



YARGITAY İÇTİHA TLARI İŞİĞİNDA MALPRAKTİS KOMPLİKASYON AYRIMINA BAĞLI İSPAT SORUNLARI

*(Proof Problems due to Malpractice Complication Separation in the light of
Court of Cassation's Case-Law)*

**Dr. Öğr. Üyesi Zeynep ÖZCAN¹
Ayşe Betül ÖZCANOĞLU²**

ÖZ

Malpraktis - komplikasyon ayrımı Tıp hukukunun temel konularından birisidir. Tıbbi malpraktis sebebiyle sorumlu tutulan hekimlerin, komplikasyon sebebiyle sorumlu olmayacakları kabul edilmektedir. Bu hususta incelenmesi gereken komplikasyon ve malpraktis kapsamında nelerin değerlendirileceği ve bu ayrımın nasıl yapılacağıdır. Her tıbbi müdahale hasta açısından belli ölçüde risk oluşturur. Tıbbi standartların doğru ve eksiksiz bir biçimde uygulanması hâlinde hastada oluşabilecek komplikasyonlardan hekim sorumlu tutulamayacaktır. Tıp mesleği mensupları bir tıbbi müdahalenin öngörülebilir sonuçlarını da komplikasyon olarak kabul etme eğilimindeyken, hukukçular, ancak bu sonuçların meydana gelmesinde sağlık çalışanına yüklenebilecek bir kusur varsa, komplikasyon kabul etmemektedir. Bu yaklaşım farklılığı iki meslek grubu arasında bir güven eksikliğine yol açabilmektedir. Somut olayın özelliklerine ve içinde bulunduğu şartlara göre uygulaması gereken tıbbi standartların altında bir uygulama yapmış ise, hekimin tıbbi uygulama hatası yaptığı kabul edilmektedir. Yargı uygulamasında dikkat edilmesi gereken hekimin sorumluluğunun kusursuz sorumluluğa yaklaştırılmamasıdır.

Anahtar Kelimeler: Malpraktis, komplikasyon, tıbbi müdahale, tıbbi standart, kusur.

ABSTRACT

One of the essential topics of medical law is the distinction between malpractice and complication. Health workers are responsible because of

1 Ondokuz Mayıs Üniversitesi Ali Fuat Başgil Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, Samsun, Türkiye, zeynep.ozcan@omu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-9525-3139.

2 Hakim, Ondokuz Mayıs Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi, aysebetulozcanoglu@gmail.com; ORCID ID: 0000-0002-9432-4174



medical malpractice but not because of complication. The problem is how it is to differentiate between malpractice and complication. Every medical intervention poses a certain risk to the patient. If the medical standards are applied correctly and completely, the physician will not be held responsible for the complications that may occur in the patient.

Health workers would like to see also predictable results of medical intervention as malpractice, whereas the jurists don't accept it as malpractice, if health worker is guilty. The significant differences on the malpractice-complication distinction between health practitioners and lawyers can lead to a lack of trust between the two groups. If the physician made an application under the medical standards which should be applied according to the characteristics of the concrete event and the conditions to which it belongs, it is assumed that it has made a medical misapplication. It should be considered in judicial practice that the physician's liability is not a strict liability.

Keywords: Malpractice, complication, medical intervention, medical standard, defect.

GİRİŞ

Hekimin hukuki sorumluluğunun temel konularından birini malpraktis-komplikasyon ayrımı oluşturmaktadır. Malpraktis yani tıbbi uygulama hatası sebebi ile hekimler ve sağlık çalışanları sorumlu tutulurken, komplikasyon oluşumunda aynı sorumluluk söz konusu olmamaktadır. Tıbbın kaide ve kurallarına uyularak gerekli özen gösterilmiş olsa dahi tıbbi faaliyetin mutlak surette şifa ile sonuçlanması beklenemez. Ancak hekimin hukuki sorumluluğunun doğduğu durumların temelini, gerekli dikkatin gösterilmediği, mesleğin icrası esnasında genellikle ihmal suretiyle hastanın sağlığının zarara uğratıldığı vakalar oluşturur.

Çalışmada öncelikle genel itibariyle hekimin hukuki sorumluluğu incelenip, komplikasyon ve tıbbi malpraktise ilişkin ayrıntılı bilgiler verildikten sonra tıbbi malpraktis ve komplikasyon ayrımı ve bu ayrıma ilişkin ispat sorunları Yargıtay uygulamasından örnekler verilerek incelenmiştir.

I. HEKİMLİK SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hekimlik sözleşmesi serbest çalışan bir hekim ile hastası veya kanunî temsilcisi arasında yapılan ve hekimin öncelikle tıp bilimi ve



uygulamasının öngördüğü esaslar çerçevesinde gerekli teşhisi koymak ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamak yükümlülüğünü içeren bir ilişki³ olarak tanımlandığı gibi; hekimlik sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki, serbest çalışan hekim bu sözleşme ile hastasının menfaatine ve iradesine uygun olarak, tıp bilimi ve uzmanlığının öngördüğü esaslar çerçevesinde ve bir ücret karşılığında, bir teşhis koyma ve konulan teşhise en uygun tedaviyi seçip uygulamayı, bir zaman kaydına bağlı olmaksızın ve sonucun elde edilmesi taahhüdü altına girmeksizin üstlenir şeklinde de açıklanmaktadır⁴.

Hekimlik sözleşmesinin Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenen sözleşme tiplerinden hangisine dâhil olduğu yani hukukî niteliğinin tespiti hasta hakları ve hekiminin sorumluluğunun tespiti için önemlidir.

Hekim ile hasta arasındaki ilişki vekâlet sözleşmesinin bir türü olan hekimlik sözleşmesine dayanmaktadır. Hekim ile hasta arasındaki sözleşmede tedavi sonucunun garanti edilmemesi, hekimin kusuru bulunmaksızın başarısızlıkla sonuçlanan tıbbi müdahalelerin başarılı olmamasının riskinin hekime ait olmaması doktrinde hekimlik sözleşmesinin *vekâlet akdi* olduğuna ilişkin görüşleri kuvvetlendirmektedir⁵. Yargıtay da kararlarında benzer yönde nitelendirmeler yapmaktadır⁶. Taraflar arasında herhangi bir sözleşme ilişkisinin olmadığı ve hastanın rızasının da olumlu ya da olumsuz yönde var olmadığı durumlarda, hekimin, hastanın yararına tıbbi bir müdahalede bulunması veya tıbbi müdahaleyi genişletmesi

- 3 DEMİR Mehmet, Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S.3, Y. 2008, s. 225-252, s. 232; BAYRAKTAR Köksal, **Hekimin Tedavi Sebebiyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972, ("*Cezai Sorumluluk*"), s. 33; AYAN Mehmet, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara 1991, ("*Sorumluluk*"), s. 62; ŞENOCAK Zarife; Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat, **Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı** 1-3 Kasım 2007, Ankara 2008, s. 243.
- 4 UYGUR Atiye; **Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukukî Sorumluluğu**, Ankara 2009 ("*Sorumluluk*"), s. 84; ÖZDEMİR Hayrunnisa, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1, 2016, s. 33-81, s. 40.
- 5 WIEGAND Wolfgang; **Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, Arzt und Recht**, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern 1985, s. 82; KILIÇ GÜNEŞ Bahu, **Hekimin Hukukî Sorumluluğu**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016, s.48-49; YÖRDEM Yılmaz, "Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu", **TAAD**, S. 38, Y. 11, 2019, s. 129-155, s. 133 vd.
- 6 Y. 13. HD, 04/03/1994 E. 1994/8557 K. 1994/2138 "...Mesleki bir iş gören; doktor olan vekilin ona güvenen müvekkilin titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özeni göstermeyen vekil, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılır. Doktorlar hastalarının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermelidir."(E.T: 15/04/2020) (uyap.gov.tr)

halinde *vekâletsiz iş görmeden* söz edilmektedir⁷. Bu durumda hekimin müdahalede bulunma yükümlülüğü ise TDT m. 3 hükmünde “*Tabip, vazifesi ve ihtisası ne olursa olsun, gerekli bakımın sağlanamadığı acil vakalarda, mücbir sebep olmadıkça ilk yardımda bulunur. Diş tabibi de, kendi sahasında aynı mükellefiyete tabidir*” şeklinde ifade edilmektedir.

Eser sözleşmesi niteliği estetik müdahaleler gündeme geldiğinde söz konusu olmaktadır. Vekalet ile eser sözleşmesi arasındaki en önemli fark, vekalet sözleşmesinde hekim sonucu hiçbir zaman taahhüt etmezken, eser sözleşmesinde yüklenici taahhüt ettiği sonucu meydana getirmeyi üstlenir⁸. Bu görüşü savunan yazarlar, yapılan estetik içerikli müdahalelerde sonucun taahhüt edildiği ve bu nedenle estetik müdahale yapılan hastanın hakkını korumak gerektiğinden yola çıkarak bu gibi müdahalelerde hekim ve hasta arasındaki sözleşmeye *eser sözleşmesi* hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşündedirler⁹. Hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi olarak kurulduğunun kabul edildiği durumlarda da hekim, tıpkı diğer müdahalelerde olduğu gibi, gerekli dikkat ve özeni göstermekle yükümlüdür. Bu noktada vekâlet sözleşmesi kabul edildiği durumla arasında fark bulunmamaktadır. Fark sonuçtan sorumlulukta ortaya çıkmaktadır. Vekâlet ilişkisinde hekim tüm özeni göstermişse olumsuz sonuçtan sorumlu tutulamamakta iken, eser sözleşmesi kapsamında yorum yapıldığında hekim sonuçtan tamamen sorumludur. Yargıtay da ancak bu tür durumlarda hekimlik sözleşmesinin eser sözleşmesi niteliğini kabul etmektedir¹⁰.

7 BRENNECKE, Philipp; *Aerztliche Geschaeftsführung ohne Auftrag*, Springer, Düsseldorf 2009, s. 97.

8 HAKERİ Hakan, *Tıp Hukuku*, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020, s. 138; SOMER Pervin, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu*, İstanbul 2011, s. 41-58, s. 253; YÖRDEM, s. 134.

9 AYAN Mehmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2016, s. 55; EKŞİ Ahmet, İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği, *Tıp Hukuku Dergisi*, C.1, İstanbul 2012, s. 27-46, s. 30 vd.1; HAKERİ, s. 138.

10 Y. 3. HD. 08/02/2016 E. 2015/17764, K. 2016/1256’..Hekimin bir sonuç taahhüdü altına girdiği durumlarda somut olaya eser sözleşmesi uygulanır. Bilindiği üzere, vekalet sözleşmesinde bir sonuç taahhüdü bulunmaz. Vekil, vekaletini aldığı işi sadakat ve özen ilkelerince yerine getirmekle sorumlu olup, meydana gelen sonuçtan sorumlu tutulmaz. Oysa eser sözleşmesinde yüklenici, bir eser meydana getirme taahhüdünü vermiştir..” (E.T:15/03/2020) (uyap.gov.tr); Y. 13. HD, 06/03/2003, E. 2002/13959, K. 2003/2380 ‘Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca, ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. O nedenle hekimin meslek alanı içinde olan bütün kusurları sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Hekim, hastasının zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek zorundadır. Hekim tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak



Hekimlik sözleşmesinin *hizmet sözleşmesi* niteliğinin de olduğunu savunan yazarlar, aile hekiminin sağlık problemleriyle ilgilendiği aileye belirli veya belirsiz süre içinde hizmet sunduğundan, aile hekimi ile aile arasındaki sözleşmenin hizmet sözleşmesi olduğunu söylemektedirler¹¹. Hekimlik sözleşmesinin hizmet sözleşmesi niteliğini savunan yazarlar olsa da, hekim ile hasta arasındaki sözleşmeyi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirmek, hizmet sözleşmesinin ayırıcı unsurlarından dolayı yanlış olacaktır. Zira hekim, hastasını belirli veya belirli olmayan bir süre için tedavi etmeyi değil, belli ya da belli olmayan bir zamana bağlı olmaksızın serbestçe tedavi etmeyi borçlanmaktadır. Ayrıca hekim tıbbi müdahaleyi hastanın direktif ve talimatlarına bağlı olmaksızın mesleğinin gerektirdiği şekilde yerine getirmektedir¹².

Sui generis sözleşme niteliğini savunan yazarlar ise, kendine özgü yapısı olan bu sözleşmelerin kanunlarda belirtilen hiçbir sözleşme tipine girmediğini söylemektedir. Bu sebeple hekimlik sözleşmesine kanunda düzenlenmiş olan sözleşme hükümlerinin niteliklerine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceğini ifade etmektedirler¹³.

Doktrindeki hakim görüş hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olduğunu kabul etmekte, Yargıtay uygulamasında da hekimlik sözleşmesi vekalet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulmaktadır. Niteliği ve mahiyeti itibariyle hekimlik sözleşmesi vekâlet sözleşmesi özellikleri taşımaktadır.

Vekâlet sözleşmesine dayanan hekimin sorumluluğu halinde zamanaşımı süresi zararın varlığının öğrenildiği tarihten itibaren beş yıldır. Eser sözleşmesine dayanan sorumluluk halinde yine beş yıllık zamanaşımı süresi vardır. Hekimin sorumluluğunun hekimlik sözleşmesine dayanmadığı haksız fiil sorumluluğu halinde zamanaşımı süresi, zarar ve sorumlunun öğrenildiği andan itibaren iki yıl, herhalde fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren on yıldır. Vekâletsiz iş görmeye

yapmak zorundadır. Hekim, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Titiz, özen göstermeyen bir vekil, vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmaktadır..'(E.T. 29/04/2020) (uyap.gov.tr)

- 11 REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s.12
- 12 BAYRAKTAR Köksal, Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu, **A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları**, İstanbul Barosu 2. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2007, s.52-60, s. 55; YÜCEL Özge, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, ("*Tıbbi Kararlar*") s. 37 vd.
- 13 YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2019, s.12; KILIÇ GÜNEŞ, s. 56

ilişkin kanunlarda özel bir zamanaşımı süresi öngörülmediğinden, genel zamanaşımı süresi olan on yıllık süre geçerlidir.

II. HEKİMİN HUKUKÎ SORUMLULUĞU

Hekimlik mesleğinin kendine özgü riskler barındırması sebebiyle hekimlerin tıbbi müdahaleleri gerçekleştirirken sadece zararın tazmini anlamındaki hukuki sorumlulukları değil, ayrıca cezai, idari ve mesleki ahlak ve disiplin sorumluluklarının da bulunduğu kabul edilmektedir¹⁴. Tıbbi müdahale neticesinde hastanın bir zarar görmesi durumunda hekimin esas hukukî sorumluluğunun sözleşme sorumluluğuna dayanacağı anlaşılmaktadır¹⁵. Hekimin sözleşmeden doğan sorumluluğu için öncelikle hekim ile hasta arasında bir sözleşmenin bulunması gerekmektedir. Bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükler kusurlu bir davranışla ihlal edilmeli ve bu sebeple hasta tarafında bir zarar meydana gelmelidir. Son olarak oluşan zarar ile ihlal arasında birbirine uygun illiyet bağı bulunmalıdır¹⁶.

Hekimin sözleşmeden kaynaklanan yükümlülükleri şunlardır; hastanın öyküsünü alma ve muayene yükümlülüğü, teşhis koyma ve tedavi yükümlülüğü, bizzat teşhis ve tedavi ile ilgilenme yükümlülüğü, hastayı aydınlatma yükümlülüğü, hastanın rızasını alma yükümlülüğü, özen ve sadakat yükümlülüğü, sır saklama yükümlülüğü, kayıt tutma yükümlülüğüdür. Hekimin yükümlülüklerini tam olarak yerine getirmesi, hekimin sorumluluğunun ortaya çıkacağı durumlar bakımından oldukça önemlidir.

Hekimin hukukî sorumluluğu hekimin kusurundan kaynaklanan kusura dayalı bir sorumluluk türüdür. Bu nedenle hekim ancak kusurlu uygulaması sebebiyle sorumlu tutulabilir. Hekimin hatası veya ihmali suretiyle meydana gelmeyen, gerekli bütün dikkat ve özenin gösterilmesi halinde de ortaya çıkabilecek bazı tıbbi riskler mevcuttur. Gerekli

14 AYKIN Aykut Cemil / ÇINARLI Serkan, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2016, s.182; DESCHANAUX / TERCIER, **Sorumluluk Hukuku**, Çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara 1983, s.80.

15 BADUR Emel, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, Seçkin Yayınları, Ankara 2017, s. 71; SOMER, s. 44; YÖRDEM, s. 132; GIESEN Dieter, **Yeni Ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu**, *Yargıtay Dergisi*, 1977, C.3, S.1, s. 217-228, (Çev. ÖZDEMİR, Salim), s. 220.

16 WERNER E. Ott: **Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes**, Zürich 1978, s. 82; SOMER, s. 49; DESCHANAUX / TERCIER, s. 80; SCHWENKEN Carl Philipp Theodor, **Die Amtsvergehen, Ihre Untersuchung Und Bestrafung Im Disziplinarischen Und Gerichtlichen Wege Nach Gemeinem Und Besonders Kurhessischem Rechte**, Wentworth Press 2019, s. 48.



özen ve dikkat gösterilse bile meydana gelen olumsuz neticeler tıbbi müdahalelerin normal sapmaları, riskleri olarak değerlendirilmektedir¹⁷. Her insanın farklı yapıya ve özelliklere sahip olması, aynı rahatsızlığın birçok hastalıkta görülebilir olması, her hastalığın değişik kişilerde değişik biçimlerde gelişebilmesi, tıbbi müdahalelerin karmaşık bir yapıya sahip olan insan üzerinde yapılması, cerrahi müdahalelerin hemen hepsinin bir risk barındırması gibi sebepler tıbbi müdahalelerin olumsuz sonuçlanmasının hemen hekimin sorumluluğunu gerektirmemesinin sebeplerindendir¹⁸. Hekime yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı, tıbbi standarda uygun nitelikte müdahaleye rağmen zararın doğduğu hallerde, meydana gelen neticeden dolayı hekimin sorumluluğu doğmaz. Bu duruma *komplikasyon* denir.

Hekim müdahalesinin tıbbi standarda uygun olmadığı hallerde dahi meydana gelen netice öngörülebilir değilse, yine hekim sorumlu tutulamaz¹⁹. Hekimin, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında meydana gelebilecek komplikasyonlar ile ilgili hastayı bilgilendirmesi gerekir. Bu bilgilendirme neticesinde hastanın aydınlatılmış rızasının alınması, komplikasyonun gerçekleşmesi durumunda hekimin sorumluluğunun doğmasını engelleyecektir²⁰. Hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü bazı durumlarda ortadan kalkmaktadır. Bu istisnai haller; acil müdahale edilmesinin gerekli olması, hastanın kendi isteğiyle bu hakkından vazgeçmesi, hastanın tıbbi süreç ile ilgili bilgisinin bulunması ve son olarak bilgilendirmenin hasta üzerinde olumsuz etki yaratacak olmasıdır. Bu durumlardan birinin varlığı halinde hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğü ortadan kalkacaktır²¹. Hastanın kendi isteğiyle aydınlatılma hakkından vazgeçmesi, iradesinin sakatlanmamış olması durumunda mümkündür. Hasta bu durumda bütün tıbbi müdahalelere rıza göstermiş sayılacaktır²². Fakat rızanın geçerliliğinin olumsuz etkilenmemesi için hastanın asgari seviyede aydınlatılmış olması gerektiği de ileri sürülmektedir²³. Hastanın tıbbi süreç ile ilgili bilgisinin olması, hastanın

17 HAKERİ Hakan, "Tıp Hukukunda Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı", **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Mart 2014, Vol. 5 Issue 1, s. 23-28, ("Malpraktis"), s. 23; BADUR, s. 61.

18 BAYRAKTAR, Cezai Sorumluluk, s. 207-208.

19 Deutsch, E. Anmerkung zu BGH. NJW 1989, kn. 173 (HAKERİ, "Malpraktis", naklen, s. 24).

20 SOMER, s. 42

21 YEŞİLLER Fatma Begüm, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi**, Ankara 2019, s. 36; BADUR, s. 67.

22 AŞÇIOĞLU Çetin, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993, ("Tıbbi Yardım"), s. 34.

23 YÜCEL Özge, **Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun**

sağlık çalışanı olması durumunda mümkün olabilecektir. Ancak bu durum hastanın aydınlatılması yükümlülüğünü kesin olarak ortadan kaldırmaz, tedavi süreci ve hastanın bilgi durumu gözetilerek hekimin süreci yönetmesi gerekmektedir. HHY. m. 9'daki düzenleme ile hekime aydınlatma yükümlülüğü konusunda takdir hakkı tanınmaktadır²⁴. Uygulamada ispat bakımından kolaylık sağlaması sebebiyle aydınlatma yükümlülüğünün yazılı belge düzenlenmesi yoluna gerçekleştirildiği görülmektedir.

Risk, yani tedavi sonucunda oluşabilecek komplikasyonlar, vekilin özen borcunu yerine getirmesi halinde müvekkile aittir. Yani hekimlik sözleşmesi özelinde hastaya aittir. Burada esas unsur hekimin kendisinden beklenen dikkat ve özeni gereği gibi yerine getirmesidir. Zira aksi halde vekil olan hekim, hastanın özen borcuna aykırı şekilde davranılmasından doğan zararlarını tazmin etmekle mükelleftir.

Hekimin kusurunun belirlenmesinde, mevcut olaydaki ortalama bir hekim tarafından mesleki bilgi ve tecrübeler kullanılarak aynı davranışın sergilenip sergilenmeyeceği değerlendirilmektedir²⁵. Aynı durumdaki her hekim aynı davranışta bulunacağı kesin ise hekimin o davranış sebebi ile kusuru olmayacaktır. Hekim sorumluluğunda kusur, kast ya da ihmal suretiyle meydana gelmektedir. Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin bilinmesi ve istenmesi iradesiyle ihlal edilmesi halinde kast; bunun önlenmesi için gerekli özen ve dikkatin gösterilmemesi halinde ise ihmalin varlığından söz edilmektedir²⁶.

HMEK. m. 13'te hekimlik mesleğinde kötü ifa "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik sebebiyle bir hastanın zarar görmesi hekimliğin kötü uygulanması anlamına gelir*" şeklinde tanımlanmaktadır. Hekimin tıbbi standartlara uygun olmayacak şekilde yaptığı müdahale sebebiyle meydana gelen bir zarar olması, tıbbi uygulama hatasını göstermektedir. Hekimin, tıbbi

Koşulları, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara 2018, s. 200; BADUR, s. 47 vd.

24 HHY. m. 9 "*Hastanın manevi yapısı üzerinde fena tesir yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimalinin bulunması ve hastalığın seyri ve sonucunun vahim görülmesi hallerinde, teşhisin saklanması caizdir. Hastaya veya yakınlarına, hastanın sağlık durumu hakkında bilgi verilip verilmemesi, yukarıdaki fıkrada belirtilen şartlar çerçevesinde tabibinin takdirine bağlıdır. Tedavisi olmayan bir teşhis, ancak bir tabip tarafından ve tam bir ihtiyat içinde hastaya hissettirilebilir veya bildirilebilir. Hastanın aksi yönde bir talebinin bulunmaması veya açıklanacağı şahsın önceden belirlenmemesi halinde, böyle bir teşhis ailesine bildirilir*"

25 YAVUZ İpekyüz, Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 33, 2015, s. 19-61, s. 31.

26 YEŞİLLER, s.78



standartlara hâkim olması ve yeni tıbbi gelişmeleri takip ederek mesleki bilgi ve becerisini arttırması gerekir. Tıbbi gelişmeleri takip etmemesi sebebiyle daha az riskli bir tedavi yöntemini hastaya uygulamaması, hekimin tıbbi standarttan ayrılmasına ve mesleki sorumluluğunun doğmasına sebep olmaktadır²⁷.

A. Hekimin Komplikasyon Sebebi ile Sorumluluğu

1.Genel Olarak

Komplikasyon, tıbbi uygulamanın istenmeyen sonuçlarından biridir. Tıbbi standartlarda uygun bir müdahale yapılmasına rağmen, ortaya çıkabileceği tıp çevreleri tarafından kabul edilen ve her türlü tedbir alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak meydana gelen zarar olarak tanımlanabilir²⁸.

Hekimin sorumluluğu bir kusur sorumluluğudur. Pek çok Yargıtay kararında da hekime kusur yüklenemeyen durumlarda hekimin sonuçtan sorumluluğunun söz konusu olmayacağı belirtilmektedir²⁹. Vekâlet sözleşmesi olmasının da bir gereği olarak vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil; bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumlu olacağından, hekimin sorumluluğu için salt ortaya çıkan sonuca bakılmamaktadır. Hekim hastayı kesin surette iyileştirme yükümlülüğü altında değildir. Tıp ilminin öngördüğü tedavi yöntemlerine uygun hareket etme sorumluluğu altındadır ve bu kurallara uygun davranışları sonucunda istenilen sonuç elde edilemese dahi hekimin hukuka aykırı davranışı bulunmadığı takdirde sorumluluğu da doğmayacaktır. Her tıbbi uygulamanın beraberinde bir risk getirdiği kuşkusuzdur. Hekimin görevi, hastayı iyileştirmek değil; hastaya özenli tıbbi müdahalede bulunmaktır³⁰.

27 ÖZÇETİN Selvi / BALABAN Murat, **Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015, s. 219.

28 ÖZCAN Zeynep, "Malpraktis - Komplikasyon Ayrımının Önemi", **International Congress On Health Law / Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi**, s.197-212, İstanbul 2018, s. 205; VEATCH Robert M., **The Patient –Physician Relation, The Patient as Partner, Part 2**, Indiana University Press 1991, s. 54 vd; HAKERİ, s. 24; BEAUCHAMP L. Tom / CHILDRESS F. James, **Principles of Biomedical Ethics**, Oxford University Press, Eighth Edition, 2019, s. 155 vd.

29 Y. 13. HD. 25/04/2002, 2589/4560 (E.T. 22/03/2020) (uyap.gov.tr).

30 ÖZCAN Zeynep, Hastane İşletmecisinin Enfeksiyon Riskine Bağlı Tehlike Sorumluluğu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 63 S. 3 Y. 2014, s. 551-567("Tehlike Sorumluluğu"), s. 559; HAKERİ, s. 24; BEACHAMP/ CHILDRESS, s. 161 vd.; REİSOĞLU Seza, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu" **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul 1983, s. 1-18. ("REİSOĞLU, S."), s. 13.



Hekimlik sözleşmesinde, vekalet sözleşmesine ilişkin yasal düzenlemeler uygulama alanı bulduğundan; hekimin özen gösterme borcunda, TBK m.506/III³¹ hükmü dikkate alınır. Bir hekimin bilgi ve yetenekleri, objektif hekim tipinin bilgi ve yeteneklerinden daha üstün olduğu durumlarda (hekimin üst ihtisasının olması veya birkaç alanda birden uzmanlaşmış olması), objektif hekimin değil, bizzat o hekimin bilgi ve yetenekleri dikkate alınır. Uzman bir hekimden beklenen özenin, pratisyen bir hekimden beklenen özenden daha fazla olmasının sebebi de budur. Aynı şekilde, hekimin çalıştığı yer ve kurumun fiziki şartları ve sahip olunan tıbbi donanımlar da bu açıdan kendi içinde değerlendirilmelidir³². Hekim kendi subjektif şartları da değerlendirildiğinde özen ve dikkat borcunu yerine getirmiş ve hastayı oluşabilecek komplikasyona ilişkin bilgilendirerek rızasını almışsa meydana gelen komplikasyondan sorumluluğu doğmayacaktır. Ancak bilinmesi gerekeni bilmemek sorumluluk sebebidir. Hem hukuki açıdan hem tıbben her somut olayın ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Kusursuz sorumluluğun kabulü ile hekimlerin ortaya çıkan her olumsuz sonuçtan sorumlu tutulması halinde hekimler defansif tıba yönelmektedir. Defansif yani savunmacı tıp uygulamasında hekim idari, cezai, hukuki ve etik sorumluluklarından korunmak için, tıbben herhangi bir gereklilik olmadığı durumlarda da ek araştırmalar ve tahliller isteme yoluna gidebilir veya yüksek riskli hastaları muayeneden kaçınabilir.

2. Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Şartları

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olması için, müdahalenin yetkili kişilerce (hekim, sağlık personeli vs.) yapılması gerekir. Tıbbi müdahalede bulunmaya yetkili kişiler 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı San'atların Tarzı İcrasına Dair Kanun'da hekim, diş hekimi, ebe, sağlık memurları, sünnetçiler, hasta bakıcılar ve hemşireler şeklinde tek tek sayılmıştır.

Tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için doğrudan veya dolaylı olarak tedavinin hukuken kabul edilebilir bir amaca yönelik ve tıbbi standarda uygun olması, hastanın aydınlatılmış rızasının alınmış olması ve müdahalenin tıp biliminin sınırları içinde kalması

31 TBK. m. 506/III *“Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır”*

32 UYGUR Atiye B., Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi, **TBB Dergisi**, S. 144, 2019, s. 355-381, s. 359; ÖZCAN, s. 206.

gerekmektedir³³. Tedavinin tıbbi standarda uygun olması gerektiği Yargıtay kararlarında da önemle değinilen bir husustur³⁴.

Hastanın aydınlatılmış rızasının alınması hususunda aydınlatmanın kapsamı HHY. m. 15'te belirlenmektedir. Buna göre hastaya, hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, komplikasyonları, reddetme durumunda ortaya çıkabilecek olası fayda ve riskleri, kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği hususlarında bilgi verilir. Aydınlatmanın nasıl yapılacağına da yönetmeliğin 18. maddesinde yer verilmiştir. Buna göre aydınlatma, mümkün olduğunca sade şekilde, tereddüt ve şüpheye yer verilmeden, hastanın sosyal ve kültürel düzeyine uygun olarak anlayabileceği şekilde yapılır. Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun

33 VEATCH, s. 64.

34 YCGK 09/12/2014 E. 2014/12-103, K. 2014/552 (E.T.29/03/2020) (uyap.gov.tr) “..Doktor, doktorluk mesleğinin gerektirdiği yükümlülükler ile tıp biliminin geçerli kurallarına uygun olarak müdahale yapmalı, tıbbin ilke ve prensiplerine aykırı teşhis ve tedavi yapmamalıdır. Doktorun müdahalesi öncelikle endikasyon da denilen tıbbi bir gereklilik sebebiyle teşhis, tedavi ve hastalıktan korunma gibi sebeplerle yapılmalıdır. Bu zorunluluk Anayasamızın 17. maddesinde de vurgulanmıştır..”; Y. 13. HD. 18.11.2015, E. 2014/26571, K. 2015/33584, (E.T.29/03/2020) (uyap.gov.tr) “... Dava, davacının motosiklet kazası sonucunda sağ el bileğinde meydana gelen travma sonucunda davalı doktora başvurduğu, doktorun kusuru sebebiyle ameliyat sırasında ve sonrasında uygulanan yanlış tedaviler sonucunda, kırık hattında kaynama oluşmaması sonucunda sağ el bileğinin sakat kaldığının saptanması sebebiyle maddi ve manevi tazminat istemine ilişkindir. Uyuşmazlık ameliyatı gerçekleştiren davalı doktorun, davacının sağ el bileğinde meydana gelen arazın oluşmasında hukuka aykırı bir eyleminin, giderek kusurunun bulunup bulunmadığı noktasında toplanmaktadır. Davadaki ileri sürülüşe ve kabule göre dava temelini vekillik sözleşmesi oluşturmaktadır. Eş deyişle dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırılık olgusuna dayanmaktadır. (BK.386, 390 md) Vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır (TBK.390/2). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur. (TBK.321/1) O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafifte olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. 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 alarak yapmak zorundadır. Doktor, ufak bir tereddüt gösteren durumlarda bu tereddüdü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve orada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken hastanın özelliklerini göz önünde tutmalı onu gereksiz risk altına sokmamalı en emin yolu tercih etmelidir. Gerçekte de mesleki bir iş gören; doktor olan vekilden, ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz, özen göstermeyen bir vekil, BK. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır...”



farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir. Hastanın kendisinin bilgilendirilmesi esastır. Hastanın kendisi yerine bir başkasının bilgilendirilmesini talep etmesi halinde, bu talep kişinin imzası ile yazılı olarak kayıt altına alınmak kaydıyla sadece bilgilendirilmesi istenilen kişilere bilgi verilir. Hasta, aynı şikâyeti ile ilgili olarak bir başka hekimden de sağlık durumu hakkında ikinci bir görüş almayı talep edebilir. Acil durumlar dışında, bilgilendirme hastaya makul süre tanınarak yapılır. Bilgilendirme uygun ortamda ve hastanın mahremiyeti korunarak yapılır. Hastanın talebi halinde yapılacak işlemin bedeline ilişkin bilgiler sağlık hizmet sunucusunun ilgili birimleri tarafından verilir.

Yönetmelikteki şartlara uygun şekilde hastaya bilgi verildikten sonra hastanın rızası alınabilir. TMK. m. 24/II hükmü uyarınca, kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır. Ayrıca HHY m. 5 hükmüne göre de tıbbi zorunluluklar ve kanunlarda yazılı haller dışında, rızası olmaksızın kişinin vücut bütünlüğüne ve diğer kişilik haklarına dokunulamaz.

Rızanın şekli konusunda bir serbesti mevcuttur. Ancak uygulamada ispat konusunda sıkıntı olmaması için yazılı şekilde rıza alınmaktadır. Yargıtay kararlarında bilgi verilerek rızanın alınmasının hekimin sorumluluğunun tespiti bakımından oldukça önemli olduğu görülmektedir³⁵. Bu husustaki bir kararda Yargıtay aydınlatılmış onamda ispat külfetinin hekim ya da hastanede olduğunu; davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmelerinin bir zorunluluk olduğu belirtilmiştir. Davalı hekim ve hastane, davacı S.'yi kolon yaralanması hususunda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardıkları ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermediği bu tür bir müdahalenin ne tür komplikasyonlarının olduğunun açıklanmadığını ve bu sebeple Davacı S.'nin aydınlatıldığına dair dosyada bir bilgi ve belge de bulunmadığına kanaat getirilmiştir. Mahkemece, bu konuda ispat külfetinin davalılarda olduğu hususu

35 Y.13.HD.19/10/2006,E.2006/10057,K.2006/13842Kullanılan bir ilacın yan etkisi ile ilgili olarak hastanın bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur..." (E.T.29/03/2020)(uyap.gov.tr).



dikkate alınarak aydınlatma külfeti gözetilmek sureti ile taraf delillerini toplayıp sonucuna göre karar vermek gerekirken Mahkemenin bu yönleri göz ardı ederek, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olmasının usul ve yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle hükmün bozulmasına karar verilmiştir³⁶.

B. Hekimin Tıbbi Malpraktis Sebebi ile Sorumluluğu

Türk Tabipler Birliği, Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (HMEK) m. 13 tıbbi malpraktisi *“Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice): Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik sebebiyle bir hastanın zarar görmesi, hekimliğin kötü uygulaması anlamına gelir.”* şeklinde tanımlamıştır. Dünya Tabipler Birliği de 1992 yılında tıbbi uygulama hatalarını *“hekimin tedavi sırasında uygun müdahaleyi yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi sebebiyle oluşan zarar”* olarak tanımlamaktadır. Ayrıca Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13/I *“Hekim... ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder..”* , TDN madde 13/II *“..tababet prensip ve kaidelerine aykırı ...mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır”*, Hasta Hakları Yönetmeliği m. 11 *“Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir”* , Biyotıp Sözleşmesi m. 4 *“Araştırma dâhil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.”* şeklindeki düzenlemelerle tıbbi uygulama hatalarının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

Hekimin kusurunun bulunması, hekimin subjektif olarak, kendi kişisel yetenekleri ve bireysel bilgisine göre, gerekli özeni gösterebilecek durumda olmasına rağmen bunu göstermemesini ifade eder³⁷. Ayrıca hekimin kusurlu olduğunu söyleyebilmek için sonucun subjektif olarak öngörülebilir nitelikte olması da gereklidir. Bunun için hekimin objektif olarak olayların normal gelişimine ve subjektif olarak da kendi kişisel tecrübesi, kendi kişisel yetenekleri, bireysel bilgisi, eğitiminin derecesi ve sosyal konumuna göre hastanın sağlığında bir zarar meydana gelmesini öngörebilecek durumda olması gerekir³⁸. Pratisyen bir hekimden beklenen özen ve bilgi ile akademisyen tıp profesöründen beklenen özen ve bilgi birbirinden farklı olacaktır. Acil bir durumda zaman baskısı altında müdahalede bulunmak durumunda kalan hekim ile daha geniş

36 Y 13.HD. 15/09/2014 E. 2013/26330, K. 2014/27050, (E.T. 29/03/2020) (uyap.gov.tr).

37 HAKERİ, s. 26;

38 TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, **Ceza Özel Hukuku**, 17. Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara 2019, s. 140; HAKERİ, s. 26.

bir zamanda müdahalede bulunan hekimin şartları ve kendilerinden beklenen dikkat ve özen farklı olacaktır, yine uzun saatler boyunca çalışıp yorulmuş hekimin müdahalede bulunmak zorunda olduğu durumun şartlarının göz önüne alınması gerekir. Bu nedenle kusurun belirlenmesinde subjektif tüm şartlar dikkate alınır.

Hekimin sadece ağır kusurundan sorumlu tutulması, tedavi sürecine ilişkin denetleme imkânı olmayan hastanın bedensel ve hukuksal yararı bakımından haksız sonuçlara yol açacaktır. Zira tedavi insanın sağlığı, yaşamı ve kişilik hakları ile yakından ilgilidir. Acil müdahale gerektiren hallerde hekimin özen yükümlülüğünü daha düşük düzeyde belirlemek doğru değildir. Somut olayın gerektirdiği haller haricinde, acil servislerde de özen yükümlülüğüne uyulmalıdır. Bu bakımdan taviz verilmemesi gereken husus ise acil servislerde farklı bir tıbbi standarda müsaade edilmeyeceği, dolayısıyla burada da gerekli tıbbi standart sağlanması ve uygulanması gerektiğidir. Gerekli tıbbi standardın sağlandığı bir acil servis ortamında somut olayda tıbbi standarttan sapmaların genel kurallar çerçevesinde hukuka uygun olabileceğinde ise kuşku yoktur³⁹. Somut olaydaki hekimin durumu değerlendirilirken, ortalama bir hekimin sahip olması gereken bilgi birikimi, mesleki yetenek, tecrübe ve fikri güç dikkate alınacak bir sapma varsa, bu kusur olarak nitelendirilecektir⁴⁰. Hekimin tıbbi gelişmeleri takip etmemesi sebebiyle daha az riskli bir tedavi yöntemini hastaya uygulamaması tıbbi standarttan ayrıldığını göstermekte ve mesleki sorumluluğunun doğmasına neden olmaktadır⁴¹. Bu durumda hekimin kusurunun objektif yönü, zarar veren davranışının tıp alanında kabul görmüş kurallara, tıbbi standarda aykırılık göstermesi; subjektif yönü ise, hekimin kendi yeterliliği, bilgi ve tecrübesi de göz önünde bulundurularak somut olaydaki durum ve koşullar altında ortalama hekim tipinin göstereceği davranıştan kusurlu olarak sapmış olması şeklinde ortaya çıkmaktadır⁴².

Hekimin özen gösterme borcunu belirlemede, TBK m.506/III'te yer alan *“Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır”* hükmü dikkate alınır. Özen ve dikkat borcunun yerine getirilmediğini ispat yükümlülüğü ise hastaya aittir⁴³.

39 HAKERİ, s. 27.

40 UYGUR, s. 359.

41 ÖZÇETİN/BALABAN, s. 219.

42 DEMİR, s. 247.

43 ÖZCAN, s. 208; YHGK, T. 21/10/2009, 393/452, E.T. 29/03/2020 (uyap.gov.tr) (E.T. 29/03/2020)



Hekimin kusuru, kast ya da ihmal suretiyle meydana gelmektedir. Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin bilinmesi ve istenmesi iradesiyle ihlal edilmesi halinde kast; bunun önlenmesi için gerekli özen ve dikkatin gösterilmemesi halinde ise ihmalin varlığından söz edilmektedir⁴⁴. İhmal de hafif ve ağır olarak ayrılır. Normal ve dikkatli her insanın aynı durum ve şartlar altında göstereceği en basit dikkat ve tedbirin yerine getirilmemesi halinde ağır ihmal vardır. Hekimin tıbben gerekli olmayan bir müdahalede bulunması ya da yapması gereken müdahaleyi yapmaması *malpraktis* kapsamında değerlendirilir⁴⁵. Ayrıca hekim hem teşhis hem tedavi aşamalarında tıbbi standardı gözetmekle yükümlüdür. Tıbbi imkânlar da göz önüne alınarak teşhis aşamasından tedavinin sonuçlarının ortaya çıktığı tüm süreç birlikte değerlendirilir⁴⁶.

III. TIBBİ MALPRAKTİS – KOMPLİKASYON AYRIMI VE İSPAT SORUNLARI

Tıbbi uygulama sonucu ortaya çıkan olumsuz durumun malpraktis veya komplikasyon ayrımının yapılması, hekimin sorumluluğu ve doğacak sonuçlar bakımından önemlidir. Tıbbi uygulamanın çeşitli risklerinin bulunduğu açıktır. Bu nedenle sorumluluk bakımından belirleyici olan hekimin kusurunun bulunup bulunmadığının tespitidir.

Hukukçular ile hekimlerin malpraktis – komplikasyon ayrımına ilişkin görüşlerinin farklılıklar taşıdığı görülmektedir. Tıp mesleği mensupları tıbbi müdahale sebebiyle oluşan her türlü olumsuz sonucu komplikasyon olarak adlandırmaktadır. Halbuki hukukçular, ancak hekime kusur olarak yüklenemeyecek olumsuzlukları komplikasyon olarak görmektedir⁴⁷. Hekimlere göre, komplikasyon, yapılan tıbbi uygulama sonunda oluşan olumsuzluk, klasik tıp bilgilerinde “komplikasyon” olarak nitelendiriliyorsa, bu müdahale, tıbbin kabul ettiği normal risk ve sapmalar çerçevesinde yapılmışsa, kötü sonuçlar meydana gelse bile, hekime sorumluluk yükletilemeyen olumsuzluklardır. Örneğin bir cerrahi girişim sonrasında yarada oluşan kan birikimi (hematom) veya ciltte oluşan duyu kaybı (parestezi) basit komplikasyonlardır, buna karşın

44 YEŞİLLER, s.78

45 HAKERİ, s. 386; SCHWENKEN, s. 25.

46 Y. 13.HD. 21.09.2017 E.2016/6074, K.2017/8426 (E.T.29/03/2020) (uyap.gov.tr) “...davalı doktorun bebeğin anne karnında yanlış pozisyonda durduğunu tespit edemediğini, anne karnında gerekli müdahaleyi yapmaması sonucu Bülent’in sağ kolu eksik doğduğunu, bu durumun davalı doktorun mesleğin gerektirdiği gerekli özen ve ihtimamı göstermemesinden kaynaklandığını belirterek...”

47 ÖZCAN, s. 208; HAKERİ, s. 25.

nüks (tekrarlama), emboli (pıhtı atması), büyük damar yaralanmaları daha ciddi komplikasyonlardır. Safra kesesi ameliyatından sonra cilt altında enfeksiyon gelişmesi veya ana safra kanalına taş düşmesi kabul edilebilecek riskteki olumsuzluklarken, ana safra yolunun bağlanması, kesilmesi, karaciğerin veya civardaki büyük damarların yaralanması ciddi komplikasyonlardır. Bu sayılanların hepsi klasik tıp kitaplarında komplikasyon başlığı altında yer alırlar⁴⁸.

Tıp fakültesi ve Hukuk fakültesi son sınıf öğrencilerinin konuya bakış açısını belirlemeye yönelik yapılan bir araştırmada⁴⁹, verilen senaryoların malpraktis veya komplikasyon olma durumlarını değerlendirmeleri istenmiştir. Hukuk fakültesi öğrencileri malpraktis - komplikasyon ayırımında 3/10 oranında doğru cevap vermiş, tıp fakültesi öğrencileri ise 7/10 oranında isabetli cevaplar vermişlerdir. Hukukçuların verdikleri cevaplar bakımından temel tıbbi eğitim almamaları da önemli bir etkidir. Bu husus uygulamada tıbbi bilirkişiye başvurulması sebebiyle ciddi bir sıkıntı yaratmamakta ise de konuya yaklaşım farklarının görülmesi bakımından dikkat çekicidir.

Hatalı tıbbi uygulama, malpraktis, sebebiyle açılan tazminat davalarında, sözleşmeye veya haksız fiile dayalı olarak taleplerde bulunduğu görülmektedir. Her iki durumda da zarar ve illiyet bağının ispatı konusunda, TMK m.6, HMK m.190 hükümleri göz önüne alındığında, hastanın yükümlülüğü bulunmakta ise de haksız fiil halinde mesleki kusur karinesinin kabulü, sözleşme sorumluluğu halinde TBK m.112'nin borçlunun kusurunu karine olarak kabul etmesi sebebiyle hekimin kusursuzluğunu kanıtlamak zorunda olması gereği, her iki sorumluluk türünde de ispat yükümlülüğünün ait olduğu taraf bakımından fark bulunmamaktadır⁵⁰. Hekimin daha elverişli durumda bulunması ve hastanın iddiasını ispatta güçlük çekeceği gerekçesiyle ispat yükümlülüğünün daha çok hekime yüklendiği görülmektedir. Örnek olarak şu durumlar gösterilebilir⁵¹:

48 HAKERİ, s.25.

49 ARIKAN Mustafa / KALKAN Erdal/ ERDİ Fatih/ DENİZ Mehmet / İZCİ Emir, Tıp Hukukunda Olgularla Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı: Tıp Fakültesi ve Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Konuya Bakış Açısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri, **Türk Nöroşir Dergisi**, 26(1), 2016, s. 40-48, s. 40.

50 YILDIZ Nihal, Malpraktis Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat, 21-23 Eylül 2017 **Antalya II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı**, Ankara 2018, s. 113-124, s.118; ÖZCAN, "Tehlike Sorumluluğu", s. 559; ÖZCAN, s. 219.

51 ŞENOCAK, s. 242



1- Hekimin ağır kusuru varsa, uygun illiyet bağı açık olmasa bile, hekimin tazminat sorumluluğu kabul edilebilmektedir. 2- Kayıt yükümlülüğünün yerine getirilmemesi durumunda, belgesi olmayan tıbbi müdahalenin yapılmamış olduğu yönünde karine oluşmaktadır. Bu durumun aksini ispat yükü hekimdedir. 3- Aydınlatma ve rıza alma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı hekime aittir. 4- Organizasyon kusuru halinde, hastanenin kusurlu olduğu yönünde karine vardır. 5- Mesleki tecrübeye veya uzmanlık niteliklerine sahip olmayan hekimin tedaviyi üstlenmesi halinde, ortaya çıkan zararın eksik mesleki tecrübeden kaynaklanmadığını ispat yükü hekimdedir. Örneğin uzmanlık gerektirmeyen bir ameliyatın uzman olmayan hekim tarafından yapılması durumunda, ortaya çıkan zararın bilgi beceri eksikliğinden kaynaklanmadığının ispatı halinde durum böyledir. 6- İlk görünüş ispatı halinde, ortaya çıkan zararlı sonuç tipik ve bariz bir hekim kusurunu gösteriyor olmalıdır. Hastanın vücudunda makas vb aletlerin unutulduğu durumlar buna örnektir.

Komplikasyon sebebiyle hekimin sorumluluğu doğmadığı hallerde, bu durum komplikasyon sonrasındaki müdahale de sorumluluğun belirlenmesinde önem arz eder. Komplikasyonun zamanında fark edilememesi, fark edilmesine rağmen gerekli ve doğru tıbbi önlemlerin alınmaması, komplikasyon yönetiminin iyi yapılamamış olması gibi durumlarda, gelişen komplikasyona gerekli müdahaleler tıbbi standarda uygun şekilde yapılmamış olduğundan hekim malpraktis sorumluluğuyla karşılaşacaktır. Tıbbi müdahale sonucunda oluşan durumun malpraktis veya komplikasyon belirlenmesini yapacak olan, HMK m. 266⁵² sebebiyle tıbbi bilirkişidir.

Yargıtay, komplikasyon – malpraktis tespitinin yapılması ve sağlık personelinin kusurunun bulunup bulunmadığının araştırılması hususunda bilirkişi raporlarının ayrıntılı olarak hazırlanması gerektiği görüşündedir ve bu görüşte istikrarlı kararları bulunmaktadır⁵³. Bir

52 HMK m. 266 *"Mahkeme, çözümünü hukuk dışında, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut kendiliğinden, bilirkişinin oy ve görüşünün alınmasına karar verir. Hâkimlik mesleğinin gerektirdiği genel ve hukuki bilgiyle çözümlenmesi mümkün olan konularda bilirkişiye başvurulamaz."*

53 Y. 13. HD. 5/4/2017, E.2015/40778, K.2017/3963, (E.T. 29/03/2020) (uyap.gov.tr) *"...Mahkemece, her ne kadar mevcut durumu "... gelişen mesane hasarının her türlü özene rağmen oluşabilen, herhangi bir tıbbi ihmal ve kusura izafe edilemeyen komplikasyon..." olarak niteleyen adli tıp raporu işaret edilmek suretiyle, davanın reddine karar verilmiş ise de, idrar kesesindeki yırtığın boyutu göz önünde bulundurulduğunda, davalı doktorun ortaya çıkabilecek riskleri ortadan kaldırmak adına ameliyat öncesi ve sonrası yapması gereken girişimlerin neler olduğunun, ameliyat sırasında durumun tespit edilip edilmediğinin, ameliyat sonrasında derhal müdahale edilip edilmediğinin, zararın azalması veya*



kararda 'anılan rapor, davalıya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat sebebiyle gerekli özenin gösterilip gösterilmediği, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, doğabilecek komplikasyonlara karşı hastanın bilgilendirilip bilgilendirilmediği, tedavi ve ameliyatta herhangi bir hata, ihmal olup olmadığı konularında açıklama içermediğinden, olayda davaluların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir'⁵⁴ ifadeleriyle bilirkişi raporunda bulunması gereken hususlara değinilmiştir. Bilirkişi raporlarında sonucun komplikasyon veya malpraktis olduğuna ilişkin genel olarak değerlendirilmesi yeterli olmamaktadır. Ayrıntılı olarak durum açıklanmalı, sağlık personeli ve hekimin kusur durumu belirtilmelidir. Kusur durumuna ilişkin bilgi verilmeyen bilirkişi raporunun bulunduğu dosyada Yargıtay "...Olayda ölü doğan bebeğin ölüm nedenine ilişkin olarak ölümünün annede meydana gelen uterus rüptürü ve gelişen komplikasyonlardan ileri geldiği mütaala edilmekle birlikte somut olay itibariyle ilgili raporda sanıkların olayda kusurlu eylem ve davranışlarının bulunup bulunmadığı hususlarının irdelenip değerlendirilmediğinin anlaşılması karşısında; Gerçeğin kuşkuyla yer vermeyecek şekilde belirlenmesi ve sanıkların olay sebebiyle kusurlarının bulunup bulunmadığının tespitine ilişkin olarak önceki raporlarda irdelenecek şekilde Adli Tıp Kurumundan yeniden rapor alınmasından sonra sanıkların hukuki durumlarının tayin ve takdiri gerektiği gözetilmeden sanıkların üzerlerine atılı eylemin kanunda suç olarak tanımlanmadığı gerekçesiyle beraatlerine karar verilmesi, Kanun'a aykırı olup..." şeklinde karar vermiştir⁵⁵. Her ne kadar Adli Tıp Kurumu raporlarında sonucun komplikasyon olduğu belirtilse de, Yargıtay'ın hekimin özen yükümlülüğü üzerinde durarak tazminata hükmedilmesi gerektiği yönünde kararları bulunmaktadır. Bilirkişi raporu, takdiri delil olduğundan hukuki gerekçesi açıklanarak bu şekilde kararlar verilmesi mümkünse de, bu noktada dikkat edilmesi gereken husus hekimin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk şeklinde genişletmemektir.

IV. YARGITAY İÇTİHATLARINDA MALPRAKTİS VE KOMPLİKASYON

Komplikasyon ve malpraktis kapsamındaki durumların örneksene yoluyla sayılması mümkün değildir. Çünkü somut olayın şartlarına göre her durumun kendi içinde değerlendirilmesi ile hakkaniyetli ve

ortadan kaldırılması adına ne yapıldığının, bu aşamalarda davalı doktorun ihmalinin ve kusurunun bulunup bulunmadığının da tartışılması gerekir..."

54 Y. 13. HD. 18/06/2007, 2916/8485, (E.T. 29/03/2020) (uyap.gov.tr).

55 Y. 12. CD. 06/03/2012, 2012/9300-6218 (E.T. 29/03/2020) (uyap.gov.tr)



hukuka uygun kararların verilmesi mümkün olacaktır⁵⁶. Bu kapsamda konu Yargıtay kararları ışığında somut olaylar üzerinden incelendiğinde, malpraktis - komplikasyon ayrımı ve ispatı hususu açıklanabilecektir.

1-Gebeliğinin 10. haftasında küçük bir kanama sebebiyle hastaneye gelen hastanın kendisine verilen ilaçları kullanıp bir hafta sonra kontrole çağırıldığı, kontrolde bebeğin öldüğü söylenerek kürtaja alındığı, kürtaj sonrası olağandışı kanaması olan davacının 3-4 saat gözlem altında tutulduğu, bir hafta sonrasında kontrolde rahimde hematoma olduğu gerekçesiyle ikinci kez kürtaj yapılan hastanın başka bir doktora başvurması sonrası yapılan ultrason incelemesinde, rahimde cenin parçalarının bulunduğu ve hastanın üçüncü kez kürtaj yaptırmak zorunda kaldığı, kanamanın durmaması ve hayati tehlikesinin bulunması sebebiyle rahminin alındığı davada, hekime atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı araştırılmıştır. Kararda, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurlarının (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edileceği, doktorun hastanın zarar görmemesi için yalnız mesleki değil, genel hayat tecrübelerine göre herkese yüklenebilecek dikkat ve özeni göstermek, tıbbi çalışmalarda bulunurken bazı mesleki şartları yerine getirmek, hastanın durumuna değer vermek, tıp biliminin kurallarını gözetip uygulamak, tedaviyi her türlü ihtiyat tedbirlerini alarak yapmak zorunluluğu olduğu, müvekkil durumundaki hastanın, doktor olan vekilden, titiz, dikkatli ve özenli davranılmasını beklemekte haklı olduğu, özen göstermeyen bir vekilin, BK. 394/1 uyarınca vekâleti gereği gibi ifa etmemiş sayılması gerektiği açıklamaları yapılmıştır. Hekimlerin ilk başta uterus operasyonu çıkarılmadan tanıyı koyamayabileceği, ihmal veya kusurlarının bulunmadığı, söz konusu durumun kürtaj işlemi sonrası gelişen bir komplikasyon olduğu yönündeki bilirkişi raporu, davalıların kusurunun belirlenmesi yönünden yetersiz bulunmuş; komplikasyon olasılığına karşı yapılması gereken işlemlerin yapıp yapılmadığı, bu tip komplikasyonlara hangi sıklıkta ve ne gibi durumlarda rastlandığı, böyle bir sonuca meydan verilmemesi için, tüm tedbirlerin alınıp alınmadığı ve yapılması gereken tüm tıbbi müdahalelerin yapıp yapılmadığı üzerinde durulup irdelenmek suretiyle, olayda davalılara atfı kabil bir kusur bulunup bulunmadığı konusunda, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor bulunması gerektiği vurgulanmıştır⁵⁷. Doğru teşhisin yapılamamasında hekimlerin

56 ÖZCAN, s. 206.

57 Y. 13. HD. 23.03.2010 E. 2009/13214 K. 2010/3694 (E.T. 03/04/2020); aynı yönde Y. 13. HD. 10.05.2018 E. 2015/41418, K. 2018/5670 (E.T. 04/04/2020) (uyap.gov.tr) ‘..bu tetkiklerin

kusuru olmasa da, bir komplikasyonun meydana gelmesi sonrasındaki müdahale ve tedavide gecikme hali, gerekli dikkat ve özenin gösterilip gösterilmemesi bakımından önem arz etmekte ve hekimin sorumluluğuna yol açabilmektedir.

2-Hastalık veya yaralamanın doğru teşhis edilemediği ve tedavisinin yapılamadığı bir duruma ilişkin olarak, Yüksek Sağlık Şurası'nın bacadaki derin yaranın (rektuma) nafiz olduğunun muayenede saptanamadığı ve gelişen enfeksiyon sonucu bacağı kesildiği, hemen el atılması halinde enfeksiyonun denetim altına alınıp bacağı iyileştirilebileceği, hastanın üç gün içinde taburcu edilmesiyle iyileşme ihtimalinin ortadan kalktığını belirttiği raporda⁵⁸ hekimin kusurunun bulunduğu açıktır.

3-Ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmadığı, ameliyata ilişkin raporun 7-8 ay sonra tutulduğu, çocuk olan hastanın yaşı, kilosu ve genel anestezi altında olduğu, verilen ilaçların birbirini etkileyip hasta üzerinde fazla tesir edebileceği hususlarının nazara alınmadığı olayda, gerekli dikkat, özen ve ciddiyet gösterilmediği için hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabul edildiğini görüyoruz⁵⁹.

4-Tipik ve bariz bir kusurun bulunduğu durumlarda kusurunun bulunmadığını ispat yükünün hekimde olduğu yukarıda belirtilmişti. Hastanın vücudunda gazlı bez unutulması şeklindeki olayda Yargıtay, durumun hekimin bizatihi sorumluluğunu gerektirir ağır bir ihmâl olduğunu belirtmiş, niteliği itibariyle olayın bir uzman tarafından

yapılmaması hastanın hastalığının tesbit edilmemesine neden olmuşsa hekim sorumlu olacaktır. O halde, bu konuda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda özen gösterilip gösterilmediği, yapılması gerekenle, yapılanın uyuşup uyuşmadığı açıklamalarına yer verilecek şekilde, tüm deliller birlikte değerlendirilerek, yapılması gerekenle yapılan müdahale ve tedavinin ne olduğu, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda doktor ve hastaneye kusur zafza ediliyor edilmeyeceğini, gösteren nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli ek rapor ya da gerektiğinde yeni bir bilirkişi kurulu raporu alınmak ve böylece hasil olacak sonuca uygun karar vermek gerekir..’ ; aynı yönde Y. 13. HD. 28.06.2018, E. 2015/41778 K. 2018/7411 (E.T. 04/04/2020) (uyap.gov.tr) “...Mahkemece hükme esas alınan 1.9.2014 tarihli Adli Tıp raporunda, dış tedavi sırasında oluşturduğu bildirilen tükürük bezinin komplikasyon olarak değerlendirildiği, davalının da komplikasyonu fark ederek davacıya tedaviye yönlendirdiği bu nedenle davalıya kusur yüklenemeyeceği açıklanmıştır. Mahkemece Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun raporuna itibar edilmek suretiyle davalının reddine karar verilmiş olup davacı rapora itiraz etmiştir. Anılan raporda, davacıya uygulanan işlem sırasında meydana gelen kesi ile tükürük bezinin işlevini yitirip yitirmediği açıklanmadığı gibi, tedavisinin mümkün olup olmadığı, bu sürecin hastayı olumsuz yönde ne şekilde etkilediği hususları üzerinde durulmamıştır. Hâl böyle olunca bu rapora itibar edilerek hüküm kurulamaz. Mahkemece; üniversiteden, itirazları karşılayan, aralarında konusunda uzmanların bulunduğu akademik kariyere sahip 3 kişilik bilirkişi kurulundan, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalının sorumluluğunu gerektirecek ihmâl ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasil olacak sonuca uygun bir karar verilmesi gerekmektedir.’

58 Y.4.CD. 18.12.1997 E.1997/10728, K. 1997/11390 (E.T. 03/04/2020) (uyap.gov.tr).

59 Y.13.HD. 07.02.2005 E. 2004/12088 K. 2005/1728, (E.T. 03/04/2020) (uyap.gov.tr).



incelenmesine dahi gerek olmadığını, bir operatör doktorun ameliyat sırasında mesleki değil, meslek dışı dikkatinin bile böyle bir olaya meydan vermemesinin asıl olduğunu, bu açık duruma rağmen Yüksek Sağlık Şurası'nın en normal dikkat ve özen zorunluluğunu bir yana bırakıp gazlı bezin vücutta unutulmasının nadir de olsa mümkün olaylardan kabul etmesinin yetersiz olduğunu belirtmiştir. Olayı bilirkişi incelemesine dahi gerek olmayan maddi olgu şeklinde ortaya çıkmış ve çekişmesiz bir durum olarak nitelendirmiştir⁶⁰.

5-Hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasının önemine yukarıda değinilmişti. Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin bilgilendirilmesi, rızasının geçerli olabilmesi için şarttır. Bu bilgilendirme, tıbbi müdahalenin olumlu ve olumsuz sonuçlarını, yapılması veya yapılmaması halinde ortaya çıkacak durumlar, uygulanabilecek başka müdahale varsa ona ilişkin bilgi verilmesi halini kapsamaktadır. Yargıtay 1977 tarihli bir kararında hastanın rızasının bulunduğu kabul edilmesi halinde dahi muayenenin muhtemel sonuçları ve riskinin hastaya bildirilmiş olmasını aramıştır. Rektum tuşe muayenesinde bazen kızlık zarının bozulabileceğinin bilirkişi raporunda açıklandığını, bu muayene sonunda her halde kızlık zarının bozulacağına tıbben kabul edilmediğini ancak nadiren de olsa meydana gelen bu sonucun hastaya bildirilmesi gerektiği, aydınlatma görevinin yerine getirildiği ve ortaya çıkabilecek bütün sonuçların hastanın anlayabileceği şekilde bildirildiğinin ispatının doktora ait olduğu açıklanmıştır. Hakim olayların özelliğine uyduğu, dayanakları gösterdiği, inandırıcı olduğu takdirde bilirkişi raporu ile bağlı olacağı, anılan nitelikleri haiz olmayan raporun bağlayıcı olmayacağı ve aynı olaya ilişkin ceza davasında kast olmadığı için beraat kararı verilmiş olsa dahi hukuk hakiminin bununla bağlı olmadığı, ihmali davranışın tazminata hükmedilmesi için yeterli olduğu yönünde karar verilmiştir⁶¹. Yani hekim muayenenin muhtemel sonuçlarını ve

60 Y.13.HD. 14.03.1983 E. 1982/7237 K. 1983/1783 (E.T. 03/04/2020) (uyap.gov.tr).

61 Y.4.HD, 07.03.1977 E. 76/6297, K. 77/2541 (E.T. 04/04/2020); aynı yönde Y.13.HD, 18.09.2018 E. 2016/26894 K. 2018/8072 (E.T. 04/04/2020) (uyap.gov.tr) *"...somut olaya bakılacak olursa, mahkemece bilirkişi raporları esas alınarak hüküm verilmiş ise de; davacının sağ göğsünün de ameliyat edilmesinin gerekli olup olmadığı ve bu göğsüyle ilgili olarak ameliyat öncesinde yeterli tahlil ve tetkiklerin yapıp yapılmadığı, ameliyat sonrası karşılaşılabilecek riskler konusunda hastanın aydınlatılma borcunun yerine getirilip getirilmediği, ameliyat sonrasındaki biyopsi sonuçları, davalıların yeterli özen ve dikkati gösterip göstermediği, hususlarında bilirkişi raporları yeterli açıklamayı içermemektedir. Ayrıca dosyaya ibraz edilen hasta yatış onam formunun davacı tarafından imzalanmış olmasına rağmen aynı tarihli tıbbi uygulamalar için bilgilendirme onam formunun davacı yerine neden yakını tarafından imzalandığının açıklaması yapılmayarak bu durum mahkemece ve bilirkişiler tarafından değerlendirilmemiştir. Bahsedilen bu formlar, davacıya yapılan ameliyatın niteliği konusunda davacıya gerekli bilginin verildiğini gösterir nitelikte değildir. Biyotıp Sözleşmesinin*

tehlikelerini anlayabileceği şekilde hastaya söylemelidir. Bu konuda ispat yükü hekimdedir⁶². Genel nitelikli, soyut ibarelerin bulunduğu bir aydınlatma formu yeterli olmayacaktır.

6- Yargıtay genel anestezinin mutad komplikasyonu (anestezi şoku) neticesi ölümün gerçekleştiği bir olayda, yaralının bünyesinden kaynaklanan, önceden var olduğu halde olaydan sonra meydana çıkan narkoza karşı dayanıksızlığın sebep - sonuç bağına kesmeyeceğini, ancak hekimlere yüklenemeyen ve önceden göremeyecekleri olağanüstü hal sebebiyle (narkozun olağan komplikasyonu) zararın arttığını, zararın artması ve ölümle sonuçlanması narkozun olağan komplikasyonu olduğuna göre, zararın tümünden davalı hekimlerin sorumlu tutulamayacağına karar vermiştir⁶³. Sonuç öngörülebilir değil ise, hekim öngörülemez sonuç sebebiyle kusurlu sayılamaz.

7- Olayda gelişen mesane hasarının her türlü özene rağmen oluşabilen, herhangi bir tıbbi ihmal ve kusura izafe edilemeyen komplikasyon olarak niteleyen adli tıp raporuna dayanarak reddedilmesine rağmen Yargıtay, idrar kesesindeki yırtığın boyutu göz önünde bulundurulduğunda, davalı doktorun ortaya çıkabilecek riskleri ortadan kaldırmak adına ameliyat öncesi ve sonrası yapması gereken girişimlerin neler

5. maddesinde "Rıza " konusu düzenlenmiş ve "Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatini her zaman serbestçe geri alabilecektir" düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiş ve Dairemizin yerleşik uygulamalarına paralel düzenlemeler getirilmiştir. Yukarıdaki açıklamalar gözetildiğinde, hastanın salt işleme rıza göstermesi yeterli değildir. Ayrıca, risklerin de izah edilmesi yani bu rızanın da aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Kuralları'nın 26. maddesinde düzenleme yapılmış ve "Hekim hastasını, hastanın sağlık durumu ve konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, tedavi yönteminin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri konularında aydınlatır. Yapılacak aydınlatma hastanın kültürel, toplumsal ve ruhsal durumuna özen gösteren bir uygunlukta olmalıdır. Bilgiler hasta tarafından anlaşılabilir biçimde verilmelidir. Hastanın dışında bilgilendirilecek kişileri, hasta kendisi belirler. Sağlıkla ilgili her türlü girişim, kişinin özgür ve aydınlatılmış onamı ile yapılabilir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir. Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır " düzenlemesiyle aydınlatmanın ne şekilde yapılacağı açıklanmıştır. Aydınlatılmış onamda, ispat külfeti ise hekim ya da hastanededir. Bu nedenlerle mahkemece, üniversitelerin tıp fakültelerinde görevli konusunda uzman öğretim görevlilerinden oluşturulacak bilirkişi heyetinden taraf ve yargı denetimine elverişli ve özellikle davacının bilirkişi raporlarına itirazlarını karşılayacak şekilde yeniden rapor aldırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken.."

62 Y.13.HD. 19.10.2006, E.2006/10057, K.2006/13842 (E.T. 04/04/2020) (uyap.gov.tr) "...Kullanılan bir ilacın yan etkisi ile ilgili olarak hastanın bilgilendirildiğine ve gerekli önlemlerin alındığına ilişkin davalı doktorun mücerret beyanı dışında dosyada herhangi bir bulgu ve belge yoktur.."

63 Y. 4. HD. 04.12.1984, 8335/9043, (E.T. 05/04/2020) (uyap.gov.tr).



olduğunun, ameliyat sırasında durumun tespit edilip edilmediğinin, ameliyat sonrasında derhal müdahale edilip edilmediğinin, zararın azalması veya ortadan kaldırılması adına ne yapıldığının, bu aşamalarda davalı doktorun ihmalinin ve kusurunun bulunup bulunmadığının da tartışılması gerektiğini söyleyerek, bilirkişi raporunun yetersiz olduğunu belirtmiştir⁶⁴. Bu durumda yine Yargıtay'ın meydana gelen komplikasyon sonrasındaki sürecin yönetilmesinde hekimin özen ve dikkat yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini araştırdığını görüyoruz.

8-Tanı, tıbbi sürecin aşamalarından biridir ve tanı esnasında yapılan hatalar ve eksiklikler de malpraktis kapsamında değerlendirilir. Davalı doktorun, bebeğin anne karnında yanlış pozisyonda durduğunu tespit edemediği, anne karnında gerekli müdahaleyi yapmaması sonucu bebeğin sağ kolu eksik doğduğu, bu durumun davalı doktorun mesleğinin gerektirdiği gerekli özen ve ihtimamı göstermemesinden kaynaklandığının belirtildiği dosyada sık hata yapılan konulardan biri üzerinde durulmuştur⁶⁵.

SONUÇ

Tıbbi müdahaleler riskin yüksek olduğu faaliyetlerdir. Bu süreçte hekimler ve sağlık çalışanları gelişen tıbbi imkânları da göz önüne alarak, tıbbi standarda uygun bir şekilde faaliyette bulunmakla yükümlüdür. Estetik müdahaleler eser sözleşmesi olarak nitelense de hekimlik sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi olarak kabul edilmesi, vekâlet sözleşmesinde ise vekilin sonucun meydana gelmesini garanti etmediği, faaliyetin özenli bir şekilde yürütülmesini üstlendiği göz önüne alındığında, hekim hastanın iyileşmesini ve olumsuz bir sonucun ortaya çıkmamasını taahhüt etmez. Ortaya çıkan olumsuz her sonuçtan hekimleri sorumlu tutmak, mesleğinin icra edilmesini engelleyecek ve defansif tıp uygulamalarının yaygınlaşmasına neden olacaktır. Hekimler komplikasyonlar sebebiyle sorumlu tutulamayacaktır, şüphesiz ki hekimin yapması gereken özenli tıbbi müdahaledir. Hekimin sorumluluğu kusursuz bir sorumluluk hali olmayıp; hekimin hafif kusuru halinde dahi malpraktis sebebiyle sorumluluğu doğacaktır.

Hekimin tıbbi malpraktis sorumluluğunun sebepleri arasında uygulamada en çok dikkat ve özen eksikliğinin bulunduğu görülmektedir. Bu hususta Yargıtay kararları tahlil edildiğinde; ilk derece

64 Y. 13. HD, 05.04.2017 E. 2015/40778 K. 2017/3963 (E.T.04/04/2020) (uyap.gov.tr)

65 Y. 13. HD, 21.9.2017 E. 2016/6074 K. 2017/8426 (E.T. 04/04/2020) (uyap.gov.tr).



mahkemelerinin karar verilirken mesleki bilgi gerektirmesi sebebiyle bilirkişi raporu alınması yoluyla malpraktis-komplikasyon ayırımı yapılmaya çalılsa da, bilirkişi raporlarında ayrıntılı açıklamalara yer verilmemesi eleştirilmektedir ve bu raporlar yetersiz görölmektedir. Yargıtay raporlarda tıbbi müdahale öncesi ve sonrası yapılması gerekenlerin ne olduğu, müdahale sonrasında istenmeyen bir durum, komplikasyon meydana geldiyse derhal müdahale edilip edilmediğini, zararın azalması veya ortadan kaldırılması adına ne yapıldığı, bu aşamalarda hekimin tüm süreç boyunca ihmalinin ve kusurunun bulunup bulunmadığı hususlarının ayrıntılı olarak bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir.



KAYNAKLAR

AŞÇIOĞLU Çetin, **Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar**, Ankara, 1993, (*"Tıbbi Yardım"*).

AYAN Mehmet, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Seçkin Yayıncılık, 11. Baskı, Ankara 2016.

AYAN Mehmet, **Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk**, Kazancı Yayınları, Ankara 1991 (*"Sorumluluk"*).

AYKIN Aykut Cemil / ÇINARLI Serkan, **Sağlık Personelinin Hukuki Sorumluluğu**, Seçkin Yayınları, Ankara 2016.

ARIKAN Mustafa / KALKAN Erdal/ ERDİ Fatih/ DENİZ Mehmet / İZCİ Emir, **Tıp Hukukunda Olgularla Malpraktis-Komplikasyon Ayrımı: Tıp Fakültesi ve Hukuk Fakültesi Son Sınıf Öğrencilerinin Konuya Bakış Açısı, Sorunlar ve Çözüm Önerileri**, **Türk Nöroşir Dergisi**, 26(1), 2016, s. 40-48.

BADUR Emel, **Tıbbi Müdahaleye Rızanın Özellik Gösterdiği Haller**, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

BAYRAKTAR Köksal, **Yeni TCK ve Hekimin Sorumluluğu, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku Sempozyum Notları**, İstanbul Barosu 2. Ulusal Sağlık Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2007, s.52-60.

BAYRAKTAR Köksal, **Hekimin Tedavi Sebebiyle Cezai Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972 (*"Cezai Sorumluluk"*).

BEAUCHAMP L. Tom / CHILDRESS F. James, **Principles of Biomedical Ethics**, Oxford University Press, Eighth Edition, 2019.

BRENNECKE, Philipp; **Aerztliche Geschaeftsführung ohne Auftrag**, Springer, Düsseldorf 2009.

DEMİR Mehmet, **Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu**, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 57, S.3, Y. 2008, s. 225-252.

DESCHANAUX / TERCIER, **Sorumluluk Hukuku**, Çev. Salim ÖZDEMİR, Ankara 1983.

EKŞİ Ahmet, **İslam Hukukunda Hekim ile Hasta Arasındaki İlişkinin Hukuki Niteliği**, **Tıp Hukuku Dergisi**, C.1, İstanbul 2012, s. 27-46.

GIESEN Dieter, **Yeni ve Deneysel Tedavilerden Dolayı Doktorların Hukuki Sorumluluğu**, **Yargıtay Dergisi**, 1977, C.3, S.1, s. 217-228, (Çev. ÖZDEMİR, Salim).



HAKERİ Hakan, **Tıp Hukuku**, 19. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2020.

HAKERİ Hakan, Tıp Hukukunda Malpraktis-Komplikasyon Ayırımı, **Toraks Cerrahisi Bülteni**, Vol. 5 Issue 1, Mart 2014, s. 23-28. (“Malpraktis”).

KILIÇ GÜNEŞ Bahu, **Hekimin Hukukî Sorumluluğu**, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

ÖZCAN Zeynep, “Malpraktis - Komplikasyon Ayırımının Önemi”, **International Congress On Health Law / Uluslararası Sağlık Hukuku Kongresi**, s.197-212, İstanbul 2018.

ÖZCAN Zeynep, Hastane İşletmecisinin Enfeksiyon Riskine Bağlı Tehlike Sorumluluğu, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 63 S. 3 Y. 2014, s. 551-567 (“Tehlike Sorumluluğu”).

ÖZÇETİN Selvi / BALABAN Murat, **Sağlık Hukuku Güncel Sorun ve Yaklaşımlar Örnek Yargı Kararları**, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

ÖZDEMİR Hayrunnisa, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. XI, S. 1, 2016, s. 33-81.

REİSOĞLU Safa, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2014.

REİSOĞLU Seza, Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, **Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu**, İstanbul 1983, s. 1-18. (“REİSOĞLU, S.”).

SCHWENKEN Carl Philipp Theodor, **Die Amtsvergehen, Ihre Untersuchung Und Bestrafung Im Disziplinarischen Und Gerichtlichen Wege Nach Gemeinem Und Besonders Kurhessischem Rechte**, Wentworth Press 2019.

SOMER Pervin, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, **Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası I. Sağlık Hukuku Sempozyumu**, İstanbul 2011, s. 41-58.

ŞENOCAK Zarife, Hekimin Hukuki Sorumluluğunun Özel Sorunları: Tıbbi Standartlar ve İspat, **Ankara Barosu - Sağlık Hukuku Kurultayı 1-3 Kasım 2007**, Ankara 2008.

TEZCAN Durmuş / ERDEM Mustafa Ruhan / ÖNOK, Murat, **Ceza Özel Hukuku**, 17.Baskı. Seçkin Yayınları, Ankara 2019.

UYGUR Atiye B., Hekimin Kusurunun Değerlendirilmesi, **TBB Dergisi**, S. 144, 2019, s. 355- 381.



UYGUR Atiye; **Hekimin Sözleşmeden Doğan Hukukî Sorumluluğu**, Ankara 2009 ("*Sorumluluk*").

VEATCH Robert M., **The Patient –Physician Relation, The Patient as Partner, Part 2**, Indiana University Press 1991.

WERNER E. Ott: **Voraussetzungen der Zivilrechtlichen Haftung des Arztes**, Zürich 1978.

WIEGAND Wolfgang; **Der Arztvertrag, insbesondere die Haftung des Arztes, Arzt und Recht**, Berner Tage für die juristische Praxis 1984, Bern 1985.

YAVUZ Cevdet, **Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, Beta Yayınları, İstanbul 2019.

YAVUZ İPEKYÜZ Filiz, Hekimin Tazminat Sorumluluğu, **Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C. 20, S. 33, 2015, s. 19-61.

YEŞİLLER Fatma Begüm, Hekimlik Sözleşmesi ve Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu, **Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi**, Ankara 2019.

YILDIZ Nihal, Malpraktis Davalarında Maddi ve Manevi Tazminat, 21-23 Eylül 2017 **Antalya II. Uluslararası Tıp Hukuku Kongresi Bildirileri Kitabı**, Ankara 2018, s. 113-124.

YÖRDEM Yılmaz, Hekimin Hatalı Tıbbi Uygulamaya Bağlı Hukuki Sorumluluğu, **TAAD**, S. 38, Y. 11, 2019, s. 129-155.

YÜCEL Özge, **Medeni Hukuk Bakış Açısıyla Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluğunun Koşulları**, Sağlık ve Tıp Hukukunda Sorumluluk ve İnsan Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara 2018.

YÜCEL Özge, **Ayırt Etme Gücünden Yoksun Kişiler Adına Alınan Tıbbi Kararlarda Özerklik Hakkının Korunması ve Hasta Talimatları**, Seçkin Yayınları, Ankara 2018 ("*Tıbbi Kararlar*").

uyap.gov.tr

