

HEKİMLİKTE “MALPRAKTİS”*

Ahmet Nezi̇h KÖK¹, Mustafa GÜLER², Semra ÇALANGU³

Hekimlik, çok güç bir meslektir. Hasta en değerli varlığı olan sağlığını hekiminin ellerine teslim eder; ona güvenir ve hastalığından kurtulup yeniden sağlığına kavuşmayı bekler. Hekim, ne kadar bilgili ve deneyimli olursa olsun, tıbbi uygulamalar sırasında, istemeden de olsa, hastasına zarar verebilir. Çünkü her tıbbi girişim bir “risk” taşır. Bu durumda hekim suçlu mudur? Beklenen ve istenen sonuca ulaşılması hekimin ceza görmesini gerektirir mi?

Medikal hatalar, hekimler ve hastalar kadar, yasa koyucunun ve yargının da ilgi alanı içine girmektedir. Amerika Birleşik Devletlerinde her yıl trafik kazalarından çok daha fazla sayıda insanın hastanelerde yapılan medikal hatalar yüzünden hayatını kaybettiği bildirilmektedir (12,15). Yayımlanan raporlara halkın ve hekimlerin tepkisini araştırmak üzere yapılan bir anket ise, bu verilere karşın ne halkın, ne de hekimlerin medikal hataları sağlık hizmetlerinin en önemli sorunu olarak gördüğünü ortaya koymaktadır (6). Hekimlere göre en önemli sorunlar yanlış tedavi sigorta ve davalarının maliyeti ile sağlık hizmetlerinin maliyeti; halk anketinde ise en önemli sorunlar sağlık hizmetlerinin ve reçeteyle satılan ilaçların maliyetidir. Hekimlerin sadece % 5’i, halkın ise % 6’sı medikal hataları en ciddi sorun olarak görmektedir. Bu hataların en önemli nedenleri olarak da hekimlerin hastalara yeterince zaman ayırmaması, sağlık görevlilerinin aşırı çalışması ve yorgunluğu, aralarında iletişim eksikliği ve hastanelerdeki hemşire kadrosunun yetersizliği gösterilmektedir. Çözüm önerileri arasında halk ile hekimler arasında çok büyük farklar vardır. Yanlış tedavi ile ilgili davaların arttırılması ve bir devlet kurumu tarafından medikal hata yapan sağlık görevlilerinin para cezasına çarptırılması halk tarafından benimsenen, ama hekimlerden destek görmeyen çözüm önerileri arasındadır (6).

Medikal “malpraktis”, hatalı davranış veya görevi ihmal sonucu bir yaralanmaya ya da zarara yol açmaktır (8). Bir başka tanımla malpraktis, hekimin hastanın standart tedavisini yaparken başarısızlığı, beceri eksikliği ya da ihmali nedeniyle hastaya zarar vermesidir (8). Türk Tabipleri Birliği Meslek Etiği İlkelerinin 13. maddesi malpraktisi şöyle tanımlamaktadır: “Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesi ‘hekimliğin kötü uygulanması: malpraktis’ anlamına gelir.”

Tıbbi uygulamalar sırasında hekim, bilerek ve isteyerek, kasıtlı olarak hastasına zarar vermeyeceğine göre, hekimliğin kötü uygulanması ile oluşan suç, “taksirli suç” kapsamında-

dır. Taksir, bir işi eksik yapma, ihmal etme, savsaklama, boş verici tutum demektir. Taksirli suçlar “tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslekte acemilik, nizam ve talimatlara uymama nedeniyle yaralamaya (TCK madde 459) ya da ölüme (TCK madde 455) sebep olmak” şeklinde tanımlanır. Tıbbi girişim sırasında neden oldukları yaralama ve ölüm durumlarında hekimler hakkında özel yaptırım getiren bir kanun yoktur. Bu durumlarda Türk Ceza Kanununun (TCK) 455. ve 459. maddeleri uygulanmaktadır. Örneğin bir cerrahın ameliyat sırasında üreteri, bir arteri veya siniri kesmesi, ya da ameliyat bölgesinde makas, pens, tampon unutması dikkatsizlik; bir hekimin penisilin enjeksiyonundan önce test yaparken bile yanında adrenalin, kortikosteroid gibi anafilaksi durumunda kullanması gereken ilaçları bulundurmaması ve hastanın bu yüzden ölmesi tedbirsizlik olarak kabul edilir ve taksirli suç kapsamındadır (8). Hasta aleyhine sonuçlanan bir durumun komplikasyon mu, yoksa malpraktis mi olduğunu saptamak her zaman çok kolay olmayabilir. Bu durumda, Sağlık Bakanlığı bünyesinde bulunan Yüksek Sağlık Şurası (YSS)’nin görüşüne başvurulur. Ancak, YYS raporu bağlayıcı değildir; kesin kararı mahkeme verecektir.

Tıp mesleğindeki kötü uygulamaları sadece TCK kapsamında değerlendirmeyip özel bir yasa ile düzenlemeyi öngören, kamuoyunda kısaca “malpraktis yasası” olarak bilinen ve hastaları da, hekimleri de çok yakından ilgilendiren bir tasarı hazırlanarak Türkiye Büyük Millet Meclisine sevk edildi, ama henüz yasalaşmadı. Neden?

Güler: Sağlık Bakanlığının yıllardır üzerinde ‘titizlikle’ çalıştığı Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu Tasarısı Bakanlar Kurulunda imzalarının tamamlanmasının ardından 24.07.2002 tarihinde Meclise sevk edildi. 3 Kasım 2002 tarihinde ülkemizde genel seçim yapılması ile yeni bir TBMM ve hükümet oluşmuştur. Bu sebeple kadük olan kanun tasarısının yeniden Meclise sevk edilmesi gereklidir. Henüz bu yönde bir girişim bulunmamakta ise de yakın gelecekte benzeri/aynı düzenleme taslağının Meclisten çıkma olasılığı sağlık çalışanlarını sürekli tedirgin etmektedir.

Çalangu: Sağlık çalışanları niçin bu yasadan tedirgin olsun?

Güler: Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu tasarısına neden gereksinim duyulduğunun anlaşılabilmesi için öncelikle gerekçelerinin incelenmesinde yarar bulunmaktadır.

* 18. ANKEM Klinikler ve Tıp Bilimleri Kongresi, Genel Oturum 1 sunularından (25-29 Mayıs 2003, Antalya).

1- Atatürk Üniversitesi Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı, Erzurum. (Yüksek Sağlık Şurası üyesi.)

2- Türk Tabipleri Birliği Hukuk Danışmanı, Ankara.

3- İstanbul Tıp Fakültesi, Enfeksiyon Hastalıkları ve Klinik Mikrobiyoloji Anabilim Dalı, İstanbul.

Tasarının genel gerekçesinde sağlık personelinin tıbbi uygulamaları ile ilgili olarak şikayetlerin arttığı, mağdur olduğunu iddia edenlerin Devletin gerekli korumayı yapmadığı eleştirisini öne sürdükleri, buna bağlı olarak da bu konularda açılan davaların arttığı belirtilmektedir. Kanunla getirilen uzlaşma yöntemiyle mağdurların zararının ivedilikle karşılanacağı ve mahkemelerin iş yükünün azaltılacağı iddia olunmaktadır. Ayrıca, ortaya çıkacak zararın tazminini sağlamak üzere güvence oluşturmak maksadıyla sigorta sisteminin getirilmesi gereği belirtilmekte ve "her sağlık personelinin tıbbi kötü uygulama yapması ihtimal dahilinde olduğuna göre, sigorta sistemi bütün sağlık personelinin kapsamlı ve mecburi olmalıdır" önermesi ileri sürülmektedir. Tıbbi hizmetlerde kötü uygulamaları asgariye indirmek için kalite güvence sistemleri bölümlerinin oluşturulması, sağlık personelinin mezuniyet sonrası eğitimine önem verilmesi gerektiği belirtilmekte; tıbbi hizmet verilirken uyulması gereken temel ilkelerin de belirlenmesi gerektiği vurgulanmaktadır.

Sorumluluk, hukuk düzeninin vazgeçilmez bir olgusudur; çağdaş hukuk, uyulması gereken kurallara aykırı davranışların sorumlulukla karşılaşacağını tartışmasız kabul eder. Ancak sorumluluk hukukunun amacı yalnız "bireylerden davranışlarının hesabını sorup hukuki ve cezai yaptırımlar uygulamak" değildir. Bunun yanında, "bireylerin özellikle meslek ve iş sahiplerinin sorumluluktan kurtulacakları düşüncesiyle, zararları önleyici önlemleri almaya özendirerek" sosyal bir amacı da üstlenmiştir. Çağdaş hukukta meslek adamlarının sorumluluğu için özel kurallar öngörülmesi benimsenmemekte, kusura dayalı genel sorumluluk kuralı yeterli bulunmaktadır (3). Ülkemizde de kusura dayalı sorumluluk benimsenmiştir. Bu açıdan bakıldığında, tıp mesleğini uygulayanların kötü uygulamalarının yaptırımsız kaldığı iddia edilemez. Hak arama sürecinin uzunluğu bir vakıdır, ancak bu uzunluk genel olarak sistem ile ilgili olup, tıp mesleğini uygulayanların muhatap olduğu davalara özgü değildir. Bu kanun tasarısında da, anılan süreci kısaltacak bir mucize sunulmamaktadır.

Tasarının gerekçesinde, hukukumuzda idare ile idari eylem ve işlem den zarar gördüğünü iddia edenlerin uzlaşmasını sağlayacak ve yargı kararı olmaksızın zararı karşılayacak bir mekanizmanın olmadığı belirtilmektedir. Ülkemizde tıbbi uygulamanın oransal olarak tamamına yakını kamu sağlık kurum ve kuruluşları eliyle yürütülmektedir. Tasarının 31. maddesinde 4353 sayılı kanun hükmünün saklı olduğunun belirtilmesi ve bu yasada sulh (uzlaşma) sınırının elli milyon lira olarak belirtilmiş olması uzlaşma müessesesini doğmadan öldürmüştür. Ayrıca, uzlaşma yöntemi 1136 sayılı Avukatlık Kanununa 4667 sayılı kanunla eklenen madde ile de getirilmiştir. Bu açıdan da kanun tasarısı hem eksik hem yenilik doğurucu olmaktan uzak hem de uzlaşma sürecinde yer alan kurullar dikkate alındığında hayata geçebilir olmaktan uzaktır.

Çalangu: Tıpta kötü uygulamaların olduğu bir gerçek. "Günlük yaşamımızda sadece hastalar veya basın değil, biz

hekimler de bu kötü uygulamaların çeşitli örnekleriyle karşılaşırız. Meslek örgütümüzün bir iç-denetim yapması ve yasayı desteklemesi beklenmez mi?

Güler: Kanunun esas amacının tıbbi kötü uygulamayı ortadan kaldırmak/en aza indirmek için gerekli olanları saptamak olması beklenirdi. Bunun için yapılması gerekenlerin açıklanmasına gerek olmadığı kanısındayım: eğitim ve hizmet vermeye uygun koşulların sağlanması. Eğitim noktasından bakıldığında, tasarımı hazırlayan Bakanlığın hekimlerin mezuniyet öncesi eğitimine ilişkin yetkisi bulunmamaktadır. Ancak, mezuniyet sonrası yapılan uzmanlık eğitiminde bu eğitimi verecekler bakımından uygulamaları (şef, şef yardımcılarının atanmaları) da ileriye dönük olarak Bakanlığa güven duymayı engellemektedir. Ayrıca, hekimlerin meslek içi eğitimlerinde idari izinli sayılmalarına -eğitim için yıllık izin harcamamalarına- ilişkin genelge de yine Sağlık Bakanlığı tarafından kaldırılmıştır. Bu hususta açılan davada verilen yürütmenin durdurulması kararına da itiraz edilmiş ve bir takım hukuksal düzenlemelerin dar yorumunun yapılması hususu benimsenmiştir. Bu kanun tasarısında da eğitim ile ilgili ciddi bir düzeleme bulunmamakta, kredilendirme ve akreditasyon adı altında Bakanlığın yetkilerini arttırıp yaptırım gücünü çoğaltmak suretiyle sağlık hizmetini sunanlar üzerinde yeni bir baskı unsuru sağlanmaya çalışılmaktadır.

Gerekçenin en çarpıcı cümlesi herhalde "*her sağlık personelinin tıbbi kötü uygulama yapması ihtimal dahilinde olduğuna göre*" diye başlayıp bunu "*sigorta sistemi bütün sağlık personelinin kapsamlı ve mecburi olmalıdır*" şeklinde zorunlu sigortaya bağlayan cümle olsa gerektir. Peki ya biz avukatlar kötü uygulama yapma ihtimalinin dışında mıyız? Mühendisler, mimarlar, müteahhitler ya da polisler! Bu meslek gruplarının işlerini iyi yapmamaları sebebiyle başkasına zarar vermesi ihtimal dahilinde değil midir? Herkes için zorunlu bir mali sorumluluk sigortası düşünülebilir mi? Hekimlere karşı Sağlık Bakanlığının bu güvensizliğini nasıl yorumlamalı?

Çalangu: Yasa tasarısı, bu durumda, sadece sigortacılar mı yarıyor? Mali sorumluluk sigortası dışında tasarıda hangi yenilikler var? TTB'nin tasarıda özellikle karşı çıktığı noktalar var mı?

Güler: Tasarının hukuk hayatına getirdiği yenilikleri maddeler halinde incelemekte yarar görüyorum.

- Tasarıda **hasta hakları** tanımında evrensel ilkeler kabul edilmiştir. Böylesi bir yaklaşım olumludur.
- **Tıbbi Uygulama Yetki Belgesi:** Özellikle tıbbi uygulamaları yapabilmek için gerekli olan bu belge **Bakanlık veya yetki verdiği makamlardan** alınacak. Ancak bu makamların kim olabileceğine ilişkin en küçük bir bilgi kırıntısı bile yok tasarıda. Özellikle tıbbi uygulamaların neler olduğu tasarıda belirtilmemiş olduğu gibi bu özellikli uygulamayı yapabilmek için gerekli yetki belgesini verecek makam da Sağlık Bakanlığı tarafından çıkartılacak yönetmelikte belirtilecektir. Böylesine ciddi, hekimlerin kimi uygulamaları

yapmalarını kısıtlayacak nitelikteki bir düzenlemenin yönetmelik düzeyine bırakılmış olması kabul edilebilir değildir.

- Tasarının 14. maddesinde sağlık personelinin hastayı kabul etme zorunluluğu olan hallerde tıbbi hizmet ilişkisinin hastanın **görülmesi** ile başlayacağı belirtilmektedir. Hastanın **görülmesi** muğlak olup açıklık getirilmesi gereklidir. Bu düzenlemenin önemi kamu kurum ve kuruluşlarında sağlık hizmeti sunumunda hastayı reddetme hakkı olmadığı dikkate alındığında ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar maddede belirtilen "görülme" kavramının acil durumlara münhasır olduğu iddia edilebilirse de, maddenin buna uygun bir düzenleme içinde ifade edilmesinin gereksiz anlaşmazlıkların önüne geçebileceği muhakkaktır.
- Tasarının 15. maddesinin son fıkrasında **açlık grevleri ve ölüm oruçlarında** hekimin tıbbi hizmet vermek zorunda olduğu belirtilmektedir. Bunun bir istisna olduğu madde düzenlemesinde görülmektedir. Ancak hekimin böylesine karmaşık sebepleri ve bileşenleri bulunan bir konuda kurtlar sofrasına sunulması ile nereye varılacağını umarım böyle bir olayla karşılaşmaz ve görmeyiz.
- Tasarının 20. maddesinde son fıkra olarak **hiçbir mülahaza ile ilaç sayısının sınırlandırılması yoluna gidilemez** şeklinde övgüye değer bir hüküm getirilmiştir.
- Tasarının 24. maddesinde usul ve esasları belirlenmemiş bir şekilde **kredilendirme ve akreditasyon** kavramları ortaya atılmış bulunmaktadır. Bu kavramların içinin doldurulması demek olan uygulama esasları, yönetmelik düzenlemesine bırakılmaktadır. Sonucunda diploma ile verilen tıbbi hizmet uygulama yetkisinin alınmasına kadar gidebilecek olan bir yetkinin sınırı ve kapsamının muğlak yönetmelik düzenlemesine bırakılması tıbbi hizmeti veren uygulayıcılar açısından ciddi bir risk taşımaktadır.
- Tasarının 25. maddesinin beşinci fıkrasında bütün sağlık kurum ve **kuruluşlarının** kalite güvence bölüm ve komisyonlarını kurup çalışmalarını gerekliliği belirtilmektedir. Tasarının tanımlar bölümünde sağlık kuruluşu, sağlık hizmeti veren ve yataksız olan bütün sağlık kuruluşları olarak tanımlanmaktadır. Bu durumda, muayenehane, ortak muayenehane gibi kuruluşların da kalite güvence bölüm ve komisyonlarını kurup çalışmalarını gerekmektedir. Çalışan sayısındaki azlık sebebiyle sağlık kuruluşlarının bir çoğunda anılan komisyonların nasıl kurulacağını (!) Sağlık Bakanlığının açıklamasında yarar bulunmaktadır.
- Tasarının 26. maddesinde sağlık hizmeti sunanların sorumlulukları düzenlenmektedir. Ancak bu sorumluluk düzenlemelerinde özellikle maddenin 3., 5. ve 6. fıkralarında **aşırı bir sorumluluk** getirilmiş; örneğin şef ya da bölüm başkanının klinikte yapılan bütün tıbbi

bi kötü uygulamalardan müştereken ve müteselsilen sorumlu olduğu, hemşirenin enjeksiyon kusurundan hemşire ile birlikte hekimin de müteselsilen (dayanışmalı olarak) sorumluluğunun bulunduğu şeklinde yorumlanabilecek hükümler sevk edilmiştir.

- Tasarının beşinci bölümünde **tıbbi kötü uygulama izleme ve uzlaştırma kurulları** tanımlanmış; görev, yetki ve işleyişleri belirtilmiştir. Kurulların yapısına bakıldığında bütünüyle Bakanlık bürokratları ile üst kurulun oluşturulduğu, meslek kuruluşlarını temsilen kurula katılacak üyenin Bakan tarafından seçileceği görülmektedir. Yapılanma demokratik olmayıp, katılımı sağlamaya elverişli bulunmamaktadır. Kurula verilen görevlere bakıldığında ise özellikle tıbbi kötü uygulama iddialarında kusur tesbiti yönünden idareden bağımsız, özerk bir yapılanma olması gerekli iken bunun yapılmamış olduğu görülmektedir. Kurulun toplantı sıklığı ayda iki ile sınırlandırılmış olması da anlaşılır olmaktan uzaktır.

Tasarı ile getirilen esas yenilik, belki de tasarının düzenleniş sebebi, sağlık personelinin zorunlu olarak sigortalanması hususudur. Ülkemizde hiçbir meslek grubu için öngörülmemiş **zorunlu mesleki sorumluluk sigortasının**, sigorta şirketlerine prim yaratmaktan öte bir açıklaması olamaz.

Çalangu: Tasarıda, bu belirttiğiniz durumlara uymama halinde verilecek cezalar da tanımlanıyor mu?

Güler: Tasarının yedinci bölümünde ceza hükümleri belirtilmiştir. Bu bölüm altındaki 37. maddenin son fıkrasında meslek kuruluşu tarafından verilen meslekten men cezalarının ilgilinin kamu kurumlarında mesleğini uygulamasına engel olmayacağı yolunda hüküm sevk edilmiştir. Getirilen bu hüküm ile meslek kuruluşlarının yetkilerine ciddi bir sınırlama getirilmiş olmanın ötesinde meslekten men cezasının niteliği de gözardı edilerek kamu kurumlarında meslek uygulamasına cevaz verilmektedir.

Tasarının 38. maddesinde **icapçı** olarak çağırıldığı halde davete icabet etmeyenlerin bir yıldan iki yıla kadar hapis ve üç milyar liradan beş milyar liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılacağı belirtilmektedir. Bilindiği üzere icapçı olarak yürütülen hizmetler maddi karşılığı olmadığından angarya olarak nitelenebilecek uygulamalardır. Bu uygulamaların mutlak surette maddi olarak karşılıklılandırılmasını sağlamaya yönelik düzenleme yerine verilecek cezaya yönelik düzenleme yapılması adalet ve hakkaniyete aykırı olmasının yanı sıra Bakanlığın yaklaşımını gözler önüne sermesi bakımından da dikkat çekicidir.

Tasarının 40. maddesinde tıbbi kayıtların muhafaza edilmesinde kusurlu davranan yöneticinin cezalandırılması yönünde düzenleme getirilmektedir. Ancak kayıtları saklama süresinin uzunluğu dikkate alındığında (20 yıl), bu kadar uzun süre kayıtların nerede saklanacağını yanı sıra cezalandırılacak yöneticiyi tesbit etmenin güç olacağını da söylemekle yetinelim.

Çalangu: Hekimliğin ve tıbbi hizmetlerin kötü uygulanması durumunda, sorumluları cezalandıracak bir yasa şu anda yok mu? Kötü uygulamadan doğan sonuçları kim karşılıyor? Sorumlular cezasız mı kalıyorlar?

Kök: İnsanoğlu dünyaya gelişi ile birlikte, bir yandan ömür denilen süreyi tüketmeye başlarken, diğer yandan da bu süreyi mümkün olduğunca uzun tutmaya ve daha da önemlisi nitelikli bir şekilde geçirmeye yönelik yoğun çaba harcamıştır.

Yaşama hakkı ve vücut bütünlüğünün korunması hakkı insanlık tarihinde en çok duyarlılık gösterilen haklar olmuştur. Çünkü; tüm hakların ön şartını teşkil eden yaşama hakkının kutsallığı beraberinde bu hakkın nitelikli şekilde kullanılmasını gerektirdiğinden, ruhsal ve bedensel bütünlüğün ve esenliğin de varlığı gerekir.

İnsan haklarının en önemlisini oluşturan yaşama hakkı, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslar arası hukuk belgelerinde yer aldığı gibi (4,10) Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 17.maddesinde de kişi haklarının ilki olarak kişinin vücut bütünlüğüne dokunulamayacağı ilkesi ile birlikte yerini almıştır (19).

İnsan ömrünün daha uzun ve nitelikli yaşanmasına yönelik sistematize, evrensel, bilimsel tıbbi bilgilerin uygulanması, hekimlik mesleğinin temelini teşkil ederken, hekim de bu mesleğin uygulayıcısı olmuştur. Hekimin uygulama alanındaki amacı, insanın ruhsal ve bedensel sağlığının sağlanması ve sürdürülmesi yani diğer bir anlatımla hastalıkların önlenmesi veya tedavi edilmesi olduğuna göre bunu talep eden kişiye de hasta denilmektedir.

Hekim hasta arasındaki ilişkinin gelişimi tarihsel süreçte zamandan zamana ve aynı zamanda farklı mekanlarda benzer ivmede olmamıştır. Ancak şunun altı çizilerek belirtilmelidir ki tıbbın babası olarak kabul edilen Hipokrat'tan bu yana hekim-hasta ilişkisinde kabul edilen temel ilke "Primum non nocere" olarak ifade edilen hekimin öncelikle hastasına zarar vermemesi ilkesidir (5).

Tarihsel önemi olan bu ilke, son derece karmaşık ve duyarlı insan yapısı üzerinde bilimsel tıp verilerinin uygulanmasını gerektiren, üst düzeyde teorik ve pratik bilgi birikimini ve özeni gerektiren hekimlik mesleğinin uygulanması anında, kişinin (hastanın) yaşama hakkının ya da vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi suretiyle maalesef çiğnenmektedir. Bilgisizlik, deneyimsizlik ya da ilgisizlik nedeniyle bir hastanın zarar görmesine hekimliğin kötü uygulaması veya tıbbi hizmetlerin kötü uygulanması ya da tıbbi malpraktis adı verilir (9,16). Söz konusu durumlarda hekimin idare hukuku, ceza hukuku ve/veya tazminat hukuku açısından sorumlulğundan bahsedilir (3).

Ceza hukukunun temel ilkelerinden birisi "kanunsuz suç ve ceza olmaz" ilkesidir. Söz konusu nedenle kanunun suç teşkil eden eylemi öncelikle tanımlamış olması gerekir. Hekimlerin cezai sorumluluk doğuran eylemleri ile ilgili olarak ceza hukukumuzda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasamızın 17. maddesinin lafzi yorumu

ışığında, hekimin mesleğini uygulama esnasında cezai sorumluluk doğuran eylemleri genel uygulama maddeleri olan Türk Ceza Kanunu'nun 455 ve 459. maddeleri kapsamında değerlendirilmektedir (17).

TCK madde 455: *Tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata ve evamir ve talimata riayetsizlik ile bir kimsenin ölümüne sebebiyet veren şahıs iki seneden beş seneye kadar hapse ve..... liraya kadar ağır para cezasına mahkum olur (1).*

Eğer fiil birkaç kişinin ölümünü mucip olmuş veya bir kişinin ölümü ile beraber bir veya birkaç kişinin de mecruiyetine sebebiyet vermiş ve bu yaralanma 456. maddenin 2'nci fıkrasında beyan olunan derecede bulunmuşsa dört seneden on seneye kadar hapis ve..... liradan aşağı olmamak üzere ağır para cezası ile mahkum olur.

Yukarıdaki fıkralarda beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir.

TCK madde 459: *Her kim tedbirsizlik veya dikkatsizlik yahut meslek ve sanatta acemilik veya nizam, talimat ve emirlere riayetsizlik neticesi olarak bir şahsa cismen eza verecek veya sıhhatini ihlal edecek bir zarar iras eder yahut akli melekelerinde teşevvüs husulüne sebebiyet verirse;*

1- 456'ncı maddenin birinci ve dördüncü fıkralarındaki hallerde takibat icrası şikayete bağlı kalmak şartı ile üç aya kadar hapis veya..... liraya kadar ağır para cezası,

2- 456'ncı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarındaki hallerde üç aydan yirmi aya kadar hapis veya..... liraya kadar ağır para cezası hükmolunur,

Yukarıdaki fıkralarda beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir.

Her iki madde de taksirli suç kapsamında olup öncelikle taksirin ne olduğunu belirtmekte yarar vardır. Taksirin öncelikle suçun manevi unsurunu oluşturan kusurun bir türü olduğunu ve istisnai bir nitelik taşıdığını belirtmek gerekir. Ünlü ceza hukukçusu Alacaktan'a göre taksir; iradi olarak işlenen bir icra ya da ihmal eyleminden, fail tarafından istenmemiş olmalarına rağmen, yasanın cezalandırdığı sonuçların meydana gelmesi halidir (1). Yani; kişinin iradesi ile gerçekleştirdiği eylemde istemediği ve ancak yasanın kabul etmediği bir sonuca varması durumudur. Bir suçun taksirli suç niteliğinde olabilmesi için gerekli unsurlar şunlardır (11):

- 1- Fiilin taksirle işlenebilen bir suç olması
- 2- Hareketin istenmiş olması
- 3- Neticenin istenmemiş olması
- 4- İlliyet bağı.

Ülkemizde yargı yetkisinin Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılacağı, herkesin meşru vasıta ve yollarla faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahip olduğu, hiçbir mahkemenin görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamayacağı anayasal bir hükümdür (19). Bu bağlamda hekim-hasta ilişkisinde tıbbi hizmetlerin kötü uygulanması (kötü hekimlik uygulaması) sonucu, hekim, kişinin yaşama hakkına ya da ruhsal ve/veya bedensel bütünlük hakkına za-

rar verdiği iddiası ile hasta ya da hasta yakınları tarafından suçlanabilmektedir. Hekimlerin mesleklerini uygulamaları esnasında kendilerine atfedilen kusurlarının olup olmadığı, bu kusurun niteliği ve mevcut sonuca (zarara) etkisinin ne olduğunun yani kısaca TCK'nun 455. veya 459. maddeleri kapsamında suç işleyip işlemediklerinin belirlenmesi gerekecektir.

Hekimin mesleğini uygularken mevcut kusurlu davranışının kasıt mı taksir mi olduğunu belirleme görevi ve yetkisi, yargılama faaliyetini anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatine göre yapan hakimindir. Hekim tarafından gerçekleştirilen fiil, hakim tarafından taksirli suç kapsamında (TCK'nun 455. veya 459. maddeleri) değerlendirilmişse yine hakim, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 66. maddesine dayanarak çözümü özel veya teknik bir bilgiyi gerektiren hekimlik mesleğinin uygulaması ile ilgili somut durumun çözümlenebilmesi için bilirkişinin rey ve görüşünün alınmasına karar verir (2).

Ülkemiz hukuk uygulamasında hakim, bilirkişiyi kendisi tayin etmekle birlikte 1219 sayılı 1928 tarihli Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun'un 75. maddesine göre hekimlik uygulamalarından doğan suçlarda yüksek sağlık meclisinin görüşü alınır (18) lafzına göre hekim başta olmak üzere diş hekimi, eczacı, hemşire, ebe, sağlık memuru gibi tüm sağlık personelinin meslekleri ile ilgili olarak kendileri aleyhine ceza mahkemelerine açılmış davalarında yüce mahkemenin bilirkişi sıfatı ile Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş alması gerekmektedir (11). Yüce mahkeme ce-

za davalarında Yüksek Sağlık Şurası'ndan görüş almak zorunda olmakla birlikte Şura'nın bildirdiği bilirkişi raporuna uymak zorunda değildir (14). Bu durumda Yüksek Sağlık Şurası dışında Adli Tıp Kurumu, Adli Tıp Enstitüleri, Adli Tıp Anabilim Dalları, Tabip Odaları ve uzmanlık derneklerinden bilirkişi sıfatıyla görüş alabilir.

Çalangu: Yüksek Sağlık Şurası'nın malpraktis ile ilgili davalarda görevi ve katkısı nedir?

Kök: Yüksek Sağlık Şurası 1593 sayılı 1930 tarihli Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nun 10. maddesine göre tababet ve şubeleri sanatlarının ifasından doğan adli konular hakkında adli mercilere görüş bildirmek üzere kurulmuştur (20). Sağlık Bakanı tarafından seçilmiş 11 üye ile 5 tabii üyeden oluşan Yüksek Sağlık Şurası'nın başkanı Sağlık Bakanıdır. Şuraya intikal etmiş adli vakalarda karar mahkemece gönderilen dosya içeriğine göre verilir. 1995-2000 yılları arasında Şura'ya gelen dosyaların yıllara göre (Tablo 1) ve tıpta uzmanlık alanlarına (Tablo 2) göre dağılımları aşağıda verilmiştir.

1998-2002 yılları arasında Şura'ya intikal eden 1053 vaka malpraktisle ilgili olarak ülkemizin gerçek durumunu yansıtmaktan kesinlikle uzaktır. Çünkü; buradaki sayı yalnızca adliye intikal etmiş sayıyı yansıtmaktadır. Özellikle kamuda hizmet veren hekimlerimizin görevlerinin ifası anında işlemiş olduğu mesleğin ifasından doğan suçlar nedeni ile 4483 sayılı yasa gereği men-i muhakeme verilen vakalar ve hasta/hasta yakınlarının adliye müracaat etmediği vakalar bu sayıya dahil değildir.

Tablo 1. Görüşülen adli dosya sayısı.

Yıl	Dosya sayısı
1997	128
1998	302
1999	111
2000	186
2001	168
2002	158
Toplam	1053

Tablo 2. Görüşülen 1053 adli dosyanın tıpta uzmanlık alanlarına göre dağılımı.

Uzmanlık alanı	Hekim sayısı	Oran (%)
Kadın Hastalıkları ve Doğum	215	18.84
Genel Cerrahi	138	12.10
Ortopedi	98	8.59
İç Hastalıkları	76	6.66
Çocuk Hastalıkları	60	5.26
Anesteziyoloji	38	3.33
Diğer	516	45.22
Toplam	1141	

* Toplamdaki fazlalık bazı dosyalarda birden fazla hekime suç isnadında bulunulmasındandır.

Tablo 2'den de anlaşılacağı üzere iddia edilen malpraktis oranı cerrahi branşlarda daha fazladır. İnsan vücuduna invaziv yöntemler uygulayarak tanı ve tedavi işlemlerini gerçekleştiren cerrahların işlerini yaparlarken preop, perop ve postop dönemde daha fazla sağlık personeli ile birlikte çalışmaları sonucu hasta tarafından ekip başı sıfatı ile daha fazla suçlamaya muhatap olmaları beklenen bir sonuçtur. Ayrıca, yazılı ve görsel basının hasta hekim ilişkilerine olan aşırı duyarlılığı ve hastaların hasta haklarında daha bilinçli hale gelmesi de yargıya intikal eden malpraktis iddialarını artırmaktadır. Cerrahi branşlar arasında ise malpraktis iddiası ile en çok (% 18.84) suçlananlar ise kadın hastalıkları ve doğum branşında çalışan cerrahlardır. Özellikle doğumla ilgili verdiği zararlar nedeni ile suçlanan bu branştaki cerrahların daha fazla suçlanmalarının nedenleri arasında kendileri gibi doğum eylemini yaptıran ebelerin görev ve yetki tanımlarının yeterli yapılmamış olması nedeni ile hastaların ebe ile doğum hekimi arasında ortada kalıyor olmaları gösterilebilir (13).

Yüksek Sağlık Şurası'na adli makamlarca gönderilerek; tedbirsizlik veya dikkatsizlik veya meslek ve sanatta acemilik veya nizamata ve evamir ve talimata riayetsizlik ile Türk Ceza Kanunu'nu 455. ve 459. maddeleri kapsamında, bir kimsenin ölümüne ya da yaralanmasına sebebiyet vermek iddiası ile suçlanan hekim (sağlık personeli) ile ilgili değerlendirme dosyada mevcut adli ve tıbbi evrak üzerinden yapılır. Burada yapılan en önemli işlem, hekime (sağlık personeline) atfedilen taksir kalıplarına uygun kusurlu davranışın varlığının ya da yokluğunun belirlenerek; eğer varsa, bu kusurlu davranış ile ortaya çıktığı iddia olunan zarar arasında illiyet bağının kurulmasıdır. Illiyet bağının kurulması durumunda Şura, hekimin (sağlık personelinin) istenmeyen sonucun meydana gelmesine etki eden kusurunun sekiz üzerinden oransal olarak tesbitini yapmaktadır.

Çalangu: "Taksir kalıpları" nedir?

Kök: Taksir kalıpları tedbirsizlik, dikkatsizlik, meslek ve sanatta acemilik, nizamata ve evamir ve talimata riayetsizlik şeklinde sıralanır. Taksir, istisnai bir kusurluluk biçimi olduğundan, yasanın işlenen eylemin taksirli biçimini cezalandıran bir hükmü içermesi gerekir. Nitekim, Türk Ceza Kanunu'nun 455 ve 459. maddeleri kapsamında taksir kalıplarına yer verilmiştir. Genel bir hüküm niteliğindeki bu maddeler hekimin (sağlık personelinin) tıp mesleğini kötü uyguladığı iddialarında da gündeme gelir. Belirtilen taksir kalıplarını örneklerle açıklayacak olursak;

Tedbirsizlik; ihmali bir hareket olup ortaya çıkabilecek istenmeyen durumların önceden bilinerek gerekli önlemlerin alınmaması halini belirtir. Alınması gerekli ancak alınmayan önlemlerin neler olduğu hal ve şartlara göre her olay için ayrı değerlendirilmelidir. Unutmak eylemi de tedbirsizlik olarak değerlendirilmektedir (7). Nitekim, ameliyat edilen hastaların vücut boşluklarında spanç, ped, tampon, pens, makas vb maddelerin unutulması kapsamında Yüksek Sağlık Şurası'na sıkça dosyaların geldiği Şura'nın tavsiye kararında (21) belirtilmekte olup bu durum da yargı kararlarında tedbirsiz-

lik olarak nitelendirilmektedir.

Dikkatsizlik; işin niteliğine uygun özeni içeren olumlu bir harekette bulunmamak suretiyle gösterilmesi gereken özenin gösterilmemesidir. Örnek olarak ameliyat esnasında şakalaşma sonucu meydana gelen zarar Yüksek Sağlık Şurası tarafından dikkatsizlik olarak kabul edilmiştir.

Meslek ve sanatta acemilik; belirli bir mesleği yapan kimsenin o meslek veya sanatla ilgili tıp dünyası tarafından genel kabul görmüş teorik bilgidен ve/veya uygulama becerisinden yoksun olması şeklinde beliren taksir şeklidir. Yapılan muayene ve tetkikler sonucu kolaylıkla tanı konularak tedavi edilebilecek hastaya tanı konulamaması ya da yanlış tanı konulması meslek ve sanatta acemilik niteliğindedir.

Nizamata, evamir ve talimata riayetsizlik; yetkili merciler tarafından insanlar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi için konulmuş kurallara aykırı hareket etmektir.

Taksir kalıplarına uygun kusurlu davranış gösteren hekimin (sağlık personelinin) cezai sorumluluğunun doğabilmesi için bu kusurlu davranışın bir zarara neden olması gereklidir. İşte illiyet bağı; meydana gelen istenmeyen sonuç (zarar) ile yapılan istemli eylem arasındaki nedensellik bağıdır. Illiyet bağının varlığı cezalandırmanın koşuludur. Ancak; özellikle karşılıklı kusur halinde, sonuca kimin hareketinin sebep olmuş sayılacağı sorunu önem taşır. Uygulamada, sebep sonuç arasında illiyet bağı kurulurken taksirli sonuçtan, o sonuca kusuru ile sebebiyet vermiş olan herkes kusuru oranında sorumlu tutulmaktadır. Bu durum Türk Ceza Kanunu'nun 455 ve 459. maddelerinde yer alan "beyan olunan cezalar, kusurun derecesine göre sekizde birine kadar indirilebilir." cümlesinin uygulamadaki önemini ortaya koymaktadır. Hemen şu da belirtilmelidir ki, hekimin cezai sorumluluğu belirlenirken bilirkişi konumundakilerin, değerlendirme ölçeği olarak orta düzeyde zeka, tıbbi bilgi ve beceriye sahip aynı akademik ünvandaki bir hekim (sağlık personeli) davranışını örnek olarak ele almaları gerekir.

Çalangu: Ölümle sonuçlanan bir ameliyat, hastalık vb.durumunda ölümün bir komplikasyon sonucu mu, yoksa taksir kalıplarından birine mi bağlı olduğunu saptamak için mutlaka otopsi gerekir mi?

Kök: Yüksek Sağlık Şurası'na gönderilen her adli dosyada hekimin kusurlu davranışının olup olmadığını, kusurlu davranış varsa oranının ne olduğunu belirlemek her zaman kolay olmadığı gibi bazen de imkansız olmaktadır. Şura'nın adli dosya hakkında karara varamamasının nedenleri arasında en önemlisi, tıbbi kayıtların tutulmasına ve saklanmasına hekim başta olmak üzere tüm sağlık personeline gereken önemin verilmediğidir (13). Oysaki tıbbi kayıtların tutulması sağlık personeli için bir görev olduğu gibi adliyeye intikal etmiş vakalarda bir ispat aracıdır da.

Diğer yandan TCK'nun 455. maddesi kapsamında taksirle ölüme sebebiyet vermekle suçlanan sağlık personelinin Yüksek Sağlık Şurası'na gönderilen dosya içeriğinden ölen kişinin cesedi üzerinde otopsi işleminin yaptırılmadığı tesbit edilmektedir (13). Oysa ki, ölümün kesin sebebinin tesbit

edilerek ölüm olayında sağlık personelinin kusuru bulunup bulunmadığı ve varsa kusurun ölüm olayına etkisinin belirlenmesi adli tıp uzmanlarınca amaca uygun yapılmış otopsi bilgileri ile olanaklıdır. Bu nedenle tıbbi hizmetlerin kötü uygulanması sonucu ölüm iddiası durumlarında otopsi işlemi mutlaka yapılmalı ve yaptırılmalıdır.

Çalangu: Sağlık hizmetlerinin kötü uygulanmasından kaynaklanan sorunları çözmekte mevcut yasaların yetersiz kaldığı, hem hekimlerin ve sağlık çalışanlarının bu sorunların tek sorumlusuymuş gibi gösterildiği, hem de hasta haklarının yeterince savunulmadığı açıkça görülüyor. Bu durumda yeni bir yasal düzenlemeye ihtiyaç yok mu?

Kök: Tarihi ilk insanla birlikte başlayan ve her dönemde ulvi bir meslek olarak kabul edilen hekimliğin, insan yaşamının kaliteli bir şekilde geçirilmesini sağlamak şeklinde özetlenen amacının gerçekleştirilebilmesi için, hekimlerimizin bilgi ve vicdan yönünden iyi yetiştirilmesi gerektiğinin altı kalınca çizilmelidir. Çünkü; her insanın hekim olamayacağı ancak hekim de dahil her insanın hasta olabileceği gerçeği unutulmamalıdır.

Güler: Tıbbi Hizmetlerin Uygulanmasından Doğan Sorumluluk Kanunu tasarısı ülkemizde var olan bir ihtiyacı karşılamak amacı ile çıkarılmaya çalışılmamaktadır. Tıbbi hizmetlerin iyi yürütülmesini sağlayacak mekanizmaların kurulmasına yönelik düzenlemeler yapmak ve gerekli kaynağı aktararak bu düzenlemelerin hayata geçmesini sağlamak yerine; yetersiz kaynaklarla ve bunun sonucu olarak yetersiz donanım ile hizmet yürüten sağlık personelinin olası hatalarından doğacak zararın giderilmesini garanti edecek düzenlemeler yapılmaktadır. Bu yönüyle ters bir yaklaşım söz konusudur.

Öncelikle tedavi protokollerinin hazırlanması ve bu protokollerin uygulanmasına imkan verecek yapılanmanın kurulması sağlanmalıdır. Bu sağlandıktan sonra kusurlu hizmet üreten sağlık personelinin hesap sorulması cihetine gidilmesi gereklidir. Böylesine ters bir yaklaşım ile yola çıkılarak sistemin düzeltilmesi yerine sistem içinde hizmet sunanların zorunlu olarak sigortalanmalarına dönük düzenleme yapılması mantığa, vicdana ve hakkaniyete aykırıdır.

KAYNAKLAR

- 1- Alacakaptan U: *Suçun unsurları*, s. 173, Ajans Türk Matbaacılık, Ankara (1973).
- 2- *Anayasa-TCK-CMUK-CİK-TMK*: 8. baskı, s. 322, Seçkin Yayınevi, Ankara (2001).
- 3- Asçıoğlu Ç: *Tıbbi Yardım ve El Atmalardan Doğan Sorumluluklar*, Tekışık Matbaası, Ankara (1993).
- 4- *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*: s. 7, Turhan Kitabevi, Ankara (1998).
- 5- Aydın E: *Tıp Etiğine Giriş*, s. 46, Pegem A Yayınevi, Ankara (2001).
- 6- Blendon RJ, DesRoches CM, Brodie M, Benson JM, Rosen AB, Schneider EI, Eltman DE, Zapert K, Herrmann M, Steffenson A: Views of practicing physicians and the public on medical errors, *New Engl J Med* 347:1933 (2002).
- 7- Erem F: *Türk Ceza Kanunu Şerhi (Genel Hükümler)*, Cilt 1, s. 324, Seçkin Kitabevi, Ankara (1993).
- 8- Hancı İH: *Malpraktis: Tıbbi Girişimler Nedeniyle Hekimin Ceza ve Tazminat Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara (2002).
- 9- *Hekimlik Meslek Etiği Kuralları*: (s. 9), Türk Tabipleri Birliği Yayınları, Ankara (2002).
- 10- *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*: (s. 14), Say Yayınları, İstanbul (1996).
- 11- Keskin OK: *Taksirle Ölüme ve Yaralanmaya Neden Olma*, Seçkin Yayınevi, Ankara (1994).
- 12- Kohn LT, Corrigan JM, Donaldson MS (eds): *To Err is Human: Building a Safer Health System*, National Academy Press, Washington DC (2000).
- 13- Kök AN: *Yüksek Sağlık Şurası Çalışma Raporu* (Sağlık Bakanına arz edilen kişisel rapor), Erzurum (2003).
- 14- Köroğlu H: *Uygulamada ve İçtihatlarda Bilirkişilik*, s. 36, Adil Yayınevi, Ankara (1995).
- 15- Leape LL: Institute of Medicine. Medical error figures are not exaggerated, *JAMA* 284:95 (2000).
- 16- *Stedman's Medical Dictionary*: 23rd ed., s. 824, Williams & Wilkins Company, Baltimore (1979).
- 17- Şafak A, Bıçak V, Şafak Ş: *Güvenlik Kuvvetleri ve Polis Mevzuatı (Türk Ceza Kanunu)*, 6. baskı, s. 241, Liberte Yayınları, Ankara (2000).
- 18- *Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarz-ı İcrasına Dair Kanun*: (içinde) Sağlık mevzuatı, s. 317, Seçkin Yayınevi, Ankara (2001).
- 19- *T.C. Anayasası*: 5. baskı, s. 40, 555, Seçkin Yayınevi, Ankara (1998).
- 20- *Umumi Hıfzıssıhha Kanunu*: (içinde) Sağlık mevzuatı, s. 9, Seçkin Yayınevi, Ankara (2001).
- 21- Yüksek Sağlık Şurası: 9668 sayılı *Tavsiye Kararı*, 197 sayılı ve 25-26 Aralık 1997 tarihli toplantı (1997).