

# TIP HUKUKUNDA MALPRAKTİS KOMPLİKASYON AYRIMI

## DISTINCTION BETWEEN MALPRACTICE AND COMPLICATION IN MEDICAL LAW

**Hakan Hakeri**

İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul, Türkiye

**e-mail:** hakan.hakeri@medeniyet.edu.tr

DOI:10.5152/tcb.2014.003

### Özet

Tıp hukukunun çok temel konularından birisini malpraktis, komplikasyon ayrımı oluşturmaktadır. Sağlık çalışanları malpraktis nedeniyle sorumlu tutulurken, komplikasyonlar nedeniyle sorumlu olmayacakları kabul edilmektedir. Buradaki sorun ise neyin komplikasyon sayılacağı ve bu ayrımın nasıl yapılacağıdır. Tıp mesleği mensupları bir tıbbi müdahalenin öngörülebilir sonuçlarını da komplikasyon olarak kabul etme eğilimindeyken, hukukçular, ancak bu sonuçların meydana gelmesinde sağlık çalışanına yüklenebileceği bir kusur varsa, komplikasyon kabul etmemektedir.

**Anahtar kelimeler:** Malpraktis, komplikasyon, tıp hukuku

### Abstract

One of the essential topics of medical law is the distinction between malpractice and complication. Health workers are responsible because of malpractice but not because of complication. The problem is how it is to differentiate between malpractice and complication. 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.

**Key words:** Malpractice, complication, medical law

### GENEL OLARAK TIP HUKUKUNDA SORUMLULUK

Tıp hukukunda hekimlerin sorumluluğu kusura dayalı genel sorumluluktur<sup>1</sup>. Bu nedendir ki, hekimin sorumluluğu ancak kusurlu uygulama hatasından dolayıdır. Buna karşılık komplikasyon dolayısıyla hekim sorumlu tutulamaz<sup>2</sup>.

Tıbbi müdahalelerde her an için zararlı bir neticenin meydana gelmesi durumu söz konusu olabilmektedir. Gerekli özen ve dikkat gösterilse bile meydana gelen olumsuz neticeler tıbbi müdahalelerin normal sapmaları, riskleri olarak değerlendirilmektedir<sup>3</sup>. Nitekim **Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi** 13. maddede, “*tabip ve dış tabibi, ilmî icapları uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez*” denilmektedir.

Tıbbın birçok belirsizliklere sahip olması ve insan psikolojisi ve fizyolojisinin bireyden bireye değişkenliği<sup>4</sup>; 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 hepsinde bir riskin bulunması gibi nedenler tıbbi müdahalelerin olumsuz sonuçlanmasının hemen de hekimin sorumluluğunu gerektirmemesinin nedenlerindedir<sup>5</sup>. Dolayısıyla tıbbin gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise hekim ve hastane sorumlu tutulamaz<sup>6</sup>.

Hekimin özen yükümlülüğünü ihlal ettiği, kusurlu olduğu hallere hukukta “taksir” adı verilmektedir. **Türk Ceza Kanunu**'nun 22. maddesinde “taksir tanımlanmıştır:

“*Taksir, dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık dolayısıyla, bir davranışın suçun kanuni tanımında belirtilen neticesi öngörülmeyerek gerçekleştirilmesidir*”. “Hukuki anlamda taksir, failin öngörülebilir nitelikteki neticeyi öngörmemesi şeklinde olabileceği gibi, neticeyi öngördüğü halde istememesi şeklinde de ortaya çıkar”<sup>7</sup>. Önceki kanunumuzun 455. maddesinde taksirin şekilleri belirtilmişti<sup>8</sup>:

- ⇒ Tedbirsizlik
- ⇒ Dikkatsizlik
- ⇒ Meslek ve San’atta Acemilik
- ⇒ Nizamata, Evamir ve Talimata Riayetsizlik.

Taksiri kasttan ayıran özellik, neticenin istenmesidir. Fail her ne kadar neticeyi istememekteyse de netice öngörülebilirdir ve bu öngörülebilir neticenin gerçekleşmesinde kendisine yüklenen özen yükümlülüğünün ihlali şeklinde bir kusur söz konusudur. Neticenin öngörülebilir olmadığı hallerde taksir sorumluluğu da söz konusu olmaz. Keza faile yüklenebilecek bir kusur bulunmadığı takdirde de meydana gelen neticeden dolayı bir sorumluluk da yüklenemez. Tıp dilinde bu takdirde "**komplikasyon**"dan bahsedilir.

Komplikasyon, tıbbi standarda uygun bir müdahale yapılmasına rağmen, ortaya çıkabileceği tıp çevreleri tarafından kabul edilen ve her türlü tedbir alınmasına rağmen kaçınılmaz olarak meydana gelen zararlar olarak da tanımlanmaktadır<sup>9</sup>.

Kimsenin öngöremeyeceği bir neticeden hekim de sorumlu tutulamaz<sup>10</sup>. Yargıtay da aynı görüştedir: "*Genel anestezinin mutad komplikasyonu (anestezî şoku) neticesi ölümün gerçekleştiği anlaşılmıştır. Yaralının bünyesinden kaynaklanan, önceden var olduğu halde olaydan sonra meydana çıkan narkoza karşı dayanıksızlık sebep - sonuç bağına kesmez. Ancak davalılara yüklenemeyen ve önceden göremeyecekleri olağan üstü hal nedeniyle (narkozun olağan komplikasyonu) zarar artmıştır. Zararın artması ve ölümle sonuçlanması narkozun olağan komplikasyonu olduğuna göre, zararın tümünden davalıların sorumlu tutulması adalete uygun düşmez*"<sup>11</sup>.

Hekim müdahalesinin tıbbi standarda uygun olmadığı hallerde dahi meydana gelen netice öngörülebilir değilse, hekim sorumlu tutulamaz<sup>12</sup>.

Taksirli yaralamanın yanı sıra hastanın taksirle öldürülmesi tıp ceza hukukunda, fiilin ağır sonuçları ve hekimi tehdit eden cezai, mesleki ve sorumluluk hukukuna ilişkin sonuçları dolayısıyla pratikte önemli rol oynamaktadır<sup>13</sup>.

Hekimin taksiri nedeniyle hastanın ölmesi veya yaralanmasına göre hekim hakkında TCK 85 veya 89 hükümleri uygulanır. Ayrıca hekimin tazminat sorumluluğu da vardır.

### **Komplikasyon Nedeniyle Sorumluluk Genel Olarak**

Hekim ancak hatası nedeniyle sorumlu tutulabilir. Komplikasyon ise ceza hukuku anlamında kaza-tesadüf sayılmakta ve hekim sorumlu tutulmamaktadır.

Tıbbi müdahaleler nedeniyle sorumluluk bakımından "**kusur prensibi**" esastır. Hekim şanssızlıktan değil, haksızlıktan dolayı sorumludur<sup>14</sup>.

Öğretide de cerrahlığın zaten belli tehlikeleri göze almayı gerektirmesi nedeniyle, özellikle cerrahlar bakımından, kusur konusunda fazla sıkı davranılmaması gerektiği savunulmaktadır<sup>15</sup>.

Danıştay da idarenin tıbbi hizmetlerden dolayı kusursuz sorumluluğunun bulunmadığı yönünde kararlar vermektedir<sup>16</sup>.

Aynı şekilde, Yargıtay'ın da "*vekil, iş görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden değil de bu sonuca ulaşmak için yaptığı uğraşların özenle görülmemesinden sorumludur*" şeklindeki kararı<sup>17</sup> tıp hukukunun esaslarına uygundur.

Yargıtay'a göre, "*yapılan ameliyat beklenen iyi sonucu vermemiş olsa dahi tıp ilminin kabul edilen kurallarına uygun bir müdahale yapılmış ise doktora kusur izafe edilemeyeceğinden meydana gelen sonuçtan dolayı sorumluluğu yoluna gidilemez*"<sup>18</sup>.

Bir başka kararda da Yargıtay aynı hususları ifade etmiştir: "*Hekim, tedavisini ya da ameliyatını deruhte ettiği hastayı yüzde yüz iyileştirme yükümlülüğü altında değildir. Bütün sorun, hekimin "tıp kural ve gereklerine" uygun davranıp davranmadığı yönünü tespit etmektir. Eğer bir hekim, tıp ilminin öngördüğü ve yapılmasını gerekli kıldığı kurallara ve tıbbi tedavi yöntemlerine uygun hareket etmiş ise artık eylem ve davranışının hukuka aykırılığı iddia edilemeyeceğinden, tedavi ve ameliyat sonucu hasta iyileşmemiş olsa dahi hekimin bundan sorumlu tutulması mümkün değildir*"<sup>19</sup>. Dolayısıyla hekimin sorumluluğundan bahsedebilmek için hekimin kusurlu olması, başka ifadeyle, özen yükümlülüğünü ihlal etmesi gerekmektedir.

Buna karşılık, Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin bir kararında, "*tibbin gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmalıdır*" denilmektedir ki, bu görüş kusursuz sorumluluğun kabulüne yol açar.

Kanaatimce bu görüş hatalı olup, tıp hukukunun temel prensiplerine de aykırıdır. "Karar basına doğru aksettirilmişse, bu görüş 'komplikasyon kavramını ortadan kaldıran ve dolayısıyla tıp hukukunda '**kusursuz sorumluluk**'a gidişi gösteren bir görüşü yansıtmaktadır ki, kanımca tıp hukukunda kusursuz sorumluluk her hal ve şartta kabul edilemez. Yargıtay'ın son dönemdeki kararları esasen bütün uygar ülkelerdeki kararlarla paraleldir. Ancak kusursuz sorumluluğun kabulü kesinlikle doğru olmayacaktır ve bu durum hekimleri kesinlikle defansif (savunmacı) tıbbı yönetecektir. O nedenle yüksek mahkemelerimiz kusursuz sorumluluk gibi çok tehlikeli bir yola girmemeli ve böylece hasta hayatına daha önem verdiklerini göstermelidirler"<sup>20</sup>.

Karşılaşılmalı hukukta da hekimlerin kusursuz sorumluluğu kabul edilmemektedir. Hekimin görevi, hastayı iyileştirmek değildir. Hekimin görevi, özenli tıbbi müdahaledir. Hastanın iyileşmemiş olması veya zarar görmüş olması, hekimin sorumlu tutulması

için yeterli olamaz. Tıp mesleğinin hassas olması ve hekimin sadece tıp biliminin geldiği nokta itibarıyla uygun bir tedavi sağlamakla yükümlü olması nedeniyle, hekimlerin kusursuz sorumluluğunu kabulde herhangi bir sosyal fayda bulunmamaktadır. Tam aksine, kusursuz sorumluluk hekimlerin bazı durumlarda hastaya müdahalede isteksiz davranmalarına yol açar. Bu noktada, hastanın tamamen hekimin yetenek ve bilgisine bağlı olduğu; hâkim tarafın bilgi ve donanımı daha fazla olan hekim olduğu; hekimin daha güvenilir ve etkin bir tedavi temini konusunda hastaya nazaran daha iyi bir konumda bulunduğu ileri sürülebilir. Ayrıca kusursuz sorumluluğun kabulünün belki uygulama hatalarına karşı caydırıcı etki oluşturabileceği de düşünülebilir. Ancak tıbbi hizmet toplumun önemli bir ihtiyacıdır ve hizmetin gönülden yapılmasında temel önemi haizdir. Kusursuz sorumluluğun kabulü, tıbbi hizmetin maliyetini de artırıcı etki yapacaktır. Toplumun iyiliğine olan husus, kusur sorumluluğudur.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin de hekimin her türlü kusurundan sorumlu tutulmasının, gerek hastaların gerekse hekimlerin zararına olarak hekimlik mesleğinin normal icrasını engelleyeceği; bu nedenle, kaçınılmaz nitelikteki basit hatalardan hekimin sorumlu tutulmaması gerektiği yönünde kararları mevcuttur<sup>21</sup>.

Malpraktis standardın altında kalınması veya üstüne çıkılması ile söz konusu olabileceği gibi, icrai bir hareketle veya ihmali bir hareketle de söz konusu olabilir. Bu itibarla hekimin özen yükümlülüğünü ihlali, bir müdahaleyi gerekli olduğu şekilde yapmaması şeklinde söz konusu olabileceği gibi, gerekli müdahaleyi hiç yapmaması şeklinde de olabilir<sup>22</sup>. Dolayısıyla hareketin icrai veya ihmali olması arasında bir fark gözetilmemekte, her ikisi de aynı nitelikte kabul edilmektedir<sup>23</sup>.

### **Tıp Mesleği Mensupları Bakımından Komplikasyon**

Buraya kadar anlattığım şekliyle komplikasyon hukukçuların bakış açısını yansıtmaktaydı. Buna karşılık tıpçıların komplikasyon konusunu zaman zaman daha farklı değerlendirdikleri görülmektedir.

Buna göre, “komplikasyon, yapılan tıbbi uygulama sonunda oluşan olumsuzluk, klasik tıp bilgilerinde (uluslararası kitaplarda ve yayınlarda) “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 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 olumsuzluklar, ana safra yolunun bağlanması, kesilmesi, karaciğerin veya civardaki büyük damarların yaralanması ciddi komplikasyonlardır. Bu sayılanların hepsi klasik tıp kitaplarında “komplikasyon” başlığı altında yer alırlar. Bu olumsuzlukların görülme sıklıkları da bu klasik bilgiler arasında yer almaktadır. Bu husus önemlidir, çünkü % 2 oranında görülebilen bir komplikasyon olduğu zaman, hem hekim hem de hasta için % 100 anlamını taşımaktadır. Bu nedenle genel kabul görülen oranlar çok önemlidir. Bunun tersi de geçerlidir. Örneğin bir hekimin her 10 hastasından birinde yani %10'unda komplikasyon olarak nitelendirilen olumsuzluklar görülüyorsa, bu oran kabul edilebilir risk dışındadır. Bunun adı artık komplikasyon değildir. Komplikasyon yüzdelerinin arkasına saklanılamaz<sup>24</sup>.

Görüldüğü üzere, tıp mesleği mensupları tıbbi müdahale nedeniyle oluşan her türlü olumsuz sonucu komplikasyon olarak adlandırmaktadır. Halbuki hukukçular, ancak hekime kusur olarak yüklenebilecek olumsuzlukları komplikasyon olarak görmektedir.

Yine tıp mesleği mensupları, komplikasyonun malpraktise dönüşmesine örnek olarak şu hususları göstermektedir:

“Komplikasyon eğer; zamanında fark edilmez ise, fark edilmesine rağmen gerekli önlemler alınmaz ise, fark edilip önlem alınmasına rağmen bu önlemler yerleşmiş standart tıbbi girişim olarak değerlendirilmez ise malpraktis'ten söz edilir<sup>25</sup>.”

### **Komplikasyon Yönetimi**

Komplikasyonlardan dolayı hekime sorumluluk yöneltilemeyeceğini belirtmişim. Ancak komplikasyon iyi yönetilememişse, sorumluluk gündeme gelebilir<sup>26</sup>.

Hasta açısından öngörülebilir komplikasyonlara yönelik de tedbirler alınmalıdır. Bu tedbirler alınmış ise ve hekime bu yönden bir kusur yüklenemiyorsa, komplikasyon yönetimi de iyi yapılmıştır.

Tedbirler alınmamış veya gecikilmişse, komplikasyon yönetimine özen gösterilmemiştir ve bu durumda komplikasyonun malpraktise dönüştüğünden bahsedilebilir ve hekim sorumlu tutulabilir<sup>27</sup>.

Dava dosyalarında “takipte yetersizlik”, “yetersiz takip” veya “tedavide takip hatası” olarak ifade edilen durumların komplikasyon yönetiminin eksikliğine dikkat çektiği anlaşılmaktadır<sup>28</sup>.

### **Kusur ve Belirlenmesi**

#### **Kusur**

Hekimin özen yükümlülüğü ihlali, genelde tipik olarak üç alanda yoğunlaşmaktadır:

Bunlar; hastanın bizzat tedavisi alanında, yani teşhis, endikasyon, tıbbi tedbirin seçimi uygulanması ve tedavi sonrası, ameliyat sonrası bakım alanında. İkinci olarak, hastanın aydınlatılması ile ön muayene ve son olarak da hastane, klinik organizasyonu alanında (personelin niteliği, yeterli personel bulundurulması, aletlerin kurallara uygun bulunması, hekimlerin birbirleriyle ve yardımcı personelle işbirliği gibi). Bunların tümüne “malpraktis” adı verilmektedir.

Taksirli eylemlerde hekimin kusurunun bulunması demek, hekimin sübjektif olarak, yani kendi kişisel yetenekleri ve bireysel bilgisine göre, gerekli özeni gösterebilecek durumda olmasına rağmen, bunu göstermemesi demektir. Taksirden dolayı sorumluluğun ikinci şartı, neticenin sübjektif olarak öngörülebilir olmasıdır. Bunun için hekimin objektif olarak olayların normal gelişimine ve sübjektif olarak da kendi kişisel tecrübesine, kendi kişisel yeteneklerine, bireysel bilgisine ve eğitiminin derecesine ve sosyal konumuna göre hastanın sağlığında bir zarar meydana gelmesini önceden görebilecek durumda olması gerekir<sup>29</sup>. Dolayısıyla hekimin kusuru noktasında kullanılan kriter sübjektiftir. Hekimin örneğin, hasta ve hastalığı hakkında önceden bir bilgi sahibi olmaksızın ve ameliyata hazırlanma imkânı bulamadan, cerrahın ameliyatı yürütememesi dolayısıyla ameliyatı üstlendiği hallerde, özen yükümlülüğünün sübjektif olarak yerine getirilmesi mümkün değildir<sup>30</sup> ve hekim sorumlu tutulamayacaktır.

Uygulamada da klinikte çalışmaya henüz yeni başlamış ve eğitimi devam eden bir çocuk hastalıkları uzmanının özen yükümlülüğünün belirlenmesinde, tecrübeli bir uzman hekimin durumunun değil, aynı durumdaki bir asistan hekimin durumunun ölçüt olarak ele alınacağı kabul edilmektedir<sup>31</sup>.

Görüldüğü üzere, objektif ve sübjektif olmak üzere ikili bir değerlendirme yapılmakta<sup>32</sup> ve bu değerlendirme hekime ve hekimin tıbbi müdahale anındaki durumuna göre yapılmaktadır<sup>33</sup>. Hekimin tıbbi müdahale anındaki durumundan anlaşılması gereken şudur: Hekimin kusurlu olup olmadığı, meydana gelen sonuçlara göre değerlendirilmemektedir. Değerlendirme, tıbbi müdahale öncesi şartların incelenmesi suretiyle yapılmaktadır<sup>34</sup>.

Açıklamak gerekir ki, hekimin hukuksal sorumluluğu bakımından ölçü olarak **tecrübeli bir uzman hekim standardı** esas alınmaktadır. Hangi tedbirlerin objektif olarak alınması gerektiğine ilişkin değerlendirme de makul ve tedbirli bir hekim, tecrübeli bir uzman hekim göz önünde bulundurularak belirlenir<sup>35</sup>. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, hekimin kişisel statüsü ona yönelik farklı beklentileri haklı kılabılır. Bu itibarla bir üniversite profesöründen bir sağlık ocağı hekimine

nazarın daha fazla bilgi beklenir. Yine altını çizmek gerekir ki, hiçbir hekim, kendisine tıp fakültesinde kötü eğitim verildiğini, gerekli tecrübeye sahip olmadığını, kendi alanındaki gelişmeleri yeteri kadar takip edemediğini ileri sürerek, tazminat sorumluluğundan kurtulamaz<sup>36</sup>. Buna karşılık ceza hukuku sorumluluğu açısından bunlar kısmen de olsa gerek kusurun belirlenmesinde ve gerekse cezaların bireyselleştirilmesinde göz önünde bulundurulabilir.

Ayrıca ifade etmeliyim ki, riskli veya tekel niteliğinde olan ve üst düzeyde uzmanlık gerektiren faaliyetlerde beklenen özen, yüksek düzeydedir<sup>37</sup>. Keza, hekimin faaliyeti çok önemli hukuksal yararlar üzerinde gerçekleştirildiğinden ve hasta hekimin davranışının amaca uygunluğunu veya hatalarını denetleme imkânına sahip olmadığından, hastanın, hekimin yanlış uygulamasını fark etmesi ve buna karşı koyması kural olarak zor bulunduğundan, uygulama, hekimin özen yükümlülüğü konusunda yüksek standartlar belirlemektedir<sup>38</sup>. Dolayısıyla özen yükümlülüğünün sınırları belirlenirken, hekimlere bir ayrıcalık tanınması ve özellikle sadece ağır ihlallerde sorumluluğu kabul etmek söz konusu olamaz<sup>39</sup>.

Hekimden özenin beklenemeyeceği hallerde, kusurdan bahsetmek mümkün olmaz<sup>40</sup>. 19 saat aralıksız çalışmadan sonra fiziki aşırı yüklenme dolayısıyla hata yapan hekimin, bir tıbbi hata yaptığı kabul edilmekle beraber, hekimin konsantrasyona ihtiyacı olduğu, aşırı yorgunluk neticesinde yaptığı hatanın ona yüklenemeyeceğine karar verilmiştir<sup>41</sup>. Nitekim 12 saatlik gece ve gündüz vardiyaları halinde çalışan asistanların bilişsel işlevlerinin vardiya çıkışlarında kısmen bozulduğu, özellikle gece vardiyası sonrası bu işlevlerin daha çok etkilendiği görülmüştür<sup>42</sup>.

Hekimin, taksirli davranışı önlemek için, bütün riskleri önleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Hekim, yerine göre riski de üstlenmek de zorundadır. Burada aslanan hekimin, ilgili müdahalenin fayda ve risklerini tartması, değerlendirmesi ve ona göre karar vermesidir<sup>43</sup>. Hekim, her zaman en emin yöntemi seçmek zorunda olmasa da yüksek bir riski göze alma durumu, ancak, somut olayın gerekliliklerinin bunu zorlaması ve bu riske rağmen daha uygun iyileşme koşullarının sağlanabilecek olması halinde hukuka uygun olabilir<sup>44</sup>. Özen yükümlülüğü, kural olarak hekimin yüksek bir risk içermese de vazgeçilebilir, onsuз olmayan tedbirlerden uzak durmasını gerektirmektedir<sup>45</sup>.

**Acil durumlarda** özen yükümlülüğünün içeriği farklı belirlenebilir mi? Öğretide, özen yükümlülüğü noktasında önemli bir unsurun da somut olayın koşulları olduğu ve bu bakımdan özellikle tıbbi tedbirin acilliğinin, yani zaman faktörünün esaslı rol oynadığı belirti-

lerek acil durumlarda hekimlerin zaman baskısı altında olduğu ve bu tip durumlarda hekimin geniş zamana sahip olduğu durumlara nazaran daha başka kriterlerin göz önünde tutulması gerektiği haklı olarak savunulmaktadır<sup>46</sup>. Gerçekten de acil durumlarda hekim, öncelikle tehlikenin önlenmesi için gerekli olanı yapmak zorundadır. Acil durumlarda söz konusu olan zaman baskısı ile somut olarak elde mevcut tıbbi teknik, hekimin sorumluluğunu sınırlandırmaktadır<sup>47</sup>. Bunun dışında acil durumlarda ilgili olarak kanımca şu belirlemeleri de yapmak gerekir. Öncelikle, hastane dışındaki acil ortamlarda belirtilen genel kurallardan sapma doğal karşılanmalıdır. Gerçekten de zaman sıkışıklığı ve tıbbi imkânların sınırlılığı<sup>48</sup> dolayısıyla hekimin genel tıbbi müdahalelerde beklenen özeni göstermesi mümkün olmayabilir. Dolayısıyla, genel tıbbi müdahalede taksirli kabul edilebilecek bir müdahale, bu takdirde kurallara uygun bir müdahale olarak kabul edilebilir<sup>49</sup>. Bununla beraber, hastanelerin acil servislerinde özen kriteri kural olarak acil durumlarda yumuşatılmaz<sup>50</sup>. Gerçekten de acil hallerde hekimin özen yükümlülüğünü daha düşük düzeyde belirlemek doğru olmaz. Acil hallerde kullanılacak ölçüt, öngörülebilir olanın ne olduğu ve buna karşı nelerin mümkün olabileceğidir<sup>51</sup>. 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 yoktur.

Yargıtay, “*ameliyatın acil olması, Pazar günü yapılması ve elde mevcut olanak ve araçlarla yetinilmesi, fen kurallarını uygulayan doktorun mazereti olamaz*” şeklinde karar vermiştir. Yüksek mahkemeye göre, “*sağlığı kendisine emanet edilen hastanın ameliyatında bu kadar ağır bir savsama, uzmanlığın gerektirmediği bir sonuçtur. Müdahalenin acilliği, ameliyatın yapılma günü sonuca etkili olmadığı gibi, işin ağırlığının, kusurun ağırlık derecesini bertaraf etmesi olanağı yoktur. Unutma ise hoş görülecek tarafı olmayan çok ağır bir savsamadır*”<sup>52</sup>.

### **Kusurun Belirlenmesi**

#### **Genel Olarak Kusurun Belirlenmesi**

Malpraktis iddiası durumunda, olay mahkemeye taşındığında, hâkimin veya bir başka hukukçunun malpraktis tespiti yapması genellikle mümkün olamamaktadır. Bu nedenle, malpraktisin tespiti, çoğu kez bir bilirkişinin bilgisini gerektirmektedir. Bu bilirkişi,

uygulamada daha çok Adli Tıp Kurumu’dur. Ancak bu kurum dışında özellikle üniversitelerin ilgili bölümlerinden öğretim üyelerine de bilirkişi olarak görev verildiği görülmektedir.

Yargıtay da “*hekimin kusurlu bulunup bulunmadığını tespit için uzman kişilerden teşkil edilecek bir bilirkişi kurulu ile inceleme yaptırılmak, gerektiğinde Adli Tıp Meclisi’nin düşüncesine de başvurmak zorunludur. Bu şekilde bir inceleme yaptırılmadan sırf resmi mercilerden bilgi isteme niteliğinde Ankara Tıp Fakültesi göz hastalıkları profesörlerinden iki kişinin ayrı ayrı düşüncesine başvurup gelen cevaplara dayanılarak davanın reddine karar verilmesi bozmayı gerektirir*” görüşünü açıklamıştır<sup>53</sup>.

Danıştay da ağır hizmet kusurunun belirlenmesi noktasında Adil Tıp Kurumu’ndan rapor alınması gerektiği görüşündedir<sup>54</sup>.

Sonuç olarak malpraktis tespiti, tıbbi müdahalenin hatalı olup olmadığının belirlenmesi tıp mesleği mensupları tarafından yapılmaktadır.

### **Malpraktis mi Komplikasyon mu Tespitinin Yapılması**

Mahkeme önüne gelen bir olayda, olayın malpraktis mi, yoksa komplikasyon mu olduğu meselesi de tıbbi bilirkişi tarafından yapılacak bir belirlemedir. Esasen Adli Tıp Kurumu da raporlarında müdahalede sağlık çalışanına yüklenecek bir kusur olmadığını, yapılan işlemin tıp bilimine uygun olduğunu belirterek, sonuçun bir komplikasyon olduğunu belirtmektedir.

Yargıtay bir kararında, “*anılan rapor, davalıya yapılan tedavi ve uygulanan ameliyat nedeniyle 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 davalıların kusurlu olup olmadığının tespitine yeterli değildir*” şeklinde verdiği karar ile bilirkişi raporunun gereklilikleri karşılanmadığına haklı olarak işaret etmiştir<sup>55</sup>.

### **NOTLAR**

1. AŞÇIOĞLU, 5.
2. L/U-LAUFS, §97, kn.2; Yargıtay da aynı hususa temas etmektedir: “Doktor olan sanığın tıbbi yanlıgısı ... suç oluşturmayacağı gözetilmeden, mahkumiyetine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir”, 4.CD, 27.06.1984, 4885/5416.
3. İÇEL, 145; ÜNVER, 195 vd.
4. Sullivan v. O’Conner, 1973.
5. Bkz. BAYRAKTAR, 207, 208.
6. 13.HD, 18.09.2008, 4519/10750. §.
7. İÇEL, 23.

8. Ayrıca bkz. SOMER, 106.
9. SOMER, 110.
10. İÇEL, 147.
11. 4. HD. 04.12.1984, 8335/9043.
12. DEUTSCH/SPICKHOFF, kn.173.
13. L/U-ULSENHEIMER, §140, kn. 1.
14. L/U-LAUFS, §97, kn. 4.
15. TANDOĞAN, 419.
16. Daniştay, 10.D, 27.03.2002, 1990/868.
17. 13.HD, 25.04.2002, 2589/4560. §.
18. 4.HD, 29.6.1967, 2876/5612, BAYRAKTAR, 209, dn. 34'ten.
19. 4.HD, 10.4.1980, 2175/4735, KÖPRÜLÜ, 605.
20. <http://www.medimagazin.com.tr/medimagazin/tr-ya-komplikasyonlar-ne-olacak-1-347-4671.html> (E.T. 06.11.2013).
21. Bkz. DOĞAN, Hukuki Sorumluluk, 48.
22. L/U-LAUFS, §99, kn. 14.
23. DEUTSCH, NJW 1989, 769.
24. ÇELİK, 78.
25. ÇELİK, 80, 81.
26. SOMER, 112.
27. SOMER, 116.
28. SOMER, 119.
29. ULSENHEIMER, §1, I, kn. 21; TEZCAN/ERDEM/ÖNOK, 140; HERZBERG, Jura 1984, 402, BGH NJW 1998, 3580.
30. L/U-ULSENHEIMER, §140, kn. 44.
31. OLG Köln, MedR 1996, 566.
32. JESCHECK/WEIGEND, §54, I, 3.
33. L/U-ULSENHEIMER, §139, kn. 57.
34. SS-ESER, §223, kn. 36.
35. BGH, JZ 1987, 879; BGH NJW 2000, 2758; Ceza hukuku sorumluluğu bakımından aranan kıstaslar daha farklıdır, bkz. HAKERİ, 540, dn. 3.
36. L/U-LAUFS, §99, kn. 11.
37. AŞÇIOĞLU, 6.
38. SS- CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, §15, kn. 219b.
39. BGH NJW 2000, 2758.
40. JESCHECK/WEIGEND, §57 IV.
41. OLG München, Das Krankenhaus 1980, 64, L/U-ULSENHEIMER, §139, kn. 58, dn. 184'den.
42. Bkz. ÖZ/ERTAN, 56.
43. L/U-LAUFS, §99, kn. 16.
44. BGH NJW 1987, 2927.
45. BGH VersR 1980, 678.
46. L/U-LAUFS, §99, kn. 17.
47. L/U-LAUFS, §100, kn. 29.
48. LISSEL, 139.
49. SS-CRAMER/STERNBERG-LIEBEN, §15, kn. 219j; BOLL, 45.
50. BGH VersR 1994, 315.
51. FRAHM/NIXDORF, kn. 106.
52. 4.HD, 11.12.1976, 4260/1393, AŞÇIOĞLU, 85.

53. 13.HD, 14.10.1974, 2637/2492.
54. İdari Dava Daireleri Kurulu, 18.10.2007, 721/2030.
55. 13.HD, 18.06.2007, 2916/8485.

## KAYNAKLAR

- Aşçıoğlu Ç. Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar. Ankara; 1992.
- Bayraktar, K. Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu. İstanbul; 1972.
- Çelik, F. Komplikasyon. Tıp Hukuku Atölyesi. Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, Ankara; 2013.
- Deutsch, E. Anmerkung zu BGH. NJW 1989.
- Doğan M. Hukuki Sorumluluk Bakımından Hekimin Kusuru ve İspatı. Sağlık Hukuku Sempozyumu. In Baygın C, Uçar M, Büyükcay Y. Ankara; 2007.
- Frahm W, Nixdorf W. Arzthaftungsrecht, 2.B. Karlsruhe; 2001.
- Hakeri, H. Tıp Hukuku. 7.Baskı, Ankara; 2013.
- Herzberg RD. Die Schuld beim Fahrlaessigkeitsdelikt. Jura 1984.
- İçel K. Ceza Hukukunda Taksirden Doğan Sübjektif Sorumluluk. İstanbul 1967.
- Jescheck HH, Weigend T. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5.B. Berlin;1996.
- Köprülü, Ö. Hekimin Hukuki Sorumluluğu.İBD 1984. C.58. s. 10, 11, 12.
- Laufs A, Uhlenbruck W. Handbuch des Arztrechts, 3. Baskı. München; 2002.
- Lissel PM. Strafrechtliche Verantwortung in der Praeklinischen Notfallmedizin. Frankfurt a.M.; 2001.
- Öz H, Ertan A. Anestezi Hekim Hataları, SD. Sonbahar 2009.
- Schönke, Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar. 26.B. München; 2001.
- Somer, P. Komplikasyon Yönetimi. Tıp Hukuku Atölyesi. Akyıldız/Hakeri/Çelik/Somer, Ankara; 2013.
- Tandoğan H. Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, 3.B.askı. Ankara; 1987.
- Tezcan D, Erdem MR, Önok, MR. Ceza Özel Hukuku, 7.Baskı. Ankara; 2010
- Ulsenheimer K. Arztstrafrecht in der Praxis, 3. Baskı. Heidelberg; 2003.
- Ünver Y. Ceza Hukukunda İzin Verilen Risk. İstanbul; 1998.

## MEVZUAT

- Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
- Türk Ceza Kanunu