

## Sağlık Personelinin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu<sup>1</sup>

Mevlüt CAYMAZ  
Doç. Dr. Abdullah DEMİR

### Özet

Sağlık personeli sunmuş olduğu sağlık hizmetinin çeşitli basamaklarında tıbbi uygulama hatalarından dolayı cezai sorumluluklara maruz kalmaktadır. Hasta kabul basamağından, acil müdahaleye, teşhis ve tedaviye varıncaya kadar tıbbi hatanın hukuki boyutu, farklılaşmaktadır. Ayrıca, tıbbi kusurun ortaya çıkış biçimlerine ve sorumluluk durumlarına göre cezai sorumluluk değişmektedir. Sağlık personelinin meslekleri ile ilgili yasa, tüzük ve yönetmelikleri değerlendirerek; haklarının, yetkilerinin ve sorumluluklarının neler olduğunu ve bunların nasıl korunup kullanılacağını bilmeleri meslek hukuku açısından birçok sorunun üstesinden gelmelerine yardımcı olacaktır.

**Anahtar Kelimeler:** Sağlık Personeli, Tıbbi Hata, Cezai Sorumluluk, Meslek Hukuku.

### Criminal Liability of Medical Personnel from Malpractice

### Abstract

Health personnel are exposed to criminal liability for malpractice at various stages of health care that they offer. The legal dimension of the malpractice, from the patient acceptance step to emergency intervention, diagnosis and treatment, is different. In addition, criminal responsibility varies according to the forms of medical malpractice and the status of responsibility. By evaluating the laws, regulations and regulations related to the professions of health personnel; knowing what rights, authorities and responsibilities are and how they are protected and used will help them to come from the top of many issues in terms of professional law.

**Keywords:** Health Personnel, Malpractice, Criminal Liability, Occupational Law.

### Giriş

Sağlık hizmetlerinin yerine getirilmesi sırasında birtakım uygulama hataları meydana gelebilmektedir. Sağlık hizmeti uygulamasının her aşamasında hasta güvenliğinin sağlanması ve tıbbi uygulama hatalarının en aza indirilmesi ve önlenmesi, sağlık sisteminin öncelikleri arasında yer almaktadır”.

“Sağlık hizmetlerinin sunumu sırasında yaşanan tıbbi hatalar hem hastaları hem de sağlık çalışanlarını birçok yönden olumsuz yönde etkilemektedir. Yapılan yanlış müdahale ve uygulamalar sağlık çalışanlarının bir takım cezai sorumluluklarla karşılaşmalarına yol açmaktadır.

Sağlık personelinin meslekleri ile ilgili yasa, tüzük ve yönetmelikleri değerlendirerek; haklarının, yetkilerinin ve sorumluluklarının neler olduğunu ve bunların nasıl korunup kullanılacağını bilmeleri meslek hukuku açısından birçok sorunun üstesinden gelmelerine yardımcı olacaktır. Yasaları bilmeden yapılan bazı girişimler, hemşireyi yasalar önünde suçlu duruma düşürebilir” (Güler, 1997).

“Sağlık alışanlarının büyük çoğunluğu kendileri ile ilgili yasa, tüzük ve yönetmelikleri bilmemektedir” (Kuğuoğlu ve diğ., 2009: 89). 5237 sayılı TCK'nın 4. maddesinde “Ceza kanunlarını bilmemek mazeret

<sup>1</sup> Bu makale Mevlüt Caymaz tarafından 2015 yılında Sağlık Hukuku Anabilim Dalı'nda tamamlanan “Sağlık Personelinin Tıbbi Uygulama Hatalarından Doğan Cezai Sorumluluğu” adlı Yüksek Lisans tezinden üretilmiştir.

sayılmaz” ifadesi yer almaktadır<sup>2</sup>. Dolayısıyla sağlık personeli, mesleklerinin gerektirdiği yetki ve sorumlulukları düzenleyen yasal düzenlemeleri bilmek ve uygulamalarını bu çerçevede yürütmek durumundadır.

Sağlık hizmeti uygulamalarda meydana gelen tıbbi hatalar genel anlamda hukuktaki yerinin tanımının çeşitli hukuk alanlarıyla ilişkisi söz konusu olmaktadır. Bu alanla ilgili olarak konunun kamu ve borçlar hukuku ile ilişkisi üzerinde durulacaktır.

## **I. HUKUKTA TIBBİ HATA**

“Tıbbi hatadan söz edilebilmesi için, arzu edilmeyen olumsuz sonucun meydana gelmesinin önlenabilir ve öngörülebilir olması zorunludur. Önlenemez ve öngörülemez olan bir netice tıbbi kusurdan kaynaklanmaz (Gökcan, 2014: 244).

Tıbbi hatanın hukuka konu olması için hukuka aykırılığının mevcudiyeti gerekmektedir. Hukuka aykırılıkta ise zımnen ya da açık olarak kurulmuş bir sözleşmeye ya da anayasal haklara aykırılığın varlığı gerekir. Bu aykırılığın varlığının tespiti halinde tıbbi hata hukuka konu olacaktır. Tarafların ve kanunun tespitinden sonra açılacak dava maddi veya manevi ya da her ikisini içeren davalar şeklinde görülür. Ülkemizde henüz tıbbi hata konusunda herhangi bir yasa mevcut olmadığından borçlar ya da ceza kanunlarının yorumlanması şeklinde kararların verilmesi söz konusudur (Günday, 2009: 33).

### **A. BORÇLAR HUKUKUNDA TIBBİ HATA**

Borçlar hukukuna göre tıbbi hata, doktorun sözleşmeye aykırılıktan edimini eksik ya da tam yerine getirememekten kaynaklanan, hastaya tazmini esasına dayanmaktadır. Yani zararı ödeme yükümlülüğü mevcuttur. “Böyle bir durumda doktorun meydana gelen zarardan sorumlu olması için; hukuka aykırılık, kusur, zarar, maddi zarar, manevi zarar, illiyet bağı, şartlarının gerçekleşmesi aranır (Günday, 2009: 34).

Vekâlet sözleşmesine konu olan tıbbi müdahale ve tedavide hastaya karşı bir sonuçla sorumlu değildir. Ancak doktor, malzemesi insan olan bu sözleşmede yüksek özen ve ihtimam sorumluluğu altına girer. Yargıtay 13 Hukuk Dairesi verdiği emsal kararda “Doktor, hafif dahi olsa bütün kusurlarından sorumludur şeklinde karar vermiştir. Doktor, hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz almak ve uygun tedavi yöntemlerini uygulamak zorundadır.” görüşüne yer vermiştir. Bu karar, doğum sırasında yapılan anestezi sonrasında hayatını kaybeden hastanın yakınları tarafından açılan tazminat davasına istinaden verilmiştir<sup>3</sup>.

Borçlar Kanunu madde:506 uyarınca doktorun vekâlet sözleşmesi uyarınca sadakat ve özen borcu ile sorumluluğu vardır<sup>4</sup>. Sadakat ve özen borcunun, yerine ihmal ya da beceriksizlik nedeni ile getirilmemesi doktorun borçlar hukuku yönünden sorumlu olması demektir. Burada asıl zor olan hukuki açıdan bu mesleki beceriksizliğin tespitidir (Günday, 2009: 35).

Amerika’da Nebraska Yüksek Mahkemesi 246 Neb.818, 652N.W.2d 574 (2002) tarihli kararıyla özen ve ihmali tıbbi standartlara oturtmuştur. Bu standartlar saptanırken ülke genelinde emsal bir olayda ki başarı ya da başarısızlık oranı ve doktorun genel olarak hastalar üzerindeki başarısı göz önünde bulundurulmuştur (Waltston & Dunham, 2006).

Tıptaki hızlı gelişmelere paralel olarak standartlarla beraber, tedavi yöntem ve metotları da değiştirmektedir. Doktorun bu metotlardan hangisini uygulayacağına kanunen karar vermek mümkün değildir. Ancak vekâlet sözleşmesi gereğince hasta yararına olanı seçmek zorundadır. Tedavi

<sup>2</sup> Türk Ceza Kanunları Yasa Serisi. *Türk Ceza Kanunu*, Yayılım Yayıncılık, İstanbul, 2008.

<sup>3</sup> <https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>

<sup>4</sup> Borçlar Kanunu, Madde: 506.

yönteminin risk ya da sonuçları doktor tarafından tamamen bilinmeli ve hastaya bunlar anlatılmalıdır (Hakeri, 2008: 189)

Tıbbi hatanın tespitinde üç ana başlığın varlığının incelenmesi mümkündür.

1. **Nesnel olarak görünenler;** Burada görülebilir bir doktor hatası mevcuttur.
2. **Maddi kayıplar;** Bu kayıplar direkt olduğu gibi 2. derece de ki kayıpları da içerir.

**Ağrı, acı ve diğer subjektif nedenler;** Burada gözle görülemeyen ancak hata sonucu oluşan hastaya rahatsızlık veren durumların oluşmasıdır (Günday, 2009: 36).

## B. CEZA HUKUKUNDA TIBBİHATA

Herhangi bir tıbbi müdahale ile esas olarak kişinin Anayasa ile korunan, kişinin vücut bütünlüğüne yaralama ya da öldürme fiili ile müdahale söz konusudur. Buda ceza hukuku açısından ele alınır. Ancak bu müdahale bazı unsurların varlığında hukuka uygun hale gelir, doktorunda hukuka aykırı işlem yapmamasını temin eder. Bunlar;

1. Kişinin hasta ya da hasta olacağını hissedip doktora tedavi için gelmesi,
2. Doktorun ayırık durumlar hariç tedavi etmeyi kabul etmesi,
3. Çağdaş yöntemlerle teşhis ve tedaviyi yapması,
4. Hastayı seçtiği tedavi yönteminde de alternatif tıp yöntemlerinin başarı ya da başarısızlıklar konusunda makul ölçüde bilgilendirmesi,
5. Tüm bunları aydınlatılmış onam belgesinde belirtilmesidir (Günday, 2009: 36).

Hâkimin, hukuk davalarında özel bilgi isteyen konulardan olan tıbbi konularda bilirkişiye başvurması normal ancak zorunlu olmayan bir prosedürdür. Oysa ceza davalarında, Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 10. maddesi ve sağlık toplumsal sorunlar için adli olaylarda bilirkişilik yapmak üzere kurulmuş bulunan Yüksek Sağlık Şurası'nın görüşlerine müracaat etmek zorunludur<sup>5</sup>.

4. Hukuk Dairesi 13.3.1973 tarih ve 2684/2978 esas sayılı kararında "Yüksek Sağlık Şurası'nın düşüncesinin ceza muhakemesini bağlayacağı, hukuk muhakemelerini bağlamayacağı" yönünde hüküm vermiştir.

Ülkemizde de tüm dünyada olduğu gibi hukuki ve cezai yönden en çok tıbbi hata davasına konu olan branşlar birinci olarak kadın doğum ikinci olarak genel cerrahi olarak tespit edilmiştir.

Doktorun tedavi ya da tıbbi müdahaledeki hasardan ya da istenmeyen sonuçtan sorumlu olabilmesi için fiilin taksirle işlenebilir bir suç olması, doktorun hareketini bilerek ve isteyerek yapmış olması, neticenin istenmemiş ancak tahmin edilmiş olması, hareket ile sonuç arasında illiyet bağı olması gerekir (Günday, 2009: 37).

Genel olarak taksirle yaralama suçu, TCK madde 89'da düzenlenmiştir ve şu şekildedir:

**"Madde 89-** (1) Taksirle başkasının vücuduna acı veren veya sağlığının ya da algılama yeteneğinin bozulmasına neden olan kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır".

(2) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;

- a) Duyularından veya organlarından birinin işlevinin sürekli zayıflamasına,
- b) Vücudunda kemik kırılmasına,
- c) Konuşmasında sürekli zorluğa,
- d) Yüzünde sabit ize,

<sup>5</sup> Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Madde: 10.

- e) Yaşamını tehlikeye sokan bir duruma,  
f) Gebe bir kadının çocuğunun vaktinden önce doğmasına,  
Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, yarısı oranında artırılır.  
(3) Taksirle yaralama fiili, mağdurun;”  
“a) “İyileşmesi olanağı bulunmayan bir hastalığa veya bitkisel hayata girmesine,”  
b) “Duyularından veya organlarından birinin işlevinin yitirilmesine,”  
c) “Konuşma ya da çocuk yapma yeteneklerinin kaybolmasına,”  
d) “Yüzünün sürekli değişikliğine,”  
e) “Gebe bir kadının çocuğunun düşmesine,”  
Neden olmuşsa, birinci fıkraya göre belirlenen ceza, bir kat artırılır.”

Tüm bu nedenlerde ceza hukukundaki doktorun sorumluluğu çok daha sıkı kontrol edilmelidir.

## **II. TIBBİ HATANIN TEDAVİ BASAMAKLARINA GÖRE HUKUKİ BOYUTU**

### **A. HASTA KABULDE TIBBİ HATA**

Hastanın, “doktorun tedavi isteği bilerek ya da isteyerek olabileceği gibi isteği dışında da gerçekleşebilir. İsteği dışında gelişen tedavi isteğinin en önemli durumu hastanın şuurunun kapalı olduğu, kaza ya da benzeri durumlardır. Hasta tedavi amacıyla doktora müracaat ettiğinde doktorun tedaviyi başlatmada geç kalmasından doğacak zarardan sorumluluk tartışmalıdır. Bu konuda acil durumunun varlığı ya da yokluğu ve oluşacak zararın boyutu, doktorun sorumluluğunun üzerinde etkisi olacaktır. Acil durumlardaki sorumluluk aşağıda da incelenecektir. Acil olmayan durumlardaki sorumluluğu, oluşan zarar boyutu ile tartışmalıdır. Burada hastanın doktoru kabul etmeme hakkına karşılık doktorunda hastayı kabul etmeme hakkına dayandırmak mümkündür. Ancak burada da ülkemizdeki coğrafi şartlar ile maddi imkânlar göz önünde bulundurulması” gerekmektedir (Günday, 2009: 44).

### **B. ACİL MÜDAHALEDE TIBBİ HATA**

Hastanın hayati tehlikesinin olması ya da kuvvetli ihtimal olması durumunda “TCK 98. maddesi uyarınca doktorun müdahalesi zorunludur. “Yaşı, hastalığı veya yaralanması dolayısıyla ya da başka herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Yardım veya bildirim yükümlülüğünün yerine getirilmemesinden dolayı kişinin ölmesi durumunda, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hüküm olunur, şeklindedir<sup>6</sup>.

TCK 98.maddesi sadece doktor olarak değil acil durumlarda tüm vatandaşları sorumlu kılmıştır. Doktorların sorumlulukları, aldıkları meslek eğitiminden dolayı artı bir sorumluluktur. Doktorlar ayrıca Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 3. maddesi gereğince de: “Tabip ihtisası ne olursa olsun gerekli bakımın sağlanamadığı olgularda zorunlu sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur.” denilmektedir<sup>7</sup>.

Tüm bunlar ışığında doktorun acil durumlardaki hastaya müdahalesi zorunludur. Tedavi etmeyi reddetmek hakkı yoktur. Bununla beraber Acil Hizmet Yönetmeliğine göre acil tıbbi müdahale tüm kamu hastanelerinde ücretsizdir. Özel Hastanelerde de Özel Hastaneler Yönetmeliği gereğince hastanın ücreti ödeyememesi ya da sosyal güvencesi olmaması nedeniyle müdahale etmemesi yönetmeliğe aykırılık teşkil eder (Günday, 2009: 45).

<sup>6</sup> TCK, Madde: 98.

<sup>7</sup> Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Madde: 3.

Ancak müdahalenin yapılamamasında hastane ya da doktorun yetersizliği söz konusu ise daha donanımlı bir hastane ya da konunun uzmanına sevk bu durumun ayrık noktasını teşkil eder. Acil hizmet yönetmeliği hasta nakilleri yönetmeliği 09.01.2009 tarih ve B.10.4.ISM.4.55.00.82 sayılı genelgesinin 3. ve 4. maddeleri oldukça tartışmalıdır. Zira bu maddeler ile acildeki doktor, hastayı kendisini ya da çalıştığı hastanenin imkânlarını yetersiz sayarak hastayı daha üst bir sağlık sunucusuna ya da doktora yönlendirme konusunda şarta bağlanmıştır. Buna göre sevk edileceği yerin kabul şartı gereklidir. Acil gibi zamanın öneminin tartışılmayacağı konuda telefon ile onay almak ya da alınmaz ise Komuta Kontrol Merkezi ile görüşme zorunlu sayılmıştır. Tüm bunlar hem hasta hem doktor haklarına hem de hastanın Anayasal haklarına aykırıdır<sup>8</sup>.

Yapılan araştırmalar acildeki doktorun en önemli sıkıntısını yeterli anamnez, laboratuvar, görüntülü tanılama yöntemleri ya da konsültasyonlar yapmadan direkt tedaviye geçme zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Acildeki doktorun sorumluluğu, hastayı ilk gördüğü anda başlar ve başka bir doktorun tedaviyi üstlenmesiyle sona erer. Ancak sevkten sonrada sevk anına kadar yapmış olduğu tedaviden sorumluluğu devam eder (Günday, 2009, s. 47).

Özel Hastaneler Kanununun 32. maddesi gereğince de özel hastaneler gelen tüm hastalara sağlık güvencesi olup olmadığına bakmaksızın müdahale etmek zorundadır. Acil durumlardaki en önemli sorun, hasta onayı almada ve hastayı aydınlatmada yaşanır. Buna göre eğer böyle bir zorunluluğun var olduğu olgu söz konusu ise 1219 sayılı kanunun 70. maddesi uyarınca; “Tabipler, diş tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir)” şeklindedir<sup>9</sup>.”

### C. TEŞHİSTE TIBBİ HATA

Tedavi sözleşmesi bir vekâlet sözleşmesi olduğuna göre taraflardan birinin sözleşmeyi kabul etmeme ya da ret hakkı mevcuttur. Bu taraflardan birinin doktor olması da doktor haklarının 7. maddesi gereğince. “Hasta-doktor ilişkisinin temeli karşılıklı güvendir. Doktorun kendisine güvenmeyen hastayı reddetme hakkı vardır.” Bu güven ilişkisinin varlığı tüm ülkelerde kabul görmektedir (Waltson, Dunham: 64). Buna göre tedaviye gelen hasta ile doktor arasında güvene dayalı bir vekâlet sözleşmesinin varlığı mevcuttur. “Doktor haklarının 7. maddesinde var olan hastayı reddetmenin gerekçesinde, “güvenmeyen hastayı” reddetmek esastır. Bunun yanında uzmanlık dalı haricindeki hastaları daha üst tedaviye yönlendirmek, hasta kabuldeki tıbbi hatanın esaslı unsurlarındandır. Bunun yanında tedaviye başlayan doktorun hastasını başka bir doktora sevkinde, özellikle daha az bilgi ve becerisi olan doktora ya da hastanelere sevk etmesi de hasta kabulündeki tıbbi hatadır (Fremgen, 2006: 118).

Teşhis birçok ön araştırmayı içinde barındıran geniş bir kavramdır. Ayrıca birçok basamağı mevcuttur. Bu basamakların herhangi birinde yapılacak hata, ondan sonraki adımlar doğru izlense dahi tedavide tıbbi hatayı oluşturacaktır. Tedavinin her bir basamağı için tıbbi hatayı ayrı ayrı incelemek uygun olacaktır.” Ayrıca tekrar vurgulamak gerekirse doktorun teşhis zorunluluğu yoktur. Doktorun teşhis koymamasından dolayı tıbbi hata davasına konu olması mümkün değildir (Günday, 2009, s. 50).

### D. TEDAVİDE TIBBİ HATA

Tedavi esas olarak hastanın iyileştirilmesi amacı ile yapılır. Ancak tedaviye başlamadan önce; anamnez, tanı yöntemleri, doğru yorumlama ve doğru teşhis basamaklarını tam anlamıyla yapmak gerekir. Bu basamakları doğru yapmak hekimi en doğru tedavi yöntemini bulmaya sevk edecektir.

<sup>8</sup> Hasta Acil Kabul Yönetmeliği

<sup>9</sup> 1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanunu'nun 70. Maddesi.

Tabi bunların yanı sıra burada doktorun vekâlet sözleşmesinden ve doktorun tedavi özgürlüğü ilkesinden hareketle tedavi yöntemi serbestliği de söz konusudur.

### **1. Tıbbi Hizmetlerin Kötü Uygulanması ya da Hiç Uygulanmamasında Tıbbi Hata**

“Tıbbi hizmetlerin kötü uygulanmasından doğan sorumluluk kanun tasarısının 3. maddesinde tıbbi kötü uygulama; “Sağlık personelinin, kast, kusur veya ihmal ile standart uygulamamayı yapmaması bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması, yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu” olarak tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi bazen yanlış tedavi tıbbi hatanın konusu olabileceği gibi görev ve sorumluluğun gereği müdahale etmeme ya da geç müdahale de tıbbi hata kavramının içinde yer alır. Hukuki açıdan müdahalenin yapılmaması ihmali nitelik taşır (Hakeri, 2007: 350).

09.01.1967 yılında 4. Hukuk Dairesi, kalp krizi geçiren hastaya Ankara Hastanesi’ndeki nöbetçi doktorların bakmamaları, geç kalmaları neticesinde hastanın ölmesinden kusurlu bulunmuştur. Yargıtay tarafından da karar onanmıştır (Günday, 2009: 59).

Yargıtay’ın birçok kararında hiç müdahale etmemekte doktoru sorumluluktan kurtarmamaktadır. Bu kararlardan anlaşılacağı gibi doktorun hukuki sorumluluğunun başlangıcı, hastayı gördüğü anda başlamaktadır. Bu hukuki sorumluluk uluslararası hukukta da geçerlidir. Amerika’da gerçekleşen bir tıbbi hata davasında doktor, tıbbi müdahale için hastaneye gelen hasta ile herhangi bir müdahale için irtibat kurmadığından dolayı hasta ile arasında vekâlet sözleşmesi kurulmadığını bu nedenle de vekâlet sözleşmesine dayalı tıbbi müdahalenin yapılmamasından kusurlu olamayacağını iddia etmiştir. Ancak karar, hastanın hastaneye geldiği andan itibaren vekâlet sözleşmesinin örtülü bir şekilde kurulduğu halde doktorun müdahaleyi haklı bir şekilde reddetmesinin de hukuki dayanağı olmadığından doktorun kusurunun varlığı yönündedir” (Waltson, Dunham: 78).

### **2. Tedavi Yönteminin Seçiminde Tıbbi Hata**

Tedavi yöntemini seçmek doktor haklarının 3. maddesinde şöyle tanımlanmıştır: “Çağdaş, Bilimsel Tıp Olanaklarının Uygulanma Hakkı; Tıp Eğitiminde yüksek teknolojinin tıptaki uygulama alanları ile tanışan bir doktorun iş yaşamında tanı ve tedavide söz konusu gelişmeleri yaşamayı istemesi hakkıdır” Bununla beraber hasta hakları madde 11 uyarınca da hastanın; “Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir” şeklindedir. “Ancak tedavi yöntemini seçmede genel olarak kabul gören; doktorun hastası için en az tehlikeli ve en az acı verecek yöntemi seçmesidir. Nitekim Tıbbi Deontoloji Tüzüğü madde 13’de de doktorun, tıp ilke ve kurallarına göre hareket etmesi vurgulanmıştır. Doktor, tıbben kabul edilmemiş, yeteri kadar denenip standart tedavi yöntemleri arasına girmemiş yöntemi kullanamaz”(Günday, 2009: 61).

### **3. Tedavinin Uygulanmasında Tıbbi Hata**

Tedavi; “hastanın sağlığının bozulduğu ya da bozulacağı gerekçesiyle doktorun iyileştirme çabasıdır. Tedavi doktorun, hastaya karşı asli sorumluluğudur. Bu sorumluluk gereğince; bir hekimin göstereceği dikkat ve ihtimamla ve genel kabul görmüş standart tıp tekniklerine uygun şekilde yerine getirmesi gereğidir. Tedavi kelime olarak sadece hastalık oluştuğunda değil, oluşmadan önceki profilaktik tedbirleri de içerir. Örneğin, aşılama ve karantina bu tip tedbirlerdendir. Kontroller sırasında doktor tipik difteri belirtilerini bulmasına rağmen difteri serumunu yapmaması neticesinde iki çocuğun ölümünden sorumlu bulunmuştur (Günday, 2009, s. 63).

Profilaktik olarak önlem alınmamasından oluşan tıbbi hata bir dava konusu da şudur; 13.Hukuk Dairesi 20.11.2000 E:8582 K:10298 sayılı kararında; davacı, sağ el baş parmağının paslı bir demir çubukla kesilmesi üzerine, davalı sahibi olduğu Bursa Hayat Hastanesi’ne götürüldüğünü, burada kendisini muayene eden davalı doktorun talimatı doğrultusunda pansuman yapıp, kesiğe iki dikiş atılarak gönderildiğini, 26.04.1996 sabaha karşı evinde komaya girmesi ile Tıp Fakültesi’ne sevk edilerek

tetanos teşhisi koyulduğu, 26 gün yoğun bakımda yattığı, bu durumun maddi, manevi tazminat talebi söz konusudur (Özkan, 2008: 318).

#### **4. İlaçla Tedavide Tıbbi Hata**

İlaç ile tedavi doktorun tercih edebileceği bir tedavi türüdür. “Ancak burada farklı sorunlu ajanlar devreye girmektedir.

##### **a) Doktor (tavsiye eden yetkili sıfatıyla)**

Doktor ilaç ile ilgili tüm bilgileri hastaya aktarmakla sorumludur. Bu bilgilerin; kullanım süresi, yan etkiler, kontrendikasyonları, dozajlama ve ilaç kullanırken yapması gerekenler ya da yapmaması gerekenler gibidir.

Bu konuda örnek bir karar Yargıtay 13. Hukuk Dairesi tarafından verilmiştir; “Ameliyat esnasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporların 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosuna göre genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısıyla ameliyat sırasında doktorların gerekli özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda hastane ve doktorların kusurlu oldukları.” şeklinde hüküm kurarak, karar vermiştir (Hakeri, 2007: 361).

Doktorun ilaçtan sorumluluğunda temel nokta, doktor tarafından yazılan reçeteye dayandırılır. Reçete, ilacın ismini, dozunu ve kullanım şeklini içerir. Bunlardan kaynaklanan sorumlulukta doktor, ya da haksız fiil hükümlerine göre sorumlu olabilmektedir. Burada doktora karşı tehlike sorumluluğuna gitmek mümkün değildir. Eğer doktor hastasına tavsiye ettiği ilacın zararlarını biliyor veya bilmesi zorunlu ise buna rağmen ilacı hastaya tavsiye etti ise bizzat sorumluluğu mevcuttur. Ancak ilaç prospektüsünde yer almayan bilgiler ve tehlikelerin mevcut ve bu durumda doktor tarafından bilinmesine rağmen hastaya bu ilaç tavsiye ediliyorsa ilaç üreticisi ve doktor arasında müteselsilen sorumlu tutulması söz konusudur (Günday, 2009: 68).

Genel olarak doktorun ilaç ile ilgili sorumluluğu uyarı yükümlülüğünü ihlal etme noktasında gerçekleşmektedir. Uyarı yükümlülüğünde esas ise, aracı bilirkişi sorumluluğunu hiç ya da yeteri kadar yerine getirmeme şeklindedir.

##### **b) Eczacı (Doktorun ilacı yazdığı reçetede ilaçlar temin edip doktorun yazdığı şekilde hastaya uygulattırın kişi sıfatıyla)**

1262 sayılı İspençiyari ve Tıbbi Müstahzarlar Kanunu (İTMK) 2. madde uyarınca; halk arasında ilaç olarak tabir edilen ispençiyari ve tıbbi müstahzarların reçeteli ya da reçetesiz satışı sadece halka eczanelerden satılabileceği hükme bağlanmıştır<sup>10</sup>. Buna göre yasa koyucu beşeri ve tıbbi ürünleri, herhangi bir tüketim malından ayırarak tanımlanmış olmaktadır. Böylece ruhsat alınmadan üretilen ya da ithal edilerek satılan formülasyonun da değişiklik yapılacak müstahzarlar ilaç olarak tanımlanmamaktadır.

İlaç ruhsat sahibi ya da ithalatçı firma ruhsatlandırma anında ilacın reçeteli ya da reçetesiz satılması konusunda Sağlık Bakanlığında onay alınarak kullanıma sunar. Ancak 02.03.1995 tarih ve 22218 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan ve 02.03.1996 da yürürlüğe giren Tıbbi Farmasotik Ürünler Ruhsatlandırma Yönetmeliği'ne göre: “Doktor tavsiye ve kontrolü olmadan kullanıldığında doğru kullanılsa bile doğrudan veya dolaylı olarak bir risk yaratma ihtimali taşıyan; sıklıkla yanlı ve yaygın ve/veya yan etkileri sebebiyle takip edilmesi gerekli görülen; parenteral olarak uygulanacak olan; uluslararası anlaşmalarla narkotik veya psikotropik olarak sınıflandırılmış bir maddeyi ihtiva eden; doğru kullanılmaması halinde bağımlılık oluşturma potansiyeli bulunan veya kanun dışı amaçlar için kullanılabilecek olan; farmasotik özelliği veya yeni oluşu sebebiyle veya toplum sağlığı açısından sadece şartlarında yapılabilecek tedaviye mahsus olan ilaçlar, reçete ile satılması mecburi ürün olarak

<sup>10</sup> 1262 sayılı İTMK Madde 2.

ruhsatlandırılır. Bu koşulların içermediği grupta yer alan ilaçların reçetesiz olarak ruhsatlandırılmasında hukuksal bir engel bulunmamaktadır, der (Günday, 2009: 69).

Tüm bunlara baktığımızda ülkemizde ilaçların büyük bir bölümü reçete ile karşılanmaktadır. O halde reçetenin ne olduğuna bakmakta fayda vardır. Reçete, doktorun imzasını taşıyan ve doktora hukuksal sorumluluk yükleyen bir belgedir. Reçetenin resmiliği hastanın sosyal güvenlik kurumlarından herhangi birinden güvence almış olmasından değil; doktorun “imzasını taşıyan ve doktorun profesyonelliğinin seçkinliğinin uyguladığı bir sanatın yansıması olan ve alelade bir kağıt parçasına indirgenmeyecek değer ve önemde, hukuksal anlamda geçerliliği olan resmi bir belgedir. Sosyal güvencesi olmayan hastaya yazılan reçetede resmi bir belgedir ancak bedelini hasta kendi öder. Reçetenin resmi bir belge olması doktorluğun aynı zamanda bir kamu görevi olmasıyla” da ilgilidir (Günday, 2009: 69).

Reçeteden birincil derecede doktor sorumlu olsa da reçetede ki yanlışları saptamak (ki bu tartışmalıdır) yanlış ilaç vermek, yanlış bilgilendirme eczacının kusurudur. Doktor ve eczacının ihmal ve kusuru için özel yasalar olmadığından genel yargı hükümleri dikkate alınır.

### c) İlaç üreticisi (imalatçı sıfatıyla)

Türkiye’de üreticinin sorumluluğu, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda (TKHK) ve “Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Doğan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik ile” düzenlenmeye gidilmektedir. Bu tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Genel olarak ilaç üreticisinin sorumluluğu daha da belirsizdir. Çünkü ilaç, ekonomik bir değer ifade etmesinin yanı sıra pek çok özelliği ile diğer mallardan farklılık gösterir. O nedenle bu konuda ki düzenlemenin özel bir başlık altında yapılması zorunlu hale gelmektedir. İlaç üreticisinin ürettiği ilacın güvenliğini sağlama devletin görevidir. İlaç, ekonomist ve iktisatçılar açısından herhangi bir tüketim malından farklı tanımlanmasa da uluslararası ilaç piyasasında, ilaç diğer tüketim mallarından şu başlıklarda kuvvetle ayrılır (Günday, 2009: 75);

- Talep esnekliği yoktur,
- İkame olunamaz,
- Onsuz olunmaz,
- Sağlık açısından kullanıldıktan sonra geri dönüşümsüz etki yaratır,
- Geniş kitlelere bir anda ulaşması mümkündür (Bu tehlike sorumluluğuna işaret eder).

Tüm bunların yanında ilacı kullanan farklı (hasta), üreten farklı (ilaç üreticisi), tavsiye eden farklı (doktor), hastaya ulaştıran farklı (eczacı), genellikle ilacın bedelini ödeyen farklı (devlet ya da özel sigorta şirketi ya da çok küçük bir yüzde hasta), ülke satış fiyatını belirleyen farklı (devlet) taraflardır. İşte böyle ayrı bir üründeki sorumlulukta elbette oldukça önemlidir (Abacıoğlu, 2004: 5).

İlacın imali esnasında yapılan imalat hatalarından sorumluluk imalatçıya aittir. İlacın kullanılması gereken (endikasyon), kullanılmaması gereken (kontrendikasyonları) ve ilaç etkileşimlerini ilaç kutusunun içinde yer alan prospektüsünde ayrıntılı olarak belirtmek de ilaç üreticisinin sorumluluğundadır. Ancak prospektüsünde yer almayan olasılıklar konusundaki sorumluluğu tartışmalıdır. Bununla beraber genel anlamda “ayıplı malın neden olduğu zararlardan sorumluluk” söz konusudur. 13.06.2003 tarih ve 25317 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik’in 5. maddesi ayıp kavramını açıklamıştır. Buna göre “Malın piyasaya sunum tarzı, makul kullanım şekli ve piyasaya sürüldüğü an ve benzeri diğer hususlar göz önüne alınarak, bir kimsenin o maldan haklı olarak bekleyebileceği güvenliği sağlamayan mal ayıplı mal sayılır” şeklindedir<sup>11</sup>. Sözü geçen yönetmeliğin madde 6 da ayıplı malda sorumluluk

<sup>11</sup> 13.06.2003 tarih ve 25317 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik’in 5. Maddesi.

belirlenmiştir. “Ayıplı bir malın, bir kişinin ölümüne veya yaralanmasına veya bir malın zarar görmesine sebep olması halinde imalatçı-üretici doğan zararı, kusur aranmaksızın tazmin etmekle yükümlüdür”<sup>12</sup> der.

Ayıplı mal kavramı ülkemizde 2003 tarihli Ayıplı Mal Yönetmeliğinde yer almıştır. Ancak bu yönetmelik 1995 TKHK'nun 4. maddesine göre çıkartılmış ise de kanunda yer almayan “güvenli olmayan mala karşı kusursuz sorumluluk” verilmesi tartışma konusudur. Ayıp kavramı subjektif ve ekonomik anlamda ise “uygunluk ayıbı” başlığında, hayat, vücut bütünlüğü veya mallarının tehlikede olması durumunda “güvenlik ayıbı” başlığında incelenebilir (Akçura, 2008: 2008 ). İlaç, bakımından güvenlik ayıbı ülkemizde yeni yeni gündeme gelmektedir. İlacın güvenlik ayıbı içerisinde incelemek için, ilacı güvenli ürün olarak kabul etmek gerekir. Oysa Paracelsus (1493-1541)'un dediği gibi “tüm maddeler zehirlidir; ilaç ile zehiri birbirinden ayıran dozudur.” Bu kadar önemli bir ürünü üreten ilaç üreticisinin sorumluluğu hukukumuzda özel olarak düzenlenmesi zaruridir.”

### **5. Malzeme Sağlamada Tıbbi Hata**

Burada söz edilen malzeme tedarikten ziyade özellikle ameliyathanede, cerrahi işlem esnasında kullanılacak malzemelerin tamlığı ve kullanılmaya hazır olması şeklindedir. Çünkü vekâlet sözleşmesi gereği doktor sonuca giden işlemlerde tüm ihtimam ve özeni göstermekle yükümlüdür. Yoksa eser sözleşmesindeki gibi bizzat malzeme tedariki sorumluluğu yoktur. Ancak sağlanan yanlış ya da eksik malzemeden dolayı hastanenin hizmet kusuru söz konusu olabilir (Günday, 2009: 89).

### **6. Organizasyonda Tıbbi Hata**

Sağlık hizmetini sağlayan özel ya da kamu hastaneleri tıbbi müdahalelerden sorumludurlar. “Danıştay 10. Dairesi 03.05.1995 tarih ve 3258/2379 sayılı kararında bu konuda belirleyici bir karar vermiştir. “halkın sağlık hizmetlerini yürütmekle görevli olan idare, hastanelerde yapılacak tedavilerin ve cerrahi müdahalelerin tıbbi esaslara uygun biçimde, hizmetin gerektirdiği yeterliliğe sahip personelle ve gerekli dikkat ve özen gösterilerek yapılmasını sağlamakla yükümlüdür” demiştir.

Sağlık hizmeti sağlayıcısı olarak görev yapan tüm hastaneler organizasyondan sorumludurlar (Hakeri, 2007: 366).

### **7. İyatrojenik Tıbbi Hata**

İyatrojen; doktorun tedavi esnasında, verdiği ilaç ya da tedavi nedeniyle bir başka hastalığa neden olmasıdır. Bu durum izin verilen risk içerisinde ise, doktorun sorumluluğu söz konusu olacak iken izin verilen risk içerisinde değilse, izin verilen risk içinde kabulü mümkün değilse doktorun kusuru söz konusu olacaktır. Örneğin; Steroid kullanılan hastalarda özellikle süt çocukluğu döneminde iyatrojenik olarak cushingsendromu gelişmektedir. Önlem olarak topikal (yüzeysel) steroid kullanımını kısa süreli tutmak ve düşük potensli ajanlarla sınırlandırılması öngörülmektedir (Hatipoğlu, 2007, s.157).

### **E. AYDINLATILMIŞ ONAM (HASTAYI AYDINLATMADA) TIBBİ HATA**

“Kişinin vücut bütünlüğü üzerindeki Anayasal hakkı tıbbi müdahale ile elinden alınmaktadır. Bu hukuka aykırı durum, kişinin rızasının olması ile hukuka uygun hale gelmektedir. Bu nedenle aydınlatma “hem özel hem de ceza hukuku açısından önem” taşımaktadır. Bu durum hukukta rıza olarak geçse de sözlük karşılığı razı olmak olarak tanımlanan bu kelime, konuyu açıklamakta eksik kalmaktadır. Informedconsent'in karşılığı olarak bilgilendirilmiş ya da aydınlatılmış onam daha uygun olacağından bu başlık altında incelenmektedir. Zira aydınlatılmış onamda; hastanın, tedavinin tüm risklerini, alternatiflerini ve alternatif tedavilerinin de tüm risk ve faydalarını anlaşılabilir şekilde doktor tarafından kendisine anlatıldığının ve kendisinin de gönüllü olarak bunu kabul ettiğinin açıklamasıdır (Hakeri, 2008: 103).

<sup>12</sup> 13.06.2003 tarih ve 25317 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik'in 6. Maddesi.

Aydınlatılmış onam aslında vekâlet sözleşmesine göre tedavi sözleşmesinin belgesidir. Tedavi sözleşmesinin kabulünde “zımnın ya da açık olarak kabulü söz konusudur” der. Oysa aydınlatılmış onamın artık yazılı olarak alınmasının zorunlu olması tedavi sözleşmesinin yazılı olarak kabulünü gerektirmektedir. Bu belgenin oldukça ayrıntılı hazırlanması gereği hastanın tedavi süreci ve sonucundan bilgilendirilmesi doktoru da sözleşme yükümlülüklerinden oluşmaktadır. Kabaca bizde hastanelerde standart belgeler hukuken aydınlatılmış onam olarak kabul etmek mümkün değildir. Hukuken belge dâhilinde sorumsuzluk sağlayabilecek aydınlatılmış onam belgesi örneği ve aydınlatılmış onamı geri çekme tutanağı aşağıda sunulmuştur (Tablo 3 ve 4) (Margaret, 2001: 81).”

## 1. Aydınlatılmış Onamda Sorumluluk

### a. Doktorun Hukuki Sorumluluğu

“Türk Tabipler Birliğinin 28.04.2004 gün ve 25446 sayılı Resmi Gazete de, 60203 sayılı Türk Tabipler Birliği Yasası’nın 59. maddesine göre hazırlanan, yönetmeliğin 4. maddesi para cezaları bölümünün – s- bendinde aynen şu hükme bağlanmıştır;

“s- Hastanın aydınlatılmış onamını usulüne uygun almaksızın tıbbi girişimde bulunmak,”<sup>13</sup>.

Buna göre doktorun usulüne uygun aydınlatılmış onam almadan tıbbi müdahale ya da tedavide bulunması hukuki sorumluluk yanında disiplin cezasını da gerektirmektedir.

Doktorun, hastayı aydınlatma borcu, Anayasa’nın 17 maddesi, Medeni Kanununun 24 ve 25. maddelerine ayrıca 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesine dayanmaktadır. Alınan aydınlatılmış onamın geçerli olabilmesi için ise; hastanın tüm tedavi basamaklarından ve tehlikelerden olduğu kadar tercih edilebilecek diğer tedavi yöntemlerinin fayda ve risklerinden hatta tedavi ya da tanı yöntemlerini reddetmesi durumunda ki risklerden dahi açık şekilde (örtülü kabul sorumluluk taşımaktadır) onayladığını bildirmesi gerekmektedir (Günday, 2009: 105).”

Ülkemizde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi’nin 14. maddesinin 2.fıkrasında;

“.....teşhise göre alınması gerekli tedbirlerin hastaya açıkça söylenmesi lazımdır.” İbaresini, Hasta Haklarının Yönetmeliğinin 15. maddesinde yer alan “Hasta, sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemler, bunların yararları ve olası sakıncaları, alternatif tıbbi müdahale usulleri, tedavinin kabul edilmemesi durumunda ortaya çıkabilecek olası sonuçlar, hastalığın seyri ile sonuçları konusunda sözlü veya yazılı olarak bilgi isteme hakkına sahiptir.” ibaresi ile yer almıştır. Doktorun, aydınlatılmış onam dâhil hasta hakkında ki tüm bilgi ve belgelerin TCK mad. 4/1 uyarınca gizleme sorumluluğu vardır. Bu sorumluluk iki şekilde sorumluluk dışına çıkar;

- Hastanın rızası,
- Hastanın sırrının açıklanmasında doktor açısından haklı bir durum oluşması (Günday, 2009, s. 105).

Aydınlatılmış onamı verme konusunda yetkili bizzat hasta, ya da vekilidir. Alma konusunda yetkili kişi olarak da doktor belirlenmiştir. Bu ifade Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da aynen şöyledir:

“**Madde 72** – İcrayı sanat eden tabipler, diş tabipleri, dişçiler ve ebeler numunesi veçhile Sıhhiye ve Muaveneti İçtimaiye Vekaleti tarafından tertip ve mahalli sıhhiye memurlarınca musaddak, hastaların isim ve hüviyetlerini kayda mahsus bir protokol defteri tutmağa mecburdurlar. Bu defterlerin kuyudu

<sup>13</sup> 28.04.2004 gün ve 25446 sayılı Resmi Gazete de, 60203 sayılı Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği, Madde 4, s bendi.

ücretten mütevellit davalarda Sahibi lehine delil ittihaz olunabilir. Şu kadar ki müstenidi iddia olan kaydın hilafı vesaik veya delaili muteberei saire ile ispat edilebilir.<sup>14</sup>

Ancak burada bahis konusu olan protokol defteridir.

Doktorun, hastaya ait aydınlatılmış onamı dosyasında muhafazası esastır. Ancak hasta isterse dosyayı inceleyebilir ya da bir örneğini alabilir. Bu ifade Hasta Haklarının Yönetmeliği'nde aynen şu şekildedir:

**“Madde 16-** Hasta, sağlık durumu ile ilgili bilgiler bulunan dosyayı ve kayıtları, doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtası ile inceleyebilir ve bir suretini alabilir. Bu kayıtlar, sadece hastanın tedavisi ile doğrudan ilgili olanlar tarafından görülebilir<sup>15</sup>.”

“Doktorun, aydınlatılmış onamı almada hukuki sorumluluğu yukarıdaki maddeler uyarıncadır. Ancak alınmaması, eksik ya da baskı altında alınması ya da kayıp edilmesi durumunda sözleşmeye aykırılık ile farklı bir sorumluluk altında kalacaktır. Doktorun kusur ile sorumluluğu söz konusu olabilecek tıbbi hata davasında aydınlatılmış onamın olmaması halinde haksız fiilden sorumlu olması söz konusu olabilecektir.”

### **b. Yardımcı Personelin Hukuki Sorumluluğu**

“Yardımcı personel ile doktor arasında görevi yerine getirme konusunda bir adam çalıştırma sorumluluğu söz konusu olmalıdır. Doktor burada objektif özen gösterme görevinden dolayı hukuki sorumluluk taşır. Borçlar Kanunu uyarınca adam çalıştırma sorumluluğunun olması için doktor-yardımcı arasında iş ilişkisinin varlığı zorunludur. Yardımcı personel hukuki olarak sorumluluğa gidilmesi için doktorun talimatı ile hareket ediyor onun gözetiminde görevini yerine de getiriyor olması gerekir. Burada doktor ile yardımcı personel arasında fiili bir bağlılık olması gerekir. Yardımcı personelin sorumluluğuna gidilmesi için karar ile netice arasında sıkı illiyet bağı esastır. Oluşan dolaylı kusurdan dolayı sorumlu olan hasta açısından doktordur (Günday, 2009, s. 106).

### **c. Hastanenin Hukuki Sorumluluğu**

Hastanelerin hasta hakkındaki tüm belge ve bilgileri muhafaza etmeleri konusunda; Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği'ne göre;

**“Madde 32 –** Her yataklı tedavi kurumunda bir merkezi tıbbi arşiv kurulur. Bütün servislerin ve olanakları ölçüsünde polikliniklerin işi biten dosyaları, bilimsel çalışmalar, istatistik değerlendirmeler hastaların diğer müracaatlarında kullanılmak üzere bir sıra ve düzen içerisinde muhafaza edilir<sup>16</sup>.”

Özel Hastaneler Tüzüğü'ne göre;

**“Madde 29 -** Özel hastanelerde yatan hastaların kimliğini, doğum yerini, adresini, yattığı ve çıktığı tarih, hastalığının tanısını ve çıkıştaki durumunu yazmak için bir protokol defteri ile derece kağıdı, tabelası, filmleri, laboratuvar raporları vb. hastanın izlenmesi ile ilgili belgeleri içeren bir dosya tutulur. Protokol defterinin ilgili yerleri ile dosyadaki belgeler, giriş ve çıkışta geciktirilmeden doldurulur<sup>17</sup>.” şeklinde yer almıştır.

Ancak maddelerde, doktor tarafından alınan belge ve bilgilerin arşivlenmesi söz konusudur. Eğer hasta ile hastane arasında bir sözleşme kurulmamış ise aydınlatılmış onamı alma sorumluluğu doktordadır.

<sup>14</sup> Tababet Ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 72. Maddesi.

<sup>15</sup> 01.08.1998 Tarih ve 23420 Sayılı Resmî Gazetede Yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği, Madde 72.

<sup>16</sup> Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Madde 32.

<sup>17</sup> Özel Hastaneler Tüzüğü, Madde 29.

### III. TIBBİ KUSURUN ORTAYA ÇIKIŞ BİÇİMLERİ VE SORUMLULUK HALLERİ

#### A. TIBBİ HATALARIN KASTEN İCRA EDİLMESİ

“Kast genel anlamıyla, bir davranışın sonuçları bilinerek ve istenilerek gerçekleştirilmesidir. Tıbbi hatanın (tıbba aykırı davranışın) sonuçlarının bilinip istenilerek hareket edilmesi durumunda (örneğin steril olmadığı bilinen aletlerle ameliyat yapılması gibi), kusurun türü “kast” olup, eylem hukuki sorumluluk yönünden “haksız fiil” sayılacak ve tazminat sorumluluğu doğacaktır<sup>18</sup>. Ayrıca tedavi sözleşmesi uyarınca yükümlülüğünü yerine getirmeyen tıp mesleği mensubunun eylemi, sözleşmeye aykırılık dolayısıyla da hukuki sorumluluğa neden olur (Gökcan, 2014: 245).

Tıbbi müdahale ve tedavi hayatın ve vücudun bütünlüğüne yönelik olduğuna göre, kasten öldürme ve yaralamalar da aynı şekilde kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara yöneliktir. Doktorun yapmış olduğu müdahalenin sonucunu bilerek ve isteyerek müdahaleye başlamış, devam etmiş ya da hiçbir harekette bulunmaması da kast unsurlarındandır. Ceza hukukunda, konumuz itibarıyla mesleki bilgilerini kullanarak ya da bildiklerini kullanmayarak bir kişinin ölmesine ya da yaralanmasına neden olmak doktorluk mesleği ahlakında da kabul edilebilecek bir davranış değildir. O nedenle TCK madde 81 uyarınca incelenir. Hukukumuzda ölüm kriteri olarak beyin ölümü gerçekleşmiş kimseye karşı yapılacak eylemler TCK madde 81 içinde değerlendirilmez, zira bu kişi hukuken ölü sayılır (Hakeri, 2007: 291).

Hakeri'nin savunduğu gibi; “Doktorun hastanın rızasını almaksızın, hastayı aydınlatmaksızın veya endikasyon bulunmaksızın yaptığı her türlü tıbbi müdahale kasten yaralama suçunu oluşturur.” görüşü tartışılabilir. Zira acil müdahalede, müdahalenin kendisi ayrıca buyurgan doktor modelinin halen kabul edildiği ülkemizdeki, genişletilmiş tedaviyi, aydınlatılmış onam alınmadan yapılan tüm tedavileri kast unsuru ile incelemek gerekecektir (Günday, 2009: 39).

#### B. TIBBİ HATALARIN TAKSİRLE MEYDANA GELMESİ

Tıbbi hatanın özen yükümlülüğüne aykırılık sebebiyle gerçekleşmesi durumunda, kusurun taksir niteliğinde olduğundan söz edilir (Gökcan, 2014: 246).

“Kasten sebebiyet doktorluk mesleğinde pek rastlanan bir durum olmadığı halde taksir ve ihmal birbirine oldukça karışan bir sebebiyet şeklidir. Aslen taksir, istisnai bir kusurluluktur (Günday, 2009: 40).

Burada toplum sağlığını korumak ve mesleklerini yerine getirirken doktorların daha itinalı davranmalarını sağlamak amacı güdülür (Hakeri, 2007: 317). Ancak mesleki taksir söz konusu olduğunda kimi görüşe göre taksir nedeniyle öngörülecek cezadan daha ağır olması savunulmuştur. Buradaki amaçta toplumun güven duyduğu bir eğitim alan, bu konuda ehil sayılan kişilerin toplum güvenini kötüye kullanmaktan kaynaklandığını iddia etmektedirler (Yenerer, 2003: 245). Ancak Çakmut'a göre genel taksir ile mesleki taksiri farklı değerlendirmek doğru değildir. Genel olarak da pratikte de tüm mesleklere ayrı ayrı taksir ve ceza isnat etmek doğru olmaz görüşü hâkimdir (Yenerer, 2003: 245). Ancak tıbbi taksirde kanunun insan ve her bireye göre aynı tedavinin farklı sonuçlar içermesinden dolayı izin verilen risk daha çok ön plana çıkmaktadır. Zira hukuk sistemleri, şartları tam olarak yerine getirilse dahi ölü ya da yaralanmanın varlığını normal risk olarak kabul etmiştir (Günday, 2009: 40).

“Bununla beraber Danıştay 1.Dairesi, taksir konusunda emsal bir karar hükmetmiştir. Bu karara göre; tıbbi kurallara aykırı olarak teşhis ve tedavi de gerekli özeni göstermeyerek hastanın ölmesine neden olduğu bilirkişi raporuyla ortaya konulan doktorların “taksirle ölüme neden olma” suçundan yargılanmaları gerektiği yolundadır. Reflü hastalığından dolayı “laporoskopiknissen” operasyonu geçirdikten sonra ağrıları olduğu gerekçesiyle Marmara Üniversitesi Tıp Fakültesi Göğüs Cerrahisi

<sup>18</sup> TCK. Madde: 40.

Bölümüne başvuran bir hastayı, isimleri kayıtlı olan bölüm doktorları taburcu eder. Taburcu olduktan sonra ağrıları artan hasta tekrar aynı hastaneye başvurur. Akciğer ve batin filmleri çekilen hasta, herhangi bir sorun olmadığı bildirilerek tekrar taburcu edilir. Ertesi gün, nefes almakta güçlük çeken hasta, ağrıları da iyice artınca yeniden aynı hastaneye başvurur. Yapılan kontrollerde hastanın akciğerinde su toplandığı, mide borusunun yırtılması nedeniyle midesinde enfeksiyon oluştuğu gerekçesiyle ameliyata alınır. Ameliyat sonrasında 14.gün yoğun bakımda hasta hayatını kaybeder. Yapılan şikayette Üsküdar Cumhuriyet Başsavcılığı 2547 sayılı kanun gereği şikayet edilen doktorlar ile ilgili dosyayı Marmara Üniversitesi'ne gönderir. Ancak üniversitede yapılan araştırma neticesinde dava açmaya gerek olmadığı, uygulanan yöntemin tıp kurallarına uygun olduğu, ameliyat sırasında yemek borusunun delinme olasılığının her zaman olduğu yönündedir. Bilirkişi ise; ikinci ameliyata geç kalındığı, kontroller sırasında da gerekli özenin gösterilmediğini bildirmiştir. Danıştay bilirkişi raporlarına atıfta bulunarak; "TCK 85. maddesi gereğince yargılanmaları gerekir" şeklinde hüküm kurmuşlardır."<sup>19</sup>

### **C. TIBBİ YARDIMIN YAPILMAMASI VEYA GECİKTİRİLMESİ NEDENİYLE SORUMLULUĞUN DEĞERLENDİRİLMESİ**

Tıp mesleği mensubunun hukuken tıbbi yardım yükümlülüğünün bulunduğu hallerde yardımdan kaçınması veya yardımı geciktirmesi de tıbbi hata niteliğindedir. Buna karşın yardım yükümlülüğü yoksa hata ve sorumluluktan söz edilemez. Yükümlü olduğu halde yardımda bulunulmaması veya geciktirilmesi de bir haksız fiil veya sözleşmeye aykırılık oluşturabilir. Bu takdirde hastanın veya ölenin yakınlarının haksız fiil (Borçlar Kanunu, madde: 49) nedeniyle veya sözleşmeye aykırılık dolayısıyla tazminat isteme hakları doğacaktır (Gökcan, 2014: 246).

Somut bir olayda, ağaçtan düşerek kolunu kıran davacı Devlet Hastanesine giderek tedavi olmak istemiş; davalı doktor tedaviye hemen başlamadığı ve görevini savsakladığı için hastanın durumu ağırlaşmış ve kangren olan kol, başka bir Devlet Hastanesinde, omuz hizasından kesilmiştir. Sağlık Bakanlığı müfettişlerince yapılan araştırma sonucu davalı doktorun zamanında gerekli tedaviyi yapmadığı, kusurlu olduğu saptanmış; ayrıca davalı doktor ceza mahkemesinde yargılanıp TCK.459/2.maddesine göre cezalandırılmış ve mahkemenin kararı onanıp kesinleşmiştir (Günday, 2009: 242).

### **SONUÇ**

"Sağlık personelinin tıbbi uygulama hatalarından doğan cezai sorumluluğunda hataların sadece kişilik kusurlarından kaynaklı olmadığı, aynı zamanda sistem kusurlarının da göstergesi olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatine varılmıştır.

Hatanın kuşkusuz en önemli sonucu, hata nedeni ile hastaların yaşadığı sorunlar, sakatlıklar, hatta ölümlerdir. Bunlara ek olarak, artmış sağlık harcamaları ve üretim kaybı sayılabilir. Daha geniş çaplı bakıldığında, tıbbi hatalar, sistemin kalitesinin ya da kalitesizliğinin doğrudan bir göstergesi niteliğindedir.

Hasta tedavi amacıyla doktora müracaat ettiğinde doktorun tedaviyi başlatmada geç kalmasından doğacak zarardan sorumlu tutulmuştur. Doktorun acil olmayan durumlardaki sorumluluğu, oluşan zarar boyutu ile tartışmalıdır. Burada hastanın doktoru kabul etmeme hakkına karşılık, doktorun da hastayı kabul etmeme hakkına sahip olduğuna dayandırılmaktadır. Doktorun acil durumlardaki hastaya müdahalesi ise zorunludur. Tedavi etmeyi reddetmek hakkı yoktur. Acil Hizmet Yönetmeliğine göre acil tıbbi müdahale tüm kamu hastanelerinde ücretsizdir.

<sup>19</sup> Danıştay 1. Daire si E: K: 2007/289 T:27.04.2007, www.danistay.gov.tr/Kerisim/container.jsp

Hastanın hayati tehlikesinin olması ya da kuvvetli ihtimal olması durumunda “TCK 98. maddesi uyarınca doktorun müdahalesi zorunludur. Herhangi bir nedenle kendini idare edemeyecek durumda olan kimseye hal ve koşulların elverdiği ölçüde yardım etmeyen ya da durumu derhal ilgili makamlara bildirmeyen kişi, bir yıla kadar hapis veya adli para cezası ile cezalandırılır. Bu durum, toplumsal sorumluluk açısından da son derece önemlidir.

Doktorun, hastayı aydınlatma borcu, Anayasa'nın 17 maddesi, Medeni Kanununun 24 ve 25. maddelerine ayrıca 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. maddesine dayanmaktadır. Doktorun ilacın ismini, dozunu ve kullanım şeklini içeren yazdığı reçetesinden kaynaklanan durumlardan sorumlu olabilmektedir.

Sağlık personelinin, kast, kusur veya ihmal ile standart uygulamamayı yapmaması bilgi veya beceri eksikliği ile yanlış veya eksik teşhiste bulunması, yanlış tedavi uygulaması veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan ve zarar meydana getiren fiil ve durumu olarak tanımlanmıştır.

Yanlış tedavi tıbbi hatanın konusu olabileceği gibi görev ve sorumluluğun gereği müdahale etmeme ya da geç müdahale de tıbbi hata kavramının içinde yer alır. Hukuki açıdan müdahalenin yapılmaması ihmali nitelik taşır.

## KAYNAKLAR

Abacıoğlu, N. (2004). *Ekonomik Sistem ve İlaç*. Türk Farmakoloji Derneği Bülteni.

Adıgüzel, Z. (2005). *Sağlık Personeli-Vatandaş (Hasta) İletişiminin Niteliği ve İletişimi Etkileyen Faktörler Celal Bayar Üniversitesi Tıp Fakültesi Araştırma ve Uygulama Hastanesi Örneği*, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi) Celal Bayar Üniversitesi Tıp Fakültesi, Manisa.

Akçura, K.T. (2008). *Üreticinin Ayıplı Ürününün Sebep Olduğu Zararlara Nedeniyle Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluğu*, İstanbul.

Aytekin, G. (1998). *Uludağ Üniversitesi Sağlık Uygulama ve Araştırma Merkezi Hastane Enfeksiyonlarının İstatistikî Değerlendirilmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Uludağ Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Bursa.

Borçlar Kanunu, Madde: 506.

Çınarlı, S. (2013). *İdarenin Sağlık Hizmetinin Sunumundan Kaynaklanan Hukuki Sorumluluğu*, Orion Yayınları.

Danıştay 1.Dairesi E: K:2007/289 T:27.04.2007, www.danistay.gov.tr/Kerisim/container.jsp

Dışçigil G, Başak O, Kaplan H., ve diğ., (2006). Kan Basıncı Ölçüm Aletlerimiz Ne Kadar Doğru Ölçüyor: Kurumsal sürekli bakım programı, *Adnan Menderes Üniversitesi Tıp Fakültesi Dergisi*, 7 (3): 21.

Filiz, E. (2009). *Hastanede Hasta Güvenliği Kültürü Algılamasının ve Sağlık Çalışanları ile Toplumun Hasta Güvenliği Hakkındaki Tutumunun Belirlenmesi*, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, Sağlık Bilimleri Enstitüsü, Halk Sağlığı Anabilim Dalı, Konya.

Fremgen, F.B. (2006). *Medical Law and Ethics*, New Jersey.

Gökcan, H. T. (2014). *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2. Baskı.

Göktaş, S. (2007). *Bir Kamu Hastanesinde Hemşire İstihdamının Hasta Güvenliğine Etkisi*, Yüksek Lisans Tezi, Haliç Üniversitesi, Sağlık Bilimler Enstitüsü, Hemşirelik Anabilim Dalı, İstanbul.

Güler, S. (1997). *Hemşirelerin Mesleki Yaşamlarında Karşılaştıkları Hukuki Sorunlar ve Başa Çıkma Yolları*, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sağlık Bilimleri Enstitüsü, İstanbul.

Günay, F. (2008). *A.Ü.T.F. Çocuk Sağlığı Ve Hastalıkları Anabilim Dalında Görülen Hastane Enfeksiyonlarının Etyoloji, Epidemiyoloji, Klinik Özellikleri Ve Etkenlerin Duyarlılığı Bakımından İncelenmesi*, Tıpta Uzmanlık Tezi, Ankara Üniversitesi Çocuk Sağlığı Ve Hastalıkları Anabilim Dalı, Ankara.

Günday, R. (2009). *Tıbbi Müdahale Ve Tedavide Malpraktisten Doğan Hukuki Sorumluluk*. Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara.

Hakeri, H. (2007). *Tıp Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara.

Hakeri, H. (2007). *Tıp Hukukunun Temel Kavramları*, Roche Sağlık Hukuku Günleri 1. İstanbul.

Hakeri, H. (2008). *Tıp Alanında Ceza Hukuku, Etik ve Tıbbi Sorunlar Sempozyumu*, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul.

Hatipoğlu Nihal, Kurtoğlu Selim, Keskin Mehmet, Kendirci Mustafa. Topikal Steroid Kullanımına Bağlı İyatrojenik Cushing Sendromu. *Erciyes Tıp Dergisi*. 2007, 29(2):157.

Kuğuoğlu, S., Çöven, Ç., Tanır, M. T., & Aktaş, E. (2009). İlaç Uygulamalarında Hemşirenin Mesleki Ve Yasal Sorumluluğu. *Maltepe Üniversitesi Hemşirelik Bilim ve Sanatı Dergisi*, 2(2), 86-93.

Margeret, C.J. (2001). *The Law of Medical Malpractice*, New York.

Mete, S. ve Ulusoy, E. (2006). Hemşirelikte İlaç Uygulama Hataları, *Hemşirelik Forum Dergisi*.

Özkan, H. ve Akyıldız, S. Ö. (2008). Hasta-Hekim Hakları ve Davaları, Ankara, s: 318.

Sağlık Kurum ve Kuruluşlarında Hasta ve Çalışan Güvenliğinin Sağlanmasına İlişkin Usul ve Esaslar, 2009.

Safran, N. (2004). *Hemşirelik ve Ebelikte Malpraktis*, (Doktora Tezi) İstanbul, İ.Ü. Adli Tıp Enstitüsü Sosyal Bilimler Anabilim Dalı, Doktora Tezi.

SB. 22 Mayıs 2014 tarih ve 29007 sayılı Sağlık Meslek Mensupları İle Sağlık Hizmetlerinde Çalışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik.

Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 72. Maddesi.

Temel, M. (2005). Sağlık Personelini İlgilendiren Önemli Bir Konu: Malpraktis, *Hemşirelik Forum Dergisi*.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Madde 13.

Türkiye'nin Hasta Güvenliği Platformu Rakamlarla Hasta Güvenliği 3, 2008. [www.hastaguenligimiz.com/RAKAM3.html](http://www.hastaguenligimiz.com/RAKAM3.html). (20.06.2015).

TCK, Madde: 40, 98.

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü, Madde: 3.

*Türk Ceza Kanunları Yasa Serisi. Türk Ceza Kanunu*, Yayılım Yayıncılık, İstanbul, 2008.

Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, Madde: 10.

Waltston & Dunham. (2006). *Medical Malpractice Law & Litigation*, NewYork.

WHO, Consulation on Hospital Infection Prevalence Survey, Geneva. 1986.

Yataklı Tedavi Kurumları İşletme Yönetmeliği, Madde 32.

Yenerer, Ö. (2003). *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul.

01.08.1998 Tarih ve 23420 Sayılı Resmi Gazete'de Yayınlanan Hasta Hakları Yönetmeliği, Madde 72.

11.04.1928 Tarih ve 1219 sy. Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun madde 1, RG Tarih:14.4.1928, s. 863.

1219 Sayılı Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70.Maddesi.

13.01.1960 tarih ve 4/12578 sy. Bakanlar Kurulu Kararı, 23.01.1953 tarih ve 6023 sy. Kanuna dayanılarak çıkartılmıştır. (RG Tarih:19.02.1960, s. 10436 ).

13.06.2003 tarih ve 25317 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik'in 5 ve 6. Maddesi.

28.04.2004 gün ve 25446 sayılı Resmi Gazete de, 60203 sayılı Türk Tabipleri Birliği Disiplin Yönetmeliği, Madde 4, s bendi.

2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanun, Resmi Gazete, 27.05.1983, s. 18059.

<http://www.hastahaklari.org/kotuyg-sig.htm>, (21.04.2015).

<https://emsal.yargitay.gov.tr/VeriBankasiIstemciWeb/yeniTasarim/index.jsp>