

Av. Berna ÖZPINAR

TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

ANKARA BAROSU YAYINLARI | 2007



Av. Berna ÖZPINAR

TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMANIN HUKUKİ SONUÇLARI



ANKARA BAROSU

Ankara 2007

Ankara Barosu Yayınları

1.Baskı

1000 adet basılmıştır.

Ankara, 2007

ISBN 978-9944-234-19-1

Telif Hakkı © Ankara Barosu, 2007

Bu eserin telif hakları Ankara Barosu'na aittir.

İletişim Adresi:

Bu yayınlı 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 kataloglanmıştır.

(bilgibelgemerkezi@ankarabarusu.org.tr)

Ankara Barosu Başkanlığı

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

Tel : + 90 (312) 310 55 26 | Faks : + 90 (312) 309 22 37

E-Posta : ankarabarusu@ankarabarusu.org.tr Web : www.ankarabarusu.org.tr

Baskı : Güngör Basım Yayıncılık Tic.

Tel: + 90 (312) 229 64 81-82

Bu eser Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsünde Özel Hukuk-Medeni Hukuk Yüksek Lisans Tezi olarak hazırlanmış ve aşağıda bulunan Jüri üyeleri önünde 06.07.2007 tarihinde savunularak oybirliği ile kabul edilmiştir.

Jüri Başkanı : Prof. Dr. Kudret GÜVEN

Jüri Üyesi : Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Jüri Üyesi : Doç. Dr. Fadıl YILDIRIM

Tez de ileri sürülen görüşler yazarına ait olup, Enstitü bu görüşlerden dolayı hiçbir sorumluluk kabul etmez

Bu kitabı,

Sonsuz Sevgi ve Şükranlarımla,

Annem ve Babam

Aysel ve Şükrü ÖZPINAR'a,

Sevin ve Umur TAMUR'a

Sumuyorum.

Berna ÖZPINAR

SUNUŞ

Uygulama ve araştırma alanı insan sağlığı olan, bu bağlamda hastalıkların teşhisi ve tedavisi üzerine çalışan tıp, sadece uzmanlığı gerektiren bir disiplin değil, aynı zamanda ahlaki bir uğraştır. Ahlaki bir uğraştır, zira tıpkı yasalar ve dinler gibi iyinin ve kötünün, doğrunun ve yanlışın kapsamını, nelerin olağan olduğunu veya olmadığını, nelerin uygun bulunup bulunmadığını ve yine nelerin yapılması veya yapılmaması gerektiğini belirler.

Hekimlik mesleğinin icrasında ortaya çıkan kayıtsızlık, duyarsızlık, profesyonel katılık gibi ahlaki eksikliklerle, bilgisizlik, yeteneksizlik, deneyimsizlik gibi bilimsel yetersizlikler, tıp pratiğinin kendi tarihsel süreci içinde hiç de yabancı olmadığı İngilizce “*mal practice*” denilen “*hatalı uygulama*” kavramını da beraberinde getirdi.

Hatalı uygulama ve bunun doğurduğu sonuçlar, kimi zaman hastanenin teknolojik karmaşıklığına bağlı ihmaller olarak, kimi zaman ise tesadüfî insan hatası, yani şanssızlık ya da sistemin iyi işlememesi olarak kabul edildi. Hekimin katılgından doğan ihmaller, bilimsel tarafsızlığın ya da profesyonelliğin gereği olarak olağan görülmeye başladı. Hekimin yetersizliği ihtisaslaşmanın olmamasına bağlanırken, tanının ve tedavinin hekimin kişisel beceri alanının dışına taşınması, hatalı uygulamayı ahlaki olmaktan çıkardı ve teknik bir soruna dönüştürdü.

Böylece önceleri güvenin kötüye kullanılması temelinde ahlaki bir kusur olarak kabul edilen bu durum, giderek donanımdan ve hekimlerden kaynaklanan hatalar olarak rasyonalize edilmeye başlandı.

Hatalı uygulamanın nedenleri bağlamında yaşanan bütün bu değişimler, hatalı uygulama ile bunun doğurduğu sonuçların hukukileştirilmesini ise, dünden bugüne hiç ama hiç engelleyemedi. Bu bağlamda hekimlik hizmetinin verilmesindeki mal practice/hatalı uygulama, gerek ceza hukukunda, gerekse özel hukukta/tazminat hukukunda önemli bir uygulama alanı buldu.

Bu vesileyle, tez konumun seçimi ve çalışmamda değerli ve özverili yardımlarını esirgemeyen hocam Sayın Prof. Dr. Kudret GÜVEN'e, görüşleriyle tezime destek veren jüri üyeleri Sayın Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN ve Sayın Doç. Dr. Fadıl YILDIRIM'a, tezin hazırlanmasında zengin kütüphanesini veengin hukuk bilgisi ile fikirlerini benden esirgemeyen Sayın Av. Atilla ELMAS'a, görüşleriyle itici gücüm olan Sayın Av. Umur TAMUR'a, çalışmamda olumlu telkinleri bulunan Sayın Prof. Dr. Fikret EREN'e, çalışmamın basımını teklif edip üstlenerek beni onurlandıran Ankara Barosu Başkanı Sayın Av. V. Ahsen COŞAR'a ve Ankara Barosu Yönetim Kurulu Üyelerine teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Ayrıca çizimleriyle hekimle hakimi buluşturan, kitaba zenginlik katan Sayın Dr. Taner ÖZEK'e, dostluğu ve çevirileriyle çalışmama katkısı bulunan Sayın E. Özlem GÜLTEKİN'e, manevi desteğini esirgemeyen Sayın Prof. Dr. Sema AYDOĞDU'ya, Sayın Dr. Gülendem GÜNENDİ'ye, Marziye DİLEK'e, emeği geçen tüm dostlarıma ve özenle basımı gerçekleştiren yayınevi çalışanlarına teşekkür ederim.

Av. Berna ÖZPINAR

İÇİNDEKİLER

SUNUŞ	v
ÖNSÖZ	vii
İÇİNDEKİLER	ix
KISALTMALAR	xi
GİRİŞ	1
1.KONUNUN TAKDİMİ	1
2.KONUNUN SINIRLANDIRILMASI	3

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ, TIBBİ MÜDAHALENİN ÖNEMİ, HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALENİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	
1- TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ	5
I-Tıbbi Müdahale Kavramı	5
II-Tıbbi Müdahaleden Doğan Sorumluluğun Tarihi Gelişimi	7
2-TIBBİ MÜDAHALENİN ÖNEMİ	11
I-Genel Olarak	11
II-Kişinin Yaşama Hakkı ve Tıbbi Müdahale	11
III-Kişinin Sağlık Hakkı ve Tıbbi Müdahale	13
IV-Kişilik Hakkı ve Tıbbi Müdahale	13
V-Hasta Hakları ve Tıbbi Müdahale	14
3- HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALENİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	16
I-Hukuka Uygun Tıbbi Müdahalenin Tanımı	16
II-Hukuka Uygun Tıbbi Müdahalenin Unsurları	18
A-Tıbbi Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiler Tarafından Uygulanmalıdır	18
B-Hukukun Kabul Edilen Bir Amaca Yönelik Olmalıdır	20
C- Tıbbin Sınırları İçinde Kalmalıdır	21
D-Hastanın Aydınlatılmış Rızası	23
I-Aydınlatılmış Rızanın Konusu	24
II-Aydınlatılmış Rızanın Kapsamı	25
III-Aydınlatılmış Rızaya Ehliyet	27
IV-Aydınlatılmış Rızanın Şekli	28
III-Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği	28

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEDE SAĞLIK ÇALIŞANININ HASTAYA KARŞI BORÇLARI VE HUKUKİ SORUMLULUK SEBEBİ OLARAK TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMA OLARAK KABUL EDİLEN DURUMLAR

1-TIBBİ MÜDAHALEDE SAĞLIK ÇALIŞANININ HASTAYA KARŞI BORÇLARI	31
I-Hasta Kabul, İletişim Ve Kayıt	33
II-Aydınlatma Ve Rızanın Alınması	34
III-Teshis	37
IV-Tedavi	38
V-Sadakat Ve Özen	40
2-TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMA	43
3-HUKUKİ SORUMLULUK SEBEBİ OLARAK TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMA OLARAK KABUL EDİLEN DURUMLAR	46

I-Kast Veya İhmalle Standart Uygulamanın Yapılmaması	49
II-Yanlış Veya Eksik Teşhis, Yanlış Veya Eksik Tedavi	50
III-Hastaya Tedavi Vermeme	52

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

1-HUKUKİ SORUMLULUĞUN TANIMI VE SEBEPLERİ	55
I- Hukuki Sorumluluğun Tanımı	55
II-Hukuki Sorumluluğun Sebepleri	57
A-Haksız Fiil	57
B-Sözleşme	57
C-Kusursuz Sorumluluk Halleri	58
2-TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN HUKUKİ SORUMLULUĞUN SEBEPLERİ	59
I-Tıbbi Müdahalede Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk ve Şartları	60
A-Hukuka Aykırılık	61
B-Kusur	62
1-Genel Olarak Kusur	62
2-Tıbbi Müdahalede Kusur	64
3-Kusurun Tespiti	65
C-Zarar	67
D-İllyet Bağı	67
II-Tıbbi Müdahalede Sözleşmeden Doğan Sorumluluk ve Şartları	68
A-Hasta İle Sağlık Çalışanı Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği	69
1-Vekalet	71
2-Unsurları	72
a-İş Görme	72
b-İşin Başkasının Menfaatine yapılması	72
c-İşin Süreye Bağlı Olmaması	72
d-Sonucun Elde Edilememesinin Rizikosunun Bulunmaması	72
e-Ücret	72
f-Tarafların Sözleşmeden Her Zaman Caymalarının Mümkün Olması	73
g-Nisbi Bağlılık	73
3-Sözleşmenin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi	73
4- Sağlık Çalışanının Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri	74
B- Tıbbi Müdahalede Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları	75
1-Hukuka Aykırılık	75
2-Kusur	76
3-Zarar	78
4-İllyet Bağı	78
C-Sağlık Çalışanının Vekaletsiz İş Görmeden Doğan Hukuki Sorumluluğu	79
III-Tıbbi Müdahalede Kusursuz Sorumluluk ve Türleri	81
A-İstihdam Eden Sıfatıyla Sorumluluk	83
B-Eser Maliki Sıfatıyla Sorumluluk	85
C-Tehlike Sorumluluğu	86
3-TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMANIN HUKUKİ SONUÇLARI	90
I-Maddi Tazminat	91
A-Amacı	91
B-Kapsamı ve Hesaplanması	92
1-Ölüm Halinde Tazminat	93
2-Cismani Zarar Halinde Tazminat	95
C- Hak Sahipleri	95

II-Manevi Tazminat	95
A- Amacı	96
B- Kapsamı ve Hesaplanması	97
C- Hak Sahipleri	98
III- Zamanaşımı	99
A-Haksız Fiilden Doğan Hukuki Sorumluluk Zamanaşımı	99
B-Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluk Zamanaşımı	102
C-Kusursuz Sorumluluk Durumlarında Zamanaşımı	102
IV-Sorumluluğu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Haller	103
A-Sorumsuzluk Anlaşması	103
B-Hastanın Rızasının Sorumluluğa Etkisi	105
C-Zaruret Halinde Sorumluluk	106
D-T.Müdahaleden Doğan Zararlar İçin Sorumluluk Sigortası	107
SONUÇ	109
KAYNAKÇA	111
EKLER	113

KISALTMALAR

AY	: Anayasa
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
C	: Cilt
Çev.	: Çeviren
E	: Esas
GÜİİBFD	: Gazi Üniversitesi İktisadi İdari Bilimler Fakültesi Dergisi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
IBK	: İstanbul Barosu Dergisi
K	: Karar
Md.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
s	: Sayfa
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı İcrasına Dair Kanun

GİRİŞ

1.KONUNUN TAKDİMİ

Tıbbın ve hukukun ortak koruma süjesi insandır. Tıp, insanın fiziki ve ruhi yapısındaki bozuklukları tespit eder ve tedaviyle bunları gidererek, kişinin yaşam kalitesini artırmaya çalışır.

Anayasa'nın 17.maddesinde düzenlenmiş olan yaşama hakkının sağlanabilmesi; kişinin hastalıklardan korunmasına, tıbbi yardım görmesine, tedavi edilmesine ve sağlık hakkının tanınmasına bağlıdır. Hekimler ve tüm sağlık çalışanları, bozulan insan sağlığının düzeltilmesinde, kişinin yaşama hakkı karşısında önemli bir görev üstlenmişlerdir.

İnsan haklarının sağlık alanındaki uygulaması olarak görülen “hasta hakları” kavramı gündeme gelene kadar hasta ile sağlık hizmeti sunucusu arasındaki ilişkiye geleneksel tıp etiği ilkeleri uygulanmıştır. Bu yapıda, hekim ve/veya sağlık hizmeti sunucusu, hastanın teşhis ve tedavisine tek başına karar vermektedir.

Geleneksel ve kaderci yaklaşımın terk edildiği günümüzde ise, bilinçli hasta, yeni bir olgu olarak karşımıza çıkmıştır. Bilinçli hasta, tıbbın sınırlarını bilen, bildiği için de gerçekten uzak beklentiler barındırmayan hastadır. Hastalığın tedavi seçeneklerini ve sürecini bilen hastanın, daha başarılı tedavi edildiği artık genel bir kanıdır.

“...artık kişilerin birbirlerine saygı duyarak ve bireyselleştirerek yaklaştıkları, paranın ikinci sırada değerlendirildiği eski hekim-hasta ilişkileri yerinirekabetin ana ilke olarak yer aldığı bir pazar ortamına bırakmıştır...”¹

Diğer yandan, ilim ve teknikteki hızlı gelişmeler, tıp biliminin de teşhis ve tedavi imkanlarına çeşitlilik kazandırmıştır. Tüm bu durumlar kişilerin sağlık ve yaşam haklarını güçlendirirken, sorunları da beraberinde getirmiştir. Bu sebeple de tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk tüm dünyada önem kazanmıştır. Hatta hekimlerin, hastanın istemediği, yaşam uzatıcı girişimleri uygulamasının, tıbbi müdahalenin kötü uygulanması olarak kabul edilmesi yönünde de görüşler ortaya çıkmıştır.

¹ Polat,O., Tıbbi Uygulama Hataları, s.27, Ankara, 2005

Tıbbi müdahale; "... tedavi amacına yönelik etkinliklerdir. Buraya bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet dahildir..."²

Her tıbbi müdahale, kişinin ruhsal ve bedensel bütünlüğüne yönelik bir eylemdir ve hastanın hikayesinin alınmasından, röntgen çekimine, protez takılmasından cerrahi müdahaleye varıncaya dek çok değişik görünimleri vardır.

Tıp, diğer bilim dallarına göre daha çok ekip çalışmasının kaçınılmaz olduğu bir alandır. Tıbbi müdahale, denildiğinde akla hemen hekim gelmekle birlikte, esasen tıp ekibi, hekim dışında ve yanında, oldukça kalabalık sağlık personelinin barındırmaktadır. Konu bu yönden, daha çok "hekim hatası" ve "hekimin sorumluluğu" olarak isimlendirilmiş ve sorumluluk hekim yönünden incelenmiştir. Bu konuda hekim dışındaki sağlık çalışanlarının ve ekibin sorumlulukları yeterli olarak ele alınmamıştır. Esasen kaçınılmaz olarak ekip çalışmasını gerektiren bu alana giren bir olgunun bizce "hekim hatası" değil, "tıbbi müdahalenin kötü uygulanması" olarak isimlendirmek daha genel bir kullanımdır.

Hasta hakları, tüm dünyada gündemdedir. Ülkemizde de, 1998 tarihli Hasta Hakları Yönetmeliği ile düzenlenmiştir. Konunun ayrıntılı irdelenmesinde, sağlık çalışanlarının sorumluluklarının karşısında hasta haklarının bulunduğunu söylemek mümkündür.

Sağlık hizmetlerinin gittikçe daha sofistike ortamlarda ve araçlarla sunulması, tıbbi bilimlerde artan uzmanlaşma, geri ödeme sistemlerinin karmaşık yapısı gibi nedenlerle, sağlık hizmeti alan kişi(hasta) ile bu hizmeti sunan kişi veya kuruluş arasındaki boyut yıkıma uğramış; bunun sonucu olarak da daha güçsüz ve muhtaç durumda olan hastanın, hizmet alımıyla ilgili artan memnuniyetsizliği ve mağduriyeti gündeme gelmiştir.³

Çalışma konumuzun seçilmesindeki amaç, tıbbi müdahalenin kişi yönünden ve hasta hakları kapsamında öneminin belirtilerek, hukuki yönünün ortaya konulması, tıbbi müdahalede kötü uygulamanın irdelenmesi, sağlık çalışanlarının bu konudaki hukuki sorumlulukların ne olduğunun belirlenmesidir. Henüz tasarı aşamasında olan "Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı"⁴ bu yönde önemli bir adımdır ve konu başlığımızın seçilmesinde, kanun tasarısının ismi, öncü olmuştur. Diğer yandan, doktrin ve uygulamada bu konuda sorumluluğu

belirlerken "hekim hatası", "tıbbi hata", "tıpta kötü uygulama", "malpraktis" gibi değişik söylemlerle karşılaşılmaktadır; bu anlamda bu konudaki "Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulama" söylemi, terim birliğini sağlayabileceği gibi genel bir tanımlama olarak tüm sağlık çalışanlarını da kapsayacaktır. Çünkü, bu çalışma, doğrudan ve sadece hekimlerin sorumluluğunu içeren bir çalışma olarak düşünülmemiştir. Konunun bugüne kadar hep hekim ekseninde incelenmiş olması karşısında, diğer sağlık görevlileri ve hasta hakları yönünün eksik kaldığı düşüncesiyle ve son yıllarda uygulamada tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasından doğan sorumluluk davaların artmış olması sebebiyle de karşılıklı hak ve yükümlülüklerin belirlenmesi ve bilinmesi yararlıdır.

Önemle belirtmek isteriz ki; sağlık çalışanı ile hasta arasında kurulan ilişkinin bizce diğer sözleşme türleri ile karşılaştırılamayacak kadar özel durumları mevcuttur. Bu sebeple de tıbbi müdahaleden doğan hukuki sorumluluğun kendi kurallarıyla düzenlenmesi gereklidir. Bunun hem sağlık çalışanı yönünden hem de hasta yönünden gerekli ve kaçınılmaz olduğunu düşünüyoruz. Bizce yasal düzenleme ihtiyacı vardır. Bu görüşümüzün en önemli dayanağı sağlık çalışanı olarak mesleki risklere karşı korunmasız kalınması, hasta yönünden ise ispat zorluklarını ve kusursuz sorumluluk halleridir. Bu çalışmamızla tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğun kendi özel kanunu ile düzenlenmesi ihtiyacına da ayrıca ve önemle dikkat çekmek istiyoruz.

2.KONUNUN SINIRLANDIRILMASI

Tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasının hukuki sonuçlarını belirtmek için öncelikle tıbbi müdahalenin ne olduğu ve kötü uygulama, ortaya konulmaya çalışılmıştır. Daha sonra ise, hasta ile sağlık çalışanı arasındaki ve sağlık ekibinin kendi arasındaki hukuki ilişkinin niteliği tespit edilerek sorumlulukları belirtilecektir.

Tıbbi müdahale eyleminin doğurduğu sonuçlara, hizmeti veren kurum ve kuruluşlara göre Özel Hukuk dışında, Ceza Hukuku⁵ ve İdare Hukukunu⁶ da ilgilendiren boyutları vardır. Konumuz, sadece hukuki yönüyle sınırlandırılmıştır. Özel hukuk yönünden sorumluluk, sağlık çalışanının

⁵ Ceza hukuku, tıbbi müdahale ile yapılan eylemin bir suç oluşturup oluşturmayacağı ile ilgilenmekte ve bunu incelemektedir. Tıbbi müdahale eylemi, doğurduğu sonuçlara göre pek çok suç tipini ihlal edecek şekilde bir görünüm ortaya koyabilir.

⁶ Devlet hastanesinde görevli ve memur olan davalı doktorun hastası olan davacıya zamanında ve gerekli tedaviyi yapmayarak, bir kolunun omzundan kesilmesine neden olduğu ve doktorun bu eyleminin görevinden ayrılabilir salt kişisel kusura dayandığıgörevinden ayrılabilen salt kişisel kusuru ile davacı zararına yol açtığı duraksama bulunmamaktadır. Bu nedenle mahkemenin davanın idareye karşı açılması gerektiği gerekçeyle davanın husumet yönünden reddine ilişkin kararında direnmesi usul ve yasaya aykırıdır."YHK 2001/4-595-643, mk:@MSITStore:C:/Program/KAZANCI/hgk

² Ayan, M., Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, s.5, Ankara, 1991.

³ Göçmen, E., Göçmen, A., "Hasta Hakları Kavramı ve Hasta Hakları Yönergesi Üzerine", s.129, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 78, sayı 2004/1

⁴ Ekler bölümünde sunulmuştur, sh. 113-131

hukuka aykırı, hukukun kınadığı bir davranışla hastaya verdiği zararın tazmin yükümlülüğüdür. Bu sebeple de serbest çalışan veya özel hukuk hükmi şahsiyetine haiz kurum ve kuruluşlarda çalışan hekimler ve sağlık çalışanları çalışmamız kapsamında incelenmiştir. Tıbbi müdahale dışındaki, tıbbi hizmetler ve bundan doğan değişik sorumluluk türleri konumuzun dışındadır.

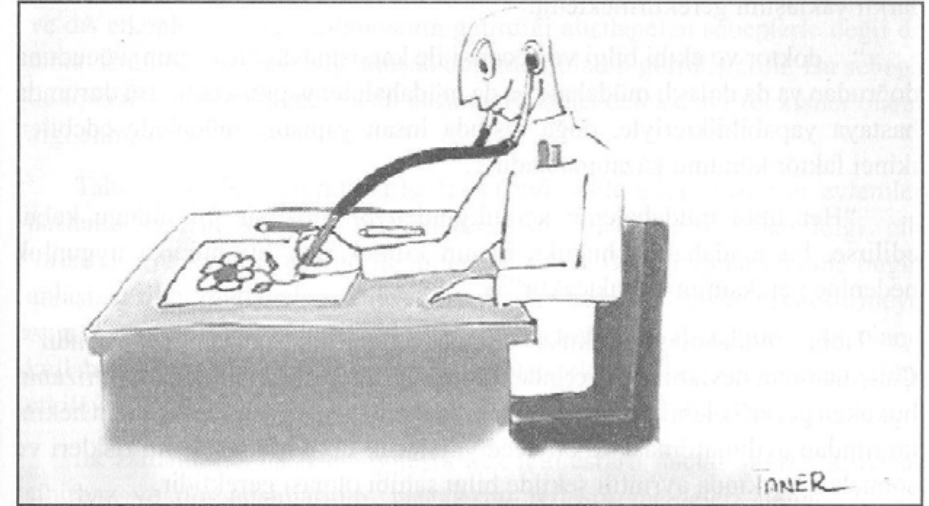
Konuya mevcut mevzuat çerçevesinde bakıldığında hasta ve sağlık çalışanı arasındaki ilişkinin bir sözleşme olduğu tespit edilerek, tarafların bu sözleşmeden doğan hak ve borçlarını belirleyerek; sözleşmenin ihlal edilmesi halinde, tarafların haklarını belirtilerek, bir zararın doğması durumunda, bunun hukuki sonuçları üzerinde durulmuştur.

Mevzuatımızda konumuza ilişkin olarak özel kanun ve yönetmelikler mevcuttur, yani konuyu düzenleyen tek bir yasal düzenlemeden bahsetmek mümkün değildir. Çalışmamızda Anayasa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Tababet ve Şuabatı San'atların İcrasına Dair Kanun, Hasta Hakları Yönetmeliği, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü ve henüz tasarı aşamasında olan Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı hükümleri de incelenmişse de, esasen Borçlar Kanunun sözleşmelere ve haksız fiile ilişkin temel kavram ve kuralları çerçevesinde ele alınmış, doktrinden yararlanılmış, uygulamadan örneklerle de yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ, TIBBİ MÜDAHALENİN ÖNEMİ, HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALENİN UNSURLARI VE HUKUKİ NİTEĞİ

1- TIBBİ MÜDAHALE KAVRAMI, TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ



1-Tıbbi Müdahale Kavramı :

Tıp ilmi, insanlık tarihi kadar eskiye dayanmaktadır. Tıbbın görünümü, hekimlik uygulamaları, zaman içinde büyük değişiklik ve ilerleme kaydetmiştir.

İnsan hayatı, doğum ile ölüm arasında bir zaman sürecidir. Bu süreçte, insanın fiziksel ve ruhsal yapısı, değişik sebeplerle bozulur; hastalık dediğimiz aksamalar karşımıza çıkar. Bu durumda kişi, iyileşmek için hekimden yardım

alır. Hastasını iyileştirmekle yükümlü hekim, hastanın rızasıyla hastaya tıbbi müdahalede bulunur. Hastalığın çeşidine ve seyrine göre çok değişik tıbbi müdahaleler (teşhis ve tedavi yöntemleri, cerrahi müdahale... vb) hekimin tercihiyle seçilip, belirlenmektedir.

Tıbbi müdahale;

“...hekimin tedavi amacına yönelik etkinlikleridir. Buraya bir hastalığı, anormalliği ya da eksikliği önlemek, ortadan kaldırmak veya olumsuz etkilerini en aza indirmek için yapılan her türlü faaliyet dahildir...”⁷.

Hayatımız, en değerli varlığımızdır. Hayatı koruma güdüsü ise en güçlü dürtüdür ve hastalıklar, hayatı tehdit etmeleri sebebiyle insanı bu dürtüsüyle karşı karşıya getirir.

“Tıbbi girişimde bulunan kişi, tıp meslek ve san’atını icra eden kişidir ve bu yüzden bu meslek ve san’atı ilgilendiren eylem ve hareketlerde, bu gibi girişimlerde bulunmak yetkisine sahiptir. Tıbbi girişimde amaç iyileştirmedir. Hekimin eylemini hukuka uygun hale getiren sebep hastanın rızasıdır.”⁸

Tıp mesleğinin uygulama alanının insan vücut ve ruh bütünlüğü olması ve çok değişik uygulamaları kapsamı sebebiyle ayrı boyutları vardır ve farklı yaklaşımı gerektirmektedir.

“...doktor ve ekibi bilgi ve becerisi ile karşısındaki hastasının vücutuna doğrudan ya da dolaylı müdahale ya da müdahaleler yapmaktadır. Bu durumda hastaya yapabildikleriyle, doğa dışında insan yapısına müdahale edebilen ikinci faktör konumu kazanmaktadır...”⁹

“Her tıbbi müdahalenin kendiliğinden bir müessir fiil olduğu kabul edilirse, bu müdahaleyi hukuka uygun kılmak için bir hukuka uygunluk nedenine gereksinim duyulacaktır”¹⁰.

Tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan ilk unsur rıza¹¹/izindir¹². Çalışmamızın devamında üzerinde durulacağı üzere, tıbbi müdahaleye rızanın hukuken geçerli olabilmesi için, tıbbi müdahaleye rıza gösteren hastanın hekim tarafından aydınlatılması ve böylece yapılacak tıbbi müdahalenin riskleri ve sonuçları hakkında ayrıntılı şekilde bilgi sahibi olması gereklidir.

Her tıbbi müdahale hastanın vücut bütünlüğüne yönelik bir eylemdir. Ceza hukuku, tıbbi müdahale ile yapılan eylemin bir suç oluşturmasını inceler.

Tıbbi müdahale eylemi, doğurduğu sonuçlara göre pek çok suç tipini ihlal edecek şekilde bir görünüm ortaya koyabilir. Bunların arasında en önde gelenleri, kasten veya taksirle adam öldürme ile, kasten veya taksirle müessir fiil olmakla birlikte, hukuka aykırı çocuk düşürtme, intihara yardım ve teşvik, özgürlüğü kısıtlama gibi başka suç tipleri de düşünülebilecektir¹³.

İnsandan insana, hayvandan insana organ ve hücre nakli, klonlama, ötenazi, gibi girişimler henüz tartışma, deneme aşamasında olan tıbbi müdahale şekilleridir; bunlar da beraberinde hukuki sorunlar getirmektedir.

Tıbbi müdahalenin hukuki yönü, çalışma konumuz olması sebebiyle, esasen tıbbi müdahalenin hukuki unsurlarına değinilmesi gereklidir. Ancak, önce tarihi gelişime kısaca göz atmakta yarar görüyoruz.

II- TIBBİ MÜDAHALEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN TARİHİ GELİŞİMİ

Tıp, insanlık tarihi kadar eskidir. İlk zamanlarda insanlar hastalıkları, iç ve dış etkenlerin veya yaşlanmanın getirdiği alışlagelen sebeplerle değil de, tabiatüstü güçlerin tesiriyle oluşan durumlar olarak görmüşlerdir. Bu sebeple de tıpla uğraşanlar bu tabiatüstü durumlarla mücadele eden özel kişiler olarak algılanmıştır.

Tabiat üstü bu durumlarla(hastalık) mücadele eden, kişilerin eylemleri hastanın bedeni ve ruhi bütünlüğüne yönelik eylemler olabildiği gibi törensel, ayinler şeklinde görünümüne de vardı. Bunlar zaman içinde bugün anlaşılan tıbbi müdahale şekillerinden farklı olsalar da, hastayı iyileştirmeye, onun ömrünü uzatmayı hedefleyen uygulamalardır. Bitkilerin ilaç olarak kullanılması, basit cerrahi uygulamalar şüphesiz kişinin beden/ruh bütünlüğüne etkileyen müdahalelerdir.

İlk zamanlarda hastaları iyileştirmek için esrarlı ilaçlar sihirler kullanan sihirbaz ve din adamlarının, hastalarını iyileştirememeleri halinde ya da yanlışlık yaptıklarında bir zarar oluştuğunda sorumluluklarının bulunmadığı yaygın bir kanıydı, ancak bu mutlak anlamda değildi. Çünkü, ilk zamanlardan günümüze ulaşmış bir kısım belgelerden Babil, Sümer, Hitit, Hint, Türk, Yunan, Roma, Mısır’da hekimlik ve hekimlik sorumluluğuna, etiğine ilişkin kuralların yer aldığını görüyoruz.

¹³ Kayalı, Zeka; *Hukuka uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler*, yayınlanmamış yüksek lisans tezi

(Erman, Barış, *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s.27, Ankara, 2003).

⁷ Ayan, M., *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, s.5, Ankara, 1991.

⁸ Hancı, H., *Malpraktis*, s.73, Ankara, 2002

⁹ Polat, O., *Tıbbi Uygulama Hataları*, s.26, Ankara, 2005

¹⁰ Erman, B., *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s.28, Ankara, 2003

¹¹ *Tıbbi müdahaleye rıza şahsa bağlı bir hakkın kullanılmasıdır.*

¹² *Tıbbi yardım ve el atmanın hukuka uygunluğunun ön koşulu ya da velisi(anne, baba) veya vasisinin rızasıdır(iznidir) 1219 sayılı Tababet ve Şua’batı sanatları Tarzı İcrasına Dair Kanun Md.70*

Mezopotamya uygarlığını yaratan ülkelerde tıp, o dönemin özelliğine uygun olarak, sadece sihirbazlık, hastalığı yaratan şeytanları kovma ve ilahlara yalvarma şeklinde değildi. Bitkilerle tedavi ve cerrahi girişimleri yapan kişilere Asu denmekteydi ki, Asuların sorumlulukları Hammurabi kanunlarında düzenlenmiştir.¹⁴

Hammurabi Kanunlarında hekimin ücretle ilgili hak ve sorumlulukları yanında hekimin sorumluluğu da düzenlenmiştir.¹⁵

Hindistan'da Manu Kanunlarında, "mesleğini kötü ifa eden hekim ve cerrah para cezası ile cezalandırılacağı yer almaktaydı. "Tarihi gelişim içinde ilk defa hekimin sorumluluğunun temeli "kötü niyet veya dikkatsizlik" gibi kavramlarla kusurluluğa dayandırılıyordu.¹⁶

Eski Yunan sitelerinde hekimlik, sadece hür insanlarca yapıldı ve felsefeden etkilenmekteydi. Tıbbın babası olarak kabul edilen Hipokrat gözleme dayalı yöntemler geliştirdi, ancak Hipokrat'ın asıl önemli katkısının hekimliğin meslek etiği kurallarının düzenlemesi olduğu görülür. ¹⁷ Tıbbi mesuliyette zararın giderilmesinden çok cezai sorumluluğu kabul etmiştir ve sorumluluğa ilişkin temel kurallar getirmiştir.

Roma'da ise ilk zamanlarda esirler tıpla uğraşmışlardır. Hekimlik hür insanlarca hor görülmüştür. Roma Hukuku'nda "Lex Aguia ve lexcornella De Siciris et veneficies", hekimin mesuliyetini ceza ve hukuk olarak ayırdığı görülür. Bu ayırma sonucunda hekimin hukuki sorumluluğu ve hastanın uğradığı zararın telafi edilmesi amaçlanmıştır. Hekimin, tıbbi mesuliyetin temeli olan kusur sorumluluğu, temel ve değişmez bir unsur olarak günümüze kadar gelmiştir.¹⁸

Türklerde ise tıbbın ve uygulamanın her dönemde ileri bir düzeyde olduğu görülür. Hekimlik sorumlulukları da yazılı metinlerle de düzenlenmiştir. Eski Türklerin yaşayışında, falcılıkla veya sihirli ilaçlarla hastalıkları tedavi etmeğe çalışan Şamanların faaliyetlerinin insanların sağlığına zarar veren sonuçlar

14 Polat, O., *Tıbbi Uygulama Hataları*, s.71, Ankara, 2005

15 "Hekim birisine bronz bir neşter ile tehlikeli bir yara açarak onu öldürse veya onun gözünü harap ederse iki eli kesilir. Şayet hekim, bir esire bronz bir neşter ile tehlikeli bir yara açarak öldürürse onun yerine bir esir verecektir. Şayet onun göz perdesini bronz bir neşterle açıp harap etmişse esirin bedelinin yarısını ödeyecektir." Hammurabi Kanunları 218-220, Özdemir, H., s.32.

16 Polat, O., s.72

17 ".....İster hür, ister köle olsun erkeklerin, kadınların vücutlarını kötüye kullanmaktan kaçınacağım. Gerek sanatımın icrası sırasında, gerek sanatımın dışında insanlarla münasebette iken etrafımda olup bitenleri, görüp işittiklerimi bir sır olarak saklayacağım, kimseye açılmayacağım...." Kazık, Y., *Özel Hukuk Açısından Muayenehane ve Özel Hastanede Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s 9-10, Diyarbakır, 2002

18 Kazık, Y., *Özel Hukuk Açısından Muayene ve Özel Hastanede Verilen Tıbbi Yardımlarda Hekimin Sorumluluğu*, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, s.9, Diyarbakır, 2002

doğurması halinde cezalandırıldıkları görülmektedir¹⁹

Türklerin İslamı kabulü Uygurlar zamanındadır, Uygurların gelişmiş bir tıp uygulamasının olduğu tarihi belgelerden anlaşılmaktadır.

Osmanlı tıbbı da İslam tıbbının devamıdır. Osmanlının yükselme döneminde tıbbında daha geliştiğini görmekteyiz. Tanzimata kadar hekimlerin sorumluluğu padişah emirnameleri ve hekim başlarının emirnameleri ile düzenlenmiştir.

İslam hukukunun bir versiyonu olan , Osmanlı hukukunda da mağdurun rızası adeta, bugün olduğu gibi hukuka uygunluk sebebi olarak ele alınmaktaydı.²⁰

"Bu döneme ilişkin kaydedilmiş iki mahkeme kararı konumuzu aydınlatması açısından büyük bir önem taşımaktadır. *Yûsur Kabilesinden Hüseyin bin Elhaç'ın oğulları Mustafa ve Mehmet, şer'îye mahkeme heyetine gelip, Ahmet bin Halil, İlyas, Hüseyin ve Hasan bin Halil'i şahit göstererek, babamız Hüseyin Fakih'in bir taş ile idrar yolu tıkanmış olduğundan ve bu sebeple idrar edememektedir.*

Burada bulunan üstad Hüseyin, ameliyatı yaparak taşı çıkaracaktır. Babamızın ölmesi halinde üstad Hüseyin hakkında hiçbir suretle dava ikame etmeyeceğimizi ve dilediği avuç dolusu ile bu ameliyatı mübadele edeceğimiz" ve "Ayıntab'ın Bostancı mahallesinde oturan Halim oğlu Molla Mustafa şer'îye mahkeme önünde şu ikrarda bulunmuştur: esseyid Mahmut Ali'nin cerrahlar korporatindeki kabiliyet ve şöhretine güvenerek oğlum kebir Mehmet'in mesanesini yarararak idrarda bulunan taşı çıkaracaktır. Bu ameliyat sırasında meydana gelebilecek arızalar sebebiyle hiçbir günü dava açmayacağımı veya ihtilaf çıkartmayacağımı beyan etmiştir".²¹

Bu kararlarda göze çarpan husus, hekimin sorumluluğu için rızanın bulunmamasının aranmasıdır.

İngiliz kanunlarında tıbbi uygulama hatalarına ait kayıtlar 1374 yıllarına gitmektedir. 1883'te Yargıç Tindal tarafından getirilen "tıbbi ihmal" tanımı önemlidir. Buna göre bu tür mesleğe giren her kişi, o mesleğe ait bilgi ve becerilerini makul ölçüde geliştirmek zorundadır²²

Amerika Birleşik Devletlerin kurulması sonrası tıbbi müdahalenin kötü uygulaması iddia ve davalarının olduğu görülmektedir.²³

19 Polat, O., s.73

20 Bayraktar, K., *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, s..61, İstanbul, 1972

21 Özdemir, H., *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, s.38, Ankara, 2004

22 Polat, O., s. 74

23 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

Tibbin ve hukukun bu günkü haline gelişi zaman içinde olmuştur. Gerek ulusal gerekse uluslararası metinlerde insan haklarının kabulü ve yerleşmesiyle hekim sorumluluğu ve hastanın korunması gündeme gelmiştir.

İnsanlık vicdanında büyük yaralar açan, Nazi toplama kamplarında ki esirler üzerinde tıbbi deneyler yapan hekimlerin yargılandığı, Nuremberg Mahkemelerindeki yargılamalar sırasında hasta haklarına ilişkin olarak gündeme gelen ilkeler, uluslar arası alanda kabul görmüş ilk metinlerden birisidir.

Nuremberg Kodu olarak bilinen bu ilkelere göre, tıbbi deneylerden önce hastanın rızasının alınması mutlak bir zorunluluk olarak kabul edilmiştir.²⁴

1970'lerde "Hasta Hakları" ile ilgili ilk çalışmalar Amerika Birleşik Devletlerinde olmuştur. 1984 yılında İsrail'de gerçekleşen bir olay yasal düzenlemelerin yapılmasının yolunu açmıştır²⁵.

Ülkemizde, "Hasta Hakları Yönetmeliği", 1.8.1998 'de Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Dünya Tıp Birliği'nin 1981 de Lizbon'da gerçekleştirdiği genel kurulda benimsediği "Lizbon Bildirgesi", Dünya Sağlık Örgütü'nün, Amsterdam'da gerçekleştirdiği "Amsterdam Bildirgesi" ve dünya Tıp Birliği'nin 1995 tarihinde Bali'de kabul ettiği "Lizbon Bildirgesi II" belgeleri ile konu uluslar arası gündemde de yerini almıştır.

Bu konuda yaşanan önemli gelişmelerden bir de 2002 de Roma'da yayınlanan Avrupa Hasta Hakları Şartıdır. Resmi hüviyeti bulunmayan bu metinde 14 temel hak yer almıştır.²⁶

hafif yaralanmayla saldırıyı atlattı. Ancak doktorlar, kurşunları çıkartmaya karar verdiler. Kurşunların vücuttaki yerini bulmak için de Graham Bell'in icat ettiği bir metal dedektörü kullanmaya karar verdiler. Yatakta yatarken metal dedektörü Garfield'in üzerinde gezdirdiler. 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'in 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).

24 Göçmen, E., Göçmen, A., Hasta Hakları Kavramı ve Hasta Hakları Yönergesi Üzerine, s.129, İstanbul Barosu Dergisi sayı 2004/1

25 "İsrail'de doğurtulmak üzere ameliyathaneye götürülmekte olan bir kadına kısırlaştırılması için izin veren bir kağıt imzalatılmıştı. Kadın, mongoloid bir çocuk doğurmuş ve de tüpleri bağlanarak kısırlaştırılmıştı. Loğusa evine gittiğinde, kendi izni olmadan, tüplerini bağlattığına kızan eşinin saldırısına uğramış, kaçmış, Yedioth Aharonoth gazetesinin yazarı Bn.Namir'in evine sığınmıştı. Bn. Namir açtığı kampanyanın sonunda Hasta Hakları İsrail'de bir yasa ile düzenlenmiştir. (Erez, S. Gerekli Açıklamalar Nerede?, Cumhuriyet, 2 Mayıs 2004)

26 Göçmen, E., "14 Temel Hasta Hakkı", (14 Hasta Hakkı: 1-Koruyucu Hekimlik Hizmetlerinden Yararlanma Hakkı 2-Erişim Hakkı 3- Bilgilendirilme Hakkı 4- Rıza Hakkı 5- Serbest Seçim Hakkı 6-Mahremiyet Hakkı 7-Hastanın Zamanına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı 8-Kalite Standartları Riayet Gösterilmesini İsteme Hakkı 9- Güvenlik Hakkı 10-Yeniliklerden Yararlanma Hakkı 11-Gereksiz Acı ve Eziyete Maruz Kalmama Hakkı 12-Kişisel Tedavi Hakkı 13-Şikayet Hakkı 14-Tazminat Hakkı) s.916/20, Cumhuriyet Bilim teknik, 9 Ekim 2004

2- TIBBİ MÜDAHALENİN ÖNEMİ

I-Genel Olarak

Tıbbi müdahale, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne yöneliktir. Kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğü, onun kişilik değerlerine dahildir ve kanunlarla korunmuştur. Öyle ki, MK md. 23 de " Kimse, hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez" denilmek ve 24. maddenin 2. fıkrasında kişinin rızasının olmasının her durumda hukuka uygunluk sebebi olmadığı belirtilmiştir. Bu halde, bir kimseye uygulanacak tıbbi müdahalenin, kişinin yaşam hakkı, kişilik değerleri karşısında bir eylem olduğu gerçektir. Bu sebeple de tıp ilminin uygulayıcısı hekiminin görevini, insan sağlığı için, hukukun çizdiği sınırlarda yapması beklenir. Hukuk düzeni, sadece bireye tanınan haklardan oluşmaz. Sadece böyle olsa hakların kullanılmasının mümkün olmayacağı, hak ihlallerinin çözümsüz kalacağı kaçınılmazdır. Hukuk, tanınan hakların koruma tedbirlerini de zorunlu olarak içerir.

Çalışma konumuz, tıbbi müdahalede kötü uygulamanın hukuki sonuçlarının ortaya konulabilmesi için öncelikle tıbbi müdahalenin kişi yönünden öneminin belirtilmesi gereklidir. Tıbbi Müdahalenin öneminin (kişi yönünden) belirtilmesi, tıbbi müdahalenin ne olduğunun açıklanmasını, tanımlanmasını kolaylaştıracak gibi tıbbi müdahalenin unsurlarını ve hukuki niteliğini de da kendiliğinden ortaya koyacaktır.

Konumuz yönünden belirtmememiz gerekirse; "Tıp sanatının uğraş alanı, insanın fiziki ve ruhi yapısıdır. Doktorların sorumluluğunun kavranması için, insanın insan olarak sahip olduğu manevi değerlerinin (kişilik hakkı) neler olduğunun bilinmesi gerekir. Çünkü kişilik hakkının ihlal edilmesi, sorumluluğun ana unsurudur"²⁷.

II-Kişinin Yaşama Hakkı ve Tıbbi Müdahale

Yaşama hakkı Anayasal bir haktır (AY Md.17) ve Anayasa'da temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmiştir.

Medeni Kanunun 23. maddesinde kişiliğin korunması kapsamında öngörülen ve kısmen olsun feragat edilemeyeceği, kanuna veya ahlaka aykırı sınırlanamayacağı belirtilen, yaşama hakkı, bu temel hak ve özgürlüklerden en önemlisidir²⁸.

27 Aşçıoğlu, Ç., Doktorların Hukuki ve Ceza Sorumluluğu, s.23, Ankara, 1982

28 Güven, K., Kişilik Hakları ve Ötenazi, s.95, Ankara, 2000.

“Kişilik değerleri, kural olarak birbirinden bağımsız ve birbirine tercih edilmeksizin kişiliği oluşturan yapı taşlarından ibarettir. Ancak bunlardan sadece bir tanesi vardır ki, tüm kişilik değerleri onunla kaimdir; bu değer kişinin “hayatıdır”. Zira kişi, kişilik hakları ve ona dahil değerler, kişinin fiziken varlığını sürdürmesine, kısaca sağ olmasına, yani yaşamasına bağlıdır.”²⁹

Temel hak ve özgürlüklerden olan yaşam hakkı, dokunulmaz, devredilmez ve vazgeçilmez bir haktır. Nitekim ötenaziye karşı çıkan görüşler, yaşam hakkının bu yönünü savunma dayanağı edinmiştir. Diğer yandan yaşama hakkı, mutlak bir haktır ve herkese karşı ileri sürülür.

“Bu genel kuralın özele uygulanması halinde, ötenazi konusunda hasta rızasının da, kişilik değerlerinden olan yaşama hakkına aykırılık nedeniyle, fiili, gerçekleştiren doktoru sorumluluktan kurtaramayacağı ifade olunabilir”³⁰.

Konunun bu boyutunda uluslararası düzenlemelerin de dikkate alınması gerekir, çünkü evrenselidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 2. maddesi, devletlere, yaşama hakkını koruma da; yaşama hakkını sağlama ve öldürmeme görevi vermiştir. Konumuz yönünden, sağlık çalışanın, hekimin tıbbi müdahalesi her şeyden önce yaşama hakkına yönelik bir eylemdir, ancak bu hakkın önünde değildir.

Yaşama hakkı ile tıbbi müdahalenin iki yönlü etkileşimi söz konusudur. Tıbbi müdahale yaşama hakkının gerçekleşmesine hizmet edebildiği gibi ötenazi de olduğu gibi yaşamın sonlandırılmasını da gerçekleştirmeye sebep olabilmektedir. Tüm pozitif hukukun yaşam hakkını temel hak alması ve tüm hakları buna bağlaması karşısında, tıbbi müdahalenin yaşama hakkını yok edici amaçla kullanımı ise hukuka aykırı olacaktır.

Bu yaklaşımla Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında ötenazi, açıkça yasaklanmıştır. Tasarının 15. maddesinin son fıkrasında ise açlık grevi yapan veya ölüm orucu tutan kişinin, sağlıklı karar veremeyecek duruma gelmesi, şuurunun kaybolması, komaya girmesi, ölümcül zararların oluşmaya başlaması durumunda ilgilinin veya yakının iznini aramaksızın tıbbi müdahale zorunluluğuna yer vermiştir.

Hastaya ölümcül bir hastalık tanısı konduğunda ya da böyle bir hastalığın metastazları saptandığında ona gerçeği tüm çıplaklığıyla duyurup duyurmama konusunda ise, kolaylıkla tedavi edilebilecek “apandisit”inin olduğunu açıklamak kadar kolay olmadığından, tıp ve hukuk çevrelerinde hastaya ölümcül hastalığı söylenmeli mi, hususu halen tartışılmasının nedeni, yaşam hakkına verilen değerlerin bir gereğidir.³¹

III-Kişinin Sağlık Hakkı ve Tıbbi Müdahale

224 sayılı Sağlık Hizmetlerinin Sosyalleşmesi Hakkındaki Kanun uyarınca sağlık; yalnız hastalık ve maluliyetin yokluğu olmayıp, beden, ruhen ve sosyal bakımdan tam bir iyilik halidir.

Sağlık hakkı deyimi, hem sağlığın korunmasını, hem sağlığa kavuşmayı kapsar.

Tıbbi müdahalenin amaçlarından birisinin kişinin sağlığına kavuşması için tedavi olduğunu söyleyebiliriz. Ancak günümüzde tıbbi müdahale, estetik gibi değişik amaçlarla da uygulanabilmektedir.

Sağlık hakkının da, tıpkı yaşama hakkı gibi, diğer hak ve hürriyetlerden tamamen ayrı olarak gerçekleşeceğini düşünebilmeğe imkan yoktur³². “Kişilerin hastalıklara karşı korunması, bu konuda çeşitli usullerin uygulanması, hastalıkların teşhis ve tedavisi, ameliyatların yapılması, gerektiğinde deneysel ameliyatlara girişilmesi hekimler tarafından gerçekleştirilmektedir. Böylece hekimin, kişinin sağlığını yakından ilgilendiren fiilleri, yaşama ve sağlık haklarının gerçekleştirilmesi, toplumun sağlık hizmetlerinin yürütülmesi yönünden büyük önem taşımaktadır.”³³.

IV-Kişilik Hakkı ve Tıbbi Müdahale

Kişilik hakkı, kişi kavramıyla yakından ilişkili ancak ondan daha kapsamlıdır. Kişiyi, hukuken bağlanan kişisel değerleri üzerinde sahip olduğu hak, kişilik hakkıdır³⁴.

Kişi ve kişilik hukuk alemine birlikte girer ve beraberce ortadan kalkar; her iki kavram birbirini tamamlar. Kişi tam ve sağ doğduğu andan itibaren kişilik kazanır. Kişiliğin sona ermesi ise kişinin ölümü ile olur.

“Kişi kavramı, sadece şekli anlamı ile hukukun kendisine kişilik tanıdığı varlık ve hak ve borç sahibi kıldığı hukuk süjesi olarak sınırlı biçimde tanımlanamaz. Maddi kapsamı dikkate alınmak suretiyle, kişiyi bağlanan kişilik haklarının objesini oluşturan kişilik değerlerini içerecek bir kişi tanımı; kişilik hakkı dahil, medeni hak ve borçlara sahip olabilen varlık olarak tanımlanmalıdır.”³⁵.

Kişilik hakkı, kişiyi bağlı, yasaya ve genel ahlaka aykırı olarak sınırlandırılmaması gereken, parayla da ölçülemeyen mutlak bir haktır. Tüm

²⁹ Güven, K., s.2.

³⁰ Güven K., s.101

³¹ Namal, A., Tıp Etiği ve Hukuku, s.18, Cumhuriyet Gazetesi Bilim Teknik, 25 Eylül 2004,

³² Bayraktar, K., s.18.

³³ Bayraktar, K., s.21

³⁴ Zevkliler, A., Acarbay, M.B., Gökyayla, K.E., Medeni Hukuka Giriş- Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, s.441, Ankara, 1999

³⁵ Güven, K., s.82.

bu hususlar Medeni Kanunun 23. maddesindeki ifadede anlaşılmaktadır. Borçlar Kanunda 49. maddede ise “şahsi menfaatler” ifadesi kullanılmıştır.

Konumuz yönünden, kişisel değerlerden beden ve ruh bütünlüğü üzerinde durmak gereklidir. Yaşayan beden ve bunun organları üzerinde, herkesin kişilik hakkı vardır. Kişinin kişisel bir değer olarak, beden bütünlüğü üzerindeki hakkı özellikle aşağıda görüleceği gibi, tıbbi müdahalelerde özel bir önem taşımaktadır³⁶.

Kişinin özel yaşamı ve gizlilik alanına yapılan el atmalar da, kural olarak hukuka aykırıdır. Ancak, bazı hallerde kişiler, özellikle kendi çıkarları bulunduğu durumlarda, bu yaşamlarından başkalarına da bahsederler. Hastanın, doktora en gizli yaşamını açıklaması bu duruma bir örnektir.

“Doktorluk gibi, kişinin yaşama alınan giren mesleklerde, kişinin en gizli ve özel sırları hakkında, edinilen bilgilerin “meslek sırrı olarak” saklanması zorunludur. Bunların açıklanması, sır sahibinin kişilik haklarına tecavüz olacağından ortaya doktorun hukuki ve cezai sorumluluğu çıkabilecektir.”³⁷.

V-Hasta Hakları ve Tıbbi Müdahale

Çoğunlukla, sağlık bakım hakkı veya sağlık hizmetlerinden yararlanma hakkı ya da daha genel bir ifadeyle sağlık hakkı ile karıştırılan hasta hakları, sağlık hizmeti sunucusu ile bu hizmetten yararlananların ilişkilerini düzenleyen ve genellikle hizmet sunucusuna olumlu veya olumsuz edimler yükleyen haklar demetidir.³⁸

Hasta hakları, devletten sağlık, bakım , hizmet isteme hakkı anlamına gelmemektedir. Hasta hakları, hasta ile tıbbi müdahale uygulayıcısı (hekim, ebe, özel sağlık kuruluşu, vs...) arasındaki ilişkide zayıf taraf olan hastanın yararlarını koruyan haklar demetidir.

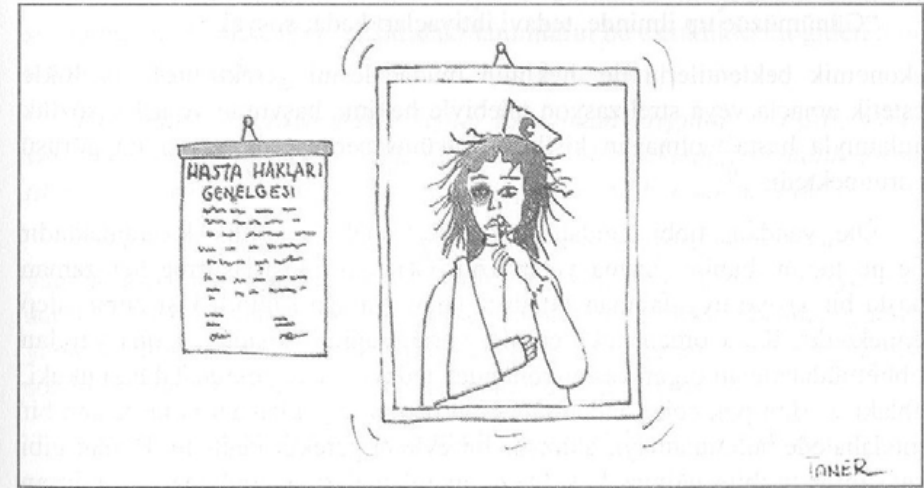
Hasta hakları Yönetmeliğinin 1. maddesinde, Yönetmeliğin amacı “temel insan haklarının sağlık hizmetleri alanındaki yansıması olan ve başta Türkiye Cumhuriyeti Anayasa’sında, diğer mevzuatta ve milletlerarası hukuki metinlerde kabul edilen hasta haklarını somut olarak göstermek ve sağlık hizmeti verilen bütün kurum ve kuruluşlarda ve sağlık kurum ve kuruluşları dışında sağlık hizmeti verilen hallerde, insan haysiyetine yakışır şekilde herkesin hasta haklarından faydalanabilmesine, hak ihlallerinden korunabilmesine ve gerektiğinde hukuki koruma yollarını fiilen kullanabilmesine dair usul ve esasları düzenlemek” şeklinde belirlenmiştir.

2002 yılında Roma’da yayınlanan Hasta hakları şartında ise 14 temel hasta hakkının altı çizilmiştir ki bunlar arasında; bilgilendirme ve rıza hakkı önemle belirtilmiştir. (Bkz: *Dipnot 26*) Rıza, herkesin sağlık durumu hakkında bilgilendirildikten sonra tedaviye rıza göstermeme hakkını açıklamaktadır. Bu hak tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun en önemli unsuru olan “aydınlatılmış rızayla” örtüşmektedir.

Ulusal ve uluslar arası hasta hakları metinleri, tıbbi müdahalenin önemli bir unsurunun da hasta haklarına saygılı, bu haklara olması gerektiğine işaret etmektedir.

Hasta haklarına her aykırılık, tek başına hukuki sorumluluk sebebi olmayabilirse de kusurluluğun derecesinin belirlenmesinde önemli olacağı açıktır.

Diğer yandan, hastanın rızası olmadan tıbbi müdahaleye maruz kalması durumunda; rızanın olmaması bir yanda tek başına hukuka aykırılık sebebi, diğer yandan hasta haklarının ihlalidir. Keza, tıbbi müdahale çerçevesinde edilen hasta sırlarının ifşa edilmesi hastanın bu eylemden zarar görmesi halinde sorumluluk sebebidir ve hasta haklarının ihlalidir.



³⁶ Aşçıoğlu, Ç., *Doktorların Sorumluluğu*, s.28.

³⁷ Aşçıoğlu, Ç., *Doktorların Sorumluluğu*, s.29.

³⁸ Göçmen, E, Göçmen, A, *Hasta Hakları Kavramı ve Hasta Hakları Yönergesi Üzerine*, *İstanbul Barosu Dergisi*, s.129, Cilt 78, 2004/1

3- HUKUKA UYGUN TIBBİ MÜDAHALENİN TANIMI, UNSURLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I-TIBBİ MÜDAHALENİN TANIMI

Tıbbi müdahalenin unsurlarının belirlenebilmesi ve hukuki niteliğinin ortaya konulabilmesi için öncelikle tanımlanması gereklidir. Tıbbi müdahalenin tanımı konusunda, tam bir fikir birliğinin olduğunu söylemek mümkün değildir.

Ayan'a göre "Tıbbi müdahale, tıp mesleğini icraya yetkili bir kişi tarafından, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi amacına yönelik olarak gerçekleştirilen her türlü faaliyeti ifade eder".³⁹

Mehmet Ayan⁴⁰, Enis Sarıal⁴¹, Zeka Kayalı⁴², Filiz Yavuzipekyüz⁴³ bu görüştedir ve Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesinde yer alan "...tabip ve dış tabibi; teşhis ve tedavi veya korumak gayesi olmaksızın hastanın arzusuna uyarak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.." hükmünü esas almaktadırlar.

"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 hasta⁴⁴ olmayan kişilerin küçümsenemeyecek sayısı bu görüşü çürütmektedir".⁴⁵

Öte yandan, tıbbi müdahale şekilleri hızla çeşitlilik kazanmaktadır ve bu tanım, bunları izahta yetersizdir. 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. Ancak bunlarda

tıbbi müdahaleye maruz kalan taraf her zaman hasta⁴⁶ olmayabileceği gibi yapılan tıbbi müdahalenin de tek amacı tedavi değildir.

Bu yönde düşünen yazarlar, Barış Erman⁴⁷, Merter Özay⁴⁸dır. Esasen tıbbi müdahalenin hasta olmayan kişiye de tedavi dışında amaçlarla uygulanacağını savunan bu yazarların görüşüne katılmakla birlikte; tıbbi müdahalede bulunacak kişiyi sadece "hekim" olarak sınırlandırması yönünden bu görüşten ayrılıyoruz.

Çünkü, Tababet ve Şuabatı San'atların İcrasına Dair Kanunun da tıbbi müdahalede bulunacak kişiler belirlenmiştir. Bunlar; hekimler (Md.1,2,3), dış hekimleri (Md.29,30), ebeler (Md.47), sağlık memurları (Md.3), sünnetçiler (Md.58), hastabakıcı, hemşirelerdir (Md.68).

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısının (Malpraktis) 2. maddesinde kanunun kapsamı belirtilirken, hekim, dış hekim, biyolog, eczacı, psikolog, fizyoterapist, diyetisyen, sağlık memuru, laboratuvar teknisyeni, dış teknisyeni, hemşire, ebe, çocuk gelişimci, protezci, optisyen ve diğer sağlık personelinin tıbbi amaçlı müdahale uygulamalarından sorumluluklarının bu kanun kapsamında olduğu belirtilmiştir.

Tüm bu hususlardan çıkan sonuç tıbbi müdahale türlerini ve tıbbi müdahale amacını, tıbbi müdahalede bulunan kişileri sınırlamak, bu yönde sorumlu ve sorumluluğu daraltacaktır. Yukarıdaki tanımların bu eksikliklerini gideren bir tanım bizce şöyledir:

Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan teşhis, tedavi veya hukuka uygun amaçlarla kişinin müdahaleden beklediği menfaate uygun tıbbin sınırları içinde kalan fiziki ve ruhi girişime tıbbi müdahale denir.

Buraya bir hastalığı ortaya çıkarmaya ve iyileştirmeye ilişkin olarak yapılan girişimler yanında, hastalık olmadan önlemeye ilişkin faaliyetlerde dahildir. Uygulamada daha çok hekimce yapıldığını görmekle birlikte, yaptığı yanlış ölçüm ve verilerle tıbbi müdahalede kötü uygulamaya, yanlış teşhise sebep olan sağlık personeli de bu kapsamda düşünmek gerekir.

Tanımı, biraz daha genişletmemiz halinde ise; "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 ya da nüfus planlaması amacı için, tıp mesleğini icraya kanunen yetkili kimseler tarafından, tıp biliminin genel kabul görmüş kural ve esaslara uygun olarak gerçekleştirilen, en basit teşhis ve tedavi yöntemlerinden

³⁹ Ayan, M., s.5

⁴⁰ Ayan, M., s.5

⁴¹ Sarıal, E., *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, s.77, İstanbul, 1986

⁴² Kayalı, Z., *Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler*, Yüksek Lisans Tezi, s.31, İstanbul, 1996

⁴³ Yavuzipekyüz, F., *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, s.22, İstanbul, 2006

⁴⁴ Hasta; sağlığı bozuk olan, esenliği yerinde olmayan (bkz <http://www.tdk.org.tr>)

⁴⁵ Özay, M., *Estetik Amaçlı Hukuki Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu* s.20, Ankara, 2006

⁴⁶ Sağlık, bedensel ve ruhsal tam bir iyilik halidir.

⁴⁷ Erman, B., *Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, s. 76, Ankara, 2003

⁴⁸ Özay, M., s.20

başlayarak en ağır cerrahi müdahalelere kadar uzanan her çeşit faaliyet olarak da tanımlanabilir⁴⁹

II-Hukuka Uygun Tıbbi Müdahalenin Unsurları

Tanımdan da anlaşılacağı gibi tıbbi müdahalenin hukuka uygun olarak nitelendirilmesi için, bir takım unsurları ihtiva etmesi gerekir. Her şeyden önce müdahalenin, ehil kişi tarafından gerçekleştirilmesi, doğrudan veya dolaylı olarak tedavi, güzelleştirme gibi hukuken kabul edilebilir amaca yönelik olması, hastanın rızasının alınması ve fiilin tıp ilminin objektif ve subjektif sınırları içinde kalması gerekir.

A-Tıbbi Müdahalede Bulunmaya Yetkili Kişiler Tarafından Uygulanmalıdır

Tıbbi müdahalede bulunabilecek ehil kişiler, Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunda sayılmıştır. Kanunda yetkili olma koşulları belirtilmiştir. Yetkisiz kişilerin, yapmış olduğu işlemler hukuka aykırı nitelik taşır.⁵⁰

Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için, bunları gerçekleştiren kimsenin kanunen yetkili bulunması, yani hekimin bu konuda hakka sahip olması gerekmektedir. Tıbbi müdahalelerde hakkın icrası, tıp meslek ve sanatının kullanılışından ileri gelmektedir^{51, 52}.

Hekim, tıp mesleğini icra etme yetkisine sahip kişidir. Hekim dışında kimlerin tıp mesleğini icraya yetkili oldukları Tababet ve Şuabatı San'atlarının İcrasına Dair Kanunda belirlenmiştir.

Hekim tıp mesleğini icraya yetkili kişidir ve 11.4.1928 tarih ve 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının İcrasına Dair Kanun ile 6023 sayılı Türk Tabipler Birliği Kanunu hükümlerine göre;⁵³

Türkiye'de hekimlik mesleğinin icrası için;

-Türk vatandaşı olmak,

49 Yenerer Ç., ö., *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, s.24, İstanbul, 2003, naklen Kıcıoğlu, M., *Yargı Kararları Işığında Doktorun(hekimin) Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu*, *Terazi Aylık Hukuk Dergisi*, Yıl:1, S:4 Aralık 2006, s.17

50 Yavuzipekyüz, F., s.23

51 Bayraktar, K., *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu*, s.111, İstanbul, 1972

52 *Günlük yaşamda, fiilen yetki belgesi olmaksızın iğne yapan eczacılar, şifalı bitkilerle tedavi yapan kişilerin, kırık çıkıkçılar ve üfürükçülerin gerçekleştirdiği girişimler tıbbi nitelikten yoksundur ve hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahalede bulunabilecek ehil kişiler Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun 25. maddesi gereğince bu kişiler hakkında cezai müeyyide uygulanması gerekir*(Yavuzipekyüz, s.23)

53 *Tababet ve Şuabatı San'atlarının İcrasına Dair Kanuna göre tıbbi müdahalede bulunabilecekler; hekimler, diş hekimleri, dişçiler, ebeler, sağlık memurları, sünnetçiler, hastabakıcı hemşirelerdir*(Md. 1,2,3, 29, 30, 47, 58,68).

-Tıp Fakültesi diplomasına sahip olmak,

-Hekimlik mesleğinin icrasına geçici veya sürekli engel hali bulunmamak,

-Serbest çalışan hekimler yönünden tabip odasına kayıtlı olmak gerekir.

Hekimlerde uzmanlık seviyelerine göre "pratisyen hekimler" ve "uzman hekimler" olmak üzere iki gruptur. 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının İcrasına Dair Kanunun 3. maddesinde önemli cerrahi müdahalelerin yapılabilmesi için ihtisas diplomasını şarttır. "...zaruret hali dışında, bu tıp müdahalelerin pratisyen hekimlerce yapılması, müdahalenin tıbbilik vasfını ortadan kaldırmazsa da, hekimin özen yükümlüğüne aykırılık teşkil eder".⁵⁴

Yine Tababet ve Şuabatı San'atlarının İcrasına Dair Kanunun 3. maddesine göre sünnetçilerin sünnet ameliyesini yapmaları mümkündür.

Diş hekimlerin de bu ünvanı taşıyabilmeleri için Türk olmaları, Dişçilik fakültesinden mezun olmaları (Yabancı ülkelerin diş hekimliği fakültelerinden alınan diplomaların ise Sağlık Bakanlığınca onaylanmış olması) gereklidir.

Türkiye'de ebeler icra edilebilmesi için Türk olmak, Tıp okullarının ya da Sağlık Bakanlığının ebe okullarından mezun, ebeler belgesi (şahadetname), Bakanlıkça tasdik ve tescil edilmiş olmalıdır. Ebeler, gebelerin muayenesiyle, doğum için gerekli basit manevraları, çocuk için gerekli tedbirleri almaya yetkilidirler. Ebelerin çiçek aşısı yapabilecekleri ve yaptıkları işle ilgili reçete yazabilecekleri yine Tababet ve Şuabatı San'atlarının İcrasına Dair Kanunun 51,52.maddelerinde yer almıştır.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının İcrasına Dair Kanuna göre hastabakıcı hemşirilerin de Türk olmaları zorunludur, okul ve resmi hastanelerden alınan belgelerinin Sağlık Bakanlığınca tasdiki gereklidir. Bu nitelikleri taşımadan meslek icra edenler için cezai hükümler yer almıştır.

Tıp fakültesi lisans eğitiminin poliklinik aşamasında bulunan öğrencilere de "intörn hekim" adı altında tedavi faaliyetine katılma yetkisi tanınmıştır. Ancak, asıl hekimin(kural olarak üniversite öğretim elemanının) denetim ve gözetimi altında hareket etmek mecburiyetinde oldukları için, bunları bağımsız bir hekim saymak mümkün değildir. İntörn hekim statüsündeki tıp fakültesi öğrencilerinin, katıldıkları tıbbi müdahaleler bakımından Borçlar Kanunun anlamında ifa yardımcısı sayılmaları ve sorumluluklarının da bu esaslar çerçevesinde çözülmesi uygundur.⁵⁵

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısının 8.maddesinde "Tıbbi Hizmet Verme Yetkisi" başlığı altında, tıbbi

54 Ayan, M., s.6

55 Ayan, M., s.6

hizmetlerin, özel mevzuatı ile yetkilendirilmiş sağlık personeline verileceği yer almaktadır.

Hasta haklarıyla alakalı tüm metinler, hastaların hekim ve sağlık kurumunu seçme hakkını güvence altına alırlar.⁵⁶ Bu sebeple de hastanın rıza gösterdiği hekimden başka hekimin yaptığı müdahaleler hastanın kişilik hakkına tecavüzüdür.

B-Hukukun Kabul Edilen Bir Amaca Yönelik Olmasıdır

Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişinin vücut ve ruh bütünlüğüne her müdahalesi hukuka uygun kabul edilemez. Hukuka uygun olmanın en önemli koşulu; müdahalenin tedavi etmek gibi hukukun kabul edilebilir bir amaca yönelik olmasıdır. Deneysel amaçlarla yapılan müdahaleler, rızanın bulunmadığı durumda bu yönden hukuka uygun değildir. Nitekim ötenazi aynı şekilde kapsam dışındadır. Organ naklinde, verici yönünden tedavi amacının olmadığı keza sun'i ilahda da tedavi amacının olmadığı akla gelmekteyse de, bunların dolaylı tedavi amacıyla olduğu ve müdahalede bulunulan kişinin menfaatine oldukları düşünülmelidir.

“Başka bir deyişle hekim, “bir hastalığı önlemek, ortadan kaldırmak veya iyileşmesini çabuklaştırmak, hastalığın tehlikesini azaltmak, yarattığı ızdırapları teskin etmek, arazlarını ortadan kaldırmak veya hafifletmek”⁵⁷ amacıyla müdahalede bulunmalıdır”.⁵⁸

Ayan bu konuda tıbbi müdahalenin sadece tedavi amacıyla olması halinde hukuka uygun kabul etmektedir ve buna dayanak olarak da Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesini göstermektedir.⁵⁹

Bouteille'e göre, insan vücudu artık içi bilinmez kara bir şişe, hastalar da özenli ifa bekleyen pasif kişiler değildir. Bugün tıbbın ilerlemesiyle insan vücuduna müdahale kolaylaşmış, hastalarda iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin tedavi alacaklısı haline gelmiştir. Dolayısıyla, müdahale türleri de artmıştır.⁶⁰

“Fransız Medeni Kanunu md. 16/f.III'de, 27.07.1999 tarihinde yapılan değişiklik ile insan vücudu bütünlüğüne müdahalede bulunmanın hukuka uygun sayılması için tedavi gereğinin bulunması şartı kalkmıştır. Bunun yerine tıbbi gereklilik kelimesi getirilmiş ve hukuka uygun tıbbi müdahalelerin kapsamı genişletilmiştir”.⁶¹

⁵⁶ Özlü, T., *Hekim ve Sağlık Kurumunu Seçme Hakkı, S B Diyalog, Sağlık bakanlığı yayın Organı*, s.17, Ağustos 2005,

⁵⁷ Bayraktar, K. (Ayan, M., naklen s.9)

⁵⁸ Ayan, M., s.9

⁵⁹ Bkz sh. 113-131

⁶⁰ Bouteille, M., *L'évolution consumeriste de la notion d'acte médical*, JCP E Semaine Juridique (édition entreprise), 08.02.2001, No:6, s.17 (Özay, naklen s.21)

⁶¹ Özay, M., s.21

Tıbbi müdahalenin doğrudan veya dolaylı sadece tedavi amacıyla yapılabileceğini kabul eden görüş taraftarları, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesindeki “...tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın hastanın arzusunun uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz...” ifadesini esas almaktadır.

Özay'ın haklı olarak belirttiği üzere 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiş olan kürtaj, 4 ve 5 maddelerinde düzenlenmiş olan sterilizasyon, işlemlerinin teşhis, tedavi ve önleme amacı dışında kalmalarına rağmen kanun hükmüyle açıkça düzenlenmiş olmaları, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için sadece tedavi amacıyla sınırlanamayacağını göstermektedir.

Diğer yandan, Yılmaz⁶² tıbbi müdahale için, henüz hasta olmayan ancak vücut tamlığına, sağlığına veya yaşamına yönelmiş ileride ortaya çıkabilecek olası bir rahatsızlıktan kişiyi uzak tutmak için yapılan faaliyetleri de kanunen öngörülmüş bir amaç olarak belirtmiştir.

Tasarı aşamasında olan Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısının amacını belirten 1. maddesinde “sağlık personelinin koruyucu, teşhis ve tedavi ve rehabilite edici standart tıbbi uygulamaları...” denilerek, sorumluluğu sınırlamak yönünden tıbbi müdahale amaçlarını tahdidi olarak saydığı söylenebilecektir.

C- Tıbbın Sınırları İçinde Kalmalıdır

Tıbbi müdahalenin unsurlarından birisi de hekim/sağlık çalışanı tarafından yapılan müdahalenin hukuka uygun olması için yapılan faaliyetlerin “tıbbi” nitelikte olması gerekir.

Aşağıda hukuki sorumluluğu belirtirken üzerinde ayrıntılı olarak durulacağı üzere hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişki, Borçlar Kanunda düzenlenmiş olan vekalet aktine benzemektedir. Vekalet aktinin niteliği, sonucun taahhüt edilmemiş olmasıdır. Vekil, iş sahibine karşı işin özenle görülmesinden sorumludur. Bu bağlamda hekim de hastaya iyileştirmeyi, böyle bir neticeyi borçlanmaz.

Tıbbi müdahalenin değişik türlerinin olduğunu belirtmiş bulunuyoruz. Bunların bir kısmı teşhise⁶³ yöneliktir. Hekim, doğru teşhisi koyabilmek için hastayı hekimlik mesleğinin kurallarına ve tıp biliminin o andaki seviyesine

⁶² Yılmaz, B., *Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, Ankara, 2007, s. 5

⁶³ Teşhis, bir çok fiili kapsayan bir özelliğe sahiptir. Hastaya, ailesine soru sorulması, göğüs dinlenmesi, hastanın vücudunun elle yoklanması, konsültasyon yapılması, özel aletlerin kullanılması, laboratuvar incelemelerinin yapılması teşhis fiilini oluşturmaktadır. Bayraktar, K., s.230(Özdemir, H., s.41 naklen)

göre esaslı şekilde muayene etmek⁶⁴ zorundadır. Hekim tarafından yapılan muayenede mutlaka bir hastalığın ortaya çıkartılması gerekmez, belirli bir sonuç elde edilmemiş olsa bile bu eylemler teşhis fiilidir⁶⁵

Tıbbın sınırlarına kesin olarak girmeyen ancak hastalığın belirlenmesine veya tedavisine yönelik olsalar bile bunlara teşhis ve tedavi denilemeyecektir.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının İcrasına Dair Kanunun 26. maddesinde, yetkili olmayan tabibin sanatını icrası belirtilmiştir. Sanatın icrası, tıp sanatının yerine getirilmesi olduğundan teşhisi meydana getirecek faaliyetlerin de tıp sanatı içerisinde faaliyetler olması gerekir⁶⁶

"Hekimin teşhis koyma yükümlülüğünü ifa ederken göz önünde bulunduracağı hususları düzenleyen bir hukuki hüküm yoktur. Yargıtay'a⁶⁷ göre hekim genellikle kabul edilen ve tıp biliminde uygulanması artık mutad usul halini almış olan ilkeleri bilmek ve meslek kurallarına uygun bir şekilde davranmak zorundadır".⁶⁸ Keza tedavi içinde aynı şeyler geçerli olacaktır, tedavinin de esasları düzenlenmemiştir.

Hekimin yükümlülüklerinden biri de, hastayı, hastalık sırasında tıbbın son aşamasına göre geçerli bulunan yöntem ve usullerle tedavi etmektir. Hekime tedavi için başvuran kişi, kendisinin basit, usul ve ilaçlarla değil, çağdaş tıbbın imkan ve usulleriyle tedavi göreceğine inanmaktadır.⁶⁹

Hekimin hastayı iyileştirmek gibi görevi yoktur ancak onun sağlığına kavuşması için gerekli her şeyi tıp biliminin sınırları içinde yapmak yükümlülüğü vardır. Bu anlamda hekim yeterince denenmemiş, doğruluğu kanıtlanmamış, kendi buluşu olan tedavi yöntemlerini uygulamaktan kaçınmalıdır.

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısı, hasta üzerinde bilimsel araştırmayı, Sağlık Bakanlığının iznine ve hastanın yazılı rızasının alınmasını zorunlu kılmaktadır. Kanun bu gibi hallerde deneklerin muhtemel zararlarının tazminini sağlamak için ayrıca

64 Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısının 7.maddesinde "Muayene etme zorunluluğu" düzenlenmiştir. Bu hükme göre "hekim, acil vakalar hariç olmak üzere, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisini başlatamaz".

65 Bayraktar, K., s.231

66 Bayraktar, K., s.231

67 "...hükme esas alınan raporda, somut olaydaki kırıkta, tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip, gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilmemiştir.....Bu halde tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor hatası olup olmadığını gösteren nedenleri de açıklayıcı rapor alınmalıdır. Y. 13. H.D. 21.01.2002, E.2001/10959, K.20027487, mk:@MSITStore:C:/Program/KAZANCI/hgk

68 Özdemir, H., s.42

69 Ertay, Ş., Alman Hukukunda Hekimin Mesleki Kusurdan Sorumluluğu, s.190, Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1980(Özdemir, H., s.43 naklen)

sigorta yükümlülüğü getirmiştir. Sorumluluğun boyutunun belirlenmesinde eylemin "tıbbiliğinin" tespitinin gerekli olduğu şüphesizdir.

D- Hastanın Aydınlatılmış Rızası

Hekimin hastaya tıbbi müdahalesinin, hukuka uygunluğunun en önemli unsuru, hastanın rızasıdır. Çok istisna, örneğin; acil durumlar, bilincin kapalı olduğu durumlar dışında, onamının alınması zorunludur. Hastanın rızasının, hem hasta yönünden hem de hekim yönünden önemi vardır. Bu rızanın önemi ve özellikleri, hasta-hekim arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesi aşamasında hekimin müdahalesinin hukuka uygunluğunun belirlenmesi ve sorumluluğun tespiti yönünden zorunludur.

Aydınlatılmış rızaya ilişkin olarak tam bir terim birliği yoktur. Bu anlamda olmak üzere sadece rıza, aydınlatılmış rıza, aydınlatılmış onam, bilgilendirerek izin alma gibi değişik söylemler kullanılmaktadır. "Bilgilendirerek izin alma" kavramı Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısının terminolojisinde yer almaktadır.

Ancak izin daha çok tam ehliyetsizlerin, sınırlı ehliyetsizlerin veli ve yavası tarafından kullanılacak muvafakat için söz konusudur. Rıza ile izin arasında bu anlamda fark mevcuttur. Onam ise hukuk terminolojisine özellikle Medeni Kanunun ve Borçlar Kanunun diline yabancısıdır; bu kanunlarda rızaya yer verilmiştir. Örneğin MK. Md. 24 kişilik hakkı zedelenen kişinin rızasını belirtmektedir. Tüm bu sebeplerle, tıbbi müdahalenin unsurlarından konumuz olan bu icazet, bizce rızadır ve bu rızanın hukuka uygun olması aydınlatılmış bilgiye dayalı olması halinde mümkündür.

Çağdaş hukuk düzeni, tıbbi müdahalelerde hastanın rızasının varlığını, doktorun fiilinin hukuka uygunluğunun esaslı bir unsuru olarak aramaktadır⁷⁰.

Anayasanın 17. maddesinde yer alan yaşama hakkı ve Medeni Kanunumuzda kişinin rızası alınmaksızın şahsiyetin haksız fiil sonucu ihlal edilmesine karşı korunmasını düzenleyen 24 ve 25. maddelerinden de bu sonuca varmak mümkündür.

Alman ve İsviçre Hukuklarında kişiye, kendi geleceğini bizzat tayin hakkı tanınmakta ve tıbbi müdahalelere getirilen "hastanın tıbbi müdahaleye rıza göstermesi" sınırlamasının bu haktan doğduğu kabul edilmektedir⁷¹

Yani bir tıbbi müdahalenin hukuka uygun sayılabilmesi için, hastanın/ tıbbi müdahalede bulunulacak kişinin muvafakati olmalıdır. Bilincin kapalı

70 Bayraktar, K., s.79.

71 Bonn Anayasasının 2. maddesinin II. Fıkrası, "herkesin yaşama ve vücut bütünlüğü hakkını" düzenlemektedir. Alman hukukunda bu maddeden türetilen "kişinin kendi geleceğini bizzat tayin hakkı" tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun şartı olan, hastanın kendine uygulanacak tıbbi müdahale için "aydınlatılmış rızasının" esasını teşkil eder Laufs, (Şenocak, Z., s.36 naklen)

olduğu ve hayati tehlikenin olduğu acil müdahaleyi gerektiren durumlar hariç, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu hastanın aydınlatılmış rızasına bağlıdır.

Rızanın alınmaması, hukuki ve cezai sorumluluk sebebidir. Bayraktar, rızanın verilmesiyle, doktorun iradesinin ortadan kalktığını, hastanın iradesinin öne çıktığını belirtir. Aşçıoğlu, “tedavi iradesi hastaya aittir” diyerek, hasta bunu kullanması için doktora vekalet verir, şeklinde özetlemektedir.

Rıza unsuru, hastanın kendi geleceğini belirleme hakkına sahip olmasından doğmaktadır. Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Hasta, hekimden tıp kurallarına ve hukuk kurallarına aykırı bir tedavi yöntemi talep ederse, hekim böyle bir tedaviyi derhal reddetmekle yükümlüdür. Örneğin 10 haftadan sonra kürtaj talebi, hem hasta hem de hekim için cezai sorumluluk sebebi olur.

Her tıbbi müdahale hastanın gerçek ya da farazi iradesine uygun olmalıdır.⁷²

Rızanın geçerli olabilmesi için hastanın, rızasının(kararının) önemi, anlamı ve sonuçları hakkında bilgi sahibi olması gerekir. Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısının tanımlar bölümünde aydınlatılmış rıza için “Bilgilendirerek İzin Alma” denilmiş ve şöyle tanımlanmıştır: *Hekimin, hastanın sağlık durumu ve konulan teşhis, önerilen tedavi yönteminin ve müdahale türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin riskleri, verilen ilaçların kullanılışı ve muhtemel yan etkileri ve advers tepki ve tedaviyi kabul etmeme durumunda hastalığın meydana getireceği sonuçlar, varsa tedavi seçenekleri ve riskleri konusunda bilgilendirip, hastanın tereddüdü olan konulardaki sorunlarını anlayacağı bir dille cevapladıktan sonra hastadan alınan yazılı iznidir.*

Tasarının 15. maddesinde her türlü tıbbi hizmet ve müdahalenin ancak hastanın bilgilendirilerek, izninin alınması şartıyla yapılabileceği düzenlenmiştir. Acil durumlarda ise gereken tıbbi hizmetin verileceği ve derhal bilgilendireceği ifade edilmiştir.

1- Aydınlatılmış Rızanın Konusu

Hastanın, tıbbi müdahale için rızasını açıklamadan önce, hekim, hastayı aydınlatma görevini yerine getirmelidir. Rızanın konusu tıbbi müdahaledir.

“Mağdurun rızası kurumuna genel olarak bakıldığında, kuşkusuzdur ki, rızanın yönelmesi gereken kişi, eyleminin hukuka uygunluğu sorunu bulunan fail olmalıdır. Tıbbi müdahaleler açısından ise, rızanın yöneldiği kişi özellik gösteren bir durumdur. Dolayısıyla normal durumda, ancak tıp mesleğini dolayısıyla kanunun izin verdiği bir etkinliği yerine getiren bir kişiye verilecek

rıza, tıbbi müdahaleler açısından belirleyici olabilecektir.”⁷³

Rızanın yapılacak tıbbi müdahaleye ilişkindir, hasta neye rıza gösterdiğini bildiği takdirde bu rıza hukuken geçerlidir.

Hastanın hekim tarafından yeterince aydınlatılmamış olması, müdahalenin hukuka aykırı olma sonucunu doğuracağı gibi, aynı zamanda hukuka ve varsa sözleşmeye ayrılık teşkil edeceğinden, hekimin kusuru olmasa dahi tedavinin olumsuz sonuçlarından dolayı sorumlu olacaktır.⁷⁴

Örneğin hastayı korkutmamak için yapılacak ameliyatın niteliğini gizlemek hukuka aykırıdır.⁷⁵

II-Aydınlatılmış Rızanın Kapsamı

Genel hükümlere göre şahsiyet haklarını kanuna ve genel ahlaka aykırı olarak ortadan kaldıran, aşırı derecede sınırlayan rıza geçersiz kabul edilmelidir. Bedensel menfaatler ancak çok yüksek bir menfaat karşılığında tehlikeye atılabilir. Bu nedenledir ki, belirli tehlike ihtiva eden bir ameliyata rıza gösterme, hasta açısından çok önemli olan iyileşme, sağlık kazanma menfaati karşısında, ahlak kurallarına aykırı değildir. Elde edilecek menfaat, tehlikeye sokulan bedensel menfaatler karşısında geri planda kalıyorsa, bu takdirde rıza geçersiz olacaktır.⁷⁶

Hastayı bilgilendirme, yapılacak tıbbi müdahale türüne ve risklerine göre hastanın karar vermesine zaman tanıyacak şekilde olmalıdır.

Hasta neye rıza verecektir? Bu sorunun cevabını, öncelikle hekim hastaya vermelidir. Yapılacak tıbbi müdahalede hastanın aydınlatılmış rızasını almak sürecin temel adımıdır ve bilgilendirme, bir hasta hakkıdır.

Çünkü; uygar ülkelerde, hastaya, sağlığı ile ilgili konularda yeterince bilgi verilmeden, onamı alınmadan herhangi bir işlem yapılmasının insan haklarıyla bağdaşmadığı kavranmıştır. “1984’te İsrail’de gerçekleşen bir olay bu konuda yasal düzenlemelerin yapılmasına yol açtı: Doğurtulmak üzere ameliyathaneye götürülmekte olan bir kadına “kısırlaştırılması” için izin veren bir kağıt imzalatılmıştı. Kadın, mongoloid bir çocuk doğurmuş ve de tüpleri bağlanarak kısırlaştırılmıştı. Loğusa, evine gittiğinde kendi izni olmadan tüplerini bağlattığına kızan eşinin saldırısına uğramış ve “Yedioth Aharonoth” gazetesi yazarı Bn. D.Namir’in evine sığınmıştı. Yazarın başlattığı kampanya sonunda, İsrail’de bu konuda yasa çıkartılmıştı. Bizde de 1.8.1998’de Resmi Gazetede yayınlanmış olan “Hasta Hakları Yönetmeliğinde” hastanın sağlık

⁷³ Erman, B., s.92.

⁷⁴ Özyay, M., s.58

⁷⁵ Hancı, H. *Malpraktis Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu* s.68, Ankara, 2002

⁷⁶ Özdemir, H., s.120

durumu, uygulanacak tıbbi işlemler, bunların faydaları ve sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, konularında hastanın bilgi isteme hakkı olduğu (madde 15) belirtilmiştir.”⁷⁷

Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında, hastanın sağlığı ve kendi geleceğini belirleme hakkı önemli yer tutar. Hekim hastası için en doğru tedaviye karar vermiş olabilir. Ancak hekimin, seçtiği tedavi yöntemini hastasına açıklaması ve onu tam olarak bu konuda aydınlatması halinde dahi hastanın, tedaviyi reddetme olasılığı her zaman mevcuttur. Hekimin aydınlatma yükümünün kapsamı konusunda tıpta farklı görüşler vardır. Hekim hastayı tanıyan kişidir. O’nun fiziki ve ruhi durumu hakkında bilgi sahibidir. Hekimin aydınlatma yükümü bunları değerlendirilerek yapılmalıdır.

Aydınlatma borcunun yerine getirilmesi bakımından hastaya, her şeyden önce muayene sonucu üzerinde bilgi verilmelidir. Hasta tüm yönleriyle hastalığını öğrenmelidir. Ardından konulan teşhise uygun tedavinin tüm yönleri belirtilmelidir. Aydınlatma, sözleşmesinin hekime yüklediği bir borçtur.

Aydınlatma konusunu, teşhis ve buna bağlı tehlikeler yanında her şeyden önce uygulanması düşünülen tedavinin şekli, özellikle müdahalenin tarzını kapsamalıdır⁷⁸. Aydınlatma borcunun kapsamını belirlemede tek bir kural koymak mümkün değildir. Hastanın fiziki ve ruhi yapısı kadar, hayat tecrübesi gibi özel koşullarda, aydınlatma sorumluluğun belirlenmesinde önemlidir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğünde, Doku ve Organ Aktarımı Kanunda hastanın aydınlatılması özellikle belirtilmiştir.

Bu borcun kapsamını belirleyen etkilerden biri de müdahaledeki riskin büyüklüğüdür. Bu sebeple de aydınlatma borcunun kapsamı olayların özel koşulları da daralır. Çok istisna hallerde, hastadan kaynaklanan sebeplerle bu borcun tamamen ortadan kalktığı kabul edilmektedir. Bilinçsiz halde hastanın durumu buna örnektir.

Hekime ait olan bu borç, tıbbi müdahaleye muvafakat verilmesinden önce yerine getirilmelidir. Tüm tıbbi müdahaleler ön aşamaları içermeleri sebebi ile bunların her aşamasında bilgi verilmesi beklenir.

Aydınlatmanın şekli değişik olabilir. Ancak, aynen rıza da olduğu gibi ispatı yönünden yazılı olması uygundur. Hukukumuzda rızanın şekline ilişkin yukarıda belirttiğimiz, ameliyatlara için yazılı rıza düzenlemeleri varsa da aydınlatmanın şekli yönünden yasal düzenleme bulunmamaktadır.

III-Aydınlatılmış Rızaya Ehliyet

Hastanın rızasının hukuken geçerli olabilmesi, onun rıza bildirdiği tıbbi müdahalenin önemini kavrama yeteneğine sahip olması gerekir. Bu anlamda Medeni Kanun’a göre tam ehliyetli, bilinci açık bir kimsenin bu rızası hukuken geçerlidir.

Tam ehliyetsiz kişiler ise tıbbi müdahalenin neticelerini, önemini kavrayamayacak olduklarından, tıbbi müdahaleye rıza, kanuni temsilcileri tarafından izin olarak açıklanır.⁷⁹

Sınırlı ehliyetsizlerde, kural ehliyet olduğu ve tıbbi müdahalede bulunma hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı olduğundan, veli ya da vasinin muvafakatı olmadan kullanabilmelidirler. Ancak bunun bir sınırı Tababet ve Şuabatı San’atların İcrasına Dair Kanunun 70. maddesidir.

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısının 15. maddesinde de; reşit ve mümeyyiz olmayan kişiler için izin, veli veya vasiden alınacağı, veli veya vasinin bulunmaması halinde gerekli hukuki işlemler(izin) yerine getirilene kadar, tıbben gerekli olan müdahaleler yapılacağı yer almaktadır.

Nitekim reşit ancak bilinci kapalı hastanın karar veremeyeceği durumlarda, hastanın sırası ile eşinden, usulünden, kardeşlerinden, hiç birisi yoksa sair yakınlarının izni aranmıştır. Acil hallerde önce tıbbi hizmetin verileceği aydınlatmanın daha sonra olacağı belirtilmiştir.

Hastanın bilinci yerinde olduğu, bilgilendirildiği halde tıbbi müdahaleye izin vermediği ve hayati tehlikenin olduğu durumlarda vermediğine ilişkin yazılı beyanın alınıp, izin vermediği müdahale dışındaki müdahale yapılacaktır.

Görüldüğü üzere kanun tasarısı hastanın sağlığı açısından olumsuz durumların önüne geçmek için kural olarak bu ayrık durumlarda tıbbi müdahalede bulunmayı düzenlemiştir ve ötenaziyi bu anlamda açıkça yasaklamıştır. Uygulamada karşılaşılan ve tıbbi, hukuki, dini ve etik yönden tartışmalı olan husus da kişinin dini inançları veya siyasi görüşü sebebiyle tedaviyi reddetmesi durumlarında rızanın aranıp aranmayacağıdır.

Bu konuda, Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısının 15. maddesinin son fıkrası açlık grevi yapan ya da ölüm orucu tutan kişinin sağlıklı karar veremeyecek duruma gelmesi veya şuurunun kaybolması, ruh ve beden sağlığında geri dönüşsüz ve ölümcül zararlar başlaması halinde, hastanın menfaatine uygun olarak ilgilinin veya yakının izni aranmaksızın tıbbi hizmet verileceği yer almaktadır.

⁷⁷ Erez, S., 2 Mayıs 2004 Cumhuriyet Gazetesi eki

⁷⁸ Ayan, M., s.74.

⁷⁹ Aşçıoğlu, Ç., s.39, Zevkliler, A., s.21, Şenocak, Z., s.38

iv-Aydınlatılmış Rızanın Şekli

Özel Hukuk, kişilerin serbest iradeleriyle birbirleriyle kurdukları ilişkilerin olduğu bir alandır. Kanunun özel olarak aradığı durumlar ayrı olmak üzere, bir fiilin isbatı şekle bağlı değildir (rıza bir eylemdir).

Rızanın alınması 1219 sayılı kanunun 70. maddesi uyarınca, ameliyatlar için yazılı olmalıdır. Bu cezai sorumluluk yönünden gereklidir. Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 6458/4925 sayılı 17.4.1964 tarihli kararında; "Hastanın ameliyat masasına yatmış olması rızanın var olması olarak kabul edilmiştir. Karşılaşılabilecek durumlarda, sorumluluğun belirlenmesi yönünden, rızanın alındığının ispatı doktora düşeceğinden, rızanın yazılı olarak alınması uygun olacaktır" denilmiştir.

Medeni Kanunun 23. maddesinin 2.fıkrasında; "...insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılınması ve naklinin" yazılı rıza ile mümkün olduğu düzenlenmiştir. Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısının 15. maddesinde rızanın "yazılı veya sözlü" olabileceği belirtilmiştir.

III-TIBBİ MÜDAHALENİN HUKUKİ NİTELİĞİ:

Tıbbi müdahalenin hukuki niteliğinin belirtilebilmesi için müdahale kavramının tanımlanması gereklidir.

Başkasının hukuki bir varlığının bir insan davranışıyla ihlal edilmesine "müdahale" denir.⁸⁰

Müdahaleden bahsedilmesi için, şu unsurların bulunması gerekir;

1-Müdahale ile her şeyden önce üçüncü kişinin hukukça korunan bir varlığı (mal veya şahıs varlığı) ihlal edilmiş olmalıdır.

2-Müdahale bir insan davranışıyla yapılmalıdır.

3-Müdahale sonucu zarar verme olgusu, aktif bir davranışa, bir yapma fiiline dayanmalıdır. Pasif davranışlar, yapmama fiilleri, kaçınmalar, müdahale fiili içinde yer almaz.

4-İnsan davranışıyla hukuki varlığın ihlali arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır.

5-Müdahale, zararla karşılaştırılmamalıdır. Her müdahale zarar meydana getirebilir.⁸¹

⁸⁰ Desax, Haftung für Erlaubte Eingriffe, Freiburg/schweiz, s.6(Eren, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1.cilt, s.470 naklen)

⁸¹ Eren, F. Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1.cilt, s.470

"Müdahale", temelde bir ihlal fiili olarak görülür. Konumuz olan "tıbbi müdahale"de içerisinde, kişinin bütünlüğüne bu anlamda bir "ihlal"i içerdiği kuşkusuzdur.

Müdahaleye ilişkin unsurlardan yola çıkarak; tıbbi müdahalenin, kişinin beden ve ruh bütünlüğüne yönelik olduğunu, bir insan fiili olduğunu söyleyebiliriz.

Başkasının hukukça korunan beden ve ruh bütünlüğüne yönelik bir fiil olan, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için yukarıda belirttiğimiz; ehil ve yetkili kişiler tarafından verilmesi, kişinin bu yönde aydınlatılarak rızasının alınması ve tıbbın sınırları içerisinde kalması halinde hukuka uygundur.

Bir kişinin beden ve ruh bütünlüğüne yönelik bir tıbbi müdahale, taraflar arasında(hasta-sağlık çalışanı) kurulmuş bir sözleşmede sağlık çalışanı yükümlendiği edim olarak karşımıza çıkar.Tıbbi müdahalenin resmi ya da özel sağlık kuruluşlarında, hekim ya da yetkili sağlık çalışanınca, serbest çalışan bir hekimin muayenehanesinde, hekim tarafından, Özel Hastaneler Kanunun çerçevesinde kurulmuş bir özel hastanede çalışan hekim ya da sağlık çalışanları tarafından yapılabileceği ve her durumda kurulacak sözleşmenin türünün ve tıbbi müdahale türünün farklı olacağı muhakkaktır. Bu anlamda, konusu tıbbi müdahale olan birden çok sözleşmeden bahsetmek mümkündür.⁸²

Örneğin, burnunun kemikli görünümünün giderilmesi için estetik cerrahla hasta arasında kurulan sözleşme ilişkisinde, cerrah kendisine müracaat eden kişiye, cerrahi müdahale ile burnunun kemikli görünümünün düzeltilmesini borçlanmıştır. Burada çoğunlukla kabul edilen görüşe göre, hastayla-cerrah arasındaki sözleşme, konusu tıbbi müdahale(estetik ameliyat) olan, Borçlar Kanunda düzenlenmiş bir eser sözleşmesidir.

Diğer yandan Özel Hukuk, kişilere (yasanın emredici kurallarına aykırı olmamak üzere) sözleşme serbestisinin tanındığı bir alandır. Bu anlamda, serbest çalışan bir hekim ile hastası veya kanuni temsilcisi arasında yapılan ve hekimin öncelikle tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi bulup uygulamak yükümlülüğünü içeren bir ilişki, hekimlik sözleşmesi olarak tanımlanmıştır.⁸³ Bu sözleşmenin de konusu tıbbi müdahaledir ve Borçlar Kanunda yer almayan isimsiz bir sözleşmedir.

Özdemir'e göre ise, teşhis ve tedaviyi, tıbbi müdahale terimine yakın olarak kullanmış ve bu esas çerçevesinde yapılan tanımlamada, "teşhis ve

⁸² Çalışmamızın başında da belirttiğimiz üzere konuyu Özel Hukuk yönünden araştırmamız sebebiyle resmi kurum ve kuruluşlar, buralardaki sağlık çalışanlarının uyguladıkları tıbbi müdahaleden doğan sorumlulukları konumuz dışındadır.

⁸³ Bayraktar, K., s.33, Yavuzipekyüz, F., s.16

tedavi sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen, teşhis ve tedavi edimini gerçekleştirecek özel sağlık kurum ve kuruluşlarıyla hata veya kanuni temsilcisi arasında gerçekleştirilen ve hasta veya kanuni temsilcisinin tıbbi teşhis ve tedavi ediminin karşılığını oluşturan belli bir ücreti ödemeyi üstlendiği rızai sözleşme” olarak belirtilmiştir. Tanımda da görüldüğü üzere bu sözleşmenin de konusu tıbbi müdahaledir.⁸⁴

İKİNCİ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEDE SAĞLIK ÇALIŞANIN HASTAYA KARŞI BORÇLARI VE

HUKUKİ SORUMLULUK SEBEBİ OLARAK TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMA OLARAK KABUL EDİLEN DURUMLAR

1- TIBBİ MÜDAHALEDE SAĞLIK ÇALIŞANININ

HASTAYA KARŞI BORÇLARI

Sağlık çalışanı sözünü, yasal düzenlemelerle tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili olan, başta hekimleri, sağlık görevlilerini, hastane ve hastanede çalışan hekim ve sağlık görevlilerini kapsar şekilde kullanıyoruz. Sağlık hizmetleri en genel şekilde; özel muayenehanesinde hizmet veren hekim, Hususi Hastaneler Kanunu çerçevesinde kurulmuş hastane, Ayakta Teşhis ve Tedavi Kuruluşları Hakkında Yönetmelik gereği Ayakta teşhis ve tedavi sunan özel sağlık kuruluşları, tıp merkezleri, özel dal merkezleri, poliklinikler ve buralarda çalışan hekimler, diş hekimleri ve sağlık personeli vasıtasıyla uygulanmaktadır.

Yeni Türk Ceza Kanunun 280.maddesinin 2.fikrasında; “sağlık mesleği mensubu deyiminden, tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire ve sağlık hizmeti veren diğer kişiler anlaşılır” demek suretiyle, kanun, sağlık çalışanlarını tahdidi olarak sınırlamayıp, sağlık hizmeti veren tüm kişileri içine alacak şekilde genişletmiştir.

Tıbbi müdahaleye öncelikle hekimler yetkilidir. Ancak Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunun bir çok hükmünde, hekimler dışındaki sağlık görevlilerinin de belirli tıbbi müdahaleler yönünden yetki

⁸⁴ Özdemir, H., *Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi*, s.51, Ankara, 2004

tanınmıştır. Bunlar, sağlık memurları(md.3), dişçiler (md.29,30), ebeler (md.47), sünnetçiler(md.58), hastabakıcı hemşirelerdir(md.68).⁸⁵

Hekimler dışındaki bu sağlık görevlileri, yasal düzenlemelerle kendilerine tanınan tıbbi müdahalelerde bulunabilirler.

“Bunların eylemleri de tipe uygun müessir fiil şeklinde ortaya çıktığından, diğer tıbbi müdahaleler gibi, ancak bu eylemi yapmaya yetkili kişilerden olmaları durumunda hukuka uygun hale gelebilecektir. Bu kişilerin yapmaya yetkili bulunduğu tıbbi müdahalelerin ortak özellikleri, yönetmeliklerce belirlenen çerçevede, küçük çaplı müdahaleler olmalarıdır.”⁸⁶

Hasta ile sağlık çalışanı (hekim, hemşire, hastane,) arasındaki ilişki çoğu kez taraflarca daha önceden kurulmuş konusu tıbbi müdahale olan bir sözleşmeye dayanır. Bu sözleşme, açık veya zımni irade beyanıyla⁸⁷, kurulan, tam iki tarafa borç yükleyen, rızai bir sözleşmedir. Borçlar Kanunda bu sözleşme düzenlenmemiştir.

Bu sebeple de sözleşmenin hukuki niteliği hakkında değişik görüşler mevcuttur. Bir kısım yazarlar konuyu sadece hekim yönünden alarak bunun Borçlar Kanunda düzenlenmiş olan hizmet aktı olduğunu⁸⁸, bir kısım yazarlar diş protezi ve estetik cerrahi müdahaleleri esas alarak durumun istisna sözleşmesi niteliğinde de olabildiğini⁸⁹, diğer bir kısım yazarlar ise hasta ile kurulan bu sözleşmenin kendine özgü bir sözleşme olduğunu⁹⁰, hakim görüş ise hasta ile kurulan bu sözleşmenin Borçlar Kanunda düzenlenmiş olan vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunmaktadır.⁹¹

Burada belirtilenin dışında, bilinci kapalı durumdaki hastanın hastaneye getirildiği durumda olduğu gibi bir sözleşme ilişkisi olmaksızın da hasta ile sağlık çalışanı bir arada bulunabilir. Başta Anayasa ve tüm sağlık mevzuatı ve işin mahiyeti bir arada değerlendirildiğinde; hasta ile sağlık çalışanı arasında bir sözleşme bulunsun ya da bulunmasa, sağlık çalışanının hastaya karşı tıbbi müdahale konusunda borçları aynıdır.

Medeni Kanunun, 2. maddesinde düzenlenmiş olan dürüst davranma kuralı gereği olarak; icabı hale göre tıbbi müdahalede bulunmamanın, hastanın reddedilmesini hukukun korumayacağı hemen söyleyebiliriz. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3/I.maddesine göre, acil durumlar dışında,

⁸⁵ Bkz., s.113-131

⁸⁶ Kayalı, Z., *Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler*, s.28, yüksek lisans tezi, İstanbul, 1996

⁸⁷ Hastaneden sıra numarası alınması, hastanenin ücret ve şartlarını ilan etmesi zımni irade açıklaması olarak kabul edilebilir.

⁸⁸ 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)

⁸⁹ Reisoğlu S., s.12, Aşçıoğlu, Ç., s.33, Özay, M., s.Ayan M., s.54

⁹⁰ Atabek/şenzen(Şenocak, Z., naklens.18)

⁹¹ Reisoğlu, S., s.12, Köprülü, Ö., s.10, Aşçıoğlu, Ç., s.32, Ayan, M., s.54, Şenocak, Z., s.33,

mücbir sebep olmadıkça, hastaya ilk tıbbi müdahalede bulunmak yükümlülüğü düzenlenmiştir. Kamu hukuku yönünden çeşitli sınırlamalar ve düzenlemeler mevcuttur.

Tıbbi müdahalede kötü uygulama, yukarıdaki tanımdan da anlaşılacağı üzere en kısa açıklamada tıbbi müdahale sürecindeki yükümlülüklerin ihlali olarak karşımıza çıkar ve bu ihlal bir zarara sebep olması halinde hukuki sorumluluk sebebidir.

Diğer bir söyleyişle; sağlık çalışanının borçları olarak isimlendirdiğimiz durumlar, tıbbi müdahalenin unsurlarında da yer almaktadır. Şüphesiz, tıbbi müdahale ilişkisinde hastanın da, hekime, hastaneye karşı borçları mevcuttur. Ancak; çalışma konumuzda, tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili sağlık çalışanının müdahalesi olarak seçilmiş olduğundan ve kötü uygulamanın ortaya konulması için burada tıbbi müdahale ilişkisi içinde sağlık çalışanının borçları üzerinde durulacaktır.

Standart uygulamanın yapılmaması, tıbbi müdahalede kötü uygulamadır; bu standart uygulama borçları, yukarıda da belirttiğimiz gibi hukukun bütününden ve işin mahiyetinden çıkmaktadır.⁹²

Hastanın, sağlık çalışanına müracaatı üzerine başlayan süreçte öncelikle hastanın kabulü edilmesi, kendisiyle iletişimle öyküsünün alınması, kimlik ve şikayetin 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.

I-Hasta Kabul, İletişim Ve Kayıtların Tutulması

Hasta ile sağlık çalışanı arasındaki tıbbi müdahale ilişkisi güvene dayalıdır. Bu sebeple de kural olarak taraflar, karşı tarafı seçme özgürlüğüne sahiptir. Hastanın hekimini seçme hakkın olduğu gibi, hekiminde kendisine gelen bir hastayı reddetme hakkı vardır. Ancak işin mahiyeti gereği bu kuralın mutlak olarak uygulanması, sağlık çalışanı yönünden mümkün değildir. Çünkü, kanun koyucu bu yönde belirlemeler getirmiştir.

⁹² Yeni Türk Ceza Kanunda doğrudan sağlık çalışanı suçu olarak bir suç türü ya da kategorisi yer almamaktadır. Ancak işin mahiyeti gereği, Yeni Ceza Kanunda yer alan bir kısım suçlar yaptıkları iş gereği sağlık çalışanlarıyla ilgilidir (Yeni Türk Ceza Kanunu; Md. 85,89,90,91, 98,99,101,175,280,281,282). Yeni Türk Ceza Kanunun 280. maddesinde düzenlenen “Sağlık Mesleği Mensuplarının Suçu Bildirmesi” başlığında düzenlenmiş olan hükümde görevi sırasında bir suç işlendiği belirtisiyle karşılaşan sağlık çalışanına bu suçu bildirme yükümlülüğü yer almıştır.

Öncelikle yukarı da belirttiğimiz şekilde Medeni Kanunun 2. maddesi gereğince hastanın reddinin hakkın kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumayacaktır. Yine Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 3. maddesinde; hekime acil durumlarda müdahalede bulunma görevi verilmiştir.

Esasen hekim, hastasını seçmekte, onun tedavisini kabul etmemekte özgürdür. Ancak Medeni Kanunun 2.maddesi “dürüst davranma” kuralı getirmektedir. Sadece bir hekimin bulunduğu veya hastalığın mahiyetinin gerektirdiği uzmanlık sahasında faaliyet gösteren başka bir hekimin bulunmadığı yerde hekim hastaya bakmayı reddedemez. Böyle bir durumda hekimin hastanın tedavisini üstlenmemesi, reddetmesi hakkın kötüye kullanımı teşkil eder.⁹³

Diğer yandan, Hususi Hastaneler Kanunun 23 maddesinde hasta kabul düzenlenmiş, 30.maddesinde hastalık icabı veya başka sebeplerle hastanın başka bir hastaneye sevkı sınırlandırılmıştır. Diğer yandan aynı kanunun 32. maddesinde, hususi hastanelerin, ihtisas daireleri içinde bulunan ve resmi makamlar tarafından gönderilen hastaları kabul yükümlülüğü düzenlenmiştir.

Tüm bu durumlarda sağlık çalışanın hastayı kabul borcu gereğidir. Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında 14. maddede mesleğini serbest icra eden sağlık çalışanına acil durumlar hariç hastayı kabul etmeme yetkisi yer almıştır.

Hastanın kabulü ile bilincin kapalı olduğu, acil durumlar hariç, hastayla iletişim ve hasta kayıtlarının tutulmaya hemen başlanmalı, tüm tedavi sürecinde devam etmelidir. Bu yükümlülükler gerek doğru teşhis, tedavinin sağlanması için gerekli olduğu gibi, tıbbi müdahale sırasında telefonla öneri ve reçete örneğinde olduğu gibi yanlış anlama ve hatalı uygulamalara sebep olabilir. Diğer yandan iletişimin sağlanması ve kayıtların tutulması, verilen talimatlara ve konsültanlarla bağlantının yetersiz olduğu durumlarda yanlış uygulamalar, zarara ve sorumluluğa sebep olabilir. Bu sebeplerle de sağlık çalışanın özel durumlar ayrık olmak üzere hasta kabulü ve devamında hastayla iletişimi sağlayıp, kayıtlarını tutması gereklidir.

II-Aydınlatma Ve Rızanın Alınması

Aydınlatma, sağlık çalışanın hastaya uygulanması düşünülen tıbbi müdahale üzerine hastayı bilgilendirmesidir. Çalışmamızın birinci bölümünde tıbbi müdahalenin unsurları arasında aydınlatılmış rıza açıklanmıştır. İşte, burada hastanın kendisine uygulanacak tıbbi müdahaleye rıza gösterebilmesi için aydınlatılması gereklidir.

Hasta, planlanan tedavi hakkında yeterince aydınlatılmadığı gerekçesiyle de dava açabilir. Örnek olarak; herhangi bir tıbbi sorun nedeniyle ilaç

kullanan ve bu esnada gebe kalan bir kadın, ilaç kullanımının yol açabileceği konjenital anomali riski konusunda bilgilendirilmelidir. Hekim hastasından, ilaç kullanımı, sigara ve alkol alımı konusunda ayrıntılı bir anamnez almalı ve hastayı bu maddelerin kullanımının getirdiği riskler açısından uyarmalıdır.⁹⁴

Biotıp Sözleşmesinin 5. maddesi, Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. maddesi ve Meslek Etiği kurallarının 26. maddesi uyarınca hasta; verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri konusunda bilgilendirme hakkına sahiptir.

Hekim, hastasının kültür düzeyini iyi belirlemelidir. Hekimin on bin sözcükten oluşan kelime dağarcığına karşın, hastanın sadece birkaç yüz sözcük bilgisi olabilir. Böyle bir durumda hekim, o birkaç yüz sözcüğü bulup, bilgilendirmeyi o sözcüklerle yapmak zorundadır. Hekim ilaç tedavisinin yan etkilerini de bütün açıklığıyla hastasıyla paylaşmalıdır⁹⁵.

Olumlu ya da olumsuz yönlerini bilmeden tedaviye rıza gösteren hastanın bu kararının serbest iradesinin mahsulü olduğunu söylenemez. Oysa ki, aydınlatılmış rıza, tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğunun şartıdır.

Dolayısıyla, yeterli bir aydınlatmadan sonra elde edilmediği için hastanın rızası geçersiz ise, tıbbi müdahale, usulüne uygun şekilde icra edilmiş olsa bile hem sözleşmeye hem de hukuka aykırı olur ve hekim tedavinin olumsuz sonucu için herhangi bir kusuru bulunmasa dahi sorumlu tutulur.⁹⁶

28.04.2005 tarihli Adli Tıp Kurumu Başkanlığı’nın raporunda; “... yapılan ameliyat, cerrahi prosedüre uygun olduğu, ancak bir tıbbi müdahaleyi, hukuka uygun hale getiren unsurlardan birinin de hastanın aydınlatılarak rızasının alınması olduğu göz önüne alındığında, ameliyat öncesi hasta veya yakınlarının, cerrahi müdahale konusunda detaylı şekilde bilgilendirilip, rızasının bulunmadığının maddi olayda tespiti halinde müdahalenin hukuka aykırı olacağı...” aydınlatmanın önemini ve zorunluluğunu ortaya koymaktadır.

Aydınlatma, tıbbi müdahaleye rızanın geçerlilik şartıdır. Aydınlatma borcu sağlık çalışanına ait bir borçtur. Esasen bu yükümlülük tıbbi müdahaleyi icra edecek kişiye aittir. Kimi kez sözleşmenin tarafı hekimle, tıbbi müdahalede bulunacak olan farklı olabilir. Ayan⁹⁷, burada her iki hekiminde aydınlatma yükümlülüğü olduğu görüşündedir.

Tıbbi müdahale bir ekip tarafından gerçekleştirileceği durumda her hekimin kendi uzmanlık alanında aydınlatmada bulunabileceği düşünülebilirse

94 Polat, O., s.35

95 Feyzioğlu, M., Feyzioğlu B., Fırat C., Hekimlerin İlaçların Yan Etkilerinden Dolayı Sorumluluğu, www.turkhukuksitesi.com/makale_440.htm.

96 Ayan, M., s.71

97 Ayan, M., s.72

de bunun ekibin başkanı konumunda kimseye bırakılması da mümkündür.

Aydınlatma borcunun yerine getirilmesi bakımından hastaya, her şeyden önce “muayene sonucu”, konulan teşhis, üzerinde bilgi verilmelidir. Hasta, yakalanmış olduğu hastalığın bütün özelliklerini öğrenmelidir. Buna yani muayene sonucu elde edilen bulguların hastaya açıklanmasına “teşhis aydınlatması” adı verilmektedir. İkinci olarak, hastaya, muayene sonucu tespit edilen hastalık tedavi edilmediği (önerilecek tıbbi müdahale uygulanmadığı) takdirde meydana gelebilecek olumsuz sonuçlar anlatılmalıdır. Buna da “süreç aydınlatması” denmektedir ki, amacı hastanın daha sonra uygulanacak tıbbi müdahaleye razı olmasını sağlamaktır. Salt teşhis konulmasını amaçlayanlar dışındaki tüm tedavi sözleşmelerinde, her üç aydınlatma şeklinin de bir arada yapılması zorunludur. Zira bunlar, ayrılmaz şekilde birbirine bağlıdır.⁹⁸

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında, rızanın alınmasında bilgilendirmenin yapılması gerektiği, ancak bu koşulda tıbbi müdahalede bulunulabileceği belirtilmiştir.

Aydınlatma, tıbbi müdahaleye rıza verilmesinden önce yapılacak ve ardından rıza alınacaktır; bu arada hastaya düşünmesi için zaman tanınması da gereklidir. Çünkü hastanın bu aydınlatmaya rağmen tedaviyi reddetmesi mümkündür.

Aydınlatmanın konusunu, uygulanması düşünülen ve önerilen tıbbi müdahalenin şeklini ve tamamını kapsamalıdır. Ancak burada sınırı koymak zordur. Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinde, “hekim, teşhise göre alınması gerekli tedbirleri açıkça söylemek zorundadır” hükmü aydınlatma yükümlülüğünü açıklamaya yetmekle birlikte kapsamını ortaya koymamaktadır. Bu hükümden çıkan sonuç, bizce sağlık çalışanınca hastanın, vereceği rızaya esas tüm yönlerden aydınlatılmasının gerektiğidir.

Ayan’a göre, aydınlatma borcunun kapsamı tespit edilirken, her zaman için geçerli genel bir kural koymak yerine somut olayın özelliklerinden hareket edilmelidir. Biz de bu düşünceye katılmaktayız. Buradan aydınlatma borcunun kapsamının, tıbbi müdahalenin özelliğine⁹⁹ göre her olayda daralabilir ya da genişleyebilir; ancak aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkmaz¹⁰⁰.

⁹⁸ Ayan, M., s.72,73

⁹⁹ Acil olması, kullanılan metodun yeni bir metod olması, tehlikenin büyüklüğü veya tüm bunların dışında hastanın açık isteği her şeyin kendisine bildirilmesi olması halinde aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişleyecektir. Diğer taraftan tıbbi müdahale yönünden acillik, hayati tehlike arz eden bir durumda, hastanın bilgilendirmeyi istemediği durumda, terminal safha denilen, tıp biliminin ve teknolojinin imkanlarının hastanın iyileşmesine imkan vermediği, ölüme giden durumda aydınlatmanın kapsamı daralacaktır.

¹⁰⁰ Aydınlatma yükümlülüğünün zaruret halinde, bilincin kapalı olduğu ve beklenilmenin, hastaya zarar vereceği durumda keza ameliyatın genişletilmesinde ortadan kalktığı kimi yazarlarca belirtilmekteyse biz aydınlatmanın kapsamının somut olayın şartlarında değerlendirilmesi gerektiği görüşümüzü yineliyoruz.

Kısaca, aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında, hastanın sağlığı ve kendi geleceğini belirleme hakkı önemli yer tutar. Hekim hastası için en doğru tedaviye karar vermiş olabilir. Ancak hekimin, seçtiği tedavi yöntemini hastasına açıklaması ve onu tam olarak bu konuda aydınlatması halinde dahi hastanın, tedaviyi reddetme olasılığı her zaman mevcuttur. Hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı konusunda tıpta farklı görüşler vardır. Hekim hastayı tanıyan kişidir. O’nun fiziki ve ruhi durumu hakkında bilgi sahibidir. Hekimin aydınlatma yükümü bunları değerlendirilerek yapılmalıdır.

Aydınlatma esasen tıbbi müdahalede bulunulacak hastaya karşı bir borçtur. Çünkü tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılacak rıza hastanın rızasıdır. Ancak bilinci kapalı ya da temyiz kudretinden tamamen yoksun hastalarda kanuni temsilci aydınlatılacaktır.

Hastanın rızasının alınması yönünden rızanın yazılı şekle tabi olduğu esasları belirtmiş bulunuyoruz, ancak aydınlatmaya ilişkin bir düzenleme yoktur. Uygulamada, yazılı, sözlü, broşür aydınlatma şeklinde türler mevcuttur. Aydınlatmanın hem tıbbi müdahalenin hem de rızanın geçerlik koşulu olması sebebiyle zorunlu olduğunu belirtmekle birlikte yazılı aydınlatma ispat kolaylığına hizmet edecektir.

III-Teşhis

Teşhis; hastalığın cinsini, çeşidini anlama ve çıkarabilme anlamına gelir. Tababetin esas teşhis-i emraz meselesidir. Bir kere maraz teşhis olundu mu müdavatı (tedavisi) kolaydır”.¹⁰¹

Teşhis, doğru tedavi yolu için gereklidir. Hekim, teşhiste bulunurken sadece bilgisini değil, deneyimlerini ve mesleki yeteneklerini de kullanır. Teşhis ile hastalığın ne olduğu ortaya konur¹⁰²

Tıbbi müdahaleden amaç, hastanın tedavi edilmesidir. Ancak hekimin tedaviye başlamadan önce teşhis koyması gereklidir.

Teşhisin doğru şekilde konulması, uygulanacak tedavi yöntemi buna göre belirleneceği için tedavinin başarılı ya da başarısız olmasında son derece etkilidir. Zira, yanlış bir teşhis, tedaviyi asıl amacından saptırabilecek, uygun olmayan bir ilaç veya tedavi yönteminin kullanılması doğrudan doğruya veya dolaylı şekilde hastalığın uzamasına, kötüleşmesine, hatta hastanın ölümüne sebep olabilecektir.¹⁰³

Hekimin teşhis koyma yükümlülüğünü ifa ederken göz önünde bulunduracağı hususları düzenleyen hukuki bir hüküm yoktur. Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısında,

¹⁰¹ Sadeleştirilmiş ve Genişletilmiş Kâmus-ı Türkî, 3.cilt, s.1358

¹⁰² Kıcıoğlu, M., s.26

¹⁰³ Ayan, M., s.65

bu eksiklik gözetilerek, “muayene zorunluluğu” düzenlenmiştir(md.7). Bu hükme göre, hekim, acil vakalar hariç olmak üzere, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisini başlatamaz. Muayene teşhis koymak içindir. Ancak hekim yaptığı muayene sonunda mutlaka bir hastalığı ortaya çıkartmak zorunda değildir, ancak tıbbin sınırları içinde kalmalıdır.

Teşhis koymadan önce gerekli çalışmaları özenle gerçekleştirmiş, araştırma sonucunda elde edilen bilgileri özenle takdir etmiş olan hekim için konulan teşhis yanlışlığı sorumluluk sebebi olmaz. Zira özenli bir çalışmaya rağmen gerekli bilgiler hiç elde edilemeyebilir veya aynı veriler birden çok hastalığa ilişkin olabilir. Buna karşılık hekim, gerekli araştırmayı yapmaksızın, muayene etmeden, teşhis koyar veya araştırma sonuçlarını iyi tartmadığı için yanlış teşhis koyarsa, hekim sorumludur.¹⁰⁴

Yargıtay’a göre, hekim, genellikle kabul edilen ve tıp ilminde uygulanması artık mutad usul halini almış olan ilkeleri bilmek ve meslek kurallarına uygun şekilde davranmak zorundadır.^{105, 106}

Teşhis, tedavi öncesi aşama olmakla birlikte, teşhis de gecikmeler, bazen de teşhise yönelik yapılan tıbbi müdahalelerin de komplikasyonlarının olduğu görülmektedir. Bizim burada üzerinde durduğumuz husus hastalığa uygun tedaviye başlanmadan önceki durumda teşhisin konulmasının gerektiğidir.

IV-Tedavi

Tedavi, bakmak, iyileştirmek anlamına gelmektedir. Hastayı tedavi etmekten kasıt ise hekimin, hastanın iyileşmesi (yeniden eski sağlığına kavuşması) veya hiç değilse ızdırıplarının asgari hadde indirilmesi için tıp bilimi ve uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde özenle faaliyette bulunmasıdır. Hastanın tedavisi, hastanın kesinlikle iyileştirilmesi anlamına gelmez. Yani, hekimin bu anlamda bir sonuç borcu yoktur. Hekim, hastayı kesin olarak iyileştireceğini taahhüt edemez, hekimin yapması gereken yükümlülüklerine uyararak, hastanın iyileşmesi için çaba sarfetmektir. Özenle gerçekleştirilen bir tedaviye rağmen hastanın iyileşmemesi sorumluluğuna yol açmaz.¹⁰⁷

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 21.01.2002 gün ve E.2001/10959, K.2002/487 sayılı kararında, teşhis koyma ve tedavi borçlarına aşağıdaki şekilde işaret edilmiştir;

“...doktor, hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru

teşhisi koyup, önlemlerini eksiksiz biçimde gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği en uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulamalıdır. “

Hekimin tedavi yönetimini seçerken hastaya en çok yararı ve en az zararı verecek yönetimi uygulamak zorundadır. Özellikle, mesleki bilgi, beceri ve araç gereç yönünden kendisinin yeterli olmadığı durumlarda tedaviyi kendi yürütmekten vazgeçmelidir¹⁰⁸.

Teşhis de olduğu gibi tedavide de yapılan uygulamanın tıbbi nitelikte olması gerekir. Tedavi, kişinin beden ve ruhsal yapısındaki hastalıkları ve sakatlıkları tanıma ve iyileştirmek veya sağlığı koruma geliştirme amacıyla yapılan teknik ve bilimsel çalışmaların tümüdür. Çağdaş hukuk düzeni, rıza olsa bile bireyin yaşam sağlığını bozacak tıbbi müdahaleleri, davranışları yasaklamıştır(MK. Md.23, 24, Tıbbi deontoloji Nizamnamesi md. 13). Bu sebeple de sağlık çalışanı tedavi borcu hukukun kabul ettiği amaçla¹⁰⁹, iyileştirmeye sınırlıdır; hukukun kabul etmediği amaçlarla yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluğundan söz edilemeyecektir.¹¹⁰ Örneğin, çocuklar üzerinde deney Yeni Türk Ceza Kanunda yasaklanmıştır, kanun koyucu büyüklerde bilimsel amaçlı deney için tıbbi müdahaleyi, bu amacı şartlarını koymak suretiyle hukuka uygun kabul etmiş, çocuk üzerinde bu yöndeki bir tıbbi müdahaleyi açıkça hukuka aykırı kılmıştır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, tıbbi müdahalenin amacının hukukun kabul ettiği bir amaçla sınırlı olduğunu belirtmiş bulunuyoruz. Teknolojideki ve tıptaki imkanların artması ve gelişmesi karşısında, bizce tıbbi müdahalenin amacını sadece iyileştirmeye sınırlandırmak, artık mümkün değildir. Çünkü tıptaki, teknolojideki gelişmeler, zorunlu şekilde hukuk düzenini de etkilemektedir. Bu gelişmelerin öngörülmesi mümkün de değildir. Örneğin; doku ve organ naklinin mümkün olması, mevzuatta da bu yönde düzenlemeleri zorunlu kılmıştır. Keza bugün iyileştirme amacı olmasa da, estetik müdahaleler, hukuka uygun kabul edilmektedir. Diğer yandan, kişinin hiçbir hastalığı olmadığı halde korunma amaçlı tıbbi müdahalelerin de uygulanabildiğini görmekteyiz.

Bu sebeple tedavi yükümlülüğü, hastayı, hastalık sırasında ülkedeki tıbbın geldiği son aşamasına göre mevcut imkanlar dahilinde geçerli bulunan yöntem ve usullerle tedavi etmektir. Bu yükümlülük sözleşme, hasta hakları gereği hastanın seçtiği hekim tarafından gerçekleştirilecektir. Ancak niteliği gereği, hekimin şahsen ifa etmek yükümlülüğünün bulunmadığı işlerin yardımcı

¹⁰⁴ Ayan, M., s.66

¹⁰⁵ Aşçıoğlu, Ç., s.76

¹⁰⁶ Basit bir parmak muayenesiyle biyopsi yapmadan, rektum kanseri teşhisi konularak gereksiz yere yapılan ameliyat sonucu, ömrünün sonuna kadar, büyük abdestini karından yapmak durumunda bırakılmasında doktor yüzde yüz kusurludur(Aşçıoğlu, Ç., naklen, HGK., 16.2.1972, E.1971/4-137, k.105)

¹⁰⁷ Ayan, M., s.64

¹⁰⁸ Kıcaloğlu, M., s50.

¹⁰⁹ Kimi hukuk düzenlerinde ötenazi bir hak, hekim yönünden de bir yetki olarak düzenlenmiştir. Ancak, ülkemizde mevcut düzenlemede, hastanın rızası bulunsu dahi, hastanın hayatını sona erdirmeye hakkı, hekime verilmediğini hemen belirtebiliriz. Malpraktis yasa tasarısı olarak isimlendirilen ve tıbbi sorumluluk esaslarını belirlemeyi amaçlayan yasa tasarılarında ise bu tereddütleri ortadan kaldırır şekilde ötenazinin yasak olduğu yer almaktadır.

¹¹⁰ Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar, s.49

şahsa bırakılması mümkündür, bu halde bu yardımcı şahısların fiillerinden sorumlu olunacaktır.

Hastanın tedavi edilmesi yükümlülüğü, sağlık çalışanına tıbbi gelişimleri izleme yan yükümlülüğünü de getirmektedir.

Bir hastalığın tedavisinde birden çok yöntemin bulunması mümkündür. Hekim aynı başarıyı daha az riskle gerçekleştirmeye elverişli bir yöntem varken daha riskli olanı tercih edemez.

Ancak, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlere uygun tedavi amaçlı denemenin ceza sorumluluğunu gerektirmediği, Yeni Türk Ceza Kanunun 90. maddesinde belirtilmiştir. Bu hüküm, bilimsel gelişmenin deney yoluyla olduğu gerçeği ve ihtiyacı sebebiyle konulmuştur. Burada da hastanın rızasının, deneyin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından yapılması gerektiği koşullarıyla sınırlandırılmıştır.

Bizce, Türk Ceza Kanundaki bu düzenleme de, sağlık çalışanının hastaya tedavi verme yükümlülüğünün bir gereği olarak da kanunda yer almıştır. Ancak tedavi yükümlülüğünde öncelik bilinen tüm tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanması olduğu da işaret edilmiştir.

Çalışmamızın muhtelif yerlerinde belirttiğimiz üzere, sağlık çalışanının hastayı iyileştirmek görevi bulunmamakla birlikte hastanın sağlığına kavuşması için gerekli tedaviyi vermek yükümlülüğü vardır.

V-Sadakat Ve Özen

Sadakat ve özen sözcükleri Türkçe'de günlük söyleyişte çok değişik anlamlarda kullanılmaktadır. İşin özenli yapılmasından, bir kişinin kişilik özelliği olarak "özenli" şeklinde de söylenilmektedir. Kanunda da sadakat ve özenin tarifi yapılmamıştır. Bulunmamakla birlikte Borçlar Kanunun değişik hükümlerinde farklı söylemlerle sadakat ve özenin vurgulandığı görülmektedir. Borçlar Kanunun Md. 55/I, 256/I, 297/I, 391/II, 321/I, 357/I, 413/II sayılı maddelerinde de; "dikkat ve itina", "ihtimam dairesinde", "takayyüd ve ihtimam", "ihtimam ile", "icap eden ihtimam" sözleri sadakat ve özen anlamında kullanılmıştır.

Özenin temelinde, borçluya(sağlık çalışanına), taahhüt ettiği iş, işlem veya fiilin gereği gibi sonuçlanması için belirli bir gayret sarf etmesi gereği yatmaktadır. Gerçekten de kanun koyucu, bazen bir kimseye, zarara sebebiyet

vermemesi için, özel bir gayret sarf etmek mecburiyeti yükleyebilir. İşte bu gibi hallerde sadakat ve özen, borçlunun sarfına mecbur olduğu faaliyetin adıdır.¹¹¹

Özen, sorumluluk hukuku yönünden önemli bir kavramdır. Örneğin; olağan sebep sorumluluğunda¹¹², sorumluluğun sebebidir. Burada objektif özen ve gözetim borcunun yerine getirilmemesi, sorumluluğun temelidir. Diğer yandan özenin, sorumluluk hukukunda başka bir görevi, ihmalin belirlemesidir. Gerek sözleşme ve gerekse sözleşme dışı sorumlulukta geçerlidir. Burada bir davranışın kusurlu olup olmadığı, aynı sosyal çevreye ve şartlara sahip, normal, makul ve orta zekalı bir kimsenin davranışıyla karşılaştırmak suretiyle değerlendirilmektedir.¹¹³

Toplum halinde yaşama zorunluluğu, güvenlik gereği ve Duyguları herkesin, fikri, fiziki ve mesleki yönden, belirli bir seviyede olmasını gerekli kılmaktadır. Bu seviyeye ulaşmayan davranışlar, soyut ölçüdeki kimsenin davranışının altında kalacağından, sapma ve dolayısıyla kusur (ihmal) her zaman gerçekleşmiş olacaktır.¹¹⁴

Tıbbi müdahalenin önemi belirtilirken açıklandığı üzere her tıbbi müdahale kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne karşı, kişilik değerlerine yöneliktir. Bu sebeple sağlık çalışanının görevini yaparken hastanın sağlığını korumak, kişilik değerlerine saygı göstermek yükümlülüğü vardır. Burada aranan ölçü, sağlık çalışanının mesleğin normal, orta seviyede bir mensubunun benzer durumda göstereceği özendir.

Sadakat ve özen yükümlülüğü en genel anlamıyla hasta menfaatlerinin üstün tutulmasıdır. Bu borç ilişkisinin en başında hastayı kabulde, hikayesinin alınmasında başlayıp, tedavi süresince ve tedavi sonrası, hasta iyileşse bile, tıbbi müdahale ilişkisi çerçevesinde edinilen hasta sırlarının saklanması olduğu gibi tıbbi müdahaleden sonra da devam eden bir borçtur.

Hekim, sadakat borcunun bir gereği olarak hastaya karşı dürüst davranmalı, onun güvenini sarsacak davranışlardan kaçınmalıdır. Tedavi faaliyetini gerçekleştirirken sadece kendi sanatının kurallarına uygun davranmakla yetinmemeli, somut olay bakımından, hastanın kişiliğini de göz önünde tutmak suretiyle özel bir anlayış göstermelidir. Hayat, beden bütünlüğü ve sağlık gibi en üstün kişilik değerleri tasarrufuna bırakıldığı için, kendi kişisel çıkarları ile hastanın çıkarları çatıştığı zaman, kişisel çıkarlarından belirli bir ölçüde de olsa fedakarlık edebilmelidir.¹¹⁵

111 Başpınar, V., *Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu*, s.123, Ankara, 2004

112 Eren, F., s. 454 ve devamı

113 Başpınar, V., s.140

114 Eren, F., s.531

115 Ayan, M., s.88

Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin 06.03.2003 gün ve E.2002/13959, K.2003/2380 sayılı kararında, sadakat ve özen borcuna işaret ederek; "...doktor, hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Doktor, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini almak zorundadır.mesleki bir iş gören, doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır" denmiştir.

Sadakat ve özen borcu, genel niteliktedir, diğer borçları da etkiler, yani sağlık çalışanı tıbbi müdahalenin her aşamasında, teşhis koyarken koyduğu teşhise uygun tedavi ederken bu borcu gözetecektir.

Özen borcunun bir sonucu olarak, her şeyden önce, tıbbi müdahaleden kaynaklı borçlarını yerine getirirken, sağlık çalışanı kendisine yol gösterecek, tıp bilimi ve uygulamasında genel kabule mahzar olmuş esasları bilmek zorundadır. Tıp bilimi ve uygulaması bakımından genel olarak tanınıp kabul edilmiş olan bir kuralı çiğneyen hekim, özen borcuna aykırı hareket etmiş sayılır. Tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak kabule mahzar olmuş kuralları bilme ve bunlara uygun hareket etme esasının diğer uzantısı da, hekimin kendisini geliştirme yükümlülüğüdür.¹¹⁶

Sağlık çalışanından beklenen özenin ölçüsünü belirlemede, tıbbi müdahalenin acillik ve tehlikesi de göz önünde tutulur.

Bir ameliyatın ilk kez yapılacak olması tek başına kusurlu sayılmayı gerektirmez. Ancak zaruret hali dışında gerekli tecrübe ve ehliyetten yoksun olduğunu bile bile bir cerrahi müdahaleye girişen hekim özen borcuna aykırı hareket etmiş olur.¹¹⁷

Sadakat ve özen yükümlülüğü, meslek etiğinin ilkelerinde de yer almıştır. Tıp etiğinin en başta gelen iki ilkesi "hastaya zarar vermemek" ve "yararlı olmaktır".

Bu saptamalardan sonra özetle, sağlık çalışanının hastaya yararlı olmak, ona zarar vermemek, yapılacak her türlü tıbbi müdahale için hastayı aydınlatarak, hastanın rızasını almak, özen ve sadakat gereği hasta sırrını saklamak ve adil davranmak borçlarının bulunduğunu söyleyebiliriz. Kimi yazarlar, adil davranmak ve sır saklamayı sadakat ve özen dışında yükümlülükler olarak yer vermişlerse de bizce esasen sadakat ve özen yükümlülüğünün içinde yer almaktadır. Oluşan koşullarda sadakat ve özen yükümlülüğüne uygun davranmak, adil davranmayı da içermektedir. Adalet ilkesi, sağlık çalışanı

¹¹⁶ Ayan, M., s.90

¹¹⁷ Ayan, M., s.92

tıbbi uygulamalarında, tıbbi gereklilikler ve tıbbi ölçütler dışında hiçbir gerekçe ile ayırım yapmaması (hastaya kişisel yakınlık, dil, din, ırk, cins, yaş, vs....) ve hem emeğini hem de kısıtlı tıbbi araç ve diğer olanakları tıbbi gerekliliklere uygun olarak adil şekilde dağıtması ve kullanması gerektiğini tanımlar.¹¹⁸

2- TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMA

Tıbbi müdahalede kötü uygulama, kanunda ve doktrinde tanımlanmamıştır. Bu anlamda olmak üzere karşımıza "tıbbi hata", "tıbbi uygulama hatası", "hekim hatası", "meslek hatası", "malpraktis" şeklinde yakın anlamlı ya da eş anlamda kullanılan değişik söylemlerle karşılaşılmaktadır. En genel şekilde, tüm bunlarla anlatılmak istenen, yapılan tıbbi müdahale sebebiyle hastanın zarar görmesi ve sorumluluğun sağlık çalışanına ait olduğudur.

İlk söylenişte, "tıbbi müdahalede kötü uygulama" söylemi, olumsuz bir tanımlama, bir ihtimam olarak düşünülse de aslında anlatılmak istenen böyle itham değildir.

Bilgileri olduğu üzere, tıbbi sorumluluğa sebep olan durumlar çoğunlukla kastla işlenmiş bir fiille değil, ihmali davranışlarla ortaya çıkmaktadır. Diğer yanda, hekime göre bilgi ve deneyim olarak daha zayıf durumda olan hastanın, sorumluluğa dayanak tıbbi kusuru ispatı büyük zorluk içermektedir.

Ayrıca, bilgi ve deneyimle, elindeki imkanları en iyi şekilde kullanan hekimin fiili neticesi de istenmeyen netice doğabilmektedir. Bu halde dağınık bir hukuki düzenleme ve olaya göre yorumlar yerine sorumluluğun temel esaslarının belirlenmesi, hasta yönünden bunlara aykırı durumların tespiti ile ispatı hekim yönünden ise sorumluluğu belirleyecek ve sınırlandıracaktır. Kanımızca bu, teoride ve uygulamada gerekli bir yaklaşımdır.

Çünkü;

Öncelikle insan vücudunun karmaşık yapıda olduğu gibi tıbbi müdahale usulleri de bir o kadar değişik türdedir.

Öyle tıbbi müdahaleler vardır ki, hastaya zarar verse dahi bunların kötü uygulama olduğunun söylemek mümkün değildir. Örneğin, diz ağrısı şikayeti ile bir hekime gidip, onun koyduğu tıbbin gerektirdiği standart uygulama çerçevesinde, koyduğu teşhis ve devamında tedaviye sürdürdüğünüz halde ağrıların devam ettiği durumda, bu hekime ödenen ücret sebebiyle de hasta yönünden mali bir zarar söz konusudur. Ancak burada hukuki bir sorumluluk yoktur.

¹¹⁸ Polat, O., s.39

Tıp zaten kendi içinde kaçınılmaz riskleri ihtiva eder. Kısaca her tıbbi müdahale bir risktir. Günlük hayatta, çok ağır cerrahi müdahaleler sonucu sağlığına kavuşan hastalar yanında, hayati tehlikesi olmadığı halde tıbbi müdahale bulunulmadığı ya da yanlış müdahalede bulunulduğu için hayatını kaybeden vakialarda mevcuttur.

“Bir çok kimse, modern tıbbın bir bilim olduğunu söylesen de, gerçek öyle değildir. Tedavide, beklenmeyen komplikasyonlar meydana gelebilir. Bu hallerde tedaviyi yapan tıp mensubu, olayda gerektiği kadar mevcut olan bilgisini, becerisini ve icra ettiği mahalde uygulanan tıbbi hizmet standartlarına uygun bir hizmet vermiş ise, meydana gelen zararlı sonuçtan sorumlu olmayacaktır. Eğer hekim, meslek hatası yapmamış ve hizmet standardını uygulamış ise, burada hatası yoktur. Nitekim bir hekim tıbbi olacağı keşif etmemekten sorumlu değildir. Farz edelim ki, bir kişi standart check up’a giriyor ve tetkiklerin tamamı iyi çıkıyor, ertesi gün kalp krizi geçiriyor. Bu durumda kontrolü yapan hekim olacağı keşfinden sorumlu değildir.”¹¹⁹

Çalışma konumuz yönünden önemli olan hukuki sorumluluğa sebep olan uygulamalardır.

Aşçıoğlu’na göre; tedaviden doğan sorumluluktan söz edebilmek için eylemin hukuka aykırı ve kusurlu olması yanında bir zararın varlığı ve zararın da kusurlu sayılan eylemin sonucu olması (uygun illiyet bağı) gerekir. Aşçıoğlu, tıbbi yardımın olağan kaçınılmaz olumsuz sonuçlarının söz konusu olduğu durumlarda hukuka aykırılığın olamayacağını ve çoğu kez tıbbi yardımlarda hukuka aykırılıkla kusurun iç içe olduğunu belirtmektedir.¹²⁰

Basit olarak, tıbbi mesleki hata; meslekten olan bir sağlık hizmeti veren kişinin, ihmaliyle. Bu kimse, bir hekim, bir hemşire, bir diş hekimi, bir tıp teknisyeni, bir hastane veya bir hastanede çalışan kişi olabilir.¹²¹

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

Polat’a göre; tıbbi ilişkide; hastanın durumu iyileşir, aynı kalabilir, bazen de kötüleşir. Tıbbi olanaklar içinde yapılması gereken her şey yapıldığı halde, bu üç olasılık da söz konusudur. Sonucu etkileyen pek çok değişken vardır. Negatif bir sonuç tek başına tıbbi uygulamada bir ihmal, hata olduğunu kanıtlamaya yeterli değildir. Dünya Tabipler Birliği’nin bu konudaki

tanımını yinelemek gerekir ve “hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar, tıbbi uygulama hatasıdır.

Polat, başlıca şu tip hatalar meydana geldiğini belirtmektedir;

- 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 eksikliğidir.

Tıbbi uygulama hataları konusunda tanım eksikliği, hukuksal bakıştan pratik uygulamada yaşananlara bakıldığında belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır.¹²²

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısının 3. maddesinde yer alan tanımlar bölümünde ise;

Tıbbi Kötü Uygulama; Sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya yanlış tedavi uygulaması veya tedavi vermemesi ile zarar meydana getiren fiil ve durumu olarak tanımlanmıştır.

Bu tanımda kötü uygulama olarak belirtilen durumlar esasen tahdidi olarak belirlenmiştir ve bunlar; sağlık çalışanının kusuru ile standart uygulamayı yapmaması, yanlış veya eksik teşhis ve tedavi uygulanması ya da tedavi vermemesidir.

Bizce en kısa şekilde; bir hekimin ya da hastanenin ülkemizde tıbbın geldiği son noktaya göre bilgilerini bir hastanın tedavisinde yeteri özeni göstermeyerek kullanması, standart hizmetin altında hizmet vermesi ve hiç hizmet vermemesi tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasıdır.

Tüm bu tanım ve anlatımlarda, hukuki anlamda, sağlık çalışanının hastaya karşı borçlarının (yükümlülüklerinin) olduğunun varsayıldığı ve bunların ihlalinin sorumluluk sebebi olarak gösterildiği görülmektedir. Bu sebeple de, hastayla sağlık çalışanı arasındaki bağa göre sağlık çalışanının borçlarının ihlali tıbbi müdahalede kötü uygulama olarak karşımıza çıkar.

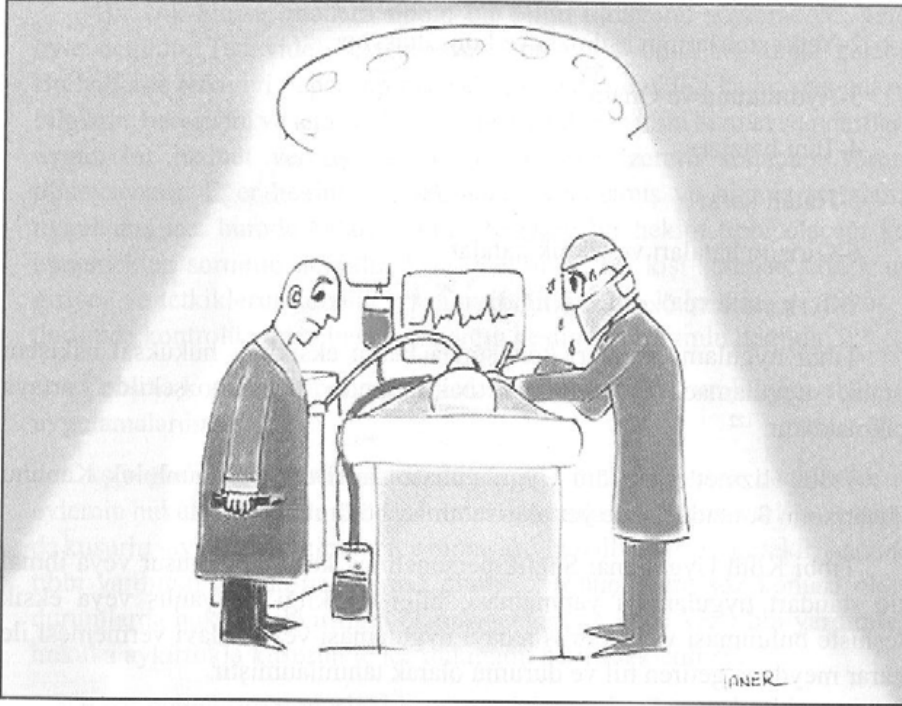
¹¹⁹ Öztürkler, C., s.282

¹²⁰ Aşçıoğlu, C., *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, s.65, Ankara 1993

¹²¹ Öztürkler, C., *Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları*, s.272, Ankara, 2003

¹²² Polat, O., s.31, 39

3-HUKUKİ SORUMLULUK SEBEBİ OLARAK TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMA OLARAK KABUL EDİLEN DURUMLAR



Tıbbi müdahalede kötü uygulamanın hukuki sorumluluk sebebi olabilmesi için sağlık çalışanına yüklenilen bir kusurun olması gerekir. Kusur, en genel anlamıyla hukuk düzeninin kınadığı bir davranıştır.

Sorumluluk hukuku yönünden, kusur; kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır ve kusurun ağırlığı, ödenecek tazminat tutarında önemlidir, ceza hukukundaki şekilde anlaşılmamaktadır (BK. Md.43/I).¹²³

Kasta; borçlu uymakla yükümlü olduğu örnek tipin davranışından bilinçli olarak ayrılmaktadır.¹²⁴

İhmal ise, sonucun istenilmediği, ancak önlenilmesi için de özenin gösterilmediği durumdur, özen eksikliğidir.

Tıbbi müdahalenin hukuki sorumluluk sebebi olabilmesi için “ihmal”¹²⁵

hakim teoriyi teşkil etmektedir. Genel kabule göre, tıp mesleğinin icrası sırasında işlenen suçların diğer kişilerin işleyebileceği suçlara göre bir özelliği yoktur.

Tıbbi müdahalenin bir risk olduğu gerçeği karşısında, sağlık çalışanı, tıbbi müdahaleyi “izin verilen risk” çerçevesinde gerçekleştirir.

Bu nedenle sağlık personeli, çalıştığı birimin olanakları ölçüsünde gerekli önlemleri önceden almalı, zorunlu haller dışında riskli tedavilerden kaçınmalıdır. Bu durumlarda sağlık çalışanının yeterli özeni gösterip göstermediği araştırılır. Gösterilecek özenin ölçüsü, tıbbi eylemi gerçekleştiren sağlık personelinin eşdeğeri statüde bulunan, ortalama düzeydeki bir sağlık personelinin, aynı hal ve şartlar altında göstereceği özendir. Prof. Hancı, “izin verilen risk” olarak ifade edilen, tıbbin kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde hareketleri dolayısıyla kötü sonuçlar meydana gelse bile hekime sorumluluk yükletilmediğini, çünkü bu durumda kişinin özen görevine uymuş olduğunu belirtmektedir.¹²⁶

İhmale dayalı, malpraktis (tıbbi müdahalenin kötü uygulanması) nedeniyle tazminatın söz konusu olması için, aşağıdaki unsurların ispatı gerekir.

1-Genellikle hekim-hasta ilişkisine dayanan, hastaya karşı bakma yükümlülüğünün bulunması,

2-Uygulanabilir bir bakım veya tedavi standardı ve bunun ihlali,

3-Tazmin edilebilir bir zarar,

4-Bakım ve tedavi standardının ihlali ile meydana gelen zarar arasında nedensellik bağının bulunması.¹²⁷

Hemen belirtebiliriz ki, tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasının herkes tarafından kabul edilen tek tanımı yoktur. Kötü uygulama, tıbbi açıdan gerekli olmayan, bir yapma veya tıbben zorunlu olan bir şeyi yapmama şeklinde de ortaya çıkabilir.

Bu sebeple de tıp biliminin ve uygulamasının genel olarak kabul edilmiş kurallarının nazara alınmaması bir kötü uygulamadır.

Gerek uygulamada ve gerekse doktrinde, tıbbi müdahalenin kötü uygulanması, “meslek kusuru” olarak değerlendirilmiştir. Meslek kusuru ile

değerlendirilmemesi gerekir. Çünkü bu fillerin tıp mesleğinin icrasından değil, tıbbin suça alet edilmesinden kaynaklandığı söylenebilir. Bunlar herhangi bir kişi tarafından işlenebilen ve “tıbbi yönü” bulunmayan fiillerdir. Kasten adam öldürme fiilinin bir doktor tarafından işlenmesi, bu suçun niteliğini değil, olsa olsa niceliğini etkileyebilecek bir durumdur. Bu sebeple de tıbbi hatanın esas itibarıyla taksirli suçlar olarak kendini göstermektedir (Ersoy, Y., “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları” s.167, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 53, 2004

¹²⁶ Ersoy, Y., s.167,

¹²⁷ Ersoy, Y., “Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları” s.161, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 53, 2004

¹²³ Eren, F., II.cilt, s.112

¹²⁴ Eren, F., II.cilt, s.113

¹²⁵ Ersoy'a göre kasıtlı olarak işlenen suçların, dar anlamda “tıbbi hata” kavramı içerisinde

anlatılmak istenen, 1879 yılında Rudolf Virchow tarafından yapılan tanımlama da, tıp ilminin genel olarak tanınan kurallarının kusurlu bir ihlalini ifade eder. Yani hekim, tıp bilimi ve uygulamasında genel olarak tanınıp, kabul edilmiş kuralları, gerekli dikkat ve ihtimam eksikliği nedeniyle nazara almaması, çiğnemesidir.¹²⁸

Bu tanımda, iki husus dikkat çekmektedir; tıp biliminin genel kabul edilen kuralları ve bu kurallara aykırı davranmak, meslek kusuru olarak tanımlanmıştır. Burada kusurun belirlenmesi tıbbın kuralları içerisinde düşünülmüştür. Sürekli değişim ve gelişimin olduğu bir alanda durağan bir kuralların varlığını kabul etmek ve sağlık çalışanında her durumda aynı tıp kurallarına uymasını beklemek anlamına gelir ki, bu hayatın olağan akışına aykırıdır.

Bilindiği üzere sağlık çalışanın kusur incelemesi, yine sağlık çalışanı bilirkişi tarafından yapılmaktadır. Kimi kez, tıp kurallarına göre klinik olarak tüm esasları yerine getirmiş bir hekimin hukuken kusurlu bulunacağı örnekler bizce mümkündür. Bu sebeple de, hukuki sorumluluk için tıbbi müdahalede nelerin kötü uygulama olduğunun belirlenmeli, somut olayda bunlardan hangisinin var olduğu ise hakim tarafından takdir edilmelidir.

Çünkü, kusur esasen normatif bir değerlendirmedir. Bu normatif değerlendirme de hakim tarafından yapılmalıdır; tıbbi bilirkişi sadece tıbbi imkanları belirlemek yönünden hakime yol göstericidir.

Nitekim; Adli Tıp Kurumunun 28.04.2005 tarihli raporunda, bizim bu görüşümüzü doğrular şekilde; "...yapılan ameliyatın cerrahi prosedüre uygun olduğu ancak, bir tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getiren unsurlardan birinin de hastanın aydınlatılmış onayının alınması olduğu göz önüne alındığında,... hastanın ameliyattan önce bilgilendirilip, onayının alındığının mahkemece tespiti halinde, tıbbi müdahalenin hukuka uygun olacağı..." görüşüne yer verilmiştir.

Burada işaret edilen nokta tıbbi müdahalenin esasları ve hukuka uygunluğunun(kötü uygulamanın olup olmadığının) tespitin hukuki olduğu ve esaslarının belirlenmesi zorunluluğudur. Bu esasların temelde belirlenmesi, sağlık çalışanları açısından bir güvencedir.

Bu halde sağlık çalışanı sorumluluk esaslarını bilerek gereksiz müdahalelerden kaçınacak, diğer yandan hastanın menfaatine gördüğü müdahaleleri standartlar dahilinde yerine getirdiğinde sorumluluk bertaraf edilmiş olacaktır. Tıbbi müdahalenin yaşam hakkı karşısındaki önemi yönünden böyle bir belirleme hakime de sorumluluğu belirlemede esas olan objektif kıstasları sunacaktır.

Tıbbi müdahalenin gelişen çeşitliliği(amaç ve tıbbi müdahale şekilleri yönünden) gerekse müdahalede bulunan sağlık çalışanlarının çokluğu karşısında meslek kusuru sınırlandırılması değil nelerin kötü uygulama sayıldığıının belirlenmesi gereklidir.

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

Bu tanımda, kötü(yanlış) uygulama kabul edilen üç durum sayılmıştır; bunlar standart uygulamanın yapılmaması, bilgi ve beceri eksikliğiyle zarar verme ve tedavi vermemedir.

Dünya Tabipler Birliğince belirlenen bu esaslar; Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında da kabul görmüş ve tasarıda, sorumluluğu gerektiren durumları; sağlık personelin kast ve ihmalleyle standart uygulamanın yapılmaması, hastaya yanlış veya eksik teşhis konulması, yanlış veya eksik tedavi uygulanması, hatayı terk etme, tedavi vermemesi olarak sayılmıştır.

I-Kast Veya İhmalle Standart Uygulamanın Yapılmaması

Standart, "belirli ölçülere, normlara, kanunlara uygun olan", "örnek ya da esas olarak alınabilen" anlamına gelmektedir.¹²⁹ Standartlaştırma, değer birliği sağlamaya yönelik modellerin sayısını azaltmaktır.

Açıklamalar ışığında, sağlık çalışanın, tıbbi müdahale ilişkisindeki tüm borçlarına uygun davranması kendisinden beklenen standart uygulamadır. Sağlık çalışanından beklenen temel standart uygulama, hastanın kabulü ve iletişimin sağlanması, kayıtlarının tutulması, zamanında ve doğru teşhis, zamanında ve doğru tedavi sunulması, hastanın bilgilendirilerek rızasının alınması, bu aşamaların tümünde sadakat ve özenle davranmasıdır. Bunların kasten veya ihmalle ile ihlali mümkündür.

Bunun dışında kamu hukukundan doğan yükümlülüklerin ihlali standart uygulamanın yapılmaması sayılmamalıdır.

Örneğin, Umumi Hastaneler Kanunu (md.31), bu kanuna göre çalışan sağlık çalışanı olan, hastanelere belli sayıda parasız yatak bulundurma yükümlülüğü getirmiştir. Bu sayıya uymayan, ancak kendisine müracaat eden hastanın tedavisini özenle yerine getiren hastanenin hukuki sorumluluğu olmayacaktır.

128 Ayan, M., s.105

129 Kâmus-ı Türkî, Temel Türkçe Sözlük, III. cilt

Hataları azaltmanın etkin yollarından biri de mümkün olan hallerde işlemin standardize edilmesidir. İlaç dozlarının standardizasyonu ve verilme aralığının düzenlenmesinin, hataların azaltılmasında etkinliği belirgindir. Standardizasyon için diğer alanlar bilginin aktarılması, yaygın uygulanan tıbbi işlem yöntemleri, aletlerin durduğu yerler ve hasta bakım ünitelerindeki ihtiyaçlardır. Bu standardizasyonun sağlanmaması ve örnek olarak resüsitasyon aletlerinin farklı yerlerde olması durumunda, aletlere ulaşmada boşa zaman harcayarak kalp krizindeki bir hastaya girişimin gecikmesi gibi affedilmez bir hata yapılabilmektedir.¹³⁰

Yukarıda tıbbi müdahalede sağlık çalışanın borçları kısmında, her tıbbi müdahalede, sağlık çalışanınca yerine getirilmesi gerekli yükümlülükler yer almıştır. Bunlar, hastanın kabulü, iletişim, kayıtlarının tutulması, yapılacak tıbbi müdahale hakkında hastanın aydınlatılarak, rızasının alınması, gecikmeksizin doğru teşhisin konulması, doğru tedavinin uygulanması, tüm bunların her aşamasında sadakat ve özen gösterilmesidir. Özen eksikliği tek başına sorumluluk sebebidir. Hasta kayıtlarının yanlış veya karışık tutulduğu, bir başka hastaya ait laboratuvar bulgularının diğer hastanın kayıtları arasına karıştırılması, rıza olmadan, ya da kendisine ne yapılacağı bilgilendirilmeden hastaya tıbbi müdahale uygulanması bu standartlara aykırıdır ve tıbbi müdahalede kötü uygulamadır, bir zararın olması halinde sorumluluk sebebidir.

II-Yanlış Veya Eksik Teşhis, Yanlış Veya Eksik Tedavi

Sağlık çalışanının hastaya zamanında ve doğru teşhis koyup, koyulan teşhise uygun olarak hastayı tedavi etmesi gereklidir. Hekim teşhis koymadan önce tam bir anamnez almalı, hastayı doğrudan ve şahsen izleyerek ve sorular sorarak hastalığın sebeplerini araştırmalıdır. Ayrıca kendisinden beklenen mutad ve zorunlu araştırma önlemlerine (röntgen, mikroskopik, kimyasal, histolojik, serolojik araştırmalar, vs...) başvurmalı, hastalığın gidişatı esnasında koyduğu teşhisten şüpheye düştüğünde, ilk teşhisi yeniden gözden geçirmelidir. Şu veya bu hastalığın varlığı hakkında tereddüt ettiği takdirde bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmalı, koruyucu tedbirler almalıdır. Şüphesiz hekimin teşhis koyarken alacağı tıbbi tedbirler, somut olayın hal ve şartları ile makul bir ilişki içerisinde olmalıdır. Tıp biliminin o günkü durumu, hekimin teşhis koyarken takip ettiği metodun uygunluğunun takdirinde ölçü olacaktır.¹³¹

Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları Madde 13 de; "Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile hastanın zarar görmesi, hekimliğin

kötü uygulanması anlamına gelir" denilerek, malpraktis tanımlanmıştır.

Hekim hastasına her zaman doğru ve kesin teşhis koyamayabilir¹³², ancak doğru teşhisin konulması için eldeki olanaklarla, teşhisin konulabileceği durumda , doğru teşhisin konulmaması, kötü uygulamadır. Aynı şekilde teşhisin konulduğu ve ona uygun tedaviye başlanıldığı durumda hastanın iyileşmemesi mümkündür. Burada da tıbbin sınırları içinde, eldeki olanaklarla doğru tedavi ile iyileşme mümkün olduğu durumda, bunun yapılmaması da kötü uygulamadır. Teknolojinin gelişimi kesin teşhis sağlamaya yararlı araçların kullanımını artırmıştır. Ancak bu araçlarla yapılan kimi tetkiklerin önlenemez komplikasyonlara yol açmaktadır.¹³³

Şüphesiz hekim, tedavi sonunda meydana gelen her zarardan sorumlu değildir. Deschenaux'ya göre, hekim ancak şu hallerde meydana gelen zararlı sonuçlardan sorumlu tutulabilecektir;

a-Eğer, zorunlu olan koruyucu tedbirler almamışsa,

b-Seçilmiş tedavi metodu, tıp biliminin umumiyetle kabul edilen kurallarına aykırıysa,

c-Eksik bir ihtimam söz konusuysa,

d-Hasta tedavi esnasında gereksiz olarak tehlikeye sokulmuş ve böylece en güvenilir en emin yolu tercih etme prensibine uyulmamışsa, hekim bu surette meydana gelen zarardan sorumludur.¹³⁴

Teşhis ve tedavide sonuca ulaşmak için yapılan tüm çabaların özenle yapılması esastır, yukarıda da belirtildiği üzere bu standart uygulamadır.

Teşhis koymama, teşhiste gecikme, yanlış veya eksik teşhis, geç tedavi, tedavi vermeme, yanlış tedavi sağlık çalışanın kastı veya ihmali ile olabilir. Hukuki sorumluluk yönünden, kast veya ihmalle işlenmesinin önemi sadece tazminat tutarı yönündendir.

Hekim, teşhise giden süreçte veya tedavi sırasında, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda dahi bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve gerekli olan koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür.¹³⁵ Aksi halde tıbbi müdahalenin kötü uygulaması söz konusudur.

132 Cilt tümörlerinin tanısı güçtür ve malign melanom özellikle sorun yaratır. Özellikle selim bir lezyonu olduğu düşünülen vakaların hastalığı ameliyat için sıra beklerken ilerler ve sıra kendilerine gelip ameliyat olduklarında kanserle karşılaşınca hastaların gecikmeden dolayı suçlaması olağandır(Polat, O., s.178 naklen)

133 Örneğin, fiberoptik endoskopi yaygın olarak kullanılmakla birlikte, komplikasyonlara da sebep olmaktadır, deneyimli cerrah elinde bu komplikasyonlarda zamanında saptanıp tedavi edilebilir(Polat, O., s.178 naklen)

134 Şenocak, Z., s.63

135 Yargıtay 13. Hukuk Dairesinin, 25.04.2002 gün ve E.2002/2589, K.2002/4560 sayılı kararı

130 Polat, O., s.69

131 Şenocak, Z., s.61

Geçirdiği trafik kazasından bacağı kırılan davacının ameliyat edilip platin takıldığı, bacağın iyi olmaması üzerine davacının ikinci kez ameliyat edildiği olayda, davacı ilk ameliyatın kusurlu olduğu iddiasıyla dava açmıştır. Bu konuda Yargıtay 13.Hukuk Dairesinin 21.01.2002 gün ve E. 2001/10959, K.2002/487 sayılı kararında; "...tıbbın gereklerine ve kurallarına uygun teşhis ve tedavi yöntemlerinin uygulanıp uygulanmadığı, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip, gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığının" araştırılması gerektiğine işaret edilmiştir. Aynı kararda, "...hastalığa tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin doğru teşhisi koyup, önlemlerini eksiksiz biçimde gecikmeksizin almalı, olayın gerektirdiği en uygun tedaviyi gecikmeden belirleyip uygulanmalıdır. Tıbbın gereklerine, kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise, bundan dolayı doktor sorumlu tutulamaz" denilerek, tıbbi açıdan geç, eksik teşhisin, teşhis konulmamasının, gerekli tedavi yapılmamasının sorumluluk sebebi olduğu açıklanmıştır.

III-Hastaya Tedavi Vermeme

Hastaya tedavi hiç vermeme ya da hastanın terk edilmesi; tıbbi müdahalede kötü uygulamadır.

Acil durumlar gibi özel durumlar dışında hastanın kabulünün zorunlu olmadığını belirtmiş bulunuyoruz. Ancak acil durumdaki bir hastaya tedavi vermeme tıbbi müdahalede kötü uygulamadır. Tedavi vermeme çoğu kez gecikmeyle birlikte hastanın bundan zarar görmesi nedenidir.¹³⁶

Trafik kazası geçiren A.Y. önce Devlet Hastanesine ve sonradan SSK hastanesine sevki sonucundan, genel durumu iyi, ulna kırığı saptanmış, tansiyon, nabız, şuur normal iken çekilen grafilerde ulna ve pelvis kırığı saptanmıştır. Ortopedi uzmanı tarafından yatırılarak gözlem altına alınan hasta gece birkaç kusmuş, aniden fenalaşmış ve gerekli müdahalelere rağmen kaybedilmiştir.

Bu olayda, hastanın ilk olarak geldiği Devlet hastanesinde nöbetçi hekim, tarafından görülüp, acil tanı ve tedaviyi takiben, SSK'lı olması sebebiyle ambulans ile aynı ilçe SSK hastanesine gönderilmiştir, hastanın durumu transporta engel olmadığı, hasta için gerekli takibin yapıldığı, kanamanın muhtemel komplikasyondan olduğu, ortalama dikkat ve özenin gösterildiği Devlet Hastanesi hekiminin kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir.¹³⁷

Tedavi vermeme, bazen de başlanmış bir tedavi de özen eksikliği ile devam edilmemesi şekilde de olabilir. Bir olayda, embesil düzeyde zeka gerisi olan anne adayı (tecavüz sonucu 30 haftalık hamile), kendi annesi ile birlikte, kadın doğum uzamanın muayenesine gelir. Hekim muayenede hastayı yatırır, bu konularda tıbbi yetkisi olmayan ve ehil olmayan hizmetliye bırakır, bekleyin, sancı artarsa haber verin der ve kulübe gider. Bu esnada hasta kendini tuvalete kilitler. Kapı kırılıp, içeri girildiğinde, bebek doğmuş, beton üzerindedir. Hastayı takip etmeyen hekim kusurludur.¹³⁸

Özellikle, obstetrik malpraktis olgularında, çocuğun doğumundan hemen sonra hastanın tedavisinin kesildiği şekilde terk etme iddiasında bulunulabilir. Bu iddianın esası, tıbbi özenin devam etmesinin gerekli bulunduğu bir sırada hekimin makul bir bildirimde bulunmadan veya yerine yeterli bir tıbbi bakım sağlayacak olan birisini bırakmadan, hekim-hasta ilişkisini kesmesine dayanmaktadır. Mahkemeler, tedavi gereksinimi gösteren post-partum hasta şikayetlerine gerektiği şekilde karşılık vermeyen bir hekimin sorumlu olacağını kabul etmiştir. Hastanın durumu gerektirdiği halde hastayı başka bir hekime emanet etmeden ayrılmak, hemşire çağırdığı halde gelmemek, hastayı gerekli acil müdahaleyi yapmadan veya hiç muayene etmeden sevk etmek de sık rastlanılan hatalardır.¹³⁹

¹³⁶ "...hastası olan davacıya zamanında ve gerekli tedaviyi yapmayarak bir kolunun omuzdan kesilmesine sebep olan doktor,....istediği çıkar karşılanmayınca önce hastayla ilgilenmediği, sonra isteği karşılanınca ilgilendiği, ancak müdahalede geç kaldığı,..." YHG. 26.09.2001 tarih ve E.2001/4-595, K.2001/643

¹³⁷ Hancı, H., s.38 (Öztürkler, C., naklen s.27)

¹³⁸ Hancı, H., Malpraktis, s.41-42

¹³⁹ http://www.adlitip.org/yazilar/turkce/konular/tibbi_uygulama

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

1-HUKUKİ SORUMLULUĞUN TANIMI VE SEBEPLERİ

1-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.¹⁴⁰

*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*¹⁴¹

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.^{142, 143}

Sorumluluk hukukunun iki temel fonksiyonu vardır. Bunlardan ilki, mağdurun uğradığı zararı, üçüncü kişinin omuzlarına yıkararak zararı denkleştirmedir. İkinci derecede fonksiyonu ise zararı önlemedir. Daha ziyade

¹⁴⁰ Deschenaux, H., Tercier, P., Sorumluluk Hukuku, s.2, Ankara, 1983

¹⁴¹ Akıntürk, T., Borçlar Hukuku, s.76, İstanbul, 2005

¹⁴² Deschenaux, H., Tercier, P., s.4

¹⁴³ 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.

kusur sorumluluğunda zararı önleme fonksiyonu ile, kişinin zarar vermeye yönelik davranışlarından kaçınması amacını yerine getirir.¹⁴⁴

Tandoğan'ın, Türk Mesuliyet Hukuku kitabında, sorumluluk; akti sorumluluk ve akit dışı sorumluluk olarak ikiye ayrılmıştır.¹⁴⁵ Akıntürk'e göre de, aynı şekilde hukuki sorumluluk; "sözleşme sorumluluğu, diğeri "haksız fiil sorumluluğu" olarak ikiye ayrılır.

Kısaca, dar anlamda hukuki sorumluluk, akti sorumluluğu kapsamaz. Kuşkusuz her iki durumda da kişi başkasına verdiği zararı gidermek zorundadır. Fakat akti sorumluluk, belli kişilerin yararına ve ancak kendisine düşen bir yükümlülüğün ihlali durumunu içerir. Gerçekten zarar faili ile mağduru arasında, zararın meydana gelmesinden önce özel bir hukuki ilişki mevcuttur. Geniş anlamda sorumluluk ise herkese yüklenen genel bir ödevin ihlalini içerir. Zarar faili ile mağduru arasındaki ilişki, ancak zararı doğuran eylemin yapıldığı sırada ortaya çıkar.¹⁴⁶

Şu durumda, kişi zararı sözleşme gereği gidermekle yükümlü tutulabilir. Ortada bir sözleşme yok ise sözleşme dışı sorumluluk konusuna uygulanacak prensiplerden ilki kusur prensibidir. Kişi kusuru ile bir zarara sebep olmuşsa onu gidermek yükümlülüğündedir. Kusurlu olmasa da yasal bir hüküm onu yükümlü tutuyor ise, zararı gidermek gerekir. Burada sorumluluk yasadan doğar. Zararın, zarara neden olan eylemin sonucu olarak meydana gelmesi gerekir.¹⁴⁷

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 uymasını emrettiği vazifelere aykırı fiillerden bir zarar doğmuş ise haksız fiilden söz edilir.¹⁴⁸

Borçlar Kanunun kabul ettiği diğer sorumluluk sebebi ise sözleşmedir, sözleşme sorumluluğunda, çoğu kez zararı doğuran fiil sözleşmenin ihlali 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 düzenlendiğini belirtmiş bulunuyoruz. Bu sebepleri kısaca hatırlayarak, tıbbi müdahale yönünden sorumluluk sebeplerini ayrı başlıkta incelemenin uygun olduğunu düşünüyoruz.

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.¹⁴⁹

Haksız fiil sorumluluğu, sözleşme dışı, hukuka aykırı, kusurlu bir davranışla bir kimseye verilen zararın tazmini sorumluluğudur. Haksız fiil, hukuk düzeninin izin vermediği, hoş karşılamadığı zarar verici eylemdir.

Haksız fiil sorumluluğu, bir kimsenin, daha çok aralarında bir ilişki mevcut olmaksızın hukuka aykırı bir fiiliyle, başka bir kimseye vermiş olduğu zararları tazmin etmekle(gidermekle) yükümlü olmasını ifade eder.

Haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsurları, davranış, zarar, uygun illiyet bağı, kusur ve hukuka aykırılıktır.

Haksız fiil sorumluluğunda, failin kusuru yanında, ileri de tıbbi müdahale bakımından belirteceğimiz üzere tekrarlar zarar, uygun illiyet bağı ve hukuka aykırılık öğelerinin birlikte bulunması gerekir.

B-Sözleşme

Sözleşme sorumluluğu, Borçlar Kanunun 96 ve devamı Maddelerinde, "Borçların Ödenmemesinin Neticeleri" başlığı altında düzenlenmiştir.

Günlük hayatta, tek tip bir sözleşme yoktur; hukuk düzeninin kabul ettiği çeşitli sözleşme tipleri vardır.

Sözleşme, hukuki işlemlerin en önemli türlerinden birini oluşturur. Bununla taraflar, kendi iradeleriyle kendi aralarında uygulanacak hukuk normunu; kendi kanunlarını, "sözleşme kanunu=Lex contractus" koyarlar. Hukuki açıdan sözleşme hem bir hukuki işlem, hem de bir hukuki ilişkidir.¹⁵⁰

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.

144 Kılıçoğlu, M., *Sorumluluk Hukuku*, s.3, Ankara, 2002

145 Tandoğan, H., *Mesuliyet*

146 Deschenaux, H., *Tercier, P.*, s.3

147 Deschenaux, H., *Tercier, P.*, s.4,5

148 Tandoğan, H., *Mesuliyet*, s.7

149 Deschenaux, H., *Tercier, P.*, s.16

150 Eren, F., 1. cilt s.191

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.

Sağlık çalışanının hastaya müdahalesi daha çok taraflar arasındaki bir sözleşmeye dayanır, aşağıda bu sözleşmenin hukuki özelliği ve sorumluluk şartları üzerinde ayrıca durulacaktır.

C-Kusursuz Sorumluluk Halleri

Modern Hukuk sistemlerinde kural, “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.

Kusura dayanmayan objektif sorumlulukta, kusur, olmasa da sorumluluk, kanun veya kanun hükmünden dolayı vardır. Kusura dayanmayan sorumlulukta, sorumluluğu doğuran olay, zarar ve zararlı 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.

Sorumluluk sebebinin, bir kanun veya kanun hükmü olduğu hallere örnek olarak, sebep sorumluluğunu, tehlike sorumluluğunu, vekaleti olmadan başkası adına iş görme ve zorunlu sigorta halleri gösterilebilir.¹⁵¹

Sebeplere ilişkin sorumluluk teorisi, sorumluluğu kaynağını kişinin dışında arar. Sorumluluk doğurucu etmen ön sıraya, sorumlunun kişiliği geri plana itilmekle böylece, sorumlunun subjektif niteliği mümkün olduğunca geriye itilmektedir. Çünkü kişi, sebep sorumluluğunda, eyleminin sonuçlarından değil, bir eylem, bir olay veya durumun sonuçlarından sorumlu tutulur.¹⁵²

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, yardımcılarının fiilinden sorumlu olması kanundan doğan sebep sorumluluğuna örnektir.

2 – 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 çalışanının her zaman kusursuz görülmesi de gereksiz girişimlere sevk edebilir.

Sağlık çalışanının 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.

Belirttiğimiz gibi, sağlık çalışanının, 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 çalışanının arasında, yaptıkları sözleşmenin bir vekalet sözleşmesi olduğudur.

Sağlık çalışanına karşı akti sorumluluk davasında, sözleşmenin hekim tarafından ihlal edildiğini, zararı, zararlı aktin ihlali arasındaki illiyet bağına 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.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, hukukta sorumluluk esas itibarıyla kusura dayanır. Ancak yasaların kusura dayanmayan sorumluluğu düzenlediği hallerde kusur yoksa da sorumluluk vardır.

Sağlık çalışanının 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,

151 Deschenaux, H., Tercier, P., s.29

152 Kılıçoğlu, M., Sorumluluk Hukuku, s.16,17

vücut bütünlüğüne, hayatına, sıhhatine 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 çalışanının 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 çalışanının sözleşme sorumluluğu yanında geniş anlamda haksız fiil sorumluluğunun olduğunu, bir sözleşmenin kurulmadığı 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).

Özel hukuk yönünden, tıbbi müdahaleden doğan sorumluluk hallerini genel olarak, Borçlar Kanunun 41, 55, 58 ve 96. maddelerindeki düzenlenmeler ışığında inceleyebiliriz. Borçlar Kanunun 41. maddesi haksız fiilden doğan sorumluluğu, 55. maddesi çalıştırılan kişinin fiillerinden doğan sorumluluğu, 58. maddesi tıbbi müdahalede kullanılan alet ve makinelerin imalat ve bakım eksikliğinden doğan sorumluluğu ve 96. madde akti (sözleşme sorumluluğunu) düzenlemiştir.

I-Tıbbi Müdahalede Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk ve Şartları

Sağlık çalışanının 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 uygulanmadığı 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.¹⁵³

¹⁵³ 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 çalışanının, görevden ayrılan kişisel kusurlarından doğan sorumlulukta haksız fiil esaslarına tabidir. Şüphesiz kamu görevlisi olan hekimin görevini yaparken bir takım idari kurallara bağlı olduğu düşünülebilir ve bundan ilk olarak idarenin sorumluluğu akla gelecektir.

Ancak, tedavi zorunluluğunun rızayı gerektirmediği tıbbi el atmalarda örneğin, zorunlu aşı, veba ve aids 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.

Kamu çalışanı olan hekimin eyleminin görevinden ayrılabilir olduğu durumda ise bu kez husumet haksız fiil hükümleri çerçevesinde hekime yöneltilecektir. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 26.09.2001 tarih ve E.2001/4-595, K.2001/643 sayılı kararında¹⁵⁴; "Devlet hastanesinde görevli olan hekimin, davacıya zamanında gerekli teşhis ve gerekli tedaviyi yapmayarak bir kolunun omzundan kesilmesine neden olduğu iddiasıyla açılan davada, davalı doktorun kusurlu eylemi nedeniyle ceza mahkemesinde yargılanıp ceza aldığı, ceza mahkemesinde ceza aldığına göre artık Anayasa'nın 129/5. maddesindeki memuru koruyan hükümden yararlanamayacağı, kişisel kusurunun bulunduğu hatta ister kamusal ister akti kabul edilsin her iki halde de davalı doktorun görevinden ayrılabilir kişisel kusurunun bulunduğu" kabul edilerek, haksız fiil esaslarına göre sorumluluğu kabul etmiştir.

Haksız fiil sorumluluğunun şartları, fiil, hukuka aykırılık, kusur ve illiyet bağıdır. Tıbbi müdahaleden doğan sorumlulukta, sorumluluğu tıbbi müdahale oluşturmaktadır. Yukarıda tıbbi müdahale kavramı üzerinde durulmuş olduğundan burada tekrara yer verilmemiştir.

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.¹⁵⁵

¹⁵⁴ mk:@MSITStore:C:/Program/KAZANCI

¹⁵⁵ Ayan, M., s.116

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 Tüzüğü'nün 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 çağırılan 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."¹⁵⁶

B-Kusur

1-Genel Olarak Kusur

Kusur, hukuk düzenince hoş görülme-yen davranıştır. Başka bir anlatımla, "başka türlü davranma olanağı varken ve zorunlu iken, o şekilde davranmayıp, sorumluluğun söz konusu olduğu olaydaki gibi davranmış olmaktır"¹⁵⁷. 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 adlandırılmaktadır¹⁵⁸.

Kısaca, kusur, haksız fiil sorumluluğunda, zararın bir başkasına yöneltilmesini haklı gösteren temeldir. Sağlık çalışanının 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.

Görüşme ile başlayıp, muayene, teşhis, tedavi, cerrahi müdahale gibi bir süreç içinde, hekimin özen borcunun derecesinin tayini ve bunun kusur olarak yükletilmesi sorunu kanımızca, her somut olayın kendi şartlarında incelenmelidir. Burada, kusurun ağırlığı değerlendirirken, aynı durumdaki makul bir sağlık çalışanının özenin ölçü olarak benimsenecektir.

"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 engellemek gerekir."¹⁵⁹

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.

İhmal¹⁶⁰, 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 kıyaslanır¹⁶¹.

¹⁵⁶ Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s.71.

¹⁵⁷ Öztürkler, c., s.131.

¹⁵⁸ Eren, F., 552, Tandoğan, H., Mesuliyet, s. 45

¹⁵⁹ Kaneti, S., Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda İspat Yükü, Türk Hukukunda hekimin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1983, s. 63.

¹⁶⁰ "Hastanın karında pens unutulması, hoş görülebilecek bir tarafı olmayan ağır bir savsamadır" 4. H.D. 1976/4260-1393, Özkaya, s.506.

¹⁶¹ Ayan, s.102.

2-Tıbbi Müdahalede Kusur

Hekimin hukuki sorumluluğu incelenirken üzerinde durulan önemli konulardan biri de “meslek kusuru”dur^{162,163}. 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.

Yukarıda ikinci bölümünde belirttiğimiz üzere, 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 tanınmış kuralları gerekli dikkat ve ihtimamının eksikliği nedeniyle nazara almaması, çiğnemesidir¹⁶⁴.

“Tıp biliminin ulaştığı düzeye göre, her hekimin bilmesi gereken bilgilerin eksikliğinden kaynaklanan meslek hataları, kusur olarak değerlendirilmelidir. Kusurun değerlendirilme-sinde, hekimin özel durumu da göz önünde tutulmalıdır.”¹⁶⁵

Meslek kusuru, kavramını kabul eden görüşler, kusurun varlığından söz edilmesi için, her şeyden önce, tıp bilminde genel olarak tanınmış ve kabul edilmiş bir takım kuralların olduğunu, kusurun da bunlara aykırılık halinde söz konusu olabileceğini savunmaktadırlar. Kanımızca, meslek kusuru, sağlık çalışanının sorumluluğu içinde sadece bir bölümü ifade etmektedir. Yukarıda sağlık çalışanının borçlarını açıklarken de belirtildiği şekilde, bu borçlardan herhangi birine aykırılık sorumluluk için diğer şartların da varlığı halinde yeter neden şart olarak kabul edilmelidir.

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 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 düşüncesindeyiz¹⁶⁶

3-Kusurun Tespiti

Genel kurallara göre, zarar veren ile zarar gören arasında bir sözleşme ilişkisi varsa, zarar gören sözleşmeye aykırılığı ispat etmekle yetinebilir, kusursuzluğu ispat yükü, sözleşmeye aykırı davranan zarar verene düşer. Buna karşılık zarar veren haksız fiil kurallarına göre sorumlu ise, kusuru ispat yükü zarar görene düşer.

“Zarar gören, ispat yükünü yerine getirmişse, hekim ancak, meslek kurallarına aykırılığın, özel olayın hal ve şartlarına göre, bir kusur oluşturmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Hekim, bulunduğu çevredeki zorunlu çalışma koşulları nedeniyle, büyük yorgunluk içinde bir ameliyatı yapmak zorunda kaldığı için, bir ameliyat tekniği hatası işlemiş olduğunu savunarak ve ispat ederek sorumluluktan kurtulabilir. Hekim, titiz ve sorumluluk bilinci taşıyan bir hekim dahi, düşebileceği bir yanılmanın zararı yarattığını kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”¹⁶⁷

Tıbbi müdahalede kötü uygulamadan doğan sorumlulukta, Kusurun ispatı zorluk içermektedir. Zira tıbbi müdahalenin komplikasyonu olan durumlarda, ortada zarar mevcut iken, bu zarara sebep olan kusuru net olarak görmek her zaman mümkün değildir.

162 Ayan, s.104

163 Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulama anlamında, meslek kusuru, tedavi hatası, hekim hatası gibi terimlerde kullanılmaktadır.

164 Ayan, s. 105.

165 Kaneti, S., s.68.

166 13.H.D. E.1973/2637, K.1974/2492, “...doktorlar tarafından yapılan ameliyatlarda beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp biliminin kabul ettiği bütün kurallara uygun bir müdahale yapılmış ise, artık doktora kusur ilave edilemez”; 13. H.D., 2002/2589-4560 K. “...doktor ufak bir tereddüt gösteren durumlarda dahi bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve gerekli olan koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür.” Kazancı

167 Kaneti, S., s.72,73.

Hekimler açısından kusuru ele alacak olursak, hekimlerin mesleklerini icra etmelerinin çeşitli yönlerden özellikler taşıdığı görülecektir. Bir yandan her tıbbi müdahale bir risk taşıdığından, hekimin her türlü kusurundan dolayı sorumlu tutulması, onların mesleklerini icrada çekimserliğe itebileceği gibi, diğer mesleklerle göre hekim açısından haksızlıklara da neden olabilecektir. Diğer yandan burada zarar mala değil, doğrudan doğruya kişilerin hayatlarına, sıhatlerine verildiğinden, hekimlerin diğer kişilerden çok daha titiz davranmaları zorunlu olmaktadır. Bu gerekçelerle, hekimlerin kusurunda çok değişik görüşler savunulmaktadır¹⁶⁸.

Bu hekimlerin, sadece ağır kusurlarından sorumlu olmaları karşısında, hekimlerin kusursuz sorumluluğunun kabul edilmesine kadar geniş bir yelpazedir.

Aşçıoğlu'na¹⁶⁹ göre, hekimin tıbbi yardım nedeniyle ve sırasında belirlenmesinde ve ortaya konmasında özel ayrıcalıklı bir durum söz konusu değildir. Tüm bireylerin kusurlu davranışlarının belirlenmesi ve değerlendirilmesi için geçerli olan unsur ve yöntemlerden yararlanılması gerekir. Kusur, her şeyden önce bir eylemi gerektirir. Ancak, müdahaleyi gerektiren durumda müdahale edilmemesi durumundaki olumsuz eylemde kişiye kusur olarak yükletilebilir.

Önceden bilinmesi ve kestirilmesi mümkün olmayan hususlarda kusur aranması düşünülemez, kusur önceden bilinebilecek, araştırılabilecek durumlarda tartışılır. Hekim çok az bir ihtimalde yardımcı olunabileceği durumda bile hastaya müdahalede bulunmalıdır. Uygulamada, kusurun tespitinde, tehlikeli sonucun öngörülebilir ve önlenabilir olmasının araştırılması ve bu unsurlarla sonuca gidilmesi aranmaktadır¹⁷⁰.

Kusurun belirlenebilmesi için, sadece zararlı sonucun öngörülebilir ve önlenabilir olması yeterli değildir. Bu eylemin kusur olarak yükletilebilmesi için, zararlı sonucu önleme olanağı varken, bunun yapılmamış olması kusurun ölçütünde esastır.

Olguyu (vakıyı) belirleme hukukun değil, tıp biliminin görevine girer. Hakim, ortaya konulacak olguları değerlendirerek, kusur ya da taksirin olup olmadığını ve derecesini tayin ederek kararını verir¹⁷¹.

Mahkemelerce kusurun tespiti, bilirkşi görüşüne başvurulması olmaktadır.

Tıbbi müdahaleler yönünden; aniden ve umulmadık şekilde öngörülme-yen olumsuzluğun ortaya çıkmasına komplikasyon olarak isimlendirilir.

Komplikasyonlar, sağlık çalışanının sorumsuzluk alanı olarak düşünülebilir. Çünkü burada genel kabul, gerekli özen gösterilmesine rağmen netice gerçekleşmiştir¹⁷².

C-Zarar

Geniş anlamda zarar kavramıyla; kişinin malvarlığına ilişkin zarar olan “maddi zarar” ile kişinin şahıs varlığına ilişkin olan zarar “manevi zarar” ifade edilmek istenmektedir¹⁷³.

Sağlık çalışanının 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 oluşturmaktadır¹⁷⁴.

Sözleşme sorumluluğunda, zarara ilişkin açıklamalarımız burada da geçerlidir.¹⁷⁵ Zararın varlığını, hasta ispatlamalıdır. Zararın türleri ve özellikleri aşağıda hukuki sorumluluğun sonuçları bölümünde, zararın neler olduğu kapsamı ve hesaplanması geniş olarak yer almıştır¹⁷⁶.

D-İlliyet Bağı

Sağlık çalışanının 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.

Mesela, hekimin telefonda randevu verdiği hastanın, randevuya gelirken geçirdiği trafik kazası neticesi ölümü ile hekimin davranışı arasında uygun illiyet bağı yoktur. Uygun olmayan bir sebep, hekimin sorumluluğuna karar verilmesi bakımından önem taşımaz¹⁷⁷.

“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 değer 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.”¹⁷⁸

172 Kıcahoğlu, M., s.29

173 Özdemir, s. 170.

174 Aşçıoğlu, Tıbbi yardım, s.99.

175 Zararın kapsamı ise aşağıda “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları” başlığı altında yer almaktadır.

176 Bkz. Tıbbi Müdahalede kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları, Tazminatın Kapsamı ve Hesaplanması

177 Ayan, s.111,112.

178 Eren, F., Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun illiyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s.54.

168 Yılmaz, B., s.84

169 Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi yardım, s.73

170 Yılmaz, B., s.92

171 Kıcahoğlu, M., s.22

Doktorun tıbbi yardım sırasındaki kusuru, doğal gelişmeyi etkilemiş ve zararlı sonucun gerçekleşmesini önemli ölçüde artırmış ise illiyet bağı kabul edilmelidir.^{179, 180}

İllyet 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.¹⁸¹

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 dayandırılabilir 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.¹⁸² 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 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”¹⁸³ veya “hekimlik sözleşmesi”¹⁸⁴ olarak; tedavi hizmeti sunan sağlık kuruluşuyla hasta arasında olduğunda, “teşhis ve tedavi sözleşmesi”¹⁸⁵ veya “hastaneye kabul sözleşmesi”¹⁸⁶ 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 olduğunu¹⁸⁷, bir kısım yazarlar diş protezi ve estetik cerrahi müdahaleleri esas alarak durumun istisna sözleşmesi niteliğinde de olabildiğini¹⁸⁸, diğer bir kısım yazarlar ise hasta ile kurulan bu sözleşmenin kendine özgü bir sözleşme olduğunu¹⁸⁹, hakim görüş ise hasta ile kurulan bu sözleşmenin Borçlar Kanunda düzenlenmiş olan vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğunu savunmaktadır.¹⁹⁰

Çalışma konumuzun değişik bölümlerinde belirttiğimiz üzere, tıbbi müdahale tür ve amacını en geniş şekilde kabul ederek, tüm sağlık çalışanları için tıbbi müdahale ilişkisi içinde borçların aynı olduğunu tekrar etmek istiyoruz. Bu sebeple, hasta karşısındaki tarafı esas alan isimlendirme ve tanımları (hekimlik sözleşmesi, hastaneye kabul sözleşmesi) veya tıbbi müdahale amacını sınırlayan (tedavi sözleşmesi) isimlendirmelerine katılmıyoruz. Çalışma konumuz esasen bu sözleşmenin türü ve hukuki niteliği olmamakla birlikte biz sağlık çalışanı (hekim, dişçi, ebe, hastane, vs.) ile hasta veya kanuni temsilcisi arasında kurulan ve konusu tıbbi müdahale olan teşhis, tedavi, güzelleştirme, tıbbi deney gibi hukukun kabul ettiği amaçlarla tarafların açık ve zımni iradeleri ile kurulan bu sözleşmeyi “tıbbi müdahale sözleşmesi” olarak isimlendirerek, tüm sağlık çalışanlarının, sorumluluklarının kusurunun da tıbbi müdahalede kötü uygulama esasına dayanması gerektiğini düşünüyoruz.

A-Hasta İle Sağlık Çalışanı Arasındaki Sözleşmenin Hukuki Niteliği

Kural olarak, sağlık çalışanı-hasta arasındaki ilişki karşılıklı rızaya dayalı bir sözleşmedir. Bu sözleşmenin tıbbi müdahaleden kaynaklı, özellikleri olmakla birlikte, borçlar hukuku sözleşmelerine uygun mütalaa edilebilir.

179 Aşçıoğlu, Tıbbi yardım, s.103

180 Doktorun sorumluluğunda, uygun illiyet bağının araştırılması gerektiğinde, bu yönde Sağlık Şurasından rapor alınmalıdır.

“...davalı işe el koyduğunda röntgen yoluyla neşir veya bulunduğu noktayı araştırmaması ve ertesi güne kadar hastanın durumunun kötüye gidip gitmediğini takip etmemiş olması, bir meslek ihmali sayılmıştır. Sonradan yapılan müdahale sırasında hastanın iç kanamadan öldüğü sabittir. Otopside; karın boşluğunda, hicabı haiz göğüsteki yolu tahrifat şekil ve derecesi belirtilmiştir. O halde, zararlar, davalının savsaması arasında uygun sebep sonucun bulunup bulunmadığı üzerinde durmak gerekir.4.H.D. 2.3.965, E.14605, K.1160, Özkaya s.516.

181 Ayan, s.111,112

182 Aşçıoğlu, ç., Tıbbi Yardım, s.65.

183 Şenocak, Z., s.18

184 Ayan, M., s.49, Aşçıoğlu, Ç., İpekyavuz, F.

185 Özdemir, H., s. 28

186 Akkanat, H., Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tarzları ve Sorumluluk Düzeni, s.25, Seliçi'ye Armağan, İstanbul

187 Gülcün, 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)

188 Reisoğlu, s.12, Aşçıoğlu, Ç., s.33, Özay, M., s.Ayan, m., s.54

189 Atabek/sezen(Şenocak, Z., naklens.18)

190 Reisoğlu, S., s.12, Köprülü, Ö., s.10, Aşçıoğlu, Ç., s.32, Ayan, M., s.54 , Şenocak, Z., s.33,

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 ihhalidir 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 grupta 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 oluşmaktadır¹⁹¹. Dolayısıyla bu sözleşmeyi yasada düzenlenen herhangi bir sözleşmeye sokmak mümkün değildir. Doktrin ve uygulamada azınlık olan bu görüşü, Türk Hukukunda Atabek/Sezen savunmuştur¹⁹².

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”¹⁹³.

Hizmet sözleşmesi, olduğu görüşü Alman Hukukunda benimsenmiştir. Hekimlik sözleşmesinin, bir iş görme edimi esasına dayanması sebebi ile hizmet sözleşmesi olabileceği düşünülürse de, hekimin bir işin görülmesinde bağımsız olması; hekimi işçiden ayıran en belirgin özelliktir.

Bizce, hizmet sözleşmesi olarak düşünülemez. Çünkü hizmet sözleşmesinde zaman unsuru belirgindir. Hekim hasta arasındaki ilişki ise bir süreye bağlı değildir. Hekim sözleşmeyi bağımsız olarak yerine getirir, zamana ve emirlere bağlı değildir.

Eser sözleşmesi; bir neticenin borçlanıldığı iş görme sözleşmeleridir. Ancak sağlık çalışanı, hekim, bir neticeyi borçlanmaz, bu da hekimlik sözleşmesini eser sözleşmesinden uzaklaştırır. Diğer yandan estetik ameliyatlara gibi bir kısım tıbbi müdahalelerde, hekimin netice borcu üstlendiği durumlar ise vekalet sözleşmesinin sınırlarını aşar; taraflar arasındaki sözleşmeyi eser

sözleşmesi olduğu söylenir.

Ancak yine de, bir eser sözleşmesi de değildir. Eser sözleşmesi sonuca önem verir, eser sözleşmesinde, yüklenici belirli bir zaman içinde belirli bir neticeyi vücuda getirememesi halinde, kusursuz da olsa sorumludur. Hekimlik sözleşmesinde ise hekim, hastanın sağlığına yönelik bir iş ifa eder, tıp bilimin gereklerini yerine getirerek, özenli ve dikkatli çalıştığı durumda neticeden sorumlu olmaz. Her durumda hekim, neticeyi üstlenmemiştir. Ancak diş protezi yapılması örneğinde, sözleşme daha çok eser sözleşmesidir. Ancak diş hekiminin diş tedavisi, vekalet sözleşmesidir. Estetik ameliyatlarda da eser sözleşmesine tabi olunacağı görüşü baskın olarak savunulmaktadır. Yargıtay’ın uygulaması da bu yöndedir¹⁹⁴.

Tüm tıbbi gerekleri yerine getiren estetik cerrahın, hastanın özel durumu sebebi ile neticeyi gerçekleştirememesi mümkündür. Burada da doktorun özenine bakılmalıdır. Netice, hekimin özensizliği, ihmal veya kastı zaten hekimin kusuru olarak sorumluluğunu doğurur. Hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak kabul edilmesinin asıl sebebi, tıp biliminde bir sonucun garanti edilememesidir.

Türk, İsviçre Hukukunda hakim görüş, hekimlik sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olduğudur¹⁹⁵. Mevcut mevzuat çerçevesinde, bizim de katıldığımız bu görüşün açıklanması için öncelikle vekalet sözleşmesinin unsurları belirlenmelidir, aşağıda bu konu hekimin sorumluluğu esasları aşağıda açıklanmıştır¹⁹⁶.

1-Vekâlet

BK. 386/1’e göre, “vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler”. Tandoğan, vekâlet sözleşmesini şu şekilde tanımlamaktadır: “vekâlet 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”¹⁹⁷.

194 “Eser (istisna) sözleşmelerinde, sadece bir hizmette bulunmak değil, aynı zamanda eser denilen olumlu-olumsuz bir sonucun taahhüdü söz konusudur. Sonuç gerçekleşmezse zarardan yüklenici sorumlu olur. Dövmeyi silmek için müdahalede bulunan doktor, eser sözleşmesinin niteliği itibarıyla izi tamamen yok etmeyi taahhüt etmiş sayılır. Yargıtay 15. H.D. E.1999/4007, K.1999/3868;

195 Bu görüşü savunanlar; Ayan s.56, Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım s.15, Tandoğan, Borçlar Hukuku, s. 416, Eren(Ayan, s.51) ; Yargıtayın yerleşik içtihat kararları, hekim ile hasta arasındaki sözleşmenin vekalet aktı 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).

196 Bkz, “Hekimin Sözleşme İlişkisinde Doğan Sorumluluğu” başlığı ve devamı.

197 Tandoğan, s.356, Aral, F., s.403

191 Wiethölter, (Ayan, M. Aynen s.51).

192 Atabek/Sezen, Hekimin Mesuliyeti İBD, s.2.1954, s. 144-145(Ayan, M., s 51)

193 Ayan, M., 51.

Vekâlet, borç doğuran bir sözleşmedir. Hasta - 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 vekâlet sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir.

Belirli bir işin görülmesini amaçlayan vekâletler hariç, vekâlet sözleşmesiyle taraflar arasında devamlı borç ilişkisine benzer bir ilişki doğar¹⁹⁸.

2-Unsurları

a-İş Görme

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.

b-İşin Başkasının Menfaatine Yapılması

Doktorun gördüğü iş (tanı, iyileştirme), hastası olan kişinin çıkarına ve onun isteğine uygun olarak yapılmaktadır (1219 sayılı kanunun 70. maddesi), bu yapılan işin doğal sonucudur¹⁹⁹

c-İşin Süreye Bağlı Olmaması

Bu husus yasada belirtilmemiştir. Sağlık çalışanın, çalışması gerçekte belli bir sonuca yönelmiştir; burada süreden çok tedavi süreci önemlidir.

d-Sonucun Elde Edilmemesinin Rizikosunun Bulunmaması

Bunu yapılacak tıbbi müdahalenin riskinden ayrı düşünmek gerekir. Hekim, önüne gelen vakada teşhis koyar ve gereken müdahalede bulunur, mutlak şekilde iyileştirmeyi üstlenmemiştir. Bu halde iyileştirmemesinden ötürü sorumlu olması tek başına bu durum için düşünülemez.

e- Ücret

BK.'ye göre ücret, vekâlet sözleşmesinde zorunlu unsur değildir. Ancak günlük hayatta da bilindiği üzere, hekimlere ücret ödenmesi hukuki teamül gereğidir. Tabip odalarınca asgari ücret tarifeleri yayınlanmakla bu durum için uygulama birliği sağlanması amaçlanmaktadır.

f- Tarafların Sözleşmeden Her Zaman Caymalarının Mümkün Olması

BK. 396. maddesinde vekâletten azil ve istifa belirtilmiştir. Konumuz yönünden, hekimin red ve istifa hakkının, hem meslek kuralları hem de iyi niyet ve doğruluk esasları içinde kullanılması gerekir.

Hekimin, acil durumda kendisine müracaat etmiş hastayı red ederken, o yerde ilk müdahaleyi yapabilecek başka bir hekim olmadığını bilmesine rağmen, önlemleri almadan, bu hakkını kullanması kanımızca da mümkün olmamalıdır (Deontoloji Tüzüğü. Md.18). Dünya Sağlık Örgütü bir kararında (Aşçıoğlu, naklen), bir hastanın bir sağlık kuruluşunda daha fazla kalması için hiçbir neden kalmamışsa, bu hasta ancak kendisinin nakledilmesinin tam olarak anlatılınca ve diğer kuruluş hastayı kabul edince, başka bir kuruluşa sevk edilebileceği kabul edilmiştir.

g-Nisbi Bağlılık

Hekim yapılacak tıbbi müdahalenin çeşidi yönünden hastanın rızasına bağlıdır gibi görünse de bu sadece tıp mesleği kuralları yönündendir. Hekimin uzmanlığı artıkça bağımsızlığının artışı söylenebilir. Hekim özellikle iş görme sözleşmelerinden, hizmet sözleşmesindeki işçi ile aynı özen yükümlülüğüne tabi olmakla birlikte, işin görülmesinde işçiden bağımsızdır.

3- Sözleşmenin Kurulması, Hükümleri Ve Sona Ermesi

Sözleşmenin kuruluşu, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade 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 yeterlidir²⁰⁰.

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.

Medeni Kanun hükümlerine göre tam ehliyetliler, temyiz kudretine sahip, reşit ve kısıtlı olmayanlar sözleşmeyi tek başına yapabilirler. Sınırlı ehliyetlilerde de ehliyet asıldır ve bu vekalet sözleşmesini tek başlarına

¹⁹⁸ Tercier, N., 3926(Aral, F., 404 aynen)

¹⁹⁹ Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi Yardım, s.16.

²⁰⁰ Ayan, M., s.56.

yapabilirler. Sınırlı ehliyetsizler de ise, ehliyetsiz olmak asıldır. Bu sebeple mümeyyiz küçük ve kısıtlıların sözleşmesini yapmaları tartışmalıdır. Burada tıbbi müdahale sözleşmesini şahsa bağlı hak olarak kabul eden görüş, sınırlı ehliyetsizlerin bu sözleşmeyi kendilerinin yapabileceğini savunmaktadır²⁰¹. Karşı görüş taraftarları ise 1219 sayılı kanunun 70. maddesinde yer alan “önemli cerrahi müdahaleler için kanuni temsilcinin rızasının alınmasını” şart koşan hükmü dayanak alarak, sınırlı ehliyetsizlerin tek başına hekimlik sözleşmesi yapmasına karşı çıkmaktadır²⁰².

Tarafımızca çoğunluğun bu görüşü benimsenmemiştir. Zira, konunun başında insan hakları ve yaşam hakkı ifade edilirken, hekimlik sözleşmesinin temelini hastanın mutlak hakkı olan yaşam hakkına dayandığı ve yaşama hakkına karşı bir eylem olduğu da vurgulanmıştır. Her koşulda hastanın rızası alınamayabilir. Diğer yandan 1219 sayılı yasadaki “önemli cerrahi müdahale” söylemi, ayırık, özel bir durumu ifade eder. Bu sebeple de savunduğumuz görüşün hakkın özüne uygun olduğu söylenebilir. Tam ehliyetsizlerin fiil ehliyeti hiç yoktur, bu sebeple sözleşmenin kanuni temsilcileri tarafından yapılması gerekir.

“Tedavi sözleşmesinde, tedavi vekâletinin 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.”²⁰³.

Vekâlet sözleşmesini sona erdiren sebepler, burada da geçerlidir. Olağan sona erme sebebi ifadidir. Azil ve istifa ile de vekâlet sona erer. Ölüm ve ehliyetsizlikte sözleşmeyi sona erdiren sebeplerdir.

Ayan’a göre, sözleşme hastanın ölümü nedeniyle sona ermişse, özenli bir şekilde tedavi faaliyetini yürütmüş olan hekimin de, o ana kadar ki çalışmaları için hastanın mirasçılarından ücret isteyip isteyemeyeceği sorusuna olumlu cevap verilmelidir²⁰⁴.

4-Sağlık Çalışanın Sözleşmeden Doğan Yükümlülükleri

Sağlık çalışanın sözleşmeden doğan yükümlülükleri esasen, tıbbi müdahaleden doğan borçlar bölümünde ayrıntılı olarak incelenmiştir.²⁰⁵

Hastanın, sağlık çalışanına müracaatı üzerine başlayan süreçte öncelikle hastanın kabulü edilmesi, kendisiyle iletişimle öyküsünün alınması, kimlik ve

şikâyetinin 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. Vekâlet sözleşmesinde, özen yükümlülüğü, asıl edimin ifası için gerekli olan ve vekilden beklenen dikkat, itina ve özenin gösterilmesini ifade eder²⁰⁶. Sadakat yükümlülüğü, taraflar arasındaki sözleşme de hüküm bulunmasa bile vekâlet sözleşmesinin niteliği gereği mevcuttur.

Sağlık çalışanın hastayı kabul, teşhis, aydınlatma ve tedavi yükümlülüklerinin hepsinde sadakat ve özenli davranması, hastanın menfaatlerini üstün tutması beklenir.

B-Tıbbi Müdahalede Sözleşmeden Doğan Sorumluluğun Şartları

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 bozulmasıdır²⁰⁷. 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 bulunmaktadır²⁰⁸.

Sözleşmenin ihlali “ifa etmeme”, “malpraktis” kötü ifa ve “gereği gibi ifa etmeme” olarak karşımıza çıkar. Tıbbi yardım, genellikle iyileştirme amacıyladır, sonuçta iyileşme gerçekleşmese bile kural olarak hukuka aykırılık yoktur. Zira hekim sonucu garanti etmemiştir.

“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

201 Ayan, M., s.58, Zevkliler, (Özdemir H, s.66)

202 Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s.26, Öztürkler, s.70, (Özcan, Aşçıoğlu, Belgesay; Özdemir, H. Teşhis ve Tedavi sözleşmesi, Ankara 2004 s.)

203 Ayan, M., s.58.

204 Ayan, M., s.60.

205 Bkz., s.47 ve devamı

206 Erdoğan, İ., İşçinin Özen Borcu, GÜİBFDK, 1985, C.1, S.1-2, s. 137-138

207 Tandoğan, H., s.17.

208 Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi Yardım, 66

ve tüzüklere uymak zorundadır. İşte doktorun bu kurallara aykırı davranışı olmadıkça hukuka aykırılıktan söz edilemeyecektir²⁰⁹.

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 yegâne borç bu değildir. Hekimin, “hastayı aydınlatma”, “sadakat ve özen gösterme”, sır saklama”, “kayda geçirme”, gibi yükümlülükleri de vardır. Sözleşmeye uygun tedaviden söz edilebilmesi, hekimin bu yükümlülüklerle de riayet etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, hekim bu yüzden zarar gören hastaya karşı tazminat ödemek mecburiyetindedir. Hatta hekimin, tıbbi müdahaleleri için sorumluluğu bu yükümlülüklerin ihlalden kaynaklanmak-tadır. 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 mecburiyetindedir²¹⁰.

2-Kusur

Sorumluluk hukukunda, kusur;, kast ve ihmal olarak ikiye ayrılır.

Ceza Hukukundan 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, sorumluluğa esas fiiller daha çok ihmal şeklindedir.

İhmal²¹¹, 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 kıyaslanır²¹².

Üzerinde önemle durulması gereken kusur konusudur. Türk Hukukunda sağlık çalışanı kusuru özel bir değerlendirmeye tabi tutulmayıp, her türlü kusurları ile verdikleri zarardan sorumlu olmaları kabul edilmiştir. hekim en

ağır kusur niteliği taşıyan kastı yanında, ihmal, tedbirsizlik meslek ve sanatta acemilik kusurlu sayılmaktadır.

Malpraktis, hastalığın teşhisi ve tedavisi esnasında meydana gelebilmektedir. Teşhis ve tedavi hizmeti veren insanlardan kaynaklanan bilgi noksanlığı, dikkatsizlik, zihni muhakeme hataları, teşhis ve tedavi hizmetinin verilmesi için kullanılan araç ve gereçler ile mekanın olması gereken hususiyet ve şartlara sahip olmaması gibi faktörler malpraktisi oluşturan sebepler arasındadır²¹³. Burada uzmanlık ve şartlar da dikkate alınacaktır, uzman bir hekimle, pratisyen hekimden beklenen, yine üniversite hastanesindeki hekimle, sağlık ocağı hekiminden beklenen tıbbi bilgi ve imkan aynı değildir. Kusurun objektif unsurları yanında bu subjektif belirlemeler de gereklidir.

Yargıtay, bir çene cerrahının kendi uzmanlık alanının dışına çıkarak, hastasına röntgen ışınları uygulamasını hukuka aykırı bir davranış olarak nitelendirmiştir²¹⁴. Diğer taraftan, 4.Hukuk dairesinin 1987 tarihli bir başka kararında ise; saralı hastaya ilk müdahale yapıldıktan sonra, sandalyeye bağlanarak bekletilmiş ve neticede hasta ölmüştür. Bu olayda, hastanın sandalyeye bağlı bekletilmesi, hekimin özen borcunun ihlali olarak değerlendirilmiştir²¹⁵.

Sağlık çalışanı ile hasta arasında kurulan tıbbi müdahale sözleşmesinde esasen sağlık çalışanının kanundan ve işin mahiyetinden doğan borçlarından birine aykırılık akte aykırı davranış olacaktır.

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 zorunda olduğu ileri sürülebilmektedir. Ancak, tıbbi yardımlar, farklı bir özellik arz etmektedir. Tıbbi yardımda bulunan 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.²¹⁶

Tıbbi müdahalede kötü uygulamadan doğan sorumlulukta, Kusurun ispatı zorluk içermektedir. Zira tıbbi müdahalenin komplikasyonu olan durumlarda, ortada zarar mevcut iken, bu zarara sebep olan kusuru net olarak görmek her zaman mümkün değildir.

Hekimler açısından kusuru ele alacak olursak, hekimlerin mesleklerini

209 Aşçıoğlu, Tıbbi yardım , s.67.

210 Ayan, M., s.64.

211 “Hastanın karnında pens unutulması, hoş görülebilecek bir tarafı olmayan ağır bir savsamadır” 4. H.D. 1976/4260-1393, Özkaya, s.506.

212 Ayan, s.102.

213 Hancı, H.,

214 4.H.D. 1976, e.1976/692, K.1976/11046, Aşçıoğlu, Tıbbi Yardım, s.70.

215 Özkaya, Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, s.456.

216 Aşçıoğlu, Ç., s.139, Ersoy, Y., s.184

icra etmelerinin çeşitli yönlerden özellikler taşıdığı görülecektir. Bir yandan, her tıbbi müdahale bir risk taşıdığından, hekimin her türlü kusurundan dolayı sorumlu tutulması, onların mesleklerini icrada çekimserliğe itebileceği gibi, diğer mesleklerle göre hekim açısından haksızlıklara da neden olabilecektir. Diğer yandan burada zarar mala değil, doğrudan doğruya kişilerin hayatlarına, sıhhatlerine verildiğinden, hekimlerin diğer kişilerden çok daha titiz davranmaları zorunlu olmaktadır. Bu gerekçelerle, hekimlerin kusurunda çok değişik görüşler savunulmaktadır²¹⁷.

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.

3-Zarar

Geniş anlamda “zarar” kavramıyla; kişinin malvarlığına ilişkin zarar olan “maddi zarar” ile kişinin şahıs varlığına ilişkin olan zarar “manevi zarar” ifade edilmek istenmektedir²¹⁸.

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 oluşturur²¹⁹. Sözleşme sorumluluğunda zarara ilişkin belirttiğimiz durumlar burada aynıdır.²²⁰ 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 değer 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.”²²¹

Doktorun, tıbbi yardım sırasındaki kusuru, doğal gelişmeyi etkilemiş ve zararlı sonucun gerçekleşmesini önemli ölçüde artırmış ise illiyet bağı kabul edilmelidir^{222, 223}.

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 bağına 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 söylenebilir²²⁴.

C-Sağlık Çalışanın Vekâletsiz 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, vekâletsiz iş görme hükümleri uygulanır²²⁵.

Bir kimsenin başkasına ait işi görmesi kural olarak vekâlet verilmiş olmasını gerektirir. Vekâletsiz iş görme, vekâletin kapsamının aşılması biçiminde de ortaya çıkar. Konusu “iş görme” dir ve Borçlar Kanunun iş görme sözleşmeleri arasında düzenlenmiştir.

Borçlar Kanunun 410. maddesinde, vekâletsiz iş görme; “Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına tasarrufla bulunan kimse, o işi iş sahibinin menfaatine ve tahmin olunan maksadına göre yapmaya mecburdur” şeklinde düzenlenmiştir.

221 Eren, F., Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun illiyet Bağı Teorisi, Ankara, 1975, s.54.

222 Aşçıoğlu, Tıbbi yardım, s.103

223 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 gitmediğini 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, zararlar, davalının savsaması arasında uygun sebep sonucun bulunup bulunmadığı üzerinde durmak gerekir.4.H.D. 2.3.965, E.14605, K.1160, Özkaya s.516.

224 Ayan, s.111,112

225 Yılmaz, B., s. 112

217 Yılmaz, B., s.84

218 Özdemir, s. 170.

219 Aşçıoğlu, Tıbbi yardım, s.99.

220 zararın kapsamı ise aşağıda “Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları” başlığı altında yer almaktadır.

Hükmün içeriğinden, üç husus dikkat çekmektedir, bunlar; bir iş görme iradesi, başkasına ait işin, vekâleti olmayan kişi tarafından görülmesidir.

Tıbbi müdahalenin kural olarak, rızaya dayalı bir sözleşmeye dayandığını belirtmiş bulunuyoruz.

Ancak; bir kaza sırasında o yerde tesadüfen bulunan hekimin, bilinci kapalı olan hastaya ilk müdahalesi veya ameliyatın genişletilmesi zorunluluğunun doğduğu ve hastanın bu yönde rızasının alınmadığı durumlarda sağlık çalışanı tıbbi müdahalesi vekâletsiz iş görenin tipik örneği olarak gösterilmektedir. Böyle durumlarda, hekim, hastanın muhtemel iradesine dayanarak tıbbi müdahaleyi yapmaktadır²²⁶.

İş sahibinin çıkarına uygun olarak girişilen ve onun geçerli bir yasaklamasına aykırı olmayan vekâletsiz iş görmeye “caiz olan (gerçek) vekâletsiz iş görme”, buna karşılık vekâletsiz 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 vekaletle dayanarak iş sahibinin bir işini görmesi durumunda da “caiz olmayan vekâletsiz iş görme” denir²²⁷.

Kısaca, sağlık çalışanı hasta yararına vekâletsiz iş görmesi, hastanın geçerli bir irade beyanında bulunmadığı durumlarda söz konusudur.

Hekimin bu suretle vekâletsiz iş gören sıfatıyla yaptığı tıbbi müdahaleler, hastanın muhtemel iyileşme menfaati sayesinde haklı görülmektedir²²⁸.

Borçlar Kanunun 411. maddesin vekâletsiz iş görenin mesuliyeti “Başkası namına tasarrufta bulunan kimse her türlü ihmal ve ihtiyatsızlıktan mesuldür. Şu kadar ki, o kimse, iş sahibinin maruz bulunduğu zararı bertaraf etmek için yapmış ise, mesuliyeti tahfif olunur”. Denilmiştir.

Hekimlik faaliyetlerine uygulanan vekâletsiz iş görme durumlarının çoğunda, iş sahibi amacını açıklayamadığı için, yapılan tıbbi müdahalenin olası amacına uygun olduğu düşünülmektedir. Vekâletsiz 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 altındadır²²⁹.

Tıbbi müdahaleler yönünden, müdahalenin genişletilmesi riski, müdahalede bulunmak için hastanın rızasının alınması için beklenemeyecek acil durumlar da kabul edilmektedir.

Nitekim, Türk ve İsviçre doktrin ve uygulaması, genişletilen müdahalenin, rıza gösterilenden ağır riskler taşımaması, hastanın rızasının alınmasının mümkün olamaması ve önemli organların ölüm tehlikesi olmadıkça genişletilmiş müdahale ile alınmamasını hukuka uygunluk açısından şart koşmuştur²³⁰.

Vekaletsiz iş görme, Borçlar Kanun 415. maddesi gereğince iş sahibin, yapılan işi kabul etmesiyle, icazetiyle vekalet dönüşür ve vekalet sözleşmesi hükümleri uygulanır.

III-Tıbbi Müdahalede Kusursuz Sorumluluk ve Türleri

Casum sentit dominus²³¹ ilkesi gereği, herkes hukukça korunan varlıklarında meydana gelen zarara ilke olarak katlanmak zorundadır. Bu ilkenin kabulü, insan kaderinin bir sonucudur. Ancak bu ilkenin tartışmasız şekilde kabulü hakkaniyet düşüncesiyle çelişmektedir. Bu sebeple de hukukta, zararın başka şahısa aktarılmasını kabul eden sebeplere, “sorumluluk sebeplerine” yer verilmiştir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Borçlar Kanunun 51. maddesinde açıklandığı üzere sorumluluğun sebepleri; haksız fiil, sözleşme ve kanundur.

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 değildir²³².

Mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde ise, tıbbi müdahale ilişkisinin daha çok sözleşmeye dayandığını, sağlık çalışanı, 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 sözleşme sorumluluğu dışında kalan, kanundan doğan sorumluluklar

²²⁶ Şenocak, Z., s.103

²²⁷ Zevkliler, s.378(Özay, M., s.105 aynen)

²²⁸ Öztürkler, C., s.168, Şenocak, Z., s.104, Özay, M., s.105

²²⁹ Tandoğan, H., Özel Borç İlişkileri, C.II, s.681(Özay M., s.105 aynen)

²³⁰ Öztürkler, C., s.170, Özay, M., s.106

²³¹ Zarar uğrayan katlanır.

²³² Eren, F., s.460

“sebepe olma” düşüncesine dayanmaktadır. Sebep sorumluluğunda, sorumluluğun gerçekleşmesi için sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı aranır.

Esasen, Oftinger’in de belirttiği gibi, bütün sebep sorumluluğu halleri için tek geçerli ortak unsur, bu tür olgularla gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasıdır²³³. Kusurun yetersizliği ve teknik gelişmeler sebep sorumluluğunu, kusursuz sorumluluğu gerektiren nedenlerdir.

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 çalıştırmanın(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 mümkündür²³⁴.

Bizde bu düşünceye katılmaktayız ve tıbbi müdahaleler kanunda ayrıca belirtilmemiş olmakla birlikte, Tıbbi müdahale ilişkisinde sorumluluğun esasının kötü uygulama ile sınırlandırılması, önerimizin temeli sağlık çalışanının objektif özen ödevini yerine getirmemesi durumunda sorumlu olması esastır. Şunu da belirtmek gerekir ki, özensizlik de bir anlamda kusurun objektifleştirilmesidir. Kusurun 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 Aşçıoğlu²³⁵, 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 çalıştırmanın özen, gözetim ve denetim borcunu yerine getirmeyerek yardımcısının, işin görüldüğü sırada başkasına zarar vermesi halinde, bu zarardan adam çalıştırıcı sorumlu olacaktır.

Kanun koyucu, adam çalıştırıcı kimseye yardımcısı üzerinde, “genel nitelikte objektif bir özen yükümlülüğü , bir gözetim ödevi” yüklemiştir.²³⁶

Bir ekip olarak gerçekleştirilen ameliyatta, ekip sorumlusunun, diğer 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. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 23.06.2004 tarih ve E.2004/13-291, K.2004/370 sayılı kararında; “...olayın meydana gelmesinde ameliyat sırasında zarar gören arteri zamanında fark edip onaramayan ameliyat ekip sorumlusu Dr.B.Y.’in 4/8 oranında kusurlu bulunmuş, kalan 4/8 kusur oranı ise kötü tesadüf olarak nitelendirilmiştir. Bu sorumlulukta B.Y. ile birlikte diğer davalı şirkete ait hastanenin de adam kullanan ve işleten sıfatıyla

²³³ Eren, F., s. 461, naklen

²³⁴ Eren, F., s. 465

²³⁵ Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi Müdahale, s. 107.

²³⁶ Eren, F., s.575,

müştereken ve müteselsilen sorumlu bulunduğu açıktır. Zira özel hastanenin yaşama hakkını yakından ilgilendiren sağlık hizmetinin görülmesinde sadakat ve özen göstermek zorundadır. Bu özen, başta doktor ve diğer yardımcı personeli seçme ve denetleme açısından yüksek oranda gösterilmeli, diğer şartların hazırlanmasında aynı ilke unutulmamalıdır” denilmiştir.

Yukarıdaki kararda, alınan bilirkişi raporunda, hastaneye kusur yüklenilmediği halde bile, adam çalıştıran sıfatıyla hastanenin sorumluluğu kabul edilmiştir. Kararda, ayrıca tıbbi müdahalenin zorunlu ve en önemli şartlarından olan “özen yükümlülüğü” dayanak yapılmıştır.

Hastane işletmecisi, kendisi ile hizmet ilişkisi içerisinde bulunan bir şahsın, sözleşmeye aykırı ve kusurlu eylemi ile uygun nedensellik bağı içerisinde oluşan her zarardan sorumludur. İşletmeci, zarar görenin söz konusu fiilin uygun sonucu olarak ortaya çıkan maddi ve manevi zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır.²³⁷

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.²³⁸

Şüphesiz, işin ifası sırasında verilen zararlar, 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.²³⁹

Hekim, yardımcı şahsı seçmede, mesela hemşirenin tıbbi faaliyete uygun yetenek, nitelik ve beceriye sahip olduğunu bu işte mesleki tecrübesinin bulunduğunu, bu husustaki 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 meydana gelmesine engel olamayacağını, yani kendisinin ihtimam görevini ihlal etmesi ile meydana gelen zarar arasındaki illiyet bağının kesilmiş olduğunu ispat edememiş olması gerekir.²⁴⁰

Bu maddede yer alan kurtuluş kanıtı uygulamada, çok sınırlı ve dar yoruma tabi tutulmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 23.07.1957 tarih ve E.1, k.3 sayılı kararında, sorumluluktan kurtuluş kanıtının yasaya konuluş amacı

237 Akkanat, H., s.30

238 Tandoğan, H., Mesuliyet s.109, Eren, F.,

239 Tandoğan, H., Mesuliyet s.117

240 Şenocak, Z., s.115

“iş sahiplerinin sorumluluktan kurtulacakları düşüncesiyle, zararı önleyici tedbirleri almaya özendirilerek, sosyal tehlikeyi azaltma düşüncesidir” olarak belirtilmiştir²⁴¹.

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.

Adam çalıştıranın, çalıştırdığı kişilerin verdiği zarardan ötürü zarar görene ödemek zorunda kaldıkları tazminat için çalıştırılan kişiye rücu hakkı da vardır.

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.²⁴²

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 yapıım 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.²⁴³

241 Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi yardım, s. 106

242 Şenocak, Z. S.116

243 Şenocak, Z. S.116

Teknolojinin geldiği bu durumda devasa nitelikteki cihazları, Borçlar Kanunun 58. maddesinde yer alan eser kavramına dahil etme kanımızca mümkündür.

Eser kavramı, “sabit toprakla doğrudan doğruya veya dolayısıyla bağlılık arz eden ve yapay olarak yaratılmış veya düzenlenmiş şeylerdir”²⁴⁴.

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 zararlar uygun illiyet bağı var kabul edilir. BK. 55 maddesinden farklı olarak burada eser maliki için kurtuluş kanıtı getirme hakkı tanınmamıştır. İlliyet bağına 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.²⁴⁵

Tehlike sorumluluğu da esasen bir sebep sorumluluğudur. İşletme ile gerçekleşen zarar arasında uygun illiyet bağına 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.²⁴⁶

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.²⁴⁷

Bu tür faaliyet ve işletmelerde çevreye zarar verme hususunda bir eğilim

²⁴⁴ Eren, F., s.209

²⁴⁵ Eren, F., s.467

²⁴⁶ Eren, F., s. 468

²⁴⁷ Tandoğan, H., Tandoğan Sorumluluk, s. 26

söz konusudur. Örneğin, radyoaktif maddelerin yayılmasında doğacak zararın niteliğini, boyutlarını tahmin etmek bile güçtür.

Tehlike sorumluluğunda bir insan fiili sorumluluk sebebi değildir.

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 savunmaktadırlar²⁴⁸. Karşı görüşte olanlar²⁴⁹, 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.

Eren²⁵⁰, 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 hakimın 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 dolayısıyla oluşan komplikasyonlar, terapötik başarısızlıklar, tanı hataları başlıca talihsiz neticeler olarak sayılabilir. Bunlardan tanı hatalarının ve ya yanlış ilaç tedavisinin önlenebileceği söylenebilir 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.

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 çalışanının karşılıklı hak ve yükümlülükleri çok çeşitlidir. Bu çeşitlilikte yükümlülükler yönünden, özellikle sağlık çalışanı yönünden mevcuttur. Sorumluluğu doğuran netice

²⁴⁸ Tandoğan, H., Tandoğan sorumluluk, s. 40., Eren, F., s.469

²⁴⁹ Strickler, Eren, F., s.470 naklen

²⁵⁰ Erene, F., s.470

gerçekleştğinde, hastaya neden daha donanımlı bir hastaneye gitmediği bir kusur olarak yöneltilemezken, kimi kez 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 olmayan sağlık çalışanının zarardan tek başına sorumluluğu, sağlık çalışanının 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 olacaktır²⁵¹.

Sadece bir rahim tahliyesi olarak bilgilendirilen hastanın neticede çocuk yapma kabiliyetinin yitirmesi gibi talihsiz bir netice hekime yöneltilemeyen, kusursuz bir durumda hastanın kusuru ya da sözleşmenin ihlalini ispatlamasını beklemek hakkaniyet düşüncesine aykırıdır.

Tıbbi müdahale esnasında öngörülmeleyen 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.

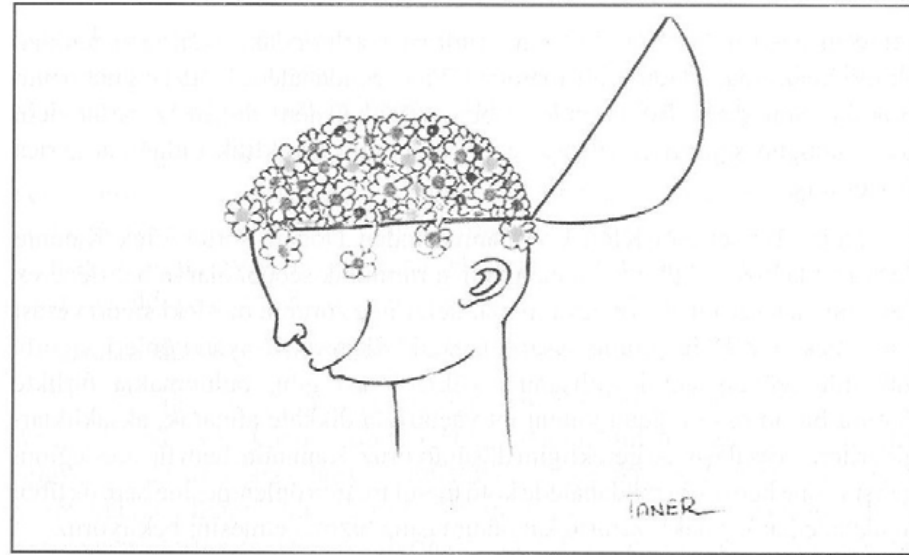
Zayıf durumdaki hastanın, tıbbi müdahale sonrası, hastalığın gelişen komplikasyonun tedavisi için de mali güce ihtiyacı olacaktır. Yasal düzenlemede bu gibi hallerde gerekli tedavi giderleri gibi zorunlu olan maddi zararların teminat altına alınması gerektiği düşünülmelidir. Bu noktada, Karayolları Trafik 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, 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 amacıyla. Çalışmamızın, Tıbbi Müdahalede Kötü Uygulamanın Hukuki Sonuçları Bölümünde, tıbbi müdahaleden doğan zararlar için sorumluluğun sigorta ettirilebileceğini ve bunun gereklilik olduğuna ayrıca değinilmiştir.

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında bizce kötü uygulamanın bir sorumluluk sebebi olarak belirlenerek devamında tasarının 32 ve devamı maddelerinde zorunlu mesleki sigorta esası önerilmektedir. Belirttiğimiz tasarının eksiklikleri ve aksayan yönleri, sigorta yükümlülüğünün sağlık çalışanına yükletilmesi gibi, bulunmakla birlikte önemli bir adım olduğunu günün ihtiyaçları da dikkate alınarak, aksaklıkları giderilerek yasalaşması gerektiğini düşünüyoruz. Kanunun, hem tıp mesleğinin gelişmesine hem tıbbi müdahalede kötü uygulamanın önlenmesine hem de tıbbi müdahaleden kaynaklı zararın karşılanmasına hizmet etmesini bekliyoruz.

251 Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi Müdahale, s. 107.



3-TIBBİ MÜDAHALEDE KÖTÜ UYGULAMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

Hukuk siteminin çekirdeğini kişilik oluşturmaktadır. Kişilik Kavramı geliştikçe, kişiliğe tecavüzlerin boyutları da genişlemektedir. Bütün bu sebeplerle kanun koyucular, hem kişiliğin layığı ile korunması sağlamaya çalışmakta, hem de kişiliğin korunması ile ters orantılı olarak gelişen teknoloji ile çelişmemeye gayret göstermektedirler.²⁵²

Tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasından kaynaklanan sorumluluk, esas itibarıyla belirli bir miktar tazminat ödemek şeklinde ortaya çıkar. Kusurlu olduğuna karar verilen sağlık çalışanı, yukarıda belirtilen sorumluluk sebeplerinin varlığı ve şartlarının bulunması halinde hastanın hem maddi hem de manevi zararını tazmin etmek mecburiyetindedir.

Tazminat davaları, kişilik hakkı tecavüze uğrayan kimsenin, tecavüz edene karşı, mümkün olduğu kadar, tecavüz öncesi durumuna getirilmesini sağlamak için başvurabileceği hukuki yollardır.²⁵³

Zarara uğrayan hasta arada bir sözleşme ilişkisinin bulunduğu durumda, yukarıda belirttiğimiz gibi dilerse haksız fiile, dilerse akde dayanarak maddi ve manevi tazminat talep edebilir. Davalardan birinin seçimi tazminatın hesaplanması yönünden önemli farklılık yaratmayacaktır(BK. M.98/II). Buna karşılık, gerek zamanaşımı açısından, gerekse kusursuzluğun hekim tarafından ispatı açısından sözleşmeye dayanan dava tercih edilecektir.²⁵⁴

I-Maddi Tazminat

Maddi tazminat davası, maddi zararın tazmini sağlamak amacına yöneliktir. Kişilik hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan kimsenin bu tecavüz yüzünden malvarlığında meydana gelen azalma, maddi tazminat istemine konu olur.

Maddi tazminat davası, genel nitelikte ve parayla ölçülebilen, mameleki davadır. En kısa tanımıyla zarar, kişinin maddi veya manevi varlığında azalmayı ifade eder.

Doğaldır ki, kaynağına ve sebebine, zarar veren ile zarar gören arasındaki hukuki ilişkiye ve her somut olayda farklı şekillerde gündeme gelebilecek, benzeri ölçütlere göre, zararın nitelik ve kapsamı her olayın kendine özgü yapısı içerisinde değişen bir yapı gösterecektir.

Zarar, aralarında daha önceden herhangi bir hukuki ilişki bulunmayan kişiler arasında bir haksız eylem nedeniyle doğabileceği gibi, aralarında sözleşme ilişkisi mevcut kimseler arasında da sözleşmeye aykırı bir davranışın sonucu olarak da ortaya çıkabilir.

Tıbbi sorumlulukta maddi zarar; yükümlülüğüne uygun bir müdahale gerçekleşseydi hastanın kavuşacağı sağlık durumu ile yapılan hatalı tedavinin gerçek sonuçları arasındaki parayla ölçülebilen farktır²⁵⁵.

Kaynağı ne olursa olsun, zarar görenin arzulamadığı bir azalmadır. Bir kimsenin, iradesi dışında, malvarlığında meydana gelen eksilmeye maddi zarar adı verilir. Zarar, malvarlığının azalmasıyla ortaya çıkabileceği gibi artması gerekirken artmaması, mahrum kalınması şeklinde de ortaya çıkabilir.

Sağlık çalışanının, kusurlu eyleminin sebep olduğu durum karşısında, bir başka hekime teşhis ve tedavi masrafları, hastane, ulaşım giderleri, çalışma gücü kaybı sebebiyle ekonomik kayıplar, bunların geçici veya sürekli olması hallerinde uğranan kayıplar, ölüm halindeki maddi zararlar, destekten yoksun kalma halinde hak sahiplerinin uğradığı zararlar, maddi zarara örnek niteliğinde sayılabilir.

A-Amacı

Tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasından kaynaklanan sorumluluk, esas itibarıyla belirli bir miktar tazminat ödemek şeklinde ortaya çıkacağını belirttik. Burada amaç, sorumlu olduğuna karar verilen sağlık çalışanınca, yukarıda belirtilen sorumluluk sebeplerinin varlığı ve şartlarının bulunması halinde, hastanın tıbbi müdahalede kötü uygulama olmasaydı maruz kalmayacağı, kötü uygulama sebebi ile oluşan maddi eksilmelerin giderimidir.

²⁵² Helvacı, S., *Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, s. 1, İstanbul, 2001

²⁵³ Helvacı, S., *Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar*, s. 177, İstanbul, 2001

²⁵⁴ Reisoğlu, s.15.

²⁵⁵ Yılmaz, B., s.65

Ancak, kişinin yeni başlayacağı ile girememesi örneğinde olduğu gibi kârdan mahrumiyeti de maddi zarardır.

Maddi tazminat davaları, kişilik hakkı tecavüze uğrayan kimsenin, tecavüz edene karşı, mümkün olduğu kadar, tecavüz öncesi durumuna getirilmesini sağlamak amacıyla başvurabileceği hukuki yollardır.

B-Kapsamı ve Hesaplanması

Maddi tazminatın üst sınırı, uğranılan tüm zararların toplamıdır. Bir başka söyleyişle, maddi tazminat, zarar miktarından fazla olamaz.

Eksilen malvarlığı, haksız fiil olayının ya da sözleşmeye aykırılığın meydana geldiği tarihte mevcut olan mal varlığı değildir. Eksilen malvarlığı, tıbbi müdahalede kötü uygulama olayından sonraki kişinin yapacağı tedavi giderleri ya da beden gücündeki azalmanın gelecekteki kazanç ve ekonomik değer kaybını da içerir.

Maddi zararın içeriği, tedavi giderlerini, çalışma gücü kayıplarını, ölüm halinde destekten yoksun kalma zararlarını ve ölünün gömülmesi, ölüm hemen gerçekleşmemişse tedavi giderlerini içerir.

Yüksek Sağlık Şurasının 2 temmuz 1980 tarih ve 7192 sayılı kararında açıkça belirtildiği şekilde "...daha ileri tetkik düşüncesiyle yurt dışına gönderilmesinin düşünüldüğü, bunun geçerli olduğu, ana babanın çocuklarının gözünün görmesi ve eski sağlığına kavuşması için en ileri tıbbi ve teknik imkan, çare ve tedbir ve tedavilere başvurmalarından daha doğal ve özellikle insancıl bir tutum ve davranış düşünülemez"²⁵⁶ denilerek maddi tazminat kapsamının geniş olduğuna işaret etmiştir.

Nitekim, Yargıtay'ın bu raporu esas alan 4. H.D. , E. 1981/1247, K.1981/3013, T. 11.03.1981 günlü kararında "...iyileşmek imkanı hasıl olmasa dahi yapılan giderlerin tazmini gerekir. Bu durumda davacı anne ve baba, ispat şartıyla, yurt dışında katlandıkları tedavi giderlerini istemekte haklıdır" denilmiştir.

Sağlığı zarar gören kişi, tamamen veya kısmen çalışmamaktan ve ileride ekonomik olarak uğrayacağı yoksulluklardan doğan zararlarını ve bu nedenle yaptığı giderleri isteyebilir²⁵⁷.

Kişinin ölümü ya da beden gücünün eksilmesi maddi zarardır. Maddi tazminat kapsamına, her şeyden önce yeni bir ameliyat ya da tedavi için yapılan masraflar gibi fiili zararlar girer.

Hastanın kusurlu tedavi sebebiyle ödemek zorunda kaldığı tedavi

masrafları, çalışma yeteneğinin kaybindan doğan zararları, iktisadi geleceğinin sarsılmasından dolayı uğradığı zarar karşılanmak zorundadır.²⁵⁸

Hekimin, randevuya gelmemesi halinde, hastanın hekimi beklerken uğramış olduğu kazanç kaybı, hekimin muayenehanesine gelirken yapmış olduğu yol masrafları da maddi tazminat kapsamında istenebilir.²⁵⁹

Malvarlığının pasifinde meydana gelen artmayı da maddi zarara dahildir. Gerek sözleşme ve gerekse sözleşme dışı sorumlulukta, uğranılan zararın gerçek miktarını ispat yükü hasta(ve/veya yakınlarına) aittir.

Ne var ki, zararın gerçek miktarını tam olarak ispatlamak çoğu zaman imkansızdır. İşte uğranılan zarar miktarının tam olarak ispatlanmadığı hallerde, hakim somut olayın özelliklerini göz önünde tutmak suretiyle ödenecek tazminatı belirler(BK. Md.98/II). Hastanın yanlış bilgi verme, teşhis ve tedaviye yönelik talimatlara uymama, tehlikeli olduğu önceden bildirilen bir tıbbi müdahaleye razı olma gibi ortak kusuru da nazara alınarak tazminat miktarı indirilebilir(BK. Md.44)²⁶⁰.

Müterafik kusurun, olup olmadığı, var ise derecesinin tayininde hakim in daha çok bilirkişiden görüş aldığı görülmektedir.

Yine tedavinin doğal sonucunun veya beklenmedik durumun zararlı durumun ortaya çıkmasında veya büyüklüğünde etkili olması, hekimin kusurunun çok hafif olması gibi hallerde tazminat kapsamında etkili olacaktır. Öte yandan, kişinin kazanç durumu da tazminat tutarında farklılık yaratacaktır. Yüksek gelir gurubun daha fazla, düşük gelir de tazminat da düşük olacaktır. Yakınlar yönünden, müteveffa, sağlığında destek ilişkisi yoksa, tazminat söz konusu olmayacaktır.²⁶¹

Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulamasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısında, sağlık çalışanları için "zorunlu mesleki mali sorumluluk" sigortası öngörülmektedir. Gerçek kişi çalışanla, kurum ve kuruluşun müteselsil sorumluluk esasının yer aldığı taslakta, sağlık çalışanının ödemek zorunda kalacağı tazminatı, önceden yaptıracağı mesleki mesuliyet sigortası kapsamında, sigorta şirketi tarafından ödenecektir.

1-Ölüm Halinde Maddi Tazminat

Tıbbi müdahalede kötü uygulama neticesi hak sahiplerinin desteği olan hastanın ölümü gerçekleşmişse, hasta hayatta olsaydı, kendilerine bakıp ve gözetecek şekildeki kayıplarını "destekten yoksun kalma" zararlarını ifade eder.

258 Ayan, M., s.121, Kılıçoğlu, M., s.433, Özdemir, H., s.182

259 İpekyavuz, F., s.149

260 Reisoğlu, S., s.17, Özdemir, H., s.183

261 Özyay, M., s.132

256 Yılmaz, B., s.67

257 Yılmaz, B., s.66

Ölüm halinde, zarar ve ziyan Borçlar Kanunun 45. maddesine göre tayin edilecektir. Ölüm, hemen gerçekleşmişse, ölünün yıkanması, kefenlenmesi, tabut yaptırılması, cenaze ilan, gibi masrafları da maddi zarar olarak tazminatın içinde yer almalıdır.

Ölüm, hemen meydana gelmemişse, zarar ve ziyan ölüm anına kadar yapılan tedavi masrafları ile olay anından ölüm anına kadar desteğin çalışmamasından doğan gelir kayıplarını da kapsar²⁶²

Tazminat isteğinde bulunan kişiye, fiilen, sürekli ve düzenli bir şekilde bakan ya da ona ileride bakması kuvvetle muhtemel olan kimseye “destek” denir. Destek kelimesi hukuki değil, fiili bir ilişkiyi ifade eder²⁶³. Nitekim evlilik dışı yaşamda, birlikte yaşadığı erkeğin ölümü kadın yönünden desteğin kaybidir.

Ölüm halinde, müteveffa ile destek (gerçek/farazi) ilişkisi içinde olanların tazminat talepleri ise destekten yoksun kalma tazminatı olarak isimlendirilmektedir. Şüphesiz, destek ilişkisinin olduğunun ileri sürülebilmesi her şeyden önce, müteveffanın bakım gücünün olmasını gerektirir. Destek zararının belirlenmesinde, temel unsur, ölenin ölmeden önceki geliridir. Mesleği olmayan ya da geliri tespit edilemeyen kişinin geliri ise uygulamada asgari ücrete göre yapılmaktadır.

Ölenin yaşı, hesaplanacak tazminat miktarında önemlidir. Genç bir kimsenin ölümü halinde, destek olacağı süre, muhtemel çalışma süresi uzun olacağı için tazminat tutarı da yüksek olacaktır.

Tazminatın hesaplanmasında, diğer unsur ise tarafların kusur durumlarıdır. Ölenin, cinsiyeti, dul kalan eşin evlenme şansı hesaplamada dikkate alınan bir husustur.

Destekten yoksun kalma tazminatı ile ölen ölmese idi, gelecekte ne süre, ne kadar yaşama Şansı bulunmasına, aynı zamanda da aktif ve pasif dönemleri göre uygulanmaktadır. Destekten yoksun kalma hesaplarında; işlemiş gelir ya da zarar dönemi, gelecek ya da bilinmeyen zarar dönemi ve pasif devre zarar dönemi olarak üç hesap devresi uygulanmaktadır²⁶⁴.

Destekten yoksun kalma tazminatının istenebilmesi için sadece destek ilişkisinin olması yeterli olmayıp, tazminat isteyen kişinin bakıma ihtiyacının bulunması da gerekir.

Tazminat isteyenlerin, ekonomik durumlarında gerileme olmadığı takdirde bakım ihtiyacından söz edilemez²⁶⁵.

2-Cismani Zarar Halinde Maddi Tazminat

Tıbbi müdahale sonucu meydana gelen başlıca zararlar, tedavi giderleri ve çalışma gücünün azalması veya tamamen kaybı halinde oluşan zararlardır.

Tedavi masraflarını, geniş olarak yorumlanmakta, yukarıda belirttiğimiz şekilde yurt dışında yapılan tedavi masrafları da maddi tazminat kapsamında yer almaktadır.

Çalışma gücünde meydana gelen azalmanın, geçici veya sürekli olması hesaplanacak tazminat miktarı bakımından önemlidir.

Çalışma gücünden, anlaşılması gereken, kişinin bedensel, ruhsal ve de zihinsel yeteneklerine bağlı olan ekonomik verimliliğidir. Çalışma gücünün kaybında işin niteliği yalnız tazminat kapsamıyla ilgilidir. Bu nedenle ev hanımı olması ile çalışması arasında fark bulunmamaktadır²⁶⁶.

Çalışma gücünün azalması, cismani zarar durumunda; zararın kapsam ve tayini Borçlar Kanunun, 43 ve 46. maddelerine göre belirlenecektir. Kanunun 46. maddesinin 1. fıkrasında, cismani zarara uğrayan kimsenin doğmuş ve doğacak zararının ve ziyanının, bütün masraflarının isteyebileceği düzenlenmiştir.

Borçlar Kanunun 43. maddesinin “hatanın ağırlığına” göre söyleminden sağlık çalışanın yükümlü olacağı tazminatın belirlenmesinde kusur derecesinin önemli olduğu anlaşılmaktadır.

C- Hak Sahipleri

Kural olarak, tıbbi müdahalede neticesinde doğrudan doğruya Zarar gören kişilere tazminat ödenir. Ancak hastanın ölümü halinde, geride kalan yakınları da destekten yoksun kalma tazminatı isteyebilir(BK: md. 45/II).²⁶⁷

Bu talebin yöneltilmesi için yoksun kalanların mutlaka ölenin yasal mirasçıları olmak zorunda değildir. Destekten yoksun kalanla, sağlık çalışanı arasında bir hukuki ilişki bulunmadığı için, destekten yoksun kalanların istemleri, haksız fiil(kusur) sorumluluğu ilkelerine tabi olmaktadır.²⁶⁸

II-Manevi Tazminat

Manevi zarar deyiminden, mağdurun kişiliğine yapılmış bir saldırı sonucu duyduğu fizik ve psişik ıstıraplar anlaşılır. Kavramı, zarar ölçütü ile örneklemek gerekirse, mağdurun huzurunda, isteği dışında meydana gelen bir azalma söz konusudur. Burada, iki hususu birbirinden ayırmak gerekir; Manevi

262 Yılmaz, B., s.216

263 Yılmaz, B., s.216

264 Öztürkler, C., s.103

265 Yılmaz, B., s.216

266 Yılmaz, B., s.218

267 Reisoğlu, S., s.17, Özdemir, H., s.182

268 Özyay, M., s.131

zarar, ancak mağdurun objektif olarak kişilik haklarının saldırıya uğraması halinde söz konusu olur. Hayatına, vücut bütünlüğüne yapılan saldırılardır. Objektif saldırı tek başına yeterli değildir. Ayrıca saldırının sübjektif olarak mağdur tarafından hissedilmesi de gerekir. Bu duruma göre manevi zarar, bir kişinin huzurunda azalmaya yol açan fizik ve psişik ıstıraplar varsayımına dayanır.²⁶⁹

Manevi tazminat istemi, kişilik hakkı hukuka aykırı şekilde tecavüze uğrayan kişinin duyduğu manevi acının, elem ve ıstırapın giderilmesine yöneliktir. Hukuki dayanağı ise Borçlar Kanunun 47. maddesi ile Medeni Kanunun 24. maddesi teşkil eder. Medeni Kanun md. 24 hükümlerine göre talep edilen manevi tazminat davaları, genel nitelikte ve parayla ölçülebilen, mameleki bir davadır.

Hekimin faaliyeti de esas itibarıyla hastanın beden bütünlüğü ve sağlık değerlerine yöneldiğinden, kişi, maddi zarar yanında manevi zarara da uğrar²⁷⁰.

Sağlık çalışanlarının, tıbbi müdahale nedeniyle kişinin manevi değerleri üzerinde olumsuz davranışları da söz konusu olabilir. Sır teşkil eden bilgi ve olayların açıklanması, ölüden izin verilmeyen organın alınması, yasaklanmış kürtaj, yeni doğan çocukların karıştırılması, gerçek dışı tanılara dayanılarak düzenlenen raporla bireyin özgürlüğünün kısıtlanması olayları bireyin ruhsal bütünlüğüne ve onu koruyan kişilik hakkına saldırı teşkil edebilir²⁷¹.

A- Amacı

Manevi tazminatın amacı, bu zararı gören kişinin, uğramış olduğu zararı, acı ve üzüntüleri dindirecek veya hiç olmazsa azaltacak bir tatmin sağlamaktır.²⁷²

Aynı zamanda ruhi ıstırapın dindirilmesini amacı da vardır.

Tıbbi sorumlulukta manevi zarar, tıbbi müdahalede kötü Uygulama sonucu olarak, hastanın duyduğu bedensel veya manevi acıyı, hayat zevklerinde meydana gelen azalmayı ifade eder.²⁷³

İstisna sözleşmesinin hükümlerinin uygulandığı ve hastanın memnuniyetsizliği ile neticelenen estetik müdahalelerde ise hasta çoğu kez manevi zarar duymakta olduğundan, talebin konusunu da manevi tazminat oluşturmaktadır. Ancak, eserin ayıplı olması sebebiyle, uğranılan manevi zararın tazmin edilebilmesi için, borca aykırı davranışın, iş sahibinin beden

tamlığına ya da kişilik haklarına zarar vermiş olması gerekir. Örneğin, Yargıtay, hastanın kolunda hayatı boyunca taşıyacağı çirkin iz nedeniyle üzüntü duymuş olduğunu kabul ederek, manevi tazminatı kabul etmiştir.²⁷⁴

Manevi tazminat, gerçek anlamda bir tazminat olmadığı gibi ceza hiç değildir. Burada amaç, zarar görenin duyduğu acının hafifletilmesi, onda bir tatmin duygusu yaratılmasıdır. Bu tazminatın kapsamı yönünden de çok önemlidir. Çünkü, manevi tazminat ile zarar veren cezalandırılmamaktadır. Tazminatın sınırının da bu anlamda amaca uygun belirlenmesi gerekir. Kanun koyucu, manevi tazminatın takdirinde hakime geniş bir takdir hakkı tanımıştır.

B- Kapsamı ve Hesaplanması

Tıbbi sorumluluk alanında manevi tazminatın hukuki dayanağını, Medeni Kanunun 24. maddesi ve vücut bütünlüğünün ihlali ve ölüm halinde Borçlar Kanunun 47. maddesi teşkil eder. Söz konusu madde, vücut bütünlüğünün ihlal eden kimseye veya adam ölmesi durumunda yakınlarına manevi tazminat ödenmesi konusunda takdir hakkı vermiştir. Bu maddeye göre, hakim "husus hal" dikkate alarak, bu kişilere tazminat ödenip ödenmeyeceğine, ödenecekse bunun ağırlığına somut olarak karar verecektir.²⁷⁵

Manevi tazminatın takdirinde, objektif ve sübjektif unsurlar rol almaktadır.

Bunlar, maluliyet oranının yüksekliği, iş göremezlik durumu, çehrede sabit iz bırakma veya zarar görenin yaşı gibi unsurlar yanında zarar verenin kusurunun ağırlığı dikkate alınmaktadır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.06.2004 gün ve , E.2004/13-291, K.2004/370. sayılı kararında; ameliyat sonucu ölüm olayında, Borçlar Kanunun 47. maddesinde düzenlenen manevi tazminatta kusurun gerekmediği, ancak takdirde etkili olabileceği, 2.06.1066 gün ve E.1966/7, K.1966/7 sayılı içtihadı birleştirme kararında açıkça vurgulanmıştır. Bu kararın gerekçesinde, takdir olunacak manevi tazminatın tutarı etkileyecek özel hal ve şartlarda gösterilmiştir. Bunlar her olaya göre değişebileceğinden hakim bu konuda takdir hakkını kullanırken ona etkili olan nedenleri de karar yerinde objektif ölçülere göre isabetli şekilde kullanmalıdır. Yine Borçlar kanunu 47. maddesine göre, hakim özel halleri göz önünde tutarak manevi zarar adı ile hak sahibine verilmesinde karar vereceği bir para tutarı adalete uygun olmalıdır. Bu tazminat tutarı esasen ne tazminat ne de cezadır. Çünkü mamelek hukukuna ilişkin bir zararın karşılanması amaç edinmediği gibi kusurlu olana yalnız hukukun ihlalinin dolaylı yapılan bir kötülük de değildir. Aynı zamanda ruhi

269 Deschenaux, H., Tercier, P., s.24

270 Ayan, s.110.

271 Aşçıoğlu, Tıbbi yardım, s.102.

272 Öztürkler, C., s.115

273 Öztürkler, C., s.41

274 Özay, M., s.134

275 Öztürkler, C., s.115

ıstırabın dindirilmesini de amaç edindiğinden, tazminata benzer fonksiyonu vardır. Takdir edilecek miktarı, mevcut halde elde edilmek istenen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır.²⁷⁶

Manevi tazminat zararının, bölünmezliği(tekliği) ilkesi geçerlidir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, E.1979/9-1481, K.1981/251 sayılı kararında, “özel durumların değerlendirilmesi ve adelete uygun tazminat miktarının saptanması davaya bakan hakime aittir. Bu takdir hakkı bölünemez” denilerek, manevi tazminatın bölünmezliği vurgulanmıştır.²⁷⁷

Haksız eylem tarihinde, gerek mağdurun ve gerekse yakınlarının ruh bütünlüğünün bozulması, haksız olayın hem mağdurda ve hem de mağdur yakınlarında fizyolojik yolu takip ederek, beyin acı ve eleme algılama süreci bir bütündür. Bazı olaylarda, başlangıçta küçük bir baş ya da karın travması şeklinde değerlendirilen bir haksız eylemin, sonradan görülen kadar masum olmadığı, zarar görenin, olay nedeni ile iş görmezliğine, ruhi çöküntüye uğrayabileceği durumlar bulunmaktadır. Diğer bir deyimle baştaki yaralanma, sonra maluliyete dönüşmektedir.²⁷⁸

Manevi tazminatın takdirinde, tarafların sosyal ve ekonomik durumlarının tespiti gereklidir. Çünkü, takdir olunacak tazminatta tarafların sosyal ve ekonomik durumları gözetilmelidir. Yargıtayın, pek çok kararında vurgulandığı üzere ödeyen için yıkım, talep eden için ise bir zenginleşme aracı olmaması gerekir.

Borçlar Kanun 47. maddesi manevi tazminatın kapsamının belirlenmesinde hakime geniş bir takdir hakkı vermiştir. Bununla birlikte; her somut olayın özelliğine, talep edenin çektiği acı, acının sürekliliği, yaşadığı tıbbi müdahalenin zorluğu, yaşı, işi, sosyal durumu gibi faktörler yanında zarar verenin kusurunun ağırlığı dikkate alınacaktır. Örneğin; bir ses sanatçısının tıbbi müdahalede kötü uygulama neticesi ile konuşma yeteneğinin kaybı ile bir ressamın konuşma yeteneğinin kaybı aynı olarak değerlendirilemeyecektir.

C- Hak Sahipleri

Manevi tazminatta, vücut bütünlüğüne ve kişilik haklarına saldırıda; vücut bütünlüğü ve kişilik değerleri saldırıya uğrayan kişi hak sahibidir. Ölüm halinde ise hak sahibi, kural olarak ölenin yasal mirasçıları olmaktadır. Manevi tazminat için kan bağı ve sıhri hısımlık şart değildir.

“Olayda davacılar, ölenin eşi, çocukları ve kardeşleri konumundaki kişilerdir. Ölenin şikayetleri yaşamsal öneme sahip şikayetler olmadığı gibi, ameliyatın yüksek risk içerdiği konusunda bir saptama uzmanlarınınca

²⁷⁶ Martıweb

²⁷⁷ Yargıtay Kararları Dergisi s. 808, 1981/1

²⁷⁸ Öztürkler, C., s.126

yapılmamıştır. Durum böyle iken ölümle sonuçlanması pek muhtemel olmayan bir ameliyat sonucunda ölüm gerçekleşmiş ve bu durum, davacılar da büyük ölçüde elem ve ızdıraba sebebiyet vermiştir. Davacılar da uyandırılan güvene uygun bir dikkat ve özenin gösterilmesi halinde ölüm riskinin olmayacağı bir ameliyatta hastanın kaybının onun yakınlarında manevi yıkım oluşturması olağandır”²⁷⁹ şeklindeki YGK kararında ölüm halinde ölenin yasal mirasçılarının ve yakınlarının tazminat istemini haklı bulmuştur.

Manevi tazminat, gerçek anlamda bir tazminat olmamakla birlikte, bir ceza da değildir. Manevi tazminat, zarara uğrayanda bir huzur hissi, bir tatmin duygusu vermelidir.

Cismani zararlarda, mağdurun yakınlarının manevi tazminat istemleri, anne, baba, eş ve kardeşlerle sınırlanmaktadır ve “zararın yansımaları” denilmektedir.

Mağdur yani cismani zarara uğrayan kişinin yakınları, zarar görenin duyduğu acı elemin ağırlığı nispetinde, eğer bir acı ya da elem duymamış iseler söz konusu tazminat yakınlarına yansımamaktadır.²⁸⁰

III- Zamanaşımı

Zamanaşımı, kanunun belirttiği sürelerin belirli koşullar altında geçmesiyle bir hak kazandıran veya bir yükümlülüğün kurtulmayı sağlayan süredir. Geçen sürenin etkisi, kanunun belirlediği sürelerde hakkın kullanılmaması durumunda, hakkın müeyyidesinin ortadan kalkmasıdır.

Sağlık çalışanın, sorumluluğu yönünden, maddi ve manevi tazminat taleplerinin ileri sürülebilmesi zamanaşımına tabi tutulmuştur. Şüphesiz, hak bu süreler içinde kullanılmalıdır. Zamanaşımı süreleri, hakkın özünü değil, hakkın ileri sürülebilmesinin sınırıdır. Sağlık çalışanın, sorumluluğunda zamanaşımı sürelerini, sorumluluğun hukuki dayanağına göre birbirinden farklıdır.

A-Haksız Fiilden Doğan Hukuki Sorumluluğun Zamanaşımı

Kusurun, kurucu unsur olduğu tazminat davalarına ilişkin zamanaşımı süreleri; Borçlar Kanunun 60. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir. Hükümde, üç türlü zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

Buna göre, maddi ve manevi tazminat talebi, zararın ve failin (tazmin yükümlüsünün) öğrenildiği andan itibaren 1 yıl içinde ileri sürülmek zorundadır.

²⁷⁹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 23.06.2004 gün ve , E.2004/13-291, K.2004/370. sayılı kararında, Martıweb

²⁸⁰ Öztürkler, C., s.124

Nitekim, aynı hükme göre; tazminat davaları zarar verici fiil veya olayın vukuundan itibaren 10 yıl içinde açılmalıdır. Yani 1 yıllık süre, fiilden itibaren 10 yıl ile sınırlandırılmıştır. Davaya konu eylem, aynı zamanda suç teşkil ediyor ve Ceza Kanunda daha uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüşse, tazminat davasına ceza zamanaşımı süresi uygulanacaktır.

Yasa hükmünde görüldüğü üzere, ilk sorun zarar verenin belli olmaması halinde durumlarda ortaya çıkar. İkinci sorun, zarar veren belli olmakla birlikte, onun verdiği zararın, zarar görence hangi tarihte öğrenildiğinin belirlenmesi sorunu ortaya çıkmaktadır. Buna bağlı olarak da burada “zararı öğrenme” kavramının içeriği diğer bir sorundur. Zararın öğrenilmesi, salt zararın varlığından haberdar olunması anlamında mıdır, yoksa verilen zararın kapsam ve miktarının da, zarar görence tam olarak bilinmesi bir koşul olarak aranacak mıdır? Nihayet, zararın, ilk oluştuğu şekliyle kalmayıp, geçen sürenin zaman içerisinde artarak, dolayısıyla nitelik, kapsam ve miktar itibarıyla değişerek devam ettiği durumlarda, zarar görenin bunun varlığını hangi tarihte öğrenmiş sayılacağı sorunu gündeme gelmektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 11.12.2002 gün ve E.2002/13-1011, K.2002/1047 sayılı davalı doktorların, hamilelik kontrollerinde, vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırı davranışları sonucu, çocuğun anomalili doğması nedeniyle uğranılan maddi ve manevi zararların tazmini davasının kararında;

“...dava, davalı doktorların vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırı davrandıkları iddiasına dayalıdır. Hemen belirtilmelidir ki, vekil, vekalet görevini yerine getirirken, yöneldiği sonucun elde edilememesinden sorumlu değilse de, bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabadaki özen eksikliğinden dolayı sorumluluk altındadır. Eğer bu özen eksikliği nedeniyle müvekkil bir zarara uğramış ise, vekilin tazminat sorumluluğu gündeme gelecektir. Vekil, müvekkil ilişkisinde, vekilin özen ve sadakat borcuna aykırı davranışının bir zarar doğurduğu, müvekkilin buna dayanarak tazminat talep etme hakkını kazandığı durumlarda, müvekkilin tazminat isteme hakkının doğacağı ve dolayısıyla zamanaşımı süresinin başlayacağı tarihin, müvekkilin söz konusu zararın varlığını öğrendiği tarih olacağı açıktır” denilmiştir.²⁸¹

Tıbbi müdahale ilişkisinde, esasen zarar gören ve zarar veren bellidir, zarar veren tıbbi müdahalede bulunan, sağlık çalışanıdır. Bu halde, zarar vereni belli olan zararın ne zaman öğrenildiği hususu önem arz etmektedir. Zarar verici eylemin, niteliğine ve doğan zararın yapısına göre eğer, eylem sonucundan doğan zarar, üzerinden geçen zaman içerisinde ilk doğduğu şekliyle (sonradan hiç değişmeksizin) varlığını sürdürüyorsa, zarar görenin salt bu zararın varlığını öğrenmiş olması, ona dayalı tazminat isteme hakkının

doğması ve dolayısıyla bu hakkına ilişkin talebi yönünden zamanaşımı süresinin de başlaması için yeterli olacaktır. Yargıtay’ın istikrar kazanmış kararlarında, böyle durumlarda, zarar görenin zararın varlığını öğrenmesi yeterli kabul edilmekte, ayrıca zararın kapsam ve miktarının öğrenilmiş olması, zamanaşımı süresinin başlaması yönünden bir koşul olarak aranmamaktadır. Zararı öğrenme, zararın kapsamını öğrenme ile eş anlamlı olmayıp, yalnızca genel olarak ona neden olan eylemin zararlı sonuçlarını öğrenme demektir. Herhangi bir eylemden doğan zararın tümü bir birlik teşkil eder, birbiriyle ilişkisi olmayan bağımsız zararların bir toplamı olarak görünmez; dolayısıyla, zararın, kapsam ve tutarının belli olmaması, zamanaşımının başlamasına engel oluşturmaz. Başka bir ifadeyle, zararın öğrenilmesi, onun kapsamının değil, varlığının öğrenilmesi anlamındadır.²⁸²

Buna karşılık, ortaya çıkan zarar, kendi özel yapısı içerisinde, sonradan değişme eğilimi gösteriyor, kısaca, zararı doğuran elemin doğurduğu sonuçlarda (zararın nitelik ve kapsamında) bir değişiklik ortaya çıkıyor ise, artık, gelişen durum ve dolayısıyla, gelişen bu durumun zararın nitelik ve kapsamı üzerinde ortaya çıkardığı değişiklikler (zarardaki değişme) söz konusu olacaktır. Böyle hallerde, zararın kapsamını belirleyecek husus, gelişmekte olan bir durumdur ve gelişme sona ermedikçe zarar henüz tamamen gerçekleşmiş olmayacağı için, zamanaşımı süresi bu gelişen durumun durduğu veya ortadan kalktığı öğrenilmesiyle birlikte başlayacaktır.²⁸³

Bu temel saptamalardan sonra belirtmemiz gerekirse; tıbbi müdahaleler yönünden de kimi kez zarar, nitelik ve kapsamı değişiklik gösterir. Bu halde zararı öğrenme zamanı daha ileri bir zamana taşınmaktadır. Öte yandan, zararın tıbbi müdahale anında belli olması da mümkündür. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun, 11.12.2002 gün ve E.2002/13-1011, K.2002/1047 sayılı kararında; “ davalı vekillerin özen borcuna aykırı davranışlarının doğurduğu zararın, davacı küçük K’nın doğumu anında, bütün unsurları ile ortaya çıkmış bulunduğu kabulü gerekmektedir. Zira, K’nın bazı uzuvlarının mevcut olmadığı, bazılarının da yeterli fonksiyona sahip bulunmadığı doğum anında bellidir. ... doğumun üzerinden belirli bir zamanın geçmesi ve gelişen durumun tamamlanmasının beklenmesini gerektiren bir delil yoktur. ... bu halde davacıların zararı doğumda öğrendikleri anlaşılmaktadır” denilerek, zamanaşımının tıbbi müdahalenin vukuunda başladığına işaret edilmiştir.

Buraya kadar söylediğimiz zamanaşımı süreleri, sağlık çalışanının haksız fiil sorumluluğu ve vekâletsiz iş görme sorumluluğu durumunda uygulanacak zamanaşımı süreleridir.

²⁸² Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 25.09.1978 gün, E.1978/11493, K.1978/10367 ve 4.12.1986 gün ve E.1986/6073, K.1986/8183 sayılı kararları.

²⁸³ Yargıtay 4.Hukuk Dairesinin 15.03.1980 gün, E.1980/3493, K.1980/6206 ve 26.1.1987 gün ve E.1986/7532, K.1987/485 sayılı kararları

B-Sözleşmeden Doğan Hukuki Sorumluluğun Zamanaşımı

Sağlık çalışanı ile hasta arasındaki ilişkinin vekalet veya istisna akti hükümlerine tabi olduğu durumda ise, Borçlar Kanunun 126/f.IV maddesi uyarınca 5 yıllık zamanaşımına tabi olacaktır.

Yargıtay'ın uygulaması, haksız fiil ya da hizmet ilişkisi olmayan durumlar için Borçlar Kanunun 386/2 maddesi uyarınca diğer iş görme sözleşmeleri hakkındaki yasal düzenlemelere tabi olmayan işlerde vekâlet akti hükümleri geçerlidir, şeklindedir.²⁸⁴

Ancak, hekimle hasta arasında, estetik müdahalelerde olduğu gibi, istisna sözleşmesi kurulmuş ise, müteahhit konumundaki hekimin, "kasıt veya ağır kusuru ile akti hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş ve bilhassa ayıplı malzeme kullanmış veya ayıplı bir iş meydana getirmiş olması sebebiyle" açılacak davalar, bu maddede hariç tutulduğundan, hastanın alacak talebi, Borçlar Kanunun 125. maddesine göre 10 yıllık zamanaşımı süresine tabi olacaktır.²⁸⁵

C-Kusursuz Sorumluluk Durumlarında Zamanaşımı

Borçlar Kanunun 60. maddesinde öngörülen süreler, haksız fiil Sorumluluğunda geçerli olduğu gibi olağan sebep sorumluluğu, adam çalıştırmanın sorumluluğu ve yapı eseri malikinin sorumluluğu içinde uygulanır.

Tehlike sorumluluğu ise niteliği gereği özel düzenlemeyi gerektirmektedir. Nitekim Karayolları Trafik Kanunun'da süre BK: 60. daki gibi 1 yıl olmayıp daha uzun 2 yıl olarak düzenlenmiştir. Bizce sağlık çalışanının sorumluluğu yönünden özel, bağımsız bir düzenleme gereklidir.

BK. 60 maddesinde üç türlü zamanaşımı öngörülmüştür. Bunlar; 1 yıllık, subjektif ve nisbi nitelikte kısa zamanaşımı süresi; 10 yıllık, objektif ve mutlak nitelikte uzun zamanaşımı süresi ile olağanüstü nitelikteki ceza zamanaşımı süresidir. Vücut bütünlüğünün ihlalinden doğan zarar ve miktarı, tıbbi bakım ve tedavi sonucu düzenlenen hekim raporuyla belirli bir açıklığa kavuşur. Hekim veya diğer bilirkişi raporu, bu gibi 1 yıllık sürenin başlaması için yeterlidir. Zarar görenin sağlık durumu daha da kötüleşirse, bu yeni bir zarar oluşturduğu takdirde, ilk zarardan bağımsız olarak ele alınır ve bu yeni zarar için yeni 1 yıllık süre işler²⁸⁶

²⁸⁴ Yargıtay 13.H.D., T. 16.09.2005, E.2005/5697, K. 2005/13292, "...somut olayda davacı ile davalı arasında vekil-müvekkil ilişkisi mevcut olup, davadaki talepler vekillerin (doktorların) vekalet görevini ifada özen borcuna aykırı davranışları iddiasına dayalı bulunmakla, uyumsuzluğa vekalet hükümleri uygulanmalı ve doğal olarak zamanaşımı süresi ile ilgili bunun hangi tarihten başlayacağı sorunu da bu çerçevede değerlendirilmelidir".

²⁸⁵ Özay, M., s.142,143.

²⁸⁶ Eren, F., s.823-824

IV-Sorumluluğu Ortadan Kaldıran ve Azaltan Haller

A-Sorumsuzluk Anlaşması

Sorumsuzluk anlaşması; tarafların karşılıklı uyuşan irade beyanı ile kurulan, borçlunun sorumluluğunun kanun hükümleri çerçevesinde daraltılabildiği, dolayısıyla borçlu yararına, alacaklı aleyhine olan bir anlaşmadır²⁸⁷.

Sözleşme özgürlüğü prensibinin, bir sonucu olarak, kanunun emredici hükümlerini ihlal etmemek koşuluyla, sorumsuzluk anlaşması yapılmasının mümkündür. Borçlunun, akti sorumluluğunu sorumsuzluk anlaşması ile daraltması mümkünken, haksız fiil sorumluluğunu, önceden yapılmış bir beyan veya ilan ile kaldırılmasının bir kıymeti olmayıp, yapılan işlem kamu düzenine aykırı olması sebebiyle mutlak butlanla batıldır²⁸⁸.

Borçlar Kanunun 99. maddesinin ilk fıkrasına göre, "Hile veya ağır kusur halinde duçar olacağı mes'uliyetten borçlunun iptidaen beraetine tazammun edecek her şart batıldır". Kanunun bu açık ve emredici hükmünün aksine yapılacak bir sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olmayacağı açıktır. Yani sağlık çalışanı, kast veya ağır ihmalinden sorumlu olmayacağına dair yapacağı bir anlaşma, kanunun deyimiyle batıldır. Ancak, çalışmanın değişik yerlerinde belirttiğimiz üzere, sağlık çalışanının sorumluluğuna sebep olan durumlar, çok istisnai haller hariç, daha çok ihmal ile ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, sağlık çalışanının hafif ihmalinden doğacak zarardan sorumlu olmayacağına ilişkin sorumsuzluk anlaşması yapıp yapamayacağı hususu doktrinde tartışmalıdır.

Bir görüşe göre²⁸⁹; hekimin mesuliyeti, Borçlar Kanunun 99/f.II maddesinde tanımlanan "hükümet tarafından imtiyaz suretiyle verilen bir sanatın icrasından tevellüt" ettiğinden, hakim, sorumsuzluk anlaşmasını geçersiz sayması mümkündür. Bu sebeple, hafif ihmal için sorumsuzluk anlaşması yapılabilecek, ancak bu şart, somut olayda, hakim, denetiminden geçecektir.

Ayan²⁹⁰ ise; Tedavi sözleşmesinin belirleyici özelliğini oluşturan hekim ile hasta arasındaki güven ilişkisine daha fazla uygun düştüğü için, hafif ihmale ilişkin bir sorumsuzluk anlaşması, Borçlar Kanunun 20. maddesi anlamında batıl sayılmasa bile, hakim, bunu her hal ve şartta geçersiz sayması (BK. Md. 99/II) tavsiye edilebilir. Zira, hasta, can kaygısına düştüğü için (manevi baskı ya da zorda kalma) böyle bir sorumsuzluk şartını düşünmeden kabul etmiş olabilir. Burada gabin in şartları (ivazlar arasında aşırı oransızlık) yok;

²⁸⁷ Akman, G. Sorumsuzluk Anlaşması, s.43, İstanbul, 1976 (Özay, m. Naklen s.136).

²⁸⁸ Akman, G., Sorumsuzluk Anlaşması, s39 (Özay, M. Naklen, s.136)

²⁸⁹ Sarıal, E., Sağlalararası Organ Naklinden Doğan Hukuksal İlişkiler; İstanbul, 1986, s.101; Akman, G. S., Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s.64, Oğuzman/Öz; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, s. 349, Eren, F., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul, 2003, s.1045 (Özay, M., Naklen, s. 137)

²⁹⁰ Ayan, M., s.120

irade fesadı hallerinden biri de mevcut değil , fakat, ilişkinin niteliği gereği çıkarlar dengesi böyle bir anlaşmanın geçersiz sayılmasını gerektireceği görüşündedir.

Aşçıoğlu²⁹¹ ise; hakimın, hekim ile hasta arasındaki güven unsurunu ve yapılan sorumsuzluk anlaşmasının kişinin yaşam ve sağlık hakkını ilgilendirdiğini benimseyerek, anlaşmanın tümüyle geçersiz sayılması gerektiğini düşünmektedir.

Haluk Tandoğan ise, Türk Mesuliyet Hukuku başlıklı kitabında; hekimin kendisine güvenen hastasına, tıbbi el atmalardan sorumlu olmayacağını demesinin kendisine beslenen güven unsurunu ortadan kaldırır nitelikte olduğundan, yapılan sorumsuzluk anlaşmasının hakim tarafından geçersiz sayılması gerektiğini ileri sürmektedir²⁹².

Özay'a göre; sonuç taahhüdünün yer aldığı, tedaviden çok güzelleşmenin amaçlandığı, hastanın da can kaygusu ya da zorda kalma halinin mevcut olmadığı estetik müdahalelerde, hakimın somut olaya göre takdir edeceği ölçüde değerlendirmesi ve anılan sorumsuzluk anlaşmasının her halde geçersiz sayılmaması gerekmektedir. Zira estetik müdahalelerde, hasta müdahalenin yeri ve zamanına kadar kendisi karar vermekte olup, hayatını idame ettirmesi için zorunlu veya faydalı olmayan bir işlemi, kendi talebiyle, bedeni üzerinde uygulamaktadır. Mahiyetinde sonuç taahhüdünü barındırması ve klasik hekim hasta ilişkisinden farkı sebebiyle, hekime bir eser meydana getirme borcunu yükleyen bu sözleşmelerde, hafif ihmalden sorumsuzluk şartının öngörülmesi mümkün bırakılmalıdır²⁹³.

Uygulama yönünden, konuya bakacak olursak; Yılmaz²⁹⁴, bu konuda; uygulamada hekimin vekil sıfatıyla işçi gibi hafif kusurundan dahi sorumlu olduğunun kabul edildiğini, bu sebeple de hekimin sorumsuzluk anlaşması yapamayacağı kanaatindedir.

Sorumsuzluk anlaşmasını destekleyen görüşlerin bile esasen sorumsuzluk fikrinde, kusuru, sadece hafif ihmalle sınırlı tuttuklarını görmekteyiz. Uygulamada, gerek hekimlerin, gerekse sağlık kuruluşlarının, aydınlatma ve rıza formlarında tip sözleşmeleri kullandıkları da gerçektir. Tıbbi müdahale yönünden verilen rızanın bile çoğu kez anlamının hasta tarafından bilinmediği veya böyle bir rıza vermediği iddia edildiği de uygulamada sıklıkla karşılaşılmaktadır. Diğer yandan, daha tedavi sürecinin başında, oluşacak zarardan sorumlu olunmayacağına ilişkin bir şartın hasta tarafından kabulü tıbbi müdahale ilişkisinden beklenen amaca aykırıdır. Tedavinin bir

kısım moral fiilleri de barındırdığı, sağlık çalışanı, hasta ilişkisinde; hastanın en özel sırlarının sağlık çalışanına verildiği özenin temel ve sorumluluğu belirleyici unsuru olduğu durumda sorumsuzluk anlaşmasının yapılamayacağı düşüncesindeyiz.

Borçlar Kanunun 100. maddesinin ikinci fıkrasına göre borçlunun, yardımcı şahsın fiilinden sorumluluğu, önceden alacaklı ile aralarında yapılan bir sözleşme ile kısmen veya tamamen kaldırılabilir. Hükmün devamında hizmetin imtiyaz suretiyle verilen bir san'atın icrasına ilişkin olması durumunda ise sadece hafif ihmali halinde sorumlu olunmayacağına dair konulacak şartın geçerli olacağı düzenlenmiştir. Yukarıda hekim için söylenen tüm hususlar ve tartışmalar bizce yardımcı şahıs içinde geçerlidir.

B-Hastanın Rızasının Sorumluluğa Etkisi

Hastanın aydınlatılmış rızasının bulunması tıbbi müdahalenin hukuka uygun olmasının şartlarının başında ve en önemlisidir²⁹⁵. Rıza bir yanda hukuka uygunluk nedeni diğer yanda sağlık çalışanı tıbbi müdahale yetkilerinin sınırındır.

Hastanın tıbbi müdahaleye rızası, yapılan müdahaleyi hukuka uygun hale getirir. Ancak, hasta kendisine yapılan aydınlatmaya dayalı olan ilk rızasından vazgeçmesi ve tedaviyi reddetmesi de mümkündür. Zorunlu haller dışında, bu vazgeçme rızayı ortadan kaldıran bir durumdur.

Çoğunluk²⁹⁶ görüşüne; göre hastanın rızasının alınması hukuka uygunluk sebebidir. Bu nedenle rızanın varlığı hekimin sorumluluğunu kaldırmayacağı gibi zarar ve tazminattan bir indirim sebebi de olamaz.

Yargıtay'ın eski tarihli bir kararında; “davacının çocuğunu aldırarak için davalı doktora gittiği ve böylece çocuğun aldirılması eylemine önceden razı olduğunun açıkça anlaşılmakta olduğundan” gerçekleşen maddi zarar hakkında Borçlar Kanunun 44. Maddesinde düzenlenmiş olan tazminat indiriminin uygulanmasına karar vermiştir²⁹⁷.

Ancak, bizce Borçlar Kanunu 44/I de belirtilen durumda fiil zaten hukuka aykırıdır, zarar görenin rızası ise ortak kusur olarak indirimde esas olacağı düzenlenmiştir. Diğer yandan; Borçlar Kanunun 44/I maddesindeki rıza ile tıbbi müdahaleye rıza aynı mahiyette değildir. İndirim sebebi olarak düzenlenen rıza, “zarara rıza göstermek” olarak belirtilmiştir. Sağlık çalışanı sorumluluğu yönünden rıza ise tıbbi müdahalenin uygulanmasına ilişkin, hukuka uygunluk sebebidir.

291 Aşçıoğlu, Ç., s.128

292 Tandoğan, H., s.214

293 Özay, M., s.138,139

294 Yılmaz, B., s.169

295 bkz., s.113 ve devamı

296 Aşçıoğlu, Ç., s.128, Yılmaz, B., s.170

297 Yargıtay 4.HD., T. 10.03.1975, E. 1975/14058, K. 1975/3029 (Hancı naklen s.126)

Bizce de, rızanın bulunmasının sağlık çalışanı sorumluluğunu kaldırmayacağı düşünülmelidir.

Sarıtaş'ın²⁹⁸ haklı olarak belirttiği şekilde; tıbbi müdahaleler bakımından, rızanın bulunması kural olarak, hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacağı gibi, tazminattan indirim sebebi de olamaz. Ancak, rızanın geçerli olmadığı, yasal olmayan kürtaj gibi ayırık durumlarda, hastanın rızası, zarar görenin kusuru olarak tazminattan indirim sebebi (BK:md. 44) kabul edilebilmelidir. Aşçıoğlu'na²⁹⁹ göre burada rıza hukuka aykırı durumun nedenidir.

Bizce, zarar görenin kusuru ile rızanın geçerli olmadığı, ötenazi gibi durumlar birbirinden ayrıdır. Zarar görenin kusuru kimi zaman illiyet bağımlı keser. Bu gibi durumlarda sağlık çalışanı sorumlu olmaması ya da indirim uygulanması gerektiği düşüncesindeyiz. Örnek olarak; acil durumdaki, bilinci açık bir hastanın, sağlık çalışanınca kendine önerilen tıbbi müdahaleyi reddetmesi mümkündür. Keza diini inançları sebebiyle kan naklini kabul etmeyen hastanın durumu bir örnektir. Tedaviyi reddeden bu hastanın, tavsiyelere uymaması ve kötüleşmesi halinde; hastanın açık kusuru, zararlar sağlık çalışanının eylemi arasındaki illiyet bağımlı keser. Burada da sağlık çalışanı özenine göre değerlendirme yapıldığında, tazminat sorumluluğunun ortadan kalkması ya da indirim yapılması gereklidir.

C-Zaruret Halinde Sorumluluk

Zaruret hali, Borçlar Kanunun 52/II de düzenlenmiştir. Bir kimsenin, kendisinin veya diğer bir kimsenin şahıs veya malvarlığını, meydana gelecek bir tehlikeden, zarardan korumak için başkasının malvarlığına zarar vermesi durumudur.

Zaruret halinde işlenen fiil, üstün yarar ilkesinin bir uygulama türü olduğundan, hukuka aykırılık teşkil etmez³⁰⁰.

Aşçıoğlu³⁰¹, Şenocak³⁰², Özyay³⁰³, Sarıtaş³⁰⁴; hastanın tehlikeye uğramasını önlemek ve insan sağlığını korumak amacıyla, yer ve zaman bakımından uygun olmayan ve uzmanlık bakımından yetkisinin olmadığı durumlarda hekimin hastaya tıbbi müdahalede bulunabileceğini, hekimin az da olsa zararlı durumu engelleme ihtimali varsa, bu çaresizlik durumunun müdahaleyi hukuka uygun hale getireceğini belirterek bu durumu zaruret hali olarak isimlendirmişlerdir ve BK. 52. maddenin kıyasen uygulanmasının gerekeceğini belirtmişlerdir.

²⁹⁸ Sarıtaş, H., s.138

²⁹⁹ Aşçıoğlu, Ç., s. 128

³⁰⁰ Eren, F., s.592

³⁰¹ Aşçıoğlu, Ç., Tıbbi Yardım, s.127

³⁰² Şenocak, Z., s. 104

³⁰³ Özyay, M., s.141

³⁰⁴ Sarıtaş, H., s.139

Buna dayanak olarak da, Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 3. maddesindeki, acil durumlarda, hastaya müdahale yapma yükümlülüğünü göstermişlerdir.

Bizce, bu durumun zaruret hali olarak belirtilmesi, kanunun tanımına uygun bir terim olmadığı gibi, bu yönde bir kıyas hükmün amacına da uygun değildir. Borçlar Kanunun 52. maddesinde yer alan; zaruret halinin varlığı ve bu sebeple hukuki sorumluluğun bertaraf edilebilmesi için; şahsa veya mala derhal meydana gelecek zarar ya da tehlike olmalıdır. Zarar veya tehlikeye malına zarar verilen kişi sebep olmamalıdır. Zarar ve tehlike sebebiyle üçüncü kişinin malvarlığına zarar verilmiş olmalıdır. Zarar ve tehlike ile üçüncü kişinin malına verilen zarar arasında bir denge olmalıdır.

Tıbbi müdahale ilişkisinde ise sağlık çalışanı tarafından verilme ihtimali olan zarar bir malvarlığı zararı değil, vücut bütünlüğüne verilen bir zarardır.

Kanımızca, burada çalışmamızın değişik bölümlerinde belirttiğimiz üzere olaya Medeni Kanunun md. 2 yer alan dürüst kullanma kuralına göre, çözümlemek ve olayda sağlık çalışanı özenini araştırmak gereklidir. Sağlık çalışanı tarafından, acil durumda olan hastaya tedavi vermemek, hakkın kötüye kullanımı ve bizce sorumluluğu doğuran bir durumdur.

Acil durumda, uzmanlığının olmadığı ya da şartların fevkalade yetersiz olduğu durumda sağlık çalışanı tarafından yapılan müdahalede de temel esaslar dahilinde; sağlık çalışanı özenin değerlendirilmesinde, aynı koşullarda bulunan, aynı deneyim ve bilgi düzeyindeki bir sağlık çalışanı benzer koşullarda göstereceği özen esas alınacaktır. Koşulların veya deneyimin tümüyle yetersiz olduğu durumda, kanamalı bir hastaya, şartlar sadece kanamanın durdurulmasına yönelik tampon gibi müdahalelere ancak mümkün iken, uygun olmayan koşullarda mevcut duruma göre riskin daha fazla olduğu cerrahi müdahalede bulunulması durumu bizce zaruret hali olarak değerlendirilemez.

D-Tıbbi Müdahaleden Doğan Zararlar için Sorumluluk Sigortası

Sigorta, risklerle dolu olan yaşamda, bunlara karşı önlem alma zorunluluğundan doğmuştur. Sorumluluk hukukunun, gelişmesi, bu anlamda sorumluluk sigortasının gelişmesini getirmiştir. Sorumluluk sigortası ile ana ilke olarak, sigorta ettirenin üçüncü kişilere verebileceği zararlardan ötürü bu zararın giderilmesi için sigorta ettirenin mamelekindeki azalmayı önlemeye yönelik amaç bulunmaktadır. Ne var ki; bu tür sigorta sadece sigorta ettirenin korunması değil, sigorta ettirenin eyleminden kaynaklanan zararlardan üçüncü kişilerin zararlarının giderilmesi de amaçlanmaktadır³⁰⁵.

³⁰⁵ Ulaş, I., Uygulamalı Sigorta Hukuku, Mal ve Sorumluluk Sigortaları; Ankara, 1998, s. 485

Mesleki sorumluluk sigortaları; mesleklerin, mesleki uygulamaları sırasında oluşacak hatalar nedeniyle, tazminat ödemeleri gerektiğinde kullanılmak üzere sigorta şirketleri tarafından sigortalanmalarıdır³⁰⁶.

Dünyada, özellikle Amerika Birleşik Devletlerinde, sağlık çalışanlarının ister serbest, ister kamu bünyesinde görev yapsın mesleki sorumluluk sigortalarının bulunması yaygın ve gelişmiş bir uygulamadır. Kimi ülkelerde, isteğe bağlı olmasına rağmen, Amerika Birleşik Devletlerinin pek çok eyaletinde mesleki sorumluluk sigortası zorunlu ve çalışma koşuludur.

Ülkemizde ise, sağlık çalışanlarının ve sağlık kurum ve kuruluşlarının tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasından kaynaklı sorumlulukları için sigortalanma başlangıç aşamasındadır. Çalışmamızın pek çok yerinde sözünü ettiğimiz Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanun Tasarısının pek çok yerinde sigortaya yer vermiş. Tasarının 3. maddesinin tanımlar bölümünde; sigortayı, bu kanun uyarınca sağlık personeline ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşlarınca yaptırılacak zorunlu mesleki sorumluluk sigortası olarak tanımlamıştır. Tasarıda bunun sigortanın zorunlu olması öngörülmektedir.

Mesleki sorumluluk sigortaları, maliyeti oldukça yüksektir. Diğer yandan, uygulamada, tıbbi müdahalenin kötü uygulanmasından doğan zararların da kapsamlı ve rakamsal olarak yüksek meblağlara ulaştığı görülmektedir.

Tıbbi müdahaleden kaynaklı zararlar, çoğunlukla ihmalle ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, çalışmamızın değişik bölümlerinde belirttiğimiz üzere bu olaylarda kusurun ispatında büyük zorluk içermekte, buna karşı meydana gelen zararı zayıf durumda bulunan hastaya yükletmenin ise sorumluluk hukuku esaslarına uymadığı düşüncesindeyiz.

Tıbbi sorumluluğun, tıpkı Karayolları Trafik Kanunu gibi, özel bir kanun ile düzenlenip, mesleki sorumluluk sigortasının ise bu bağlamda zorunlu olması, ancak bunun tüm yükünün de sağlık çalışanı üzerinde olmaması gerektiğini düşünüyoruz.

SONUÇ

Sağlık çalışanı, insan sağlığının korunmasında, kişinin yaşama hakkı karşısında önemli bir görev üstlenmiştir; yasal sınırlar çerçevesinde hastaya tıbbi müdahalede bulunma yetkisine sahiptir.

Kural olarak, insanın vücut ve ruh bütünlüğüne yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Tıbbi müdahalede, kişinin yaşam hakkına, kişilik değerlerine karşı bir müdahaledir. Ayrıca her tıbbi müdahale, bünyesinde belirli riski de ihtiva eder; bununla birlikte, hukuk düzeninin olumlu karşıladığı, yapılmasına izin verdiği müdahaledir.

Tıbbi müdahalenin, hukuka uygunluğu için; kanunen tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişi tarafından gerçekleştirilmesi ve tedavi gibi hukuken kabul edilen bir amaçla, hastanın ayrıntılı şekilde aydınlatılması ile bu aydınlatmaya dayalı rızasının alınması, yapılan müdahalenin tıp biliminin uygulama ve esaslarına uygun olması gereklidir. Tıbbi müdahalenin türleri, çeşitlidir; vücut bütünlüğünü doğrudan etkilemeyen, görece daha az riskli müdahalelerin yanı sıra, organ ve doku nakli ile ağır cerrahi girişimleri de sayabiliriz.

Tıbbi müdahalenin, ilk akla gelen amacı tedavi olmakla birlikte, bizce; amaç tedavi ile sınırlı değildir. Tedavi amacı dışında; iyileştirme, koruma, kontrol, sterilizasyon, estetik, bilimsel deney, gibi amaçlarla da tıbbi müdahalede bulunulabilir. Bir tıbbi müdahale ilişkisinde, taraflar arasında sözleşme ilişkisi bulunabilir ya da olmayabilir. Her koşulda tıbbi müdahalede bulunan sağlık çalışanının, hastaya karşı yükümlülükleri; hastanın kabulu, kayıtlarının tutulması, aydınlatılarak, hastanın rızasının alınması, zamanında ve doğru teşhis ve tedavi ile tüm aşamalarda sadakat ve özen göstermektir.

Belirttiğimiz bu yükümlülüklerin yapılmaması, sağlık çalışanının, kast veya ihmalle, standart uygulamayı yapmaması, geç ve/veya yanlış teşhis, geç ve/veya yanlış tedavi ya da tedavi vermeme, hastayı terk etme, tıbbi müdahalede kötü uygulamadır.

Tıbbi müdahalede kötü uygulamanın, hukuki sorumluluğunun unsurları; hukuka aykırılık, kusur, zarar ve illiyet bağıdır. Burada hukuki sorumluluğunun kaynakları; sözleşmeye veya sözleşme dışında, haksız fiile ve kanuna dayanır.

Sağlık çalışanının sorumluluğu için kural olarak hukuka aykırı bir eyleminin olması gerekir. Hukuka aykırı eylemle, bir zararın giderilmesinden sorumlu olmak, eylemle zarar arasında uygun illiyet bağının bulunmasına bağlıdır.

Konumuz, esasen hasta ile sağlık çalışanı arasındaki sözleşmenin türü ve hukuki niteliği olmamakla birlikte; biz sağlık çalışanı (hekim, dişçi, ebe, hastane, vs.) ile hasta veya kanuni temsilcisi arasında kurulan ve konusu tıbbi müdahale olan teşhis, tedavi, güzelleştirme, tıbbi deney gibi hukukun kabul ettiği amaçlarla tarafların açık ve zımni iradeleri ile kurulan sözleşmeyi "tıbbi müdahale sözleşmesi" olarak isimlendirerek, tüm sağlık çalışanlarının sorumluluklarında kusurun tıbbi müdahalede kötü uygulama esasına dayanması gerektiğini düşünüyoruz.

Sağlık çalışanı ile hasta arasında kurulan ilişkinin bizce, diğer sözleşme türleri ile karşılaştırılamayacak kadar özel durumları mevcuttur. Bu sebeple de tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğun kendi kurallarıyla düzenlenmesi gereklidir. Bunun, hem sağlık çalışanı yönünden hem de hasta yönünden gerekli ve kaçınılmaz olduğunu düşünüyoruz. Bizce, yasal düzenleme ihtiyacı vardır. Bu görüşümüzün, en önemli dayanağı sağlık çalışanı olarak mesleki risklere karşı korunmasız kalınması, hasta yönünden ise ispat zorlukları ve kusursuz sorumluluk halleridir.

Medeni Hukuk yönünden, hukuki sorumluluk, hukuka aykırı davranışla hastaya verilen zararın tazmini yükümlülüğünü ifade eder ki, sonucu ise hastanın maddi ve manevi zararlarının tazminatla giderilmesidir.

KAYNAKÇA

AKKANAT, Halil: Hastaneye Kabul Sözleşmesinin Görünüm Tazları 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.

BAŞPINAR, Veyssel: Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, Ankara, 2004.

BAYRAKTAR, Köksal: Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, 1972.

CİHAN, Erol: Sosyal ve Hukuki Bakımdan Suni İlkah, İstanbul, 1971 (İstanbul Barosu Dergisi 1971 Temmuz sayısının eki) .

DESCHENAUX Henri, TERCİER, Pierre: Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1983 (Çeviren: Salim ÖZDEMİR).

ERDOĞAN, İhsan: İşçinin Özen Borcu, GÜİBDFD, 1985, c.1, S. 1-2, s.133-161

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler 1.Cilt, Ankara

Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İlliyet Bağ Teorisi, Ankara, 1975 (Eren, Sorumluluk).

EREZ, Selçuk: Gerekli Açıklamalar Nerede? 2 Mayıs 2004 Cumhuriyet Gazetesi.

ERMAN, Barış: Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu, Ankara, 2003.

ERSOY, Yüksel: Tıbbi Hatanın Hukuki ve Cezai Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, sayı 53, Ağustos 2004.

FEYZİOĞLU, Metin, FEYZİOĞLU, Birgül, FIRAT, Ceren: Hekimlerin İlaçların Yan Etkilerinden Dolayı Sorumluluğu,

www.turkhukuksitesi.com/makale_440.htm

GÖKCAN, Hasan Tahsin, Seydi KAYMAZ: Karayolları Trafik Kanuna Göre Hukuki Sorumluluk, Tazminat, Sigorta, Rücu Davaları ve Trafik Suçları, Ankara, 2000.

GÖÇMEN, Erkin: 14 Temel Hasta Hakkı, Cumhuriyet Bilim Teknik Eki, s.916, Ekim 2004.

GÖÇMEN, Erkin, GÖÇMEN, Ali: Hasta Hakları Kavramı ve Hasta Hakları Yönergesi Üzerine, İstanbul Barosu Dergisi s.128, Cilt 78, sayı 2004/1

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu İstanbul, 2001.

GÜVEN, Kudret : Kişilik Hakları ve Ötenazi, Ankara, 2000.

HANCI, Hamit: Malpraktis, Ankara, 2002.

Malpraktis Yasa Taslağı Üzerine Görüşlerimiz

<http://hukuki.net/saglikhukuku/bilgi>

HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001

HİNDERLİNG, Hans: Organ Aktarmasının Ortaya Çıkardığı Hukuk Sorunları, İstanbul, 1969 (Çeviren: Erdener YURTCAN)

http://www.adlitip.org/yazilar/turkce/konular/tibbi_uygulama : Tıbbi Uygulama Hataları

İPEKYÜZ, Filiz: Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi, İstanbul, 2006

KÂMUS-I TÜRKİ, Temel Türkçe Sözlük, İstanbul, 1985

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

KAYALI, Zeka: Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 1996

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, Cilt 1, Ankara, 2002

KÖPRÜLÜ, Ömer: Hekimin Hukuki Sorumluluğu, İBD, C:58, 1984.

NAMAL, Arın: Hastaya Ölümcül Hastalığı Söylenmeli mi? Tıp Etiği ve Hukuku, Cumhuriyet Bilim Teknik, sayı 914, 2004

ÖZAY, Merter: Estetik Amaçlı Tıbbi Müdahalelerde Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2006

ÖZDEMİR, Hayrünnisa: Özel Hukukta Teşhis ve Tedavi Sözleşmesi, Ankara 2004

ÖZKAYA, Eraslan: Vekalet sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması, Ankara, 1997.

ÖZLÜ, Tefrik: Hekim ve Sağlık Kurumunu Seçme Hakkı, SB Diyalog, Sağlık Bakanlığı yayın organı, s.17, Sayı 14, Ağustos, 2005

ÖZTÜRKLER, Cemal: Hukuk Uygulamasında Tıbbi Sorumluluk, Teşhis, Tedavi ve Tıbbi Müdahaleden Doğan Tazminat Davaları Ankara, 2003.

POLAT, Oğuz: Tıbbi Uygulama Hataları, Ankara, 2005

REİSOĞLU, Seza: 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

SARIAL, E.: Sağlık Arası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler İstanbul, 1986

SARITAŞ, Hatice: Hasta Hakları Açısından Hekim Sorumluluğu, Ankara, 2005

ŞENOC AK, 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)

ULAŞ, Işıl: Uygulamalı Sigorta Hukuku Mal ve Sorumluluk Sigortaları, Ankara, 1998.

ÜNVER, Yener: Tıp ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi, Ankara, 2004

YILMAZ, Battal: Açıklamalı-İçtihatlı Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2007

ZEVLİLİLER, A., ACARB EY, M.B., GÖKYAYLA, K.E., Medeni Hukuka Giriş- Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 1999.

TIBBİ HİZMETLERİN KÖTÜ UYGULANMASINDAN DOĞAN SORUMLULUK KANUNU TASARISI

BİRİNCİ BÖLÜM

Amaç, Kapsam ve Tanımlar

Amaç

Madde 1- Bu kanunun amacı, sağlık personelinin koruyucu, teşhis, tedavi ve rehabilite edici standart tıbbi uygulama yapmaması, mesleki bilgi ve beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zararlar ile ilgili sorumluluğa ve esaslar ile bu zararları önleyici ve sağlık hizmetlerini geliştirici mekanizmaları düzenlemektir.

Kapsam

Madde 2- Bu kanun, kamuya ve özel hukuk gerçek veya tüzel kişilerine ait her ne ad altında olursa olsun hastalıklardan korunma, tıbbi teşhis, tedavi ve müdahale ile bu maksatlara yönelik yardımcı faaliyetlerde bulunan yerlerde, fiili olarak çalışan hekim, diş hekimi, biyolog, eczacı, psikolog, veteriner hekim, fizyoterapist, diyetisyen, sağlık memuru, laboratuvar teknisyeni, röntgen teknisyeni, diş teknisyeni, hemşire, ebe, çocuk gelişimci, protezci, optisyen ve diğer sağlık personeli tıbbi amaçlı müdahale ve uygulamaları ile bu işlemlerden doğabilecek hukuki ve cezai sorumluluğu kapsar.

Diğer kanunlarda yer alan sorumluluğa ilişkin genel hükümler saklıdır.

Tanımlar

Madde 3- Bu Kanun'da geçen;

Acil Hasta: mümkün olabilecek en kısa sürede tıbbi hizmete ihtiyacı olan ve acilen tıbbi müdahalede bulunulmadığı ölüm veya bedeni veya ruhi bakımdan geçici veya kalıcı zararlara uğrayabilecek kişiyi,

Advers Tepki: Hastalıktan korunma, teşhis, tedavi veya insan vücudunun bir fizyolojik fonksiyonunun değiştirilmesi, düzeltilmesi veya ıslahı amacıyla bir farmasötik ürünün insanlarda normal dozlarda kullanılması halinde ortaya çıkabilecek zararlı ve istenmeyen tepkiyi,

Bakanlık: Sağlık Bakanlığı'nı

Bakan: Sağlık Bakanı'nı,

Bilgi ve beceri eksikliği olan tıbbi uygulamalarda mesleki bilgi veya el becerisi ile donatılmamışlık halini,

Bilgilendirerek izin alma: hekimin, hastanın sağlık durumu ve konulan teşhis, önerilen tedavi yönteminin ve müdahalenin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin riskleri, verilen ilaçların kullanışı ve muhtemel yan etki ve advers tepkiyi, tedaviyi kabul etmeme durumunda hastalığın meydana getireceği sonuçlar, varsa tedavi seçenekleri ve riskleri konularıyla bilgilendirip, hastanın tereddüdü olan konulardaki sorunlarını anlayacağı bir dille cevapladıktan sonra hastadan alınan sözlü veya yazılı izni,

Girişime dayalı tıbbi tetkik ve tedavi: tetkik için vücuttan kan alınması hariç olmak üzere, teşhis ve tedavi ama insan vücuduna herhangi bir yoldan özel araç ve gereçlerle girilerek vücudun belli bir bölgesinin incelenmesi, parça tıbbi gereç yerleştirilmesi, müdahalede bulunulması, vücuda tıbbi maddeler verilmesi işlemlerini,

Hasta: Sağlık personelinin tıbbi hizmetine ihtiyaç duyan kişiyi,

Hasta Hakları: Hastanın, uluslar arası hukuk ve iç hukuktan kaynaklanan haklarını,

Hekim: Hastaya doğrudan veya dolaylı tıbbi hizmet vermek üzere yurt içindeki veya yurt dışındaki tıp fakültelerinden birisinden mezun edildikten sonra diploması bakanlık tarafından onaylanarak meslek icrasına izin verilen kişiyi,

Kurul: Bu kanun uyarınca Bakanlıkça gerekli görülen hallerde sorumluluk sınırları belli edilmek kaydıyla kurulan Tıbbi Uygulama ve İzleme ve Uzlaştırma Kurullarını,

Meslek Kuruluşu: Kanunla kurulan tıp mesleği ile ilgili meslek birliklerini ve kuruluşlarını,

Muayene Protokolü: Hastalık Teşhisinde uyulması gereken muayene basamaklarını,

Müdavi Hekim: Kamuya ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşları ile özel hukuk hükümlerine göre faaliyet gösteren ve gerçek veya tüzel kişilere ait hastane, poliklinik, dispanser, sağlık kabini, muayenehane, laboratuvar ve her ne ad altında olursa olsun tıbbi teşhis, tedavi ile müdahale ile bu maksada matuf yerlerde hastasına tıbbi hizmet veren hekimi,

Ötenazi: Kişinin tabii yollar dışında, tedavinin kesilmesi, hayatı sonlandırıcı bir yöntem veya madde kullanımı veya maksadı sağlayacak herhangi bir yol ile hayatına son verilmesi talebinin sağlık personeline yerine getirilmesini,

Sağlık Personeli: Kamu veya özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşlarında, muayenehanelerde ve sair yerlerde hastalara tıbbi hizmet vermeye yetkili ve görev, yetki ve sorumlulukları bakanlıkça tanımlanmış kişiyi,

Sağlık Kurumu: Kamu ve özel hukuk kişilerine ait olup tıbbi hizmet veren ve yataklı tedavi kurumlarını,

Sağlık Kuruluşu: kamu ve özel hukuk kişilerine ait olup tıbbi hizmet veren ve sağlık kurumu dışında kalan bütün birimleri,

Sigorta : Bu kanun uyarınca sağlık personeline ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşlarınca yaptırılan zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortasını,

Sigorta Şirketi: Sağlık personelinin zorunlu mali sorumluluk sigortasını yapmaya yetkili şirketleri,

Standart tıbbi uygulama: bilimsel olarak kabul edilmiş tıbbi uygulama kurallarına uygun olarak yapılan işlemleri,

Terminal safha: Tıp biliminin ve teknolojisinin bütün imkanları kullanıldığı halde hastanın iyileştirilmesinin mümkün olmadığı ve ölüme giden durumu,

Tıbbi hizmet: kamu ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşlarında ve her ne ad altında olursa olsun sair yerlerde verilen koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi, müdahale tetkik, tahlil ve rehabilite edici hizmetleri,

Tıbbi kötü uygulama: sağlık personelinin, kasıt veya kusur veya ihmal ile standart uygulamayı yapmaması, bilgi eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu,

Tıbbi rapor: Hastanın, yetkili sağlık personeli tarafından muayene edilmesinden sonra düzenlenen ve hastanın durumunu ve bu duruma uygun olarak yapılması gereken iş ve işlemler ile öneri veya kanaati belirleyen belgeyi,

Tıbbi uygulama yetki belgesi: münhasıran bir tıbbi girişim ile görülen örgün teorik ve pratik eğitim sonunda kanıtlanmış sağlık personeline söz konusu girişimi ferdi olarak yapabileceğini belirten ve bakanlık veya yetki verdiği makamlardan alınmış izin belgesini,

Üst kurul: Bu Kanun'la teşkil edilen ve bakanlık bünyesinde görev yapan Tıbbi Kötü Uygulama İzleme ve Uzlaştırma Kurulu' nu,

Vekil hekim: Müdavi hekimin görevinden geçici olarak ayrıldığı hallerde müdavi hekim yerine hastanın tıbbi hizmetini üstlenen hekimi,

Yan etki: Bir farmasötik ürünün insanlarda normal dozlarda kullanılması halinde ürünün farmakolojik özellikleri sebebiyle ortaya çıkabilecek istenmeyen etkiyi,

İfade eder.

İKİNCİ BÖLÜM

Tıbbi Hizmetlerde Temel Prensipler:

Hasta Haklarına Saygı

Madde 4- Sağlık personelleri, insan hayatına, sağlığına, hastanın kişiliğine, iç hukuktan ve milletler arası hukuktan doğan haklarına saygı ve mesleklerinin gerektirdiği azami dikkat ve ihtimamı göstermekle yükümlüdür.

Yaşama Hakkı ve Ötenazi

Madde 5- Hiçbir tıbbi mülahaza ile kişinin yaşama hakkını ihlal edecek müdahalede bulunulamaz.

Terminal Safhadaki Hasta ile İlişiler

Madde 6- Hekim, terminal safhada bulunan ve tıbbi yardıma ihtiyacı olan hastasının acısının dindirilmesine öncelik tedaviye devam eder.

Muayene Etme Zorunluluğu

Madde 7- Hekim, acil vakalar hariç olmak üzere, hastasını bizzat muayene etmeden tedavi başlatamaz.

Tıbbi hizmet verilen yerlerde her hastaya muayene protokolünün uygulanabileceği kadar süre ayrılabilmesi için gerekli tedbirler alınır.

Tıbbi Hizmet Verme Yetkisi

Madde 8- Tıbbi hizmetler, özel mevzuat ile yetkilendirilmiş sağlık personeline verilir. Özellikle tıbbi uygulamalar, bu konuda yetki belgesi almış sağlık personeline yapılır. Tıbbi Uygulama Yetki Belgesi alma usul ve esasları, Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Cinsel Muayene Yaptırma

Madde 9- Sağlık personeli, cumhuriyet başsavcılıkları veya mahkemeler dışındaki mercilerden gelen cinsel nitelikli muayene yaptırma taleplerini dikkate alamaz.

Tıbbi Kayıtlar, Bilgiler ve Sırlar

Madde 10- Hasta ile ilgili tıbbi kayıtlar ilgili sağlık personelinin sorumluluğu altındadır. Sağlık personeli, tıbbi hizmet kurum ve kuruluşundan veriyorsa bu kayıtların muhafaza sorumluluğu hizmeti verdiği sağlık kurum ve kuruluşuna aittir.

Tanı, tetkik ve laboratuvar neticeleri, yetkili personel tarafından imzalanarak hastaya bir sureti verilir ve ilgili kayıt defterine ve varsa hasta dosyasına işlenir.

Tanı, tetkik ve laboratuvar neticeleri üzerinde değişiklik yapılamaz.

Sağlık personeli ile hasta arasındaki mesleki ilişkiden doğan bilgiler gizlidir. Hastanın yazılı izni dışında, tıbbi hizmet verilmesi sırasında öğrenilen

sırlar ile hastanın kimliği, tıbbi amaçlı olsun veya olmasın toplantı veya yayınlarda açıklanamaz. Hasta ile ilgili tıbbi kayıtlar, test sonuçları, hatırlanan konuşmalar, olaylar ve tedavisi ile ilgili bütün bilgi ve belgeler yazılı izni olmadan açığa vurulamaz. Adli vakalar ve bildirim zorunlu hastalıkların yetkili makamlara bildirilmesi gizliliğin ihlali sayılmaz.

Hasta veya kanuni temsilcisi, tıbbi kayıtların birer suretini veya sureti çıkarılması mümkün olmayan fotografik belgelerin raporlarını alabilir. Kanuni zorunluluk olmadıkça, elektronik ortamdakiler dahil tıbbi kayıt bilgileri başkasına verilemez. Bilgilerin yetkisiz kişiler tarafından izlenmemesi, ulaşılmaması ve kullanılmaması için gerekli tedbirlerin alınması zor.

Tıbbi kayıtlar, test sonuçları, mektuplar, filmler ve hastanın teşhis ve tedavisi ile ilgili diğer bütün bilgiler, tedavinin sonlanmasından itibaren imkanlar ölçüsünde elektronik ortamda, mümkün olmaz ise asılları dosyalanmak suretiyle yirmi yıl süre ile muhafaza edilir.

Bilimsel Yayın Yapma

Madde 11- Sağlık personeli, hastası ile ilgili bilimsel yayın yapabilmek için, hastayı bilgilendirerek yazılı iznini alır. Tıbbi kayıtlar, hastanın kimlik bilgileri hiçbir surette anlaşılamayacak şekilde bilimsel araştırmalarda kullanılabilir.

Tıbbi Anlaşma ve Güvence

Madde 12- Tıbbi hizmetlerle ilgili olarak, hasta ile tıp biliminin sınırları haricinde sözlü veya yazılı olarak tıbbi anlaşmalar yapılamaz, güvenceler verilemez.

Hasta Üzerinde Araştırma Yapma

Madde 13- Bilimsel bilgi birikimine katkıda bulunabilmek ve tıbbi hizmetlerin iyileştirilmesini sağlamak amacıyla hastanın üzerinde yapılacak bilimsel araştırmalar, ancak hastanın bilgilendirerek yazılı rızasının ve bakanlıktan izin alınması şartıyla yapılabilir. Yapılan araştırmalar, sadece alınacak izinde belirtilen ve bilimsel ve mesleki yönden yeterli kişiler tarafından yürütülür. Araştırmanın sorumluluğu, izin verilen sağlık personeline aittir.

Bilimsel araştırmadan beklenen bilimsel katkı ve sonuç ne olursa olsun, denek için tıbbi araştırma dahilinde öngörülen veya deneğin hayatını tehdit edici bir risk şüphesinin varlığı halinde araştırmaya derhal son verilir.

Araştırmalarda kullanılacak deneklerin muhtemel zararlarının tazminini sağlamak üzere ayrıca sigorta yaptırılır. Ara giderleri deneğe, yakınlarına ya da sosyal güvenlik kurumuna yansıtılamaz.

Mevcut durumun değerlendirilmesi ile istatistiki bilgi toplama amacına yönelik olarak ve standart teşhis ve tedavi metodları uygulanarak yürütülen çalışmalar bu madde kapsamında değildir.

Bilimsel çalışma için Bakanlıktan izin belgesi alınması ve bilimsel araştırma

yapma esas ve usulleri Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

Sağlık Personeli ile Hasta İlişkileri

Sağlık Personeli ile Hasta İlişkisinin Başlaması

Madde 14- Tıbbi hizmet ilişkisi hastanın, tıbbi hizmetine ihtiyaç duyduğu sağlık personeline müracaatı üzerine, sağlık personelinin görev ve yetkileri çerçevesinde hastayı kabulü ile veya kabul etmeye mecbur olduğu hallerde hastayı görmesi ile başlar.

Mesleklerini serbest olarak icra eden sağlık personeli, acil durumlar dışında başvuran her hastayı kabul etmek zorunda değildir. Bu halde, durum hastaya uygun bir şekilde bildirir ve kabul etmeme sebepleri tıbbi etik çerçevesinde açıklanır.

Acil durumlarda sağlık personelinin hastayı kabul etmeme yetkisi yoktur. Bu durumlarda, sağlık personeli mesleki yetkisi çerçevesinde gerekli tıbbi hizmeti mevcut imkanlar nispetinde sağlar ve sorumluluğu hastayı acil durum ve ilgili yetkiliye teslim etmesiyle son bulur.

Acil durumlarda, tam donanımlı vasıta ve acil yardım ekibinin sağlanması, vakaya uygun en yakın yeterli donanıma sağlık merkezinin bilgilendirilmesi, nakil esnasında taşıma şeklinin tayini, refakat ve sorumluluğu alacak uzmanın bilgilendirilmesi dahil hiçbir husus hasta veya üçüncü kişilere bırakılamaz.

Sağlık kurum ve kuruluşu söz konusu hizmetlerin koordinasyonunda, sağlık personeline gerekli her çeşit desteği sağlar ve acil durumlar ile ilgili her çeşit gerekli tedbiri alır. Bu kapsamda, sağlık kurumları, iki yüz yatağa kadar fiili yatak kapasitesinin yüzde üçü ve bunun üzerindeki her elli yatak için ilave bir yatağı sevk yoluyla gelecek acil hastalar için ayırırlar ve boş yatak sayısını her gün ve herhangi bir yatağın dolduğu anda hemen en seri vasıta ile 112 Acil Yardım komuta Kontrol Merkezine bildirirler. Acil hasta sevklerinde, hastanın durumu ve hangi sağlık kuruluşuna sevk olunacağı konusunda 112 Acil Yardım Komuta Kontrol Merkezi'nden bilgi alınır ve alınacak talimata göre hareket edilir. Sağlık kurumları ve yatırarak acil tıbbi hizmet veren sağlık kuruluşlarının bu sistem dahilinde acil sevkli hasta kabul etmeleri mecburidir.

Acil durumlarda hekim tarafından hastaya yapılan bütün işlemler ve tedaviler ile ilgili kayıt tutulur.

Hekim, yetkili diğer bir hekimin belgelendirilerek hastayı devraldığından emin olmadan veya acil durum ortadan kalkmadan hastayı izlemeye almadan sorumluluktan kurtulamaz.

Acil hallerde hasta sevkı ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Bilgilendirerek İzin Alma

Madde 15- Her türlü tıbbi hizmet ve müdahale, hastanın bilgilendirilmesi ve izninin alınması şartıyla yapılabilir. Bilgilendirerek izin alma, yazılı veya sözlü olabilir. Hastanın hayatını riske sokacak tıbbi yöntem ve girişimler için alınacak iznin yazılı olması şarttır.

Reşit veya mümeyyiz olmayan kişiler için izin, veli veya vasisinden alınır. Veli veya vasinin bulunmaması halinde, gerekli hukuki işlemler yerine getirilene kadar, tıbben gerekli olan müdahaleler yapılır ve durum hasta dosyasına kayıt edilir.

Hastanın bilincinin kapalı olduğu veya karar veremeyeceği durumlarda izin, hastanın sırası ile eşinden, usulünden fûru kardeşlerinden, bunların hiç birisi yoksa sair yakınlarından alınır.

Hasta, bilinci yerinde olarak bilgilendirildiği halde tıbbi müdahaleye izin vermiyor ve hayati tehlike söz konusu ise izin vermediğine dair yazılı beyanı alınır. Hastanın izin vermediği durumlarda, en az bir şahitle birlikte düzenlenecek bir tutanak ile durum tespit edilerek hasta dosyasına işlenir ve hastanın izin vermediği müdahale dışındaki tıbbi hizmetlere devam edilir.

Sağlık personeli, kanuni temsilcisinin veya yakınının izin vermemesinin hastanın sağlığı açısından olumsuz neticeler doğurabileceği kanaatinde ve bu durum hastanın hayatını tehdit ediyorsa, sağlık personeli başka bir meslektaşının görüşüne müracaat eder, bu meslektaşı ile aynı görüşte ise tıbbi hizmete başlar, aynı görüşte değil ise, üçüncü bir meslektaşına müracaat eder ve görüşü olumlu ise tıbbi hizmete başlar. Bütün bu gelişmeler görüşlerine müracaat edilen sağlık personellerinin de imzaları alınmak suretiyle hasta dosyasına kayıt edilerek belgelendirilir. Sağlık personeli, başka bir konsültan personelinin bulunmadığı acil durumlarda, yapılan tıbbi işlemleri hasta dosyasına kayıt edilerek belgelendirilir. Sağlık personeli, başka bir konsültan personelinin bulunmadığı acil durumlarda, yapılan bütün tıbbi işlemleri hasta dosyasına kayıt ederek, gerekli gördüğü tıbbi müdahaleyi yapar.

Acil durumlarda gereken tıbbi hizmet verilir ve derhal hasta bilgilendirilir.

Açlık grevi yapan veya ölüm orucu tutan kişinin, sağlıklı karar veremeyecek duruma gelmesi ve şuurunun kaybolarak komaya girmesi veya ruh ve beden sağlığında gerek geri dönüşsüz ve gerekse ölümcül zararlar oluşmaya başlamasından itibaren hekim, hastanın menfaatine uygun olarak ilgilinin veya yakınının iznini aramaksızın tıbbi hizmet vermek zorundadır.

Bilgi Verilebilecek Kişiler

Madde 16- Hasta, durumu ile ilgili olarak kendisi dışında bilgi verebilecek kişileri bizzat belirler. Reşit veya mümeyyiz olmayan hastalar bakımından kanuni temsilcilere, bilinci kapalı olan hastalar bakımından ise bilincin kapalı olduğu hal ve zaman ile sınırlı olmak kaydıyla yakınlarla bilgi verilir.

Hasta, hastalığı konusunda bilgilendirilmesini şahsen istemediğini yazılı olarak bildirirse, hekimin hastasına bilgi vermesi gerekmez.

Olağanüstü Durumlar

Madde 17- Savaş ve deprem gibi olağanüstü durumlarda, hasta ve yaralı sayısının çokluğu sebebiyle tıbbi hizmetin yeterince ve zamanında verilmediği şartlarda, tedavi imkanı da göz önüne alınarak tıbbi hizmet için öncelik sırası belirleme yetkisi hekime, olmadığı hallerde diğer sağlık personeline aittir.

Savaş hallerini de kapsayacak şekilde olağanüstü durumlarda hasta sevki ve yapılacak hizmetler ile olağanüstü durumların kapsamı Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Vekil hekim

Madde 18- Tıbbi hizmet vermeyi üstlenen müdavi hekim herhangi bir sebeple geçici olarak tıbbi hizmetini sürdüremeyecek durumda olursa, hastanın tıbbi hizmetini öngörülen veya varılan teşhis ve verilen tedaviye uygun bir vekil hekime devreder. Devir yazılı olarak yapılır.

Vekil hekim, tıbbi hizmetini üstlendiği hasta ile ilgili olarak tıbbi hizmeti sürdürebilecek ölçüde hastanın durumu ile ilgili bilgiyi haiz olmalı ve vekalet süresince bu görevi yürütmeye müsait olduğunu yazılı olarak belirtmelidir.

Kamu kuruluşlarında vekil hekime usulüne uygun tebligat yapılması yeterlidir. Yataklı tedavi kurumlarında nöbetçi hekim vekil hekim sayılır. Normal çalışma düzeninden kaynaklanmayan izin, hastalık izni, geçici görevlendirme gibi hallerde vekil hekim kurum yetkililerince belirlenir.

Hasta ile ilgili bütün bilgiler vekil hekime verilir. Vekil hekim, verdiği sağlık hizmetinden sorumludur.

Vekil hekim, mazereti biten müdavi hekime baktığı hastaları ile ilgili olarak teşhis ve tedavi sürecinde boşluk kalmayacak şekilde rapor verir.

Herhangi bir şekilde usulüne uygun devir yapılmamasından her iki taraf da sorumludur.

Bu madde hükmü, verilen hizmetin mahiyeti çerçevesinde, tıbbi hizmet vermeye yetkili diğer sağlık personeli bakımından da kıyasen uygulanır.

Sağlık Personeli ile Hasta İlişkisinin Sona Ermesi

Madde 19- Sağlık personeli ile hasta ilişkisi, tıbbi hizmetin tamamlanması, hasta tarafından sağlık personelinin azledilmesi veya tıbbi etik açısından uygun kabul edilen bir zamanda sağlık personelinin hastasını bırakması ile sona erer.

Müdavi hekimin, tıbbi hizmeti sürmekte olan hastası ile ilgili sorumluluğu ancak bu hastayı devralacak bir başka hekim bulunarak, bu hasta ile ilgili bütün bilgilerle birlikte hastanın teşhis ve tedavisinin kendisine devredilmesi halinde sona erer.

Hastanın hekim sorumluluğundan kendi isteği ile çıkmak istemesi veya doğrudan çıkması üzerine, hastaya tedavisinin mevcut durumu ve hastalığın seyri hakkında bilgi verilerek gerekiyorsa bir başka hekim tarafından tedavisin devam ettirilmesi doğrultusunda öneride bulunulur. Hasta kendi isteği ile tedaviden çıkmak istediği takdirde, hastanın yazılı beyanı alınır. Yapılan işlemler hasta dosyasına eksiksiz kaydedilir.

Hastalığın, hastanın yakınları ve kamunun sağlığı açısından ciddi tehdit oluşturduğu hallerde, hastanın tedaviyi reddetme veya bir başka hekim tarafından devralınmadıkça tedaviden çıkma hakkı yoktur.

Hekiminden ayrılan hasta ile ilgili olarak müdavi hekime sonradan ulaşan her türlü tanı ve tetkik raporları, hastanın tebligatın ispatını mümkün kılacak bir surette yollanır ve asılları hasta dosyasında saklanır.

Hasta, sağlık kurumundan taburcu edileceği gün hekim tarafından fizik muayenesi yapılarak bulguları hasta dosyasına işlenir, hastaya yapılan bütün testler tekrar incelenir, hasta bilgilendirilerek gerekli tavsiyelerde bulunulur ve tedavinin evde devam ettirilmesi gerekiyorsa reçete düzenlenerek hastaya verilir. Yapılan bu işlemler hasta dosyasına işlenir. Hastanın taburcu olmasına engel bir durum varsa taburcu işlemi ertelenir.

Reçete Düzenleme

Madde 20- Reçete düzenleme hekimin sorumluluğundadır.

Reçete, hastalığın standart tıbbi tedavisinin ve hastanın genel durumunun değerlendirilmesi sonucunda planlanan tedavisi ile ilgili planlan şekilde müdavi hekim tarafından ilaçların dozları, yan etkileri, advers tepkileri ve birbirleriyle etkileşimi dikkate alınarak okunaklı bir şekilde düzenlenir. Verilen reçete içeriği hasta dosyasına işlenir.

Hastanın gerçek ihtiyacı dışında reçeteye ilaç yazılamaz, hiçbir mülahaza ile ilaç sayısının sınırlandırılması yoluna gidilemez.

Tıbbi Rapor Düzenleme

Madde 21- Tıbbi rapor düzenleme yetkili sağlık personelinin sorumluluğundadır. Rapor, gerekli muayeneyi takiben bulgular ile hastanın genel durumunun değerlendirilmesi sonucu tıbbi durum, kanaat ve netice belirtilecek şekilde tanzim edilir. Tıbbi gerçeklikler dışında, rapor süresi uzatılıp kısaltılamaz, muhteviyatı değiştirilemez. Verilen rapor içeriği hastanın dosyasına işlenir.

Taburcu Raporu Düzenleme

Madde 22- Sağlık kurumundan taburcu edilecek hasta için müdavi hekim tarafından bir taburcu raporu düzenlenir. Taburcu raporu, hastanın muayenesi takiben hastalığın standart tıbbi tedavisinin ve hastanın genel durumunun değerlendirilmesi sonucu hastalığın teşhisini, laboratuvar teknik sonuçlarını hastalığın klinik seyrini ve yapılan müdahalenin detaylarını hastanın son durumunu ve planlanan tedavisi ile ilgili ilaçları içerecek şekilde düzenlenir.

Taburcu raporunun aslı hastaya verilir, örneği hasta dosyasında saklanır.

Hizmet Bedelinin Ödenmesi

Madde 23- Hastaya, alacağı hizmetin bedeli ile ilgili bilgi önceden verilir. Sağlık personeli, hastaya gereksiz harcama yaptıramaz.

Tıbbi hizmetlerin bedelini ödemek hastanın bağlı bulunduğu kurum, sosyal güvenlik kuruluşu veya sigortasının; yoksa hastanın veya kanuni temsilcisinin yükümlülüğündedir.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

Görev, Yetki ve Sorumluluklar

Kredilendirme ve Akreditasyon

Madde 24- Sağlık personelinin, tıbbi hizmetlerinin kalitesinin yükseltilmesi ve tıbbi kötü uygulamalarının en aza indirilebilmesini sağlamak üzere, mezuniyet sonrası eğitimleri esas olup, bu eğitimlerin değerlendirilmesi, kredilendirilmesi, akreditasyonu Bakanlıkça yapılır. Bakanlıkça gerek görüldüğünde, değerlendirme ve kredilendirme ilgili meslek kuruluşunca yaptırılabilir.

Kredilendirme, sağlık personelinin meslekleri ile ilgili olarak gördükleri her çeşit mezuniyet sonrası ve hizmet içi eğitim bilimsel faaliyetleri ve ilgilinin verdiği tıbbi hizmetler dikkate alınarak yapılır.

Kredilendirme, beşer yıllık dönemler için yapılır. Bu değerlendirme neticesinde akredite edilmeyen sağlık personelinin akreditasyon puanını tamamlamak için iki aylık süre verilir. Bu süre sonunda da akredite edilmeyen sağlık personel mesleklerini icra edemez.

Ancak, akredite edilmeyen sağlık personeli kamu kurum ve kuruluşlarında görev yapıyor ise; akredite edilmediği sürede mesleği ile ilgili destek hizmetlerinde istihdam olunur ve iki aylık süreye rağmen akredite edilmedikleri sürece, ilk üç ay her ay için brüt maaşlarının yüzde otuzu, izleyen aylar için her ay brüt maaşının yüzde ellisi kesilir. Bunla verdikleri tıbbi hizmetin karşılığı olarak ödenen döner sermaye payları da ödenmez.

Sağlık personelinin eğitimlerinin kredilendirilmesi ve akreditasyonu ile ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle düzenlenir.

Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Sorumlulukları

Madde 25- Her türlü sağlık kurum ve kuruluşları, en üst seviyede tıbbi hizmet kalitesi sağlamak, her çeşit kalite güvence faaliyetlerini düzenli, entegre ve koordine bir şekilde yürütmek, hasta ile ilgili bilinen ve şüphelenilen problemleri belirlemek ve çözümlemekle görevlidirler.

Sağlık kurum ve kuruluşlarında ortaya çıkan tıbbi kötü uygulamalardan birinci derecede sağlık kurum ve kuruluşu sorumludur. Sağlık kurum ve

kuruluşu, tıbbi kötü uygulamaya sebep olan personeline, ödediği tazminatı kursu oranında rücu eder.

Her sağlık kurum ve kuruluşu, çalıştıracağı sağlık personelinin diploma, tıbbi uygulama yetki belgeleri ve sigorta poliçesinin doğruluğunu ve geçerliliğini çalışmaya başlamadan önce tespiti mecburdur. Bu kurum ve kuruluşlar ayrıca çalıştırdığı personelinin sigorta primlerini ödeyip ödemediğini kontrol eder.

Sağlık kurum ve kuruluşları, müessesenin ve istihdam ettiği sağlık personelinin sigortalarının yaptırılmış olduğuna ilişkin levhayı bina girişinde bulundurur.

Tıbbi hizmet veren kamu veya özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşları, tıbbi kötü uygulama yapan sağlık personeli etkin olarak ortaya çıkaracak Kalite Güvence Bölüm ve Komisyonlarını kurar ve düzenli olarak çalıştırır.

Tek başına tıbbi hizmet verenlerin sigorta yaptırıp yaptırmadıkları hususu Bakanlıkça ve ilgili meslek odasınca takip edilir.

Sağlık Personelinin Sorumlulukları

Madde 26- Sağlık personeli ile hasta arasındaki ilişkide, tıbbi kötü uygulamadan dolayı zarar meydana geldiğinde hukuki sorumluluk doğar.

Sağlık personeli, tıbbi kötü uygulama durumlarında sağlık kurum ve kuruluşu ile birlikte müteselsilen sorumludur.

Yanlış uygulamayı bilerek gerekli tedbirleri almayan ve idareye bildirim yapmayan sağlık personelleri ve amir konumdaki kimseler doğacak sonuçtan kusurları ölçüsünde birlikte sorumlu olurlar.

Hekimin hukuki sorumluluğu, yükümlülüklerini yerine getirmesi bakımından kendisine yardımcı olan diğer sağlık personellerinin hizmetlerini de kapsar. Hekimin ilgili sağlık personeline kusuru oranında rücu hakkı saklıdır.

Hekimin, hastayı tıbbi hizmet için başka bir sağlık personeline veya kurum ve kuruluşuna göndermesi durumunda, sağlık personeli veya kurum veya kuruluşun verebileceği zararlardan sorumluluğu, bunları seçmekte göstereceği özen yükümlülüğü ile sınırlıdır.

Müdavi hekim, sorumluluğunda bulunan asistanın veya yardımcısının vermekte olduğu tıbbi hizmetinden müstareken ve müteselsilen sorumludur.

Öğrenci statüsündeki sağlık personeli adaylarının eğitim programlarına göre yapacakları tıbbi uygulamaları, ilgili bölümün sorumlu müdavi hekimin bizzat izlemesi zorunludur.

Şahsi olarak sağlık hizmeti verenler, sigorta belgesini işyerlerinin görünür bir yerlerine asarlar.

Sorumluluğu Kaldıran Durumlar

Madde 27- Tıp bilimi açısından önceden öngörülebilme imkanı olmayan veya uygun tıbbi hizmet verildiği halde meydana gelen neticelerden zararlardan sorumluluk doğmaz.

Bu kanun' un 19. maddesinin dördüncü fıkrasındaki durum saklı kalmak kaydıyla, hastanın tedaviyi reddetme veya durdurma hakkını kullandığı hallerde; hastanın önceden bilgilendirilmiş olması kaydıyla, doğabilecek neticelerden doğabilecek neticelerden de sorumluluk doğmaz.

Hasta sayısının o anda tıbbi hizmet verebilecek sağlık personeli sayısına göre fazla olduğu olağanüstü hallerde önceliğin hangi hastaya verileceğine, tıbbi müdahalenin gereklilik derecesi ve tedaviden alınabilecek olumlu beklentiye göre karar verime hak ve yetkisi hekime ait olup, öncelik verilmesi sebebi ile sorumluluk doğmaz.

BEŞİNCİ BÖLÜM

Üst Kurul, Kurullar ve İdari İşleyiş

Tıbbi Kötü Uygulama İzleme ve Uzlaştırma Üst kurulu

Madde 28- Bakanlık bünyesinde, Tıbbi Kötü Uygulama İzleme ve Uzlaştırma Üst Kurulu kurulmuştur.

Üst Kurul, Bakanlık Müsteşarı veya Müsteşarın görevlendireceği Müsteşar Yardımcısının başkanlığında, Bakanlık I. Hukuk Müşaviri, Bakanlık Tedavi Hizmetleri Genel Müdürü ve meslek kuruluşlarını temsilen bakan tarafından seçilecek bir ve tıbbi uygulama konusundaki bilgi ve çalışmaları ile ülke çapında temayüz etmiş kişiler arasından yine Bakan tarafından seçilecek bir üye olmak üzere altı daimi üye ile incelenen dosya veya hakkında bilimsel kariyeri tetkik olunan vakada kusuru araştırılan sağlık personelinin bilimsel kariyerinden fazla veya genel mahiyette ve istişari karar alınacak ise, o konuda temayüz etmiş ve bilimsel kariyere sahip olmak kaydıyla daimi üye tarafından her dosya veya konu için münhasıran görevlendirilen üç geçici üyeden oluşur.

Bakan tarafından seçilen temsilcilerin görev süresi iki yıldır.

Üst Kurul' un görevleri şunlardır:

- a- tıbbi kötü uygulama müracaatlarını incelemek ve karara bağlamak,
- b- tıbbi kötü uygulamalarda sağlık personelinin kusur oranlarını belirlemek,
- c- tarafları mümkün olan durumlarda uzlaştırmak,
- d- kusuru veya suçu tespit edilen sağlık personeli ve sağlık kurum ve kuruluşları hakkında Bakanlık, ilgili meslek kuruluşları ve adli merciler nezdinde girişimlerde bulunmak,

e- uluslar arası kuruluşlar, üniversiteler, ilgili meslek kuruluşları ile çalışmalar yaparak ve sağlık kurum ve kuruluşları ve sağlık personelinin konu hakkında bilgilendirilmelerini ve eğitimlerini sağlamak,

f- ülke genelinde vuku bulan tıbbi kötü uygulamalar ve sonuçları ile ilgili yayınlar yaptırmak,

g- tıbbi hizmetlerin kalitesinin yükseltilmesi ve tıbbi kötü uygulamaların en aza indirilebilmesini teminen gerekli programları yaparak Bakan' a sunmak

h- sigorta poliçesini inceleyerek Bakan' ın onayına sunmak.

Üst Kurul, bir ay içinde en fazla iki kere toplanır. Bakanlık lüzum Gördüğü hallerde Üst Kurul' u toplantıya çağırabilir.

Toplantıya katılan Kurul' un başkan ve üyelerine ayda ikiden fazla olmamak ve her toplantı için 5.000 gösterge rakamını geçmemek üzere, Maliye Bakanlığı' nın uygun görüşü üzerine Bakanlıkça belirlenecek göstergenin memur aylık katsayı çarpımı sonucunda bulunan miktar üzerinden toplantı ücreti ödenir.

Üst Kurul' un yapacağı seçimler ve alacağı kararlarda çoğunluk esas alınır. Oyların eşitliği halinde Başkanın olduğu Üst Kurul, Bakanlık bünyesinde görev yapar, sekreteryaya hizmetleri Bakanlık Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü' ne yerine getirilir.

Üst Kurul' un çalışma usul ve esasları Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Tıbbi Kötü Uygulama İzleme ve Uzlaştırma Kurulları

Madde 29- Tıbbi Kötü Uygulama İzleme ve Uzlaştırma Üst Kurulu' na yapılan müracaat sayısındaki artışa bağlı olarak Bakanlık, uygun göreceği il merkezlerinde, sorumluluk sınırları belli edilmek kaydıyla Tıbbi Kötü Uygulama İzleme ve Uzlaştırma Kurulları teşkil edebilir.

Kurul, İl Sağlık Müdürü' nün başkanlığında Valilik Hukuk işleri Müdürü, o ildeki en fazla yatak sayısına sahip Devlet Hastanesinin Başhekimisi ve o yerin Tabip Odası Başkanı olmak üzere dört daimi üye ile incelenen dosya konusunda kariyeri tetkik olunan vakada kusuru araştırılan sağlık personelinin bilimsel kariyerinden fazla olmak kaydıyla, daimi üye tarafından her dosya için münhasıran görevlendirilen üç geçici üyeden oluşur.

Tıbbi Kötü Uygulama İzleme ve Değerlendirme Kurullarının görevleri şunlardır:

- a- sorumluluk bölgesi içinde vuku bulan tıbbi kötü uygulama müracaatlarını incelemek ve karara bağlamak,
- b- tıbbi kötü uygulamalarda sağlık personelinin kusur oranını belirlemek,

- c- tarafları mümkün olan durumlarda uzlaştırmak,
- d- gereğinde ilgili meslek kuruluşları ile çalışmalar yaparak kusuru tespit edilen sağlık personeli ve sağlık kuruluşları hakkında Bakanlık ve ilgili meslek kuruluşları nezdinde girişimlerde bulunmak,
- e- tıbbi kötü uygulamalar ve sonuçları ile ilgili yayınlar yaptırarak sağlık kurumları ve sağlık personelinin konu bilgilendirilmelerini ve eğitilmelerini sağlamak.

Kurul bir ay içinde en fazla iki kere toplanır. İl sağlık Müdürlüğü, lüzum gördüğü hallerde Kurul' u toplantıya çağırabilir.

Toplantıya katılan kurulun başkan ve üyelerine ayda ikiden fazla olmamak ve her toplantı için 3.000 gösterge rakamını geçmemek üzere, Maliye Bakanlığı'nın uygun görüşü üzerine Bakanlıkça belirlenecek göstergenin memur aylık katsayı çarpımı sonucunda bulunan miktar üzerinden toplantı ücreti ödenir.

Kurul'un yapacağı seçimler ve alacağı kararlarda çoğunluk esas alınır. Oyların eşitliği halinde Başkan'ın olduğu tarafın çoğunluğu sağladığı kabul olunur.

Kurul, il sağlık müdürlüğü bünyesinde görev yapar ve sekreteryaya hizmetleri ile sağlık müdürlüğünce yerine getirilir.

Kurul'un çalışma usul ve esasları Bakanlıkça çıkarılacak yönetmelikle belirlenir.

Müracaat ve Süresi

Madde 30- Tıbbi kötü uygulamayı öğrenen ilgili, yanlış uygulamayı, yapılma zamanını, eğer biliniyor ise yapan sağlık personelinin yazılı olarak sağlık kurum veya kuruluşuna veya Bakanlığa bildirir. Tıbbi kötü uygulama sebebiyle tazminat talepli müracaatlar, zararın öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halde fiilin işleme tarihinden itibaren on yıl içerisinde yapılır.

Uzlaşma Yolu ile Tazmin

Madde 31-

a- Tıbbi kötü uygulama sebebi ile yapılan müracaatlar, üç gün içerisinde Üst Kurul veya Kurula intikal ettirilir.

b- Üst Kurul veya Kurullar, en geç on beş gün içerisinde bir ön inceleme yaparak, ilgiliden ek bilgi ve belge istenip istenilmeyeceğine karar verirler.

Ek bilgi ve belge talep edilmesi halinde, bu bilgi ve belgeler on beş gün içerisinde Üst Kurul' a veya ilgili Kurula tevdi edilir.

Üst kurul veya kurullara yapılan müracaatın konusu aynı zamanda suç teşkil ediyor ve cezai bakımdan tahkikatı gerektiriyor ise keyfiyet geciktirilmeksizin ilgili Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilir.

c- Ek bilgi ve belgenin istenildiği hallerde ek bilgi ve belgenin verilmesi, sair hallerde ise müracaattan itibaren 15 gün içerisinde, Üst Kurul veya Kurullar tarafından gerekli görülen inceleme, araştırma ve tespitler yapılır veya yaptırılır.konu aynı zamanda suç teşkil eden bir fiil veya durumu da kapsıyorsa, Üst Kurul veya Kurullar yetkili Mahkemeden tespit yapılmasını isteyebilirler. Bu yoldaki talepler geciktirilmeksizin yerine getirilir.

d- Bu işlemlerin ikmalinden sonra, Üst Kurul 28 inci maddeye, Kurullar ise 29 uncu maddeye uygun olarak bilirkişi üyelerini seçerek konu hakkındaki bütün bilgi ve belgeleri bu üyelere verirler.

e- Bilirkişi üyeler, konu hakkındaki incelemelerini en geç on beş gün zarfında tamamlayarak dosyayı ve konu hakkında tıbbi kanaatlerini bildiren bir raporu Üst Kurul veya Kurul başkanına teslim ederler.

Bilir kişi üyelerin konu hakkında yürüttükleri inceleme süresince, ilgililer, bilirkişi üyelerin talep ettiği bütün bilgi ve belgelerin gecikmeksizin ibraz ile onanmış birer suretini vermeye mecburdurlar.

f- Dosyanın ve konu hakkındaki bilirkişilerin raporunun Üst Kurul veya Kurul başkanına tevdiiden sonra, başkan daimi ve geçici üyeleri toplantıya çağırır.

g- Bu toplantıda, dosya münderecatı değerlendirilerek sağlık kurum ve kuruluşu ile personelin kusuru ve kusur oranı tespit edilir.

h- Verilen karar, hemen kusuru olan sağlık personeline veya sağlık kurum ve kuruluşuna ve sigortasına bildirilir. Kurul veya ilgili Kurul başkanı, müracaat edeni, olayda kusuru olan sağlık kurum ve kuruluşu ile personelinin ve kusurlu tarafın sigorta temsilcisini 15 gün içerisinde uzlaşma toplantısına davet eder.

i- Bu toplantıda, tarafların uzlaşması halinde kusuru olan sağlık personelinin veya sağlık kurum ve kuruluşunun sigortası tarafından üzerinde anlaşılan tazminat, on beş gün içinde zarar görene defaten ödenir.

Kamu kurum ve kuruluşları bakımından 8 Ocak 1943 tarih ve 4353 sayılı Kanun hükümleri saklıdır.

Yukarıda belirtilen usule göre yapılan işlemler neticesinde zararın oluşmadığına karar verilmesi veya tarafların tazminat miktarı üzerinde anlaşamamaları halinde, zarara uğradığını iddia edenin genel hükümler çerçevesinde müracaat yolları ve hakları saklıdır. Bu halde, 2577 sayılı İdari Yargılama Usul Kanunu'nun 13 üncü maddesinde öngörülen idareye müracaat aranmaz.

Bu yola gidilmesi halinde zamanaşımı süresi uzlaşma veya uzlaşmama konusunda karar verilmeye ve 8 Ocak 1943 gün ve 4353 sayılı Kanuna tabi işlemlerde, işlemler sonuçlanana kadar durur.

Bu madde uyarınca yapılacak müracaatların ve tebligatın, müracaat ve tebliğin ispatını mümkün kılacak bir vasıta ile yapılması şarttır.

ALTINCI BÖLÜM

Zorunlu Mesleki Mali Sorumluluk Sigortası

Sigorta Yaptırma Zorunluluğu

Madde 32- Sağlık personeli ve özel hukuk kişilerine ait sağlık kurum ve kuruluşları, tıbbi kötü uygulama sebebi ile verebilecekleri zararı karşılamak üzere zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası yaptırırlar.

Sigortalının gözetim ve yönetimi altında hizmet veren diğer sağlık personelinin tıbbi hizmet esnasında verebilecekleri zararlar da sigortalının sorumluluğu yönünden, sigorta teminatı içindedir.

Sigorta teminatının yer, zaman, hizmet ve zararlar bakımından kapsamı poliçede belirtilir.

Bu kanun ile getirilen sigortanın asgari teminat çerçevesi ve şartları Bakanlıkça tespit olunur.

Sigorta Yaptırma Zorunluluğu

Madde 33- Zorunlu meslek mali sorumluluk sigortası, sağlık personelinin ve sağlık kurum ve kuruluşlarının kendileri tarafından yaptırılır.

Sigorta Yapma Yetkisi

Madde 34- Sağlık personelinin zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası, kaza sigortalıları dalında çalışmaya yetkili Bakanlık, kamuda görevli sağlık personelinin en uygun şartlarda sigorta yaptırabilmesini teminen, birinci fıkrada belirtilen sigorta şirketleri arasından prim ve teminat kapsamı bakımından en uygun taahhütte bulunan bir sigorta şirketini belirli bir süre ile yetkili kılmak için ihaleye çıkabilir.

Bu durumda, kamuda çalışan sağlık personelinin zorunlu mali sorumluluk sigortası bu ihale neticesinde tespit olunacak sigorta şirketince yapılır.

YEDİNCİ BÖLÜM

Ceza Hükümleri

Hasta Haklarına Uymama

Madde 35- Bu Kanun'un 4. maddesinde belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde, fiil daha ağır bir ceza gerektirmediği takdirde faile üç aydan altı aya kadar hapis ve bir milyar liradan üç milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Ötenazi

Madde 36- Ötenazi uygulayan sağlık personeline on yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ve aynı süre kadar meslekten men cezası verilir.

Çalışma ve Çalıştırma Kurallarına Uymama

Madde 37- Bu kanun ile öngörülen sigortasını yaptırmayan ve bakanlıktan gerekli izin almayan kişiler ile kurum ve kuruluşların yöneticilerine, eksik olan işlemleri tamamlanıncaya kadar meslekten men ve beş milyar lira idari para cezası verilir ve işyeri, kurum ve kuruluş kapatılır.

Bir yargı mercii kararıyla veya ilgili meslek birliğince yada Bakanlıkça mesleklerini geçici veya sürekli olarak yapmaktan yasaklananları çalıştıran ve çalışmasına izin veren yerler kapatılır ve bu kurum ve kuruluşların yetkililerine bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir.

Meslek birliklerince verilen meslekten men cezaları, ilgilinin kamu kurum ve kuruluşlarında hizmet vermesine engel değildir.

Acil ve İcapçı Tıbbi Hizmetleri Vermeme

Madde 38- Mücbir sebepler olmadıkça, acil durumlarda hastaya ilk yardım hizmetini vermeyen ve icapçı olarak çağırıldığı halde davete icabet etmeyen veya tıbbi hizmet vermeyen sağlık personeline, fiil daha ağır bir cezayı gerektirmediği halde bir yıldan iki yıla kadar hapis ve üç milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Sırların ve Kimliğin İfşası

Madde39- Bu Kanun'un 10' uncu maddesinde belirtilen sır saklama yükümlülüğüne veya 11 inci maddesinde belirtilen hastanın kimliğinin anlaşılmaması prensibine aykırı hareket edenlere, altı aydan üç yıla kadar hapis ve bir milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

Sırrın açıklanması basın-yayın araçları yoluyla yapılmış ise ceza üçte ikisi oranında artırılır.

Tıbbi Kayıtların Muhafaza Edilmemesi

Madde 40- Bu kanun'un 10' uncu maddesinde düzenlenen hasta ile ilgili bilgi ve tıbbi kayıtları saklama yükümlülüğüne uymayanlar ile bu fiillerin vuku bulduğu kurum ve kuruluşların sorumlularına veya yöneticilerine bir yıldan üç yıla kadar ve beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para cezası verilir.

İzinsiz Bilimsel Araştırma

Madde41- Bu Kanun'un 13' üncü maddesi uyarınca hasta üzerinde bilimsel araştırma yapılır iken, denek için tıbbi araştırma dahilinde öngörülemeyen veya denegün hayatını tehdit edici bir risk şüphesinin varlığı halinde araştırmaya derhal son vermeyenlere, ortaya çıkan netice daha ağır bir cezayı gerektirmiyor ise, bir yıldan iki yıla kadar hapis, beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para ve aynı süre kadar meslekten men cezası verilir.

Bu Kanun'un 13' üncü maddesinde belirtilen şartlara uymadan hasta üzerinde araştırma yapanlar hakkında üç yıldan beş yıla kadar hapis, on milyar

liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para ve aynı süre kadar meslekten men cezası verilir.

Hekim olmadığı halde bu işlemi yapanlar hakkında beş yıldan on yıla kadar hapis, on beş milyar liradan yirmi milyar liraya kadar ağır para cezası ve aynı süre kadar kamu hizmetlerinden yasaklama cezası verilir.

İkinci ve üçüncü fıkralarda yazılı hallerde, fiil neticesinde meydana gelen sonuç diğer kanunlar uyarınca daha ağır bir ceza gerektiriyorsa fail o hükme göre cezalandırılır.

Delillerde Tahrifat

Madde 42- Tıbbi kötü uygulama ile ilgili bir suçun delillerini ortadan kaldıran, değiştiren, bu belgeleri gerçeğe aykırı şekilde düzenleyen veya değiştirenler hakkında beş yıldan on yıla kadar hapis, on beş milyar liradan yirmi milyar liraya kadar para ve aynı süre kadar meslekten men ve kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası verilir.

Yetkili Mercinin İzni Olmaksızın Cinsel Muayene

Madde 43- Bu Kanun' un 9 uncu maddesinin birinci fıkrasına aykırı hareket edenlere üç aydan altı aya kadar hapis ve beş yüz milyon liradan bir milyar liraya kadar para ve aynı süre kadar meslekten men ve kamu hizmetlerinden yasaklılık cezası verilir.

Hastalıklarda İhbar Mecburiyetine Uymama

Madde 44- Hastalığın, hastanın yakınları ve kamunun sağlığı açısından ciddi tehdit oluşturduğu hallerde, salgın hastalık ile ilgili diğer bildirim yükümlülükleri saklı kalmak üzere, durumu en çabuk şekilde yakınlarına ve Bakanlığa bildirmeye bir yıldan üç yıla kadar hapis ve aynı süre kadar meslekten men cezası verilir.

Tıbbi Hizmetlere Ticari Yön Verilmesi

Madde 45- Hasta veya yakınlarından haksız çıkar sağlayan veya bu amacı gözeterek başka kişi ve kuruluşlara hasta gönderen veya görevli bulunduğu kurum ve kuruluşun hizmetlerini aksatarak özel işyerlerine yönlendiren veya özel işyerinde teşhis veya tedavi ettiği hastaya görevli olduğu kurumda ayrıcalık tanıyan veya belli şirketlerden malzeme ve ilaç almayı öneren, özel işyerlerine hasta gönderen veya ticari kuruluşlarla çıkar ilişkisi içinde bulunanlara bir yıldan üç yıla kadar hapis ve beş milyar liradan on milyar liraya kadar ağır para ve ayrıca aynı süre kadar meslekten men cezası verilir.

Para Cezaları

MADDE 46- Bu Kanun' da öngörülen idari para cezaları, gerekçesi gösterilmek suretiyle Sağlık Bakanı ve İl Sağlık Müdürüne verilir.

İdari para cezalarına karşı yedi gün içerisinde yetkili sulh ceza mahkemesinde itiraz edilebilir. İtiraz üzerine verilen karar kesindir. Bu cezalar,

6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsili Usulü hakkında Kanun uyarınca tahsil olunur.

Bu kanun uyarınca verilen para cezaları, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'na 7.12.1988 tarih ve 3506 sayılı Kanun ile eklenen madde 2 uyarınca artırıma tabidir.

SEKİZİNCİ BÖLÜM

Son Hükümler

Yönetmelikler

Madde 47- Bu kanun'un yayımı tarihinden itibaren altı ay içerisinde aşağıda gösterilen yönetmelikler Bakanlıkça hazırlanarak yürürlüğe konulur.

- a- Olağanüstü Durumlar ve Acil Hallerde Hasta Sevki Yönetmeliği
- b- Sağlık Personelinin Çalışmalarının Kredilendirilmesi, Akreditasyonu ve Tıbbi Uygulama Yetki Belgesi Verilmesi Hakkında Yönetmelik
- c- Kalite Güvence Bölüm ve Komisyonlarının Kurulması Hakkında Yönetmelik
- d- Tıbbi Kötü Uygulama İzleme ve Değerlendirme Üst Kurulu'nun ve Kurullarının Çalışma Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik
- e- Standart Tanı ve Tedavi Protokollerini Gösterir Yönetmelik,
- f- Bilimsel Araştırma Yapma İzin Yönetmeliği

Değiştirilen Hükümler

Madde 48- 29.05.1979 tarihli ve 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun' un 15' inci maddesinin sonuna "bunlar hakkında ayrıca ömür boyu kamu hizmetlerinden yasaklılık ve meslekten men cezası verilir" cümlesi ilave edilmiştir

Geçici Madde: 1- Bu kanun' un yayımlandığı tarihte çalışmakta olan ve kanun kapsamına giren sağlık personeli ile sağlık kurum ve kuruluşları, altı ay içerisinde sigorta yaptırmak zorundadırlar

Geçici Madde: 2- Bu Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce meydana gelmiş olup, henüz yargıya intikal ettirilmemiş tıbbi kötü uygulamalar hakkında, ceza hükümleri hariç olmak üzere bu kanun hükümleri uygulanır.

Yürürlük

Madde 49- Bu Kanun'un geçici 1' inci maddesi yayımı tarihinde, diğer maddeleri yayımından altı ay sonra yürürlüğe girer.

Yürütme

Madde 50- Bu Kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür.

Av. Berna ÖZPINAR

**TIBBİ MÜDAHALEDE
KÖTÜ UYGULAMANIN
HUKUKİ SONUÇLARI**

Tıbbi müdahaleler, kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne yönelik, bireyin sağlığına hizmet etmek gibi zorunlu, yararlı ancak bir yönüyle de tehlikeli sonuçlar doğurabilen uygulamalardır. Sağlık çalışanı ile hasta arasında kurulan ilişkinin bizce diğer sözleşme türleri ile karşılaştırılamayacak kadar özel durumları mevcuttur. Bu sebeple de tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğun kendi kurallarıyla düzenlenmesi gereklidir. Bu çalışmamızla; konunun hukuki sorumluluk boyutunu irdeleyerek; tıbbi müdahaleden doğan sorumluluğun kendi özel kanunu ile düzenlenmesi ihtiyacına da dikkat çekmek istiyoruz.

ISBN 978-9944-234-19-1



ANKARA BAROSU YAYINLARI