

Tıbbi Uygulama Hatalarında Hukuksal Boyut Ve Bilirkişilik Düzenlemeleri

Av. Zeynep REVA, LL.M.

Acıbadem Sigorta – Hukuk, Uyum ve Rücu Müdürü

Giriş

Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 yılında yapılan 44. Genel Kurulu'nda "Bazı ülkelerde tıbbi yanlış uygulamalarla ilgili davalar artmaktadır ve ülke tabip birlikleri bu sorunu tartışmaktadır. Bir grup ülkede ise bu konu henüz gündemde değildir, ancak o ülkelerin tabip birlikleri de dikkatli olmalıdırlar" ifadesi ile başlayan ve "Malpraktis Bildirgesi" olarak da isimlendirilen sonuç bildirgesi tıbbi uygulama hatası konulu davaların aşağıdaki gerekçelerle arttığına işaret etmektedir; (1, 2)

- Tıbbi bilginin artması, tıbbi teknolojinin gelişmesi, hekimleri geçmişte yapamadıkları bazı işlemleri yapmaya itmektir, bu ilerlemeler, çoğunlukla ağır riskleri de içerir.
- Hekimler üzerinde, tıbbi hizmetlerin artan maliyeti ile ilgili baskı vardır.
- Elde edilebilir, var olan sağlık hizmetine ulaşma hakkı, garanti edilemeyen sağlıklı olma ve kalma hakkı ile karıştırılmaktadır.
- Medya; hekimlerin yeteneği, bilgisi, davranışı ve hastaya yaklaşımını sorgulayan olumsuz tutumu ile hastaları hekimlere karşı dava açmaya teşvik etmektedir.
- Artan davalar karşısında defansif (korumacı) tıp uygulamasının dolaylı olmayan sonuçları dava konusu olmaktadır.

Tıbbi uygulama hatası konulu davaların dünyadaki artışı ülkemizde de aynı şekilde gözlemlenmektedir. Öyle ki 2016 yılında 6754 sayılı Kanun (3) ile yapılan değişiklikle Adli Tıp Kurumu'nda görev yapan ihtisas kurulu sayısı altıdan sekizde çıkarılmış ve yeni açılan Adli Tıp 7. İhtisas Kurulu'nun görevi olarak "Ölümlerle sonuçlanmayan tıbbî uygulama hatalarına ilişkin işler" ve Adli Tıp 8. İhtisas Kurulu'nun görevi olarak ise "Ölümlerle sonuçlanan tıbbî uygulama hatalarına ilişkin işler" belirlenmiştir. Bu yasal değişikliğin gerekçesi olarak "mevcut iş yükünün paylaştırılması ve dosya yığılmalarının önlenmesi" (4) belirtilmiş olup, bu da tıbbi uygulama hatalarının iki ayrı kurul bünyesinde incelenmesini gerektirecek ölçüde özellik ve frekans oluşturduğunu ortaya koymaktadır.

Tıbbi uygulama hatası iddialarının en önemli boyutu, şikâyet konusu olan tıbbi uygulama sonucunda hastanın vücut bütünlüğünün bozulmuş olması ya da en iyimser ihtimalle hastanın maddi kayıplar yaşamasıdır. Dolayısıyla bu türden iddiaların yargı mercileri önünde irdelenmesi “cezaî” açıdan hekimlerin yaralama ya da öldürme suçlarını işlediğine, hukuki açıdan ise hastanın maddi kayıplarının tazmin ettirilmesine hükmedilmesi şeklinde sonuçlanabilmektedir. Her iki durumda da tıbbi uygulama hatası davalarının hekimler üzerinde yarattığı etki tıbbi uygulamalarda hekimin hukuki ve cezaî sorumluluğunun hem hukukçular hem de hekimler açısından ilgi çekici hale gelmesine neden olmuştur. (5)

Hukuki boyut kazanan tıbbi uygulama hataları; teşhis hatası, tedavi hatası, komplikasyon yönetimi, tedavi sorumluluklarının ihlali, organizasyon kusuru, üstlenme kusuru olarak sınıflandırılabilir. (6)

Yargıya yansıyan tıbbi uygulama hatası konulu 120 olgu üstünde yapılan analiz çalışmasının sonucu olan istatistiklere bakıldığında; mesleklere göre sıralamada “hekimlik” mesleğinin %82 ile birinci sırada olduğu, hataların sonuçlarına göre sıralamada ise ilk üç sırada “yaralanma”, “ölüm” ve “uzuv kaybının olduğu” görülmektedir. (7)

2. Hekimin Hukuki Sorumluluğu (Tazminat Sorumluluğu)

2.1. Hekimin Tazminat Sorumluluğu

Bir tıbbi uygulama hatası davası hekimi iki şekilde ilgilendirir. Bunlardan birisi hekimin bu davanın taraflarından biri olarak bulunduğu yani dava edilen konumunda olduğu durumdur. Diğeri ise hekimin bir tıbbi uygulama hatası davasında bilirkişi olarak görevlendirildiği durumdur. Her iki durumda da hekim, tıbbi uygulama hatasının ne olduğu konusundaki etik yargılar ve hukuki düzenlemeler konusunda bilgi sahibi olmalıdır. (5)

Kasıt, kusur ve ihmal ile tıp biliminin gerektirdiği standart uygulamayı yapmaması, bilgi ve beceri eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhiste bulunması ya da hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumlar (1) hekimin sorumluluğunu gerektirecektir. Meydana gelen zararın finansal boyutunun olduğu hallerde hukuki sorumluluk yani tazminat sorumluluğu söz konusu olmaktadır. Tazminat sorumluluğu, tıbbi uygulama hatası yapan hekimin finansal açıdan yaşadığı sorumluluk olup, özellikle son zamanlarda hükmedilen yüksek tutarlı tazminatlarla bu sorumluluk gitgide önem kazanmaktadır.

Mevzuatımızda, hekimlerin hukuki sorumluluğunu düzenleyen özel bir hüküm olmamakla birlikte bu durum hekimlerin hukuki sorumlulukları bulunmadığı anlamına gelmez. Türk Ceza Kanunu ve Borçlar Kanunu gibi genel kanunlarda yer alan bazı hükümler hekimin sorumluluğunu düzenlemektedir(8). Hekimin sorumluluğu prensip olarak iki temel nedene dayanmaktadır: Sözleşme ve haksız fiil. (6)

Hekimin tıbbi uygulama hatası nedeniyle tazminat sorumluluğundan bahsedebilmek için aşağıdaki unsurların taşınması gerekmektedir:

a) Hukuka aykırılık: Tıbbi müdahalenin sözleşmeden kaynaklanıyor olması halinde sözleşmenin ihlali ile hukuka aykırılık unsuru gerçekleşmiş olacaktır. Hekim ile hasta arasında sözleşmenin türü de çokça tartışılan konular arasındadır. Yargıtay'ın yerleşik uygulamalarına göre estetik operasyonlar dışındaki hekimlik uygulamaları vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmekte, tıbbi estetik uygulamalar ise eser sözleşmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Sözleşmenin ne şekilde nitelendirildiği şu açıdan farklılık içermektedir: Vekalet sözleşmelerinde sonuç garanti edilmezken, eser sözleşmelerinde hizmet değil eser yani sonuç taahhüt edilmektedir. Tıbbi müdahalenin bir sözleşmeye dayanmıyor olması halinde ise haksız fiil hükümleri çerçevesinde tazminat yükümlülüğü doğacaktır.

b) Kusur: Tıbbi uygulama hatası nedeniyle hekimi sorumlu tutabilmek için sözleşmenin ihlal edilmesinin yanı sıra hekimin de kusurlu olması gerekmektedir. Kusur; kast veya ihmal şeklinde olabilmektedir. Buradan aranan kusur objektif kusurdur, yani insanlar (hekimler) arasındaki zihni, manevi ve ruhi farklılıklar kusurun belirlenmesinde dikkate alınmaz(9). Burada önemli olan aynı koşullarda bulunan ortalama seviyede bir kişiden beklenen ortalama davranıştır. (10)

c) Zarar: Sözleşme ihlal edilmiş olsa ve bunda hekimin kusur olsa bile ortada bir zarar yoksa hekim tazminat sorumluluğu doğmayacaktır. Buradaki zarar kavramının geniş yorumlanabileceğini dolaylı ve manevi zararın da istenebileceğini hatırd tutmakta fayda olacaktır. Örneğin; hekimin hatalı uygulaması nedeniyle vücut bütünlüğü ihlal edilen hasta maddi zararının yanı sıra manevi tazminat da talep edilebilecektir. Hastanın yaşadığı acı ve ıstırapı hafifletmeyi amaçlayan manevi tazminatın tutarını belirlemek hakimnin takdirine bırakılmıştır. Manevi tazminat karşı tarafa ödetilen bir ceza olmadığı gibi, kendisine ödeme yapılan kişi açısından da "iyi ki başıma bu olay gelmiş" dedirtecek miktarda da olmamalıdır. Hakimler uygulamada zarar görenin (hastanın), zarara sebebiyet verenin (hekimin) mali durumunu araştırarak, mali durumlarına ve yaşam standartlarına göre bir tutar belirlemektedirler.

d) Nedensellik (illiyet) bağı: Tıbbi uygulama nedeniyle tazminat sorumluluğundan bahsedebilmek için hekimin kusuru ile hastada oluşan zarar arasında nedensellik yani sebep sonuç ilişkisi olması gerekmektedir.

Hekimin tıbbın yerleşmiş kural ve uygulamalarını bilimin bilmesi doğru şekilde uygulaması gerekmektedir. Hekim, "ifa yardımcısı" olarak kullandığı personelin de bu uygulamaları bilmesi için gerekli tedbirleri almak zorunda olup ifa yardımcısının hatalarından da sorumlu olabilecektir. Değişen ve gelişen tıp uygulamalarını takip etmek ve bilgi ve becerisini bu çerçevede geliştirmek de hekimlerin sorumlulukları arasındadır Hekim bununla birlikte uygun donanımı seçmek, bulundurmamak, uygun şekilde kullanmak, uygun donanımın kullanılabilir olarak bulunmasını temin etmek, bakımını yapmak, bakımının yapıldığını kontrol etmek, uygun ilacı bulundurmamak ve uygun şekilde kullanmak, miadı dolan ilacı kullanmamak, personelin eylemlerini kontrol etmek, gözetimi altında tutmakla yükümlüdür (5). Aksi halde tüm bu yükümlülüklerin ihlali nedeniyle oluşacak zararları tazminle sorumlu olabilecektir.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için; tıbbi müdahalenin öncelikle yetkili bir sağlık çalışanı tarafından yapılmış olması, hastanın aydınlatılmış olması ve onamının alınmış olması, ve tıbbi müdahalenin tıp biliminin gereklerine uygun olarak ve özenle yapılmış olması gerekmektedir. (6)

Tıbbi müdahaleler genel olarak "izin verilen risk" kapsamında gerçekleştirilen müdahalelerdir. İzin verilen risk, hukuken müsaade edilen tehlike oluşturma alanı olarak tarif edilmektedir. Hekimin, tıbbi müdahale sırasında; standart uygulamayı yapmaması, bilgi, beceri veya deneyim eksikliği ile yanlış ya da eksik teşhis veya tedavide bulunması, gerektiği ölçüde ilgi ve itina göstermemesi veya hastaya gereken tedaviyi vermemesi neticesinde tehlike ve zarar oluşturan eylemleri tıbbi hata olarak kabul edilecektir. Tedavi sonrası bakım ve kontrol yükümlülüklerine aykırılıkların da bu bağlamda değerlendirilmesi gerektiği de gayet doğaldır. Ön muayenenin eksik yapılması, hastanın anamnezinin (geçmiş bilgisi) ya hiç ya da gerektiği gibi alınmaması veya gerekli tetkiklerin yapılmaması teşhis aşamasında; gereken tıbbi müdahalenin hiçbir şekilde yapılmaması, ameliyat sırasında hastanın vücudunda yabancı madde unutulması, yanlış tedavi yöntemi seçilmesi, yanlış ilaç verilmesi, hastanın veya müdahale edilecek uzvun karıştırılması, müdahalenin ölçüsüz bir şekilde yapılması, hijyen kurallarına dikkat edilmemesi veya hatalı ameliyat tarzının benimsenmesi de uygulamada tedavi aşamasında görülen tıbbi hata örneklerindedir(6, 11). Uygulamada; geçici veya kalıcı bedensel zararlar, yanlış teşhis ve tedavi yüzünden uğranılan zararlar, tedavinin olağandan fazla ve gereksiz yere uzatılması, hastayı aydınlatma yükümlülüğünün ihlali, hastanın veya yakınlarının onamı alınmadan tedaviye başlanması, veya ameliyat yapılması, sır saklama yükümlülüğüne aykırılık, acil durum gerektiren hallerde hekimin görevini yapmayarak hastanın ölümüne veya sakat kalmasına neden olması, acil durumdaki hastanın kapıdan çevrilmesi, tedavinin başka bir hastalığı tetiklemesi, gereksiz tetkik ve tedavi uygulanması, hastane enfeksiyonu denilen mikrobun kapılması gibi nedenlerle maddi ve manevi tazminat davası açıldığı belirtilmektedir. (12, 13)

Konuya göğüs hastalıkları özelinde baktığımızda; göğüs hastalıkları uzmanı hekimlerin de aynı şekilde yapacağı girişimlerde gerekli özen ve dikkati göstermesinin, mesleği ile ilgili son gelişmeleri ve yeni yöntemleri takip ederek tıp biliminin gereklerine uygun olarak uygulama yapmasının önemli olduğunu söylemek mümkün olabilecektir.

Akciğer kanserinin hekimin kusuru sebebiyle geç teşhis edildiği ve hatta teşhisin gecikmesinin hastanın durumunu etkilemeyecek olduğu bir olguda Yargıtay, aşağıdaki karar metninden de anlaşılacağı üzere hekim sorumlu tutmuştur;

"Davacı hastanın halsizlik şikayeti ile davalı tıp merkezine başvurduğu, akciğer filmi sonrası akciğer iltihabı teşhisi konulduğunu ve antibiyotik tedavisi uygulandığını, şikayetlerinin geçmemesi üzerine tekrar aynı yere başvurduğu ve yine aynı ilaçların verildiğini, bu ilaçların üst üste kullanılmaması gerektiğini dahi sonradan öğrendiğini, iyileşme sağlayamaması üzerine aradan 7,5 ay geçtikten sonra kızının ısrarı ile başvurduğuTıp Fakültesi Hastanesinde hastaya akciğer kanseri teşhisi konulduğu bir olayda; mahkemece Üniversitesi Tıp Fakültesi ve Adli Tıp

Kurumundan alınan raporlarda teşhiste gecikilmeseydi dahi tedavinin nev'inin değişmeyeceğinin belirtilmesi sonrasında eylemle zarar arasında illiyet bağının bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Yargıtay, doktorun hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorunda olduğunu, asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlü olduğunu belirterek ve ayrıca Avrupa Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesindeki "Meslek Kurallarına Uyma" başlığı altındaki "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerektiği." ifadelerine de atıf yapmıştır. Yargıtay; her iki kurul raporunda da açıkça belirlendiği üzere davacının akciğer kanseri rahatsızlığı ilk grafinin çekildiği anda belli olduğunu, 1-1,5 cm lik kitlenin 7,5 ay içerisinde yaklaşık 5 katına çıktıktan sonra konulan doğru teşhisle kendisine özgü tedaviye ulaşabildiğini, bu süreç zarfında hastalıktan haberdar olmayan kişinin ilk anda teşhisin konulabilir olduğunu öğrenmesinin, bilhassa konu zaman kaybına tahammülü olmayan sağlık ise, ciddi travma yaratacak mahiyette olduğunu vurgulayarak vekalet sözleşmesinin tarafı olan doktorun neticeyi garanti edemese de bu yolda sarf ettiği çabalarındaki en hafif kusurundan dahi sorumlu olduğunu belirtmiş ve uygun ve makul miktarda takdir olunacak manevi tazminat isteminin kabulüne karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir." (14)

Kararda vurgulanan tıbbi uygulama hatası teşhis (tanı) hatasıdır. Akciğer kanseri rahatsızlığı ilk grafinin çekildiği anda bellidir ve teşhisi geç konulmuştur. 1-1,5 cm lik kitle, 7,5 ay içerisinde yaklaşık 5 katına çıktıktan sonra konulan doğru teşhisle kendisine özgü tedaviye ulaşabilmiştir. Hastalığının teşhisinin geç konulması hastanın durumunda etken olmasa dahi, bu süreç zarfında hastalıktan haberdar olmayan kişinin ilk anda teşhisin konulabilir olduğunu öğrenmesi ciddi travma yaratacak nitelikte görülmüş ve "hekim neticeyi garanti edemese de bu yolda sarf ettiği çabalarındaki en hafif kusurundan dahi sorumludur" denilmek suretiyle sorumlu tutulmuş ve manevi tazminat ödemeye mahkum edilmiştir.

2.2. Tıbbi Uygulama Hatasından Sorumlu Olunmayacağına Dair Sözleşmeler

Hekimler tıbbi uygulama hatalarında sorumlu olmayacaklarına hastalarında yazılı onam alsalar veya hastalarıyla sözleşme imzalamış olsalar dahi bu geçerli değildir. Çünkü, Türk Borçlar Kanunu'nun 115/3 maddesi "Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür." düzenlemesini getirmektedir.

2.3. Sağlık Kurumlarının Sorumluluğu

Her ne kadar hep hekim üzerinden bir tartışma yapılmaktaysa da tıbbi uygulamanın yapıldığı sağlık kurumunun sorumluluğu da söz konusudur. Özellikle tazminat davalarında görüldüğü üzere hastanelerin sorumlulukları hukuksal metinlerde çok net olarak belirtilmektedir. (15)

Hastanelerini sorumluluğunun yasal dayanağına gelince hastanın hekimi mi yoksa hastaneyi mi tercih ettiği sorusunun yanıtı bize yol gösterecektir. Hastanın hekime değil de özel hastaneye başvurması ve hastanenin hastayı kabul etmesi durumunda hasta ile hastane arasında vekalet sözleşmesi vekalet sözleşmesi kurulmuş sayılacak ve sorumluluğu da bu çerçevede belirlenecektir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında (16); "Dava; davacılarından E.K. ile davalı B. A.Ş.'ne ait sağlık kuruluşu arasındaki "tedavi amacına yönelik olan vekalet sözleşmesinden" kaynaklanan maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Bu sözleşme, hukuksal niteliğine göre BK.nun 386 vd. hükümlerine uyan bir vekalet sözleşmesidir. Davalı doktorlar C. ve E. ise B. A.Ş.'nin istihdam ettiği çalışanlarıdır (müstahdemleridir). Davacı E. ile anılan doktorlar arasında bir sözleşme ilişkisi yoktur. Bu nedenle davalı şirket, istihdam ettiği doktorların davacıya verdikleri zarar nedeniyle (yükümlülüğünü istihdam ettiği doktorlar eliyle gerçekleştirirken) BK.nun 100. maddesine göre sorumlu olacaktır. Zarara neden olan doktorlar ile zarar gören anne E. arasında bir sözleşme ilişkisi olmadığına göre; davalı doktorların sorumluluğu, sözleşmeye dayandırılmayacağından, ihmali ve özensiz davranışları nedeniyle haksız fiil hükmüne dayanmaktadır..." diyerek ve hastanın hekime değil hastaneye gittiği bir uyuşmazlıkta hasta ile hastane arasında sözleşmeden doğan sorumluluk olduğunu, hasta ile hekim arasında ise haksız fiil sorumluluğu olduğunu kabul etmiştir.

Kendisine başvuran hastayı kabul eden hastane hizmetlerinin gösterilmesi gereken özenle ifa edilmesini yükümlenmiştir. Hastanın barındırılması, yedirilip içirilmesi, korunması ve güvenliğinin temini gibi konular da hastanenin yükümlülüğüdür. Bu ve benzeri hizmetlerde meydana gelen aksamalardan hastane sorumludur. Kamu hastanelerinde de durum aynıdır(5).

Hastanın hekim başvurduğu ve hekimin de hastayı yapılacak operasyonlar için hastaneye yönlendirdiği ve operasyonun hastanın başvurduğu hekim tarafından hekimce yönlendirilen hastanede yapılması halinde hasta ile hem hekim hem de hastane arasında vekalet ilişkisi kurulduğu konusu doktrinde (5) savunulduğu gibi Yargıtay kararlarına (17) da konu olmuştur.

2.4. Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası

1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un Ek 12 numaralı maddesine göre ister kamu ister özel sektörde çalışıyor olsun tüm hekimler ve diş hekimleri tıbbi kötü uygulama nedeniyle kendilerinden talep edilebilecek zararlara ve/veya rücu taleplerine karşı mali sorumluluk sigortası yaptırmak zorundadır. Tıbbi kötü uygulamaya ilişkin zorunlu mali sorumluluk sigortası da serbest ya da kamu veya özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışan hekimler, diş hekimleri ve tıpta uzmanlık mevzuatına göre uzman olanların

(sigortalının) police kapsamındaki mesleki faaliyeti ifa ederken, sözleşme tarihinden önceki on yıllık dönemdeki veya sözleşme süresi içinde mesleki faaliyeti nedeniyle verdiği zararlara bağlı olarak sözleşme süresi içinde kendisine yapılan tazminat taleplerine ve bu taleple bağlantılı yargılama giderleri ile hükmolunacak faize ve sigortalı aleyhine ileri sürülen tazminat talebine ilişkin makul giderlere karşı policede belirlenen limitler dahilinde yaptırmakla yükümlü olduğu sigortalardır(18). Zorunlu mesleki mali sorumluluk sigortası, mesleklerini serbest olarak icra edenlerin kendileri, özel sağlık kurum ve kuruluşlarında çalışanlar için ilgili özel sağlık kurum ve kuruluşları tarafından yaptırılmaktadır. Zorunlu mesleki sorumluluk sigortasını yaptırmayanlara mülki idare amirince sigortası yaptırılmayan her kişi için 5.000 Türk Lirası idari para cezası uygulanmaktadır. (19)

2.5. Arbuluculuk

Hukuk Uyuşmazlıklarında Arbuluculuk Kanunu Yönetmeliği'ne (20) göre arbuluculuk "Sistemik teknikler uygulayarak, görüşmek ve müzakerelerde bulunmak amacıyla tarafları bir araya getiren, onların birbirlerini anlamalarını ve bu suretle çözümlerini kendilerinin üretmesini sağlamak için aralarında iletişim sürecinin kurulmasını gerçekleştiren, uzmanlık eğitimi almış olan tarafsız ve bağımsız bir üçüncü kişinin katılımıyla ve ihtiyarî olarak yürütülen uyuşmazlık çözüm yöntemi" olarak tanımlanmıştır. Arbuluculuk, yargı üzerindeki ağır iş yükünü azaltmanın yanı sıra taraflar arasındaki hukuki uyuşmazlıkları uzlaşarak ya da başka deyişle dostane yollar ile çözüme kavuşturulmasını hedefleyen alternatif bir çözüm yöntemidir. Tıbbi uygulama hataları konulu uyuşmazlıklarda yargı sürecinde belki de en çok duyulan cümle «Doktorum benimle konuşsaydı, beni aydınlatsaydı, keşke bana bu durumu açıklasaydı dava yoluna gitmezdim» cümlesidir. Yani, hekimin karşısında aslında iletişime ve uzlaşmaya açık bir taraf olduğu boyutu göz ardı edilmemelidir. Hekimlerin de aslen davayı kaybetmekten değil yargılama sürecinin yaşattığı stresten ve bunun getireceği itibar kaybı riskinden kaçınması en önemli boyuttur. Burada gizlilik ilkesinin hâkim olduğu arbuluculuk sisteminin tıbbi uygulama hatalarında önemli oranda etkili olabileceği söylenebilir. Böylece, hasta ile hekim veya sağlık kurumu ve kuruluşu arasındaki, tıp hukukundan doğan özel hukuk uyuşmazlıkları, davaya dönüşmeden arbuluculukla çözüme kavuşturulabilecektir.

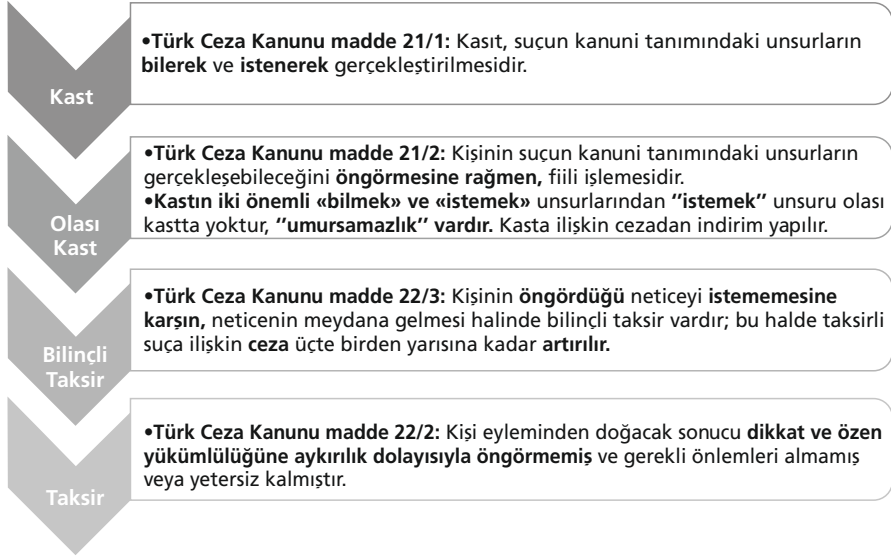
3. Hekimin Ceza Sorumluluğu

Hekimin tıbbi müdahalesi kişinin vücut bütünlüğünü bozan bir duruma neden olacağı için hekimin bu müdahalesinin aslında prensip olarak "yaralama" eylemi niteliği olduğu konusunda doktrinde görüş birliği (6, 21, 22, 23, 24, 25) vardır. Her ne kadar hekimleri tıbbi müdahalesi yaralama eylemi niteliğinde olsa da prensip olarak "hastayı tedavi etme amacı"yla yapıldığından hukuka uygunluk sebebi taşıyor olması ve suçun manevi unsurunu bulunmuyor olması nedeniyle cezalandırılmamaktadır (6, 26).

Hekimin tıbbi uygulama hatası nedeniyle cezai sorumluluğu olabilmesi için, hekimin kasti davranışının veya taksirinin olması gerekmektedir. Kast ve taksir arasında olası kast ve bilinçli taksir olmak üzere iki aşama daha mevcuttur. (6)

Yani hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle cezai sorumluluğundan söz edebilmek için kasttan taksire kadar 4 aşamalı bir yelpazeden bahsedilebilir. (Sekil 1)

Şekil 1: Kusur Tipleri



Hekimin kusurunun “kast”a yaklaştığı noktadaki cezai sorumluluğu en yüksek derece iken “taksir”e yaklaşılan noktalardaki cezai sorumluluğu en düşük derecede olacaktır. Hekimin kusurunun bu yelpazede hangi noktaya yerleştiğini tespit etmek, konunun en can alıcı noktası olacaktır. Mahkemelerin sahip oldukları teknik bilgiyle bunu ölçme imkanları mümkün olmadığından bu konuda hekim bilirkişilerden yararlanılmaktadır. Bilirkişi görüşleri, hekimin cezai sorumluluğu dosyalarında son derece kritik bir önem taşımaktadır. Zira, davayla ilgili konuda sanık hekimin davranışının tıp biliminin gereklerine uygun olup olmadığı, ortada tıbbi uygulama hastası mı yoksa cezasızlık nedeni olan komplikasyon mu olduğuna dair hekim bilirkişinin görüşü, hekimi ceza alıp almayacağına en temel göstergesi olacaktır. Bu yüzden tıbbi uygulama hatalarındaki bilirkişiliğin objektif, bilimsel ve literatüre referans yapacak şekilde yürütülmesi son derece önemlidir. Hekimin tıbbi teşhisi ve tedavi esnasında gerekli özeni göstermediğinin tespit edildiği durumlarda hekimin cezai sorumluluğu doğabilecekken, hastada oluşan zararın “izin verilen risk” olarak da isimlendirilen “komplikasyon” niteliği taşıması halinde hekimin cezai sorumluluğu doğmayacaktır. Komplikasyon halinde dahi hekimin bu komplikasyonlar hakkında hastayı önceden usulüne göre bilgilendirdiğini ve aydınlatılmış onamını aldığını ispatlayamadığı hallerde hekimin sorumluluğu yine doğabilecektir. Şunu da belirtmek gerekir ki hastaların hepsine kendilerine özel durumlardan soyut olarak aynı aydınlatılmış onam metinlerinin imzalatılmış olması da yargı sürecinde tartışma konusu olmaktadır. (5, 27)

Ceza davasının hukuk davasına etkisi: Hekimin tıbbi müdahalesi nedeniyle hem ceza davasına hem de hukuk davasına konu olduğu hallerde en çok tartışılan konulardan birisi de ceza davasının sonucunun tazminat talep edilen hukuk davası için bağlayıcı olup olmadığı noktasıdır. Ceza hakiminin beraat kararı, hukuk hakimi yönünden bağlayıcı değil (28) ise de, ceza mahkemesince belirlenecek maddi olgular hukuki hakimi yönünden bağlayıcı olacaktır. Bu nedenle uygulamada hekim hakkında hem ceza davası hem de hukuk davası açılmışsa, hukuk mahkemesinin hakimi ceza mahkemesinin kararını bekletici mesele yapmakta ve ceza davasının sonucunu görerek karar vermektedirler (6, 29, 30). Yani, hukuk mahkemesi hakimi ceza mahkemesinin kararını bekleyecek ve sonucunu hukuk dosyasındaki diğer delillerle birlikte değerlendirerek karar oluşturacaktır. Örneğin, bir hekimin suç teşkil etmeyen hatalı bir davranışı, tazminat sorumluluğuna neden olabilecektir. Bunu belirleyen de her davanın özelinde ayrı ayrı değerlendirilecek olan olgular ve delillerdir.

Buna karşılık ceza davasında verilen kesinleşmiş mahkumiyet kararı hukuk hakimini bağlayacaktır (6, 31). Ceza hukuku sistemimizin yeni kurumlarında olan "hüküm açıklanmasını geri bırakılması"na dair karar verildiği hallerde ise, bu karar mahkumiyet kararı niteliğinde görülmediğinden hukuk hakimini bağlamayacak ve hukuk hakimi mevcut delillere göre karar oluşturacaktır. (6, 32)

4. Tıbbi Uygulama Hatalarında Bilirkişilik Düzenlemeleri

Tıbbi uygulama hatalarının yargıya taşındığı durumlarda, mahkemelerin sahip oldukları teknik bilgiyle bunu ölçme imkânları mümkün olmadığından mahkemeler bu konuda adli tıp bilirkişilerinden veya hekim bilirkişilerden yararlanmaktadır. Bilirkişi görüşleri hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu dosyalarında son derece kritik bir önem taşımaktadır. Çünkü, hekimin tıbbi müdahalesinin ancak tıp biliminin gereklerine yani standart bakım kriterlerine aykırı olması ve oluşan zarar ile tıbbi uygulama hatası arasında nedensellik bağı olması halinde hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu doğabilecektir. Ki bu konudaki standart bakım kriterlerine aykırılığı ve oluşan zarar ile tıbbi uygulama hatası arasında nedensellik bağına da ancak hekim bilirkişi tespit edebilecektir.

Tıbbi bilirkişilikte temel kriter, ortaya çıkan zararın objektif içerisinde bilimsel ölçütlerde uygulama uygulamayı yapanın eğitim düzeyini göz önünde bulundurarak, aynı ortak koşullarında, aynı yetkinlik düzeyinde bir hekimin göstermesi gereken özeni gösterip göstermediğine (bakım standardına) bakarak değerlendirilmesidir. (5, 33)

Hastada bir zarar ortaya çıktığında, bunun tıbbi uygulamadan kaynaklanıp kaynaklanmadığını, uygulamanın kusurlu olup olmadığını belirleme görevi, bilirkişilik kuruluşlarındadır. Bu kuruluşlar karar verirken bu konu ile ilgili görülen kişilerin ifadeleri, sağlık kuruluşu kayıtları, hasta evrakı, filmleri, laboratuvar incelemeleri ve varsa otopsi bulgularını dikkate almaktadır. Ülkemizde bilirkişilik yapan kurumları şu şekilde belirtmek mümkündür: 1. Yüksek Sağlık Şurası 2. Adli Tıp Kurumu 3. Üniversitelerin Adli tıp ve diğer ilgili Anabilim Dalları 4. Tabip Odaları Onur Kurulları. (34)

Hekimler hastalarının sağlığını düzeltmek için büyük bir çaba ile çalışmalarının yanı sıra, haksız suçlamalardan korunabilmek için, hukuksal açıdan görev, yetki ve sorumluluklarını da çok iyi bilmelidir(34). Olası bir ihtilafta adli bilirkişi, hekimin hastayı uygun biçimde bilgilendirip bilgilendirmediğini, hastanın kişisel verilerinin gizliliğinin korunup korunmadığını, tıbbi müdahalenin tıp biliminin gereklerine ve bakım standartlarına uygun olup olmadığını ve kayıtların özenle tutulup tutulmadığını inceleyecek ve görüş oluşturacaktır. Bu yüzden bu sorumluluklara uygun davranmak bir hekim için hem etik hem de hukuki bir zorunluluktur.

Uygulamada Tıp Hukukundaki gelişmelere paralel olarak taraflar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesine ve Ceza Muhakemeleri Kanunu'nun 67/6 maddesine dayanarak uzman görüşü/mütalaası (taraf bilirkişisi görüşü) alabilmektedir. Yani; tıbbi uygulama hatasına maruz kalmış bir kişi konunun uzmanı olan bir hekimden olguyla ilgili aldığı raporu delil olarak kullanarak mahkemeye başvurabilmekte ve olayın erken aşamasında aldığı raporla olayın net ve açık olarak yargıda değerlendirilmesini sağlayabilmektedir. Erken dönemde dava konusuyla ilgili uzmandan alınacak bilirkişi görüşü hem savunmayı çok güçlendirecek hem de mahkeme aşamasında bazı delillerin çok daha doğru yorumlanmasını sağlayacaktır. Bu, ancak son dönemde anlaşılmaya başlanan bir durumdur. (5)

İster adli mahkemenin atadığı bilirkişi olsun ister taraf bilirkişisi olsun hekimlerin kendilerine gelen tıbbi uygulama hatası konulu davada objektif, bilimsel gerekçeli ve literatüre dayalı bir görüş hazırlaması ve talep edilmesi halinde raporunu mahkeme önünde sözlü olarak savunabilmesi son derece önemlidir. Aksi halde hekim kendisini Türk Ceza Kanunu'nun 276. maddesi kapsamında "gerçeğe aykırı bilirkişilik suçu"nun ve hatta gerçeğe aykırı raporun maddi menfaat karşılığı yapılması iddiasıyla Türk Ceza Kanunu'nun 252. maddesi kapsamında "rüşvet" suçunun sanığı olarak bulabilecektir.

KAYNAKLAR

- 1) *Dünya Tabipleri Birliği 44. Genel Kurul Mapraktis Bildirgesi, 1992.*
- 2) <https://www.ttb.org.tr/kutuphane/belgeler2009.pdf> (Son Erişim Tarihi: 06.07.2018)
- 3) 6754 sayılı Kanunu madde 31. Bakınız: 24 Kasım 2016 tarih ve 29898 sayılı Resmi Gazete.
- 4) *Bilirkişilik Kanunu Tasarısı (1/687) ve Adalet Komisyonu Raporu, Madde Gerekçeleri.* <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayildonem26/yil01/ss388.pdf> (Son Erişim Tarihi: 06.07.2018)
- 5) Polat O. *Tıbbi Uygulama Hataları, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara, Şubat, 2015: 22; 217-272; 280; 281; 147-8, 223-31.*
- 6) Hakeri H. *Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, 10. Baskı, Ankara, Eylül, 2015: 635-90; 188; 703; 751; 752; 808; 726.*

- 7) Savaş H. *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013: 77-8.
- 8) İpekyüz, F.Y. *Hekimin Tazminat Sorumluluğu*, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 20, Sayı: 33, Yıl: 2015: 22.
- 9) Koçhisarlıoğlu, C. *Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi*", *AÜHF*, C.53, S.4, 2004: 1.
- 10) Eren, F. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, B.18, Ankara 2015: 570.
- 11) Kayaer, N. *Ceza Hukukunda Hekimin Tıbbi Müdahalesi Çerçevesinde İşlenen Taksirle Öldürme Suçu* (yayınlanmamış doktora tezi), *Dokuz Eylül Üniversitesi Kamu Hukuku Anabilim Dalı*, İzmir, 2012: 237 ve devamı.
- 12) Çelik AÇ. *Hastanelerin ve Hekimleri Sorumluluğu*, *İstanbul Barosu Sağlık Hukuku Komisyonu'nun 28-29 Eylül 2007 tarihinde düzenlediği Meslekçi Semineri Notları*: 47-52.
- 13) Hatırnaz Erol G. *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve hasta Haklar*, *Seçkin Yayıncılık*, Ankara, Nisan 2015: 399-400.
- 14) *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi*, 25.04.2014 tarih ve 2014/10135 E.- 2014/29243 K. sayılı ilamı.
- 15) Çankaya H. *Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğunun Temel Prensipleri ve Hekim Sorumluluğunda Kusurun Değerlendirilmesi*, *Uzmanlık Tezi*, *Adli Tıp Kurumu*, İstanbul, 1992.
- 16) *Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 11.12.2002 tarih ve 2002/13-1011 E. - 2002/1047 K.sayılı ilamı*.
- 17) *Yargıtay 4. Hukuk Dairesi*, 07.10.2003 tarih ve 2003/1529 E.- 2003/11279 K. sayılı ilamı.
- 18) *Tıbbi Kötü Uygulamaya İlişkin Zorunlu Mali Sorumluluk Sigortası Genel Şartları*, madde A.1. 21.07.2010 tarih ve 27648 sayılı Resmi Gazete. <https://www.tsb.org.tr/tibbi-kotu-uygulamaya-iliskin-zorunlu-mali-sorumluluk-sigortasi.aspx? pageID=521> (Son Erişim Tarihi: 06.07.2018).
- 19) 1219 sayılı *Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 115/3 maddesi kapsamında uygulanan bu para cezası her yıl yeniden değerlendirilme oranına göre artışa tabi tutulmaktadır*.
- 20) 26.01.2013 tarih ve 28540 sayılı *Resmi Gazete'de* yayımlanmıştır.
- 21) Centel, N, Zafer H, Çakmut Ö. *Kişilere Karşı İşlenen Suçlar*. Cilt 1, 2.Bası, İstanbul 2011: 135.
- 22) Önder, A. *Ceza Hukuku Genel Hükümler*. C.II, İstanbul 1989: 203.
- 23) İçel, K. *Hekimin Hukuki Sorumluluğu*, *Uluslararası Katılımlı 3. Ulusal Tıp Etiği Kongresi Kongre Kitabı*, Cilt 1, Bursa, 2003: 23.

24) Ünver, Y. *Sağlık Alanında Ceza Hukukunun Temel Prensipleri, Tıp Hukuku Dergisi, C.3 sayı 6: 50.*

25) Erman/Özek, Sahir Erman. *Ceza Hukuku Özel bölüm, Kişilere Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul 1994: 105-106.*

26) Bayraktar, K. *Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul 1972: 65 ve devamı.*

27) Giray AÜ. *Malpraktis Açısından Hekimlerin Karakteristikleri ve İşyeri Fiziksel Koşullarının Akciğer Tüberküloz Hastalığı Teşhisinde Kullanılan Muayene Protokolü Uygulama Yeterliliğine Etkisi: Doktora Tezi, Hacettepe Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Ankara, 1999.*

28) *Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesi şu şekildedir: "Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir.*

Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz."

29) *Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 02.02.2012 tarih ve 2012/5075 E.- 2012/7708 K. sayılı ilamı.*

30) *Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 02.03.2010 tarih ve 2010/5639 E.- 2010/2114 K. sayılı ilamı.*

31) *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 07.10.2008 tarih ve 2008/11477 E. - 2008/11825 K. sayılı ilamı.*

32) *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi, 12.06.2012 tarih ve 2012/2423 E. - 2012/15261 K. sayılı ilamı.*

33) *Polat O. Adli Tıpta Bilirkişilik, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Ankara, Kasım, 2013: 32.*

34) *Polat O, Pakiş I. Tıbbi Uygulama Hatalarında Hekim Sorumluluğu, Acıbadem Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi, 2011(2): 119-125.*