğü zararı SSK'ya olabildiğince karşılatıyor, bakiye bir zarar kalırsa bunu işverenden alabiliyor. Fakat her hastalık meslekten kaynaklanmayabiliyor. Bu konuda uluslararası literatüre baktığınızda meslek hastalığı yerine iş ile bağlantılı hastalık denmesi söz konusu oluyor. Bu konuda bir örneğimizde var: İşte ağır ve tehlikeli işler yapılan bir işyerinde işçilerden birisi periyodik kontroller yapılamadığı için göz hastalığına düşüyor. Bu göz rahatsızlığı bir meslek hastalığı değil dolayısıyla meslek hastalığı olmaması Sosyal Sigortalar Kurumun meslek hastalıklarına sunduğu sosyal güvenlik kurumu demek lazım artık meslek hastalarına sunduğu yardımlardan yararlanamıyorlar. Fakat o olay işle ilgili olduğu sürece ve bunda işverenin kusuru olduğu sürece tazminat davasına konu yapılabiliyor. O yüzden biz meslek hastalıkları hakkında şunu söyleyebiliriz meslek hastalık niteliği sayılmasa bile iş yeri koşullarından kaynaklanan iş ile bağlantılı fakat meslek hastalığı sayılmayan bir hastalık bile buna sebep olan işverene bir tazminat mükellefiyeti getirebilmektedir.

Tazminatların içeriğinde işçinin uğradığı masraflar, yaptığı masraflar ekonomik geleceğinin sarsılması ve çalışma gücünün kaybından doğan zararlar yatıyor bunlar tanzim ettirilebiliyor. Manevi tazminatlarda söylenmesi gereken şey şu; bizde manevi tazminat özel hallerin varına bağlanmıştı 47. maddede ki özel halleri kusur olarak anlamak için hiçbir neden yok dolayısıyla manevi tazminat taleplerinde kusur varlığı yok, kusurun var olması gerekmiyor. Kusur

olmasa bile bir manevi tazminat talebini de mümkün görebiliyoruz fakat kusur var ise bu tazminat miktarının belirlenmesi birtakım kolaylıklar sağlayabiliyor sigortalılara.

Bunun dışında bir başka tazminat türümüz destekten yoksun kalma tazminatı. Bu meslek hastalığı sonucu vefat halinde onun desteğinden yoksun kalan kişilerin destek gücü ve destek ihtiyacı ilişkisinin kurulduğu sürece bir tazminat talebinde bulunabilmelerine imkan sağlıyor. Son tazminat türü meslek hastalıkları ve iş kazası hallerinde sigortanın yapmış olduğu yardımların buna sebep olanlardan rücven istenmesine tabi bir düzenleme. 26. madde bu konuda Sosyal Sigortalar Kanunu rücu düzenlemesini getirmiş. O konuda malumunuz Anayasa Mahkemesi'nin çok önemli bir iptal kararı oldu. Eskisinden farklı olarak artık defalarca rücu davası açılabilme imkanı kalmadı. Artık sigortalı yapılan bağlanan gelirlerin ilk peşin değerlerinin sınırı olarak buna sebep olana işverenlere ya da 3. kişilere rücu imkanı kurumu var. Benzer bir düzenleme 5510 sayılı yasada da var orada da ilk peşin değer aşılmamak üzere bir rücu imkanı sağlanmış durumda. Benim şimdilik söyleyebileceklerim bundan ibaret, çok teşekkür ederim.

PROF. DR. SARPER SÜZEK -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Teşekkür ediyoruz Sayın Akın özellikle süreye de tam zamanında uydukları için Sayın Profesör Okur gibi. Kendisi de meslek hastalıklarını bu geniş konuyu çok kısa ama özlü bir şekilde özetlediler. Teşekkür ediyoruz. Şimdi sorulara geçiyoruz buyurun, buyursunlar hocam önce sizin sorularınız.

PROF. DR. ALİ RIZA OKUR - Marmara Üniversitesi İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi - Şimdi bana iki tane soru geldi bilmiyorum başka gelecek var mı?

Doktor Tevfik Bey'in sorusu, genel sağlık sigortası uygulanmasında resmi hastanede veya üniversitede tam gün çalışma zorunluluğu gelirse ne olacak, bu hekim seçme hakkının gaspı anlamına gelmeyecek mi gibi bir soru.

Şimdi bu sizin kendi tercihiniz. Ya o koşullarda devam edeceksiniz tam güne veya bırakacaksınız kendi muayenenizi açacaksınız orada devam edeceksiniz. Burada önce siz kendi seçiminizi yapacaksınız hastalar da ona göre seçimini yapacak. Hani eğer tam gün çıkarsa ya tam güne uyacaksınız veya uymayacaksınız. Burada seçme özgürlüğüne bir tecavüz olduğunu zannetmiyorum. Seçme özgürlüğü ile ilgili hekim seçme özgürlüğü ile ilgili 5510'un bir 77 "ç" maddesi var bakın ne diyor orada "bu kanun gereğince genel sağlık sigortalısı ve vakıfta yükümlü olduğu kişilerin sağlık hizmetlerinden yararlanmak için başvuracakları yurtiçindeki ve yurtdışındaki sözleşmeli sağlık hizmeti sunucularının unvanı vesaire daha önceden bildirilecek ilgililere ve ilgililer de bu sunucular arasından dilediklerini seçebilecekler." Demek ki önce özel veya ikili anlaşmalar yapılacak karşılıklı hizmet sunucuları ile ve sigortalı hasta istediği kuruluşu ve istediği

hekimi seçebilecek" 77 gayet açık seçme hakkınız var. Ama kimler arasında var, kurumla sözleşme yapmış hizmet sunucuları arasında var. Herhangi bir sözleşme yapılmamışsa tabi onları seçmesi mümkün değil. Ama bunun için de zaten diyor ki bu kuruluşlar daha önceden kurum tarafından ilgililere duyurulacak gayet açık. Tabi orada ödenecek bedeller yani sevkli, sevksiz gitmek konusunda ama o ayrıntıya girmiyorum. Onunla da ilgili bir sorumuz zaten yok.

Diğer soru Yaşar Bey'den geldi, bu basamak sistemi kaldırılırsa bir karmaşa olur mu?

Elbette olur, yani genel sağlık sigortasının özünde bu yatıyor, basamak sistemi yatıyor. 1.basmak, 2. basamak, 3. basamak. Artık nasıl oluşturursanız sistemi. Birinci basamakta genelde doğrudan ocak veya aile hekimine başvuruyorsunuz veya oluşturulacak bir başka hekime başvuruyorsunuz. Ara mahalle hekimi vesaire de diyebilirsiniz. Şimdiki sistemde aile hekimi demiş ocakları bile devreye sokmamış, hatta ocakların aile hekimleri tarafından devralınması vesaire gibi hükümler var, nasıl olacağı da belirsiz onun. Çünkü çok karmaşık bazı düzenlemeler var onlara girmedim tabii, çünkü benim konum 5510 değil. Onu bir başka arkadaş sunacak birazdan size. Bu şekilde elbette basamağın amacı basit olayları aşağıda elemek ve daha ciddi olayları yukarıya kadar götürmek nereye kadar? Üniversite ve ihtisas hastanelerine kadar. Zannediyorum oldukça mantıklı bir sistem bu basamak sistemi kaldırılacağını da zannetmiyorum.

PROF. DR. SARPER SÜZEK -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Teşekkür ediyoruz Sayın Hocam. Buyurun Sayın Ahmet

DOÇ. DR. LEVENT AKIN - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Teşekkür ederim hocam. Şimdi katılımcılardan birisi bana bilgisayar masa başında çalışanların bel fıtığı boyun fıtığı gibi bu rahatsızlıklar meslek hastalığı sayılabilir mi diye sormuş. Tabi ben bunu bilmiyorum, bu tıbbi bir soru. Listede olup olmadığına bakmak lazım fakat benim bildiğim şu listede olmasa bile yasanın söylediği koşulları ispatlayabilirsek yani bu bir işten kaynaklanmış rahatsızlıktır diyebilir ve bunu rapor altına aldırabilirsek bunun mesleki hastası sayılabilmesini imkân dâhilinde görüyorum. Ama bunun tıbbi değerlendirmesini çok daha iyi bilecektir hekimler o nedenle bunun doğrudan listede yer alıp almadığını incelemek lazım bir onu söyleyeyim.

İkincisi; sigortalılar için meslek hastalığı düzenlenmiş sigortasızlar için böyle bir şey var mı diye sorulmuş. Sigortasızlar için meslek hastalığı yok çünkü sigorta ön koşul zaten SSK'lı olma anlamında. Fakat sigortasızların meslek hastalığına erişemiyor olmalarının çok büyük bir riski de yok. Çünkü eğer sigortasız çalışıyorsanız ve meslek hastalığına değil de hastalığa eriştiyseniz, hasta olduysanız hastalığın yaratmış olduğu maddi manevi zararlarınızı zaten bizim sorumluluk ilklerimiz bazında telafi, tazmin ettirebilirsiniz. Ha yeni yasada bu konuda bir yenilik olabilir çünkü 5510 sayılı yasa sigortalılara ikiye ayırıyor; bir

sigortalılar diyor, bir de genel sağlık sigortalıları diyor ben o sigortalılara sosyal sigorta sigortalısı olarak tanımladım. Çünkü sosyal sigorta dedikleri iş kazası, meslek hastalığı, hastalık, malulen yaşlılık ve ölüm sigortalı GSS ayrı bir yer. Dolayısıyla artık yasanın 4. maddesindeki a, b, c bentlerine girenler bu kapsamda sigortalı olduklarında herkes meslek hastalıklarından yararlanabilecek. Mutlaka bu konuda talimatı var yasanın yeni bir yönetmelik hazırlanacak zaten belki de hazırlamışlardır ancak yeni yasanın sigortalıları tanımlayan 4. maddesi kapsamı dışında kalabilmek biraz güç görünüyor. Çünkü hemen herkesi kavramaya çalışan bir madde o. Eğer o kapsamda olduğunuz sürece zaten herkes bu anlamda meslek hastalığından yararlanabilecek ama şu anda sigortalı olmayanların kavramsal olarak meslek hastalığından yararlanabilme imkanları.

PROF. DR. SARPER SÜZEK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Teşekkür ediyoruz. Şimdi sayın hocalara plaketleri vermek üzere fakültemizin değerli öğretim üyesi Sayın Doçent Doktor Zarife Şenocak'ı buraya davet ediyorum. Efendim şimdi 20 dakika bir aramız var daha sonra oturumumuza diğer konuşmacılarla devam edeceğiz Teşekkür ediyoruz.

ARA

PROF. DR. SARPER SÜZEK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Sayın tebliğ sahipleri acaba teşrif ederler mi?

Efendim Sempozyumumuzun Son Oturumunun son kısmına ulaşmış bulunuyoruz. 4 tane tebliğcimiz var. Kendileri sırası ile tebliğlerini sunacaklar. Benim kendilerinden ricam hepsinin 20'şer dakikalık süresi var. Buna özen göstermeleri. Çünkü tahmin ediyorum ki sayın katılımcılar çok yoğun bir sempozyum sonunda biraz yorulmuş olabilirler. Onların da sabırlarını zorlamayalım, zamanında bitirmeye çalışalım. Şimdi ben sırası ile söz vermek istiyorum. İlk konuşmacımız, "Sağlıkta Dönüşüm Modelinin Sağlık Hakkına Etkileri" konusunda Sayın Doktor Eriş Bilaloğlu'dur. Buyursunlar efendim.

Sağlıkta Dönüşüm Modelinin Sağlık Hakkına Etkileri

DR. ERİŞ BİLALOĞLU

Sanırım şimdi sesim ulaşıyor. Sempozyumun 3. gününün son oturumu. Zorluğu şuradan kaynaklanıyor. Bütün sempozyumun konuları içerisinde kanımca en politik sunuyu yapmak durumundayım Çünkü sağlık hakkı dediğimiz başlık her halükarda bir hakkı ve bir tarafları ve bir mücadeleyi içeren bir çerçeve. Ama bir ikinci zorluğu var o da bunun 22 Temmuz seçimleri sonrası yapılması, yani bu konuşmanın. Çünkü bildiğiniz gibi sağlıkta dönüşüm programı 58. ve 59. hükümetlerde yer alan AKP tarafından uygulandı ve her halükarda bir biçimiyle 22 Temmuz'da onay oldu diye kabul etmek gerekir. Elbette bir programın onay olması onun doğruluğuna ya da yanlışlığına kanıt teşkil etmez. Ama her halükarda onay almış bir programın şu ya da bu şekilde onay almış bir programın sağlık hakkına etkileri üzerine konuşacağız. Ben ne yapmaya çalışacağım bu 20 dakika içinde? Sağlık hakkının daha da geliştirilmesi, öncelikle korunması, mümkünse geliştirilmesini hedeflemesi gereken bir sağlık politikasının, ki söz konusu olan sağlıkta dönüşüm programı bu programın yürürlüğe girdiği Türkiye sağlık ortamını çok kısaca ana parametreleri üzerinden sizlere sunmaya çalışacağım, ardından bu programın ruhu diyebileceğimiz temel dinamiğine iliksin vurguları sizlerle paylaşacağım daha sonrada sağlıkta dönüşüm programının Türkiye ve dünya ölçeğindeki sonuçlarına iliksin birkaç aktarımı paylaşacağım. Elbette bunu bu 20 dakika içerisinde yapmak zorundayım. Doğrusu çok sık yapılan bir benzetmedir, iyi bir konuşma benzetmesi olarak, iyi bir konuşma "mini eteğe" benzer derler yani dikkat çekecek kadar kısa olmalı ama gerektiği kadar da uzun.

Şimdi benim dikkat çekici kadar kısa ve gerektiği kadar uzun bir konuşmayı "sağlıkta dönüşüm" konusunda 20 dakikaya sığdırabilmem zor. O nedenle Sayın Başkan beni buradan indirmeden önce hafızanızda kalması için temel olarak anlatmak istediğim şeyi, vurguyu iki oyunla sizlere sunmaya çalışacağım; bunlar 30'ar saniyelik iki oyun ve her birinizin kendi içinden oynayacağı oyunlar. 6 aşamalı bir oyun her biriniz kendi içinden 1'den 9'a kadar bir rakam tutacak.

Ön sıradan bir arkadaşım "tamam" derse ikinci aşamaya geçeceğim. Tuttuk mu rakam? Tuttuk. İkinci aşaması şudur, oyunun tuttuğunuz rakamı dokuz ile çarpacaksanız, bir rakam tutmuştunuz dokuzla çarpacaksanız çarptınız mı, çarptık, ne güzel ekip kuvvetli, çıkan sayı eğer iki haneli ise bunun rakamlarını toplayacaksanız, topladık mı? Burası çok kuvvetli evet, 4. aşama ortaya çıkan sayının söylenişinin baş harfi ile Avrupa da bir ülke tutacaksınız. Avrupa haritası çok değişti ama benim zamanımın haritası geçerli diye düşünelim. Avrupa'da bir ülke adı, o sayının baş harfi ile tuttuk mu, tuttuk. Son aşama tuttuğunuz ülke adının dördüncü harfi ile bir hayvan adı tutunuz, tuttuk mu, evet. Şimdi bu oyunun amacı şu; bir sistemi kuran bir oyunu planlayan, bir politikayı gündeme sokan çok büyük olasılıkla o politikanın sonucunda elde etmek istediği hedefi bilir. Der ki, "ben şu programı uygulayacağım bu programın sonunda da şunu hedefliyorum" der. Bu sağlıkta dönüşüm programı olabilir ya da başka bir program olabilir. Sağlıkta dönüşüm programını uygulayanlarda bastan sonuçta ne elde etmek istediklerini biliyorlar % 80, % 90 olasılıkla biz şunu elde etmek istiyoruz diyorlar. Elbette Danimarka tek seçenek değil i harfi 4. harfti bir risk vardı "i" harfi ile inek tutmayabilirdiniz. Ama büyük olasılıkla "i" harfi ile inek tutacağınızı bekliyordum ben, oyun bunun üzerine kurgulanmıştı.

İşte politikada da böyledir. Sizler ortalama vatandaş olarak tıpkı benim gibi yaşarken o sürecin, politikanın uygulanma sürecinin birinci, ikinci, üçüncü aşamalarını yaşarken o aşamaları bilirsiniz. Örneğin derler ki, bütün sosyal güvenlik kurumlarını birleştirdik, ne güzel! Herkese eczaneler serbest, ne güzel, üçüncü aşamadır. 4, 5, 6. 6'da ne olacağı önemlidir. Özellikle akademisyenlere, bilim adamlarına belki de düşen belki de politikacılara düşen bu altı aşamalı oyunun ya da yirmi altı aşamalı oyunun son aşaması nediri topluma anlatmak, söylemek elbette hayırlı bir şey ise onu da bildirmek ama ne olduğunu anlatmak. Evet ben sağlıklı dönüşüm programına eleştirel bakan bir tarza sahibim ve sağlıklı dönüşüm programının bu altı aşamalı ya da su aşamalı oyunun şu anda hangi aşamasında olduğunu tartışabiliriz ama onay aldığına göre vatandaştan demek ki halkın hoşuna giden aşamalardayız. Sonuca "bir şey" çıkacak ve bu bir şeyin ne ile ilgili olduğu meselesi önemli.

2.oyunumuz şu; yine herkes kendi içinden oynuyor. Evdesiniz, değer verdiğiniz çamaşırları elinizde yıkıyorsunuz. Çoğunu duruladınız, o anda sular kesildi böyle günler hepiniz için olur değil mi? Erkekler biz çamaşır yıkamayız diyebilirler ama! Balkona çıkıp astınız, tam içeri girdiğinizde dışarıda bardaktan boşalırcasına bir yağmur başlıyor, içerde uyuyan bebeğiniz uyanarak yırtınırcasına ağlıyor, o anda kesilen sular geliyor şarıl şarıl musluktan akıyor aynı anda kapı ve telefon çalıyor. Bir felaket tablosu. Soru şudur; hangi öncelik sırasına göre bu işleri yaparsınız. Bebek ağlıyor, çamaşır dışarıda ıslanıyor, musluktan sular akıyor, kapı çalıyor, telefon çalıyor. Oyun bu ya hepsinin bir anlamı var. Eğer ben önce telefona bakarım diyorsanız siz işkoliksiniz,önce onu yaparım, önce

kapıyı açarım diyorsanız siz misafirperver, dost canlısı birisiniz, ya dert değil çocuk ağlıyor, su akıyor ama hele kim geldiyse içeri alalım iki laf ederken de ortalığı toparlarız diyorsunuz. Önce bebek diyorsunuz ben aileye öncelerim dersiniz, önce musluk derseniz hep söylüyorum benim gibi parayı önceliyorsunuz demektir, önce çamaşır diyorsanız sizin için cinsel yaşam öncelikli. Bu oyun nedir? Bu oyun şudur; bir sistem kuruyorsanız bir önceliğiniz olur, önceliğiniz ne ise sistemi ona göre kurarsınız diğerleri daha sonra gelir. Daha sonra gelir demek daha önemsizdir anlamına gelmeyebilir ama her halükarda daha sonra gelir. Soru budur, bence hepimizin, hepinizin yapması gereken bir süreci, bir politikayı analiz ederken bu politika sonuçta nereye varmak istemektedir ve önceliği nedir, bunu analiz edip, kazıyıp onu bulmamız gerekir. Sağlıklı dönüşüm programı da hangi önceliğin temelini almıştır bu konuda net fikre sahip olmak gerekir.

Ben önce Türkiye sağlık ortamını çizeceğim derim Türkiye sağlık ortamını TÜSİAD'ın 1998 raporundan çizeceğim. 1988 de TÜSİAD hazırlattığı bir raporla Türkiye'nin sağlık ortamını da içeren, bence, kimi tabloları, kimi verileri ifade etti. Bir, sağlık politikası yapacaksanız ve sağlıklı dönüşüm uygulayacaksanız neleri bilmeniz lazım Türkiye'nin nüfusunu Türkiye 2050 yılında muhtemelen en fazla doksan beş milyon olacak ve daha sonra da tercihen azalmaya girecek. Neyi bileceksiniz başka? Kız, erkek, yaşlı, kadın, çocuk, yaşlı oranlarını ona göre politika yapacaksınız. İki; Türkiye'de sağlık hakkını koruyup geliştireceğiniz insanlar nerede yaşıyor bunu bileceksiniz. Türkiye artık nerede yaşıyor, kentlerde yasıyor. Güzel o zaman kentlerde örgütlenmesi kuvveti olan bir hizmet daha öncelikle eskiden olduğu gibi kırlarda değil, Türkiye ama kentlerde nerede yasıyor insanlar varoşlarda yaşıyor. Yani aslında kentlerde yasıyor olması onun sağlığının daha iyi olduğuna işaret etmiyor. Hatta belki ruh sağlığı basta olmak üzere çünkü kentte eşitsizlikler daha fazla, kentte hava daha kirli, kentte belki ulaşım daha zor vesaire. Dolayısıyla kentte yasıyor olması sağlık hizmetlerine ulaşım ve sağlığının korunması açısından daha büyük fırsat değil ama Türkiye artık kentlerde yaşıyor. Türkiye hangi modeli uygulayacak, seçeceksiniz kamu ya da özel ağırlıklı o zaman Türkiye'nin zenginlik durumunu bileceksiniz. Bakın Türkiye'ye yönelik yapılan bir çözümleme sunu söylüyor: Türkiye'de Hatay, Gaziantep, Şanlıurfa yükselen illere giriyor. Adana daha önceki önemini kaybediyor. Türkiye'nin kuzeydoğusunda dört il ağırlıklarını yitiriyor yani buralarda para yok demektir. Para olmayan yere kimse gitmez. Eğer siz bir devlet olarak bu iş benim ödevimdir demezseniz, bu iş düzenleyeceğim bir piyasa meselesidir derseniz başka bir şey, benim ödevimdir derseniz başka. Ama Türkiye'de İstanbul'a mücavir iller Tekirdağ, Kocaeli, Sakarya, Kırklareli'nde nüfusları ve sanayideki payları artıyor. Bu ne demektir? Buraya herkes gider, özel sağlık sektörü de gider, doktor da gider, hemşire de gider. Orada ne vardır, para vardır. Peki, orada başka ne var, hangi iller onlar? Depremin olacağı iller Türkiye'nin deprem beklediği bölge. Nüfus orada çok yoğun o zaman Türkiye'de

sağlık politikası yapanlar onu da gözeterek bir politikayı gündeme getirmek zorunda. Hızlanıyorum.

Başka ne politika sorunları var Türkiye'nin? Sağlık, tarımsal istihdam çözülüyor. Kentli kadınların eğitim düzeyleri' artıyor, kadınların iş gücüne katılma oranları yükseliyor bu iyi bir şey. Ama kadınlar işsize, açık işsize dönüşecek ve kadınlar 2010 yılında bu rapor çıktığında henüz Türkiye'de anayasalar havada uçup da kriz yaşanmamıştı kadınlar nerede çalışacak düşük ücretli hizmetler sektöründe. Yani Türkiye'nin geleceğini doğuracak olan sağlıklı nesilleri yetiştirecek olan kadınlar ya işsiz olacaklar ya da iş bulurlarsa daha fazla sömürülecekleri, daha düşük ücretle çalışacakları, daha uzun çalışacakları sektörlerde çalışıp bir de sağlıklı çocuk doğuracaklar. O halde Türkiye'nin çok sosyal dayanışmacı çok kamusal bir sağlık programına ihtiyacı var ki buradan çıkabilsin. Hızlanıyoruz.

Türkiye'de imalat sektörü falan artmayacak diyor önümüzdeki 25 yıl içersinde. Türkiye'de en fazla net istihdam yapacak sektör, az ücret veren hizmetler sektörü olacak. O zaman karar verme noktası burasıdır. Türkiye'ye sağlık hakkını koruyup geliştirecek bir model önereceksiniz, nasıl bir model önereceğiniz? Önereceğinize karar vereceksiniz. Şu çizdiğim tabloda hemfikir isek Türkiye'de eşitsizlikler çok fazla, üçüncüsü cepten ödemeler kitaplar böyle yazar çağırıp sorarsanız bize gelip söylediler Dünya Bankası uzmanları da böyle der. En eşitlikçi finans modeli hangisidir diye sorduğunuzda genel bütçeden finanse edilen sağlık sistemleridir der. Bakın Avrupa Sağlık Reformu kitabı şöyle diyor; bir toplumun sağlık finansmanını rekabete dayandırıp aynı zamanda sosyal dayanışmayı üst seviyede sürdürebilmek şüpheli bir durumdur. Çok diplomatik çok kibarca yazmışlar. Diyorlar ki finansman sisteminizi sağlıkta dönüşüm gibi rekabete dayandıran finansman sistemlerini seçen sağlık politikaları kurarsanız bilin ki orada sosyal dayanışma yoktur. Türkiye'nin ihtiyacı nedir karar vereceksiniz. Sosyal dayanışmacı bir politika mı Türkiye'nin sağlık hakkını, insanlarını korur ve geliştirir. Yoksa rekabete dayalı sistemler mi?

Hoşluk olsun diye 2–3 tane de yansı, burada şunları aktaracağım size bakın rekabet ortamı ne yapıyor? Piyasa ya da kapitalist sistem dediğimiz sistemde Alman Radyoloji Derneğinin yaptığı çalışma röntgen uygulamalarının 1/3'ini gereksiz buluyor. Hollanda da yapılan bir çalışma antroskopilerin % 78'inin gereksiz olduğunu ortaya koyuyor. Bunların arkasında yatan temel gerekçe pazar ekonomisi rekabet ve kâr pazar payları oluyor. ABD'de de İsveç'e göre 2.5 kat daha histerektomi sezaryen yapılıyor. İsviçre'de tüm histerektomi tonsilektomi, kolesitoktomi, hemoroidoktomi dediğimiz girişimler, çok dikkat edin hekimler ve avukatlarda topluma göre çok düşük oranlarda. Ne güzel hekimler ve avukatlar karşılıklı birbirini muhtemelen koruyorlar. Ama onun dışında bir biçimde piyasanın kuralları işliyor. Onun dışında toplumun genel yüzdesi çok daha fazla oranda bu tür işlemlere maruz kalıyor. Sonuç piyasa ortamı rekabetçi ortam sağlık

hakkını öncelemiyor. Orada piyasanın kuralları öncelik. Sayın Başkan vaktim bol anladım ben. Çok güzel

PROF. DR. SARPER SÜZEK -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Ee, çok bol değil 5 dakika kadar

DR. ERİŞ BİLALOĞLU - Teşekkür ediyorum 20 dakikada bitirme iddiasıyla buraya geldim 25 dakikada bitirmeyi umut ediyorum, zaten daha uzatırsam Başkan indirecek beni.

Ne dedi hükümet sağlıkta dönüşüm programı uygulamak üzere, icraatı yapmak üzere biz dedi vergi yükünü tabana yayacağız gelir dağılımında adaleti sağlayacağız etkin ve kaliteli bir sağlık sistemi oluşturacağız özel sektörle iş birliği yaparak temel sağlık ihtiyaçlarını yerine getireceğiz ve ülkemizde sağlık hizmetlerini yurt düzeyinde dengeli yapacağız. Genel sağlık sigortası sistemini kıracağız aile hekimliği uygulamasına geçeceğiz Ve en önemli meselemiz işsizlik dedi bunu 2002 de dedi ve bakın 2006 da bunu özellikle koydum buraya sağlık bakanı 2007 mali yıl bütçe sunusunda ülkedeki hekim yetersizliğini sağlık sisteminin en büyük sorunu olarak ifade etti. Bu çok kritiktir Türkiye için değil bütün dünya için böyledir. Sağlık bakanı 2002 de böyle söylemiyordu. Yani AKP hazırlıklı bir partiydi iktidara öyle bir yıllık parti olduğuna bakmamak lazım akıl vereni çok kuvvetliydi biliyordu Türkiye'de ne yapacağını bunu söylememişti. Eğer bir Sağlık Bakanı sorunları hekimlere bağlıyorsa bilin ki iş kötüye gitmeye başlamıştır. Çünkü sağlık sisteminin sorunları tek bir insan gücü üzerinden açıklanamaz ve şunları yaptı sağlıklı dönüşüm. Toplam harcanana sağlık kaynağını arttırdı. Olumlu bir yaklaşım. Toplam 20 milyar dolarlık bir kaynağa kadar ulaştı. İlaç harcamaları arttı gecen haftanın hürriyet gazetesini okuyanların belki gözüne çarpmıştır. Sağlık reformunun uygulandığı son üç dört yılda dünyadaki ilaç harcamalarının artış hızının çok daha fazlası Türkiye'de olmuştur biz Türkiye'den çok memnunuz diyen dünya ölçeğinde kuvvetli bir ilaç sektörünün devinin 2. adamı Türkiye'nin son 3 yıldaki durumunu söyledi. Teknolojideki harcamaları Türkiye'nin arttı bunu da yine gazetelerden 28 Mart 2007'de Phillips'in CEO'su dedi ki, sağlık araçları satışında dünyadaki en yenilikçi ve son teknoloji ürünlerini kullanan ülke Türkiye şaheser bir ülke dedi. Bu bizim için ne kadar iyidir tartışmalı. Hizmet sunumunu arttırdı sağlıklı dönüşüm olumlu yanları var olumsuz yanları var. Ve birinci basamakta herhangi bir sağlık bakanı hangisi yapmaz diye sorsanız beş şık verseniz sevk sistemini yapmaz kaldırmaz derseniz bu sağlık bakanı sek sistemini de kaldırdı. Aslında sağlıklı dönüşüm programı içersinde basta söyledikleri iyi bir sevk sistemi kuracağız dediğimizin tam aksini yaptı seçimlerin arifesinde. Hikaye buydu, kamudan özele kayma özele kaynak aktarma temel kurgusu buydu ücretlerde çalışanların genel olarak azalması is güvencesinin kalkması sözleşmelik ve issizlik üzerine kurgulanmış bir programdı.

Burayı atlıyorum ama genel sağlık sigortası temel omurgasıdır bu programın ve genel sağlık sigortası denilen uygulamanın yani prime dayalı bir finans modelinin Türkiye için uygun olup olmadığını genel sağlık sigortasına sıcak bakan bir gurup Boğaziçi Üniversitesi sosyal politika formu Adıyaman ili ölçeğinde inceledi. orada Türk nüfusun yüzde 66 sı sağlık kapsamındaydı yani % 34'ün hiçbir güvencesi yok Türkiye örneklemine uygundu. Yukarıda rakamları yazıyor ve orada yapılan çalışmanın sonucunda vardıkları nokta suydu. GSS uygulandığında çok sayıda yurttaş prim ödeyemediği için sağlık hizmetlerine ulaşamayacak ve Türkiye'de eşitsizlikler katlanarak büyüyecektir. Bunu anlamı sağlık hakkı her ne durumda ise daha da kötüye gidecektir. Türkiye'de en az 10milyon kişi hiçbir sosyal güvenceye sahip değildir. ve genel sağlık sigortasına prensip olarak sıcak bakan bu gurup su sonuca vardı prime dayalı bir genel sağlık sigortası Türkiye'de işlemez. Gerçekten tüm vatandaşların eşit bir biçimde yararlanabileceği bir genel sağlık hizmeti verilemesini istiyorsak bu genel bütçeden finanse edilmelidir. Bunun örneklerini aslında bugün de biliyoruz. Senet yaptırdığı için ve tekrar gidersem hastaneye o senet karsıma çıkar diye ulaşmayan insanların olduğu bir ülkedeydik.

Son olarak son iki dakikam Sayın Başkan. Sağlık 2015 calıştayı diye Türkiye'de 2015 yılında Türkiye'de ne olacak meselesi konuşuldu. Kişi bazında sağlık riskinin yönetildiği yapı Türkiye'de GSS ile kurulmuş olacak denildi bakın sizler çok daha iyi muhtemelen bu metinleri okuyabilirsiniz. Ne demek kişi bazında sağlık riskinin yönetilmesi. Kişi bazında sağlık riskini yönetmek demek paran kadar sağlık demek. Ne kadar paran varsa o kadar sağlık hizmeti alabilirsin demek.bunun Türkçe'si budur. Kişi bazında sağlık riskinizi nasıl yöneteceksiniz.Benim öncelikli risklerim budur diyeceksiniz param şu kadardır diyeceksiniz buna göre bir çerçeve kuracaksınız. Ve Türkiye'de özel sektör büyük zincirler seklinde Türkiye'ye gelecek yabancı sermaye daha büyük karlı kısımlara yerleşecek ve ilaçta geri ödeme sistemleri 2015 itibarı ile daha az ödeme yapacak ödenmeyen ilaçların miktarı artacak daha büyük katkı payları ödeyecek ve katkı payları da muhtemelen yıllar içerisinde terciden bir artış gösterecek Zaten 1987 de Dünya Bankası demişti. Bu sağlık politikasını çizerken sağlık hizmetlerini piyasalaştırın ve katkı paylarını arttırın. Bu ne yazık ki sağlık hakkını öncelemeyen bir programdır ve dünya ölçeğindeki örnekleri ile sonuçları su 4 başlıkta toplanmıştır.

Tedavi edilmemiş hastalıklar artar yani sağlık hakkınız daha da sekteye uğrar. Sağlık hizmeti kullanımı azaları uzun dönemde yoksullaşma olur çünkü insanlar hizmete ulaşmayıp hastalıkları ilerleyince gidecekleri için daha fazla para harcamak zorunda kalırlar ve yoksullaşırlar ve bilinçsiz ilaç kullanımı doğrudan eczanelerden de ilaç tüketimi de artar. Bu politikanın sonuçlarını Uluslararası Çalışma Örgütü ILO Reform diye adlandırmış ve bunu böyle belgelemiştir. Son cümle sudur sağlıkta dönüşüm programı temel önceliği ve bir bütün olarak nereye

varacağı önceden kurgulanmış piyasa dinamiklerini oturtmaya çalışan rekabeti öne koyan bir sistemdir. Bu sistemin sağlık hakkı diye bir önceliği yoktur temel kurgusunu baksa parametreler üzerinden yapmıştır. Türkiye'de genel bütçede oluşan vergilerle oluşan kaynağı ne yazık ki Türkiye kendi halkının sağlığı için değil borçları ödemek için kullandığından prime dayalı bir sistemle sağlık hakkı var olduğu kadar bile tümüyle tehdit altına girmiştir. Teşekkür ediyorum

OTURUM BAŞKANI - PROF. DR. SARPER SÜZEK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Sayın Doktor Eriş Bilaloğlu'na teşekkür ediyoruz. Açık seçik ve renkli sunumları dolayısıyla. Şimdi sıra Sayın Hüseyin Çelik'te. Sayın Hüseyin Çelik sosyal sağlık sigortası uzmanıdır. Ve bildiğim kadarıyla yasanın hazırlanmasında, genel sağlık sigortası çok önemli katkıları olmuştur. Buyursunlar Sayın Çelik.

Genel Sağlık Sigortası

HÜSEYİN ÇELİK

Sosyal Sağlık Sigortası Uzmanı

Sayın Başkan teşekkür ediyorum. Kuskusuz ben Eriş Bey gibi politik bir konuşma yapma sansına sahip değilim ve onun kadar da iyi bir hatip olmadığımı düşünüyorum.

Ben size bu Kanunun ilk 2004 Temmuz'daki hazırlık sürecinden en son Anayasa Mahkemesi'ndeki savunulması aşamasına kadar bizzat görev aldım ve bu kanunun başından sonuna kadar en iyi bilen kişilerden birisiyim. Size bu konuda bu süreçle ilgili, kanunun ne getirdiğini, ne tür hedefler ile kurgunun yapıldığını paylaşmaya çalışacağım. Aslında Resmi Gazetede Mayıs ayında yayınlanan, 1 Ocak 2007'de yürürlüğe girmesi beklenen kanun, Anayasa Mahkemesi'nin emeklilik rejimi ile ilgili iptal gerekçesi nedeniyle yürürlüğü 01 Eylül 2008'e ertelendi. Yaklaşık bundan 10 gün öncesinde Anayasa Mahkemesi'nin kararı ışığında yapılması düşünülen değişiklikler SGK'nın web sayfasında yayınlandı ve görüşe açıldı. Bugün de Afyon'da aslında çok önemli bir toplantı vardı. Eğer buraya söz vermemiş olmasaydım orada olacaktım, kanunda yapılması düşünülen yeni revizyonlar tartışılıyor. Hem sağlıkla ilgili hem de emeklilik ile ilgili. O yüzden Afyon'daki toplantı ile çakışmış oldu, umarım önümüzdeki günlerde bu kanundaki yeni revizyonların tartışılacağı başka platformlar yaratılır.

Ben sunuma başlamak istiyorum ama en son aşamada Hocamdan beş dakika vakit alabilirsem Ali Rıza Hocamızın söylediği birtakım notlar var ona ilişkin görüşlerimi paylaşmak istiyorum. Aslında genel sağlık sigortası temel amacı toplumun sağlık statüsünü yükseltmek. Bunun için var ve bu finansman da bir araç, amaç değil. Finansmanı kullanarak toplumun sağlık statüsünü yükseltmeyi hedefliyor. Çok genel olarak söylüyorum. Şimdi yalın olarak bakarsak iki taraf var. Bir bireyler var, vatandaşlar var, tek tek sağlık hakkına sahip olan buna ulaşmak isteyen bireyler var. Bir de bunu sunan hizmet sunucuları var. Hekim olabilir, organizasyonlar olabilir, eczaneler olabilir, hastaneler daha farklı organizasyonlar, aslında bireylerin talep ettiği sağlık hizmetlerinin sağlık hizmeti sunucularından karşılanmasından bahsediyoruz. Peki, genel sağlık sigortasının burada rolü ne? Genel sağlık sigortası bir aracı kurum. Bireylerin adına hizmet

sunucularla pazarlık yapan bireyin hakkını maksimize etmeye çalışan bir yapıyla bir aracılık görevi üstleniyor. Bu aracılık görevi Ali Rıza Hocamızın da dediği gibi değişik toplumlarda değişik şekillerde organize edilmiş. Kimi ülkelerde vergi ile finanse edilmiş, kimi ülkelerde prim ile, kimi ülkelerde daha çok cepten harcamalarla karşılanmış. Ama genel sağlık sigortası bir aracı kurum bu kritik bir şey. Kimin için var; bireyler için var. Bireylerin hakkını iki türlü korumaya çalışıyor Bir tanesi aynı primle ya da aynı gelirle aynı vergiyle nasıl adını koyarsanız koyun, daha kapsamlı ve daha kaliteli sağlık hizmeti almak isteyebilir ya da aynı kapsamdaki aynı kalitedeki hizmeti daha düşük bedelle almak isteyebilir. Bunu başarabiliyorsa genel sağlık sigortasının aracılığına gerek var, aksi takdirde görevini yerine getirmemiş olmayacaktır.

Basit bir örnek ile bunu izah etmek istiyorum Türkiye'de 2004 yılına kadar parçalı bir yapıda 35 milyon SSK'lı için 15 milyon Bağ-Kur'lu için, devlet memurları emekli sandığı ile birlikte 60 milyona yakın insan için tek tek kurumlar ilaç sektörüyle pazarlık yapıyordu ve yüzde 2,5, yüzde 5 indirimle ilaç alabiliyordu. Türkiye bu şekilde geldi 2004'e kadar. Ama kurumların işbirliği bir araya geldi SSK, Bağ-Kur, Emekli Sandığı devlet memurları, yeşil kartlıların güçleri birleştirildi ve bu fonksiyon yerine getirildiğinde % 50 net ilaç fiyatları düştü. 2004'den 2005'e geçişte bu pazarlık gücünün devreye sokulmasıyla. Kuşkusuz bunda tek parti iktidarı olmasının çok önemli bir katkısı vardı. Topluma ilaç harcamaları yönünde % 50'lik bir net kazanım sağlandı, ilaç fiyatları düştü. Peki ne oldu ilaç harcamaları düştü mü? Hayır arttı! Tüketim arttı çünkü, yani ilaca ulaşımın sağlanması ile bireylerin ulaşamadığı cebinden ödediği ilaç harcamaları devlete ödemeye başladı. Yani aynı paraya siz bir sene sonra aynı paraya 15 milyon yeşil kartlıların, 35 milyon SSK'lının ilaca ulaşmasını çok daha iyi koşullarda sağlamış oldunuz. Yani çok komik gelebilir %2.5, %5'lik bir indirim oranından %50'lik bir indirim oranına ulaşılması sağlık finansman kurumunun rolünün ne kadar kritik olduğunu gösteriyor. Bu rolünün sürekli sorgulanması lazım. Sosyal güvenlik hukukçuları tarafından, ilgili meslek örgütleri tarafından, ama en başta da vatandaşlar tarafından gerçekten ödedikleri verginin, primin hakkını o sektörle pazarlık yaparak alabiliyor mu? Bu sorguyu sürekli sormak ve izlemek durumundayız.

Şimdi genel sağlık sigortası bir aracı kurum ve varlığını sürdürmek zorunda. Birtakım ilkeleri var. Şimdi bu kanunu zaman zaman şöyle eleştiriliyor: Bu hangi ülkedeki düzene benziyor? İnanın hiçbir ülkenin düzenini veri kabul etmedik, Türkiye'nin birikimini bu kanuna yansıtmaya çalıştık. Bu sistem primli sistem mi, hayır, bu primli sistem değil tek başına. Bu sistemde vergi de var prim de var. Her iki sistemin artıları da var eksileri de var. Bu iki sistemin artıları burada birleştirildi. Yani çalışanlar varlıklı olanlar prim ödeyerek sisteme katılacak varlıklı olmayanların primini devlet ödeyecek. Primini devlet ödemek suretiyle sisteme katılacak.

Şu anki yeşil kartlılarda Devlet cebinden parayı çıkarıyor, doğrudan yeşil kartlıların harcamasını genel vergilerinden karşılıyor. Peki, yeni sistemde ne farkı var? Çok kritik bir farkı var arkadaşlar, bunu görmek durumundayız. Fark şu? Bugün Sağlık Bakanlığı Maliye'den harcadığı kadar para alıyor. Kimse şu soruyu sormuyor; yeşil kartlılara harcanan bu para gerçekten bu kadar harcanmalı mı, gereksiz bir harcama var mı, kötüye kullanım var mı, mükerrerlikler var mı kimse hesap sormuyor. Çünkü tek başına hizmet sunumu yapan sağlık kurumu, Sağlık Bakanlığı aynı zamanda harcamayı gerçekleştiriyor. GSS yapısında primini finansman kurum olarak genel sağlık sigortası, Devletten, genel bütçeden alacak ama Sağlık Bakanlığıyla, üniversitelerle varsa özel sektörle pazarlık yapacak. Genel sağlık sigortalısını yeşil kartlıları ve tüm vatandaşların hakkını savunmak üzere var. Yani birisinde ne kadar harcarsanız o kadar para ödediğiniz bir yapıdan, bütçenizi de dikkate alarak harcadığınız bir yapıya geçiyorsunuz. Gelirler bu toplumun gelirinden oluşuyor sonuçta. Biz borçlanan bir ülkeyiz, dünyanın en yüksek reel faizini ödeyen bir ülkeyiz. Elde ettiğiniz kaynakları da en iyi verimli kullanmak durumundayız. Bu anlamda baktığınızda yeşil kartlıların harcamaları, evet vergilerden karşılanacak burada bir vergili bir sistemin katkısı var. Ama artık ne kadar harcarsanız o kadar para aktardığınız bir yapıdan, bütçeyi de dikkate alan harcanan paranın bütün aşamalardan sorgulandığı bir yapıya geçiş var.

Bir diğeri sosyal güvenliğin en temel fonksiyonu sosyal dayanışmayı gündeme getiriyor. Zenginden fakire prim aktarıyor. Yani kişilerden prim alırken sağlık sorunlarına bakmıyor. Geliri yüksekse yüksek prim alıyor düşükse düşük alıyor. Ama yardımı yaparken bireyin gelirine bakarak çok prim aldığı kişiye çok sağlık yardımı yapmıyor. Tam tersine alırken varlığa göre alıyor, ama harcarken bireyin ihtiyacına göre karşılıyor. Bir diğeri gençlerden yaslılara transfer var, bir diğeri sağlıklı olanlardan hasta olanlara var, bir diğeri bekar olanlardan evli ve çocuklu olanlara transfer var. Bu sosyal güvenliğin ve dolayısıyla da genel sağlık sigortasının olmazsa olmaz unsurlarından.

Simdi bir diğer kavram şu; vergili sistemlerle primli sistemleri hep karşılaştırıyoruz. Aslında vergi literatürüne bakarsanız prim de bir vergi türüdür. Vasıtalı vergidir, yani amaca tahsis edilmiş vergidir. Siz gidiyorsunuz toplumdan şunu istiyorsunuz, adı prim olan ama sağlığa harcanmak üzere alınan bir vergi istiyorsunuz. Vergini dinamikleri ile birebir örtüşüyor. Zorunluluk varsa, primde de var, gelire göre olma ilkesi varsa primde de var. Harcanırken bireyin ihtiyacını göze almaksa, primde de var. Peki farkı nerede? Primli sistemin vergili sistemden çok temel bir farklılığı var. Risk yönetimini esas alıyor. Şimdi hastaneler, hekimler, eczacılar, sağlık hizmeti sunucuları bireylerin hastalığından para kazanan kurumlar. Bireyler hastalanacak ki ilaç alsın, bireyler hastalanacak ki hastaneye gitsin. Ve o sisteme kaynak aktarsın. Ama finansman kurumları bireyin sağlığından para kazanan kurumlar. Burada bir çıkar çatışması var, zaten işin özü de burada. Finansman kurumunun bireyin sağlığından para kazanan mekanizma

ile sağlık kurumlarının hastalıktan para kazanan mekanizmanın çıkar çatışmasını kullanarak bireyleri sağlıklı tutmayı ama aynı zamanda da verimlilik ilkesi ile kaynakları etkin kullanarak yapmak arasında bir denge gözetiyorsunuz.

Yani sağlıkta ne kadar para olursa harcansın evet ama nereye kadar? Olmayan parayı nasıl harcayacağız? Çocuklarımızın artık borçlandırdığımız bir noktadayız, hani kendi neslimizi bırakalım çocuklarımıza bir sürü borç biriktiriyoruz. Dolayısıyla burada kritik olan şey risk yönetimini üstleniyor, o yüzden koruyucu sağlık hekimliği ilk defa sosyal güvenlik sistemine girdi bu kanunda, ilk defa. Çok acıdır, ben SSK'da 13 yıl müfettişlik yaptım ve önemli bir kısmını bu konulara ayırdım. O kadar uğraştık SSK'ya koruyucu sağlık hizmetlerini kapsama alması için, sonuç alamadı. Koruyucu sağlık hizmetleri benim konum değil, hastalanmayan bir kişi ile ben niye ilgileneyim dedi finansman kurumu SSK. Olacak şey değil! Tam tersine bireyin hastalanmaması için gözünün içine bakması lazım, her türlü önlemi alması lazım GSS ile geldi bu. Koruyucu sağlık hizmetleri bireyin sağlıklı olmasını sürdürmek için hastalanmasını beklemeden her türlü koruyucu sağlık yardımları bu kanunun kapsamına alında.

Dolayısıyla bireyin sağlığından sorumlu olan bir kurum yaratıyoruz. Bu çok kritik bir şey bunu altını çizmekte yarar var. Peki risk gerçekleşirse ne olacak, bireyler hastalanırsa ne olacak? Onun artık en etkili yöntemlerle sağlığını hizmet sunuculardan satın almayı tercih ediyor. Hizmet üretmeli mi; hayır bu kanun hizmet üretimine izin vermiyor. 50 yıllık SSK deneyimi maalesef olumsuz bir sonuçla son verildi. Aslında SSK sistemi teorik olarak doğru yapılabilir ama maalesef söyle bir yapısı var; kendi yapısı içerisinde ben yaşadım bunu, yanında devlet hastanesi var, üniversite var oradaki hastaneye göndermiyor Ankara'ya gönderiyor. Tokat'tan Ankara'ya hastasını gönderiyor, yol parasını veriyor, kaldığı günler için cebine para koyuyor. Ama yanındaki sisteme vermiyor, yanındaki hastaneyi hastayı sevk etmiyor. Bu kapalı sistem. Peki oradaki hekim ne oluyor? Bir süre sonra hasta ona gelmek zorunda. bu sefer davranışları değişmeye başlıyor. Kovsa da hasta ertesi gün yine gelmek zorunda çaresiz, çaresi olanlar zaten cebinden özel sigorta yaptırıp bir başının çaresine bakıyor. Kapalı sistem bir süre sonra kendini var eden sigortalıların amaçlarını, ihtiyaçlarını, sağlığını gözetmediği için kendi prim yapısını kendi giderlerini gözetmeye başladığı için yavaş yavaş toplumsal desteğini kaybetti ve bir süre sonra Sağlık Bakanlığına devir oldu. Kaçınılmaz bir kader bu, Türkiye de değil başka bir ülke de olsa aynı kader yaşanacaktı, sizi var eden sigortalınızın hakkını hukukunu korumayı öncelik haline getirmezseniz, bir gün sizi birisi baksa yere devreder. Bu yeni yapı için de böyle nereye giderseniz gidin böyle.

O yüzden sağlık bireyin sağlığından sorumlu bir kurum yaratılıyor ve bir diğeri şu bakın primle sistemle vergili sistemi çok temel bir ayrımı daha var. Primli sistemler sağlığa ayrılan payın kaynağı garanti ediyor. Vergili sistemde bütçeden her yıl ne kadar sağlığa para ayrılacağının garantisi yok, bu pazarlığa

tabii, o ülkenin o yılki bütçe dengelerine bağlı, ekonomik konjonktürüne bağlı, ama primli sistemde devlet sunu diyor; adı prim olan ama verginin bütün unsurlarını taşıyan gelirin % 12.5'ini size her yıl garanti ediyorum, bu parayı sizin cebinize daha baştan koyuyor, bunun üzerine para yetmezse genel bütçeden hala finansmana devam ediyor. Simdi ben bakıyorum sağlık hakkının gözetilmesi konusunda duyarlı bir kişi olarak hangisini tercih ederim, her yıl ne kadar sağlığa para ayrılacağını bilmeyen bir yapıyı mı tercih ederim, ya da gelirin %12.5'inin garanti edildiği, üzerinde de devletin katkısının devam ettiği bir yapıyı mı tercih ederim? Bütün bu dinamikler GSS'nin altında yatan gerekçeler. Maalesef çok acı bir şey söyleyeceğim, sosyal taraflardan bütün katkılar alındı, yani bu kanun o kadar çok kamuoyunun paylaşımına açıldı ama sahnede söylenenlerle arkada söylenenler bir değil, maalesef bu acıyı hep yasıyoruz. Arka tarafta destek veriliyor, ön tarafa geliniyor baksa şey söyleniyor. Bu acıyı bizzat gözlerimle, kulaklarımla yasamış bir insan olarak konuşuyorum. Türkiye'nin gerçeklerini görmek durumundayız, hangi siyasi parti olursa olsun, hangi dönem olursa olsun bu halka değer katmak zorundayız. Bugünden yarına aksi takdirde birtakım ayrışma nedenleri ile birbirimizle çatışarak zaman kaybediyoruz. Türkiye kan kaybediyor ve gerekmediği bir şekilde fazladan kaynaklarımızı tüketiyoruz. O yüzden doğrusuyla yanlışıyla eleştirelim, ama doğrularına lütfen hep birlikte sahip çıkalım.

Şimdi çok kısa şöyle bir geçiş yapacağım aslında anlatmak istediklerimin hemen tamamı burada var. 3'lü bir yapı var su anda mevcut durum GSS'nin 5510 sayılı kanun getirdiği durum birde en son iki hafta önce, 10 gün önce yayınlanan birtakım redaksiyonlar var. 3'ünü dikkate alarak kanun mevcut uygulama ne GSS 5510 ne getiriyor, Anayasa Mahkemesi ışığında ne tür revizyonlar yapılmak isteniyor, hemen kısaca onu anlatacağım. Kapsanan sağlık hizmetleri acısından baktığımızda hiçbir şey değişmiyor, ilave var. Koruyucu sağlık hizmetleri ilk defa kapsama alınıyor, birde tüm nüfusa bu hak eşit olarak veriliyor. GSS çıktığı zaman yapılacak en temel düzenlemelerden birisi memur, işçi, Bağ-Kurlu, yeşil kartlı arasındaki ayrım tümüyle kalkmış olacak. Yeni kanun değişikliğinde de bu konuda farklılık yok aynı anlayış sürdürülüyor. Fakat memurların durumu ne olacak, o tartışılıyordu. Memurların durumu GSS açısından kapsama alınmaya devam ediyor. Memurlar da artık kapsamda devam edecek.

Peki kapsam dışı sağlık hizmeti var neyi kapsamayacak? Bir estetik amaçlı tedaviler kapsam dışı tutulacak. Bunu zaten kimse kapsama alınmasını beklemiyor yine estetik amaçlı ortodontin diş tedavisi, yine Sağlık Bakanlığı'nın insan sağlığında kullanılmasını kabul etmediği ilaç olabilir tedavi yöntemi olabilir her neyse bu tür hizmetlerde kapsam dışı tutulacak. Bu anlamda baktığımızda mevcut uygulamalardan farklılığı yok yeni tasarıda sadece yabancı kişilerin de artık bu kanuna göre GSS'ye girme hakkı var. Eğer yabancı kişi daha önce girmeden önce kronik bir hastalığı varsa bunu Türkiye'ye ödetmemesi mantığıyla yasaya

bir ekleme yapılmış. Nüfusun kapsam açısından baktığımızda su anda nüfusun tamamı kapsamda değil bu GSS ile bütün herkes kapsama girecek. Kapsam dışında kalan er ve erbaşlar var, tutuklu hükümlüler var, birde yabancı ülkede sosyal güvenliğini sağlayarak Türkiye'de gelenler var. Bunlar kapsam dışı tutulacak, ama devletin er-erbaşlarla, tutuklu hükümlülerin gene bütçeden sağlık yardımları karşılanmaya devam edilecek.

Çünkü GSS'nin mantığına belli bir bölgeye lokalize yaşayan ya da orada görevini yapan kişilere uygulama şansı yok. Bu anlamda yeni tasarıda sadece olimpiyat ve Avrupa şampiyonu sporcular eklenmiş bence yerinde olmuş. Yol gideri gündelik refakatçi acısından baktığımız zaman, mevcut uygulamalardan farklı olarak aynen bütün haklar korunuyor. Sadece yeşil kartlılar maalesef yol gideri gündelik hakkı yok, Bağ-Kurluların böyle bir hakkı yok, yani Bağ-Kurlu bir kişi Erzurum'dan kalkıp sevkli gelirse bir yol parası alamıyor harcırahını alamıyor. Bu yasa bu anlamda bütün nüfusu eşitleyecek yeni tasarıda da bu anlamda bir farklılık yok yurtdışında tedavi ile ilgili mevcut hakları aynen sürdürüyor. İlk defa yeşil kartlılara yurt dışında tedavi imkanı getiriliyor. Kurumlar arasındaki ayrımcılık ortadan kaldırılıyor. Yeni tasarı aynen bu hükümleri koruyor. Peki koşullar var birtakım sağlık hizmetlerinden yararlanma koşulları 30 günlük prim ödeme süresi. Şu anda SSK da, 90 gün Bağ-Kur'da 240 gün olan süreleri eşitliyor. Herkeste 30 gün yapıyor. Ama bilinmeyen bir şey var; devlet memurları bugün sağlık hizmetlerine prim ödemeksizin genel vergilerden yararlanıyor. Devlet memurları ve emekli sandığı primleri hiçbir şekilde sağlık pirimi yok tamamen emeklilik primi, onlardan da ilk defa prim almaya başlanacak, katılım payı ile ilgili mevcut uygulamalardan karşılaştırdığımız zaman ilaçtaki % 10-20 aynen devam ediyor, muayenelerden katılım payı devam ediyor, bu devlet memurları ve emekli sandığı için ilk defa gelecek ama bu anlamda toplumsal bir eşitleme var. Katılım payına bir üst limit geliyor toplumun zarar görmemesi için.

Yine şöyle bir mantık var; yeşil kartlılar, 65 yaşın üstündeki olanlar, özürlü aylığı alanlar katılım payını devletten geri alma hakkı var. Yine yeni tasarıda yatarak tedavide % 1'lik bir katılım payı getiriliyor. Ayrıca 2 YTL'lik katılım payı da beş katına kadar arttırılarak sevk zincirini yaşama geçirmeye çalışacak. Katılım payından istisnalar çok geniş bir şekilde korunuyor. GSS ile mevcut uygulama arasında bir farklılık yok.

Yeni tasarıda kök hücre ve doku nakli de katılım payı alınmayacak hizmetler arasına giriyor. Sevk zinciri zaman zaman eleştirildi. Bu kanun sevk zincirini kural olarak getiriyor ama zamana yayıyor. Türkiye'deki sağlık altyapısını, hizmet sunumu altyapısını 1., 2., 3. basamağa göre dizayn etmeden sevk zincirini zorunlu hale getirirseniz insanlara eziyet etmiş olursunuz. Kanun diyor ki, illere göre, ilçelere göre sevk zincirinin altyapısını oluştur ve bunu zorunlu olarak getir. Bu zorunluluğu zamana yayıyor.

Sonuçta topluma hizmet edecek bir yapı bu anlamda baktığımız zaman GSS ilk defa mali bir yaptırım getiriyor. Yani sevk zincirine uymadan bir başka basamağa geçerse % 30'luk bir kesinti yapıyor. Yeni tasarı aynen hükümleri koruyor. Hizmet bedellerinin ödenmesiyle ilgili çok temel bir değişiklik var mantığı şuydu birey zorunlu bir sistem bu primlerini ödemek zorunda, zorunlu sistemde devletin anlaşma yaptığı kurumlar var, anlaşma yapmadığı kurumlar var. Anlaşma yaptığı kuruma giderse GSS bütün anlaşma fiyatlarından bedeli ödüyor. Peki anlaşmalı kuruma gitmedi, GSS'nin anlaştığı bir kurumu tercih etmedi ne olacak? Eski uygulama SSK uygulamasında bir kuruş ödemiyordu, yani siz zorunlu sisteme dahil olmanıza rağmen hiçbir kuruş ödemiyordu GSS kanunu %70'ini ödemek sureti ile vatandasın bu tercihine saygı duydu ama yeni tasarıda onu yeniden SSK sistemine döndürme eğilimi var, yani deniliyor ki sen benim anlaşmalı yerime gitmiyorsan benden bir kuruş alamazsın! Böyle bir mantığa doğru geçiş var tekrar, tartışılacaktır sanıyorum. Fiyatların belirlenmesi ile ilgili komisyonlar vardı yeni tasarı burada çok temel bir değişiklik getirmiyor. Tabipler Birliği gibi değişik meslek örgütlerinin görüşünü alma zorunluluğu getirilmişti. Tasarının bu halinde görüş alma zorunluluğu isteğe bağlı hale bırakılmış, uygulamasını anlatmayacağım. Prim oranlarına baktığım zaman SSK'daki prim oranları aynen kalıyor. Bağ-Kurdaki % 20'lik oran yüzde 12.5'e çekiliyor. Emekli Sandığı ve devlet memurlarından bakarsak onlar prim ödemeden sistemden yararlanıyordu onlar da %12.5'luk prim ödeyecekler. Yeni tasarı aynen bu hükümleri koruyor. İdari para cezası uygulaması vardı, sağlık hizmeti sunucularının kötüye kullanımı ile ilgili bu cezaları kaldırıyor. Bunun gerekçesini bilmiyorum, açıkçası idari yaptırımlar ve sözleşme feshi maddesi vardı, yani sözleşmeli bir kurum sizin koyduğunuz kurallara uymazsa ne tür yaptırımları uygulanacak, burada çok küçük bir redaksiyon var. Önceden kademeliydi, bir ay, üç ay, altı ay, bir yıl gibi kademe vardı. Burada 3 yıla kadar süreyi sosyal güvenlik kurumuna belirleme yetkisi veriyor.

Son durum şu; kurumlar 3'ü birleşti, evet 5502 sayılı kanunla SSK, Bağ-Kur, Emekli Sandığı birleşti. Sosyal güvenlik kurumu oldu, genel kurulu var, yönetim kurulu var. Bir başkanlık yapısı içinde altında 3 tane genel müdürlük var. Sosyal Sigorta, GSS ve Primsiz Ödemeler Genel Müdürlüğü. İlk defa kamuda bir şey deneniyor, umarım başarılır. Bu 3 kurum bir kurmay genel müdürlük gibi kurgulanıyor, operasyonu yönetmeyecek, taşra operasyona müdahale etmeyecek, onun yerine bu taşra operasyonunu yönetmek üzere hizmet sunum genel müdürlüğü oluşturuldu ve artık merkezi örgütlenmeler her ilçede, vatandaşlar en yakın noktada sosyal güvenlik merkezleriyle hizmet sunma imkanı getiriliyor. Bilgi işlem altyapısı ile bu çok daha kolay yapılabilir hale gelecek. Sonuçta hepimiz şunun için varız, yani aynı gemideyiz ve aynı amaç için çalışıyoruz.

Yöntemlerimiz, tercihlerimiz farklı olabilir ama sonuçta bu masadan kalkarken ya da bu salondan çıkarken Türkiye'nin kazandığı, vatandaşlarımızın

kazandığı, hepimizin kazandıklarıyla seçenekle çıkmalıyız. Eğer 10 konudan ikisinde uzlaşıyorsak gelin iki tane konuyu yasama geçirelim, sekiz tanesi için kavga etmeye devam edelim, ama iki tanesi yasama geçsin, ertesi gün geriyi dönüp baktığımızda iki tane şeyi başarmanın mutluğuyla aynı toplum içinde yaşamanın hazzını da yasayalım.

Ben bu fırsatı verdiğiniz için Ankara Barosuna ve Ankara Üniversitesine çok teşekkür ediyorum, saygılar sunuyorum.

Hocam isterseniz burada bazı başka sorular da var onlarla birlikle açıklamalar yapalım.

PROF. DR. SARPER SÜZEK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Burada da bazı sorular var, birlikte açıklama yaparız.

HÜSEYİN ÇELİK - Sosyal Sağlık Sigortası Uzmanı - Çok teşekkür ederim.

PROF. DR. SARPER SÜZEK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Evet, Sayın Hüseyin Çelik'e bizde çok teşekkür ediyoruz. Kanunla ilgili önemli açıklamalarda bulundular, Yasanın dayandığı sistemleri açıkladılar bize.

Burada birkaç cümleyle ben çok önemli bulduğum bir hususa değinmek istiyorum. Kendi tebliği ile ilgili bu da "koruyucu sağlık hizmeti" meselesi. Efendim şöyle bir şey var; sanıyorum yani sosyal sigortalarla sosyal güvenlik farklı kavramlar. Sosyal sigorta toplumsal risk ortaya çıktıktan sonra güvence getiren bir mekanizmanın adı sosyal güvenlik ise çok daha geniş bir kavram ve diğerleri yanında sosyal sigortayı sosyal güvenlikten ayıran bir husus da sadece riskler ortaya çıktığında güvence götürmesi değildir, belirttikleri gibi koruyucu sağlık hizmetlerinde olduğu gibi bu toplumsal risklerin önlenmesi altını çizerek söylüyorum sosyal güvenliktir, sadece koruyucu sağlık hizmetleri değil mesela is kazalarının, meslek kazalarının önlenmesi de bir sosyal güvenlik sorunudur, mesela daha geniş manada issizliğin önlenmesi de bir sosyal güvenlik sorunudur yani kişinin karsı karsıya kalabileceği tüm toplumsal risklerin önceden önlenmesi ortaya çıktıktan sonra da güvence götürmesidir. O acıdan gerçekten koruyucu sağlık hizmetlerini bu yasada yer almasını bende çok olumlu bir gelişme olarak gördüğümü belirtmek isterim. Simdi söz sırası Sayın Doktor Köksal Aydın'da. Kendileri Sağlık ve Sosyal Hizmetler Sendikası Genel Başkanıdır. Kamu görevlisi sendikasıdır bilindiği gibi. Konusu da sağlık politikalarının belirlenmesinde sendikaların işlevi ve genel sağlık sigortası. Buyurun efendim

Sağlık Politikalarının Belirlenmesinde Sendikaların İşlevi ve Genel Sağlık Sigortası

DR. KÖKSAL AYDIN

Sağlık ve Sosyal Hizmetler Sendikası Genel Başkanı

Evet, şu anda sanırım sorun çözüldü. Öncelikle böylesi bir Sempozyumu düzenleyen kurumlara, emeği geçen tüm dostlarıma teşekkür ederek sözlerime başlamak istiyorum.

Biz, Sağlık Ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası olarak 17 yıllık mücadele hayatımızda sağlık alanında her türlü politikayı kendi örgütsel süzgeçlerimizde değerlendirdik, ölçtük, tarttık. Ama bize belirtilen konu başlığında murad edilen noktada bir işlevi tanımlamakta hep sıkıntı çektik. Bunu niçin söylüyorum? Biraz önce Sıhhiye Meydanı'ndaydım. 3 örgütün çağrısıyla "eşit, özgür, demokratik Türkiye" mitinginden buraya geliyorum. Öncelikle şu soruyu sormak lazım; sağlık politikaları nerede belirleniyor? Nerede belirlendiğini eğer doğru tariflersek sendikaların bu belirlenmiş politikalarda nasıl bir işlem gördüğünü tariflememiz sanırım daha da anlaşılır olur. Örneğin IMF ile Dünya Bankası'yla hükümetlerin kurduğu ilişkilerin, hatta bir dönem hükümetinin daha sonraki dönemlerde iktidara gelecek diğer hükümetlerin de elini kolunu bağlayan sözleşmelere imza atmasının ne anlama geldiğini, hatta iktidarların nasıl şekillendiğini sorgulayarak ancak sağlık politikalarının nasıl belirlendiğinin yanıtını bulabiliriz. Örneğin 1994 yılında GAS sözleşmesinin imzalanması sağlık politikaları açısından ne anlama geliyor? Hemen hemen her standby anlaşmasında IMF ile yapılan pazarlıklar ve oluşturulan akitler ne anlama geliyor? Dünya Bankası niçin sağlıkla dönüşüm, sağlıkla dönüşüm, sağlıkla dönüşüm diyor? Bütün bu belirlemeler ışığında bakıldığında aslında Türkiye'nin sağlık politikaları Türkiye içinden belirlenmiyor. Öncelikle bunun altını çizmek gerekir. Uluslararası sermaye ve uluslararası sermayenin sözcüleri Türkiye'yi bağımlılık ilişkisiyle belli politikaları, sağlık alanında belli politikaları, belli programları uygulamaya zorunlu kılıyorlar. Maalesef, bu zorunluluğu ortadan kaldıracak bir siyasi irade, bir toplumsal muhalefet de bizim istediğimiz düzeyde şekillenmiyor. Bu kısmını bir cümleyle özetlersek; sağlık politikaları tamamen bizim dışımızda belirleniyor. Yalnızca bir sağlık örgütü veya bir sendikanın dışında belirlenmesi değil aslında tüm toplumun örgütlü, örgütsüz tüm toplum kesimlerinin dışında belirleniyor

ve ısrarla, ve ısrarla yukarıdan aşağıya Türkiye'ye dayatılıyor. Bu gerçeği görmek lazım. Çünkü su anda Türkiye'de uygulanan programla Bulgaristan'da, Ukrayna'da, Moldavya'da, Latin Amerika'da uygulanan programlar arasında pek bir farklılık yok. Yani ülkeye özgü, ekonomik yapıya özgü kısmi farklılıklar olmasına rağmen özü itibari ile aynı programlar. Bir merkezden belirlenmiş programlar dayatılıyor.

Peki bu süreçte sendikalar nasıl bir işlev görebilir? Zaman zaman bu AB sürecinin hani Türkiye uyarlamasında şekilsel bir takım şeylerle karsılaşıyoruz, örneğin özellikle bu dönem AKP hükümeti döneminde sağlık alanında hazırlanan bir yasa taslağını görüşmek üzere birkaç kez TBMM'e davet edildik. Alt komisyon çalışmalarına davet edildik ama son zamanlarda nedense davet edilmiyoruz. İsin doğrusu sözümüzü de söyledik orada ama tabii söz niçin söylenir? Söz bir muradı ifade etmek ve bu muradın gerçekleşmesi için katkıda bulunmak için söylenir. Bizim söylediğimiz sözün hazırlanan yasa taslaklarında hiçbir şekilde yer almadığı bir süreci yaşadık, bunu adı sosyal diyalog olarak topluma yansıtılıyor. Aslında bir tür demokrasicilik, dışardan basın sorduğunda hükümet temsilcisine, siz iste tırnak içerisinde söylüyorum sivil toplum örgütlerinden demokratik kitle örgütleri sendikalarının adı da zaten sivil toplum olarak lanse ediliyor, görüş aldınız mı diye sorduğunuzda evet hükümet buna yanıt veriyor. Ben onlardan görüş aldım! Doğru görüş almış oluyor ama aldığı görüsün gereğini yapma bir nebze de olsa bu görüşe uygun bir değişiklik yapma konusunda hükümetin önünde IMF heyetinin neo-liberal politikaların Türkiye'de uygulayıcısı olan çeşitli odakların çok bariz bir baskısı var ve bundan dolayıdır ki biz gerek genel sağlık sigortası, gerek aile hekimliliği, gerek sağlıkta dönüşsümün diğer bileşenlerinde bugüne kadar ettiğimiz hiçbir sözün yasa metinlerine hiçbir biçimde yansımadığı diyalog ortamını yaşadık bu arada bir başka şeyin daha ayracını oluşturmakta yarar var. Örneğin son dönemlerde hükümet şöyle bir taktiği de izliyor; kendisine yandaş sendikalar oluşturuyor ve bu yandaş sendikalarla çok sık bir araya gelerek topluma karsı da "ya bakın iste uyumlu, bu ülke için bir şeyler yapmak isteyen sendikalarla bir araya gelebiliyoruz." Peki diğerleri yani bizler, bizler zaten kötü niyetli, bu ülkeyi düşünmeyen ısrarla ve ısrarla her şeye muhalefet yapmak için çırpınan odaklar, marjinal odaklar olarak tanınmaya başlıyoruz. Sendikaların bu süreçte hükümetlerle kurduğu iliksilerde bir de böylesi bir hani sarı sendikacılık örneği diyebileceğimiz hükümetin yandaş sendikalarıyla kurduğu ilişkinin de altını çizmek isterim.

Peki bu süreçte nasıl bir işlev görebilir sendikalar? Örneğin Sağlık Ve Sosyal Hizmet Emekçileri Sendikası nasıl bir işlev görebilir? Bizim görüşlerimizin hiçbir biçimde yasa metinlerine yansımadığı, bizim görüşlerimize uygun hiçbir değişikliğin olmadığı koşullarda bize ne tür bir görev düşer? Ya hani Sayın Demirel'in deyimiyle şapkamızı alıp gitmek, kendi köşemize çekilmek, ne yapalım hükümet böyle istiyor, yandaş sendikaları da böyle istiyor dolayısıyla

bırakalım bildiklerini yapmak bir seçenek olabilir ama bir başka seçenek daha var ki, Kamu Emeçleri Federasyonunu 1990'lardan bugüne getiren fiili meşru mücadele çizgisiyle oluşturduğumuz seçenek, o da bu politikalara karşı mücadele. Çünkü bu politikaların kendisi zaten Türkiye'nin yapısal sorunlarını çözecek politikaları değil, bu politikaların orijini bize ait değil ve bu politikaların nihai hedefi de sağlık hizmetlerini özelleştirmek, sağlık hizmetlerini piyasalaştırmak. Hâl böyle olunca biz evet bir işlev görüyoruz ama gördüğümüz işlev sokaklarda, alanlarda, is yerlerinde zaman zaman ış bırakarak zaman zaman çeşitli eylem etkinlik biçimleriyle kamuoyu yaratmak seklinde bir işlev oluyor. Doğrusu bu işlevin de meyvelerini, sonuçlarını alıyoruz. Örneğin AKP hükümetine kalsa sağlıkta dönüşüm programı 2003 yılında tamamlanacaktı, acil eylemi planını hatırlayın 2003 yılında tamamlanacaktı ama gerek Türk Tabipleri Birliği, gerekse Sağlık Ve Sosyal Emeçleri Sendikası'nın her yıl, hemen hemen her yıl yaptığı iş bırakma eylemleri görevdeyiz eylemleri ve bu konuda oluşturduğu dirençten dolaydır ki şu ana kadar bu program tamamlanmış değil önemli bir mesafe kat edilmesine rağmen.

Doğrusu buraya gelirken bende bir görsel materyal hazırlamayı düşündüm ama söyle bir şey aklıma geldi yani bizim işlevimiz nedir, bunu nasıl anlatacağız, sağlık politikalarının belirlenmesinde SES nasıl bir işlev görüyor? Valla değerli dostlar sizlere göstereceğim şey eylem fotoğrafları olurdu başka bir şey olmazdı. Bundan dolayı zaten görüyorsunuz şu an Sıhhiye'de de var böyle bir caba içerisine girmedim. Dolayısıyla evet bizim bir işlevimiz var ama bu toplumsal muhalefetle, sağlık emeçlerinin meşru talepleriyle alanlarda, meydanlarda oluşturduğumuz güç ve muhalefet bir miktar engelliyoruz, bir miktar geciktiriyoruz ama daha güçlü bir muhalefetle, daha güçlü bir toplumsal mücadeleyle bu sürecin tersine çevrileceğine olan inancımız devam ediyor.

Şimdi buradan genel sağlık sigortasına ilişkin birkaç şey söyleyeceğim; benden önceki konuşmacılar bu konuyla ilgili gerek Sayın Bilaloğlu'nun konuşmasında gerekse diğer konuşmacı genel sağlık sigortasıyla ilgili çok ayrıntılı şeyler söyledi. Ayrıntılar tehlikelidir, ayrıntıları bilmek önemlidir ama ayrıntılarda boğulmak bizim yaşayabileceğimiz en büyük tehlikelerden biridir. Birincisi şu; genel sağlık sigortası bir finansman modeli, bu bir vergi modeli değil. Ha vergi olarak tarifleyeceksek, biz tüm yayınlarımızda genel sağlık sigortasını toplumun 2. kez vergilendirilmesi olarak tariflendiriyoruz, yani ülke ekonomisini düşünün aslında toplumun yoksul kesimleri daha çok vergi ödüyor. Dolaylı vergilerin oranı % 70'lere çıkmış, durumda dünyada böyle bir örnek yok yani içtiğimiz su, yediğimiz ekmeğe verdiğimiz vergilerle bütçe oluşuyor ama sıra bu vergiler karşılığında topluma hizmet sunmaya gelince bir bakıyoruz sağlık alanında genel sağlık sigortası prim esaslı bir model ve bize sağlık hizmeti almak için prim ödemek zorundasınız diyor. Bu toplumun 2. kez vergilendirilmesidir. Eğer vergi ile bir bağ kuracaksak böyle kurmalıyız.

Peki, bütün olumlar üzerinden Türkiye'deki vergi politikalarının adaletli olduğundan söz etmek mümkün mü? Türkiye'de gerçekten adaletli bir vergi politikası var mı, yok toplum zaten adaletsiz vergi politikalarıyla yeterince bedeller ödüyor. Siz bu topluma bir kez daha bedel ödetiyorsunuz, bir kez daha bedel istiyorsunuz sağlık hizmeti sunmak için. Dünyada bilinen en eşitlikçi sağlık finansman modeli vergilerle finansmandır bunu Sayın Bilaloğlu da söyledi. Niçin çünkü siz vergiyi çok kazanandan çok alırsınız az kazanandan ya hiç almazsınız ya az alırısınız. Böylece oluşan havuzu merkezi bir planlama ile sağlık hizmetlerine yani kamusal hizmetlerin bütününe yaygınlaştırırsınız ama genel sağlık sigortası gibi modeller araya girdiği andan itibaren toplumda her ne kadar sağlık hizmetlerinin finansmanında bir adalet oluşturulacak dense dahi aslında adaletsizliğin ta kendisi oluşur. Şunu söylemek istiyorum mevcut genel sağlık sigortasında prim yükümlüler tariflenirken en son değişiklikte bu çok daha netleştirilmiş önceki tasarılarda muğlâktı, asgari ücretin 1/3'ü fazla geliri olanlar prim yükümlüsü olarak tariflenmiş. Evet, bir adalet aranıyorsa aslında hani nasıl mezarda emeklilik diyoruz biz emekli sistemini değerlendirirken, mezarda adalet, mezarda emeklilik diyoruz. Evet sağlık sistemi acısından da toplumun en mağdur kesimlerinden prim isteme cüreti göstererek biz aslında eşitsizliklerin olabildiğine arttığı bir Türkiye hedefliyoruz. Bir düşünün asgari ücretin 2/3'i yaklaşık 170-180 YTL. Bu gelire sahip olan bir yurttaş barınma, beslenme, eğitim, sağlık gibi, sağlığı bir kenara bırakalım pardon temel, hani acımasızca bunu bir anda uygulayamayacaklar bunu hepimiz görüyoruz ama yasa metnine konan madde aynen bu. Asgari ücretin 1/3'den fazla geliri olan tüm yurttaşlar prim yükümlüsü.

Değerli dostlar benim çok fazlı bir şey söylememe gerek yok Dünya Bankası'nın uzman heyeti genel sağlık sigortası ile ilgili Türkiye'de yaptığı bir araştırma soncunda kendini raporunda şu ifadeleri kullanıyor. Türkiye gibi verginin adaletsiz olduğu, yani gelirin adaletsiz olduğu gelir düzeyinin düşük olduğu ve genel anlamda toplumsal eşitsizliklerin yaşandığı bir ülkede prime bağlı bir finansman modeli yani genel sağlık sigortası uygulanamaz diyor. Dünya Bankası'nın uzman heyeti söylüyor bunu ama rapor devam ediyor 2. cümlede uzman ekip şayet uygulanacaksa diye başlıyoruz söze ve şöyle devam ediyor. Şayet uygulanacaksa asgari ücretin 2.4 katı esas alınmalıdır diyor.Yani bugünkü rakamla 1milyar veya 1000 YTL geliri olan yurttaşlar prim hükümlüsü olsun 1000 YTL ve üzerindekiler 1000 YTL ve altındakiler şayet uygulanacaksa prim yükümlüsü olmasın.Yani onların primini devlet karşılasın diyor. E mevcut tasarıya bakıyoruz bırakın asgari ücretin 2.4 katını asgari ücretin 1/3'ü kriter alınmış. Kimse burada bir adaletten söz edemez.

Yine genel sağlık sigortası aile hekimliği kamu hastaneleri birliği yasa tasarısı yani hastane işletmeleri gibi modellerle sağlık hizmetlerinin koruyucu sağlık hizmetlerinden uzaklaşarak tedavi edici sağlık hizmetlerine doğru yöneldiğini

görmemiz gerekiyor. Bugün Türkiye'de sağlık alanından da bakıldığında kışkırtılmış bir sağlık talebi ile karşı karşıyayız. Evet toplumun hala yoksul kesimleri sağlık hizmetlerinden yeterince yararlanamıyor. Ama yararlananların önemli bir kısmı kışkırtılmış bir tüketim psikolojisi ile, ruh hali ile hareket ediyor. Buyurun Amerika örneğini verelim. Kişi başı yıllık sağlık harcamasının 4500 dolar olduğu Amerika örneğini vereyim size.

Türkiye'de şu anda herhalde 200-250 dolar civarında. Amerika'nın sağlık göstergelerine bakalım; Amerikan'ın sağlık göstergeleri örneğin Küba'dan daha iyi değil bunun nedenlerini sorgulamak gerekir.Amerika Amerika'da bir yurttaş ortalama Küba'ya oranla 100 kat daha fazla sağlık harcaması yapmasına rağmen niçin Amerikalılar Kübalılar kadar uzun süre yaşayamıyor? Sağlık hizmetleri, koruyucu sağlık hizmetlerinden niçin Amerikalılar yararlanamıyor. Burada işte sistemin tedavi edici yani tüketici özelliğini vermek gerekiyor. Gerek genel sağlık sigortası, gerek aile hekimliği, gerek hastane işletmeleri ile Türkiye'de sağlıkta tüketim tedavi hizmetleri üzerinden yoğun teknoloji tüketimi üzerinden aslında tüketim körükleniyor ve piyasa oluşturuluyor. SSK örneği verildi, evet SSK'nın bizler tarafından da yıllardır eleştirilen birçok zafiyeti vardı. Ama şu gerçeği görelim. SSK'nın devredilmesinin temel gerekçesi SSK'nın piyasaya kapalı yapısıydı. Piyasaya kapalıydı SSK, önemli ölçüde kapalıydı. Kendi ilacını kendisi üretiyordu, kendi hizmetini kendisi sunuyordu. Böylece toplumun yaklaşık 35 milyon gibi yani nüfusun yarısına hizmet veren bir kurum küresel sermaye guruplarının sömürü alanlarına önemli ölçüde kapalıydı. Devirin asıl gerekçesi budur ve devir sonrası gerek ilaç tüketiminde gerek hizmet maliyetlerindeki 3 kat, 4 kat artışın da açıklaması budur. Tüketim artmıştır, sağlık tüketimi artmıştır. Biz SSK'nın niçin bu hale geldiğini geçmişte birçok etkinliğimizde, yayınımızda dillendirdik. SSK'nın bu hale getirilmesi zaten bir özelleştirme programıdır. Ben bütün bu tür toplantılarda sağlıkta özelleştirmeyi anlatıyorum. Sağlıkta özelleştirme deyince aklımıza hep şey gelir, bir mülkün bir kişiden alınıp veya kamudan alınıp özel sektöre devredilmesi akla gelir. Sağlıkta özelleştirmede bu yöntem en son kullanılan yöntemdir, en az kullanılan yöntemdir. Mülk devri yöntemi sağlıkta özelleştirmede çok az kullanılan bir yöntemdir.

Sağlıkta özelleştirmenin Hacettepe Üniversitesi tarafından yapılan bir araştırmaya göre 10 tane farklı yöntemi var. Sağlık alanında özelleştirme 10 farklı yöntemle yapılıyor. Mesela siz kamu bütçesinden sağlık yatırımlarına yeterince pay ayırmazsanız, örneğin İstanbul gibi büyük bir metropolde yeterince sağlık yatırımı yapamazsanız bu bir özelleştirme yöntemidir. Niçin? Çünkü o boşluğu özel sektörün doldurmasına davet çıkarıyorsunuz demektir. Özel sektöre ya ben yatırım yapmıyorum buyur sen yatırım yap, sen buradan para kazan diyorsunuz. Bu bir özelleştirme yöntemi, yine sağlıkta özelleştirmede teşvikler, kredilendirmeler bunlar hepimizin bildiği şeyler. Personel açığının giderilmemesi, siyasal kadrolaşma ve bir bütün halinde sağlıkta özelleştirmede önce bir dejenerasyon,

deformasyon yani mevcut kamusal sağlık hizmetlerinin çökertilmesi onun yerine özel sektörün bir cazibe merkezi olarak topluma sunulması. Başkan ne kadar süremiz var?

PROF. DR. SARPER SÜZEK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Efendim 3 dakikanız var.

DR. KÖKSAL AYDIN - Sağlık ve Sosyal Hizmetler Sendikası Genel Başkanı - Evet 3 dakika içerisinde toparlayayım. Gerek genel sağlık sigortası, gerek dönüşüm programının tüm bileşenleri sağlıkta özelleştirmeyi hedefleyen projelerdir. Bunun çok net olarak görülmesi gerekir. Genel sağlık sigortasının Türkiye'de uygulanamayacağını da çok net görmek gerekir. Bilaloğlu örnek verdi gereke Boğaziçi Üniversitesi'nin gerek diğer üniversitedeki akademisyenlerin yaptıkları araştırmalar bunu gösteriyor. Bugün bu ülkede asgari ücretin 1/3'ü veya işte 1/3'inin biraz üzerinde geliri olan bir yurttaşın genel sağlık sigortasına prim ödeyeceğini hiç kimse düşünmesin. Böyle bir gerçek yok. Böyle bir şey olmaması gerekir zaten kimsenin bunu istemeye de hakkı yok. Yurttaşlarımız sağlık hizmetlerinden yararlanmak için yeterince vergi ödüyorlar genel sağlık sigortası yerine sağlık hizmetlerinin mutlaka ödediğimiz vergilerle finansman edilmesini finanse edilmesini savunmak durumundayız. Yine sağlıkta tüketimi arttıran ve koruyucu sağlık hizmetlerini bertaraf eden, koruyucu sağlık hizmetlerini bir kenara atan sağlık modellerinin her ne kadar sağlık harcamaları katlanarak artsa bile bu ülke yurttaşlarının derdine deva olamayacağını bilmemiz gerekiyor. Türkiye'nin aslında iyi bir sağlık sistemi vardı. 224 sayılı sosyalizasyon yasasıyla kurulan iyi bir sağlık sistemi vardı. Ama biraz önce söyledim mevcut sistemi deforme etmeden, onu dejenere etmeden yerine siz başka bir sistemi dağıtamazsınız. Sağlıkta özelleştirmeyi dağıtamazsınız. Maalesef yıllar içerisinde bizim sosyalizasyon modelimiz deforme edilmiştir yeterince, siyasal iktidarlar yeterince arkasında durmamıştır. Yeterince finansman ve insan gücü aktarılmamıştır ona.

Şimdi bütün bunlardan dolayı bir değişim furyasıyla sağlık hizmetlerinin alabildiğine özelleştirileceği bir gerçek ile karşı karşıyayız. Yanı başımızda Ukrayna ve Rusya'da dönüşüm programı uygulandı keşke zamanımız olsa sonuçlarını sizlerle paylaşsam. Milyonlarca insanın hayatına mal oldu. Çünkü sağlık hizmetleri deneme yanılma tahtası değildir. Sağlık hizmetlerinde yapacağınız her türlü yanlış politika yanlış uygulamanın sonucu insan hayatıdır ve genel sağlık sigortası gibi modellerle Türkiye insanına dayatılan şey paran kadar sağlık anlayışıdır. Bunu vicdani olarak, insani olarak reddetmek zorundayız. Bunu reddetmeksizin bunu reddetmeksizin herkese eşit, ücretsiz, nitelikli sağlık hizmeti sunumunu gerçekleştirebilecek gerçek anlamda bir kamusal sağlık sisteminden söz etmemiz mümkün değil.

Bir söz vardır koruyucu sağlık hizmetleri ile ilgili has sağlıkçılar bunu çok sık

kullanırlar. "Hekimin akılısı hasta ile değil sağlam insanla uğraşır" derler. Evet, dünyada denenmiş tüm sağlık modelleri içersinde en doğru, en ekonomik, en insancıl model koruyucu sağlık hizmetleri, yani hastalandırmamayı, sağlığı, sağlık düzeyini sürekli yüksek tutacak insanları hijyenik bir ortamda, insanları hijyenik bir ortamda insanca yaşayabilecek bir düzeyde tutabilecek sağlık politikalarının uygulanmasıdır. Yani koruyucu sağlık hizmetleridir. Bizde dağıtılan, bugün dağıtılan model koruyucu sağlık hizmetleri yerine piyasacı tüketime dayalı tedavi hizmetleri modelidir. şu an TBMM Alt Komisyonunda bekleyen kamu hastaneleri birliği yasa tasarısına bakın orada hastanelerin parça parça nasıl özelleştireceğini ve yarın bir gün parası olmayan yurttaşların bu hastanelerden kamusal sağlık hizmetini alamayacağı gerçeğini hepiniz hukukçular olarak çok net görebilirsiniz.

Bu turda ben yalnızca bunları söylemiş olayım dediğim gibi görsel materyal hazırlamadım çünkü bizim sağlık politikalarının belirlenmesinde veya sağlık politikalarının uygulanmasında yapabileceğimiz tek bir şey var; sağlık hakkı talebi ile tüm yurttaşlarla yine iç güvenceli çalışma ve kamusal sağlık hizmeti eşit, ücretsiz, nitelikli sağlık hizmeti talebi ile sağlık ve sosyal hizmetleriyle beraber daha güçlü bir sosyal toplumsal muhalefeti daha güçlü bir toplumsal gücü açığa çıkarıp bu neo-liberal programa dur demek, bu yıkım programını reddetmek. Bizim en önemli isteğimiz bu olsa gerek, biz bunu yapmaya çalışıyoruz hep beraber bunu yaptığımız ölçüde de sonuç alabileceğimize inanıyoruz.

Ben sabrınızdan dolayı teşekkür ediyorum.

PROF. DR. SARPER SÜZEK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Sayın Köksal Aydın'a bizde teşekkür ediyoruz. Sanıyorum genel sağlık sigortası konusunda en temel eleştirileri dile getirdiler. Zaten, Eski deyimle malum "farikayı hakikat müsaademi efkardan doğar." Bu görüşler tartışılacak doğruluk kıvılcımı umuyorum ortaya böyle çıkacak. Şimdi söz sırası Sayın Doktor Cengiz Yavuz'da. Kendisi son konuşmacımız. Avukatların sağlık güvencesi ve genel sağlık sigortasını bize anlatacaklar. Buyurun Sayın Yavuz.

Avukatların Sağlık Güvencesi ve Genel Sağlık Sigortası

DR. CENGİZ YAVUZ

Teşekkür ederim. Geliyor mu sesim acaba? Sayın Başkanım, değerli konuklar ben sekiz sene önce avukatlarla çalışmaya başladım ve bugüne kadar sadece avukatların sağlık sorunları ile ilgili olarak çalıştım. Gördüğüm çok farklı sonuçlar var. Bunları sizinle paylaşıp 60 milyonu ilgilendiren değerli konuşmacıların bahsettiği sağlık sorunları ve eleştirilerden ben sadece 60 bin kişiyi ilgilendiren sorunlar, aslında sorunlardan öte mevcut neler var, neler yapılıyor bunlardan bahsedeceğim sadece. Çok fazla bir şey olmadığı için de sürem 20 dakikayı doldurmayacaktır daha kısa olacaktır. Teşekkür ederim.

Bir dergide gördüm dergi yargının üvey evlatları avukatlar diyordu. Bende sekiz yıllık deneyimimde, çalışmam da sağlığın üvey evlatları avukatlar diyorum. Bunu hiçbir hekim arkadaşım eminim bilmiyordur. Ben avukatlarla çalışmadan önce böyle bir şey görmemiştim, tahmin de edemezdim. E konuşmacı arkadaşlar çok net bahsettiler mevcut sistemde yeni uygulanacak uygulanmayacak diye tartışılan belirsizliklerin, karışıklıkların hakim olduğu GSS sistemi ciddi belirsizlikler içermekte. Henüz biz hekimler bile veya özel sağlık sigorta kurumları bile neyin olacağını şu anda kestirememekte. Ama öyle veya böyle anladığımız bir şey var; bu genel sağlık sigortası hayatımıza girecek. yani avukatların da hayatına girecek demektir. İlginç bir durum tespiti bahsetmek istiyorum ben. Öncelikle avukatlar çalıştıkları yere göre birtakım sağlık güvence sistemlerine sahipler, o nedenle biz burada kamu avukatlarının Türkiye Cumhuriyeti Emekli Sandığı güvencesinde olmaları sebebiyle onlardan bahsetmeyeceğiz çünkü onların sosyal güvenlikleri var, ayrıca kurumda çalışan avukatların sosyal güvenlik sistemlerinden de bahsetmeyeceğiz veya herhangi bir fabrikada vesaire de çalışan, şirkette çalışanlardan bahsetmeyeceğiz. Onlarda 506 sayılı SSK Yasası gereği sigortalılar ve sağlık karneleri var. Bizim burada bahsedeceğimiz esas konumuz olan serbest ve serbest çalışmak suretiyle mesleğini icra eden yani ofisleri olan, büroları olan, hiçbir yere bağlı olmayan avukatların sağlık güvenceleri olacak. Şu anda durum nedir onu tartışacağız.

Avukatlar için yargının kurucu unsurları deniliyor. Yargının kurucu unsurlarından biri avukatlar, bir tarafta hakim bir tarafta savcı, karşı tarafta diğer kamu avukatı ve bu tarafta savunma unsuru mesleğini serbest icra eden avukat ancak bu avukatın diğer unsurlardan bir farkı var hak ve sorumlulukları eşit zira bu avukat yargının kurucu unsurudur. Görevini yaparken birtakım haklara sahiptir ki, sahiptir ayrıca görevini yaparken görevini kötüye kullanmaktan dolayı kendisine aynen yargıçlara verilecek ceza gibi cezayı gerektirecek işlemler yapılır. E sağlık güvencelerine bakıyoruz şu anda serbest olarak mesleğini icra eden avukatların sağlık güvenceleri niteliksiz işçilerin sahip olduğu sosyal güvenceden daha düşüktür. Uygar bir ülkede yaptıkları meslek gereği hele son hukuksal değişiklikle ulaşmış oldukları hukuksal statü gereği avukatların çağdaş, kolay elde edilebilir nitelikli asgari olarak yargının eşit diğer unsurları düzeyinde bir sağlık güvencesi alma hakları vardı. Bağımsız yargının bağımsız savunma unsurları olan avukatlara mutlaka sağlık güvencesi hakkı ayrım gözetmeksizin sağlanmalıdır. Burada özele geçelim diyoruz, mesleğini serbest icra eden avukatlar için şu anda mevcut durumu söylüyorum. Zorunlu, en azından toplumun diğer fertleri kadar kolay elde edilebilir bir sağlık güvencesi sistemi yoktur.

Çok ilginç olan bir şey ise bunu ben çalışarak görüyorum çalıştığım kurumda, stajyerler için ise sosyal güvence yasaktır. Var gibi gösterilmeye çalışılan, zaman zaman birtakım değişiklikler ile iyileştirildi, o yasayla sandıklar kuruldu, değişik maddeler eklendi şeklinde gösterilmeye çalışılan sağlık güvenceleri şu şekilde sıralanabilir avukatlar için ancak yaptığı iş gereği. Ben sekiz yıldır şunu gerçekten anlayamadım. Avukatlığı kamu hizmeti olarak tarif eden birçok yazı makale okudum. Ve avukatlar Emekli Sandığı'na bağlı değil. Avukatlar bir işverene bağlı çalışmamaları halinde, çalışmamaları durumunda bile SSK'lı. Serbest meslek icra ediyorlar Bağ-Kur'lu değiller. Bu konudaki çelişim ile ilgili birtakım yayınlar da okudum. Bunun Meclis tutanaklarında topluluk sigortasına avukatları bağlarken Meclis tutanaklarındaki konuşmaları da inceleyince çok ilginç noktalara rastladım. Evet avukatlar için çıkartılan, 1960 tarihinde çıkartılan 506 sayılı yasanın 86. maddesi ile bir topluluk sigortası tarif edilmiş 1136 sayılı avukatlık yasasının 186. maddesiyle de bütün avukatların serbest çalışan bütün avukatların bu topluluk sigortasına tabi olmaları zorunlu kılınmıştır. Ancak bu zorunluluk içersinde malullük, yaşlılık, ölüm gibi uzun vadeli sigorta kolları var, iş kazaları, meslek hastalıkları hastalık, analık gibi kısa vadeli sigorta kolları yoktur. Bu kısa vadeli sigortalarına da katılmak isteyen avukatlar için ek prim ödemek koşuluyla isteğe bağlı olarak katılmaları bir hak olarak veya istisnai bir durum olarak tanınmıştır. Fakat bu isteğe bağlı olma durumunun gerekçesi daha ilginçtir. Kanun çıkarılırken meclis tutanaklarında şöyle bir gerekçeden bahsediliyor.; bu isteğe bağlı olma durumu kişiler prim ödeme ve alacakları sağlık hizmeti arasındaki dengeyi kendi arzularıyla takdir etsinler, eğer menfaatleri neyse ödesinler sağlık karnesi alsınlar ödemesinler sağlık karnesi almasınlar

şeklinde bir avukatın menfaatine bırakılmak üzeri çıkarılmış bir hak gibi fakat günümüze gelindiğinde bu menfaat gibi görünen şey aslında aleyhe dönmüş bir durumdur. Sağlık güvencesi o dönemde kanunun çıktığı 1965'li yıllarda nispeten daha ucuzdu, kolay elde edilebilirdi ama 1980'den sonraki duruma geldiğimizde sağlık hizmetinin pahalılaşması, çok kolay ulaşılabilir olmaması nedeniyle artık avukatın aleyhine bir durum söz konusu olmaya başladı. Bu durumda da avukat yıllardır gelen alışkanlıkları sebebi sağlık karnesi almaktan bir takım sebeplerle ya imtina etti, ya alamadı, ya kendisine verilmedi. Madem isteğe bağlı günümüze gelindiğinde bu konu hekim arkadaşlar arasında ve sigorta kurumunda çok tartışılıyor, madem isteğe bağlı avukatlar bunu ödesinler ve karnelerini alsınlar diye düşünülüyor ama hiç de öyle değil. Avukatların bu karneleri almaları çok kolay değil.

Bir kere benim kendi çalışmam bu avukatlara neden sağlık karnesi almıyorsunuz diye neden sağlık güvencesine ulaşmak için ek prim ödemiyorsunuz diye sorduğumda şöyle değerlendirmeler çıkardım. Bir kere ek prim ödeyerek yani topluluk sigortası primine bir de ek isteğe bağlı sağlık primi ödendiğinde bunun ciddi külfet olduğunu, ikincisi çok yakına kadar meslek erbabı tarafından çok da bilinmediğini fark ettim, üçüncüsü de neden SSK sağlık karnesi alayım, SSK sağlık hizmetini zaten nitelikli vermiyor, zaten ulaşamıyorum gibi bir gerekçe, dördüncü ve en önemlisi de sağlık karnesi sahibi olmak isteyen, özellikle bir hastalığı sebebi bunu herhangi bir sağlık güvencesi kurumuna ödetmek isteyen bir avukat mutlaka tam teşekküllü hastaneden sağlık kurulu raporu almak zorunda. Ve sağlık kurulu raporunda eğer mevcut hastalığa ait bir not var ise SSK, eski adıyla SSK bu hastalığa ait sağlık giderlerini karşılayamayacağız beyanında bulunmaktadır. Yani kişi hasta ise alacağı sağlık sigortası hizmetinde var olan hastalığı sigorta kapsamında değildir. Tabii bu çok ilginç bir durum, SSK diyor ki hasta sen kanserlisin, ben senin sağlık giderini ödemem ama kalp krizi geçirirsen öderim. Bu başka hiçbir sigortalıya yapılan bir uygulama değil yalnız Hüseyin Bey'in bahsettiği çok ilginç bir şey yeni yasada yeni değişecek yasada yabancılara yapılan bir uygulama. Yabancı yurtdışından geldiyse bir kişi onun geldiği ülkede bir hastalığı var ise o kişinin hastalığı yurtiçindeki sigortada hariç tutulacakmış. Şu anda Türkiye'de avukatlara yapılan uygulama da buna benzer bir uygulama. Avukat mevcut hastalığını tedavi ettirmek için yine bizim adliye içersinde Ankara Barosu'nda yaptığımız bir çalışma mutlaka bir yol bulmak zorunda çünkü hastalığı çok ciddi masraflar getirmekte. Bunun için ya bürosunu kapatıyor ben bunu sadece Ankara Barosu'nda değil Barolar Birliği'nde yaptığım çalışmada da Türkiye'de yaygın olarak gördüm. İşçi statüsünde SSK'lı olarak ya bir işverene bağlıymış gibi gösteriyor kendini veya bir arkadaşının yanında bürosunda işçi statüsünde çalışıp sağlık güvencesi alıyor.

2. bir yol ise yine tespit ettiğim ciddi sayıda bu da evli ise eşinin sağlık karnesinden faydalanma yoluna gidiyor bunu çok zor elde ediyor. Ancak burada da

yine bana birçok beyan geldi bu konuda kuruma yaptırılan sağlık harcamalarının kendilerinin rücu ettirileceği endişesi taşımaktadırlar. Bu tarafımdan cidden tespit edilmiş durumlar. Burada her kademedeki her nitelikteki işçiye tanınan hakkın avukata da tanınması gerekir ve diyorum ki, sağlık karnesiz avukat kalmasın. İkinci gurup avukatlar topluluk sigortasına tabi serbest çalışan avukatlar dışında işverene bağlı olarak çalışan sigortalı avukatlar ki, bunlar toplumun diğer kesimleriyle zaten eşit sağlık hizmeti almaktalar, sağlık karneleri var. Onlar sosyal güvencesi bilinen şekilde olan ve bizim konumuz olmayan 3.guruptaki avukatlar ise bazı 506 sayılı yasanın geçici 20. maddesi kapsamında sandık mensubu olanlar bunlarında sağlık karnesi olduğundan bunlar da sorunlu sınıfa girmiyorlar.

Esas bizim burada, benim burada esas değineceğim iki konu baro yardımlaşma sandıkları ve Türkiye Barolar Birliği tarafından yeni oluşturulan bir fon var, esas avukat için yeni olan bilinmesi gereken ve ciddi katkı olan iki konu bu ikisi. Baro yardımlaşma sandıkları sosyal güvenlik sağlık güvence sistemine alternatif olamazlar.

Bunlar sadece her baronun kendi bünyesinde gönüllülük esasına göre yasa ile kurulmuş ve geliri sadece üyelerinin kendi ceplerinden ödeyecekleri primlerle olan yardımlaşma sandıklarıdır. Bunlar katılımın çok az olması ya da cepten para ödeme zorunluluğunun olması dolayısıyla ciddi hizmet verememeleri sebebiyle bir süre faaliyetini durdurmuş veya ara vermiştir. Şu anda inaktif durumdadırlar ama bunlara çok ihtiyaç olacağını şimdiden söyleyebilirim. Bu konuda Türkiye'de şu anda yaşayan tek iyi örnek ABAYS'dır. Ankara Barosu Avukatları Yardımlaşma Sandığıdır. Esas önemli olan ise avukatların bu ciddi sağlık güvenceleri probleminin kanun koyucu tarafından tespit edilmesi, görülmesi ve büyük olasılıkla da avukat örgütlerinin baskısı sonucu bir çıkış yolu aranmış ve sosyal yardımlaşma ve dayanışma fonu oluşturulmuştur. 2004 yılında 5043 sayılı yasada birtakım maddelerde değişiklik birtakım geçici maddeler eklenerek böyle bir fon oluşturulmuştur. Bu fonun geliri tamamen baro pullarının %50'sinin fona aktarılmasıyla yani avukatın burada bu fonun gelirinde herhangi bir katkısı yoktur. Bu fonun hizmetlerinin yürütmesi Türkiye Barolar Birliği merkezi sosyal yardımlaşma dayanışma fon müdürlüğü tarafından yapılıyor. Bu fonun yaptığı yardımların bir eksikliği sadece avukatın kendisine ve stajyerlere de çok limitli. Eş ve çocuklara herhangi bir sağlık yardımı bu fondan yapılamıyor. Bu fonun yaptığı yardımlar esas olarak şu anda bütün Türkiye'de yaygınlaştırmaya çalıştığımız ancak %20'den fazlasına ulaşamadığımız ciddi olarak ciddi bir sorun olarak karşımıza çıkan avukatın buna sahip çıkmaması tabii bir engel, bende bunu şöylece sıralamak isterim. Birincisi analık yardımı yapıyor bu fon. Sadece avukatlara, avukatın eşine değil sadece avukatlara. Her doğum için doğum belgesinin aslı ve ekbir denilen bir belge ile doğum başına 575 lira olarak yapıyor bu yardımı. Alınması da son derece kolay yalnız bir şey

var bu yardımların hepsinin 120 günlük sınırı var, avukatlara bunu defalarca yazıyla ilanlarla duyurmaya çalışıyoruz genellikle de başvurular hep geç oluyor. İş göremezlik diye ikinci bir yardım türü var. Bu yardım bir defada alınan en az 21 günlük, bir defada 21 günlük en az yılda maksimum 90 gün için sağlık kurulu raporunun, ancak tek hekim raporu ile verilmiyor, sağlık kurulu raporunun teslimi ile günlük 13YTL olarak her avukata yapılan bir yardımdır bu. Eğer bu 90 günlük süre yetmez ise kalp, kanser gibi ağır güç tedavili fazla masraflı hastalıklarda yine üyenin başvurması halinde 5.000 YTL'ye kadar ek bir geçici olağan dışı iş göremezlik yardımı yapılıyor. Bunun da yetmemesi halinde yine başvuruda yönetim kurulunun yetkisinde olmak üzere bir 5.000 ytl'ye kadar daha yardım yapılabilmesi söz konusu. Burada en önemli yardım; yatarak tedavilerde, operasyonlarda, acil travmatoloji gibi durumlarda, kemoterapi, radyoterapi alınmasında, operasyon sonrası gerekli olan fizik tedavilerde, tıbbi malzeme, protez, tekerlekli sandalye gibi işlemlerde kullanılan avukatların hizmetinde olan ve her yıl limiti arttırılarak gidilen bir sağlık yardımıdır.

Burada şu andaki yıllık limit 20.000 YTL'dir. Yani hasta bir yıl içerisinde yatarak tedavi veya yukarıda bahsedilen bazı tedavi türlerinde sağlık harcaması yaptıysa bunun 20.000 YTL kadarını kurumdan alabilmektedir. Burada hastaya yapılan geri ödemede faturanın %20'si kesilerek ödenir. Her işlem için fon yönetimince belirlemiş o işleme ödenecek maksimum yardım limiti vardır. 20 milyarlık fatura getiren 20 milyarın %20 eksiğini alamaz. Her işlem için bir fiyat vardır diye özellikle uyarıyoruz avukatları. Burada avukat için bir alışkanlık ve bu alışkanlığı değiştirmekte zorlanıyoruz bir konu var. Ekbir diye bir belgeye ihtiyacı var avukatın. Avukat bu devlet memurunun sevk kağıdı gibidir. Bunun doldurulması en büyük problem olarak karşımıza çıkıyor uygulamada. Yalnız bu sağlık yardımını yaparken bir takım istisnalar da mevcut. Biraz önce genel sağlık sigortasında bahsedilen istisnalardan fazla istisnalar değil estetikler vesaire ödenmiyor. Bunun dışında yine bu soysal yardım fonunun olağanüstü yardım, deprem sel gibi afetlerde kullanılmak üzere yaptığı bir yardımdır. Cenaze yardımı varislere yapılan bir yardımdır.

Ayrıca en son bir özel kurumla anlaşarak kara ve hava ambulansı yardımı satın almıştır avukatlar için. İki milyara satın almıştır bunu. Eşlere ve çocuklara da cüzi bir ödemeyle bu olanak sağlanmaktadır. Burada Türkiye Barolar Birliği Sosyal Yardımlaşma Fonu aslında bir sigorta sistemi gibi işletilmekte. Eğer Türkiye'de sigorta altyapısı şuna müsait olsaydı; istisnası olmayan ve primlerin bu 60.000 kişi için uygun düzeye çekilebilecek bir yapıda olsaydı özel sağlık sigortalarından bu hizmet satın alınabilecekti. Ancak bu olamadı ciddi istisnalarla karşılaştı ve sonunda kendisi böyle bir sistemi kurmayı uygun gördü ve basitleştirilmiş bir sigorta sistemiyle şu anda üyelerine ortalama yılda maksimum 40 milyar civarında olacak şekilde sağlık yardımı yapabilmekte. Buradan ister mevcut sistem uygulansın ülkemizde ister GSS gelsin veya başka

bir sistem olsun. Benim 8 yıllık deneyimimden gördüğüm bu fon hangi sağlık sistemine ulusal sağlık sistemine uygulanırsa olsun avukatın sağlık sorununa ciddi çağrı olabilecek bir fondur o yüzden avukatlar tarafından da sahip çıkılması mutlaka gerekir. Ancak fonun eksikleri var. Fon bilinmiyor üyeler tarafından çok da benimsenemedi doğrusu çok ihtiyacı olanlar ancak kullanabiliyor kullanıyor.

Sağlık kurum anlaşmaları yapılmadığından henüz üyeler hala pahalı sağlık hizmeti almaya devam ediyor. Önce ödeyip daha sonra paranın kendisine ödenmesi bir dezavantaj tabii. Eş ve çocuklar için herhangi bir yardım yapılamıyor. Ayaktan sağlık giderleri şimdilik karşılanamıyor sadece yatarak tedaviler veriliyor. Şimdi aslında avukat için çok fazla olmayan sağlık güvencesi sadece bir topluluk sigortası ve isteğe bağlı sağlıkla sınırlı olan sağlık güvencesi, bir de iki tane konuyla birincisi baro yardımlaşma sandıkları ki işlemiyor, ikincisi de Türkiye Barolar Birliği Sosyal Dayanışma ve Yardımlaşma Fonu çok yeni tam kabul edilmedi. Bu iki fon ışığında genel sağlık sigortasını genel sağlık sigortası içerisinde avukatın alabileceği pozisyonu nelerden faydalanabilir çok kısa değineceğim.

Şimdi, genel sağlık sigortası ile ne değişti, ne değişecek? Aslında öyle veya böyle uygulanacak bu. Topluluk sigortası kalktı demektir genel sağlık sigortası temel olarak her birey gibi avukat da aynı sağlık güvencesine sahip olacak. İyi veya kötü ama her birey eşit olacak. En azından bugünkü gibi bu farklılık olmayacak. İkincisi baro sandıklarına ciddi ihtiyaç olacak.

Zira artık bu dönemde avukatın cebinden para çıkacak her vatandaşın cebinden para çıkacağı gibi. Bu paranın da telafisi baro sandıkları tarafından olacak. Türkiye Barolar Birliği Sosyal Dayanışma Yardımlaşma Fonu ile artık eller cebe döneminin başlayacağı, sağlıkta bu cebe giren ellerin parası Barolar Birliği Sosyal Dayanışma Yardımlaşma Fonu tarafından tamamen ödenebilecek. O nedenle çok önemlidir. Yeni dönemde her avukat, sandıklarına ve sosyal dayanışma yardımlaşma fonuna sahip çıkmalı, maksimum faydalınım için mutlaka güncel olarak bunları takip etmelidir. Bu arada çok önemli bir konu stajyer avukatlar için ise sağlık güvencesinden bahsedilemez, biraz önce de söyledim hatta yasaktır. Sağlık güvenceli günler dilerim, teşekkür ederim efendim.

PROF. DR. SARPER SÜZEK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Bizde size teşekkür ederiz Sayın Yavuz. Avukatların sağlık güvencesi konusunda ayrıntılı bilgiler verdiniz.Şimdi soruların cevaplandırılması aşamasına geldik. Anladığım kadarıyla biraz fazla soru var. Benim sayın tebliğ sahiplerinden ricam, mümkün olduğu kadar özlü bir biçimde kısa cevaplarla yetinsinler. Çünkü böyle bir tatil gününde cumartesi günü bile burada katılmakta sabır gösteren sayın dinleyicilerimizin de sabırlarını zorlamayalım.Teşekkür ederim.

DR. ERİŞ BİLALOĞLU - Sayın Başkan, isterseniz katılımcılara soralım belki vazgeçmişlerdir sorulardan. Sonra tarihe şöyle geçmesin bu salon yapıldı

yapılalı böyle zulüm görmedi diye. Çünkü bayağı uzadı gerçekten. Ben öncelikle teşekkür ediyorum hani konuşmama değer verip eleştiri ya da katkıda bulunanlara.

Bir soru; Sağlık Bakanımız tıp fakültesinde öğretim üyeliği yapmış tıp profesörüdür .Hekim sayısının yetersizliğini açıklamasını sadece bakan kimliğiyle değil, tıp doktoru ve profesörü nosyonuyla değerlendirdiğine tenkitinizin mesnetsiz olduğunu görürsünüz diyen bir katkı. Teşekkürler değerlendirmeye açık bir konu. Ancak ben şunu söylemiştim. Sağlık sistemimizin en temel sorunu hekim sayısının yetersizliğidir demiştir Bakan. Dolayısıyla bunu söylemesi çok büyük bir sıkıntıdır diye belirtmiştim. İkincisi tıp doktoru ve profesörü nosyonuyla değerlendirirse zaten daha da durum kötüdür çünkü halk sağlığı stajından geçirmezler, böyle söylediği için geçirmezler. O nedenle ben tartışmalı bir konu değil diye düşünüyorum hekim sayısının yetersizliği sağlık sisteminin en önemli sorunudur demek bence problemdir.

İkincisi; Doktor Bilal Erişoğlu diye gelmiş. Bu benim bir şeyimdir. Eriş Bilaloğlu, Bilal Erişoğlu olur İbiş diye gazetelerde İbiş Bilaloğlu diye yazılır. Bu bana yani Bilal Erişoğlu dediği. Sağlıkta dönüşüm programının hakkaniyete dayalı ve gerekçeli sağlık hizmeti sunumunu tetikleyen iki uygulamasını örnekler misiniz? Diyen bir soru. Yani şunu söyleyebilirim, örneğin Emekli Sandığı, Bağ-Kur, SSK, yeşil kart. Yeşil kartı bir kenara koyalım Emekli Sandığı, Bağ-Kur ve SSK'nın tek bir model haline çevrilmesi benim değerlendirme sistematiğim içerisinde olumludur ama, niye çünkü Emekli Sandığı, Bağ-Kur, SSK eşitsiz güvence sistemleriydi. Ancak soru şudur, tüm zaten sunumum boyunca da onu söylemeye çalıştım. Temel vermeye çalıştığım mesaj bu niye yapılmaktadır, bunu analiz etmek lazım.

Benim tespitim odur ki bunun bir araya getirilmesi bir olumluluktur ama sağlıkta dönüşüm programı uygulayıcılarının bunu yapma gerekçesi sonuçta tüm topluma bir eşit sağlık güvencesi sağlamak değil sermaye ve finansı tekelde toplama meselesidir. 2015 çalıştayı diye sunduğum çerçevede de zaten söylemektedir. 2015'e giden yıllar boyunca insanlar daha fazla cebinden para verecek, daha fazla sağlık hizmetine ulaşmak için bu sigortanın dışında tamamlayıcı sigortalara geçecekler o da yetmeyecek cepten de ödemeler verecekler ilaçlar sistem dışına çıkacak onlar için cepten ödeyeceksiniz filan filan filan. Dolayısıyla hani iki değil üçten beşten fazla örnek bulabiliriz bir aşama olarak baktığımızda. Ne için yapıldığına baktığınızda ise ben bunun faydalı bir uygulama bütünü taşımadığını düşünüyorum.

Phillips CEO'sunun yine bana şeyi yöneltmiş, tıp teknolojisinin Türkiye'de çok üst düzeye çıktığını söylemesi nasıl bir olumsuzluk taşıyor demiş. O konuda bir şey istemiş arkadaşımız. Şimdi bakın teknoloji uygun teknoloji ve benzeri bir sürü tartışma başlıkları var. Teknoloji tıpta bir gereklilik belki hayatımızda bir

gereklilik ancak uygun zamanda ve uygun bir biçimde bir ihtiyaca denk düşmek üzere planlı programlı bir çerçevede yürütüldüğü zaman. Şöyle yazar eşitlik ve sağlık kitabı. Eğer bir ülkede eşitsizlikler varsa giren en son teknoloji en az ihtiyacı olanlar tarafından kullanılır. En az ihtiyacı olanlar. Çünkü toplumun daha üst gelir gurubu en son teknolojiye daha kolay ve gerekçesiz yere ulaşabilir. Eğer maddi durumu onu karşılıyorsa ona artroskobi de yapılır ona filmler de çekilir emarlar da yapılır.Türkiye'nin herhalde en son tıp teknolojisini en fazla ve ilk olarak tüketen bir ülke olması mevcut durumumuz gözetildiğinde çok lehimize bir durum değil ama tıbbi endüstrinin çok tercih ettiği bir ülke olduğumuzu gösterir. Türkiye evet son 3-5 yılda yaptığı atakla da sağlık pazarında tıbbi endüstrinin yıldız koyduğu ülkelerden biridir. Çok hızlı bir tüketim kapasitesi vardır. 2002 itibari ile Türkiye'de doğan çocuklar 3.000 küsur dolarla doğuyorlardı, borçla. Bugün 5.000 dolar küsur borçla doğmaktadır.

Sayın Bilaloğlu demiş; anlattıklarınızdan yetersiz beslenme, uygun olmayan ortamlarda yaşayan hasta olmaya mecbur olanların aynı zamanda hasta olma hakları da ellerinden alınmış oluyor demiş Avukat Zübeyde Hanım. Sanırım katkı olarak söylemiş

Şöyle bir soru var sağlık harcamalarının, son iki soru, finansmanının genel bütçeden karşılanması için bütçeye nereden kaynak sağlanmalıdır? Ciddi bir soru değil mi arkadaşlar diye soruyorum. Genel bütçeden karşılanması için bütçeye nereden kaynak sağlamalıdır? Bir ülke o ülkede yaşayan insanlardan adaletli bir vergi toplama sistemi kurmalıdır. Bu vergiler o insanlara yol, su, elektrik, eğitim, sağlık vesaire olarak geri dönmelidir.

Ne güzel arkadaşım söyledi aslında, paneldaşım, benim hiç konuşmama da gerek yokmuş iki oyundan sonra. Bu dedi bir vergidir zaten, primde vasıtalı bir vergidir. Evet bende onu söylüyorum. Vergi vermemizin yanı sıra bir vergi daha isteniyor daha sonra bir daha istenecek tamamlayıcı yine ulaşamayacaksınız. Zaten mesele budur, mesele bu toplanan vergilerin bizim tarafımızdan bizim için harcanmayıp Dünya Bankası vesaire tarafından el konulup dışarıya IMF'e gitmesidir. Bizden tekrar sağlık için para toplanması meseledir.

Şöyle bir soru var ekleme devam ediyor. Savunduğunuz görüş dünyanın hemen hemen hiçbir ülkesinde uygulanmamaktadır. Şimdi biraz akıl yürüteceğiz tabi. Bir, bir görüş hiçbir yerde uygulanmıyorsa söylenmemeli midir? Böyle bir önermeyi kabul ediyorsak zaten söylemeyelim. Siz dayanaklar söyleyin bana diyorsanız, ben zaten bugüne kadar uygulanan politikalara ilişkin hani hepsine dayanak koyarak sunmaya çalıştım.Yok Lancette yayınlanmış vesaire. Bu politikalar hep uygulandı uygulanıyor ve sonuçları hep olumsuzdur. Onun için korizil reformdur bunun adı.

Ayrıca hani ayrı bir panel konusudur savunduğum görüşlerin dünyanın hangi ülkesinde nasıl uygulanıp uygulanamayacağını dair çerçevede sunmak mümkün.

Devamına girmiyorum. Sağlık hizmetleri kamusal bir hizmet değildir aksine yarı kamusal bir hizmettir. Sağlık hizmetinin finanse edilmesi, eğer genel bütçen olursa sağlık sektöründe yapısal sorunlar çözümlenebilir mi, bunlar hakikaten nasıl bir sağlık sistemimiz olmalıdır tartışmasıdır.Ve hani hakikaten arzu edildiği takdirde bunu bu fakültede de sunmaktan büyük bir memnuniyet duyarım.

Son soru, sağlıkta dönüşüm programının 3. halkası olan kamu hastane birlikleri pilot uygulaması ve bu uygulama hakkındaki genel görüşünüz nedir? Uzun bir konudur ama şunu söylemek mümkün, temelde bu tarz bir dönüşüm programı Türkiye'de sağlık alanında dönen parayı bir yerde toplayıp sağlık hizmeti sunucularını tek tek piyasaya, piyasa aktörü olarak sunmak üzere kurgulanmıştır.Bugün sağlık, SSK, devlet hastanesi vs. birleştiren kurumlar önümüzdeki günlerde işte bu kamu hastane birlikleri pilot uygulaması ile piyasaya kaç tane Türkiye'den 1000 tane hastane varsa, diyelim ki 1000 tane piyasa aktörü olarak gireceklerdir ve birbirleriyle rekabet eden aktörler olarak. Buna piyasada iç rekabet denmektedir. İngiltere'de de Teacher döneminde buna süreç buna dönmüştür.

Dolayısıyla birinci basamakta da şu olmuştur, sağlık ocakları modeli yerine aile hekimliği ile 6.000 sağlık ocağı yerine 25.000 tane aile hekimi piyasa aktörü olarak piyasaya girip bir diğer aile doktoruyla rekabet ederek, ondan daha iyi olduğunu gerek tıbben, gerekse de başka cazibe taşıyan özellikleri ispat etmek durumundadır. Sonuç ben çok uzattım ama mesele benim iki oyunumdur. Tabi ki siz değerlendireceksiniz. Ne olur söylenenleri sonuç itibarı ile nereye varmaktadır, dünyadaki uygulamalarda bunun örnekleri varsa nasıl sonuçlara varmıştır? Bunlar üzerinden değerlendiren ve önceliği nedir noktasında bir çerçeve yapmak lazım. Son cümlem de şudur, arkadaşım da cümlesine öyle başladı benim iyi bir hatip olduğumu söyledi teşekkür ediyorum. Konuşmamın politik olduğunu söyledi ama kendisi benden daha politik bir konuşma yaptı. "Hepimiz aynı gemideyiz, Türkiye'nin gerçeklerini görmek zorundayız." Lafları inanın çok politik laflardır. Türkiye'nin gerçekleri görmek zorundayız lafları şudur; var olan durumu kabul etmek zorundayızdır. Arkadaşımın söyleminin ötesinde söylüyorum ben onun niyetinin ötesinde söylüyorum. Bu laf başka bir anlam taşır sonuçta. Hepimizi sabit ve statik olmaya iter. Bence Türkiye'nin ihtiyacı sosyal dayanışmacı Türkiye'nin yeterli olan zenginliklerini bu ülkenin insanları için kullanmayı planlayan programlayan kamusal bir yaklaşımdır, bu da mümkündür.Dünyada da örnekleri vardır ilerde de olacaktır. Çok teşekkürler.

PROF. DR. SARPER SÜZEK - Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Teşekkür ediyoruz Sayın Bilaloğlu. Buyursunlar Sayın Çelik.

HÜSEYİN ÇELİK - Evet bende sabrınız için gerçekten teşekkür ediyorum. Yaklaşık 50 kişiye yakın kaldı demek ki gerçek dinleyici kitlesi burada sabrınıza gerçekten teşekkürler. 224 üzerinde çok duruldu. İnanın 224 ile GSS'yi birebir

karşılaştırın göreceksiniz ki GSS daha sosyal bir kanun. Hatta bizi sosyalist olmakla da eleştirenler oldu. Prim diyorsanız 224'de prim var arkadaşlar. Katılım payı diyorsanız 224'de katılım payı var sevk zinciri diyorsanız orada da var hastadan fark alma diyorsanız orda da var SSK'nın hastanelerinin devri diyorsanız o kanunda var hatta üniversite hastanelerinin bile Sağlık Bakanlığına devri var. Türkiye'nin 1965'li yılları gerçeğinde hazırlanan bence çok doğru bir kanun. Ama GSS ile bu kanun güncellenmiştir. Benim yorumum bu. İsteyenler 224'ü birebir GSS ile karşılaştırsın itirazları varsa bende zevkle dinlerim. Hocamızın birtakım konularında bilgileri var onları bir güncellemek isterim. Devlet memurlarında primli sistem değildir vergili sistemdir. Hiçbir devlet memurundan bir kuruş prim alınmamaktadır. Dolayısıyla bu bilgiyi düzeltmek lazım. Bir GSS hizmet sunumunun tarafı değil, aile hekimliğini hizmet satın alacağı bir taraf. Yani GSS finansman kurumu olduğu için, hizmet sunumu ayağına ilişkin eleştirilere herhangi bir yanıt verme şansım yok.

Bir diğeri Anayasa Mahkemesi GSS ile ilgili hiçbir maddeyi iptal etmemiştir. Beş tane konuda dava açıldı hiçbir maddesini ihlal etmedi. Sadece devlet memurlarına ilişkin, sağlıkta ve emeklilikte hükümlerin ayrı bir yasa da aynı yasada ayrı bir bölümde düzenlenmesi konusunda kural koydu. Katılım payı ile ilgili, hastadan fark alma ile ilgili, yine diş tedavilerinde %50 ile ilgili bütün maddeleri Anayasa Mahkemesi hepsini onaylamıştır. Hatta iki tane maddede gerekçesini Anayasa'nın 65. maddesindeki devletin mali olanaklarıyla sınırlamasını kabul etmiştir ve Anayasa Mahkemesi'nin bence güncel kararını dikkate alarak geleceği yorumlamak daha doğru olacak. İnanın bu kanun yasalaşma sürecinde en çok muhalifleri dinlendi. En çok dinlendi ve onların katkılarından yararlanılmaya çalışılmış. Taraf olanlardan çok bir şey alamıyorsunuz sonuçta sizin görüşünüzü teyit ediyor. Ve GSS ile ilgili emeklilikle ilgili emek platformunun oluşturduğu görüşlerin tamamı irdelendi ve GSS'nin bütün maddeleri kabul edildi.

Yani emek platformunun hükümete o dönemde sunduğu GSS ile ilgili bütün maddeler kabul edildi ve o dönemde Tabipler Birliği genel temsilcisi Sayın Bakan'a teşekkür de etti. Ama buna rağmen kanuna ilişkin çekincelerinin devam ettiğini kendi düşüncelerinin primli sistem değil vergili sistem olduğunu söyledi. Ama emek platformu altında verilen bütün öneriler yasaya yansıdı. Öğretim üyesi katkısıyla ilgili hocamda söyledi olsaydı çok iyi olurdu. Benim tercihim değil sonuçta hükümetin ya da Çalışma Bakanlığının tercihi. Kuşkusuz hocalarımızın hazırladığı kanunlarda da hata oluyor. Bizimkinde de olabilir. Sonuçta bu kanun açık yazıldı yani her aşamada onlarca defa görüşe sunuldu. Gelen katkılar, eleştiriler, aktarıldık. Ve %70'i toplamda kanunun ilk şeye sunulduğu kamuoyuna sunulduğu andan en son meclisten geçtiği ana kadarki görüşlerin %70'i kanuna yansıdı. %30'u beş konu ilgilendiriyor %30'luk kısmı. Bu da bir seçenektir şuan öbürkü de olurdu bu da olurdu tercih başka yönde kullanıldı.

Şimdi Sayın Köksal Bey'in eleştirisi oldu. GSS'de prim ödeyemeyenlerle

ilgili 1/3 yeşil kartlarla ilgili bir durum. Orada bir birey için 4 kişilik bir aile. Türkiye'de ortalamada 4,5 kişi bunu 1.3'ü 4.5'la çarpıyorsunuz ve aile bazında baz alıyorsunuz. Kişi bazında bir sistem değil bu. Zaten yeni düzenlemede yeşil kart da kalkıyor başka bir mantıkla devam edecek. 2015 şeyi ile ilgili Eriş Bey'in söylediği o çalıştay da bende vardım. Kişi bazına sağlık riskinin yönetimi dediği şu; kişinin doğumundan ölümüne kadar bir elektronik ortamda bilgi kaydı tutulacak. Sağlık riskleri önceden görülecek ve o sağlık riskine göre tedavisi yönetilecek. Ben o yorumun böyle olmadığını iletmek isterim.

Sosyal sigortalarla sosyal güvenlik farkını aynen hocama katılıyorum değerlendirmesi için teşekkür ederim. IMF ile ilgili zaman zaman şu da söylendi, bu kanunu IMF yazdı. Keşke yazılı bir kanun olsaydı belki hazıra konsaydık. Yoktu böyle bir kanun yani hiçbir zaman da olmadı. Yani ben bu kanunun her aşamasında oldum hiçbir şekilde IMF'in veya Dünya Bankası'nın diktasyonu olmadı, bunu çok samimi olarak söylüyorum. Tam tersine ne oluyor ben size söyleyeyim, hükümetler sadece bu hükümetler değil bütün hükümetler topluma kabul ettirmekte zorlandığı konuları IMF'e yazdırıyor ve onun üzerinden harekete geçirmeye çalışıyor.Yani tam tersine bir süreç var. Yani topluma acı reçeteyse bunun adı dikte etmekte zorlandığı şeyler IMF'e yazdırtıyor ne yapalım IMF istediği deyip uyguluyor. Ama sonuçta şuna bakmak lazım, bunu da tartışmamız lazım.

Yani uyguladığımız politikalar topluma değer mi yaratıyor, ona zarar mı getiriyor. Ona bakarak karar vermek lazım. Toplumun 2. kez vergilenmesini o zaman şöyle yapalım %12,5'uğu genel vergilere ekleyelim, ne değişecek? 31 milyar YTL'lik sağlık harcaması var. Nereden bulacağız bu parayı? Gökten para yağmıyor, yerden petrol çıkmıyor. Türkiye borçlanan bir ülke nereden bulacağız bu parayı? Yani Türkiye'nin gerçekleri dediğim bu. Para yok borçlanıyoruz. Çocuklarımızın geleceğinden çalarak bugünkü sağlık hizmetimizi yürütmeye çalışıyoruz emekli aylığı sistemimizi yürütmeye çalışıyoruz. Olmayan bir para ile yaşıyoruz. Türkiye'nin en kırılgan noktalarından birisi bu. Tamam % 12,5'uğu almayalım zaten devlet memurları ödemiyor, Emekli Sandığı ödemiyor, yeşil kart ödemiyor sadece prim ödeyen Bağ-Kurlularla, SSK'lılar var. Onlardan da almayalım peki değirmenin suyu nerden dönecek? Türkiye'nin gerçeği bu, eğer bunun çözümü varsa hepimiz ona koşalım. SSK'nın kendi ilaç üretimi arkadaşlar %1'di. Keşke devlet ilaç da üretsin çünkü orada kârlılık çok yüksek. Katılıyorum toplumsal bir destek hepimiz destek verelim devlet ilaç fabrikası işletsin. Ben şeye bakıyorum özelde mi kamuda mı diye bakmıyorum. Bakın bir yanılsama var kandırmaca demeyeceğim ama bir yanılsama var. Kamuluya özel diye bir şey yok. Bakın toplumdan bireylerin hepimizin bu elli kişiden alınan para var adı vergi ya da prim ve bu para bir sektöre aktarılıyor. Bu aktarılan sektör; ilaç sektörü, tıbbi malzeme sektörü, personel, laboratuar, radyoloji. Paranın aktarıldığı yer aynı. İster kamu hastanesi olsun ister özel hastane olsun ister başka bir vakıf

olsun. Paranın aktarıldığı yer aynı. Biz şunu tartışmalıyız; paranın aktarıldığı yer aynıysa bu parayı aktaran kamu organizasyonu ya da özel organizasyon bu parayı verimli kullanıyor mu, kamudaki bir kişiyi çalışan bir kişiyi verimli olarak çalıştırabiliyor, kamudaki bir ihale sonucunda bir malzemenin bir ilacın fiyatıyla özeldeki bir ilacın fiyatını aynı fiyata alabiliyor mu? Devlet mi ucuza alıyor özel mi ucuza alıyor? Ve biz bunu aşmalıyız.

Kamu ya da özel kavramını kullanarak Türkiye'deki toplumun sırtından net anlamda özel sektörü, ilaç tıbbi malzeme, hekimlik, hekim, hemşire, eczacı, her neyse bunların hepsi parayı alıp cebine koyuyor. Hiç kimse bir personel kamudaki bir hekim bir eczacı aldığı parayı devlete geri mi veriyor? Kendi özel harcamasına kullanıyor. Bakın kendimizi kandırıyoruz. Para net olarak özel sektöre gidiyor, özelse bu. Parayı harcayan yeri sorgulamalıyız. Bu parayı verimli harcıyor mu? Bizim emanet ettiğimiz vergileri, primleri benim hakkımı savunarak harcıyor mu? Verimliliği sağlıyorsak kamu sonuna kadar devam etsin ama verimliliği sağlayamayan bir kamuda verimliliği sağlamanın her yolunu bulmalıyız. Bunda hepimiz fikir birliği içerisinde olmalıyız. Yani kamuda bir hekimin çalışması gereken yerde beş tane hekim çalışıyorsa bu bizim sırtımızdan oraya aktarılan adını siz koyun, israftır. Buna kimsenin hakkı olmamalı, bunu savunuyor muyuz? Bakın yani lütfen kamu özel diyerek verimsizlik alanlarını, yanlış uygulamaların üstünü örtmeye çalışmayalım. Hepimiz doğrusunu yapmak için iş birliği içinde olalım fikir birliği içinde olalım, yani kusura bakmayın sorularla bitireceğim. Yani 2.5 yıl gecemi gündüzüme verdiğim süreç zaman zaman heyecanlanıyorum farkındayım ama Bilal Bey'in dediği anlamda çıktıya bakalım toplum kazanıyorsa hep birlikte olalım kaybediyorsa hepimiz karşısında duralım.

Hocamım söylediği Ali Rıza Hocam'ın sorusu var; Türkçe'si bozuk diyor kimi noktalarda. Hocam sonuçta yazıldı en son Meclis genel kurulunda bütün hukukçuların görüşünden geçerek redakte edilerek defalarca defalarca. Türkiye'nin ürettiği değer bu. Bir diğeri yani sonuçta bir diğeri tek şey söylüyorum gerçekten şunu söylüyorsunuz. Tartışmaya açıldığını söylüyorsunuz, açılsaydı bizlerde fikir söylerdik hepimiz haberimiz bile olmadı diyorsunuz teessüf ediyorum. Çünkü siz biliyorsunuz, Başbakanlıktayken bu kanun sizinle birlikte çok değerli hukukçuların bulunduğu bir ortamda 3 gün bu kanunu tartıştık. Hayır hocam sağlık da vardı. Özür dilerim burada o salonda olan başkaları da var. Sağlığı da emekliliği de 184 maddeyi Hocam 3 gün sizinle tartıştık. 3 gün tartıştık bu kanunu sizinle ve defalarca. Yani inanın 3 gün sizinle birlikteydik geceli gündüzlü o salonda birlikte oturduk kalktık nasıl haberiniz olmaz?

Bir diğeri ilaç fiyatları ile ilgili.Yani doktorların yedi yıldızlı otellerde evet doğru. Bunla birlikte hepimiz mücadele etmeliyiz ama tek doğru bu değil. Bu doğru bir yargı, doğru bir tespit ama tek doğru değil. Benim söylediğimde doğru başka yargılar da var söylemediğimiz. Dolayısıyla bu doğru ama öbürkü yanlış değil, hepsi doğru.

Şöyle bir soru var; sosyal sigortalar sisteminin sağlık hizmetlerinde işi ne diyor?

KATILIMCI - (*mikrofonsuz*)

HÜSEYİN ÇELİK - Yani SSK'nın verimsizliğine bende katılıyorum. Bunun temel nedeni de hem finansman kurumu hem de hizmet üreten bir kurum olmasıdır. Bunun bedelini SSK ödedi.Verimli çalışabilseydi keşke hepimiz bundan katkı sağlardık.

Bir diğer şöyle bir soru; Sağlık Bakanımızın üzerine basa basa vurguladığı 2008 yılında özel hastaneler fark almayacak demesi, özel hastanelerin kamulaştırılması anlamına geliyor mu? Bu hükümet politikası liberal ile çelişiyor mu? İnanın uzun bir cevap hakkı doğuruyor. Evet kısmı da var hayır kısmı da var. Eğer arzu ederseniz toplantı sonrasında detayını anlatayım.

Yine uzun bir soru var Doktor Tevfik Ali Bey tarafından. Hasta başına maliyetin düşürülmesi ile ilgili ileri inceleme tetiklerde hastaların maliyetinin ön planda tutulmasının hekimin tedaviyi baskılaması konusu var. Kuşkusuz böyle finansman sistemlerinde uyguladığınız ödeme politikaları hekimin davranışlarına doğrudan etki ediyor. Yani kapitasyon yöntemi var, free for service dedikleri her bir yapılan hizmetin faturalandırıldığı yapı var, primli geri ödeme sistemleri var. Uyguladığınız her yapı hekim davranışını etkiliyor. 1 Temmuz'da ayaktan tedavi de paket getirildi hekim davranışı değişti. Öncesinde farklıydı sonra Danıştay davasıyla kalktı ama hekim davranışı bir süre daha devam etmeye başladı. Yani sonuçta bu hekimlerin tıp fakültelerinde ve çalıştığı kurumlarda kazandığı alışkanlıklarla ilgili ve kuşkusuz yine ödeme sistemlerinin finansman yapısı ile ilgili.

Esat Bey tarafından teknik bir soru var. Tanı tedavi ve bakım kılavuzları ile doğru ilişkilendirilmeyen bir geri ödeme sisteminin veya kurallar manzumesinin toplum sağlığı için bir tehdit olduğunu düşünebilir miyiz? Kuşkusuz, yani sonuçta bu bilimsel bir iş. Tamam sanat kısmı da var ama sonuçta her şeyi tartışmıyoruz. Tartışmadığımız alanda mutlaka tanı tedavi protokollerine dayalı bir tedavi yönteminin ve bunun altyapısının kurulması kaçınılmaz. Bu sonuçta topluma da katkı sağlayacak bir şey. Ben tekrar hepinize sabrınızı için teşekkür ediyorum.

PROF. DR. SARPER SÜZEK -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Teşekkür ediyoruz Sayın Çelik. Sizin herhalde şeyiniz var, yanıtınız.

DR. CENGİZ YAVUZ - Soru değil. Erol Bey'in bir katkısı olma talebi var bilmiyorum hangisi ancak Erol Bey'in bir katkıda bulunma talebi var sadece Doktor Erol Bey'in.

KATILIMCI - Avukatlarımızın sigortasında kaynak olsun kanunda diye söyledim. Çünkü ben bütçe hazırlayan .... Kurul Başkanıyım. Özel avukatlar için, orada da bir not düştüm genel sağlık sigortası eğer savunulmuyorsa bütçe sırasında bütçe kanunu vardır. Bütçe kanunu ile belirleyebilirisiniz. Bütçe

kanunu yıllık kanundur. Bütçe kanununda esnaf ve tacir sınıfında eğer siz değer görüyorsanız bunları tanımlayarak kendinizi şu andaki bütçe görüşmelerinde bunu daha barolar olarak ....bütçe kanununda yerinizi alabilirsiniz, döner sermayeyi böyle aldık.

PROF. DR. SARPER SÜZEK -Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi- Teşekkür ederiz. Efendim böylece cevaplar da verilmiş oldu.Toplantımızı tamamlamış oluyoruz. Bitirmeden önce iki şey daha yapacağız. Bir tanesi ben çok kısa bir bitiş konuşması yapacağım bir de daha sonra Sayın Baro Başkanlarımız plaketlerini sayın konuşmacılara sunacaklar. Zannediyorum ki çok verimli bir toplantıyı tamamlamış oluyoruz. Bir demokratik forum içinde bütün ilgililer, yargı mensupları, üniversite mensuplar, bütün kurum mensupları görüşlerini dile getirdiler. Biz tabii burada iki tarafa teşekkür borçluyuz. Birincisi bu toplantıya tertipleyen başta Baro Başkanı Sayın Vedat Ahsen Coşar ve Hukuk Fakültesi Dekanı Profesör Doktor Metin Feyzioğlu olmak üzere Ankara Barosu ve Hukuk Fakültesine teşekkür ediyoruz. İkinci teşekkürümüz tabii tebliğ sahiplerinedir. 3 gün boyunca tebliğlerini sundular ve nihayet tabii son teşekkürümüz de bizi sabırla dinleyen böyle tatil günü bile ısrarla dinleyen katılımcılaradır. Çok teşekkür ediyoruz. Burada sigortaya çıkan sonuçların da toplumumuza, sağlık hukukuna yararlı olmasını diliyoruz. Bu tip forumların devam etmesini panellerin devam etmesini arzu ediyoruz.

Halk içinde muteber bir nesne yok devlet gibi
Olmaya devlet cihanda, bir nefes sıhhat gibi
Saltanat dedikleri bir cihan kavgasıdır
Olmaya baht ü saadet dünyada vahdet gibi.

Kanunî Sultan Süleyman

ANKARA BAROSU

978-9944-234-31-3