



**TIBBİ MÜDAHALELERİN
HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI**

Samed ASLAN

ADLİ TIP ANABİLİM DALI

**Tez Danışmanı
Dr. Öğr. Üyesi İbrahim DURHAN**

Yüksek Lisans Tezi - 2022

T.C.
İNÖNÜ ÜNİVERSİTESİ
SAĞLIK BİLİMLERİ ENSTİTÜSÜ

TIBBİ MÜDAHALELERİN
HUKUKA UYGUNLUK ŞARTLARI

Samed ASLAN

Adli Tıp Anabilim Dalı
Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı
Dr. Öğr. Üyesi İBRAHİM DURHAN

MALATYA
2022

İÇİNDEKİLER

ÖZET	v
ABSTRACT	vi
SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ	vii
1. GİRİŞ	1
2. GENEL BİLGİLER	2
2.1. Tıbbi Müdahale	2
2.1.1. Tıbbi Müdahale Kavramı	2
2.1.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği	3
2.1.3. Tıbbi Uygulama Hatası	7
2.2. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları	12
2.2.1. Yetkili Sağlık Çalışanı Tarafından Gerçekleştirilme	13
2.2.2. Hastanın Aydınlatılmış Onamının Alınması	15
2.2.3. Tıbbi Gerekliğin Bulunması	42
2.2.4. Tıbbi Standartlara Uygun Müdahale	44
3. MATERYAL ve METOT	46
4. BULGULAR	47
4.1. Olgu-1	47
4.2. Olgu-2	49
4.3. Olgu-3	51
4.4. Olgu-4	53
4.5. Olgu-5	55
4.6. Olgu-6	58
4.7. Olgu-7	62
4.8. Olgu-8	65
4.9. Olgu-9	68
4.10. Olgu-10	72
4.11. Olgu-11	75
4.12. Olgu-12	78
4.13. Olgu-13	81

4.14. Olgu-14	83
4.15. Olgu-15	86
4.16. Olgu-16	92
4.17. Olgu-17	95
4.18. Olgu-18	98
4.19. Olgu-19	101
4.20. Olgu-20	105
5. TARTIŞMA	109
6. SONUÇ ve ÖNERİLER	116
KAYNAKLAR	118
EKLER	124
EK-1. Özgeçmiş.....	124
EK-2. Etik Kurul Kararı.....	125

ÖZET

Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk Şartları

Amaç: Çalışmamızın temelini, hekimin hastaya yönelteceği bir tıbbi müdahalenin gerek mevzuatta gerek içtihatla gerekse de uygulamada hangi şartlara bağlandığı hususu oluşturmaktadır. Hekimlerin hukuki ve cezai anlamda sorumluluklarına sebebiyet vermeyecek bir tıbbi müdahalenin nasıl olması gerektiği hususu üzerinde durulmaktadır.

Materyal ve Metot: Sağlık çalışanlarının tıbbi müdahaleleri neticesinde meydana gelen suç çeşitleri ve açılan tazminat davaları ile ilgili uyuşmazlıkları içeren yüksek mahkeme kararları içerisinde spesifiklik arz edenleri incelenecektir. İnceleyeceğimiz kararlar ışığında hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin hangi şartları taşıması gerektiği, hekimin sorumluluğunun doğmasına sebebiyet veren hallerin hangileri olduğu ve yargılama esnasında dikkat edilen kriterlerin neler olduğu belirlenecektir.

Bulgular: Tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk unsurlarındaki eksiklik neticesinde doğan yasal sorumlulukları içeren son on yıla ait güncel ve istikrar kazanmış Yargıtay kararları tespit edilerek incelenmiştir. Hekimin hastaya yönelttiği tıbbi müdahalenin hukuka aykırı oluşu kimi zaman hekimin hukuki sorumluluğunu doğurmaktayken kimi zaman ise cezai sorumluluğunu doğurmaktadır. Hekimin sorumluluğu bakımından hukuka uygunluk koşulları bir arada aranmakta ve somut olayın özelliklerine göre tek tek irdelenmektedir.

Sonuç: Hekimin uyguladığı tıbbi müdahaleler, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkını doğrudan etkiler nitelikte olduğu için buna ilişkin hukuka uygunluk şartlarının açık ve net bir şekilde yasal düzenleme altına alınması gerekmektedir. Ayrıca sağlık çalışanlarının gerek lisans eğitimi döneminde gerekse mesleki faaliyetlerini yürütmeye başladıkları dönemde yasal hak ve sorumlulukları hakkında bilgilendirilmeleri önem taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Aydınlatılmış Onam, Hukuka Uygunluk, Rıza, Tıbbi Müdahale, Tıbbi Standart

ABSTRACT

Legal Compliance Requirements of Medical Interventions

Aim: The basis of our study consists of the conditions under which a medical intervention directed by the physician to the patient is bound, both in legislation, in jurisprudence and in practice. It focuses on the issue of how a medical intervention should be, which will not lead to legal and criminal liability of physicians.

Material and Method: Among the high court decisions, which include the disputes related to the types of crimes that occur as a result of the medical interventions of the healthcare professionals and the compensation cases filed, the specific ones will be examined. In the light of the decisions we will examine, it will be determined what conditions a legal medical intervention should have, which situations cause the physician's responsibility to arise, and what the criteria are considered during the trial.

Results: Current and stable Supreme Court decisions of the last ten years, which include legal responsibilities arising from the lack of legality in medical interventions, have been identified and examined. The fact that the medical intervention directed by the physician to the patient is unlawful sometimes leads to the legal responsibility of the physician, and sometimes to the criminal responsibility. In terms of the responsibility of the physician, the conditions of compliance with the law are sought together and examined one by one according to the characteristics of the concrete case.

Conclusion: Since the medical interventions performed by the physician directly affect the right to bodily integrity and immunity, the legality requirements regarding this need to be clearly regulated. In addition, it is important for health personnel to be informed about their legal rights and responsibilities both during their undergraduate education and when they start to carry out their professional activities.

Key Words: Informed Consent, Compliance with Law, Consent, Medical Intervention, Medical Standard

SİMGELER VE KISALTMALAR DİZİNİ

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
CD	: Ceza Dairesi
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HHY	: Hasta Hakları Yönetmeliği
ODASNHK	: Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TDN	: Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TŞSTİDK	: Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun
UHK	: Umumi Hıfzıssıhha Kanunu

1. GİRİŞ

Anayasal bir hak olan vücut dokunulmazlığı hakkı doğrultusunda istisnalar dışında kimsenin rızası bulunmaksızın vücut bütünlüğünü ihlal edici eylemlerde bulunulamaz. İstisnai durumların başında ise tıbbi gereklilikler neticesinde gerçekleştirilen müdahaleler gelmektedir. Zira tıbbi müdahalelerin temel gayesini kişinin vücut bütünlüğünü ihlal etmekten ziyade kişiliğin korunması ve devamını sağlaması oluşturmaktadır. Böylece tam anlamıyla bir yaşam hakkından söz edebilmek için kişinin fiziksel ve ruhsal yapısında bir bozukluk meydana geldiğinde zaruri olan tıbbi desteği alması gerekmektedir. Alınacak olan tıbbi destek ise doğrudan vücut dokunulmazlığına yönelik bir müdahale olacağı için hukuk düzeninin aradığı birtakım şartları sağlaması gerekmektedir. Aksi halde gerçekleştirilen tıbbi müdahale hukuka aykırı olacağı gibi sağlık çalışanının hem hukuki anlamda hem de cezai anlamda sorumluluğu gündeme gelecektir.

Tıbbi müdahalelerin hangi koşullar altında hukuka uygun olacağının değerlendirileceği bu çalışmamızın ilk bölümünde tıbbi müdahale kavramına değinilerek tanımı yapılmaya çalışılmıştır. Tıbbi müdahalenin hukuki niteliğine de açıklık getirilerek tıbbi müdahalenin tıp biliminin benimsemiş olduğu ilke ve kurallara aykırı olacak şekilde gerçekleştirilmesi halinde meydana gelen tıbbi uygulama hatası (malpraktis) değerlendirilmiştir. İkinci bölümde ise tıbbi müdahalenin hukuka uygun olabilmesi için aranan şartlar incelenmiştir. Yetkili sağlık personeli tarafından gerçekleştirilme şartı bakımından kimlerin hekimlik mesleğini icra edebileceği açıklanmıştır. Hastanın aydınlatılmış onamının alınması şartı bakımından ise aydınlatma ve onam kavramları ayrı ayrı ele alınarak doğru şekilde yapılmış aydınlatma neticesinde alınacak geçerli bir rızanın nasıl olması gerektiği irdelenmiştir. Ardından tıbbi gereklilik yani endikasyon unsurunun zorunlu olup olmadığı ve tıbbi standartlara uygun olacak şekilde yapılacak müdahalelerin hangi ilkeleri taşıması gerektiğinden bahsedilmiştir.

Hekimlerin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartları bakımından güncel olacak şekilde çeşitli yüksek yargı kararları incelenerek; hekimin sorumluluğunu doğuran hallerin neler olduğu ve benimsenen içtihadî ilkelerin neler olduğu açıklanmıştır.

2. GENEL BİLGİLER

2.1. Tıbbi Müdahale

2.1.1. Tıbbi Müdahale Kavramı

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 4. maddesi tıbbi müdahale kavramını tanımlamaktadır. Buna göre tıbbi müdahale; *“Tıp mesleğini icraya yetkili kişiler tarafından uygulanan, sağlığı koruma, hastalıkların teşhis ve tedavisi için ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak tıbbın sınırları içinde gerçekleştirilen fizikî ve ruhî girişimi, ifade eder.”*

Biyotıp Sözleşmesi'nin 11/06/2021 tarih ve 27961 sayılı Resmî Gazete'de yayınlanan Ek Protokol m. 2/3'te müdahale kavramı ise; *“Bir fiziksel müdahaleyi veya ilgili kişinin psikolojik sağlığı açısından risk taşıyan herhangi bir müdahaleyi içerir.”* şeklinde tanımlanmış olup tıbbi müdahalenin insanın fiziksel ve ruhsal yapısına yönelik olabileceğini kabul etmiştir.

Yine Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik m. 3'te müdahale için, *“Tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene, tedavi veya diğer tıbbî işlemleri, ifade eder.”* şeklinde bir tanımlama yapılmıştır.

Tıbbi müdahale, tıbbi alanda yetkin bir çalışan tarafından tedavi amacı taşıyarak kişinin fiziksel ve ruhsal yapısına yönelik gerçekleştirilecek her türlü eylemden oluşmaktadır. (1) En kısa haliyle ise hekimin tedavi kastıyla hareket ettiği tüm faaliyetleri ifade etmektedir. (2) Tıbbi müdahaleler, aynı zamanda birer vücut dokunulmazlığı ihlali anlamı taşımaktadır. Bu sebeple hukuki unsurlarını taşımayan müdahaleler, cezai anlamda suç oluşturabileceği gibi hekimi tazminat yükümlüsü konumuna da getirebilmektedir. Sorumluluğun gündeme gelmemesi bakımından hukuka uygunluk şartlarının sağlanması önem arz etmektedir.

Tıbbi müdahalelerin uygulama alanı doğrudan insan vücudu olduğuna göre gerek ulusal gerek uluslararası mevzuatta hüküm altına alınan sağlık, yaşama ve vücut dokunulmazlığı haklarının korunması ile doğrudan bağlantılıdır. Tıbbi müdahalelerdeki temel amacın kişinin fiziksel ve ruhsal yapısındaki bozulmaların düzeltilmesi ile sınırlı

olmalıdır. (1) Tıbbi müdahaleyi diğer müdahalelerden ayıran unsur ise vücut dokunulmazlığını ihlal edecek kişinin tıbbi alanda yetkin olması ve müdahalenin tedavi amacıyla gerçekleştirilmiş olmasıdır. (3)

Yasal düzenlemelerdeki ve öğretideki birtakım görüşlere bakıldığında tıbbi müdahaleler, tedavi amacına bağlı olacak şekilde kısıtlanmaktadır. Oysaki tedavi amacı taşımaksızın kişinin rızasına dayanarak sterilizasyon, kastrasyon, kan, doku ve organ nakilleri, estetik ameliyatlar, yapay döllenmeler gibi tıbbi müdahaleler de bulunmaktadır. Ayrıca üstün nitelikte özel yararın veya kamu yararının bulunduğu nüfus planlaması, aşılama gibi çalışmalar da tıbbi müdahale kapsamında bulunduğu kabul edilmektedir. (4)

Kanaatimizce tıbbi müdahale, hukuken çizilen sınırlar içerisinde amaca uygun olarak tıp biliminin esas almış olduğu ilke ve kurallar doğrultusunda alanında yetkin sağlık çalışanları tarafından müdahale edilecek kişinin aydınlatılarak rızasının alınması şartıyla kişinin vücut bütünlüğüne yönelik gerçekleştirilecek her türlü eylemlerdir.

2.1.2. Tıbbi Müdahalenin Hukuki Niteliği

Tıbbi müdahaleler, salt olarak değerlendirildiğinde kişilerin vücut bütünlüğünü ihlal ettiğinden dolayı haksızlık içeren eylemlerdir. Hukuk düzeninin belirlemiş olduğu hukuka uygunluk sebeplerinin varlığı halinde hukuka uygun bir eylem haline dönüşmektedir. (5) Hukuka uygunluk halleri ise başta Anayasa olmak üzere kanun, yönetmelik, tüzük, antlaşmalar gibi birçok ulusal ve uluslararası düzenlemelerde yer almaktadır.

Tıbbi müdahaleler genellikle hekim ile hasta arasında meydana geldiğinden dolayı hekim-hasta arasındaki tıbbi müdahaleden doğan hukuki ilişkinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

Bir tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi amacıyla hareket eden hasta ile hekim arasında gerçekleştirilecek *tıbbi müdahale sözleşmesinin* (6) hukuki olarak nitelendirilmesi bakımından doktrinde ve yüksek yargı kararlarında farklı durumlara ilişkin çeşitli görüşler yer almaktadır. Kimi acil durumlarda ise hasta ile hekim ya da hastane arasında herhangi bir sözleşme bulunmaksızın hastaya müdahale söz konusudur. Bu gibi hallerde tıbbi müdahale içeren eylemlerin hukuki dayanaklarının neler olduğu ele alınacaktır.

Öncelikle tıbbi müdahale sözleşmesi; iki tarafı tam borç altına sokan, hastanın ya da temsilcisinin hekimden talep etmiş olduğu tıbbi müdahaleyi içeren, eylemlerinin karşılığında bir ücret ödemeyi kararlaştırdığı rızai bir sözleşmedir. (7)

Tıbbi müdahale sözleşmesi kurulurken hastanın rızası mevcut olsa da bu durum bundan sonraki tüm tıbbi müdahalelere razı geldiği sonucunu çıkarmamaktadır. Hekim tarafından teşhis işlemi gerçekleştirildikten sonra tedavi aşamasında değişen durum ve koşullar doğrultusunda, hastanın bilgilendirilerek tekrar rızasının alınması gerekmektedir. (8)

Hastanın tıbbi müdahale sözleşmesini akdederken mevcut bulunan iradesine bakarak hekimin tedavi sürecinde uygulayacağı her yönüme rıza gösterdiği kabul edilmemektedir. (8) Zira hastanın hekimi seçme özgürlüğü bulunduğu gibi tedaviyi seçme ve aydınlanma hakkı da bulunmaktadır.

Tıbbi müdahale sözleşmelerinin hukuki nitelendirmesi bakımından çeşitli görüşler yer almaktadır. Bu görüşlere ilişkin açıklamalar yapıldıktan sonra genel bir değerlendirme yapılacaktır.

a- Vekâlet Sözleşmesi Olduğu Görüşü: Türk Borçlar Kanunu m. 502’de vekâlet sözleşmesi; vekilin vekâlet verenin bir işini görmeyi veya işlemini yapmayı üstlendiği sözleşme olarak hüküm altına alınmıştır. Doktrindeki tanıma göre ise, vekil ile vekâlet veren arasındaki özel güven ilişkisine dayanan, vekâlet verenin iradesi doğrultusunda ve menfaatine aykırı olmayacak şekilde sonuç garantisi verilmeksizin bir işi görmeyi ya da bir iş yapmayı üstlenilen sözleşmedir. (9, 10)

Doktrinde ve yüksek yargı kararlarındaki genel kabul, tıbbi müdahale sözleşmesinin vekâlet sözleşmesi niteliğinde olduğu yönündedir. Bu kabulün en büyük sebebi hekimin hastası üzerinde gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin sonucunu garanti edememesinden kaynaklanmaktadır. (2, 11) Hekim, ancak tıbbi müdahaleye ilişkin eylemlerini özenli bir şekilde gerçekleştireceği hususunda bir teminat verebilecektir.

Yerleşik yargı içtihatlarına göre de hekim ile hasta arasındaki tıbbi müdahaleden doğan hukuki ilişki vekâlet sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir ve hekimin müdahalede bulunurken özenli davranması gerektiği, aksi halde en ufak kusurundan bile sorumlu olacağı belirtilmiştir. Böylece hekimin sorumluluğunun temelini sözleşmeden doğan borca yani sözleşmeye aykırılık oluşturacaktır.

b- Eser Sözleşmesi Olduğu Görüşü: Türk Borçlar Kanunu m. 470’de eser sözleşmesi, iş sahibinin bir ücret karşılığında yükleniciye bir eser meydana getirtmesini içeren bir sözleşme olarak tanımlanmıştır. Bu sözleşme türünü vekâlet sözleşmesinden ayıran en önemli fark ise ortaya bir eser meydana getirilmesinin taahhüt edilmesidir. (9)

Bu kapsamda hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahale neticesinde meydana gelen sonucun bir eser olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunun irdelenmesi gerekmektedir. Bir görüşe göre yüklenicinin taahhüdü neticesinde ancak maddi bir varlık ortaya çıkıyorsa eser olarak kabul edilebilmektedir. (12) Genel olarak kabul gören görüş ise, yüklenicinin taahhüdü sonucunda maddi bir varlıktan ziyade objektif olarak belirlenmesi elverişli her sonucu eser olarak kabul etmektedir. (9, 10, 13)

Tıbbi müdahale sözleşmesinin, vekâlet sözleşmesi ve eser sözleşmesi bakımından ayrımı yapılırken sonuç taahhüdü unsurunun bulunup bulunmadığına bakılmaktadır. (13) Eğer hekim gerçekleştireceği tıbbi müdahalenin sonucunu taahhüt etmiş ise bu durumda eser sözleşmesine ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır.

Hekimin sonuç taahhüdü içeren tıbbi müdahaleleri, tedavi maksadıyla gerçekleştirilen tıbbi müdahalelerden farklılık göstermektedir. Zira hekim, tedavi amacıyla hareket ederken tıp biliminin gerektirdiği evrensel ilkeleri esas alıp müdahalesini gereken özeni göstererek gerçekleştirir. (14) Hekim, özenle hareket ettikten sonra hastanın iyileşeceğini garanti edemez ve aksi sonuçtan da sorumluluğu gündeme gelmez. (15) Bu bakımdan tedavi amaçlı tıbbi müdahalelerden ziyade estetik amaçlı tıbbi müdahalelere eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği görüşü doktrinde genel kabuldür. (2, 16, 17)

Eser sözleşmesinin uygulama alanı bulacağı ve yüksek yargı kararlarında da geçen tıbbi müdahalelere örnek olarak; diş protezi yapımı, diş implantı yapımı, burun estetiği, lazer epilasyonu gibi işlemler sayılabilir. Zira söz konusu müdahaleler tedavi ihtiyacından ziyade daha çok estetik kaygılar içerdiğinden eser sözleşmesi hükümlerinin uygulanması gerektiği kabul edilmektedir.

c- Hizmet Sözleşmesi Olduğu Görüşü: Türk Borçlar Kanunu m. 393’e göre hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağlı olarak bir ücret karşılığında belirli ya da belirsiz bir süreyle iş görmeyi üstlendiği sözleşmelerdir. Bu sözleşme türünde bağımlılık unsuru önem taşımaktadır.

Tıbbi müdahale sözleşmelerinin hizmet sözleşmesi niteliğinde olmadığı yönündeki görüş doktrindeki genel eğilimdir. (2, 11, 16) Zira Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 6. maddesi doğrultusunda hekimler, mesleklerini icra ederken vicdani ve mesleki kanaatlerine göre hareket etmekte olup bu yönüyle hekimlerin mesleklerini yürütürken bağımsız olduğu belirtilmiştir. Böylece tıbbi müdahale sözleşmelerine hizmet sözleşmesi hükümlerinin uygulanabilmesi bu sebeple mümkün görünmemektedir. (2, 18, 19)

İstisnai nitelikteki görüşün esasını ise aile doktoru kavramı oluşturmaktadır. Aile doktoru kavramı, günümüzdeki devlet bünyesinde kadrolu olarak çalışan aile hekimliğinden farklı olmak üzere hekim ile aile arasında bir özel hukuk ilişkisinin kurulduğu durumda mevcut olmaktadır. Taraflar arasında bu örnekteki gibi bir bağımlılık söz konusu olduğundan taraflar arasındaki ilişkinin hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesi mümkündür. (17)

d- Sui Generis Bir Sözleşme Olduğu Görüşü: Sui generis sözleşmeler, kendine özgü yapısı olup kanunda düzenlenen sözleşme çeşitlerinin yasal unsurlarını tam olarak içermemekle birlikte kısmen benzerlik gösteren sözleşmelerdir. (10, 20)

Tıbbi müdahale sözleşmelerinin diğer görüşlerden farklı olarak kendine özgü bir yapısı olduğu ve diğer sözleşme türlerinin tam olarak karşılamadığı bir görüş olarak ileri sürülmektedir. (21) Bu doğrultuda hasta, hekimin yardımına muhtaç ve bu konuda bilgisiz bir konumdayken; hekim ise, alanında uzman, güvenilir ve özenle hareket etmektedir. Ayrıca hekimin hastaya müdahalede bulunurken doğru bilgiyi sunma sorumluluğu da bulunmamaktadır. (22) Gerek doktrinde azınlıkta kalan görüş olması gerekse de yargı içtihatlarında yer almaması sebepleriyle pek kabul gören bir görüş değildir.

e- Vekâletsiz İş Görme Hali: Türk Borçlar Kanunu m. 526'ya göre; "*Vekâleti olmaksızın başkasının hesabına iş gören, o işi sahibinin menfaatine ve varsayılan iradesine uygun olarak görmekte yükümlüdür.*" Böylece hekim ile hasta arasında bir tıbbi müdahale sözleşmesi kurulamamış acil durum gibi hallerde hekimin, hastanın menfaatine ve muhtemel rızasına uygun düşecek şekilde müdahalede bulunması halinde söz konusu olabilmektedir.

Hekimin bir acil durum gerçekleştiğinde tıbbi müdahalede bulunması bir vekâletsiz iş görme hali olduğu gibi aynı zamanda TDN m. 3 doğrultusunda hekime

yüklenen bir yükümlülüktür. (23, 24) Ayrıca ameliyat devam ederken hastanın en başta bilgilendirilip rızası alınmadığı halde tıbben gerekli olan işlemlerin gerçekleştirilmesi de vekâletsiz iş görme kapsamındadır. (2, 23)

f- Haksız Fiil Hali: Türk Borçlar Kanunu m. 49'a göre haksız fiil, hukuka aykırı ve kusurlu şekilde hareket ederek başkasını zarara uğratan herkes bu zararı tazmin etmekle yükümlüdür, şeklinde ifade edilmektedir. Belirttiğimiz üzere tıbbi müdahaleler, doğrudan vücut bütünlüğünü ihlal eden eylemler olduğu ve uygulama alanı da insan vücudu olduğu için hekimin kusurlu ve hukuka aykırı şekilde davranması neticesinde haksız fiilden sorumluluğu gündeme gelecektir. (2, 25)

Hekimin kusurlu bir şekilde tıbbi müdahalede bulunması halinde ise tıbbi uygulama hatası yani malpraktis oluşmaktadır. (26) Hekim ile hasta arasında sözleşme bulunmadığı durumlarda da haksız fiil söz konusu olabilmektedir. (2) Bu halde hem sözleşmeye dayalı hem de haksız fiile dayalı sorumluluk meydana geleceğinden zarar gören konumundaki hastanın dilediği sorumluluk türüne dayanabilmesi mümkündür. (2, 25)

2.1.3. Tıbbi Uygulama Hatası

Hekimin hastaya yönelik tıbbi müdahalesinden dolayı sorumluluğunun doğabilmesi için kusuruyla uygulama hatasına sebebiyet vermesi gerekmektedir. Hekimden beklenen özenin ölçütü ise tıp biliminin benimsediği ve gerektirdiği ilke ve kurallara riayet etmesidir. Hekimin bu ilke ve kurallara uyduğu takdirde meydana gelen sonuçlardan sorumluluğu söz konusu olmayacaktır. (27)

Tıbbi uygulama hatası yani malpraktis, Latince “*male*” kötü ve “*praxis*” uygulama anlamına gelen kelimelerden oluşmakta olup hekimlik mesleğini yürüten bir kişinin hatalı ve kusurlu uygulamasıdır. (28) Hekimin hastaya yönelik müdahalesi esnasında hatalı bir yöntemin seçilmesi sonucunda hastanın sağlık durumunda beklenilmeyen ve istenilmeyen kötü sonuçların görülmesi halinde söz konusu olmaktadır. (29)

Çeşitli yasal düzenlemelere konu olan malpraktis kavramı, Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli genel kurulunda; “*Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar*” şeklinde

tanımlanmıştır. Böylece tıbbi uygulama hatasının hekimin kusurlu davranışlarından kaynaklandığı görülmektedir.

İç hukukumuzda baktığımızda ise Türk Tabipler Birliği'nin hekimler için yayınlamış olduğu Hekimlik Mesleği Etik Kuralları'nın 13. maddesinde "Hekimliğin Kötü Uygulanması (Malpractice)" başlıklı hükmünde "*Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi "hekimliğin kötü uygulaması" anlamına gelir."* denilmek üzere malpraktis kavramının tanımı yapılmıştır.

Ayrıca hekimlerin mesleğini icra ederken özenli davranma yükümlülüğünün bulunduğu çeşitli yasal düzenlemelerde hüküm altına alınmıştır. Buna göre:

- Türk Tabipler Birliği Meslek Etiği Kuralları'nın 5. maddesi; "*Hekimin öncelikli görevi, hastalıkları önlemeye ve bilimsel gerekleri yerine getirerek hastaları iyileştirmeye çalışarak insanın yaşamını ve sağlığını korumaktır. Meslek uygulaması sırasında insan onurunu gözetmesi de, hekimin öncelikli ödevidir. Hekim, bu yükümlülüklerini yerine getirebilmek için, gelişmeleri yakından izler."*
- Biyotıp Sözleşmesi'nin 4. maddesi; "*Araştırma dâhil, sağlık alanında her müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir."*
- Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 13. maddesi; "*Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır."*
- Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 11. maddesi; "*Hasta, modern tıbbi bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun olarak teşhisinin konulmasını, tedavisinin yapılmasını ve bakımını istemek hakkına sahiptir. Tababetin ilkelerine ve tababet ile ilgili mevzuat hükümlerine aykırı veya aldatıcı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz."*

Hekimin sorumluluğunun belirlenebilmesi açısından hekimden beklenen özenin ölçütü önem taşımaktadır. Hekimin müdahalesi sonucunda meydana gelen zarardaki kusur durumunun değerlendirilmesi, tıbbi müdahale anındaki şartların değil öncesindeki şartların gerekliliğinin incelenmesi suretiyle yapılır. Böylece endikasyon şartının gerçekleşip gerçekleşmediğine bakılmaktadır. (27)

Uzman hekimden beklenecek özenin derecesi ile pratisyen hekimden beklenecek özenin derecesinin aynı olup olmayacağı hususunda doktrinde farklı görüşler mevcuttur. HAKERİ'ye göre uzman hekimden veya pratisyen hekim fark etmeksizin ikisinden de aynı derecede özen beklenmesi gerekmektedir. Ayrım oluşturan nokta ise sadece uzman hekimin pratisyen hekime nazaran daha fazla bilgi sahibi olmasıdır. Kaldı ki özen yükümlülüğü subjektif yani somut olayın şartlarına bağlı olarak belirlenen bir kavram olduğu için hekimlerin uzmanlık durumlarına göre farklı derecede özen göstermelerinin beklenmesi doğru olmayacaktır. Ayrıca hekimin sorumluluğunun esası belirlenirken tecrübeli hekim standartları esas alınmaktadır. Hekimin meslekteki unvan ve statüsü arttıkça kendisinden beklenen bilgi ve özenin derecesi de ona paralel olarak artmaktadır. Kanaatimizce uzmanlık alanındaki bilgi ve tecrübe arttıkça hekimden beklenen özenin derecesi de daha fazla olmaktadır. Fakat başlı başına uzmanlık ölçütü de esas alınarak hekimin sorumluluğunu belirlemek hatalı olacaktır. Aksi yöndeki görüş hekimlerin uzmanlık yapmalarının önüne bir nevi set çekecektir.

Özen yükümlülüğünün ölçütünün belirlenmesinde somut olayın şartları etkili olduğuna göre acil durumlarda hekimden beklenecek özenin derecesi de farklılık arz etmektedir. Zira böyle anlarda hekim normal durumlara nazaran daha kısıtlı zamana sahip olmakla birlikte yakın bir tehlike hali de söz konusudur. Bu sebeple hekim bir anlamıyla zamanla yarışmakta olup kendisinden öncelikli beklenti, tehlikenin azaltılması ya da önlenilmesidir. Bu sebeple gerçekleştirecek acil müdahalelerde hekimin sorumluluğunun kısmen sınırlandırılabilmesi kabul edilmektedir. Acil durumlardaki ölçüt hekimin her türlü ihmali ve hatalı müdahalesindeki sorumluluğu kaldırmak değil, yine somut olayın gerektirdiği kendisinden beklenecek makul işlemlerin tıbbi standartlara uygun olacak şekilde gerçekleştirilmesidir. (27)

Malpraktisten farklı olarak komplikasyon ise hekimin tıp biliminin gerektirdiği ilke ve kurallara uyarak özenli bir şekilde müdahalesini gerçekleştirmesine rağmen beklenmeyen durumun gerçekleşmesiyle birlikte hastada zararlı sonucun ortaya çıkma halidir. Hekimin bu şekilde kendisinden beklenecek dikkat ve özeni göstererek teşhis, tanı ve tedavi aşamalarında doğru şekilde hareket etmesine rağmen meydana gelebilecek olası komplikasyonlardan dolayı hukuki ve cezai sorumluluğu bulunmamaktadır. (30) Fakat müdahalenin en başındayken komplikasyon olarak kabul göreceği bir vaka daha sonrasında hekimin gereken müdahaleyi gerçekleştirmemesi ve önlemi almaması sonucunda meydana gelirse malpraktis hali söz konusu olacaktır. (31)

Hekimin tıbbi uygulama hatası neticesinde meydana gelen zararlardan cezai, tazminat ve disiplin sorumluluğu bulunmakta olup (32) HAKERİ'ye göre teşhis, tedavi, tedavi sonrası yükümlülüklerin ihlali, organizasyon kusuru ve üstlenme olmak üzere kısımlara ayrılmaktadır.

a- Teşhis Hatası: Hekim, tıbbi müdahaleye başlamadan önce hastaya bir tanı koyabilmesi için gerekli tahlil ve incelemeleri yaptırarak elde ettiği verileri tıbbi standartlar doğrultusunda değerlendirmelidir. Aksi durumda tanı koyma sürecinde meydana gelecek hatalar neticesinde hastada bir zarar oluşursa teşhis hatası gündeme gelecektir. (27)

Hekimin teşhis yükümlülüğünün belirlenmesinde teşhisin başarılı olma hususu değil bilgi ve tecrübesi doğrultusunda tıp biliminin gerektirdiği ilke ve kurallara uygun hareket etmesi esas alınmaktadır. Yani hekimin belirlemiş olduğu teşhisin tedavinin ilerleyen aşamalarında değişebilmesi mümkündür. Dikkat edilecek husus hekimin tanı koyarken verileri elde etme yöntemini doğru seçişi ve verileri doğru değerlendirmesidir. Hekimin kendisinden teşhis etmesi beklenecek belirginlikteki bir hastalığı ihmali davranışları sebebiyle belirleyememesi, tetkikleri eksik, hatalı ya da yanlış yöntemlerle yaptırması, tıbbi standartlara aykırı olacak şekilde verilerin yorumlanması gibi hallerde teşhis hatası söz konusu olabileceğinden hekimin sorumluluğu gündeme gelecektir. (27)

Hastanın tedavisine başlanılmadan önce teşhis aşamasında tedavinin doğru belirlenebilmesi ve hasta hakkında fikir sahibi olabilmek için bir ön muayene gerçekleştirilmekte ve hasta öyküsü yani anamnez alınmaktadır. Bu aşamalar atlanarak eksik ya da hiç yapılmamış olması halinde de malpraktis oluşacaktır.

b- Tedavi Hatası: Hastaya doğru teşhis konulduktan sonra tedavi sürecine geçilmektedir. Bu aşamada hekimin tıbbi standartlara aykırı olarak hastaya yönelttiği tıbbi müdahaleleri tedavi hatasını oluşturmaktadır. Tedavi hatası, gerekli müdahalenin gerçekleştirilmemesi gibi gerekmeyen bir müdahalenin gerçekleştirilmesi şeklinde de olabilir. (27)

Hekimin hastaya yönelik tıbbi müdahalesi, tıp biliminin gerekliliklerine uygun olacak şekilde, makul sürede ve gecikme yaşanmaksızın hastaya yöneltilmelidir. Böylece aksi durumda tedavinin geciktirilmesi ya da hiç uygulanmaması halinde hekimin sorumluluğu doğacaktır. (33) Ayrıca tedavinin yöntemi de doğru seçilerek zamanında uygulanmalıdır. Tedavi yönteminin seçiminde ise hasta bakımından

minimum risk ve maksimum fayda esası gözetilmelidir. Bazı hallerde hekimin daha riskli veya daha fazla acı verebilecek bir yöntemi tıbben seçmesi zorunlu olabilir. Somut vaka değerlendirildiğinde böyle bir hasta bakımından daha avantajlı alternatif bir yöntemin varlığı halinde ise tedavi hatası söz konusu olacaktır. Örneğin ilaçla tedavisi mümkün bir rahatsızlık için ameliyat yönteminin seçilmesi halinde hekimin malpraktisi düşünülecektir. Aynı şekilde hastaya kullanması için reçete etmiş olduğu ilacın dozunda ve kullanımında yanlış veya eksik bilgilendirme yapıldığında da aynı durum gündeme gelecektir. (27)

Ameliyat da bir tedavi yöntemi olduğuna göre ameliyat esnasında hastanın vücudunun içinde alet unutulması halinde de tedavi hatası söz konusu olacaktır. Zira hekim, tıbbi müdahalede bulunurken her türlü işlemi bakımından özen yükümlülüğüne uygun düşecek şekilde gerekli kontrolleri yapmak durumundadır. Yine özellikle ameliyat gibi hastanın enfeksiyon kapma riskinin bulunduğu tedavi yöntemlerinde gerekli tedbirlerin alınarak ortamın hijyen bakımından sağlıklı olduğu hususunda hekimin değerlendirme yapması gerekmektedir. (27)

c- Tedavi Sonrası Yükümlülüklerin İhlali: Hekimin özen yükümlülüğü sadece tedavi anıyla sınırlı olmayıp tedavi sonrasında da devam etmektedir. Tıbbi müdahalenin sona ermesiyle birlikte hekim ile hasta arasındaki ilişki de bitmiş gibi gözükse bile hekimin müdahale sonrasında gerekli uyarıları ve bilgilendirmeleri yapması gerekmektedir. Hekimin gerekli olduğu hallerde tedavinin sonuçlarını gözlemleyebilmek için hastanın gözetim altında kalmasını da istemesi gerekecektir. Hekimin bu şekilde uyarı ve denetim yükümlülüklerini ihlal etmesi halinde sorumluluğu doğmaktadır. (27)

d- Organizasyon Kusuru: Devletin ya da özel sağlık kuruluşların insanların yaşam haklarının devamlılığı için kurmuş oldukları hastanelerin birtakım organizasyon yükümlülükleri bulunmaktadır. Zira sağlık hizmetleri, alanında yetkin personeller tarafından özen yükümlülüklerine uygun hareket etmek suretiyle gerçekleştirilmelidir. Hastanelerin tedavi hizmetinin sunumu sırasında bazı yan yükümlülükleri de bulunmaktadır. Gerekli ekipmanların sağlanması, yemek ve barınma ihtiyaçlarına uygun yapıların yapılması gibi standartlara uygun hareket edilmesi gerekir. Hastanın tedavi için gerekli olan organizasyonun sağlanmaması durumunda organizasyon kusuru gündeme gelmektedir. (27)

Hastanedeki personellerin yetkinliği ve uygunluğu değerlendirilmeli, personel eğitimleri verilmeli, hastanenin fiziki koşullarının kontrolü sağlanmalı, tedavi ve teşhiste gerekli alet ve cihazların çalışma durumları denetlenmeli, güvenlik konusunda tedbirler alınmalıdır.

e- stlenme Kusuru: Hekimin, tıbbi müdahalede bulunmadan önce tedaviyi yürütme hususunda kendisinin sahip olduğu bilgi, birikim ve tecrübenin yeterli olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. Zira bazı durumlarda mevcut olanaklar yetersiz olabileceğinden o konuda daha yetkin başka bir hekimden ya da birden fazla sağlık personelinden yardım alma mecburiyeti doğabilir. Hekimin bu hususları göz ardı ederek ve yetkinliğini açarak hastaya müdahalede bulunması halinde üstlenme kusuru meydana gelmektedir. Hekimin uzmanlığının yetersizliğinin yanı sıra tıbbi müdahale esnasında gerekli olan eldeki ekipmanların da yeterli olmayışı malpraktise yol açabilir. Acil haller dışında somut olay için zaruri müdahalenin gerçekleştirilebilmesi amacıyla tıbbi standartların gerektirdiği nitelikleri taşımayan hekim, aynı zamanda zen yükümlülüğünü de ihlal etmektedir. (27)

2.2. Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluk şartları

Hekimin tıbbi müdahalesi ancak belli şartlara bağlı olarak birtakım unsurları içermesi halinde hukuka uygun hale gelmektedir. Aksi halde kişinin vücut dokunulmazlığının ihlali söz konusu olacaktır ki hukuk düzeni bunu korumayacaktır. (34) Hukuk kuralları tarafından korunan menfaat ve değerler ihlal edilirken gerçekleştirilen davranışların hukuka aykırı olmasının önüne geçen haller, hukuka uygunluk sebepleri olarak kabul edilmektedir. (35)

Başlangıçta da belirttiğimiz üzere AY m. 17/2'de vücut btnliğnn dokunulmazlığı hakkının bir istinası olarak tıbbi zorunluluk hali hüküm altına alınmıştır. Böylece tıbbi anlamda bir gereklilik ya da kanunen düzenlenmiş bir hal bulunmadıkça tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi düşünülemeyecektir. Bu düzenlemeye ek olarak AY m. 19/2'de ise toplumsal çıkarın korunabilmesi için gerekli tedbirlerin alınabileceği halleri düzenlemektedir. Bu tedbirler içerisinde tıbbi müdahalelere yönelik durumlar da söz konusu olabilmektedir.

Tıbbi müdahalelerin uygulama alanı insan vücudu olduğuna göre tanı, teşhis veya tedavi amaçlarıyla olsa dahi hastaya yöneltilecek tüm müdahaleler birer kişilik

hakkı ihlali oluşturmaktadır. Bu doğrultuda TMK m. 24/2’de kişilik haklarına yönelik ihlallerin kişinin rızası, üstün nitelikteki özel ya da kamusal yararın varlığı ve kanuni yetkilerin kullanılması gibi hallerin mevcut olması durumunda hukuka aykırılık unsurunun ortadan kalkacağını düzenlemektedir. Hekim, bir tıbbi müdahalede bulunurken amacı her ne kadar hastada meydana gelen fiziksel ve ruhsal bozukluğun onarılması olsa bile kişilik haklarına yönelik bir eylemde bulunduğundan hukuka uygunluktan söz edebilmek için başkaca unsurların varlığı da aranmaktadır. (4)

Hukuka uygunluğun şartları bakımından özel yasal düzenlemelerin eksikliği ve açık olmaması nedeniyle öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir. Buna göre yetkili sağlık çalışanı tarafından gerçekleştirme, hastanın aydınlatılarak rızasının alınması, tıbbi standartlar doğrultusunda müdahalede bulunma ve hukuken öngörülen amaçlara yönelme olmak üzere unsurlar kabul edilmektedir. (36, 37) Öte yandan diğer bir görüşe göre hukuken öngörülen amaçlara yönelme şartının yerine tıbbi gereklilik yani endikasyon şartı aranmaktadır. (27) Bu halde ise tıbbi müdahaleler sadece tedavi amacıyla sınırlı kalacağından tıbbi müdahalenin anlamının daraltılmasına neden olacaktır. (38)

2.2.1. Yetkili Sağlık Çalışanı Tarafından Gerçekleştirilme

Tıbbi müdahaleler insan yaşamı bakımından belirli bir risk taşıdığından ve teknik anlamda bir yetkinlik gerektirdiğinden ancak sınırlandırılmış özel kişilerce uygulanması halinde hukuka uygun kabul edilmektedir. Temel olarak bu yetkiye hekimlerin sahip olduğu kabul edilmişse de çeşitli yasal düzenlemelerde diğer sağlık personellerinin de durumu düzenlenmiştir. (27)

Tababet ve Şuabatı San’atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’da tıbbi müdahalede bulunma yetkisine sahip kişiler tahdidi yani sınırlı olarak sayılmıştır. Buna göre; hekimler, diş hekimleri, ebeler, sünnetçiler, hemşireler, hastabakıcılar ve diğer sağlık personeli dışındaki kişilerin eylemleri hastanın rızası bulursa dahi tıbbi müdahale olarak değerlendirilmeyecektir.

Hekim olabilme şartını TŞSTİDK’un birinci maddesi düzenlemiş olup bu madde ile birlikte hasta tedavi edebilmek için bir tıp fakültesi diplomasına gerek olduğu hüküm altına alınmıştır. Ayrıca hekimlik mesleği bakımından Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olma gerekliliği kaldırılmış olup diplomanın tescil edilmesinden söz edilmekteyse de

tescilin kurucu değil bildirici nitelikte olduğu kabul görmektedir. Tescildeki amaç ise mesleğin yürütülmesine ilişkin kuralların ve ilkelerin belirlenmesine yöneliktir. (14, 38) Diplomayı kullanma yetkisi sahibine ait olduğuna göre diplomanın kiralanması yoluyla başka kişilerce kullanılması durumunda hekimin sorumluluğu doğmaktadır.

Tıp fakültesinden mezun olarak diploma sahibi olan her hekimin bir sınırlandırma söz konusu olmadan tıbbi müdahalede bulunabileceği kabul edilmektedir. Zira TŞSTİDK m. 8’de kanuni şartları taşıyan hekimlerin genel anlamda tedaviye yönelik müdahalede bulunma yetkisinin olduğu ve ayrıca bir uzmanlık halinin aranmadığı hüküm altına alınmıştır. Bu kapsamda pratisyen hekimlerin de tıbbın tüm alanında faaliyette bulunma yetkisi mevcuttur. (27) Fakat olumsuz bir sonuç doğduğunda yukarıda da ifade ettiğimiz üzere *üstlenme kusuru* gündeme gelecektir. Tıpta ve Diş Hekimliğinde Uzmanlık Eğitimi Yönetmeliği, hekimlerin uzmanlık unvanını alabilme şartlarını düzenlemektedir. Fakat belirttiğimiz üzere tıbbi müdahale gerçekleştirebilmek için uzmanlık gerekmemektedir. İstisnai olarak TŞSTİDK m. 23’te anestezi yardımıyla gerçekleştirilecek büyük ameliyatlarda hekimlerin yanı sıra bir uzman hekimin de bulunması gerekliliği hüküm altına alınmıştır. Büyük ameliyatın belirlenmesinde esas alınacak ölçüt ise belirsiz bırakılmıştır.

Bağımsız çalışan hekimler bakımından Türk Tabipler Birliği Kanunu’nun 7. maddesi doğrultusunda tabip odasına kayıt zorunluluğu bulunmakta iken diğer devlet memuru hekimler yönünden böyle bir zorunluluk bulunmamaktadır. Tabip odasına kayıt zorunluluğu mesleki birlikteliğin ve organizasyonun sağlanabilmesi bakımından önemli olup mesleki ilke ve kuralların düzenlenmesini gerekli kılmaktadır.

Uygulamada intörn hekimlerin ve stajyer hemşire gibi öğrencilerin mesleki gelişimleri bakımından bazı tıbbi müdahalelerde bulunduğu görülmektedir. Bu kimseler henüz kanunun aradığı anlamda yetkili sağlık personeli olmadığından dolayı her müdahaleyi gerçekleştiremezler. Eylemlerinin hukuka uygunluğu ve sorumlulukları bakımından Doktorluk, Hemşirelik, Ebelik, Diş Hekimliği, Veterinerlik, Eczacılık ve Mimarlık Eğitim Programlarının Asgari Eğitim Koşullarının Belirlenmesine Dair Yönetmelik önem taşımaktadır. Buna göre söz konusu kişiler alanında yetkin sağlık çalışanının denetimi ve gözetimi altında hastaya yönelik tıbbi müdahalelerde bulunabilecektir. Fakat öğrencilerin nitelik ve yetenekleri de göz önünde bulundurularak taşıyamayacakları sorumluluklar yükletilmemelidir. Aksi halde yine *üstlenme kusuru* gündeme gelecektir.

Diğer sağlık çalışanlarından anlaşılması gereken ise sağlık hizmetlerinin yürütülmesine katılan herkestdir. Zira odyologlar, fizik tedavi teknisyenleri, anestezi teknisyenleri, röntgen tesisleri, paramedikler, tıbbi laboratuvar teknisyenleri ve hatta ambulans şoförleri de birer sağlık çalışanıdır. (37) Sağlık Meslek Mensupları ile Sağlık Hizmetlerinde alışan Diğer Meslek Mensuplarının İş ve Görev Tanımlarına Dair Yönetmelik'te detaylı bir şekilde sağlık çalışanlarının kimler olduğu sayılmaktadır. Fakat her sağlık çalışanının tıbbi müdahale gerçekleştirme yetkisi bulunmamakta olup görevleri sağlık hizmetinin yürütülmesini sağlamak ve işleyişe yardımcı olmaktır.

Kanunda hüküm altına alınan hekim ve diğer sağlık çalışanları dışındaki yetkili olmayan kişilerce gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler, kişinin hem hukuki hem de cezai sorumluluğunun doğmasına sebebiyet verecektir. Fakat olağandışı durumlarda ilkyardım gibi acil müdahalelerin herkes tarafından gerçekleştirilebileceği kabul edilmektedir. Zira olay anında kişinin rızası veya bilincin kapalı olduğu durumlarda üstün nitelikte özel yararın varlığı söz konusu olacağından yöneltilecek eylem hukuka uygun kabul edilecektir. Ayrıca ilkyardım ve tıbbi müdahale kavramları, birbirinden ayrı unsurlar içerdiğinden dolayı farklı bir değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Bu sebeple ilkyardım, hukuka uygunluk şartları bakımından da tıbbi müdahaleden farklılık teşkil etmektedir. (37)

2.2.2. Hastanın Aydınlatılmış Onamının Alınması

AY m. 17/2'de de belirtildiği üzere istisnalar haricinde kişinin rızası olmaksızın tıbbi müdahale uygulanamaz. Yine TşSİDK'un 70. maddesine göre hekimin, her türlü ameliyat için hastanın rızasını alması şarttır. Bununla birlikte geçerli bir rızadan söz edebilmek için hastanın neden ve neye rıza gösterdiğini tam olarak bilmesi gerekir. Bu durum için aydınlatılmış onam ya da bilgilendirilmış rıza kavramları kullanılmaktadır.

Aydınlatılmış onam vasıtasıyla hastaya yöneltilecek tıbbi müdahalelerin yararları, riskleri ve varsa alternatif yöntemleri hakkında hastanın anlayabileceği açıklıkta izah edilerek tedavinin gönüllü bir şekilde yapılması amaçlanır. Zira hastanın kendi yaşamını tayin etme hakkı bulunmaktadır. Bu sebeple kendi vücut dokunulmazlığına yönelik müdahaleler bakımından kuşkuya yer bırakmayacak şekilde bilgilendirilmesi gerekir. Böylece kişi tedavi olma ya da hastalığının durumunu kadere bırakma arasında bir seçim yapabilecektir. Böylece hekimin de tıbbi müdahalesinin hukuka uygunluğunun temeli oluşacaktır. (27)

Aydınlatılmış onam kavramı hekim ile hasta arasındaki ikili ilişkiden doğmaktadır. Hasta, rahatsızlığını ve şikâyetlerini anlatacak; hekim ise anlatılanlar ve yapılacak tetkikler doğrultusunda tedavi hakkında bilgilendirmede ve yönlendirmede bulunacaktır. Bu husus TTB Meslek Etiği Kuralları'nın "Aydınlatılmış Onam" başlıklı 26. maddesinde açıkça hüküm altına alınmıştır. Buna göre; "*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.*" Bu şekilde belirlenen ilkelere uygun bir aydınlatılmış onamın bulunmaması halinde hekim müdahalesinde ne kadar iyiniyetli olursa olsun hukuken sorumluluğu doğacaktır.

a- Aydınlatma: Somut durum ne olursa olsun herkesin vücut bütünlüğünün korunmasının sağlanabilmesi için gerçekleştirilecek müdahalelerin ne ve nasıl olacağı konusunda anlaşılabilir bir şekilde bilgilendirilmesi gerekir. Hasta Hakları Yönetmeliği m. 31'de de hüküm altına alındığı üzere; "*Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.*" Hekimin bu yükümlülüğü yasal düzenlemelerin yanı sıra taraflar arasındaki ilişkiden doğan vekâlet sözleşmesi hükümlerine ilişkin esasların da bir sonucudur. Doktrinde bu yükümlülüğün iki işlevinin bulunduğu kabul görmektedir. İlki teşhis ve tedavinin düzgün işleyebilmesi için hastanın bilgilendirilmesi yani tedavi aydınlatması, ikincisi ise tıbbi müdahaleyi hukuka uygun hale getirmek yani karar aydınlatmasıdır. (39)

Hastanın rızasının geçerliliğinden söz edebilmek için hekimin tıbbi müdahalesi hakkında yeterli bir bilgiye sahip olarak özgür iradesiyle karar vermesi gerekmektedir. Hastanın da tüm bu hususları değerlendirebilmesine imkân tanınarak kendi geleceğini belirleme ve yaşam hakkına saygı gösterilmelidir. (39)

Aydınlatma Türleri: Aydınlatma yükümlülüğünün işlevine göre aydınlatma türleri tedavi (güvenlik) aydınlatması ve karar (otonomi) aydınlatması olmak üzere

temelde ikiye ayrılmaktadır. İlk olarak tedavi aydınlatması, hastanın sağlığının korunması amacıyla hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahaleden maksimum fayda ve minimum zarar alınabilmesi için gerekli konularda hastanın uyarılarak bilgilendirilmesidir. (40) Kapsamı çok geniş olmakla beraber hekimin bu yükümlülüğünden kaçınması mümkün değildir. Aksi halde hastanın rızasının geçersizliğinden söz edilecek olup hekimin gerek hukuki gerek cezai anlamda sorumluluğu doğacaktır. Hekim, hastasını müdahale bakımından uyarırken tedavinin başarılı olabilmesi için birtakım davranışları yapması ya da yapmaması gerektiğini belirtir. Aydınlatma yükümlülüğünün, özellikle hastanın tıbben gerekli teşhis veya tedaviyi kabullenmemesi durumunda önem arz ettiği kabul edilmektedir. Zira hekimin hastayı müdahalenin sonuçları bakımından yeteri kadar bilgilendirip uyarmaması durumunda sorumluluğu söz konusu olacaktır. Aynı şekilde hastanın tıbben kabulü mümkün gözükmeyen talepleri hakkında da hekimin yeterince bilgi verip hastayı doğru şekilde yönlendirmesi gerekmektedir. (11, 27) Teşhise yönelik aydınlatmalar tedavi aydınlatmasına dâhil olup teşhisin doğru yapılabilmesi için gereken kan alma gibi müdahaleler hakkında hastanın bilgilendirilmesidir. Bu durumda hekimin sadece beklenen risk ve endikasyonlar hakkında değil en düşük ihtimale sahip komplikasyonlar hakkında bile hastayı aydınlatması beklenmektedir. (27) Yine hekimin teşhis veya tedavi aşamasında hasta üzerinde kullanacağı ya da sonradan kullanmasını tavsiye ettiği ilaçlar hakkında yeterli bilgiyi vermesi gerekir. Bu husustaki yükümlülüğün derecesi kullanılacak ilaçların yan etkileri ve hastanın sağlığına olan risklerinin boyutuna göre artış göstermektedir. (40) Hekimin hastasına ilaçları doğrudan kendisi uyguladığı durumlarda aydınlatma yükümlülüğünün tamamı kendisindeyken; ilaçları reçete ile hastasına yazdığı takdirde ise söz konusu ilaçların yan etkilerini ve risklerini bilmek koşuluyla yükümlülüğün hekim ile ilaç firması arasında paylaşıldığı kabul edilmektedir. (27, 40) Fakat hastanın ilaç prospektüsünden ziyade hekimin sözlerine daha çok dikkat edeceğinden tüm bilgilendirmenin hekim tarafından gerçekleştirilmesi gerektiği de ifade edilmektedir. (39)

İkinci olarak karar aydınlatması ise, kişinin kendi geleceğini kendi tayin etme hakkı olan otonomi hakkı kapsamında hastanın tıbbi müdahaleye serbest ve kendi rızası dâhilinde karar verebilmesi için bilgilendirilmesidir. (40) Kapsamı oldukça geniş olup teşhis aşamasından başlayarak müdahale sonrasına kadar yaşanacak süreç hakkında gerçekleştirilecek tüm müdahalelerin bilgilendirilmesi söz konusudur. Hastanın karar

almasını etkileyebilecek tüm durumlar hakkında bilgi verilmesi gerekmektedir. (11) Teşhis aydınlatmasının da karar aydınlatmasının içerisinde olduğu kabul edilmekte olup hasta üzerinde hastalığı hakkında elde edilen veriler hususunda bilgilendirilmesidir. Böylece kişi, hastalığı olup olmadığını ve hastaysa hastalığının ne olduğunu öğrendiği takdirde gerçekleştirilecek müdahaleye daha doğru karar verebilmesi mümkün olacaktır. (41) Hastalığın ciddiyeti ve ağırlığı bakımından teşhisin tam olarak bilgilendirilmesi durumunda hastanın fiziksel ve ruhsal yapısında zedelenmeler meydana gelecek ve tedavi aşamasında yarardan çok zarar meydana getirecekse hekimin teşhis aydınlatması yükümlülüğünün zayıflatılabileceği kabul edilmektedir. (42, 43) Ayrıca henüz belirsizliğini koruyan teşhisler hakkında da hastanın bilgilendirilmesi hastayı tedirgin ve huzursuz edebileceğinden bu hususta daha dikkatli bir şekilde aydınlatma yapılması gerekir. (44) Yine süreç aydınlatması ile hastanın teşhis ve tedavi aşaması boyunca maruz kalacağı tıbbi müdahalelerin kapsamı hakkında bilgi sahibi olması amaçlanır. (41) Hekimden anlaşılamayacak teknik bilgiler vermesinden ziyade hastanın genel anlamda bilgi sahibi olabilecek ve neticesinde olumlu ya da olumsuz bir karar alabilecek şekilde süreci anlatması beklenmektedir. Hekimin, çeşitli tedavi yöntemleri yani alternatifleri mevcutsa bu konuda da hastayı aydınlatması gerekir. Aksi halde aydınlatma yükümlülüğü eksik ve hatalı olacaktır. Hastanın kendi geleceğini kendi belirleme hakkı kapsamında farklı tedavi yöntemlerinden haberdar olması gerekir ve hasta tıbben uygun ise kendi istediği yöntemi seçmekte özgürdür. (40) Hekimin bilgilendirmekle yükümlü olduğu alternatifler ise tıbben uygulanması mümkün ve başarı ihtimalleri çok uzak olmayan yöntemlerdir. Eğer ortada acil bir durum yoksa alternatiflerin seçimi hastanın kararına bırakılmalıdır. (27) Gerçekleştirilecek tıbbi müdahale, tıbbi gerekliliklere sıkı sıkıya bağlı olsa da risk barındırdığından dolayı bazı olumsuz sonuçlar meydana gelebilmektedir. Bu sebeple hastanın, tedavinin riskleri ve olumlu ya da olumsuz sonuçları hakkında da bilgi sahibi olması gerekir. Zira bu durum doğrudan hastanın karar alma durumunu etkilemektedir. Hekim, uygulayacağı müdahale neticesinde gerçekleşme ihtimali kuvvetle muhtemel olan risk ve sonuçlar hakkında hastasını aydınlatmakla yükümlüdür. (44) Çeşitli çalışmalarda yer alan istatistiki verilerden faydalanılarak hastanın doğru bir şekilde bilgilendirilmesi sağlanır. Müdahale sonucunda gerçekleşebilecek risklerin aydınlatılmasındaki ölçüt ise hastanın yaşamına büyük bir tehlike oluşturması ve belli bir oranda gerçekleşme ihtimalinin bulunmasıdır. Aksi halde gerçekleşmesi oldukça düşük olan bir risk hakkında hekimden

aydınlatma beklemek hastanın müdahaleye rıza göstermesinin önüne bir engel olabilir.
(36)

Aydınlatılacak Kişi: Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18/2'ye göre; “*Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir. Bilgilendirme ve tıbbi müdahaleyi yapacak sağlık meslek mensubunun farklı olmasını zorunlu kılan durumlarda, bu duruma ilişkin hastaya açıklama yapılmak suretiyle bilgilendirme yeterliliğine sahip başka bir sağlık meslek mensubu tarafından bilgilendirme yapılabilir.*” Böylece aydınlatma yükümlülüğü, doğrudan tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek hekime ya da sağlık çalışanına aittir. Hukuken yetkili olunan tıbbi müdahaleler bakımından bu yönde bir sorumluluk mevcuttur. (42) Aynı müdahaleyi aynı branş dalından birden çok hekimin gerçekleştirilmesi durumunda içlerinden birisinin aydınlatmayı sağlaması yeterli görülürken (44) içlerindeki en kıdemli hekimin aydınlatmayı yapması gerektiği de ifade edilmektedir. (45) Farklı branş dallarından hekimlerin bir arada tıbbi müdahale gerçekleştirdikleri durumda ise her hekimin kendi uzmanlık alanı bakımından aydınlatma yükümlülüğü söz konusu olmaktadır. (36, 46) Hastaya uygulanacak müdahale içerisinde anestezi de varsa ayrıca anestezi uzmanı hekim tarafından, anestezi hakkında hastanın aydınlatılması gerekmektedir. (27)

Aydınlatılacak Kişi: Hasta Hakları Yönetmeliği m. 18/3'e göre; “*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.*” Böylece aydınlatmanın muhatabı hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahaleye maruz kalan hastanın kendisidir. Kural olarak rızanın kullanılması kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktan doğmaktadır. (7, 18) Fakat hukuken geçerli bir rıza göstermeden söz edebilmek için hastanın ayırt etme gücüne haiz olması gerekir. Bu bakımdan hastanın rıza ehliyetinin bulunup bulunmadığı önem arz etmektedir. Ayırt etme gücüne sahip küçüklerin durumu HHY'nin 24/2. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre; “*Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.*” Dolayısıyla hem mümeyyiz küçük hem de onun yasal temsilcisi müdahale bakımından aydınlatılacaktır. HHY m. 24/3'te ise engellilerin durumu düzenlenmiştir. Buna göre; “*Sağlık kurum ve*

kuruluşları tarafından engellilerin durumuna uygun bilgilendirme yapılmasına ve rıza alınmasına yönelik gerekli tedbirler alınır.” Öte yandan sürekli olarak ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler bakımından, acil haller istisna kalmak üzere aydınlatma bu kişilerin yasal temsilcilerine yapılacaktır. (2, 42) Kişilerin geçici olarak ayırt etme gücünü kaybetmeleri durumu ise HHY’nin 24/1. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Buna göre; “Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunmadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.” Böylece bu tarz durumlarda rıza aranmadığından aydınlatma yapılmayacaktır. Öte yandan rıza ehliyeti bulunan kişilerin yakınlarına aydınlatma yapılma zorunluğunun bulunmaması kuralının istisnası ise eşlerin aile hayatı bakımından önem taşıyan durumlarıdır. Zira bir eşin üreme yetisini kaybetmesi gibi hallerde diğer eş de dolaylı olarak bundan etkilenmektedir. (47)

Aydınlatmanın Kapsamı: Hastanın tıbbi müdahale bakımından aydınlatılmasının sınırı, HHY’nin “Bilgilendirmenin Kapsamı” başlıklı 15. maddede hüküm altına alınmıştır. Buna göre; “*Hastaya; a) Hastalığın muhtemel sebepleri ve nasıl seyredeceği, b) Tıbbi müdahalenin kim tarafından nerede, ne şekilde ve nasıl yapılacağı ile tahmini süresi, c) Diğer tanı ve tedavi seçenekleri ve bu seçeneklerin getireceği fayda ve riskler ile hastanın sağlığı üzerindeki muhtemel etkileri, ç) Muhtemel komplikasyonları, d) Reddetme durumunda ortaya çıkabilecek muhtemel fayda ve riskleri, e) Kullanılacak ilaçların önemli özellikleri, f) Sağlığı için kritik olan yaşam tarzı önerileri, g) Gerektiğinde aynı konuda tıbbî yardıma nasıl ulaşabileceği, hususlarında bilgi verilir.”* Böylece aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı, hastanın kendi geleceğini tayin etme hakkı ile doğrudan ilgilidir. Yine Hekimlik Meslek Etik Kuralları’nın 26. maddesinin ilk cümlesinde belirtildiği üzere; “*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.”* Doktrinde de aydınlatmanın kapsamı bakımından benzer görüşler yer almaktadır. Tıbbi müdahale neticesinde doğabilecek tüm risklerin hastaya anlatılmasının bu kapsamda yer alıp almadığına ilişkin tartışmalı görüşler mevcut olup mevzuat hükümleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılması gerekmektedir. (2) Hekim tarafından gerçekleştirilecek

aydınlatmanın kapsamı belirlenirken hastalığın ne durumda olduğu, hangi aşamada olduğu, hastanın yaşı, eğitim durumu, yetiştirme tarzı gibi kişisel özellikleri dikkate alınır. (48) Ayrıca aydınlatmanın kapsamı sıkı sıkıya olacak şekilde belirli kurallara bağlı tutulduğu takdirde uygulamada çeşitli problemlerle karşılaşılabilmesi mümkündür. Bu sebeple her somut vakanın kendine özgü halleri de dikkate alınarak aydınlatmanın sınırlarının çizilmesi daha uygun olacaktır. (2, 27) Bu hususta Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un "Bilgi Verme ve Araştırma Yükümlülüğü" başlıklı 7. maddesinde organ ve doku nakline ilişkin olarak hekimin gerçekleştireceği aydınlatmanın sınırı belirlenmiştir. Buna göre; organ ve doku alacak hekimler, vericiye, uygun bir biçimde ve ayrıntıda organ ve doku alınmasının yaratabileceği tehlikeler ile bunun tıbbi, psikolojik, ailevi ve sosyal sonuçları hakkında bilgi vermek; organ ve doku verenin, alıcıya sağlayacağı yararlar hakkında vericiyi aydınlatmak ile yükümlüdür. İfade ettiğimiz üzere aydınlatmanın kapsamı her somut olaya göre farklılık gösterebildiği için bazı durumlarda kapsamının genişlediği, bazı durumlarda ise kapsamının daraldığı ve hatta tamamen ortadan kalktığı haller söz konusu olabilmektedir. (44) Aydınlatmanın kapsamının genişlediği haller olarak; tıbbi olarak zorunluluk bulunmayıp tedavi maksadı dışındaki estetik amacı taşıyan müdahaleler kabul edilebilir. (46) Gerçekleştirilecek tıbbi müdahale sonucunda beklenen muhtemel risklerin yoğunluğu ve ağırlığı arttıkça aydınlatmanın kapsamı o ölçüde artacaktır. (2, 41) Henüz yeni sayılabilen bir metot kullanılarak tıbbi müdahale gerçekleştiriliyorsa bu durumda olası riskler arttığından hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı genişleyecektir. (2) Hastanın tıbbi müdahale konusunda hekime sorular sorarak aydınlatmanın kapsamını genişletmesi de mümkündür. (46) Yine hastanın tedaviyi kabul etmemesi halinde de hekimin bu yöndeki sorumluluğu artmakta olup hastayı doğru yönlendirmek hususunda aydınlatmanın kapsamını genişletmelidir. (44) Aydınlatmanın kapsamının daraldığı hallerin başında ise acil tıbbi müdahaleler gelmektedir. Acil durumlarda hastanın bilincinin açıklığına göre kendisine veya yakınlarına gerekli görülen aydınlatmanın yapılarak hastaya mümkün olduğu kadar hızlı müdahale edilecektir. (2) Yine müdahale neticesinde meydana gelebilecek olası sonuçlar hastanın hayatı bakımından ciddi tehlikeler barındırmıyorsa aydınlatmanın kapsamı o ölçüde daralacaktır. (46) Ayrıca hastanın müdahale ve sonuçları hakkında tam olarak aydınlatılması durumunda hastanın gerek ruhsal gerekse de fiziksel sorunlar yaşayacağı açıksa aydınlatmanın kapsamı hekim tarafından uygun ölçüde daraltılabilir. (41) Son olarak aydınlatma kapsamının tamamen son bulması

halleri ise, hastanın talebi üzerine aydınlatılma hakkından vazgeçilmesi halinde oluşabilir. (46) Zira Biyotıp Sözleşmesi'nin 10/2. maddesi doğrultusunda nasıl ki bir hastanın tedavi hakkında bilgi edinmeyi isteme hakkı varsa aynı şekilde hasta bilgilendirilmemesini de isteyebilme hakkına sahiptir. Yine HHY'nin 20. maddesinde belirtildiği üzere; “İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir. Bu durumda kişinin kararı yazılı olarak alınır. Hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.” Böylece hastanın aydınlatmadan feragat isteğinin yazıya dökülmesi gerekir ve hastanın bu fikrinden her zaman dönebilmesi mümkündür. Feragat edecek hastanın bu hususta iradesini göstermesine yeterli ehliyetinin bulunması gerekir. (2) Fakat hastanın gelecekteki hayatı bakımından önemli derecede sonuçlar doğuran müdahaleler bakımından aydınlatılma hakkından feragatin kabul edilmemesi yönünde görüşler de bulunmaktadır. (2, 43) Hasta üzerinde aynı tedavinin bir daha uygulanması veya hastanın mesleki konumu itibarıyla tedavinin muhtemel risk ve sonuçlarını bilmesi halinde, hekimin aydınlatmadan kaçınmamasının gerekliliği savunulmaktadır. (44)

Aydınlatmanın Zamanı: Tıbbi müdahale gerçekleştirilmeden önce hastanın aydınlatılmış olması esas olup aydınlatma vaktinin de hasta bakımından uygun olması gerekir. Müdahaleden çok önce aydınlatma yapılması doğru olmayacağı gibi müdahaleye çok az bir zaman kala da aydınlatmanın yapılması doğru değildir. (27) Acil durumlar hariç olmak üzere aydınlatmanın hastanın rızasını etkilemeyecek makul sürede yapılması gerekir. Çok önceden bilgilendirilme durumunda hasta tedirgin olacağı gibi çok az bir süre kala yapılan bilgilendirme durumunda ise hastanın sağlıklı karar verme yeteneği etkilenecektir. (49) HHY 18. maddede ise bir makul süre kavramından bahsedilmekte olup net bir süre tayin edilmemiştir. Hastanın aceleye getirilmeksizin sakin bir halde karar alabilmesi bakımından gerekli olan süre makul süre olarak kabul edilebilir. (46) Hekimin makul süreyi ayarlarken yine somut olayın kendine özgü koşullarını dikkate alması gereklidir. Bu süreye ilişkin olarak Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü'nün 2. bölüm 4. maddesinde ise hastanın müdahaleden en az 24 saat öncesinde bilgilendirilmesi gerektiği düzenlenmiştir.

Aydınlatmanın Şekli: Hastanın tedavi hakkında bilgi sahibi olabilmesinin yolu aydınlatmanın doğru bir şekilde yapılmasından geçtiği gibi aydınlatma, hekimin ileride

karşılaşabileceği hukuki ve cezai sorumluluğundan kurtulabilmesi bakımından önem taşımaktadır. HHY m. 18/2’de belirtildiği üzere; “*Hasta, tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından tıbbi müdahale konusunda sözlü olarak bilgilendirilir.*” Böylece hekim tarafından sözlü bir şekilde aydınlatmanın yapılması gerektiği öngörülmüştür. Yine Hasta Haklarına İlişkin Avrupa Statüsü’nün 2. bölüm 3. maddesinde, “*Sağlık hizmetleri, sağlık hizmeti verenler ve profesyoneller, hastanın dini, etnik ve dil özellikleri göz önünde bulundurularak hastaya onun anlayacağı şekilde bilgi vermek zorundadır.*” denilmek suretiyle aydınlatmanın şeklinin önemi hüküm altına alınmıştır. Hasta ile hekim arasında bulunan ilişkiden dolayı sözlü şekilde aydınlatmanın daha sağlıklı olacağı ve gerçekleştirilecek diyalog sonucunda soru-cevap yöntemine de başvurulabilir olması önemlidir. (2, 36) Fakat sözlü şekilde aydınlatma yapılması hekimin olası bir yargılamaya maruz kalması durumunda ispat bakımından çeşitli zorluklara sebebiyet vermektedir. Bu bakımdan tıpkı rıza alınırken olduğu gibi aydınlatmanın da yazılı şekilde yapıldığı görülmektedir. (7) Günümüzde özellikle ameliyat gibi tıbbi müdahaleler öncesinde matbu şekilde hazırlanmış olan ve içerisinde müdahaleye ilişkin bilgiler ile müdahale neticesinde karşılaşılabilecek olası durumları içeren çeşitli formlar bulunmaktadır. Fakat söz konusu aydınlatma formlarının, kişiye özgü olmaması ve hekimle doğrudan iletişim kurulamaması sebebiyle yetersiz olacağı düşünülmekte olup sözlü aydınlatma yoluyla da desteklenmesi gerektiği ifade edilmektedir. (46) Mevzuatımız gereği sözlü şekilde aydınlatmanın yanı sıra özellikle ispat bakımından yazılı şekilde de yapılacak aydınlatma mümkündür. Hekimin hasta ile konuşmadan, hastanın aklındaki sorulara cevap vermeden, kaygılarını gidermeden matbu şekilde yapılacak aydınlatma hekimin sorumluluğunu gündeme getirecektir. Ayrıca hastanın sosyal ve kültürel durumu da dikkate alınarak yapılacak aydınlatmanın sade ve net bir şekilde anlaşılabilmesi gerekmektedir. Hasta ile aynı dilde konuşamayan hekimin yapmış olduğu aydınlatma bir anlam ifade etmeyecektir. Bu sebeple de bir tercüman vasıtasıyla aydınlatmanın gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Yine hekim tarafından kullanılacak kelimelerin hasta tarafından idrak edilebilmesi önem taşımaktadır. Zira hastanın sıradan bir vatandaş olduğunun kabulü halinde tıbbi terimlerin anlamlarının bilinmemesi gayet doğal bir durum olup bu hususa dikkat edilmesi gerekmektedir. Aksi halde hasta tarafından anlaşılmayan bir aydınlatmanın geçerliliği sorgulanacaktır. (27) Öte yandan ayakta tedaviler ile alışlagelmiş müdahaleler bakımından aydınlatmanın şeklinin sıkı sıkıya aranmaması gerektiği de savunulmaktadır. Zira önem arz eden hususlar dışındaki

durumlar hakkında hastanın sözlü olarak bilgilendirilmesi yeterli kabul edilmektedir. (27)

Aydınlatmanın Geri Alınması ve Düzeltilmesi: Hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirirken aydınlatmış olduğu kapsamın aşılması ya da eksik veya yanlış aydınlatma yaptığını fark etmesi durumunda makul olabilecek en kısa süre içerisinde hastayı doğru şekilde tekrar aydınlatıp bilgi vermesi gerekmektedir. Teşhis aşamasında tespit edilen hastalığın umulandan daha ciddi ve ağır olması durumunda öncesinde gerçekleştirilen aydınlatma geçersiz olacağından hemen geri alınarak düzeltilmelidir. Aksi halde hasta yanlış yönlendirilmiş olduğundan dolayı hem rızası sakatlanacak hem de hastanın geleceğini kendi belirleme hakkı elinden alınmış olacaktır. Burada bahsedilen hata hali ise aydınlatmanın esasını etkiler nitelikteki yanlışlıklardır. Tedavi sürecinin beklenilenden daha uzun sürmesi gibi durumlar esası etkiler nitelikte olmadığı için hekim tarafından aydınlatmanın geri alınıp düzeltilmesine gerek yoktur. Hatalı aydınlatma halinde hastanın aydınlatılmış olduğu kabul edilmediğinden rızası geçersiz olacak ve buna bağlı olarak hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahale artık hukuka aykırı hale gelecektir. Hastanın aydınlatılıp aydınlatılmadığı hususunda ispat külfeti hekime ait olduğundan aydınlatmanın doğru şekilde yapılmaması durumunda hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu doğacaktır. (27)

b- Rıza: Tıbbi bir müdahalenin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için geçerli bir aydınlatma neticesinde hastanın aydınlatmaya uygun rızasının alınması gereklidir. Hukuka uygunluk şartlarının en önemli unsuru olduğu kabul edilmekle birlikte aydınlatılmış olma ön şartına tabidir. (27) Zira Anayasa'nın 17. maddesinde hüküm altına alındığı üzere; istisnai haller dışında rıza olmaksızın kişi üzerinde tıbbi müdahalelerde bulunularak vücut dokunulmazlığı ihlal edilemez. Yine Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun'un 70. madde hükmünde belirtildiği üzere; *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliye cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)”* Böylece tıbbi müdahale uygulanırken hastanın rızasının varlığının gerekliliği mevzuatımızda yer almaktadır.

Bir tıbbi müdahale esasında hastanın vücut dokunulmazlığı üzerinde haksızlık içeren bir eylem kabul edildiği için rızanın varlığı söz konusu eylemleri hukuka uygun

hale getirmektedir. Ayrıca hukuki anlamda hasta ile hekim arasında tarafların iradesine dayanan bir sözleşmeden bahsediyorsak sözleşmenin esaslı unsurunu rıza oluşturacaktır. Zira geçerli bir şekilde yapılacak aydınlatma sonucunda hasta, vücut bütünlüğü üzerinde uygulanacak olan tıbbi müdahalenin olası olumsuz sonuçlarını öncesinden bilip rızasıyla kabullendiği için bu sonuç hastanın kendi kararı olacağı gibi hekimin sorumluluğu da ortadan kalkacaktır. (27)

Hastaya yöneltilecek tıbbi müdahaleye gösterilecek rızanın geçerli kabul edilebilmesi bazı şartların gerçekleşmesiyle mümkündür. Buna göre kişilik haklarının zedelenmesine değil aksine devamlılığını sağlamaya yönelik olması, herhangi bir baskı veya aldatma altında olmaksızın hür iradeyle verilmiş olması ve geçerli bir aydınlatma neticesinde alınmış olması gereklidir. (4, 38)

Doktrinde rızanın, belirli bir hukuki neticeye ilişkin olarak gösterilen irade beyanı olduğundan bir hukuki işlem niteliğinde olduğu kabul görmektedir. (5, 36) Böylece kişinin tıbbi müdahaleye rıza göstermekteki amacı söz konusu fiilleri hukuka uygun hale getirmekten ziyade tıbbi müdahalenin gerçekleştirilerek vücut bütünlüğünün devamlılığını sağlamaktadır. (36)

Hastadan tıbbi müdahaleye ilişkin hiç rıza alınmaması hali, hastanın göstermiş olduğu rızadan tamamen farklı olarak tıbbi müdahalede bulunulması hali ve hastanın göstermiş olduğu rızanın kapsamının dışına çıkılması hali uygulamada hekimin rıza bakımından hukuki ve cezai sorumluluğunun doğmasına sebep olacak durumlardır. (27)

Rıza Ehliyeti: Ehliyet kişinin hukuki işlemlerle muhatap olabilmesini sağladığına göre kural olarak rıza gösterme ehliyeti, tıbbi müdahaleye maruz kalacak kişiye ait bir yetkidir. Hastanın bilinci açık ve irade gösterme yetisi mevcut olmasına rağmen kendisinden değil de yakınlarından rıza alınması söz konusu müdahaleyi hukuka aykırı kılacağı gibi hekimin de sorumluluğuna yol açacaktır. (27)

Öte yandan HHY'nin 4/1-f. maddesine göre yeterlilik; *“Yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmayan onay verenin önerilen tıbbi müdahalede karşılaşılabileceği ya da reddettiğinde doğabilecek sonuçları makul bir şekilde anlama ve değerlendirme yeteneğine sahip olma halini, ... ifade eder.”* Böylece tıbbi müdahaleye rıza gösterecek hastanın mevzuatın aradığı anlamda anlama ve değerlendirme yeteneği bakımından yeterliliğe sahip olması gerekmektedir.

TMK m. 8'e göre hak ehliyeti, kişinin haklara sahip olmasını ve borç altına girebilme yetisini ifade eder. Yine TMK m. 9'a göre fiil ehliyeti ise, kişinin kendi iradi eylemleriyle hak ediniş borç altına girebilmesidir. Tıbbi müdahaleye rızasını açıklayacak kişinin kim olduğunun tespiti bakımından hastanın özellikle fiil ehliyetinin durumunun ne olduğu önem taşımaktadır. Hastanın fiil ehliyetine hangi derecede sahip olduğuna göre rıza gösterme ehliyeti farklılıklar göstermektedir.

Rıza ehliyetinin varlığı değerlendirilirken esas olan kişinin üzerinde uygulanacak müdahale bakımından yeterli anlama ve karar alabilme yetisinin mevcut bulunup bulunmadığının tespit edilmesidir. Hekim tarafından tıbbi müdahale hakkında gereken aydınlatma yükümlülüğü yerine getirildikten sonra hasta, müdahaleye ilişkin olası sonuçların ve risklerin neler olabileceğini kavrayabilmeli, müdahale neticesindeki elde edeceği menfaatler ile müdahaleye maruz kalması sebebiyle yaşayacağı mağduriyetler arasında bir kıyaslama yapabilecek derecede fiil ehliyetine sahip olmalıdır. Müdahalenin ağırlığı ve olası ciddi sonuçları arttıkça aranan fiil ehliyetinin ölçüsü de o kadar ağırlaşacaktır. (27)

Tam ehliyetliler bakımından, ayırt etme gücüne haiz kısıtlı olmayan erginler olmaları sebebiyle fiil ehliyetleri tam olduğu için tıbbi müdahaleye yönelik rıza gösterme ehliyetleri de tam olup irade beyanlarını bizzat açıklayacaklardır. (50) Zira tıbbi müdahale neticesinde kişinin vücut dokunulmazlığı ihlal edileceğinden kişilik haklarına yönelik bir eylem söz konusudur ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tasarrufunda kişinin kendi iradesinin esas alınması gerekmektedir. (36, 38) Bu sebeple tam ehliyetli bir kişinin bilinci açıkken tıbbi müdahaleye göstereceği rıza beyanı yeterli olup ayrıca yakınlarının rızasının varlığı ya da yakınlarının bilgilendirilmesi aranmamaktadır. Fakat fiil ehliyeti tam olan hastanın bilincinin kapalı olduğu durumlarda yakınlarının bilgilendirilmesi ve vekil tayin ederek rıza göstermesi gerekmektedir. (27) Bu durumda hekimin yapması gereken şey, bilinci kapalı tam fiil ehliyetine sahip hastanın yakınlarından rıza almak değil varsayılan rıza halinin koşullarının oluşup oluşmadığını irdeleyerek hareket etmektir. Hastanın yakınlarına bilgi verilmesi mümkün olsa da hekimin somut olaylar ışığında hasta için en doğru işlemleri belirleyerek müdahalesini gerçekleştirilmesi gerekir. (50)

Sınırlı ehliyetliler bakımından, hak ve fiil ehliyetine sahip olmalarına rağmen özellikle malvarlıklarını ilgilendiren işlemleri içeren konularda kendilerine yasal danışman atanan kişiler olması sebebiyle kişiye sıkı sıkıya bağlı bulunan hakları bizzat

kullanabilmeleri hususunda önlerinde bir engel bulunmamaktadır. (51) Tıbbi müdahaleye gösterilecek rıza da şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olduğuna göre sınırlı ehliyetli hastaların tıbbi müdahaleye bizzat rıza gösterme ehliyetleri mevcuttur. (2, 47)

Sınırlı ehliyetsizler bakımından, ayırt etme kudretleri bulunmasına rağmen küçük ya da kısıtlanmış kişiler olduğundan dolayı kendilerini temsil eden kişiler tarafından irade açıklamalarını yapabilmekteledir. Buna göre sınırlı ehliyetsiz küçüklerin iradeleri velayeti üstünde bulunan anne ve baba tarafından birlikte, sınırlı ehliyetsiz kısıtlıların ise vesayeti üstünde bulunan vasi tarafından işlemler yapılmaktadır. (4) Kişi üzerinde uygulanacak tıbbi müdahale, vücut dokunulmazlığı ve bütünlüğünü doğrudan etkilemesi sebebiyle buna rıza gösterme hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı olup kişinin bizzat kendi iradesinin esas alınması esastır. Fakat ayırt etme güçleri bulunan küçük ve kısıtlılar Türk Medeni Kanunu uyarınca temsilcilerine bağlı olduğundan temsilcilerinin iradeleri de önem taşımaktadır. (4) Doktrinde sınırlı ehliyetsiz ile temsilcilerinin irade beyanlarından hangisinin esas alınacağı hususunda tartışmalı görüşler yer almaktadır. Bunlardan ilkinde göre yasal temsilcinin beyanının esas kabul edilmesine rağmen sınırlı ehliyetsizin de beyanının alınması gerektiği; (52) ikincisine göre yasal temsilci ile sınırlı ehliyetsizin ortak beyanlarının alınması gerektiği; (36) üçüncüsüne göre ise yasal temsilcinin ayrıca beyanına gerek duyulmaksızın sınırlı ehliyetsizin beyanının yeterli olacağı görüşü savunulmuştur. (2) Tartışmalı görüşlerin yanı sıra mevzuatımızda da bu hususta çeşitli düzenlemeler yer almaktadır. Bu kapsamda TMK m. 16/1'e göre; "*Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir.*" Türk Medeni Kanunu'nda sınırlı ehliyetsizlerin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını yasal temsilcilerinden bağımsız olarak kullanabilecekleri ifade edilmiş ise de özel nitelikteki kanun olan TŞSİDK'un 70. maddesinde belirtildiği üzere; "*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliye cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)*" Yine HHY'nin 24. maddesine göre; "*Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya*

vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin rızasının yeterli olduğu hallerde dahi, anlatılanları anlayabilecekleri ölçüde, küçük veya kısıtlı olan hastanın dinlenmesi suretiyle mümkün olduğu kadar bilgilendirme sürecine ve tedavisi ile ilgili alınacak kararlara katılımı sağlanır.”

Böylece sınırlı ehliyetsizlere yöneltilecek tıbbi müdahaleye ilişkin rıza alınırken yasal temsilcisinin iradesine bakılacak olup sınırlı ehliyetsizin bulunduğu somut koşullar dikkate alındığında tıbbi müdahale bakımından idrak yeteneğine sahip olduğu düşünülüyorsa kendisinin de bilgilendirilmesi gerekmektedir. Benzer yönde İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'nin 6/2. madde hükmü; *“Yasaya göre bir girişime rıza gösterme yeteneği bulunmayan bir küçüğe, yalnız temsilcisinin veya yasa tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile girişimde bulunulabilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir konumda olmak kaydıyla göz önünde bulundurulacaktır.”* şeklindedir. Yasal temsilcinin iradesinin yanı sıra sınırlı ehliyetsiz küçüğün de iradesinin arandığı hallerde beyanların birbiri ile örtüşmemesi durumunda küçüğün iradesinin bulunmasına rağmen yasal temsilcinin iradesi yoksa ve söz konusu müdahale tıbben bir zorunluluk içermiyorsa müdahale gerçekleştirilemeyecektir. Tam tersi durumda yasal temsilcinin iradesi bulunmasına rağmen küçüğün iradesi söz konusu değilse kişilik haklarının mutlaklığı ilkesi dikkate alınarak müdahale uygulanamayacaktır. (27) Öte yandan hekimin sınırlı ehliyetsiz bir hasta bakımından tıbben gerekli ve zorunlu gördüğü bir müdahaleye yasal temsilcinin rıza göstermemesi halinde ne yapılacağına ilişkin düzenleme HHY'nin 24/4. maddesinde hüküm altına alınmıştır. Mezkûr madde hükmü doğrultusunda; *“Kanuni temsilci tarafından rıza verilmeyen hallerde, müdahalede bulunmak tıbben gerekli ise, velayet ve vesayet altındaki hastaya tıbbi müdahalede bulunulabilmesi; Türk Medeni Kanununun 346 ncı ve 487 inci maddeleri uyarınca mahkeme kararına bağlıdır.”*

Böylece velayet veya vesayet yetkisinin kötüye kullanılması olarak nitelendirilecek söz konusu durumlarda Medeni Kanun'un ilgili hükümleri doğrultusunda mahkemeye yasal temsilcilik yetkisi ortadan kaldırılabilir. Hekim bu durumda konuyu gerek savcılığa gerekse de mahkemeye taşıyarak tıbbi müdahale uygulanabilmesi hususunda karar alacaktır. Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 26/2. maddesi de bu yönde olup *“Acil durumlar ile, hastanın reşit olmaması veya bilincinin kapalı olduğu ya da karar veremeyeceği durumlarda yasal temsilcisinin izni alınır. Hekim temsilcinin izin vermemesinin kötü niyete dayandığını düşünüyor ve bu durum hastanın yaşamını tehdit*

ediyorsa, durum adli mercilere bildirilerek izin alınmalıdır. Bunun mümkün olmaması durumunda, hekim başka bir meslektaşına danışmaya çalışır ya da yalnızca yaşamı kurtarmaya yönelik girişimlerde bulunur. Acil durumlarda müdahale etmek hekimin takdirindedir. Tedavisi yasalarla zorunlu kılınan hastalıklar toplum sağlığını tehdit ettiği için hasta veya yasal temsilcisinin aydınlatılmış onamı alınmasa da gerekli tedavi yapılır.” şeklindedir. Acil durumlarda ise bahsi geçen prosedürün uzun vakitler alacağı düşünüldüğünde yasal temsilcinin rızası bulunmaksızın hekimin tıbbi müdahaleyi gerçekleştirdiği halde ise öğretide üçüncü kişi lehine meşru savunma veya zaruret halinin mevcut olduğundan bahisle hekimin eylemini hukuka uygun kabul etmektedirler. (27)

Tam ehliyetsizler bakımından ise, ayırt etme gücüne sahip olmayan kişiler olduğu için fiil ehliyetlerinin bulunmadığı ve dolayısıyla tek başlarına bir işlem yapamayacakları kabul edilmektedir. (53) Ayırt etme kudretine sahip olmadıkları için kendi üzerlerinde uygulanacak tıbbi müdahalenin önem ve sonuçlarını da idrak etmeleri ve doğru kararlar alabilmeleri beklenemeyecektir. Her ne kadar kural şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olarak kabul edilen tıbbi müdahaleye rıza gösterme iradesinin hasta tarafından bizzat kullanılması kabul edilse de tam ehliyetsiz hastalar gibi istisnai durumlarda yasal temsilcinin bu hakkı kullanıp temsil ettiği kişi adına irade göstermesi mümkündür. (4) Tıbbi müdahalenin yöntemi, içeriği ve sonuçlarını anlayabilecek durumda olmayan hastanın, yasal temsilcisi yerine rıza gösterebilmesi mümkün değildir. (53) Yöneltilen tıbbi müdahaleye yasal temsilcinin rızasının varlığı tek başına yeterli olmayıp söz konusu müdahalenin hastanın üstün yararı gözetilerek uygulanması gerekir. (36)

Rıza İradesinin Yöneltileceği Kişi: Tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesinin aranma sebebi söz konusu eylemi hukuka uygun hale getirmek olduğuna göre tıbbi müdahaleyi uygulayacak olan ve bu hususta da yetkili olan kişiye karşı rıza iradesinin açıklanması gerekir. Aksi halde yetkisiz kişiye yönelik rıza beyanında bulunulması durumunda ortada geçerli bir rıza söz konusu olmayacağından hastaya yöneltilen tıbbi müdahale hukuka aykırı olacaktır. (54) Zira tıbbi müdahalenin yetkili kılınmış hekim tarafından gerçekleştirilme zorunluluğu bulunmaktadır. Yetkili olmayan herhangi bir kişi tarafından yöneltilen müdahaleler haksız bir fiil olup hukuken sorumluluk doğurmaktadır.

Rızanın Kapsamı: Hastanın tıbbi müdahaleye ilişkin rızası alınmadan önce gerekli aydınlatmanın yapılması gerektiği için rızanın kapsamını da yapılan aydınlatmanın içeriği oluşturmaktadır. Bu doğrultuda HHY'nin 31. maddesinin 1. fıkrasına bakıldığında; *“Rıza alınırken hastanın veya kanuni temsilcisinin tıbbi müdahalenin konusu ve sonuçları hakkında bilgilendirilip aydınlatılması esastır.”* hükmü mevcuttur. Böylece hasta tıbbi müdahalenin içeriği hakkında aydınlatılmalı, daha sonra buna ilişkin rızası alınmalıdır. Herkesin kendi geleceğini kendi belirleme hakkı bulunduğundan dolayı hastaların kişilik hakları üzerinde tasarrufta bulunma hakları mevcut ise de bu yetki sınırsız olmayıp kanunlarla sınırlama getirilmiştir. (16, 55) Buna göre kişinin sınırlamaları aşan ölçüde kendi kişilik haklarını zedeleyen ve hukuka veya ahlaka aykırı olan tıbbi müdahalelere rıza göstermesi o müdahaleyi hukuka uygun hale getirmeyecektir. (52) Geçerli bir rızanın varlığından söz edebilmek için rızanın kapsamının hukuka, ahlaka ve kamu düzenine ters düşmemesi gerekmektedir. (17, 38, 56) Zira HHY'nin 28/2. maddesine göre; *“Hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür ve bu şekilde alınan rızaya dayanılarak müdahalede bulunulamaz.”* Rızanın içeriğinin somut ve olaya özgü olması gerektiği doktrinde kabul edilmektedir. (27) Hastaya yöneltilecek müdahale hakkında olayın kendine has özellikleri de dikkate alınarak spesifik olacak şekilde rızanın alınması gerekmektedir. Kalıp olarak hazırlanmış, soyut ve herkes için genel geçer şekilde alınacak rızanın hukuken geçerliliği bulunmamaktadır. (2) HHY'nin 31/3. maddesine doğrultusunda; *“Tıbbi müdahale, hasta tarafından verilen rızanın sınırları içerisinde olması gerekir.”* Böylece alınacak rızanın çerçevesini, hastaya yöneltilecek olan tıbbi müdahalenin sınırları çizmektedir. Hastanın göstermiş olduğu rızanın dışına çıkılarak tıbbi müdahalede bulunulamaz. (38) Bu durumun istisnasını ise rutin işlemler oluşturmaktadır. Bu yönde HHY'nin 31. madde 2. fıkraya hükmüne bakıldığında; *“Hastanın verdiği rıza, tıbbi müdahalenin gerektirdiği sürecin devamı olan ve zorunlu sayılabilecek rutin işlemleri de kapsar.”* Böylece bilgilendirilen tıbbi müdahale kapsamı içinde ve doğal bir sonucu olan rutin işlemler bakımından hastanın ayrıca aydınlatılmış rızasının alınmasına gerek yoktur. (27) Hastadan başlangıçta alınan rıza sayesinde hekimin tıbbi müdahalede bulunurken meydana gelen olağan durum ve sonuçlar hakkında ayrıca hastanın rızasının alınmasına gerek yoktur. Fakat hasta bakımından önemlilik arz eden ve risk taşıyan durumlar hakkında hastanın rızasına başvurulması gerekmektedir. (40, 55) Tıbbi müdahale esnasında gelişen olağan dışı durumlar altında hastadan rızasının alınması için gerekli vakit yoksa hasta bakımından riskli sonuçlar

olduğu bilinmesine rağmen müdahale gerçekleştirilecektir. (57) Zira HHY'nin 31/4. maddesi doğrultusunda; *“Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.”* Böylece tıbbi müdahale sırasında hekim tarafından hastanın üstün menfaati korunmak suretiyle tıbben gerekli görülmesi durumunda rızanın kapsamı genişletilebilecektir. Öte yandan ODASNHK m. 8'e göre; *“Vericinin yaşamını mutlak surette sona erdirecek veya tehlikeye sokacak olan organ ve dokuların alınması, yasaktır.”* Bu sebeple kişilik haklarının üstünlüğü gereği kişinin kendi vücuduna zarar verici eylemlere rıza göstermesi hukuken bir sonuç doğurmamakta olup rızanın kapsamı dahilinde değildir.

Rızanın Açıklanma Zamanı: Tıbbi müdahale uygulanmaya başlarken hastanın rızasının mevcut olması ve müdahale bitinceye dek bu yöndeki iradesi sürmelidir. (47, 54) Fakat hastanın başta müdahaleye rıza göstermiş olması iradesini geri alamayacağı anlamına gelmemektedir. Kişinin tıbbi müdahale öncesinde aydınlatılması bakımından kişiye makul süre verilmesi gerekli olduğundan aynı şekilde hastanın rıza iradesinin açıklanması için de hastaya makul bir süre verilmelidir. Hastanın rızasının alınmasının aceleyle getirilmesi durumunda hasta, sağlıklı olarak karar alamayacağından dolayı vermiş olduğu rıza da hukuken geçersiz hale gelebilecektir. Geçerli bir aydınlatma sonucunda makul süre verildikten sonra müdahale öncesinde alınan rıza tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılacaktır. (19, 58)

Rızanın Şekli: HHY m. 28/1 hükmü rızanın şeklini düzenlemiş olup buna göre; *“Mevzuatın öngördüğü istisnalar dışında, rıza herhangi bir şekle bağlı değildir.”* Böylece kural olarak rıza iradesinin açıklanması bakımından herhangi bir şekil şartı bulunmamakta olup yazılı veya sözlü olarak tıbbi müdahaleye rıza gösterilebilmesi mümkündür. Hatta zımni olacak şekilde gösterilen rızanın ve anlaşılabilmesi şartıyla bedensel davranışların da rıza göstermenin bir şekli olarak kabul edilmektedir. (19, 43) Bahse konu olan yönetmelik hükmünün istisnalarından birini TŞSTİDK'nun 70. maddesi oluşturmaktadır. Bu doğrultuda; *“Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliye için bu muvafakatın tahriri olması lazımdır.”* Böylece bahse konu büyük ameliyatlar öncesinde hastadan ya da yasal temsilcisinden alınacak olan rıza beyanının tahriri yani kayıt altına alınmış

olması gereklidir. Fakat kanunun lafzında geçen büyük cerrahi operasyonların neler olduğu sınırlama ya da örnekleme yoluyla sayılmadığından dolayı bu husus hekimin takdir alanında kalıyormuş gibi gözükmekteyse de hekimin sorumluluğu bakımından risk yaratmaktadır. (58) Uygulamada sözlü şekilde alınan rıza beyanı, hukuki uyumsuzluklar gündeme geldiğinde ispat bakımından hekim açısından çeşitli sıkıntılara ve güçlüklerle yol açmaktadır. Bu durumu engelleyebilmek için gerek hekim gerekse hastaneler tarafından hazır kalıplarda oluşturulan aydınlatılmış onam metinlerinin de hukuken geçerlilikleri tartışmalıdır. (55) İzah ettiğimiz üzere alınacak rıza beyanının soyut ve genel geçer ifadeler içermesinden ziyade hastanın spesifik durumuna özgü bir nitelik taşıması gerekmektedir. Uygulamadaki bu sıkıntıların önüne geçebilmek için mevzuatımızda bu anlamda çeşitli düzenlemeler yapılarak rıza formlarının uygulanabilirlik alanı arttırılmıştır. Bu kapsamda, HHY'nin "Rıza Formu" başlıklı 26. maddesine göre; "*Mevzuatta öngörülen durumlar ile uyumsuzluğa mahal vermesi tıbben muhtemel görülen tıbbi müdahaleler için sağlık kurum ve kuruluşunca 15 inci maddedeki bilgileri içeren rıza formu hazırlanır. Rıza formunda yer alan bilgiler; sözlü olarak hastaya aktarılarak rıza formu hastaya veya kanuni temsilcisine imzalatılır. Rıza formu iki nüsha olarak imza altına alınır ve bir nüshası hastanın dosyasına konulur, diğeri ise hastaya veya kanuni temsilcisine verilir. Acil durumlarda tıbbi müdahalenin hasta tarafından kabul edilmemesi durumunda, bu beyan imzalı olarak alınır, imzadan imtina etmesi halinde durum tutanak altına alınır. Rıza formu bilgilendirmeyi yapan ve tıbbi müdahaleyi gerçekleştirecek sağlık meslek mensubu tarafından imzalanır. Verilen bilgilerin doğruluğundan ilgili sağlık meslek mensubu sorumludur. Rıza formları arşiv mevzuatına uygun olarak muhafaza edilir.*" Her ne kadar yönetmelik uyarınca rıza formlarının mevcudiyeti hüküm altına alınmış olsa da hekimin sorumluluğu bakımından yargılama esnasında mahkemece aydınlatılmış onamın geçerli bir şekilde alınıp alınmadığı sorgulanacak ve ona göre bir karar çıkacaktır.

Rızanın Sakatlanması: Hukuka uygun bir rıza halinden söz edebilmek için irade beyanının kişinin hür iradesiyle, herhangi bir hile, aldatma ya da korku olmaksızın verilmiş olması gereklidir. (38) Kişinin hür iradesine etki edecek durumlar neticesinde irade beyanı sakatlanacağından dolayı gerçekleştirilecek tıbbi müdahale de hukuka aykırı hale gelecektir. Bu hususta HHY'nin 34/1. maddesinde "*Tıbbi araştırma hakkında yeterince bilgilendirilmiş olan gönüllünün rızasının maddi veya manevi hiçbir baskı altında olmaksızın, tamamen serbest iradesine dayanılarak alınmasına azami*

ihdimam gösterilir.” denilmek suretiyle tıbbi müdahaleye maruz kalacak hastanın rızasının hür iradesiyle alınması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Hastanın gerek fiziksel gerekse ruhsal sağlığı açısından hekimin tıbbi müdahale hakkında daha basit ve kolay bilgilendirme yaparak rızasının alınması durumunda ise rıza beyanının sakatlığından söz edilemeyecektir. Zira hekim, hastasının üstün menfaatlerini korumak amacıyla hareket etmektedir. (27) Fakat hekimin salt kişisel veya mesleki menfaatlerini düşünerek hastaya yönelteceği tıbbi müdahale hakkında yeterince bilgi vermemesi ya da hastadan tıbbi müdahaleye ilişkin çeşitli bilgileri saklaması halinde aldatma hali söz konusu olacağından hastanın gösterdiği rıza sakatlanmış olup yöneltilecek tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir. (52, 59) Öte yandan kişinin yanılarak tıbbi müdahaleye rıza göstermesi durumunda rıza beyanının sakatlanması sonucu ortaya çıkacaktır. Hekimin eksik ya da hatalı şekilde hastasını aydınlatması durumunda hastanın yanılığa düşerek rıza vermesi mümkün olabilir. Bu halde aydınlatmanın da uygun şekilde yapılmamış olması nedeniyle neticesinde verilecek rıza beyanı da geçersiz olacaktır. Normal şartlar altında kişilerin tıbbi açıdan bilgisiz olarak kabul edildiğinden hekimin mesleki sorumluluğu bakımından tıbbi müdahale hakkında gerekli olan aydınlatmayı yaparak hastanın rızasının alınması gerekmektedir. Aksi halde hastanın iradesinin sakatlandığı sonucu doğuracağından tıbbi müdahaleyi hukuka aykırı hale getirecektir. Yine kişinin mevcut bulunduğu durum sebebiyle ölüm korkusu duyması ya da hastalığının sonuçlarından korkması halinden yararlanarak hür iradesi dışında hastanın göstereceği rıza beyanı da sakatlanmış olacaktır. Veyahut suç unsuru barındıran organ veya doku ticareti gibi hallerde kişinin korkutulmuş vücutu üzerinde tıbbi müdahalede bulunulması sonucunda da kişinin iradesi sakatlanacağından alınan rıza beyanı da geçersiz olacaktır. (38, 56)

Rızanın Geri Alınması: Rıza beyanı, tek taraflı bir irade açıklaması olduğuna göre her zaman için geri alınabilmesi mümkündür. (2, 7) Rıza beyanı devam ettiği sürece gerçekleştirilen müdahaleler hukuka uygun iken rıza beyanının geri çekilmesi sonrasında gerçekleştirilecek müdahaleler artık hukuka aykırılık teşkil edecektir. (47, 55) Zira kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardan olan vücut dokunulmazlığı ve bütünlüğünün korunması hakkı anayasal bir hak olup istisnai hallerinden birini kişinin rızasının varlığı oluşturmaktadır. Hiç kimsenin hür iradesi bulunmaksızın vücutu üzerinde tıbbi müdahale ve işlemlerde bulunulamayacağına göre kişinin rızasının tüm tıbbi müdahale boyunca mevcut olması gerekir. Ayrıca herkesin kendi geleceğini kendi

belirleme hakkına da sahip olduğuna göre rıza iradesinin her zaman için geri alınabileceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda HHY'nin m. 25'e göre; *“Kanunen zorunlu olan haller dışında ve doğabilecek olumsuz sonuçların sorumluluğu hastaya ait olmak üzere; hasta kendisine uygulanması planlanan veya uygulanmakta olan tedaviyi reddetmek veya durdurulmasını istemek hakkına sahiptir. Bu halde, tedavinin uygulanmamasından doğacak sonuçların hastaya veya kanuni temsilcilerine veyahut yakınlarına anlatılması ve bunu gösteren yazılı belge alınması gerekir. Bu hakkın kullanılması, hastanın sağlık kuruluşuna tekrar müracaatında hasta aleyhine kullanılamaz.”* Böylece hasta tüm sorumluluğu üstlenerek tedaviyi reddetme hakkına sahip olduğu gibi müdahaleye ilişkin rızasını da geri çekebilecektir.

Rızanın Geremediği Haller: Her tıbbi müdahaleye kişinin rıza göstermesi, anayasal bir hak olan vücut dokunulmazlığı ve bütünlüğü hakkı ile kendi geleceğini belirleme hakkı kapsamında esas olandır. Fakat çeşitli sebepler ile kişinin rızasına ihtiyaç duyulmaksızın hukuka uygun şekilde gerçekleştirilebilecek tıbbi müdahaleler bulunmaktadır. (19, 56) HHY m. 24/7'de rızanın aranmadığı tıbbi müdahale hallerinden bir kısmı hüküm altına alınmıştır. Buna göre; *“Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.”* Böylece kişinin bilincinin de kapalı olduğu acil vakalarda kişinin menfaatleri doğrultusunda hastaya tıbbi müdahalede bulunulması gerektiğinden dolayı gerçekleştirilecek müdahale, hukuka uygun olacaktır. Rızanı aranmadığı haller, birer anayasal hakların ihlali anlamına geleceği için yasal olarak düzenlenmiş olması gereklidir. Aynı şekilde kişinin rızası olmaksızın vücudu üzerinde tıbbi müdahalede bulunurken AİHS kapsamında korunan kişilik haklarına da dikkat edilmesi gerekmektedir. (27) Bu bağlamda TMK m. 24/2'ye göre; *“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.” Böylece rıza bulunmaksızın kişilik haklarına yönelik bir müdahalenin hukuka uygunluğunun şartını üstün nitelikteki özel veya kamu yararı ile kanuni düzenlemeler oluşturmaktadır. Öncelikle üstün niteliğe haiz özel yarar, TMK m. 24/2’de sayılan hukuka uygunluk sebeplerinden olup hastanın bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın menfaati bakımından zorunlu olarak ameliyatın genişlemesi hallerinde söz konusudur. Menfaatler dengesi gözetilirken hiçbir hakkın kişilik hakkından üstün olamayacağı esas kuraldır. (60) Bu sebeple hastaya tıbbi müdahalede bulunurken korunacak en üstün özel yarar kişinin hayat sağlığıdır. Rızanın aranmaksızın üstün özel yararın esas alınması gerektiği; TŞSTİDK 70. madde hükmü “*Tabipler, dış tabipleri ve dişçiler yapacakları her nevi ameliye için hastanın, hasta küçük veya tahtı hacirde ise veli veya vasisinin evveleminde muvafakatını alırlar. Büyük ameliyei cerrahiyeler için bu muvafakatin tahriri olması lazımdır. (Veli veya vasisi olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.)*” ve HHY 24/7. madde hükmünde “*Hastanın rızasının alınmadığı hayati tehlikesinin bulunduğu ve bilincinin kapalı olduğu acil durumlar ile hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açacak durumun varlığı halinde, hastaya tıbbi müdahalede bulunmak rızaya bağlı değildir. Bu durumda hastaya gerekli tıbbi müdahale yapılarak durum kayıt altına alınır. Ancak bu durumda, mümkünse hastanın orada bulunan yakını veya kanuni temsilcisi; mümkün olmadığı takdirde de tıbbi müdahale sonrasında hastanın yakını veya kanuni temsilcisi bilgilendirilir. Ancak hastanın bilinci açıldıktan sonraki tıbbi müdahaleler için hastanın yeterliği ve ifade edebilme gücüne bağlı olarak rıza işlemlerine başvurulur.*” şeklinde düzenlenmiş olup üstün niteliğe haiz özel yararın yasal temelini oluşturmaktadır. Yine HHY’nin 31/4. madde hükmü doğrultusunda; “*Hastaya tıbbi müdahalede bulunulurken yapılan işlemin genişletilmesi gereği doğduğunda müdahale genişletilmediği takdirde hastanın bir organının kaybına veya fonksiyonunu ifa edemez hale gelmesine yol açabilecek tıbbi zaruret hâlinde rıza aranmaksızın tıbbi müdahale genişletilebilir.*” ameliyatın genişlemesi halinde rızaya başvurulmaması durumunu üstün niteliğe haiz özel yarar olarak kabul edilmektedir. Dolayısıyla mevzuata bakıldığında hastanın bilincinin kapalı olduğu acil vakalar, hastanın organ ya da organın işlev kaybına neden olacak durumlar ve hastanın menfaatinin ve tıbbi zorunluluğun gerektirdiği ameliyatın genişlemesi hallerinde üstün nitelikteki özel yarar sebebiyle hukuka uygunluk koşulları mevcuttur. Öte yandan üstün niteliğe haiz kamusal yarar ise TMK m. 24/2’de düzenlenen kişilik haklarına yönelik müdahaleleri hukuka uygunluk sebeplerinden bir*

diğeridir. Kamu sağlığının korunmasına ilişkin düzenlemeler genellikle yasal düzenlemelerle hüküm altına alınmıştır. Kamusal yararın varlığı halinde kişisel menfaatlerden daha üstün olduğu ve korunması gerektiği kabul edilmekte olup insan hakkı ihlali oluşturmaması için sınırları Anayasada belirlenmiştir. Buna göre AY m. 13'e göre; *“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”* hükmüne haizdir. Kimi durumlarda kişinin rızası bulunmasa bile kamusal menfaatler doğrultusunda müdahale hukuka uygun hale gelmekteyken, kimi hallerde ise kamusal menfaatlerin yanı sıra kişinin rızası da mevcuttur. Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un m. 82/3'e göre; *“Yukarıda belirtilen hâller dışında, bir sağlık sorunu olup da muayene ve tedaviyi reddeden hükümlülerin sağlık veya hayatlarının ciddi tehlike içinde olması veya ceza infaz kurumunda bulunanların sağlık veya hayatları için tehlike oluşturan bir durumun varlığı hâlinde de ikinci fıkra hükümleri uygulanır.”* Böylece cezaevlerinde bulunan tedaviye muhtaç durumundaki hükümlü ve tutuklulara tıbbi müdahalede bulunulması mecburi kılınmıştır. Yine Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 25. madde hükmü doğrultusunda; *“Bütün genel kadınlar, izinli olsalar dahi, haftada iki defa, 23 üncü maddede yazılı kadınlarda, on günde bir defa kendilerini resmi tabibe muayene ettirmeye mecburdurlar.”* Bu sebeple muayene zorunluluğuna uymayan genel kadınların aynı tüzüğü'nün 32. maddesine göre Umumi Hıfzıssıhha Kanununun 129'uncu maddesinde yazılı hastalıklardan birine yakalandığının anlaşılması halinde işini yapmaktan men edileceği gibi çeşitli tıbbi müdahalelere maruz kalacağı hüküm altına alınmıştır. Kişinin rızasının karşısında kamu sağlığının korunması amacıyla Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nda birçok hüküm mevcuttur. Kanunun 57. maddesinde kolera, veba, humma, çiçek, difteri, dizanteri, şarbon, cüzzam, kızamık, ruan gibi hastalıklara yakalanılması halinde bildirilmesi zorunlu tutulmuş olup 64. madde doğrultusunda da sayılan bu hastalıkların mevcut olması durumunda devletin gerekli önlemleri alması gerektiği düzenlenmiştir. Kanunun 67. maddesine göre ise; *“57 nci maddede zikrolunan sari ve salgın hastalıklar vakaları hakkında tetkikat yapan tabip bu tetkikatı kolaylaştırmak üzere hastanın yanına girmeğe ve hastayı ve icabına göre evin sair sakinlerini muayeneye ve hastalığın sureti zuhur ve seyrine dair izahat ve malumat talebine salahiyyettardır. Bu hususta mümaneatı görülenler bu kanunda zikredilen*

ahkamı mahsusa mucibince cezalandırılır.” Böylece kanun hükmü doğrultusunda söz konusu hastalığa yakalan kişilere hekimin müdahalede bulunurken hastanın rızasının aranmamasının yanında karşı gelen kişiler için yaptırım uygulanması öngörülmüştür. Ayrıca kanunun 72, 73 ve 74. maddelerinde kişinin 57. maddede sayılan hastalıklardan birine veya salgın bir hastalığa yakalanması ya da hasta olduğundan şüphelenilmesi halinde kişi üzerinde alınabilecek tedbirleri düzenlenmiştir. Buna göre kişinin aşılınması, tıbbi tedavi görmesi ve tecrit edilmesi yasal olarak mümkündür. Yine 88. maddeye göre Türkiye sınırları dahilindeki herkesin çiçek aşısı yaptırmaya mecbur olduğu düzenlenmiştir. Günümüzde özellikle koronavirüs tedbirleri kapsamında alınan kararların geçerliliği tartışma konusu yapılmaktadır. UHK'nın 23. maddesi doğrultusunda illerde kurulan umumi hıfzıssıhha meclislerinin kanundan doğan geniş yetkileri bulunmaktadır. Kanunun 27. maddesine göre; *“Umumi hıfzıssıhha meclisleri mahallin sıhhi ahvalini daima nazarı dikkat önünde bulundurarak şehir ve kasaba ve köyler sıhhi vaziyetinin ıslahına ve mevcut mahzurların izalesine yarayan tedbirleri alırlar. Sari ve salgın hastalıklar hakkında istihbaratı tanzim, sari ve içtimai hastalıklardan korunmak çareleri ve sıhhi hayatın faideleri hakkında halkı tenvir ve bir sari hastalık zuhurunda hastalığın izalesi için alınan tedbirlerin ifasına muavenet eylerler.”* Böylece belirli bir bölgede salgın hastalık görüldüğü takdirde önlem amacıyla karantina kararının alınması mümkün kılınmıştır. Koronavirüs, kanunun 57. maddesinde sayılan hastalıklardan olmadığı için bu halde ne olacağına ilişkin hüküm kanunun 64. maddesinde yer almaktadır. Buna göre; *“57 nci maddede zikredilenlerden başka her hangi bir hastalık istilai şekil aldığı veya böyle bir tehlike baş gösterdiği takdirde o hastalığın veya her hangi bir hastalık şeklinin memleketin her tarafında veya bir kısmında ihbarı mecburi olduğunu neşri ilâna ve o hastalığa karşı bu kanunda mezkûr tedabirin kaffesini veya bir kısmını tatbika Sıhhat ve İçtimai Muavenet Vekaleti salahiyettardır.”* Böylece mezkûr madde hükmü kapsamında kanunda düzenlenen tedbirlerin koronavirüsün yayılmasını önlemek amacıyla da uygulanması mümkündür. Yine kanunun 76. maddesi; *“Etrafında bulunanlara sari ve salgın hastalıklardan birini nakle vasıta olduğu muhakkak olan kimseler muvakkaten ve bu zail oluncaya kadar meslek san'atlarının icrasından hıfzıssıhha meclisleri kararıyla menolunur.”* şeklinde olup salgın hastalığa yakalananlar ile yakınında bulunanlar hakkında izole kararı verilebilir. Fakat kanunun 72. maddesinde hüküm altına alınan tedbirler, salgın hastalığa yakalanmış ya da salgın hastalığa yakalanmış kişinin yakınında bulunan kişiler için söz konusudur. Sağlıklı kişiler bakımından veya belirli yaş gruplarına özel olarak tedbirlerin

uygulanması kanunen mümkün değildir. (27) Öte yandan aşı uygulamaları bakımından; UHK m. 72'deki aşı tedbirleri kapsamında m. 57'de sınırlı sayıda sayılan hastalıklar dışında aşı zorunluluğunun bulunmadığı ifade edilmektedir. Zira aşı uygulaması da bir tıbbi müdahale kabul edildiğine göre her tıbbi müdahalede arandığı gibi aşı uygularken de kişinin rızasının bulunması gerekmektedir. (27) Akıl hastalarına ilişkin yapılan düzenlemelere bakıldığında TMK m. 432'de hüküm altına alınmıştır. Buna göre; “*Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu Madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar. Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur. İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır.*” Böylece kamu sağlığının gerektirdiği ölçüde akıl hastaları ve bağımlılar bakımından çeşitli tıbbi tedbirler alınabilmesi mümkündür. Türk Ceza Kanunu'nda kamu düzeninin ve kamu sağlığının korunabilmesi amacıyla çeşitli müdahaleler hüküm altına alınmıştır. TCK m. 32/1'e göre; “*Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur.*” şeklindeki hükme göre suça karışan akıl hastaları hakkında güvenlik tedbirlerine hükmolunacağı düzenlenmiştir. Devamında 57/1. maddesi “*Fiili işlediği sırada akıl hastası olan kişi hakkında, koruma ve tedavi amaçlı olarak güvenlik tedbirine hükmedilir. Hakkında güvenlik tedbirine hükmedilen akıl hastaları, yüksek güvenlikli sağlık kurumlarında koruma ve tedavi altına alınırlar.*” şeklindedir. Yine TCK'nın m. 57/7'ye göre; “*Suç işleyen alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlısı kişilerin, güvenlik tedbiri olarak, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılarına özgü sağlık kuruluşunda tedavi altına alınmasına karar verilir. Bu kişilerin tedavisi, alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde bağımlılığından kurtulmalarına kadar devam eder. Bu kişiler, yerleştirildiği kurumun sağlık kurulunca bu yönde düzenlenecek rapor üzerine infaz hâkimi kararıyla serbest bırakılabilir.*” TCK'nın 191/2. maddesi kapsamında kullanmak için uyuşturucu veya uyarıcı madde satın alan, kabul eden veya bulunduran ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanan kişi hakkında denetimli serbestlik tedbiri uygulanması durumunda kişinin tedaviye tabi kılınması mümkündür. Yine gerek soruşturma gerekse kovuşturma aşamasında bir suç

şüphesine ilişkin olarak kişilerden çeşitli örnekler alınabilmekte olup bu doğrultuda kişilerin çeşitli tıbbi müdahalelere maruz kalması söz konusudur. Bu kapsamda Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 75. ve 76. maddeleri beden muayenesini ve örnek alma hususlarını düzenlemektedir. CMK m. 75/1,2,3'e göre; "Bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesine ya da vücuttan kan veya benzeri biyolojik örneklerle saç, tükürük, tırnak gibi örnekler alınabilmesine; Cumhuriyet savcısı veya mağdurun istemiyle ya da re'sen hâkim veya mahkeme, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde Cumhuriyet savcısı tarafından karar verilebilir. Cumhuriyet savcısının kararı, yirmidört saat içinde hâkim veya mahkemenin onayına sunulur. Hâkim veya mahkeme, yirmidört saat içinde kararını verir. Onaylanmayan kararlar hükümsüz kalır ve elde edilen deliller kullanılamaz. İç beden muayenesi yapılabilmesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınabilmesi için müdahalenin, kişinin sağlığına zarar verme tehlikesinin bulunmaması gerekir. İç beden muayenesi veya vücuttan kan veya benzeri biyolojik örnekler alınması, ancak tabip veya sağlık mesleği mensubu diğer bir kişi tarafından yapılabilir." İlgili hükümleri destekler yönde HHY'de de hüküm bulunmakta olup HHY m. 22/2'ye göre; "Bir suç işlediği veya buna iştirak ettiği şüphesi altında bulunan kişinin işlediği suçun muhtemel delillerinin, kendisinin veya mağdurun vücudunda olduğu düşünülen hallerde; bu delillerin ortaya çıkarılması için sanığın veya mağdurun tıbbi ameliyeye tabi tutulması, hakim kararına bağlıdır." Ayrıca Yakalama, Gözaltına Alma ve İfade Alma Yönetmeliği'nin Sağlık Kontrolü başlıklı 9. maddesine göre; "Yakalanan kişinin gözaltına alınacak olması veya zor kullanılarak yakalanması hâllerinde hekim kontrolünden geçirilerek yakalanma anındaki sağlık durumu belirlenir. Gözaltına alınan kişinin herhangi bir nedenle yerinin değiştirilmesi, gözaltı süresinin uzatılması, serbest bırakılması veya adli mercilere sevk edilmesi işlemlerinden önce de sağlık durumu hekim raporu ile tespit edilir. Gözaltına alınanlardan herhangi bir nedenle sağlık durumu bozulanlar ile sağlık durumundan şüphe edilenler, derhâl hekim kontrolünden geçirilerek gerekiyorsa tedavileri yaptırılır. Bu durumdaki kişilerden kronik bir rahatsızlığı olanların, istekleri hâlinde varsa kendi hekimi nezaretinde resmî hekim tarafından muayene ve tedavi edilmeleri sağlanır." Böylece yakalanıp gözaltında tutulacak kişinin sağlıklı kalması amaçlanmaktadır. Diğer yandan soybağının tespitine ilişkin yürütülen davalar, kamu düzenini ilgilendirdiği için gerekli tıbbi işlemlerin yapılması hususunda tarafların rızalarının aranmasına gerek duyulmamıştır. Bu konudaki düzenlemelerden olan TMK m. 284/2'ye göre; "Taraflar ve üçüncü kişiler,

soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir.” Aynı hususta Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 292. maddesine göre; “Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir.” Dolayısıyla kamu düzenini doğrudan ilgilendiren hallerde kişilerin rızasının mevcut olup olmadığına bakılmaksızın kişi üzerinde tıbbi müdahalenin gerçekleştirilmesi yasal olarak mümkündür.

Varsayılan Rıza Hali: Kişinin açık rıza iradesinin bulunmamasına rağmen tıbbi müdahaleyi hukuka uygun kılan hallerden biridir. Hastanın rıza beyanını açıklayamayacağı durumlarda, hastanın muhtemel iradesi ve hastanın sağlığı ile üstün menfaatleri dikkate alınarak hekimin tıbbi müdahalede bulunması durumudur. (44, 55) Hekim bu yönde bir karar verirken objektif ölçütleri dikkate alarak hastanın varsayılan iradesinin ne olacağı hususunda bir değerlendirme yapmalıdır. Eğer ki hasta, objektif koşullarda söz konusu müdahaleyi kabul etmeyecekti denilirse artık varsayılan rıza halinden söz edilemeyecektir. (38) Bu hususta çeşitli hukuki düzenlemeler de bulunmaktadır. Biyotıp Sözleşmesi’nin m. 9’a göre; “Müdahale sırasında isteğini açıklayabilecek bir durumda bulunmayan bir hastanın, tıbbî müdahale ile ilgili olarak önceden açıklamış olduğu istekler göz önüne alınacaktır.” Böylece müdahale anında değişen durumlar karşısında müdahalede bulunurken hastanın önceki iradesine uygun şekilde hareket edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Yine Amsterdam Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi Bildirgesi’nin 3/3,7. madde hükümleri doğrultusunda; “Hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması gereken durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa, hastanın onayı olduğu varsayılarak girişim yapılabilir. Hastanın onay vermesinin mümkün olmadığı ve yasal temsilcisinin bulunmadığı veya bu amaçla seçilmediği bütün diğer durumlarda hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak, alternatif karar alma biçimi için uygun önlemler alınmalıdır.” İç hukukumuza bakıldığında ise TŞSTİDK’nun 70. maddesine göre; “... Veli veya vasisi

olmadığı veya bulunmadığı veya üzerinde ameliye yapılacak şahıs ifadeye muktedir olmadığı takdirde muvafakat şart değildir.” Ayrıca HHY’nin 24/1. maddesi uyarınca; *“Tıbbi müdahalelerde hastanın rızası gerekir. Hasta küçük veya mahcur ise velisinden veya vasisinden izin alınır. Hastanın, velisinin veya vasisinin olmadığı veya hazır bulunamadığı veya hastanın ifade gücünün olmadığı hallerde, bu şart aranmaz.”* Varsayılan rıza halinin hukuki niteliği bakımından çeşitli tartışmalı görüşler olsa da baskın olan görüş doğrultusunda vekaletsiz iş görme olarak değerlendirilmektedir. (5, 57, 61) Zira bu durumun mevcut olduğu hallerde hekim müdahalede bulunurken, hastasının üstün menfaatine ve muhtemel iradesine uygun hareket etmekle yükümlüdür. Varsayılan rıza halinden söz edebilmek için hayati tehlikenin bulunmasına gerek yoktur. Hayati risk barındıracak kadar bir tehlike hali olmasa dahi hastanın vücut bütünlüğünü ve sağlığını bozacak her durumda uygulama alanı bulabilir. (27) Hekim, önüne gelen vakada kişinin varsayılan rıza iradesinin ne olduğunu tespit ederken somut koşulları göz önünde bulundurarak hastanın içinde bulunduğu durumu, sağlık durumunu, bireysel özelliklerini, dini değerleri, çekincelerini ve beklentilerini dikkate almalıdır. Bu hususun tespitinde hekime takdir yetkisi bırakılmışsa da acil durumlar haricindeki müdahale öncesinde eğer vakit varsa hastanın yakınlarıyla durumun paylaşılması ve yakınlarından da hastanın varsayılan iradesinin belirlenmesi yönünde bilgi alınması hekimi daha doğru sonuçlara ulaştıracaktır. (27) Uygulamada acil durumlarda, bilinç kaybı yaşanan vakalarda, geçici şuur kayıpları gibi hallerde varsayılan rızanın tespit edilmesiyle karşılaşılmaktadır. Bu durumlarda hekime büyük sorumluluk düşmektedir. Hastanın önceye dayalı akli sağlığındaki bozukluk sebebiyle kalıcı olarak irade açıklayamamasının mümkün olduğu gibi acil durumlarda ya da müdahale altındaki hastanın bilincinin kapalı olduğu haller de mevcuttur. Varsayılan rıza hali, bilincin geçici olarak kapalı olduğu durumlarda söz konusu olmaktadır. Zira acil hallerde hekimin tıbbi müdahalede bulunma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu hususta Hekimlik Meslek Etiği Kuralları’nın “Acil Yardım” başlıklı 10. maddesi *“Hekim, görevi ve uzmanlığı ne olursa olsun, gerekli tıbbi girişimlerin yapılamadığı acil durumlarda, ilk yardımda bulunur.”* şeklindedir. Böylece hekimin acil vakalarda hastanın sağlığı ve üstün menfaatine uygun hareket edecek şekilde varsayılan rızaya dayanarak hastaya yönelteceği tıbbi müdahale hukuka uygun olacaktır. Öte yandan bir tıbbi müdahale olan ameliyat işlemi devam ederken değişen durumlar karşısında tıbben gerekli farklı işlemlere de gerek duyulabilir. Fakat ortaya çıkan yeni işlemler, hastanın aydınlatılarak rızasının alındığı konunun dışında olduğundan rıza iradesi yeni işlemleri de

kapsamayacaktır. Bu durumda ameliyatın genişletilmesi halinden söz edileceği için hastanın varsayılan iradesine başvurmak gerekecektir. Bu hususta kastrasyon işlemleri bakımından özel bir düzenlemeye gidilmiştir. Nüfus Planlaması Hakkında Kanun'unun 4/3. maddesine göre; *“Bir ameliyatın seyri sırasında tıbbi zaruret nedeniyle bir hastalığın tedavisi için kastrasyonu gerektiren hallerde, kişinin rızasına bakılmaksızın kastrasyon ameliyesi yapılabilir.”* Dolayısıyla kastrasyon işlemleri dışındaki durumlarda hastanın varsayılan iradesinin gerektirdiği işlemler yapılabilecektir. (27)

2.2.3. Tıbbi Gerekliliğin Bulunması

Tıbbi müdahalenin kanunda sayılan tanı, tedavi, teşhis, koruma gibi hukuken öngörölmüş amaçlar kapsamında icra edilebilmesi hususunda endikasyon kavramı gündeme gelmektedir. (62) Hekimin yönelteceği tıbbi müdahalenin tıp bilimi doğrultusunda gerekli ve mecburi olma hali endikasyondur. (63) Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olduğu kabul edilmektedir. Zira kural olarak kişiye bir tıbbi müdahalede bulunmanın temel şartı tıbbi gerekliliğin yani endikasyonun varlığıdır. (27) Bu doğrultuda Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi m. 13/3'e göre; *“Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak her hangi bir şey yapamaz.”* Böylece tıbbi bir müdahalede bulunabilmek için teşhis, tedavi veya koruma amacı taşıyan tıbbi bir gerekliliğin bulunması gerekmektedir. Yine HHY'nin Tıbbi Gereklilikler Dışında Müdahale Yasağı başlıklı 12. maddesine göre; *“Teşhis, tedavi veya korunma maksadı olmaksızın, ölüme veya hayati tehlikeye yol açabilecek veya vücut bütünlüğünü ihlal edebilecek veya akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir şey yapılamaz ve talep de edilemez.”* Anayasa'nın 17/2. maddesi kapsamında da kişilerin vücut bütünlüğünün istisnai haller dışında ancak tıbbi zorunluluk durumunda ihlalinin mümkün olduğu hüküm altına alınmıştır. Kişilerin hiçbir hakkının sınırsız olmadığı gibi vücut bütünlüğü ve sağlığı hakları da sınırsız olmayıp üzerlerinde sınırsız şekilde tasarruf hakkı bulunmadığı ifade edilmektedir. Bu sebeple tıbbi müdahalenin kapsamının tıbbi gereklilikler sonucunda ortaya çıkan tedavi, teşhis ve korumaya yönelik her türlü işlem olmalıdır. (64) Bir tıbbi müdahalede endikasyon şartının aranması ile birlikte gerçekleştirilecek müdahalenin hukuken öngörölmüş bir amaca yönelik olması sağlanırken aynı zamanda tıp bilimince kabul gören esaslara uygunluğunu da gerçekleştirmektedir. Endikasyon bulunmamasına rağmen hekimin

para kazanma gibi salt bireysel çıkarlar doğrultusunda tıbbi müdahalede bulunulması durumunda tıbbi müdahale hukuka aykırı hale gelmekte olup hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu doğmaktadır. (36) HAKERİ'ye göre endikasyon olarak kabul edilecek şey yalnızca tıbbi endikasyonlardır. Fakat bu durumda estetiksel müdahaleler, cinsiyet değişikliği içeren müdahaleler gibi işlemler doğrudan tedavi amacı taşımadığı için tıbbi anlamda gereklilik içermemesi sebebiyle hukuka aykırılığı gündeme gelmektedir. Bu nedenle günümüzde tıbbi endikasyonların yanı sıra sosyal ve psikolojik endikasyonlar da kabul edilmektedir. Tıbbi anlamda gereklilik bulunmayan durumlarda gerçekleştirilen tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacaktır. (27) Tıbbi endikasyon bulunmamasına rağmen hukuka uygun olduğu kabul edilen tıbbi müdahaleler de mevcuttur. Endikasyon olmaksızın tıbbi müdahalede bulunulamaz görüşü temel prensip olsa da günümüzde değişen ve gelişen tıbbi gelişmeler doğrultusunda bu prensipten sapmalar görülmektedir. Estetiksel nitelikteki müdahalelerin gün geçtikçe artması ve çeşitlenmesi gibi faktörler bu durumu tetiklemektedir. Yine kan, doku ve organ nakillerinde vericiler bakımından tıbbi bir zorunluluk bulunmamasına rağmen kişi üzerinde tıbbi müdahale uygulanmaktadır. Deneysel amaç taşıyan tıbbi müdahaleler bakımından da aynı durum söz konusudur. Zira denek olan kişi bakımından bir tıbbi gereksinim bulunmamasına rağmen ortada tıp bilimi adına yapılan bir araştırma vardır. Deneye maruz kalacak kişinin detaylı olacak şekilde aydınlatılıp buna uygun rızasının alınması halinde gerçekleştirilecek tıbbi müdahalelerin hukuka uygun olacağı kabul görmektedir. (27) Yine tıbbi bir gereklilik barındırmamasına rağmen gerçekleştirilen sünnet işlemleri de toplumun gelenek ve görenekleri ile ilişkilendirildiği için sosyal endikasyon olarak kabul edilmekte olduğundan hukuka uygun olduğundan söz edilebilir. Dolayısıyla endikasyon kavramının kapsamı geniş olarak değerlendirildiğinde tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından biri olarak kabul edilmesinin herhangi bir sakıncası kalmayacaktır. Endikasyon yerine kişinin rızasının yeterli olması görüşü doktrinde HAKERİ tarafından eleştirilmektedir. Zira rıza durumu, başlı başına ayrı bir hukuka uygunluk koşulu olup tek başına yeterli değildir. Yasal düzenlemeler ile endikasyon bulunmadığı durumların hukuka uygun hale getirilmesi mümkündür. Aksi halde tıbbi, sosyal veya psikolojik endikasyon bulunmamasına rağmen gerçekleştirilecek müdahaleler hukuka aykırı olacağından hekimin sorumluluğunu gündeme getirecektir.

2.2.4. Tıbbi Standartlara Uygun Müdahale

Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için aranan son şart ise hekimin hastaya yönelteceği tıbbi müdahalenin evrensel olarak tıp biliminin esas aldığı ilke ve kurallara uygun olmasıdır. (1, 2, 65) Böylece hekim, kendisini tıbbi anlamda geliştirerek günceli takip edeceği gibi öteden beri kabul gören evrensel ilkeleri de göz önünde bulundurarak mesleki faaliyetini sürdürmelidir. Hekimin tıbbi müdahalede bulunurken tıp biliminin ve tıp mesleğinin gerektirdiği esas ve ilkelere aykırı davranması neticesinde tıbbi uygulama hatası gündeme gelecektir. (66, 67) Zira Dünya Tabipler Birliği'nin 1992 tarihli 44. Genel Kurulu'nda tıbbi malpraktis; *“Hekimin tedavi sırasında standart uygulamayı yapmaması, beceri eksikliği veya hastaya tedavi vermemesi ile oluşan zarar.”* şeklinde tanımlanmıştır. (68) Yine hekimin tıbbi müdahalede bulunurken hukuken öngörölmüş amaçlar doğrultusunda hareket etmesi gereklidir. Hekim, hastasının üstün menfaatini dikkate alarak en uygun teşhis ve tedavini yöntemini seçmeli ve tıbben onaylanmış metotlara yönelmelidir. Bu yönde Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'nin 11. maddesinde hüküm mevcut olup *“Tecrübe maksadı ile insanlar üzerinde hiç bir cerrahi müdahale yapılamıyacağı gibi aynı maksatla, kimyevi, fiziki veya biyolojik şekilde herhangi bir tedavi de tatbik edilemez. Klasik metodların bir hastaya fayda vermiyeceği klinik veya laboratuvar muayeneleri neticesinde sabit olduğu takdirde, daha önce, mütat tecrübe hayvanları üzerinde کافی derecede denenmek suretiyle faydalı tesirleri anlaşılmış olan bir tedavi usulünün tatbiki caizdir. Şu kadar ki, bu tedavinin tatbik edilebilmesi için hastaya faydalı olacağıının ve muvaffakiyet elde edilmemesi halinde ise mütat tedavi usullerinden daha elverişsiz bir netice alınmıyacağıının muhtemel bulunması şarttır. Evvelce tecrübe edilmiş olmamakla beraber, zarar vermesine ihtimal bulunmayan ve hastayı kurtarması kati görölen bir müdahale yapılabilir.”* şeklindedir. Böylece istisna durumlar hariç kalmak üzere hekimin sırf deneyim kazanmak için hasta üzerinde tıbbi müdahalede bulunması mümkün değildir. Ayrıca hekim, uygulayacağı müdahaleye ilişkin yöntemi seçerken tıbbi olarak geçerliliği bulunmayan veya henüz geçerliliği kanıtlanmamış yöntemleri tercih etmemesi gerekmektedir. (69, 70) Hekim, hastalığın tanısını koyduktan sonra en uygun tedavi yöntemini belirlerken kişinin içinde bulunduğu fiziksel ve ruhsal hali ve başarı ihtimalinin en yüksek, olası risklerin ise en az olduğu yöntemleri değerlendirmelidir. (63) Yine 13. maddeye göre; *“Tabip ve dış tabibi, ilmi icaplara uygun olarak teşhis koyar ve gereken tedaviyi tatbik eder. Bu faaliyetlerinin mutlak*

surette şifa ile neticelenmemesinden dolayı, deontoloji bakımından muaheze edilemez. Tababet prensip ve kaidelerine aykırı veya aldatici mahiyette teşhis ve tedavi yasaktır. Tabip ve diş tabibi; teşhis, tedavi veya korunmak gayesi olmaksızın, hastanın arzusuna uyararak veya diğer sebeplerle, akli veya bedeni mukavemetini azaltacak herhangi bir şey yapamaz.” Mezkûr madde kapsamında hekimin müdahalede bulunurken tıbbi ilke ve kurallara riayet etmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Benzer yönde Biyotıp Sözleşmesi m. 4’e göre; “*Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili meslekî yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.*” Hekimlik Meslek Etik Kuralları m. 12 uyarınca da “*Hekim mesleğini yerine getirirken, bilimsel ve çağdaş tanı ve tedavi yöntemleriyle koruyucu hekimlik ilkelerini göz önünde bulundurur; hastalarının tanı ve tedavisinde bilimsel olmayan yöntemleri uygulayamaz. Hekim, gerekli bilimsel aşamalardan geçip ruhsatlandırılmamış kimyasal, farmakolojik, biyolojik maddeleri ilaç olarak kullanamaz.*” Hekim, bu ilkeler doğrultusunda mesleki faaliyetini sürdürürken tıbbi olarak yerleşik ve temel ilkeleri bilmeli ve geçerliliği bakımından şüphe dahi bulunmayan yöntemler hakkında bilgi sahibi olması gerektiği kabul edilmektedir. (65, 71) Buna rağmen imkanlar bakımından kısıtlı bir yerde bulunan pratisyen hekimden karmaşık ve kompleks araçlar gerektiren tedavi yöntemlerini uygulaması da beklenemeyecektir. (9) Tıpkı diğer hukuka uygunluk unsurları gibi bir müdahalenin tıbbi standartlara aykırı olması durumunda da hekimin gerek hukuki gerek cezai anlamda sorumluluğu gündeme gelecektir. Kişinin rızasının varlığı da yine hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır. (52) Bu bakımdan tıp biliminde kabul görmeyen bitkisel veya alternatif tedavi yöntemlerinin tıbbi standartlara uygunluğundan söz edilemeyecektir. Söz konusu yöntemlerin ancak tıp doktrininde yer edindikten sonra hukuki durumu hakkında bir değerlendirme yapılabilmesi mümkündür. (71)

3. MATERYAL ve METOT

İnönü Üniversitesi Etik Kurulu'nun 26/01/2021 tarih ve 2021/1508 sayılı kararı ile söz konusu çalışmamız için gerekli etik kurulu kararı alınmıştır.

Tıbbi müdahalenin hangi şartlar altında hukuka uygun olacağını belirlerken son on yıla ait güncel ve istikrarlı yargı içtihatlarının incelemesi yapılmıştır. Hukuka uygunluğun belirlenmesinde özellikle dikkate alınan ilke kararların irdelenmesine dikkat edilmiştir. Yargıtay'ın hukuk ve ceza dairelerine ait kararlar, T.C. Yargıtay Başkanlığı'nın karar arama motorundan, Sinerji içtihat programından ve kaynakçada belirttiğimiz kitaplardan elde edilmiştir. Anahtar kelimelerden yola çıkarak çalışmamıza uygun kararlar tespit edilmiş ve incelenmiştir.

Hekimlerin gerek hukuki gerek cezai sorumluluklarını içeren söz konusu kararların irdelenmesinde Yargıtay'ın somut olgular kapsamında hekimin hastaya yönelttiği bir tıbbi müdahalenin hangi şartı ya da şartları taşıması gerektiği ortaya koyulmuştur. Bir kısım hukuka aykırılık şartları sadece hukuki sorumluluk doğurmaktayken bir kısmı ise hekime hukuki sorumluluğun yanı sıra cezai sorumluluk da yüklemektedir.

Kararlarda ilk derece mahkemesinin ne yönde karar verdiği, üst derece mahkemesinin hangi sebeplerle kararı onadığı veya bozduğu ve yargılama esnasında mahkemece dikkate alınacak hususlar ile yapılacak araştırmaların neler olduğu, kararın verilmesine etki eden faktörlerin neler olduğu, özel ve teknik bir konu olması bakımından alınacak bilirkişi raporlarının önemi ve sorumluluğun belirlenmesinde dikkate alınan kriterler ele alınarak bir değerlendirme yapılmıştır.

Bu kapsamda hem hastanın vücut bütünlüğü ve sağlığı olmak üzere üstün menfaatlerinin korunması hem de hekimin hukuki güvenliğinin sağlanabilmesi bakımından bir tıbbi müdahalenin hangi şartlar altında hukuka uygun olduğu hususu doktrin ve içtihatlar yardımıyla belirlenmeye çalışılmıştır.

4. BULGULAR

4.1. Olgu-1

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 23/06/2021 Tarih, 2020/6338 Esas ve 2021/7155 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle; başvurunun süresi, kararın niteliği ile suç tarihine göre dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi. Anayasa Mahkemesinin 24.11.2015 tarihli ve 29542 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 08.10.2015 tarihli ve 2014/140 Esas - 2015/85 Karar sayılı kararı ile 5237 sayılı TCK'nin 53. maddesindeki bazı hükümler iptal edilmiş ise de bu husus infaz aşamasında dikkate alınabileceğinden bozma nedeni yapılmamıştır. Vicdani kanının olduğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede;

Öncelikle tanık ...'un soruşturma aşamasında tedavi olduğu devlet hastanesi doktoruna, il sağlık müdürlüğü memurlarına, en son adli kolluğa vermiş olduğu ifadelerde; diş protez teknisyeni belgesi olan sanığın dişlerini muayene ettiği ve kanal tedavisi yapılmasını söylediğini, dişleri apse yaptığından ayrıca bir ilaç önerdiğini beyan etmesi,

Tanık ...'un beyanı üzerine, İl Sağlık Müdürlüğüince yapılan ihbar sonucu sanığın işyeri olarak bilinen ancak diş tabibi diğer sanık ...'ın diploması ve işyeri açma izin belgesi olan kliniğe 12.02.2015 günü gidildiği; kapıyı üzerinde beyaz önlük, elinde cerrahi eldiven ve yüzünde maske bulunan sanık ...'in açtığı, diş tabibi ...'in ise masada günlük kıyafetleriyle oturduğunun görüldüğü, bu sırada işyerindeki dişçi koltuğunda yatar vaziyette tanık ...'in bulunduğu görüldüğünün tutanakla tespit edilmesi,

Tanık ...'in soruşturma aşamasında alınan ve 08.09.2015 tarihli celsede de doğruluğunu ikrar ettiği ifadesinde ise; sanığın denetimden önceki bir tarihte işyerine diş çekimi için gittiğini, diğer sanık diş tabibi ...'in dişini çektiğini, sanık ...'in ise diş çekimi öncesi temizlik ve diş çekimi sonrasında pansuman işlemi yaptığını, denetim yapılan gün ise çekilen dişin yerine ölçü aldırarak ve protez hazırlatmak için muayenehaneye gittiğini, sanığın çekilen dişin yerine konulacak kalıp için malzeme hazırladığını, sanığın diş

çekimi öncesi ve sonrasında rol aldığını tekrarladığı, dolayısıyla hazırlık aşamasında alınan ifadesini "doğrudur" şeklinde beyan ve tasdik ederek sanığın diş çekimi öncesi ve sonrasında temizlik ve pansuman yaptığını ve olay günü de protez için ölçü aldığını beyan etmesi karşısında;

Sanığın olay tarihinde 11.06.1989 tarihinde alınan diş protez teknisyeni belgesi sahibi olduğu, denetim sırasında hastanın kıyafetlerini giymesine yardımcı olduğunu beyan etmesine rağmen, sadece hastaya yardımcı olması için önlük, eldiven ve maske takmasının inandırıcı olmadığına dair mahkemenin gerekçesinde hukuka aykırılık bulunmadığı,

Sanığın önceki tarihte hak kazandığı diş protez teknisyenliği belgesinin ancak 6225 sayılı Kanunla değişik 1219 sayılı Kanun'un ek 13. maddesinde yazılı "diş protez teknikeri" görevleriyle sınırlı işler yapmak için kullanabileceği, dolayısıyla 1219 sayılı Kanun'un Ek 7. maddesine aykırı şekilde, hastalarla arasında bir diş hekimi olmaksızın doğrudan mesleki ilişkiye girdiği, hastaları muayene ederek tedavi önerdiği, diş çekimi öncesi ve sonrasında temizlik ve pansuman yaptığı, protez için ölçüm yaptığı dosya kapsamında dinlenen tanık ifadeleriyle sabit olduğu kanaatine varılmakla,

Yükletilen suçun sanık tarafından işlendiğinin kanuna uygun olarak yürütülen duruşma sonucu saptandığı, bütün kanıtlarla aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde ve eksiksiz sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışıldığı, vicdani kanının kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı, Eylemin doğru olarak nitelendirildiği ve Kanun'da öngörülen suç tipine uyduğu, Cezanın kanuni bağlamda uygulandığı,

Ancak; Açılan kamu davasının niteliğine göre, suçtan doğrudan zarar görmeyen ve Kanun'da kamu davasına katılması konusunda özel düzenleme bulunmayan İl Sağlık Müdürlüğü'nün, davaya katılma ve hükmü temyize yetkisi bulunmadığı halde mahkemece kanuna aykırı gerekçeyle kamu davasına katılan olarak kabulü ile şikayetçi kurum lehine vekalet ücretine hükmedilmesi,

SONUÇ: Kanuna aykırı ve sanık müdafinin temyiz nedenleri yerinde görülmuş olduğundan, temyize konu hükmün bu nedenle bozulmasına, 5320 sayılı Kanun'un 8/1. madde ve fıkrası aracılığıyla 1412 sayılı CMUK'nun 322. maddesi uyarınca bu aykırılık, yeniden yargılama yapılmasına gerek olmaksızın düzeltilebilir nitelikte bulunduğundan, hüküm fıkrasının, vekalet ücretine dair "Genel olarak" şeklinde başlayan ilk

paragrafının hükümden tamamen çıkartılması ve diğer kısımlarının aynen bırakılması suretiyle, tebliğnameye uygun olarak düzeltilerek onanmasına, 23.06.2021 tarihinde oy birliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; diş protez teknisyeni belgesine sahip sanığın TŞSTİDK’un ek 7. maddesine aykırı olacak şekilde diş tabipliğine yönelik mesleki faaliyetlerde bulunduğu, hastaları muayene ederek ilaç tavsiye ettiği ve tedavi sonrası pansuman gerçekleştirdiği sabittir. Diş tedavisine yönelik tıbbi girişimlerin ancak diş hekiminin yetkisi dahilinde olduğu ilgili kanunda düzenlenmiş olup diş protez teknisyenlerinin ise faaliyet alanları oldukça kısıtlı olmakla birlikte hastalarla doğrudan mesleki ilişkiye giremeyecekleri belirtilmiştir. Bu sebeple diş protezi teknisyeni sanığın hastaya yönelmiş olduğu eylemler, müdahaleyi gerçekleştirmede yetkili sağlık personeli olmaması sebebiyle hukuka aykırı kabul edilmiş ve ilk derece mahkemesince verilen mahkûmiyet hükmü Yargıtay tarafından onanmıştır.

4.2. Olgular-2

Yargıtay 19. Ceza Dairesi’nin 25/12/2017 Tarih, 2016/15292 Esas, 2017/11617 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Yerel Mahkemece verilen hükümler temyiz edilmekle; başvurunun süresi kararın niteliği ve suç tarihine göre dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi. Sanık ... hakkında kurulan mahkûmiyet hükmü yönünden; Vicdani kanunun oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede; Yükletilen suçun sanık tarafından işlendiğinin kanuna uygun olarak yürütülen duruşma sonucu saptandığı, bütün kanıtlarla aşamalarda ileri sürülen iddia ve savunmaların temyiz denetimini sağlayacak biçimde ve eksiksiz sergilendiği, özleri değiştirilmeksizin tartışıldığı, vicdani kanunun kesin, tutarlı ve çelişmeyen verilere dayandırıldığı, Eylemin doğru olarak nitelendirildiği ve Kanun’da öngörülen suç tipine uyduğu, Anlaşılmiş ve ileri sürülen başkaca temyiz nedenleri yerinde görülmediği gibi hükmü etkileyecek oranda hukuka aykırılığa da rastlanmamıştır.

Ancak, Sanığın savunmasında, Suriye vatandaşı olduğunu, ülkesindeki savaş nedeniyle Türkiye'ye geldiğini, ülkesinde diş hekimliği yaptığını, savaş nedeniyle özel

muayenehanesini kapatmak zorunda kaldığını, Türkiye'de dış hekimliği yapmak için nasıl bir yol izlemesi gerektiğini araştırdığını, bazı şahıslarca kendisine önce muayenehane için gerekli malzemeleri temin etmesi ve daha sonra gerekli çalışma izni için Sağlık Müdürlüğüne başvuruda bulunması söylendiğini, gerekli malzemeleri temin etmesine rağmen aktif olarak çalışmaya başlamadığını beyan etmesi ve dosya içeriğinde sanığın Suriye Arap Cumhuriyeti Elbas Üniversitesi dış hekimliği bölümünden mezun olduğuna dair diplomasının bulunması karşısında, sanığa ait dış hekimliği diplomasının Türkiye'de denklik bakımından karşılığı bulunup bulunmadığı ve sanığın bu diploma ile Türkiye'de dış hekimliği yapma hakkına sahip olup olmadığı hususunda Yüksek Öğretim Kurulu'ndan görüş sorularak sonucuna göre sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik kovuşturma ile yetinilerek yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması,

Sanık ... hakkında kurulan mahkumiyet hükmüne gelince; Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede; Sanığın savunmasında, Suriye vatandaşı olduğunu, savaştan dolayı geldiği ülkesinde laboratuvar doktorluğu yaptığını, arkadaşı olan diğer sanık ...'nın Suriye'de iken dış hekimliği yaptığını, ...'nın Suriye vatandaşlarına hizmet vermek için dışyeri açacağını duyduğunu, kendisinin de bu yere bitişik olan bir ambarı tuttuğunu, Suriye'den 1 adet kan tahlili cihazı, 1 adet şeker tahlili cihazı, 1 adet mikroskop, 2 adet sendofuj cihazı getirdiğini ve kiraladığı bu yere koyduğunu, amacının burada Suriye vatandaşlarına parasız hizmet vermek olduğunu, polisler ve sağlık görevlilerinin gelerek malzemeleri aldıklarını, henüz malzemeleri tam olarak tedarik edemediğinden hizmet vermeye başlamadığını beyan etmesi, hakkında 1219 sayılı Kanun'un 41. maddesi uyarınca mahkumiyet hükmü kurulan diğer sanığın bu savunmayı teyit etmesi, sanık tarafından kiralanıp kullanıldığı ikrar edilen yerin, diğer sanık olan ... tarafından kiralanarak dış hekimliği faaliyeti için kullanılan yerin eklentisi olduğunun ve bu yerde bulunan malzemelerin münhasıran dış hekimliği için kullanılan malzemelerden olduğuna yönelik bir bilirkişi raporunun dosya içeriğinde bulunmaması ve ayrıca dosya içeriğinde sanığın Suriye Arap Cumhuriyeti Halep Üniversitesi tıp bölümünden mezun olduğuna dair diplomasının bulunması karşısında, sanığa ait hekimlik diplomasının Türkiye'de denklik bakımından karşılığı bulunup bulunmadığı ve sanığın bu diploma ile Türkiye'de tabiplik yapma hakkına sahip olup olmadığı hususunda Yüksek Öğretim Kurulu'ndan görüş sorulması ve sanıkça kiralanan yerde tespit edilen malzemelerin

ayrılarak bu malzemeler hakkında ayrıca bilirkişi raporu aldirılması ile bu hususların tespitinin ardından sanığın eyleminin 1219 sayılı Kanun'un 25. maddesinde düzenlenen suçu oluşturup oluşturmadığı da tartışılarak sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken, eksik kovuşturma ile yetinilerek yazılı şekilde hüküm kurulması,

KARAR: Bozmayı gerektirmiş ve sanıklar müdafinin temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görüldüğünden, tebliğnameye aykırı olarak HÜKMÜN 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nun 321. maddesi uyarınca bozulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine, 25.12.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; Suriye Arap Cumhuriyeti Elbas Üniversitesi dış hekimliği diplomasına sahip Suriye vatandaşı sanığın ülkesinden buraya gelerek mesleki faaliyetlerde bulunmak amacıyla mekân ve araç-gereç tahsis ettiği belirlenmiştir. Mahkemece bu doğrultuda mahkûmiyet hükmü kurulmuş olsa da Yargıtay tarafından söz konusu diplomanın ülkemizde denkliğinin bulunup bulunmadığının Yüksek Öğretim Kurulu'ndan sorulup araştırılmaması nedeniyle eksik incelemeden karar bozulmuştur. Oysa ki TŞSTİDK'un 30. maddesine göre ülkemizde bir kişinin dış hekimliği mesleğini icra edebilmesi için kural olarak Türk vatandaşı olması ve Türkiye'deki bir üniversiteden lisans diplomasının bulunması gerekmektedir. İstisnasını ise Türk soylu yabancılar ve yurtdışından öğrenim görerek lisans diploması almış Türk vatandaşları oluşturmaktadır. Bu sebeple Türkiye vatandaşı veya Türk soylu olmayan yabancı dış hekimlerinin ülkemizde mesleklerini icra edebilmeleri mümkün değildir. Ancak yabancı doktor ve hemşirelerin birtakım izin usulüne tabi olarak çalışabilmeleri mümkündür. Dolayısıyla Suriye vatandaşı sanığın dış hekimliğine yönelik mesleki faaliyetlerde bulunduğu dosya kapsamında sabit ise ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu mahkûmiyet kararı isabetli olup Yargıtay'ın bozma sebebi kapsamında sanığın diplomasının denkliğinin bulunup bulunmadığının araştırılmasının esasa etki edecek bir önemi yoktur.

4.3. Olgu-3

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 11/12/2017 Tarih, 2015/33150 Esas, 2017/10872 Karar Sayılı İlâmı:

“DAVA: Yerel Mahkemece, verilen hüküm temyiz edilmekle; başvurunun süresi, kararın niteliği ve suç tarihine göre dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü;

KARAR: Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi. Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede;

1219 sayılı Kanun'un 25. maddesi; "Diploması olmadığı halde, menfaat temin etmek amacıyla yönelik olmasa bile, hasta tedavi eden veya tabip unvanını takınan şahıs iki yıldan beş yıla kadar hapis ve bin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır." şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre, Kanun'un 25. maddesindeki suçun maddi unsurları "Menfaat temin etmek amacıyla yönelik olmasa bile diplomasız olarak hasta tedavi etmek veya tabip unvanını takınmaktır."

Mahkemece, sanığın işyerinde yapılan işlemlerin camda yapışık olarak sıralandığı, içerideki bir odada bir adet muayene sedyesi ile raflarda kullanıma hazır çeşitli ilaç ve enjektörlerin tespit edildiği belirtilen "13.03.2013" tarihli tutanakta imzası bulunan tutanak müzminlerinin ifadelerinin alınması suretiyle, tespitin hangi somut delillere istinaden yapıldığının sorulmasıyla, işyerinin bulunduğu muhitte zabıta araştırması yapılarak, suç tarihlerinde veya daha öncesinde, sanık tarafından işyeri olarak kullanılan adreste "Baran Sağlık Kabini" adıyla faaliyet gösterdiği iddia olunan işletmenin suç tarihlerinde faal olup olmadığına ve bu işyerinde hasta tedavi edilip edilmediğine dair araştırma yapılması ile buna göre sanığın hukuki durumunun tayin ve takdiri gerekirken, somut olarak bir hastayı tedavi ettiği tespit edilemeyen sanık hakkında mahkumiyet hükmü kurulması, Kabule göre de;

1-) Açılan kamu davasının niteliğine göre, 1219 sayılı Kanun'da davaya katılma hak ve yetkileri açıkça yazılı olmayan ve suçtan doğrudan zarar görmeyen İl ve İlçe Sağlık Müdürlüğü veya Diş Tabipleri Odası gibi tüzel kişi kurumların davaya katılma ve hükmü temyize yetkileri bulunmadığı gözetilmeksizin, mahkemece İl Sağlık Müdürlüğü'nün kamu davasına katılan olarak kabul edilmesiyle, katılan idare lehine vekalet ücretine hükmedilmesi,

2-) Suç tarihinin, sanığa ait işyeri adresinde Akdeniz İlçe Sağlık Müdürlüğü yetkililerince denetim yapılan "13.03.2013" tarihi olmasına rağmen, gerekçeli karar başlığında suç tarihi olarak "2013" tarihinin yazılması,

SONUÇ: Kanuna aykırı ve sanığın temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görüldüğünden, tebliğnameye uygun olarak, hükmün 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca bozulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine, 11/12/2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; sanığın içerisinde çeşitli sağlık malzemeleri bulunan “Baran Sağlık Kabini” isimli işyeri işleterek tıbbi faaliyetlerde bulunduğu gerekçesiyle ilk derece mahkemesi tarafından mahkûmiyet hükmü kurulmuştur. Fakat Yargıtay tarafından sanığın somut olarak herhangi bir hastayı tedavi etmeye yönelik bir eyleminin olduğunun tespit edilmemesi nedeniyle kararı yerinde görmeyerek bozmuştur. Tıbbi alanda diploma bulunmaksızın hastaya tıbbi girişimler yöneltilebilmesi mümkün değildir. Sanığın bu yönde bir diplomaya sahip olmadan işyeri açarak faaliyet göstermesi ve hasta tedavi etmesine yönelik eylemleri yetkisi bulunmaması sebebiyle hukuka aykırı olup cezai sorumluluğunu doğurmaktadır.

4.4. Olgular-4

Yargıtay 19. Ceza Dairesi'nin 27/04/2016 Tarih, 2015/12687 Esas ve 2016/16468 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle; başvurunun süresi, kararın niteliği ve suç tarihine göre dosya incelendi, gereği görüşülüp düşünüldü:

KARAR: Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi. Tekerrüre esas sabıkası olan sanık hakkında TCK'nın 58. maddesinin uygulanmaması karşı temyiz olmadığından bozma nedeni sayılmamıştır. Vicdani kanının oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede;

1-Tabip olmayan sanığın, yatalak hasta'a bir takım ilaçları internet üzerinden yayın yaparak vermek suretiyle kullanmasını sağlayarak vücudunda yaraların artmasına neden olduğunun iddia olunması karşısında; mümkün olması halinde hasta ... ile Kızı....'ın dinlenerek sanıkla ne zaman ve ne şekilde irtibata geçtikleri, sanık tarafından herhangi bir muayene veya müdahalede bulunulup bulunulmadığı hususları sorularak beyanlarının alınması ve sanık ile yüzleştirilmeleri, sanığa ait olduğu belirtilen internet

sayfası üzerinde bilirkişi marifetiyle inceleme yaptırılarak sanığın doktor unvanını kullanıp kullanmadığı ve hasta tedavisi yaptığına dair ibarelerin bulunup bulunmadığının tespit ettirilmesi, hastaa ait tüm raporlar getirilerek sanık tarafından verilen ilaçlardan kaynaklanan bir durum olup olmadığı yönünde rapor alınması ve ardından eylemin, 1219 sayılı Kanun'un 25. maddesinde yazılı "diplomasız olarak hasta tedavi etme" olarak değerlendirilip değerlendirilmeyeceği yönünden Adli Tıp Kurumundan rapor alınmasından sonra sanığın hukuki durumunun takdiri gerekirken eksik kovuşturma sonucu yazılı şekilde mahkumiyet kararı verilmesi,

2-Kabule göre ise; Kasıtlı suçtan ertelemeli kısa süreli olmayan hapis cezasına mahkumiyetin kanuni sonucu olarak sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 53. maddesi uyarınca hak yoksunluklarına hükmedilmiş ise de 24.11.2015 tarih ve 29542 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Anayasa Mahkemesinin 08.10.2015 tarih ve 2014/140 E., 2015/85 K. sayılı kararı ile anılan maddenin bazı hükümlerinin iptal edilmiş olması nedeniyle yeniden değerlendirme yapılması zorunluluğu,

SONUÇ: Bozmayı gerektirmiş ve sanık müdafinin temyiz nedenleri bu itibarla yerinde görüldüğünden, tebliğnameye uygun olarak HÜKMÜN 5320 sayılı Kanun'un 8/1. maddesi gereğince uygulanması gereken 1412 sayılı CMUK'nın 321. maddesi uyarınca bozulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın mahkemesine gönderilmesine, 27.04.2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; sanığın internet sitesi üzerinden hastalığı bulunan insanlara birtakım ilaçlar satmak suretiyle menfaat sağladığı ifade edilmektedir. İlk derece mahkemesi tarafından sanığın diplomasız olarak hasta tedavi ettiği kabul edilerek hakkında mahkûmiyet kararı verilmiştir. Fakat söz konusu karar eksik inceleme sebebiyle Yargıtay tarafından bozulmuştur. Zira sanığın hastalarla ne şekilde iletişime geçtiği, ne şekilde önerilerde bulunduğu, tedaviye yönelik müdahalesinin bulunup bulunmadığı ve özellikle hastanın sağlığındaki bozulmaların sanığın önerdiği ilaç sebebiyle mi meydana geldiği gibi hususlar cezalandırılması bakımından önem taşımakta olup sanığın bu yönde yetkisinin bulunmamasına rağmen ilaç satarak tedavi yöntemi önermesi cezai sorumluluğunu doğurmuştur. Ayrıca sanığın internet sitesinde hekim sıfatıyla ilaç satışı yapmasa ve ilgili ilaçların hastanın sağlığının bozulmasına sebebiyet vermese dahi bu tarz ürünlerin sertifika bulunmaksızın bu şekilde satışının

yapılması Beşeri Tıbbi Ürünlerin Tanıtım Faaliyetleri Hakkında Yönetmelik'e aykırılık teşkil etmektedir.

4.5. Olgu-5

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 04/07/2018 Tarih, 2016/25663 Esas ve 2018/7615 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taraflar arasındaki maddi ve manevi tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kısmen kabulüne kısmen reddine yönelik olarak verilen hükmün davacı avukatınca duruşmalı, davalılar avukatınca duruşmasız olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vekili avukat ... ile davalılar ... ve diğerleri vekili avukat ...'nun gelmiş olmalarıyla duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR: Davacı, davalı şirkete ait hastanede diğer davalıların murisi olan Dr. ... tarafından guatr ameliyatı yapıldığını, ancak ameliyatta ses tellerinin kesilmesi nedeniyle, akabinde ses kısıklığı ve nefes darlığı problemleri yaşadığını, yapılan ameliyatın amacına uygun gerçekleştirilmediğini ileri sürerek, ıslahen 192.957,19 TL maddi ve 80.000,00 TL manevi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalılar, yaşanan sorunların ameliyatın komplikasyonu olduğunu savunarak, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, davacı tarafından davalılar aleyhine açılan maddi tazminat davasının sübuta ermediğinden reddine, davacı tarafından davalılar aleyhine açılan manevi tazminat davasının kısmen kabulüne, 10.000,00 TL manevi tazminatın olay tarihi olan 16/09/2004 tarihinden itibaren işleyecek yasal faiziyle birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsili ile davacıya verilmesine, fazlaya ilişkin manevi tazminat talebinin reddine karar verilmiş; hüküm, taraflarca temyiz edilmiştir.

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davalının tüm, davacının aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Dava, ameliyat sırasında yapılan hata nedeniyle uğranılan maddi manevi zararın tazmini talebine ilişkindir. Mahkemece, davalıların murisi doktora kusur atfetmeyen, ... Tıp Fakültesi Öğretim Üyelerinden alınan 31.08.2012 tarihli bilirkişi heyeti raporu, 20.03.2014 tarihli Adli Tıp Genel Kurul raporu, 12-13 Şubat 2015 tarihli Yüksek Sağlık Şurası kararı benimsenmek suretiyle, davacının maddi tazminat talebi reddedilmiştir. Bununla birlikte, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olması nedeniyle, takdiren 10.000.00TL manevi tazminata hükmedilmiştir.

Taraflar arasındaki ilişki vekalet sözleşmesidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir.

Önemli bir diğer düzenleme de Avrupa Biyotıp Sözleşmesidir. Bu sözleşme 9.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin "Amaç" başlıklı 1. maddesinde; "Bu sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler." Sözleşmenin 4. maddesinde ise, "Meslek Kurallarına Uyuma" başlığı altında; "Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir." denilmektedir. Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu durumda, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olması benimsenmiştir. Diğer yandan, Biyotıp Sözleşmesinin 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. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekimlik Mesleği Etiği Kurallarının Aydınlatılmış Onam başlıklı 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 hekim ya da hastanededir.

Yukarıda izah edildiği şekilde, ... Tıp Fakültesi Öğretim Üyelerinden alınan 31.08.2012 tarihli bilirkişi heyeti raporu, 20.03.2014 tarihli Adli Tıp Genel Kurul raporu, 12-13 Şubat 2015 tarihli Yüksek Sağlık Şurası kararında, davacının yapılan guatr ameliyatı sonrasında yaşadığı sıkıntıların, ameliyatın komplikasyonu olduğu belirtilmiştir. Ancak, davalılar, davacıya yapılan ameliyat sonucunda oluşabilecek olası komplikasyonların anlatıldığına ve davacının bu işleme rıza gösterdiğine dair aydınlatılmış onam alındığına dair bir delil sunmamışlardır. Muvafakatname başlığı altında dosyaya sunulan belge, gerekli aydınlatmayı içermediği gibi, yalnızca rıza mahiyetindedir. Aydınlatılmış onamda ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Mahkemenin de kabulü bu şekildedir. Ancak, aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmemiş oluşu, yapılan müdahaleyi hukuka aykırı hale getirdiğinden, davalıların manevi tazminat dışında maddi tazminattan da sorumlu olduklarının kabulü gerekir. O halde, mahkemece, açıklanan hususlar değerlendirilerek, davacı lehine maddi tazminata da hükmedilmesi gerekirken, yanılığılı değerlendirmeye yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenlerle, temyize gelen davalının tüm, davacının sair temyiz itirazlarının reddine, 2. bentte açıklanan nedenlerle, temyiz olunan hükmün davacı yararına bozulmasına, 1.630,00 TL duruşma avukatlık parasının davalılardan alınarak davacıya ödenmesine, peşin alınan 29,20 TL harcın istek halinde davacıya iadesine, HUMK'nun 440/I maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün

içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 04/07/2018 gününde oybirliği ile karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; hastada guatr ameliyatı sonrasında olası komplikasyonların meydana gelmesi neticesinde hekimin ve hastanenin sorumluluğu değerlendirilmektedir. Bilindiği üzere kural olarak hekimin tıbbi müdahalesi neticesinde meydana gelecek komplikasyonlardan dolayı hukuki ve cezai olarak sorumluluğu bulunmamaktadır. Fakat hekimin aydınlatma yükümlülüğünün kapsamına gerçekleşmesi muhtemel komplikasyonlar da girmekte olup hastanın bu konu hakkında aydınlatılmış onamının alınması gerekecektir. Somut olayda hekim, hastaya ameliyat sonucunda oluşabilecek olası komplikasyonların anlatıldığını ve hastanın da bu ameliyata rıza gösterdiğini beyan etmişse de hastadan aydınlatılmış onam içeren yazılı bir belge almamıştır. Muvafakatname başlıklı belge ise içeriği bakımından herhangi bir aydınlatma içermediğinden salt olarak rıza niteliğinde olduğu kabul edilmiştir. Bu sebeple Yargıtay, aydınlatma şartının yazılı belge ile sağlanması gerektiğini belirterek ispat yükünü hekime yüklemiştir ve hekimin maddi tazminattan da sorumluluğu olduğu gerekçesi ile kararı bu yönden bozmuştur. Dolayısıyla aydınlatma yükümlülüğü uygun bir şekilde yerine getirilmeden gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacağından hekimin sorumluluğu meydana gelecektir.

4.6. Olgu-6

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 05/04/2018 Tarih, 2015/41712 Esas ve 2018/4243 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde taraflar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR: Davacı, böbrek rahatsızlığı nedeniyle davalı hastaneye başvurduğunu, diğer davalı doktor tarafından ameliyat edilmesi gerektiğinin söylendiğini, ilk ameliyata girdiklerini, ancak davalı doktorun babasının rahatsızlandığını duyduğundan kendisini ameliyat masasında bırakıp gittiğini, ikinci ameliyatta ise davalı doktorun bir süre uğraştıktan sonra taşları kıramadığını söyleyerek 1 hafta sonra gelmesini istediğini, üçüncü ameliyata girdiğini, bu sefer taşların kırıldığını söylenerek taburcu edildiğini,

ancak gece rahatsızlanarak devlet hastanesine gittiğini, burada böbreğine tüp veya tel olabilecek yabancı bir cismin takılı olduğunu söylendiğini, kendisine tüp takılacağı yönünde bilgi verilmediğini, 15 gün sonra tüpün çıkartıldığını, sancılarının devam etmesi üzerine Fırat Üniversitesi Hastanesine gittiğini ve burada kendisine böbrek ve idrar bağlantı noktasında delik olduğu, kan ve idrarın birbirine karıştığının söylenerek bu nedenle sol böbreğinin alındığını, davalı doktorun tedavisinde gerekli özen ve itina göstermediğini, bu nedenle maddi ve manevi zarara uğradığını ileri sürerek ve fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydıyla 10.000,00 TL maddi ve 100.000,00 TL manevi tazminatın böbreğinin alındığı 19.04.2011 tarihinden itibaren yasal faizi ile birlikte davalılardan tahsilini istemiştir.

Davalılar, hastanın onayı alınarak kendisine stent takıldığını, kusurlarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı ve davalılar tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacı, eldeki dava ile davalı hastanede kendisini ameliyat eden davalı doktorun gerekli özeni göstermemesi nedeni ile sol böbreğinin alındığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat talep etmiştir. Davalılar, herhangi bir kusurlarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişler; Mahkemece, soruşturma aşamasında alınan adli tıp raporu ve yargılama sırasında alınan bilirkişi raporu doğrultusunda davanın reddine karar verilmiştir. Taraflar arasındaki ilişki vekalet ilişkisidir. Vekil, vekalet görevini yerine getirirken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışlarının özenli olmayışından doğan zararlardan sorumludur. O nedenle, vekil konumunda olan doktorların bilim ve teknolojinin getirdiği bütün imkanları kullanmak suretiyle özen borcunu yerine getirmeleri gerekir.

Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutularak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yolu seçmek gerekir. Gerçekten de hasta mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam

ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.

Diğer yandan, Biyotıp Sözleşmesinin 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. Salt yapılacak işleme rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim Etiği Yönetmeliği'nin 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 ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir.

Somut olayda gerek ceza soruşturması sırasında alınan Adli Tıp raporunda gerekse yargılama sırasında alınan bilirkişi heyet raporunda üreteroskopik uygulamalar esnasında üreteral yaralanmalar gelişebileceği, üreterin kopması veya delinmesi gibi istenmeyen komplikasyonların oluşabileceği bildirilmiştir. Davacı, davalı doktorun kendisine bilgi vermeksizin ve onayını almaksızın stent takıldığını ileri sürmektedir Her ne kadar davalılar, onayı alınarak davacıya stent taktıklarını ileri sürmüşlerse de buna ilişkin olarak dosyada bir onam belgesi bulunmamaktadır. O halde mahkemece, bu

konuda ispat külfetinin davalılarda olduğu hususu dikkate alınmak ve taraf delilleri toplanmak sureti ile davacıya gerçekleştirilen tedavi yöntemi konusunda aydınlatma külfetinin yerine getirilip getirilmediğinin değerlendirilmesi ve sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm kurmuş olması usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre davalının temyiz itirazlarının incelenmesine şimdilik gerek görülmemiştir.

3-Her ne kadar karar başlığında davalı tüzel kişiliğin adı yerine hastanenin adı yazılmış ise de bu husus HMK'nun 304. maddesi uyarınca mahallinde her zaman düzeltilebileceğinden bozma nedeni yapılmamıştır.

SONUÇ: Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacı yararına bozulmasına, (2) numaralı bentte açıklanan nedenle davalının temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan 27,70 TL harcın davacıya, 27,70 TL harcın davalılara iadesine, HUMK'nun 440/I maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 05/04/2018 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; böbrek rahatsızlığı sebebiyle ameliyat olan hastanın komplikasyon sonucu böbreğinin alınması sebebiyle uğradığı maddi ve manevi zarar bakımından hekimin gerçekleştirdiği tıbbi müdahalenin hukuka uygunluğu değerlendirilmektedir. Hekim, hastası ile arasındaki vekalet sözleşmesi sebebiyle sonuç garantisini vermemesine rağmen gerekli dikkat ve özeni sağlamakla yükümlüdür. Hastada meydana gelen olumsuz sonuçlar, söz konusu ameliyatın olası komplikasyonları arasında kabul edilse de ameliyat sonrası hastaya stent takılacağı hususunda hastanın bilgilendirilerek rızasının alınması gerekmektedir. Zira stent takmak suretiyle hastanın vücut bütünlüğüne bir müdahale söz konusu olup hastanın aydınlatılarak hür iradesine başvurulmaması durumunda gerçekleştirilecek müdahale hukuka aykırı hale gelecektir. Dosya kapsamında bu yönde bir aydınlatılmış onamın bulunup bulunmadığının araştırılmadan hüküm kurulması sebebiyle Yargıtay tarafından karar bozulmuştur. Hekimin tıbbi müdahalesi ile meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunması ve hastanın aydınlatılmış onamının alınmamış olması durumunda hekimin sorumluluğunun bulunduğu kabul edilecektir.

4.7. Olgu-7

Yargıtay 18. Hukuk Dairesi'nin 06/03/2014 Tarih, 2013/16178 Esas ve 2014/3998 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Ereğli (Konya) Cumhuriyet Başsavcılığının ihbarı üzerine ŞY'nin organ bağışlayabilmesi amacıyla vasisine izin ve yetki verilmesi davasında Ereğli (Konya) Sulh Hukuk Mahkemesince verilen ve Yargıtayca incelenmeksizin kesinleşmiş bulunan 23/1/2013 günlü ve 2010/453-575 sayılı Kararın yürürlükteki hukuka aykırı olduğu savıyla Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının 23/9/2013 gün ve Hukuk-2013/250334 sayılı yazısıyla kanun yararına temyiz edilerek bozulması istenilmiş olmakla, dosyadaki tüm kağıtlar okunup gereği düşünüldü:

KARAR: Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Ereğli (Konya) Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 23/1/2013 gün 2010/453 E.-575 K. karar sayılı ek kararının usul ve yasaya aykırı olması nedeniyle kanun yararına bozulması istenilmiştir.

2709 sayılı T.C. Anayasasının 12. maddesinin 1. fıkrası, herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğu; kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığını taşıyan 17. maddesinde, herkesin yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip bulunduğu tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23. maddesinde ise, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandıramayacağı, yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olduğu, ancak biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı; 403. maddesinin 1. fıkrasında da vasinin vesayeti altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlü olacağı; 447. maddesinde vasinin kısıtlıyı korumak ve bütün kişisel işlerinde ona yardım etmekle yükümlü olduğu; 448. maddesinde vesayet dairelerinin yetkilerine ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla vasinin vesayeti altındaki kişiyi bütün hukuki işlemlerinde temsil edeceği; 449. maddesinde ise, vesayet altındaki kişi adına kefil olmanın vakıf kurmanın ve önemli bağışlarda bulunmanın yasaklandığı; 462. maddesinde, taşınmazların alımı, satımı, rehn edilmesi ve bunlar üzerinde başka bir ayni hak kurulması, olağan yönetim ve

işletme ihtiyaçları dışında kalan taşınır veya diğer hak ve değerlerin alımı, satımı, devri ve rehnedilmesi, olağan yönetim sınırlarını aşan yapı işleri, ödünç verme ve alma, kambiyo taahhüdü altına girme, bir yıl veya daha uzun süreli ürün ve üç yıl veya daha uzun süreli taşınmaz kirası sözleşmeleri yapılması, vesayet altındaki kişinin bir sanat veya meslekle uğraşması, acele hâllerde vasinin geçici önlemler alma yetkisi saklı kalmak üzere, dava açma, sulh olma, tahkim ve konkordato yapılması, mal rejimi sözleşmeleri, mirasın paylaşılması ve miras payının devri sözleşmeleri yapılması, borç ödemededen aciz beyanı, vesayet altındaki kişi hakkında hayat sigortası yapılması, çiraklık sözleşmesi yapılması, vesayet altındaki kişinin bir eğitim, bakım veya sağlık kurumuna yerleştirilmesi, vesayet altındaki kişinin yerleşim yerinin değiştirilmesi için vesayet makamının izni gerektiği; 463. maddesinde de, vesayet altındaki kişinin evlat edinmesi veya evlat edinilmesi, vesayet altındaki kişinin vatandaşlığa girmesi veya çıkması, bir işletmenin devralınması veya tasfiyesi, kişisel sorumluluğu gerektiren bir ortaklığa girilmesi veya önemli bir sermaye ile bir şirkete ortak olunması, ömür boyu aylık veya gelir bağlama veya ölüncüye kadar bakma sözleşmeleri yapılması, mirasın kabulü, reddi veya miras sözleşmesi yapılması, küçüğün ergin kılınması, vesayet altındaki kişi ile vasi arasında sözleşme yapılması için vesayet makamından sonra denetim makamının da izninin zorunlu olduğu; 466. maddesinde ise, vesayet organları ve vesayet işleriyle görevlendirilmiş olan diğer kişilerin bu görevlerini yerine getirirlerken iyi bir yönetimin gerektirdiği özeni göstermekle yükümlü oldukları hükme bağlanmıştır.

2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun'un 5. maddesinde, onsekiz yaşını doldurmamış ve mümeyyiz olmayan kişilerden organ ve doku alınması yasaklanmıştır; 10/8/2003 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanan 2003/5960 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzüğü'nün 15. maddesinde ise, vasinin vesayetine verilen kişinin bakımına, eğitimine, kişilik haklarının korunmasına ve hukuki işlemlerde temsiline ilişkin olarak gereken özeni göstermek, mal varlığını iyi bir yönetici gibi özenle yönetmek zorunda olduğu hükmü getirilmiştir.

Dosya içindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinden; TY'nin, Ereğli (Konya) Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 3/6/2010 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı kesinleşen ilamıyla kardeşi ŞY'a vasi olarak atandığı, kısıtlı ile müşterek kardeşleri olan DY'a, kısıtlı Ş'den organ nakli yapılabilmesi için vasi tarafından Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi'ne

başvurulduğu, mahkemece Adli Tıp'tan bir böbreğin alınması halinde diğer böbrekte hastalık veya hasar oluşmaması durumunda yaşam boyu vücut fonksiyonlarının idamesi için yeterli olacağı ancak kişide mevcut akıl zayıflığının olayın anlam ve sonuçlarını kavrama, hukuki ve psikolojik yanının değerlendirilmesine engel olacağına ilişkin olarak alınan rapor doğrultusunda söz konusu iznin verildiği ve bu kararın 18/2/2013 tarihinde kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Yasa koyucu, vasiyin yapmasının yasak olduğu iş ve işlemleri, vesayet makamının izni gereken haller ile vesayet makamının izninden sonra denetim makamının da izninin gerekli olduğu halleri açıkça saymakla, bunun dışındaki iş ve işlemlerin yapılamayacağını da göstermiştir. Kaldı ki, en temel insan hakkı olan yaşam hakkı ve vücut bütünlüğüne ilişkin olarak Anayasa'da, tıbbi zorunluluklar ve kanunda yazılı haller dışında, kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı, rızası olmadan bilimsel ve tıbbi deneylere tabi tutulamayacağı, Türk Medeni Kanunu'nda ise, ancak yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olacağı, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan da edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği, maddi ve manevi tazminat isteminde bulunulamayacağı açıkça düzenlenmiştir.

Yukarıda açıklanan mevzuatın emredici hükümleri dikkate alındığında Ereğli Sulh Hukuk Mahkemesi'nin 23/1/2013 gün 2010/453 Esas 575 Karar sayılı hükmü ile kısıtlı ŞY'dan kardeşi EY'a böbrek nakli hususunda irade beyanında bulunmak ve bu doğrultuda gerekli işlemleri yapmak üzere vasi TY'a izin ve yetki verilmesine ilişkin karar usul ve yasaya aykırıdır.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan nedenlerle Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığının temyiz itirazlarının kabulü ile hükmün HUMK'nun 427. maddesi gereğince sonuca etkili olmamak kaydıyla kanun yararına bozulmasına ve gereği yapılmak üzere kararın bir örneği ile dosyanın Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesine, 06.03.2014 gününde oybirliği ile karar verildi."

Söz konusu olgu incelendiğinde; vesayet altındaki kısıtlı kişiden organ nakli için mahkemeden izin alınmıştır. Fakat en temel insan haklarından olan yaşama hakkı ile vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkı Anayasa'da düzenlenen kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklardandır. Kişinin vücudundan organ bağışı almak ise ancak kişinin hür iradesiyle göstereceği rızaya bağlıdır. Zira böyle bir durum organ bağışında bulunacak

kısıtlının üstün menfaatleri bakımından bir gereklilik arz etmemektedir. Türk Medeni Kanunu'nda da organ naklinin ancak yazılı rıza iradesi üzerine gerçekleştirilebileceği hüküm altına alınmaktadır. Dolayısıyla organ nakli hususunda bizzat organ bağışçısı kısıtlı yerine vasisinin gösterdiği rıza beyanı geçersiz olup bu doğrultuda yapılacak tüm tıbbi müdahaleler hukuka aykırı olacaktır.

4.8. Olgu-8

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 02/07/2014 Tarih, 2013/23012 Esas ve 2014/22561 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taraflar arasındaki maddi-manevi tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün davacı avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davacı vekili avukat K. E. geldi. Karşı taraftan gelen olmadığından onun yokluğunda duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR: Davacı, 24.03.2008 tarihinde davalı doktorlardan oluşan heyet tarafından diğer davalı hastanede bilateral total tiroidektomi ameliyatı yapıldığını, ameliyat sonrasında ses kısıklığı ve nefes darlığının oluştuğunu, toplum içine rahatça çıkamadığı gibi sosyal yaşantısının kısıtlandığını, ameliyatın muhtemel sonuçları hakkında tarafına bilgide verilmediğini ileri sürerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalmak kaydı ile 10.000 TL maddi, 75.000,00 TL manevi tazminatın tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davahılar, davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, alınan Adli Tıp 3. İhtisas Kurulunun raporu doğrultusunda, tüm tıbbi uygulama ve prosedürlerin tıp kurallarına uygun olduğunun belirlendiği, hastada oluşan şikâyetin komplikasyon niteliğinde olduğu, davacının da annesinin guatr hastalığından dolayı daha önce ameliyat olduğu ve davacının ameliyat hakkında tıbbi bilgisi bulunduğu gerekçeleri ile davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Dava, davacının tedavisini üstlenen davalı hastane ve istihdam ettiği doktorunun teşhis ve tedavi sırasındaki kusurları nedeniyle oluşan zararın giderilmesi isteğine ilişkindir. Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdini düzenleyen 386 ve devamı maddeleri uyarınca

Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurunda bile sorumludur. (BK.nun 321/1 md.) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, BK.nun 394/1. maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbin gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır. Önemli bir diğer düzenleme de Avrupa Biyotıp Sözleşmesidir. Bu sözleşme 9.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin Amaç başlıklı 1. maddesinde; Bu sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler. Sözleşmenin 4. maddesinde ise, Meslek Kurallarına Uyuma başlığı altında; “Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olarak yapılması gerekir.” denilmektedir. Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu durumda, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olması benimsenmiştir.

Diğer yandan, Biyotıp Sözleşmesinin 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. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Ancak bu rızanın da az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Nitekim Hekim ile Meslek Etiği kurallarınının 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 ise ispat külfeti hekim ya da hastanededir. Davacı tarafından 24.03.2008 tarihinde imzalanan Bilgilendirilmiş Onam belgesinde işlemin tıbbi sonuçlarının ve olası komplikasyonlarının anlatıldığı ve davacının bu işleme rıza gösterdiği yazılı ise de bu rızanın az yukarıda vurgulandığı üzere aydınlatılmış rıza olması gerekir. Anılan belgede önerilen tedavi yönteminin başarı şansı ve süresi, bu yöntemin hastanın sağlığı için taşıdığı riskler, tıbbi sonuçları ve olası komplikasyonları konularında bir açıklama bulunmamaktadır. Öyle olunca, davalıların ameliyat öncesi muhtemelen hasıl olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmeleri bir zorunluluktur. Dosyaya ibraz edilen bir onam belgesi de bulunmamaktadır. Davalı tarafın, davacıyı bu konuda bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve davacının yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, operasyonun komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona davacının rıza gösterip göstermeyeceği konuları dosya içeriği ile anlaşılabilir. Hal böyle olunca bu konuda varsa davalı delilleri toplanarak

sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup, bozma gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz edilen kararın davacı yararına bozulmasına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, 02.07.2014 gününde oybirliği ile, karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; hastanın geçirmiş olduğu ameliyat sonrasında birtakım komplikasyonlar meydana gelmiş olup hastanın bu konuda aydınlatılmış onamının alınıp alınmadığı hususunda uyuşmazlık ortaya çıkmıştır. Hekim tarafından “Bilgilendirilmiş Onam” başlıklı belgenin hastaya imzalatılarak aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği ve hastanın annesinin de daha önce aynı ameliyatı geçirmesi sebebiyle meydana gelecek olası sonuçları bileceği savunması yapılmıştır. Fakat her tıbbi müdahale öncesinde hekim, hastanın sosyal ve kültürel konumunu da dikkate alarak anlaşılır bir dille müdahale yöntemini, alternatiflerini, olası sonuç ve riskleri hakkında hastayı aydınlatarak bu doğrultuda hastanın rızasını alması gereklidir. Kişinin bir yakınının ya da bizzat kendisinin daha önceden aynı işlemlerle muhatap olması hekimin aydınlatma yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. Zira hastanın ameliyat öncesi muhtemelen sonuç ve komplikasyonlar hakkında bilgilendirilmesi bir zorunluluktur. Dolayısıyla müdahale öncesinde hastanın bizzat bilgilendirilerek rızasının alınmaması halinde gerçekleştirilecek işlemler hukuka aykırı hale gelecektir. Yargıtay ise hekimin, hastayı ameliyat hakkında bilgilendirdiği ve gerekçeli açıklamaları yaparak uyardığı hususu ve hastanın yeterli derecede aydınlatılıp aydınlatılmadığı, ameliyat sonrası olası komplikasyonlarının bilinmesi halinde dahi bu operasyona rıza gösterip göstermeyeceği konularında bir değerlendirme yaptıktan sonra karara bağlanması gerektiğini ifade etmiştir.

4.9. Olgu-9

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 26/11/2013 Tarih, 2013/16398 Esas ve 2013/16634 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taraflar arasında görülen tazminat davasının yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen hükmün temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması davacı vekili tarafından istenilmekle; taraflara yapılan tebligat üzerine duruşma için tayin olunan günde temyiz eden davacı vekili, temyiz olunan davalılar

vekili geldi. Gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için saat 14.00'e bırakılması uygun görüldüğünden, belli saatte dosyadaki bütün kağıtlar okunarak, Tetkik Hakiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü:

KARAR: Davacı vekili dilekçesi ile; müvekkilinin, yüzünün görünümünün daha estetik hale gelmesini istediğini, bu konuda hizmet veren başvurduğunu ve yapılacak (dolgu) işlemleri için 1200 TL karşılığında anlaştıklarını; davalı hekimin muayenehanesinde tam anestezi için gereken koşullar bulunmadığından, işlemin diğer davalı (özel) Hastanede yapılmasının kararlaştırıldığını; müvekkilinin, 07.12.2007 tarihinde, yanında kız kardeşi olduğu halde anılan hastaneye gittiğini ve davalı hekim tarafından gereken estetik müdahalenin gerçekleştirildiğini; müdahaleden sonra davalı hekimin, her şeyin yolunda gittiğini hiç bir sorun yaşanmadığını bildirdiğini; ancak, operasyonun ertesi günü, müvekkilinin yüzünün gerildiğini ve şişmeye başladığını; derhal durumun doktora bildirildiğini; ne var ki, müvekkilinin durumunda iyiye gidip olmadığını, yüzündeki şişlikler ve akıntı nedeniyle yemek dahi yiyemediğini, büyük acı ve ızdırap çektiğini; davalının, bu operasyonu gerçekleştirmeden önce, gerekli tahlilleri ve alerji testlerini yaptırmadığını, kusurlu bulunduğunu iddia ederek; davalıya yapılan ödemenin müvekkiline iadesine, çalışmadığı dönemde mahrum kaldığı ve kalacağı kazancının karşılığı olarak maddi tazminata ve çektiği elem ve ızdırap karşılığında manevi tazminata hükmedilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar vekili cevap dilekçesinde; davacıyla ilgili işlemin, sözlü mülakat ve yapılan muayeneden sonra, sedasyon anestezi için bir sakınca olmadığı tespit edildikten, yapılacak işlemlerle ilgili detaylı bilgi ve açıklama yapıldıktan ve en önemlisi de uygulanacak kullanma kataloğunda yazılı tüm bilgilendirmeler yapıldıktan sonra davalı hastanede tamamen steril bir ortamda yapılmış olan bir işlemler gerçekleştirildiğini savunarak; haksız ve mesnetsiz açılan davanın reddini istemiştir.

Mahkemece; "... raporundan; davalı doktor tarafından davalı hastanede yüzüne enjeksiyon yaptırdıktan sonra davacıda reaksiyon geliştiği, davacıya uygulanan maddenin bu tip olgularda kullanılabilceği, uygulayan kişinin doktor olduğu, işlemin hastanede yapıldığı, kullanılan maddenin prospektüs bilgisinde ve dermatoloji uzmanının muayenesinde belirtildiği üzere, granülom, apse ve aşırı hassasiyetin görülebileceğinin belirtildiği dikkate alındığında, ortaya çıkan bu tablonun komplikasyon olarak kabul edilmesi gerektiği, uygulamaların tıp kurallarına uygun

olduğu, herhangi bir tıbbi uygulama hatası bulunmadığı, davalı doktorun bir ihmal veya kusurunun bulunmadığı anlaşılmıştır, gerekçesiyle" davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından süresinde temyiz edilmiştir.

Yanlar arasında, davacının yüzünün görünümünün daha estetik bir hale gelmesi hususunda (bu hususta uzman) davalı doktor ile estetik operasyon için anlaşma yapıldığı ve davalı doktor tarafından diğer davalı hastanede uygulamanın gerçekleştirildiği; böylece, taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır.

Eser, yüklenicinin sanat ve becerisini gerektiren bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar. Bu arada belli bir sonucun ortaya çıkması amaçlanır. Meydana getirilen eserin, iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde, sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulmuş olur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özellikleri taşıması aranır. Aksi halde, eserin ayıplı olduğu kabul edilir. Ayıplı eseri meydana getiren yüklenici ise, ortaya çıkan ayıp ve eksikliklerden ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumludur.

Yüklenici hangi yöntemi kullanırsa kullansın eserin ayıpsız olarak ortaya çıkması gerekir. Yüklenici, sadakat ve özen borcu gereğince eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde meydana getirmek zorundadır. Akdın gereği gibi veya zamanında ifasını tehlikeye koyan tüm hallerinden zamanında iş sahibine haber vermek zorundadır. Yüklenicinin genel ihbar yükümlülüğünden doğan çeşitli özel açıklama ve yol gösterme yükümlülükleri vardır. Yüklenici ihbar mükellefiyetini zamanında yerine getirmese bundan doğacak tüm zarardan da sorumludur (BK. md. 96). (TBK. md. 112) O halde, davalının ameliyat öncesi muhtemelen hasil olabilecek sonuç ve komplikasyonlar hakkında hastasını bilgilendirmesi BK. 357.(TBK. 472) maddesine göre bir zorunluluktur.

Dosya içeriğinden, davalı doktor ile görüşen davacının, operasyonun türü hakkında bilgilendirildiği anlaşılmıştır. Ancak, operasyonun muhtemel risklerinin anlatıldığı ve davacının kabul ettiğine dair davalı tarafından bir bilgi ve belge sunulmamış, dinlenen davalı tanıkları da bu hususta açık bir beyanda bulunmamışlardır. Davacının kız kardeşinin de aynı operasyonu yaşadığı ve davacının bu konuda bilgi sahibi olduğu

iddia edilmiş ise de bu beyanlar, davacının oluşabilecek risklerle ve gelişecek komplikasyonlarla ilgili bilgilendirildiği anlamına gelmemektedir. Kaldı ki, bu operasyon sonucu davacının yüzünde alerjik reaksiyon sonucu şişlikler ve iltihaplı yaralar oluştuğu, estetik amaçlı güzelleşme beklentisinin karşılanmadığı, eserin ayıplı hale geldiği anlaşılmaktadır.

Hükme esas alınan, davalı doktorun, davacıyı aydınlatma borcunu yerine getirip getirmediği tartışılmamıştır. Eksik inceleme ve araştırma sonucu hüküm kurulamaz. O halde, mahkemece; yukarıda açıklanan hususlarla ilgili, hukuki yorumda yardımcı olabilecek bir hukukçunun da bulunduğu bilirkişi kurulundan maddi tazminata ilişkin rapor alınarak, sonucuna göre hüküm kurulmak gerekirken, yanlıgılı gerekçe ve eksik inceleme sonucu, davanın reddi bozmayı gerektirmiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK.nun 428.maddesi gereğince bozulmasına, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davacı taraf için duruşma tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre takdir edilen 990 TL vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacı tarafa verilmesine ve peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 26.11.2013 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; estetik nitelik taşıyan bir ameliyat için uzman hekimle anlaşılan kişinin operasyon sonucunda yüzünde meydana gelen bozulmalar sebebiyle gerçekleştirilen işlemlerde hekimin sorumluluğu tartışılmaktadır. Her ne kadar dosya kapsamında alınan bilirkişi raporu doğrultusunda kişinin ameliyat sonrası yüzünde meydana gelen bozulmaların ilgili işlemin olası komplikasyonları arasında olduğu belirtilmişse de taraflar arasında akdedilen hekimlik sözleşmesi estetiksel bir nitelik taşıdığı için eser sözleşmesi hükümlerine göre değerlendirilmesi gerekmektedir. Eser sözleşmesi kapsamında yüklenici sıfatındaki hekimin ayıpsız olacak şekilde bir eser meydana getirmesi gerekmektedir. Olası aksi sonuçlar ve komplikasyonlar hakkında da iş sahibi sıfatındaki hastayı bilgilendirme yükümlülüğü bulunmaktadır. Hastanın daha önce kız kardeşinin de aynı operasyonu geçirdiğinden bahisle hekimin aydınlatma yükümlülüğünün azaldığından veya tamamen ortadan kalktığından söz edebilmek mümkün değildir. Hekim tarafından estetik operasyonunun muhtemel risk ve sonuçlarının anlatılması ve hastanın ise bu durumları kabul ederek operasyona rıza göstermesi gerekmekte olup bu hususta ispat yükünün hekime ait olduğu kabul

edilmektedir. Özellikle eser sözleşmesi niteliği taşıyan tıbbi müdahalelerde aydınlatılmış onamın kapsamının daha geniş olması gerektiği kabul edilmektedir. Dolayısıyla gerekli bilgilendirme yapılmaksızın kişinin rızasının alınmadığı estetik müdahalelerde hekimin meydana getirdiği ayıplı eserden dolayı sorumluluğu gündeme gelecektir.

4.10. Olgu-10

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 15/03/2012 Tarih, 2012/177 Esas ve 2012/6939 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Dava dilekçesinde 105.000,00 TL tazminatın faiz ve masraflarla birlikte davalı taraftan tahsili istenilmiştir. Mahkemece davanın reddine dair verilen hükmün temyiz incelemesinin duruşmalı olarak yapılması davacı vekili tarafından istenilmekle; taraflara yapılan tebligat üzerine duruşma için tayin olunan günde temyiz eden Davacı Vek. Av.....geldi. Aleyhine temyiz olunan Davalılar Vek. Av.... ile geldiler. Gelen vekillerin sözlü açıklamaları dinlendikten sonra işin incelenerek karara bağlanması için 15.03.2012 günü saat 14.00'e bırakılması uygun görüldüğünden, belli saatte dosyadaki bütün kağıtlar okunarak, tetkik hakiminin açıklamaları dinlenip, gereği düşünüldü.

KARAR: Davacı vekili; davacının büyük ve sarkık meme şikâyeti ile davalı Özel Hastanesine giderek plastik ve rekonstrüktif cerrahi estetik alanında uzman davalı Dr.....'na estetik amaçlı ameliyat olduğunu, meme uçlarının yerlerinin değiştirilmesine doktorun istemi üzerine müsaade ettiğini, ancak bu ameliyatın hangi riskleri taşıdığı davalı tarafından anlatılmamış olduğunu, enfeksiyon ve yanlış operasyon sonucu meme uçlarını kaybettiğini ve memenin görünümünün tamamen estetikten yoksun, bakılamaz bir hal aldığını, bu durumdan davacının son derecede etkilendiğini, buna sebep olan davalıların sorumlu bulduklarını ileri sürerek, 100.000,00 TL manevi ve 5.000,00 TL maddi tazminatın davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline karar verilmesini istemiştir.

Davalı vekili; davacının ileri derecede büyük ve sarkık göğüslerinin neden olduğu bel, boyun ve sırt ağrıları nedeniyle hastaneye başvurduğunu, operasyonların risklerinin açıklandığını, hasta ile birlikte ve onun rızası ile meme başının serbestleştirilip yeni yerine taşınması tekniği ile küçültme yapılmasına karar verildiğini, operasyondan sonra yapılacak işlemler anlatılıp çıkartılan davacının haftada iki kez

olmak üzere kontrole çağrılmasına rağmen kontrole gelmediğini, komplikasyonda davalı doktorun kusurundan kaynaklanmış bir durum olmadığını, yanlar arasındaki ilişkinin eser değil, tedavi amaçlı müdahale olduğunu belirterek, kusursuz olması nedeniyle davanın reddine karar verilmesini istemiştir.

Davalı Özel Hastane vekili; davacının müvekkili şirketin işlettiği hastaneye her iki memede ileri derecede büyüklüğe bağlı boyun ve sırt ağrısı şikâyeti ile başvurduğunu, meme küçültme ve dikleştirme ameliyatı talebi ile başvuruda bulunduğu iddiasının gerçeği yansıtmadığını, cerrahi müdahaleden sonra gerekli muayene, tetkik ve tedaviden kaçınmış olduğunu belirterek davanın reddine karar verilmesini savunmuştur.

Mahkemece, tanık beyanları ile davacının operasyon hakkında önceden bilgilendirildiği ve operasyon sonrası kontrollerini aksattığı, verilen takipsizlik kararı ile Adli Tıp 3. İhtisas Kurulu raporundan ise davalı doktorun eyleminin tıp kurallarına uygun olduğu anlaşılınca davalı doktor ve çalıştığı hastane hakkında açılan davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Yanlar arasında davacının memelerinin küçültülmesi yanında, meme başları da taşınmak suretiyle estetik bir görünüm kazandırılmasının da amaçlandığı, dolayısıyla ameliyatı da plastik ve rekonsrüktif cerrahi uzmanı davalı doktorun gerçekleştirdiği, böylece taraflar arasında eser sözleşmesi kurulduğu anlaşılmaktadır.

Eser yüklenicinin sanat ve beceriyi gerektiren, bir emek sarfı ile gerçekleştirilen sonuçtur. Yüklenicinin eseri iş sahibinin yararına olacak şekilde ve ona hiçbir zarar vermeden meydana getirmesi, davalı yüklenicinin hem sadakat hem de özen borcunu kapsar. Burada belli bir sonucun ortaya çıkması amaçlanır. Meydana getirilen eserin iş sahibinin beklentisini karşılamaması halinde sözleşmedeki yarar dengesi iş sahibi aleyhine bozulmuş olur. Bu bakımdan eserin fen ve sanat kurallarına uygun, iş sahibinin beklentilerini karşılar özellikleri taşıması aranır. Aksi halde eserin ayıplı olduğu kabul edilir. Ayıplı eseri meydana getiren yüklenici ise ortaya çıkan ayıp ve eksiklerden ayıba karşı tekeffül borcu nedeniyle sorumludur. Yüklenici hangi yöntemi kullanırsa kullansın eserin ayıpsız olarak ortaya çıkması gerekir.

Dosya içeriğinden, davalı doktor ile görüşen davacının ameliyatın türü hakkında bilgilendirildiği ve ikinci bir ameliyat olmamak adına ilk ameliyatta meme küçültme yanında estetik açıdan meme başının da taşınmasına karar verildiği anlaşılmaktadır. Ancak operasyon için davacının kızının oluru alınmış ise de davacıya ameliyatın

risklerinin anlatıldığı ve kabul ettiğine dair bir bilgi ve belge sunulmamış, dinlenen davalı tanıkları kendilerine benzer ameliyatlarda davalı doktorun bilgi verdiğini beyan etmişler ise de bu beyanlar davacının da bilgilendirildiğini kabule yeterli görülmemiştir. Kaldı ki bu ameliyat sonrası davacının meme uçlarının nakledildiği yere yapışmaması nedeniyle zaten eser ayıplı hale gelmiştir. O halde, mahkemece hukuki yorumda yardımcı olabilecek bir hukukçunun da bulunduğu bilirkişi kurulundan maddi tazminata ilişkin rapor alınarak sonucuna göre hüküm kurulmak gerekirken, yanılığın gerekçe ile davanın reddi doğru görülmemiştir.

SONUÇ: Bu itibarla yukarıda açıklanan esaslar göz önünde tutulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi isabetsiz, temyiz itirazları bu nedenlerle yerinde olduğundan kabulü ile hükmün HUMK. nun 428.maddesi gereğince bozulmasına, Yargıtay duruşmasında vekille temsil edilen davacı taraf için duruşma tarihinde yürürlükte bulunan Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi hükümlerine göre takdir edilen 900 TL vekalet ücretinin davalıdan alınıp davacı tarafa verilmesine, peşin alınan temyiz harcının istek halinde temyiz edene iadesine, 15.03.2012 tarihinde oybirliği ile karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; estetik operasyon niteliği taşıyan ameliyat sonrası meydana gelen ayıplı eserden dolayı hekimin sorumluluğu ve müdahalesinin hukuka uygunluğu irdelenmektedir. Taraflar arasında estetik müdahaleden doğan bir eser sözleşmesi kurulduğuna göre tarafların iradesine uygun olacak şekilde hekimin ortaya bir eser meydana getirmesi gereklidir. Aksi halde hekimin muhtemel olumsuz sonuçlar hakkında zamanında bilgilendirme yapmaması durumunda ayıptan doğan sorumluluk gündeme gelecektir. Gerçekleştirilen operasyon hakkında kişinin bizzat aydınlatılarak rızasının alınması ve bu durumun da ispat kolaylığı bakımından kayıt altına alınması gereklidir. Fakat somut olayda hekim, operasyona maruz kalan kişi yerine kızını bilgilendirdiği savunmasında bulunmuş olup hekimin yapmış olduğu bu bilgilendirmenin hukuken bir geçerliliği bulunmamaktadır. Dolayısıyla hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahale hakkında gerekli bilgilendirmenin yapılarak hastanın bizzat rıza iradesinin alınması gereklidir. Yargıtay da bu hususta bir araştırma yapılarak hekimin ayıplı eser sebebiyle sorumluluğunun bulunup bulunmadığının araştırılması gerektiğini belirtmiştir.

4.11. Olgu-11

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 06/11/2019 Tarih, 2016/10766 Esas ve 2019/10896 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR: Davacılar vekili, davacılarından ...'nın hamileliği süresince tıbbi yardım almak amacıyla davalı hastaneye başvurduğunu, bu hastanede çalışan Dr. ... tarafından kontrollerinin yapıldığını, her kontrolden sonra hiçbir problem olmadığını beyan edildiğini, doğumdan önce en son 18/01/2011 tarihinde de davalılara başvurduğunu, yine hiçbir sorun olmadığını söylediğini, 22/01/2011 tarihinde doğum sancısının başladığını, doğumhaneye alındığını, doktorun doğumhaneye geç geldiğini, doğumun bebeğin iri olması nedeniyle çok zorlu geçtiğini, doğum sırasında bağırsımlar ve kargaşanın yaşandığını, doktorların böyle bir doğum görmedik, nasıl gerçekleşecek dediklerini, bu sırada Dr. ...'ın "doğumhanede oksijen tüpü nasıl olmaz" diye bağırdığını, doğum sonrası çocuğun küveze gecikerek konulduğunu, davalı doktorun çocukta bir problem olmadığını, oksijen verilmesi gerektiğini, yoğun bakım ünitesinde tutulması gerektiğini söylediğini, davalı hastanenin yeni doğan yoğun bakım ünitesinin tadilatla olması nedeniyle ... Park Hastanesine sevk işlemi yapıldığını, sevk solunum ve dolaşım yetmezliği tanısıyla yapıldığını, klinik tanı kısmında; hamilelik yaşına göre ağır bebek olduğu, miadından önce doğduğunun yazdığını, ayrıca küçük ...'ın kafasının muhtelif yerlerinde yaralar olduğunu, özellikle beyin kısmında açık ve büyük bir yara olduğunu, bu yarada kanama olduğunu, sağ ve sol köprücük kemiklerinin kırılmış olduğunu, tüm bunların dikkatsizlik, tedbirsizlik ve yeterli özenin gösterilmemesi sonucu küçük ...'ın sakatlanmasına sebebiyet verdiğini ileri sürerek; fazlaya dair haklarının saklı kalması kaydıyla, ... ve ...'nın kendilerine asaleten küçük ...'ya velayeten olmak üzere baba ve anne için ayrı ayrı 50.000,00 TL ve ... için 80.000,00 TL manevi tazminat ile 11.000,00 TL maddi tazminatın doğum tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsilini istemiştir. Davalılar, davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece, davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

Davacılar, davalı hekimin işini gerektiği gibi dikkat ve özenle yapmaması ve hastanede gerekli donanımın bulunmaması sonucu uğradıkları zarardan hekim ve onu istihdam eden hastanenin sorumlu olduğu iddiası ile eldeki davayı açmıştır. Hükme esas alınan Adli Tıp Kurumu 2. İhtisas Dairesi ve itiraz üzerine alınan Adli Tıp Genel Kurulu raporlarında, doğum öncesi doğumun normal koşullar dışında gerçekleşebileceğine dair herhangi tıbbi bulguya rastlanılmadığı, miadında normal doğum olarak hastaneye yatırılan annenin doğum öncesi muayenesinin ilgili hekim tarafından yapıldığının anlaşıldığı, doğumun vakum kullanılarak vaginal yoldan sonlandırıldığı, mevcut tıbbi belgelerde bebeğin fiziksel gelişim bulgularının 4.250 gr ağırlığında, 51 cm boyunda, baş çevresi 37 cm olarak kayıt altına alındığı, söz konusu bulguların normal yoldan doğum yaptırılma sınırları içinde değerlendirildiği, sezeryan endikasyonunun bulunmadığı, doğum eyleminde uzama ya da aksaklık bildirilmediği, söz konusu bulgularla kişiye normal doğum yaptırılmasının doğru olduğu, küçükte saplanan brakial pleksus lezyonunun normal doğum eylemi sırasında tüm özenin gösterildiği durumlarda dahi bebeğin vaginal yoldan çıkartılması sırasındaki manevralara bağlı olarak binde 0,5-5,1 sıklıkta görülebildiği ve komplikasyon olarak nitelendirildiği, bebeğin fiziksel gelişimi doğum öncesi tetkik sonuçları bir bütün olarak değerlendirildiğinde; doğum eylemi sırasında bebekte pleksus brakialis lezyonu oluşması yönünden Op. Dr. ...'a atfı kabil bir kusur tespit edilmediği mütala edilmiştir. Davacılar sundukları bilimsel görüşteki tespitlerle rapordaki tespitlerin birbiriyle çeliştiği, bebeğin kilosu ve önceki doğum şekli nazara alındığında sezeryan yapılmasının kaçınılmaz olduğu, kaldı ki doktorun daha önceki doğumla ilgili kayıtları anemneze geçirmediği, kayıtları düzgün tutmadığı, ameliyata geç geldiği, ameliyat esnasında da ameliyathanede mutlak surette bulunması gereken küvez ve oksijen tüpünün bulunmayışının raporda hiç değerlendirilmediği ve yoğun bakım ünitesi tadilatla olan hastanenin hasta kabul etmesinin bile başlı başına kusur olduğu itirazında bulunmuşlardır. Mahkemece birbiri ile uyumlu iki adet rapor bulunduğu gerekçesi ile itirazlar reddedilip rapora itibar ile davanın reddine karar verilmiştir.

Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK 386-390) (TBK 502.506) Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Mesleki iş gören vekil özenle davranma zorunda olup, en hafif kusurundan

bile sorumludur (BK 321/1 md) (TBK 400). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1(TBK 510) maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya bakılacak olursa; mahkemece dosyasındaki birbirini ile uyumlu iki adet rapor esas alınarak hüküm verilmiş ise de, raporlarda bebeğin maksimum kaç kilo olması halinde sezeryan seçeneğinin düşünüleceği, önceki doğumun meydana geliş şekli, hastanenin doğum sırasında yeterli donanımının bulunup bulunmadığı, doktor tarafından tutulan kayıtların özenli tutulup tutulmadığı, tutulmamışsa bunun zarara sebebiyet verip vermediği hususlarında yeterli açıklamayı içermemektedir. O halde mahkemece, taraf itirazlarını karşılar mahiyette özellikle az yukarda bahsedilen hususları ve mahkemece alınan raporları da değerlendirir şekilde, üniversitelerin tıp fakültelerinde görevli konusunda uzman öğretim görevlilerinden oluşturulacak 3 kişilik bilirkişi heyetinden taraf ve yargı denetimine açık rapor aldırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle temyiz olunan kararın davacılar yararına bozulmasına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 06/11/2019 gününde oybirliğiyle karar verildi."

Söz konusu olgu incelendiğinde; hekim tarafından sezeryan ve normal doğum yöntemlerinin uygun seçilip seçilmediği ve hangi yöntemin uygulanmasının tıbben gerekli olduğu hususunda uyuşmazlık bulunmaktadır. Kişinin almış olduğu bilimsel

görüşün aksine Adli Tıp Kurumu raporlarında sezeryan endikasyonunun bulunmadığı ve bebekte meydana gelen olumsuz sonuçların komplikasyon olarak kabul edileceğinden söz edilmiştir. Fakat hasta ile hekim arasındaki ilişkiden doğan vekalet sözleşmesi gereği hekim çeşitli tedavi yöntemleri arasından somut koşulları da dikkate alarak en uygun olanını seçmesi gerekmektedir. Bir yöntemi reddedip diğer yöntemi seçtiği durumda ise ortada tıbben gereklilik durumu olması gerekir. Yargıtay da diğer doğum yöntemi olan sezeryan ile ilgili gereken şartların neler olduğu ve somut vakada uygulanabilirliğinin tam olarak tartışılmadığı gerekçesiyle ilk derece mahkemesince verilen kararı bozmuştur.

4.12. Olgu-12

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 06/06/2016 Tarih, 2015/8369 Esas ve 2016/14290 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacılar avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR: Davacılar, davacı küçük İsmail'in davalı hastanede sünnetinin yapıldığını, sünnet sonrası sağ ayağında uyuşma tespit edilmesi üzerine davalı hastaneye başvurduklarını, sonrasında çocuğu ... Üniversitesi hastanesine götürdüklerini, bu hastanenin yönlendirmesi ile davalı hastane yetkililerine hastaya yapılan işlemi sorduklarında ağrı kesici iğne uygulandığının söylendiğini, hatalı iğne uygulaması sonucu hastanın sakat kaldığını ileri sürerek; fazlaya ilişkin haklarını saklı tutarak 1.000 TL maluliyet sebebiyle ortaya çıkan işgöremezlik tazminatı ve 1.000 TL tedavi masrafına ilişkin maddi tazminat ile 100.000 TL manevi tazminatın davalılardan tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davalılar, davacı çocuğa uygulanan tıbbi tedaviye ilişkin bir kusurlarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacılar tarafından temyiz edilmiştir.

1-Davacılar, davalı şirkete ait hastanede davacı İsmail'in gerçekleştirilen sünnet operasyonu sırasında diğer davalı doktor tarafından hatalı uygulanan ilaç enjeksiyonu

nedeniyle sakat kaldığını ileri sürerek maddi ve manevi tazminat isteminde bulunmuşlardır.

Dava, davalı doktorun vekillik sözleşmesinden kaynaklanan özen borcuna aykırı davrandığı iddiasına dayanmaktadır (B.K. 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 (B.K. 390/II). Vekil, işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, hafif kusurundan bile sorumludur (B.K. 321/1 md). O nedenle doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları (hafif de olsa) sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktorlar, hastalarının 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 tedbirlerini alarak yapmak zorundadır. Doktor, özen yükümlülüğü kapsamında en ufak bir tereddüt gösteren durumlarda, bu tereddütü ortadan kaldıracak araştırmalar yapmak ve bu arada koruyucu tedbirler almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında seçim yaparken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmalı, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmalı ve en emin yolu tercih etmelidir (Bkz. Tandoğan, Borçlar Hukuk Özel Borç İlişkileri, Cild, Ank.1982, Sh.236 vd). Gerçekten de mesleki bir işgören; doktor olan vekilden ona güvenen müvekkil titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemekte haklıdır. Titiz bir özen göstermeyen vekil, B.K. 394/1 uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Mahkemece davalı hakkında yürütülen ceza dosyasına konu yargılama kapsamında ... İhtisas kurulundan alınan bilirkişi raporundaki tespitlere itibar edilerek hüküm verilmiştir. Karara esas alınan bu bilirkişi raporunda; hastanın sağ ayağında meydana gelen güçsüzlüğün enjeksiyon nöropatisi ile uyumlu olduğu ve yapılan sünnet operasyonu ile doğrudan bir ilgisinin bulunmadığı, ağrı kesici iğne yapılması neticesinde meydana gelen bir komplikasyon olarak kabul edilebileceği, enjeksiyonun yanlış yere yapıldığına dair tıbbi bir belgenin olmadığı, işlemlerin tıp kurallarına uygun olduğu, rapor edilmiş olup mahkemece eldeki davaya ilişkin yargılama safahatında davacıların iddia ve itirazları kapsamında gerekli değerlendirme yapılmak üzere ayrı bir bilirkişi incelemesi yapılmadığı anlaşılmaktadır.

Davacı taraflarca, sünnet operasyonu yapılan küçük İsmail'in yaşı ve vücut yapısı itibariyle kalça bölgesinden ağrı kesici iğne uygulanmasının komplikasyon riskini artıran bir durum olduğu gibi, hastanın o sırada yatağında yatar vaziyette bulunması itibariyle uygun pozisyonda iğne yapılmadığını, ayrıca sünnet operasyonu sonrasında ağrı kesici iğne yapılmasına ilişkin bir tıbbi zorunluluk bulunmadığını, bu riskli durumun tercih edilmesi nedeniyle uygun tedavi yöntemini uygulamayan davalı doktorun kusurlu olduğunu ileri sürerek bu iddialarını desteklemeye yönelik olarak dosyaya ibraz ettiği ... Nöroşirürji ana bilim dalı doktoru ... tarafından yayınlanan tıbbi makalede de, çocuk ve kalça adalelerinin yapısal ve edinsel nedenlerle zayıf olması hali ile hastanın yan, yan uzanan, ayakta duran veya bükük vaziyette iken kalçaya enjeksiyon yapılmasının yaralanma ve komplikasyon riskini artırdığı tespitine yer verildiği görülmüştür.

Adli tıp raporunda küçük İsmail'in rahatsızlığının kalçaya uygulanan enjeksiyona bağlı komplikasyondan kaynaklandığı tespit edilmiş ise de, davacıların iddiaları kapsamında sünnet operasyonu sonrası uygulanan ağrı kesici iğne uygulamasının doğru ve tercih edilmesi gereken bir tedavi yöntemi olup olmadığı, doğru ve uygulanabilir bir tedavi yöntemi olarak kabul edilmesi halinde dahi hastanın yaşı ve yaşına göre zayıf bir vücut yapısına sahip olduğu gözetildiğinde komplikasyon riski taşıyıp taşımadığı, risk faktörü ile tedavi zorunluluğu bakımından uygun tercih olup olmadığı ve uygulama yöntemlerine ilişkin iddia ve itirazlar kapsamında herhangi bir inceleme ve değerlendirmenin yapılmadığı, ... Kurumu raporunun bu haliyle hüküm kurmaya elverişli bulunmadığı anlaşılmaktadır. O halde mahkemece yapılacak iş öncelikle davalı hastanede uygulanan tedaviye ilişkin tıbbi kayıtların dosya içerisine alınması sağlandıktan sonra Üniversitelerin ilgili ana bilim dallarından seçilecek aralarında anestezi ve Nöroşirürji uzmanının da bulunduğu, konularında uzman doktorlardan oluşturulacak bir bilirkişi kuruluna dosya tevdi edilerek, davalıların açıklanan hukuki konum ve sorumlulukları, davacı iddiaları ve dosyada mevcut delillerle birlikte bir bütün olarak değerlendirilip, tıbbın gerek ve kurallarına göre olayda davalıların sorumluluğunu gerektirecek ihmal ve hata bulunup bulunmadığını gösteren, nedenlerini açıklayıcı, taraf, mahkeme ve Yargıtay denetimine elverişli rapor alınmak suretiyle hasil olacak sonuca uygun bir karar vermekten ibarettir. Mahkemece, değinilen bu yön göz ardı edilerek yazılı şekilde eksik incelemeye dayalı olarak hüküm kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır. Bozmayı gerektirir.

2-Bozma nedenine göre, davacıların diğer temyiz itirazlarının bu aşamada incelenmesine gerek görülmemiştir.

SONUÇ: Yukarıda (1) nolu bentte açıklanan nedenlerle kararın davacılar yararına bozulmasına, (2) nolu bent uyarınca, davacıların diğer temyiz itirazlarının incelenmesine yer olmadığına, peşin alınan 24,30 TL harcın istek halinde temyiz eden davacılara iadesine, 06/06/2016 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; hekim tarafından gerçekleştirilen sünnet operasyonu sırasında çocuğa haricen iğne yapılması sonucunda çocuğun bacağına hasar oluşması sebebiyle yapılan iğnenin tıbben gerekli olup olmadığının tartışılması yapılmıştır. Dosya kapsamında alınan bilirkişi raporunda çocukta meydana gelen olumsuz durumların yapılan iğnenin olası komplikasyonları arasında olduğundan bahisle hekimin kusurunun bulunmadığı ifade edilmişse de sünnet operasyonu sonrasında ağrı kesici iğne yapılmasının tıbben gerekli olup olmadığı hususunda yeterli araştırma yapılmamıştır. Ayrıca hekim, vekalet sözleşmesi hükümleri gereği gereken dikkat ve özeni gösterme yükümlülüğü kapsamında tıbben yapılması zorunlu olmayan işlemleri yapmaktan kaçınması gerekmektedir. Dolayısıyla Yargıtay, hekimin yapmış olduğu işlemlerin tıbbi ilke ve kurallar doğrultusunda endikasyon unsuru taşıyıp taşımadığının belirlenebilmesi amacıyla hükme elverişli bir bilirkişi raporu alındıktan sonra karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir.

4.13. Olgu-13

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 11/12/2015 Tarih, 2015/1822 Esas ve 2015/19180 Karar Sayılı İlâmı:

“DAVA: Taksirle yaralama suçundan sanıkların beraatlerine ilişkin hüküm, katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelendi gereği düşünüldü;

KARAR: Mağdurun 27.11.2010 tarihinde yüksekten düşme sonucu ... Hastanesi ...Servisine getirildiği, şuur kapalı, solunum yüzeysel, her iki el bileğinde deformite olup, burada akciğerlerde şüpheli kontüzyon ve solunum yetersizliği nedeniyle entübe edildiği, sol ön kol atele alındığı, aynı gün kranial, servikal ve toraks BT çekildiği, normal sınırlarda değerlendirildiği, şuur kapalı ve solunum cihazına bağlı olarak ... Hastanesi'ne entübe halde, sol ön kolu atelde ve şuur kapalı olarak sevk edildiği, yoğun bakımda tedaviye alındığı, mekanik ventilatöre bağlandığı, 28.11.2010 tarihinde toraks

ve kranial BT çekildiği, hasta için yoğun bakımda genel cerrahi, beyin cerrahi, enfeksiyon hastalıkları ve KBB konsültasyonları istendiği, 09.12.2010 tarihinde hastaya solunum sıkıntısı nedeniyle trakeostomi açıldığı, trakeostomi işleminin kulak burun boğaz uzmanı doktor nezaretinde açıldığı, işlem sırasında herhangi bir komplikasyon gelişmediği, bundan sonraki takibine trakeostomiden solutularak devam edildiği, 20.12.2010 tarihinde mekanik ventilatörden ayrıldığı, oksijen destekli easybreathe aracılığı ile spontan soluduğu, oral beslenme başlatıldığı, 25 - 26 Aralık 2010 tarihlerinde trakeostomi kanülü çevresinde besin sızıntısı görüldüğü, dolayısıyla sonda ile beslemeye geçildiği, 30.12.2010 tarihi itibarıyla trakeostomi kanülünün çevresinden sızıntı olmaması nedeniyle ağızdan beslemeye devam edildiği, soluk borusunda darlık bulunduğundan cerrahi işlem planlandığı, 09.01.2011 tarihinde oda havasında soluduğu, 14.01.2011 tarihinde şuur açık, koopere, oryante, vital bulguları stabil, trakeostomili ve oda havasında spontan soluduğu halde kulak burun boğaz servisine devredildiği, 17.01.2011 tarihinde yemek borusu ile soluk borusu arasında fistül şüphesi ile Hastalıkları ve ... Araştırma Hastanesi'ne sevk edildiği, burada trakeostomi durumu değerlendirildiğinde fistül gözlenmediği, oral alımı olmaksızın yoğun bakım ünitesinde takip edildiği, 19.01.2011 tarihinde oral beslenmeye başlandığı, trakeostomi kanülü çıkarılarak sekonder iyileşmeye bırakıldığı, 20.01.2011 tarihinde nefes darlığı nedeniyle rijid bronkoskopi uygulandığı, fistül gözlenmediği, durumu düzelen hastanın serviste takip edildiği, genel durumun düzelmesi üzerine 24.01.2011 tarihinde 1 hafta sonra kontrole gelmek üzere taburcu edildiği,

09.02.2011 tarihinde nefes darlığı şikayeti ile başvurması sonucu yeniden yatırılan hastaya rijid bronkoskopi uygulandığı, trakeal yani kendiliğinden darlık tespit edildiği, elektif cerrahi planlanarak taburcu edildiği, 23.03.2011 tarihinde trakea rezeksiyonu amaçlı yatırılan hastanın preop hazırlığı tamamlandığı, yatışının 2. gününde ateş yüksekliği nedeniyle kültür alındığı ve antibiyotik tedavisi başlandığı, 29.03.2011 tarihinde tekrar yatırıldığı, 06.04.2011 tarihinde ameliyata alındığı, ameliyatta trakeal stenozun seviyesinin saptandığı trakea çevresindeki fibröz doku ve yapışıklıklar diseke edilerek stenozun olduğu 5-6 adet trakeal halkanın rezeke edildiği, kaçak kontrolü sonrası katlar anatomisine uygun kapatıldığı, ameliyat sonrası takipleri yapılan hastanın 15.04.2011 tarihinde taburcu edildiği,

Dosyada ... Hastanesi'ne ait tıbbi tedavi belgeleri ileAraştırma Hastanesi'ne ait bir kısım tıbbi belgeler bulunmasa da, tüm belge ve kayıtlar ile ... uzmanı tarafından tanzim

edilen rapor ve ... İhtisas Kurulu'nun raporları incelendiğinde, hastaya ... Hastanesi'nde uygulanan trakeostomi açılması işlemi sırasında bir olumsuzlukla karşılaşmadığı,... İhtisas Kurulu raporuna göre de yoğun bakımda uzun süre entübe kalan hastalarda trakeostomi açılmasının tıbbi zorunluluk olduğu, hastanın ... Araştırma Hastanesi'ne fistül yani kaçak şüphesi ile sevk edildiğinde, burada hastanın trakeostomi durumu değerlendirilerek fistül yani kaçak gözlenmediğinin ve hastaya rijid bronkoskopi uygulanması sonucu trakeal yani kendiliğinden darlık tespit edildiğinin anlaşıldığı, hastaya ... Hastanesi'nde uygulanan trakeostomi açılması işlemi sonrası oluşan trakeal stenozun her türlü özene rağmen görülebilecek komplikasyon olarak nitelendirildiğinin ... İhtisas Kurulu raporunda belirtildiği, tüm bu tespitler karşısında, mağdurun ... Hastanesi yoğun bakım ünitesinde 52 gün süren tedavisi boyunca, yoğun bakım ünitesinde aylık rotasyonla görev yapan ve mağdurun tedavisine katılan anestezi uzmanı sanık doktorların kusuru bulunmadığı anlaşılmalı sanıklar hakkında verilen beraat kararında bir isabetsizlik görülmemiş olup;

SONUÇ: Yapılan yargılama sonunda yüklenen suç açısından sanıkların taksirinin bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan vekilinin kusura ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle hükmün isteme uygun olarak onanmasına; 11.12.2015 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; uzun süre entübe kalan hastaya trakeostomi açılmasına ilişkin işlem neticesinde hastada olası komplikasyonlar görülmesi sebebiyle hekimin uyguladığı tıbbi işlemlerin tıbben gerekli olup olmadığı irdelenmektedir. Hekim, hasta üzerinde tıbbi müdahalelerde bulunurken kendisinden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğüne uymalı ve tıbbi standart ve ilkeler doğrultusunda en uygun tedavi şeklini ve işlemlerini seçmelidir. Somut olayda ise hekim tarafından gerçekleştirilen trakeostomi açılmasına ilişkin işlemde tıbben bir gereksizlik görülmediğinden işlem neticesinde meydana gelen komplikasyonlar bakımından hekim sorumlu tutulmamış olup ilk derece mahkemesince verilen beraat kararı Yargıtay tarafından onanmıştır.

4.14. Olgu-14

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 13/02/2014 Tarih, 2013/27721 Esas ve 2014/3542 Karar Sayılı İlâmı:

“DAVA: Taksirle öldürme suçundan sanıkların beraatlerine ilişkin hükümler, katılanlar vekili ile katılan ... tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: Katılanlar vekili ile katılan ...'in duruşmalı inceleme isteminin, sanıklar hakkında beraat hükmü verilmesi nedeniyle 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 318 ve 5271 sayılı CMK'nın 299. maddeleri gereğince reddine karar verilerek yapılan incelemede;

Sanıkların gastroentoloji uzmanı olarak görev yaptıkları hastaneye, şiddetli karın ağrısı şikayeti ile başvuran ölene, sanık ...'nun muayene sonrasında genel cerrahi ve anestezi uzmanları ve diğer sanık ...'dan da görüş aldıktan sonra sanık ...'dan yardım alarak, ölene ERCP işlemi uyguladıkları, hastanede yataklı bölüme alınmasından sonra ölenin, hastaneden kendi isteği ile ayrıldığı ve 22.08 2006 tarihinde, Adli Tıp 1. İhtisas Dairesinin raporuna göre, ERCP işlemi sonrası gelişen Akut Pankreatite bağlı komplikasyonlardan öldüğü, soruşturma aşamasında Ankara Üniversitesi Tıp Fakültesi öğretim görevlisinden alınan, 02.02.2007 tarihli bilirkişi raporunda sanıkların ölene uyguladıkları ERCP işlemi uygulamasının tıbbi endikasyonu ve uygulaması nedeniyle bilim ve fenne uygun olmayan bir işlem olmadığı, bu işlem sonucu düşük oranlarda da olsa pankreatit gibi komplikasyonlar gelişmesinin işlemin komplikasyonu olarak değerlendirildiği ve sonrasındaki tedavi protokollerinde hekimlere atfi kabil kusur saptanamadığının bildirildiği, Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesinin 27.03.2009 ve 30.10.2009 tarihli raporlarında da ERCP işleminin endikasyonunun olduğu, koledoka rahat girilemeyen durumlarda 35-40 dakika sürede sonlandırılması gerektiği ancak işlemin bir saatten uzun sürdüğü, pankreatitin ERCP işleminin sık görülen komplikasyonu olduğu pankreatit sonrası yapılan tedavi ve takiplerin tıp kurallarına uygun olduğunun belirtildiği, Yüksek Sağlık Şurasının 24-25.02.2011 tarihli kararına göre de; ölende ERCP için geçerli endikasyon olmadığı, koledakta taş ve tıkanma gösterilmediği, direk bilirubin yüksekliği olmadığı, alkalın fosta faz bakılmadığı, GGT yüksekliğinin tek başına koledok tıkanıklığına delalet etmediği, bu nedenle ERCP yapılmasının zorunlu olmadığı, non -invazifve daha az riskli yöntemlerin mevcut olduğu, buna rağmen hastaya ERCP yaparak ve süresini uzatarak maksimum giriş sayısını zorlayarak hastanın pankreatit olmasına neden olan doktor sanıkların davranışlarının tıp kurallarına uygun olmadığı, gelişen pankreatitin ERCP'nin bir komplikasyonu olduğuna oyçokluğu ile karar verilmiş karara muhalefet eden üye Prof.

Dr. ERCP öncesi tetkiklerde kolestaz enzimlerinde yükseklik ve US de safra kesesinde taş tespit edilen hastada, ERCP endikasyonu yoktur görüşüne katılmadığını ayrıca dosyada bilirkişi raporu olan ve ERCP konusunda deneyimli bir gastroenterolog olan Prof. Dr.'ün de ERCP işleminin doğru endikasyonla yaptığını vurguladığı belirtilmiş; bunun üzerine Adli Tıp Genel Kurulunun alınan diğer bilirkişi raporları da değerlendirilen raporda, TürkDerneğinin yazısında belirtilen ERCP işleminin safra ve pankreas kanallarına ulaşmak yoluyla yapılan bir işlem olduğu ERCP işleminin pankreas kanallarının tanı ve tedavisinde kullanıldığı gibi bazı safra yolu hastalıklarının tanısında da kullanıldığı ERCP işleminin standart bir süresinin bulunmadığı yaklaşık 10 dakika içinde bitebileceği gibi saatlerce de sürebileceğini, ortalama rakam olarak 20-90 dakika denebileceği, o anki duruma göre bundan daha kısa ve uzun da sürebileceği, ERCP sonrası pankreatit gelişmesi durumunun %5-10 arasında olduğu, yine Prof. Dr.'ün 24.3.2008 tarihli görüşüne de yer verilerek, hastaya ERCP işleminin uygun endikasyon ile uygun koşullarda yapıldığı bu işlem sırasında pankreatit riskinin %5-20 arasında olup, sanıkların bu konuda ehliyetli kişiler olduğu işlem sonrasında da gerekli takip ve özenin gösterildiği, ERCP de global olarak %0.3-1 arasında ölüm riski olduğu, her şey kurallarına uygun olarak yapılırsa bile komplikasyonların oluşabileceği de vurgulanmak suretiyle,'in ERCP işlemi sonrasında gelişen akut pankreatite bağlı komplikasyonlar sonucu öldüğü, tıbbi belgelere göre kişiye uygulanan ERCP işlem endikasyonunun doğru olup, pankreatit girişiminin ERCP işlemi sonrası komplikasyon olarak ortaya çıkabilecek bir durum olduğu gelişen pankreatit sonrasında erken tanı ve tedaviye başlandığı, takiplerinin düzenli yapıldığı bu nedenle sanıkların olayda kusurlarının bulunmadığının belirtildiği anlaşılmakla;

Yapılan yargılama sonunda, yüklenen suç açısından faillerin taksirinin bulunmadığı, gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan, katılan ... ile katılanlar vekilinin eksik inceleme ile karar verildiğine hükümde uygulanan kanun maddesinin belirtilmediğine sanıkların kusurunun bulunduğuna ilişkin yerinde görülmeyen diğer temyiz itirazlarının reddine; ancak hükmün özünü oluşturan kısa kararda ve gerekçeli kararın hüküm fıkrasında sanıklar hakkında beraat hükmü kurulurken, uygulanan kanun maddesinin gösterilmemesi suretiyle CMK'nın 232/6. maddesine muhalefet edilmesi,

SONUÇ: İsabetsiz olup katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebepten dolayı 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince bozulmasına, ancak, yeniden yargılama gerektirmeyen bu hususun aynı Kanunun 322. maddesine göre düzeltilmesi mümkün bulunduğundan, hükmün birinci paragrafının başına gelmek üzere, "CMK'nın 223/2-c maddesi uyarınca" ibaresinin eklenmesi, hükümdeki diğer hususların aynen bırakılması suretiyle, sair yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükmün düzeltilerek onanmasına, 13.02.2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Söz konusu olgu incelendiğinde; hekim tarafından gerçekleştirilen ERCP işlemi uygulaması sonucunda meydana gelen komplikasyonlar nedeniyle hekimin uyguladığı işlemin tıbben gerekli olup olmadığını irdelenerek hekimin sorumluluğu tartışılmaktadır. Dosya kapsamında alınan bilirkişi raporları doğrultusunda hekimin uyguladığı işlemde tıbbi endikasyon bulunduğu ve hastada oluşan gelişmelerin olası komplikasyonlardan olması sebebi ile hekimin kusurunun bulunmadığı belirtilmiştir. Bir tıbbi müdahalenin hukuka uygunluk şartlarından birini oluşturan tıbbi endikasyon unsurunun somut olay bakımından mevcut olması sebebiyle ilk derece mahkemesince verilen beraat kararı Yargıtay tarafından düzeltilerek onanmıştır.

4.15. Olgu-15

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 22/03/2017 Tarih, 2015/38727 Esas ve 2017/3509 Karar Sayılı İlamı:

"DAVA: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın kabulüne yönelik olarak verilen hükmün davalılar avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde davalı ... vekili avukat ..., diğer davalı ... Hast. Ltd. Şti. vekili avukat ile davacılar vekili avukat gelmeleriyle duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatların sözlü açıklamaları dinlendikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR: Davacılar vekili, hamile olan davacı ...'in 2.4.2007 tarihinde devlet hastanesine gittiğini, akabinde 19.7.2007 tarihinde de davalı şirkete ait hastaneye giderek diğer davalı doktora muayene olduğunu, hamileliğin sonuna kadar da davalı

doktorun kontrolünde kaldığını, ultrasonografi aracılığıyla muayenesinin rutin şeklinde yapıldığını, 17.12.2007 tarihinde sezeryanla doğum yaptığını, ancak bebeğin 2 bacak ve sol kolunun tamamen noksan olarak %90 fiziksel engelli olarak doğduğunu, davalı doktorun doğumdan sonra da ilgisiz davrandığını, bebekte var olan sakatlığın ve fiziksel noksanlığın ultrasonda gözükmesine rağmen kürtajla alınmasını engellemek için bu sakatlıktan bahsetmediğini, davalı doktorun bu davranışı ile kürtajı engelleyerek bebeğin sakat olarak doğumuna neden olduğunu, davalı hastanenin de bu durumdan sorumlu bulunduğunu ileri sürerek bebeğin yaşam boyu sürecek tedavi ve ilaç masrafları, özel bakım ve özel ulaşım giderleri, bebeğin ömür boyu çalışamayacak olması nedeniyle doğmuş ve doğacak gelir kaybı anne ve babanın ileride destekten yoksun kalacak olmaları nedeniyle destekten yoksun kalma tazminatı, annenin hayatı süresince bebeğe bakacak olması nedeniyle doğmuş ve doğacak gelir kaybı olarak fazlası saklı kalmak üzere toplam 10.000 TL maddi tazminat ile anne ve babanın her biri için 25.000 TL, bebek için de 50.000 TL manevi tazminatın davalılardan tahsilini istemiş; 14.3.2011 tarihli ıslah dilekçesi ile, M. E. Y. 'nin sürekli surette muhtaç olacağı özel bakım masraflarından ileride doğacak bakıcı masrafları için 117.613,43 TL'nin, anne ... 'nin M. E. Y. 'nin tedavisi, muhtaç olduğu özel bakımı ve sürekli gözetimini sağlayabilmesi için hayatı boyunca çalışamayacak olması sebebiyle doğmuş ve doğacak gelir kaybı için 24.463,39 TL'nin, M. E. Y. 'nin ömür boyu çalışamayacak olması (%90 oranında engelli olarak doğmasaydı çalışarak elde edeceği maddi varlıktan mahrumiyet) sebebiyle gerçekleşecek gelir kaybı için 399.412,92 TL'nin, M. E. Y. 'nin çalışamayacak olmasından dolayı ileride destekten yoksun kalacak anne ... için 24.463,39 TL destek kaybının ve baba ... için 22.099,51 TL destek kaybının toplamından oluşan 588.052,64 TL tutarındaki maddi tazminatın, anne ... için 25.000 TL, baba ... için 25.000 TL, bebek M. E. Y. için 50.000 TL manevi tazminatın faizi ile tahsilini istemişlerdir.

Davalı şirket, doğumla ilgili olarak kendilerine kusur izafe edilemeyeceğini, maddi ve manevi tazminat koşullarının oluşmadığını savunmuş, diğer davalı doktor da çocuktaki sakatlık ile ilgisinin bulunmadığını kendilerine müracaat edilinceye kadar bebeğin ve annenin kontrolsüz kaldığını, davacıların dava dışı doktor tarafından önerilen tarama testlerini yaptırmadığını gebeliğin 107. gününden sonra kürtajın mümkün olmadığını, kusurunun olmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir.

Mahkemece, alınan Adli Tıp Kurumu raporu ile davalı doktorun ultrasonda bebekte var olan anomalileri görmesi gerekirken tespit edilememesinden dolayı kusurlu bulunduğu, davacıların bu durumu tespit edemeyerek kürtaj imkanının kullanılmasına engel oldukları özel bakıcı masrafları ile annenin küçüğe hayatı boyunca bakacak olmasından dolayı gelir kaybına ilişkin taleplerinin kabul edilmesi ve bu talepten hakkaniyet indirimi yapılması gerektiği, diğer talepler ile davalıların eylemleri arasında illiyet bağı bulunmadığı küçüğe karşı yönelik herhangi bir haksız eylemin veya ihmalin bulunmadığı gerekçesiyle 142.076,82 TL maddi tazimattan kusur ve hakkaniyet ilkeleri dikkate alınarak 90.000 TL'nin yasal faiziyle davalılardan tahsiline, 5.000,00'er TL den toplam 10.000 TL manevi tazminatında davalılardan tahsiline, fazlaya ilişkin maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar verilmiş; hüküm davacılar ve davalılar tarafından temyiz edilmekle, dairemizin 2011/9457 Esas 2012/8303 Karar sayılı 27.03.2012 tarihli ilamıyla;

1-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle kendisine velayeten dava açılan davacı küçük Muhammet Yeniçeri'nin adının karar başlığında yer almamasının maddi hataya dayalı olup, mahallinde düzeltilmesinin mümkün bulunmasına göre, tarafların aşağıdaki bendin kapsamı dışında kalan temyiz itirazlarının reddi gerekir.

2-Eldeki dava, davacı küçük Muhammet'in anne karnında iken dahi, vücudundaki fiziksel noksanlığın ultrasonografi yöntemiyle tespit edilebilecek iken, davalı hastane ve çalıştırdığı doktorun ultrasonografi çekilmesine rağmen, çocuktaki var olan eksikliği tespit edememeleri ve kürtaja bu suretle engel olunmasından dolayı oluşan ve oluşacak olan maddi ve manevi zararların tazminine yönelik olup, bu haliyle davanın temeli vekalet sözleşmesine ve özen borcuna aykırılığa dayanılmıştır.

Vekil vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilememesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur. Doktor hastasının zarar görmemesi için mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa tereddüt doğuran durumlarda da bu tereddütünü ortadan kaldıracak araştırmaları

yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden, tedavinin bütün aşamalarına titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil (doktor) Kanunun 394/1. Maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Dava konusu olayda, davacı annenin karnındaki çocukta bulunan anomalilerin ikili ve üçlü testler ile tespit edilemeyeceği, bu tür anomalilerin gebeliğin 18-24 haftaları arasında görülmesinin beklendiği, gebe davacı ...'nin davalı hastane diğer davalı doktor tarafından muayene edilip ultrasonografik tetkiklerin yapıldığı tarihlerdeki gebelik süresi dikkate alındığında, çocukta var olan anomalinin görülmesi gerekmesine rağmen davalı doktorun bu anomaliyi tespit edemediği ve bu haliyle tıp kurallarına aykırı davranıldığı dosya kapsamından ve alınan Adli Tıp Kurumu raporundan anlaşılmaktadır. Hal böyle olmakla beraber durumun tespit edilmesi gereken tarih ve bebekte var olan fiziksel eksikliklerin 2857 sayılı Nüfus planlaması Hakkında Kanun'un 5. Maddesiyle hükme bağlanan gebeliğin sona erdirilmesi (kürtaj-tahliye) için gerekli koşullara sahip olup olmadığının kesin bir şekilde tespit edilmesi gerekir. Anılan kanun gebeliğin onuncu haftasına kadar istek üzerine kürtaj (tahliye) yapılabileceği, gebelik süresinin on haftadan fazla olması halinde ise gebeliğin annenin hayatını tehdit etmesi veya edeceği veya doğacak çocuk ile onu takip edecek nesiller için ağır maluliyete neden olacağı hallerde doğum ve kadın hastalıkları uzmanı ve ilgili daldan bir uzmanın objektif bulgulara dayanan gerekli raporları ile kürtaj yapılabileceği hükme bağlanmış olup, bu hususun tespiti ise tamamen teknik bir konu olduğundan, hekimlik mesleğinin gerektirdiği bilgi ve birikim ile tespiti mümkün olmadığından bu hususta konusunda uzman bilirkişiden rapor alınması zorunludur.

Dava konusu olayda, davalı doktorun kendisine müracaat ve ultrasonografik muayene de dahil muayene edildiği tarihte davacı annenin karnında bulunan çocuğun fiziksel açıdan sakat olduğunu anlayabilecek durumda olmasına rağmen gerekli özeni göstermediği ve var olan sakatlığı belirleyemediği ve bu haliyle olayda kusurlu bulunduğu sabittir. Davalıların kusuru çocukta var olan fiziksel sakatlığın ortaya çıkmasında ve oluşmasında olmayıp kürtaj imkânının olması halinde özen borcuna aykırı davranışları nedeniyle davacı anne ve babanın kürtaj hakkının elinden alınıp alınmamasına ilişkindir. Bu durumda, davacı küçüğün var olan fiziksel sorunlarının

2857 sayılı yasanın 5. Maddesinde yer bulan tahliye koşullarına uygun olup olmadığı hususunda Adli Tıp Kurumundan rapor alınması gerekir.

Hamileliğin süresi ve küçüktaki var olan fiziksel noksanlığın 2857 sayılı yasanın 5. maddesi uyarınca gebeliğin sonlanmasına olanak verdiğinin tespiti halinde ise, davacı küçük çocuğun kürtaj yoluyla tahliye edilmesine kusurları ile engel olan davalıların bu eylemleri ile kürtaj olunmaması arasında uygun illiyet bağı bulunduğundan davalıların dava dilekçesinde belirtilen (küçüğün yaşam boyu sürecek tedavi ve ilaç masrafları) dışındaki taleplerden dolayı sorumlu olacaklarının da kabulü gerekir. Öte yandan olaydan direkt olarak zarar gören şahsın anne ve babanın yanında küçük çocuğun olduğu gözetildiğinde küçük çocuk içinde uygun bir manevi tazminata hükmedilmesi de zorunludur. Mahkemece değinilen bu yönler göz ardı edilerek eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

Yukarıda (1) numaralı bentte açıklanan nedenlerle; tarafların diğer temyiz itirazlarının reddine (2) numaralı bent uyarınca temyiz olunan kararın taraflar yararına bozulmasına, karar verilmiş; bu kez bozmaya uyularak yapılan yargılamada ise, a) Maddi tazminat talepleri yönünden açılan davanın kabulüne, 1-Davacı ... sürekli olarak muhtaç olacağı özel bakım masrafları ile doğacak bakıcı masrafları için 117.613,43 TL'nin, 2-Davacı ... ömür boyu çalışmayacak olması nedeniyle gerçekleşecek gelir kaybı için 399.412,92 TL nin, 3-Davacı anne ...'nin çocuğun tedavisi, muhtaç olduğu özel bakım ve sürekli gözetimini sağlayabilmesi için hayat boyu çalışmayacak olması sebebiyle doğmuş ve ileride doğması muhtemel gelir kaybı için 24.463,39 TL'nin, 4-Davacı ... çalışmayacak olmasından dolayı ileride destekten yoksun kalacak davacı anne ... için 24.463,39 TL, baba ... için 22.099,51 TL destek kaybının, Toplamından oluşan 588.052,64 TL toplam maddi tazminatın 10.000,00 TL sini dava tarihinden, kalan 578.052,64 TL sinin ıslah tarihi olan 14.03.2011 tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, b-Manevi tazminat talepleri yönünden açılan davanın kabulüne, 1-Davacı anne ... için 25.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, 2-Davacı baba ... için 25.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, 3-Davacı ... için 50.000,00 TL manevi tazminatın dava tarihinden itibaren işleyecek yasal faizi ile birlikte

davalılardan müştereken ve müteselsilen tahsiline, karar verilmiş ise de, hüküm, bu kez davalılarca temyiz edilmiştir.

1-Hüküm, temyiz isteminde bulunan davalılardan ... Sağlık Hizmetleri San. ve Tic. LTD. ŞTİ.'ye 22.10.2015 tarihinde tebliğ olunmuş ve temyiz dilekçesi on beş günlük yasal süre geçtikten sonra 09.11.2015 tarihinde verilmiş olmakla davalılardan ... Sağlık Hizmetleri San. ve Tic. LTD. ŞTİ.'nin temyiz dilekçesinin reddi gerekir.

2-Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle yasaya uygun gerektirici nedenlere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre davacı ... için takdir olunan 50.000 TL manevi tazminat yönünden davalı doktor ...'in temyiz itirazlarının reddi gerekir.

3-Dosya kapsamı incelendiğinde, davacıların 14.03.2011 tarihli ıslah dilekçesiyle sonuç olarak, sürekli surette muhtaç olacağı özel bakım masraflarından ileride doğacak bakıcı masrafları için 117.613,43TL, anne ...'nin ... tedavisi, muhtaç olduğu özel bakımı ve sürekli gözetimi sağlayabilmesi için hayatı boyunca çalışamayacak olması sebebiyle doğmuş ve doğacak gelir kaybı için 24.463,39TL olmak üzere toplam 142.076,82TL istenildiği, mahkemece verilen ilk kararda bu istek kalemi için hakkaniyete dayalı indirim yapılarak 90.000TL tazminatın davalılardan tahsiline karar verildiği; yine, mahkemece verilen ilk kararda davacılar anne-babaya 5.000,00'şerden toplam 10.000TL manevi tazminat verildiği, fazlaya ilişkin talebin reddine karar verildiği; bu şekilde reddedilen kısım için, dairemizin bozma ilamında sair temyiz itirazlarının reddi denildiğinden, davalılar lehine kazanılmış hak teşkil ettiği halde, bu kez verilen kararlar taleplerin yeniden ele alınarak tamamının kabul edilmiş olması doğru olmamıştır. Ayrıca, bakım masrafları talebi yönünden hakkaniyet indirimi yapılmak suretiyle verilip ilk kararlar kesinleşen hüküm nazara alındığında, mahkemece kabul olunan, çocuğun çalışamayacak olmasından dolayı ileride destekten yoksun kalacak davacı anne ... için 24.463,39 TL, baba ... için 22.099,51 TL destek kaybının takdirinde, hakkaniyet indirimi yapıp yapılmayacağı hususunun değerlendirilmemiş olması da doğru olmamıştır. Hal böyle olunca, mahkemece, açıklanan hususlar göz önünde bulundurulmaksızın hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda 1. bentte açıklanan nedenle davalılardan ... Sağlık Hizmetleri San. ve Tic. LTD. ŞTİ.'nin temyiz dilekçesinin reddine, 2. bentte açıklanan nedenle davalı doktor ...'in temyiz itirazlarının reddine, 3. bentte açıklanan nedenle temyiz

olunan hükmün davalı doktor ... yararına bozulmasına, 1.480,00 TL duruşma avukatlık parasının davacıdan alınarak, davalı ...'e ödenmesine, peşin alınan 11.750,21 TL harcın davalı ... Hastanesine, 11.750,21 TL'nin davalı ...'e istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 22.03.2017 gününde oybirliği ile karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; hamile kadının doğum sürecine kadar hekim gözetiminde olmasına rağmen sezeryanla yöntemiyle yapılan doğum sonucunda bebeğin fiziksel yapısında çeşitli sakatlıklar görülmüştür. Mahkemece alınan Adli Tıp Kurumu raporunda, bebeğin anne karnındayken anomalileri olmasına rağmen ultrasonagrafik tetkiklerde görülmesi gerekmesine rağmen hekimin bunu tespit edememesi dikkat ve özen eksikliği olarak kabul edilerek hekime kusur izafe edilmiştir. Eğer böyle bir durum zamanında tespit edilmiş olsaydı aile tarafından rahim tahliyesi seçeneği düşünülebilirdi. Bu sebepten dolayı hekim, vekalet sözleşmesi hükümleri gereği hastasına karşı dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranması sebebiyle sorumlu tutulmuş olup Yargıtay tarafından da bu durum hüküm altına alınmıştır.

4.16. Olgu-16

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 05/03/2015 Tarih, 2014/15528 Esas ve 2015/6742 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün Davacı avukatınca duruşmalı olarak temyiz edilmesi üzerine ilgililere çağrı kağıdı gönderilmişti. Belli günde temyiz eden davacı vekili avukat ... geldi, davalı taraftan gelen olmadığından onun yokluğunda duruşmaya başlanılmış ve hazır bulunan avukatın sözlü açıklaması dinlenildikten sonra karar için başka güne bırakılmıştı. Bu kez temyiz dilekçesinin süresinde olduğu saptanarak dosya incelendi, gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR: Davacı, 16.12.2010 günü kollarda uyuşma, sırtta ve her iki kola yayılan baskı tarzında şiddetli göğüs ağrısı, mide ağrısı, öğürme şikayetleri ile davalıya ait hastanenin acil servisine müracaat ettiğini, diğer davalı doktor tarafından muayene edildiğini, talebine rağmen EKG'sinin çekilmediğini, mide kanaması şüphesi nedeniyle kan testi uygulanıp ağrı kesici verilerek eve gönderildiğini, ağrıları geçmeyince sabah tekrar geldiğini, bir kardiyolog tarafından yapılan muayenesinde kalp krizi geçirdiğinin

anlaşılması üzerine müdahale yapılarak davalı hastanenin başka bir şubesine sevk edildiğini ve orada anjiyografi yapıldığını, yoğun bakımda kaldığını, üç ay tam, üç ay yarım gün istirahatli olduğunu, zamanında müdahale edilse idi bu sıkıntıları yaşamayacağını bildirerek fazlaya ilişkin hakları saklı kalarak 50.000 TL manevi tazminatın yasal faizi ile tahsiline karar verilmesini talep etmiştir. Davalılar, davanın reddini dilemiştir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Davacı, davalı hastanenin aciline kollarda, sırtta ve göğüste ağrı, midede ağrı şikâyeti ile başvurduğunu ancak, diğer davalı tarafından şikayetlerinin tam olarak değerlendirilmemesi üzerine, kalp krizi geçirdiğinin geç anlaşılması nedeniyle ölüm tehlikesi atlattığını ve sürecin zor geçtiğini bildirerek, tedavi ve teşhisinde yeterli özen ve dikkati göstermeyen davalılardan tazminat tahsili için eldeki davayı açmıştır. Davalılar, davacının daha önce mide şikayetleri nedeniyle tedavi görmüş olması nedeniyle mide kanamasından şüphelenildiğini, bu yönde araştırma yapıldığını, kol ve göğüs ağrısından bahsedilmediğini, kalp krizi bulgularının başka ağrılarla karışabileceğini savunarak davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece, aldırılan Adli Tıp Kurumu raporuna göre; kalp krizinin her zaman tipik bulgularla seyretmeyebileceği, hastanın geçmişinde mide hastalıklarının bulunduğu göz önüne alınarak bu rahatsızlıkların ayırıcı tanıda miyokard infarktüsü ile karışabileceğinden, doktora atfı kabil kusur bulunmadığı belirtilmiş, mahkemece bu rapor esas alınarak davanın reddine karar verilmiştir.

Davanın temeli vekillik sözleşmesi olup, özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. (BK 386-390) Vekil, vekalet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın, yaptığı iş ve işlemlerin, davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranma zorunda olup, en hafif kusurundan bile sorumludur (BK 321/1 md). O nedenle doktor ve hastanenin meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafifte olsa sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir.

Vekil, hastanın zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp, somut durumunun gerektirdiği önlemleri eksiksiz bir şekilde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa bir tereddüt doğuran

durumlarda, bu tereddüdünü ortadan kaldıracak araştırmaları yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınmak ve en emin yol seçilmek gerekir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören vekilden, tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat beklemek hakkına sahiptir. Gereken özen görevini göstermeyen vekil, BK 394/1 maddesi hükmü uyarınca, vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır.

Bu genel açıklamalardan sonra somut olaya bakılacak olursa, mahkemece Adli Tıp Kurumu raporu esas alınarak hüküm verilmiş ise de davacının acile geldiğinde bildirdiği şikayetler yönünden davalı doktorun teşhis ve tedavi anlamında yeterli özen ve dikkati gösterip göstermediği konusunda yeterli açıklamayı içermemektedir. Bu nedenle mahkemece, üniversitelerin tıp fakültelerinde görevli konusunda uzman öğretim görevlilerinden oluşturulacak bilirkişi heyetinden taraf ve yargı denetimine elverişli rapor aldırılarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde eksik inceleme ile hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenle kararın davacı yararına bozulmasına, 1100,00 TL duruşma avukatlık parasının davalıdan alınarak davacıya ödenmesine, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK'nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 05/03/2015 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; vücudunda çeşitli ağrılar bulunduğu şeklindeki şikayetler ile hastaneye gelen hastanın hekim tarafından gerekli tanı ve teşhisi eksik koyması sebebiyle aslında kalp krizi geçirdiğini sonradan öğrenmiştir. Her şeyden önce hasta ile hekim arasındaki ilişi sebebiyle hekimin mevcut tüm şikayetleri değerlendirerek uygun tanısai yöntemleri seçmesi, eldeki imkanlar ölçüsünde gerekli tetkikleri yapması ve eksik kalması halinde ise konsültasyonları sağlamak için uzman hekimlere sevkini sağlamalıdır. Tedavi öncesinde koyulacak tanı bu açıdan önem arz etmektedir. Hekimin tanı koymadaki eksikliği hastasına karşı olan dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık sonucu doğuracaktır ve sorumluluğu gündeme gelecektir.

4.17. Olgu-17

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 05/11/2014 Tarih, 2014/10131 Esas ve 2014/34506 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taraflar arasındaki tazminat davasının yapılan yargılaması sonunda ilamda yazılı nedenlerden dolayı davanın reddine yönelik olarak verilen hükmün süresi içinde davacı avukatınca temyiz edilmesi üzerine dosya incelendi gereği konuşulup düşünüldü.

KARAR: Davacılar, F.. U..'ın doğum yapmak üzere 18.04.2012 günü Malatya Sıtmapınarı Ö..G.. Hastanesine yatırılmış olup 19.04.2012 günü davalı kadın doğum uzmanı N.. D..'ın yaptığı sezaryen ameliyatı sonucunda bir kız bebeği dünyaya getirdiğini, ameliyat sonrası takip ve gözleminin yapılmadığını, tuvalet ihtiyacını gideremediği hususunun dikkate alınmadığını, bu yönde herhangi bir soru sorulmadığı gibi bu durumun anormal olup olmadığı hususunda herhangi bir bilgi de verilmediğini, doğumdan bir gün sonra N.. D..'ın ve başhekimin bilgisi dahilinde Ö.. G.. Hastanesinden taburcu edilerek evine gönderildiğini, ertesi gün dayanılmaz karın ağrıları ve karnında oluşan şişlik nedeniyle D.. Devlet Hastanesi acil servisine müracaat etmiş olup oradaki doktorlar tarafından bazı tetkikler yapıp ağrının biraz miktar azaltılması sağlandıktan sonra tekrar eve gönderildiğini, ancak ağrıların devam etmesi üzerine tekrar D.. devlet hastanesi doktoru tarafından ambulansla Malatya devlet hastanesine sevk ettiğini, eşinin durumu doğumu gerçekleştiren N.. D.. isimli doktora telefonla bildirdiğini ve aynı gün Malatya Ö.. G.. Hastanesine intikal edildiğini, burada muayene eden Genel cerrahi uzmanı davalı doktor E.. B..'nun bağırsağın delindiğini ve bağırsak içeriğinin karın boşluğuna sızdığını belirterek hastayı başka bir sağlık kuruluşuna sevk etmeyerek doğrudan ameliyata aldığını, ameliyat öncesindeki ağrıların ameliyat sonrasında da devam ettiğini, bunun sonrasında T.. Ö.. Tıp Merkezi Genel Cerrahi yoğun bakım servisine ambulansla gönderildiğini, burada yapılan muayenede karnının içinde yeni kirlilik bulunduğunu ve bu nedenle acilen 3. kez ameliyat olması gerektiğini, hayati tehlikesinin bulunduğunu, karın boşluğundan çıkartılan bağırsakların ameliyat edilen bölümünün bir alet içerisinde vücudunun dışında bulunmakta olup bağırsak içeriğinin deşarjının da bu kutu yardımıyla sağlandığını, vücut dışındaki bağırsakların tekrar vücudunun içerisine alınması için Ö.. Malatya P.. Hospital'da 2 kez ameliyat edildiğini, bu olaylar nedeniyle sürekli olarak ölüm korkusu yaşadıklarını, bebeğini bir kez bile emziremediğini, davalı N.. D..'ın

bağırsak zedelenmesine sebebiyet vermesi, davalı E.. B.. ile G.. Hastanesini işleten şirketin hastanenin yoğun bakımı servisi olmamasına rağmen ameliyat etmesi nedeniyle kusurlu olduklarını, davalılar hakkında tedbirsizlik ve dikkatsizlik ve meslekte ihmal neticesinde yaralamaya sebebiyet vermek suçu nedeniyle Malatya Cumhuriyet Başsavcılığının 2012/13003 Sor. sayılı şikayetinin yapıldığını ve soruşturmanın halen devam ettiğini, davacıların tümünün çektiği üzüntü ve korkular nedeniyle manevi tazminat istemlerinin haklı olduğunu ileri sürerek davacılarından F.. U. için 100.000,00 TL, Y. U. için 40.000,00 TL, diğer davacılar Merve, Esra, A. İ. ve G.. U. için ayrı ayrı 15.000,00 TL olmak üzere toplam 200.000,00 TL manevi tazminatın haksız fiil tarihi olan 19.04.2013 tarihinden itibaren faizi ile tahsiline karar verilmesini istemiştir. Davalı E.. B.. davaya cevap vermemiş, diğer davalılar kusurlarının bulunmadığını savunarak davanın reddini dilemişlerdir. Mahkemece davanın reddine karar verilmiş; hüküm, davacı tarafça temyiz edilmiştir.

Dava, doktor ve hastası arasındaki vekalet sözleşmesinden doğan manevi tazminat istemine ilişkindir. Davacılar sezaryen ameliyatı sonrasında oluşan rahatsızlığın komplikasyon değil malpraktis teşkil ettiğini ve davalıların kusurlu olmakla manevi zararlarını tazminle mükellef olduğunu ileri sürmüş, davalılar ise bu neticenin sezaryen ameliyatının olağan risklerinden olduğunu savunmuştur. Mahkemece savcılık soruşturması nezdinde alınan Adli Tıp Raporunun davalılara kusur atfetmeyen mütalaasına dayanılarak davanın reddine karar verilmiştir.

Borçlar Kanunu'nun vekâlet akdini düzenleyen 502 ve devamı maddeleri uyarınca davanın temeli vekillik sözleşmesi olup özen borcuna aykırılığa dayandırılmıştır. Vekil vekâlet görevine konu işi görürken yöneldiği sonucun elde edilmemesinden sorumlu değil ise de bu sonuca ulaşmak için gösterdiği çabanın yaptığı işlemlerin, eylemlerin ve davranışların özenli olmayışından doğan zararlardan dolayı sorumludur. Vekilin sorumluluğu, genel olarak işçinin sorumluluğuna ilişkin kurallara bağlıdır. Vekil işçi gibi özenle davranmak zorunda olup en hafif kusurunda bile sorumludur. (TBK.nun 395 ve 396. md.) O nedenle, doktorun meslek alanı içinde olan bütün kusurları, hafif de olsa, sorumluluğun unsuru olarak kabul edilmelidir. Doktor hastasının zarar görmemesi için, mesleki tüm şartları yerine getirmek, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin saptayıp somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorundadır. Asgari düzeyde dahi olsa, bir tereddüt doğuran durumlarda bu tereddüdünü ortadan

kaldırarak araştırmalar yapmak ve bu arada da koruyucu tedbirleri almakla yükümlüdür. Çeşitli tedavi yöntemleri arasında bir seçim yapılırken, hastanın ve hastalığın özellikleri göz önünde tutulmak, onu risk altına sokacak tutum ve davranışlardan kaçınılması ve en emin yol seçilmelidir. Gerçekten de müvekkil (hasta) mesleki bir iş gören doktor olan vekilden tedavinin bütün aşamalarında titiz bir ihtimam ve dikkat göstermesini beklemek hakkına sahiptir. Gereken özeni göstermeyen vekil, TBK.nun 510/1. maddesi hükmü uyarınca vekaleti gereği gibi ifa etmemiş sayılmalıdır. Tıbbın gerek ve kurallarına uygun davranılmakla birlikte sonuç değişmemiş ise doktor sorumlu tutulmamalıdır.

Önemli bir diğer düzenleme de Avrupa Biyotıp Sözleşmesidir. Bu sözleşme 9.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmenin “Amaç” başlıklı 1. maddesinde; “Bu sözleşmenin tarafları, tüm insanların haysiyetini ve kimliğini koruyacak ve biyoloji ve tıbbın uygulanmasında, ayırım yapmadan herkesin, bütünlüğüne ve diğer hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini güvence altına almakla yükümlüdürler.” Sözleşmenin 4. maddesinde ise, “Meslek Kurallarına Uyma” başlığı altında; “Araştırma dahil, sağlık alanında herhangi bir müdahalenin, ilgili mesleki yükümlülükler ve 2014/19545-22576 standartlara uygun olarak yapılması gerekir.” denilmektedir. Sözleşme iç hukukumuzun bir parçası haline gelmiştir. Bu durumda, her türlü tıbbi müdahalenin mesleki yükümlülükler ve standartlara uygun olması benimsenmiştir.

Somut olayda davacı F.. U..’ın sezaryen ameliyatı sırasında bağırsağının delindiği ve devamında birden çok kez ameliyat olduğu sabittir. Mahkemece salt ceza soruşturmasında alınan raporla yetinilmeyerek, yukarıdaki açıklamalar ışığında üniversitelerden seçilecek uzman hekimler eliyle taraf itirazlarının karşılar, denetime açık, her türlü şüpheden uzak sonuca varır mahiyette rapor alınması ve neticesine göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırı olup hükmün bozulmasını gerektirir.

SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle hükmün bozulmasına, peşin alınan harcın istek halinde iadesine, HUMK’nun 440/1 maddesi uyarınca tebliğden itibaren 15 gün içerisinde karar düzeltme yolu açık olmak üzere, 05.11.2014 gününde oybirliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; hamile kadının sezeryan ile doğum gerçekleştirmesinden sonra bağırsağında meydana gelen delinmeler bakımından hekimin kusurunun bulunup bulunmadığı irdelenmektedir. İlk derece mahkemesi ceza dosyasında alınan Adli Tıp Kurumu raporu ile yetinerek hekim hakkında beraat kararı vermişse de Yargıtay tarafından alanında uzman heyetten yeni rapor alınması gerekçesiyle karar bozulmuştur. Hekimin tıbbi müdahale sırasında gerçekleşebilecek komplikasyonlara dikkat etmesi gerektiği gibi müdahale sonrasında da gerçekleşebilecek olası komplikasyonlar bakımından da gözetim yükümlülüğü bulunmaktadır. Somut olaydaki iddialar doğrultusunda hekimin doğumdan sonraki aşamada hastasına karşı dikkat ve özen yükümlülüğü devam ettiğinden bunu ihlal etmesi durumunda hekim kusurlu olacak ve sorumluluğu doğacaktır.

4.18. Olgu-18

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 17/02/2017 Tarih, 2016/12803 Esas ve 2017/1136 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taksirle öldürme suçundan sanığın mahkumiyetine ilişkin hüküm, sanık müdafî tarafından temyiz edilmekle, dosya incelendi gereği düşünüldü;

KARAR: Sanık müdafinin duruşmalı inceleme isteminin, hükmün 3 yıl 4 ay hapis cezasından ibaret olması nedeniyle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 318 ve 5271 sayılı CMK'nın 299. maddeleri gereğince reddine karar verilerek yapılan incelemede; Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin yerinde görülmeyen sair temyiz itirazlarının reddine; ancak;

Ölen bebeğin Özel ... Hastanesi'nde 28.09.2009 tarihide sezeryan ile 3400 gr ve apgar 8-9 olarak hakkında ek takipsizlik kararı verilen Kadın Doğum uzmanı ... tarafından doğurtulduğu, doğum sonrası sanık Çocuk Hastalıkları Uzmanı Dr. ...'a teslim edilerek gebelikte polihidroamnios, yani amnio sıvı fazlalığı olması ve gebelik esnasında ultrasonda bebeğin midesinin fazla değerlendirilememiş olması nedeniyle, doğum sonrası bebeğin akciğer filmi çekilerek mideyi değerlendirmek için kuvüze alındığı, aynı gün çekilen akciğer filminde, sağ akciğer apeksde sağ klavikula mediali seviyesine uzanan hat izlendiği, görünümün timus konturuna ait olabileceği ve klinik ile

birlikte değerlendirilmesi gerektiği tespitlerine yer verildiği, takiplerinde inleme olması üzerine yeni doğan ünitesine alındığı, oksijen saturasyonuna bağlandığı, intravenöz mayi takıldığı, sanık tarafından yeni doğanın solunum distressi tanısı konularak durumunun iyi seyretmesi, vücut ısısının yükseltilmesi, saturasyonlarının iyi seyretmesi ve genel durumunun iyi olması, arama yakalama ve mor reflekslerinin olması üzerine 4 gün sonra kontrole çağrılarak taburcu edildiği, bebeğin evde emzirdikten sonra uyuduğu, hırıltılı nefes alışması kesildiği ve ölü olarak 29.09.2009 günü saat 22.30 da ... Hastanesi'ne getirildiği, burada mide içeriğinin akciğerlere kaçması sonucu pulmoner arrest geliştiğinin tespit edildiği;

Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu'nun 26.12.2012 tarihli raporunda; bebeğin ölümünün hyalen membran hastalığı ve gelişen komplikasyonlar sonucu meydana gelmiş olduğu ... Hastanesi'nde yeni doğan distressi tanısıyla izlendiği halde bebeğin solunum sistemine ait bulguların düzenli bakılarak kayıt altına alınmamış olmasının eksiklik olduğu, çekilen akciğer grafisinde hafif dansite artışı olması ve klinik bulgular birlikte değerlendirildiğinde evre I RDS düşünülmesi gerektiği, ayrıca akciğer grafisinde minimal pnömotoraks olduğu, böyle bir hastanın taburcu edilmesinin tıp kurallarına uygun olmadığı, zamanında müdahale edilmiş olması halinde kurtulmasının mümkün olduğu, görüşüne yer verildiği; sanık tarafından ibraz edilen ve Üniversitesi Adli Tıp Ana Bilim Dalı Başkanlığı uzmanları tarafından düzenlenen raporda sanığın kusurunun bulunmadığının belirtilmesi üzerine, çelişkinin giderilmesi amacı ile Adli Tıp Genel Kurulu'ndan alınan 14.08.2014 tarihli raporda da; Adli Tıp 1. İhtisas Kurulu'ndaki tespitler ile benzer tespitlere yer verilerek, böyle bir hastanın taburcu edilmesinin tıp kurallarına uygun olmadığı, ilgili hekimin kusurlu olduğu, ancak kişinin klinik durumu itibariyle hastaneye yatırılarak uygun takip ve tedavisinin yapılmasının durumunda da kurtulmasının kesin olmadığı görüşünün belirtildiği; Tüm bu tespitler karşısında,

1-Mesleğinin gerektirdiği dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranıp bebeğin ölümüne kusurlu hareketleri ile sebebiyet veren sanığın mahkumiyetine karar verilmesine ilişkin mahkemenin kabul ve takdirinde bir isabetsizlik bulunmadığı; ancak; iki sınır arasında temel ceza belirlenirken, cezanın alt ve üst sınırını oluşturan ceza miktarları, suçun işleniş biçimi, kusur durumu, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığının dikkate alınması esas olup, dava konusu olayda sanık asli kusurlu olmakla birlikte, Adli Tıp Genel Kurulu raporunda, kişinin klinik durumu itibariyle hastaneye yatırılarak uygun takip ve tedavisinin yapılmasının durumunda da kurtulmasının kesin

olmadığının belirtilmesi, maddede öngörülen cezanın alt sınırı da nazara alınmak suretiyle, adalet, hakkaniyet ve nesafet kurallarına uygun bir cezaya hükmedilmesi gerektiği gözetilmeden, asgari haddin çok üzerinde temel ceza tayin edilerek teşdidin derecesinde yanılığa düşülmek suretiyle sanık hakkında fazla ceza tayini; yine aynı gerekçeler ile sanık hakkında TCK'nın 53/6. maddesi hükümleri uygulanırken ilgili maddenin üst sınırı da nazara alınarak söz konusu güvenlik tedbirinin adalet, hakkaniyet ve nesafet kurallarına uygun belirlenmesi gerektiği gözetilmeden, sanık hakkında en üst sınırdan uygulama yapılması;

2-5237 sayılı TCK'nın 50. maddesinin sanık hakkında uygulanıp uygulanmamasına karar verilirken, sanığın kişiliği, sosyal ve ekonomik durumu, suçun işlenmesindeki özellikler nazara alınarak, dosyaya yansıyan bilgi ve kanıtlar isabetle değerlendirilip, denetime olanak verecek ve somut gerekçeler de gösterilmek suretiyle takdir hakkının kullanılmasının gerektiği, dosya içeriğine göre; olayın meydana geliş şekli, sanığın kusur durumu dikkate alınarak, dosyaya olumsuz bir tavır da yansımayan ve hakkında takdiri indirim nedenleri uygulanan sanık hakkında TCK'nın 50. maddesindeki paraya çevirme hükümlerinin uygulanması gerektiğinin gözetilmemesi;

SONUÇ: Kanuna aykırı olup sanık müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden 5320 sayılı kanunun 8/1. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca hükmün isteme aykırı olarak bozulmasına; 17.02.2017 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.”

Söz konusu olgu incelendiğinde; bebeğin doğumdan sonra taburcu edilemeyecek durumda olmasına rağmen hekimin bu hususa dikkat etmeyerek bebeğin ölümünde kusurlu olduğu Adli Tıp Kurumu'ndan alınan rapor ile sabittir. Hekim, tıp biliminin esas aldığı ilke ve kurallar doğrultusunda yeterli bilgi ve donanıma sahip olmalıdır. Tıbbi standartlara uygun olacak şekilde hasta üzerinde müdahale gerçekleştirmeli ve gerekli kontrolleri sağlamalıdır. Somut olayda ise hekim, üzerine düşen dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranarak kusurlu davranışları ile bebeğin ölümüne sebebiyet vermiştir. Bu durum Yargıtay kararıyla da sabit olup hekimin gerek hukuki gerekse cezai sorumluluğunu doğurmaktadır.

4.19. Olgu-19

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 03/11/2016 Tarih, 2016/2430 Esas ve 2016/12403 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taksirle yaralama suçundan sanıkların mahkumiyetine ilişkin hükümler, sanık ... ve ... müdafileri ile sanık ... müdafii tarafından temyiz edilmekle dosya incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: A-Sanıklar ... ve ...'ın mahkumiyetine ilişkin hükümlere yönelik temyiz isteminin incelenmesinde; 1995 doğumlu ...oğlu ...'ın 6 aylıktan itibaren solunum sistemi ile ilgili problemlerinin olduğu, 2 yaşında İstanbul Üniversitesi'nde Allerjik Astım tanısı konulduğu ve tedaviye başlanıldığı, 6 ay 7 yaş aralığında 20-25 defa krup atağı geçirdiği, acillerde nebulize buhar tedavileri aldığı, 7-10 yaşları arasında şikayeti olmadığı, 10 yaş sonrası, 2005 yılında geçirdiği ÜSYE sonrası solunum sıkıntısı krup benzeri öksürük ve hayati tehdit eder solunum zorluğu atakları başladığı, reaktif hava yolu tanısıyla tetkik ve tedavi altına ... Kadın Doğum ve Çocuk Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesi Çocuk Allerjisi Kliniğinde 03.04.2005-05.04.2005 tarihleri arasında alındığı, allerji poliklinik takibine çağrıldığı, 22.03.2005 tarih 487300 hasta no ile ... Doğumevi ve Çocuk Hastalıkları Eğitim Hastanesi Mikrobiyoloji Laboratuvarında yapılan Alerji testinin pozitif olduğu, 23.03.2005 tarihli... Çocuk Hastalıkları Merkez Laboratuvarında yapılan ter testinin 41mEg/lt olduğu, ağza acı su gelmesi şikayeti ile 04.04.2005 tarihinde ... sintigrafi Merkezinde Tc 99m DTPA ile gastro özefagiel reflü sintigrafisi yapıldığı ve bulguların reflü lehine rapor edildiği, bu rapor üzerine medikal tedaviye başlanıldığı, 07.04.2005-15.04.2005 tarihleri arasında ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesi Göğüs Hastalıkları servisine solunum sistemi şikayetlerinin ağırlaşması üzerine yatırıldığı, medikal tedavisine başlanıldığı, 12.04.2005 tarihinde ... Pediatrik Gastroenteroloji Bilim Dalında üst GİS endoskopisi yapıldığı, özefagusta mukozal düzensizlikleri, distalde endoskopik özefajit, LES gevşekliği tespit edildiği, özefagus proximal ve distalinden, mide corpus, antrum ve duodenumdan endoskopik biyopsi yapıldığı, 25.04.2005 tarihli patoloji raporunda; proksimal özefagusta konjesyon, distal özefagusda düzenli dolu, korpusta ödem ve intramukozal kanama alanları, duodenumda düzenle yapı olarak rapor edildiği, gastroezofajiel reflü hastalığı tanısıyla medikal tedaviye başlandığı, daha sonrasında 8 ay boyunca poliklinik takiplerinin yapıldığı, Şubat 2006'da reflü şikayetlerinin ve solunum yolu rahatsızlıklarının artması üzerine ... Devlet Hastanesi verilen tedavi ile

düzelmezince, ... Pediatri Bölümüne getirildiği, 28.02.2006'da yatış verildiği, hastanın semptomlarının reflü ataklarına bağlı olup olmadığını test etmek amacıyla asit perfüzyonu ile değerlendirilmesi talimatının bölüm başkanı olan sanık ... tarafından verildiği, bu kapsamda aynı bölümde öğretim görevlisi olan sanık ... tarafından Bernstein testinin yapılmasına karar verildiği, testte kullanılacak solüsyonun baş asistan olup aynı bölümde yan dal eğitimini yapmakta olan diğer sanık ... tarafından patoloji laboratuvarından temin edildiği, hastaya sanık ... ile ... tarafından testin uygulandığı, ancak uygulama sırasında hastada kanama meydana geldiği ve hastanın genel durumunun kötüleştiği görüldüğünden yoğun bakıma alındığı, daha sonrasında hasta ...'in ailesi tarafından 07.04.2006 tarihinde ... Üniversitesi Tıp Fakültesi Hastanesinden alınarak ... Fakültesi Çocuk Cerrahisi Ana Bilim Dalına götürüldüğü, 17.04.2006 gününde ... Fakültesinde yapılan ameliyat ile midesinin 1/3 'ünün çıkartılarak kalan kısmının 12 parmak bağırsağı ile ağızlaştırıldığı, sanıklar ... ve ... tarafından yapılan test sonucunda katılanın hayati tehlikeye ve işlev kaybına neden olacak şekilde yaralandığı olayla ilgili olarak Yüksek Sağlık Şurası tarafından verilen 25.06.2010 tarihli raporun sonuç bölümünde; Dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde; stroözofageal reflü ön tanısı konulan hasta ...'e tanıyı kesinleştirmek amacıyla Bernstein Asit Perfüzyon Testi yapılmasına karar verildiği, ancak uygulamada solüsyonun konsantrasyonu iyi ayarlanmadığından korosiv özofajit geliştiğinin anlaşıldığı, testin yapılması talimatını veren Dr. Ender Pehlivanoglu'nun bu testin yapılmasını isteme yetkisi olduğu ancak gerekli düzenlemeleri sağlamadığı cihetle idari yönden kusurlu olduğu, testi bizzat uygulayan Dr. ... ve Dr. ...'ın solüsyonun hazırlanması, testin uygulama ve güvenliğinden sorumlu oldukları halde, eylemlerinde yeterli titizliği göstermedikleri ve tıp kurallarına uymadıkları cihetle kusurlu bulduklarının belirtmiş olması, yine Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Kurulunun 2014 Tarihli raporunda özetle "Astm bronşiale ve sık krup ataklar ile takip edilen hastanın gastroözefajiel reflü lehine sintigrafik bulgular ortaya çıkması üzerine, tanısı kesinleştirilmesi açısından hastaya Bernstein asit perfozyon testi yapılmasına karar verildiği, 06.03.2006 tarihinde testin ... Fakültesi Gastroenteroloji Polikliniğinde yapıldığı, testin GER hastalığı tanısında kullanılan özefajiel monometri 24 saatlik pH monitorizasyon Baryam kontrastlı özefagraf özefajiel impedons v.b) testlerden biri olduğu, test duyarlılığının %80 olduğunun bilindiği, negatif bulunması GER hastalığının olmadığı anlamını taşımadığı, burada yapılan uygulamada halihazırda kullanılacak solüsyonun patoloji laboratuvarından hangi usul ve esas çerçevesinde

istem yapıldığının belli olmadığı, solüsyon içerik ve yoğunluğu açısından herhangi bir nitelik ve nicelik bakımından bir bilgi kaydının bulunmadığı, şahsa verilen asit solüsyonunu bu bakımdan herhangi bir kayıt belgesinin bulunmayışının bir eksiklik olduğu, işlemi uygulayan sağlık personelinin dikkatsiz ve özen eksikliği içinde bulunduğu anlaşıldığı, tüm bunlardan dolayı şahısta asite bağlı yanık ve bu durumda sekonder operasyona ihtiyaç duyulduğu ve Dr. ...her ne kadar işlemi gerçekleştiren olmasa da testin yapılacağı malzeme temini işleminin gerekliliklerini yapmaması dolayısıyla idari yönden kusurlu olduğu, işlemi gerçekleştiren ... ve Dr. ...'ın solüsyonun hazırlaması, temini ve uygulama sırasında gerekli özen ve titizliği gösteremedikleri sebebiyle kusurlu olduklarının belirtildiği olayda;

Yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık ... müdafinin olayla bu sanığın bir ilgisinin bulunmadığına, suçun unsurlarının oluşmadığına, zamanaşımı süresinin dolduğuna, eksik inceleme ile hüküm verildiğine, hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı verilmesi gerektiğine, sanık ... müdafinin ise eksik inceleme ile hüküm kurulduğuna, sanığın kusurunun bulunmadığına, savunma hakkının kısıtlandığına ilişkin temyiz itirazlarının reddine, ancak;

1-Mahkemece hükmolunan 15 ay hapis cezaları ertelenen sanıklar hakkında, TCK'nın 51/3 maddesi uyarınca tayin edilecek denetim süresinin hükmolunan ceza süresinden az olamayacağı gözetilmeksizin, 1 yıl denetim süresinin belirlenmesine karar verilmesi,

2-Sanıklar hakkında tayin edilen hapis cezasının ertelenmesine karar verilirken, 5237 sayılı TCK'nın 51/7. maddesi uyarınca denetim süresi içinde sanığın kasıtlı bir suç işlemesi ve kendisine yüklenen yükümlülüklerle hâkimin uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmesi halinde ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine ve TCK.51/8. maddesi uyarınca denetim süresini iyi halli olarak geçirdiği takdirde, cezanın infaz edilmiş sayılacağına kararda belirtilmemesi,

Kanuna aykırı olup, hükmün bu nedenle 5320 sayılı Kanunun 8. maddesi gereğince halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi uyarınca bozulmasına, ancak yeniden yargılamayı gerektirmeyen bu konuda, aynı Kanunun 322. maddesi gereğince karar verilmesi mümkün bulunduğundan, aynı maddenin verdiği yetkiye istinaden, hüküm fıkralarının 2 ve 3 olarak numaralandırılan bölümlerinin 6.

maddelerinde yer alan "1 yıl" ibarelerinin "15 ay" olarak değiştirilmesi ve 2 ve 3 olarak numaralandırılan bölümlere, "5237 sayılı TCK'nın 51/7. maddesi uyarınca denetim süresi içinde sanığın kasıtlı bir suç işlemesi veya kendisine yüklenen yükümlülüklerle hakim uyarısına rağmen uymamakta ısrar etmesi halinde ertelenen cezanın kısmen veya tamamen infaz kurumunda çektirilmesine karar verileceğinin ve TCK.51/8. Maddesi uyarınca denetim süresini iyi halli olarak geçirdiği takdirde, cezanın infaz edilmiş sayılacağına sanığa bildirilmesine "ibarelerinin yazılması suretiyle, sair yönleri usul ve kanuna uygun bulunan hükmün isteme uygun olarak düzeltilerek onanmasına,

B-Sanık ...'nın mahkumiyetine ilişkin hükme yönelik temyiz isteminin incelenmesine gelince; Olay tarihinde bölüm başkanı olan sanığın hasta ...'in tedavisini üstlenmediği, sadece Bernstein Asit Perfüzyon Testinin yapılması hususunda diğer sanık ...'e öneride bulunduğu, bu şekildeki savunmasının diğer sanıklar tarafından da doğrulandığı, Yüksek Sağlık Şurası ile Adli Tıp Kurumu 3. İhtisas Dairesinin raporlarında da sanığın testin yapılacağı malzeme temini işleminin gerekliliklerini yapmaması dolayısıyla idari yönden kusurlu olduğunun belirtildiği, idari sorumluluk ile cezai sorumluluğun birbirinden farklı olduğu, adı geçen test işlemi için solüsyonu temin eden ve bu konuda yeterliliği bulunan doktor ... ile birlikte solüsyonu uygulama öncesi kontrol etmeden direkt hastaya uygulayan doktor ...'e kusur yüklenebileceği, bir an için sanık tarafından diğer sanık doktorlara testin uygulanması konusunda talimat verildiği kabul edilse dahi, uygulanan testin, hastalığın teşhis ve tedavisi için önem arz ettiği, heyet raporlarında da bu uygulamanın hatalı olduğuna ilişkin bilgi bulunmadığı anlaşılmakla, meydana gelen olayda sanığa atfedilecek kusur bulunmadığı gözetilmeden, beraati yerine, yazılı şekilde hüküm tesisi,

SONUÇ: Kanuna aykırı olup sanık ... müdafinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebeplerden dolayı 5320 sayılı Kanununun 8. maddesi uyarınca halen uygulanmakta olan 1412 sayılı CMUK'un 321. maddesi gereğince isteme aykırı olarak bozulmasına, 03/11/2016 tarihinde oybirliğiyle karar verildi."

Söz konusu olgu incelendiğinde; alerjik astıma bağlı olarak reflü şikâyeti ile gelen hastaya Bernstein Asit Perfüzyon Testi önerildiği ve yapılan test sonucunda hastada çeşitli sıkıntılar görülmüştür. Yüksek Sağlık Şurası ve Adli Tıp Kurumu raporlarında bahse konu testin önerilmesinde ve yapılmasında tıbben bir sakınca bulunmadığı ve güncel tıbbi uygulamalar içerisinde yer aldığı belirtilmiştir. Fakat test

solüsyonunun hazırlanmasında ve testin uygulanmasında hata olduğundan dolayı testi hazırlayıp uygulayan hekimlerin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları sebebiyle kusurlu bulunarak sorumlulukları olduğu kabul edilmiştir. Zira hekimin tanı ve teşhise ilişkin tetkikleri de birer tıbbi müdahale niteliği taşıdığından vekalet sözleşmesi hükümleri uyarınca hastanın menfaatlerini göz önünde bulundurarak gereken özeni göstermesi beklenmektedir. Yargıtay da bu doğrultuda testi öneren hekimi kusursuz bularak testi hatalı şekilde uygulayan hekimlerin sorumluluğunun bulunduğuna karar vermiştir.

4.20. Olgu-20

Yargıtay 12. Ceza Dairesi'nin 21/06/2016 Tarih, 2016/3825 Esas ve 2016/10579 Karar Sayılı İlamı:

“DAVA: Taksirle öldürme suçundan sanığın mahkumiyetine ilişkin hüküm, sanık, sanık müdafî ve katılan vekili tarafından temyiz edilmekle, dosya incelenerek gereği düşünüldü:

KARAR: Sanığın Özel ... Hastanesinde ortopedi uzmanı olarak görev yaptığı, 11/07/2006 tarihinde 13 yaşındaki ...'ün kolunun kırılması üzerine ablası ... tarafından tedavi amacıyla sanığın görev yaptığı hastaneye getirildiği, ÖzelHastanesinin 11/07/2006 tarih ve 180821 nolu muayene raporu ve reçetesinde; “Üç gün önce kolunun üzerine birisinin düşmüş olduğu ifadesiyle geldiği, sol dirsek eklem içi kırığı teşhis edildiği, genel durumunun iyi, sol dirsek palpasyonu ağrılı, dirsek hareketleri ağrılı, el ve ön kolda yumuşak dokuda ödem olduğu, dolaşım problemi olmadığı, sinir problemi olmadığı, el parmaklarına ve el bileğine hareket yaptırılabilirdiği, grafisinde sol dirsek eklem içi kırığı(nondeplase) saptandığı, dirsek üstü alçı atel yapıldığı, medikaledavi başlandığı, ağrı kesici ve ödem geriletici, elevasyon ve takibe alındığı, kontrolde BT çekilip sonucuna göre tedavisinin devamına karar verileceği, Apranaxtb 2x1, Minosettb 2x1 reçete edildiği,” şeklinde belirtildiği, her ne kadar dosya içerisinde herhangi bir hastane evrakı mevcut olmasa da taraf ifadelerine göre çocuğun ağrısının artması, sırt ve karın ağrısı olması üzerine 12/07/2006 tarihinde tekrar aynı hastaneye götürdükleri, doktorun alçısını kısalttığını eve gönderildiğini, 13/07/2006 tarihinde de şikayetleri devam eden ve mide bulantıları başlayan çocuğun hastaneye götürüldüğü, apranax isimli ilacı keserek diğer ilaçlarını içmesi önerilerek eve gönderildiği, akşam sırtının acıdığını ve karnının ağrıdığını söylemesi üzerine hastaneye götürmek

istediklerini ancak çocuğun gitmek istemediğini, 14.07.2006 tarihinde fenalaşması üzerine saat: 06-00- 07.00 sıralarında.....Hastanesine götürdüklerini, nöbetçi doktor olmadığı söylenerek hastaneye kabul edilmediklerini, bunun üzerine İlgi Hastanesine gittiklerini, İlgi Hastanesinin 14/07/2006 tarih ve 470 no.lu geçici raporunda; “3 gün önce düşmüş olduğu, sol kolda çatlak olduğu ve alçıya alınmış olduğu, önceki akşam terleme ve üşümleri olduğu, sabah kalktıklarında kusmuş ve baygın halde buldukları, bilincinin kapalı, oryantasyon ve kooperasyonun olmadığı, IR -/-, pupillerifix dilate olduğu, ağrılı uyaranlara cevap vermediği, patolojik refleksi olmadığı, tansiyon ve nabız alınmadığı, solunumu olmadığı, ex duhul olarak geldiği, 30 dakika kardiopulmoner resüsitasyon uygulandığı, ancak solunum ve kalp tepe atımının geri dönmediği, 07.45’te ex kabul edildiği, ölüm nedeninin anlaşılamadığı,” şeklinde belirtildiği, Adli Tıp Kurumu Morg İhtisas Dairesinin 18/10/2006 tarih ve 2233/17.7.2006/37564 nolu otopsi raporunda "Sol radius kemiğinde kırık ve kırık çevresinde yoğun iltihap görülen kişinin ölümünün nekrozlaşan taze lobülerpnömoni, irinli fibrinliplörite bağlı solunum yetmezliği sonucu meydana gelmiş olduğunun" belirtildiği, Adli Tıp Kurumu Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun 28/07/2007 tarihli 3239 karar nolu mütalaasında “Tıbbi belgeler ve otopsi raporuna göre; çocuğun ölümünün künt travmaya bağlı yumuşak doku zedelenmesi ile bu bölgede oluşan enfeksiyona bağlı komplikasyonlar sonucu meydana gelmiş olduğunun" belirtildiği, Adli Tıp Kurumu Üçüncü Adli Tıp İhtisas Kurulunun 09/01/2008 tarihli 206 karar nolu mütalaasında "1993 doğumlu ...'ün Dr. ... tarafından ilk görüldüğü gün kırığa yapılan tedavinin uygun olduğu, ancak otopsisindeki bulguların yaygın enfeksiyon göstergesi olduğu, ölümden 1 gün önce muayene eden aynı hekimin mevcut bulguları tespit edememiş olmasının eksik bir eylem olduğu, yeterli takip ve tedavi yapmamış olması nedeniyle Dr....'ın eyleminin tıp kurallarına uygun olmadığı" belirtildiği, Yüksek Sağlık Şurasının 5-8 Kasım 2009 tarih ve 2008/173 karar sayılı raporunda "Dosyadaki bilgi, belge ve bulgular değerlendirildiğinde; hastanın Dr.tarafından ilk görüldüğü gün kırığa yapılan tedavinin uygun olduğu, ancak ölümünden 1 gün önce karın ve sırt ağrısı olan hastayı muayene eden Dr.'ın hastada sepsise yol açacak pnömoni bulgularını tespit edememiş olmasının eksiklik olduğu, ölüm sebebinin sepsis olduğu, yeterli takip ve tedavi yapmamış olmasından dolayı Dr.ın özen ve dikkat eksikliğinin olduğuna, bilinçli taksirinin ise söz konusu olmadığına şuramızca oy birliği ile karar verildiği,” şeklinde belirtildiği, Adli Tıp Kurumu Birinci Adli Tıp İhtisas Kurulunun 25/016/2014 tarihli 2914 karar nolu mütalaasında "çocuğun 11/07/2006 ve 12/07/2006 tarihinde

başvuru şikayetlerine göre konulan tanının ve yapılan tedavinin uygun olduğu, 13/07/2006 tarihinde karın ve sırt ağrısı şikayetleri ile getirildiğinde herhangi bir muayene ve tetkik yapılmadan veya çocuk hastalıkları konsültasyonu istemeden şikayetlerini Apranax adlı ilaca bağlamış olması nedeniyle Dr.'ın kusurlu olduğu, Dr.'ın karın ve sırt ağrısı şikayetlerinin ilaca bağlanmış olması nedeniyle kusurlu olmakla birlikte hasta yakınının çocukta öksürük, ateş, solunum sıkıntısı gibi yakınmalarının bulunduğu dair anamnez vermemiş olması ve çocuğun 13/07/2006 tarihinde muayeneden 1 gün sonra ölmüş olması nedeniyle ölümünün tek başına hekim kusuru nedeniyle meydana geldiğinin söylenmeyeceği, Dr.'ın kusurunun ölüm meydana gelmesindeki etkisi 8/8 üzerinde değerlendirildiğinde 2/8 olarak kabulünün uygun bulunduğu, kusurlu eylem sorulduğu üzere bilinçli taksir olarak değerlendirilemeyeceğinin" mütalaa edildiği ve son olarak bozma ilamına uyularak yapılan yargılama sırasında alınan "18/09/2014 tarihli Adli Tıp Grup Başkanlığı Genel Kurul kararında da 11/07/2006 ve 12/07/2006 tarihinde başvuru şikayetlerine göre konulan tanının ve yapılan tedavinin uygun olduğu, 13/07/2006 tarihinde karın ve sırt ağrısı şikayetleri ile getirildiğinde herhangi bir muayene ve tetkik yapılmadan veya çocuk hastalıkları konsültasyonu istemeden şikayetlerini Apranax adlı ilaca bağlamış olması nedeniyle Dr.'ın kusurlu olduğu, Dr.ın karın ve sırt ağrısı şikayetlerinin ilaca bağlanmış olması nedeniyle kusurlu olmakla birlikte hasta yakınının çocukta öksürük, ateş, solunum sıkıntısı gibi yakınmalarının bulunduğu dair anamnez vermemiş olması ve çocuğun 13/07/2006 tarihinde muayeneden 1 gün sonra ölmüş olması nedeniyle ölümünün tek başına hekim kusuru nedeniyle meydana geldiğinin söylenmeyeceği oy birliği ile mütalaa olunur" şeklinde rapor verildiği ve sanığın kusurlu olduğu anlaşılmakla;

SONUÇ: Bozma ilamına uyularak yapılan yargılamaya, toplanıp karar yerinde gösterilen delillere, mahkemenin kovuşturma sonuçlarına uygun olarak oluşan kanaat ve takdirine, incelenen dosya kapsamına göre, sanık müdafinin eksik inceleme ile hüküm verildiğine ve kusura, katılanlar vekilinin ise eylemin bilinçli taksirle işlendiğine ve adli para cezasının az takdir edildiğine ilişkin temyiz itirazlarının reddiyle, hükmün isteme uygun olarak onanmasına, 21.06.2016 tarihinde oybirliği ile karar verildi."

Söz konusu olgu incelendiğinde; düşerek kolunu kıran çocuğun ölümünün künt travmaya bağlı yumuşak doku zedelenmesi ile bu bölgede oluşan enfeksiyona bağlı komplikasyonlar sonucu meydana geldiği rapor edilmiştir. Çocuğun hastaneye

getirildikten sonra herhangi bir muayene ve tetkik yapılmadan ve ayrıca detaylı tetkik için konsültasyon istenilmeden şikayetlerini sadece ağrı kesici ilaç yazmak suretiyle karşılayan hekimin bu davranışları kusurlu görülmüştür. Zira hekimin tıbbi standartlar doğrultusunda tanı ve teşhis hususunda gerekli görülen tüm işlemleri sağlayarak hastanın durumunu kontrol altına almakla yükümlüdür. Aksi halde hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilerek hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelecektir. Somut olayda da hekimin çocuk üzerinde gerekli tetkikleri yapmadan ve konsültasyon istemeden sadece ağrı kesici ilaç kullanmasını önererek taburcu etmesi sonrasında çocukta oluşan enfeksiyona bağlı komplikasyonlar nedeniyle ölüm meydana gelmesinde hekimin kusurlu davranışlarının sebep olduğu dosya kapsamında alınan raporlar ile sabit olup Yargıtay tarafından da bu yönde hekimin sorumluluğunun mevcut olduğuna ilişkin bir karar verilmiştir.

5. TARTIŞMA

Hekimin gerçekleştireceği tıbbi müdahaleler bakımından hukuki ve cezai anlamda güvence altında olabilmesi için hastaya yönelteceği eylemlerin hukuka uygun olması gerekmektedir. Zira hukuka uygunluk şartlarını taşımayan tıbbi müdahaleler, salt anlamda birer haksız eylem olup hekimin sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Bu sebeple bu şartların neler olduğunun belirlenmesi hem hekim hem de hasta bakımından önem arz etmektedir.

Ulusal hukukumuzdaki düzenlemelere bakıldığında tıbbi müdahalelerin hukuka uygunluk şartlarının neler olduğuna ilişkin güncel ve her şeyin eksiksiz bir arada bulunduğu bir mevzuat bulunmamaktadır. Anayasal olarak koruma altına alınan vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkının hangi istisnai durum ve koşullar altında ihlal edilebilecek olduğunun kanunlar ile hüküm altına alınması gerekmektedir. 1219 sayılı TŞSTİDK, her ne kadar birtakım hukuka uygunluk şartlarını içermekteyse de eksiklikler söz konusu olduğu gibi Resmî Gazete’de 1928 yılında yayımlandığı dikkate alındığında dili oldukça eski olup günümüzün değişen ve gelişen tıbbi anlamdaki ihtiyaçlarını da karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Bu kanunun eksiklikleri ise daha güncel olan Hasta Hakları Yönetmeliği ile tamamlanmaya çalışılmıştır. Yine 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, 2827 sayılı Nüfus Planlaması Hakkında Kanunu, 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşılması ve Nakli Hakkında Kanun ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi gibi yasal düzenlemeler ile belirli bir sistematik altında olmasa da hukuka uygunluk şartlarına ilişkin hükümlere yer verilmiş ve bazı soru işaretleri giderilmeye çalışılmıştır.

Öte yandan uluslararası sözleşmeler ve metinlerden faydalanılmak suretiyle ulusal mevzuatımızdaki eksiklikler tamamlanmaya çalışılmıştır. Bu bakımdan taraf olduğumuz Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi’nin ilgili hükümleri önem taşımaktadır. Güncel ve temel hususları içeren bir sözleşme olduğundan dolayı özellikle yüksek yargı kararlarında sıklıkla atıf yapılmaktadır.

Hukuka uygunluk şartlarının neler olduğunun belirlenebilmesi için gerek doktrinde gerek içtihatlarda yapmış olduğumuz incelemelerde mevzuat bakımından

eksiklik ve karışıklık bulunması gibi sebeplerle tam bir fikir birlikteliğinin olduğu söylenemeyecektir. Fakat bir tıbbi müdahalenin temel olarak hangi unsurları barındırması gerektiği hususunda bir değerlendirme yapılmıştır. Buna göre ilk olarak söz konusu tıbbi müdahalenin yetkili sağlık çalışanı tarafından gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Tıbbi müdahalenin uygulanması bakımından akla ilk hekimler gelse de hemşire, ebe, hasta bakıcı gibi kimseler de birer sağlık çalışanı olup kanunen belirli tıbbi müdahaleleri gerçekleştirme yetkileri ve görevleri bulunmaktadır. Bu sebeple hastaya tıbbi müdahalede bulunacak kişinin söz konusu müdahalenin niteliği bakımından yetkin bir sağlık çalışanı olması gerekmektedir. Belirli alanda uzmanlaşmış hekimlerin yetkinliğinden farklı bir alan dahilindeki durumlara müdahale etmesi ya da hastayı doğru yönlendirmemesi halinde de yetkisiz hekimin müdahalesi söz konusu olacaktır. Yine herhangi bir tıp eğitimi almaksızın alternatif tıp yöntemleri olarak adlandırılan çeşitli tedavi yöntemleri sunan kişilerin durumları da yasal olarak düzenlenmiş olup gerekli eğitimi ve sertifikaları bulunmayan kişilerin bu yönde faaliyet göstermeleri durumunda hukuki ve cezai sorumlulukları gündeme gelecektir.

İkinci ve en önemli olarak kabul edilebilecek unsur ise hastanın tıbbi müdahale bakımından aydınlatılmış onamının alınmasıdır. Zira Anayasa'da kişi vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkının ihlal edilebilmesini ancak kişinin rıza göstermesi koşuluyla mümkün kılmaktadır. Hastanın göstereceği rıza iradesi ise ancak aydınlatılmış olma ön koşuluyla geçerli kabul edilmektedir. Bu sebeple de uygulamada sıklıkla karşılaşılan belirli kalıplar halinde düzenlenmiş ve kişinin somut durumuna özgü nitelik taşımayan onam formları hekimi sorumluluktan kurtarmamaktadır. Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin niteliği de dikkate alındığında geçerli bir rızadan söz edebilmek için hekimin gerçekleştireceği müdahale hakkında hastanın doğru karar alabileceği yeterlilikte aydınlatılması gerekir. Hasta için sayfalarca yazılan onam formlarından ziyade hekimden duyacağı sözler daha etkili olacaktır. Hekim ile karşılıklı diyalog kurarak aklındaki soru işaretlerini gidermesi ve çekincelerini ifade etmesi hastanın alacağı kararı daha sağlıklı kılacaktır. Herkesin kendi geleceğini kendi tayin etme hakkı olduğuna göre hastanın gerçekleştirilecek müdahale hakkında özgürce irade beyanında bulunması gerekmektedir. Fakat karar alabilme hususunda yeterliliğe sahip olmayan kişiler bakımından temsilcilerinin göstereceği rıza iradesi dikkate alınmaktadır. Hasta ile temsilcisinin iradelerinin çelişmesi durumunda ne olacağı ise tartışmalı olup hastanın üstün menfaatinin korunması gerekmektedir. Geçerli bir aydınlatma sonucu alınacak

rızaya dayanmadan kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eder nitelikte müdahalelerde bulunulması durumunda hekimin hukuki ve cezai sorumluluğu gündeme gelecektir.

Üçüncü olarak hekimin müdahalesinin tıbbi gerekliliğin bir sonucu olarak gerçekleştirilmesi şartı aranmaktadır. Hekim ile hasta arasında kurulan hukuki ilişkinin temelini tıbbi gereksinimlerin oluşturması gerekmektedir. Keyfi ya da salt maddi çıkarlar amaçlanarak yöneltilecek işlemler hekimin eylemini hukuka aykırı kılacaktır. Bu hususta doktrinde çeşitli tartışmalı görüşler yer almaktadır. Zira özellikle estetiksel kaygılar taşıyan operasyonlarda tıbbi anlamda bir zorunluluk bulunmaması sebebiyle hekimin gerçekleştireceği müdahalenin hukuki zemini sorgulanmaktadır. Bu hususta gereklilik yani endikasyon kavramı sadece tıbbi bakımdan sınırlı tutulmayarak sosyal ve psikolojik endikasyonun varlığı da kabul edilmiş ve böylece bu yönde gerçekleştirilecek müdahalelerin hukuka uygunluğundan söz edilebilmiştir. Neticede hekimin hastaya müdahalesinin hukuken öngörölmüş amaçlara yönelik olması gerekmektedir.

Son unsur olarak hekimin değişen ve gelişen tıp biliminin ilke ve esaslarına uygun olacak şekilde müdahalede bulunması gerekmektedir. Hekim, mesleğinde kendisini geliştirmeli ve günceli takip etmelidir. Tıp biliminin gerekliliklerine aykırı şekilde gerçekleştirilen müdahaleler tıbbi malpraktisi oluşturmaktadır ve hekimin sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Bu noktada bir pratisyen hekimden beklenecek sonuç ile bir uzman hekimden beklenecek sonucun aynı ölçüde olup olmayacağı hususunda fikir birliği bulunmamaktadır. Fakat somut olayın kendine has özellikleri de dikkate alınarak hekimin müdahalede bulunurken tıbbi ilke ve esaslara ne derecede uygun hareket edip etmediğinin belirlenmesi gerekmektedir. Aksi halde bu konuda kesin sınırların çizilebilmesi mümkün değildir.

Tıbbi müdahalelerin hangi şartları taşıması gerektiği belirlendikten sonra bu şartların eksikliği durumunda gerek hukuki gerek cezai sorumluluğun yer aldığı son on yıla ait yirmi adet Yargıtay kararı irdelenmiştir. İncelenen kararlar doğrultusunda hekimlerin sorumluluklarının hangi hallerde gündeme geldiği, hangilerinin hukuki hangilerinin cezai sorumlulukla ilgili olduğu ve hangi mevzuat hükümlerinin esas alındığı belirlenmeye çalışılmıştır. Hekimin mesleği ile alakalı işlem ve eylemleri, teknik bir konu olması sebebiyle tıp bilimine ve hukuka olan uygunluğunun tespiti bakımından mahkemece yaptırılacak bilirkişi incelemeleri büyük önem taşımaktadır. Zira çoğu yüksek yargı kararında, bu husustaki eksiklik sebebiyle mahkemece verilen karar bozulmuş olup ya Adli Tıp Kurumu'ndan ya da Yüksek Sağlık Şurası'ndan alınan

bilirkişi raporları doğrultusunda hüküm kurulmuştur. Mahkeme açısından söz konusu bilirkişi raporları her ne kadar bağlayıcı olmasa da teknik bilgi ve birikime sahip olmayan mahkeme hakimlerinin raporun aksi yöndeki kararını gerekçelendirmesi oldukça güç görünmektedir. Özellikle hekimin müdahalesinin tıbbi standartlara uygun olup olmadığının ve hekimin eylemi ile meydana gelen sonuç arasında illiyet bağı bulunup bulunmadığının tespiti uzmanlık istemektedir. Hatta mahkemece alınan birden fazla bilirkişi raporu arasında çelişkiler bulunduğu ve bu çelişkilerin giderilerek karara bağlanması gerektiği gerekçesiyle bozulan kararlar da mevcuttur. Bu sebeple mahkemece yargılama sonucunda doğru kararlar alınabilmesi için eksiksiz ve hatasız bir inceleme yapılması gerekmektedir.

Bu bağlamda incelenen ilk 4 olgu (Olgu 1, 2, 3, 4) bakımından; 1219 sayılı TŞSTİDK kapsamında, tıbbi müdahale gerçekleştirebilme hususunda yetki ve yeterliliği bulunmayan kişilerin cezai sorumluluklarının gündeme geldiği yüksek yargı kararları irdelenmiştir. Kişilerin tıbbi müdahale içeren eylemlerini herhangi bir menfaat karşılığında gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin ise sorumluluğun doğması bakımından bir önemi yoktur. Öte yandan son dönemde ülkemize yurtdışından gelen sığınmacıların artış göstermesi sebebiyle ülkelerinde hekimlik ve diş hekimliği yapan kişilerin ülkemizde de mesleki faaliyetler göstermeye çalıştığına rastlanılmaktadır. Bu konuda ilgili mevzuat hükümlerimiz yabancı uyruklu hekim ve hemşirelerin belirli şartlar altında ülkemizde mesleklerini yürütebilmelerine imkân sağlarken özellikle yabancı diş hekimleri için aynı durum mümkün değildir. Tek istisna ise kişinin Türk soylu bir yabancı olmasıdır. Söz konusu yasal düzenlemeler dikkate alınmadan ülkemizde faaliyet göstermeye çalışan sığınmacıların hukuki ve cezai sorumlulukları doğmaktadır. Yine alternatif tıp yöntemlerine ilişkin getirilen düzenlemeler doğrultusunda kimlerin yetkili olduğu hususundaki belirsizlik giderilmeye çalışılarak uygulamada yaşanan karışıklıklar kontrol altına alınmaya çalışılmıştır. Yüksek yargı kararlarında pek karşılaşılsa da yetkisiz hekimin müdahalesine verilebilecek bir diğer örnek ise bir hekimin uzmanlık alanı dışında kapsamlı müdahalelere girişmesidir. Örneğin bir kadın doğum uzmanı hekimin ortada gerekli ve geçerli bir sebep bulunmamasına rağmen plastik cerrahi uzmanı hekim tarafından yapılması gereken bir operasyona girmesi halidir. Neticede yetkili sağlık personellerinin kimler olduğu hususunda yasal düzenlemelerimizde herhangi bir soru işareti bulunmamakta olup bu durum oldukça

açıktır. Bu sebeple gerçekleştirilecek tıbbi müdahaleler bakımından yetki ve yeterliliği bulunmayan kişilerin sorumluluğu gündeme gelmektedir.

İncelenen 6 olgu (Olgu 5, 6, 7, 8, 9, 10) bakımından; hekimin tıbbi müdahale öncesinde alınacak geçerli bir aydınlatılmış onamın hangi esaslara bağlı olduğu hususları değerlendirilmiştir. Her şeyden önce hastanın şahsi durumuna özgü nitelik taşımayan ve matbu ifadeler içeren onam formları hekimin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Yargıtay tarafından kabul edildiği üzere hastanın aydınlatılmış onamının alınıp alınmadığı noktasında ispat yükü hekime ya da hastaneye aittir. Uygulamada ispatlanabilirlik açısından yazılı şekilde onam formları imzalatılıyor olsa da gerçekleştirilecek müdahalenin içeriği ve olası sonuçları hakkında hastanın aydınlatılmış olması gerekmektedir. Bu durumda hastadan sadece rızasının alındığını ispatlayan belgeler hekimi sorumluluktan kurtarmayacaktır. Yine yüksek yargı kararlarında sıklıkla rastlanılan bir diğer durum ise bizzat hastanın aydınlatılıp onamının alınması yerine daha önceden bu konuda tecrübesinin bulunduğu düşüncesiyle bunun ihmal edilmesidir. Her tıbbi müdahale kendi içerisinde birbirinden bağımsız olup istisnalar dışında uygulanacak her bir işlem için hastanın aydınlatılarak rızasının bizzat alınması gerekmektedir. Hekimler tarafından ileri sürülen hastanın bir yakının daha önceden aynı tıbbi müdahaleye maruz kalması sebebiyle hastanın aydınlatılmasına gerek olmadığı yönündeki savunması hukuken kabul görmemektedir. Hastanın kafasında oluşabilecek soru işaretlerinin giderilerek doğru karar alabilmesi sağlanmalıdır. Tıbbi müdahaleler, vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkını doğrudan ihlal niteliğine sahip eylemler olduğu için hastanın bu yöndeki iradesinin kişiye sıkı sıkıya bağlı olduğu kabul edilmektedir. Öte yandan aydınlatılmış onam kavramı, temelde vekalet sözleşmesi hükümleri kapsamında ele alınmaktaysa da eser sözleşmesi hükümlerinin uygulandığı özellikle estetiksel nitelik taşıyan müdahalelerde kapsamının daha geniş olması gerektiği yüksek yargı kararlarında kabul edilmektedir. Zira bir tıbbi müdahalenin eser sözleşmesi hükümlerine tabi olduğu kabul edildiğinde hekimin meydana gelecek sonucu taahhüt etmesi sebebiyle sorumluluğu gündeme gelecektir. Bu sebeple hekim, müdahale esnasında oluşabilecek her türlü aksi gelişmeyi hastasına bildirmekle yükümlü olup bu doğrultuda hastadan alacağı aydınlatılmış onamın kapsamı da genişlemektedir. Görüldüğü üzere hastada meydana gelen kötü sonuçlar tıbbi müdahalenin olası komplikasyonları arasında kabul edilse ve hatta hekimin eylemi ile meydana gelen netice arasında illiyet bağının olduğu kesin olarak tespit edilemese dahi

aydınlatılmış onamın varlığı müdahalenin hukuka uygunluğu bakımından büyük önem taşımaktadır. Zira karşılaşılan uyuşmazlıklarda aydınlatılmış onamın alınıp alınmadığı hasta tarafından ileri sürülmüş olmasa bile Yargıtay tarafından bu hususun araştırılması gerektiğinden kararların bozulduğu görülmektedir.

İncelenen 4 olgu (Olgu 11, 12, 13, 14) bakımından; hekim tarafından tercih edilerek uygulanan müdahalelerin tıbben gerekli olup olmadığının hekimin sorumluluğuna olan etkisi görülmektedir. Tercih edilen yöntemin ya da uygulanan işlemin tıbbi anlamda gerekliliğinin tespit edilebilmesi uzmanlık gerektirdiğinden mahkemece alınacak bilirkişi raporları verilecek karar bakımından önem arz etmektedir. Zira hekim ile hasta arasındaki hukuksal ilişkiden kaynaklanan vekalet sözleşmesi hükümlerine göre hekimin her türlü işlemde gerekli özeni ve dikkati göstermesi gereklidir. Hastanın alternatif yöntemler bakımından tercih etme özgürlüğü bulunmaktaysa da hekimin bu konuda hastayı aydınlatarak doğru bir yönlendirme yapması gerekmektedir. Yüksek yargı kararlarında sıklıkla rastlanılan durumlardan birisi normal yöntemle doğum ile sezaryen yöntemiyle doğum arasında yapılan tercihlerdir. Hastada meydana gelen olumsuz sonuçlar ilgili müdahalenin olası komplikasyonları arasında kabul edilse dahi tercih edilen ve uygulanan yöntemin somut olay bakımından tıbben gerekli olup olmadığının da araştırılması gerektiği Yargıtay kararlarında belirtilmektedir. Aksi halde yeterli araştırma yapılmaksızın ve gerekli bilirkişi raporları alınmaksızın mahkemece verilen kararlar eksik inceleme sebebiyle bozulmaktadır. Hekimin salt maddi çıkar elde etme niyetiyle gerçekleştirdiği ya da sırf tecrübe kazanmak için uyguladığı müdahaleler de tıbbi gereklilik unsuru barındırmaması sebebiyle hekimin sorumluluğunu gündeme getirmektedir. Fakat tarafımızca yapılan araştırmada bu yönde bir olguya rastlanılmamıştır.

İncelenen son 6 olgu (Olgu 15, 16, 17, 18, 19, 20) bakımından ise; hekimin dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırı davranışları sonucu meydana gelen sorumluluğu uyuşmazlık konusu olmuştur. Yüksek yargı kararlarında hekim ile hasta arasındaki hukuki ilişkinin niteliğinin vekalet sözleşmesi kabul edilmesi sebebiyle TBK'nın ilgili hükümleri ile ulusal düzeyde önem taşıyan Biyotıp Sözleşmesi'nin ilgili hükümlerine atıf yapılarak hekimden beklenen dikkat ve özen yükümlülüğü somutlaştırılmaya çalışılmıştır. Hekimin değişen ve gelişen tıp biliminin esas ve ilkelerini takip ederek mesleki faaliyetlerinde uygulaması gerekmektedir. Hekim gerek müdahale sırasında gerek müdahale sonrasında meydana gelmesi muhtemel komplikasyonlar bakımından

tedbirli olmak mecburiyetindedir. Hekimin sadece tedaviye yönelik eylemleri değil tanı ve teşhis aşamasındaki eylemleri de yargılamalara konu olmuştur. Özellikle acil servise gelen vakalarda durumun ciddiyetine göre gerekli tetkiklerin yaptırılarak konsültasyon istenilmesi gerekliliği belirtilmektedir. Aksi halde meydana gelecek olumsuz sonuçlardan hekimin sorumluluğu doğacaktır. Hastaya gerekli tetkiklerin yapılması tek başına yeterli olmayıp elde edilecek verilerden de hastanın durumunun doğru bir şekilde tespit edilebilmesi gereklidir. Ayrıca hekimin tercih etmiş olduğu yöntem her ne kadar tıp bilimine uygun olsa da yöntemin uygulanış şekli de bir tıbbi müdahale niteliği taşıdığından doğru olarak gerçekleştirilmesi gereklidir. Hekimin tıbbi müdahalesine ilişkin eylemlerinin tıp biliminin ilke ve esaslarına uygun olup olmadığının tespiti bakımından yine alınacak bilirkişi raporları oldukça önem taşımaktadır. Bu kapsamda bir rapor alınmaksızın ya da eksik incelemeye dayalı alınan bir rapor esas alınarak mahkemece karar verilmesi durumunda Yargıtay tarafından karar bozulmaktadır.

Sonuç olarak yüksek yargı kararlarında mevzuattaki geri kalmışlık ve eksiklik sebebiyle daha ziyade bilirkişi raporlarına dayanarak içtihadi esaslar içeren kararlar verildiği görülmektedir. Uygulamada karşılaşılan güçlükler, illiyet bağı ve ispat yükü bakımından yaşanan sorunların yargılamalara yansımaları sonucunda farklı kararlar ortaya çıkabilmektedir. Bu sebeple adil yargılama ve hakkaniyetli sonuçlar elde edebilmek için bu hususta kapsamlı ve özel düzenlemelerin hazırlanması gereklidir.

6. SONUÇ ve ÖNERİLER

Tıbbi müdahalelerin hangi unsurları içermesiyle birlikte hukuka uygun olacağını irdelediğimiz çalışmamızda bir kısmı hemfikir olunan bir kısmı ise fikir ayrılıkları taşıyan birtakım sonuçlara ulaşılmıştır. Anayasal olarak güvence altında bulunan vücut bütünlüğü ve dokunulmazlığı hakkının ihlali niteliğinde olan tıbbi müdahalelerin ancak belirli şartlar altında hukuk uygun olduğu söylenebilmektedir. Bu şartların ve istisnalarının neler olduğu ise ancak yasal düzenlemeler ile ortaya konulabilmektedir.

Öncelikle hekimlerin cezai sorumluluklarına ilişkin özel yasa hükümleri bulunmamakla birlikte TCK'nın ilgili maddelerine uyan suçlar bakımından yargılamalar yapılmaktadır. Hukuki sorumluluğun belirlenebilmesi bakımından ise yine genel nitelikteki TBK ve ulusal düzeydeki sözleşme ve metinlerden faydalanılmak suretiyle mahkemelerce bir karar verilmektedir. Bununla birlikte oldukça eski dildeki mevzuat hükümleri ve kanunların uygulanmasını destekler nitelikteki yönetmeliklerle hukuka uygun bir tıbbi müdahalenin hangi unsurlardan oluşması gerektiği belirlenmeye çalışılmaktadır. Yasal düzenlemelerdeki eksiklik ve dağınıklıklar ise gerek doktrinde gerek yüksek yargı kararlarında farklı yorumlara sebebiyet verdiği için bu durum uygulamadaki birliğin sağlanmasına engel olmaktadır.

Uygulamada bu hususta bir birliğin sağlanması hem hekimin mesleki güvencesi hem de hastanın menfaatlerinin korunması bakımından oldukça büyük öneme sahiptir. Zira yetki ve sorumluluklarının sınırı tam olarak çizilmeyen bir hekimin mesleki faaliyetlerini yürütürken rahat hareket etmesi ve herhangi bir hata yapmaması kendisinden beklenemeyecektir. Bu durumda ise hastanın söz konusu tıbbi müdahaleye rıza göstermesindeki beklentileri ve menfaatleri karşılanamayacaktır. Dolayısıyla hekimin kendinden emin bir şekilde mesleğini ifa etmesinin yolu, doğru ve tam yasal düzenlemelerin doğru şekilde anlatılmasından geçecektir. Hekimlerin hem öğrencilik hem de mesleki dönemlerinde bu konuda düzenli şekilde eğitim almaları kendilerini daha güvende kılacaktır.

Tıbbi malpraktis iddialarına dayanan vakalar sebebiyle gerçekleştirilen birçok hukuk ve ceza yargılamalarına rağmen bu alandaki düzenlemelerin ve çalışmaların eksikliği dikkat çekmektedir. Yargılamaların da oldukça uzun sürmesi sebebiyle hem

hekimin yaşayacağı sıkıntıların hem de hastanın bu süre zarfındaki mağduriyetinin boyutu düşünüldüğünde hak ihlalleri söz konusu olacaktır.

Yüksek yargı kararları incelendiğinde mahkemelerin verdikleri kararların esasını alanında uzman kişi veya heyetlerden alınan bilirkişi raporlarının oluşturduğu görülmektedir. Bu sebeple adaletin sağlanması bakımından bilirkişilik yapan kişi ya da kurumlara büyük rol düşmektedir. Fakat tıbbi standart ve uygulamaların oluşturulmadığı bir ortamda hazırlanacak raporlar da tartışmaya ve yoruma açık olacaktır. Bu durumun bir sebebi de tıp biliminin kendi içindeki kompleksliğidir.

Her ne kadar yasal düzenlemelerdeki eksiklik ve karışıklıklar yorum yöntemiyle doktrin ve içtihatlar vasıtasıyla giderilmeye çalışılsa da pratikte uygulanabilirlik ve karmaşıklık gibi problemler yaşatması sebebiyle tam bir çözüm sunamamaktadır. Dolayısıyla hekimin hukuki ve cezai sorumluluğunun sınırları ile gerçekleştireceği tıbbi müdahalelerin şartlarının belirlenebilmesi ve bir standart oluşturulabilmesi için bu alanda çalışmalar yapılmalı ve düzenli şekilde eğitimler verilmelidir.

KAYNAKLAR

1. Kıcalıoğlu M. Yargı kararları ışığında doktorun (hekimin) tıbbi müdahaleden doğan hukuki sorumluluğu. *Terazi Hukuk Dergisi*, 2006, 1(4): 13-9.
2. Ayan M. *Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk*, Ankara, Kazancı Hukuk Yayınları, 1991: 5-113.
3. Canbolat F. Kamu Hastanesinde yapılan tıbbi müdahalede hekimin özel hukuktan doğan sorumluluğunun dayanağı. *TBB Dergisi*, 2009, 80: 156-81.
4. Dural M, Öğüz T, Sarı S. *Türk Özel Hukuku Cilt II Kişiler Hukuku*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015: 82-108.
5. Eren F. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 19. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015: 603-6.
6. Gülel İ. Tıbbi müdahale sözleşmesine uygulanacak hükümler. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2011, 1(5): 595.
7. Özdemir H. Teşhis ve tedavi sözleşmesinde hekimin hastayı aydınlatma yükümlülüğu. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, 12(3-4): 347-79.
8. Şenocak Z. Küçüğün tıbbi müdahaleye rızası. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2001, 50(4): 65-80.
9. Tandoğan H. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri Cilt II*, 5. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2010: 21-35.
10. Eren F. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler*, 2. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015: 592-881.
11. Şenocak Z. *Özel Hukukta Hekimin Sorumluluğu*, Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1998: 19-52.
12. Gümüş MA. *Borçlar Hukuku Özel Hükümler Cilt II*, 3. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2014: 5-6.
13. Büyükay Y. *Eser Sözleşmesi*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2014: 32-49.

14. Yavuz İpekyüz F. *Türk Hukukunda Hekimlik Sözleşmesi*, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2006: 18-61.
15. Akıncı Ş. *Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar*, Ankara, Yetkin Yayınları, 1996: 84.
16. Belgesay MR. *Tıbbi Mesuliyet*, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1954: 68-77.
17. Reisoğlu S. Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul, 1983: 1-18.
18. Sarıal E. *Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler*, İstanbul, Kazancı Hukuk Yayınları, 1986: 41-60.
19. Aşçıoğlu Ç. *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Ankara, Tekışık Ofset Tesisleri, 1993: 24-39.
20. Zevkliler A, Gökyayla KE. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 15. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2015: 12.
21. Aral F, Ayrancı H. *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Baskı, Ankara, Yetkin Yayınları, 2015: 64.
22. Atabek R, Sezen M. Hekimin mesuliyeti. *İstanbul Barosu Dergisi*, 1954, C.XXVIII: 135-49.
23. Topuz S. Acil tıbbi müdahalede hekimin sorumluluğu. *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2008, 3(1): 293-313.
24. Doğan C. Acil Tıp ve Hasta Güvenliği, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi III. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2012: 119-92.
25. Kaneti S. Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yükü, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, 1983: 61-75.
26. Taneri G. *Hasta Hakları*, Ankara, Bilge Yayınevi, 2014: 95.
27. Hakeri H. *Tıp Hukuku El Kitabı*, 22. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2021: 125-439.
28. Cantürk G. *Tıbbi Malpraktis ve Tıbbi Bilirkişilik, Uluslararası Sağlık Hukuku Sempozyumu*, Ankara, TBB Yayınları, 2015: 299-322.

29. Çetin G. Tıbbi Malpraktis, Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli Raporların Düzenlenmesi Sempozyum Dizisi, 2006: 48-2
30. Hakeri H. Tıp Hukukunda Malpraktis Komplikasyon Ayrımı, *Toraks Cerrahisi Bülteni*, 2014: 5(1); 8-23.
31. Koç S. Adli Tıbbi Açından Malpraktis ve Hekim Sorumluluğu, *Toraks Cerrahisi Bülteni*, 2014, 5(1): 28.
32. Hatırnaz Erol G. *Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2017: 319.
33. Çoltu A. Tıbbi Uygulama hataları. In Koç S. (Ed). *Tıp Hukuku, Tıbbi Uygulama Hataları, Av. Dr. Hasan Çankaya Anısına*, 1. Baskı, İstanbul Tabip Odası Yayınları, İstanbul, 2012: 24-33.
34. Tandoğan H. *Türk Mesuliyet Hukuku*, 1. Baskıdan Tıpkı Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010: 30.
35. Karahasan MR. *Sorumluluk Hukuku*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1995: 125.
36. Çilingiroğlu C. *Tıbbi Müdahaleye Rıza*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1993: 16-71.
37. Savaş H. *Yargıya Yansıyan Tıbbi Müdahale Hataları*, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2013: 31-69.
38. Bayraktar K. Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu, İstanbul, Sermet Matbaası, 1972: 113-149.
39. Zeytin Z. Hasta hekim ilişkisinde hekimin aydınlatma yükümlülüğü, *Sağlık Hakkı Dergisi*, 2007, 1: 165-190.
40. Özgül ME. *Yeni Tıbbi Yöntemlerin Hukuka Uygunluğu*, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010: 182-268.
41. Özsunay E. Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları, Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, 1983: 31-61.
42. Ozanoğlu HS. Hekimlerin hastalarını aydınlatma yükümlülüğü, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2003, 52(3): 55-77.

43. Işık Özcan F. Tıbbi Müdahalelerde Aydınlatılmış Onam. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı. Yüksek Lisans tezi, İstanbul: Marmara Üniversitesi, 2010.
44. Erman B. *Ceza Hukukunda Tıbbi Müdahalelerin Hukuka Uygunluğu*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003: 103-47.
45. Roggo A. *Aufklärung des Patienten*, Bern, Stämpfli Verlag, 2002: 153.
46. Gürelli N. Hukuk açısından cerrahi müdahalenin sınırları, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1981, 45(1): 267-5.
47. Ateş Z. Küçüklerin Tıbbi Müdahaleye Rızası. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı. Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2010.
48. Temel E. Alman Hukukuna Göre Çocuklarda Aydınlatılmış Rıza, KKTC Lefke Avrupa Üniversitesi V. Sağlık Hakkı ve Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2014: 31-44.
49. Doğan C. Hastanın Aydınlatılması ve Rızasının Alınması, KKTC Girne Amerikan Üniversitesi I. Sağlık Hukuku Sempozyumu, Ankara, 2010: 111-219.
50. Oktay Özdemir S. *Tıbbi Müdahaleye ve Tıbbi Müdahalenin Durdurulmasına Rızanın Kimler Tarafından Verileceği*, Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2010: 1315-51.
51. Adıgüzel S. Hekimin aydınlatma yükümlülüğü. *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 2014, 19: 943-95.
52. Yenerer Çakmut Ö. *Tıbbi Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi*, İstanbul, Legal Yayınları, 2003: 207-16.
53. Oğuzman MK, Seliçi Ö, Oktay Özdemir S. Kişiler Hukuku, 15. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2015: 76-197.
54. Boran B. Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, 2008: 84-103.
55. Uygur A. Hekimin Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı. Doktora tezi, Ankara: Ankara Üniversitesi, 2009.
56. Kayalı Z. Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Tıbbi Müdahaleler. Adli Tıp Enstitüsü, Adli Tıp Anabilim Dalı. Yüksek Lisans tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, 1996.

57. Erçeltik E. Özel Sağlık Kurum ve Kuruluşlarının Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğu. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı. Yüksek Lisans tezi, İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi, 2011.
58. Arat A. Hekimin hukuki sorumluluğunda bir hukuka uygunluk sebebi olarak hastanın rızası, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2006, 1(2): 225-39.
59. Deryal Y. Tıbbi müdahale için hastanın aydınlatılması ve onayının alınması, *Sağlık Hakkı Dergisi*, 2007: 7(1): 47-52.
60. Helvacı S. Gerçek Kişiler, 6. Baskı, İstanbul, Legal Yayınları, 2016: 148.
61. Akbenlioğlu S. Konsültan Hekimin Aydınlatma Yükümlülüğü. Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Anabilim Dalı. Yüksek Lisans tezi, İstanbul: Kadir Has Üniversitesi, 2010.
62. Özpınar B. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluğun Türleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Sağlık Hukuku Kurultayı, Ankara, Ankara Barosu Yayınları, 2008: 20.
63. Gökcan H. *Tıbbi Müdahaleden Doğan Hukuki ve Cezai Sorumluluk*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2012: 167-904.
64. Özgenç İ. *Tıbbi Müdahale Dolayısıyla Cezai Sorumluluk*, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan C. II, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007: 2186.
65. Sütlaş M. *Hasta ve Hasta Yakını Hakları*, İstanbul, Çiviyazıları, 2000: 43-82.
66. Zengin MA. *Biyoloji Uygulamaları ve Tıbbi Müdahaleler Karşısında İnsan Haklarının Korunması*, Ankara, Adalet Yayınevi, 2012: 43.
67. Hanyaloğlu AG. *Malpraktis, Hekimler için Hukuksal Yaklaşım ve Sigorta Rehberi*, İstanbul, Nobel Tıp Kitabevi, 2011: 1.
68. İnal T. *Borca Aykırılık, Dönme ve Fesih*, Güncellenmiş 7. Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2018: 822.
69. Güney Tunalı I. *Hekimin Tıbbi Müdahalede Bulunma Yükümlülüğünün Sınırları*, Ankara, Seçkin Yayınları, 2020: 78-9.
70. Yılmaz B. Aydınlatılmış Rıza, Sağlık Hukuku Digestası, Ankara Barosu Yayınları, 2009, 1: 167-180.

71. Arpacı A. Özel hukuk açısından tıbbi müdahaleye rıza beyanı, buna ilişkin sorunlar ve çözüm yolları. *Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, 5(2): 5-14.



EKLER

EK-1. Özgeçmiş



EK-2. Etik Kurul Kararı

