

HEKİMLERİN YASAL SORUMLULUKLARI

***ÖZDEMİR Ç., **ARICAN N.**

**Yrd. Doç. Dr., Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, Kayseri*
***Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Çapa Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, İstanbul*

İletişim Adresi ve Sorumlu Yazar: Yrd. Doç. Dr. Çağlar Özdemir
 Erciyes Üniversitesi Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı, 38039, Kayseri
 Telefon: + 90 352 437 49 37/23451 Faks: + 90 352 437 52 73 e mail: ozdemirc@erciyes.edu.tr

Başvuru Tarihi: 03.02.2008
 Kabul Tarihi: 17.02.2008

ÖZET

Hekimler hakkında açılan soruşturma ve dava sayısının her geçen gün arttığı son dönemlerde, malpraktis iddiaları kadar tıbbi uygulamaların temel hukuka uygunluk kriterleri de sorgulanmaya başlanmıştır. Her gün binlerce hastanın takip ve tedavisini üstlenen hekimler; her hastaya ait kişisel, tıbbi özellik, ayrıntı ve istisnaların, tıbbi uygulamanın hukuksal zemindeki görünümü açısından son derece önem taşıdığı farkında olmalıdırlar.

Anahtar kelimeler: Aydınlatılmış onam, hekim, malpraktis, yasal sorumluluk

LEGAL LIABILITIES OF PHYSICIANS

SUMMARY

Nowadays the number of inquiries and lawsuits concerning physicians are increasing, and the criteria of medical applications' appropriateness for basic law was started to be questioned beside malpractice claims. The physicians, who are responsible for the treatment and follow up of thousands of patient everyday, must notice that the private personal and medical characteristics, details and exceptions of the cases regarding the sight of medical practice on the base of legal aspects are very important.

Key words: Informed Consent, Legal Liability, Malpractice, Physician

GİRİŞ

Tıp sanatı, var olduğu günden beri uygulayıcısı olan hekimlere bir takım sorumluluklar yüklemektedir. Bir hukuk sistemi dâhilinde ya da toplum normlarında bu sorumluluk duygusu içerisinde davranmak zorunda olan ve insanları iyileştirmeyi amaç edinmiş hekimler, mesleki uygulamaları sırasında hukuksal ve ceza yaptırımlarıyla da karşı karşıya kalmaktadırlar. Tıp sanatının tarihsel gelişimi çerçevesinde, Hammurabi Kanun'larında da yer bulan hekim sorumluluğu ve kusur, Hindistan'da bir jüri tarafından değerlendirilirken, Mısır'da ve eski Yunan'da tıp kitaplarında yazılı kurallara uyulmaması kusur olarak kabul edilmekteydi (1,2).

Ülkemizde hekimlerin neden olduğu iddia edilen yaralama ve ölüm olgularına medyanın yoğun ilgisi, hasta ve hasta yakınlarının tıbbi uygulamaların istenmeyen sonuçları karşısında hekimleri dava etme eğilimi, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK) çerçevesinde tanımlanan yeni kavramların uygulama içerisinde doğurduğu belirsizlikler hekimleri endişelendirmekte ve hukuki bir kesinlik arayışı doğmaktadır.

TIBBİ GİRİŞİMİN HUKUKA UYGUNLUĞU

Hekimin tıbbi uygulamayı yapmaya yetkili olması, tıbbi uygulamanın tanı ya da tedavi amacına uygun olması ve hastanın aydınlatılmış onamının olması, söz konusu uygulamanın temel hukuka uygunluk kriterlerini oluşturur. Yetkili olmadığı halde ya da yetkisini aşarak yapmış olduğu tıbbi müdahale sonucunda ortaya çıkan yaralanma ve

ölümden sağlık personelinin sorumlu olduğuna işaret eden Yargıtay kararları bulunmakla birlikte, Hakeri bu tip durumlarda söz konusu sorumluluğun kasıt unsuru içerdiğine dikkat çekmektedir (3).

Tanı ya da tedavi amacına uygunluk kriteri ise uygulanan girişimi zorunlu kılan tıbbi gösterge, tıbbi, sosyal ve psikolojik gerekçeler anlamına gelen endikasyon kavramı ile açıklanabilir. Tıbbi Deontoloji Tüzüğü (TDT)'nin 13/3. ve Hasta Hakları Yönetmeliği (HHY)'nin 12. maddelerinde de tanı, tedavi ve korunma amacı, tıbbi müdahalede esas kabul edilmektedir. Dolayısı ile tanı ve tedavi endikasyonu ya da sünnet ve estetik girişimlerde olduğu gibi sosyal ve psikolojik gerekçeleri bulunmayan tıbbi müdahalelerin de kasıtlı suçlar kapsamında değerlendirileceği açıktır.

AYDINLATILMIŞ ONAM

Temel dayanağını Anayasa'nın 17. maddesinden alan aydınlatılmış onam kavramı ise, bir hastanın, verilecek bilgilerle uygulanması düşünülen tıbbi uygulama hakkında serbestçe karar verebilecek bilgi seviyesine ulaştırılması olarak tarif edilmektedir (4). HHY'nin 15/1. maddesi, TDT'nin 14. maddesi ve Türk Tabipler Birliği (TTB) Hekimlik Meslek Etiği Kuralları (HMEK)'nin 26. maddesinde aydınlatma yükümlülüğüne açık bir şekilde atıfta bulunulmakta, aydınlatılmış onamın "hastanın sağlık durumu, konulan tanı, önerilen tedavi yönteminin türü, başarı şansı ve süresi, hastanın sağlığı açısından taşıdığı riskler, verilen ilaçların kullanılışı ve olası yan etkileri, hastanın önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda

hastalığın yaratacağı sonuçlar, olası tedavi seçenekleri ve riskleri” gibi pek çok ayrıntıyı içermesi gerektiğine vurgu yapılmaktadır. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de 6297/2541 sayılı kararında, ancak hastanın neye rıza gösterdiğini bilmesi ve yeteri kadar aydınlatılması halinde rızanın geçerli olduğuna işaret etmektedir. Aşçıoğlu, hekimin aydınlatma olmadan yapmış olduğu ameliyat ile hastaya maddi ve manevi hasar vermiş olarak kabul edilebileceğini ifade etmektedir ⁽²⁾.

1928 tarihli 1219 sayılı Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 70. maddesi, aydınlatılmış onamı her tıbbi uygulama için gerekli kılmakta, büyük cerrahi girişimlerde yazılı olması şartını getirmektedir. Aydınlatılmış onamın, büyük cerrahi girişimler dışında, anjiyografi ve endoskopik girişimler gibi invaziv girişimlerde, elektro konvülsif tedavilerde, kemoterapi gibi yan etki potansiyeli yüksek tedavi protokollerinde de yazılı olması günümüz tıp uygulamaları ve ispat yükümlülüğü çerçevesinde önem taşımaktadır. Özellikle hastaların önerilen tedaviyi kabul etmemesi durumunda ortaya çıkması muhtemel istenmeyen sonuçlar karşısında hekimin gerekli aydınlatmayı yaptığını ispatlaması ancak aydınlatılmış onamın yazılı olması halinde mümkün olabilecektir. Aydınlatma kapsamı, basılı standart metinler ile genel bir kural olmaktan ziyade olayın özelliklerine ve niteliğine göre değişmeli, dolayısı ile komplikasyon ve yan etki riski arttıkça daha geniş kapsamlı bir aydınlatma tercih edilmelidir. Bir organın çıkarılmasına neden olabilecek komplikasyonların ihtimal dâhilinde olduğu ameliyatların da bu kapsamda değerlendirilmesi uygun olacaktır. Aydınlatma sürecinin doğası gereğince, sözel aydınlatmanın ya da yazılı form içeriğinin kapsamından ziyade, bu kapsamın hasta tarafından ne kadar anlaşıldığı önem taşımaktadır. Dolayısı ile aydınlatma sırasında hastanın sosyokültürel düzeyine uygun bir dil seçilmesi uygun olacaktır.

Medeni Kanun (MK)’un 10. maddesi, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişinin fiil ehliyeti olduğunu kabul etmekte, ayırt etme gücü ise, 13. maddede “akla uygun biçimde davranma yeteneği” olarak tanımlanmaktadır. Bu tanım dışında kalan hastaların kendilerinin değil de yasal temsilcilerinin aydınlatılmış onamı değer kazanacaktır. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların ise bizzat kendilerinin aydınlatılması gerekmekte, HHY’nin 26. maddesinde de aydınlatılmış onamın yasal temsilciden alınması gerekli ve yeterli olduğu hallerde dahi mümkün olduğu ölçüde küçük ya da kısıtlı hastanın tıbbi müdahaleye katılımının sağlanması istenilmektedir. Veli ya da yasal temsilcinin küçüğün ya da kısıtlının sağlığı açısından zorunlu olan tıbbi müdahalelere izin vermemesi durumunda izlenecek yol HHY’nin 24/2-3. maddesi ile HMEK 26/2. maddesinde tarif edilmiş, tıbbi müdahalenin ancak mahkeme kararı ile yapılabileceği, ancak hayatın veya hayati organlardan birinin tehdit altında olduğu, acil tıbbi yardımın gerekli olduğu durumlarda aydınlatılmış onam şartının aranmayacağı hükme bağlanmıştır.

AYDINLATILMIŞ ONAMIN ARANMADIĞI HALLER

Hekimlerden, şuru kapalı olan hastaları da benzer bir yaklaşım ile tedavi etmeleri beklenmektedir. Bu yaklaşımı Amsterdam Bildirgesi’nin 3.3. maddesinde de “hastanın iradesini beyan etmesinin mümkün olmadığı ve acilen tıbbi girişim yapılması

gerekli durumlarda, daha önceden bu girişimi reddettiğini gösteren bir açıklaması yoksa hastanın onayı varsayılarak girişimin yapılabilir” şeklinde görmek mümkündür. Her iki durumda da TCK 25/2. maddesinde “... başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiiller ...” şeklinde tarif edilen zorunluluk halinin varlığından söz edilebilir. Bilincin uzun süreli olarak kapalı kaldığı durumlarda hastaya MK’un 405. maddesi gereğince yasal temsilci atanması zorunlu olmakla birlikte, Hakeri, acil durumlar için geçerli bir temsilci tanımlamasının, yani, hastanın eşinin, çocuklarının, anne-babasının ve yakınlarının hasta adına hareket etmesine yönelik bir düzenlemenin hukukumuzda bulunmadığına işaret etmektedir ⁽³⁾. Dolayısı ile hekim, tedavi seçeneklerini, bilinci kapalı olan hastanın yakınlarının isteklerine göre değil, objektif ve bilimsel tıbbi yaklaşımlar çerçevesinde hasta yararına uygun bir şekilde değerlendirmeli ve tedavisini uygulamalıdır. Bilincin kapalı olduğu durumlar dışında hastanın ayırtım gücünü etkileyen, şizofreni gibi psikiyatrik hastalıklarda, beyin metabolizmasını etkileyen serebral ya da sistemik bir hastalığın seyri sırasında ve ilaç zehirlenmelerinde ortaya çıkabilen deliryum tablolarında da aydınlatılmış onam aranmaz. Hastayı aydınlatmakla yükümlü hekim, gerektiği takdirde hastayı ilgili bölümlerle de konsülte etmek sureti ile hastanın ayırtım gücünü, akla uygun biçimde davranma yeteneğini etkileyen klinik tabloyu ortaya koymalıdır. İntihar eden olguların ilk tedavilerinde de benzer bir yaklaşım söz konusu olup aydınlatılmış onam aranmamaktadır. Salgın hastalıkların tanı ve tedavileri sırasında uygulanacak olan tıbbi işlemler ile karantina tedbirleri de Umumi Hıfzıssıhha Kanunu ilgili maddeleri gereğince aydınlatılmış onamın aranmadığı durumlar olarak kabul edilmektedir.

Aydınlatılmış onamın aranmadığı istisna haller olarak tarif edilen durumlar dışında, her hastanın kendisine uygulanması planlanan tıbbi muayene, tetkik ve tedaviyi HHY’nin 22, 25. maddeleri çerçevesinde ret etme hakkı vardır. Hastayı endişelendirmemek amacı ile aydınlatmanın atlanması hekime sorumluluk yüklemekle birlikte, HHY’nin 19. maddesi ancak hastanın manevi yapısını kötü etkilemek sureti ile hastalığın artması ya da ağır ve tehlikeli seyretmesi olasılığına karşın tanının saklanabileceğini ifade etmektedir.

İLAÇ KULLANIMINDA AYDINLATMA

Araç kullanma yeteneğini etkileyecek bir sedatif, antihistaminik ilaç ya da kısa etkili yüzeysel anestezi uygulanan bir hastanın ilacın olası etkileri nedeni ile araç kullanmaması konusunda uyarılması ve aydınlatılması örneğinde olduğu gibi, ilaç reçete eden hekimlerin de, ilacın alınması ile ortaya çıkabilecek olan tehlikeler ile orantılı olarak aydınlatma yükümlülüğü bulunmaktadır.

AYDINLATMANIN KAPSAMI

Ameliyatlar sırasında ortaya çıkan komplikasyonlar sebebi ile ameliyat sınırlarının genişletilmesi de uygulamada sık karşılaşılan sorunlardan birisidir. Hastanın, uygulanması planlanan bir ameliyata rıza göstermiş olması, gerekliliği ameliyat sırasında anlaşılan ya da ortaya çıkan müdahalelere de izin verdiği anlamına gelmemektedir. Dolayısı ile hastaların; özellikle elektif şartlarda planlanan ameliyatlarda, ameliyat sırasında karşılaşılabilecekleri olası komplikasyon ve risklere, ameliyat seyrinde yapılabilecek değişikliklere yönelik aydınlatılmaları önem taşımaktadır. Ancak bu şekilde, organ

çıkarılması, protez takılması, kolostomi açılması gibi uygulamalar ile sonuçlanan olgularda yaşanabilecek olan hukuki sorunların önüne geçilebilir.

TANI, TEDAVİYE YÖNELİK SORUMLULUK VE TIBBİ UYGULAMA HATALARI

Tanı ve tedaviye yönelik tıbbi uygulamalardan kaynaklanan beklenmeyen ve istenmeyen sonuçlar nedeni hekimin hem tazminat hukuku hem de ceza hukuku açısından sorumluluğundan söz edilebilir.

HASTA-HEKİM ARASINDA VEKÂLET SÖZLEŞMESİ

Özel çalışan hekimler hakkında açılan tazminat davaları sıklıkla “sözleşmeye aykırılık” ya da “haksız fiil” iddiasına dayanmaktadır. Özel çalışan hekim ile hasta arasında, hasta-hekim ilişkisinin kurulması ile başladığı kabul edilen, yazılı olmayan bir sözleşme bulunmaktadır. Bu sözleşme; hasta ile hekim arasında, hastanın beklentileri doğrultusunda özel bir akdin bulunduğu durumlar (estetik cerrahi girişimler, diş protezleri, vb) dışındaki hallerde Borçlar Kanunu (BK)’nın 386. maddesinde tarif edilen vekâlet sözleşmesi kapsamındadır. Sözleşme hekime, mevcut tıbbi şikâyetler doğrultusunda gerekli muayeneleri yapma, tanıya ulaşma adına gerekli tetkikleri isteme, tespit edilen bulgular doğrultusunda ayrıntılı tanıya gitme, konulan tanıya yönelik tedaviyi uygulamaya sorumluluğunu yüklemektedir. Hastanın iradesi doğrultusunda, hastanın tıbbi yararına yönelik bu süreçte, hastanın mevcut klinik tablosu doğrultusunda güncel kabul gören, tanı ve tedaviye yönelik standart uygulamaları dikkatli ve özenli bir şekilde yerine getiren hekimin tanı-tedavi sürecinde ortaya çıkan kötü sonuçlardan sorumlu tutulması mümkün değildir. BK’nun 390/2. maddesine göre hekim, tıbbi sonucun elde edilememesinden değil tıbbi sonuca ulaşmak için gösterilen uğraşın özenle görülmemesinden sorumlu olacaktır. Ancak; hasta ile hekim arasında vekâlet sözleşmesinin kurulduğu, hekimin bu sözleşmesinden doğan bir yükümlülüğünü ihlal ettiği, hekimin kusurunun bulunduğu ve bu kusur ile neden sonuç ilişkisi içinde ortaya çıkan bir zararın oluştuğu durumlarda, hekimin sözleşmeye aykırılıktan dolayı sorumlu tutulması mümkün olmaktadır. Yargıtay vermiş olduğu kararlarda “özen”i, mesleki şartları yerine getirmek, tıp ilminin kurallarını gözetip uygulamak, tıp biliminin teknik kuralları, mutlak dikkat ve özen şeklinde tanımlamaktadır (5). Kamuya ait bir hastaneye başvuran bir hasta ile hekim arasında ise bir sözleşme ilişkisi bulunmamakta, hasta ile hastane arasında kamu hukuku açısından bir ilişki bulunduğu kabul edilmektedir (3). Kamu görevlisi hekimin tanı ve tedavi süreci ile ilgili tazminat davaları, Anayasa’nın 129/5. maddesinin “memurlar ve diğer kamu görevlilerinin yetkilerini kullanırken işledikleri kusurlardan doğan tazminat davaları, kendilerine rücu edilmek kaydıyla ve kanunun gösterdiği şekil ve şartlara uygun olarak, ancak idare aleyhine açılabilir” hükmü uyarınca ancak idare aleyhine açılabilir. Hükümden de açıkça anlaşıldığı üzere kamu görevlisi hekimin bireysel kusurunun bulunması halinde rücu yolu açık olacak, dava konusu durum sadece sağlık kuruluşunun hizmet kusuru sonucunda ortaya çıkmış ise hekimin tazminat sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

HAKSIZ FİİL

BK’nun 41. maddesindeki, bir kişiyi kasten ya da ihmal yolu

ile hukuka aykırı olarak zarara uğratan bir kişinin bu zararı karşılamakla yükümlü olduğuna yönelik hükmü çerçevesinde, hukuka ya da genel davranış kurallarına aykırı davranış olarak da tanımlanan “haksız fiil”in varlığından söz edilebilir için ise; hekimin kusur ya da ihmal içeren etken veya edilgen bir davranışı ve hastada bu davranış ile neden sonuç ilişkisi içinde ortaya çıkan bir zararın bulunması gerekir (6).

KASITLI SUÇLAR

Hekimlerin Ceza Hukuku çerçevesinde daha çok taksirli suçlar açısından risk altında olduğu bilinmekle beraber kasıtlı öldürme ve yaralama, kasten adam öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi suçlamaları ile karşı karşıya kalmaları olasıdır. Tıbbi uygulamanın endikasyon bulunmadan, gerekli aydınlatma yapılmadan ya da yetkili olmayan sağlık personeli tarafından gerçekleştirilmesi kasıtlı suçlar kapsamında değerlendirilmektedir. HHY’nin 13. maddesi ile yasaklanan ötenazi, TCK açısından kasten adam öldürme suçu kapsamındadır. Ancak suçun; hekim, hasta ve hasta yakınlarının motivasyonu ile ilintili olarak 82/1-a ve e maddelerinde tarif edilen “tasarlama” ve “beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı işlenmesi” nitelikli hallerini taşıyabileceğinden de söz edilebilir.

KASTEN ÖLDÜRMEİN İHMALİ DAVRANIŞLA İŞLENMESİ

Tıbbi Deontoloji Tüzüğü’nün 18. maddesi, hekimin, acil yardım, resmi veya insani vazifenin yerine getirilmesi hallerinde, mesleki ve şahsi sebeplerle dahi olsa hastayı ret edemeyeceğini açık bir şekilde ifade etmektedir. Bu durum Hususi Hastaneler Kanunu’nun 32. maddesi’nde “ani bir arıza veya kaza neticesinde müstacelen tedaviye muhtaç olan şahısların hususi hastanelere müracaat veya nakillerinde hastanece derhal acele tedavilerini yapmak mecburidir” şeklinde tarif edilmektedir. Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği’nin 15. maddesine göre de; hasta sevkleri, ilk tıbbi müdahale yapıldıktan ve stabilizasyon sağlandıktan sonra ya da hayati tehlike veya sakatlık tehlikesi taşıyan hastaların uygun bakım, stabilizasyon ve tedavilerinin mevcut tıbbi-teknik imkanlar ile gerçekleştirilemeyeceğinin tespit edilmesi halinde sevki uygun görülen hastane ile gerekli koordinasyon sağlanarak yapılabilir. TCK’nun 83. maddesinde tarif edilen “kasten öldürmenin ihmali davranışla işlenmesi” suçu, hastaya karşı, gerek aralarındaki sözleşme, gerekse tarif edilen düzenlemeler nedeni ile yükümlülük altında bulunan hekimlerin dikkatine değer önemli yasal düzenlemelerden birisidir. Hekimin, diğer acil hastalara müdahalesi nedeni ile başka türlü davranma olasılığının bulunmadığı durumlar dışında, acil müdahale ihtiyacı bulunan hastaların yer olmaması ya da başka bir sebeple acil servise kabul edilmemesi, hekime sorumluluk doğurmaktadır. Sözü geçen eylem nedeni ile ortaya çıkan sonucun ölüm olması hekimin TCK 83. maddesi hükümleri ile karşı karşıya bırakabilir. Hekimin hastanın ileri tetkik ve tedavi ihtiyacı nedeni ile ancak üst merkezlerde değerlendirilebileceğine yönelik savunması ise; hastaya acil müdahalenin gerekli olup olmadığına, kendisine verilen bilgilere ek patolojilerin bulunup bulunmadığına, hastanın transportu sırasında karşı karşıya bulunduğu tehlikelere yönelik bir değerlendirmenin yapılmamış olması nedeni ile geçersiz kalacaktır. Hekimin; hastayı kabul etmemesi ya da gerekli müdahaleyi yapmaması sonucunda ortaya çıkan ölüm nedeni

ile TCK 83. maddesi kapsamında yargılanabilmesi, hekimin istenmeyen sonucu kesinlik sınırında bir olasılıkla öngörmüş olması halinde mümkün olabilecektir.

TIBBİ UYGULAMA HATALARI

Hekimler arasında, hastanın aydınlatılmış onamı ve tedavi endikasyonu bulunması halinde tıbbi uygulama nedeni ile hekimin herhangi bir sorumluluğu olmadığı yönünde yaygın bir inanış vardır. Ancak hekimlerin, tıbbi uygulamanın hukuka uygunluk kriterini sağlayan bu iki unsur dışında, TCK'nun 22. maddesinde tarif edilen taksir tanımı çerçevesinde dikkat ve özen yükümlülüğü de bulunmaktadır. Tıbbi uygulamalar sırasında bu yükümlülüğe aykırı olarak öngörülebilir bir neticenin öngörülememesinden kaynaklanan icrai ya da ihmali davranışlar nedeni ile ortaya çıkan sonuçlar, hukuki süreçte TCK'nun 85 ve 89. maddelerinde tarif edilen taksirle öldürme ve taksirle yaralama suçları açısından değerlendirilirler. TTB HMEK'nin 13. maddesinde bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeni ile bir hastanın zarar görmesi malpraktis olarak tanımlanmaktadır. Bir hekimin dikkat ve özen yükümlülüğünü nasıl yerine getireceğine dair yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte uygulamada, hastanın mevcut şikâyetleri ve muayene bulgularına göre gerekli tetkiklerin istenip istenmediği, sonuçların değerlendirilerek tanı konulması, tedavi seçimi ve uygulaması aşamalarında güncel kabul gören standart algoritmalara ne kadar bağlı kaldığı kıstas olarak alınmaktadır. Tıp sanatının uygulayıcısı olan hekimler, mesleğin gerektirdiği somut bilgi ve becerilere sahip olmak, gerektiği takdirde uygulamaya geçirmek zorundadır. Hekimin bilgisizliği ya da bilgi ve becerinin kullanımı sırasındaki dikkatsizliği ve özensizliği kusur olarak tanımlanır. Yargılama sırasında, özellikle bilirkişi değerlendirmesinde, muayene, tanı, tedavi sürecinin, komplikasyonlara yaklaşım, alınan önlem ve müdahalelerin ve süreç yönetiminin güncel kabul gören standart uygulamalar ile ne derecede örtüştüğü belirlenecek ve hekimin kusurlu olup olmadığı hakkında hâkime bir bakış açısı sağlanacaktır. Şüphesiz ki, hekimin uygulaması ile güncel kabul gören standart uygulamalar arasında bir karşılaştırma yapılırken hekimin içinde bulunduğu şartlar, fizik ve teknik imkânlar, mevcut koşullar altında uygulanabilecek tanı, tedavi ve sevk seçenekleri göz önüne alınacaktır. Tıbbi uygulamanın beklenmedik şekilde sonuçlanması halinde, hekimin mevcut çalışma şartları içerisinde kendisinden beklenen standart uygulamaları yaparak dikkat ve özen yükümlülüğünü yerine getirdiği ortaya konulursa hekime herhangi bir sorumluluk yükletilemez. Burada meydana gelen sonuç, hukuken "kabul edilebilir risk olarak" olarak da tanımlanan gerçek anlamda tıbbi bir komplikasyondur (7). Dava konusu olan tanı ve tedavi uygulamasına yönelik bilirkişi değerlendirmesi, öncelikle tıbbi kayıtlar üzerinden yapıldığından uygulamayla ilgili ayrıntıların uygulama sırasında ya da uygulamayı takiben kayıt altına alınması dikkat ve özen yükümlülüğünün ispatı açısından önem taşımaktadır.

TANI KUSURU

Hekimin, zorunlu olan tanı yöntemi ve araçlarını kullanmaması sebebi ile hatalı tanı koyması ya da yaptığı araştırmalar neticesinde bir hastalığın karakteristik özellikleri saptamasına rağmen hatalı tanı koyması hallerinde hekimin tanı kusurundan söz edilir (4). Uygulamada, almış olduğu hikaye ve rektal muayene bulgularına göre rektum kanseri tanısı koyarak

hastalığın yayılımına ve tanının doğrulanmasına yönelik ileri tanı ve görüntüleme yöntemleri ile herhangi bir değerlendirme yapmadan hastasını ameliyat eden ve yanlış tanı nedeni ile hastanın hayatı boyunca kolostomi ile yaşayacak olmasına neden olan hekim kusurlu bulunmuştur (3). Hastasını, belirgin klinik tabloya rağmen ilgili branş hekimleri ile konsülte etmeden tedavi etmeye çalışan ve hastada bir zarar doğmasına neden olan hekimin de tanı kusuru bulunduğu ifade edilebilir (8). Yüksek Sağlık Şurası da, hekim hataları ile ilgili olarak verdiği kararlarda, genel olarak ayrıntılı değerlendirme yapılmadan konulan yanlış tanılarından dolayı hekimlerin kusurlu olduğu işaret etmektedir (9, 10, 11). Sert bir cisimle kafasına vurulması sonrasında geçici şuur kaybı, bulantı, kusma tarif eden bir hastada kafa grafilerinin çekilmemesi sebebi ile belirgin bir lineer ya da çökme kırığının atlanması tanı kusuru oluştururken, hiçbir belirti vermeyen basit bir kafa travmasında grafilerin çekilmemesi kusur oluşturmayabilecektir (8).

TEDAVİ KUSURU

Hekimin, yerine başka bir hekim bırakmadan tedavi sürecine ara vermesi, başladığı tedaviyi sonuçlandırmaması, tanı konulmuş olmasına rağmen tedaviyi geciktirmesi, özellikle icap nöbetleri sırasında tedavi sürecini telefonla yönetmesi nedeni ile ortaya çıkan istenmeyen sonuçlar tedavi kusuru olarak değerlendirilirler. Ameliyatlarda, cerrahi bilgi, birikim ve ameliyat tekniği gereğince korunması gerekli komplikasyonların zamanında fark edilmemesi de sorumluluk doğurmaktadır. Ameliyat bölgesinde cerrahi malzeme unutulması, takip/ kontrol sürecinde dikkat ve özen yükümlülüğüne aykırılık nedeni ile ortaya çıkan istenmeyen sonuçlar ile yanlış taraf ya da yanlış hastanın ameliyat edilmesi, yanlış ya da yüksek doz ilaç uygulaması da tedavi kusuru olarak kabul edilir. Yargıtay 2. Ceza Dairesi tümörlü göz yerine sağlam gözü çıkaran hekimin, 4. Ceza Dairesi ise kalp krizi geçiren hastaya yardımdan kaçınan hekimlerin kusurlu olduğuna karar vermiştir. Yargıtay, hekimin, hastanın durumunu tıbbi açıdan zamanında ve gecikmeksizin belirleyip, somut durumun gerektirdiği önlemleri eksiksiz biçimde almak, uygun tedaviyi de yine gecikmeden belirleyip uygulamak zorunda olduğuna işaret etmektedir (3).

HASTA SIRRI VE İHBAR YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Bir hasta ya da yaralının başkaları tarafından bilinmeyen ve duyulması hoş karşılanmayan özellikleri hasta sırrı olarak kabul edilir (4). TDT 4. maddesi, HHY 5/f maddesi ile kanuni haller dışında hasta sırrının açıklanamayacağını açık bir şekilde ifade etmekte, HHY 23. maddesi araştırma ve eğitim amacı ile elde edilen kimlik bilgilerini de hasta sırrı kapsamına dâhil etmektedir.

Yeni TCK; meslek sırrının açıklanması suçuna açık bir şekilde yer vermemekle birlikte, 135/2. maddesinde kişilerin sağlık durumlarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak tanımlamakta, bu verilerin hukuka aykırı bir şekilde paylaşımını 136. maddesinde "kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme" suçu olarak düzenlemektedir. Suçun "kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle" ve "belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle" işlenmesini nitelikli hal olarak tanımlamakta, cezanın, yarısı oranında artırılması söz konusu olmaktadır. Özellikle mahkemelerde tanıklık yapmak durumunda kalan

hekimlerin bu tehlikeye karşı Ceza Muhakemesi Kanunu 46/1-b maddesi gereğince tanıklıktan çekinme hakları vardır. Amsterdam Bildirgesi'nin 4.1. maddesine göre; hastanın sağlık durumu, tanısı, prognozu, tedavisi hakkındaki ve kişiye özel diğer tüm bilgiler ölümden sonra bile gizli olarak korunmalıdır. Bu bilgiler Lizbon Bildirgesi 8a maddesine göre ancak kendileri ile ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından hasta yakınlarına verilebilirler.

5237 sayılı TCK'nun 280. maddesi, 765 sayılı eski TCK'nun 530. maddesinde mevcut olan hasta sırrı ile ihbar yükümlülüğü kavramları arasındaki belirgin sınırı kaldırarak "görevini yaptığı sırada bir suçun işlendiği yönünde bir belirti ile karşılaşmasına rağmen, durumu yetkili makamlara bildirmeyen veya bu hususta gecikme gösteren sağlık mesleği mensubu, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" hükmünü getirmiştir. Yataklı Tedavi Kurumları Yönetmeliği'nin 86/1. maddesinde de bu hükme atıfta bulunmaktadır. Bu aşamada elde edilen delil niteliği taşıyan eşyanın da adli makamlara teslimi gerekmektedir. CMK'nun 159/1 maddesinde de "bir ölümün doğal nedenlerden meydana gelmediği kuşkusunu doğuracak bir durumun varlığı" halinde durumun Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilmesi zorunlu kılınmıştır.

GERÇEĞE AYKIRI BELGE DÜZENLEME VE RESMÎ EVRAKTA SAHTECİLİK

TCK'nun 210/2. maddesi, gerçeğe aykırı belge düzenleyen sağlık mesleği mensubunun, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağına hükme bağlamaktadır. Düzenlenen belgenin kişiye haksız bir menfaat sağlaması ya da kamunun veya kişilerin zararına bir sonuç doğurucu nitelik taşıması hâlinde, resmî belgede sahtecilik hükümlerine göre ceza öngörülmektedir. Ancak Hakeri, kamu personeli olan hekimlerin direk olarak TCK 204/2. maddesinde tarif edilen resmi belgede sahtecilik hükümlerine tabi olduğu yorumunu getirmektedir⁽³⁾.

MEMUR HEKİMLERİN SORUMLULUKLARI

İrtikâp

Toplumda "bıçak parası" olarak adlandırılan ve sadece cerrahları ilgilendirdiği sanılan, TCK'nun 250. maddesinde tanımlanan irtikâp (yiyicilik) suçu; zorlama, ikna ve kişinin hatasından yararlanma şeklinde ortaya çıkabilir. En ağır formu olan zorlamada, kamu personeli olan sağlık personelinin meslek sıfatını kullanmak ve hastanın içinde bulunduğu durumdan faydalanmak sureti ile menfaat temin isteği ve bu amaçla manevi bir baskı ve zorlaması söz konusudur. Manevi baskı, hekimin uygulaması gerekli tıbbi tedavi ya da cerrahi girişimi geciktirmesi şeklinde de olabilir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 1980 tarihli, 4260/644 sayılı kararına göre; hekimin, hasta ve yakınlarını, tıbbi yardım sağlamadığı takdirde kötü sonuçlar ortaya çıkabileceğine inandırması ve bu manevi baskı ile hasta ve yakınlarını istemedikleri halde ödeme yapmaya zorlaması irtikâp suçunu oluşturur. İkna sureti ile irtikâpta ise manevi zorlamadan ziyade hileli davranışlar ile hasta ve yakınlarının bir ücretin ödenmesinin zorunlu olduğuna inandırılması söz konusudur. En hafif form olan kişinin hatasından faydalanmak sureti ile irtikâpta ise, hekimin hasta ve yakınları tarafından hata ile alındığını bildiği bir tıbbi malzemeye sahiplenmesi ve bu malzemenin çıkar elde etmesi

durumu mevcuttur⁽⁴⁾.

Görevi kötüye kullanma

Görevi kötüye kullanma suçu, TCK'nun 257. maddesinde "kanunda suç olarak tanımlanan durumlar dışında görevinin gereklerine aykırı hareket etmek suretiyle ya da görevinin gereklerini yapmakta ihmal veya gecikme göstererek kişilerin mağduriyetine veya kamunun zararına neden olma ya da kişilere haksız bir kazanç sağlama" olarak tanımlanır. Ceza Genel Kurulu, 1991 tarih ve 4-311/17 sayılı yorumu ile konuya genel bir bakış açısı sunmakta, grafi çekilmeden göze giren çivinin ameliyat ile çıkarılması eyleminde hekimin görevi ihmal suçunu işlediği, ancak gözün kayıp edilmesi ile kusur arasında neden-sonuç ilişkisi bulunması durumunda taksirle yaralama suçunun oluşmuş olacağını karara bağlamaktadır. Hakeri'ye göre, görevi olmasına rağmen hastaya tıbbi müdahalede bulunmayan ya da tedaviyi geciktiren, dolayısı ile bir zarara neden olan memur hekimin görevi kötüye kullanma suçundan değil de kasten ya da taksirle öldürme/yaralama suçları kapsamında sorumluluğundan bahsedilebilir. Ceza Genel Kurulu, kanunda tanımlanan kişi mağduriyeti kavramını geniş bir yorumla bireysel hakların ihlalini doğuran her türlü davranış olarak tarif etmektedir. Yargıtay 5. Ceza Dairesi, özel muayenehanesine gelerek ücret ödeyen hastalara çalışmış olduğu kamu hastanesi polikliniğinde kolaylık sağlayan, beklemleri gereken süreyi en aza indiren hekimin görevi kötüye kullanma suçunu işlediği şeklindeki yorumu da bu bağlamda değerlendirilebilir⁽³⁾. Sonuç olarak; hekimler hakkında açılan soruşturma ve dava sayısının her geçen gün arttığı son dönemlerde, malpraktis iddiaları kadar tıbbi uygulamanın temel hukuka uygunluk kriterleri de sorgulanmaya başlanmıştır. Her gün binlerce hastanın takip ve tedavisini üstlenen hekimler; her hastaya ait kişisel, tıbbi özellik, ayrıntı ve istisnaların, tıbbi uygulamanın hukuksal zemindeki görünümü açısından son derece önem taşıdığı farkında olmalıdırlar.

KAYNAKLAR

1. Bayraktar K. Hekimin Tedavi Nedeniyle Cezai Sorumluluğu. İstanbul: Sermet Matbaası; 1972.
2. Aşçıoğlu Ç. Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar. Ankara: Tekışık Ofset Tesisleri; 1993.
3. Hakeri H. Tıp Hukuku. 1. baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık; 2007.
4. Hancı İH. Hekimin Yasal Sorumlulukları ve Hakları. Genişletilmiş 2. baskı. İzmir: Toprak Ofset Matbaacılık; 1999.
5. Başpınar V. "Vekilin (Avukatın, Hekimin, Mimarın, Bankanın) Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu". Gözden geçirilmiş genişletilmiş 2. baskı. Ankara: Yetkin Yayınları; 2004.
6. Tandoğan H. Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri. Cilt 2. Ankara; 1982.
7. Polat O. Tıbbi Uygulama Hataları: Klinik-Sosyal-Hukuksal-Etik boyutları. 1. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık; 2005.
8. Çetin G. Tıbbi Malpraktis. In Çetin G, Yorulmaz C, editors. Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu, Tıbbi Malpraktis ve Adli raporların Düzenlenmesi. İstanbul; 2006:31-42.
9. Hancı İH. Malpraktis, Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu. Ankara: Seçkin Kitapevi; 2002.
10. Özdemir MH, Çekin N. Yüksek Sağlık Şurasının Yapısı ve Bilirkişilik Görevleri. Adli Tıp Bülteni 1998;3:94-98.
11. Türkan H, Tuğcu H. 2000-2004 Yılları Arasında Yüksek Sağlık Şurasında Değerlendirilen Acil Servislerle İlgili Tıbbi Uygulama Hataları. Gülhane Tıp Dergisi 2004;46: 226 – 231.